

DOĞAL HUKUK VE POZİTİF HUKUK IŞIĞINDA İNSAN HAKLARI ALANINDAKİ BAZI KAVRAMLAR*

Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ**

GİRİŞ

Bu çalışmada, hukuktaki iki temel düşünce akımı bağlamında, kurgusal olarak yaratılan “İnsan hakları alanı”ndaki bazı kavramlar¹; kendilerini ifade eden terimler ve anlamı bakımından incelenmiştir. Yöntem olarak, hukukun farklı disiplinleri arasında; ulusal hukuk ve gerekli olduğu ölçüde, karşılaştırmalı hukuk ile uluslararası hukuktaki kaynak ve belgelere başvuran bir yaklaşım benimsenmiştir.

Türkiye, hem küresel ölçekte Birleşmiş Milletler bünyesinde, hem de bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan insan hakları ya da özgürlükler hukukunun bazı temel belgelerini onaylamıştır. Bu incelemede, Anayasa dışında başta **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi** ile **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi** olmak üzere, Resmi Gazete’de yayımlanan insan hakları belgelerinin Türkçe resmi metni ile Fransızca ve/veya İngilizce nüshaları dikkate alınmıştır. İnsan hakları alanındaki kavramlarla ilgili olarak, Alman Hukuku ve İsviçre Hukukunda Almanca yayımlanan bazı eserlere ise; Türkçe, Fransızca veya İngilizce’de yazılan kaynaklara dolaylı atıf yapılmak suretiyle değinilmiştir.

* Hakem incelemesinden geçmiştir.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: muhlis.ogutcu@deu.edu.tr

¹ Bir konu ya da nesneden, sözden çıkan bilgi, fikir; bir nesnenin zihinde yarattığı yalın, soyut ve genel düşünce anlamına gelen kavram (notion); Latince “notio”dan türeyerek batı dillerine geçmiştir. Kavram, Arapça’daki “mefhum” kelimesi ile eş anlamlıdır: Türkçe Sözlük, 2. Cilt, Türk Dil Kurumu Yay., 9.B., Ankara 1998, s. 1243, 1524; (kavram ve mefhum maddesi); Temel Türkçe Sözlük, Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kâmûs-ı Türkî, 2. Cilt, İstanbul 1985, s. 670; 3. Cilt, s. 844; Petit Larousse, Paris 1975, p. 700; Le Nouveau Petit Robert, Paris 1993, p. 1500 (notion)

İnsan hakları alanının; başlangıç noktası “hak ve özgürlük” kavramı, odak noktası ise “insan hakları” kavramı olarak görülmektedir. İnsan hakları kavramı, giderek ulusal boyuttan uluslararası boyuta doğru yönelen bir nitelik kazanmaktadır. Doktrinde, daha önce farklı sınıflandırmalara tabi tutularak gruplandırılan insan haklarının, günümüzde, bölünmez bir bütün oluşturarak birbirine bağlı olduğu anlaşılmıştır.

İnsan hakları alanına doğal hukuk ve pozitif hukuk anlayışı çerçevesinde yaklaşıldığında; insan hakları, temel haklar, anayasal haklar, kamu özgürlükleri gibi farklı kavramları ifade eden terimlerle karşılaşılmaktadır. Bu kavramlardan biri olan “temel haklar”; eleştiri konusu olan hakkın değerine göre yapılan ayrımı dışında Anayasadaki hak anlayışı uyarınca, Anayasada tanınıp tanınmamasına göre ayrıma tabi tutulmaktadır. Anayasada tanınan temel haklar “anayasal haklar”dır. Anayasada tanınmayan temel haklar ise kanun koyucunun kanun ile veya anayasa yargıcının kendi hak anlayışı çerçevesinde içtihat ile tanıdığı, Anayasada yazılı olmayan temel haklardır.

İnsan hakları alanındaki kavramları açıklamaya başlamadan önce, insan hakları alanının tanımlanması ve kapsamının belirlenerek “İdare Hukuku” ile olan ilgisinin kurulması uygun olacaktır.

İNSAN HAKLARI ALANI

İnsan hakları alanı; hakkın öznesi olan insanlara, hukuken daha doğru bir ifadeyle gerçek kişi olan insanlar ile hakkın niteliğine ve kullanım biçimine uygun düştüğü ölçüde dolaylı ve sınırlı olarak tüzel kişilere², ayrıca kolektif ve toplu hak ya da özgürlükler bakımından insan topluluklarına³ tanınması gereken, giderek belli bir dönemde, farklı siyasi toplumlarda değişik ölçüde tanınan, korunan ve geliştirilen hak ve/veya özgürlüklerden oluşan alandır.

“İnsan hakları alanı” terimi, insan hakları ile ilgili olan ve “alan” adını veren “insan hakları” kavramının öncelikle yer aldığı hak ve özgürlükler alanını ifade etmek üzere doktrinde doğrudan ya da dolaylı olarak kullanılmaktadır⁴.

² Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.B., Ankara 2004, s. 45.

³ İbrahim Ö. Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989, s. 30, 33.

⁴ Doktrinde “İnsan hakları alanı” teriminin doğrudan veya en azından dolaylı olarak insan hakları ile ilgili “alan” ifadesi bağlamında kullanıldığı kaynaklara örnek olarak bkz:

İnsan hakları alanındaki hak ve özgürlüklerin çeşitli terimlerle isimlendirildiği görülmektedir. Bu nedenle öncelikle, içerik yönünden sürekli genişleyen “insan hakları” kavramı ile çoğu kez bir ayrım yapılmaksızın farklı bir kavramı karşılamak üzere aynı anlamda kullanılan; “temel haklar”, “temel özgürlükler”, “temel hak ve özgürlükler”, “anayasal haklar”, “kamu özgürlükleri”, hattâ “hak” ve özgürlük (hürriyet)” kavramları arasındaki çıkarılması olası anlam farkını ortaya koymaya çalışmak uygun olur⁵. Bu anlam farkının varlığı ve öneminin; doğal hukuk ve pozitif hukuk anlayışına göre kullanılan terimlerin anlamı çerçevesinde ortaya konması sonrasında, “insan hakları alanı”nın kapsamı ve sınırları belirlenecektir.

İnsan hakları alanının; gerek başlangıç noktasını oluşturan “hak ve özgürlük” kavramı gerekse odak noktası olarak görülen “insan hakları” kavramı, Akıllıoğlu’nun vurguladığı gibi “İdare Hukuku”nun temel konularından biridir. İdare, işlevini yerine getirirken; bireyleri yükümlü kıldığı kolluk faaliyetlerinde doğrudan, yararlanıcı kıldığı kamu hizmetleri ile ilgili faaliyetlerinde ise dolaylı olarak, kanundan aldığı yetkiye dayanarak insan haklarını sınırlamaktadır⁶. Elinde kamu gücü adını alan egemenliği kullanan idare⁷, tek yanlı iradesiyle idari işlem ve eylemde bulunarak bu kudreti kullandığı her zaman, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ya bazı kayıt

Münci **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, 6.B., Ankara 1981, s. 14, 49; İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, 2.B., (AÜSBF İHAUM yay.) Ankara 1992; A.Feyyaz **Gölcüklü**/A. Şeref **Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3.B., Ankara 2002, s. 4; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 46; Mahmut **Göçer**, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 2002, s. 170, 172.

5 **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 13; Server **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, 3.B., İstanbul 1982, s. 160; **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 13, 16; Tekin **Akıllıoğlu**, İnsan Hakları I Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İHM yay., Ankara 1995, s. 6; Ahmet **Mumcu**/Elif **Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, 3.B., Ankara 2003, s. 12-13; Mehmet Semih **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 4.B., İstanbul 2003, s. 649-650, 653; E. Yasemin **Özdek**, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı (TODAİE Yay.), Ankara 1993, s. 8; Kemal **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 204; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 3.

6 Tekin **Akıllıoğlu**, “Yönetim Hukukunda İnsan Hakları”, AÜSBFD İHMD, C.III, S. 4 (Kasım 1995), s. 9.

7 İl Han **Özay**, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 253.

ve şartlarla sağlamakta, ya da sınırlamakta veya engel olmaktadır⁸. İnsan hakları önceden idare hukukunda kolluk bakımından ele alınırken; artık, idare hukuku insan hakları bağlamında incelenmeye başlanmıştır⁹.

A. İNSAN HAKLARI ALANININ BAŞLANGIÇ NOKTASI: HAK ve ÖZGÜRLÜK KAVRAMI

Hak, irade ve menfaat teorilerini birleştiren karma teori bakımından¹⁰; gerçekleşmesi genellikle sahibinin iradesine bağlı olmak üzere hukuk tarafından verilen yetkiler çerçevesinde kişilere tanınmış ve korunmuş menfaatlardır¹¹. Hukukun hak ile tanıdığı davranış serbestilerine yetki denir¹². Doğal hukuk anlayışında hak kavramı, bütün hakların temeli olan özgürlükten doğarken; hukuki pozitivizm, hakkın hukuk koyan organdan kaynaklandığını kabul etmektedir¹³.

İngilizcede hak (right), moral ve siyasi bakımdan iki farklı anlama gelir: **“Hak”**; doğru olanı, bir şeyi doğru yapmayı ifade edebilir. Yoksullara yardım etmek doğrudur; hırsızlık yapmak yanlıştır. Burada odak noktası, istenen hareketin “doğruluğu” ve ödev yükümlüsünün “doğru olan”ı yapma borcudur. “Hak”, kişinin bir şeyi yapma yetkisi (entitlement) anlamına da gelebilir. Hak sahibi olmaktan; hak iddia etmekten; hakları ihlal etmekten söz edilen ve bu kez öncekine göre daha dar olan anlamındaki odak noktası, hak sahibi ile borçlu ya da yükümlü arasındaki ilişkidir¹⁴.

Birbirinden ayırt edilmesi hukukun en güç sorunlarından birini oluşturan hak ve özgürlük, genellikle birlikte kullanılsa da, bunların birbirine eşit kavramlar olmadığı dile getirilmiştir¹⁵. Özgürlükler, kaynağını insanın doğu-

⁸ Pertev **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1999, s. 80.

⁹ Tekin **Akılhoğlu**, “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku (Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü)” in 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu: Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay yay., s. 117.

¹⁰ Adnan **Güriz**, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, s. 134.

¹¹ Seyfullah **Edis**, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 358.

¹² Bilge **Umar**, Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997, s. 147.

¹³ **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 145-146.

¹⁴ Jacq **Donnelly**, International Human Rights, 2. ed., (Westview Press), Colorado/Oxford, p. 18-19.

¹⁵ İlhan F. **Akan**, Temel Hak ve Özgürlükler, 3.B., İstanbul 1971, s. 7-8; İlhan F. **Akan**, Kamu Hukuku, 6.B., İstanbul 1990, s. 264; **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 13-14.

munda bulan, sözleşme ile toplum yaşamına aktarılan değerleri ifade ederken; haklar, özgürlüklerin kullanılmasını sağlamak üzere, yazılı hukuk belgeleri olan kanunlarla devlet iktidarının tanıdığı olanaklardır¹⁶. Herkese tanınmış bir insan hakkı niteliğinde olarak bütün hakların ortak kökenini oluşturan geniş kapsamlı ve soyut nitelikteki özgürlük, ondan yararlananlar için somutlaştırılmış bir hak'tır; oysa her hak, özgürlük demek değildir¹⁷. Bir başka anlayışa göre, hak, özgürlükten daha geniş bir alanı da kaplayabilir¹⁸. Hak ve özgürlüğün tek bir hukuki gerçeğin iki yönünü oluşturduğunu düşündüğü için aynı anlamı taşıyan terimler olarak kullanılanlar da vardır. Bu görüşe göre, "Hürriyet bir haktır ve hak hürriyetle gerçekleşebilir. Bunlardan biri olmadan diğeri olamaz. Gerçekleştirilecek bir hak yoksa hürriyetin mânası kalmayacağı gibi, hürriyet yoksa hakkın da bir mâna ve değeri yoktur"¹⁹.

Bu görüşler topluca değerlendirildiğinde, özgürlüğün bir hak olduğu noktasında görüş birliğine ulaşıldığı söylenebilir²⁰. Özgürlüklerle olan bağlantısı yadsınamayan haklar ise, özgürlükleri gerçekleştirmek için hukuk düzeninin kişilere tanıdığı yasal yetkilerdir²¹.

Özgürlük, herhangi bir zorlamaya tâbi olmamak demektir²². Bir hak olmaktan çok erk niteliğine sahip olan özgürlük, toplumun bireye tanıdığı bağımsız hareket alanıdır²³. Bireyin sahip olduğu "yeti (meleke), yetki, bağımsızlık ve iktidar"ı ifade eden özgürlük; serbest hareket edebilmek demektir, hareket serbestisidir²⁴. Özgür olan, hukuk tarafından hak olarak

¹⁶ Akın, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 7-8; Akın, Kamu Hukuku, s. 264.

¹⁷ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s. 15; İbrahim Ö Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 6.B., Ankara 2002, s. 15-16.

¹⁸ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s. 14; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 16, dn. 11.

¹⁹ Hüseyin Nail Kubalı, Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasî Rejimler, İstanbul 1964, s. 318.

²⁰ Mumcu/Küzeci, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 18.

²¹ Akın, Kamu Hukuku, s. 264; Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s. 15; Mumcu/Küzeci, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 21.

²² Jacques Robert/Jean Duffar, Droits de l'homme et libertés fondamentales, 5.éd., Paris 1994, p. 13.

²³ Bernard Pacteau, Cours de Libertés publiques 1992-1993, Amicale Corporative de Droit Université Bordeaux I p. 3, 6; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 14, 16.

²⁴ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 16-17; Robert/Duffar, Droits de l'homme et libertés fondamentales, p. 13; Tezcan/Erdem/Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 44.

müsaade edilen ve güvence altına alınandır²⁵. Özgür olanın yapılması; zorunlu da yasak da değildir²⁶.

Özgürlüğün gerçekleşme aracı olan hak²⁷, özgürlüğün kendisini ifade edeceği ve dışa vuracağı “biçim”i sağlarsa da, özünü ortaya koyamaz. Özgürlük elbette ki bir haktır; ancak en azından klasik liberal doktrin bakımından özgürlüğün, esas olarak kamu düzeninin korunmasıyla yetinildiği asgari bir jandarma-devlette, sadece bireye tanınan yetkileri ifade eden hak türü (droits-autonomies;”droits de ...”) içinde kendisine yer bulduğu; yoksa sosyal refah devletinde bireyin, devletten hizmet sunmasını, destek sağlamanı talep ettiği hak türü (droits-créances; droit à ...) olmadığı ifade edilmiştir²⁸. Klasik liberal doktrinin tarihsel süreçte daha sonra ortaya çıkan sosyal devlet anlayışının isteme hakları türü içinde yer vermediği özgürlük kavramına; sosyal devlet, tanıdığı sosyal nitelikteki pozitif statü hakları ile “özgürleştirme” amacı çerçevesinde cevap vermiştir. Üstelik insan onuru ve insan varlığının mutluluğundan esinlenen “insan hakları ideolojisi”, liberal teorinin temeli üzerinde dahi, sadece tek tek bireylerden oluştuğu düşünülen bir toplumda, kişilere ait olan ve onlarla sınırlı kalan bireysel yetki, serbesti kavramı içinde sıkışıp kalmamalıdır. “İnsan hakları doktrini”, özgürlük kavramı ile mutlaka karşıt anlamda olması gerekmeyen karşılıklı bağımlılık ve dayanışma anlayışı içinde, daha geniş ufuklara açılmalıdır²⁹.

Paylaşılan özgürlük, zorunlu olarak kısmi bir özgürlüktür: Başkalarının özgürlüğü haklarımızı etkilediğinden, özgürlüğümüz sınırlanmıştır; ama başkalarının haklarını etkileyen sınırlamalarla güvence altına alınan özgürlüğümüz, böylece aynı zamanda kuvvetlendirilmiş olmaktadır³⁰.

²⁵ Pacteau, Cours de Libertés Publiques p. 4.

²⁶ Robert/Duffar, Droits de l’homme et libertés fondamentales, p. 13.

²⁷ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 15-16; Tezcan/Erdem/Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 44.

²⁸ Pacteau, Cours de Libertés Publiques, p. 4-5. Yazar, iki hak kategorisinin; görüldüğü kadar birbirinin karşısında konumlandığı düşüncesinin kesin bir gerçekliğe sahip olmadığını da eklemektedir. Zaten çağdaş liberal ve sosyal demokrasilerin hedefi, bu hak türlerini bağdaştırmak ve bir araya getirmektir: Pacteau, Cours de Libertés Publiques, p. 5-6.

²⁹ Pacteau, Cours de Libertés Publiques, p. 6.

³⁰ Pacteau, Cours de Libertés Publiques, p. 9; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 14, 20.

Özgürlük, bireysel bağımsızlıktan çok bireylerin karşılıklı bağımsızlığını ifade eder³¹.

Zaten hiç bir hak ve özgürlük mutlak ve sınırsız değildir. Hakların sınırlanması başkalarının haklarını ihlal etmemeyi ve siyasal toplumun gereklerine uymayı öngörür. Bu anlamda haklar ve yükümlülükler, aynı paranın iki farklı yüzü gibidir³². Özgürlüğün kötüye kullanılmasını önlemek için sınır koymak gerekir. Sınır ise, herkes için eşit olmak üzere vatandaşların, doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla, oluşumuna katılacağı kanunla konulmalıdır³³. Toplumun gerekleri, başkalarının haklarına saygı veya haklar arasında çatışma olduğunda, çatışan haklardan birine öncelik veren yargı kararı, hakları sınırlandırma nedeni olarak karşımıza çıkar³⁴.

B. İNSAN HAKLARI ALANININ ODAK NOKTASI: İNSAN HAKLARI KAVRAMI

Esas olarak en yüksek ahlâki değerleri ifade eden **insan hakları**, özgün bir hak tipidir³⁵. Öyle ki bütün zamanlarda ve her yerde, her koşulda istisna kabul etmeksizin uygulanması gereken emir niteliğindeki insan hakları listesi, en üst ahlâki ilke olarak İmmanuel Kant'ın "kategorik emperatif"i anlamında görülebilir³⁶.

İnsan hakları; "modern devletin ve modern piyasaların insan onuruna yönelttiği standart tehditlere karşı bireyleri korumak için zorunlu olan sosyal ve siyasal güvenceler" olarak tanımlanmıştır³⁷. Bu tanımdaki güvence kapsamına hukuki ve yargısal güvenceleri de eklemek gerekir. Yargısal güvenceye kavuşmamış haklar felsefi ve siyasal bir kavram olmaktan öteye geçemez. Bunlar, hukuksal gerçek niteliğini ancak pozitif hukuk içinde yer alıp, yargısal güvenceye kavuşarak kazanabilir. Yargı güvencesi ise bireylerin

³¹ Bkz. ve krş. **Pacteau**, Cours de Libertés Publiques, p. 8; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 14.

³² John S. **Gibson**, Dictionary of International Human Rights Law, The Scarecrow Press, Inc. Lanham, Maryland & London 1996, p. vii.

³³ Jean **Morange**, Droits de l'homme et libertés publiques, 3.éd., Paris 1995, p.33.

³⁴ **Gibson**, Dictionary of Human Rights Law, p. 8-9.

³⁵ Jacq **Donnelly**, International Human Rights, 2. ed., (Westview Press), Colorado/Oxford 1998 p. 19.

³⁶ **Donnelly**, International Human Rights, p. 22, 201. Kategorik emperatif hakkında bkz. **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 217-219.

³⁷ **Donnelly**, International Human Rights, p. 22.

öncelikle ulusal hukuk öznesi olması nedeniyle ulusal düzeyde söz konusu olabildiği gibi, II. Dünya Savaşı sonrasında bireylerin uluslararası hukukun öznesi durumuna gelmeye başlamasıyla insan haklarını uluslararası düzeyde koruyan; uluslararası hukuktaki yargı güvencesi niteliğini de alabilir³⁸.

1. İnsan Hakları Kavramının Ulusal Boyuttan Uluslararası Boyuta Geçişi

İnsan haklarının uluslararası boyut kazanması, II.Dünya Savaşı sonuna doğru yapılan hazırlık ve toplantıların sonrasında gerçekleşmiştir. 1945’de San Francisco’da kabul edilen BM Şartı (Andlaşması), evrensel değer tanıdığı insan hakları ve temel özgürlüklerini ilk kez belli bir sistem içinde uluslararası hukuka konu yapmıştır³⁹. San Francisco Konferansı’na katılan Türkiye, kabul ettiği BM Şartı’nı, 15.8.1945 tarih ve 4801 sayılı “San Fransisko’da 26 Haziran 1945 tarihinde yapılmış ve imzalanmış olan Birleşmiş Milletler Andlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün Onanması Hakkında Kanun” ile onaylamıştır. Küresel ölçekteki siyasal örgütlenmenin temel belgesi sayılan BM Şartı, pek çok kez doğrudan yer verdiği insan hakları (human rights; droits de l’homme) ve ana hürriyetleri/temel özgürlükleri (fundamental freedoms; libertés fondamentales) kavramının⁴⁰ somut içeriğini açıklamamış; bu hak ve özgürlükleri tek tek sayma ve içeriğini belirleme yoluna gitmemiştir⁴¹.

Günümüzde, hâlen egemen eşitliğe (BM Şartı md.2/1) ve siyasal bağımsızlığa sahip devletlerden oluşan uluslararası toplumun kuralları içine noksanlarıyla da olsa yerleştirilen ve egemen devletlerin milli yetkisi içinde bulunan içişlerine karışmama yasağı (BM Şartı md.2/7) içinde değerlendirilmeyen insan hakları; ahlâki meşruiyetin ölçüsünü oluşturmaktadır⁴². İnsan

³⁸ **Gölcüklü/Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 4; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 46.

³⁹ Münci **Kapani**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 2.B., Ankara 199, s. 20-22; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 326-327; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 4.

⁴⁰ BM Şartı md.1/3; md.13/1-b; md.55/c; md.62/2; md.68; md.76/c.

⁴¹ **Kapani**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 23; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 327.

⁴² **Gibson**, Dictionary of International Human Rights Law, p. 19; **Donnelly**, International Human Rights, p. 28.

hakları, ulusal politikanın meşruiyeti bakımından gerekli olan moral standardı sağladığından, (yargı yetkisine tâbi olan yabancılar da dahil olmak üzere) vatandaşlarının uzun süredir düzenli olarak devletine karşı insan haklarının ihlal edildiği şikayetinde bulunmadığı bir devlet idaresi, çağdaş dünyada meşru olarak görülür⁴³.

İç hukuklarda hangi değerlerin insan hakkı olması gerektiği konusunda felsefi bir uzlaşma yoktur; uluslararası hukukta ise, dünya genelinde geniş ölçüde kabul edilen uluslararası standartları yansıtan, başta Birleşmiş Milletler bünyesindeki Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948'de kabul ettiği; klasik haklar ile sosyal ve ekonomik hakların sentezini yapan, önsöz ve otuz maddeden oluşan "İnsan Hakları Evrensel Bildirisi"⁴⁴ ile İkiz

⁴³ **Donnelly**, International Human Rights, p. 20.

⁴⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 217 A (III) sayılı kararıyla kabul ve ilan edilen; İngilizce başlığı "Universal Declaration of Human Rights", Fransızca başlığı "Déclaration Universelle des Droits de l'Homme" adını taşıyan, insan hakları alanında en çok bilinen ve etkileyici olan insan hakları belgesini, Türkiye'de Bakanlar Kurulu, 6.4.1949 tarih ve 3/9119 sayılı kararı ekinde "İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi" başlığı altında "Resmi Gazete ile yayımlanması ve yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması, yorumlanması ve bu beyanname hakkında radyo ve gazetelerde munasip neşriyatta bulunulması"ni kabul etmiştir: Bkz. RG, 27.5.1949, S. 7217. Doktrinde, Türkçe resmi çeviri metnindeki "Beyanname" sözcüğü yerine genellikle "Bildirge" (örnek olarak; Soysal, Kaboğlu-Özgürlükler Hukuku, Akıllıoğlu, Çeçen, Gölcüklü/Gözübüyük, Tezcan/ Erdem/Sancakdar) veya "Bildiri" (örnek olarak; Akın, Kapani, Kaboğlu-Kolektif Özgürlükler, Gemalmaz, Reisoğlu, Mumcu/Küzeci) sözcüklerinin kullanıldığı gözlenmektedir. "Bildiri", "tebliğ" karşılığı kullanılan bir söz olduğu için "Beyanname" karşılığında "Bildirge" deyimini kullandığını belirten Mümtaz **Soysal** ("İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 24.Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1987, s. 40) İngilizce ve Fransızca metinlerdeki "Declaration; Déclaration" sözlerinin karşılığında Türkçe resmi çeviri metninde kullanılan "Beyanname" ifadesine Türkçe karşılık bulma arayışında, kanımızca, 1968 Tahran Bildirisi (Proclamation de Téhéran) örneğinde görüldüğü gibi "Proclamation" karşılığında kullanılabilir "Bildiri" ile "Déclaration" karşılığını bulan "Bildirge"yi birbirinden ayırmamızı da sağlamayı akla getirmekle birlikte, bu makalede "Bildirge" yerine, "Beyanname"nin daha kısa Türkçe karşılığı olarak görülen "Bildiri" sözcüğü tercih edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ilanı, içeriği, hukuki niteliği ve etkisi hakkında ayrıca bkz. **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 62-65; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 329-343; **Kapani**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 23-29; **Akın**, Kamu Hukuku, s. 368-378; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 199-200; Aslan **Gündüz**, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 4.B., İstanbul 2000, s. 269-271; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 5-6; Safa **Reisoğlu**, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001, s. 8-9; James **H.Wolfe**, Modern International Law An Introduction to the

Sözleşmeler-olarak anılan⁴⁵ - (her ikisi de 1976'da yürürlüğe giren 16 Aralık 1966 tarihli; "Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme"⁴⁶ ve

Law of Nations (Prentice Hall Pearson Education), New Jersey 2002, p. 83; Les Nations Unies et Les Droits de l'Homme (Publication des Nations Unies), Newyork 1986, p.25-26; Frédéric Sudre, Droit international et européen des droits de l'homme, 2.éd., Presses Universitaires de France, Paris 1995, p. 108-112.

⁴⁵ **Kapani**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 32; **Akulloğlu**, İnsan Hakları I, s. 197. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesinde önem taşıyan ve başlıca altı adet olarak sayılan insan hakları sistemindeki Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinin ikisini "İkiz Sözleşmeler" oluşturmaktadır: Anne F. **Bayefsky**, The UN Human Rights System Universality at the Crossroads, Kluwer Law International, The Hague/London/New York 2001, p. xv, 3.

⁴⁶ Türkiye, 15 Ağustos 2000'de imzaladığı bu Sözleşme'yi (İngilizce metinde; International Covenant on Civil and Political Rights/Fransızca metinde; Pacte international relatif aux droits civils et politiques) 4.6.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun ile onaylamıştır: RG, 18.6.2003, S. 25142. Sözleşmenin hepsi aynı derecede geçerli olan beş dildeki (Çince, Fransızca, İngilizce, İspanyolca ve Rusça) resmi metinlerinden (md.53) ikisi olan sırasıyla İngilizce ve Fransızca metninde geçen; **Civil ... Rights**, "... droits **civils**" ibaresi Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe metinde "Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" başlığında "**Medenî Haklar**" olarak yer almıştır. "Medeni Haklar" ifadesini kullananlar arasında; **Gündüz** (Milletlerarası Hukuk, s. 282), **Reisoğlu** (Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, s. 13) **Gemalmaz** (Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 345) da bulunmaktadır. Fransızca metinden esinlenerek "**Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Paketi**" başlığını kullanan **Kaboğlu**'nun, tarihsel süreç içinde birinci kuşakta yer alan insan haklarını "**kişi özgürlükleri ve siyasal haklar**" olarak isimlendirirken bu kez "medeni" yerine "kişi" ibaresini kullanması dikkat çekicidir: **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 41, 71. Nitekim **Kaboğlu**, hak ve özgürlükler ile ilgili bir makalesinde bu kez "Kişi Özgürlükleri ve Siyasal Haklar Uluslararası Paketi, (1966)" ifadesine yer vermiştir: **İbrahim Ö.Kaboğlu**, "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", in Anayasa Yargısı 11 (Anayasa Mahkemesi'nin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 1994), AYM Yay., s. 239-240. **Kapani** ise, Sözleşmedeki hakların büyük bölümünün herkese tanınan insan kişiliğine bağlı haklar olması nedeniyle kavramı karşılayan doğru deyim olarak "Kişisel haklar" terimini kullanılmasının daha yerinde olacağını belirtmiştir. Bkz. **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 66, dn. 81. **Gölcüklü** de İngilizce metinden yaptığı çeviride **Kapani** gibi "Kişisel Haklar" ifadesini kullanmıştır: İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, s. 113. **Gölcüklü/Gözübüyük** de birlikte yazdıkları kitapta (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 7) BM'in 1966 tarihli bu Sözleşmesinin Türkçe başlığında "Kişisel Haklar" terimine yer vermişlerdir. **Akulloğlu** "Civil rights" terimini karşılayan "Medeni haklar" kavramı ile "insan hakları"nın anlatılmak istendiğini vurgularken (İnsan Hakları I, s. 18, 194, 197); **Mumcu/Küzeci**'nin (İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 123) de Sözleşmenin Türkçe başlığında "Kişisel haklar" deyimini kullanmayı tercih ettikleri görülmektedir. Kanımızca, Türkçe resmi

buna Ek Seçimlik Protokol ile “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”⁴⁷) olmak üzere doktrinde “Uluslararası İnsan Hakları Manzumesi”⁴⁸ (International Bill of Human Rights⁴⁹; Charte internationale des droits de l’homme⁵⁰) adı verilen hak listesi üzerinde insanlık ailesinin bütün üyelerinin insan onuru ile eşit ve dokunulmaz haklara saygı temelinde katıldıkları uluslararası bir siyasal uzlaşma vardır⁵¹. Irk, cinsiyet, dil veya din ayrımı gözetmeksizin, herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine karşı saygı gösterilmesini desteklemek ve teşvik etmek, uluslararası ilişkilerin ve işbirliğinin geliştirilmesinde BM’nin amaç ve ilkelerinin (BM Şartı md.1/3) başında gelmektedir⁵². Bu nedenle, pek çok devletin kendi iç hukuk düzeninde tanıyıp yer verdiği insan hakları, uluslararası hukukta da tanınmıştır⁵³. Uluslararası ya da ulusal üstü insan hakları hukukuna ise, normatif ulusal hukukta ya da iç hukuktaki uygulamada insan hakları etkin şekilde güvence altına alınmadığı zaman ihtiyaç duyulur. İnsan hakları; hakları ihlal edilen mağdurların, hakları yok sayılanların, hattâ hukuk düzenine göre hakkı olmayanların dile getirdiği söylemdir. Bu nedenle herhangi bir insan hakkını tanımayan hukuk düzeninde o hakkın tanınması talep edilir; ya da hukuk düzeninde tanınan hak uygulamada gerçekleştirilemiyorsa bu kez uygulamayı düzeltmek amacıyla ihlal şikayetinde bulunulur⁵⁴.

metindeki “Medenî Haklar” yerine “Kişisel Haklar”a yakın “Kişi Hakları” teriminin de kullanılması mümkündür. Nitekim, Kapani Sözleşmeden söz ederken “Kişi hakları ve siyasal haklarla ilgili Sözleşme...” ibaresini de kullanmıştır: **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 67.

⁴⁷ Türkiye, 15 Ağustos 2000’de imzaladığı bu Sözleşme’yi (İngilizce metinde; International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights/Fransızca metinde; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) 4.6.2003 tarih ve 4687 sayılı Kanun ile onaylamıştır: RG, 18.6.2003, S. 25142. Bu haklar, tarihsel süreç içinde ikinci kuşak haklar arasında yer almaktadır: **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 42.

⁴⁸ **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 344.

⁴⁹ **Gibson**, Dictionary of Human Rights Law, p. 31.

⁵⁰ Les Nations Unies et Les Droits de l’Homme, p. 24, 247.

⁵¹ **Donnelly**, International Human Rights, p. 22-23; **Gibson**, Dictionary of Human Rights Law, p. 20.

⁵² **Akılloğlu**, İnsan Hakları I, s. 32.

⁵³ **Donnelly**, International Human Rights, p. 19, 22. Bu konuda ayrıca bkz. **Göçer**, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, s. 19, 157.

⁵⁴ **Donnelly**, International Human Rights, p. 19-20.

2. İnsan Haklarının Bölünmezliği

Sosyal ve kültürel açıdan, sunulan hizmet, sağlanan yardım ve olanakları ifade eden ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçek anlamda insan hakkı niteliğinde olmadığı; aralarındaki nitelik farkı nedeniyle pozitif statü haklarının, negatif statü hakları sayılan kişi hakları ve aktif statü hakları sayılan siyasal haklara göre daha az önemli olduğu iddia edilmiştir.

Oysa, bütün haklar tam ve etkin olarak gerçekleştirilmeye konu olduğunda, devletin hem pozitif hareketini hem de kaçınmasını gerektirir. Bazı haklar göreceli olarak pozitif nitelikte; bazı haklar ise göreceli olarak negatif niteliktedir⁵⁵. Piyasa ekonomisinin hüküm sürdüğü modern dünyada, asgari bir sosyal ve ekonomik güvenceye sahip olmaksızın insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmek imkansızdır. Ekonomik ve sosyal haklar ile kişi hakları ve siyasal haklar arasında elbette ki bazı farklar vardır; ama bu hakların arasındaki benzerlikleri de görmek gerekir: Örneğin, yaşam hakkı ile beslenme hakkı, aslında aynı değeri koruyan hakların farklı biçimde dile getirilmesi anlamına gelir⁵⁶. Benzerlikler yaşam hakkı; maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile kültürel haklardan öğrenim hakkı arasında da kurulabilir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin kabul ve ilan edilmesinin yirminci yıldönümünde 1968'de yine Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen Tahran Bildirisi'nde⁵⁷ (The Teheran Proclamation); günümüze daha yakın tarihte de 14 Haziran-25 Haziran 1993 tarihleri arasında Viyana'da uluslararası camiada insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla toplanan ve 171 devletin temsilcisinin katıldığı İnsan Hakları Dünya Konferansı sonrasında kabul edilen Viyana Bildirisi'nde⁵⁸ (Vienna Declaration) belirtildiği

⁵⁵ **Donnelly**, International Human Rights, p. 24-25.

⁵⁶ **Donnelly**, International Human Rights, p. 26.

⁵⁷ Kişi özgürlükleri ve siyasal hakları ekonomik ve kültürel haklara bağlayan Tahran Bildirisi bütün insan haklarının karşılıklı bağımlılığını ve bölünmezliğini vurgulamakla kalmayıp, bireysel haklardan grup ve topluluk haklarına geçişi de ortaya koyan bir anlayışa sahiptir: **Kaboğlu**, Çevre Hakkı, 3.B., Ankara 1996, s. 12. İnsan Hakları Uluslararası Konferansı sonrasında yayınlanan Tahran Bildirisi ve metni hakkında ayrıca bkz. Les Nations Unies et Les Droits de l'Homme (Publication des Nations Unies), Newyork 1986, p. 26; Rebecca **Wallace**, International Human Rights Text and Materials, Sweet & Maxwell, London 1997, p. 688; **Kaboğlu**, "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", s. 242.

⁵⁸ Viyana Bildirisi ve Eylem Programı hakkında bkz. **Gibson**, Dictionary of Human Rights Law, p. 28-29; **Wallace**, International Human Rights Text and Materials, p. x, 691.

üzere, bütün insan haklarının “evrensel, bölünmez, karşılıklı olarak bağımlı ve birbirine bağlı” olduğu unutulmamalıdır⁵⁹.

C. İNSAN HAKLARI ALANINDAKİ YAKLAŞIMLAR

İnsan düşüncesinin gelişiminde çağlar boyunca var olan ve hâlen de varlığını sürdüren bilimsel tartışma, metafizik aşamayı temsil ettiği ileri sürülen doğal hukuk teorisi ile Rönesans’tan itibaren deneysel metoda dayalı pozitif evreyi ifade ettiği belirtilen hukuki pozitivizm arasında yapılmaktadır⁶⁰. Doğal hukuk ile hukuki pozitivizm, aslında teorileri kuran insanların açıklamalarıyla ortaya koyduğu bulgulardan ibarettir. Teoriler, her zaman yeni deneysel tesbitlerle çürütülebileceğinden geçicidir. Bilimde, deneyle tesbit edilen olgularla, bu olgulara dayanarak insan zihninin inşa ettiği teorileri ayırmak gerekir. Gerçek olan, yalnızca olgulardır. Teoriler ise, doğru ya da yanlış değil; belli bir olgu kümesinin açıklanmasında önceki teoriye göre daha az veya çok elverişlidir⁶¹.

⁵⁹ **Donnelly**, International Human Rights, p.32; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 752-753; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 48. Konularını evrensel değerlerin oluşturduğu, devletlerin üstünde insanlığın tüm üyeleri arasında dayanışmayı amaçlayarak ilk iki kuşak haklar arasında köprü kuran ve ortak temeli yaşam hakkı olan; barış hakkı, gelişme hakkı, çevre hakkı, insanlığın ortak varlığına saygı hakkı gibi yeni haklar, tarihsel süreçte üçüncü kuşak haklar arasında yer alır: **Kaboğlu**, Çevre Hakkı, s. 12, 19; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 45. Çeşitli yönleriyle aslında bir “bütün” oluşturan, “özünde ve cevherinde tek olan hürriyetin.. monizmi başlıca niteliğidir. Tek başlarına gerçek anlamda insan haklarının nihai amacı olan özgürlüğü sağlayamayan klasik hakları sosyal ve ekonomik haklarla tamamlamak gerekir. Böylece, insanın maddi ve manevi varlığını serbestce geliştirme imkanı ve gerçek özgürlük düzeni sağlanmış olacaktır. **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 6-7, 80-84; **Özdek**, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 51. İnsan haklarının bütünlüğü (bütünselliği) ile hakların bölünmezliği ilkesi ve anlayış kolaylığı sağlamak amacıyla yapılan insan hakları sınıflandırmalarının türleri, yapaylığı ve nisbiliği hakkında bkz. Esra **Atalay**, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği”, DEÜHFD, C.6, S. 1, s. 47, 51; Ömer **Anayurt**, “Hakları Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi” in Türkiye’de İnsan Hakları (Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998), TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yay, Ankara 2000, s. 47-57.

⁶⁰ Henri de **Page**, Droit naturel et positivisme juridique, Bruylant Bruxelles 1939, p. 7-8, 32. Hukuk felsefesi perspektivinden doğal hukuk ile hukuki pozitivizmin karşılaştırılması ve şematik açılımı için ayrıca bkz. Sheryl J. **Grana**/Jane C. **Ollenburger**/Mark **Nicholas**, The Social Context of Law, 2.ed., Prentice Hall, New Jersey 2002, p. 26.

⁶¹ de **Page**, Droit naturel et positivisme juridique, p. 41.

Doğal hukuk düşüncesi, hukukun gelişmesi ve içerik olarak zenginleşmesine, temel kavramların yerleşmesine önemli katkılarda bulunmuşsa da, Türk hukukunda artık ilginin, hukuku ideal bir içerikte değerlendiren “olması gereken”den normativist-pozitif çerçevede “olan” hukuka yöneltmesinin yararlı olacağı savunulmuştur⁶². Bu düşünceye belli ölçüde katılmak mümkün olmakla birlikte, insan hakları alanındaki kavramların açıklanmasına katkı sağlayacak doğal hukuk ve pozitif hukuk öğretisinin kısaca incelenmesinde fayda vardır.

Doğal hukuk öğretisi ile hukuki pozitivizm arasında yapılan tartışmanın yansıdığı insan hakları alanında geçerli iki temel yaklaşımdan biri, “Doğal Hukuk” (Tabii Hukuk)⁶³; diğeri ise “Pozitif Hukuk/Yürürlükte Olan Hukuk” anlayışıdır⁶⁴.

⁶² **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 458-459.

⁶³ Doğal hukuk (Tabii hukuk) yerine aynı anlamda olmak üzere “ideal hukuk” deyiimi de kullanılır: **Umar**, Hukuk Başlangıcı, s. 75. Pozitif hukukla karşıtlık içinde olmayan doğal hukuk, yürürlükteki pozitif hukukun tümü ile dışında değildir.

⁶⁴ **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 1-2. Düşünce tarihi boyunca “olması gereken”i amaçlayan idealizm ile “olan”ı gösteren realizm arasında karmaşık bir ilişki süregelmiştir. Hukuk biliminde; etik standartların, belirsiz ve muğlak olduğu ileri sürülen genel ilkelerin, metafizik düşüncelerin mi yoksa pozitif hukuku temel normdan kaynaklanan cebir unsuru ile donatılmış bir normlar sistemi olarak kuran normativist pozitivizmin başlıca temsilcisi olan Kelsen’in “Saf Hukuk Teorisi”nde hukuk normunun içeriğine ilgisiz kalarak doruk noktasına ulaştığı, politika, sosyoloji ve tarih gibi hukuka yabancı unsurlardan arınmış, adalet sorunu ile uğraşmayan biçimci bir düşüncenin mi; ampirik, pragmatik ve pratik gerçeklerin mi dikkate alınacağı halen çözümlenmeye çalışılan temel bir konudur: Malcolm N. **Shaw**, International Law, 4.ed. (Cambridge University Press), Cambridge 1997, p.40-41; Selâhattin **Keyman**, Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara 1981, s. 9-10, 16, 21, 38-39, 41-42, 44; **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 335, 338. Hukuki realizm; biçimci bir teori olarak hukuki pozitivizm düşüncesinin farklı kollarından sadece biridir: **Grana/Ollenburger/Nicholas**, The Social Context of Law, p.26, 34. Hukuki realizm hakkında monografik bir çalışma için ayrıca bkz. Ülker **Gürkan**, Hukuki Realizm Akımı, Ankara 1967. Geçerlik dünyasında düşünsel “ideal” planda kalan, sahip olduğu normatif özellik ile “olması gereken”i ifade eden değerler; belli bir yer ve zamanda, ampirik varlığını duyu organlarıyla algılayabildiğimiz “real” (gerçek) dünyada “olan” gerçeklikten (realite; Wirklichkeit) farklıdır. Bu farklılığa rağmen, değerler ile gerçeklik arasında sıkı bir ilişki de vardır. Değerler, içlerindeki istemin yerine getirilmesi, gerçekleşmesi için gerçekliğe doğru yönelirken; gerçeklik de değerleri kabul etmeye açıktır: Vecdi **Aral**, Toplum ve Adaletli Yaşam, İstanbul 1988, s. 50-52; s. 62, dn. 29; Türkiye’de hukuki pozitivizmin Osmanlı Devleti döneminde çıkarılan Senedi İttifak, Tanzimat Fermanı ve Kanuni Esasi’de büründüğü iradeci pozitivist anlayıştan, Cumhuriyet Döneminde yapılan Anayasalardaki normativist pozitivist düşünceye geçişi ortaya koyan bir makale hakkında bkz: Adnan **Güriz**, “Türkiye’de Hukuki Pozitivizm”, in Anayasa Yargısı 8 (Anayasa

1. Doğal Hukuk Anlayışında İnsan Hakları

Alanındaki kavram ve terimlerin en geniş olarak kabul edilen “insan hakları”, esas olarak, “*olması gereken*” hukukta yer alan anlamı ile; aralarındaki eşitliğin şartı ve sonucu olarak bütün insanlara tanınması gereken değerlerin oluşturduğu “*ideal haklar listesi*”ni, “*ulaşılacak hedefler programı*”nı ifade eder⁶⁵. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948’de kabul ettiği “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”nin Başlangıç bölümünde belirtildiği üzere, gerçekleştirilmesi bütün halklar ve milletler için “ortak bir başarı ölçüsü” olarak kabul edilen insan hakları kavramı, insanlığın ulaşmak istediği “ortak ideali”dir⁶⁶.

Siyasal toplumun gerçekliğinin bu ideale ulaşmaya engel olması halinde hak, ideal alanda kalır. Yaşama hakkı gibi haklar söz konusu olduğunda, ideal ile gerçeklik birleşmek zorundadır. Ekonomik ve sosyal nitelikteki bazı haklar ise, büyük ölçüde, gerçekleştirilmesini sağlayacak kaynakların yeterliliğine bağlıdır. Belli bir zaman ve yerdeki sorunların bilincinde olarak; gerçeklik, ideale doğru taşınmalıdır⁶⁷.

İnsan hakları terimi, insan haklarının hem kaynağını hem de niteliğini gösterir. İnsan haklarının kaynağı; insanın doğası, insan olma niteliğidir. İnsan hakları, onurlu bir yaşam sürdürebilmek için insanların doğası gereği sahip olduğu insan onuruna dayanır⁶⁸. İnsan onuru, yaşama hakkından başlamak üzere bütün haklar için zorunlu olan “ortak temel”i oluşturur⁶⁹.

Mahkemesinin 29.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler: 25-26-27 Nisan 1991), AYM yay., s. 145-172.

⁶⁵ **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 14; **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, s. 161; Mümtaz **Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7.B., İstanbul 1987, s. 83, 190; **Özdek**, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 7, 12; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 206; Bülent **Tanör**/Necmi **Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 3.B., İstanbul 2002, s. 78; **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş, s. 40; Şükran **Ertürk**, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 23. İnsan hakları alanında öğretilerdeki farklı kavramlara yönelik yaklaşımlar için bkz. **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 668 vd.

⁶⁶ **Soysal**, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, s. 40, 47; **Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 190-191. Bildiri’nin Başlangıç bölümündeki İngilizce metninde “*a common standart of achievement*”; Fransızca metninde, “*l’idéal commun*” ibaresi yer almaktadır.

⁶⁷ **Gibson**, Dictionary of Human Rights Law, p. vii-viii.

⁶⁸ **Donnelly**, International Human Rights, p. 18, 20-21.

⁶⁹ İbrahim Ö. **Kaboğlu**, “Hak ve Özgürlükleri İçselleştirmek İçin...”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 48 (Eylül-Ekim 2003), s. 251.

İnsanların zihninde ve vicdanında yaşayan “adalet” duygusundan doğarak; “olan” değil, “olması gereken” üzerinde duran “Doğal Hukuk” anlayışına göre⁷⁰, doğal hukuk düşüncesinin ürünü olarak kabul edilen insan hakları; pozitif hukuk tanımamış olsa dahi, insanın doğuştan/özden sahip olduğu, insan olmaktan kaynaklanan haklarıdır⁷¹. Bütün insanların, sadece insan oldukları için sahip oldukları evrensel nitelikteki insan hakları herkese eşit olarak tanınmıştır. İnsan olmaktan vazgeçilemeyeceği için insan hakları da dokunulamaz ve devredilemez niteliktedir⁷².

“Evrensellik” niteliği, insan haklarının; içerik, yer ve zaman yönünden değişmez değerlere dayandığını ifade eder⁷³. Evrensel nitelikteki insan hakları, ideal/olması gereken alanında, çeşitli düşünce akımlarının sentezi niteliğinde dünyada genel olarak kabul görüp benimsendiği, gerçekleştiği ya da gerçekleşmesi gerektiği için kültürel göreceliği değil, kültürel çoğulculuğu esas alır⁷⁴.

⁷⁰ de **Page**, Droit naturel et positivisme juridique, p. 7, dn. 4; p. 8-10; **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 7; Vecdi **Aral**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 6.B., İstanbul 1991, s. 43-44; **Aral**, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 195, 198-199. Tabii (Doğal) Hukuk Okulu ve İnsan Hakları ile olan ilişkisi hakkında ayrıca bkz: **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 149-152.

⁷¹ **Mumcu/ Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 7; **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 21; **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 1; Mustafa **Gönül**, “Anayasa Mahkemelerinin İçtihatlarına Göre Temel Haklar Kavramı” in Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi Türk Raporu 2. Cilt (VIII Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Ankara, 7-10 Mayıs 1990), s. 7; **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri, s. 41. Doğal hukukun doğal haklar kavramına yol açtığı hakkında ayrıca bkz: **Shaw**, International Law, p. 23.

⁷² **Donnelly**, International Human Rights, p.18; **Gibson**, Dictionary of Human Rights Law, p. vii, 3, 5; **Shaw**, International Law, p.197; Tim **Hillier**, Sourcebook on Public International Law (Cavendish Publishing Limited), London 1998, p. 681-682; **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 21, 40.

⁷³ **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 21; **Özdek**, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 8, 12. İnsan haklarının “evrensellik” niteliğinin değerlendirilmesi ve eleştirisi için ayrıca bkz. **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 3, 23-26.

⁷⁴ **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 688, 691-692. Evrenselliğin (universality) aksine, kültür ve tarihin belirleyici olduğu kültürel göreciliğin (cultural relativity) gerçek olduğundan hareketle, sosyal kurumların ve değerlerin, bu arada insan hakları anlayışının; kabul edilebilir sınırlar içinde kalmak koşuluyla, çoğulcu bir dünyada çeşitliliğin doğal bir ifadesi olarak yere ve zamana göre devletten devlete değiştiği, ahlâki değerlerin; tarih, kültür ve birbirine bağlı diğer sosyal güçler tarafından belirlendiği ileri sürülmüştür. Kültürü, bütün değerlerin kaynağı olarak görerek belli bir

Hukuk kurallarının birliği üzerine odaklanan ve “idealpolitik” olarak nitelendirilebilecek idealistik bakış açısını yansıtan Doğal Hukuk Okulu,

zaman ve yerde yaşayan toplulukta insan haklarının varlığının ortadan kalkabildiği radikal görecelik ile insan haklarını da içeren değerlerin tamamıyla evrensel olup, kültürel ya da tarihsel farklılıkların ışığında hiç bir değişikliğe uğrayamayacağını savunan radikal evrensellik uç anlayışları arasında, çağdaş uluslararası insan hakları normlarının hemen hemen evrensel uygulanırlığını kabul etmekle birlikte, kültürel çeşitlilik adına göreceli olarak mütevazı düzeltmeleri gerekli kılan zayıf kültürel görecelik (weak cultural relativism) düşüncesi hakkında bkz. **Donnelly**, *International Human Rights*, p. 2, 32-35, 203-204. İnsan haklarında evrensellik ile karşıtı olan (kültürel) görecelik teorisi hakkında ayrıca bkz. **Wallace**, *International Human Rights Text and Materials*, p. x, dn. 10; **Gibson**, *Dictionary of Human Rights Law*, p.5-6; Yasemin **Özdek**, “Recent Debates on Human Rights: Universalism or Cultural Relativism”, *Turkish Yearbook of Human Rights*, Vol. 16, 1994, TODAİE yay., Ankara, s. 23-53; Vahap **Coşkun**, “İnsan Haklarının Evrenselliği ve Liberal Perspektif”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi yay., İstanbul 2003, s. 223-234. Belli bir zaman dilimindeki sosyal şartlar ve halkın fikirlerine bağlı olan kültür, yere ve zamana göre değişir. Bir toplum, günlük yaşamında kullandığı dili de içeren kültürel bileşenlerinden; düşünme, hissetme ve harekete geçme biçiminden, yemek yeme, uyku uyuma âdetlerinden, kullandığı haberleşme araçlarından ve hukukundan etkilenir. Kültürün hukuku nüfuzu altına alması; hukukun ise geliştikçe kültürü etkilemesi olgusu, toplumlar ile hukuk sistemleri arasındaki karşılıklı bağımlılığı ortaya koyar. Biçimci hukuk anlayışı karşısında radikal bir değişikliği ifade eden sosyolojik hukuk anlayışı çerçevesinde toplumsal düzenin asıl kaynağını oluşturduğu; devletin koyduğu pozitif hukuktan daha geniş olan hukuk, sosyaldır; hukuki çoğulculuk ile sosyolojik çoğulculuğu yansıtır, toplum üzerinde de etkisini gösteren toplumsal bir olgudur. İnsanoğlu, kendi zamanı ve toplumu bağlamında hukuku yaratır. Sosyolojik hukuk düşüncesi, doğal hukuk öğretilerinden farklı olarak ideal hukuk ilkelelerinin soyut yönü ile ilgilenmekten çok, bu idealin gerçekleştirilmesine çalışır: **Grana/Ollenburger/Nicholas**, *The Social Context of Law*, p.1-3.; **Keyman**, *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, s. 85, 91, 96, 110, 115-116, 118, 168. Görecelik teorisini; kanımızca, bir toplumdaki değerler bütünü olarak yalnızca kültürel, tarihi, sosyal yönleri bakımından değil, o toplumun mali-ekonomik yapısını oluşturan değerler ve dolayısıyla mali kaynaklarının yeterliği bakımından da ele almak; kültürel görecelik yanında ekonomik görecelikten de söz etmek gerekir. Rölativizme göre değerler ve normlar, genel olarak geçerli olmayıp, toplumların ve kültürlerin tarihsel gelişimine bağlı olarak birbirinden farklı ve zaman içinde değişebilir niteliktedir. Doğal hukukun varlığını reddeden rölativistlerin her zaman pozitivist iken; doğal hukuk anlayışını benimseyen pozitivistlerin de bulunması nedeniyle pozitivistlerin tümünün mutlaka rölativist olmalarının zorunluluk taşımadığı, zaman dışında geçerliği olan yüksek ya da tinsel değerlerin nesnel varlığı karşısında da rölativizmin yanıldığı belirtilmiştir. Doğal hukukun zorunluluğu; rölativizm-pozitivism ayrılığı; değerlerin geçerliği ile değer rölativizminin eleştirisi hakkında bkz: **Aral**, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, s. 59-60, 202, 204; **Aral**, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 47.

hukukun evrensel olarak kabul edilen ilkeleri ile insan haklarına duyulan felsefi bağlılık üzerinde yükselir⁷⁵.

Evrensel nitelikteki doğal hukuk; doğal, doğuştan insanın özünde (inherent) ve devredilmez olan hakları korumak için vardır⁷⁶.

“Doğal Hukuk” doktrini, varsayımı olan “doğa hali” ile “toplum sözleşmesi” teorisi üzerine kurulmuştur⁷⁷. Doğal yaşama halindeyken tek tek

⁷⁵ James H. **Wolfe**, Modern International Law An Introduction to the Law of Nations (Prentice Hall Pearson Education), New Jersey 2002, p. 1, 3. Doğal hukuk-idealizm ikilisinin aksine, hukuki pozitivizm ve bağdaşığı olan realizm ve realpolitik ise, hukuk kültürlerinin çeşitliliğini ortaya koyar.

⁷⁶ **Wolfe**, Modern International Law, p.17, 186. Eski Yunan’da Aristo ve Stoacı düşünceden esinlenen, Roma İmparatorluğu döneminde Romalı olmayanlar arasındaki ilişkilere “*jus gentium*” ile birlikte uygulanan “*jus naturale*”; pozitif hukuktan önce gelen ve üstün olan “Doğal Hukuk”, “doğal haklar”; uluslararası hukuk; evrensellik ve bireylerin de devletler gibi uluslararası hukukun aktif öznesi olarak dikkate alınmasını hedefleyerek bireysel başvuru yoluyla uluslararası denetim mekanizması oluşturulması da dahil olmak üzere bireysel uluslararası insan haklarının varlığını öne süren çağdaş insan hakları anlayışı arasındaki ilişki ile bu bağlantının 1945 tarihli BM Şartı; 10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulunca kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uluslararası mahkeme kararlarındaki görünümü hakkında ayrıca bkz. **Wolfe**, p.1, 47-48, 73, 82-83,189; Thomas R. Van **Dervort**, International Law and Organization (Sage Publications), Thousand Oaks, California 1997, p.4-5, 14-15; Nguyen Quoc **Dinh**/Patrick **Dailier**/Alain **Pellet**, Droit International Public, 5.éd., (L.G.D.J.) Paris 1994, p. 44, 52-53; **Shaw**, International Law, p. 15, 19, 21, 44; **Hillier**, Sourcebook on Public International Law, p. 5, 10, 24, 682, 852; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 4, 13-14; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 27-28, 43, 46. Romalı hukukçu **Çiçero**’nun doğada bulunduğunu söylediği hukuk olan *jus naturale*, ne Roma’da ne de Atina’da farklıdır; gelecekte de aynı, ortak ve değişmez niteliktedir (*lex una et communis*). Aslında **Çiçero**’nun pozitif kanunların üstünde olduğunu belirttiği *jus naturale*, hukuk düzeninin kanunları olmaktan çok, ahlâki, hattâ evrene ilişkin kozmik düzenin kanunları olarak kabul edilmelidir: de **Page**, Droit naturel et positivisme juridique, p. 8, dn. 5; p. 29.

⁷⁷ Bu konuda bkz. ve krş. Orhan **Aldıkaçtı**, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4.B., İstanbul 1982, s. 207-208; **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 39; **Özdek**, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 15, 30.

Doğal hukuku insan aklının ürünü olarak ilk kez gören Yeni Çağ hukukçusu Hugo Grotius, uluslararası hukukun da kurucusu sayılır: **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 58, 142; **Dinh/Dailier/Pellet**, Droit International Public, p.53-54; **Shaw**, International Law, p.21. İki düşünce okulu görünüşte bağdaşmaz gözükseler de realpolitığın pozitivizmi ile idealpolitığın natüralizmi, Grotius’un 1625’de yayınlanan *De Jure Belli ac Pacis* (Savaş ve Barış Hukuku) adlı eserinde ortaya koyduğu eklektik

kendi başlarına korunmalarını güçleştiren engeller nedeniyle artık toplum halinde yaşamak isteyen bireylerin, toplumdaki önce var olan doğal haklarını toplum sözleşmesi ile topluma devretmeleri karşılığında güvenceye kavuşarak, bu toplum biçiminin kendilerini ve mallarını ortak bir güçle savunup koruduğu kabul edilmektedir⁷⁸.

İnsanların yaşama hakkı gibi bazı haklara doğuştan sahip olması sonucunda doğal hukuk ile bağlı olan ve gücü, doğal hukuktan kaynaklanan hak ve özgürlüklerle sınırlanan Devlet; kendisinin yaratmadığı, kendi varlığından önce ve üstün nitelikteki değerleri temsil eden doğal hakları ortadan kaldıramayacak; aksine bu hak ve özgürlükleri tanıyacaktır⁷⁹.

yaklaşımında birbirine bağlanmıştır. Doğal hukuk; kuvvet kullanımı, devlet egemenliğini ifade eden pozitif hukuk ile bir araya getirilmiştir. Hukukun gelişmesinde akıl ve rızanın birlikte asli kaynak olduğunu kabul eden Grotius'a göre, uluslararası hukuk, esin kaynağını her ikisi de aynı derecede önemli doğal hukuktan olduğu kadar güçler dengesinden de alır: **Wolfe**, Modern International Law, p.4-5; Van **Dervort**, International Law and Organization, p. 14-15.

⁷⁸ **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 10-11; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 43. Amerikan ve Fransız Bildirilerinin esin kaynağını oluşturduğu söylenebilecek İngiliz düşünürü Locke; insanın doğal haklarından yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakkının kendisinde kaldığını, bu haklarını korumak için sahip olduğu cezalandırma hakkını siyasal topluma devrettiğini ifade eder. Rousseau ise, "Contrat Social" adlı eserinde herkesin bütün haklarını topluma devretmesiyle aslında eskiden olduğu kadar hür kalacağını ileri sürmüştür. Bu konuda bkz. **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, 31- 35; **Akın**, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 7; **Akın**, Kamu Hukuku, s. 264; **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 39; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 54-55; 61-62; **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 61-62, 65-66; Jean-Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev. Vedat **Günyol**, 6.B., İstanbul 1994, s. 24-25. Bu arada belirtmek gerekir ki Doğal Hukuk Okulu'nun kişi haklarını hareket noktası olarak aldığı, felsefi varsayım niteliğindeki, bilimsel verilerle ve tarihsel gerçeklerle de çelişen "doğa hali" ve hayali "toplum sözleşmesi" kavramları rasyonel düşünce tarafından reddedilince, Doğal Hukuk Okulu bu kez, Fransız Devriminden sonra gelişen ve insan haklarını toplum sözleşmesi tezi dışında açıklamaya ve savunmaya çalışılan; "ferdiyetçi doktrin" olarak adlandırılacak kişi hakları doktrinini ortaya atmıştır. Buna göre, kişi hak ve özgürlüklerinin dayanağı, insanın yaradılış olarak özgür, irade sahibi, devletin temel yapıcı unsurunu oluşturan bir varlık olmasıdır: Bu konuda bkz. ve krş. **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 38-40; **Aldıkaçtı**, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, s. 207-208; de **Page**, Droit naturel et positivisme juridique, p. 37.

⁷⁹ **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 31; **Kapani**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 19; **Akın**, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 7; **Akın**, Kamu Hukuku, s. 264; **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, s. 165; **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 38; **Morange**, Droits de l'homme et libertés publiques, p. 14-15, 29, 34.

Aralarında 1776 tarihli (Amerikan) Bağımsızlık Bildirisi'nin de bulunduğu Amerikan Bildirileri⁸⁰ ile 1789 tarihli (Fransız) İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nde⁸¹ benimsenerek tüm insanlığa hitap eden yönüyle "ilk resmi

⁸⁰ Thomas Jefferson tarafından hazırlanan ve 4 Temmuz 1776 tarihinde Philadelphia'da kabul edilen Bağımsızlık Bildirisi'nin (The Declaration of Independence) ikinci ve üçüncü paragrafında yer alan "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed" ifadelerinden anlaşılacağı üzere; eşit yaratılan bütün insanlara Yaradan tarafından, yaşama, özgürlük ve mutluluğu arama gibi başkasına devredilemez bazı haklar bahşedilmiştir. Haklı/Gerçek güçlerini yönetilenlerin rızasından alan Yönetimler, bu hakların korunması için insanlar tarafından kurulmuştur. Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nin başında insanların doğuştan bir takım haklara sahip olduğu düşüncesinin yer aldığı görülmektedir. Aslında bir haklar bildirisi olmaktan çok, adından da anlaşılacağı üzere bağımsızlığı açıklayan bir belge olan Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nin öncesinde 12 Haziran 1776'da kabul edilen ve doğal hukuk anlayışına ilk kez somut olarak yer veren Virginia Haklar Bildirisi (Bill of Rights, section 1: "that all men are by nature equally free and independant, and have inherent rights") ile Amerikan Bağımsızlık Bildirisi hakkında bkz. **Akın**, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 31-34; **Akın**, Kamu Hukuku, s. 288-290; **Gemalmaz**, Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 73-77; **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 43-45; Bahri **Savcı**, İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması), Ankara 1953, s. 7-8; **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, s. 165; **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 37; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 41-42, 62; **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 73-75; Anıl **Çeçen**, İnsan Hakları Rehberi, Ankara 1999, s. 22-28; Zafer **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, 4.B., İzmir 2000, s. 10; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 62; Claude-Albert **Colliard**, Libertés publiques, 7.éd., Dalloz Paris 1989, p. 16; **Gibson**, Dictionary of Human Rights Law, p.vii; **Morange**, Droits de l'homme et libertés publiques, p. 29-30. 1776 tarihinde ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'ndeki hakların aslında herkese değil; yalnızca eğitilmiş, 21 yaşını tamamlamış ve mülkiyet sahibi beyaz erkeklere tanınmış olduğuna işaret edilmektedir. **Gibson**, Dictionary of Human Rights Law, p. 25.

⁸¹ 26 Ağustos 1789'da kabul edilen İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin (La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) başında, Millet Meclisi'ni (ASSEMBLÉE NATIONALE) oluşturan Fransız halkı temsilcilerinin; insanın doğal, devredilmez ve kutsal haklarını (*les Droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme*) resmen bir bildiriye ilan etmeye karar verdikleri belirtildikten sonra, 17 maddeden oluşan Bildiri'nin 1'inci maddesinde yer alan ilk cümledeki "*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.*" ifadesi; insanların hür (özgür) ve haklar bakımından eşit doğdukları ve yaşadıkları anlamındadır. Bildiri'nin 2'nci maddesinde her siyasi topluluğun amacının, insanın doğal ve zamanaşımına uğramaz haklarının (*droits naturels et imprescriptibles de l'homme*) korunması olduğu belirtildikten sonra, bu haklar; özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme olarak sayılmıştır. Bildiri'nin 4'üncü maddesinde özgürlüğün, başkasına zarar vermeyen her şeyin yapılabilmesinden ibaret olduğu vurgulanmış; her

açıklamalarına kavuşan⁸², Amerikan ve Fransız Devrimlerinin bildirilerindeki bu düşünce, doğal hukukun varlığına inanıldığı ve bu arada kanımızca etkililiğine güvenildiği ölçüde doğru olur⁸³.

insanın doğal haklarını (*droits naturels*) kullanmasının, toplumun diğer üyelerinin aynı haklardan faydalanmasını sağlayan ve ancak Kanun ile belirlenebilecek sınırlarından söz edilmiştir. Kanun ise, Bildiri'nin 6'ncı maddesinin ilk cümlesine göre, genel iradenin ifadesidir. “İnsan ve Vatandaş Hakları” adlı Başlığında da anlaşılacağı üzere, yalnızca Fransız yurttaşlarının haklarını değil, genel olarak evrensel nitelikteki insan haklarını da düzenleyen, ilan edildiği tarihten sonra hazırlanan, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi de dahil olmak üzere ulusal ve uluslararası düzeydeki çeşitli hak belgelerini etkileyen 1789 tarihli Fransız Bildirisi'nin, bireycilik değer sistemi içinde doğal hukuk ve doğal haklar anlayışını benimsediği açıktır. Bu konuda bkz. **Akın**, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 35-38; **Akın**, Kamu Hukuku, s. 294-296; **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 45-46; **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, s. 166; **Aldıkaçtı**, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, s. 207; **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 77-81; **Çeçen**, İnsan Hakları Rehberi, s. 29-30; **Kaboğlu**, Çevre Hakkı, s. 10; **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 37-38; **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 38, 40; **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 11; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 41-42, 61; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 87-90; **Colliard**, Libertés publiques, p. 17-18; **Morange**, Droits de l'homme et libertés publiques, p.31-34; **Robert/Duffar**, Droits de l'homme et libertés fondamentales, p. 31; **Pacteau**, Cours de Libertés publiques, p. 17-19, 25. Amerikan ve Fransız Devrimlerinin odağındaki insan hakları, modern demokratik toplumun da temelini oluşturmaktadır: **Shaw**, International Law, p. 23.

⁸² **Kapani**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 19; **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, s. 165. Burada İngiliz belgelerinden; Orta Çağa kadar inen 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum* (Büyük Özgürlük Fermanı), 17. Yüzyıl ve nihayet 18. Yüzyıla kadar uzanan, sırasıyla 1628 tarihli *Petition of Rights* (Haklar Dilekçesi), 1679 tarihli *Habeas Corpus Act*, 1689 tarihli *Bill/Declaration of Rights* (Haklar Bildirisi), 1701 tarihli *Act of Settlement*'in varlık ve değeri yadsınmamaktadır. Bununla birlikte, başta Magna Carta olmak üzere, Kralın mutlak yetki ve otoritesini öncelikle feodal aristokrasi ve sonra da aristokrasinin etrafındaki burjuvazi ve nihayet yalnızca İngiliz halkının lehine sınırlamak, böylece parlamentonun yetkilerini güçlendirmek amacını güden, somut ve ampirik hükümlere sahip İngiliz belgeleri, evrensellik anlayışı içinde bütün insanlığı kapsayan genel ve soyut ilkeler getiren gerçek anlamda haklar bildirisi olarak kabul edilemezler. İngiliz özgürlük ferman ve kanunlarından oluşan İngiliz belgeleri, Amerikan ve Fransız Hak bildirilerini etkilemiş olmakla birlikte, doğal hukuk anlayışının hakim olduğu bu hak bildirilerinden farklı olarak, parlamentonun yetkilerini sınırlayıcı hükümlere yer vermemişlerdir. Yine de İngiliz belgelerinin uzun vadede dolaylı olarak hak ve özgürlüklerin tanınmasını sağlayan bir niteliğe ve işleve kavuştuğu, özgürlük yolunda ışık tuttuğu eklenmelidir: **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 41-43; **Akın**, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 24-30, 34, **Akın**, Kamu Hukuku, s. 280-287, 289; **Savcı**, İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması), s. 4-6; **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, s. 164-165; **Kaboğlu**, Özgürlükler

Hukukun idesi olan adaleti yansıtarak ona içerik kazandıran, bütün zamanlar ve toplumlar için geçerli “olması gereken”i temsil ettiği düşünülen doğal hukuk, pozitif hukukun dışında ve üstünde görülmüştür⁸⁴. Geçerliğini, insanların güce dayalı keyfi iradesinden değil, kendi özvarlığından, eşyanın doğasından alan; nesnel, ebedi ve değişmez nitelikteki doğal hukuk, gerektiğinde, adil olmayan kanunlara karşı direnme hakkı örneğindeki gibi, uyumsuzluk içine girdiği pozitif hukukta yazılı olmayan doğal insan haklarına başvurmayı mümkün, hattâ meşru görmektedir⁸⁵.

Doğal hukuk anlayışını ve bu anlayışın varsayımını oluşturan teorileri, doğal hukuk düşüncesinin ürünü olarak kabul edilen insan haklarını, doğal hukuk öğretisinin insan hakları bildirilerindeki ifade ediliş biçimini ortaya koyduktan sonra artık pozitif hukuk anlayışını ve pozitif hukukta yer alan insan hakları alanı ile ilgili kavramları açıklamaya geçebiliriz.

2. Pozitif Hukuk Anlayışında İnsan Hakları

Özgül alanında kanun koymak anlamına gelen, Fransızca’daki “poser” fiilinden türeyen ve adaletin içeriği sorunsalını, öznel değer yargılarına göre adil olanın ve olmayanın değiştiği düşüncesiyle hukuk biliminin dışında tutan **pozitif hukuk** ise; belli bir toplumda konulmuş (posé) ve yürürlükte “olan hukuk” niteliğiyle, içeriğinin ne olacağına onu yaratanların, kural koyanların açıkladıkları irade ile karar verdiği, birbirine yakın kültürel düzeye sahip toplumlarda bile, aralarında var olan pek çok benzerliğe rağmen, bir toplum-

Hukuku, s. 61-62; **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 25-30, 65-71.

⁸³ **Akın**, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 7; **Akın**, Kamu Hukuku, s. 264. Doğal haklar öğretisinin eleştirisi için ayrıca bkz. **Akın**, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 109 vd.; **Akın**, Kamu Hukuku, s. 383 vd.; **Colliard**, Libertés publiques, p.17-18; **Morange**, Droits de l’homme et libertés publiques, p. 59. Pozitif hukuk teorisi, doğal hukuk öğretisini göreceli bir karanlık içine atmış ise de, evrensel insan hakları anlayışı, kurduğu bağlantı nedeniyle klasik doğal hukuk görüşüne, yeniden ilgi duyulmasını sağlamayı başarmıştır: **Wolfe**, Modern International Law, p. 73, 83; **Shaw**, International Law, p. 43-44.

⁸⁴ **Aral**, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 198-200; **Aral**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 43-45. Yaşamın herhangi bir alanındaki yasama faaliyetinde, birbiriyle çatışan menfaatlerle karşılaşan kanun koyucu, bu menfaatler arasındaki dengeyi, menfaatlerin gücüne ya da sayısına göre değil, pozitif hukuka örnek, esin kaynağı oluşturan doğal hukuk ilkelerine göre sağlayabilecektir: **Aral**, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 200; **Aral**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 46.

⁸⁵ de **Page**, Droit naturel et positivisme juridique, p. 8-10; p. 10, dn. 11.

dan diğerine ve zamana göre değişen ama aslında o toplumda gerçekten var olan ve uygulanan hukuktur⁸⁶.

Hukukun kaynağını; içeriğinden çok, geçerliğini belirlemekte gören hukuki pozitivizm, kanunun hukuki içeriğinin haklı veya haksız, iyi ya da kötü olmasıyla değil; kaynağıyla, kanun koymaya yetkili makam tarafından geçerli olarak yapıp yapılmadığıyla ilgilenir⁸⁷. Olgu niteliğindeki “olan”dan yola çıkarak değer niteliğindeki “olması gereken”e ulaşamayacağını iddia eden ve gerçek “olan” hukuk ile “olması gereken” ideal hukuk arasında, bir ilişkinin varlığına rağmen, kesin bir ayırım yapan hukuki pozitivizm; aksini iddia etse de, yürürlükte ve uygulanan hukuk olduğu için pozitif hukuka değer vermekte; bu değer sonucunda pozitif hukuku inceleme konusu yapmaktadır⁸⁸.

Olması gerekeni değil, “olan”ı araştıran pozitivizm, deneyle dış dünyada yer ve zaman bakımından somut varlığı kanıtlanabilir; gözlem yolu ile öğrenmeye elverişli tek gerçeklik olarak gördüğü pozitif hukukun üstünde, hattâ dışında başka bir hukukun varlığını reddeder⁸⁹ ya da pozitif hukukun dışında ideal hukuku reddetmemekle birlikte gerçekte yürürlükte olmayan ideal hukukun bilimsel çalışmalara konu oluşturmasını yararsız görür⁹⁰. Başlangıçta teoriden değil, kullandığı deneysel metodla olgulardan hareket

⁸⁶ Cahit **Can**, Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi, Ankara 1989, s. 26, 28; **Keyman**, Hukuka Giriş ve Metodoloji, s. 59-60; **Aral**, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 199; **Aral**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 44; **Umar**, Hukuk Başlangıcı, s. 74-75.

⁸⁷ **Grana/Ollenburger/Nicholas**, The Social Context of Law, p. 27.

⁸⁸ **Keyman**, Hukuka Giriş ve Metodoloji, s. 19, 57, 71. Pozitif hukuk, kendisini oluşturan normların varlık ve gerçekliğine itiraz edilmeden kabul edilmesi gereken dogma niteliğini taşımaları nedeniyle hukuk dogmatığı ya da dogmatik hukuk bilimi olarak nitelendirilen pozitif hukuk bilimine konu oluşturmaktadır. Amacı belli bir pozitif hukuk düzeninin içeriğini açıklayıp kavramak olan dogmatik hukuk bilimi, bütünsel olarak hukukun ne olduğu ya da nasıl olması gerektiği ile değil, söz konusu hukuk düzeninde hukuka uygun olanın ne olduğu ile ilgilenir. Aslında pozitif hukuku oluşturan ve ideal bir düzeni gerçekleştirmeye çalışan normlar da “olması gereken” niteliktedir. Ancak bu olması gereken, yere ve zamana bağlı olarak değişmeyen mutlak bir “olması gereken” değil; yürürlükte olan, yere ve zamana göre değişen bir “olan olması gereken”dir. **Aral**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 66, 136-137, 151.

⁸⁹ **Aral**, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 202; **Aral**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 46; **Keyman**, Hukuka Giriş ve Metodoloji, s. 21; de **Page**, Droit naturel et positivisme juridique, p. 13, 33-34.

⁹⁰ **Keyman**, Hukuka Giriş ve Metodoloji, s. 19.

eden pozitivizm, ancak bunlara ilişkin kanunları bulduğu takdirde ulaştığı sentezin sonucunda yine de kesin ya da mutlak sayılmayan teoriyi kurar⁹¹.

Adaleti gerçekleştirmeye çalışan doğal hukukun ancak göreceli bir nitelik taşıyabileceğini ileri sürerek, adaleti yansıtan bir hukukun varlığına açık olan (ampirik) pozitivizme göre de, adaletin içeriğini ortaya koymada yetkin olmayabilen bağlayıcı nitelikteki pozitif hukuk karşısında, içeriği hakkında tam ve güvenilir bir bilgi edinme olanağı bulunmayan doğal hukuka üstünlük tanınması, hukukun önceden görülebilir olmasını ifade eden hukuk güvenliğinin ortadan kaldırır⁹².

Adaletin temellerinin çağlar boyunca değişiklik göstermesi, sosyal dünyada da, fiziki veya biyolojik dünyada olduğu gibi, deneysel olarak doğrulanabilecek güçlerin çatışmasına veya dengesine bağlanabilir. Hukuk öncesi aşamada çoğu kez normal olarak güç hukuka üstün gelirken; düzenin, dengenin kurulduğu; huzurun sağlandığı sonraki aşamada artık hukuk, gücün önüne geçmektedir⁹³.

“Pozitif Hukuk/Yürürlükte olan Hukuk” anlayışına göre insan hakları, belli bir zamanda, belli bir yerde; uluslararası alanda ve/veya herhangi bir devletin kendi içinde, genellikle yetkili organ tarafından yazılı olarak oluşturulan hukuk düzeninde yer alan haklardır⁹⁴.

⁹¹ de Page, Droit naturel et positivisme juridique, p. 35.

⁹² Aral, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 202-203; Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 47. Hukuk güvenliği düşüncesi önemli olmakla birlikte, pozitif hukukun adaletsizlik yönünde açık olacak ölçüde doğal hukuktan uzaklaşması halinde, bu değer artık geri çekilmek zorundadır: Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 50. Yürürlükte olan bir pozitif hukukun öncelikle varlığı koşulunu gerektiren ve hukukun güvenilir olmasını ifade eden hukuk güvenliğinin diğer koşulları hakkında ayrıca bkz: Aral, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 244-248. Hukuki güvenliği geliştirmenin ve özgürlüğü savunmanın “en ileri noktası” ise hukuk devletidir: Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 24. Pozitif düzendeki adaletin, felsefi adalete göre herkese kendisine düşenin verilmesinden çok, güvenlik fikri ile beslendiği belirtilmiştir. Bu düşünceye göre, pozitif hukukun temel kurallarından birini oluşturan güvenlik kavramı, hukuk devletinin ana fikri olan her tür fiili yolun yasaklanması örneğindeki gibi pozitif adaletin gerçek dayanağıdır: de Page, Droit naturel et positivisme juridique, p. 39, dn. 93.

⁹³ de Page, Droit naturel et positivisme juridique, p. 37, 38.

⁹⁴ Akıllıoğlu, İnsan Hakları I, s. 2. İsviçreli diplomat ve hukukçu Emmerich de Vattel, Fransızca yazdığı ve 1758’de yayınladığı kısaca Devletler Hukuku olarak bilinen “le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains” adlı kitabında doğal hukuku başlangıç noktası olarak kabul ederek Grotius’un teorisi üzerine inşa ettiği eklektik yaklaşımda ana teori olarak sınıflandırdığı

Doğal hukuk görüşünden kaynaklanan “insan hakları”, çeşitli insan hakları belgelerinde somutlaştırılıncaya kadar, belirli bir hak katalogunun oluşturulmasına imkan vermeyen soyut bir kavram olarak kalmıştır⁹⁵. Doğal hukuk kökenli insan hakları ile bunlara hakim olan anlayış, pozitif hukuk anlayışı tarafından benimsenmekle, yazılı olarak düzenlenen haklar ve ilkeler halinde büyük ölçüde pozitif hukuk metinlerine geçmiştir⁹⁶. Böylece, insan hakları sadece doğal hukuk kaynaklı soyut ve düşünsel bir kavram olmaktan çıkmış; pozitif hukukla bütünleşme süreci içinde kaydettiği gelişme sonucunda ayrıca ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde de tanınan ve düzenlenen somut haklar haline dönüşmüştür⁹⁷.

Doğal hukuk kökenli insan haklarının pozitif hukukta tanınma sürecinde temel haklar ve kamu özgürlükleri kavramlarının tanımlanması ve insan hakları kavramı ile karşılaştırılması faydalı olacaktır.

a. Temel Haklar

Temel haklar; düzenledikleri hakkın değeri ve konusuna ya da düzenlendiği yer dikkate alınarak Anayasada tanınıp tanınmamasına göre

birincil nitelikteki **doğal** devletler hukuku ile uluslararası örf ve âdet ve kanunlaşmalardan oluşan ikincil nitelikteki **pozitif** devletler hukuku arasında esaslî bir ayrım yapmıştır. Sadece Philadelphia’da İngilizce’de “The Law of Nations; or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct of Affairs of Nations and Sovereigns” adı ile 1849’a kadar yedi baskı yapan bu eser, hâlen de önemini bir ölçüde korumaktadır. Uluslararası hukuk, günümüzdeki kodifikasyonunu Vattel’in birincil ve ikincil hukuk normları sınıflandırmasına borçludur. Aslında gerçek anlamda bir pozitivist olmayan Vattel, eseriyle modern pozitivist düşünce ve onun bağdaştığı olan realpolitike, teorisinden yararlanarak A.B.D. Anayasası’nı hazırlayanların benimsediği uluslararası hukuk yaklaşımı da dahil olmak üzere, temel oluşturmuştur. H.L.A. Hart da 1961’de yayınladığı “The Concept of Law” adlı eserinde, Vattel’in insan davranışını düzenleyen birincil ve ikincil kurallar ayrımını kabul ederek pozitif hukuku; yükümlülük getiren birincil ve yetki veren ikincil normlardan oluşan bir bütün olarak ele almıştır: **Wolfe**, Modern International Law, p.5; **Dinh/Dailler/Pellet**, Droit International Public, p. 55-56; **Keyman**, Hukuka Giriş ve Metodoloji, s. 21, 45.

⁹⁵ Zafer **Gören**, Anayasa Hukukuna Giriş, 2.B., İzmir 1999, s. 357.

⁹⁶ **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 2, 25, 96. Yazar, iç hukuk ve uluslararası hukukun birliğine dayandığını belirttiği üstün nitelikteki insan hakları kurallarını, iç hukukta ihlal eden devlete uygulanacak yaptırımların da yine pozitif hukuk tarafından düzenlendiğini eklemektedir: **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 96-97, 25.

⁹⁷ **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 20-21; **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 20; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 44.

tanımlanır. Bu tanımlanma sonucunda da temel haklar ve temel olmayan haklar ayrımı yapılmış olur.

aa) Hakkın Değeri ve Konusuna Göre Temel Haklar

Temel haklar, diğer haklardan yararlanabilmek için korunması zorunlu olan ve bu nedenle “temel” olarak nitelendirilen haklardır⁹⁸. Anayasalarda sayılmış olup olmadığına bakılmaksızın, hakların; düzenledikleri konular esas alınarak oluşturulan ve “varlığı bir başka hakka bağlı olmayan hak” olarak tanımlanan “temel haklar” ifadesi⁹⁹, “temel olan ve temel olmayan haklar” ayrımının kesin olarak geçerli bir ölçüte dayanılmadan yapılması ile haklar arasında değer ve önemi yönünden hiyerarşik ilişki yaratılması, “temel haklar”a öncelik ve giderek üstünlük tanınması sonucuna ulaşılması olasılığı nedeniyle eleştirilmiştir¹⁰⁰.

bb) Anayasada Tanınıp Tanınmamasına Göre Temel Haklar

Hakkın değeri ve düzenlediği konuya göre yapılan ayırmada yukarıda getirilen eleştiri nedeniyle, pozitif hukuk anlayışı çerçevesinde hak tanıyan belgeler bakımından; iç hukukta Anayasa’da tanınıp tanınmamasına göre¹⁰¹,

⁹⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 44.

⁹⁹ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s. 17; Özdek, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 9.

¹⁰⁰ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s. 18; Özdek, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 9; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 208; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 664. Gemalmaz, tarihsel bir gelişimin sonucunda ortaya çıkan “İnsan hakları” kavramının sahip olduğu dinamik içeriği açıklarken “*insan hakları alanında ilkin ‘temel haklar’ ya da ‘klasik haklar’ olarak da anılan ‘medeni ve siyasal haklar’ kategorisi*”nin oluşturulduğunu belirtmekle (s. 677- 678); “temel haklar” terimini kendisi de kullanmıştır. Ancak tarihsellik içinde kavranabilecek insan haklarının gösterdiği evrimin; insan hakları kavramının “*dinamik*” niteliğini ortaya koyduğu ve insan haklarının “*temel insan ihtiyaçları*” yaklaşımına uyarlandığı günümüzde çevre hakkının da “*temel*” niteliğini taşıdığı hakkında ayrıca bkz. Özdek, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 2, 5. Temel haklar, tamamıyla soyut ve durağan kurallar bütünü oluşturmaz; aksine temel hakların gelişimi, hattâ varlığı dinamik ve devingen niteliğini ortaya koyar. Michel Hottelier, La Convention Européenne des Droits de l’Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral Contribution à l’étude des droits fondamentaux, Payot, Lausanne 1985, p. 5, 7.

¹⁰¹ 29 Ekim 2004 tarihinde Avrupa Birliği üyesi devletler tarafından imzalanan ve bu devletlerin iç hukukunda onaylanarak yürürlüğe girmesi beklenen “Avrupa için bir Anayasa oluşturan Andlaşma”nın (Treaty Establishing a Constitution For Europe) II.Bölümüne dahil edilen; 7 Aralık 2000 tarihinde Nice zirvesinde ilan edilmiş olunan

Anayasal korumadan yararlanıp yararlanmadığı dikkate alınarak yapılan temel haklar ve temel olmayan haklar ayrımında hakların değeri değil, korunma rejimi ve düzenlendiği yer esas alınmaktadır¹⁰². Oysa, doğal hukuk ve pozitif hukuk yaklaşımının her ikisinden de etkilenen Anayasadaki hak anlayışı incelendikten sonra, Anayasada açıkça tanınan temel hak ve özgürlükler ile anayasa koyucunun Anayasada açıkça tanımamakla birlikte, Anayasada yer alan bir genel özgürlüğün içinde örtülü olarak bulunan ve böylece dolaylı yoldan tanınmış örtülü özgürlükler ayrımının yapılması uygun olacaktır.

*aaa) Anayasadaki Hak Anlayışı ve Anayasada Tanınan Temel Haklar:
Anayasal Haklar*

(1) Anayasadaki Hak Anlayışı

Cumhuriyet döneminde kişi hak ve özgürlükleri; ilk kez, “Türklerin kamu hakları” (Türklerin hukuku âmmesi), Beşinci Fesil (Bölüm) başlığı altında, 68-88’nci maddeler arasında, “insan hakları” terimine yer vermediği görülen 1924 Anayasası’nda düzenlenmiştir¹⁰³. Doğal hukuk anlayışının etkisindeki liberal ve bireyci yaklaşımın hakim olduğu, pozitif statü haklarına yer vermeyen 1924 Anayasası’nın; 1789 tarihli (Fransız) İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi’nin 4’üncü maddesinden alınan ve bu düşüncelerin “tipik ifadesi”ni¹⁰⁴ yansıtan 68’nci maddesinde, her Türkün hür doğduğu ve hür

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of fundamental rights of the European Union; La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne; Charta der Grundrechte der Europäischen Union), yeni binyılın ilk insan hakları belgesi olarak ayrıntılı bir katalog içinde sosyal haklara da klasik hak ve özgürlüklerle birlikte yer veren modern bir temel haklar bildirgesidir: Mustafa **Alp**, “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, DEÜHFD, C. 6, S. 1 (Yıl 2004), s. 1; Ercüment **Tezcan**, Avrupa Birliği Hukukunda Birey, İstanbul 2002, s. 256, 261-263. Avrupa Birliği’ne katılım için aday devlet statüsünde olan Türkiye’de 29 Ekim 2004 tarihinde “Nihai Sened” i imzalamıştır.

¹⁰² Oktay **Uygun**, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992, s. 5-6; **Ertürk**, İş İlişkisinde Temel Haklar, s. 23.

¹⁰³ **Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 191; **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 143. 23 Nisan 1920’de TBMM’nin açılmasından sonra, ancak Cumhuriyet’in ilanı öncesinde Milli Mücadele Döneminde çıkarılan 1921 Anayasası’nda ise kişi hak ve özgürlükleri zaten düzenlenmemiştir. 1921 ve 1924 Anayasası metinleri için bkz. Suna **Kili/A.Şeref Gözübüyük**, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yay., Ankara 1985.

¹⁰⁴ Bülent **Tanör**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 9.B., İstanbul 2002, s. 308. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi’ndeki doğal hukuk anlayışının 1924 Anayasası’nın 68’nci maddesinde dile getirildiği hakkında ayrıca bkz. **Tezcan/Erdem/**

yaşadığı belirtildikten sonra, başkasına zarar vermeyecek her türlü tasarrufta bulunmak biçiminde tanımlanan ve *tabii* (doğal) *haklardan* olan *hürriyetin* herkes için sınırı, ancak kanunun tesbit edebileceği başkalarının hürriyetinin sınırı olarak kabul edilmektedir. Cumhuriyet Dönemi Anayasalarımız içinde doğal hukuk yaklaşımının “en belirgin olduğu”¹⁰⁵ 1924 Anayasası’nın genel nitelikteki 70’nci maddesinde de; kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, seyahat, sözleşme, çalışma, mülk edinme, malını kullanma, toplanma, dernek, şirket kurma hak ve hürriyetleri Türklerin kamu haklarından sayılmıştır.

“İnsan hakları kavramı”nın, toplumu ileriye götürebilecek “uzaklardaki bir idealin peşinde” giden 1961 Anayasası, Cumhuriyetin en başta gelen temel niteliğini “insan haklarına dayanan” bir devlet (md.2) olarak öngörüp, özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olduğu anlayışı çerçevesinde, Devletin varlık nedenini, insan haklarının gerçekleştirilmesine dayandırırken; “çok daha pozitivist olduğu” söylenebilecek 1982 Anayasası, kendisinin belirlediği sınırlı hak ve özgürlükler düzeninin¹⁰⁶ getirdiği durağanlık içinde “insan haklarına saygılı” bir devleti (md.2) yeterli bulmaktadır¹⁰⁷.

1961 Anayasası’ndaki “insan haklarına dayalı” devlet ile 1982 Anayasası’ndaki “insan haklarına saygılı” devlet arasında, terim ve anlatım farkının dışında “temel bir anlam ve yaklaşım farkı”nın bulunduğunu savunmanın güç olduğu karşı görüş olarak ifade edilmiştir¹⁰⁸.

1982 Anayasası’nın Başlangıcında “insan hakları” teriminin kullanılmadığına işaret eden Mumcu/Küzeci, Anayasanın 2’nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “insan haklarına saygı”nın;

Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 43, dn. 4; **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 229; **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 13; **Gören**, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 41.

¹⁰⁵ **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 447.

¹⁰⁶ 1982 Anayasası’nın belirlediği sınırlı hak ve özgürlükler düzenini ortaya koyan Anayasa Başlangıcındaki “... (egemenliği) millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, *bu Anayasa’da gösterilen hürriyetçi demokrasi* ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı”; “Her Türk vatandaşının *bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden ... yararlanarak ...*” yönündeki paragrafların varlığı anlamlıdır.

¹⁰⁷ **Soysal**, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, s. 42, 47-48; **Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 83; **Tanör** Bülent, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul 1986, s. 25.

¹⁰⁸ **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s. 97; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 121, 217.

Anayasa'nın 4'üncü maddesindeki değiştirilemeyecek hükümlerden olduğunu akılda tutarak, gerçek ve evrensel anlamda kabul edilmesi gereken; 2'nci maddedeki diğer niteliklerle (demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti) birlikte değerlendirildiğinde, 1982 Anayasası'nın da "özgürlükçü bir demokrasiyi hedeflediği" yargısına ulaşmaktadırlar. Yazarlar, "Devletin temel amaç ve görevleri"ni düzenleyen Anayasa'nın 5'nci maddesinde, bu amaç ve görevler arasında "kişinin temel hak ve hürriyetlerini, ... sınırlayan engelleri kaldırmak" yanında uyulması zorunlu olduğunu belirttikleri BM ve diğer uluslararası insan hakları hukuku bildirilerinde de bulunan "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak" görevinin yer almasını; 5'nci maddede "kişinin temel hak ve hürriyetleri" dışında "insan"dan da söz edilmesinin, insan haklarından "uzak" durmadığını belirttikleri 1982 Anayasası'nın özgürlük anlayışının geniş ve demokratik bir özgürlük olduğu yönündeki yorumlarını kuvvetlendirdiğini eklemektedirler¹⁰⁹.

Gözler de sosyal ve ekonomik koşulların geliştirilmesiyle gerçekleştirilebilecek bir süreç olan "özgürleştirme" ödevinin sosyal devlet ilkesine uygun olarak Anayasa'nın 5'inci maddesinde devlete verildiğini hatırlatmaktadır¹¹⁰. Gerçekten, Anayasa'nın 5'inci maddesine göre, kişiler, ancak "temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engeller"in kaldırılmasıyla özgürlüğüne kavuşabilir.

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde, "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" başlıklı 14'üncü maddenin 1'nci fıkrasına getirilen "*insan haklarına dayanan* demokratik ve laik Cumhuriyet" ibaresi ile, "insan haklarına saygılı" ve "insan haklarına dayanan" ifadesi, Anayasa'nın farklı maddelerinde de olsa (md.2 ve md.14), birleştirilmiştir¹¹¹. Birleştirmenin Anayasanın farklı maddelerinde yapılması, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan "insan haklarına saygılı" deyimini; Anayasa'nın 4'üncü maddesine göre değiştirilemeyecek hükümler arasındaki Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlendiğinden, "insan haklarına dayanan" ifadesini, bir Anayasa değişikliği ile 2'nci maddeye "Cumhuriyetin niteliği" olarak ekleme imkanının bulunmaması nedeniyledir.

AİHS ile uyum sağlanması yönünden, iç hukuktaki hak ve özgürlükler düzenini bağdaştırmak gereğini duymayan 1961 Anayasası ile karşılaştırıl-

¹⁰⁹ Mumcu/Küzeci, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 273-276.

¹¹⁰ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 218.

¹¹¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 80.

dığında, 1982 Anayasası, görünüşte, “çok daha başarılıdır”¹¹². 1982 Anayasası’nın özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile bu hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasında, “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13’üncü; “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması” başlıklı 14’üncü; “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15’inci maddeleri ile AİHS’nin “Hakların kötüye kullanımının yasaklanması” başlıklı 17’nci; “Hakların kısıtlanmasının sınırları” başlıklı 18’nci; “Olağanüstü hallerde askıya alma” başlıklı 15’nci maddeleri arasında gözlemlenen benzerlik dikkat çekicidir¹¹³.

1982 Anayasası’nda; 1924 Anayasası’ndaki “doğal haklar” anlayışının yanı sıra 1961 Anayasası’ndaki evrensel nitelikteki “insan hakları” yaklaşımının da bulunmadığı belirtilmiştir¹¹⁴. Kanımızca, bu vargı, özellikle 1982 Anayasası’nın Başlangıç kısmı bakımından geçerlidir. Anayasa Başlangıcındaki “... (egemenliği) millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, *bu Anayasa’da gösterilen hürriyetçi demokrasi* ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı”; “Her Türk vatandaşının *bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden ... yararlanarak ...*” paragraflarındaki “pozitivist hak anlayışı”ni ortaya koyan “pozitivist” ifadeler, aynı hükümdeki “Her Türk vatandaşının ... *onurlu* bir hayat sürdürme ve *maddi ve manevi varlığını* bu yönde *geliştirme hak ve yetkisine doğuştan* sahip olduğu”nu ifade eden doğal hukuk ve doğal haklar anlayışının benimsendiği izlenimini veren sözler ile çelişmektedir¹¹⁵. Tanör/Yüzbaşıoğlu, bu ifadelerin birlikte kullanılmasında “bir çelişki mi” yoksa “terim savrukluğu mu” bulunduğu sorusunu ortaya koymakla yetindiklerini belirtmektedir¹¹⁶.

Doğal hakların, ancak anayasa tarafından tanınmadığı sürece doğal hak niteliğinde kalacağı; bir hak ve özgürlüğün anayasada tanınarak pozitif bir temele sahip olmakla artık o hak ve özgürlük konusunda pozitivist hak anlayışının geçerli olacağı belirtilmiştir. Bu düşünceden hareket edilerek; bir pozitif hukuk belgesi olan anayasanın, bu arada 1982 Anayasa’nın, doğal

¹¹² Soysal, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, s. 42.

¹¹³ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 7.B., Ankara 2002, s. 99; Soysal, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, s. 43.

¹¹⁴ Tanör, İki Anayasa 1961-1982, s. 131.

¹¹⁵ Tanör, İki Anayasa 1961-1982, s. 131; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 98; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 217.

¹¹⁶ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 78.

hak/pozitivist hak anlayışlarından hangisini benimsediğini belirlemenin anlamının bulunmadığı, tanım gereği doğal hak anlayışını kabul etmesinin “saçma” olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁷.

Kanımızca, “doğal hak” niteliğindeki bir hak ve özgürlüğün, doğal hukuk anlayışının etkisinde kalan bir anayasa koyucu tarafından benimse-nerek pozitif hukuk belgesi olan anayasada tanınması ya da düzenlenmesi, o hak ve özgürlüğün, insanın özünde var olan ve doğuştan gelen (doğal hak) niteliğini etkilemez, değiştirmez; sadece bu nitelikteki bir hak ve özgürlüğün, anayasal tanınma anından itibaren ayrıca pozitif bir temele de kavuştuğunu gösterir. Aynı yargımız doğal hakları tanıyan diğer ulusal ve uluslararası insan hakları belgelerindeki haklar bakımından da geçerlidir. Nitekim yukarıda incelendiği üzere, doğal haklara yer veren Virginia Haklar Bildirisi’nden başlamak üzere (Amerikan) Bağımsızlık Bildirisi; (Fransız) İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde (md.1) doğal hukuk anlayışının benimsendiği açıktır. “Pozitivizmin görünüşteki yengisi”ne rağmen, 19’uncu yüzyıl sonu ile 20’nci yüzyılın başında doğal hukukun yeniden doğduğuna tanık olunmuştur. Bu nedenle, Fransız Devriminden bu yana Anayasamız da dahil olmak üzere, temel hak ve özgürlükleri tanıyan modern anayasalarda; bunları ayrıntılı olarak düzenleyen ve sınırlayan yasalarda; mahkeme kararlarında ve öğretilerde, adaleti temsil eden, insan varlığının korunması ve gelişmesini amaçlayan doğal hukuk ilkelerine ve bu ilkelerin hakim olduğu anlayışa yer verilmektedir¹¹⁸.

İnsan hak ve özgürlüklerinin en sağlam dayanağının doğal hukuk anlayışında değil, pozitif hukukta bulunduğu belirtilmiştir¹¹⁹; bu nedenle, ulusal ve özellikle de uluslararası düzlemde devlet ve diğer siyasal aktörler, *idealpolitik* değil, kaçınılmaz olarak *realpolitik* izlemektedir. Batı düşüncesinde, kaynağı Yunan tarihçi Thucydides’in “Peloponez Savaşı”nı anlattığı epik eseri ile Machiavelli’nin “Il Principe”(Prens) adlı kitabında, devletin saptadığı güce dayalı politikaya (realpolitik) kadar uzanan ve halen uluslararası ilişkilerde en yaygın teori olarak kabul edilen realizm; doğal

¹¹⁷ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 216-217.

¹¹⁸ Aral, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 216-217, 223; Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 48-49 ve dn. 64. Doğal hukukun yeniden doğuşu ve insan hakları başta olmak üzere uluslararası adalet, uluslararası kurumların oluşumundaki gibi uluslararası hukuka etkileri hakkında ayrıca bkz. Shaw, International Law, p. 43-44.

¹¹⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 44.

haklar gibi evrensel ilkelerle bağlı olmayı kabul etmeksizin, devletin güvenliğini sağlamak üzere, ahlâken yanlış da olsa gerektiğinde uzlaşmayı esas alarak milli menfaatini gerçekleştirmesini hedefler¹²⁰.

Ancak “insan haklarına saygı”nın bir dogma haline dönüştüğü günümüzde devletlerin milli menfaati, realizm ve realpolitik gereği, içtenlikle benimsemeseler dahi en azından önce söylemlerinde insan haklarına uyma vaadinde bulunmayı, giderek bunu gerçekleştirmeyi gerekli kılar. Bu nedenle bir devlet, dilerse insan haklarını ve diğer moral değerleri de kendi milli menfaat tanımı içine yerleştirebilir. Bu nedenle, ilk bakışta bir çelişki gibi gözükse de, pozitif hukukun, insana saygı gösteren ve değer veren doğal hukuka gittikçe yaklaştığı yadsınamaz bir gerçekliktir. Günümüzde “hukuka uygun davranan devlet”, “pozitif hukukunu doğal hukuka uydurmaya çalışan devlet”tir¹²¹.

Pozitif hukuk ile devletin işlem ve eylemlerinin; pozitif hukuk uygulamasının çelişmesi, farklılık taşıması gerçeği karşısında “hukuka uygun davranan devlet” ibaresini ideale ulaşma arayışındaki ihtiyatlı bir iyimserlikle değerlendirmek gerekir. O halde, hukuka uygun davranması arzu edilen, beklenen ve gereken devlet; yani hukuk devleti, pozitif hukukunu ve uygulamasını doğal hukuk ile uyumlu hale getirmeye çalışan devlettir diyebiliriz.

(2) Anayasada Tanınan Temel Haklar: Anayasal Haklar

Anayasada tanınmayı esas alarak yapılan “Temel haklar ve temel olmayan haklar” ayrımı uyarınca¹²², Anayasa’da düzenlenerek anayasal güvenceye bağlanmış; Anayasa’da somutlaştırılmış insan haklarına; böylece ulaşılabilecek ideal insan hakları listesinin Anayasa’da kabul edilerek

¹²⁰ **Wolfe**, Modern International Law, p. 2-3. Realizm-real politik ve insan hakları hakkında bkz. **Donnelly**,

International Human Rights, p. 30-31. Machiavelli’nin Prens adlı eserinde sözünü ettiği hükümdar “Egemen” olan kimse anlamındadır: **Özay**, Günışığında Yönetim, s. 25, dn.45.

¹²¹ **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 8. Pozitivizm, hukuku devletin hizmetkârı yaparken; Tabiatçı Okul (Natüralizm), devletin evrensel hukuk normlarına uymasını talep etmektedir: **Wolfe**, Modern International Law, p. 189.

¹²² **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 209-210. Temel haklar teriminin kullanılması sonucunda temel hakların, temel olmayan haklardan nasıl ayrılacağı sorusunu soran ve haklar arasında değerleri bakımından hiyerarşi ilişkisi kurulması tehlikesine katılan ve bunun mümkün olamayacağını belirten Gözler, temel hakları yalnızca Anayasa tarafından tanınan ve güvence altına alınan haklar olarak tanımlamaktadır. Temel olmayan haklar ise, Anayasa koyucunun tanımadığı haklardır.

gerçekleşmiş kısmına “*Temel haklar*”¹²³ veya “*Temel hak ve özgürlükler*”¹²⁴ denilmektedir. Anayasa’da düzenlenen “temel hak ve özgürlükler”, bu nedenle “*anayasal hak ve hürriyetler*”¹²⁵ ya da kısaca “*anayasal haklar*”¹²⁶ olarak bilinir.

Federal Alman Anayasası’nın başında, 1-19’uncu maddelerin yer aldığı ilk bölümde, tek tek özgürlükler (die Freiheiten) ve diğer haklar Alman hukuk terminolojisinde yerleşmiş “Die Grundrechte” ana başlığı altında düzenlenmiştir. “Die Grundrechte” deyiminin Türkçe karşılığı olan “Temel Haklar” ifadesine ülkemizde ilk kez 1961 Anayasası’nda yer verilmiştir¹²⁷. 1982 Anayasası’nın da temel hakları 1961 Anayasası gibi, “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı İkinci Kısımda düzenlemiş olmasından hareket ederek Anayasa’nın kendisinin temel hakları belirlediği sonucunu çıkaran Gören’in yaptığı tanıma göre, “temel haklar yürürlükteki hukukun temel hak olarak nitelendirdiği haklardır”¹²⁸.

Anayasa’da tanınan insan hakları; “anayasal nitelikli ‘haklar’” olmakla, diğer temel anayasal normlar ile aynı hukuki güce ve değere ulaşarak

¹²³ Akılhoğlu, İnsan Hakları I, s. 20; Özdek, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 8-9; Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 358; Gönül, “Anayasa Mahkemelerinin İçtihatlarına Göre Temel Haklar Kavramı”, s. 7; Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, s. 23.

¹²⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 131; Bilgen, İdare Hukuku Dersleri, s. 40-41.

¹²⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 209-210, 214. Anayasalarda düzenlenen hak ve özgürlüklerin anayasal hak ve özgürlük niteliğine sahip olduğu konusunda örnek oluşturması bakımından A.B.D.’de yayınlanan bir kitabın da başlığının Türkçe’ye çevrildiğinde “Anayasal Hak ve Özgürlükler” olduğu görülmektedir: William B. Lockhard et al, Constitutional Rights and Liberties, 8.ed., (West Publishing Co.), St. Paul, Minnesota 1996.

¹²⁶ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 131; Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, s. 23. 1982 Anayasası’nın “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı İkinci Kısımda, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler”in düzenlendiği Üçüncü Bölümde; temel hak ve özgürlükler bakımından bir yenilik olarak Türk Anayasacılığında ilk kez yer verdiği “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ya da insan hakkı olarak tanınan “çevre hakkı” (AY md. 56) gibi yeni hakların “anayasal hak” niteliğini kazandığı saptaması için ayrıca bkz. Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 195; Kaboğlu, Çevre Hakkı, 18, 39, 53; Burhan Kuzu, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı (Çevreye Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı), İstanbul 1997, s. 152, 174, 176.

¹²⁷ Mumcu/Küzeci, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 18; Kapani, Kamu Hürriyetleri, s. 14; Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 191.

¹²⁸ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 17.

Anayasada tanınmanın olumlu yönlerine sahip olmaktadır¹²⁹. Anayasada tanınmayan temel haklar ise en azından ilk tahlilde bu olumlu özellikleri taşıyamayacaktır.

bbb) Anayasada Tanınmayan Temel Haklar ve Örtülü Anayasal Özgürlükler

Özgürlük (Hürriyet) “serbest insan fiili”¹³⁰ olarak tanımlandığında, tasavvur edilebilecek insan fiili kadar sınırsız sayıda özgürlüğün var olması gerekir. Oysa Anayasada pek çok temel hak ve özgürlük düzenlenmekle birlikte, akla gelebilecek her serbesti de Anayasa koyucu tarafından tanın-

¹²⁹ **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 59. Anayasal tanınmanın olumlu yönleri hakkında ayrıca bkz: **Kaboğlu**, Çevre Hakkı, s. 41. 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’na 1791 yılında getirilen ve Haklar Bildirisi (Bill of Rights) olarak da bilinen ilk 10 Ek Madde/Değişiklik (Amendment) arasında yer alan 9.Ek/Değişiklik; “*The enumeration in the Constitution, of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*” hükmüyle, bazı hakların Anayasa’da sayılmış olmasının, halkın sahip olduğu diğer hakların reddedildiği (ortadan kaldırıldığı) ya da küçümsendiği (Açıklamalı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, Birleşik Devletler Tanıtma Dairesi 1987)/sınırlandığı (ABD Anayasası’nın Fransızca çeviri metninde ‘*annulant ou restreignant*’: La Constitution des Etats Unis d’Amérique The Constitution of the United States of America in Various Foreign Languages: French, Law Library, Library of Congress, Washington D.C. 1987) anlamında yorumlanamayacağını belirtmektedir. 1787 tarihli ABD Anayasası’na 1791’de Haklar Bildirisi ile getirilen ilk 10 Ek Madde için bkz: **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 79-80; **Grana/Ollenburger/Nicholas**, The Social Context of Law, p.1, 3, 85-88. A.B.D. Anayasa Hukuku’nun İsviçre Hukuku’nun karşılaştırılabilir unsurları ile birlikte ele alınarak; Amerikan Haklar Bildirisi ile başlangıçta yalnızca federal makamlara karşı ileri sürülebilen bu Bildirinin, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin özgürlükçü yorumu ile giderek eklendiği Amerikan Eyaletlerindeki uygulanmasının incelendiği bir monografik çalışma için ayrıca bkz: Michel **Hottelier**, Le Bill of Rights et son application aux Etats américains Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis, avec des éléments comparatifs de droit suisse (Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1995.

¹³⁰ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 204. Kanımızca özgürlük, kişinin dilediği eylemi yapabilmesi; istemediği eylemi ise yapmaya zorlanamamasıdır. Özgürlük, kendi olmaktır. Özgürlük, kişinin, hangi topluluğun (aile, dernek, üniversite, ulus) üyesi olursa olsun, sosyal dayanışma ve kardeşlik değerlerinin bilinci çerçevesinde o topluluğa karşı ödevlerini yerine getirmeyi ihmal etmeden gerekli görüp istediğinde, kendi iradesine; aklına ve içinden gelen sese uyarak kalabalık içinde tek başına, yalnız kalabilmeyi bilmesidir. Özgürlük, Nazım Hikmet’in şairane deyişiyle “bir ağaç gibi tek ve hür, bir orman gibi kardeşçesine yaşamak”tır. Özgürlük, idare hukuku alanında kalmayı isteyen ve aslında bu alanı çok seven bir öğretim üyesi için başka konularda da yazabilmektir...

mamıştır¹³¹. Yaşamı sürdürebilmek için su içme, yemek yeme gibi en temel insani ihtiyaçları gidermeye yönelik olanlar da dahil olmak üzere Anayasada ayrıca ve açıkça herhangi bir maddede tanınmamış, düzenlenmemiş özgürlüklere, aslında içerdiği insan fiilinin adını taşımasına rağmen salt Anayasada yer almadığı, sayılmadığı, yazılı olmadığı için “isimsiz hürriyet”¹³² denilebileceği gibi, bu hak ve özgürlükler; “örtülü anayasal hak ve özgürlük” olarak da nitelendirilebilir.

Almanya’da Federal Anayasa’da düzenlenmeyen özgürlükler; Anayasa’nın 2’nci maddesinin ilk fıkrasında yer alan ve kapsayıcı özgürlük ya da toplayıcı temel hak¹³³ (Auffangsgrundrecht) olarak “*genel bir fiil özgürlüğü*” (Allgemeine Handlungsfreiheit) niteliğini kazanan “kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı”nın (Recht auf die freie Entfaltung) koruma alanı içinde değerlendirilmektedir¹³⁴.

Alman Anayasası’ndaki kişiliği geliştirme hakkına benzer biçimde kapsayıcı özgürlük olarak nitelendirilebilecek bir hükümde; Anayasamızın 17’nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı”¹³⁵ bulunmaktadır.

¹³¹ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 214.

¹³² **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 214; Kemal **Gözler**, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, ABD, 2001-4, s. 65. Yazarın Anayasa’da düzenlenmemiş, isimsiz hürriyetlere örnek olarak verdiği “sigara içme hürriyeti” hakkında ayrıca bkz. Kemal **Gözler**, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 47 (Ocak 1990), S. 1, s. 31-67.

¹³³ **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 101.

¹³⁴ Bu konuda bkz. Fazıl **Sağlam**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 41; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 215; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland/ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, Artikel/Madde 2.

¹³⁵ Bu hak, olağanüstü yönetim usullerinde dahi kullanımı ve yararlanması durdurulamayan, temel haklar arasındaki hiyerarşiden kaynaklanan dokunulmazlık tanınmış Anayasa’nın 15’nci maddesindeki “sert çekirdekli temel haklar” arasında yer almaktadır. Benzer düzenleme AİHS’nin 15’nci maddesinin 2’nci fıkrasında da bulunmaktadır. Sert çekirdekli temel haklar hakkında bkz. ve krş. **Gören**, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 384-385; **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 33-34; Pertev **Bilgen**, “Sert Çekirdekli Temel Haklar”, in İnsan Hakları Sempozyumu (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yay), İstanbul 1995, s. 101-105; **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri, s. 81-83. Sert çekirdekli temel hakları, olağan veya olağanüstü zamanlarda; egemenliğin, kamu gücünün kullanılmasının tüm devlet organlarına yasaklandığı, hakkında devlet organlarından hiç birinin işlem veya eylem yapamayacağı temel hak ve özgürlükler olarak tanımlayan Bilgen, olağan ve

Hukuk devletinin olduğu kadar temel hak ve özgürlüklerin de tanınmasının sebebi ve amacı; devletin ve uluslararası toplumun üyesi olan insanın, onuru ile yaşama hakkını, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını sağlamaktır. İnsanın, onurunun olmazsa olmaz unsurlarını oluşturan bazı hak ve özgürlüklerine bu nedenle olağanüstü yönetim usullerinde dahi dokunulamaz¹³⁶.

Böylece Türk Hukukunda da Anayasa'da düzenlenmemiş hak ve özgürlükler, "maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı" kapsamı içinde görülerek korunabilir¹³⁷. Ayrıca Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin niteliği" başlıklı 12'nci maddesinin ilk fıkrasındaki, doğal hukuk anlayışını yansıtan¹³⁸ ve 1961 Anayasasının "Temel hakların niteliği ve korunması" başlıklı 10. maddesinin ilk fıkrası ile aynı içerikte olan; "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere

olağanüstü hallerde yalnızca yürütme ve idareye karşı korunduğunu; üstelik AY md. 15, 17 ve AİHS md. 2'deki koşullar gerçekleştiğinde İdareye hattâ bireylere karşı da korunmadığını belirttiği "yaşama hakkı"nı, hem Anayasa hem de AİHS'ne göre, sert çekirdekli temel haklar arasında görmemektedir. Anayasa'da bulunmayan, ancak AİHS'nin 15'nci maddesinde yer alan "hiç kimsenin köle ve kul tutulamama hakkı" dışında, Anayasa'nın masumiyet karinesi ile din, vicdan, düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlanma bakımından AİHS'ye göre daha özgürlükçü olduğuna işaret eden Bilgen, böylece olağanüstü hallerde bile dokunulmayan temel hakların, Anayasa'nın 15'nci maddesinde sayılan temel hak ve özgürlüklerden ibaret olmadığını; ayrıca Anayasa'dan verdiği örnekler içerisindeki zorlama yasalarının, hak arama özgürlüğünün, savunma hakkının, kanuni hakim güvencesinin, genel müsadere yasağının; sert çekirdekli temel haklar arasında bulunmamasına tepki göstermekte, Anayasa ve AİHS dayanılarak yapılan sert çekirdekli temel haklar ayırımı yapay ve kabul edilemez bulmakta; ayırımın temel hak ve özgürlüklerin yapılarına göre gerçekleştirilmesini önermektedir: **Bilgen**, "Sert Çekirdekli Temel Haklar", s. 104-105; **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri, s. 83-85; s. 85, dn. 76. Olağanüstü hali "hukukun sıfır noktası" olarak görmeyen Çağlar, Anayasa'nın 15'inci maddesinde olağanüstü hallerde dahi milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilemeyeceğini hatırlatmaktadır: Çağlar'ın yorumu, in Bilgen "Sert Çekirdekli Temel Haklar" (Tartışma), s. 106. Bilgen ise, AY md.15'deki "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla" ibaresinde geçen milletlerarası yükümlülüklerin başında gördüğü AİHS'nin 15'inci maddesi ile karşılaştırıldığında, Anayasamızın 15'inci maddesinin temel hakları AİHS'ne göre daha fazla koruduğunu eklemektedir.

¹³⁶ **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri, s. 86, dn. 78.

¹³⁷ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 215-216.

¹³⁸ **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 2; **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 23; **Gören**, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 360.

sahiptir”¹³⁹ hükmünde Anayasa koyucunun; kişilerin, yalnızca Anayasa’da sayılan değil, Anayasada düzenlenmeyen “kişiliğine bağlı” özgürlüklere de sahip olabileceğini kabul ettiği söylenebilir¹⁴⁰. 1961 ve 1982 Anayasaları, 1924 Anayasası’nın aksine açıkça “tabii haklar” biçiminde doğal hukuk deyimine yer vermemiş iseler de, 1961 Anayasası (md.10); 1982 Anayasası da (md. 12) hükmündeki “kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetler” ile doğal hukuk anlayışını yansıtmış olmaktadır¹⁴¹.

Bununla birlikte, Anayasa’nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten ve Anayasa metnine dahil olan Başlangıç kısmında (AY md.176/1) yer alan “Her Türk vatandaşının (ancak) **bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden** eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde *onurlu* bir hayat sürdürme ve *maddi ve manevi varlığını* bu yönde *geliştirme hak ve yetkisine doğuştan* sahip olduğu” yönündeki 6’ncı paragrafın¹⁴² varlığı unutulmamalıdır. Üstelik “Türkiye Cumhuriyeti, ... başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan bir hukuk Devletidir”(AY md.2). Anayasa’nın 2’nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan bu hüküm “değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” hükümlerindedir (AY md.4)¹⁴³. Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40’nci maddesinin birinci fıkrasına göre de “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*”. Anayasa’nın düzenlemediği, “temel” nitelikte görmediği hak ve hürriyetler, bu maddedeki “korunma” kapsamı dışında kalabilecektir.

¹³⁹ 1961 Anayasası’nın “Temel hakların niteliği ve korunması” başlıklı 10’uncu maddesinin ilk fıkrası da aynı içeriktedir. **Aldıkaçtı**, kişi hak ve özgürlüklerini, Anayasa güvencesi altına alan 1961 Anayasası’nın, “Tabii Hukuk’a ve insanın insan olmak niteliği ile sahip bulunduğu değere dayandıran bir düzen içerisinde ‘kişinin hakları ve ödevleri’ni düzenleyerek hem Tabii Hukuk doktrininin hem de insana insan olduğu için değer veren görüşü “*Ratio Juris*” olarak kabul ettiğini, aslında bu görüşlerden yalnızca birinin benimsenmesinin dahi yeterli olduğunu belirtmektedir: **Aldıkaçtı**, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, s. 207-208.

¹⁴⁰ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 216.

¹⁴¹ **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 447.

¹⁴² 1982 Anayasası Başlangıç bölümünün ilk metnindeki 8’nci paragraf hükmü, 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinde ilk iki paragrafın çıkarılmasıyla 6’ncı paragraf haline dönüşmüştür.

¹⁴³ **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 114.

Anayasa metninde açıkça yer almayan, tanınmayan temel hakların bu kez de kanun koyucu tarafından kanunda tanınması; kanun ile dahi tanınmayan hakların ise hakim tarafından içtihat ile tanınması söz konusu olabilir.

(1) Kanun ile Tanınan Temel Haklar

Temel hakları yalnızca Anayasada tanınan ve güvence altına alınan haklar olarak tanımlayan Gözler, Anayasa koyucunun tanımayıp, kanun koyucunun tanıdığı hakları “temel olmayan haklar” biçiminde adlandırmaktadır.¹⁴⁴

Bilgen’e göre ise, Anayasa’da tanınmayan, Anayasa ile temel hak ve özgürlük seviyesine yükseltilmeyen faaliyetleri, kanun koyucu, sahip olduğu yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, Anayasa’ya uygun olarak kullanacağı geniş takdir yetkisi çerçevesinde bu kez kanunla temel hak konusu haline getirebileceği gibi; Anayasa’nın 13’üncü maddesindeki ilkelere uyararak yine kanunla sınırlayabilir, hattâ yasaklayabilir. Bilgen, *kural olarak Anayasa ile tanınan* temel hak ve özgürlükler dışında, Anayasa’da tanınmayan hak ve özgürlükleri kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi ile yine **temel hak ve özgürlük** olarak tanıyabileceğini, 1924 Anayasası’nda ekonomik ve sosyal hakların tanınmamış olmasına rağmen kanun ile tanınan sosyal güvenlik hakları örneğinde göstermekte; ancak kanun koyucunun kanun ile tanıdığı hakların, bu kez anayasal değil, yalnızca kanuni güvencelerle donatılmış olacağını eklemektedir.¹⁴⁵

(2) Anayasa Yargısının Hak Anlayışı Çerçevesinde İchtihat ile Tanınan Temel haklar: Anayasada Yazılı Olmayan Temel Haklar

Temel hak ve özgürlüklerin **Anayasa** ve **kanun** ile tanınma dışında, kanun koyucunun yine kanun ile onayladığı **uluslararası andlaşmalarla** hattâ anayasa yargısınınca **ıchtihat** ile dahi tanınması ve böylece söz konusu faaliyetin temel hak ve özgürlük düzeyine yükseltilmesi mümkündür.¹⁴⁶

¹⁴⁴ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 209-210.

¹⁴⁵ **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri, s. 46-47, 93, 95. Aynı yönde Halil **Kalabalık**, “İdarenin Kolluk Faaliyetleri Karşısında İnsan Haklarının Durumu ve Korunması” in Türkiye’de İnsan Hakları, (Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998) TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yay, Ankara 2000, s. 323, 325.

¹⁴⁶ **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri, s. 41-46.

Anayasa yargıcının içtihadı ile tanınan temel haklara anayasada yazılı olmayan temel haklar ya da “yazısız temel haklar”¹⁴⁷ denilmektedir. Gören, anayasa yargıcının; hukukun genel ilkeleri ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden çıkararak tanıdığı “temel haklar”a da, “anayasal haklar” adını vermektedir¹⁴⁸. Gönül de yargı erki ile yargı bağımsızlığını birlikte “iki anayasal ilke” niteliğinde temel hak olarak tanıyan anayasa yargısının bunlara aynı zamanda “anayasal hak” niteliğini verdiği görüşündedir¹⁴⁹.

Anayasa metninde yer almayan hak ve özgürlüklerin de hukuk düzeninde tanınması gerektiğini savunarak pozitivist anlayışı aşan natüralist anlayışın, kaynağını hukuk ötesinde kabul ettiği hak ve özgürlükleri tanıma araçlarından biri olan anayasa yargısı, bu hak ve özgürlükleri koruma görevi sonucunda ortaya çıkan “yargıcın hukuk yaratma erki” sayesinde, “yazılı olmayan özgürlükler” kategorisindeki “Anayasa’da yazılı olmayan haklar”ı ve “Anayasal değerlerde ilkeler”i, “özgürlükler hukuku”na kazandırmıştır. Kaboğlu, İsviçre Federal Mahkemesi dışında, Fransız Anayasa Konseyi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, İtalyan ve Türk Anayasa Mahkemesi’ni Anayasa’da yazılı olmayan hak ve özgürlükleri “içtihadı (jürisprüdansiyel)” kaynağa dayandırarak anayasal değere kavuşturan yargı yerlerine örnek olarak göstermektedir¹⁵⁰.

Gerçekten, sahip olduğu hak anlayışı ile hem doğal hukuk hem de pozitif hukuk öğretisine açık olan; böylece hukuki pozitivismden doğal hukuka geçişe olanak tanıyan Türk Anayasa Mahkemesi’ne göre¹⁵¹, “*Hukuk Devletin, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir. Hukuk Devleti her eylem ve işlemleri hukuka uygun, İnsan Haklarına saygı gösteren, bu hak ve*

¹⁴⁷ **Gören**, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 360. “Yazısız temel haklar” terimi için ayrıca bkz. Arthur **Haefliger** (Çev. Ümit **Özdağ**), “İsviçre Federal Mahkemesi Raporu” in Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, 3. Cilt: Konferans Düzenleyen Anayasa Mahkemeleri ve Benzeri Kurumların Raporları VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara 7-10 Mayıs 1990), s. 265-267.

¹⁴⁸ **Gören**, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 359.

¹⁴⁹ **Gönül**, “Anayasa Mahkemelerinin İchtihatlarına Göre Temel Haklar Kavramı”, s. 7. Gönül’ün belirttiği Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, E.1988/32, K.1989/10.

¹⁵⁰ **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 65-68; s. 65, dn. 51-52; s. 68, dn. 60.

¹⁵¹ **Gönül**, “Anayasa Mahkemelerinin İchtihatlarına Göre Temel Haklar Kavramı”, s. 6-7; **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 24; Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 360.

*hürriyetleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu güçlendirerek sürdüren, ... Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan, Yasaların üstünde, Yasa koyucunun da bozamayacağı Temel Hukuk İlkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.*¹⁵². Hukuk devletini; insan hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendirip, geliştirerek sürdüren devlet olarak gören Anayasa Mahkemesinin, temel hak ve özgürlükleri koruma ve geliştirme amacını güden Anayasa normlarını somutlaştırmayı ve Anayasa'nın geliştirilmesini (Verfassungsentfaltung) kabul ederek¹⁵³; Anayasa normları, insan hakları örneğindeki gibi yasa üstü normlar ve temel hukuk ilkeleri ile anayasal normlar bloku kurduğuna işaret edilmiştir¹⁵⁴.

Gören, Anayasa normlarını doğal hukuk anlayışına dayandırarak yorumlamayı reddeden Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfGE 10, 59/81) aksine¹⁵⁵, Türkiye'de kanunların "Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygunluğu"nu arayan ve insan haklarını üstün kural olarak benimseyen Anayasa Mahkemesi'nin, yargısal denetim yaparken kaynak olarak pozitif hukuk niteliğindeki Anayasa kuralları yanında, hattâ onların üstünde doğal hukuk doktrinine de dayandığını belirtmektedir. Gören, Anayasa Mahkemesi'nin; 1982 Anayasası'nın 12'nci maddesindeki hükmün "etki alanı"na, Anayasa'da düzenlenmeyen veya Türkiye tarafından henüz onaylanmamış uluslararası sözleşmelerdeki hakların da girdiğini kabul ettiğini, Anayasa'da tanınmayan "direnme hakkı"na parti programında yer veren Sosyalist Parti'nin kapatılması istemiyle açılan davada, direnme hakkını düzenleyen insan haklarıyla ilgili temel belgelere ve belli koşullar altında bu hakka yer veren Federal Alman Anayasası'nın 20'nci maddesine yaptığı atıfla, direnme hakkını bireysel özgürlüklerle ilgili gördüğü için parti kapatma isteminin

¹⁵² AYM, 27.3.1986, E.1985/31, K.1986/11, AYMKD, S. 22, s. 115 vd. Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde aynı yönde verdiği karar için bkz. AYM, 18-19.6.1968, E.1966/19, K.1968/25, AYMKD, S. 7, s. 18 vd.

¹⁵³ **Gönül**, "Anayasa Mahkemelerinin İçtihatlarına Göre Temel Haklar Kavramı", s. 12-13.

¹⁵⁴ **Cansel Erol**, "Anayasal Normlar Hiyerarşisi" in Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi Türk Raporu, 2.Cilt, (VIII Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Ankara, 7-10 Mayıs 1990) s. 22.

¹⁵⁵ **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 24, Çağlar ise, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin de Federal anayasa koyucuyu bağlayan "supra-pozitif hukuk"un varlığını tanıdığı görüşündedir: **Çağlar**, "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi", s. 136.

reddine dair kararını örnek göstererek hatırlatmaktadır¹⁵⁶. Kaboğlu da, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının, Anayasa'da yer almayan hakları, "ayrık bir durum olarak" tanınmasına örnek niteliğinde verildiğini belirtmektedir¹⁵⁷. Bilgen de Anayasa Mahkemesi'nin direnme hakkı ile ilgili kararını, temel hak ve özgürlüklerin içtihatla tanınmasına örnek olarak vermektedir¹⁵⁸.

Anayasa'da yer almayan ancak anayasaüstü değere sahip insan hakları normları ve ilkelerinin bulunup bulunmadığını, iç anayasaüstü normların varlığına taraftar olan doğal hukukçular ile bunları reddeden pozitivistlerin arasındaki tartışmayı hatırlatarak irdelleyen Gözler ise, insan hakları ilkelere ilişkin moral değer niteliğiyle anayasanın üstünde olmasına değil; hukuk kuralı niteliği verilerek hukuken de anayasanın üstünde olduğu düşüncesine karşı çıkmaktadır. Hangi ilkelerin anayasaüstü değerde olduğu konusunda bir uzlaşma bulunmadığını, çünkü bu ilkelerin pozitif bir kaynağa dayanmayıp yazılı bir metinde yer almadığını, anayasaüstü insan hakları prensiplerinin varlığı tezinin ancak doğal hukuk anlayışı ile kabul edilebileceğini belirten Gözler, anayasa üstülük teorisine en yıkıcı eleştirilerde bulunduğunu ifade ettiği Vedel'in, anayasa üstülüğü kabul etmekle doğal hukuk egemenliği altına girecek yargı organlarının kurucu iktidar yetkisini ele geçireceği, bunun demokratik düzen için de tehlikeli olduğu, anayasa üstülüğün "hakimler hükümeti"ne yol açacağı yönündeki düşüncelerini aktarmaktadır¹⁵⁹. Gözler, anayasa üstü değere sahip olduğu ileri sürülen insan hakları ilkelerini; kümülatif nitelikteki maddi varlık, normatiflik, hukukilik, aidiyet, minimum etkililik koşulları bakımından "hukuki geçerlilik testi"ne tâbi tutarak, ilk koşul olan maddi varlık koşulunu dahi sağlamayan ve doğal hukukçular tarafından konulduğunu belirttiği temel insan hakları ilkelerinin hukuki değerden yoksun oldukları yargısına ulaşmaktadır¹⁶⁰.

¹⁵⁶ **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 24; **Gören**, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 357, 360. Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, 8.12.1988, E.1988/2, K.1988/1, AYMKD, S. 24, s. 534 vd. Anayasa Mahkemesine göre bireysel özgürlükler yönünden önem taşıyan, uygulamada anarşiye yol açacağı ileri sürülebilecek "Direnme hakkı" Magna Carta'dan başlamak üzere çeşitli hak belge ve bildirelerinde yer alan ve bu nedenle Anayasa hukuna yabancı olmayan bir kavramdır: AYMKD, S. 24, s. 601.

¹⁵⁷ **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 68; s. 68, dn. 60.

¹⁵⁸ Pertev **Bilgen**, İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1999, s. 46.

¹⁵⁹ Georges **Vedel**, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", Pouvoirs, 1993, n° 67, p. 87, 92, 95'den aktaran Kemal **Gözler**, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu" (Türkiye'de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998) in Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Deleme Merkezi Yay, Ankara 2000, s. 42-43.

¹⁶⁰ **Gözler**, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu", s. 25-26, 39-45.

Federal Almanya'da *Grundgesetz* adı ile Temel kanun olarak bilinen Federal Alman Anayasası'nın hemen başında¹⁶¹, 1-19'uncu maddeleri arasında düzenlenen temel haklardaki (die Grundrechte) çokluğun ve belirliliğin aksine, İsviçre'de 1999 tarihli yeni İsviçre Federal Anayasası 1 Ocak 2000'de yürürlüğe girinceye kadar¹⁶², yapılan kısmi değişiklik ve eklerle yürürlükte kalan önceki 1874 tarihli İsviçre Federal Anayasası'nda temel haklar katalogundaki boşluğun, İsviçre'de Anayasa koyucunun çalışmasına yakın bir şekilde hakim tarafından doldurularak yüzyıldan daha yaşlı olan Anayasa'nın demokratik hukuk devletinin menfaati gereği zamana uymak için yargısal geliştirme yoluyla (auf dem Weg richterlicher Fortbildung) değiştirilerek geliştirildiği (Verfassungsfortbildung)¹⁶³; Anayasa'da yazılı olmayan temel hak (droits fondamentaux non écrits)¹⁶⁴ ya da yazılı olmayan anayasal hakların (droits constitutionnels non écrits)¹⁶⁵ yaratıldığı ve tanındığı görülmektedir.¹⁶⁶

¹⁶¹ S. E. **Finer**/Vernon **Bogdanor**/Bernard **Rudden**, *Comparing Constitutions*, Clarendon Press Oxford 1995, p. 37, 40.

¹⁶² RO 1999 2555-2556; FF 1999 7145. 1874 tarihli İsviçre Anayasası'nda 1960'lı yıllardan başlayan bütünsel değişiklik süreci ve 1999 tarihli Anayasa ile getirilen yeniliklerin değerlendirilmesi hakkında bkz. Blaise **Knapp**, "La révision de la Constitution fédérale suisse", *Revue française de droit constitutionnel*, 2000/42, p. 405-420.

¹⁶³ Arthur **Haefliger** (Çev. Ümit **Özdağ**), "İsviçre Federal Mahkemesi Raporu" in Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, 3. Cilt: Konferans Düzenleyen Anayasa Mahkemeleri ve Benzeri Kurumların Raporları VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara 7-10 Mayıs 1990), s. 267.

¹⁶⁴ **Gören** bu haklara "yazısız temel haklar" adını vermektedir: Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 360.

¹⁶⁵ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, "yazılı olmayan anayasal haklar" deyiminin İsviçre hukuku yanında Alman hukukunda da kullanıldığını belirtmektedir: **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 78. Çağlar da Federal Almanya'da nasyonal sosyalizmin pozitivizmi ile tahrir ettiği "somut insani değerler"e tepki olarak güncelleştirilen "yazısız hürriyetler teorisi (tezi)"nin etkisi altında kalan Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa koyucuyu da bağlayan "supra-pozitif hukuk"un varlığını tanıyarak, Anayasanın yazılı ilkeleri yanında "yazılı olmayan bir Anayasa hukuku"nun (Yazısız Anayasa Hukuku) varlığını kabul ettiğini belirtmektedir: Bakır **Çağlar**, "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi", *Anayasa Yargısı 6* (Anayasa Mahkemesi'nin 27. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25, 26 Nisan 1989 Ankara), s. 136.

¹⁶⁶ **Hottelier**, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral*, p.11, 13, 199. Hottelier'e göre, Anayasalarında açık ve özel hüküm bulunmadığı halde, İsviçre ve Amerikan yüksek yargısının yetkili olup olmadıklarına

İsviçre, bilimsel ve yargısal içtihat yolu ile “yazısız hürriyetler teorisi”nin kurularak Anayasada yazılı olmayan hakların tanındığı “imtiyazlı mekanlardan biri”dir¹⁶⁷. Temel hakların tanınmasında klasik kaynaklar teorisini, getirdiği “yazısız hürriyetler” jürisprüdansı (içtihadı) ile yenileyen İsviçre Federal Mahkemesi’nin normatif “kurucu iktidarı”nın hem hukuki hem de siyasi çevrelerde kabul gördüğü belirtilmektedir¹⁶⁸.

İsviçre Federal Anayasa’sında yazılı olmayan temel hak ve özgürlükler konusunda oluşturduğu içtihadını giderek geliştiren Federal Mahkeme¹⁶⁹ sırasıyla daha önce Anayasa’da düzenlenmemiş olan mülkiyet hakkını (güvencesini)¹⁷⁰, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü¹⁷¹, kişi özgürlüğünü¹⁷², dil özgürlüğünü¹⁷³, toplantı özgürlüğünü¹⁷⁴ tanımıştır.

bakmaksızın tamamıyla kendi inisiyatifleri ile harekete geçmesi karşılaştırmalı olarak değerlendirildiğinde, İsviçre’de Federal Mahkeme’nin Anayasa’da düzenlenmeyen hak ve özgürlükleri tanınması, en azından ilk bakışta A.B.D.’de Yüksek Mahkeme’nin Amerikan Haklar Bildirisi’ni Amerikan eyaletlerinde yerleştirme yöntemine benzemektedir. Bununla birlikte, İsviçre’deki tanıma süreci, A.B.D’deki yerleştirme sürecinin aksine, doktrinel ve yargısal bir muhalefetle karşılaşmamıştır. Bu farklılık, yalnızca hukuki etkenlerden kaynaklanmasa da, İsviçre’de Federal Mahkeme’nin Anayasa’da yazılı olmayan hakları tanımada koyduğu şartlara ilişkin içtihadındaki göreceli istikrar ve açıklık karşısında; Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Haklar Bildirisi’ni yerleştirmede aradığı kriterlerdeki belirsizlik, muğlaklık, sürekli ve sistematik bir uygulamadan yoksunluk ile açıklanabilir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin koyduğu standartlar, resmi ve kurumsal bir çerçeveye yerleşirken; Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin hayli esnek olan kriterleri, doğal hukuk anlayışına yakındır: **Hottelier**, Le Bill of Rights et son application aux Etats américains, p.112-120. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin anayasa yargısı denetimini yapma yetkisi edindiği tarihi örneğini hatırlatan Soysal da, yargı organlarının; yargısal denetim yaparken çeşitli yolları zorlayıp deneyerek, aslında sahip olması gereken, ancak pozitif hukuk bakımından sahip olmadığı bir yetkiyi kazanabileceklerini belirtmekle birlikte, yargı organının yargı denetimi yaparken Anayasa’da bulunmayan bir yetkiyi bazı zorlayıcı yorumlarla elde etmesindense, bu yetkinin Anayasa değişikliği ile getirilmesinin daha doğru olacağını da eklemektedir: **Soysal**, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, s. 58 (Tartışma).

¹⁶⁷ **Çağlar**, “Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi”, s. 136.

¹⁶⁸ **Çağlar**, “Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi”, s. 137.

¹⁶⁹ **Hottelier**, La Convention Européenne des Droits de l’Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, p. 14 ve dn. 18, 19, 20, 21, 22; p. 17, dn. 33.

¹⁷⁰ Federal Mahkeme’nin mülkiyet güvencesini tanınmasından sonra 1969 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 1874 tarihli İsviçre Anayasası’na mülkiyeti güvence altına alan ve Anayasa’da yazılı bir hak haline dönüştüren 22-üç maddesi eklenmiştir: **Hottelier**, La Convention Européenne des Droits de l’Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, p. 14, dn. 18; RO 1969 1265; **Haefliger**, “İsviçre Federal Mahkemesi Raporu”, s. 267.

Gerçekten İsviçre’de Federal Mahkeme, bir insan hareketinin; Anayasa’da daha önce güvence altına alınmış diğer özgürlüklerin kullanılma şartını oluşturması veya demokratik hukuk düzeninin zorunlu bir unsuru olarak ortaya çıkması sonrasında bu müstakbel özgürlük hakkında hukuk düzeninde, pek çok kantonun anayasalarında önceden tanıma gibi ulusal düzeyde yeni anayasal standartların oluşturulmasında belli bir uzlaşmaya ulaşılmaması halinde, “Federal Anayasa’da yazılı olmayan anayasal özgürlük” niteliğini kazanarak anayasal gerçekliğe (Verfassungswirklichkeit) kavuşacağını kabul etmektedir¹⁷⁵.

Federal Mahkeme’nin, bir insan eyleminin ancak Anayasa’da düzenlenmiş olan diğer özgürlüklerin kullanılma şartını oluşturması halinde, Anayasa’da yazılı olmayan bir özgürlük olarak değerlendirilebileceği yönündeki muğlak ifadeler yer verdiği bazı kararlarından hareketle¹⁷⁶; başka yeni özgürlüklerin yaratılmasına dayanak oluşturamayacak yazılı olmayan temel hakların, Anayasa’da düzenlenen haklara göre daha aşağı konumda yer aldığı sonucuna ulaşılmasını sağlayabilecek hükmü, tutarlı olmayan ayrımlarla

¹⁷¹ ATF 87 I 114, 117 Sphinx-Film.

¹⁷² ATF 89 I 92, 98 Kind X.

¹⁷³ ATF 91 I 480, 485 Association de l’Ecole française. ATF 106 Ia 299, 302’de anılan Brunner kararında da Federal Mahkeme’nin, dil özgürlüğünün İsviçre Anayasası’nın 116’ncı maddesinin milli dillere ilişkin birinci fıkrasından da çıkarılabileceğini belirterek, bu hükmün milli diller hakkında dil özgürlüğü ile tanınan korumayı pekiştirdiğine dikkat çekilmiştir: **Hottelier**, La Convention Européenne des Droits de l’Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, p. 14, dn. 21.

¹⁷⁴ ATF 96 I 219, 224 Nöthiger. İsviçre’nin AİHS’ni onaylamasından bir gün önce, Federal Mahkeme, 27 Kasım 1974 tarihinde verdiği ve AİHS’den ilk kez sözü ettiği kararında (ATF 100 Ia 392, 401 Komitee für Indochina) yine Federal Anayasa’da düzenlenmemiş olan gösteri yürüyüşü yapma özgürlüğünü (liberté de manifestation; Demonstrationsfreiheit) ise, yazılı olmayan bir temel hak olarak tanımaktan kaçınmıştır: **Hottelier**, La Convention Européenne des Droits de l’Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, p. 18 ve dn. 35-36; p. 15, dn. 24.

¹⁷⁵ **Hottelier**, La Convention Européenne des Droits de l’Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, p. 13 ile dn. 13, dn. 14; **Hottelier**, Le Bill of Rights et son application aux Etats américains, p. 115-116, 150-151; **Çağlar**, “Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi”, s. 137. İlgili Federal Mahkeme Kararları için ayrıca bkz: ATF 107 Ia 277, 279 André Luisier; ATF 96 I 219, 224 Nöthiger; ATF 89 I 92, 98 Kind X; ATF 104 Ia 88, 96 Bürgin.

¹⁷⁶ **Hottelier**, La Convention Européenne des Droits de l’Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, p. 14 ile dn. 16’da anılan Federal Mahkeme kararları için bkz: ATF 104 Ia 88, 96 Bürgin; ATF 100 Ia 392, 400 Komitee für Indochina.

Anayasa'da yazılı olan ve yazılı olmayan özgürlükler arasında hiyerarşi kurulamayacağı noktasından eleştirilmiştir. Buna göre, Federal Mahkeme tarafından tanınan ve Anayasa'da yazılı olmayan bir temel hak, Anayasa'da açıkça (*expressis verbis*) düzenlenen temel haklarla aynı konumda bulunmalıdır.

Böylece, Anayasa'da yazılı olsun olmasın bir özgürlüğün kullanılma şartı ya da demokratik hukuk düzeninin zorunlu bir unsuru niteliğindeki bir insan hareketi, bu davranışın hakkında İsviçre Hukukunda belli bir mutabakata ulaşılmışsa, zımnî bir temel hak mertebesine yükselebilmektedir¹⁷⁷.

Bununla birlikte, Federal Mahkeme 1874 tarihli mülga İsviçre Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde Anayasa'da açık ve özel hüküm bulunmadığı halde¹⁷⁸ yazılı olmayan anayasal hakların tanınması yöntemine, yetkilerini -daha fazla- aşmamak amacıyla¹⁷⁹ getirdiği sıkı koşullar içinde ihtiyatla başvurmuş; bir hukuk devletinde gerçekten zorunlu görülen temel haklar, federal düzeyde zımnî bir dayanak bulabilmiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ **Hottelier**, La Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, p. 14 ve dn. 17, p. 15.

¹⁷⁸ **Hottelier**, Le Bill of Rights et son application aux Etats américains, p. 115.

¹⁷⁹ Jörg Paul **Müller**, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, Stämpfli, Berne 1983, p. 26; **Hottelier**, La Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, p. 15. İsviçre'de Federal Mahkeme'nin kendiliğinden harekete geçerek Anayasa koyucu tarafından öngörülmemiş özgürlüklerin varlığını kabul etme yetkisini kullanmasının meşruiyeti ve hukuka uygunluğu doktrinde genel olarak sorgulanmadığı gibi Federal Mahkeme de Anayasa'da yazılı olmayan hakları yaratma yetkisine sahip olup olmadığı üzerinde durmamıştır: André **Grisel**, "Les droits constitutionnels non écrits", in Mélanges Ulrich Häfelin, Zurich 1989, p. 54; **Hottelier**, Le Bill of Rights et son application aux Etats américains, p. 120. Federal Mahkeme'nin, Anayasa'da yer almayan ifade özgürlüğü ile kişi özgürlüğünü tanıırken; aslında gerçekte yeni hak yaratmadığı, uzun zamandan beri kantonlar tarafından kabul edilen ve ülkenin demokratik geleneğine ait olan özgürlükleri federal düzeyde -yargı yolu ile- güvence altına alarak, kantonlar arasında daha önce var olan eşitsizliği kaldırdığı savunulmuştur: Bkz. Giorgio **Malinverni**, La liberté de réunion Etude de droit constitutionnel suisse, Genève 1981, p. 20. Bu arada, temel hakları yaratma yetkisine gereğinden fazla önem atfedilmemeli; yeni hak yaratıldığında ya da mevcut hak yaratıcı bir şekilde geliştirildiğinde hukuku uygulayan makam, kendisini sınırlamayı bilmelidir: FF 1983 II 24.

¹⁸⁰ **Hottelier**, La Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, p. 15; ayrıca p. 16, dn. 28'de anılan Federal Mahkeme kararı için bkz: ATF 99 Ia 689, 693 Praz. İsviçre'nin 1999 tarihli yeni Federal Anayasası'nda ise, "Temel haklar, yurttaşlık ve sosyal amaçlar" başlıklı İkinci Kısım'da; "Temel Haklar" adını taşıyan Birinci Bölüm (md.7-md. 36) ile yurttaşlık ve siyasal hakları düzenleyen İkinci Bölümde (md. 37-40) bir temel haklar kataloguna yer verildiği görülmektedir. Anayasa değişikliği çalışma grubunca önerilen "sosyal haklar" ise, İkinci Kısım Üçüncü Bölüm'de,

b. Kamu Özgürlükleri

Temel haklar terimini karşılamak üzere kullanılan Fransız Hukuku kaynaklı “*kamu özgürlükleri (hürriyetleri)*” ise, “insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümü”dür¹⁸¹; “hukuksal plânda ‘gerçekleşmiş’ insan hakları”dır¹⁸²; “düzenlenmiş, dolayısıyla devlet tarafından güvenceye bağlanmış özgürlüklerdir”¹⁸³. Devletle ilgili bir bağlamda pozitif hukukta “olan” hakları ifade etmek üzere ortaya çıkan “özgürlükler”in başına “kamu” sıfatı eklenerek kamu özgürlükleri kavramı yaratılmıştır¹⁸⁴.

Kişiler ile devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen kamu hukuku içinde yer alan “kamu” özgürlükleri, yalnızca belli kişilere, belli bir sınıfa veya gruba değil; bir devlette yaşayan insan topluluğunun bütününe ifade eden “kamu”ya, o toplumun istisnasız tümüne, herkese tanınmış olan özgürlüklerdir¹⁸⁵. Kamu özgürlükleri¹⁸⁶ (*libertés publiques*) herkese tanındığı için; bu özgürlüklerin herkesin içinde yer alan herhangi bir kişi tarafından kullanılması, hiçbir halde aynı özgürlüklerin başkaları tarafından kullanılmasına engel olmamalıdır¹⁸⁷.

dönüştüğü “Sosyal amaçlar” başlığı altında 41’inci madde’nin ilk fıkrasının a-g bentleri arasında sayılan sosyal amaçların gerçekleştirilmesine yönelik Devlet edimlerinden, bireylerce doğrudan çıkartılabilecek bir subjektif hak niteliği yadsınarak (md. 41/4) mütevazı bir yer edinebilmiştir. Bkz. **Knapp**, “La révision de la Constitution fédérale suisse”, p. 407, 414, 416-417. Temel haklar, İsviçre’nin 1874 tarihli mülga Federal Anayasası’nın 113’üncü maddesinin ilk fıkrasının 3’üncü bendinde, yurttaşların yargısal yol ile Federal Mahkeme’den korunmasını isteme hakkına sahip olduğu anayasal haklar (*droits constitutionnels*) içinde yer alır: **Haefliger**, “İsviçre Federal Mahkemesi Raporu”, s. 266. İsviçre’nin 1999 tarihli yeni Federal Anayasası’nın “Anayasa yargısı” başlıklı 189’üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre de, Federal Mahkeme anayasal hakların ihlalden doğan istemlere bakacaktır. Konfederasyon ve kantonların anayasal yetkileri ile mali kaynaklarının yeterliği ölçüsünde gerçekleştirmeye çalışacakları sosyal amaçlar ise, anayasal hak niteliğine sahip olmadığından ihlal edilmesi durumunda Federal Mahkeme’nin yargısal korumasından yararlanamaz.

¹⁸¹ **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 14.

¹⁸² **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, s. 161.

¹⁸³ **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 8.

¹⁸⁴ **Özdek**, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 10; **Robert/Duffar**, Droits de l’homme et libertés fondamentales, p. 14; **Colliard**, Libertés publiques, p. 24.

¹⁸⁵ **Akın**, Temel Hak ve Özgürlükler, s. 7; **Akın**, Kamu Hukuku, s. 263; **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 14; **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, s. 161; **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 21-22; **Robert/Duffar**, Droits de l’homme et libertés fondamentales, p. 14.

¹⁸⁶ **Akılhoğlu**, İnsan Hakları I, s. 8.

¹⁸⁷ **Robert/Duffar**, Droits de l’homme et libertés fondamentales, p. 14.

Kamu özgürlüklerine, kullanılma araçları üzerinde durarak, Devletin serbesti alanını bir kez tanıdıktan sonra bu alanın sınırları aşılmadığı sürece karışmaması yönündeki özgürlüğün negatif anlayışı ya da Devletin bu kez maddi imkanları sunarak özgürlüklerin fiilen kullanılmasını sağlayan pozitif anlayışı ile yaklaşıldığında, özgürlüğün bireyin hakkı; ayrıca bireyler yararına Devletin de bir hukuki yükümlülüğü olabileceği görülür. Böylece, kamu özgürlükleri, hem bireylerin haklarını hem de Devletin hukuki yükümlülüklerini ifade edebilmektedir¹⁸⁸.

Dar anlamda kamu özgürlükleri, hak bildirimleri ya da (anayasaların) başlangıç metnine, belirgin şekilde sayılmak üzere yerleştirilen temel hak ve özgürlüklerdir. Ancak her kamu özgürlüğü, anayasal olarak beyan edilmiş bir özgürlük olmayabilir¹⁸⁹. Yukarıda incelenen isimsiz özgürlükler böyledir.

Geniş anlamda kamu özgürlükleri ise, kanunlar da dahil olmak üzere, anayasal metinler ve hak bildirimlerinde tanınan özgürlüklerdir. Böylece “beyan edilen özgürlükler”den “tanınan özgürlükler”e gelinmektedir¹⁹⁰.

Kamu özgürlüklerinin, belli bir önem taşıyan “*temel özgürlükler*” (libertés fondamentales) olabileceği dile getirilmiştir. O zaman da bir özgürlüğün “*temel*” niteliği **kriterinin** ne olduğu sorusuyla karşılaşılır. Burada ise kamu özgürlükleri ile doğal insan haklarının üst üste geldiği iddia edilirken; karşı düşünce olarak, belli bir insan doğası fikrinden hareketle ulaşılabilecek belli temel hakların; tarihi gelişim sürecindeki farklı çağlarda özgürlüklerin temel niteliğinin değişebileceğini gösterdiği; belli bir ülkede değişmez bir kamu özgürlükleri listesi yerine, yere ve zamana göre her zaman değişebilir bir katalogun bulunduğu ileri sürülmüştür¹⁹¹. Çünkü pozitif hukukun bir

¹⁸⁸ Colliard, Libertés publiques, p. 24-25; Robert/Duffar, Droits de l’homme et libertés fondamentales, p.15. Burada da özel öğrenim kurumlarında öğrenim özgürlüğü ve Devletin bu öğrenim kurumlarında okumak isteyen yoksul ailelerin çocuklarına öğrenim özgürlüğünü kullanabilmeleri için maddi katkı ve yardımlar sunması biçiminde gerçekleşen pozitif edimleri örneğinde olduğu gibi; bireylerin hakları ile Devletin yükümlülüklerinin nereye kadar düzenlenebileceği sorusu üzerinde durulmalıdır. Yazarlar, bu soruyu Fransa’da yasama organınca çıkarılan 1959 tarihli Devlet ile özel öğrenim kurumları arasındaki ilişkileri düzenleyen Debré Kanunu bağlamında sormaktadır: Robert/Duffar, Droits de l’homme et libertés fondamentales, p. 16.

¹⁸⁹ Robert/Duffar, Droits de l’homme et libertés fondamentales, p. 20.

¹⁹⁰ Robert/Duffar, Droits de l’homme et libertés fondamentales, p. 20.

¹⁹¹ Colliard, Libertés publiques p. 16; Robert/Duffar, Droits de l’homme et libertés fondamentales, p. 20.

parçasını oluşturan kamu özgürlükleri pozitif hukuk tarafından pozitif hukukta tanınmış özgürlüklerdir¹⁹².

Kamu özgürlüklerinin, pozitif hukuku ihmal edemeyeceği gibi, altında yatan felsefeyi de bilmezlikten gelemeyeceğini eklemek gerekir. Böylece, kamu özgürlüklerinin, belli bir ülkede, belli bir zamanda az veya çok sadık kalınan insan hakları felsefesinin hukuki ifadesi olarak ortaya çıktığı sonucuna ulaşılır¹⁹³.

c. İnsan Hakları Kavramının Temel Haklar ve Kamu Özgürlükleri ile Karşılaştırılması

İnsan hakları alanındaki yaklaşımlar çerçevesinde, alanın başlangıç noktasındaki hak ve özgürlük kavramı ile odak noktasındaki insan hakları kavramının incelenmesi sonrasında açıklanan temel haklar ve kamu özgürlükleri kavramlarının insan hakları kavramı karşısındaki konumunu irdeleyebiliriz.

aa) İnsan Hakları Kavramının Temel Haklar ile Karşılaştırılması

İnsanlığın ortak başarı ölçüsü olarak kabul edilen insan hakları kavramı, temel hakları da içermekle birlikte, pozitif hukuk düzenini oluşturan temel hakların üstünde ve ötesinde, insanı temel değer olarak kabul eden bir anlayışı ortaya koyar¹⁹⁴. Bu nedenle, “insan hakları” kavramını karşılamak üzere kullanılan “temel hak ve özgürlükler” teriminin insan haklarına göre daha dar bir kapsama sahip olduğu belirtilmiştir¹⁹⁵. Nitekim Federal Alman Anayasası “İnsan onurunun korunması” başlıklı 1’nci maddesinin 2’nci fıkrasında “her insan topluluğunun, dünyada barış ve adaletin temeli olan dokunulmaz, vazgeçilmez *insan hakları*”ndan söz ettikten sonra, aynı maddenin 3’üncü fıkrasında “*Aşağıdaki temel haklar* yasama, yürütme ve yargıyı doğrudan geçerli hukuk olarak *bağlar*” hükmüyle, doğal nitelikte ve pozitif hukukun üstündeki “insan hakları” ile pozitif hukuk metnine geçen “temel haklar”ı birbirinden ayırmıştır¹⁹⁶.

¹⁹² Colliard, Libertés publiques, p. 16.

¹⁹³ Morange, Droits de l’homme et libertés publiques, p. 16-17, 25.

¹⁹⁴ Soysal, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, s. 47; Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 191.

¹⁹⁵ Özdek, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, s. 9.

¹⁹⁶ Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 358; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, s. 23 ve s. 23, dn. 41. Federal Alman Anayasası’nın başında, 1-19’uncu maddelerde düzenlenen temel

Değiştirilemeyen, ortadan kaldırılmayan “insan hakları”, devletin de öncesinde ve üstünde görülmektedir¹⁹⁷. Belli bir katalog içinde yer alan hak ve özgürlüklerden hangilerinin devletüstü, hangilerinin devlet tarafından tanındığını belirlemek hukukçu için ilk bakışta kolay gibi gözükse de, “olması gereken” doğal hukuk dikkate alındığında felsefi düşünceler ayırım yapmayı zorlaştırır¹⁹⁸. Nitekim Federal Alman Anayasası’nda “özgürlük” olarak adlandırılan dokunulmaz nitelikteki, ancak özüne dokunmamak şartıyla sınırlanabilen kişi güvenliği gibi “Devletüstü Temel Haklar” (insan hakları) ile belli ölçüde kendilerine dokunulabilecek, sınırlanabilecek hattâ koşulları yerine getirildiğinde kaldırılabilir mülkiyet hakkı gibi “Devletçe tanınan Temel Haklar”ın birbirinden ayrıldığı belirtilmiştir¹⁹⁹.

bb) İnsan Hakları Kavramının Kamu Özgürlükleri ile Karşılaştırılması

Devletin tanınmasıyla doğal hukuktan pozitif hukuka geçirilen insan haklarını hukuki bir gerçeklik olarak ifade eden kamu hürriyetleri ya da kamu özgürlükleri deyimi, teknik bir terimdir²⁰⁰, daha çok doktrinde ve hukukçular

haklarla ilgili olarak ayrıca bkz: **Finer/Bogdanor/Rudden**, Comparing Constitutions, p. 37-39.

¹⁹⁷ **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 24; **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 37-38.

¹⁹⁸ **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 24-25.

¹⁹⁹ Bruno **Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein**, Kommentar Zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Neuwied-Berlin 1973, s. 144-145’den aktaran **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 19; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 3. Aslında Federal Alman Anayasası’ndaki bazı temel hakların (düşünceyi açıklama özgürlüğü özellikle basın özgürlüğü; öğrenim özgürlüğü; toplantı özgürlüğü; dernek özgürlüğü; mektup, posta ve haberleşme gizliliği; mülkiyet hakkı; sığınma hakkı) hür demokratik temel anayasal düzene karşı kötüye kullanılması halinde, militan demokrasi anlayışının bir ifadesi olarak Anayasa’nın 18’nci maddesine göre, kapsamı Federal Anayasa Mahkemesi’nce belirlenmek üzere kaybettirilmesi (düşmesi) mümkündür. Federal Alman Anayasası’nın 19’uncu maddesi uyarınca da bir temel hak kanunla ya da kanuna dayanarak sınırlanabilecek, ancak hiçbir halde bir temel hakkın özüne dokunulamayacaktır. Federal Alman Anayasası’ndaki bazı temel hakların kötüye kullanılması nedeniyle Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nce düşürülmesi hakkında bkz: **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 45-48; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 105; **Oğuz Şimşek**, “Federal Alman Anayasa Hukuku’nda Temel Hakların Düşmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.5, S. 1 (Ocak-Mart 2003), s. 94-111; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland/Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, Artikel/Madde 18, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi Yayını, Bonn 2002.

²⁰⁰ **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 14; **Tanilli**, Devlet ve Demokrasi, s. 161.

tarafından kullanılır, pozitif hukuk belgelerinde de fazla yer almaz; özellikle anayasalarda ve evrensel nitelikteki bildirilerde sıkça yer alan ve daha belirsiz görünen insan hakları deyimi ise genellikle hukukçu olmayanlar, bu arada siyasetçiler, din adamları ve felsefeciler tarafından kullanılır²⁰¹.

Mumcu/Küzeci, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Avrupa Sözleşmesi (AİHS) bağlamında; insan hakları ve özgürlükleri sözcük olarak ayrı, ama öz bakımından eş anlamlı kullanılmış sayılsa bile, doğrudan doğruya insanın bedensel ya da ruhsal yapısından kaynaklanan ve böylece teorik yönden sınırlanmaması gereken haklara “insan hakları”, bu hakların dışındaki temel serbestliklere de “kamu özgürlükleri” demektedir²⁰².

Anayasa hukuku, idare hukuku, ceza ve ceza yargılaması hukuku, uluslararası hukuk ve iş hukuku gibi birden çok hukuk dalının karşılaşma noktasını oluşturan kamu özgürlükleri; idare hukuku ile olan bağlantısında, İdarenin yetkileri çerçevesinde kullandığı hukuki tekniklerin, bireylerin ve birey topluluklarının İdare karşısındaki savunma ve korunma hakları ile bu hakların gerçekleştirilmesindeki usuli araçların incelenmesini gerektirir. Konuları, kullandığı hukuki teknikler ve ortak kurallarıyla özerk bir disiplin olan kamu özgürlükleri (hukuku), insan hakları ve doğal hukukla arasındaki sıkı bağları dikkate alan sentez bir disiplin niteliğindedir. Kamu özgürlükleri hukuku ile geniş ölçüde çakışan insan hakları hukuku birlikte özgürlükler hukuku olarak adlandırılabilir yeni bir hukuk dalını oluştururlar²⁰³.

3. “Temel Hak ve Özgürlükler”in İnsan Hakları Belgelerinde Birbirini Tamamlaması

“Temel hak ve özgürlükler (hürriyetler)” ifadesinde görüldüğü üzere, “hak” ve “özgürlük (hürriyet)” sözcüklerinin, birbirini tamamlamaları nedeniyle yalnızca çağdaş Anayasalarda değil, öteden beri ulusal hukuk metinleri ile bölgesel ve uluslararası nitelikteki düzenlemelerde de genellikle birlikte kullanıldığı belirtilmektedir²⁰⁴.

²⁰¹ Morange, Droits de l’homme et libertés publiques, p. 11-12, 14; Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s. 22; s. 21, dn. 39; s. 22, dn. 44-45.

²⁰² Mumcu/Küzeci, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 144.

²⁰³ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s. 22-23; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 27-28.

²⁰⁴ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 656-657; Kuzu, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı Hakkı (Çevreye Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı), s. 174; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 205.

a. Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasada Birbirini Tamamlaması

Anayasamızın, “Temel Haklar ve Ödevler” adını taşıyan İkinci Kısımda “Genel Hükümler”e yer veren Birinci Bölümdeki “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” (md.12); “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” (md.13); “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması” (md.14); “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” (md.15) başlıklı maddeleri, “hak” ve “hürriyet” ifadelerinin birlikte kullanıldığı yerlere örnek olarak gösterilebilir. Anayasanın bazı maddelerinin başlığında ise yalnızca “**hürriyet**” (haberleşme hürriyeti-md.22; yerleşme ve seyahat hürriyeti-md.23; din ve vicdan hürriyeti-md.24; düşünce ve kanaat hürriyeti-md.25; düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti-md.26), bazı maddelerinde de yalnızca “**hak**” (süreli ve süresiz yayın hakkı-md.29; mülkiyet hakkı-md.35) teriminin kullanıldığı görülmektedir. Buna karşılık, Anayasa’nın bazı maddelerinin başlığında kullanılan “hürriyet” ifadesinin yerini, aynı maddenin içinde “hak” ifadesinin alması (ör: md.26; md.27-Bilim ve sanat hürriyeti); hatta bazı maddelerin içeriğinde aynı hususun farklı cümlelerde hem “hak” hem de “hürriyet” (ör:md.26) olarak isimlendirilmesi, “temel hak ve hürriyetler” hakkında Anayasa’da terim birliğinin bulunmadığını, ayırım yapılamadığını gösterir²⁰⁵.

“Temel hak ve hürriyetler” konusunda terim birliği bulunmayan; “hak” ve “hürriyet” kavramları arasında ayırım yapılamayan 1982 Anayasası’nda, aynı kavramı açıklamaya çalışan eş anlamlı “hürriyet/özgürlük” terim ikilisi arasından, Anayasa Başlangıcı ile II.Kısım madde başlıkları ve maddelerin içinde tercih edilen “hürriyet” terimi yönünden dahi, 2004 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği dikkate alındığında, tercihteki sürekliliğin, dolayısıyla terim birliğinin sağlanamadığı görülmektedir. Gerçekten, 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un 7’nci maddesi ile; Anayasa’nın 90’ncı maddesinin son fıkrasına eklenen cümledeki, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla...*” ifadesinde “hürriyet” terimine yer verilmemiştir.

²⁰⁵ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 205-206. Anayasa’nın, kenar başlığı “Dernek kurma hürriyeti” olan 33’üncü maddesinin ilk fıkrasında “dernek kurma hakkı”na dönüşen “dernek kurma hürriyeti” ise, 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinde kenar başlığına uygun hale getirilmiştir. **Mumcu/Küzeci**, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, s. 19.

b. Temel Hak ve Özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Birbirini Tamamlaması

Kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) veya İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) olarak bilinen (Convention européenne des Droits de l'Homme) ve 4.11.1950 tarihinde Roma'da, Türkiye'nin de dahil olduğu Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından imzalanan Sözleşmenin²⁰⁶ asıl ve daha uzun olan adı; İngilizce metin ile aynı derecede geçerli Fransızca metnindeki başlığına göre²⁰⁷, Türkçe'de "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi"²⁰⁸ veya "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi"²⁰⁹ olarak ifade edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol²¹⁰ ile eklenen **Bölüm ve madde başlıkları ile maddelerin içeriği** dikkate alındı-

²⁰⁶ Avrupa Konseyi'ne üye imzacı on devletin onay belgesini vermesiyle 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme ile 20 Mart 1952'de Paris'te imza edilen ve 18 Mayıs 1954'de yürürlüğe giren, Sözleşmeye Ek (1 Nolu) Protokol; 10.3.1954 tarihli 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun" ile onaylanmıştır (RG, 19.3.1954, S. 8662; III T. Düstur, C. 35, s. 1567). Sözleşme ile Sözleşmeye Ek Protokol metni, 5 maddeden oluşan 6366 sayılı Kanun metninin arkasında "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme" ile "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşmeye Ek Protokol" adı altında Resmi Gazete'de yayımlanmıştır: RG, 19, 3.1954, S. 8662. Sözleşme ve Sözleşmeye Ek Protokol, Türkiye bakımından, Sözleşmenin taraf devletlerce imza ve onaylanmasını düzenleyen ve 11 Nolu Protokol ile değiştirilmeden önceki 66'ncı maddesinin üçüncü fıkrası (11 Nolu Protokol ile değişik şu andaki md. 49/3) uyarınca onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edildiği 18 Mayıs 1954'de yürürlüğe girmiştir: Bkz. **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 422; <http://conventions.coe.int/ListeTraites.asp>

²⁰⁷ Sözleşmenin Fransızca metnindeki başlığı "Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales" biçimindeyken; Sözleşmenin düzenlendiği diğer dil olan İngilizce metnindeki başlık, "Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms" biçimindedir.

²⁰⁸ Feyyaz **Gölcüklü**, "Sunuş", İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, 2.B., (AÜSBF İHAUM yay.) Ankara 1992, s. V; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 9.

²⁰⁹ Süheyl **Batum**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s. 2, dn. 4.

²¹⁰ Türkiye tarafından 11.5.1994 tarihinde imzalanan ve 14.5.1997 tarihli 4255 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılanmasına İlişkin 11 Nolu Protokol"ün Bakanlar Kurulu kararı ekinde yayımlanan Türkçe resmi çeviri metni için bkz. RG, 20.6.1997, S. 23025.

ğında, resmi Türkçe çeviri metninde; “İnsan haklarına saygı yükümlülüğü” başlıklı 1’nci madde içinde “hak ve hürriyetler” ifadesi kullanıldıktan sonra, “*Haklar ve Hürriyetler*” başlığını taşıyan **Bölüm I**’de tanınan “Yaşama hakkı” (md.2); “Hürriyet ve güvenlik hakkı” (md.5); “Adil yargılanma hakkı” (md.6); “Özel hayatın ve aile hayatının korunması”(hakkı²¹¹-md.8)nı izleyen **maddelerin başlıklarında**, Sözleşme’nin Fransızca ve İngilizce aslındaki nüshalarına uygun olarak, bu kez “özgürlük”²¹² terimine (“Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”-md.9; “İfade özgürlüğü”-md.10; “Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü”-md.11); bu **maddelerin içeriğinde** ise, 11’nci madde dışında, ilgili maddenin aynı fıkrasının farklı cümlelerinde ya da farklı fıkralarında aynı husus için hem “hak” hem de “özgürlük” terimine yer verilirken²¹³; “Dernek

²¹¹ Türkçe metin madde başlığında “hak” sözcüğüne yer verilmemiştir. Oysa Sözleşme’nin 11 Nolu Protokol ile değişik her ikisi de aynı düzeyde geçerli resmi Fransızca ve İngilizce nüshasındaki madde başlığında “hak” terimini karşılayan sırasıyla “droit à ...”; right to ...” ifadesi bulunmaktadır. Türkçe metnin 8’nci maddesi içinde ise “hak” terimine yer verilmiştir. 1982 Anayasası’nda da “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20’nci madde metni içinde, madde başlığında yer almayan “hak” teriminin bulunduğu görülmektedir.

²¹² AİHS’ne Ek 11 Nolu Protokol’ün Resmi Gazete’de yayımlanan Türkçe metninde; AİHS Bölüm 1’e, 11 Nolu Protokol md.2/2 ile eklenen “*Haklar ve Hürriyetler*” adlı Bölüm Başlığında “**Hürriyetler**” teriminin kullanılmasına rağmen, yine 11 Nolu Protokol ile eklenen madde başlıklarındaki Fransızca nüshada yer alan “**Liberté de ...**”; İngilizce nüshada bulunan “**Freedom of ...**” ifadesini Sözleşme metninin bütününde terim birliğini sağlamak amacıyla karşılayabilecek “... hürriyeti” yerine “... özgürlüğü” deyimini tercih edilmiştir. Bkz. RG, 20.6.1997, S. 23025. Akıllıoğlu’nun belirttiği gibi, 11 Nolu Protokolün resmi çevirisi günümüzde kullanılan dile uygun olmakla birlikte, AİHS’nin 1954’de yapılan ve Bölüm I’de daha eski kelimelere yer verilen resmi çeviri metni ile AİHS’nin 11 Nolu Protokol ile değiştirilmesi nedeniyle 1997’de yapılan ve daha yeni sözcüklerin kullanıldığı Bölüm II’deki resmi çeviri metninin birlikte gözden geçirilerek Sözleşme’nin her iki bölümünü kapsayan yeni bir resmi çevirinin yapılması gerekmektedir. Tekin **Akıllıoğlu**, “Yayın Notu” in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri, Ankara 2002. Kanımızca, aynı gereklilik, yukarıda görüldüğü üzere, AİHS Bölüm I’in; 1954’deki resmi çeviri metnindeki maddelerinin içeriği ile 1997’deki resmi çeviri metninde 11 Nolu Protokol ile eklenen madde başlıklarında kullanılan ifadeler bakımından da geçerlidir. Bölümler; başlık ve içerikleriyle dil yönünden bütünlüğe kavuşabilecek yeni bir resmi çeviride, halen resmi Türkçe çeviri metninde bulunan “Bölüm 1; Bölüm 2...” yerine, Sözleşmenin Fransızca ve İngilizce resmi metnindeki aslına uygun olarak, “Bölüm I; Bölüm II...” biçiminde Romen rakamlarıyla numaralandırılmalı ya da “Birinci Bölüm; İkinci Bölüm” halinde harf ile yazılmalıdır.

²¹³ Örneğin, “İfade özgürlüğü”nü düzenleyen 10’uncu maddenin ilk fıkrasındaki, Türkçe’ye resmi çeviri metni ile Akıllıoğlu’nun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ilgili kitabının başındaki yayın notunda belirttiği; AIHM Yazı İşleri Müdürlüğü web sayfasındaki çeviri

kurma ve toplantı özgürlüğü” başlıklı 11’nci maddenin metninde, “asayiş ihlal etmeyen toplantılara katılma”, “sendikalar tesis etmek”, “sendikalara girmek hakkı” ile “dernek kurma hakkı”ndan söz edilmektedir²¹⁴.

Kaboğlu’nun “dernek özgürlüğü hakkı” olarak ifade ettiği, AİHS’nin 11’nci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen hak, isteme yetkisi içermeyip, “özgürlüğü kullanma yeti’si veya olanağı” biçiminde yorumlanabilir niteliktedir²¹⁵. “Özgürlük hakları” (droits de liberté; rights of freedom) Akıllıoğlu’nun deyişiyle, “insan hakları ile özgürlük ilişkisini vurgulayan bir deyimdir”²¹⁶. Kanımızca, “özgürlük hakları” ifadesinde insan hakları ile özgürlük arasındaki tamamlayıcılık vurgulanmış olmaktadır.

metninde geçen sırasıyla “Her fert ifade ve izhar *hakkma maliktir*. Bu *hak* içtihat *hürriyetini* ve ... *serbestisini* ihtiva eder...”; “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım *özgürlüğüne sahiptir*. Bu *hak*, kanaat *özgürlüğü* ile ... *özgürlüğünü* de içerir” sözleri; Sözleşme’nin Fransızca ve İngilizce orijinal metninde yine sırasıyla şöyledir: “Toute personne a *droit à la liberté d’expression*. Ce *droit* comprend la *liberté d’opinion et la liberté de ...*”; “Everyone has the *right to freedom of expression*. This *right* include *freedom to hold opinions and to ...*”. Fransızca ve İngilizce metindeki “Toute personne a *droit à la liberté d’...*”; “Everyone has the *right to freedom of ...*” ifadeleri; dilimize aynen “mot à mot” sözcük değiştirmeden “Herkes, ... *hürriyetine (özgürlüğüne) hakkı vardır*” biçiminde çevirilebilir. Nitekim, Sözleşmenin “Hürriyet ve güvenlik hakkı” başlıklı 5’inci maddesinin 1’nci fıkrasında; resmi çeviri metni ile AİHM Yazı İşleri Müdürlüğü web sayfasındaki çeviri metninde sırasıyla geçen, “Her ferdin *hürriyete ve güvenliğe hakkı vardır*”; “Herkesin kişi *özgürlüğüne* ve güvenliğine *hakkı vardır*” biçimindeki ilk cümle, Fransızca ve İngilizce orijinal metinde sırasıyla şöyledir: “Everyone has the *right to liberty and security of person*”; “Toute personne a *droit à la liberté et à la sûreté*”.

²¹⁴ AİHS’nin 11’nci maddesinin Fransızca ve İngilizce metnindeki ifadeler sırasıyla şöyledir: “... a *droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d’association*, ... *le droit de fonder des syndicats et de s’affilier à des syndicats...*”; “... has the *right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association ... the right to form and to join trade unions...*”. Fransızca ve İngilizce metindeki “Toute personne a *droit à la liberté de ...*”; “Everyone has the *right to freedom of ...*” ifadeleri; dilimize aynen “mot à mot” sözcük değiştirmeden “Herkes, ... *hürriyetine (özgürlüğüne) hakkı vardır*” biçiminde çevirilebilir

²¹⁵ **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 16.

²¹⁶ **Akıllıoğlu**, İnsan Hakları I, s. 10.

SONUÇ

Doğal hukuk ve pozitif hukuk anlayışı bakımından; insan hakları alanının odak noktasını oluşturan insan hakları kavramının, temel haklar ve kamu özgürlükleri ile karşılaştırılması, bu kavramların anlam bakımından benzer ve farklı yönlerini ve aslında birbirini tamamlayıcı nitelikte olduklarını ortaya koymaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin terminolojik yönden de birbirini tamamlaması olgusu, başta Anayasa olmak üzere çeşitli insan hakları belgelerinde görülmektedir.

Doğal hukuk ve pozitif hukuk yaklaşımları da, biri diğerini dışlamayan, tamamlayıcı bir perspektif içinde değerlendirilmelidir. Böylece pozitif hukuk anlayışındaki insan haklarının temel haklar kavramı altında, Anayasada açıkça tanınmamış olsa dahi kanun koyucu veya anayasa yargıcı tarafından içtihat ile tanınması kolaylaşmış olacaktır. Anayasada tanınan temel hakların da Anayasadaki hak anlayışı çerçevesinde genişletici yorumla değerlendirilmesi halinde, doğal hukuk yaklaşımının söz konusu anayasal hakları tamamlayıcı etkisi yadsınamaz nitelikte olduğu görülecektir.

Olanı gösteren pozitif hukuk anlayışındaki insan haklarının dar ve sınırlı kapsamı, belirtilen yöntemin kabul edilmesi ve giderek daha sık uygulanması ile genişletilebilecektir. Bu ise pozitif hukuk anlayışındaki insan haklarının, olması gerekene yönelen ideal hukuk-doğal hukuk anlayışı tarafından düzeltilmesi ve tamamlanması anlamına gelmektedir.

K a y n a k ç a

- Akılhoğlu** Tekin, İnsan Hakları I Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İHM yay., Ankara 1995.
- Akılhoğlu** Tekin, "Yönetim Hukukunda İnsan Hakları", AÜSBFD İHMD, C. III, S. 4 (Kasım 1995), s. 9-14.
- Akılhoğlu** Tekin, "İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku (Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü)" in 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu: Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay yay., s. 117-138.
- Akılhoğlu** Tekin, (Hazırlayan) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri, Ankara 2002.
- Akın** İlhan F., Temel Hak ve Özgürlükler, 3.B., İstanbul 1971.
- Akın** İlhan F., Kamu Hukuku, 6.B., İstanbul 1990.
- Aldıkaçtı** Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4.B., İstanbul 1982.
- Alp** Mustafa, "Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku", DEÜHFD, C. 6, S. 1 (Yıl 2004), s. 1-41.
- Anayurt** Ömer, "Hakları Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi" (Türkiye'de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998) in Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yay, Ankara 2000.
- Aral** Vecdi, Toplum ve Adaletli Yaşam, İstanbul 1988.
- Aral** Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 6.B., İstanbul 1991.
- Atalay** Esra, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukukî Niteliği", DEÜHFD, C. 6, S.1 (Yıl 2004), s. 43-66.
- Batum** Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993.
- Bayefsky** Anne F., The UN Human Rights System Universality at the Crossroads, Kluwer Law International, The Hague/London/New York 2001.
- Bilgen** Pertev, "Sert Çekirdekli Temel Haklar", İnsan Hakları Sempozyumu (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yay), İstanbul 1995, s. 101-109.
- Bilgen** Pertev, İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1999.
- Can** Cahit, Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi, Ankara 1989.
- Cansel** Erol, "Anayasal Normlar Hiyerarşisi" in Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi Türk Raporu, 2.Cilt, (VIII Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Ankara, 7-10 Mayıs 1990) s. 15-26.

- Colliard** Claude-Albert, *Libertés publiques*, 7.éd., Dalloz Paris 1989.
- Çağlar** Bakır, “Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi”, *Anayasa Yargısı 6 (Anayasa Mahkemesi’nin 27. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25, 26 Nisan 1989 Ankara)*, s. 117-158.
- de Page** Henri, *Droit naturel et positivisme juridique*, Bruylant Bruxelles 1939.
- Dervort** Thomas R. Van, *International Law and Organization* Sage Publications, California 1997.
- Dinh** Nguyen Quoc/**Dailler** Patrick/**Pellet** Alain, *Droit International Public*, 5.éd., (L.G.D.J.) Paris 1994.
- Donnelly** Jacq, *International Human Rights*, 2. ed., (Westview Press), Colorado/Oxford 1998.
- Edis** Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- Ertürk** Şükran, *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Ankara 2002.
- Finer** S.E/**Bogdanor** Vernon/**Rudden** Bernard, *Comparing Constitutions*, Clarendon Press Oxford 1995.
- Gemalmaz** Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 4.B., İstanbul 2003.
- Gölcüklü** A.Feyyaz/**Gözübüyük** A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3.B., Ankara 2002.
- Göçer** Mahmut, *Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, Ankara 2002.
- Gönül** Mustafa, “Anayasa Mahkemelerinin İçtihatlarına Göre Temel Haklar Kavramı” in *Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi Türk Raporu 2. Cilt (VIII Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Ankara, 7-10 Mayıs 1990)*, s. 5-14.
- Gören** Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2.B., İzmir 1999.
- Gören** Zafer *Temel Hak Genel Teorisi*, 4.B., İzmir 2000.
- Gözler** Kemal, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 47, S. 1 (Ocak 1990), s. 31-67.
- Gözler** Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2000.
- Gözler** Kemal, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu” (Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998) in *Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yay*, Ankara 2000.

- Gözler Kemal**, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", Ankara Barosu Dergisi, 2001-4, s. 53-67.
- Grana Sheryl J./Ollenburger Jane C./Nicholas Mark**, The Social Context of Law, 2.ed., Prentice Hall, New Jersey 2002.
- Gündüz Aslan**, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 4.B., İstanbul 2000.
- Günyol Vedat**, Jean-Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev., 6.B., İstanbul 1994
- Güriz Adnan**, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985.
- Güriz Adnan**, "Türkiye'de Hukukî Pozitivizm", in Anayasa Yargısı 8 (Anayasa Mahkemesinin 29.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler: 25-26-27Nisan 1991), AYM yay.
- Haefliger Arthur** (Çev. Ümit **Özdağ**), "İsviçre Federal Mahkemesi Raporu" in Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, 3. Cilt:Konferans Düzenleyen Anayasa Mahkemeleri ve Benzeri Kurumların Raporları VIII.Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara 7-10 Mayıs 1990), s. 263-279.
- Hillier Tim**, Sourcebook on Public International Law (Cavendish Publishing Limited), London 1998.
- Hottelier Michel**, La Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral Contribution à l'étude des droits fondamentaux, Payot, Lausanne 1985.
- Hottelier Michel**, Le Bill of Rights et son application aux Etats américains Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis, avec des éléments comparatifs de droit suisse (Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1995.
- Gibson John S.**, Dictionary of International Human Rights Law, The Scarecrow Press, Inc.Lanham, Maryland & London 1996.
- Kaboğlu İbrahim Ö.**, Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989.
- Kaboğlu İbrahim**, "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", in Anayasa Yargısı 11 (Anayasa Mahkemesi'nin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 1994), AYM Yay., s. 237-252.
- Kaboğlu İbrahim Ö.**, Çevre Hakkı, 3.B., Ankara 1996.
- Kaboğlu İbrahim Ö.**, Özgürlükler Hukuku, 6.B., Ankara 2002.
- Kaboğlu İbrahim Ö.**, "Hak ve Özgürlükleri İçselleştirmek İçin...", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 48 (Eylül-Ekim 2003), s. 251-255.

- Kalabalık** Halil, “İdarenin Kolluk Faaliyetleri Karşısında İnsan Haklarının Durumu ve Korunması” (Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998) in Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yay, Ankara 2000, s. 301-325.
- Kapani** Münci, Kamu Hürriyetleri, 6.B., Ankara 1981.
- Kapani** Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 2.B., Ankara 1991.
- Keyman** Selâhattin, Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara 1981.
- Kili** Suna **Gözübüyük**/A.Şeref Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası yay., Ankara 1985.
- Knapp** Blaise, “La révision de la Constitution fédérale suisse”, Revue française de droit constitutionnel, 2000/42, p. 405-420.
- Kuzu** Burhan, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı (Çevreye Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı), İstanbul 1997.
- Lockhard** William B. et al, Constitutional Rights and Liberties, 8.ed., (West Publishing Co.), St. Paul, Minnesota 1996.
- Morange** Jean, Droits de l’homme et libertés publiques, 3.éd., Paris 1995.
- Mumcu** Ahmet/**Küzeci** Elif, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, 3.B., Ankara 2003.
- Özay** İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.
- Özbudun** Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 7.B., Ankara 2002.
- Özdek** Yasemin E, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı (TODAİE Yay.), Ankara 1993.
- Pacteau** Bernard, Cours de Libertés publiques 1992-1993, Amicale Corporative de Droit Université Bordeaux I
- Reisoğlu** Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001.
- Robert** Jacques/**Duffar** Jean, Droits de l’homme et libertés fondamentales, 5.éd., Paris 1994.
- Savcı** Bahri, İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması), Ankara 1953.
- Shaw** Malcolm N., International Law, 4.ed., Cambridge University Press, 2001.
- Soysal** Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7.B., İstanbul 1987.
- Soysal** Mümtaz “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 24.Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1987, s. 39-49.
- Sudre** Frédéric, Droit international et européen des droits de l’homme, 2.éd., Presses Universitaires de France, Paris 1995.
- Şimşek** Oğuz, “Federal Alman Anayasa Hukuku’nda Temel Hakların Düşmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 1 (Ocak-Mart 2003), s. 94-112.
- Tanilli** Server, Devlet ve Demokrasi, 3.B., İstanbul 1982.

- Tanör** Bülent/**Yüzbaşıoğlu** Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 3.B., İstanbul 2002.
- Tanör** Bülent, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul 1986.
- Tanör** Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 9.B., İstanbul 2002.
- Tezcan** Durmuş/**Erdem** Mustafa Ruhan/**Sancakdar** Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.B., Ankara 2004.
- Tezcan** Ercüment, Avrupa Birliği Hukukunda Birey, İstanbul 2002.
- Umar** Bilge, Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997.
- Wallace** Rebecca, International Human Rights Text and Materials, Sweet & Maxwell, London 1997.
- Wolfe** James H., Modern International Law An Introduction to the Law of Nations (Prentice Hall Pearson Education), New Jersey 2002.

Diğer Kaynaklar

- İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, 2.B., (AÜSBF İHAUM yay.) Ankara 1992.
- Les Nations Unies et Les Droits de l'Homme (Publication des Nations Unies), Newyork 1986.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland/Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi Yayını, Bonn 2002.
- La Constitution des Etats Unis d'Amérique The Constitution of the United States of America in Various Foreign Languages: French, Law Library, Library of Congress, Washington D.C. 1987.

Kısaltmalar

<i>AİHS</i>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<i>ATF</i>	: Arrêts du Tribunal Fédéral= İsviçre Federal Mahkemesi Kararları
<i>AÜSBFD</i>	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<i>AY</i>	: Anayasa
<i>AYM</i>	: Anayasa Mahkemesi
<i>AYMKD</i>	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
<i>BVerfGE</i>	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts = Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları
<i>B.</i>	: Baskı
<i>Bkz.</i>	: Bakınız
<i>BM</i>	: Birleşmiş Milletler
<i>C.</i>	: Cilt
<i>Çev.</i>	: Çeviren
<i>DEÜHFD</i>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<i>dn.</i>	: Dipnot
<i>éd.(ed.)</i>	: édition (edition)
<i>E.</i>	: Esas
<i>İHAUM</i>	: İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi
<i>İHMD</i>	: İnsan Hakları Merkezi Dergisi
<i>FF</i>	: Feuille Fédérale
<i>K.</i>	: Karar
<i>Krş.</i>	: Karşılaştırınız.
<i>L.G.D.J</i>	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>md.</i>	: madde
<i>p.</i>	: page
<i>RG</i>	: Resmi Gazete
<i>RO</i>	: Recueil Officiel des lois fédérales
<i>s.</i>	: sayfa
<i>S.</i>	: Sayı
<i>T.</i>	: Tertip
<i>TODAİE</i>	: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
<i>vd.</i>	: ve devamı
<i>Vol.</i>	: Volume
<i>Yay.</i>	: Yayını
<i>Y.</i>	: Yıl

