

PAPER DETAILS

TITLE: Anayasada Sayilmayan Haklarin Yargisal Korunmasi

AUTHORS: Aersoy KONTACI

PAGES: 427-460

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621423>

ANAYASADA SAYILMAYAN HAKLARIN YARGISAL KORUNMASI

Judicial Protection of Unenumerated Rights

A. Ersoy Kontacı*

ÖZ

Anayasada sayılmayan haklar, anayasalarda veya anayasal değer taşıyan diğer belgelerde açıkça zikredilmeyen, söz konusu hakka yönelik müdahalelerin sınırlandırılmasından hareketle varlığı kanıtlanamayan veya anayasalarda ayrıntılı biçimde düzenlenerek güvence altına alınmamış olan hakları ifade etmektedir. Konunun Türk Doktrini'nde ele alınış biçimine bakıldığında ise, genel olarak bu hakların sınırlandırılması sorunu üzerine odaklanan bir yaklaşımın hâkim olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu çalışmada benimsenen yaklaşım; anayasada sayılmayan hakların “nasıl sınırlandırılacağı” sorununu değil, bu hakların “nasıl tespit edilip korunacağı” sorununu temel almaktadır. Bu bağlamda, bu türden hak kategorilerinin yaratılması konusunda yargı organının rolünün ne olabileceği tartışılmakta; karşılaştırmalı gözlemlerden hareketle ulaşılan sonuçlar, anayasa yargısının hukukî koruma işlevi bağlamında tartışmaya açılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasada sayılmayan haklar, isimsiz haklar, yargısal denetim, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, Avustralya Yüksek Mahkemesi

ABSTRACT

Unenumerated rights respond to those rights which are not defined or referred to –either explicitly or implicitly– in the constitutions or constitutional documents of the country in question. Turkish academic

Makalenin geliş tarihi: 23.08.2017 **Makalenin kabul tarihi:** 10.10.2017

* Yardımcı Doçent Doktor, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

literature seems to have developed a tendency of approaching the question of “unenumerated rights” from a limitation point of view. However, this study aims to offer an alternative perspective on the subject matter, i.e. how to explore and protect those rights. The role of the judiciary and of the constitutional courts/supreme courts is given a particular importance in this regard. Finally, a comparative inquiry covering several selected examples is conducted and the findings are discussed by reference to the judicial protection function of constitutional review.

Key Words: Unenumerated rights, constitutional review, United States Supreme Court, French Constitutional Council, High Court of Australia.

I. Giriş

“Anayasada sayılmayan haklar”, anayasalarda veya anayasal değer taşıyan diğer belgelerde açıkça zikredilmeyen, söz konusu hakka yönelik müdahalelerin sınırlandırılmasından hareketle varlığı kanıtlanamayan veya anayasalarda ayrıntılı biçimde düzenlenerek güvence altına alınmamış olan hakları ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır.

Bu bağlamda, “anayasada sayılmayan hak” tabiri, içinde kavramsal bir çelişkiyi de barındırmaktadır. Zira “hak”, esasen hukuk düzeni tarafından tanınan bir özgürlüğü ifade etmektedir.¹ Hukuk düzeni tarafından tanınma, haklara hukukî araçlarla korunma ve icra edilebilirlik niteliği kazandırmaktadır.² Bu anlamda her bir *özgürlük*, ancak hukuk düzeni

¹ GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa 2017, s. 68. Bu bağlamda hak kavramı, kişiye izafe edilen bir davranış imkânı (Bkz. BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 210) veya başkalarının belli şekilde davranmasını veya bir şey yapmasını isteme yetkisi (GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı, Siyasî Kitabevi**, Ankara 2003, s. 44) olarak yetkisi olarak da tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, hukuk öğretisinde yaygın olarak kullanılan bu tanımın, büyük ölçüde 18. yüzyılın klâsik liberalizm anlayışının hukuk dünyasında doğurduğu etkinin izlerini taşıdığı söylenebilir. Zira günümüzde ve özellikle 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde sosyal hakların anayasal düzeyde tanınmaya başlamasıyla birlikte, “hak” kavramının hukuk düzeni tarafından tanınan özgürlüklere ek olarak, kişilerin bazı kamusal imkânlardan yararlanma taleplerini de içeren daha geniş bir anlama kavuştuğu görülmektedir (Bkz. SENCER, Muzaffer, “Hak ve Özgürlük Kavramı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Cilt 14 (1992), s. 3). Doktrinde, burada “hak” olarak tanımlanan kategorinin “kamu hürriyeti” olarak isimlendirildiği temel eserlere de rastlanmaktadır. Bkz. KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 14.

² HEYWOOD, Andrew, **Key Concepts in Politics**, Palgrave, London 2000, s. 147.

tarafından tanınmakla birlikte *hak* niteliği kazanır.³ Öyleyse anayasalarda “sayılmayan haklar”dan ziyade, “sayılmayan özgürlükler”den söz etmenin daha uygun olacağı savunulabilir. Bunun birlikte “özgürlük”, hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış olan tüm insan davranışlarını içeren bir kategoriye denk düştüğü için, “anayasada sayılmayan özgürlükler” kavramıyla işaret edilen çerçevenin, çalışma konumuz açısından makul bir sınırlama yapmaya elverişli olmayacağı açıktır. Bu sebeple, ilk anda göze çarpan kavramsal çelişkiye rağmen, bu çalışmada “anayasada sayılmayan haklar” teriminin kullanılması tercih edilmiş bulunmaktadır.

Bu bağlamda hemen ifade etmek gerekir ki, demokratik bir hukuk devletinde kişilerin sahip oldukları özgürlükler, anayasada sayılan haklar aracılığıyla tanınan ve güvence altına alınan davranış kalıplarından veya taleplerden ibaret değildir. Nitekim pek çok hukuk düzeninde, anayasalarda sayılmayan bu türden özgürlüklerin de sistem içinde meşru bir konum sahibi olduğunu kanıtlamak üzere, çeşitli açıklama ve formüllerin ortaya atıldığı görülmektedir. Bu kapsamda örneğin Almanya’da; Federal Anayasa’nın “*herkes(in) kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahip...*” olduğunu belirten 2. maddesinin, Anayasa’da açıkça düzenlenen temel hak kurallarından hiçbirinin geçerlilik alanı içine girmeyen insan eylemlerinin anayasal düzende tanınmasını sağlayan madde olduğu kabul edilmektedir.⁴ Federal Anayasa’nın 1. maddesinde düzenlenen “insan onuru”nun da, Alman Anayasa Hukuku’nda genel bir eylem özgürlüğünün garantisi olarak yorumlandığı örnekler mevcuttur.⁵ Benzer şekilde, ülkemizde de anayasada sayılmayan hakların Anayasa’nın 5. maddesinde yer alan “*insanın maddi ve manevi varlığını gelişt(tir)me...*” hakkı çerçevesinde ele alınması gerektiğini ifade eden çalışmalara rastlanmaktadır.⁶ Bu bağlamda bir de, Anayasa’nın 12. maddesinde yer alan; “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” ifadesinin, bu türden haklar

³ Buna karşın, anılan ilişkiyi farklı biçimde açıklayan ve “özgürlük” ile “hak” kategorilerinin birbirinden ayrılamayacağını savunan (Bkz. MUMCU, Ahmet ve Elif KÜZECİ, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri – Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumlar, Turhan Kitabevi**, Ankara 2007, s. 14) veya özgürlüğün “aslen bir hak olduğunu” ileri süren yazarlar da bulunmaktadır (Bkz. KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 15; MUMCU ve KÜZECİ (2007), s. 14).

⁴ SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hak ve Hürriyetlerin Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasî Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1982, s. 41-42.

⁵ GÖREN, Zafer, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1992, s. 174.

⁶ GÜMÜŞ, Tarık, **Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı**, Eğitim Akademi Yayınları, Konya 2010, s. 1.

açısından bir “depo madde” olarak kullanılmasını öneren görüşlere dikkat çekmek gerekmektedir.⁷

Sonuçta, anayasal mimari içinde bu türden haklara yapılan veya yapıldığı düşünülen göndermenin türü ne olursa olsun, bir özgürlüğün hukuk düzeni tarafından tanınıp düzenlenmesi ile düzenlenmemesi aradaki farkın, o temel hak veya özgürlüğün *varlığına* değil ama sahip olduğu *güvencelere* ilişkin bir mesele olduğunu söylemek mümkündür.⁸ Bu çerçevede ve genel bir varsayım olarak; doğrudan anayasalarda düzenlenen bir hakkın, başta yasama organı olmak üzere sistemdeki tüm aktörlere karşı oldukça güvenceli bir statüye kavuşturulmuş olacağı ifade edilebilir. Nitekim böyle bir tercihin, “anayasacılık” düşüncesinin ruhuna uygun düşen bir tutum olacağına da kuşku yoktur. Zira bilindiği üzere klâsik anayasacılık düşüncesi, merkezinde yer alan “sınırlı iktidar” ve “hukuk devleti” prensiplerini hayata geçirebilmek için öncelikle bireysel ve toplumsal yaşamın belli alanlarının iktidarın müdahalelerinden tamamen soyutlanmasını öngörmekte (*alan sınırlamaları*); ikinci adımda ise iktidarın meşru hareket alanı üzerine yoğunlaşarak, kamu gücünün işleyişinin ve eylemlerinin öngörülebilir hale getirilmesini amaçlamaktadır (*prosedürel sınırlar*).⁹ Bu akıl yürütmeden hareketle, temel hakların doğrudan anayasalar veya anayasal değer taşıyan metinlerde tanınmalarının, anayasacılığın bu temel amacına hizmet etmek açısından en faydalı yol olduğu kolaylıkla görülebilmektedir.¹⁰ Bu kapsamda bir de, anayasalarda sayılmamış olan hakların, anayasa altı normlarla tanınmasının ve düzenlenmesinin de mümkün olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Ne var ki, böyle bir yöntemle koruma altına alınan hakların, ancak normaler hiyerarşisinde bu düzenlemelere tâbi olan organlar karşısında güvence altına alınmış olacağı açıktır.¹¹

⁷ GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukun Genel Teorisi, Cilt-II**, Ekin Yayınları, Bursa 2011, s. 526-527.

⁸ GÖZLER (2011), s. 518.

⁹ CASTIGLIONE, Dario: “The Political Theory of the Constitution”, **Political Studies**, XLIV (1996), s. 423. Aynı yönde bkz. FRIEDRICH, Carl, J.: **The Philosophy of Law in Historical Perspective**, The University of Chicago Press, Princeton 1969, s. 220, 221.

¹⁰ Anayasacılık düşüncesinin klâsik teorisini en iyi ifade eden çalışmalardan birinde Giovanni SARTORI; “yazılı belgeler”in, sadece basit birer araç niteliği taşıdığını; esas meselenin araçlar değil, bu araçlarla ulaşılmak istenen “amaç” olduğunu ve bu amacın da “garanticilik” (*garantisme*) olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. SARTORI, Giovanni: “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, **The American Political Science Review**, Vol. 56, No. 4 (1962), s. 853-864. Bu konuda ayrıca bkz. TURHAN, Mehmet: “Anayasa ve Anayasacılık”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3 (Eylül 1994), s. 3-12.

¹¹ GÖZLER (2017), s. 171.

Türk doktrininde bu alanda yapılan çalışmalara genel olarak bakıldığında ise; yürütülen tartışmaların genellikle Anayasa’da sayılmayan hakların “sınırlandırılması” konusu üzerine odaklandığı görülmektedir. Bu bağlamda konunun, özellikle 2001 değişiklikleri kapsamında Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “genel sınırlama sebepleri”nin metinden çıkarılması ve tüm haklara ilişkin “özel sınırlama sebepleri”nin ilgili maddelere eklenmesi sonucuna daha da dikkat çekici hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu noktada genellikle üzerinde durulan soru; *Anayasa’da sayılmayan ve dolayısıyla hakkında hiçbir sınırlama sebebi de bulunmayan hakların* nasıl sınırlanabileceği şeklinde formüle edilmektedir. Bu soruya verilen cevapların ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında dayanak alınacak sebeplerin yalnızca ilgili maddelerde yazılanlardan ibaret olmadığı; aksine, ilgili temel hakkın objektif anlamından ve toplum halinde yaşamının gereklerinden kaynaklanan sınırlamaların da mevcut olduğu tespitinden yola çıkılarak oluşturulduğu gözlemlenmektedir.¹²

Konuya ilişkin olarak bu çalışmada benimsenen yaklaşıma gelindiğinde ise, yukarıdaki incelemelerden farklı olarak; anayasalarda açıkça sayılmayan hakların “nasıl sınırlanacağı” sorununun değil; ama bunların “varlığının nasıl tespit edilebileceği” ve bu hakların “nasıl korunacakları” sorununun temel alındığını belirtmek, konuya giriş açısından elverişli bir başlangıç noktası olarak görülmektedir.

Bu bağlamda farklı ülke uygulamalarına bakıldığında, anayasada sayılmayan hakların tüketici bir listesinin hiçbir hukuk düzeninde bulunmadığı söylenebilir. Nitekim bu durum, incelenen konuyu mahiyetine uygun düşen mantıksal bir sonuç olarak göze çarpmaktadır. Bunun yerine, karşılaştırmalı gözlemlerin bizi ulaştırdığı ilk sonuç; çeşitli yargı çevrelerinde bu türden hakların varlığına yönelik tespitlerin, bunların korunmasını konu alan yargı kararlarıyla *iç içe geçmiş halde* bulunduğuudur. Başka bir ifadeyle, anayasalarda sayılmayan haklar –bu hakların kanunlar veya yürütmenin düzenleyici işlemleri aracılığıyla tanındığı ayrıksı haller bir tarafa bırakılırsa– kural olarak varlıklarını ortaya koyan birer yargı kararıyla tespit edilmekte ve *hakkın varlığına yönelik bu tespit, çoğu durumda anılan hakkın ihlâl*

¹² Bu türden çalışmalara birkaç örnek için bkz. GÖZLER, Kemal, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırlar: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 47, Sayı 1 (Ocak 1990), s. 31-67; YAVUZDOĞAN, Seçkin, “Tütün Çiğneme, Emme, Tüttürme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve 4207 sayılı Kanun Üzerine Birkaç Not”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1 (Aralık 2011), s. 21-34; GÖLBAŞI DİNÇ, Aslı, “Anayasa Hukukunda İsimsiz Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1 (Nisan 2017), s. 95-115.

edildiğine ilişkin ikinci bir tespit tarafından izlenmektedir. Bu ikili tespitten hareketle ulaşılan sonuç ise, çoğu durumda ve anayasal sistemin özelliğine göre, bir “iptal” veya “ihmal” kararı olmaktadır.

Başlangıç niteliğindeki bu gözlemlerin de ortaya koyduğu üzere; anayasada açıkça sayılmayan haklar konusu, özü itibariyle *içtihadî bir hukuk alanı* olarak belirginleşmektedir. Dolayısıyla bu alanda yapılacak çalışmaların da, kaçınılmaz olarak içtihadî bir analiz çizgisini takip etmesi gerekecektir. Nitekim takip eden sayfalarda yapılacak incelemede de; öncelikle farklı yargı çevrelerinde bu türden hakları konu alan yüksek mahkeme kararları üzerinde durulacak, sonrasında ise bu inceleme kapsamında ulaşılan bulgulardan hareketle bazı tespit ve sonuçlara varılmaya çalışılacaktır.

II. Anayasada Sayılmayan Hakların İctihadî Keşfi: Bazı Karşılaştırmalı Gözlemler

Anayasada sayılmayan hakların içtihatlar yoluyla tespiti ve korunması, farklı yargı çevrelerinde, farklı hukukî ve siyasî koşullar çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, farklı yargı organlarının bu alanda sahip oldukları eylem olanakları da; ilgili ülkelere hâkim olan hukuk kültürlerinden mahkemelerin üye kompozisyonuna, döneme hâkim olan siyasî atmosferden anayasal sistem tercihlerine kadar pek çok faktörün etkisiyle şekillenmektedir. Bu faktörlerin her birinin, incelenen her bir yargı çevresi bakımından ayrı ayrı tespit edilip değerlendirilmesinin, ülkeler bazında ayrı bir uzmanlığı gerektirdiği ve ayrı bir çalışma türünün konusu olduğu açıktır. Bununla birlikte anılan durumun varlığı, bu çalışmada temel hakların anayasal mimarî içindeki konumunu merkez alan bir değerlendirme yapmaya da engel teşkil etmemektedir.

Bu çerçevede, anayasada sayılmayan haklara ilişkin korunma ihtiyacının, temel hakların anayasalarda tanınma ve düzenlenme biçimlerine bağlı olarak en az üç farklı sistem tercihi bağlamında ortaya çıkması mümkündür. Bu kapsamda akla gelebilecek ihtimallerden ilki; anayasada belli temel hakların açıkça sayılmış ve düzenlenmiş olmasına karşılık, korunması talep edilen hakkın anayasada sayılan haklar arasında yer almamasıdır. Bu kapsamda akla gelebilecek ikinci bir ihtimal ise; korunması talep edilen hakkın yine anayasada sayılmıyor olmasına karşılık, anayasanın “tamamlayıcı metinlerine” yapılan göndermelerden hareketle varlığının tespit edilebildiği durumlardır. Nihayet bu konuda akla gelebilecek üçüncü bir ihtimal ise; anayasada bir temel haklar kataloğuna yer verilmiyor oluşu, başka bir deyişle, temel haklar alanının bütünüyle anayasa metninin dışında bırakılmış olmasıdır.

Öyleyse, çalışma konusuna ilişkin yapılacak içtihadî bir analizin anlamlı sonuçlar verebilmesi için, bu ihtimallerin her birini temsil eden en az birer örneği kapsamına alması gerekmektedir. Nitekim aşağıda incelenen ülkelerden Amerika Birleşik Devletleri bu ihtimallerde ilkin; Fransa ikincisine, Avustralya ise üçüncüsüne denk düştüğü için tercih edilmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda, incelenen ülkelerden her birinde, öncelikle ele alınan kararın arka plânına ilişkin bilgiler verilmekte, sonrasında kararın ayrıntılı analizi yapılmakta ve son adımda da karşılaştırmalı gözlemler için kaynak oluşturacak bazı hususların vurgulanması amaçlanmaktadır.

1. Amerika Birleşik Devletleri: Anayasa’da Sayılmayan Haklar Teorisinin Doğumu - *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

a. Arka Plan

Amerika Birleşik Devletleri’nin Federal Yasama Organı olan Kongre, 3 Mart 1873 tarihinde “Müstehcen Edebiyat ve Ahlâka Aykırı Yazıların Ticaretinin ve Dolaşımının Yasaklaması Hakkında Kanun”u (*Act for the Suppression of Trade in, and Circulation of, Obscene Literature and Articles of Immoral Use 1873*) kabul etmişti. Teklifin en büyük destekçisi olan Anthony Comstock’a atfen “Comstock Kanunu” olarak da bilinen Kanun ile, Birleşik Devletler Posta İdaresi’nin; erotik içerikli yayınlar, seks içerikli veya bu konuda bilgiler veren mektuplar, doğum kontrol ilaçları, çocuk düşürtmeye yarayan ilaçlar ve seks oyuncakları taşımak amacıyla kullanılması suç haline getiriliyor ve aksi yöndeki davranışların cezalandırılması öngörülüyordu.

Anılan kanun, takip eden yıllarda pek çok eyalette yapılan benzer düzenlemelere de ilham kaynağı olmuş; bu çerçevede doğum kontrol araçlarının kullanımı çeşitli şekillerde yasaklanmış ve bu türden davranışların suç haline getirilmesi görülmüştü.

Bu yönde yapılan düzenlemelerin göze çarptığı eyaletlerden biri de, Amerika Birleşik Devletleri’nin kuzeybatı kıyısında yer alan ve 1787 tarihli Federal Anayasa Konvansiyonu’nun toplanmasında oynadığı rol nedeniyle “Anayasa Eyaleti” olarak da anılan Connecticut olmuştur. Gerçekten, Connecticut Eyalet Meclisi tarafından 1879 yılında kabul edilen bir kanun ile; “*Hamileliği önlemek amacıyla herhangi bir ilaç veya medikal bir gereç kullanan kişiler(in)...*” 50 dolardan az olmayan bir para cezasına veya 60 gün ila 1 yıl arasında bir hapis cezasına veya her ikisine birden mahkûm edileceği kabul edilmişti. Düzenlemenin daha da vahim olan boyutu ise; bu “suç”u işleyenlere “*....yardım eden veya rehberlik yapanların...*” da aslî fail gibi cezalandırılacağı öngörülmüş olmasıydı. 1960’lı yıllara gelindiğinde ise,

nüfusunun önemli bir kısmı Katolik mezhebine mensup olan Connecticut, bu yöndeki düzenlemelerin halen yürürlükte olduğu az sayıdaki eyaletten biri olarak göze çarpmaktaydı.

Bu dönemde Connecticut Eyaleti'nde yaşayan kişilerden olan Estelle Naomi Trebert Griswold, Eyalet bünyesinde kurulmuş olan Aile Planlaması Merkezleri'nin de Direktörlüğünü yürütmekteydi. Bayan Griswold'un çalışma arkadaşı ve aynı zamanda Yale Üniversitesi'nde Profesör olan Lee Buxton ise, Connecticut Eyaleti'nin New Heaven şehrinde bir doğum kontrol kliniği işletmekteydi. Her iki kişi de, evli çiftlere belli bir ücret karşılığında (ve bazen de ücretsiz olarak) doğum kontrol yöntemleri hakkında bilgiler, eğitim ve tıbbî tavsiyeler veriyordu. New Heaven kendinde kurulan Kliniğin 1 Kasım 1961 tarihinde faaliyetlerine başlamasından kısa bir süre sonra ise, Griswold ve Buxton, yukarıda anılan Kanun hükümlerine aykırı faaliyetlerinden ötürü yargılanarak 100 Amerikan Dolar tutarında para cezasına çarptırıldılar. Anılan cezanın Bölge Temyiz Mahkemesi ve Connecticut Yüksek Mahkemesi tarafından onanmasının ardından Griswold, kendisine uygulanan cezanın dayanağı olan kanun hükmünün, evli çiftlerin mahrem alanlarına müdahale ederek bu kişilerin özel yaşamlarının gizliliği ilkesini ihlâl ettiği ve dolayısıyla da Federal Anayasa'ya aykırı düştüğü iddiasıyla meseleyi Federal Yüksek Mahkeme'nin (*Supreme Court*) önüne taşıdı.

b. Karar

Griswold kararında Yüksek Mahkeme'nin 9 üyesinden 7'si, söz konusu düzenlemenin Federal Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetti. Yargıç Black ve Yargıç Stewart ise, çoğunluk kararına muhalif kalan üyeler oldular. Bununla birlikte anılan kararın son derece ilginç bir yönü, Yüksek Mahkeme'nin dokuz üyesinin tümünün, önlerine gelen kanunun anlamsız bir düzenleme olduğu yönünde fikir birliği içinde olmasıydı. O kadar ki; karara muhalif kalan Yargıçlar Black ve Stewart bile, karşı karşıya kaldıkları düzenlemeyi “... *eşi benzeri görülmemiş aptallıkta bir kanun*” (“*uncommonly silly law*”) olarak tanımlamakta bir sakınca görmüyorlardı.

Kararın daha da ilgi çekici olan boyutu ise, ABD Anayasası'nın gerek orijinal metninde, gerekse Anayasa'ya 15 Aralık 1791 tarihinde eklenen ilk 10 Değişiklikten (*First 10 Amendment*) oluşan “Haklar Bildirgesi”nde¹³ özel

¹³ ABD Anayasası'nın orijinal halinde, bir temel haklar kataloğu bulunmamaktaydı. Zira;

- Federal Konvansiyon, ulusal ve merkezi bir hükümeti güçlendirmek amacıyla toplanmıştı ve temel hakların buradan kaynaklı tehlikelerle karşı karşıya olduğu düşünülmüyordu.
- Federe devletlerin zaten temel hakları koruyacakları inancı hâkimdi.

yaşamın gizliliğine ilişkin hiçbir düzenlemenin yer almamasıydı. Zira “özel yaşamın gizliliği” konusu, 18. yüzyılın sonlarında halen kısmen feodal toplum düzenini devam ettiren tarım toplumları açısından, korunması ihtiyacı hissedilen bir hak alanı olarak ortaya çıkmış değildi. Nitekim anılan hakka, aşağı yukarı aynı yılların ürünü olan Fransız Haklar Bildirgesi’nde de yer verilmemiş olması, özel yaşamın gizliliği hakkının bu çağın ihtiyaç listesinde yer almamasından kaynaklanıyordu.¹⁴ Dahası, özel yaşamın gizliliği hakkının akademik çalışmalara tartışılmaya başlanması için bile, bu tarihten itibaren yaklaşık yüz yıl beklemek gerekecek ve söz konusu kavram, ilk olarak 1890 yılında yayımlanan bir makalede bugünkü anlamıyla kullanılacaktı.¹⁵

Yüksek Mahkeme’nin bu kararı içeriği yönünden tahlil edildiğinde ise, önlerine gelen kanun hükümlerinin “aptallığı” konusunda fikir birliği içinde olan yargıçların, düzenlemenin Federal Anayasa karşısındaki konumu hakkında son derece farklı fikirlere sahip oldukları görülebilmektedir. Üstelik bu farklı fikirler, düzenlemenin Federal Anayasa’ya aykırı olduğu görüşünü paylaşan 7 yargıç ile aksi görüşü savunan 2 yargıç arasındaki görüş farklılıklarından da ibaret değildir. Gerçekten, düzenlemenin Federal Anayasa’ya aykırı olduğu yönünde oy kullanan 7 yargıcın bile, toplam 4 “farklı gerekçe” ile Anayasa’ya aykırılık sonucuna varmış oldukları görülmektedir.

Mahkeme’nin görüşünü kaleme alan Yargıç Douglas, konuya Anayasa’da *sayılmayan* bazı hakların, açıkça *sayılan* hakların “gölgesinde” (“*penumbra*”) yaşadıkları noktasından yaklaşmaktadır. Yargıç Douglas, bu düşüncesini desteklemek için Mahkeme’nin daha önce vermiş olduğu bazı kararlara işaret etmekte ve örneğin *NAAP v. Alabama* kararında¹⁶ Mahkeme’nin dernek özgürlüğüne ilişkin başvuruyu karara bağlarken, 1. Değişiklik (*First Amendment*) kapsamında açıkça sayılmayan dernek kurma özgürlüğünü, maddede açıkça sayılan diğer özgürlüklerin anlamlı bir şekilde kullanılabilmesi için koruma altına almış olduğunu hatırlatmaktadır. Yargıç Douglas, incelenen kanun hükümlerinin “özel yaşamın gizliliği” hakkını ihlâl

- Merkezi hükümetin yetkileri sınırlı sayıda olduğu için, merkezi hükümet anayasasında tanınacak bazı temel hakların da sınırlı sayıda tanınmış oldukları gibi bir anlayışın ortaya çıkmasından korkuluyordu. Bkz. ROGGE, O. John, “Unenumerated Rights”, *California Law Review*, Vol 47, No. 5 (1959), s. 787-788.

¹⁴ KOOPMANS, Tim, *Courts and Political Institutions, A Comparative View*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 25.

¹⁵ Anılan öncü çalışma için bkz. WARREN, Samuel D., ve Louis D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 9, No. 5 (1890), s. 193-220.

¹⁶ *National Association for the Advancement of Colored People v. Alabama*, 357 US 449 (1958).

ettiği sonucuna varırken de, anılan hakkın Anayasa veya Haklar Bildirgesi'nde açıkça sayılmamış olmasına karşılık, çeşitli hakların “gölge alanında” var olduğuna işaret etmektedir. Bu kapsamda, 3. Değişiklikte yer alan; “*Barış zamanında sahibinin izni olmadan, savaş zamanında ise kanunla belirlenen çerçevenin dışında hiçbir asker herhangi bir meskene yerleştirilemez*”¹⁷ hükmü, Yargıç Douglas’a göre kişilerin özel yaşam alanlarının mahremiyetine saygı fikrini içermektedir. İlaveten, 4. Değişiklikle arama ve el koymaya ilişkin getirilen usul kuralları ile 5. Değişiklikte yer alan “...*kimsenin kendisini suçlayıcı bir beyan vermeye zorlanamayacağı*”¹⁸ kuralı da, bireyin özerk yaşam alanının Anayasa tarafından korunduğunu ve bu alana müdahale edilemeyeceğini göstermektedir. Sonuç olarak “özel yaşamın gizliliği hakkı”, Anayasa’da açıkça sayılmasa da, kişilerin özel yaşamlarına saygı gösterilmesi gerektiğini farklı biçimlerde ifade eden 1., 3., 4. ve 5. değişikliklerin “gölge alanında” var olmaya devam etmektedir. Kararında 14. Değişiklikte yer alan “adil muamele görme hakkı”na (*Due Process Clouse*) da değinen Yargıç Douglas, Anayasa’da sayılmayan hakların da aslında var olduğu ve bunların Yüksek Mahkeme tarafından korunması gerektiği yolundaki görüşünü 9. Değişikliğin ünlü ifadesini hatırlatarak sağlamlaştırmaktadır: “*Anayasa’da belli hakların açıkça sayılmış olması, halkın evvelden beri sahip olduğu diğer hakların aleyhine veya olanları ortadan kaldıracak biçimde yorumlanamaz*”.¹⁹

¹⁷ “No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law” - III. Amendment

¹⁸ “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...” - V. Amendment.

¹⁹ “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.” - IX. Amendment.

Bu anlamda Yargıç Douglas’ın ilgili hükmü yorumlama biçimi şu şekilde somutlaştırılabilir: Anayasa yapıcılar, belli bazı temel hakları, özellikle belli bazı hükümet eylemlerinden çekindikleri için Anayasa’ya koymuşlardır. Benzer çekinceler, bu temel haklar tarafından açıkça yasaklanmayan eylemler tarafından harekete geçirildiğinde de, Mahkemeler bunların anayasa aykırı olduğunu tespit ve ilân etmeye hazır olmalıdır. TUSHNET, Mark, “Testimony of Mark Tushnet, Carmack Waterhouse Professor of Constitutional Law Georgetown University Law Center”, presented to **The Subcommittee on the Constitution Committee on the Judiciary United States House of Representatives**, April 22, 1996. Mahkeme’nin görüşünü kaleme alan Yargıç Douglas’ın, sonlara doğru bu hukukî argümanlarını bazı etik ve duygusal tonlu ifadelerle de destekleme ihtiyacı hissettiği gözlemlenmektedir: “*Haklar Bildirgesinden, siyasi sistemimizden, okul sistemimizden bile daha eski ve yerleşik bir hak olan Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ile karşı karşıya bulunmaktayız. Evlilik, eşlerin iyi ve kötü günde ve sonsuza kadar sürmesi umuduyla bir araya geldiği, kutsallık derecesinde mahrem bir birliktir.*” Bkz. KOMMERS, Donald P., John E. FINN ve Gary J. JACOBSON, **American Constitutional Law, Essays, Cases and Coparative Notes, Vol. I**, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham 2010, s. 48.

Çoğunluk görüşüne “farklı gerekçe” ile katılan Yargıç Goldberg, Başyargıç Warren ve Yargıç Brennan’ın ise, “gölge alanlar” teorisine hiç girmeksizin, doğrudan 9. Değişiklikte yer alan “*Anayasa’da belli hakların açıkça sayılmış olması, halkın evvelden beri sahip olduğu diğer hakların aleyhine veya olanları ortadan kaldıracak biçimde yorumlanamaz*” formülünden hareket ettikleri ve Anayasa’daki temel haklar kataloğunun “tahdidi” bir yöntemle sayılmamış olduğuna işaret ederek hükme vardıkları görülmektedir. 14. Değişiklikteki “özgürlük hükmü”nün (*Liberty Clause*), 9. Değişiklik uyarınca evlilik içi mahremiyet hakkını da içerdiğini belirten Yargıçlar, düzenlemenin ayrıca “ölçülülük” ilkesi yönünden de Anayasa’ya aykırı olduğuna işaret etmektedirler.

Yukarıdaki görüşlerden tümüyle ayrılan Yargıç Harlan ise, 14. Değişiklikle güvence altına alınmış bulunan “adil muamele görme hakkı”ndan (*Due Process Clause*) hareketle sonuca varmaktadır. Karara yine farklı bir gerekçe ile katılan Yargıç White ise, söz konusu düzenlemeyle evli çiftlerin doğum kontrol yöntemleri hakkında “bilgilenme haklarının” 14. Değişikliğe aykırı biçimde sınırlanmış olduğundan hareketle sonuca ulaşmaktadır. Bu bağlamda Yargıç White, incelenen düzenlemenin aynı zamanda doğum kontrol yöntemleri hakkında hâlihazırda bilgi sahibi olmayan vatandaşları, eğitilmiş ve bilgili vatandaşlara göre dezavantajlı bir konuma düşürdüğünü kanaatindedir.²⁰

Mahkeme çoğunluğunun bütün bu görüşlerine karşın, başvurunun reddedilmesi gerektiğini savunan Yargıç Stewart ve Yargıç Black’in karşı oyları, hukuk tekniği ve Amerikan anayasa hukuku doktrinine Hâkim olan temel yaklaşımlardan biri olan “özcülük” (*originalism*) bağlamında okunmaya değer bir başyapıt görünümündedir.²¹ Takip eden yıllarda Yüksek Mahkeme çatısı altında Yargıç Scalia tarafından üstlenilecek olan “özcülük” görüşünün

²⁰ Nitekim bu tespit önemli bir haklılık payı bulunduğu da vurgulanmalıdır. Zira söz konusu kanun hükmünün, doğum kontrol ilaçlarının doktorlar tarafından hastalarına “fiziksel ve psikolojik sağlık” gerekçesiyle yazılmasını engellemediği kabul ediliyordu. Bu yorumdan hareketle orta ve üst gelir gruplarına mensup aileler rahatlıkla söz konusu hizmetlere erişebilirken; alt gelir gruplarına mensup aileler söz konusu hizmetlerden yararlanamıyorlardı. Bu bağlamda, özellikle toplumun alt kesimlerine hizmet verme amacıyla olduğunu beyan eden bir kliniğin açılması, Kanun kapsamındaki yasakların “hatırlanmasında” önemli bir faktör olmuştu. Bkz. FALLON, Richard H. Jr., **The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 142.

²¹ Bu karşı oyun ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. TUSHNET, Mark (Der.), **I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases**, Beacon Press Books, USA 2008, s. 179-190.

temellerine ilişkin büyük ipuçları içeren karşı oyda, çoğunluğa mensup yargıçların yukarıdaki görüşleri tek tek ele alınmakta ve eleştirilmektedir.²² Yargıç Stewart ve Yargıç Black'in bu kapsamda dile getirdiği görüşler arasında belki de en ilginç olanı; Yüksek Mahkeme tarafından Connecticut Eyaleti Parlamentosunca kabul edilen bir Kanun'un Federal Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit ederken dayanan 9. Değişiklik hükmünün, aslen federe devletlerin yetki alanının federal hükümete karşı savunulması amacıyla getirilmiş olduğu yönündeki tespitleridir.²³

c. Değerlendirme

Griswold v. Connecticut kararı, günümüzde Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu en önemli kararlardan biri olarak kabul edilmektedir.²⁴ Bu bağlamda söz konusu karar, Yüksek Mahkeme'nin gelecek yıllarda vereceği çok önemli bazı kararların da temelini oluşturmuştur. Bu kararlar arasında, özel yaşamın gizliliği hakkının, aralarında resmî bir evlilik bağı olmaksızın birlikte yaşayan çiftleri de kapsayacak şekilde genişletildiği *Eisenstadt v. Baird* kararının (1972)²⁵, kadınların kürtaj hakkının tanındığı *Roe v. Wade* kararının (1973)²⁶ ve aynı cins arası evliliğin anayasal güvence altına alındığı *Obergefell v. Hodges*. kararının (2015)²⁷ sayılması mümkündür.²⁸

Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin *Griswold* kararının, zayıf bir gerekçeye sahip olduğu için sıklıkla eleştirilen bir karar olduğunu da

²² Yargıçların karşı oylarının tahlili için bkz. O'NEILL, Johnathan, **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 2007, s. 90-92.

²³ 9. Değişikliğin Mahkeme'ye içtihat yoluyla yeni haklar keşfetme hakkı vermediği yönündeki bir görüş için bkz. McAFFEE, Thomas B., "Unenumerated Rights Under the U.S. Constitution", **Nevada Lawyer**, Vol. 28 (2001), s. 27-29.

²⁴ Kararın Amerikan Anayasa Hukuku'nda özel hayatın gizliliği hakkının korunması bağlamında sahip oldu yer hakkında bir değerlendirme için bkz. BOZLAK, Ayhan, **ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması**, Beta, İstanbul 2015, s. 26-37 ve özellikle de s. 28 vd.

²⁵ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

²⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Bu kararla *Griswold* kararı arasındaki bağlantının tahlili için bkz. VILE, John R., **Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law**, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., U.K. 2004, s. 382.

²⁷ *Obergefell v. Hodges* 576 US ____ (2015).

²⁸ Anılan kararın Yüksek Mahkeme'nin sonraki yıllarda verdiği kimi önemli kararlara etkisi hakkında bkz. KERSCH, Ken I., **Constructing Civil Liberties, Discontinuities in the Development of American Constitutional Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 256, dn. 68.

belirtmek gerekmektedir. Bahsedilen bu zayıflık, esasen *Griswold* kararındaki çoğunluk gerekçesinin aşırı şekilde parçalanmış olmasından kaynaklanmaktadır. O kadar ki, kararda teknik anlamda bir “çoğunluktan” bahsetmek yerine, farklı gerekçelerle ve neredeyse tesadüfi olarak aynı sonuca ulaşmış bir “yargıçlar topluluğundan” söz etmek bile mümkün görünmektedir. Bütün bu dezavantajına ve hukuk tekniği açısından ciddi ölçüde eleştirilen yönlerine karşın, bu kararın toplum ve hukuk hayatında büyük etkiler doğurmuş olması ise, hukuk tarihi açısından kendine özgü ilginç bir durum olarak anılmaya değerdir.

Sonuç olarak, kararın konusunu oluşturan kurum –aile– ve konu –özel yaşamın gizliliği– düşünüldüğünde, anayasada açıkça sayılmayan haklar teorisinin Amerikan liberal dünya görüşü ve siyaset anlayışı ile doğal bir uyum içinde olduğu; buna karşın muhafazakâr dünya görüşünü benimseyen toplum kesimleri açısından çeşitli sorunlar yaratan bir düşünüş tarzı olduğu ileri sürülebilir. Fakat teorisinin, Yüksek Mahkeme tarafından ortaya atıldığı ilk dönemden beri takip ettiği seyre bakıldığında; anayasada sayılmayan haklar teorisinin, günümüzde liberal düşünüş ve hayat tarzına sahip toplum kesimleri tarafından olduğu kadar, muhafazakâr hukuk ve siyaset anlayışına mensup toplum kesimleri tarafından da benimsenmiş olduğu ve kullanılmaya başlandığı anlaşılmaktadır.²⁹ Başka bir ifadeyle “anayasa sayılmayan haklar” düşüncesi, ilk ortaya atıldığında neden olduğu onca gürültü ve anlaşmazlığa rağmen, günümüzde Amerika Toplumunun ve Amerikan hukuk kültürünün vazgeçilmez bir parçası haline gelmeyi başarmış görülmektedir.

2. Fransa: Cumhuriyet Kanunları Tarafından Tanınan Temel İlkeler - *Conseil Constitutionnel Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association*

a. Arka Plân

İkinci Dünya Savaşı'nın Fransa'da yol açtığı etkiler, yalnızca çatışmaların doğurduğu maddî zararlardan ve insan kaybının neden olduğu acılardan ibaret kalmamış; Ülke'de izleri on yıllar boyunca silinmeyecek olan derin yaraların ve çeşitli toplumsal ve siyasî ayrışmaların da doğumuna neden olmuştur. Bu sonuca yol açan en önemli etkenlerden biri; Almanya karşısında alınan yenilgiyi takiben Mareşal Philippe Pétain liderliğinde kurulan ve “Vichy Hükümeti”³⁰ olarak bilinen rejimin, bir kısım Fransız toprağı ile

²⁹ TUSHNET, Mark, “Can You Watch Unenumerated Rights Drift?”, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, No. 1 (2006), s. 211-215.

³⁰ Rejimin ismi, fiili idare merkezi olarak seçilen *Vichy* kentinden gelmektedir.

Fransa'nın denizaşırı sömürgelerini işgal dışında tutmak karşılığında Nazi Almanyası ile açık ve çoğu zaman da gönüllü bir işbirliğine girişmesi olmuştur. Bu rejim, Fransız Devrimi'nin değerleriyle ve Fransa'nın Cumhuriyetçi gelenekleriyle çatışma içinde olan tutucu Katolikler'in ve Aristokrat kalıntıların desteğini arkasına almış ve görevde kaldığı işgal yılları boyunca Fransa'nın kendini algılama ve tanımlama biçimleri üzerinde son derece yıkıcı etkiler doğurmuştur. Modernite karşıtı bir karşı devrim ideolojisine dayanan bu rejim, işbaşına gelmesinin ardından "Fransa Cumhuriyeti" ismini bile "Fransa Devleti"ne dönüştürmüş; Fransız Devrimi'nin "özgürlük, eşitlik, kardeşlik" (*liberté, égalité, fraternité*) sloganını ise "çalışma, aile, anavatan" (*travail, famille, patrie*) olarak değiştirmiştir. İşçi sendikalarının ve sol siyasetin baskı altında tutulduğu, kadının rolünün annelik imgesi ekseninde yeniden tanımlandığı bu dönem, demokratik değerlerin dışlandığı ve otoriteryanizmin öne çıktığı bir içerik kazanmış³¹; işgal yılları boyunca bu rejimi desteklemiş olan toplum kesimleriyle toplumun diğer kesimleri arasında, savaş sonrası yıllarda da kapanması güç yarılmalar ortaya çıkmıştır.

Üstelik Fransa'nın İkinci Dünya Savaşı sonrasında karşılaştığı zorluklar, işbirlikçi Vichy Hükümeti'nin bıraktığı toplumsal izlerden de ibaret kalmamıştır. Gerçekten, 1946 yılında kurulan "IV. Cumhuriyet", 12 yıllık ömrü boyunca göreve gelen 21 hükümet ile tam bir istikrarsızlık dönemi haline dönüşmüş; en nihayetinde sistem, Cezayir krizinin de etkisiyle 1958 yılında tümüyle çökmüştür.

Çöken bu sistemin ardından başlayan yeni dönem ise, 1958 yılında gerçekleştirilen kapsamlı anayasa değişiklikleriyle belirlenmiş ve Fransa'da savaş kahramanı Charles de Gaulle öncülüğünde "V. Cumhuriyet" dönemine geçiş yapılmıştır. Ne var ki, zayıflatılmış bir parlamento ve yargı organı karşısında, cumhurbaşkanının şahsında somutlaşan güçlü bir yürütme fikrine dayanan bu yeni sistem de Fransa'nın istikrar arayışlarına çare olamamış; aksine, 1960'lı yıllar Fransa'da son derece çalkantılı geçen yıllar olarak kayda geçmiştir. Bu dönemde bütün dünyayı etkisine alan öğrenci hareketleri, Fransa'yı da kasıp kavurmaya başlamış ve yalnızca üniversite öğrencileri arasında değil, lise öğrencileri arasında da geniş taban bulan sol hareketler, devrimci bir hareketlilik içinde kamusal alanda ciddi etkiler doğuran protesto eylemlerine dönüşmüştür. Her ne kadar Fransız Polis güçleri sonuçta bu eylemleri belli ölçüde kontrol altına almayı başarmışlarsa da, anılan sürecin

³¹ NORD, Philip G., **France's New Deal: From the Thirties to the Postwar Era**, Princeton University Press, Princeton 2010, s. 12.

toplum ve siyasî sistem üzerinde doğurduğu etkiler uzun yıllar boyunca devam etmiştir.

Bu dönemde, artan toplumsal ve siyasî hareketlilikle başa çıkmaya çalışan Fransız Hükümeti'nin karşılaştığı en büyük sorunlardan biri, çoğu Maoist doktrinler etrafında örgütlenmiş olan öğrenci derneklerinin gittikçe çoğalması olmuştur. Gerçekten, 1901 tarihli “Dernek Özgürlüğü Kanunu” uyarınca kurulmuş olan bu dernekler; sistem içinde meşru olarak faaliyet gösteren örgütler niteliği taşımaktaydılar. Kanunda “kâr amacı gütmeyen” oluşumlar olarak tanımlanan bu örgütler, ayrıca devletten de önemli miktarda destek almaktaydılar.³² Dönemin siyasî atmosferinin etkisiyle sürekli çoğalan bu derneklerin kurulabilmesi için kişilerin herhangi bir ek yükümlülüğü yerine getirmeleri gerekli olmayıp; bu konudaki iradenin açıklanmasıyla dernek kuruluşu gerçekleşmiş sayılmaktaydı. Dahası, kurulan derneğin tüzel kişilik sahibi olması, yani kendi adına hak sahibi olabilen ve borç üstlenebilen bir hukukî varlık haline dönüşmesi de isteniyorsa, ilgili bölgesel idareye bir mektup gönderilmesi ve anılan yönde bir talepte bulunulması yeterli maktaydı. Söz konusu mektupta, tüzel kişilik kazanması istenen derneğin yetkili organlarının kimlerden oluştuğu, idare merkezinin neresi olduğu, derneğin kuruluş amacının ne olduğu gibi bilgilerin de yer alması gerekmektedir. Bu başvurunun alındığına dair belgenin başvuruçuların eline ulaşmasıyla birlikte ise, dernek tüzel kişilik kazanmış sayılıyordu.

Dönemin Fransız Hükümeti, hâlihazırda kurulmuş ve tüzel kişilik kazanmış olan dernekler hakkında alınabilecek etkili bir önlem bulunmadığını kabul ederken, gelecekte kurulması plânlanan bu türden dernekleri kontrol edebilmek için farklı bir yöntem uygulamaya karar verdi. Bu bağlamda, 1901 tarihli Dernekler Kanunu'nun 5. ve 7. maddelerinin değiştirilmesi ve tüzel kişilik kazanmak için başvuru yapan derneklere otomatik cevap vermek yerine, derneklerin amaçları yönünden denetime tâbi tutulmaları ve herhangi bir suç şüphesi sezilmesi halinde, dosyanın adlî soruşturma başlatılmak üzere savcılık makamına iletilmesi plânlandı.

Fransız Meclisi'nin (*Assemblée National*) alt kanadı olan Temsilciler Meclisi'nde büyük bir çoğunluğa sahip olan Hükümet, teklifi buradan zorlanmadan geçirdi.³³ Ancak teklif, “dernek özgürlüğü”ne aykırı olduğu

³² COLE, Alistair, **French Politics and Society**, Prentice Hall, Essex 1998, s. 192.

³³ Nitekim bu gelişme, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, Fransa'da vatandaşların temel haklarına yönelik ihlallerin, güvenlik güçlerinden ziyade yasama organının faaliyetlerinden kaynaklandığı yönündeki eleştirileri haklı çıkarır nitelikte idi. Zira Fransız anayasal sisteminin ve diğer temel haklar mevzuatının genel karakteri itibarıyla demokratik değerlere dayandığı kuşkusuz olmakla birlikte; İkinci Dünya Savaşı'ndaki işbirlikçilerin cezalandırılması, Cezayir krizinin yarattığı gerilimlerle başa çıkılması ve hükümete karşı ayaklanan askerlerin yargılanmaları gibi gerekçelerle sık sık bu yerleşik ilkelerden

gerekçesiyle Senato'da ciddi bir muhalefetle karşılaştı. Ne var ki, Fransa'da geçerli olan "asimetrik çift meclis" sistemi uyarınca, Parlamento'nun iki kanadı olan Temsilciler Meclisi ve Senato arasında bir kanun hükmü konusunda uzlaşmazlık yaşandığında, Temsilciler Meclisi'nin iradesine üstünlük tanınmakta ve Senato'nun bu iradeyi engelleme yetkisi bulunmamaktaydı. Anayasa'nın sunduğu bu imkândan faydalanan hükümet, Temsilciler Meclisi'nde sahip olduğu çoğunluğun verdiği güçle Senato engelini aşmayı etmeyi başardı ve söz konusu teklif, böylelikle kanunlaşmış oldu.

Bu durum karşısında siyasî açıdan çaresiz kalan Senato'nun o dönemki başkanı Alain Poher, son çare olarak Temsilciler Meclisi ile yaşanan bu uyumsuzluğu hukukî boyuta taşımaya ve getirilen düzenleme hakkında Anayasa Konseyi'ne başvurmaya karar verdi. Bununla birlikte, yapılan bu başvurunun olumlu sonuçlanacağına ilişkin ciddi bir beklenti de bulunmamaktaydı. Zira Anayasa Konseyi'nin kuruluşundan o tarihe kadar geçen yaklaşık 10 yıllık süre boyunca vermiş olduğu tüm kararların –Anayasa hükümleri açıkça çiğnenerek gerçekleştirilen 28 Ekim 1962 tarihli Anayasa değişikliği gibi sıra dışı örnekler de dâhil olmak üzere– hükümetlerin pozisyonunu destekler nitelikte olduğu görülmüştü.³⁴

b. Karar

Konsey, 1901 tarihli Dernekler Kanunu'nda değişiklik yapan Kanun'un 3. maddesi hakkında kendisine yapılan başvuruyu, 16 Temmuz 1971 tarihinde karara bağladı. Karar açıklandığında ise, sonucun herkes açısından tam bir sürpriz olduğu görüldü! Zira Senato Başkanı tarafından önüne getirilen Kanun maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmeden Konsey, böylece

uzaklaşılabilirdi görülmekteydi. Bkz. SARFAN, William, *The French Polity*, Longman Publishers, New York 1995, s. 286-287.

³⁴ Fransız Anayasası'nın 89. maddesine göre, bir anayasa değişikliği teklifinin kabul edilebilmesi için, *öncelikle Parlamentonun her iki kanadında onaylanan* teklifin halkoylamasına sunularak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak, anılan hüküm, Charles de Gaulle tarafından, Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören 1962 tarihli anayasa değişiklik tekili kapsamında açıkça amacından saptırılacak uygulanmıştı: De Gaulle, Anayasa'nın 11. maddesinde kendisine sunulan yetkiyi kullanarak, anayasa değişikliği teklifini *doğrudan halkoylamasına götürme* kararı almış ve böylece Parlamento'yu açıkça devre dışı bırakmıştı. Burada önemli olan husus ise, Anayasa'nın 11. maddesiyle Cumhurbaşkanı'na tanınan "doğrudan referanduma başvurma" yetkisinin anayasa değişiklik tekliflerini kapsam dışında bırakmasıydı! Anayasa Konseyi, bu konuda referandumdan önce vermiş olduğu danışma görüşünde, söz konusu yöntemin Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmişti. Buna rağmen, referandum yapıldıktan sonra konu hakkında yeniden bir karar vermesi istendiğinde, referandumun hâlihazırda gerçekleşmiş (ve olumlu sonuçlanmış) olduğuna işaret ederek, konu hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştü. COLE (1998), s. 66.

kurulduğu tarihten beri ilk defa hükümetin aleyhine bir hüküm vermiş oluyordu.³⁵

Kararda daha da ilginç olan husus ise; 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet Anayasası'nda dernek özgürlüğünü güvence altına alan ve dolayısıyla Konsey'in bu kararına dayanak olabilecek bir hükmün bulunmamasıydı. Gerçekten de Senato Başkanı Poher'in, başvurusuna dayanak olarak gösterdiği "dernek özgürlüğü", 1958 Anayasası'nda hiçbir şekilde düzenlenmemekteydi. Buna rağmen Konsey'in, 6'ya 3 çoğunlukla verdiği kararında ilgili kanun maddelerinin anayasaya aykırı olduğuna hükmederken;

*"Örgütlenme (Dernek) özgürlüğünün Cumhuriyet'in temel kanunları tarafından tanınan ve Anayasa'nın başlangıç kısmında da ciddiyle vurgulanan ilkeler arasında yer aldığına..."*³⁶

işaret ettiği görüldü. Başka bir ifadeyle Konsey, bu kararıyla birlikte, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde "ölçü norm" olarak kullanılan anayasallık bloğunu (*bloc de constitutionnalité*) 1958 Anayasası'nda açıkça sayılan temel hakların çok ötesine taşımış oluyordu. Zira "*Cumhuriyet'in temel kanunları tarafından tanınan (...) ilkeler...*", 1958 Anayasası'nda değil ama 1958 Anayasası'nın "Başlangıç" kısmında atıf yapılan³⁷ 1946 Anayasası'nın "Başlangıç" kısmında³⁸ sözü edilen unsurlar arasında yer almaktaydı.³⁹

Gerçekten de, 1946 Anayasası'nın "Başlangıç" kısmına bakıldığında, modern anayasaların pek çoğunda görülmeye alışık olunanın aksine, düz yazı biçiminde ve çoğunlukla edebî bir dille kaleme alınmış bir metin yerine; bir

³⁵ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Karar metni için bkz. **Anayasa Konseyi'nin Resmî İnternet Sitesi:** <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>> Aynı adreste, kararın İngilizce ve Almanca resmî çevirilerine de yer verilmektedir.

³⁶ "...*Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association;...*"

³⁷ "*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ...*".

³⁸ Söz konusu metin için bkz. **Anayasa Konseyi'nin Resmî İnternet Sitesi:** <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5077.pdf>>

³⁹ "*Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*".

dizi temel hakkın ve yine çok önemli bazı temel ilkelerin 18 madde halinde sıralandığı bir “mini anayasa” ile karşılaşılmaktadır. Anılan maddelerde; kadın-erkek eşitliğinden ayrımcılık yasağına, eğitim hakkından çalışma, sendika kurma ve grev haklarına kadar pek çok temel hakka değinilmekte ve bunlara ilişkin çeşitli güvenceler sıralanmaktadır.

Sonuç olarak Anayasa Konseyi, bu kararıyla birlikte, 1958 Anayasası’nda “açıkça sayılmayan” pek çok temel hakkı, 1946 Anayasası’nın “Başlangıç” kısmında sayıldıkları gerekçesiyle anayasal denetimde ölçü norm seviyesine yükseltmiştir. Ancak işin daha da ilginç olan boyutu; dernek özgürlüğünün 1946 Anayasası’nın başlangıç kısmında da “açıkça sayılan” haklar arasında da yer almamasıdır. Buna rağmen Konsey, 1946 Anayasası’nın Başlangıç metninde geçen (ve aslen III. Cumhuriyet dönemine yapılan bir gönderme olan) “*Cumhuriyet’in temel kanunları tarafından tanınan (...) ilkeler...*” kavramının, dernek özgürlüğünü de içerdiğini “tespit etmiş” ve bu yolla gerek 1958 Anayasası’nda, gerekse 1946 Anayasası’nın “Başlangıç” kısmında açıkça sayılmayan bir hak kategorisini anayasal koruma kapsamına dâhil etmiştir.⁴⁰

c. Değerlendirme

Bu kararın Fransa açısından önemini layıkıyla takdir edebilmek için, Fransız kamu hukuku geleneğinde yargıya ve özellikle de yargıcın hukuk yaratması fikrine ne derecede olumsuz bir bakışın hâkim olduğunu hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Üstelik bu olumsuz yaklaşım, salt kamu hukuku alanının sınırlarını da aşan boyutlara sahiptir. Gerçekten de, tekil davalarda verilen hükümlerin içtihat hukuku halinde dönüşmesini açıkça yasaklayan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nun 5. maddesi, bu anlayışın Fransız hukuk sisteminin bütünü üzerinde etkiler doğuran yerleşik bir kültür haline gelmiş olduğunun en çarpıcı örneği olarak görülmelidir.

Bu anlayışın Fransız anayasal sistemi açısından doğurduğu sonuç ise; 1958 Anayasası’nda yargı organının bir “kuvvet” veya “erk” (*pouvoir*) olarak değil, ama bir “yetki” (*autorité*) olarak tanımlanmış olmasıdır. Gerçekten,

⁴⁰ Fransız Anayasa Konseyi’nin “Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler” arasında kabul ettiği hak, özgürlük ve ilkeler arasında; dernek özgürlüğü, savunma hakkı, vicdan özgürlüğü, öğrenim özgürlüğü, idarî yargı organlarının bağımsızlığı ve üniversite profesörlerinin bağımsızlığı ilkesi gibi hususlar sayılabilir. LAVROFF, Dimitri Georges, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Dalloz, Paris 1995, s. 174’ten aktaran: GÖZLER, Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, *Ankara Üniversitesi Siyasî Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 3 (Temmuz-Eylül 2000), s. 84.

1958 Anayasası'nın orijinal mimarisinde Anayasa Konseyi, hiçbir zaman yasama işlemlerinin etkin şekilde denetimini gerçekleştirecek bir üst yargı organı olarak düşünülmemiş; aksine, yasama ve yürütme organları arasındaki uzlaşmazlıkları çözmekle (veya daha doğru bir ifadeyle; yürütmenin özerk eylem alanını yasamaya karşı savunmakla) görevli teknik bir uzmanlık kurumu şeklinde örgütlenmiştir.⁴¹ Nitekim 1959 yılından 1974 yılına kadar Konsey'e yalnızca 9 meselenin havale edilmiş olması da, sistem içinde Anayasa Konseyi'ne biçilen bu sınırlı rolün, sistemdeki diğer aktörler tarafından da benimsenmiş olduğunun açık bir göstergesi olarak yorumlanmaktadır.⁴²

Konuya bu çerçeveden bakıldığında, incelenen kararın, yargı organı tarafından yürütme iktidarına karşı sergilenen ve o güne kadar eşi benzeri görülmemiş nitelikte olan bir karşı çıkış anlamına geldiği kolaylıkla görülebilmektedir. Nitekim her ne kadar kimi gözlemciler bu kararın Fransız Danıştay'ın "anayasal değerdeki ilkeler"e işaret eden 1936 tarihli kararının bir devamı olduğunu ifade etmiş olsalar da; Konsey'in sergilediği tutumun, V. Cumhuriyet Anayasası'nın tasarlayanların aklında yatan tablonun tam tersi bir yöne işaret etmekte olduğu açıktır.⁴³ Nitekim *Liberté d'association* kararı, Konsey kararlarına uzun yıllar hâkim olan kendi kendini sınırlama eğiliminin etkisini yitirmesine giden yolu açmış⁴⁴ ve temel haklar alanında gittikçe güçlenecek aktivist bir tutumun da doğmasına zemin hazırlamıştır.

Anayasa Konseyi'nin bu kararı, hiç kuşku yok ki başlangıçta hükümetin ve Fransız sağının büyük tepkisini çekmiştir. Bu kapsamda Konsey'e yöneltilen eleştiriler; yargının "...bütünüyle sorumsuz ve korkunç bir oligarşi" haline dönüşmüş olduğu noktasına kadar ulaşmıştır.⁴⁵ Bununla birlikte, sosyalistlerin hükümete gelişinin ardından muhalefete düşen merkez sağın da Konsey'e başvuru imkânını etkili bir muhalefet yöntemi olarak

⁴¹ LAVROFF, Dimitri, **Le Systeme Politique Francais**, Paris 1991, s. Ch. 2.2.v e 3.2.

⁴² KNAPP, Andrew ve Vincent WRIGHT, **The Government and Politics of France**, Routledge, London 2001, s. 62.

⁴³ KNAPP ve WRIGHT (2001), s. 391, 392.

⁴⁴ Konsey'in bu eğilimini yansıtan kararlar Fransa'da devlet organları arasındaki güç dağılımının da yeniden belirlenmesine katkıda bulundu. Bu bağlamda verilen en önemli kararlardan biri de, kuşkusuz Konsey'in 23 Ağustos 1985 tarihli kararıydı: "*Kanunlar, ancak Anayasa'ya uygun olmaları halinde genel iradeyi yansıtır*". Anılan karar, Fransız kamu hukuku anlayışına uzun yıllar boyunca hâkim olan klâsik cumhuriyetçi teoriye, yani millî iradenin münhasıran halkoyuyla oluşan parlamento tarafından temsil edildiği anlayışına da ciddi bir meydan okuma niteliği taşımaktaydı. Bkz. WRIGHT, Vincent, **The Government and Politics of France**, Holmes & Meier Publishers, Inc. New York 1989, s. 35, 350.

⁴⁵ LACHARRIÈRE, René, "Opinion dissidente", **Pouvoirs**, Vol. 13 (1980), s. 133-150

sıklıkla kullanılmaya başlaması, bu türden eleştirilerin gittikçe etkisini yitirmesine sebep olmuştur. Sonuçta, Konsey'in anayasada sayılmayan haklar içtihadının, bir yandan V. Cumhuriyet sistemi içinde yargının konumunun pekiştirilmesine katkı sağlarken, diğer yandan da Fransa'da farklı toplumsal kesimler arasında ortak bir yargısal korunma kültürünün yerleşmesine giden yolu açmış olduğunu söylemek, yerinde bir tespit olarak görülmektedir.

3. Avustralya: Temel Haklar Kataloğu Yokluğunda Yargısal Korunma - *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth* [1992] HCA 45; (1992) 177 CLR 106, F.C. 92/033

a. Arka Plan

1980'li ve 90'lı yıllar, Avustralya'da genel olarak İşçi Partisi'nin siyasî hâkimiyetinde geçen yıllar olmuştur. Gerçekten, 1983 yılında Bob Hawk liderliğinde girdiği seçimleri büyük bir başarı yüzdesiyle kazanan İşçi Partisi, 1984, 1987 ve 1990 yıllarında yapılan tüm seçimleri de ardı ardına kazanmayı başarmıştır. Buna rağmen, 1990 yılında yapılan son seçimde elde edilen başarının çok az bir puan farkıyla elde edilmiş olması (Temsilciler Meclisi'nde % 4)⁴⁶, İşçi Partisi içinde liderlik tartışmalarının doğmasına sebep olmuş ve bu süreç, 1991 yılının sonuna gelindiğinde ise, artık “yorgun bir lider” olarak anılan⁴⁷ Bob Hawk'ın, parti içi liderlik yarışında koltuğunu Paul John Keating'e kaptırmasıyla sonuçlanmıştı.

Gerek 1991 yılının Aralık ayına kadar Başbakanlık koltuğunda oturan Hawk, gerekse İşçi Partisi'nin yeni genel başkanı Keating için en büyük sorun; muhalefetteki Avustralya Liberal Partisi'nin sürekli yükselişi sorunuydu.⁴⁸ Bu bağlamda, Başbakanlık'tan ayrılmadan önce Hawk Kabinesi'nin en önemli faaliyetlerinden biri, 1942 tarihli “Radyo ve Televizyon Yayınları Kanunu”na (*Broadcasting Act 1942*) bazı bölümler (Bölüm III-D) eklenmesini öngören “Siyasî Yayınlar ve Siyasî Açıklamalar Kanunu”nun (*Political Broadcasts and Political Disclosures Act 1991*) Parlamento'da kabul edilmesini sağlamak oldu. Anılan değişiklik, federe devlet seçimleri ve federal seçimlerin

⁴⁶ Bir önceki 1987 Federal Seçimlerinde ise bu fark; Temsilciler Meclisi seçimlerinde Parti'nin en yakın rakibi olan Avustralya Liberal Partisi ile % 11, Senato seçimlerinde ise yine Avustralya Liberal Partisi ile % 20 olarak gerçekleşmişti. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. NEWMAN, Gerard, **Federal Election Results 1949-1993**, Department of the Parliament ŞLibrary, Parliament of the Commonwealth of Australia, 1993. <https://www.aph.gov.au/binaries/library/pubs/bp/1993/93bp24.pdf>

⁴⁷ EDWARDS, John, **Keating, The Inside Story**, Penguin Books, 1996, s. 435.

⁴⁸ Nitekim Avustralya Liberal Partisi, John Howard liderliğinde girdiği 1996 Federal Seçimlerde, çok küçük bir farkla da olsa Temsilciler Meclisi'nde birinci parti olmayı ve seçimi kazanmayı başardı.

öncesinde, radyo ve televizyon gibi elektronik medya araçlarında yayınlanacak siyasî içerikli reklamların yasaklanması amaçlanıyordu. Haber ve tartışma programları ise, düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmıştı. Kanun, siyasî partilerin propaganda ve reklam faaliyetleri için, seçim dönemi boyunca yayın kuruluşlarının sahip oldukları imkânları “bedelsiz olarak kullanmaları” imkânını getiriyordu. Yayıncı kuruluşlar tarafından siyasî partilere tahsis edilecek bedelsiz kullanım sürelerinin de, partilerin bir önceki seçimde Parlamento’da kazanmış oldukları sandalye sayısı üzerinden tespit edilmesi öngörülmüyordu. Parlamento’da temsilcisi bulunmayan partiler içinse, başvurmaları halinde tüm siyasî partilere ayrılan toplam sürenin %5’i kadar bir kullanım hakkı tahsis edilmesi kararlaştırılmıştı.

İktidar partisi, bu düzenlemeyle siyasetteki yolsuzlukların önleneyeğini ve sistemdeki bazı partilerin medya gücü aracılığıyla haksız avantaj elde etmelerinin önüne geçileceğini savunuyordu. Bu çerçevede anılan düzenlemeyle ulaşılmak istenen hedef; reklam faaliyetlerine ölçsüz para harcama gücüne sahip büyük partilerin siyaset yarışında haksız şekilde öne geçmelerini ve kamuoyunu ölçsüz şekilde etkileme imkânına sahip olmalarını engellemektir. İşin perde arkasına bakıldığında ise, bu düzenlemenin esas amacının; toplumun oldukça zengin bir kesiminin desteğini arkasına almış olan Avustralya Liberal Partisi’nin sahip olduğu malî avantajın yasal araçlarla dengelemesi olduğundan söz ediliyordu. Zira Hawk Hükümeti’nin daha önce seçim kampanyalarının kamusal finansmanı yönünde yapmış olduğu düzenlemeler, artan medya reklamlarının getirdiği yükü karşılamak için yetersiz kalmıştı. Örneğin, 1990 seçimlerinde iktidardaki İşçi Partisi’nin medya harcamaları toplam seçim harcamalarının %70’ine ulaşırken⁴⁹, bunun yalnızca 5,2 Milyon Dolarlık bir kısmı kamusal finansman aracılığıyla finanse edilebilmişti. Bu durumsa, Parti’nin 7 Milyon Dolar’ı aşan bir borç yükü altında kalması anlamına geliyordu.⁵⁰

Kanun teklifi, Parlamento’ya sunulduğu andan itibaren toplumun çeşitli kesimlerinden gelen ciddi itirazlarla karşılaştı. Teklife yönelik itirazlar, bir yandan bu düzenlemenin İşçi Partisi’nin bir seçim manipülasyonu olduğu

⁴⁹ HUGHES, C. A., “Australia and New Zealand”, **Electioneering: A comparative study of continuity and change** (Der. D. Butler ve A. Ranney) içinde, Clarendon Press, Oxford 1992, s. 103.

⁵⁰ WARD, I., **Politics of the Media**, Macmillan Education Australia, South Melbourne 1995, s. 222. Konuyu daha geniş bir zaman perspektifinden ele alan bir inceleme için bkz. YOUNG, Sally, “A Century Of Australian Political Communication: From 1901 to 2001”, **ANZCA03 Conference**, Brisbane, Temmuz 2003. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.7108&rep=rep1&type=pdf>

iddiasına; diğer yandan da sınırlamanın, Avustralya’da geçerli olan ifade hürriyetine yönelik büyük bir saldırı olduğu iddiasına dayanıyordu. Teklifin yasalaşmasının ardından, “Radyo ve Televizyon Yayınları Kanunu” uyarınca lisans hakkı sahibi olan 8 ayrı televizyon firması, Radyo ve Televizyon Yayınları Kanunu’na eklenen III-D Bölüm’ün iptali için Yüksek Mahkeme’ye başvurdu. New South Wales Bölgesi Hükümeti de, anılan değişikliğin federe devlet seçimlerinde uygulanacak olması yönünden menfaatinin ihlâl edildiğini ileri sürerek, düzenlemenin iptali amacıyla Mahkeme’ye başvuranlar arasında yerini aldı. Güney Avustralya Bölgesi Hükümeti’nin ise, değişikliğin lehinde ve Federal Hükümet’in yanında davaya katılma kararı aldığı görüldü. Böylece, Yüksek Mahkeme önünde görülecek olan davanın adı da belirlenmiş oluyordu: “*Australian Capital Television Pty. Limited and Others and The State of New South Wales v. The Commonwealth of Australia and Another*”⁵¹

b. Karar

Yüksek Mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda verdiği detaylı kararında, 1942 tarihli “Radyo ve Televizyon Yayınları Kanunu”na eklenmesi öngörülen III-D bölümünün Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmetti. Kararda tartışma yaratan asıl boyut, davaya konu düzenlemenin ihlâl ettiği ileri sürülen anayasal norma ilişkin yapılan tespiti. Zira Mahkeme çoğunluğunun görüşünü kaleme alan Yargıç Mason, kararın gerekçesini; söz konusu değişiklikle başvuruçuların “siyasî haberleşme özgürlüğü”nün (“*freedom of political communication*”) ihlâl edildiği tespitine dayandırıyor. Bu noktada asıl ilginç olan husus ise, Avustralya Anayasası’nın hiçbir maddesinde “siyasî haberleşme özgürlüğü” diye bir kavramın tanımlanmamış olmasıydı. Karar yakında incelendiğinde, Mahkeme çoğunluğunun anılan sonuca şu şekilde bir akıl yürütmeden geçerek ulaştığı görülmüyordu:

- Avustralya’da temsili bir demokratik sistem mevcut olup, bu sistemin Anayasa ile güvence altına alınmış olduğuna şüphe bulunmamaktadır.
- Bu bağlamda, Anayasa’da temsili demokratik sistemi güvence altına alan iki farklı hüküm mevcuttur: m. 7 ve m. 24. Anılan hükümlerden ilki Temsilciler Meclisi üyelerinin halkoyuyla seçileceğini belirtirken, ikinci ise aynı esası Senato üyeleri için tekrarlamaktadır.

⁵¹ (1992) 177 CLR 106, F.C. 92/033. Kararın tam metni için bkz. **Australasian Legal Information Institute Internet Sites:** <[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(australia n%20capital%20television%20and%20commonwealth%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title(australia%20capital%20television%20and%20commonwealth%20))>

- Ancak, seçmenler seçecekleri kişiler üzerinde özgür bir tartışma olanağından yoksun bırakılırlarsa, Anayasa’da yer alan ve milletvekilleri ile senatörlerin serbest seçimlerle belirleneceğine ilişkin bu hükümlerin hiçbir anlamı kalmayacaktır.
- Öyleyse, “siyasî haberleşme özgürlüğü”, Anayasa’da açıkça sayılmasa bile, temsili demokrasi fikrinden doğan zorunlu bir sonuçtur. Bu özgürlük olmaksızın, temsili bir demokrasinin varlığından da söz edilemeyeceği için, anılan özgürlüğün anayasal olarak korunması gerektiğine de şüphe bulunmamaktadır.⁵²

Kararın devamı yukarıdaki ilkeler ışığında okunduğunda, mahkeme çoğunluğunu oluşturan yargıçların “siyasî haberleşme özgürlüğü”nün kapsamına giren hususların neler olduğu konusunda farklı fikirleri olduğu görülmekle birlikte⁵³; yukarıdaki akıl yürütme konusunda uzlaşmış oldukları da açıkça görülebilmektedir.

c. Değerlendirme

Yargısal aktivizm üzerine yapılan tartışmaların ve mahkemelerin bu yöndeki yargısal tutumlarının oldukça yaygın olduğu ABD örneğinin aksine, Avustralya Mahkemeleri’nin geleneksel olarak yasama organının üstün otoritesini tanıma ve “zımnî haklar” konusunda hüküm vermekte kaçınma eğiliminde oldukları bilinmektedir.⁵⁴ Fransız Anayasa Konseyi’nin erken dönem içtihadî çizgisiyle paralellik gösteren bu durum, tesadüfî bir sonuç olmayıp, Avustralya’nın İngiliz menşeli siyaset ve anayasa kültüründe parlamentonun sahip olduğu merkezî konumun yargı organı tarafından da benimsenmiş olduğunun bir göstergesidir. Nitekim Avustralya Anayasası’na bu gözle bakıldığında, metin içinde bir “haklar kataloğu” bölümünün bulunmadığı⁵⁵ ve yalnızca çok sınırlı bazı temel hakların açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir.⁵⁶ Üstelik bu tutumun, 1900 tarihli Avustralya

⁵² Karar 6’ya karşı 1 oy çoğunluğuyla alınmış olup; Yargıç Dawson J. muhalif kalmıştır.

⁵³ SPEAGLE, Donald, “Case Notes: Australian Capital Television Pty. Ltd v. Commonwealths”, **Melbourne University Law Review**, Vol. 18 (December 1992), s. 940, 941-943.

⁵⁴ WEAVER, Russell L. ve Kathe BOEHRINGER, “Implied Rights and the Australian Constitution: A modified New York Times, Inc. v. Sullivan Goes Down Under”, **Seton Hall Constitutional Law Journal**, Vol. 8 (1998), s. 459.

⁵⁵ The Honourable Sir A Mason, “The Australian Constitution in Retrospect and Prospect”, **Reflections on the Australian Constitution** içinde, Der. R. French G. Lindell ve C. Saunders, The Federation Press, Sydney, 2003, s. 8.

⁵⁶ Bu haklar şunlardır: Oy Hakkı (m. 41), Mülkiyet Hakkına Haksız Müdahalelerin Önlenmesi (m. 51), Jürili Yargılanma Hakkı (m. 80), Din Özgürlüğü (m. 116) ve İkamet Edilen Federe Devlet Nedeniyle Ayrımcılığa Uğramama Güvencesi (m. 117).

Anayasası'nı hazırlayan kurucu organın önünde Amerikan Haklar Bildirgesi gibi çok bilinen bir örneğin varlığına rağmen bilinçli olarak tercih edildiği bilinmektedir.⁵⁷

Anayasal mimarinin temellerini oluşturan bu tercihin, genellikle Anayasa'nın kaleme alındığı dönemlerde Avustralya'da hâkim olan "parlamento egemenliği" doktrinin etkisiyle açıklandığı gözlemlenmektedir. Bu anlayış çerçevesinde birey haklarının gerçek garantörü parlamentolar ve demokratik süreç olarak görüldüğü için, parlamentoya karşı koruma işlevi görececek bir haklar kataloğuna da ihtiyaç bulunmadığı savunulmaktadır.⁵⁸ İlaveten, söz konusu tercihi; "...*federal bir birlik kurmak için tasarlanmış (...)* Avustralya Anayasası'nın ideolojik olmaktan ziyade pragmatik bir nitelik taşıması..." ile açıklayanlar olduğu gibi⁵⁹, Avustralya örneğinde "...*faydacı bir felsefenin doğal haklar teorisinin yerini aldığı(m)*" ileri sürenlere de rastlanmaktadır.⁶⁰ Bu felsefi açıklamaların yanında bir de; sisteme bir haklar kataloğu eklenmesi halinde, Avustralya yerlilerinin de bu haklardan yararlanacağına ilişkin ırkçı korkuların etkisini de vurgulamak gerekmektedir.⁶¹

Sonuçta, yapılan bu anayasal tercihe ilişkin açıklama biçimi ne olursa olsun, Yüksek Mahkeme'nin bu tercihin farkında olduğuna şüphe yoktur. Nitekim Mahkeme'nin çoğunluk görüşünü kaleme alan Yargıç Mason;

⁵⁷ Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. CAMPBELL, Tom, Jeffrey GOLDSWORTHY ve Adrienne STONE (Der.), **Protecting rights without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia**, Ashgate, Aldershot 2006 – Tüm Kitap.

⁵⁸ CASTAN, Melissa, "The High Court and the Freedom of Political Communication", **Castan Centre For Human Rights Law Official Blog**, 05 Aralık 2010. <https://castancentre.com/2010/12/05/the-high-court-and-the-freedom-of-political-communication/>

⁵⁹ Chief Justice Murray GLEESON, "Boyer Lectures - Four Aspects of the Constitution", ABC Radio National, 10 Kasım 2000. **Australian Human Rights Commission Resmî İnternet Sitesi**: <https://www.humanrights.gov.au/how-are-human-rights-protected-australian-law#1>

⁶⁰ COLLINS, H. "Political Ideology in Australia: The Distinctiveness of a Benthamite Society", **Daedalus**, Winter 1985, s. 147.

⁶¹ Örneğin, 1898 Melbourne Konvansiyonu'nda konuşan Batı Avustralya Başbakanı John Forrest'ın sözleri, döneme hâkim ırkçı motivasyonları gözlemlemek açısından mükemmel bir örnek teşkil etmektedir: "*Temel Haklar Kataloğu gibi bir hükmün kabulüne karşıyım; zira böyle bir düzenleme, yerliler hakkında Batı Avustralya'da yapılan ve pek çok yeni kolonide yapılmakta olan şeyleri etkisizleştirecektir.*" Bkz. **Official Record of the Debates of the Australasian Federal Convention**, Melbourne 1898, s. 666'dan aktaran WILLIAMS, G., **The Case for an Australian Bill of Rights: Freedom in the War on Terror**, University of New South Wales, Sydney 2004, s. 21. Bu hususta ayrıca bkz. GOLDSWORTHY, J., "The Constitutional Protection of Rights in Australia", **Australian Federation Towards the Second Century** içinde, Der. G CRAVEN, Melbourne University Press, Melbourne 1992, s. 151, 152-54.

“...(Avustralya Anayasası’nda) hak ve özgürlüklerin (yargısal) güvence altında oldukları yönünde bir çıkarımda bulunmak, anayasa koyucunun Anayasa’ya bir haklar kataloğu eklememek yönündeki iradesi ile çelişmektedir...”

diyerek, anayasa koyucunun bu tercihinin Yüksek Mahkeme üyeleri tarafından da net olarak bilindiğini gözler önüne sermektedir.⁶² Bununla birlikte, Yargıç Mason’un devam eden paragraflarda bu görüşü etkili biçimde çürütmekten uzak kaldığı da gözlerden kaçmamaktadır. Zira yukarıda özetlenen akıl yürütme biçiminin savunulması, Avustralya örneğinde siyasî haberleşme özgürlüğünün bir “kişisel hak” olarak değil ama “yasama ve yürütme organlarına yönelik bir sınırlama hükmü” olarak anlaşıldığı yorumları⁶³ karşısında oldukça güçleşmektedir.

Sonuç olarak, Avustralya kamu hukukuna hâkim olan entelektüel iklime ve yargı organının yüz yıllık davranış alışkanlığına rağmen bu karar, Avustralya’da yalnızca konuyla yakından ilgili kişilerin dikkatini çeken bir yargısal bir aktivizm örneği olmakla kalmamış; aynı zamanda anayasada sayılmayan bir hakkın ölçü norm olarak ortaya konulmasını da mümkün kılmıştır.⁶⁴ Nitekim Avustralya Yüksek Mahkemesi, ilerleyen zamanlarda önüne gelen başka uyuşmazlıklarda da benzer nitelikli kararlar vermeye devam etmiş⁶⁵; Mahkeme’nin bu kararları, zaman içinde halk egemenliği ve temsili demokrasi kaynaklı başka pek çok “saklı” hakkın da içtihat yoluyla ortaya çıkarılacağı yönünde beklentilerin doğmasına sebep olmuştur.⁶⁶ Hatta

⁶² Prf. 33.

⁶³ SPEAGLE (1992), s. 947.

⁶⁴ Bununla birlikte, ifade etmek gerekir ki kimi yazarlar, Avustralya Anayasal sisteminde “açıkça sayılmayan haklar”ın iki alt grupta incelenmesini önermektedirler. Buna göre; ilk grupta Anayasa maddelerinin ve sistematığının yorumundan çıkan haklar bulunmaktadır. Temsili bir demokrasinin ve halka karşı sorumlu bir yhükümetin varlığını şart koşan anayasa maddelerinin yorumunda hareketle siyasî iletişim hakkının varlığının tespit edilmesi, bunun bir örneği olarak verilebilir. İkinci grupta ise, doğrudan bir anayasal norma dayanmamakla birlikte, anayasanın üzerine inşa edildiği temel kabul ve varsayımlardan hareketle “bulunan” haklar yer almaktadır. Bu tartışma hakkında bkz. STONE, Adrienne, “Australia’s Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement”, **University of Melbourne Law School Research Series No. 3**, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UMelbLRS/2005/3.html#fn31>

⁶⁵ Bu kararlardan bazıları için bkz. *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), *Lange v. Australian Broadcasting Corporation* (1997) (İtibar Zedeleyici Beyanlar); *Coleman v. Power* (2004) ve *Monis v. The Queen* (2013) (Sert ve Kaba Eleştiri); *Nationwide News Pty. Ltd. v. Wills* (1992) (Hükümeti Eleştirme Hakkı); *Unions NSW v. New South Wales* (2013) (Siyasî Amaçlı Bağışlar).

⁶⁶ GOLDSWORTHY, Jeffrey, “Australia: Devotion to Legalism”, **Interpreting Consitutions: A Comparative Study** içinde, Der. Jeffrey GOLDSWORTHY, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 145 - 146.

Mahkeme'nin aktivist yargıçlarından biri, içtihat yoluyla Avustralya'da kademeli olarak bir haklar kataloğu inşa edilmesinin dahi mümkün olacağını ileri sürmüştür.⁶⁷

Bununla birlikte, Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin siyasî haberleşme özgürlüğü özelinde açmış olduğu bu yolun, bugün için başka hak kategorilerini de kapsayacak şekilde genişletildiğini söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda, parlamentonun sistemdeki merkezi rolünü ve siyasî önceliğini temel alan yaklaşımın, Avustralya kamu hukuku alanında halen başat faktör olmaya devam ettiğini ifade etmek mümkündür. Buna karşın, anayasada *sayılmayan haklar* konusunun, anayasada *sayılan hakların* bile çok küçük bir istisna olduğu Avustralya sisteminde, demokratik değerlerin muhafazası konusunda oynadığı merkezi rolle, gelecekte de benzer sıçramaların yapılabileceği verimli bir zihinsel arka plân işlevi görmeye devam ettiği savunulabilir.

III. Sonuç

Yukarıdaki incelemelerden hareketle ulaşılan en temel bulgu; bazı temel hakların anayasalarda “sayılmamış” olmasının, yargı organlarının çeşitli toplumsal özgürlük ve güvenlik arayışlarına cevap vermekte zorlanmaları sonucunu doğurduğudur.

Gerçekten, özellikle “kıdemli” anayasa metinlerinde çağımız ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikteki bazı temel hakların düzenlenmemiş olması, bu alanlara ilişkin uyuşmazlıkların yargı önüne taşınması halinde aşılması güç bazı hukukî sorunların doğumuna neden olmaktadır. Dahası, anayasal mimari içinde bir haklar kataloğuna bilinçli olarak yer verilmemiş olan sistemlerde de, temel hakların yargısal korunmasına yönelik ihtiyaç ve talepler ortadan kalkmamakta; aksine, buralarda yaşanan sorunların üstüne bir de, aslî kurucu iktidarın iradesine sadakat gösterilmediği yönünde yapılan felsefi/siyasî eleştirilerin ağırlığı eklenmektedir.

Bu sorunlardan kaçınabilmek adına, var olan bütün temel hak ve özgürlüklerin açıkça düzenlendiği anayasalar yazılması düşünülebilirse de, bunun imkânsız bir hedef olacağı açıktır. Bu durumda ise geriye yalnızca iki çözüm tarzı kalmaktadır: Ya anayasalarda sayılan hakların “sınırlı sayıda” sayılmış oldukları varsayılacak, ya da yargı organının belli koşullar altında “yeni hak alanları tanıyıcı/yaratıcı” bir işlev görebileceği kabul edilecektir.

⁶⁷ Justice J TOOHEY, “Government of Laws, and Not of Men?”, **Public Law Review**, Vol. 4 (1993), s. 158.

Bu ihtimallerden ilki kabul edildiğinde, özellikle anayasalarında bir haklar kataloğu bulunmayan ülkeler açısından, kişilerin hiçbir haklarının bulunmadığı gibi son derece anlamsız bir sonucun ortaya çıkacağı aşikârdır. Anayasalarında belli (ve doğal olarak sınırlı) sayıda temel hakkın düzenlenmiş olduğu ülkeler açısından da bu yorum, zaman içinde eskiyecek bir anayasa metni ile anayasal zeminlerde sürüp gidecek bir çatışma zemini inşa etmek anlamına gelecektir. Kuşkusuz, bu durumda da temel haklar alanının talî kurucu iktidarın yapacağı anayasa değişiklikleri, yasama organının hazırlayacağı kanunlar veya idarenin düzenleyici işlemleri ile genişletilebileceğini kabul edilebilir. Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklere yönelik tehditlerin çoğu zaman bizatihi yasama veya yürütme organlarından kaynaklandığı gerçeği karşısında, bu yorum biçiminin gerçekçi bir katkı sunamayacağı ortadadır.

Bu durumda geriye kalan tek etkin çözüm, yargı organlarının ve özellikle de anayasa mahkemeleri ile anayasa yargısı işlevi gören diğer yüksek mahkemelerin belli koşullar altında “yeni hak alanları tanıyıcı/yaratıcı” bir işlev sahibi olabileceğinin kabul edilmesidir. Gerçekten, sürekli değişen toplumsal ihtiyaçlar ve yeni yüzyılın getirdiği yeni tehditler karşısında, insanların ihtiyaç duyacakları asgarî hukukî güvenlik ortamının ancak bu yolla sağlanabileceğine şüphe yoktur.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer bulgu da, anayasada sayılmayan haklar bağlamında verilen kararların doğurduğu tartışmaların zaman içinde azalma eğilimi gösterdiğidir.

Gerçekten, anayasada sayılmayan hakları konu alan kararların, ilk başta toplumun çeşitli kesimlerinden yükselen ciddi eleştirilerle karşılaştığı görülmektedir. Dahası, anılan kararların parlamento çoğunluğu ve yürütme organıyla da zorunlu bir çatışma haline yol açtığı düşünüldüğünde, bu kararlara ve genelde yargı organına yönelik eleştirilerin şiddetinin artması da kaçınılmaz olmaktadır. Buna karşın, yapılan karşılaştırmalı gözlemlerin ortaya koyduğu bir diğer sonuç; verilen kararların farklı toplum kesimleri açısından kapsayıcılığının artmasına bağlı olarak, anılan eleştirilerin de gittikçe hafifleme eğilimi gösterdiğidir. Bu durum, haklar alanının genişlemesinin toplumlar tarafından uzun vadede benimsenmesi gibi bir eğiliminin var olduğu şeklinde yorumlanabilir. Ancak hiç kuşku yok ki, bu konuda siyasî seçkinlerin tavrı da büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, iktidar ve muhalefet arasında makul aralıklarla görev değişiminin yaşandığı ülkelerde, yargının temel haklar alanındaki aktif tutumunun güvence biçiminde anlaşılmasının daha kolay gerçekleştiği görülmektedir.

Bu kapsamda son olarak ülkemizde mevcut duruma bakıldığında ise; anayasada sayılmayan hakların içtihat yoluyla keşfi konusunda karmaşık mesajlar içeren bir mimarinin var olduğu söylenebilir. Bu bağlamda Anayasa'nın 2. maddesinde geçen ve Türkiye Cumhuriyeti'nin "...*insan haklarına saygılı...*" bir devlet olduğunun belirten hüküm ile 12. maddede yer alan "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*" hükmü, bu konuda ucu açık bir düzenlemeye gidildiği izlenimi doğurmaktadır. Buna karşın, Anayasa'nın başlangıç metninde geçen; "*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden (...) yararlanma...*" hakkına sahip olduğuna dair ifade ise, okuyucuyu Anayasa koyucunun temel haklara ilişkin kapalı bir liste yapmış olduğu sonucuna götürmektedir. Benzer şekilde, temel hakların "...*yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak...*" sınırlanabileceğini belirten 13. madde ile "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirini(n)...*" kötüye kullanılamayacağını ifade eden 14. madde hükümleri de, her bir temel hakkın Anayasa'nın ilgili maddesinde tanınmış olması gerektiğine işaret etmektedir. Bu koşullar altında ve anayasamızda oldukça detaylı bir haklar kataloğunun da mevcut olduğu düşünüldüğünde, Türkiye'de anayasada *sayılan* hakların çağdaş ve yenilikçi yorumundan hareketle sonuçlara varmanın, öngörülebilir gelecekte ortaya çıkacak yargısal korunma ihtiyaçlarının tatmini açısından daha gerçekçi bir çözüm tazy olacağı sonucuna varmak mümkündür.

Bütün bu tartışmaların ardından, anayasada sayılmayan haklar konusundaki içtihadî keşiflerin 21. yüzyıldaki muhtemel seyrine bakıldığında ise, bu türden kararların, özellikle detaylı bir haklar kataloğu içeren anayasal sistemler açısından istisnai bir nitelik taşıyacağını varsaymak mümkündür. Bununla birlikte; "barış hakkı", "insanlığın ortak kültürel mirasına saygı gösterilmesini isteme hakkı" gibi yeni kuşak haklara ilişkin tartışmalar, anayasacılığın klâsik teorisinin ve geçtiğimiz birkaç yüzyılın anayasal birikiminin, önümüzdeki yüzyılda ciddi ölçüde test edileceğine işaret etmektedir. Bu bağlamda, anayasalarda açıkça sayılmayan haklara dair yargısal arayışların, anayasa yargısının 21. yüzyılın toplumsal ve siyasî sorunlarına cevap verme potansiyelini belirleyecek anahtarlardan biri konumuna yükseleceği öngörmenin, gerçekçi bir yorum tarzı olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

- BOZLAK, Ayhan, **ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması**, Beta, İstanbul 2015.
- CAMPBELL, Tom, Jeffrey GOLDSWORTHY ve Adrienne STONE (Der.), **Protecting rights without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia**, Ashgate, Aldershot 2006.
- CASTIGLIONE, Dario: “The Political Theory of the Constitution”, **Political Studies**, XLIV (1996).
- COLE, Alistair, **French Politics and Society**, Prentice Hall, Essex 1998.
- COLLINS, H. “Political Ideology in Australia: The Distinctiveness of a Benthamite Society”, **Daedalus** (Winter 1985), s. 147.
- EDWARDS, John, **Keating, The Inside Story**, Penguin Books, 1996.
- FALLON, Richard H. Jr., **The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- FRIEDRICH, Carl, J.: **The Philosophy of Law in Historical Perspective**, The University of Chicago Press, Princeton 1969.
- GOLDSWORTHY, J., “The Constitutional Protection of Rights in Australia”, **Australian Federation Towards the Second Century** içinde, Der. G CRAVEN, Melbourne University Press, Melbourne 1992.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, “Australia: Devotion to Legalism”, **Interpreting Consitutions: A Comparative Study** içinde, Der. Jeffrey GOLDSWORTHY, Oxford University Press, Oxford 2006.
- GÖLBAŞI DİNÇ, Aslı, “Anayasa Hukukunda İsimsiz Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1 (Nisan 2017).
- GÖREN, Zafer, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1992.
- GÖZLER, Kemal, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırlar: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 47, Sayı 1 (Ocak 1990).
- GÖZLER, Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, **Ankara Üniversitesi Siyasî Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 55, Sayı 3 (Temmuz-Eylül 2000).

- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukun Genel Teorisi - Cilt II**, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.
- GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa 2017.
- GÜMÜŞ, Tarık, **Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı**, Eğitim Akademi Yayınları, Konya 2010.
- GÜRİZ; Adnan, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- HEYWOOD, Andrew, **Key Concepts in Politics**, Palgrave, London 2000.
- HUGHES, C. A., “Australia and New Zealand”, **Electioneering: A comparative study of continuity and change** (Der. D. Butler ve A. Ranney) içinde, Clarendon Press, Oxford 1992.
- KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- KERSCH, Ken I., **Constructing Civil Liberties, Discontinuities in the Development of American Constitutional Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- KNAPP, Andrew ve Vincent WRIGHT, **The Government and Politics of France**, Routledge, London 2001.
- KOMMERS, Donald P., John E. FINN ve Gary J. JACOBSON, **American Constitutional Law, Essays, Cases and Comparative Notes, Vol. I**, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham 2010.
- KOOPMANS, Tim, **Courts and Political Institutions, A Comparative View**, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- LACHARRIÈRE, René, “Opinion dissidente”, **Pouvoirs**, Vol. 13 (1980)
- LAVROFF, Dimitri, **Le Systeme Politique Francais**, Paris 1991.
- LAVROFF, Dimitri Georges, **Le droit constitutionnel de la Ve République**, Dalloz, Paris 1995.
- McAFFEE, Thomas B., “Unenumerated Rights Under the U.S. Constitution”, **Nevada Lawyer**, Vol. 28 (2001).
- MUMCU, Ahmet ve Elif KÜZECİ, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri – Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumlar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

- NORD, Philip G., **France's New Deal: From the Thirties to the Postwar Era**, Princeton University Press, Princeton 2010.
- O'NEILL, Johnathan, **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 2007.
- ROGGE, O. John, "Unenumerated Rights", **California Law Review**, Vol 47, No. 5 (1959).
- SAĞLAM, Fazıl, Temel Hak ve Hürriyetlerin Özü, **Ankara Üniversitesi Siyasî Bilgiler Fakültesi Yayını**, Ankara 1982.
- SENCER, Muzaffer, "Hak ve Özgürlük Kavramı", **İnsan Hakları Yıllığı**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Cilt 14 (1992).
- SARFAN, William, **The French Polity**, Longman Publishers, New York 1995
- SARTORI, Giovanni: "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", **The American Political Science Review**, Vol. 56, No. 4 (1962).
- SENCER, Muzaffer, "Hak ve Özgürlük Kavramı", **İnsan Hakları Yıllığı**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Cilt 14 (1992).
- SPEAGLE, Donald, "Case Notes: Australian Capital Television Pty. Ltd v. Commonwealths", **Melbourne University Law Review**, Vol. 18 (1992).
- The Honourable Sir A Mason, "The Australian Constitution in Retrospect and Prospect", **Reflections on the Australian Constitution** içinde, Der. R. French G. Lindell ve C. Saunders, The Federation Press, Sydney, 2003.
- TURHAN, Mehmet: "Anayasa ve Anayasacılık", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3 (Eylül 1994).
- TUSHNET, Mark, "Can You Watch Unenumerated Rights Drift?", **Journal of Constitutional Law**, Vol. 9, No. 1 (2006).
- TUSHNET, Mark (Der.), **I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases**, Beacon Press Books, USA 2008.
- YOUNG, Sally, "A Century Of Australian Political Communication: From 1901 to 2001", **ANZCA03 Conference**, Brisbane, Temmuz 2003.
- VILE, John R., **Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law**, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., U.K. 2004.

WARD, I., **Politics of the Media**, Macmillan Education Australia, South Melbourne 1995.

WARREN, Samuel D. ve Louis D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, Vol. 9, No. 5 (1890)

WEAVER, Russell L. ve Kathe BOEHRINGER, “Implied Rights and the Australian Constitution: A modified New York Times, Inc. v. Sullivan Goes Down Under”, **Seton Hall Constitutional Law Journal**, Vol. 8 (1998).

WRIGHT, Vincent, **The Government and Politics of France**, Holmes & Meier Publishers, Inc. New York 1989.

WILLIAMS, G., **The Case for an Australian Bill of Rights: Freedom in the War on Terror**, University of New South Wales, Sydney 2004.

YAVUZDOĞAN, Seçkin, “Tütün Çiğneme, Emme, Tüttürme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve 4207 sayılı Kanun Üzerine Birkaç Not”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1 (Aralık 2011).

İnternet Siteleri ve Web Günlükleri:

Anayasa Konseyi’nin Resmî İnternet Sitesi: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>>

Anayasa Konseyi’nin Resmî İnternet Sitesi: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>>

Anayasa Konseyi’nin Resmî İnternet Sitesi: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5077.pdf>

Australasian Legal Information Institute İnternet Sitesi: <[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20))>

Australasian Legal Information Institute İnternet Sitesi: <[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title(australian%20capital%20television%20and%20commonwealth%20))>

uery=title(australian%20capital%20television%20and%20commonweal
th%20)

CASTAN, Melissa, “The High Court and the Freedom of Political Communication”, **Castan Centre For Human Rights Law Official Blog**, 05 Aralık 2010. <https://castancentre.com/2010/12/05/the-high-court-and-the-freedom-of-political-communication/>

Chief Justice Murray GLEESON, "Boyer Lectures - Four Aspects of the Constitution", ABC Radio National, 10 Kasım 2000. **Australian Human Rights Commission Resmî İnternet Sitesi**: <https://www.humanrights.gov.au/how-are-human-rights-protected-australian-law#1>

Federal Election Results 1949-1993, Department of the Parliament Library, Parliament of the Commonwealth of Australia, 1993. <https://www.aph.gov.au/binaries/library/pubs/bp/1993/93bp24.pdf>

STONE, Adrienne, “Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement”, **University of Melbourne Law School Research Series No. 3**, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UMelbLRS/2005/3.html#fn31>

Diğer

TUSHNET, Mark, “Testimony of Mark Tushnet, Carmack Waterhouse Professor of Constitutional Law Georgetown University Law Center”, *presented to The Subcommittee on the Constitution Committee on the Judiciary United States House of Representatives*, April 22, 1996.

İncelenen Kararlar:

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) [Amerika Birleşik Devletleri]

Conseil Constitutionnelle Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, **Liberté d’association** [Fransa]

Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth, [1992] HCA 45; (1992) 177 CLR 106, F.C. 92/033 (1992) 177 CLR 106 [Avustralya]

