

HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE HUKUKUN GELİŞİMİNE ETKİSİ

*Dr. Abdülkadir AKIL**

I- HUKUKUN GELİŞİMİNE GENEL BİR BAKIŞ

Hukuk, toplum hayatının düzenini sağlamayı amaç edinen ve bu düzene uyulmasını dış yaptırımlarla sağlayan, yazılı olan ve olmayan tüm kurallardır¹.

Bilindiği gibi, bazı bilim ya da disiplinler (fizik, matematik, felsefe, tıp gibi) evrensel niteliktedir. Buna karşılık bazı bilimler ise ulusal niteliktedir. Her ne kadar hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, mukayeseli hukuk bilim dalları da evrensel nitelikte ise de, genel olarak "**hukuk bilimi henüz ulusal nitelikli**"dir. Her bir ulusun hukuku ve hukukçuları olduğu gibi, her bir ulusun ayrı bir hukuk anlayışı da vardır.

Dolayısıyla, bugün tüm dünyanın ortak bir hukuk bilimi henüz bulunmamaktadır. Ancak, uzun zamandan beri ulusal ve uluslararası kişiler arasındaki ilişkilerin yoğunlaşması, devletleri ve hukukçuları "**tüm dünyada geçerli ortak bir hukuk sistemi**" arayışına yöneltmiştir. Nitekim, ilk kez 1900'de Paris'te düzenlenen **Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi**'nde "tüm dünyada geçerli birleştirilmiş bir hukuk sistemi ve ortak bir adâlet düşüncesi"nden söz edilmiş ve bunun mümkün olduğu belirtilmiştir². Ancak, bilindiği gibi, üst üste yaşanan iki dünya savaşı sonrasındaki soğuk savaş dönemi bu ideali oldukça olumsuz etkilemişse de

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

¹ "Hukuk"un tanımı ve amacı ile ilgili olarak bkz. HAYEK, Frederich A., **Hukuk, Yasama ve Özgürlük: Kurallar ve Düzen**(Çev. Atilla Yayla), Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara, 1996, s. 170 vd; HÂTEMÎ, Hüseyin, **Medeni Hukuka Giriş** (Bundan sonra "**Medeni Hukuk.** ." şeklinde anılacaktır.), İstanbul, 1997, s. 4; EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 1979, s. 2; KÖPRÜLÜ, Bülent, **Medeni Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku**, İstanbul, 1984, s. 4; ATAAY, Aytakin, **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, İstanbul, 1971, s. 17; TUNÇ, Hasan, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ankara, 1999, s. 1.

² OĞUZ, Arzu, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Gazimağusa, 2001, s. 12.

SSCB'nin dağılmasıyla başlayan yeni süreçte uluslararası ilişkilerdeki yoğunluğun artması, bu ortak hukuk gereksinimini daha da artırmıştır. İşte küreselleşme ve hukukun küreselleşmesi söylemleri de bu aşamada ön plana çıkmıştır³.

Tanım genel olarak yukarıdaki gibi yapılmakla birlikte; esasında hukuk yaşayan, sürekli değişen ve gelişen bir kavram olarak yer ve zamana bağlı olmaksızın insanlığın kendisini idrak ettiği andan itibaren vardır⁴. Dolayısıyla, her şeyden önce hukuk, insan topluluklarında beliren bir kavramdır⁵.

Burada göze çarpan noktalardan birisi, hukukun yere ve zamana bağlı olmadan varlığının “kaçınılmaz” olması; diğeri ise “yaşayan” olmasıdır. Hukukun “yaşayan” nitelik arz etmesi, onun aynı zamanda sürekli “gelişen” ve “değişen” bir yapıda olmasını da gerektirir. Ancak, bu “gelişme” ve “değişme”nin tüm hukuk kuralları için geçerli olmadığına tanık olmaktadır. Zira, hukuk kurallarının öyle çeşitleri vardır ki, bunların değişmediği ve değişmesinin de gerekmediği gözlemlenmektedir. Örneğin, adam öldürmenin suç sayılması gibi. Dolayısıyla, hukukun yer ve zamana bağlı olmamasından anlaşılması gereken, onun niteliğinden öteye, varlığının yer ve zamana bağlı olmamasıdır. Bu nedenle, bugünkü hukukun oluşması yüzyıllarca-hatta binlerce yıl-önceden beridir pek çok merhaleden geçerek gerçekleşmiştir. Geçmişin hukuku bugünkünden farklı olduğu gibi, geleceğin hukuku da yine bugünkünden farklı olacaktır⁶.

Burada dikkat çekilmesi gereken bir nokta da hukukun süjesinin ne olduğudur. İnsan, doğası gereği diğer canlılardan ve varlıklardan farklı olarak özgür ruhludur ve seçme gücüne sahiptir. Bu bağlamda güdülen değil,

³ Öncelikle bir hususa açıklık getirmek gerektiğine inanıyoruz: Daha önceki bazı çalışmalarımızda da belirttiğimiz üzere, tabii bir süreç olan “Küreselleşme” ile yeni bir uluslararası ideolojik ve siyasi sistemi öngören “Yeni Dünya Düzeni” bir birilerinden farklı olgulardır. Diğer bir deyişle, insanlığın özlediği “evrenselleşme” anlamındaki “gerçek küreselleşme” ile bugün dayatılmaya çalışılan “sözde küreselleşme” farklıdır. Şüphesiz ki, taraf olunabilecek küreselleşme, birincisi olmak durumundadır. Dolayısıyla konuyu değerlendirirken bu temel ayrımdan hareket etmek gerekmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. AKIL, Abdülkadir, *Küreselleşen Hukuk ve Ulusal Egemenliğe Etkisi*, (Basılmamış Doktora Tezi-I. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 2002.

⁴ YÖRÜK, Abdülhak Kemal, *Hukukun Umumi Prensipleri*, İstanbul, 1949, s. 2. Bu konuda geniş bilgi için ayrıca bkz. HAYEK, F. A., *age*, s. 55 vd.

⁵ HÂTEMÎ, H., *Medeni Hukuk*, ., s. 1. Ayrıca bu konuda geniş bilgi için bkz. HAYEK, F. A., *age*, s55 vd.

⁶ “Hukuk” kavramına sosyolojik ve felsefi yaklaşım için bkz. HAYEK, F. A., *age*, s. 110 vd.

güdüdür. İşte bu nedenledir ki, dar çerçevede hukukun düzenlediği alan insanın -süjenin- kendisi değil, onun etkinlikleridir; ilişkileridir. Aksi takdirde sistemi kuran ve şekillendiren insan anlamındaki vatandaşın değil, köleden bahsedilebilir.

Burada konumuzla ilgili olarak vurgulamak istediğimiz önemli bir husus, söz konusu aşamalardan geçen hukukun, aynı zaman diliminde olmasına rağmen farklı zeminlerde farklı görünüm arz etmiş olduğudur. Zira, her hukukun uygulandığı süljelerin ve bunlardan oluşan toplumların farklı anlayış ve yaşam biçimlerine sahip olmaları söz konusudur. Örneğin, aynı dönemde bir toplumda paranın parayla mübadelesi usulü (faiz sistemi) cari iken, diğler bir toplumda yasaklanabilmekte; aynı şekilde bir suçun cezası -hatta suç olması- toplumlara göre farklılık gösterebilmektedir. Tüm bunlardan, hukukun çift yönlü bir etkileşim özelliğine sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Diğler bir ifadeyle, "hukuk", başlı başına bir üst yapı elemanı olarak yukarıda saydığımız tüm toplumsal gelişmelerden hem doğrudan etkilenmekte -ya kendisini yenilemekte, ya da direnç göstermekte-; hem de değişim sürecinde öncekinin aksine bazen değişime öncülük etmektedir. Zira, "hukuk", aydınlar sayesinde toplumsal gelişmenin kendisinden önce gelen bağımsız bir gelişme çizgisi gibi bir özelliğe sahiptir⁷.

İşte biz, "hukukun küreselleşmesi" derken farklı zeminlerde farklı görünüm arz eden hukuk norm ve anlayışlarının aynılaşmasını (bütünleşmesini) kastediyoruz. Hukukun aynılaştırılması, -diğler bir ifadeyle bütünleştirilmesi- aslında genel hukuk politikasının bir programı olmak durumundadır⁸.

Hukuk kurallarının ve anlayışlarının "aynılaşması(bütünleşmesi)" ise, diğlišik şekillerde olabilmektedir: Bunlardan birincisi, "resepsiyon" (yabancı hukukun benimsenmesi)dir⁹. "Resepsiyon" yönteminde bir toplumun yapısı

⁷ ÖZCAN, Mehmet Tefik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Donkişot Yay., İstanbul, 2001, s. 162. "Hukuk"un, Hukuk Sosyolojisi açısından gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bu esere başvurulabilir.

⁸ OĞUZ, A., *age*, s. 12.

⁹ "Resepsiyon"(benimseme) ile ilgili bilgi için bkz. BOZKURT, Gülnihâl, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, (Türk Tarih Kurumu Yayınları), Ankara, 1996, s. 5 vd; ÖZSUNAY, Ergun: "Yabancı Hukukun Benimsenmesi Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler", *MHAD*, C: 10, S: 33, İstanbul, 1983, s. 11-43; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "İsviçre Medeni Kanunu Karşısında Türk Medeni Kanunu", *Medeni Kanunun XV. Yılı*, İstanbul, 1944, s. 363 vd; AKİPEK, Jale G., *Türk Medeni Hukuku (I. Cilt)*, Ankara, 1966, s. 50 vd; EDİS, S: *age*, s. 42 vd; VELİDEDEOĞLU, H. V.,

ve ihtiyaçları göz önüne alınarak eskisinden tamamen farklı yeni hukuk kuralları meydana getirilmekte (1789 Fransız İhtilali'nden sonra hazırlanan 1804 tarihli Fransız Code Civil'i ve 1917 Sosyalist Devrimi'nden sonra hazırlanan Sovyet yasaları gibi) veya yabancı bir ülkenin hukuk sistemi kısmen veya tamamen kabul edilerek uygulanmaktadır (Roma Hukuku'nun Almanya'da, İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye'de kabulü gibi)¹⁰.

Resepsiyon (benimseme) sisteminde, belirli bir toplumun veya ülkenin şartlarına uygun şekilde gelişmiş bir hukukî kurum, kavram veya olgu münferit olarak veya tümünden bir başka ülkeye aktarılmaktadır. Görüldüğü gibi burada bir "yabancılık" özelliği söz konusudur. Zira, farklı coğrafi, sosyal, ekonomik ve kültürel koşullarda yabancı bir toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere doğal süreçte doğan ve buna göre gelişen bir hukuk sisteminin veya normunun başka bir ülkede kabul edilmesi ve bu ülkenin yerel hukuk sistemine girmesi söz konusudur.

Resepsiyon sisteminde, resepsiyon yapan ülke, aldığı hukuk norm veya sistemiyle aynı zamanda karşı toplumun hukuk felsefesi, sosyolojisi, tekniği ve gelişim yöntemini de almış bulunmaktadır¹¹. Bu yönüyle resepsiyon yöntemi, toplumu jakoben usullerle değiştirmede hukukun bir vasıta olarak kullanılmasının¹² tipik bir örneğini teşkil etmektedir. Hatta, bunun da ötesinde karşı toplumun çoğu yaşam tarz ve kültürleri de tabii bir sonuç olarak bu şekilde alınmış olmaktadır. Örneğin, bu yöntemle o ülkenin hukukî idealleri ve tasarımları da benimsenmekte ve zamanla yabancılığı (ithalliği) kaybolarak ulusal hukukun bir parçası olmaktadır¹³. Kaldı ki, "Hukuk Tarihi"ndeki genel gelişmeye bakıldığında, toplumlar ve ülkeler arasındaki tabii ve kaçınılmaz etkileşimin bir sonucu olarak hukuk kavramlarının da sık sık geçtiği görülmektedir. Zira, -**Rudolf Von Jhering**'in, Tarihçi Okul'u eleştirerek belirttiği gibi- hiç bir hukuk sisteminin dış etkenlerden bağımsız olarak gelişmesi söz konusu değildir¹⁴. Ancak bu etkileşim, -pek çok alanda

Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, İstanbul, 1940, s. 44 vd; ATAAY, A., *age*, s. 20 vd.

10 Bu yöntem son yüzyılda pek çok ülke (Japonya, Şili, Brezilya, Arjantin, Çin, Kore gibi) tarafından uygulanmıştır. Bkz. BOZKURT, G., *age*, s. 13 vd.

11 BOZKURT, G., *age*, s. 7.

12 ÖZCAN, M. T., **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 185. Özcan, bu tür değiştirme girişimlerinde yeterli meşruluk ölçütünü "yasal iktidarın meşru olması" olarak belirtmektedir. Bkz. *age*, s. 187.

13 Bu konuda Alman tarihçi Hübner, hukukla milliyet arasındaki karşılıklı bağın çok abartılmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Aktaran, BOZKURT, G., *age*, s. 7.

14 Aktaran, BOZKURT, G., *age*, s. 6.

olduğu gibi hukuksal alanda da- daha çok güçlü olanın etkisi, empozesi ve hatta dayatması şeklinde gerçekleşmektedir. Örneğin, Batı dünyasından resepsiyon metoduyla hukuklarını alan zayıf ülkelerin çoğunun dış etkilerle, bugün Batı tarafından terk edilmekte olan¹⁵ “sekülerizm” ve “rasyonalizm”i evrensellik olarak algılamaları¹⁶ gibi.

Hukuk kurallarının “aynılaşması”nı sağlayan ikinci yöntem ise, “**kaba kuvvet ve baskı ile bir toplumda başka bir toplumun hukuk sisteminin uygulanması**”dır. Özellikle, “**sömürgecilik**”te bu yöntemle başvurulduğuna sıkça rastlanmaktadır. Bu yöntemle bir toplumun hukuk sistemi zorla ve baskıyla değiştirilerek o toplumun kestirmeden ve top yekun “**asimile**” edilmesi amaçlanmaktadır. Örneğin, ırkçı Güney Afrika’da ve Amerikan yerli toplumlarında uygulandığı gibi.

Hukukun “aynılaşması”na neden olan etkenlerden üçüncüsü ise, “**tabii ve kendiliğinden gelişen toplumlararası ilişkiler sonucunda gerçekleşen hukuk alış-verişleri**”dir. Bu yol, hukukun “aynılaşması”nda en yaygın, en etkili ve kaçınılmaz olan bir etkidir ki, günümüzde de bu özelliğini ve etkisini artırarak devam ettirmektedir¹⁷.

Önceleri toplumlararası hukuk ve diğer sosyal ve kültürel alış-verişler pek yavaş ve ancak belli şekillerde gerçekleşebiliyordu. Örneğin yavaş işleyen ticari ilişkilerle¹⁸, münferit çabalarla¹⁹, savaşlarla²⁰, büyük göçlerle²¹, dinlerin yayılması çabalarıyla ve benzeri yollarla gerçekleşen kültürel alış-verişlerde olduğu gibi.

İşte tüm bu yöntem ve yollarla (resepsiyon, baskı, vd.) geçmişte ve kısmen günümüzde, aynı hukukî kural ve kurumların geniş toplumlarda

15 Bir uluslararası hukuk profesörü olan Phillip R. Trimble, Batı kültürünün temelini teşkil eden Descartes Felsefesi ile Newton Fiziği’nin çökmeye başladığını ve bugün Quantum Mekanik ile Doğu Felsefelerine yöneldiğini ileri sürmektedir. Bkz. TRIMBLE, Phillip R., “Globalization, International Institutions and The Erosion of National Sovereignty and Democracy”, *Michigan Law Review-May 97*, 1997, C: 95, S: 6, s. 8.

16 ÖZCAN, M. T., *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 179.

17 Nabi Yağcı, Türkiye’nin, Batı hukukuna (Mecelle’den Medeni Kanun’a) tepeden inme geçtiğini; bu nedenle de karşılıklı tabii etkileşimin en az düzeyde olduğunu ve bunun da karşımıza ciddi bir problem olarak çıktığını belirtmektedir. Bkz. YAĞCI, Nabi, “Dünya ve Türkiye: Küreselleşme ve Değişim” (Panel), İçinde, *Küyerel Düşünce Grubu Paneller Dizisi*, İstanbul, 1997, s. 332 vd.

18 İpekyolu ile oluşan kültürel alış-veriş gibi.

19 Marco Polo ve Evliya Çelebi gibi.

20 Haçlı seferleri gibi.

21 Türklerin Orta Asya’dan göçleri; “keşifler”le Amerika’ya göçler gibi.

yayılarak uygulanması gerçekleşmiştir. Diğer bir deyişle, tüm bu yöntem ve etkinliklerle (resepsiyon, göç, vs), hukuk kurum ve kurallarının geniş toplumlara yayılarak “aynılaşması” ve “küreselleşmesi” söz konusu olmuştur. Bu kavramlar “objektiflik”, “ihtiyaçlara uygunluk” ve “pozitiflik” gibi özellikleri nedeniyle başka hukuk sistemlerine geçmiş ve bu şekilde hukuk, tüm toplumlarda “aynılaşma” yönünde gelişmesini sürdürmüştür ki, işte tüm bunlar “**hukukun gelişmesi**”nin bizatihî kendisidir.

Hukukun gelişme süreci, günümüzde genel gelişmeye paralel olarak olağanüstü derecede hızlanmış bulunmaktadır. Ancak, hemen belirtelim ki, bu süreç henüz noktalanmış olmayıp, hâlâ devam etmektedir.

Bu yeni süreçle birlikte toplumların gelişme hız ve şekli de geçmiş oranla benzeşmeye başlamış ve ayrıca bu nedenle de hukuk alış-verişleri hızlanmıştır. Diğer bir deyişle, hukukun gelişmesi bugün daha çok kendi tabii seyri içinde, ama geçmişe nazaran olağanüstü bir hızla gerçekleşmektedir. Zira teknolojide devrimsel gelişmeler yaşanmaktadır. Dünya insanlık toplumunun sosyal ve kültürel yaşamı aynılaşırken, buna bağlı olarak hukuk da aynılaşmaktadır.

Max Weber'in “Ekonomi ve Toplum” adlı eserinde de belirttiği gibi, aslında büyük hukuk sistemleri arasında aşırı farklılıklar da söz konusu değildir²². Bununla birlikte, hukukun gelişmesi, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, tüm toplumlar için geçerli olan alanlarda (ticari ilişkiler, ortak ahlak, suç ve cezada kanunîlik, eşitlik, vs) öncelikle olmaktadır. Bu ilişkileri düzenleyen söz konusu ortak kurallara ise “**hukukun genel ilkeleri**” (HGİ) de denmektedir.

“**Hukukun genel ilkeleri**”nin hukukun gelişmesindeki rolü, kanaatimizce, birinci derecede önemlidir. Hukukun genel ilkeleri, doktrinde “genel hukukun” ve “uluslararası hukuk”un ilkeleri şeklinde sınıflandırılmaktadır²³ ki, çalışmamızın genel seyrine de uygun

²² Zira Weber'e göre hukukun ya teolog hukukçularca dinî kaynaklardan etkilenecek (İslâm, Yahudî, Hint, Budist hukuk sistemlerinde olduğu gibi); ya da diğer hukukçu veya yöneticilerce konduğunu ve zamanla hukukun sekülerleştiğini ileri sürmektedir. Aktaran, BOZKURT, G; age, s. 14.

²³ “Hukukun genel ilkeleri” ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. WENGLER, Wilhelm, “The General Principles of Law in International Law”, *Law and State*, Vol. 1, Tubingen, 1970, s. 61-68; KABOĞLU, İbrahim, *Kolektif Özgürlükler*, (DÜHF Yay.), Diyarbakır, 1988, s. 171 vd(Bundan sonra “*Kolektif Özgürlükler*” şeklinde anılacaktır); KABOĞLU, İbrahim, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı” (bildiri), *Anayasa Yargısı-8*, (25-27 Nisan 1991), Ankara, 1991, s. 291 vd(Bundan sonra “Hukukun Genel İlkeleri” şeklinde anılacaktır); ÜNAL, Şeref, *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara, 2003, s. 48 vd; BEREKET, Zuhâl: *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Ankara, 1996; ÇELİK, Edip

düştüğünden, biz burada “iç hukuktaki hukukun genel ilkeleri” ve “uluslararası hukuktaki hukukun genel ilkeleri” şeklinde bir ayırım yaparak önce birincisini, sonra ise ikincisini incelemeye çalışacağız.

II- İÇ HUKUK SİSTEMİNDEKİ HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE HUKUKUN GELİŞİMİNE ETKİSİ

1. GENEL OLARAK: HUKUKUN KAYNAĞI VE HUKUKUN GENEL İLKELERİ

“Hukuk nedir?” sorusuna yukarıda konunun başında değinmiş ve “hukuk”un evrimsel bir süreç izleyen ve gelişen bir kavram olduğunu belirtmiştik. Bu gelişmenin, insanlığın genel gelişimine paralel bir seyir izlemesi doğaldır. Şüphesiz bu gelişme, insanlık açısından ortak ve müspet bir hedefe yöneldiği ölçüde değerlidir. Hukukun gelişimi açısından söz konusu ortak ve müspet hedef ise²⁴, kanaatimizce, tüm insanlık için geçerli “tek” bir hukuk sisteminin gerçekleştirilmesidir ki, bunun diğer bir karşılığı da “hukukun küreselleşmesi” dir.

İşte, hukuk açısından, bu ortak hedefin (gelişme) gerçekleşmesinde en önemli basamak ya da etkenlerden birisi de, “hukukun genel ilkeleri”nin varlığı ve bunların pratiğe geçirilmesidir.

Hukukun genel ilkeleri (HGI) nedir? Öncelikle bunu ortaya koymak gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, bu konuda çeşitli tanımlamalar söz konusudur. Ancak, biz burada, ayrıntıya girmeden temel ve karma bir tanımlama yapmakla yetineceğiz. “Hukukun Genel İlkeleri”; uygar uluslarca benimsenmiş, toplum hayatı içinde ortak adâleti sağlamayı amaçlayan, her alanda somut ilişkileri bütüncül bir yaklaşımla düzenleyerek birçok özel norma temel oluşturan ve soyut, genel, evrensel, sürekli, üstün, yazılı veya yazılı olmayan hukuk kurallarıdır²⁵.

F, *Milletlerarası Hukuk-I*, İstanbul, 1975, s. 103 vd(Bundan sonra “Milletlerarası Hukuk-I” şeklinde anılacaktır.); PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, Ankara, 1994, s. 221 vd(Bundan sonra “Uluslararası Hukuk-I” şeklinde zikredilecektir.); MERAY, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş-I*, Ankara, 1968, s. 101 vd; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türk Anayasal Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, 1993, s. 21 vd; ERKUT, Celal, *Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)*, İstanbul, 1996, s. 15 vd.

²⁴ “Hukukun gelişim sürecindeki hedefi” ile “hukukun amacı” farklıdır. “Hukukun amacı” hakkında geniş bilgi için bkz. HAYEK, F. A., *age*, s. 170 vd.

²⁵ HGI'nin tanımı ile ilgili geniş bilgi için bkz. WENGLER, W., *agm*, s. 62; KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 291, 292; KABOĞLU, İ., *Kolektif Özgürlükler*, s. 171; BERKET, Z., *age*, s. 4-6; ÇELİK, E. F., *Milletlerarası Hukuk -I* (1975), s. 103;

Bugün küresel bir süreçte bulunmamıza rağmen, eskiden olduğu gibi, halen her toplumun kendine özgü bir hukukunun bulunduğu şüphesizdir. Zira, henüz evrensel bir hukuk veya hukuk bilimi yoktur. Hayek'in ifadesiyle her bir insan topluluğunda hukuk normlarının varlığı gerçektir²⁶. Hatta, bu hukuk sistemleri arasında zıt ve uzlaşmaz görünen yönlerin bulunabileceği de inkâr edilemez.

Bununla birlikte, birbirlerinden ayrı görünmelerine rağmen bu hukuk sistem ve kurallarının hemen hepsinde aynı olan bir "öz" vardır ki, bu da bizatihî "**hukuk fikri**"nin kendisidir. "Hukuk tarihi" ve "insanlık tarihi"ne bakıldığında görüleceği üzere bu "**öz (hukuk fikri)**", yer ve zamana bağlı olmaksızın her hukuk sisteminde mevcuttur²⁷ve günümüz uygulamasında anayasal pozitif hukukun üstündedir²⁸. Hatta "anayasanın üstünlüğü ilkesi"ni de bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Zira, "**anayasanın üstünlüğü ilkesi**", yalnızca anayasalardaki formel yazılı kanun maddelerinin üstünlüğü demek olmayıp; anayasa kavramı, bu yönüyle, hukukun üstünlüğünü benimsemiş(legal) bir toplumdaki temel tüm değerleri de kapsamaktadır²⁹ ki, bu değerlerin içinde HGI'nin de bulunması şüphesizdir. Kaldı ki, yukarıda belirttiğimiz üzere **Max Weber**'in deyişiyle "büyük hukuk sistemleri birbirinden farklı özellikler taşımakta, hukukun kaynağı tek bir iradeye dayanmaktadır"³⁰. Özellikle yargıç ağırlıklı olan "common law" sisteminde bu husus hukukçular tarafından tartışılmıştır³¹. Bazı yazarlar da (Paul Orianne) HGI'nin yeni bir olgu (fenomen) olmasını, hukukî düşünce üzerinde uzun zamanlar etkili olan "tabii hukuk" ekolünün etkisinin gerilemesine ve "çağdaş pozitif hukuk"un gelişme şartlarına bağlarken; bazıları (J. L. Bergel) pek çok HGI'nin "tabii hukuk"tan

PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s 222; MERAY, S. L., *Devletler Hukukuna Giriş-I*, s. 102; ERKUT, C., *age*, s. 17 vd.

²⁶ HAYEK, F. A., *age*, s. 123.

²⁷ YÖRÜK, A. K., *age*, s. 3.

²⁸ ÇAĞLAR, Bakır, *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, İstanbul, 1989, s. 195 (Bundan sonra "**Anayasa Bilimi**" şeklinde zikredilecektir.); KABOĞLU, Ö., "Hukukun Genel İlkeleri", s. 303.

²⁹ TUNÇ, Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)*, Ankara, 1997, s. 23 (Bundan sonra "Anayasa Yargısı" şeklinde zikredilecektir); TUNÇ, Hasan, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1999, s. 92.

³⁰ Aktaran: BOZKURT, G., *age*, s. 14.

³¹ ÖZCAN, M. T., *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 132.

kaynaklandığını ve buna 1789 Fransız Bildirgesi'nden kaynaklanan ilkeleri³² örnek göstererek bu görüşe, karşı gelmektedirler³³.

Bu bağlamda Hâtemî, “**eşitlik adâleti**” ve “**liyakat(oran) adâleti**” olarak ikiye ayırdığı “adâlet ilkesi” gibi temel ve vazgeçilmez ilkeleri de içeren “**tabîî hukuk**”un, pek çok yazılı olan veya olmayan hukukun kaynaklarından birisi durumunda olduğunu³⁴; çünkü, onlardan önce var olmakla onlara üstün ve kaynak olmak durumunda olduğunu; buna karşılık, tabîî hukuku reddeden hukuk sistemlerinin veya anayasaların da bulunabileceğini belirtmektedir³⁵.

Neticede, bu yaklaşımlardan hangisi benimsenirse benimsensin, bugün - özellikle yazılı- hukuk sistemlerinde HGİ'nin varlığı bir realitedir³⁶. Ancak, HGİ'nin tanınmasının tarihi çok eski değildir. Özellikle yazılı hukuk sistemlerinde HGİ'nin tanınması, oldukça yeni bir olgudur. Bununla birlikte, Kıta Avrupası'nda, Roma-Germen hukukunun uygulandığı ülkelerde ve ülkemizde hukukun kaynağı olarak normlar hiyerarşisindeki yerini almıştır ve halen de uygulanmaktadır³⁷.

Tüm bunlardan hareketle, konumuz açısından şu tespitleri yapmak mümkündür. HGİ, “**hukukun gelişmesi**”nde birinci derece faktörlerden biridir. Çünkü:

- HGİ, “**ilke**” niteliklidir³⁸. Zira HGİ; genel, somut ilkeleri bütüncül bir yaklaşımla düzenleyen ve diğer hukuk normları karşısında üstün ve soyut bir özelliğe sahiptir.

- HGİ, “**evrensel**”dir ve bu evrensellik ideal bazdadır. Çünkü, uygar uluslar tarafından benimsenmiş ve amacı toplumsal bir konsensüsün ürünü olan “ortak adâlet”i sağlamaktır ki, bu yönüyle hukukun gelişmesinde bir cazibe merkezidir. Zira, Bergel'in deyimiyle- HGİ, toplumun veya “yasaların ruhu”nun gizli kalan özlemleridir³⁹.

32 1789 Fransız Bildirgesi'ndeki HGİ ve diğer ilkeler için bkz. ERKUT, C., *age*, s. 47 vd.

33 Aktaran: KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri. . .”, s. 293.

34 Hâtemî, 1982 Anayasası'nın 5. ve 10. maddelerini örnek göstererek “Tabîî Hukuk”un, Anayasanın üstünde ve onun kaynaklarından biri olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. HÂTEMÎ, H., “**Medeni Hukuk. . .**”, s. 33 vd.

35 HÂTEMÎ, H., **Medeni Hukuk. . .**, s. 33.

36 Bu konuda ülke ve belge örnekleri için bkz. KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri..”, s. 293 vd; ERKUT, C., *age*, s. 43 vd.

37 KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri. . .”, s. 293.

38 “ilke” teriminin açılımı için bkz. ERKUT, C., *age*, s. 17, 18; BEREKET, Z., *age*, s. 5.

39 Aktaran: KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri. . .” s. 292.

- HGİ, “süreklilik” arz eder. Zira bir normun, diğer normlara soyut olarak temel teşkil etmesi ve üstün değerleri (adâlet, vs) gerçekleştirmeyi amaçlamış bulunması, onun sürekli olmasını da gerektirir. Kaldı ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukukun bizzat kendisi yaşayan bir kavram olması nedeniyle sürekli dir. Ayrıca, HGİ'nin “genel” ve “sürekli” olması, onun “öncül” olması sonucunu da doğurmaktadır⁴⁰.

İşte bu özelliklere sahip bulunan HGİ, “hukukun gelişmesi”nde âdeta bir motor fonksiyonu icra etmektedir. Böylesi önemli bir misyonu kaçınılmaz şekilde icra etmek durumunda olan HGİ'nin, tabandan -ulusal hukuk sistemlerinden- başlayarak dünya toplumunun konsensüsü ile çoğalması sonucunda, gelişme olgusu da gerçekleşmiş olacaktır. Çünkü, normal hukuk kuralları, -bir “üst norm” durumunda olması nedeniyle- kendisine uyma zorunda buldukları HGİ'ne göre şekillenir ve aynılaştır. Dolayısıyla öncelikle “iç hukuk” sistemlerinde yer alan HGİ'nin sayısal oranıyla, hukukun gelişmesi olgusu doğru orantılıdır. Zira, hukuksal düşüncenin ana çatısını oluşturan ve yasaların yorumlanmasında önemli bir rol oynayan HGİ genellik, süreklilik, üstünlük ve evrensellik özelliklerine sahiptir⁴¹.

Bu özellikleriyle HGİ, tüm insanlığın kabul edebileceği ortak üst normları teşkil etmektedir. Diğer bir deyişle, “hukukun gelişmesi”, ancak bu özellikleri (genel, sürekli, üstün ve evrensel) taşıyan hukuk ilke ve normlarıyla gerçekleşebilir. Ayrıca bu ilkeler, toplum hayatında birlikte ve belirli bir düzen içinde yaşama arzusunun bir ürünü olarak “temel bir konsensüs” ile oluşmuştur⁴². İşte “gelişme” yönündeki toplumsal konsensüs da, HGİ'nin sayısının çoğalmasına paralel şekilde artacaktır. Zira HGİ, tüm hukuksal yapının temelini oluşturur ve diğer hukuk normları, HGİ'ne göre oluşur ve evrimleşir⁴³. Diğer bir deyişle, HGİ bir “üst norm” özelliğinde olup, insanların kolaylıkla kabul edebileceği niteliktedir. Bu nedenle de, hukukun gelişmesinde “öncü” olmak durumundadırlar. Kaldı ki, HGİ, bugün çağdaş hukuk sistemlerinin hemen tamamı tarafından benimsenmiş ve çoğunlukla da en üst -anayasal- düzeyde yazılı birer hukuk kuralı haline dönüştürülmüş bulunmaktadır⁴⁴. Hatta bugün, bu ilkeler, toplumsal yaşamı

⁴⁰ KABOĞLU, İ., *Kolektif Özgürlükler*, s. 172. Ayrıca HGİ'nin başka özellikleri ve değerlendirilmesi hususunda geniş bilgi için bkz. KABOĞLU, İbrahim: “Hukukun Genel İlkeleri.”, s. 2; ÇELİK, E. F., *Milletlerarası Hukuk-I*, s. 295.

⁴¹ KABOĞLU, İ., *age*, s. 2; ÇELİK, E. F., *Milletlerarası Hukuk-I*, s. 296.

⁴² ERKUT, C., *age*, s. 17.

⁴³ KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri. . .”, s. 295.

⁴⁴ Örneğin T. C. 1982 Anayasasının 5. ve 10. Maddelerindeki adâlet ilkesi gibi. Bu konuda Türkiye ve diğer ülkelerin hukuk sistemlerinden örnekler için bkz. BERKET, Z., *age*, s.

düzenleyen hukuk kuralları yoluyla her alana nüfuz etmiş bulunmaktadır⁴⁵. Bugün hemen her alanda (anayasa hukuku, idare hukuku, medeni hukuk, ceza hukuku, uluslararası hukuk, vs) HGİ'nin varlığı söz konusudur ve gündün güne -özellikle içtihat yoluyla- sayıları artmaktadır⁴⁶. Kısaca, bugün pek çok kural, üzerinde konsensüs sağlamış bulunmakla HGİ'ne dönüşmüştür. Bu konuda en zengin ülke ise Fransa görünmektedir⁴⁷.

2. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Öncelikle belirtelim ki, HGİ'nin oluşması veya yapılması takdirî olmadığı gibi, keyfî hiç değildir. Çünkü, HGİ'nin kendi içinde çelişmemesi gerektiği gibi, daha üst düzeyde bir yere sahip bulunan hukukun "mihver ilke" (ksen ilke)lerine⁴⁸ uygun düşmesi zarureti de söz konusudur.

HGİ'nin de üzerinde yer alan ve sınırlarını teşkil etmek durumunda olan söz konusu "mihver ilke"leri, bir kısım yazar Tabîî Hukuk'a dayandırırken; diğer bir kısmı ise Pozitif Hukuk'a dayandırmaktadırlar⁴⁹. **Pozitivist** bakışın kaynak olarak "toplum"u gösterdiği anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla, Pozitivist anlayışa göre HGİ'nin uyması gereken yegâne norm, anayasanın yazılı hükümleridir⁵⁰. Yani bu anlayışa göre, HGİ'nin -ve diğer yasaların- uygunluk kriteri sadece pozitif hukuka (anayasanın yazılı hükümleri ve mahkeme içtihatları) göre yapılabilecektir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi, "anayasanın üstünlüğü ilkesi", yalnızca anayasalardaki formel yazılı kanun maddelerinin üstünlüğü demek değildir⁵¹.

18 vd. Ayrıca 1982 AY'nın nitelikleri hakkında geniş bilgi ve değerlendirmeler için bkz. KUZU, Burhan, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdikleri Yenilikler**, İstanbul, 1990; KABOĞLU, İ., "Hukukun Genel İlkeleri. . ." , s. 293 vd; ERKUT, C., **age**, s. 13 vd.

45 ERKUT, C., **age**, s. 17.

46 Bu konuda örnekler için bkz. BEREKET, Z., **age**, s. 18 vd.

47 Fransız doktrin ve uygulamasında ki HGİ ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ERKUT, C., **age**, s. 13 vd; KABOĞLU, İ., "Hukukun Genel İlkeleri. . ." s. 306 vd; KABOĞLU, İ., **Kolektif Özgürlükler**, s. 171 vd; BADINTER, Robert - GENEVOIS, Bruno "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi"(Fransız Anayasa Konseyi Raporu, Çev. Işıl Karakaş), **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı(7-10 Mayıs 1990)**, Türk AYM yay. No: 18, Ankara, 1990 s. 150 vd.

48 KABOĞLU, İ., "Hukukun Genel İlkeleri. . ." , s. 296.

49 Bkz. ÇAĞLAR, Bakır, **Anayasa Bilimi**, İstanbul 1989, s. 136, 137 (Bundan sonra "Anayasa Bilimi" şeklinde anılacaktır).

50 ÇAĞLAR, B., **Anayasa Bilimi**, s. 47 vd.

51 TUNÇ, H., **Anayasa Yargısı**, s. 23; TUNÇ, Hasan, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ankara, 1999, s. 92.

Buna karşılık, **tabîî (natüralist)** hukuk anlayışına göre ise, söz konusu uygunluk, anayasadaki veya özündeki yazılı olmayan hukuk-üstü kurallara göre değerlendirilebilecektir. Bunlar pozitif hukuk normlarında olmasalar bile gerçekte tabiatı vardır ve bunların hukuk tarafından tanınmaları gerekir⁵².

Tabîî hukuk anlayışına göre, hukukun amacı **“adâlet”**i sağlamaktır. Bunun için de pozitif (yürürlükteki) normların **“âdil”** olması gerekir. **“Pozitivist”**lerin ileri sürdükleri **“kanunîliğe uyulmasının yeterli olduğu”** tezi ise adâleti sağlayıcı nitelikte değildir. Zira Pozitivistlerin elinde mevcut normların âdilliğini ölçecek başka bir norm veya **“değer”** ya da **“ölçü”** bulunmamaktadır. Bu nedenle, mevcut normların (pozitif hukuk) âdil olup olmadıklarını da araştırmak gerekir ki, bunun için de bir **“üst norm-ilke”** (**referans norm**) kategorisi gerekmektedir⁵³. Kaldı ki, pozitif hukuktaki boşlukların pratikte(yargısal düzeyde) doldurulabilmesi için de **“üst norm-ilke”**lere ihtiyaç vardır.

İşte temel ayrışma bu noktada başlamaktadır. Diğer bir deyişle, mevcut (pozitif) hukukun **“iyi”**liğini (adilliğini) ölçecek referans ilkelerin gerekliliği esas olarak kabul edilmekle birlikte⁵⁴, bu **“ilke”**lerin kaynağı hususunda farklı yaklaşımlar görülmektedir. Zira, bir kısım yazar, bu üst (referans) normların varlığını kabul etmekle birlikte, bunların **“değişmezliği”**ni ve **“ebediliği”**ni kabul etmeyerek bunların her bakış açısına göre değişebildiğini ve asıl değişmeyenin, **“insan düşüncesinin mükemmellik özlemi”** olduğunu ileri sürmekte⁵⁵; bir kısım yazar ise söz konusu üst (referans) normların(değerlerin) kaynağının **“ilahî”** olduğunu, bu temel değerlerin ise **“değişmez”** nitelikte olduğunu ve ancak insanlığın günlük yaşamlarını düzenleyen alt-normların, bu üst değerlere uyulmasında adâleti-sağlamak amacıyla değiştirilebileceğini ve bunun gerekli de olduğunu iddia etmektedirler⁵⁶.

52 Bkz. KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri. .”, s. 300.

53 HÂTEMÎ, Hüseyin, **Hukuk Devleti Öğretisi**, İstanbul, 1995, s. 253. Bu konuda felsefi ve sosyolojik yaklaşımlar için ayrıca bkz. HAYEK, F. A., **age**, s. 15 vd.

54 Örneğin bugün pek çok ülkenin Yüksek Mahkemesi ve ABAD, AİHD gibi uluslararası mahkemeler **“yazılı olmayan”** ilkeleri (özgürlükleri) kabul etmiş bulunmaktadırlar. Bkz. ÇAĞLAR, B., **Anayasa Bilimi**, s. 137 vd; KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri. .”, s. 300 vd.

55 Bu konuda geniş bilgi için bkz. HÂTEMÎ, H., **Hukuk Devleti Öğretisi**, s. 253.

56 Bkz. HÂTEMÎ, H., **Hukuk Devleti Öğretisi**, s. 254.

Görüldüğü gibi, aslında her iki yaklaşım da kanaatimizce aynı noktada birleşmektedir ki, bu da neticede bir “üst norm-ilke”⁵⁷ kategorisinin varlığıdır. Her iki bakış arasındaki fark ise, söz konusu “üst norm-ilke” kategorisinin isimlendirilmesinde ya da kaynağın tespitinde görülmektedir. Bir taraf bu üst norm-ilkenin “toplumun konsensüs”ü ile belirlendiğini ileri sürerken; diğer taraf, bunun tabii hukuk içinde (tabiatta) gizlenmiş olduğunu ve bunu insanların keşfetmelerinin söz konusu olduğunu ileri sürmektedir⁵⁸.

Kanaatimizce, “hukukun gelişmesi” noktasında referans normların -ya da değerlerin- “değişmez” ve “sürekli” olması zarureti vardır. Aksi takdirde her toplum ya da bakışa göre değişen “ölçü”lerin bulunduğu bir sistemde gelişmenin ve bütünleşmenin düşünülmesi dahi yersizdir.

Belirtmek gerekir ki, bugün genel kabul, tabii hukuk anlayışından yana görünmektedir. Örneğin, bugün Avrupa’daki pek çok Anayasa Mahkemesi (Almanya, Fransa, İtalya, İsviçre gibi) ve bazı uluslararası mahkemeler (Avrupa Birliği Adâlet Divanı-ABAD, Avrupa İnsan Hakları Divanı-AİHD gibi) bu anlayışa göre kararlar vererek “yazılı olmayan özgürlükler” diye bu kategorinin oluşmasını sağlamışlardır⁵⁹. Türk Anayasa Mahkemesi de -başta özgürlükler olmak üzere- bu konuya genel olarak “tabii hukuk” açısından yaklaşmaktadır. Örneğin AYM, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyeti Kanun’un bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki 3233 Sayılı Kanunun iptali ile ilgili kararında⁶⁰ “. . . kişi özgürlüğü, öylesine doğal ve geniş bir alanı kapsamaktadır ki, . . .” ifadesiyle bu yaklaşımını açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır.

Kısaca belirtmek gerekirse, özellikle pozitif hukuk uygulamasında hukuk sistemlerinin, HGİ veya “üst norm (referans norm)” adı altında bir takım “genel ilkeler”e başvurma zarureti söz konusu olmuş durumdadır ve bunların ortak özelliği ise daha çok “yargıçlar” tarafından “keşfedilme”leridir⁶¹. Dolayısıyla bugün hukuk sistemlerinin göz ardı edemeyeceği yazılı olan veya olmayan “ilke”lerin bulunduğu yadsınamaz olmuştur. Bu bağlamda, hukuk normlarını en üst düzeyde yorumlamak ve hatta hukuksal boşlukları doldurmak suretiyle bağlayıcı nitelikte yeni kurallar koyma gibi görev ve

⁵⁷ KABOĞLU, “üst norm-ilke” yerine “referans norm” terimini kullanmaktadır. Bkz. KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri. . .” s. 300.

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HÂTEMİ, H., *Medeni Hukuk.* ., s. 28 vd; HÂTEMİ, H., *Hukuk Devleti Öğretisi*, s. 247 vd.

⁵⁹ ÇAĞLAR, B., *Anayasa Bilimi*, s. 137 vd; Ayrıca bu konuda örnek ülke ve mahkemeler için bkz. KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri. . .” s. 293 vd.

⁶⁰ Bkz. 28. 11. 1986/27 K. No’lu AYM kararı: AYMKD, S: 22, 1986, s. 270 vd.

⁶¹ KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri. . .”, s. 295.

yetkilere sahip bulunan mahkemeler, önemli misyona sahiptir. Zira, J. Rivero'nun ifadesiyle; "toplumun siyaset felsefesini oluşturan 'hukukun genel prensipleri'ni, her türlü yazılı kuraldan bağımsız bir '**prensip bloku**' olarak öngören, onlara bu yönde bir varlık katan, onları yaratan, onları kurumsallaştıran ve koruyan hep "yargıç"tır. Çünkü, "yargıç pozitif hukuk"tur⁶².

Bugün çağdaş hukuk devleti rejimlerinde -özellikle kamu hukuku alanında- yargıçlara düşen yük giderek artmaktadır. Bu nedenle de "yargıçlar oligarşisi" gibi eski yakıştırmalar neredeyse itibar görerek adil hukuk sistemi oluşturma çabası içinde, bugün, yargıçlara "**hukuk yaratma**" işlevi tanınması gerektiği düşüncesi giderek yaygınlaşmaktadır⁶³. Diğer bir deyişle, bugün artık "**yargıçlar aktivizmi**" ne⁶⁴ doğru gidilmektedir.

Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında; "**hukuk devleti**"nin ve "**toplumsal adâlet**"in sağlanmasında birer önemli kurum olan yüksek mahkemelerin verdikleri kararların, HGI'nin çerçevesi ve dolayısıyla hukukun gelişmesi açısından önemi büyüktür. Bugün gerek ulusal, gerekse uluslararası düzenlemelerde, yüksek mahkemeler, "pozitif anayasa metnine uygunluğun denetlenmesi" fonksiyonunun ötesinde, "**yeni değerler ve ilkeler oluşturma ya da keşfetme**" gibi önemli bir misyon yüklenmiş durumdadırlar. Diğer bir ifadeyle, "hak bildirimleri"ni genişletmek ve anayasa metnine eklemenin ötesinde "**yazılı olmayan yeni haklar**" ya da "**anayasal değerlerde ilkeler**" keşfetmek gibi yeni bir ufka yönelmiş bulunmaktadırlar⁶⁵.

Pratik hayat ilişkilerine (ticaret, usul, vb) uygulanan hukuk normlarının şartlara göre(zaman, yer, teknolojik gelişmeler vs) değişmesi zarureti, bu defa hukukun küreselliğinden çok, öncelikle normları bağlayıcı şekilde tespit eden veya ona kaynaklık eden merci'in(parlamento, yüksek mahkeme, kutsal kitaplar, tabiat vs) de küresel olma zorunluluğunu gündeme getirmektedir. Bu konu ise, hem hukukun kaynağının tespiti noktasında, hem de uluslararası veya ulus-üstü(supranasyonel) bir yasa koyucunun oluşturulması noktasında tartışmaya açık bir alandır.

⁶² Aktaran: ERKUT, C., age, s. 373.

⁶³ ÇAĞLAR, Bakır: "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi: İlk Veriler", *Anayasa Yargısı-6*, (Tebliğ: 25-26 Nisan 1984), Ankara, 1989, s. 120 (Bundan sonra "Anayasa Yargısı" şeklinde anılacaktır).

⁶⁴ ÇAĞLAR, Bakır "Hukukta ve Yargıda Nasyonalizm-Üniversalizm Dilemması ve Türkiye Gerçeği", *Yeni Türkiye*, Y: 2, S: 10, Temmuz-Ağustos, 1996, s. 73 (Bundan sonra "Nasyonalizm-Üniversalizm" şeklinde zikredilecektir).

⁶⁵ BATUM, Süheyl, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul, 1993, s. 148.

Tüm bunlar, gerçek gelişme hedefine ulaşmanın zahmetsiz ve kolay olmayacağını işaret etmektedir. Ancak, belirtelim ki, bu tartışmalara ve diğer zorluklara rağmen gelişme ve buna bağlı olarak hukukun gelişmesi süreci devam etmektedir ve bu tartışmaları aşmaktadır.

Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, HGİ'nin oluşturulması keyfi olmayıp, bunların da ayrı bir "değerler kategorisi" bulunduğu gibi; yasa ve anayasa gibi yürürlükteki yazılı hukuklar üzerinde yer almaktadırlar. Böylesi değişmez ve doğru "değerler" in kabul edilmesinin ise, "toplumsal adâlet" in sağlanması⁶⁶ ve tüm insanlığın hukukunun aynışması -küreselleşmesi- açısından önemi ve katkısı küçümsenemez. Bu nedenledir ki, bugün HGİ'nin sayısı, -özellikle içtihatlarla- artmaktadır. Diğer bir deyişle, yüksek mahkemelerin kararları, bu gelişmede "motor" işlevi görmektedir. Bu tür kararların tüm olarak incelenmesi ise, ayrı bir çalışmanın konusu olacak derecede geniştir⁶⁷.

Netice olarak "iç hukuk" açısından Türkiye de dahil olmak üzere bir çok uygar ülkenin hukuk sisteminde HGİ ilkeleri -çoğunlukla anayasaların da üzerinde ve onların temel felsefesi olarak-⁶⁸ kurallar kademesindeki yerini almış bulunmaktadır. Öyle ki, bugün HGİ, yargı organlarının bir yan argümanı olmaktan öteye bir "kaynak norm" lar kategorisi olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca kanaatimizce içtihadî şekilde her gün yeni bir "ilke" keşfedilerek tüm insanların kabul edebileceği bir "ilkeler sistemi" ne yani, hukuksal küreselleşmeye doğru gidilmektedir. Bu olgunun, bireylerle

66 HÂTEMİ, H., **Hukuk Devleti Öğretisi**, s. 283.

67 Bu konuda bazı Türk ve yabancı yüksek mahkeme kararları ve değerlendirmeleri için bkz. AKİPEK, Ömer İlhan, **Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler**, Ankara, 1966; DURAN, Lütfi, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", **Anayasa Yargısı-4**, Ankara, 1984; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Türk Anayasal Yargısında Anayasalık Bloku**, İstanbul, 1993, s. 21 vd; BATUM, Süheyl, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, 1993, s. 148 vd(Bundan sonra "AİHS" şeklinde anılacaktır); SOYSAL, Mümtaz, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1986, s. 12-24; SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, (AÜSBF Yay), Ankara, 1982; KABOĞLU, İ., "Hukukun Genel İlkeleri. . .", s. 312 vd; ERKUT, C., **age**, s. 81 vd; ESEN, Bülent Nuri, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar**, Ankara, 1970, s. 183 vd(Bundan sonra "Anayasa Hukuku" şeklinde anılacaktır); GÖZÜBÜYÜK, Şeref, "Bireysel Başvuru ve İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi", **İnsan Hakları Yılığ**, 1988-1989, C: 10-11, S: 1-4, 1990, s. 3-9; ESEN, Bülent Nuri, **Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı**, Ankara, 1966, s. 44 vd(Bundan sonra "Anayasa Mahkemesi. . ." şeklinde anılacaktır); BERKET, Z., **age**, s.140 vd; ÇEREZ, Kerim, "Kişi Hakları Yönünden Danıştay Kararlarının Uygulanması", **İmran Öktem'e Armağan**, (AÜHF Yay.), Ankara, 1970, s. 153-168.

68 ERKUT, C., **age**, s. 62.

doğrudan ilişki içinde olan “iç hukuk” sistemlerinde gerçekleşmesinin de - özellikle söz konusu sürecin tabana (topluma) yayılması açısından- önemi ayrıca büyüktür. Bunun en büyük nedenlerinden biri ise, HGI'nin, toplumun vicdanı ve temel yargılarının⁶⁹, diğer bir deyişle, insanın doğasının bir ürünü olmasıdır⁷⁰.

Bununla birlikte, -başta Türk hukuk sistemi olmak üzere-⁷¹ bugün “iç hukuk”larda da HGI'nin tamamen tanındığı veya sistemleştirildiği de söylenemez. Zira, bugün HGI'nin oluşturulması ve geliştirilmesi daha çok yargıçlar tarafından gerçekleştirilmektedir. Henüz bilimsel metotlarla ve sistemli olarak gelişmemektedir⁷². Bunun bir süreç sorunu olduğu şüphesizdir. Örneğin “Bilanço İlkesi”, “Çevre Hakkı” ve “Sosyal Risk-Sosyal Hasar” gibi ilkelerin gelecekte, bugüne nazaran daha fazla önem kazanacağı muhakkaktır.

ULUSLARARASI HUKUK SİSTEMİNDEKİ HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE HUKUKUN GELİŞİMİNE ETKİSİ

1-HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN ULUSLARARASI HUKUKTAKİ

ANLAMI VE ORTAYA ÇIKIŞI

Uluslararası Hukukun Genel İlkeleri, 19. Yüzyıl'daki hakem kararlarında yer almasına rağmen, açıkça ortaya çıkışı ilk defa 1907 II. La Haye Konferansı'nda olmuş⁷³ ve ilk defa Uluslararası Daimî adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine konulmasıyla resmen ortaya çıkmıştır⁷⁴. Uluslararası Hukukun Genel İlkeleri, iç hukuktakilerle temelde aynı içeriğe sahip bulunmakla birlikte; hiyerarşik, nitelik, nicelik ve uygulama bakımından farklılıklar arz etmektedir.

Hukukun Genel İlkeleri'nin yukarıda belirtilen “iç hukuk”taki anlamı, genel olarak “uluslararası hukuk” için de geçerli olmakla birlikte, özellikle sülhlerin ayrı(devletler, vs) olmaları nedeniyle diğer açılardan farklılığı da

⁶⁹ KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri..”, s. 311.

⁷⁰ HÂTEMÎ, H., *Medeni Hukuk*, s. 28 vd.

⁷¹ Bu konuyla ilgili olarak Türk yargı hukukundaki eksiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BEREKET, Z., *age*, s. 210 vd.

⁷² Belirtelim ki, bu konuda Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Tarihi Bilim Dalları gelecekte önemli roller üstleneceklerdir.

⁷³ BOZKURT, Enver - KÜTÜKÇÜ, Akif - POYRAZ, Yasin, *Devletler Hukuku*, Ankara, 2003, s. 88.

⁷⁴ GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilâtlar Hakkında Temel Belgeler-Örnek Kararlar(4. Bası)*, İstanbul, 2000, s. 28.

doğaldır. Zira, uluslararası hukuktaki HGİ'nin kaynağını daha çok ulusal hukuklar teşkil etmektedir.

Bu nedenle de iç hukuklardaki HGİ, diğerine nazaran daha geniş ve kapsayıcıdır. Nitekim, gerek Uluslararası Sürekli Adâlet Divanı (USAD) Statüsü'nün 38/1-c. maddesinde, gerekse Uluslararası Adâlet Divanı (UAD) Statüsü'nün yine aynı maddelerinde belirtildiği üzere, HGİ'nin "uygar uluslar"ca benimsenmesi, diğer bir deyişle "iç hukuk"lardan mülhem olduğu açıkça belirtilmiş bulunmaktadır⁷⁵.

Gerçi Statü'yü kaleme alan hukukçular arasında HGİ'ne kesin bir içerik ya da anlam verme hususunda homojenlik bulunmamaktaydı. Zira, bunlar arasında felsefi(tabii hukuk-pozitif hukuk) olarak çatışma söz konusuydu. Örneğin, Belçikalı hukukçu ve Komite başkanı **Baron Descamps**, HGİ'ni "tabii hukuk"a dayandırmıştır⁷⁶

Aslında HGİ'nin kabulü bir açıdan tabii hukukun benimsenmesi anlamına gelmektedir. Buna bağlı olarak, Uluslararası HGİ'nin, iç hukukun HGİ'leriyle aynı olup olmadığı da tartışmalı kalmıştır. Nitekim, bugünkü formülü teklif eden **Root** ve **Phillimore**, Uluslararası HGİ'nin "uygar ülkelerin iç hukukları"na dayandığını ileri sürmüşlerdir ki, Statü'de de bu şekilde somutlaşmıştır⁷⁷. Böylece, bir taraftan Divanı'nın uygulayacağı hukukun sübjektiflikten korunması, diğer taraftan da Divan'a boşlukları doldurma imkanının tanınması yönünden de bir denge kurulmuştur⁷⁸.

Dolayısıyla yukarıda "iç hukuk" için yapılan tanımlama burada da geçerli olup, ayrıca uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusudur. Bu bağlamda yukarıdaki tanımlama uluslararası hukuk için aşağıdaki biçimde ifade etmek mümkündür: **Uluslararası Hukukun Genel İlkeleri**, uygar uluslarca benimsenmiş; ulusal ve uluslararası toplum hayatı içinde ortak adâleti sağlamayı amaçlayan; ulusal ve uluslararası toplumun sùjeleri arasındaki ilişkiler de dahil, her alandaki somut ilişkileri bütüncül bir yaklaşımla düzenleyerek uluslararası anlaşmalar dahil bir çok özel temel

⁷⁵ UAD Statüsü'nün 38/1, c. maddesi ifadesi şöyledir: "Medenî milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini. . .". GÜNDÜZ, A., *Milletlerarası Hukuk*. . . 2000, s. 135-145.

⁷⁶ GÜNDÜZ, A., *Milletlerarası Hukuk*. . . 2000, s. 28.

⁷⁷ BROWNLIE, Ian, *Principles of International Public Law*, Oxford University Press(5. Bası), Oxford, 1998, s. 15.

⁷⁸ GÜNDÜZ, A., *Milletlerarası Hukuk*. . . 2000, s. 28.

norm oluşturan; soyut, genel, evrensel, sürekli ve üstün ve yazılı veya yazılı olmayan hukuk kurallarıdır⁷⁹.

Bu tanımdan hareketle, HGİ'nin "uluslararası hukuk" açısından taşıdığı özellikler hakkında aşağıdaki tespitlerin yapılması mümkündür: İlk olarak belirtmek gerekir ki, gerek "iç hukuk"larda, gerekse "uluslararası hukuk"ta HGİ'ni keşfedecek ve uygulayacak mercii "**mahkeme**"lerdir.

Buna bağlı olarak yapılması gereken ikinci tespit ise, "iç hukuk"larda mahkemelerin yetkilerinin zorunluluğu hususunda tereddüt bulunmazken; "uluslararası hukuk"ta Divan'ın yetkisi mecburi olmayıp, devletlerin kabulüne bırakıldığıdır.

Üçüncü tespit ise, bir öncekinin tabii sonucu olarak "iç hukuk"larda "yargıç", "kamu vicdanı"na göre HGİ'ni tespit ederken; "uluslararası hukuk"ta süljeler (devlet, vd.) arasındaki andlaşmalara göre yapmak durumundadır. Dolayısıyla, uluslararası hukukta, yargıcın HGİ'ni uygulamasında ve yeni HGİ keşfetmesindeki hareket serbestisi daha dar olmak durumundadır. Hatta "iç hukuk"larda HGİ'nin kaynağı daha çok "kamu vicdanı" ve "hukuk fikri (hukukun özü)" olmak ve buna bağlı olarak "yasa koyucu"yu dahi bağlayıcı bir etkiye sahip iken⁸⁰, uluslararası hukukta ise tersine bir durum söz konusudur.

Diğer bir nokta ise, "**medeni ya da uygar millet**" ifadesinden ne anlaşılacak gerektiğidir. Maddenin kaleme alındığı tarih göz önüne alındığında, Batının sömürge döneminin ve en güçlü olduğu bir sürecin ürünü olduğu ve buna bağlı olarak o zaman için kanun koyucu durumundaki Batılıların kendi anlayışları üzerine oturtulduğu bir realitedir. Ancak bugün, ilkel olmayan, bağımsız ve yaşayan tüm medeniyetler ve bunların hukukları anlaşılmalıdır⁸¹ ki, "**hukukun gerçek anlamda küreselleşmesi**" de bunu gerektirir.

Netice olarak HGİ, niteliği gereği "uluslararası hukuk"ta ve "iç hukukta" farklı farklı görünmektedir. Bu nedenle de "uluslararası hukuk"taki HGİ, kendine özgü özelliklere sahip olmak durumundadır. Örneğin, "devletin sürekliliği", "uluslararası hukukun iç hukuklara üstünlüğü", "bölgesel

⁷⁹ Farklı tanım ve içeriği hakkında bilgi için bkz. ÇELİK, F. Edip: **Milletlerarası Hukuk-I**, s. 106; PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk-I**, Ankara, 1994, s. 222; MERAY, Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş-I**, Ankara, 1968, s. 101.

⁸⁰ KABOĞLU, İ., "Hukukun Genel İlkeleri", s. 298.

⁸¹ GÜNDÜZ, A., **Milletlerarası Hukuk. . . 2000**, s. 29.

başvurma yollarının tüketilmesi”, “hakça ilkeler”⁸² gibi prensipler daha çok uluslararası hukuka özgü bulunmaktadır⁸³.

2. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN NİTELİĞİ VE HİYERARŞİK KONUMU

Öncelikle belirtelim ki, HGİ'nin uluslararası hukuktaki niteliği hususunda hukukçular arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Özellikle eski **Sosyalist Blok**'un hukukçuları HGİ'nin, uluslararası hukukta bağımsız bir kaynak olduğunu kabul etmemektedirler⁸⁴. Bu görüş ayrıca **Georges Scelle** ve **Charles Rousseau** tarafından da savunulmuş ve HGİ'nin uluslararası hukukun bağımsız ve aslî kaynağı olamayacağı ileri sürülmüştür⁸⁵. Türk doktrininde ise **Akıpek**⁸⁶ ve **Çelik**⁸⁷ de aynı görüşe katılmaktadırlar.

HGİ'nin, uluslararası hukukun bağımsız kaynağı olamayacağını ileri süren bu yazarlar, daha çok HGİ'nin uluslararası hukuktaki “teamül kuralları”ndan ibaret olduğundan hareket etmekte ve Divan Statüsü'nün 38/1-c maddesindeki “medeni milletlerce benimsenen hukukun genel ilkeleri”nin tâli ve ikame nitelikli (subsidiare), yani sadece andlaşma ve teamül yoksa uygulanabileceğini ileri sürmektedirler⁸⁸.

Diğer görüş ise, HGİ'nin uluslararası hukukun bağımsız bir kaynağı olduğu sonucuna varmaktadır. Aralarında **L. Kopelmans** ve **Meray**'ın da bulunduğu⁸⁹ bu görüşteki yazarlara göre yargıç, andlaşma ve teamül kuralı bulunmadığı ve dolayısıyla olaya uygulanacak norm da bulunmaması

⁸² Örnekler için bkz. CROZAT, Charles, **Devletler Umumi Hukuku-I**, (Çev: Edip F. Çelik), İstanbul, 1950, s. 141-143; ÇELİK, F. E., **Milletlerarası Hukuk-I**, (1975) s. 107; PAZARCI, H., **Uluslararası Hukuk-I**, s. 230 vd.

⁸³ ÇELİK, F. E., **Milletlerarası Hukuk-I** (1975), s. 107.

⁸⁴ PAZARCI, H., **Uluslararası Hukuk-I**, s. 223.

⁸⁵ ÇELİK, F. E., **Milletlerarası Hukuk-I** (1975), s. 110

⁸⁶ AKİPEK, Ömer İlhan, **Devletler Hukuku-I (Başlangıç)**, Ankara, 1963, s. 67 vd.

⁸⁷ ÇELİK, F. E., **Milletlerarası Hukuk-I** (1975), s. 109-110

⁸⁸ BROWNLIE, I., *age*, s. 15; Bkz. AKİPEK, Ömer İlhan, **Devletler Hukuku-I (Başlangıç)**, Ankara, 1963, s. 67 vd; ÇELİK F. E., **Milletlerarası Hukuk-I** (1975), s. 107 vd; PAZARCI, H., **Uluslararası Hukuk-I**, s. 233.

⁸⁹ Bu tespiti Pazarıcı yapmakla birlikte, Meray'ın bu görüşe katılıp katılmadığı hususu net değildir. Bkz. MERAY, S. L., **Devletler Hukukuna Giriş-I**, s. 101.

nedeniyle boşluk (non liquet)⁹⁰ doğması ve buna dayanarak davayı reddetmekten kaçınması ihtimalini bertaraf etmek amacıyla HGİ'ne göre karar vermek durumundadır⁹¹.

Bu iki görüşün dışında **Pazarıcı** tarafından ileri sürülen üçüncü görüşe göre, ilk iki görüş de HGİ'nin işlevini ve içeriğini (kavramını) doğru olarak yansıtmaktan uzaktır⁹². Bu görüşe göre; HGİ'ni teamül kurallarından sayan bakış açısında, tek belirleyici unsur olarak devletlerin iç hukuklarında bu ilkeleri bir yasayla vs benimsemiş olmaları ileri sürülmektedir. Oysa bu konuda devletlerin yöntem ve uygulamalarında bir yeknesaklık söz konusu değildir. Bunun anlamı ise, uluslararası hukukun kaynaklarının belirleyici yegane faktörü olarak yazılı beyanın aranması olmaktadır ki, bu da gerçek olmaktan uzaktır. Zira, teamül kuralları için anlaşmalarda olduğunun aksine yazılı beyandan çok, zımnî kabul söz konusudur. HGİ ise, devletlerin kendi hukuk anlayışlarının doğal bir sonucudur⁹³. Dolayısıyla bu görüşe göre teamül kuralları ile HGİ'nin kaynakları ve oluşum şekilleri farklı olmaktadır.

Pazarıcı'ya göre ayrıca teamül kuralları ile HGİ, yargıç ya da hakemlerin değerlendirilme şekli açısından da farklıdırlar. Zira, teamül kurallarının uygulanmasında bu kuralın varlığı ya da yokluğunun ispatı-başta iddia eden olmak üzere-taraflara ait iken; HGİ'nde ispat söz konusu olmayıp, böyle bir ilkenin varlığının tespiti (keşfi) doğrudan yargıç ya da hakem tarafından yapılmak durumundadır⁹⁴. Diğer bir ifadeyle, -özellikle anayasa anlamında-hukuk, yazılı olanlarla birlikte tüm değerleri de kapsadığından; buna bağlı olarak yargının rolü de hep önemli bir yere sahip olmuştur⁹⁵. Dolayısıyla HGİ, teamül kurallarından hem kaynakları açısından, hem de uygulanış şekli açısından farklılıklar arz etmektedir.

Pazarıcı, HGİ'ni "hakkaniyet" ilkesiyle aynı kategoride değerlendiren görüşü de eleştirmektedir. **Pazarıcı**'ya göre HGİ'nin, uluslararası hukukun kaynakları arasına sokulmasının amacı, uluslararası hukuk normlarının oluşmasında devletlerin inisiyatifinin (takdir yetkisinin) asgariye

90 Roma Hukuku'nda yargıçlar, davaya bakmaktan kaçındıkları veya çekinmek istedikleri-zaman "mesele açık değildir" anlamında "non liquet" derlerdi. Bkz. ANZILOTTI, Dionisio, **Devletler Hukuku-I** (Çev: Sahir Erman), İstanbul, 1946, (Çevirenin notu), s. 89.

91 MERAY, S. L., **Devletler Hukukuna Giriş-I**, s. 101.

92 Bkz. PAZARCI, H., **Uluslararası Hukuk-I**, s. 223, 226.

93 PAZARCI, H., **Uluslararası Hukuk-I**, s. 224.

94 PAZARCI, H., **Uluslararası Hukuk-I**, s. 224.

95 TUNÇ, H., **Anayasa Yargısı**, s. 23; TUNÇ, H., **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 92.

indirilmesidir ki, bunun, yargıcı “yasa koyucu” durumuna düşürmesi de söz konusu değildir. Zira, burada UAD Statüsü md. 38/2'deki gibi bir durum⁹⁶ bulunmayıp; yargıcın kararlarını, uygulanan hukukta kabul edilen kurallara (“hakça ilkeler” ya da “hukukun genel ilkeleri”) dayandırması söz konusudur ki, bu anlamda HGI'nin yargıç tarafından uygulanması da bu şekilde olmak durumundadır⁹⁷.

Dolayısıyla **Pazarıcı**'ya göre, HGI'nin uygulanmasında da hukuk kuralları oluşturma yetkisi asıl olarak yine devletlerde bulunmakta; ancak, HGI'nin uluslararası hukukun kaynaklarından biri olarak kabul edilmesiyle bu yetkinin asgariye indirgenmesi amaçlanmış bulunmaktadır. Bu nedenle de HGI, uluslararası hukukun bağımsız kaynaklarından birini teşkil etmektedir. **Kaboğlu** da aynı görüşü benimser görmektedir⁹⁸.

Bizce **Pazarıcı**'nın ileri sürdüğü görüş, haklı ve daha gerçekçi gözükmektedir. Zira, uygulamada da HGI, artık uluslararası hukukun asli kaynaklarından biri olarak kabul edilmekte ve mahkemeler bu yönde kararlar vermektedirler. Bununla birlikte, bu görüşün de aşağıda belirtilen gerekçeler uyarınca tamamlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki, gerek uygulamadaki durum olsun, gerekse haklı bulunan **Pazarıcı**'nın bakış açısı olsun, HGI'nin bu şekilde değerlendirilişi, özellikle UAD Statüsü'nün 38/1-c. maddesinde düzenlenmiş bulunan pozitif hukuk açısından mantıklıdır. Ancak, bugün uluslararası ilişkilerdeki hızlı gelişmeler karşısında ilişkileri düzenleyen hukuksal normların oluşturulmasının da aynı hızla gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir.

Kanaatimizce, **Pazarıcı**'nın görüşü mevcut düzenlemeler açısından diğerlerine göre en doğru olmakla birlikte; gerek uluslararası hukukun gelişmesinin hızlandırılması, gerekse küreselleşmeye katkısı açısından yetersiz kalmaktadır. Diğer bir ifadeyle, uluslararası ilişkilerdeki küresel patlama karşısında hem uluslararası klasik örgütlenmelerin, hem de mevcut

⁹⁶ Bilindiği gibi, UAD Statüsü 38/2. Maddeye göre Divan, “hak ve nısfet”e göre karar verebilmekte ve bir yerde “yasakoyucu” gibi hareket etmektedir ki, tarafların bunu kabul etmesi gereklidir. Buna doktrinde “hakkaniyet ilkesinin dar anlamda uygulanması” denmektedir. “Adâlet” anlamındaki uygulanmasına ise “geniş anlamda hakkaniyet” denmektedir. Bkz. PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 225; Ayrıca madde metni için bkz. GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilâtlar Hakkında Temel Metinler*, (2. Bası), İstanbul, 1994, s. 89.

⁹⁷ PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 224-225.

⁹⁸ KABOĞLU, Statü'nün 38. Maddesi anlamındaki HGI'nin, yargıcın, uygar ulusların iç hukuklarını analizle ortaya koyduğu pozitif hukuk ilkeleri olduğunu belirtmektedir. Bkz. KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri” s. 295.

pozitif hukukun yetersiz kalmakta olduğu tartışmasızdır. Hatta bugün, yerel hukuk kuralları dahi yetersiz kalmaya yüz tutmuştur. Örneğin internet gibi yeni vasıtalar aracılığıyla yapılan pazarlama, reklâm ve satışların hukuksal kontrolü mümkün olmamaya başlamıştır⁹⁹. İşte biz, -bu çalışmanın amaçlarından da biri olarak ve uluslararası küresel gelişmelerin bir realite olduğundan hareketle- uluslararası hukukun da aynı ivmeyi yakalayabilmesinin, uluslararası “ortak” hukuk kurallarının çoğaltılmasıyla mümkün olabileceğini; bunu sağlayacak temel gereçlerden birinin de HGI'nin uluslararası hukukla benimsenmesi ve nicelik olarak artırılması olduğunu düşünüyoruz. Bunun diğer bir anlamı ise “hukukun gelişmesi”dir¹⁰⁰.

Hemen belirtelim ki, bu nokta da “yargıç”a büyük bir rol düşmektedir. Zira, HGI'nin gelişmesi, asıl olarak tabii bir olgudur. İlkelerin tespitini en iyi şekilde hukuku uygulayan durumunda bulunan kişiler, yani “yargıç”lar yapabilir. İşte bu noktada biz, Pazarıcı'nın görüşlerinin¹⁰¹ pozitif hukuk açısından doğruluğunu kabul etmekle birlikte, daha da ileri giderek, yetersiz kalan uluslararası pozitif hukukun da gelişmesinin hızlandırılması ve uluslararası ilişkilere ayak uydurabilmesi için bu konuda “yargıç”a daha fazla inisiyatif tanınması gerektiğini düşünüyoruz.

Nitekim gerek ulusal, gerekse uluslararası alandaki gelişmeler de bu yönde olup, “yargıcın aktivizmi”¹⁰² günden güne artmaktadır. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bugün HGI' ni yaratma (keşfetme) inisiyatifini tam olarak kullanabilmektedir¹⁰³. Çünkü yargıç, “toplum vicdanı”ndan hareket etmekte ve “genel yarar”ı -toplumsal adâleti- sağlamayı amaçlamaktadır. Aksi takdirde, hukuk normlarının yapılmasının sadece ihtilaflara taraf durumundaki süjelere bırakılması halinde, hukukun beklenen gelişmeyi gösteremeyeceği şüphesizdir.

⁹⁹ GOLDRING, Jhon, “Consumer Protection, the Nation-State, Law, Globalization and Democracy”, www.ascusc.org/jcm/vol2/issue2/goldring.html.

¹⁰⁰ Tekrarlamak gerekirse, bizim burada “hukukun küreselleşmesi”ni temennimiz, ilk bölümde açıkladığımız olumsuzluklarının -özellikle güçlülerin çıkarıcı etkilerinin- bilincinde olarak uluslararası hukukun ve hatta diğer tüm insan ilişkilerinin iyiye doğru daha da gelişmesine, evrenselleşmesine dayanmaktadır.

¹⁰¹ Bkz. PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 225, 226.

¹⁰² “Yargıcın aktivizmi” teriminin kullanılmasına örnek olarak bkz. ÇAĞLAR, Bakır “Hukukta ve Yargıda Nasyonalizm-Üniversalizm Dilemması ve Türkiye Gerçeği”, *Yeni Türkiye*, Y: 2, S: 10, Temmuz-Ağustos, 1996, s. 373 vd.

¹⁰³ KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 295.

Ancak hemen belirtelim ki, yargıç, bugünkü konumu itibariyle bir dengeleme yapmakla da karşı karşıyadır. Bilindiği gibi uluslararası hukuk sistemi, ulusal hukuk sistemleri gibi henüz tamamen olgunlaşmış değildir¹⁰⁴. Böyle olunca da yargıç, bir taraftan devletlerin ve diğer uluslararası hukuk sùjelerinin -özellikle yargısal alanda- bu sisteme katılmalarını teşvik etmek, diğer taraftan uluslararası hukuk normlarının gelişmesi ve dolayısıyla uluslararası sistemin "hukukileşmesi"ne katkıda bulunmak gibi bir dengeyi sağlamak durumundadır. Bu bağlamda yargıca, uluslararası hukukun gelişmesi ve küresel gelişmeye ayak uydurabilmesi açısından daha fazla rol ve inisiyatif verilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Bunun için de atılması gereken ilk pratik adım, kanaatimizce **Statü'nün 59. maddesinin** değiştirilmesi olabilir. Zira buradaki hükümlerle¹⁰⁵, yargıcın söz konusu rolü talî bir etkiye indirgenmiş olmaktadır¹⁰⁶. Öyle ki, bu maddedeki hükümler kanaatimizce uluslararası hukukun gelişmesinin önü tıkanmış olmaktadır. Bu şekilde günümüzdeki devrimsel nitelikteki gelişmelere tüm olumlu katkılarına rağmen ne Birleşmiş Milletler'in kendisinin, ne de mevcut hukuk sisteminin yetişmesi ve ayak uydurması mümkün olmayacaktır. Bu olumsuzluk, ideal hukuk sistemi çerçevesinde ele aldığımız "Hukukun Gelişmesi" olgusu karşısında da aynı şekilde ve evleviyetle geçerlidir.

Hukukun gelişmesi noktasında HGİ açısından buraya kadar söylenenler yukarıda belirttiğimiz **teamül kuralları** için de geçerlidir. Bundan dolayı pratik bir hareket noktası olarak UAD Statüsü'nün 38/1-c maddesinin, lafzından ziyade "Uluslararası Hukukun Gelişimi" ve hatta insan ilişkilerinin gelişimi idelerinden yani ruhundan hareketle yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Diğer bir pratik nokta ise, yapılan uluslararası anlaşma veya diğer oluşumlarda -başta devletler olmak üzere- uluslararası hukuk sùjelerinin uluslararası yargıya gitmelerinin zorunlu hale getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, bunun için bir geçiş süreci oluşturulabilir

Hukukun Genel İlkeleri'nin hiyerarşik konumuna gelince; öncelikle belirtmek gerekir ki, HGİ, öğretilerde genellikle ikame edilen (subsidiare) bir

¹⁰⁴ Özellikle, ihtilafların mahkemeye götürülmesi zorunluluğunun bulunmaması ve icra teşkilatının gücünün bulunmaması gibi.

¹⁰⁵ "Divanın kararı ancak davaya dahil bulunan taraflar için ve karar verilen iş hakkında mecburidir". Metin için bkz. GÜNDÜZ, A., *Milletlerarası Hukuk*. . . 1994, s. 91.

¹⁰⁶ MERAY, S. L., *Devletler Hukukuna Giriş-I*, s. 103.

kaynak olarak değerlendirilmekte¹⁰⁷ ve ancak andlaşma ve teamül kuralı bulunmadığında uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Bunu ileri süren bazı yazarların (Çelik, Ch. Rousseau gibi) daha çok Divan Statüsü'nün hazırlık çalışmalarından hareket ettikleri gözlemlenmektedir. Örneğin, Çelik, Statü'yü hazırlayan Komite'nin tümünün bu görüşte olduğunu belirtmekte ve buna örnek olarak da Belçikalı hukukçu ve Komite başkanı **Baron Descamps**'ın "yargıç non liquet karar vermez" şeklindeki sözlerini göstermektedir¹⁰⁸. **Guggenheim** gibi bazı yazarlar ise USAD ve UAD Statüsü'nün 38. Maddesindeki sıralamanın (andlaşma, teamül, HGİ) kaynaklar arasından bir üst-üst ilişkisi olduğundan hareketle bu sonuca varmaktalar ve buna dayanak olarak da Statü'nün kesinleşmemiş metninde bulunup da daha sonra çıkartılan "sırasıyla" sözcüğünü göstermektedirler¹⁰⁹.

Mahkeme ve hakemlik kararlarında ise -bir kesinlik bulunmamakla birlikte- daha çok andlaşmaların üstün tutulduğu izlenimi çıkmaktadır¹¹⁰ ki, bu da bugünkü uluslararası hukuk sisteminin temelini oluşturan¹¹¹ "ulus-devlet egemenliği"nin doğal bir sonucudur.

Kısaca belirtmek gerekirse, HGİ'ne hiyerarşik açıdan, gerek doktrinde ve gerekse uygulamada andlaşmalardan ve teamül kurallarından sonra bir yer verilmektedir¹¹².

3. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN ULUSLARARASI HUKUKA GÖRE SINIFLANDIRILMASI

HGİ'nin öğretide değişik şekillerde sınıflandırıldığı görülmektedir. Amerikalı bir bilim adamı olan **Friedmann**'ın yaptığı sınıflandırmaya göre, HGİ üç gruba ayrılmaktadır:

---Asgari adâlet ölçülerine ve usule ilişkin ilkeler. Örneğin, "hiç kimsenin kendi davasında yargıç olmaması ilkesi";

¹⁰⁷ VALLINDAS, P., "General Principles of Law and Hierarchy of the Sources of International Law", *Melanges Spiropoulos*, Bonn, 1957, s. 106; BROWNLIE, I., *age*, s. 15; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 228; AKİPEK, Ö. İ., *age*, s. 7.

¹⁰⁸ Bkz. ÇELİK, E. F., *age*, s. 106.

¹⁰⁹ Bkz. PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 228.

¹¹⁰ Örneğin, USAD'ın 17. 8. 1923 tarihli Wimbeldon davası ve 25. 05. 1926 tarihli Polonya Yüksek Silezyası Davası'nda olduğu gibi. Aktaran: PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 228-229.

¹¹¹ SCHREUER, Christoph, "The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?", *European Journal of International Law(EJIL)*, Vol. 4 (1993) No. 4, (URL: www.ejil.org/forum/messages/81.html), s. 1.

¹¹² Geniş bilgi için bkz. VALLINDAS, P., *age*, s. 106 vd.

---Yaklaşım ve yorum yöntemine ilişkin ilkeler. Örneğin, “yorumda hakkaniyet ilkesi” ve “hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi” gibi;

---Genel bir biçimde benimsenen maddi hukuk ilkeleri. Buraya ise diğer tüm HGİ gitmektedir¹¹³.

Rousseau'nun yaptığı sınıflamaya göre ise HGİ, iç hukuk ve uluslararası hukukta ortak olanlar ve sadece uluslararası hukuka özgü olanlar olmak üzere iki ana kategoriye ayrılmaktadır¹¹⁴.

---İç hukuk sistemlerinin ve uluslararası hukuk sisteminin ortak HGİ: Bunlar, uygar ülkelerin iç hukuklarının ürünü olup, uluslararası yargı yollarıyla uluslararası hukuk sistemlerine aktarıla gelmişlerdir¹¹⁵. Bu grubun kendi içinde de sınıflandırılması yapılmaktadır:

---Akdi yükümlülüklerden doğan HGİ: Bu ilkeler olumlu veya olumsuz edim içerikli olabilmektedir. Bunlara örnek olarak “sebepsiz zenginleşme”¹¹⁶, “kazanılmış haklar”¹¹⁷, “kesin hüküm”¹¹⁸, “hakkın kötüye kullanılması”¹¹⁹, “gecikme faizi ödenmesi”¹²⁰, “hak düşürücü zamanaşımı”¹²¹ gösterilebilir.

---Haksız fiil ya da cezai yükümlülüklerle ilgili HGİ: Bunlara örnek olarak da “zararın tazmini”¹²², ilkesi verilebilir.

---Usule ilişkin HGİ: Örneğin, “kesin hüküm”¹²³, “zamanaşımı”¹²⁴, “hiç kimse kendi davasında hâkim olamaz”¹²⁵, “yargı masraflarını kaybeden öder”¹²⁶ gibi.

113 Bu konuda geniş bilgi için bkz. PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 229-230.

114 Bu sınıflamanın CROZAT, ÇELİK ve PAZARCI tarafından da kullanıldığına tanık olmaktadır. Bkz. CROZAT, C., *age*, s. 141 vd; ÇELİK, E. F., *age*, s. 106 vd; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 229 vd.

115 CROZAT, C., *age*, s. 141.

116 CROZAT, C., *age*, s. 141; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 229.

117 CROZAT, C., *age*, s. 141; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 229, ÇELİK, E. F., *age*, s. 107.

118 PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 229.

119 CROZAT, C., *age*, s. 141.

120 PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 229; CROZAT, C., *age*, s. 141.

121 Bu ilkenin uluslararası hukuktaki uygulanışı, iç hukuktan farklı olmaktadır. Bkz. CROZAT, C., *age*, s. 141.

122 Hem verilen zarar, hem de kaybedilen kazancı karşılamaya yöneliktir. Bkz. CROZAT, C., *age*, s. 142; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 229; ÇELİK, E. F., *age*, s. 107.

123 ÇELİK, E. F., *age*, s. 107; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 229; CROZAT, C., *age*, s. 142.

--Yalnız uluslararası hukuka özgü HĞİ: Buradaki ilkeler diğerlerinden farklı olarak sadece uluslararası hukuk sùjeleri arasındaki ilişkilere uygulanabilen veya uluslararası yargıç, ya da söz konusu ilişkilere bakan ulusal hakemler tarafından keşfedilmektedir¹²⁷. Bunlara örnek:

“Uluslararası hukukun iç hukuklara üstünlüğü ilkesi”¹²⁸,

“İyi niyet ilkesi”¹²⁹,

“Devletin sürekliliği ilkesi”. Bu ilke ile hükümet değişimleri vb durumlarda dahi, söz konusu devletin sorumlulukları, taahhütleri vs kalkmayacaktır¹³⁰,

“Karşılıklılık ilkesi”¹³¹,

“Devletin bağımsızlığına saygı ilkesi”¹³²,

“Kimsenin kendi hakkından fazlasını devredemeyeceği ilkesi”¹³³

“Devletlerin eşitliği ilkesi”¹³⁴,

“Andlaşmaların meşruluğu ilkesi”¹³⁵,

“İç (bölgesel) başvurma yollarının tüketilmesi ilkesi”. Bu ilkenin anlamı, müşteki ya da zarara uğrayan devlet ya da kişinin, önce karşı tarafın tâbi olduğu hukuk yollarına müracaat etmesi; buradan bir sonuç alamazsa, ancak o zaman uluslararası hukuk yollarına başvurabilmesidir¹³⁶.

124 CROZAT, C., age, s. 142.

125 ÇELİK, E. F., age, s. 107; CROZAT, C., age, s. 142.

126 CROZAT, C., age, s. 142.

127 CROZAT, C., age, s. 142.

128 Bugün, uluslararası ilişkilerde “bir iç hukuk kuralının, andlaşma hükümlerine üstün tutulamayacağı” genel olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Bkz. CROZAT, C., age, s. 142; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 230; ÇELİK, E. F., age, s. 107; AKIL, Abdülkadir, “Uluslararası Andlaşmaların ve Teamül Kurallarının Türk Hukukunda Uygulanması ve Hiyerarşik Değeri”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: VII, S: 1-2, Erzincan-2003, s. 239-261.

129 GÜNDÜZ, A., *Milletlerarası Hukuk. . . 2000*, s. 29.

130 CROZAT, C., age, s. 142; ÇELİK, E. F., age, s. 107; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 230.

131 BROWNLIE, I., age, s. 19.

132 CROZAT, C., age, s. 142; PAZARCI H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 230.

133 GÜNDÜZ, A., *Milletlerarası Hukuk. . . 2000*, s. 29.

134 BROWNLIE, I., age, s. 19.

135 BROWNLIE, I., age, s. 19.

136 CROZAT, C., age, s. 142; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 230.

“Savaşanların tarafsız olanlara verdikleri zararlardan sorumlu olacakları ilkesi”¹³⁷. Bu ilke meşru müdafaa vb nedenle savaşırken istemeyerek ya da zorunlu olarak üçüncü bir kişi ya da devlete zarar verilmesi halinde bu zararın, zararı veren tarafından karşılanmasını ifade etmektedir.

4. HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE YENİ SÜREÇ: YARGICIN AKTİVİZMİNDEN HUKUKUN KÜRESELLEŞMESİNE DOĞRU

1920'de USAD Statüsü'nün 38. maddesiyle HGI'nin, uluslararası hukuk asıl kaynakları olarak kabul edilmesiyle, açıkça olmasa da gerek uluslararası hakemlik, gerekse uluslararası yargı kararlarında HGI de zikredilmeye veya kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin 1925 tarihli **Musul Sorunu** ile ilgili danışma görüşünde USAD, HGI'den doğrudan bahsetmemekle birlikte, “hiç kimsenin bir davada hem taraf hem yargıç olamayacağı” ilkesini uygulamıştır¹³⁸. Benzer durumu UAD uygulamasında da görmekteyiz. 1949 tarihli **Korfu Boğazı Davası** ile ilgili kararında UAD; bir devletin, kendi egemenliği altındaki ülkesini başka devlete zarar verecek şekilde kullanmama yükümlülüğünü “insanlığın gereği” ilkesine dayandırmıştır¹³⁹. Divan'ın, daha sonraki bazı kararların da ise HGI'nden açıkça söz ederek de hükümler verdiğine tanık olmaktadır. Örneğin 1966 tarihli Güney-Batı Afrika İkinci Aşama Davaları ile ilgili kararında doğrudan etkilenmese de “mensubiyet ilkesi” (**actio popularis**) şeklinde tanımlayabileceğimiz Roma Hukuku'nda yer alan bir ilkeye dayanılarak davada taraf olunabileceği yönündeki girişimi, böyle bir kuralın HGI'nden olamayacağı nedeniyle kabul etmemiştir¹⁴⁰.

Divan, 1973 tarihli bir danışma görüşünde (BM İdare Mahkemesi'nin 158 sayılı kararı ile ilgili olarak) “Bir yargı organı önünde tarafların sorunlarını tüm unsurlarıyla ortaya koyabilme hakkı”nı HGI olarak değerlendirmiştir^{141, 142}.

¹³⁷ PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 230.

¹³⁸ C. P. J. I. Seri: B, No: 12, s. 52.

¹³⁹ C. I. J. Recueil, 1949, s. 22.

¹⁴⁰ C. I. J. Recueil, 1966, s. 47.

¹⁴¹ C. I. J. Recueil, 1966, s. 181.

¹⁴² ÇELİK, Divan'ın söz konusu kuralları “teamül” yerine “ilke” olarak adlandırmasını, bunların uluslararası hukukun temellerini teşkil ettiğinin vurgulanması olarak nitelendirmektedir. Bkz. ÇELİK, E. F., *Milletlerarası Hukuk-I*, s. 110-111; aynı görüşte; AKİPEK, Ö. İ., *Devletler Hukuku-I*, s. 67-69.

Divan; Bulgaristan, Yunanistan ve Romanya arasındaki barış andlaşmaların yorumlanması ile ilgili 1950 tarihli danışma görüşünde de “uluslararası ihtilafların Divan'a getirilebilmesi için devletlerin rızaları bulunması”nı HGI'nden saymıştır¹⁴³. Divan, aynı tutumunu “Divan, bir devletin rızası bulunmadan anlaşmazlıklarını tahkime sunmak zorunda olmadığı şeklindeki. . . yerleşmiş ‘uluslararası hukuk ilkesi’nden ayrılmamaktadır” şeklindeki ifadesiyle Yunanistan ile Birleşik Krallık arasındaki Ambatielos Uyuşmazlığı ile ilgili 1953 tarihli kararında da sergilemiştir¹⁴⁴.

Divan, bunların dışında daha pek çok davada da HGI'ne yollamalarda bulunmuş ve tarafların bu ilkelere uymaları gerektiğini belirtmiştir. Örneğin, 06. 04. 1955 tarihli Nottebohm Davası'nda “hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi”ni¹⁴⁵; 6. 3. 1956 tarihli Ambatielos Davası'nda “adâletten kaçmama ilkesi”ni¹⁴⁶; 20. 2. 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı¹⁴⁷ ve 24. 2. 1991 tarihli Tunus-Libya Kıta Sahanlığı Davaları'nda¹⁴⁸ “Hakkanîyet ilkesi”ni¹⁴⁹ kullanma fırsatı bulabilmiştir¹⁵⁰.

Avrupa Hukuku'nda¹⁵¹ da, HGI'nin pozitif hukukta ve uygulamada yer aldığına tanık olunmaktadır.

¹⁴³ “Divan, devletler arasında bir hukuk sorununa ilişkin herhangi bir adli usul için, bu devletlerin rızalarının bulunmasını emreden uluslararası hukukun yerleşmiş ilkesini çiğneyerek istenen görtüşü vermez” C. I. J., *Recueil*, 1950, s. 71.

¹⁴⁴ C. I. J., *Recueil*, 1953, s. 19.

¹⁴⁵ C. I. J., *Recueil*, 1955, s. 26.

¹⁴⁶ R. S. A., Vol. XII, s. 120.

¹⁴⁷ C. I. J., *Recueil*, 1969, s. 48.

¹⁴⁸ C. I. J., *Recueil*, 1982, s. 60.

¹⁴⁹ “Hakça ilkeler” de denilen bu prensibin farklı görünümleri için bkz. PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 235-238; ÇELİK, E. F., *age*, s. 113-125.

¹⁵⁰ Bu konuda UAD ve USAD ve hakemlik kararları hakkında geniş bilgi için bkz. GÖNLÜBOL, Mehmet., “Örnek Olaylarla (cases) Devletler Hukuku”, s. 255-286; PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 230-238.

¹⁵¹ “Avrupa Hukuku” deyiminden burada kastedilen, daha çok Avrupa Konseyi çerçevesinde oluşan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa Birliği Hukuku'dur. AİHS ve AB hukukunun etkileşimi için bkz. ARSAVA, A. Füsün, *Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar*, Ankara, 1985, s. 12 vd; DURAK, Cenk Alp, “AT Hukukuna Genel Bir Bakış ve Topluluk Hukuku ve Ulusal Hukuk İlişkisi”, *Adâlet Dergisi*, Temmuz-Agustos, 1989, s. 128-133; PAÇACI, İrfan, “Avrupa Topluluk Hukuku Üzerine”, *TİD*, Y: 63, S: 378, 1988, s. 23-31; YILDIZ, Mustafa, “Ulusal Hukukun Avrupa Yargılamasındaki Görünümü”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 7, S: 1-3, 1992-1993, s. 227-258; TAŞKENT, Savaş, *İnsan Haklarının Uluslararası Dayanakları*, İstanbul, 1993; ÖZBAKAN, İşıl, “AT

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7/2 maddesinde “işbu madde; işlendiği zaman medeni milletler tarafından tanınan umumi hukuk prensiplerine göre suç sayılan bir fiil ya da ihmalden suçlu bir şahsın yargılanmasına ve cezalandırılmasına mani değildir”¹⁵² denilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Divanı(AİHD) ise, HGİ'ni hem uygulamakta, hem de yeni HGİ keşfetme işlevini görmektedir¹⁵³. AİHD, bunu yaparken içtihad alanını genişletmeyi amaçlamaktadır. Diğer bir deyişle AİHD, “evrimli” ve “ilerleyici” (gelişmeci) yorum metodunu kullanarak AİHS'nin -hatta genel olarak hukukun- toplumsal gelişmelere ayak uydurmasını “**yargıcın aktivizmi**”¹⁵⁴ bilinciyle sağlamaya çalışmaktadır. Bu şekilde AİHD, sadece yürürlükteki hukuku beyan etmekle kalmayarak -”geleceğe yönelik içtihad” metoduyla- yarının hukukunu oluşturmaya da gayret etmiş ve bu şekilde, âdetâ “yasakoyucu” gibi hareket etmiş olmaktadır¹⁵⁵. Diğer bir ifadeyle, -özellikle anayasa anlamında- hukuk, yazılı olanlarla birlikte tüm değerleri de kapsadığından; buna bağlı olarak yargının rolü de hep önemli bir yere sahip olmuştur¹⁵⁶. Bunun diğer bir anlamı ise, yargıcın “**hukukun gelişmesi**”ne katkısıdır. Özellikle çoğu medeni toplumların kabul ettiği varsayılan HGİ'nin geliştirilmesinin anlamı budur. Bu da bize, “hukukun gelişmesi”nde yargıcın rolünün ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda-”hukukun gelişmesi” yönünde-**Avrupa**

Hukukunun Önceliği ve Avrupa Toplulukları Adâlet Divanının Topluluk Hukukunun Önceliğindeki Rolü”, *Maliye Dergisi*, S: 91, 1988, s. 34-42; ÖZÜLKER, Uluç, *Avrupa Siyasî İşbirliği: Türkiye-AET İlişkileri Üzerine Düşünceler*, Ankara, 1989; DOĞAN, İzzettin, *Türk Anayasal Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu*, İstanbul, 1979; DİPLOK, Lord Justice, “Ulusal ve Uluslar-Üstü Hukuk Sistemlerinin Geçişmesi”, *AÜHFD*, C: XXXVII, S: 1-4, 1980, S. 179-192; BOZKURT, Ömer, *Avrupa Parlamentosu Yetkiler ve Usuller*, Ankara, 1988; MAYNE, Richard, *The Community of Europe*, Victor Gallonez Ltd., London, 1962; AZRAK, A. Ülkü, *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, İstanbul 1982, s. 12 vd; BATUM, S., AİHS, s. 222 vd. Ayrıca bu konuda terminolojik izah için bkz. TEKİNALP-TEKİNALP, Gülören-Ünal(Tekinalp-Tekinalp), *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul, 1997, s. 50 vd; KARAKAŞ, Işıl Ayşe, *Uluslararası Anayasal Düzen Olarak Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus-Devlet Egemenliği*, (Der Yay.), İstanbul, 1993; KARLUK S. Rıdvan, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, Eskişehir, 1994; BAŞLAR, Kemal, “Avrupa Birliği'nin Normatif Supranasynelliği”, *Amme İdaresi Dergisi*, C: 30, S: 3, Eylül-1997, s. 3-18.

¹⁵² Metin için bkz. GÜNDÜZ, A., *Milletlerarası Hukuk. . . 1994*, s. 218; BOZKURT, Enver., *Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı*, Konya, 1998, s. 356.

¹⁵³ KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri..”, s. 295.

¹⁵⁴ ÇAĞLAR, B., “Nasyonalizm-Universalizm”, s. 373 vd.

¹⁵⁵ KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 315.

¹⁵⁶ TUNÇ, H., *Anayasa Yargısı*, s. 23; TUNÇ, H., *Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 92.

Mekanı (özellikle Avrupa Birliği ve AİHS çerçevesinde), yaşayan bir prototip konumundadır.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, söz konusu rolünü, taraf devletlerin insan hakları ile ilgili hukuksal rejimlerini hem birleştirme, hem de standardize çabalarıyla gerçekleştirmeye çalışmaktadır¹⁵⁷ ki, bu olgu, “**hukukun gelişmesi**”nden başka bir şey değildir. İşte **Avrupa Koruma Standardı**¹⁵⁸ da denilen bu gelişme, daha çok “Hukukun Genel İlkeleri” ile gerçekleşmektedir¹⁵⁹.

Ancak hemen belirtelim ki AİHD'nin buradaki yetkileri sınırsız değildir. Divan'ın buradaki yetkisi temel hak ve özgürlüklerin korunması -yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- ile sınırlıdır. Nitekim AİHS 24. maddede¹⁶⁰ bu yönde bir düzenleme ortaya konmuş bulunmaktadır¹⁶¹. Ancak uygulamada AİHD, sözleşme veya ek protokollerle açıkça güvence altına alınmamış hakları da koruma mekanizmasına dahil etmekte¹⁶² ve buna yönelik olarak HGI geliştirmekte ve keşfetmektedir. Örneğin “eşitlik ilkesi”nin diğer bir ifadesi olan “ayırım gözetmeme” ilkesinin kapsamını ve uygulama alanını genişletmiş bulunmaktadır¹⁶³.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, öncelikle Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hukuk sistemlerinde uygulanan HGI'ni dikkate alarak, uygulayacağı HGI'ni kendisi bizzat keşfetmektedir. Zira, AİHS'nin 7/2 maddesinden hareketle, Divan'ın bu konuda öncelikle göz önünde bulundurması gereken temel kaynaklar, sözleşmeye ve Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin hukuk uygulamaları; diğer demokratik toplumlarda genel olarak önde gelen “ilke”ler ve bölgesel genel ilkeler olmak durumundadır¹⁶⁴. AİHD'nin burada genel ölçütü ise, her devletin hukuk sisteminin kendine has “ilke”leri değil; bütün -üye- ülkeler için geçerli olabilecek nitelikteki HGI'dir¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. DÖNER, Ayhan, **İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi**, Ankara, 2003, s. 35 vd.

¹⁵⁸ “Ortak Standart”ın oluşumu ile ilgili geniş bilgi için bkz. BATUM, S., AİHS, s. 216 vd.

¹⁵⁹ KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri..”, s. 315.

¹⁶⁰ Madde metni için bkz. GÜNDÜZ, A., **Milletlerarası Hukuk. . . 1994**, s. 221.

¹⁶¹ BATUM, S., AİHS, s. 73.

¹⁶² KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri..”, s. 316.

¹⁶³ ÇAĞLAR, B., **Anayasa Bilimi**, İstanbul, 1989, s. 173 vd.

¹⁶⁴ KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 316.

¹⁶⁵ ÇAĞLAR, B., **Anayasa Bilimi**, s. 173.

AİHD, pek çok kararında HGİ'nin birer ölçü-norm olduklarını hem belirtmiş, hem uygulamış ve hem de yeni HGİ keşfetmiş bulunmaktadır. Bunun yanında Divan, “**özerk kavramlar**” anlayışını da geliştirerek hem üye devletlerin genel uygulamalarından yararlanmış, hem de ortak bir anlayış geliştirmiş bulunmaktadır. Örneğin, “adâletten yararlanma hakkı”nı “hakkaniyetli dava hakkı”ndan ayrılmaz kabul etmesi ; “eşitlik ilkesi”nin yeni bir tanımlaması olan “ayırım gözetmeme ilkesi”ni “yararlı etki ilkesi” ile birlikte yorumlayarak devletin olumsuz yükümlülüğünü (ayırım yapmama), her bir hukuktan yararlanmada eşit muameleyi sağlama yükümlülüğüne dönüştürmesi ve bunları açıkça güvence altına alınmayan haklara da yayarak uygulama alanını genişletmesi; hakkın sınırlandırılmasında “oranlılık ilkesi” ve “demokratik toplum” ölçütlerini kullanması¹⁶⁶, kanaatimizce Divan'ın bu konudaki yaklaşımını açıkça ifade eder niteliktedir.

Divan bunları yaparken bir taraftan hukukun aynılaşmasını –tek tipleşmesini- (**Ortak Avrupa Hukuku-Avrupa Standardı**) amaçlamakta¹⁶⁷; bir taraftan hakkın “öz”üne dokunmamaya ve bir taraftan da “**meşru amaç**” ve “**demokratik toplum**” çerçevesini (çoğulculuk, açıklık, hoşgörü vb) çizmeye gayret etmektedir¹⁶⁸.

Özetle belirtmek gerekirse AİHD, Avrupa Mekanında “hukukun küreselleşmesi (aynılaşması)”na yönelik olarak HGİ'nin varlığını kabul etmekte; onları bir ölçü-norm olarak kullanmakta ve bunu yaparken de bir taraftan üye devletlerin uygulamalarındaki HGİ'ni kullanmakta, diğer taraftan ise bizzat kendisi yeni HGİ keşfetmeye çalışmaktadır. Bu şekilde klasik uluslararası hukuk uygulamasını da aşmış bulunmaktadır. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, gerek USAD ve gerekse UAD uygulamasında yargıcın bu konudaki hareket alanının daha dar olması söz konusudur ki, bu da tabîî bir sonuçtur. Çünkü, mevcut uluslararası yapı, henüz üç temel erkin (yasama, yürütme, yargı) bağımsız işlediği komple bir sistem olma aşamasına gelmemiştir. Bunun en bariz delili ise -HGİ de dahil- uluslararası normların oluşmasının temel dayanağını hâlâ devletlerin teşkil etmesidir. Ancak, her şeye rağmen burada da hukukun gelişmesi sürecinin etkin şekilde devamı söz konusudur.

¹⁶⁶ KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 316.

¹⁶⁷ İnsan haklarında “Batı tekelciliği ve bu konuda farklı görüşler için bkz. GEMALMAZ, Semih, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul, 1997, s. 342 vd.

¹⁶⁸ 1976 Handyside kararında olduğu gibi Aktaran: KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 317.

Avrupa Birliği Hukuku'nda da benzer durum söz konusudur. Hem AB'ni oluşturan anlaşmalarda, hem de Avrupa Birliği Adâlet Divanı (ABAD) kararlarında HGİ'ne yer verilmiş bulunmaktadır¹⁶⁹. Özellikle 12 Kasım 1969 tarihli "Stauder" kararı ile ABAD, "Topluluk Hukukunun Genel İlkeleri"nin mevcudiyetini ve "insan hakları"nın da bunlardan olduğunu kabul ve tespit etmiş; daha sonraki kararlarında da¹⁷⁰ "ölçülülük" gibi başka HGİ'ni ölçü-norm olarak işlemeye devam etmiştir¹⁷¹.

Ayrıca belirtelim ki, HGİ'nin, AB hukuk sisteminde hiyerarşik olarak Birlik'i oluşturan anlaşmaların dahi üzerinde yer aldığı doktrinde ve Divan kararlarında kabul edilen bir gerçek durumdadır¹⁷². Bu bağlamda, HGİ'nin Birlik hukuk sisteminde anayasa-üstü norm niteliğinde olması söz konusudur¹⁷³ ki, bunun konumuz açısından anlamı ise, AB hukuk sisteminde HGİ'nin "küresel etkisi"nin daha belirgin olmasıdır.

Avrupa Birliği hukuk sisteminde HGİ'nden bazıları kurucu anlaşmalarda düzenlenmiş durumdadır. Örneğin "eşit muamele" ilkesinin bir alt çeşidi olan "ayırım yapmama" ilkesi ile ilgili olarak, Kurucu Anlaşma'nın 6, 40/3 ve 119. maddelerinde; "hukuk kuralları" genellemesiyle 173. maddede ve "üye ülkelerin hukuk düzenleri ile ortak genel hukuk ilkeleri" ifadelerinin yer aldığı 215/2. maddelerde HGİ'ne açıkça yollama yapılmış bulunmaktadır¹⁷⁴.

Avrupa Birliği Adâlet Divanı, hukukun genel ilkeleri konusunda daha kapsamlı bir tutum izlemiş ve oldukça geniş HGİ yelpazesi oluşturmuştur. ABAD; "temel haklar"¹⁷⁵ "AB'nin doğasından çıkarılan ilkeler"¹⁷⁶, "genel

¹⁶⁹ YÜZBAŞIOĞLU, N., *age*, s. 20.

¹⁷⁰ Örneğin 17. 12. 1970 tarihli "Internationale Handels" davası gibi. Aktaran: BATUM, S., AIHS, s. 226.

¹⁷¹ ABAD'ın ilkeleri uygulayışı ve yorumlayışı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BATUM, S., AIHS, s. 215 vd.

¹⁷² YÜZBAŞIOĞLU, N., *age*, s. 20.

¹⁷³ AZRAK, A. Ülku, "Avrupa Topluluğu Adâlet Divanı Kararlarında Beliren Hukukun Genel İlkeleri", Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu (Danıştay Yay.), Ankara, 1989, s. 103 vd (Bundan sonra "Hukukun Genel İlkeleri" şeklinde zikredilecektir).

¹⁷⁴ TEKİNALP-TEKİNALP, *age*, s. 60.

¹⁷⁵ İlk önceleri bu konuda AIHS ölçü olarak alınırken, 12. 4. 1989'da Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen yeni "Temel Hak ve Özgürlükler Bildirgesi" bu konuda temel metin konumuna geçmiştir. Bkz. BATUM, S., AIHS, s. 231. Metnin Türkçe'si için bkz. GEMALMAZ, Semih, *Temel Belgelerde İnsan Hakları: Maddi Hukuk*, (İHD Yay. 2. Bası), İstanbul, 1996, s. 70 vd; YÜZBAŞIOĞLU, N., *age*, s. 74-78.

¹⁷⁶ "Birlik hukuk düzeninin üstünlüğü", "önceliği", "birliği" ve "bağımsızlığı" gibi ilkeler. Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, N., *age*, s. 21; AZRAK, Ü., "Hukukun Genel İlkeleri", s. 105 vd.

olarak her üye devlet hukuk sisteminde yer alan ilkeler¹⁷⁷ ve “yargıç tarafından benimsenen ortak genel ilkeler”den oluşan HGI'nin dört kategorisini geliştirmiş bulunmaktadır¹⁷⁸. Bununla birlikte ABAD'ın, HGI'ni belirlemede daha çok üye ülkelerin ulusal haklarından yararlanma eğilimi içinde olduğu görülmektedir¹⁷⁹. Ayrıca ABAD'ın bu konuda “evrimci” bir yaklaşım sergilediğine de tanık olunmaktadır.

ABAD'ın geliştirdiği (keşfettiği) HGI'den bazılarını şu şekilde sıralayabiliriz:

- “Ölçülük İlkesi”: Bu ilkenin içeriği, bir kamu yükümünün amacı ile orantılı olmasıdır¹⁸⁰.

- “Temel Haklar İlkesi”¹⁸¹: ABAD, evrimci aşamalar izleyerek “temel haklar” ilkesini maksimum standart ölçü düzeyine getirmiş ve bunu üye ülke hukuk sistemlerinden de yararlanarak, ama onların da üstünde bir yer vererek (supranosyonel özellik) ve “güvence” sistemini de geliştirerek şekillendirmiş bulunmaktadır¹⁸².

- “Beklenen haklar ilkesi”¹⁸³,

- “Gizliliğin korunması ilkesi”¹⁸⁴ : Birlik rekabet hukukuna göre mallara el konulması vb durumlar haricinde “gizliliğin esas olduğu”nu ifade etmektedir¹⁸⁵,

¹⁷⁷ “İdarenin kanuniliği”, “idarenin takdir yetkisinin sınırlılığı”, “yargıda ve idare karşısında savunma haklarının tanınması”, “dürüstlük”, “idari kanunlarda istikrar”, “temel hakların korunması” gibi ilkeler. Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, N., *age*, s. 21; AZRAK, Ü., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 105 vd.

¹⁷⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 317 vd; Ayrıca farklı kategorilendirme için bkz. TAN, Turgut., “Topluluk Hukukunun Kaynakları”, *Avrupa Topluluğu Sempozyumu* (Danıştay Yay.), Ankara, 1989, s. 82-83; BATUM, S., *AİHS*, s. 229 vd.

¹⁷⁹ KABAALIOĞLU, Halûk, *Avrupa Birliği ve Kıbrıs Sorunu* (Yeditepe Üni. Yay.), İstanbul, 1997, s. 115; TEKİNALP-TEKİNALP, *age*, s. 60; ÇAĞLAR, Bakır., “Anayasa ve Topluluk Hukuku”, *2. Avrupa Hukuku Haftası (Sempozyum: 23-31 Mayıs 1978)*, İstanbul, 1980, s. 20-22(Bundan sonra “Anayasa ve Topluluk Hukuku” şeklinde zikredilecektir).

¹⁸⁰ 1981/59 nolu First Staff Salaries Kararı . Aktaran: TEKİNALP-TEKİNALP, *age*, s. 60.

¹⁸¹ 1969/29 nolu ABAD kararı; 1970/11 no'lu ABAD kararı; 1979/44 no'lu ABAD kararı. Aktaran: KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 318 vd. Kararlar için ayrıca bkz. ÇELİK, E. F., *Milletlerarası Hukuk-I*, s. 40 vd.

¹⁸² Temel hakların, HGI olarak ABAD tarafından geliştirilmesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. ÇELİK, E. F., *Milletlerarası Hukuk-I*, s. 47 vd; KABOĞLU, İ., “Hukukun Genel İlkeleri”, s. 318 vd.

¹⁸³ 1981/59 no'lu ABAD Kararı. Aktaran: TEKİNALP-TEKİNALP, *age*, s. 60.

- “Mülkiyet hakkının korunması ilkesi”¹⁸⁶,
- “Avukatların mesleki sır saklama ilkesi”¹⁸⁷,
- “Ceza hükümlerinin geriye yürümezliği ilkesi”¹⁸⁸,
- “Usulüne uygun olarak işlem yapılması ilkesi”¹⁸⁹. İngiliz hukukundan gelen bu ilke, usulüne uygun yargılanmayı ifade etmektedir¹⁹⁰.

Belirtmek gerekir ki, bunların dışında uluslararası metinlere girmiş birçok HGI'nin bulunduğu da bilinmektedir. Örneğin **Magna Carta**'da, **1789 Fransız Bildirisi**'nde, **1948 Bildirisi**'nde, **AİHS**'de ve bugün “çevre” ile ilgili konularda bu görülmektedir. Bunun yanında -özellikle insan hakları açısından- dinsel kuralların da pek çok genel ilkeler koyduğu görülmektedir¹⁹¹.

SONUÇ

Tüm bunlardan anlaşılmaktadır ki, HGI, eşyanın tabiatı gereği reddedilmesi imkansız olan ve varlıkları ispatı gerektirmeyecek ölçüde toplum yaşamını etkileyen, saran ve onun temelini teşkil eden ilkelere toplulukların kabulü aklın gereği olup, bu açıdan itiraz veya reddi de mümkün değildir. Çünkü, toplumla zaten iç içedir ve hayatın her safhasında yaşanmaktadır ki, bu yönüyle zamana da bağlı değildir. Bir hukuki olayda uygulanması için varlığı yeterlidir. Ayrıca, zamana ve mekana bağlı olarak kalkması söz konusu olmadığı gibi, dış faktörlerce -özellikle devletlerce değiştirilmesi de mümkün değildir ki, teamül gibi diğer kurallarından farkı da zaten bu noktadadır¹⁹². Örneğin, “iyi niyet” ilkesinin reddi veya değiştirilmesi insan aklının izah edemeyeceği bir anlayış olur. Dolayısıyla hiçbir sınıf, anlayış, devlet, ulus veya medeniyetin(Batı vb) inhisarına indirgenmesi mümkün olmayıp tüm insanlığın malıdır. Bu yönüyle de ayrıca kabulü gerekmediği gibi, reddi de mümkün değildir. Bunun aksi, insanlığı

¹⁸⁴ 1979/136 no'lu ABAD Kararı. Aktaran: TEKİNALP-TEKİNALP, age, s. 60.

¹⁸⁵ TEKİNALP-TEKİNALP, age, s. 60.

¹⁸⁶ 1973/4 no'lu ABAD Kararı. Aktaran: TEKİNALP-TEKİNALP, age, s. 60.

¹⁸⁷ 1979/55 no'lu ABAD Kararı. Aktaran: TEKİNALP-TEKİNALP, age, s. 60.

¹⁸⁸ 1983/63 no'lu ABAD Kararı. Aktaran: TEKİNALP-TEKİNALP, age, s. 60.

¹⁸⁹ 1980/103 no'lu ABAD Kararı. Aktaran: TEKİNALP-TEKİNALP, age, s. 60.

¹⁹⁰ TEKİNALP-TEKİNALP, age, s. 60. Ayrıca bu konuda geniş bilgi için bkz. ÇELİK, E. F., *Milletlerarası Hukuk-I*, s. 43 vd.

¹⁹¹ GEMALMAZ, S., *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisi*, s. 343.

¹⁹² GÜNDÜZ, A., *Milletlerarası Hukuk*. . . 2000, s. 30.

ancak tek taraflı ve diktatör bir anlayışa zorlamak olur. Zaten bu nedenledir ki, tüm medeni milletlerce kabul görmüşlerdir. Bunların dışında HGİ, her medeni toplumun doğruyu bulma ve oluşturma amacı çerçevesinde kabul görmektedir. Diğer bir deyişle, HGİ'nin yegane amacı ve çıkış saiki “evrensel doğru”yu sağlamaktır.

Buna bağlı olarak, uluslararası hukuk sisteminde HGİ, andlaşma ve teamül kurallarından ayrı ve uluslararası hukukun üçüncü kaynağını teşkil etmekte ve diğerlerine göre yargıca, uygulayacağı kuralları saptamada daha esnek ve geniş bir hareket alanı sağlamaktadır¹⁹³. Ayrıca HGİ, diğerlerinin bıraktığı boşluğu doldurarak bunu telafi etmekte ve dolayısıyla “hukukun hakimiyeti”ni gerçekleştirmektedir.

“Hukukun gelişmesi” açısından belirtmemiz gereken diğer bir nokta da, ideal olanın, uluslararası andlaşmaların ve diğer ilişkilerin hem buyruk kurallara(jus cogens), hem de HGİ'ne aykırı olmamaları ve buna bağlı olarak HGİ'nin andlaşmalardan önce uygulanmalarıdır. Ancak, kabul etmek gerekir ki, bunun gerçekleşmesi, hem uluslararası hukuk açısından hem de insanlık medeniyeti açısından bir süreç meselesidir¹⁹⁴.

Ayrıca HGİ'nin kürselleşmeye katkısı, ancak bunların sayılarının çokluğu oranında söz konusu olmak durumundadır. Yoksa yargıcın, yürürlükteki hukuk dışı kuralları uygulaması demek olan¹⁹⁵ sadece “hakkaniyet”e göre karar vermesiyle değil.

Bu bağlamda, HGİ'nin gelişmeye katkısı açısından diğer önemli bir nokta da bu katkının, tarafların yargıya başvurma yoğunluğu (zorunlu olması) ile doğru orantılı olmasıdır.

Burada belirtilmesi gereken diğer bir nokta da HGİ'nin uluslararası hukuk kaynaklarından sayılmasıyla, kuralların oluşturulmasında devletlerin geniş takdir yetkileri, diğer bir deyişle “egemenlik”leri az ya da çok sınırlanmakta olduğudur. Bu şekilde devletlerin beyanlarına başvurulmadan doğrudan yargıç ya da hakemlerce uluslararası hukukun daha kolay bir şekilde uygulanması söz konusu olmaktadır. Ancak bu kolaylık, “hakkaniyet”e göre karar vermede olduğu gibi, yargıçlara “yasakoyucu”

¹⁹³ PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 226.

¹⁹⁴ Örneğin Baykal, bu konuda haklı olarak şimdilik UAD'nın kararlarının bağlayıcı olmamasını önermektedir. Bkz. BAYKAL, Ferit Hakan, “21. Yüzyıl'a Girenken Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçı Yoldan Çözümünde Alternatif Modeller”, *21. Yüzyıla Doğru Birleşmiş Milletlerin Sorunları ve Çözüm Önerileri(Uluslararası Konferans: 24-25 Haziran 1997)*, İstanbul, 1999, s. 105 vd.

¹⁹⁵ PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 223.

yetkisi tanımamaktadır¹⁹⁶. Burada yargıç, sadece mevcut HGİ'ni keşfetmek durumundadır. Kanaatimizce aslında bu sınırlama "hukukun gelişmesi"ni yavaşlatan ya da engelleyen bir faktördür. Zira HGİ, niteliği gereği yargıca bağlı olarak oluşmakta ve zenginleşmektedir ki, -ulusal hukuk sistemlerindeki kadar olmasa da- uluslararası hukuk açısından HGİ'nin özelliği bunu gerektirmektedir.

Ulusal hukuk sistemlerinde bu konuda yargıcı bağlayan yegane husus "**kamu vicdanı**" iken, uluslararası sistemde başta devletler olmak üzere hukuk sujeleridir. Bununla birlikte HGİ'nin, bir uluslararası hukuk kaynağı olarak kabul edilmesi dahi "hukukun gelişmesi"ne yapacağı katkının önemini gösterir. Ayrıca bunun daha ileri bir aşamasını ise, **UAD Statüsü'nün 38/2. maddesinde** düzenlenmiş bulunan "**hakkanîyet**" ilkesi çerçevesinde yargıca tam bir takdir yetkisi tanınması teşkil etmektedir. Söz konusu maddeye göre, bunun için tarafların bu yetkiyi açıkça kabul etmeleri gerekmektedir¹⁹⁷. Nitekim, yukarıda ABAD ve AİHD uygulamasını açıklarken de belirttiğimiz gibi, Avrupa Mekanı'nda bu yönde bir gelişme söz konusudur. Burada yargıç HGİ'nin ve hatta genel olarak hukukun oluşturulmasında devletlerin önüne geçmekte ve âdeta bir "yasakoyucu" fonksiyonu görmektedir¹⁹⁸. Bu şekilde yargıcın uygulayacağı normları seçme alanı genişlemektedir ki, bunun diğer bir anlamı ise "**yargıcın hukuku geliştirmesi**"dir.

Bugün HGİ, uluslararası platformda sürekli gelişmekte olup; günden güne yeni HGİ oluşturulmakta ve keşfedilmektedir. Bunların başında ise, "**insan hakları**", "**uluslararası ticaret**", "**çevre**" gibi alanlar gelmektedir. Ayrıca, iç hukuk sistemlerinde olduğu gibi, uluslararası yargıda da "yargıcın aktivizmi" ağırlık kazanma temayülündedir. Diğer bir ifadeyle, tıpkı çoğu ulusal yüksek mahkemeler (anayasa mahkemeleri vs) gibi¹⁹⁹, uluslararası mahkemeler de HGİ'nin oluşturulmasında ve geliştirilmesinde en önemli etkenlerdir. Zira yargıçlar, burada aydınların yerine geçerek yeni düşünce

¹⁹⁶ Bilindiği gibi "iç hukuk"larda HGİ'nin yasakoyucuyu dahi bağladığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. DİNÇKOL, Abdullah, "Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), C: II, Afa Yay., İstanbul 1996, s. 159-187.

¹⁹⁷ PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk-I*, s. 226.

¹⁹⁸ Bkz. KABOĞLU, İ., "Hukukun Genel İlkeleri", s. 315; ÇAĞLAR, B., "Nasyonalizm-Universalizm", s. 373 vd.

¹⁹⁹ TANÖR, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, 1994, (Bundan sonra "Türkiye'nin. . ." şeklinde anılacaktır), s. 252.

unsurlarını karalarıyla hukukun düşünce alanına aktarmakta ve hukuk politikasını oluşturmaktadırlar²⁰⁰.

Nitekim, UAD Statü'nün 38/2. maddesi de buna olanak tanır niteliktedir. 38/2. maddenin ifadesi "İşbu hükümler, taraflar mutabık iseler Divanın hak ve nısfetle karar vermek yetkisine halel getirmez." şeklindedir²⁰¹ ki, buradaki "hakkaniyet ve nısfet" ifadesi²⁰² belli bir olayda "adâlet" in tecellisi anlamındadır²⁰³.

"Hakkaniyet ve nısfet" in hukukun gelişmesindeki önemi, uygulanan hukuku yumuşatarak önu, herkes için geçerli bir hale getirmesindedir. Zaten "adâlet", insanlık için geçerli olan ve özünde küresel nitelik bulunan hukukun genel bir ilkesidir²⁰⁴. Hatta benzer durum "Buyruk Kurallar (Jus Cogens)" için de geçerlidir. Diğer bir deyişle, "Yargıcın aktivizmi "nin söz konusu olabildiği diğer bir alan da uluslararası hukukta aksine hareket olanağı tanınmayan "Buyruk Kurallar (Jus Cogens)" in

200 Hukuk politikasında yargıcın rolü hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZCAN, M. T., *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 145.

201 Maddenin ve Statü'nün Türkçe tam metni için bkz. GÜNDÜZ, A. *Milletlerarası Hukuk*, s. 83 vd.

202 Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÇELİK, E. F. *Birinci Kitap*, s. 113 vd; MERAY, J. L., *Devletler Hukukuna Giriş-II*, s. 334 vd; CROZAT, C., *age.*, s. 144; BELİK, Mahmut R., "Milletlerarası Adâlette Hakkaniyet ve Nısfetin Rolü", *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Y: 1, S: 4, 1948, s. 140 vd (Bundan sonra "Milletlerarası Adâlette Hakkaniyet ve Nısfetin Rolü" şeklinde zikredilecektir).

203 BELİK, Mahmut R., *Devletlerin Harp Salahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yoluyla Halli Usulleri*, İstanbul, 1956, s. 150.

204 Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÇELİK, E. F. *Birinci Kitap*, s. 113 vd; MERAY, J. L., *Devletler Hukukuna Giriş-II*, s. 334 vd; CROZAT, C., *age.*, s. 144; Belik, Mahmut R., "Milletlerarası Hukukta Hakkaniyet ve Nısfetin Rolü", s. 140 vd. Ayrıca "adâlet" konusunda geniş bilgi için bkz. GÜRİZ, Adnan, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adâlet Kavramı* (İçinde), (Türkiye Felsefe Kurumu Yayını), (Editör: Adnan GÜRİZ), Ankara, 1994, s. 5-27; ERDOĞAN, Mustafa, "Özgürlük, Adâlet, Refah", *Adâlet Kavramı* (İçinde), (Türkiye Felsefe Kurumu Yayını), (Editör: Adnan GÜRİZ), Ankara, 1994, s. 115-130; ÖZCAN Mehmet Tefik, "Hukuk İdeolojisi: Adâlet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım" *Adâlet Kavramı* (İçinde), (Türkiye Felsefe Kurumu Yayını), (Editör: Adnan GÜRİZ), Ankara, 1994, s. 57-77 (Bundan sonra "Hukuk İdeolojisi" şeklinde anılacaktır); SAVAŞ, Vural Fuat, "Ekonomik Haklar, Refah Devleti ve Adâlet Üstüne Bazı Düşünceler", *Adâlet Kavramı* (İçinde), (Türkiye Felsefe Kurumu Yayını), (Editör: Adnan GÜRİZ), Ankara, 1994, s. 85-92; ÖKTEM, Niyazi, "Adâlet Kavramı ve Sosyal Realite", *Adâlet Kavramı* (İçinde), (Türkiye Felsefe Kurumu Yayını), (Editör: Adnan GÜRİZ), Ankara, 1994, s. 51-57; KUCURADI, Ioanna, "Adâlet Kavramı", *Adâlet Kavramı* (İçinde), (Türkiye Felsefe Kurumu Yayını), (Editör: Adnan GÜRİZ), Ankara, 1994, s. 27-34.

oluşturulmasındadır ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu kuralların hukukun gelişmesindeki önemi oldukça büyüktür.

Çalışmamızda hukukun gelişme yollarını (Hukukun Genel İlkeleri, Teamül Kuralları, Andlaşmalar, Resepsiyon vd.) hukuk tekniği çerçevesinde belirtmeye çalıştık. Ancak tüm bunlar, mevcut yapı içinde yavaş gelişebilen yollardır. Hukukun gelişmesi için asıl gerekli olan güç, yine “**küresel nitelikte bir konsensüs**”ün varlığıdır ki, buradaki konsensüsten anlaşılması gereken, devletler arasındaki bir işbirliğinden çok, bireylere kadar uzanan bir anlayış birliğidir. Aksi takdirde, hukukun küreselleşmesinden çok uluslararası hukuktan söz etmiş oluruz²⁰⁵. Oysa günümüzde henüz bunu gerçekleştirebilecek ne küresel nitelikte bir konsensüs, ne de bunun yerini tutabilecek diğer bir güç söz konusudur. Zira, Edward H. Carr’ın da belirttiği gibi, insanlık ne dün ne de bugün “**küresel nitelikte tek bir çatı**” altında yaşama arzu ve olgunluğuna henüz ulaşmış değildir. Hatta hukukun küreselleşmesinden de önce, “uluslararası hukuk”u tam olarak işletecek bir konsensüs veya otorite dahi henüz mevcut değildir²⁰⁶.

Bu noktada yapılması gereken, süreci etkilemek durumunda olan söz konusu devletlerin; hukuk asimilasyonlarına maruz kalmak yerine, öncelikle çağa ayak uydurmak ve çağın hukukuna katkıda bulunmaya çalışmalarıdır. Bunun için de kendi iç hukuk sistemimiz içerisindeki ilgili hukuk normlarını anında tespit edecek ve üretebilecek mekanizmaların kurulması ve buna paralel olarak devletin, öncelikle uyruklarını yurt dışında koruyucu bir yapı geliştirmesi gerekmektedir. Örneğin, yurtdışı ticari ilişkilerde bir garantör sistemin oluşturulması gibi. Kısacası, Shapiro’nun ifadesiyle bir “**ulusal hukuk siyaseti**”²⁰⁷ oluşturularak müşterek ve uygulanabilir nitelikte küresel kurallar tespit edilmeli; geriye kalan boşluklar da yine küresel kullanıma elverişli şekilde doldurulmalıdır. Bu şekilde hem küreselleşme adı altında gizlenmiş olan Yeni Dünya Düzeni’nin hukuk asimilasyonundan etkilenme asgari düzeye düşürülmüş olur; hem de hukukun gelişmesine katkıda ve etkide bulunmuş olur.

Diğer bir husus ise, uluslararası mahkemelerin sayılarının çoğaltılması ve ihtilafların mahkemelere götürülmesinin mecburleştirilmesidir. Ayrıca, mevcut uluslararası örgütlenmeler içindeki karar alma usulünde “**oyçokluğu**” yönteminin yaygınlaştırılmasıdır.

²⁰⁵ SHAPIRO, M., *agm*, s. 1.

²⁰⁶ Bkz. CARR, E. H., *age*, s. 65.

²⁰⁷ SHAPIRO, M., *agm*, s. 10.

İşte söz konusu çabaların bu olumsuzlukları giderici yönde olması gerekmektedir. Bunun için de, bu hususlara(mecburî kaza yetkisinin kabulü, uluslararası uzmanlık mahkemelerinin kurulması gibi) yönelik olarak, öncelikle uluslararası uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kuralları üzerinde konsensüs sağlanmalıdır. Buna bağlı olarak da âdil ve genel nitelikli normlar geliştirilmelidir ki, bu konuda öncelikle tüm toplumların kabul ettikleri “**Hukukun Genel İlkeleri**”nden yararlanılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bilindiği gibi, “Hukukun Genel İlkeleri”nin, -UAD Statüsü 38/1-c maddede de açıkça belirtildiği üzere- “medenî milletler tarafından tanınması” ölçütü söz konusudur ki, bugün, “medenî” ölçütü üzerinde bir konsensüs da söz konusu değildir. Oysa küresel bir sistemin ve bunun hukukunun gerçek anlamda oluşabilmesi için hem söz konusu sistemin, hem de hukukunun “**orijin ihtiyacı**”²⁰⁸ sorununun çözülmesi zarureti vardır ki, şimdiye kadar bu konu belli kesimlerce ya bilinçli olarak ihmal edilmiş, ya da sözde Antik Greko-Romen orijinli “**Batı**” kültürü yönünde tek taraflı empozeye maruz bırakılmıştır²⁰⁹.

Belirtmek gerekir ki, bugün bu tek taraflı bakış, ya da empoze girişimleri bizzat Batılı bilim adamları tarafından da eleştirilmekte ve hatta Batı felsefesinin **Descartes-Newton** sentezli olan temelinin doğruluğu hususundaki şüpheler ve **Quantum Mekaniği-Doğu Felsefesi** sentezli yeni arayışlar yine bu bilim adamlarınca açıkça dile getirilmektedir²¹⁰.

Bu nedenle, öncelikle bu konularda uluslararası konsensüsün oluşturulması gerekmektedir. Bunlar sağlandığı takdirde, devletler arasındaki güç eşitsizliğinden doğan keyfî politikalar ancak asgariye indirilebilecektir²¹¹. Bunun sonucunda da başta hukuk olmak üzere pek çok alanda olumlu ilişkiler gelişebilecek ve doğal gelişme süreci daha rahat işleyebilecektir.

²⁰⁸ SCHREUER, C., *agm*, s. 21.

²⁰⁹ Bu konuda geniş bilgi ve değerlendirmeler için bkz. AMİN, Samir, *Avrupa Merkezilik*, (Ayrıntı Yay.), İstanbul, 1993, s. 84 vd; ERYILMAZ, Bilal, “Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna Üyeliği ve Kültür Sorunu”, *TİD*, Y: 63, 1990, s. 391-418.

²¹⁰ Burada ilginç olan bir nokta, bu tür görüşlerin felsefe ve fizik alanlarının da ötesinde uluslararası hukuk gibi daha dar sahalarda da yoğun şekilde tartışılmasıdır. Örnek olarak bkz. TRIMBLE, Phillip R., *agm*, s. 7 vd.

²¹¹ Belirtmek gerekir ki, bugünkü yapı, bu açıdan güçlü devletlerin lehine bir sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle de kendi egemenliklerini sınırlayacak bir yapının hoşlarına gitmeyeceği kesindir.

