

# ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE ANAYASA YARGISINDAKİ İŞLEVİ VE NİTELİĞİ

Dr. Christian RUMPF (\*)

## L GİRİŞ <sup>(1)</sup>

Demokratik hukuk devleti, 20 yüzyıl devlet düşüncesinin ve uygulamasının en önemli ürünlerinden sayılabilir. Hukuk devleti kavramı ilk önce 19. yüzyılda Almanya'da oftaya çıktığında, herşeyden önce yasanın mutlak ve yargıç denetiminin dışında kaldığı bir üstünlüğü tanıyan yasa ve yasa yolu devletini anlatmıştır. Vatandaşın devlet egemenliği altında bulunmasının, bütün ayrıntılarla olmamakla beraber, yasa tarafından düzenlenmesi, devlet egemenliğinin idarece uygulanmasının yasa tarafından çizilen sınırların içerisinde kalmasının yargısal denetim altında tutulması gerekmiştir. Kuramsal kökleri aydınlık çağına uzanan ve insancıl (hümanist) bir düşünce tarzının ürünü olan böyle bir mekanizmanın, gerçekte insana hizmet vermek için hayata geçirildiği, ancak zamanla hukuk devletinin sujesine ve ayrıca objesine bakıldığında anlaşılmıştır. Saf toplumsal yarar fikri, burjuva düşüncesinin içerisinde geliştirilip temel haklar anlayışıyla hukuksal bir konuma yerleştirilen bireysel yararların oluşumuna yer vermiştir. Vatandaş, sadece devletin tebaası değil, aynı zamanda devletin en Önemli unsuru olarak görülmeğe başlamıştır. Toplumsal yarar (kamu yaran) bundan ötürü bireysel yararların toplamı olarak kabul edilmiştir. Devlet (Kamu) hukuku sadece devlet örgütü hukuku değil, aynı zamanda devlet ile birey arasında mevcut olan ilişkileri hüküm altına alan normların toplamı olarak kavranmış tır. Bu bağlamda, demokrasi fikri önemli bir rol oynamıştır. Demokrasi kavramının, artık, halk iradesine göre yönlendirilmiş bir mutlakiyet anlayışını ortaya koyan Kant ve öteki hümanist lillozoflarda olduğu gibi, yasanın halk iradesine uygun olma zorunluluğundan ibaret

---

(\*) Frankfurt Üniversitesi Öğretim Üyesi ve Avukat.

{1} Kısaltmalar: AET (Avrupa Ekonomik Topluluğu); AİİS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi); Art. (Artikel-madde); AT (Avrupa Topluluğu); ATAD (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı); BVerfGE

(Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts-Federal Anayasa Malı kemesi Kararları Dergisi); EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift-Avrupa Temel Hakları Dergisi); k.s (kenar sayısı); Slg. (Sammlung-ATAD kararları dergisi | Almanca I)

olmadığı kabul edilmiştir. Daha ziyade halk iradesini gerçekten ve olabildiğince geçerli kılabilcek durumdaki yasa oluşumunun işleme bağlı tutulması zorunlu olmuştur.

Bugün temel hakların korunması, hukuk devleti ilkesinin çekirdeğidir. Bu, maddi hukuk devletinin ham maddesi olan insan onurunun ve adalet ilkelere bir gereğidir. Bireyin yararlarının, anayasa tarafından konman hukuksal konumlar (hukuk pozisyonlan), temel haklar ya da insan haklan olarak tanımlanması ve en iyi biçimde yerine getirilmesi gerekir. Bu bağlamda "olabildiğince iyi" (optimal) deyiimi, "sonuna kadar" (maksimal) ile eşdeğerde tutulamaz. Temel hakların sonuna kadar, kayıtsız-şartsız korunması, tam karşıtına, hatta anarşiye dönüşebilir; herkes herkese, herkes te devlete karşı çıkar. Devletin kendine ait bir işlevi bulunduğu, toplumun yaşamasını ve kamu yaran ile bireyin ekonomik ve toplumsal yarannı sağlayabilen tek araç olduğu sürece, bireyin yararlan karşısında toplumsal yararlar bulunmaktadır. Bireyin yararlan ve toplumsal yararlar arasında düşünölebilen karşıtılık zorunlu değildir. Çünkü bireysel yararlar, bir toplam olarak ancak koordinasyonla, bu toplam da toplumsal yarar olarak tanındığında gerçekleştirilir. Temel hakların en iyi biçimde korunması, temel hakların gerçekleştirilmelerinde yaşayan toplumsal yarann zorunlu kıldığı ve izin verdiği derecede korunmasıyla aynı anlamdadır.

Toplumsal yarar kamu yaran İle eşdeğerdedir. Bu yüzden, kamu yararı da bireysel yararların toplamının bir ürününden başka bir şey değildir. Devletin menfaati de, sonunda ancak bireysel yararların somutlaştırılmasıyla hayat kazanır. Devlet, yöneticilerinin menfaat kaynağı değil, bir araçtır. Kendine özgü bir değeri yoktur; değeri ancak bireysel menfaatlerin tümünün korunmasına ve sağlanmasına yönelik işlevinden kaynaklanır, İster Cumhurbaşkanı, isler memur ya da halk olsun-kimse "devlet benim" diyemez.

Kanunun halk iradesine dayalı olmasının zorunlu olduğu doğru ise, bu hususun belirli bir usul ile güvence altına alınması gereklidir. Kanunun, adil ve etkili bir biçimde halk İradesine uygun yerine getirilmesinin belli denetime bağlı olduğunun zorunluluğu da doğru ise, bu denetimin de halkın iradesine uygun bir biçimde kurulan belirli bir usule göre güvence altına alınması şarttır. Bu koşullar gerçekleştirilmedikçe, hukukun asıl işlevi olan toplumsal barış sağlanamaz.

Bunun sonucu olarak, temel hakların en iyi ve etkili korunmasının an-

çak kanunların yapı ve içeriği buna izin verdikleri zaman ve kanunların uygulanmasının denetiminin temel hakların en iyi kullanılmasını sağladığı anda mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

"En iyi" ve "etkili" deyimleri, konumuzun anahtarları olup, bir ölçüyü aramız gerektiğini ifade etmektedirler. Bu da, Kanun koyucu için kanunun amaç ve etkisini makul bir oranda bağdaştırmasının zorunlu olduğu; yargıç denetimi için İse, idarenin tasarruflarıyla "ölçüyü kaçırdığım" kapsayacağı anlamına gelmektedir. Demokratik hukuk devleti düşüncesine bağlı olan devletlerin çoğu, ayrıca kanun koyucunun makul oranı bulup bulmadığını denetim altına alabilen anayasa mahkemeleri kurmuştur.

Artık ölçülülük ilkesinin uygulama alanına varmış bulunmaktayız.

Her ne kadar ölçülülük ilkesinin çevirisini belirlemek kolay oluyorsa da, Ölçülülük ilkesinin temel hakların ve kamu yararının ilişkisinde ve bağdaştırılmasında başrolü oynadığı ve ikisinin en iyi biçimde geçerliliğini sağladığı, demokratik hukuk devletinin tam yerleşmesinden ancak onlarca yıl sonra anlaşılmıştır.

Yazımızda, Avrupa'da bu ölçülülük ilkesiyle hangi biçünde çalışıldığını ortaya koymak istiyoruz. Bu bağlamda, tartışmayı kısa tutup, Avrupa seviyesinde Avrupa Topluluğunun ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hukuk sistemlerine ve ulusal alanda Alman ve Türk anayasa yargılarına bir göz atacağız.

## **2. AVRUPA HUKUKU**

### **2.1. Avrupa Topluluğu (AT)**

AT sistemi, ekonomik bir düzeni kuran kısmi bir hukuk sisteminden başlayarak, ulusal hukuk düzenlerine müdahale eden bütünleştirici genel bir hukuk sistemine dönüşmek üzeredir. AT'nun kanun kuyuculuğunun demokratik meşruiyetinin henüz eksik olmasından dolayı, Lüksemburg yargısının temel hakların korunmasındaki önemi daha da artmaktadır.

Avrupa Adalet Divanı yargısının ulusal uygulamaya olan etkisi Roma anlaşmalarınca düzenlenen yetki alanlarından ziyade, AT'daki bütünleşme eğilimleriyle daha da genişletilmiştir. Aynı zamanda, ulusal yargı içtihatları da karşılık olarak belli konularda AT yargısının üzerinde etkilerini göstermekte-

dır. Adalet Divanı bir yandan ulusal içtihatlardan esinlenerek genel hukuk ilkeleri ile ilgili içtihatlarını geliştirirken (2), diğer yandan kararlarıyla ulusal yargılan da etkilemektedir. Bu olgu, ulusal seviyede uygulanan Avrupa Hukuku normları gibi, bazı yorum ölçütleri (ölçülülük ilkesi gibi) için de geçerlidir. Örneğin İtalya'daki ölçülülük ilkesi ile ilgili tartışmalar ve uygulamaların Adalet Divanının içtihatlarını da etkilediği kabul edilmektedir (3).

Avrupa Topluluğu hukuku çerçevesinde ölçülülük ilkesi, yazılı olmayan, bir yandan bireyi koruyup da (4) diğer yandan sübjektif bir hak teşkil etmeyen bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir (5). İlkenin Adalet Divanı'nın içtihatlarına katılması, AET anlaşması tarafından güvence altına alınan dört özgürlüğün ötesine varan temel haklar ile ilgili yargısının (6) doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Ölçülülük ilkesinin norm hiyerarşisindeki konumu, anlaşma hükümleri ile eşdeğerde olup ilk derecede hükümlerden sayılır (7). Böylesine genel hukuk ilkesi olarak kendini, "zorunlu", "haklı" veya "gerekli" önlemlerden sözeden anlaşma hükümlerinde göstermektedir. Ölçülülük ilkesinin bağlayıcılığını, sadece Adalet Divanının norm denetimi sırasında değil, takdir yetkisini kullanan AT organlarının karşısında da gösterir. Ulusal önlem ve tasarrufların ölçülülük ilkesine uygunluğunun zorunluluğu Avrupa Topluluğu hukukuna özgü bir olgudur; bundan dolayı ulusal bir tasarruf, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu kadar AT anlaşmalarının özgürlükleriyle bağ-

- 
- (2) Bkz. Jürgen Gündisch, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung <Je.s Europäisden Geridts hofs (Avrupa Adalet Divanının içtihatlarında genel hukuk ilkeleri), in: Jürgen Schwarze (derleyen), Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktüellen Rechtsentwicklung (Güncel hukuk gelişmesinde Ortak Pazarın ekonomi hukuku), Baden-Baden 1983, sh. 97 vd.; Christiana Pollak VerhältnismaBigkeitsprinzip und GrundrechLssdiutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Osterreichinsellen Verfassungseridts hofs (Avrupa Adalet Divanının ve Avusturya Anayasa Mahkemesinin içtihatları uda ölçülülük ilkesi ve temel hakların korunması), Baden-Baden 1991, sh. 23 vd.
  - (3) Bkz. Giovanni Maria Ubertazzi, Le principe de proporüonnalile en Droit Italien (Hans Kutscher/Georg Röss/Françis Teitgen/Feliz Ermacora/Giovanni Maria Ubertazzi, Der Grnidsatz der VerhältnismaBigkeit in europäisden Rechtsordnungen (Avrupa Hukuk düzenlerinde ölçülülük ilkesi). Heidelberg 1985. sh. 79 vd.
  - (4) AT AD 13/11/1973, E.63-69/72 (Werhahn), Slg.S.1229 ff. (1248 ff.); Rudolf Geiger, EG-Vertrag (AT-Anlaşması şerhi), München 1993, Art. 164, ks.36 vd.
  - (5) Hans Kutscher, Zum Grnidsatz der VerhältnismaBigkeit im Redit der Europäisden Getneinschaften (Avrupa Toplulukları hukukundaki ölçülülük ilkesi üzerine) (Kutscher/Röss/Teitgen/Ermacora/Ubertazzi) sh.92.
  - (6) Pollak ibidem sh.28 vd; Albert Bleckmann, Europaredit (Avrupa Hukuku), 5. baskı, Köln 1990, ks.295 vd.
  - (7) Pollak sh. 17, 39 vd.; Kutscher sh. 92.

daşmayarak AT hukukuna da aykırı olabilir (8). Özel durumlarda ölçülülük ilkesinin bir menfaat üçgeninde menfaatleri sınırlaması söz konusu olabilir: topluluk menfaatleri, ulusal menfaatler ve bireysel menfaatler (9).

Nesnel bir hukuk kaidesi olarak ölçülülük ilkesi bir yandan bireyin temel hak konularına müdahalelerine izin verir (10), diğer yandan temel hakkın kaldırılmasına ve özüne dokunu imasına izin vermez.

Ölçülülük ilkesi ile ilgili tutarlı bir kuram, gerek Adalet Divanı'nın içtihatlarında, gerek Avrupa Hukuku ile ilgili literatürde gözükmemektedir (11). Ancak, ölçülülük ilkesinin "gereklilik", "elverişlilik" ve "oranlılık" unsurları, Adalet Divanı tarafından da ölçü olmak tanınmış bulunmaktadır (12).

## 2.2. AIHS

AtHS'nin Strasbourg organlarınca uygulamalarının Avrupa çapındaki önemi tartışılmazdır. Bu husus yakında Türkiye tarafındım artan bir derecede hissedilecektir, öerçi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı, AIHS'nin kendine özgü bir anayasa düzeni olduğunu kabul etmekle beraber (13) bunu titizlikle geliştirmeye özen göstermektedir. Bu gelişme ulusal anayasa uygulamalarına da yansımıştır. Çünkü, üye devletler, Strasbourg organlarının tespit ve hükümlerine uyum sağlama çabalarında bulunup kararlarının devletler hukuku gereği ulusal seviyede yerine getirilmelerine ve İstenilen yönde eksikliklerini gidermeye hazır olduklarını göstermektedir; Lüksemburg'daki Adalet Divanının temel haklarla ilgili içtihatları da, en az 1974 yılından beri (14) Strasbourg organlarının içtihadım taralından önemli bir şekilde etkilenmiştir (15).

---

(S) ATAD IS/3/19SO. E.52/79 (Deluııvc, hizmet ilolajını. kabin televizyonu). Slg.slı.S33 vd. (S57 vı t).

(9) Bkz. Polbk slı.42.

(10) Pollak ibülemeı zut kabul edilir bir hiçimde. bu bağlamda ölçülülük ilkesinin aııurlatııa işlevinden söz etmek.

(11) Bkz. Pulla k S'lı. 36 vd. Nitekim, bazı yazarlar ölçülülük ilkesinin hukuk devı el i ilkesi veya adalele ilkesiyle kuran isal bir tuğlanı isım kurmaktadırlar (bkz. Geiger An. IM ks. 25 vd).

(12) ATAD i7/12/1970, E. I 0/70 (İntertüüimalı Hırttıkseseltııafı), Slg, slı. 1125 vd.; 5/7/1977, E. 114/75 (Bela-Mühle. Magcmıılchpıtıver). Slg. slı.1211 vd. (1221). 5/7/1977, E. 110/70 {Geratııarı, tı lager 111 d ııı t İver}. Slg sh 1247 vd. (1265).

(13) Bkz. Jodııı A. Fr<wcin. İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu (Anayasa Yargısı 9). Ankara 1993, sh.ılı

(14) ATAD 14/5/1974. E.4/73 (N<dd). Sle.sh.49J vd. (507); 2K/KV1975. E.30/75 (Rütılı). Slg.stı.1219; bkz.

(15) Bkz. Pöllak sh.30 vd.

AİHS'nin değişik ulusa] iniktik düzenlerimle hangi konumda olduğu bir yana, ulusal hukuk uygulamasındaki rolü çok önemlidir. Bu bulgu, yazılı bir anayasası bulunmayan ve parlamento egemenliğinin devletler hukuku karşısında çok güçlü bir dununu olan İngiltere için de geçerlidir. Çünkü, AİHS'nin hukuk kaynağı oluak önemi gün geçtikçe artmakla beraber, bir anayasal temel haklar listesinin niteliğini de kazaumakiadu' (16). Söylediklerimiz Federal Anayasasında temel haklar hükümlerinin pek bulunmadığı ve Federal Mahkemenin temel hakları ile ilgili içtihatlarının çoğu AİHS üzerine kurulmuş olan İsviçre için de geçerlidir. ISSki bir Anayasa Mahkemesi geleneği olan Avusturya'da da, AİHS anayasa hükmünde bir kanunla yürürlüğe konmuştur ve böylece Strasbourg organlarının içtihatlarına özel bir önem kazandırılmıştır. Nihayet, AİHS ve ilgili içtihatlar Türkiye için de önemlidir, Türk Anayasa Mahkemesi temel hakların yorumlanmasında, T C. Anayasasının AİHS tarafından etkilendiği görüşünü benimseyerek, s t k sık AİHS hükümlerine ve onlara ait yorumlara başvurmakladır.

Böylece. Strasbourg organlarının kararlarının dolaysız bir hukuki etkinliği olmadığı halde, ulusü seviyedeki etkisi açıktır.

Ölçülülük ilkesine gelince, hu ilke Strasbourg organları tarafından özellikle AİHS'nin S. ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarına dayanan içtihatlarında kabul edilmiştir (17). İlke hu bağlamda, bir insan hakkının bir yandım olumlu güvence altına alınması gereğiyle, diğer yandım belli sınırkuna sebeplerince çizilen koruma alanının (norm alanının) belirlenmesinde uygulanır. AİHS'nin kendisinde ölçülülük ilkesinin tanınan unsurlarından bili açıkça yazılıdır: demokratik bir toplumun gerekleri (İS) "sınırlamanın sınırlanması" olarak, ölçülülük ilkesinin uygulanmasının ilk adımı olan "gereklilik" unsurunu ifade etmektedir. "Elverişlilik" sorunu zaten kolay çözülür; bu hususla .Strasbourg

(16) Bkz. Çağlat bu ciltle: Çağlar Avrupa İlişkileri 11akları I livamın İlgilivrc İtirı Anayasası Malikviiic.vi olarak mlelemekcöir

(17) Vgl. Jüchrn A FroWt;jhWollNühg Pcukeri. Eiiropaisdie Men.bxhaiTrdiitk<wenlioti (AİHS), Kehi )9X.\ Vorbrüi'rkuiig zıt Ari.X-11 I nuHıdekrlik giriş) ks 15; Bartliold Kuran, EuGRZ 19X5, sh. 174 vd.

(IX) Luziis Wi1<İliabcr/Stef;iii Bre İlenim, »ser (Hrrjben Gtdsorig vat. (deri ), İniernajonaler KOHP nienlar zur Eurı »piisdiēn Mcnshredisikonveiiioii (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 lu.s-1 İrarası Açılması). {Kolu 1992) Arl.X ks.722 vd.



de uygulanması, hatla "zor sallanalı" olması eleştirilmektedir (23). "Anayasa tarafından bir yandan temel hakların korunması, öte yanda sınırlamanın saklı tutulması suretiyle kurulan sıkı sistemin ölçülülük denetimi yoluyla menteşelerinden oynatılması" (24) ya da temel haklar politikasında yargıcın adeta yasakoyucu yerine geçmesi (25) tehlikesinin varlığından sözedilmektedir. Bu görüşler, ölçülülük ilkesinin leml hakların korunmasında önemli bir işlevi bulunup genel bir nitelik sahibi olduğundan belirli temel hakların güvence altına alınmalarının erimesine sebcbiyeyi verdiğini ve böylece bünyesiz ve belirsiz bir güvence prensibi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşler Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına dayanabildikleri halde, yerinde değildirlir; çünkü ölçülülük ilkesinin, sadece bir ölçül olmak somul olayda bir leml hakın olumlu güvence altına alımısuun kapsamının, yani koruma alanının (nonn alanının) belirlenmesinde net bir rol oynadığının anlaşılmadığını gösterirler. Ölçülülük ilkesi ile ilgili eleştiri, ilkenin kendisine değil, ancak-örneğin Federal Anayasa Mahkemesi gibi-hukuk metodolojisi ve dogmatığı bakımından ilkeyi yanlış bir biçimde kullanan norm uygulayıcısına karşı yöneltilebilmektedir.

Alman hukukuna gelip ölçülülük ilkesinin buradaki rolüne kısaca değinelim.

Ölçülülük ilkesinin hukuk tarihi bakımından köklerini polis hukukunda aramak gerekir; eyalcel polis kammiannın genel hükümlerinde ve cebri icra kanunlarının değişik maddelerimle açık ifadesini bulmuştur (26).

Anayasal düzeyde ve bundan dolayı diğer kamu hukukunda ölçülülük ilkesinin geliştirilmesinde Federal Anayasa Mahkemesinin payı çok önemli olmuştur. Bunun nedenlerinden biri. Türkiye’de "anayasal şikayet" olarak tercüme edilen bireysel başvuru hakkının, temel hakların somut ihlallerinin çokluğudur.

---

(23) Karş. Geirg Ress, Der Grund.salz der VerliilliiisiiiiiiBi"kiir im deursdien Redil (Alniiii huku-kunda ölçülülük) (Kuisdier/Ress/Tı iışivıı/t lbciazzi) sh. 5 vd.

(24) Ress ihı dem slı.7

(25) Ress ibideiii slı.9

(26) Bkz. Mustereritwurf fiir em diiiiell lialles Polizeigeseiz (Federal Almanya'daki Eyaletler Polis Kanuni arıııı Birlejrhrmek Amacı ile Hazırlanan Çerçeve Tasarı); Kayıtları fçrı/Ferilıııı Yem-se.y. Ceza Kamı uları. 2. İrası. İstanbul J>N9. slı. l 14 vd.. özellikle inil.2.



1960 yıllarında, Federal Anayasa Mahkemesi aşağıda gösterilen tanım-  
lamayı yapmıştır:

"Yasakoyucu tarafından kullanılan aracın, istenilen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli (ılınası gerekir. Araç, istenen sonuca varılmasına yardımcı olabiliyorsa, elverişlidir. Yasa koyucu aynı derecede etkili olup, ilgili temel hak üzerine sınırlayıcı etkisi daha az olan bir aracı bulamıyorsa, araç gereklidir." (27).

Burada, ölçülülük ilkesinin unsurlarının ilk ikisinden söz edilmiştir. Ancak, ölçülülük ilkesinin asrt görevi, üçüncü unsuru olan oranlılığı (dar anlamda ölçülülük (2K)) incelemesiyle yerine getirilir. Bu aşamada, Alınım doktrin ve içtihatlarında tam bir terminoloji karmaşası yaşanmaktadır. Örneğin, Federal Anayasa Malıkcinesitiin "1 IbemıaBverbot" (aşuılık yasağı) ile ilgili içtihatları ün yapmıştır (29). Bazı kararlarda Federal Anayasa Mahkemesi benzer bağlamda "lııuzumutbaıkcıt" (yükJenmezlik)ten söz etmiştir. Aşırılık yasağı ile ilgili içtihatlarda, zaman zaman ölçülülük ilkesi ayn bir ölçüt olarak kullanılıp, kararlar ilkesine de dayandırılmıştır (30). Başka bağlamda, ölçülülük ilkesi "suç oranına göre cezalandırılma prensibi'nde-hu prensibi ölçülülük ilkesi ile ilgili bir dogmatikle birleştirmeden-görühnüştür (31). Değişik terminoloji sorunlarına rağmen, Federal Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesinin şu tanımını geçerli sayılabilir:

---

(27) BVerfGE 30, .41.292 vl.

(28) BVerfGE 48, sh.396 vd. (402); 61. sh. 126 vl. (134); 63, sılı J31 vd. (144).

(29) BVerfGE2J.Kh.173 vd. (283); 48. .di.199 vd. (302); 48. sılı.396 vd , 49, sılı.36 vtl. (43). "Aşırı-  
lık yasayı" ile ilgili v leş i iri ter için bkz l-ı itz < lıseııbühl. MaBhalteri nur dem t JtyrınaBverbtıt  
(Aşırılık yasağımla Armağarı), sılı 151 vtl.; Klaiıs Simi, Zıır  
Entsteliung uıııı Ableitunıı des 1 lbmınıBverbuls (Aşırılık yasağının doğması ve kaynaklıılırlırlı-  
ltias\*1). lbjdenı. sh. 165 vl. Simi, aşırılık yasağının yerıış anlamda ölçülülük ilkesiyle ve t ölçülü-  
lük ilkesi kavramı üçüncü unsura manlılıkla eşdeğerde tutmalarıyla kavramlarının karıştırılma-  
sına ayn bir katkıda bulutulmaktadır.

(30) Anayasa Mahkemesinin lerııııııloıık belirsizliği ile ikili bkz.: Lullıar Hırsuhbcırlı. Oer Grund-  
sat z der Verlıalı m sn üüB: gkeıı (Ölçülülük ilkesi). İöttıııııııııı 1981. sılı.23 vık; BVerfGE 84.  
sılı.2i2vd. (230 vd.)

(31) BVerfGE 73. sılı.206 vd. (253) (utıııııııııı eylemleri olayları). BVerfGE 6. S.389 ft. (439)ıleııı  
sınıra yerleşmiş içtihatlar.

"müdahale, amacına ulaşmak için elverişli ve gerekli olmalıdır: ilgili şahsa aşın bir şekilde yük getirmemeli, yani yüklenebilir bir ağırlıkla olmalıdır." (32).

Aşırılık yasağının ve yüklenebilirliğin, burada oranlılığın "yedek kavramları" oldukları açıkça görülmektedir.

Ölçülülük ilkesinin nereye dayandırıldığı hakkında Federal Anayasa Mahkemesinin şu ifadesi örnek olarak verilebilir:

"Ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkeleri devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden çıkarılır ve bunun için anayasal değer sahibidir." (33).

Arasını Federal Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin kökünü "temel hakların özünde" görmüştür (34). S ot inç la. Federal Anayasa Mahkemesinin İçtihatlarına göre, genel olarak, ölçülülük ilkesinin hukuk devletinin ana unsurlarından okluğu savunulur. Alman doktrini çoğunlukla bu görüşe katılmıştır (35).

Ölçülülük ilkesinin işlevi. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında belirlenmemiştir. Zaman zaman, verilen kararın bir dayanağı olarak adeta bir temel hakkın işlevini üstlenmektedir. Diğer taraftan, yorum ölçütü olarak kullanılıp sadece ilgili bir temel hakkın koruma alanını belirlemek üzere yardımcı olur. Federal Anayasa Mahkemesinin bu bağ kumla oran idik unsurunun rolüne nasıl baktığı ilginçtir:

"Seçilen araçlar istenilen sonuçla makul (akılcı) bir ilişkide bulunmalıdır. Ona göre, yundışına çıkarılma ile ilgili hükümlerin uygulanmasında ilgili hükmün koruduğu kıunu menfaati ile yurt dışına çıkarılmanın bireyin ekonomik, mesleki ve şahsi viülüğü için sonuçlan ile beraber,

---

(32) BVerfGE 4X. sh.396 vıl. (402); 63. slı.144.

(33) BVerfGE 19. slı.342 vıl. (34S); d;ılı.ı üürev bu >;Orüfüüü İkufla11"ıcı olanık üüiclerübrileü kurura bkz.: BVerfGE 17. slı 306 vıl (31 3 v.l j ,b|nı s.nır.ı kr,s. BVerfGE 35. sh 3X2 v.i. (400).

(34) BVerfGE 19. slı. 34K

(35) Krş.Sterıı ibııleııı slı. 172 vıl.

yurtdışına gitmek istemeyeli (Ahinin) kimsi ile onun evliliği ve öteki sosyal ilişkilerin üzerine etkilen masında bir dengenin kurulması şarttır." (36).

Bu örnekte, ölçülülük ilkesinin karar verme sürecindeki somut bir işlevi açıkça larkedilebiir. Ortada bir tanıtlan ilgilinin temel hakları ve diğer tarattam kamu menfaatleri vardır. Federal Anayasa Mahkemesinin görevi, ilgili yabancılık temel haklarının korunmasının kapsam ve genişliğini tespit etmek idi.

Somut müdahalenin ve aynı müdahalenin kanunî dayanağının elverişlilik ve gereklilik unsurları, bu olayda varsayılabilmektedir. Yargıca kalan iş, yukarıdaki cümlelerde belirlenmiştir: menfaatlerin ve değerlerin tartılması sözkömsüdür. Artık buna yardımcı olacak bir norm veya somu! bir ölçül yoktur: karan yönlendiren ve oranı belirleyen unsur yargıcın aklıdır.

Sonuç olarak söyleyebiliriz ki: Alman doktrini ve uygulaması ölçülülük ilkesini, anayasal derecede olan, hiyerarşinin ve kamunun, devletin ve idarenin, hukuk ve menfaatlerin konumları arasındaki kaidesel uyumsuzlukları çözen, idarenin ve yasa koyucunun takdir yetkilerine dizgin koyan ve yargısal denetim sıklığını (Kontrolldichte) arttıran genel bir hukuk ilkesi olarak kabul etmektedir.

#### 4. DİĞER ÜLKELER

Diğer ülkelerin arasından ilk önce Avusturya incelenebilir. Bu ülke, Avrupa anayasa yargısının en eski geleneklerinden birine sahip olduğu halde, ölçülülük ilkesi ancak on sene önce kabul edilmeğe başlamıştır (37). Bu süreçte, hem Strasbonrg organlarının (3X) hem Alman ıyıtıkunasının etkisi l;u- lışılmaz. Benzer bir durum. İsviçre'de gözükülebilir. Orada, temel hakların korunması hemen hemen tümüyle AİİS'e dayanmakta olup, Strasbonrg organlarının içtihat İminin rolü önemlidir.

---

(36) BVerfGE 35, sji. 400 vrf.; kr.f. D Veril İti 49. sl>. 16S v.l (IS4); 50. sil. 166 vü. (i 74 v<l.).

(37) Ayırınırlı kış Polhık slı.6') v.t.

(3S) AİHS AvıLslırtıyı'nda anayasa İli k r n ü m k- bir kanında kahıl edildiğini daha önce heHrhıusf ık,



lanın sollayıp, bazı Türk yazarlarının savundukları görüşlere (41) uygun bir şekilde, Almanya'da geliştirilen ve gereklilik, elverişlilik ve oranlık unsurların kapsayan bir ölçülülük ilkesi şemasını kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesiyle ilgili bir dogmatığın başlangıcı, 19X6 yılında Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile ilgili kararında tespit edilebilir (42). Ölçülülük ilkesi deyimini kullanmadan ve ilkenin belli bir işlevini göstermeden, Mahkeme şöyle demiştir:

"Özgürlükler, ancak: istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeyde vardır. İmasıdır."

Bu metinde, 19X2 Anayasası rejiminde de geçerli sayılan temel hakların yargısal dogmatığının temelleri gözükmelektir: temel hakların özüne dokunma yasağı 1961 Anayasasında olduğu gibi belli ve açık bir hükümden çıkarılmasa da - demokratik bir toplumun gereği olarak hala geçerlidir; özgürlüğün sınırlanması: demokratik toplumun yaşamını sağlanmak için zorunlu olup, bir orana bağlı olması gerekir. Ölçülülük ilkesi, adıyla geçmemekle beraber, unsurları belirlenmiştir.

Ayrıca, çağdaş bir temel haklar dogmatığının esaslı bir ilkesinden bahsedilmiştir: özgürlük kuralıdır, sınırlanması istisnadır.

Anayasa Mahkemesinin başka bir karar, siyasal partilerin genel seçimlere katılmasının il ve ilçelerde belli bir orana kadar örgütlenmiş olmalarına bağlayan kanun hükümleriyle ilgilidir (43). Bu kararda, bir partinin seçimlere katılmak üzere illerin en az üçte birinde ve hu illerdeki ilçelerde yine en az üçte birinde örgütlenmiş olması gerektiğine dair kanun hükmü Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında. temel hakların

---

(41) Fazıl Sağlam. Temel Hakların Sınırlanması ve Özü. Atıklım 19X2, sh.J İÜ Vıl.; İlgüü Ödütüü. Türk Anayasa Hukuku. 2 İııskı, Ankara İUS'). sh.X6 vd.; ayrıca kr.y Sakır Çağlar. Anayasa Bılı İııı-Bır Çalışma Taslağı. İııııbul İ9X9.sh 171 vıl.

(42) 26/1 J/J 936 tarihi. E. İOH5/K K 19X6/27 sayılı karar: KG 10644. İ4ZX/J9X7. sıı. J 3 vd. (47 vd.).

(43) 22/5/19X7 tartılı. E. (9X6/17. K. 19X7/f İ sayılı karar: RG 19573. 13/9/J9K7. sh.46 vıl.

özüne dokunma yasağının demokratik bir toplumun gereği olup, böyle bir hükmün ulaşılan yarar ile adalet ve hıakkuriyet arasındaki dengeyi bozduğunu ve istenilen amaç açısından oransız olduğunu ifade etmiştir. Seçimlerle ilgili başka bir kararında Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesi ile ilgili "makul ve kabul edilebilir bir ölçü "den söz etmiştir (44).

Ölçülülük ilkesi ile ilgili içtihatlarının yerleştirilmesine yönelik önemli bir karar 1989 yılında Avukatlık Kanunu hakkında verilmiştir (45). Açıklıyoruz:

"İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili "ölçülülük" temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik" sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayım "zorunluluk-gerçeklilik", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır." (46)

Bu kararda ölçülülük ilkesine dayanan bir yönün bulunmadığı ve karar sürecindeki işlevi belli olmadığına karşın, ölçülülük ilkesinin unsurları net bir biçimde belirlenmiştir (47). Anayasanın 13 üncü maddesi ile yakın bir ilişki kurularak ölçülülük ilkesinin kaynağı, temel hakların sınırlandırılması sisteminin kendisinde görülmüştür.

Buna benzer kaynaklandırma çabaları, Mahkeme tarafından KHK 424 ile ilgili kararında da görülmektedir. Denetleneli KHK, hükümetin iddi alana göre Anayasanın olağanüstü hal ile ilgili hükümlerine dayandırılmışsa da, olağanüstü hal bölgesi dışında bulunan basın için de önemli kısıtlamaları öngör-

---

(44) 13/6/1ÖSH tarihli. E. İ9S8/İ4. K. 1988/1 8 sayılı karar: RG J9872. 14/7/L'JHS. s)ı.23 vd.

(45) 23/6/1989 tarihli. E. J988/50. K. 1988/27 sayılı karar: RG 20302. 4/10/1989. alı. t J vd.

(46) İbideııı sh.20.

(47) Hukuk İleriıııııııııııe krç: Özbııııııı İhıııııı; İl İlahi m Kaboğıı. Kolektifi İzyurlukler, Diyarbakır İ989,sh.2S3 vd.

müştü (48). Bu kararda, ölçülülük ilkesi, yukarıdaki tanımıyla, AİHS'nin 15 inci maddesiyle bir benzetme yapılarak, Anayasanın 15. maddesinden çıkarılmıştır.

Türk Anayasa Mahkemesinin içtihatlarının gelişmesinde, ölçülülük ilkesinin - Alman Federal Anayasa Mahkemesine karşı - hukuk devleti ilkesine değil, demokratik toplum gereklerine ve temel hakların sınırlandırılma sistemine dayandırıldığı görülmektedir. Böylece, Strasbourg organlarının genelde daha az gelişmiş olan içtihatlarına ve Alman doktrininin ölçülülük ilkesini temel hakların özüne dokunma yasağından çıkaran eğilimlerine sınırlı bir benzetme yapılabilmektedir.

Ancak, Türk Anayasa Mahkemesinin Terörle Mücadele Hakkında Kanun ile ilgili kararında başka bir fırsatta irdelenecek olan yeni bir husus ortaya çıkmıştır: Ölçülülük ilkesi ve eşitlik ilkesi arasındaki ilişki.

Bizim için önemli olan, bu kanuni ölçülülük ilkesinin ve genel olarak temel hakların somutlaştırılmasında eleştiriye elverişli güzel bir örnek olmasıdır.

## **S.2. Bir Eleştiri : Terörle Mücadele Hakkında Kanun ile İlgili Karar (49)**

Bu karar. Terörle Mücadele hakkında Kanunun bazı hükümlerini iptal etmiştir. Kanunim 6. maddesinin Anayasanın 10. maddesinin ışığında denetlenmesi sırasında Mahkeme şöyle demiştir:

"Böylece 6. maddede öngörülen bu suçun mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler veya yeni yayma giren mevkutelerle işlenmesi durumunda verilecek ceza ile önceden yayımlanmakta olan bir mevkuteyle işlenmesi durumunda verilecek ceza arasında ortaya çıkan ve haklı bir nedene dayanmayan oransızlık, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu durum. Anayasanın 10. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir."

---

(48) 10/1/1991 tarihli, E. 19'10/25. K.J«WJ/I sayılı karar: RG 21162,5/3/1992. sh. 9 vrl. (37); KOK 424'üü yerme geçen KHK 430 için hkz3/7/1991 l.iniılı, E. 1991/6. K. 1991/20 sayılı karar: RG 21165, 8/3/1992. sli.3 vd

(49) 21/3/1992 İıııııııı, E. 1991/İK, K. J992/20 sayılı karar: RG 2J478 mükerrer. 27/1/1993. sli. t vd.

Bu cümle ile, Türk Anayasa Mahkemesi "orantılık" ile "eşitlik" kavramlarını aynı bağlamda kullanıp. ölçülülük ilkesinin eşitlik ilkesiyle nasıl bir bağlantısı olduğunu sormadan, lütda bir soru işareti bırakmıştır. Böylece, ölçülülük ilkesi dogmatığının yeni bir yönü ortaya çıkmıştır. Ancak karın, hadisede sonuca katılmamız mümkün okluğu halde, ilgili temel haklının temiz ve açık bir somutlaştın İmasına dayanmamakladır. Eleştirimizi alternatif bir somutlaştırma girişimiyle açıklayacağız:

a) Bir kitabın veya gazetenin ilk baskısını yayınlayanın tırışı en yüksek olan günlük bir gazete kadın cezalandırılması sorusunun, değişik aşamalarla cevaplandırılması gerekir. tince, cezanın bağıun noktasını araştırmalıdır. Başka bir deyimle: kanım, basm özgürlüğünün kullanılmasından ihmet olan bir kitabın yayınlanmasının, kamu menfaatine sahip Türkiye'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü zedeliyorsa, cezalandırılması mümkün müdür? Anayasa Mahkemesinin yapılacak işi, bireyin temel hak konumunun değinilen kamu menfaati yüzünden kısıtlanabileceğini tespit etmektir. Kamu menfaatinin, temel hak gibi Anayasa'ca konuna altına alınmış olması gerekir. Olayımızda cevap kolaydır. İlgilinin temel hakkı, Anayasanın 2K. maddesince korunmakta olup, ilgili kamu menfaati de Anayasaca güvence altına alınmıştır (md.13). Ancak bu cevap, soyul bir seviyede iki değişik norm unsurlarının karşı karşıya geldiklerine dair hir tespitten ibarettir. B utulan sonraki aşamada, burada kanun tarafından yapılan somut müdahalenin haklılığı ve böylece Anayasaya uygunluğu açıklanır. Mahkeme, ancak bu anda temel hakkın somutlaştırılması sürecine girer. Temel hakkın somutlaştırılması, "maddi alanının" (Sachbereich) tespitiyle başlar. Başka hir deyimle, denetlenen kanun taralin dışı ele alman yaşam kısmının (burada: vatandaşın basın yoluyla belli hareketlerde bulunması), temel hakkın düzenleyen norm tarafından da düzenleyen yaşam kısmıyla aynı olması gerekir. İlgili soru, olumlu cevaplanır, Çünkü ikisinin basın özgürlüğünün güncel yaşamda kullanılması ile ilgili bir düzenleme getirir. Temel hakkın somutlaştırılmasında bundan sonraki adım, norm alanım (Rormbereich) tespit etmekten ibarettir. Temel hakkın norm alımı, ilgili maddenin metni söz konusu olan özgürlüğün, normun buyruğuyla hangi kapsam ve unsurlarıyla korunduğuna cevap verilerek çizilen alandır Başka bir deyimle, norm alanının sınırlan tespit edilir. Yine başka bir deyimle, temel hakkın olumlu olarak güvence altına alınmasına, olumsuz olarak hangi norm unsurları tarafından sınır getirildiği araştırılır. İşbu sınırlayıcı norm unsurları örneğin milli güvenlik gibi kamu menfaatleri ile ilgili olup, aynı inad-



dede yazılı olabilir veya - Türkiye'de olduğu gibi - özel norm alanlarına karışan genel bir norm metninde yazılı olabilir (md.13) veya - Alman doktrini ve Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edildiği gibi - Anayasa tarafından düzenlenip korunan öteki bireysel veya kamu menfaatlerinin normatif unsurlarından (50) oluşabilir. Olayımızda, bir yandan 28. maddeyle güvence altına alınan basın özgürlüğü, diğer yandan bunu sınırlayan Türkiye'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü vardır; ilgili kanun, yasaklayıcı (cezalandırıcı) unsuruyla, bu iki unsur arasında oluşan norm alanına girmektedir; çünkü basın özgürlüğünün belli kişiler tarafından kullanılmasını cezai müeyyidelerle kısıtlamaktadır.

Artık ilgili kanun hükmünün norm alanının dışına çıkmasına (norm alanını zedelemesine, temel hakkı koruyan maddeye aykırılığına) yol açıp açmadığı tespit edilir. Bunun yapılmasında, ölçülülük ilkesi araç olarak kullanılır. Çünkü normun olumlu yönleri (temel hakkın olumlu olarak güvence altına alınması buyruğu) ile olumsuz yönleri (temel hakkın olumsuz olarak başka menfaatler gereği sınırlanması buyruğu) arasındaki çatışmayı normatif bir dengeyi kurmakla giderilir. Bu denge, somut olay gözönünde bulundurularak ölçülülük ilkesiyle sağlanır.

Şimdi, ölçülülük ilkesinin üç aşamasına gelmeliyiz:

1- Somut cezai müeyyide, norm alanına giren anayasal menfaatlerin korunmasına - Türkiye'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunmasına - elverişli midir? Bugün egemen olan genel görüşlere göre, kamu menfaatlerinin korunması için cezai bir müeyyide elverişlidir. Olayımızda da, bu görüş geçerlidir; bu aşamada hukuka aykırılık söz konusu olmaz.

2- Somut cezai müeyyide zorunlu mudur? Bugün egemen olan genel görüşlere göre, bazı kamu menfaatleri ancak cezai bir müeyyide ile korunabilir. Yine bugün hâlâ egemen olan görüşlere göre, Türkiye'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü bu menfaatlerdendir. Ancak, aynı amaca başka ve

---

(50) (örneğin: Alman Anayasası'nın 5. maddesinde düzenlenen sanat özgürlüğüne, ilgili maddeye hiçbir sınır yazılmamıştır. Ancak, sanal özgürlüğünün sınırlarından biri olarak, md.1 ve 2'den çıkarılabilen kişi hakları kabul edilir.

ilgili şahsa daha hafif bir yük getiren araçla ulaşılabilirliğin de araştırılması gerekir. Burada, Mahkemenin işi zordur. Çünkü, burada belli bir ceza siyaseti söz konusu olduğu için, Mahkemenin kanun koyucunun bu konudaki değerlendirme alanını denetleme olanakları sınırlı olmaktadır. Burada olayımız ile ilgili somut bir cevap vermek de kolay değildir. Ancak büyük bir olasılıkla, kanun koyucu doğru dürüst bir değerlendirme yapmamıştır. Çünkü somut cezai müeyyideyi belirsiz ve anlaşılmasız sebeplerle, ilgili kişinin hareketinin mü-

eyyidesine benzetilmesi mümkün olma başka bir kişinin hareketinin müeyyidesi ile eş kılmıştır. Diğer taraftan, kanun koyucunun değerlendirme batası çok açık olmadığı için, hukuka aykırılığını kabul etmek zordur.

3- Somut cezai müeyyide oranlı mıdır? Olayda öngörülen müeyyidenin zorunlu olup şahsa en hafif yükü getirdiğini kabul ediyorsak bile, bireye getirilen yük ile ulaşılacak olan amaç arasındaki oranın makul ve normun amaç bütünlüğüne uygun olup olmadığını araştırmak gerekir. Başka bir deyimle: Türkiye'nin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması somut olayda mümkün olmayabileceğine dair bir sonuca varıyorsak bile, temel hak ile kamu menfaati arasındaki dengeyi temel hakkın lehine kurmak zorunda kalabiliriz. Bu aşamada artık, temel hakkın olumlu olarak güvence altına alınması ile kamu menfaatlerinin anayasal önlemlerini tartıya koyacağız. Kanun koyucu, bir kitabı veya bir mevkutenin ilk sayısını yayınlayanı cezalandırmak için, olaya uygun bir müeyyideyi bulmakta hiç çaba göstermemiştir. Bunun yerine, kanunun aynı maddesinde belli hadiselere ayrıtılan cezai müeyyideleri örnek alıp, bunları burada da kullanmıştır. Büyük veya küçük bir baskıyla yayınlanan bir kitabı veya bir mevkutenin ilk sayısını, aradaki olan farkları gözetmeksizin, Türkiye'nin en büyük tirajı olan bir mevkuteyle eşdeğerde tutmuştur. Başka bir deyimle, temel hak ile kamu menfaati arasındaki dengeyi ilgili menfaatlerin olaya göre tespit edilecek olan önlemleri tartışarak değil, tamamen keyfi bir şekilde kurmağa çalışılmıştır; gerçi dengeyi kurmaya yönelik bir çabadan hiç söz edilmemektedir. Böylece, maddenin içerisindeki oran tutarsızlığı açık olup, orantılık unsuruna uyulmamıştır; ölçülülük İlkesi bu yönden sakat bir biçimde yerine getirilmiştir.

Sonuç: Terörle Mücadele Hakkında Kanununun 6. maddesinin son fıkrasındaki "mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayma giren mevkuteler hakkında ise, en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay

nin somutlaştırılmasında sakat olarak yerine getirildiğinden, 28. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

b) Ölçülülük ilkesinin denetimden geçirilmesinin üçüncü aşamasında, oranlılık ile keyfi davranma yasağı arasında bir bağlantı olabileceği görülmüştür. Kanun koyucu, aracı keyfi bir şekilde seçtiği için, oranlılık unsuruna uymamıştır. Olayımızda, keyfi davranma eşitlik ilkesine aykırı davranmakla eşdeğerdedir.

Aslında, yakından ilgisi olan bir temel hakkı düzenleyen bir anayasa normuna aykırılık tespit edildiği için, ayrıca Anayasanın 10. maddesine başvurmağa gerek kalmamıştır (51). Buna rağmen eşitlik ilkesinin geleneksel yerine getiriliş tarzına uyarak, açıklamamızı bu yönden de sürdürüp bitireceğiz.

Kanun koyucunun temel hak sahibinin çevresine müdahalesinin aynı konumda bulunan diğer temel hak sahiplerine göre haklı bir sebep bulunmaksızın aşağılayıcı bir biçimde yapılması veya aynı konumda bulunan diğer temel hak sahiplerine göre haklı bir sebep bulunmaksızın eş bir biçimde yapılması, Anayasanın 10. maddesine aykırılık oluşturur.

Olayımızda, sonuca ayrıntılı bir tartışmaya girmeden varılabilir. Belli bir kişinin belli bir hareketine, uygun bir **tertium comparationis** gözükmenden başka bir kişinin benzer, fakat ağırlıkta değişik olan bir hareketine konan cezai müeyyidenin aynısını koymak, eşitlik İlkesiyle bağdaşmaz ve - oranlılık deyimine bakmaksızın - Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

## **6. EVRENSEL BİR İLKE OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER**

### **6.1.... evrensel bir ilke olarak**

Yukarıdaki denemelerimizde, ölçülülük ilkesinin ulusal ve ulusüstü uygulama alınılan arasında bir karşılaştırma olarak yetersiz kalması sonucu

---

(51) Zaten bizce, eşitlik ilkesini» bireyin devlete karşı bulunan konumu, ayrı ve bireye ait sübjektif bir norm olarak değil, bireyin sübjektif haklarının, yani temel haklarının güvence altına alınmasında ve somutlaştırılmasında bir ölçü norm rolünü ilgilendirip, kendisinin temel hak gibi somutlaştırılmasına yer yoktur. Bunun için, 1982 T.C. Anayasasının 10. maddeyi temel haklar ile ilgili bölümden ayırıp öne çekmesi yerindedir.

birkaç İpucu vermekle yeiinilmiştir. Ancak, ölçülülük ilkesi, değişik hukuk düzenlerinde anayasal bir değerde olup, genel bir hukuk ilkesi olarak yer verildiğinin tartış ilamı yacağı da tespit edilmiştir. Demokratik hukuk devleti anlayışı egemen oldukça, ölçülülük ilkesi "evrensel" bir ilke olarak görülebilir.

## 6.2. Ölçülülük ilkesinin kaynaklandırılması ve geçerlilik sebebi

Ölçülülük ilkesi, demokrasi ve hukuk devletinin ayrı tutulmasına olanak olmadığından, ya demokrasi ilkesi ya da hukuk devleti ilkesinden kaynaklanabilir. Belli ve denetim altında bulunan normlaştırma, norm denetimine ve norm somutlaştırma usullerine uyularak temel haklara dönüştürülen bireysel menfaatler ile kamu menfaati arasında makul bir dengeyi kuran demokratik hukuk devletinin bir ürünüdür.

Başta Almanya'da olmak üzere, ölçülülük ilkesinin hukuk devleti ilkesinden kaynaklandığı ve böylece hukuk devletinin normatif bir parçası olduğu görüşü savunulmuştur (52). Bu görüş basit ve işlevseldir. Hukuk devleti ilkesinin otoritesi, ölçülülük ilkesine uygulamadaki Önemini artırmağa elverişli bir ağırlığı vermektedir. Bu sonucu olumlu karşılamak gerekirse de, ölçülülük ilkesinin böylece kaynaklandırılması şüphelidir.

Hukuk devleti ilkesinin otoritesi, norm somutlaştırılma sürecinde belli ve kavranmış bir işlevine değil, ilk önce hukuk uygulayıcısının normatif değeri tartışılır olan bir ideale hayranlığına dayanmaktadır. Federal Alman ve Türk Anayasa Mahkemeleri böyle bir tutuma güzel örnekler oluşturmaktadırlar. Çünkü hukuk devleti ilkesi somutlaştırılabilir bir norm değil, devleti ile bünyesini ve düzenini çerçeveleştiren bir prensiptir. Ölçülülük ilkesi, demokratik bir hukuk devletinde bulunması gereken bir prensip olup, hukuk devleti diye bir "nonn"un parçası değildir. Ancak, bugün egemen olan anlayışıyla hukuk devleti, hukuküstü bir takım prensiplerin hukuksal olarak yaşatılmasına bir çerçeve oluşturmaktadır: adalet ilkesi ve insan haysiyeti ilkesi. Bu bağlamda, anılan ilkelerin hukuk devleti ilkesinin "maddi içeriği"ni oluşturduklarından bahsedilmektedir. Bu son ifadenin tartışılabilirliği bir yana, adalet ve insan haysiyeti ilkeleri, ölçülülük ilkesinin kaynaklan olarak görülebilir. Temel hakların korunmasının kökleri, insan haysiyeti ilkesinde bulunmakta olup,

---

(52) Krş. Ress ıbdını sil. 15 vd.; Rainer Dedısbng, Dis VerhältnismaBigkeitgebog (ölçülülük ilkesi), München 1989, slı.l 14 vd.

güvencenin eşit dağıtılması eşitlik ilkesinden, yani: dağıtan adalet ilkesinden çıkarılır. Böylece ölçülülük ilkesinin, insan haysiyeti ile adalet ilkeleri arasında dengeleştirici bir rolü vardır. Geçerlilik kaynağı, bu iki ilkenin bağdaştırılması asında yatmaktadır.

### 6.3, Ölçülülük ilkesinin işlevi üzerine

Ölçülülük ilkesi bir yorum ölçütüdür. İdari seviyede takdir yetkisini yönlendiren bir İşlevi vardır, normatif seviyede norm somutlaştırılmasında norm alanlarının belirlenmesinde bir ölçütün işlevini üstlenmektedir. Bu bağlamda, ölçülülük ilkesinin sınırlama işlevinden sözetmek pek doğru olmaz. Bu işlev, olumsuz bir biçimde ilgili temel hakkın norm alanına giren anayasal korunma altında bulunan menfaatler tarafından yerine getirilir. Diğer yandan, temel hakların kendilerinin de, sınırlayıcı menfaatlerin karşısında sınırlayıcı bir işlevi vardır; Alman doktrininde buna "Wechselwirkung" - karşılıklı etkileşme - denir. Nihayet, müdahale yetkisinin karşısında demokratik toplumun gerekleri (53) gibi başka ilkelerin de sınırlayıcı bir işlevi vardır. Buna karşın, ölçülülük ilkesinin "dengeleştirici" bir işlevi mevcuttur duruma göre, temel hakların koruyucu fonksiyonu veya karşıdaki hukuki menfaatin sınırlayıcı fonksiyonuna ağırlık vermektedir. Başka bir deyimle, ölçülülük ilkesi bir somutlaştırma ölçütüdür - ilgili çatışan ve hukuken korunan menfaatlerin norm unsurlarının somutlaş tın İması da "kilit rolü" oynayan bir ölçüttür.

Ölçülülük ilkesinin işlevi, karar venne sürecini sağlam bir sonuca var dırmak için çok önemlidir. Başla kamu hukuku olmak üzere (54) ölçülülük ilkesi, çatışan hukuki konum ve menfaatler arasında - örneğin vatandaş (birey) ile devletin (kamu) menfaatleri arasında - bir dengenin kurulmasının gerekli olduğu alanlarda, anılan menfaatler arasında "pratik uyuşumu" (55) kurmak üzere yerini alır.

---

(53) Ancak asılımla. AİİS'nin 8. ila 11. maddelerinin veya T.C. Anayasasının 13. maddesinin ikinci fıkralarında yazılan demokratik toplumun gerekleri kendisine özgü normatif bir prensip değil, daha ziyade genel olarak temel hakların güvence altına alınma buyruğunda yaşatılan düzenleyici veya tertipleri iri ci hir ilke olarak ortaya çıkmaktadır.

(54) Özel hukuk için bkz. Ress ibidetı slı. 28 vd.

(55) Anayasa tarafından güvence altına alınan ve aynı derecede olun hukuki menfaatlerin (örneğin temel hakların) çatış masının çözülmesine "Herstellung praktischer Konikordanz", yani "pratik uyuşumun sağlanması" denir.

Ölçülülük ilkesinin işlevi normların yorumuna dayanan bir karan en iyi sonuca vardırılmak olduğu için, belirli sınırlar da vardır; Bu sınırlar, kanun koyucuya veya idareye bazı bağllamlarda "elverişlilik" ve "gereklilik" ile ilgili bırakılan değerlendirme serbestliği tarafından çizilmektedir. İlk iki aşamada, mahkemenin denetiminin gene sıkı olduğu söylenebilirse de, oranlılık aşamasında özel sorunlarla karşılaşılıyor. Çünkü artık - kullanışları yanlış da olsa - hukukun dışında bulunan "akıl" veya "makuliyet" kavramları önümüze çıkar: oranlılık, araç ile amaç arasındaki "makul" dengeyi ifade eder. İşte yargıç "makul"un ne olduğunu normatif ve ampirik ölçütlerle tespit etmez. Burada, yargıcın toplumsal ve fikri konumu, adalet duygusu, kararın son aşamasına esas olur. Bu son dengeleşmenin aslında akıl, mantık, ratio ile ilgisi yoktur. Yargıcın akılı aslında duygudur. Oranlılık aşamasında, ölçülülük ilkesinin ölçüt olarak işlevi bitmiştir.

#### **6.4. Ölçülülük ilkesinin normatifliği (kaideselliği)**

Genel hukuk ilkesi kavramının, kendisine ait bayatı bir uygulama alanı olmayan ve öteki normların yorumunda bunların normatif kapsamının belirlenmesinde rol oynayan bir ilkeyi de kapsadığını kabul ediyorsak, ölçülülük ilkesi genel bir hukuk ilkesidir. Çünkü kendisinin hayati bur uygulama alanı yoktur, yani: genel yaşamın bir kısmını düzenleyen bir norm değildir. Avrupa'da sık sık söylediğine karşın, bireye sübjektif hukuk konumunu tanınamaktadır; idareye veya kanun koyucuya bireyin hukuk alanına müdahale yetkisini de tanınamaktadır; ölçülülük ilkesinin kaideselliği, yukarıda açıklanan işlevine dayanır. Yürütme organı için, takdire yön veren bir ilkedir. İdareye kanun tarafından tanınan ve aynı zamanda idarenin kanunun norm metnine bağlılığını zayıflatan düzenleme serbestliği, vatandaşların hukuki konumlarını koruyan diğer normlar tarafından sınırlandırılmaktadır. Burada, kamu menfaati ile bireyin menfaati arasındaki uyuşmazlık, normatif bir çatışma oluşturmaktadır. Bu uyuşmazlık veya çatışma iki yolla çözülebilir: ilk yol, çatışan normların birisine norm hiyerarşisinin içerisinde üstün bir yeri tanımakla öncelik vermektir. İkinci yol, çatışan normları eşdeğerde sayıp, dengeleşme süreciyle tartarak birisine daha fazla bir ağırlığı tanıyacak öncelik vennekür. Anayasa düzeyinde genellikle ikinci yola başvurulup, ölçülülük ilkesinin uygulama alanı açılır, İlkenin normatif etkinliği kanun koyucunun, idarenin veya yargıcın dengeleşme sürecinde hangi unsur ve kriterlerden faydalanacağını bu yurmakta yatmaktadır. Bunun ötesinde bir kaidesellik düşünülemez.

Temel hakların güvencesini sağlayan yargıç şu hususları gözönünde bulunduracaktır: devletin karşısında bireyin sübjektif hukuki konumu ancak belli bir temel haktan ibaret olabilir. Bunun karşısında idarenin yetkisi ancak anayasa tarafından güvence altına alınan bir kamu menfaatinin ifadesi olan bir kanun tarafından düzenlenebilir; kanun koyucunun düzenleme yetkisi aynı doğrultudadır; böyle bir kanun idareye, yine anayasa tarafından çizilen sınırların içerisinde, belli bir hareket serbestliği - taktir yetkisini - tanıyabilir. Ölçülülük ilkesi kendisi bireye sübjektif bir hak, idareye de bir yetki tanımaz. Ölçülülük ilkesi, bireyin bir temel hakkın maddi alanının dokunduğu ve aynı zamanda idarenin müdahalesi kamu menfaatlerine uygun düzenlenen bir kanunun maddi alanına girdiğinde, iki alan arasındaki normatif sınırı belirlemede yardımcı bir kaide, bir ölçül olarak uygulanır. Böylce çatışan norm unsurlarını uzlaştırır, ilgili temel hakkın norm alanının belirlenmesinde kanun koyucuyu ve idareyi yönlendirici bir yer alır. Bu bağlamda ölçülülük ilkesinin kaideselliğinden (normatifiğinden) söz edilebilir. Hiç bir zaman ölçülülük ilkesi, bireyin isteğinin veya idarenin yetkisinin dayanacak bir norm, ya da somutlaştırılan temel hak normunun bir unsuru olarak görülebilir. Ölçülülük ilkesinin ihlali, söz konusu olan temel hak normuna aykırılık oluşturur.

### **6.5. Ölçülülük ilkesinin normatif içeriği**

Ölçülülük ilkesinin normatif içeriği, temel hakkın olumlu güvence altına alınması ile soyut olarak öteki kriterlere göre hukuka uygun olan bir müdahaleyle olumsuz sınırlandırılması arasındaki sınırın belirlenmesinde "gereklilik", "el veri şlilik" ve "oranlılık" unsurlarına uyulmasını buyurmaktan ibarettir. Bu unsurlar hakkında, norm uygulayıcısının (kanun koyucunun veya idarenin) bir değerlendirme serbestliği vardır. Değerlendirme serbestliği oranlılık aşamasında bireysel ve kamu menfaatleri arasında soyut bir menfaat dengleştirilmesine yol açmaktadır. Yargıç bu son aşamada, adalet ve insan haysiyeti ilkelerinin dolaysız bir biçimde tartıya konulması gereken bir karar verme sürecinde bulunmaktadır; artık hukuk uygulayıcısı tarafından başvurulacak pozitif ve somut hukuk kaide ve hükümleri kalmamıştır, bazı hallerde benzer durumlarda verilen Örnek kararlardan yararlanılabilir, Oranlılığın belirlenmesinde, müdahalenin son ve kesin sınırı olan temel hakkın özünün de pek belirleyici bir rolü olmayabilir (56). Gerçi, temel hakkın özüne dokunma-

---

(56) Bazı yazarlara göre (Pollak sh.48) ölçülülük ilkesi "bir tür temel hakkın özüdür". Bu ifade pek anlamlı değildir. Gerçi Almanya'da ölçülülük ilkesinin dogmatığı temel hakkın özüne dokunmama ilkesinden hareket edilerek geliştirilmiştir. Ancak, temel hakkın özü sadece temel hakka müdahale ile temel hakkın hiç bir şekilde dokunulmayacak özü ile arasındaki düşünülebilen sınır noktalarının sonu ve böylece orantılığın da son sınırı olmaktadır.

ma ilkesi, çağdaş anayasaların çoğunda egemen olan özgürlük fikrinden çıkarılıp demokratik toplumun ana ilkelerinden sayılabilir hali getirilmiştir. Buna karşın, temel hakkın Özünün içeriği ve kapsamının ne olduğunu kavramak çok zordur. Hukukun uygulayıcısı bu konuda belki Anayasa Mahkemesinin örnek kararlarına başvurabilir, ancak temel hakkın özünü belirlemede pozitif hukukun normlarından faydalanamaz. Kaldı ki, demokratik hukuk devletinin en iyi biçimde gerçekleştirilmesinde ve temel hakların en iyi somutlaştırılmasında, yargıç, ölçülülük ilkesinin boyutlarını cesaret ve adalet duygusunu kullanıp karar verme sürecinde etkinleştirecektir.