



ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ KARARLARINDA HUKUK DEVLETİNİN UNSURU OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Prof. Dr. Yüksel METİN*

GİRİŞ

Ölçülülük ilkesi konusunda bir tez veya makale yazmak isteyen birinin cevaplama gereken ilk soru, bu konuda söylenebilecek yeni bir şeyin kalıp kalmadığı sorusudur. Eğer bu soruya muhatap olan Alman veya İsviçreli bir hukukçu olsaydı cevap vermekte tereddüt ederdi¹. Zira başta bu iki ülke olmak üzere birçok ülkede ölçülülük ilkesine dair zengin bir kaynakça ve içtihat bulunmaktadır. Bununla birlikte ölçülülük ilkesinin öneminin giderek artması ve hukukun birçok alanında uygulanması nedeniyle yeni çalışmaların ortaya çıktığı görülmektedir. Ölçülülük ilkesinin evrensel bir ilke hâline geldiği söylenebilir. Kuşkusuz bu gelişmeler Türk hukukunu da etkilemiştir. Ölçülülük ilkesinin 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken bir ilke olarak Anayasa'nın 13. maddesine eklenmesi ve 2012 yılında bireysel başvuru yolunun uygulamaya geçirilmesi ülkemizde de ölçülülük ilkesinin önemini artırmış, anayasa yargısı alanındaki uygulamasında bir sıçramaya yol açmıştır. Son yıllarda Anayasa Mahkemesinin özellikle bireysel başvuru kararlarında ölçülülük ilkesini daha sık kullanmaya başladığı görülmektedir. Ancak ölçülülük ilkesine ilişkin bilimsel eserlerin sayısında aynı oranda bir artışın yaşandığı söylenemez. Diğer ülkelerde olduğu gibi bizde de ölçülülük ilkesine ilişkin bilimsel çalışmalar daha çok ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturmaya odaklanmaktadır. Oysa ölçülülük ilkesi sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken bir

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı, yukselmetin@sdu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2551-8661.

1 Bununla birlikte İsviçre'li hukukçu David Hofstetter, 2014 tarihli "Hukuk Devletinin Bir İlkesi Olarak Ölçülülük İlkesi" başlıklı eserinde şaşırtıcı olmayan bir şekilde bu soruya "evet" cevabı verileceğini belirtmektedir. Bkz. Hofstetter, D. (2014), *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV)-Ausgewählte Aspekte*, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band. 216., Zürich: Verlag Schulthess, s. 1.

ölçüt değildir. Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri de ölçülülük ilkesidir. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken denetlenen kanun hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir kanun olmasa bile ölçülülük ilkesini Anayasa'ya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak uygulayabilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararda kanun koyucunun düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu vurgulamıştır².

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yaparken Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen normun hukuk devleti ilkesine uygunluğunu incelerken ölçülülük ilkesini nasıl uyguladığı ele alınacak ve Anayasa Mahkemesinin uygulaması hakkında bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE ÖLÇÜ NORM OLARAK UYGULANMASI

Temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması, demokrasinin “*olmazsa olmaz*” şartlarındandır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, yasa koyucunun Anayasa'da gösterilen sınırlama sebeplerine dayanarak hak ve özgürlükleri ne ölçüde ya da nereye kadar sınırlayabileceğini gösteren ilke ya da kuralların olmasını da zorunlu kılar. Bir başka deyişle anayasada sınırlamanın ölçüsünün ne olacağı gösterilmelidir. Anayasalar sınırlamanın ölçütlerini ve sınırlamanın sınırını belirleyerek, yasama organına tanınan hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin anayasal sınırlarını çerçeveslendirirler. Hak ve özgürlükleri yasama organına karşı koruyan, yasama organının takdir yetkisini sınırlayan güvencelerden biri de ölçülülük ilkesidir.

Ölçülülük ilkesi dışında sınırlamanın ölçüsünü ve sınırlamanın sınırını belirleyen ilkeler de vardır. Sınırlamanın sınırını belirlemede ölçülülük ilkesi dışında yaygın olarak iki temel ölçüt kullanılmaktadır. Bunlardan biri, Alman Anayasası'nda (m. 19/2) yer alan ve 1961 Anayasası ile 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra 1982 Anayasası'nın da benimsediği “*öze dokunma yasağı*”dır. Diğeri ise Avrupa İnsan Hakları

2 Örnek olarak bkz. AYM, E.2020/60, K.2020/54, 1/10/2020, § 71; AYM, E.2021/97, K.2022/36, 24/3/2022, § 25; AYM, E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015, § 10; AYM, E.2017/14, K.2017/83, 29/3/2017, § 12.

Sözleşmesi'nin kullandığı ve 1982 Anayasası'nda da yer alan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütüdür. Türk Anayasa Mahkemesi, bu üç ölçütle ilgili şu tespiti yapmaktadır³: "Aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "temel hak ve hürriyetlerin özü", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük ilkesi" kavramları, bir bütünün parçaları olup, "demokratik bir hukuk devleti"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır."

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında⁴, "Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan temel hak ve hürriyetlerin özü, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi kavramları, bir bütünün parçaları olup demokratik bir hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır" dedikten sonra temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamaların aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olmaması gerektiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesine göre;

"...öze dokunan sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri,

3 AYM, E.2016/165, K.2017/76, 15/3/2017.

4 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 95 vd.

iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye imkân veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir⁵.”

Bu üç ölçütün ortak özelliği, temel hak ve özgürlüklerin ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hâllerde sınırlanması gerektiğini ifade etmeleridir. Ancak hemen vurgulamak gerekir ki “öze dokunmama” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” güvenceleri, özgürlüklerin sınırlanmasında en son çizgiyi gösteren güvencelerdir; başka bir deyişle bu güvenceler artık daha fazla sınırlamanın mümkün olmadığı noktayı gösterirler. Oysa demokratik hukuk devletinde özgürlük asıl, sınırlama istisnadır. Bu ilke, hak ve özgürlüklerin maksimum düzeyde değil, sınırlama sebebindeki amaca ulaşabilecek ölçüde sınırlanmasını, sınırlamanın en az düzeyde tutulmasını gerektirir. İşte ölçülülük ilkesi, hakkın özünden ya da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama noktasından önceki sınırlama alanının denetlenmesini sağlar. Sınırlamanın en son nereye varabileceğinden önce, sınırlama amacına ne ölçüde sınırlama ile ulaşılabileceğinin tespiti gereklidir. Ölçülülük ilkesi, sınırlama amacına ulaşmak için gereken ölçünün aşılmasını sağlayarak, özgürlüklerin gereğinden fazla ve keyfî olarak sınırlanmasını engeller. Ölçülülük ilkesi, sınırlamayla güdülen amaca erişmek için hak ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlanmasının yeterli olacağını belirleyen bir ilkedir. Ölçülülük ilkesinin diğer güvencelerden bir farkı da hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı konusunda yasama organını yönlendirici bir işleve sahip olmasıdır. Bir başka deyişle ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlükleri

5 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 95 vd.

koruyucu bir ilke olmanın yanında, sınırlamanın nasıl yapılacağını da gösteren bir ilkedir⁶.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde birbirleriyle ilişkili üç kriteri de (öze dokunma yasağı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi) benimseyen bir uluslararası sözleşme veya anayasa bulmak güçtür. Bu üç ölçütün uygulama alanı tamamen örtüşmemekle birlikte, uygulama alanlarının kısmen kesiştiği görülmektedir. Bu noktada 2001 Anayasa değişikliği sırasında zaten var olan demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteri yanına ölçülülük ilkesi dışında ayrıca bir de öze dokunma yasağının eklenmesine gerek olup olmadığı sorgulanabilir. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere, öze dokunan sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine de aykırılık oluşturur. Dolayısıyla 2001 değişikliği yapılırken Anayasa'nın 13. maddesine öze dokunma yasağının eklenmesine gerek olmadığı, öze dokunma yasağı eklenmemiş olsaydı bile sonucun değişmeyeceği söylenebilir.

Ne var ki anayasa koyucunun tercihi, üç kriteri de birlikte benimsemek yönünde olmuştur. Bu durumda Anayasa Mahkemesi hak ve özgürlükleri sınırlandıran yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken her üç ölçütü de göz önünde bulundurmak zorundadır. Ancak her olayda bu üç ölçüt bakımından ayrı ayrı inceleme yapmasına gerek yoktur. Anayasa Mahkemesinin öncelikle getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığına bakması, öze dokunan bir sınırlama yapıldığını tespit etmesi hâlinde, daha ileri bir inceleme yapmaksızın iptal kararı vermesi yeterli olacaktır. Gerçekten öze dokunan sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek yoktur. Eğer öze dokunma yasağı ihlal edilmemişse, öncelikle ölçülülük ilkesi yönünden bir inceleme yapılması, ölçülülük ilkesine de aykırılık yoksa demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olup olmadığının araştırılması gerekir. Sınırlamanın öze dokunma yasağını ihlal etmediğinin tespitinden sonra

6 Metin, Y. (2002). *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 15-16.

öncelikle ölçülülük ilkesinin mi yoksa demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterinin mi uygulanması gerektiği konusunda çok katı bir hiyerarşi kurmak mümkün değilse de ölçülülük denetimine öncelik vermenin daha doğru olacağı kanaatindeyim. Ancak ölçülülük denetimi yapılırken sırasıyla elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri yönünden bir inceleme yapılması gerekir. Alınan tedbirin amaca ulaşmak için elverişli olup olmadığı belirlenmeden gereklilik ilkesine uygunluktan ya da aykırılıktan söz edilemez. Aynı şekilde alınan tedbirin gerekli olup olmadığı araştırılmadan doğrudan orantılılık ilkesi yönünden bir inceleme yapılmaması gerekir.

Ölçülülük ilkesinin esas uygulama alanı temel hak ve özgürlükler alanıdır. İlke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında “*sınırlamanın sınırı*”nı teşkil eder. Hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan kamu gücünün yargı yoluyla denetiminde önemli bir işlev üstlenen ölçülülük ilkesi, bireylere yükümlülük getiren işlemlerin yalnızca yasal bir temele dayanmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda bireysel hakların mümkün olduğu kadar korunarak kalması gerektiğini ifade eder. Ölçülülük ilkesinin amacı ve işlevi, kamu gücünün sınırlamak, temel hak ve özgürlükleri en üst düzeyde güvence altına almaktır⁷. Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında ölçülülük ilkesinin amacını, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesi şeklinde ifade etmektedir⁸.

Ölçülülük ilkesinin temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi düşüncesi yatmaktadır. Ölçülülük ilkesinin temelinde yatan bu düşünce, hukukun kendisi kadar eskidir. Bununla birlikte günümüzdeki anlamıyla ölçülülük ilkesi ilk defa 19. yüzyılda Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılmıştır. Başlangıçta polis hukuku alanında etkili olan ilke, zamanla idare hukuku alanına ve buradan da anayasa hukuku alanına geçmiş ve yayılmıştır. Ölçülülük ilkesinin klasik uygulama alanı idare hukuku olmakla birlikte, anayasa yargısının kurulması ve gelişmesinden sonra anayasa hukukunda giderek yaygınlık kazanmış ve günümüzde en çok kullanılan anayasal denetim ölçütlerinden biri hâline gelmiştir⁹. Ölçülülük ilkesinin

7 Katz, A. (1989). *Staatsrecht*, 9. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 92.

8 AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013.

9 Meyer-Blaser, U. (1985). *Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht*, Bern: Stämpfli, s. 8.

giderek yaygınlaşması ve öneminin artması, hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, adalet gibi kavramların gelişimiyle paralellik arz etmektedir.

Ölçülülük ilkesi, kamu gücünün sınırlanması sorunuyla ilişkili olup temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında en çok kullanılan denetim ölçütlerinden biridir. Ölçülülük ilkesi, bireyleri devletin ölçüsüz müdahalelerine karşı korumaya yönelik bir fonksiyona sahiptir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesinin amacı ve fonksiyonu, kamu gücünü sınırlamak ve temel hakları optimum olarak güvence altına almaktır.

Ölçülülük ilkesi, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde önemi son yıllarda sürekli artan ve “*münferit olaylarda düzeltici*” olarak hemen hemen hukukun her alanında kendini gösteren bir ilkedir. Ölçülülük ilkesi, özellikle Alman ve İsviçre hukukunda devletin bütün faaliyetlerinde geçerli olan bir ilkedir. Bu ülkelerde ölçülülük ilkesinin uygulanması bakımından kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin yürütmeden, yargıdan veya yasamadan kaynaklanmasının önemi yoktur. Her iki ülkede ilke en geniş biçimde uygulama alanı bulmuştur. Bu ülkelerde ölçülülük ilkesi devletin bütün faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir.

Günümüzde ölçülülük ilkesi, Federal Alman anayasal düzeninde “*anayasaya içkin*” bir ilke olarak geniş bir uygulama alanına sahiptir. Ölçülülük ilkesinin gelişimi Alman hukukuyla sınırlı kalmamış, ulusal hukukun sınırlarını aşarak Avrupa’nın tamamında geçerli bir ilkeye dönüşmüştür. Araç-amaç ilişkisinin aşamalı bir şekilde denetlenmesi ve tartışılması düşüncesi, çok sayıda Avrupa ülkesinin anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeleri ile Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Daha 1990’lı yıllarda o dönemin bir fenomeni olarak ölçülülük ilkesinin Avrupalılaştırmadan bahsedilmeye başlanmıştır. Bu arada ölçülülük ilkesi gelişimini sürdürmüş ve Avrupa hukukunun dışına taşarak farklı birçok hukuk sisteminde uygulanmaya başlanmıştır. Avrupa kıtası dışında diğer kıtalardaki hukuk düzenlerinde de keza uluslararası hukukta da ölçülülük ilkesi benimsenmiştir. Böylelikle ölçülülük ilkesi evrensel düzeyde ortak bir denetim ölçütü hâline gelmiştir¹⁰.

Özellikle temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından sınırlandırılmasında, söz konusu özgürlüğün kullanımının aşırı derecede

10 Saurer, J. (2012). “Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat*, Band. 51., Heft. 1., s. 4.

kısıtlanmasını engellemek amacıyla geliştirilen ölçülülük ilkesi, kamu hukukunun temel ölçütlerinden biri hâline gelmiştir. Günümüzde bu ilke, özellikle de Avrupa hukuk sistemlerinde başta idare, anayasa ve hatta ceza hukuku olmak üzere pek çok hukuk ve yargılama alanında kullanılmaktadır. Günümüzde, ölçülülük ilkesinin neredeyse tüm hukuk dallarında özellikle de kamu hukuku alanında genel kabul görmüş temel bir ölçüt olduğunu söylemek mümkündür¹¹.

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi, hukukun genel bir ilkesi şeklinde gelişmiştir. Ölçülülük ilkesi Almanya'da idare hukuku alanından anayasa hukuku alanına doğru genişlemiş ve gelişmiştir. Tarihsel gelişim çerçevesinde, ölçülülük ilkesinin Alman hukukunda öneminin artmasında özellikle iki faktör etkili olmuştur. Birincisi, devletin faaliyet alanlarının sınırlanması ve devlete karşı kişisel hak ve özgürlüklerden daha fazla taviz verilmemesi yönündeki görüşlerin ağır basmaya başlamasıdır. Ölçülülük ilkesinin tanınmasında etkili olan diğer faktör ise devlet faaliyetlerinin yargı yoluyla denetlenmesidir. Bu denetim, idari yargı alanında 19. yüzyıldan beri, anayasa yargısı alanında ise 20. yüzyılın ikinci yarısından beri geçerlidir. Federal Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla yasa koyucunun ölçülülük ilkesine bağlılığını sağlamıştır¹².

1949 tarihli Federal Alman Anayasası m. 1/3, yasa koyucuyu anayasal düzenle bağlı kılmıştır. Buna karşılık Anayasa, ölçülülük ilkesini yasamanın sınırı olarak açıkça düzenlemiş değildir. Ancak yasa koyucunun ölçülülük ilkesiyle bağlılığı 50'li yıllardan beri tartışılmaktadır¹³. Ölçülülük ilkesinin hukuki temeli konusunda Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ve doktrinde hâkim olan görüş, ilkenin hukuk devleti ilkesinden türediği şeklindedir¹⁴. Bunun yanında Federal Anayasa Mahkemesi ilkeyi temel hakların varlığından da türetmektedir. İlkenin hukuki temeli konusunda ileri sürülen diğer görüşler (insan onuru, eşitlik ilkesi, öze dokunma yasağı) kabul görmüş değildir¹⁵.

11 Erdem, J. G. (2013). "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", *AÜHFD*, C. 62., S. 4., s. 972.

12 Heinsohn, S. (1997). *Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Hamburg, s. 74.

13 a.g.e. s. 66.

14 Philip, K. (2019). "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi" (Çev. Çelik, B., Doğan, G., Yıldız, A. Ç.), *TAÜHFD*, S. 1., s. 165.

15 Hill, H. (1989). "Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Öncelikle kamu gücünün sınırlanmasına ve temek hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eder¹⁶. Son yıllarda ölçülülük ilkesinde olduğu gibi çok az hukuki kavram böylesine bir gelişime ve yükselişe mazhar olmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ölçülülük ilkesi hemen hemen bütün kararlarda denetim kriteri olarak kullanılmış ve birçok kanun Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiştir¹⁷. Federal Almanya'da hem anayasa hukuku doktrininde hem de yargısal ve idari pratikte ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinin ve temel hakların en önemli unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Alman hukukunda devletin her türlü eylem ve işleminin ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği konusunda, bazı eleştirel yaklaşımlar olmakla birlikte, bir uzlaşmanın bulunduğu söylenebilir¹⁸.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında çok önemli bir rol oynayan¹⁹ ölçülülük ilkesi, Anayasa'ya uygunluk denetiminde en çok kullanılan ölçütlerden biridir. Mahkeme ölçülülük denetimini iki aşamalı olarak gerçekleştirmektedir. İlk aşamada ulaşılmak istenen amaç veya hedef belirlenmektedir. Ölçülülük ilkesinin temelini amaç ve araç arasındaki ilişki oluşturur. Dolayısıyla araç-amaç ilişkisi belirleyici bir unsurdur. Amaç veya hedef belirlenmeden ölçülülük denetiminin yapılması mümkün değildir. Zira amaç belirlenmeden kullanılan aracın amaca ulaşmak bakımından elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı tespit edilemez. Bir başka deyişle amaç belirlenmemişse ölçülülük denetimi referans noktasının eksikliğinden dolayı havada kalır. Amaç, açıkça belirtilmemişse kanunun gerekçesinden, Meclis görüşmelerinden ve kanunun düzenlediği hususlardan yorum yoluyla belirlenir. Bu aşamada aynı zamanda ulaşılmak istenen amacın hukuken meşru ve izin

Strafgewalt", içinde Isensee, J. ve Kirchhof, P. (Edt.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI, Freiheitsrechte, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 1315-1316.

16 Katz, A. (1989). s. 93.

17 Stein, E. (1993). *Staatsrecht*, 14. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag, s. 240; Ress, G. (1985). "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht", içinde Kutscher/Ress/Ermacora/Ubertaini (Edt.), *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 7; Wendt, R. (1979). "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot", *AöR*, Band. 104., Heft. 3., s. 414.

18 Klatt, M. ve Meister, M. (2012). "Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip", *Der Staat*, Vol. 51., No. 2., s. 159.

19 Heper, A. (1996). "Alman Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı", içinde Ökçesiz, H. (Der.), *Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti*, HFSA/3, İstanbul, s. 113.

verilmiş bir amaç olup olmadığı da denetlenir. Eğer ulaşılmak istenen amaç hukukun izin verdiği meşru bir amaç değilse daha ileri bir denetime gerek kalmaksızın müdahalenin hukuka aykırı olduğu yönünde bir karar verilmesi gerekir²⁰. Ölçülülük denetiminin ikinci aşamasında ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygunluk yönünden bir inceleme yapılır. İkinci aşamada ilk olarak yasa koyucunun müdahale için seçtiği aracın yasa koyucu tarafından istenen amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmadığı araştırılır. Alınan tedbirin yardımıyla istenilen neticeye ulaşılabiliyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa araç elverişsizdir. Kullanılan aracın ulaşılmak istenen amacı bütünüyle gerçekleştirmesi zorunlu olmayıp istenilen sonuca bir katkıda bulunması yeterlidir. İkinci alt ilke olan gereklilik ilkesi uyarınca kullanılan elverişli aracın amaca ulaşmak için aynı zamanda gerekli de olması gerekir. Gereklilik denetiminde ulaşılmak istenen amaca daha yumuşak başka bir araçla ulaşıp ulaşılamayacağı araştırılır. Kullanılan aracın gerekli olabilmesi için, aynı derecede etkili, ancak sınırlamaya konu olan hak ve özgürlüğü hiç sınırlamayan veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan alternatif bir aracın bulunmaması gerekir. Gereklilik denetiminde seçilen aracın gerekli olup olmadığı, yani amacın bireye daha az yük getirecek başka bir araçla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği incelenir. Alman hukukunda gereklilik ilkesi “aşırılık yasağı” olarak da adlandırılmaktadır. Üçüncü alt ilke olan orantılılık ilkesine göre amaç ile araç arasında ölçüsüz bir orantı bulunmamalıdır. Alınan tedbir bireylere ölçüsüz yükümlülükler getirmemeli, müdahale katlanılabilir nitelikte olmalıdır. Orantılılık ilkesi, araç ve amacın karşılıklı tartılmasını gerektirir. Bu tartım sonucunda aracın kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıkan sakıncaların ağır basması hâlinde, tedbirin orantısız olduğu sonucuna ulaşılır. Orantılılık ilkesi, kamu müdahalesinin yoğunluğu ile müdahaleyi haklı kılan nedenlerin gerekliliği ve önemi arasında bir dengelemeyi, hangi unsurun ne kadar ağır bastığının araştırılmasını gerektirir.

İsviçre hukukunda ölçülülük ilkesi pozitif hukuka 1999 Anayasasıyla girmiştir. Bununla birlikte ölçülülük ilkesinin ortaya çıkışı ve uygulanmaya başlanması 1800’li yılların sonlarına kadar geriye girmektedir. Ancak başlangıçta ölçülülük ilkesi açıkça zikredilmiş

20 Maurer, H. (2010). *Staatsrecht I*, 6. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, s. 228.

değildir. Federal Mahkeme ölçülülük ilkesini; “*kamu hukukunun bütün alanlarında*” etkili olan, idare hukukunun tamamına hâkim olan ve hem hukukun uygulanmasında hem de hukukun yaratılmasında geçerli olan temel bir ilke olarak kabul etmiştir²¹. Federal Mahkeme, ölçülülük ilkesinin artan önemini dikkate alarak, ilkeyi anayasa hukukunun yazılı olmayan bir prensibi olarak nitelemiş ve bundan böyle ilkeyi anayasal değerde kabul etmiştir²².

Yeni İsviçre Anayasası, ölçülülük ilkesine hem hukuk devleti faaliyetlerinin temel ilkelerini düzenleyen 5. maddesinde hem de temel hakların sınırlanmasını düzenleyen 36. maddesinde yer vermiştir. 5. maddenin 2. bendinde, devlet faaliyetlerinde kamu yararının bulunmasının zorunlu olduğu belirtildikten sonra, bu faaliyetlerin ölçülü olması gerektiği öngörülmüştür. 36. maddenin 3. bendinde ise temel haklara yönelik sınırlandırmaların ölçülü olmak zorunda olduğu ifade edilmiş, 4. bentte ise “*temel hakların özüne dokunulamaz*” hükmüne yer verilmiştir. Böylece ölçülülük ilkesi, anayasada yazılı olmayan hukukun genel bir ilkesi olmaktan çıkarak normatif bir anayasal ilke hâline dönüşmüştür. Bu ilkenin hem temel ilkeler altında hem de temel hakların sınırlanmasını düzenleyen maddede yer alması anlamlıdır. Anayasa koyucu, ölçülülük ilkesinin uygulama alanını temel haklarla sınırlı tutmamış, devletin bütün eylem ve işlemlerinde bu ilkenin geçerli olmasını istemiştir. Aslında anayasa koyucu, yeni bir şey getirmekten ziyade, bir anlamda mevcut durumu teyit etmektedir. Zira Federal Mahkeme, ölçülülük ilkesinin kamu hukukunun bütün alanlarında geçerli olduğunu kabul etmekteydi²³.

1961 Anayasası, temel hakların sınırlanmasında temel sınırlama ölçütü olarak öze dokunma yasağını benimsemiştir. Anayasa metninde ölçülülük ilkesini işaret eden herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bundan dolayı Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin korunmasında sınırlama sebep ve amaçlarına aykırılıktan dolayı verdiği çok sayıda iptal kararına rağmen ölçülülük ilkesinden ziyade öze dokunma yasağını kullanmıştır²⁴. Bununla birlikte 1961 Anayasası

21 Zimmerli, U. (1978). “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band. 97., Heft. 1., Halbband 2, s. 10.

22 Metin, Y. (2017). “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke midir?”, *SDÜHFD*, C. 7., S. 1., s. 23.

23 a.g.e. s. 24.

24 Çağlar, B. (1989). *Anayasa Bilimi*, İstanbul: BFS Yayınları, s. 159.

döneminde, Anayasa Mahkemesinin bu ilkeye tamamen yabancı kalmış olduğu da söylenemez. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında, açıkça zikredilmemekle birlikte, ölçülülük ilkesinin uygulanmasına rastlanmaktadır. Ancak bu uygulamalar çoğu kez, incelenen olayla sınırlı kalmıştır. Ölçülülük ilkesi bu dönemde “ilerde karşılaşılabilecek sorunlara yön veren gelişmiş bir ilke” düzeyine çıkabilmiş değildir²⁵. Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin genel hüküm niteliğindeki 13. maddesinde, Anayasa’nın bu maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğe kadar açıkça yer almamaktaydı. Bununla birlikte bu ilkenin dolaylı olarak tanındığını gösterir ipuçları bulunmaktaydı. Doktrinde bu ilkenin hukuki temelini açıklamak üzere çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna karşılık 2001 değişikliğiyle yeniden düzenlenen Anayasa’nın 13. maddesi, ölçülülük ilkesini açıkça temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak düzenlemiş ve böylece doktrinde ortaya çıkan tartışmalara son vermiştir. Böylelikle 2001 değişikliğinden sonra ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken bir ölçüt olduğu, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını söyleyen 13. madde karşısında Anayasa Mahkemesinin ölçülülük testini uygulamak zorunda olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin norm denetimi esnasında ölçülülük ilkesini hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görüp ölçü norm olarak kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim görüş, ölçülülük ilkesinin hukuk devletinin bir gereği olduğu yönündedir. Örneğin Sağlam, ölçülülük ilkesini pozitif bir anayasal temele dayandırırken hukuk devleti ilkesinden yararlanmıştır. Hukuk devleti ilkesi yazara, “ölçülülük ilkesinin yaygın geçerliliğini açıklayan en uygun pozitif temel olarak gözükmektedir”. Yazara göre²⁶, “ölçülülük ilkesi, temel hakların somut olarak sınırlanmasını belli rasyonel ilkelere bağlayarak bir yandan hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirici bir fonksiyon yerine getirmekte, öte yandan temel hak ve özgürlükleri koruyarak yine hukuk devletinin önemli bir unsuru olan “devlete karşı temel hak ve özgürlükler” düşüncesinin somutlaşmasına hizmet etmektedir.” Memiş’e göre ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin zorunlu bir sonucudur ve hukuk

25 Sağlam, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF Yayınları, s. 120-121.

26 a.g.e. s. 118.

devletinin içeriğini somutlaştırma amacına yöneliktir²⁷. Hatipoğlu'na göre ölçülülük ilkesi, her şeyden önce hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Zira bir hukuk devleti, her alanda, sınırlamalara başvururken ölçülülük ilkesi çerçevesinde hareket etmelidir²⁸. Küçük'e göre hukukun genel ilkeleri, pozitif olarak ölçü normlar arasında yer almasa da bu ilkelerin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinden hareketle dikkate alınmasına bir engel bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, önündeki kanunun Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken hukuk devleti ilkesinin içeriğini belirlemede hukukun genel ilkelerinden yararlanabilir. Çünkü hukuk devleti kavramı, hukukun genel ilkelerini de kapsamaktadır. Yazar, ölçülülük ilkesinin hukuk devleti açısından son derece önemli olduğunu vurgulamakta ve ölçülülük ilkesini hukuk devletinin gerekleri arasında saymaktadır²⁹.

Buna karşılık Gözler, ölçülülük ilkesinin hukuk devleti ilkesinden çıkarılamayacağını söylemektedir. Gözler'e göre³⁰, *"eğer ölçülülük ilkesi hukuk devleti ilkesinden çıkarılabiliyorsa, daha pek çok şey hukuk devleti ilkesinden çıkarılabilir. Bu ise bizzatıhi hukukun belirliliği ve dolayısıyla hukuk güvenliği ilkesini sarsar. Anayasada geçen ve dolayısıyla pozitif bir varlığa sahip bir ilkenin içine her şey sokulduğunda, o kavramın aslında fonksiyon olarak bir tabii hukuk ilkesinden farkı kalmamaktadır"*.

Görüldüğü üzere doktrindeki hâkim görüşe göre hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de ölçülülüktür. Anayasa Mahkemesi de birçok kararında ölçülülük ilkesinin Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olduğunu kabul etmiştir³¹. Örneğin bir kararında Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir: *"Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri de ölçülülük ilkesidir. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve*

27 Memiş, E. (2011). *Anayasa Hukuku Notları*, 6. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 310.

28 Hatipoğlu, M. (2019). "Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi", *TBB Dergisi*, S. 143., s. 184.

29 Küçük, A. (2008). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti", içinde *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Çoban, A., Canatan, B. ve Küçük, A. (Der.), Ankara: Adres Yayınları, s. 359, 376.

30 Gözler, K. (2000). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s. 250.

31 Örnek olarak bkz. AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 17.

orantılılık ise başvuru olan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir³².”

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir³³.

Anayasa Mahkemesi birçok kararında kanun koyucunun düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunun altını çizmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında yasal düzenlemeler yapılırken kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu belirtildikten hemen sonra kanun koyucunun takdir yetkisinin ölçülülük ilkesiyle sınırlı olduğu hep vurgulanmaktadır. Örneğin bir kararında şöyle demiştir: *“Asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların tek hâkimle ya da heyet olarak karara bağlanması hususu kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Kanun koyucunun bu takdir yetkisini hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanması gerekir³⁴.”*

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yaparken ölçülülük ilkesine başvurduğu konuların başında suç ve ceza politikası gelmektedir. Anayasa Mahkemesine göre *“Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini göz önüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı fiilleri ceza hukuku alanından çıkarabileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım suçları farklı yaptırımlara da tabi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır.*

Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak

32 AYM, E.2020/60, K.2020/54, 1/10/2020, § 71.

33 AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 38.

34 AYM, E.2018/143, K.2019/39, 15/5/2019, § 11, 16.

üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, başvuru önlemin ulaşılma istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önlemin ulaşılma istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvuru önlem ve ulaşılma istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılma istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur³⁵.”

İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir olayda başvuruyu yapan derece mahkemesi başvuru kararında, kanun koyucunun hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu ve kanunla öngörülen bir yaptırım ile ulaşılma istenen amaç arasında ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunmasının zorunlu olduğunu, emniyet teşkilatının personel eksikliği gibi bir sorunla karşılaşmaması ve buna bağlı olarak güvenlik hizmetinin etkin ve süratli bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla getirildiği anlaşılan itiraz konusu kuralın mecburi hizmete hiç başlanılmayan ya da başlandıktan kısa süre sonra ayrılan hâllerde öğrenim giderinin altı katı kadar bir tazminatı söz konusu kılması nedeniyle ölçülü olduğundan söz edilemeyeceğini belirterek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararda itiraz yoluna başvuran mahkemenin ileri sürdüğü kanun koyucunun hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğu yönündeki tespitine katılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Anayasa Mahkemesi bu hususları vurguladıktan sonra kanun koyucunun yasal düzenleme yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu, yapılan düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğinin altını çizmiştir³⁶.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasal bir ilke olarak hukuk devleti ilkesine uygunluğunu denetlerken ölçülülük

35 AYM, E.2018/151, K.2019/36, 15/5/2019, § 11-13.

36 AYM, E.2013/32, K.2013/112, 10/10/2013.

ilkesine uygun olup olmadığı yönünden de bir inceleme yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini hukuk devletinin bir gereği olarak görmüş ancak bunun gerekçesini açıklamamıştır.

Anayasa Mahkemesinin hukuk devletinin bir unsuru olarak ölçülülük ilkesini ölçü norm olarak uyguladığı konulardan biri de disiplin hukukudur. İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir olayda başvuruyu yapan derece mahkemesi başvuru kararında, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12/5/1982 tarihli ve 2670 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 57. maddesinin birinci fıkrasının *"Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir."* biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, yerleşik hâle gelen hukuk devleti tanımına yer verdikten sonra kanun koyucunun hukuk devletinde kamu hizmetlerinin uyum ve düzen içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla hizmeti sunan kamu görevlileri için disiplin düzenlemeleri içeren kurallar öngörebileceği ve bu kurallara uyulmasını temin etmek amacıyla çeşitli disiplin yaptırımları getirebileceği tespitinde bulunmuştur. Daha sonra Mahkeme, disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerektiğini ve bunun hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil dengenin *"ölçülülük ilkesi"* olarak da adlandırıldığını belirttikten sonra ölçülülük ilkesine ilişkin kararların hemen hepsinde olduğu gibi ölçülülük ilkesinin elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri olmak üzere üç alt ilkedен oluştuğunu ifade etmiştir. Diğer kararlarda olduğu gibi bu kararda da somut olay bakımından bir değerlendirme yapmadan önce alt ilkelere ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Mahkemeye göre *"elverişlilik ilkesi"*, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *"zorunluluk ilkesi"* öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını, *"orantılılık ilkesi"* ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir³⁷.

37 AYM, E.2013/15, K.2013/131, 14/11/2013.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine uygunluğunu denetlerken itiraz konusu kuralın orantılılık ilkesine uygun olmadığı hemen anlaşıldığından olsa gerek elverişlilik ve gereklilik ilkeleri yönünden bir değerlendirme yapmaksızın doğrudan orantılılık ilkesi yönünden bir inceleme yapmış ve sonuçta orantılılık ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre “İtiraz konusu kuralda disiplin cezası gerektiren farklı fiiller için ayırım yapılmaksızın tek bir yaptırım benimsenmiştir. Diğer bir ifadeyle uyarma cezasını gerektirecek bir fiil karşılığında uygulanacak yaptırım ile daha ağır bir disiplin cezasını gerektirecek bir davranış aynı sonuca bağlanmıştır. Buna göre bireyin kamu hizmetinde kalmasının, disiplin cezası gerektiren eylemlerin ağırlığına uygun herhangi bir kademelendirme yapılmayarak, adil ve makul bir denge gözetilmeksizin ölçsüz bir biçimde memuriyetten çıkarılma yaptırımına tabi tutulmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır³⁸.”

A. Ölçülülük İlkesine Uygunluk Denetiminde İlkenin Bir Bütün Olarak Uygulanması

Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında ölçülülük ilkesinin alt ilkeler yönünden ayrı ayrı ve ayrıntılı bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi birçok kararda ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesi üzerinden bir inceleme yaparak neticede ölçülülük ilkesine uygundur ya da aykırıdır şeklinde bir sonuca ulaşmıştır.

Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında anayasaya aykırılığı ileri sürülen kuralın ölçülülük ilkesine uygunluğunu denetlerken genel olarak ölçülülük ilkesinden söz etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre dava konusu kural, kapatılan vakıf yükseköğretim kurumlarında bulunan öğrencilerin eğitim ve öğrenime devam etmelerini sağlamaya yönelik olduğundan kuralın kamu yararı amacıyla çeliştiği söylenemez. Ayrıca kapatılan vakıf üniversitelerine ödenen ücretin yerleştirilen üniversiteye mezun olana kadar ödenmesi zorunluluğunu öngören kural, muhatapları yönünden eğitim ve öğrenim hakkından yararlanma imkânını ortadan kaldırmamakta veya bunun kullanımını ciddi şekilde zorlaştırmamaktadır. Bu yönüyle kuralın eğitim ve öğrenim hakkının özüne dokunmadığı açıktır.

38 AYM, E.2013/15, K.2013/131, 14/11/2013.

Kuralın yer aldığı fıkrada kapatılan vakıf yükseköğretim kurumlarında kayıtlı öğrencilerin üniversitelere yerleştirilmesi ile ilgili usul ve esasların Yükseköğretim Kurulu tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle kural kapatılan yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören öğrencilerin kayıt yaptırdıkları yıldaki sıralamalarından daha yüksek sırada öğrenci kabul eden yükseköğretim kurumlarına yerleşmelerine de imkân verebileceğinden bu öğrencilerin daha önceden ödedikleri ücretleri yerleştikleri yükseköğretim kurumlarına ödemelerinin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı söylenemez. Bunun yanı sıra bu öğrencilerin eğitimin ücretli olarak verildiği vakıf yükseköğretim kurumlarına daha önceden ödedikleri ücretleri ödeyerek devam etmeleri de ölçülülük ilkesi ile çelişmemektedir. Ancak kural, kapatılan yükseköğretim kurumlarına kayıt yaptırdıkları yılda yapılan sınavda aldıkları puana eşit ya da daha düşük puanla öğrenci kabul eden devlet üniversitelerine söz konusu öğrencilerin yerleşmesini de kapsar niteliktedir. Kural uyarınca bu durumdaki öğrenciler kapatılan yükseköğretim kurumlarına ödedikleri ücreti yerleştirildikleri devlet üniversitelerine ödemeye devam edecektir³⁹.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi dava konusu olayda öncelikle kuralın kamu yararı amacıyla çelişmediğini tespit etmiş, ardından hakkın özüne dokunan bir düzenleme yapılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Son olarak kuralın ölçülülük ilkesine uygunluğunu incelemiş ve bunu yaparken de alt ilkeler üzerinden ayrıntılı bir inceleme yapmamış, sadece kuralın ölçülülük ilkesiyle çelişmediğini belirtmekle yetinmiştir.

B. Ölçülülük İlkesine Uygunluk Denetiminin Tek Bir Alt İlke Üzerinden Yapılması

Ölçülülük ilkesi; sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracının sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere ölçülülük ilkesi yalnızca tek bir ilkeden değil, aksine birbirleri arasında kendine özgü bir ilişki içinde bulunan üç alt ilkeden yani elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinden oluşur. Dolayısıyla ölçülülük testi uygulanırken sırasıyla bu alt ilkelere uygun olup olmadığına bakılmalıdır. Amaca ulaşmak için seçilen araç elverişli değilse veya gerekli değilse ya da araç

39 AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 56-62.

ile amaç arasında ölçsüz bir orantı var ise ölçülülük ilkesine aykırılık söz konusudur.

Anayasa Mahkemesi kimi durumlarda dava konusu olayda ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden birine aykırılık kendini hemen gösteriyorsa diğer alt ilkeler yönünden bir değerlendirme yapmadan sadece tek bir alt ilke üzerinden inceleme yaparak karar vermektedir. Orantılılık ilkesinin uygulama alanı daha geniş olduğundan birçok olayda sadece orantılılık ilkesi üzerinden yapılan incelemeyle yetinilmektedir.

Bu durum Anayasa Mahkemesinin şu kararında bariz bir şekilde görünmektedir: *“Ancak anayasal bağlamda meşru bir amaca sahip sınırlamaların da Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülüğün alt ilkelerinden olan orantılılık ilkesine uygun olması gerekir. Orantılılık ilkesi kamu yararının korunması ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Öngörülen tedbirin bireyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda getirilen sınırlamanın orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez. Bu itibarla uygulanan tedbirle bireye aşırı ve orantısız bir yük yüklenmemesi gerekmektedir.*

Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı olan avukatın hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır. Savunma hakkının etkin şekilde kullanılmasına ve maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet eden müdafinin, müdafilik görevini üstlendiği kişinin işlediği ileri sürülen suçla herhangi bir bağlantısı bulunmaksızın veya müdafilik görevini kötüye kullandığına ilişkin herhangi bir olgu mevcut olmaksızın basit bir suç şüphesi nedeniyle müdafilik görevinden yasaklanmasına imkân tanıyan kurallar, müdafî yardımından yararlanma ve çalışma hakkı bağlamında bireyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokmakta; dolayısıyla müdafî yardımından yararlanma ve çalışma hakkına orantısız bir sınırlama getirmektedir.

Bu itibarla söz konusu kurallar anılan haklar bağlamında ölçülülük ilkesini ihlal ettiği gibi hukuk devletinin adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, *“getirilen sınırlamanın mülkiyet hakkının kullanımını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına*

40 AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 42, 45-46.

engel oluşturmadığı, sınırlandırma aracının sınırlandırma amacına göre orantılı olmadığına söylenemeyeceği, dolayısıyla noterler arasındaki rekabetin önlenmesi ve aşırı gelir farkının ortadan kaldırılması şeklindeki kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki makul dengenin kurallarda gözetildiği anlaşılmaktadır. Bu yönleriyle sınırlamanın hakkın özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi bunun demokratik toplum düzeninin ve hukuk devletinin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez⁴¹ demek suretiyle ölçülülük denetimini sadece orantılılık ilkesi üzerinden gerçekleştirmiştir.

Benzer şekilde 2018/84 karar sayılı kararında da ilk olarak yapılan düzenlemenin kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğunu belirlemiş, ardından mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı amacına dönük olmasının yeterli olmayacağını, ayrıca ölçülü olması, malike aşırı ve orantısız bir külfet yüklememesi gerektiğini söylemiştir. Neticede Mahkeme, mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında gözetilmesi gereken makul dengeyi malik aleyhine bozan düzenlemenin ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olmadığı sonucuna ulaşarak itiraz konusu kuralın kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengeyi bozmak suretiyle mülkiyet hakkını ve hak arama özgürlüğünü ölçüsüz biçimde sınırladığı gerekçesiyle iptal kararı vermiştir⁴².

Örnek olarak verilen bu kararların da gösterdiği gibi, ölçülülük denetiminde orantılılık ilkesi diğer alt ilkelere oranla daha sık uygulanmaktadır. Ölçülülük denetiminin kilit unsurunu orantılılık ilkesi oluşturduğundan bunu doğal karşılamak gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesinin orantılılık denetimine geçmeden önce elverişlilik ve gereklilik ilkeleri yönünden de bir denetim yapması, bu iki ilkeye aykırılık yok ise orantılılık denetimine geçmesi gerekir.

C. Ölçülülük İlkesine Uygunluk Denetiminin Elverişlilik, Gereklilik ve Orantılılık İlkeleri Yönünden Ayrı Ayrı Yapılması

Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesiyle ilgili kararlarında çoğunlukla en başta ölçülülük ilkesinin *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkedен oluştuğu belirtilir ve sonrasında bu alt ilkelere ne anlaşılması gerektiği açıklanır. Anayasa Mahkemesine göre *elverişlilik*, öngörülen müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli

41 AYM, E.2017/163, K.2018/90, 6/9/2018, § 27-28.

42 AYM, E.2018/9, K.2018/84, 11/7/2018, § 29-30.

olmasını, *gereklilik*, amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir⁴³.

Anayasa Mahkemesi bir kararında beyandan sonra mal ve kazançta olan artışı bildirmeyen borçlunun cezasını düzenleyen İcra ve İflas Kanunu'nun 339. maddesinin Anayasa'ya uygunluğunu incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimi yaparken ölçülülük ilkesine de başvurmuştur. Ölçülülük ilkesini uygularken düzenlemenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığını, sırasıyla ve ayrı ayrı sorgulamıştır.

Anayasa Mahkemesine göre sonradan kazandığı malları veya kazancındaki ve gelirindeki artışı bildirmeyen borçlunun disiplin hapsiyle cezalandırılması alacaklının mülkiyet hakkının korunması amacına ulaşılması bakımından elverişli bir araçtır⁴⁴.

Mahkeme daha sonra müdahalenin gerekli olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu bağlamda *gereklilik* ilkesinden ne anlaşılması gerektiği ve ilkenin nasıl uygulanması gerektiği açıklanmıştır. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasının yanında gerekli olması da gerekir. *Gereklilik*, hakka müdahale teşkil eden birden fazla araç arasından hakkı en az zedeleyen aracın seçilmesini ifade etmektedir. Hak ve özgürlüğü sınırlayan tedbirlerden hangisi diğerlerine nazaran hakkın norm alanına daha az müdahale edilmesi sonucunu doğuruyorsa o tedbirin tercih edilmesi gerekir. Bununla birlikte hakka müdahale oluşturacak aracın seçiminde kanun koyucunun belli ölçüde takdir payının bulunduğu da kabul edilmelidir. Zira kanun koyucu, öngörülen amaca ulaşılması bakımından hangi aracın etkili ve verimli sonuçlar doğuracağına ilişkin olarak isabetli karar verme noktasında daha iyi bir konumdadır. Özellikle alternatif aracın bulunmadığı veya mevcut alternatiflerin öngörülen meşru amaca ulaşılması bakımından etkili olmadığı ya da daha az etkili olduğu durumlarda kanun koyucunun araç seçimi hususundaki tercih yetkisinin *gereklilik* kriterini sağlamadığının söylenebilmesi için çok güçlü nedenlerin bulunması gerekir.

43 Örnek olarak bkz. AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016.

44 AYM, E.2022/130, K.2023/14, 25/1/2023, § 20.

Dava konusu kuraldaki disiplin hapsi, hukuki niteliği itibariyle borçlunun 2004 sayılı Kanun uyarınca yapmaya mecbur olduğu beyandan sonra kazandığı malları veya kazancındaki ve gelirindeki artışı icra dairesine bildirmemesi nedeniyle öngörülen bir yaptırımdır. Bu bağlamda kuralın Kanun'da yer alan bir emrin yerine getirilmesini sağlayarak borcun ödenmesi dolayısıyla alacaklının hakkının ve cebri icra düzeninin korunması amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik bir düzenleme olduğu açıktır. İtiraz konusu kuralda öngörülen disiplin hapsinin borçlunun hürriyetinden yoksun bırakılması sonucunu doğurduğundan nispeten ağır bir yaptırım olduğu söylenebilir. Ancak borçlunun sonradan edindiği mal varlığının tespiti bakımından alacaklının ve cebri icra idaresinin imkânlarının kısıtlı olduğu gözetildiğinde bildirim yükümlülüğünü ihlal eden borçluya disiplin hapsi uygulanmasının kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında başvurulabilecek araçlar arasında olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla disiplin hapsi uygulanmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiği kabul edilmiştir⁴⁵.

Elverişlilik ve gereklilik ilkelerine aykırılık tespit edilemeyince en son orantılılık ilkesi yönünden bir inceleme yapılmıştır. Mahkemeye göre orantılılık, sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve kişinin mülkiyet hakkından yararlanmasındaki bireysel yarar arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararlar kıyaslandığında sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir.

Alacaklı ve icra dairesinin tüm teknolojik imkân ve araçlara rağmen borçlunun tüm mal varlığından, üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının tamamından haberdar olması mümkün değildir. Bu nedenle borçlunun yapmaya mecbur olduğu beyandan sonra kazandığı malları veya kazancındaki ve gelirindeki artışı icra dairesine bildirmesi suretiyle cebri icranın normal işleyişinin korunmasına sağlayacağı katkıyla kuralın öngördüğü yaptırımın niteliği ve miktarı göz önünde

45 AYM, E.2022/130, K.2023/14, 25/1/2023, § 21.

bulundurulduğunda, elde edilecek yarar ile borçluya yüklenen külfet arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulmadığı, diğer bir ifadeyle kuralın öngördüğü yaptırımın orantısız olmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁶.

Anayasa Mahkemesinin yakın tarihte verdiği bir başka kararda da ölçülülük ilkesine uygunluk denetiminin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri yönünden ayrı ayrı yapıldığı görülmektedir. Dava konusu olay, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını incelemiştir. İptali istenen kanun hükmü şöyledir: *"Hükümlü hakkında kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır."*

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak dava konusu olayda ölçülülük ilkesinin uygulanması gerektiğini gerekçesiyle birlikte şöyle açıklamıştır⁴⁷: *"Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar ve bu kapsamda disiplin cezaları açısından da cezalandırmaya ilişkin temel prensiplerin belirlenmesi anayasal ilke ve sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir. Ancak kanun koyucu, takdir yetkisi kapsamındaki bu tür düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır."*

Mahkeme daha sonra meşru bir amacın izlendiğini tespit etmiştir: *"Hükümlülerin disiplinsizlik teşkil eden bazı tutum ve davranışlarının cezalandırılmasını öngören kuralla ceza infaz kurumlarında düzenli bir yaşamın sürdürülmesi ile güvenliğin ve disiplin sağlanmasının, böylece kurumun görev alanındaki kamu hizmetinin sağlıklı bir biçimde yürütülmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın kamu düzeninin korunması ve sağlanması şeklindeki meşru bir amaca yönelik olduğu görülmektedir"*⁴⁸.

Bu aşamadan sonra Mahkeme, dava konusu kuralın, bu kuralla ulaşılmak istenen amaç yönünden elverişli ve gerekli olduğu sonucuna varmıştır: *"Kusurlu davranış veya tutumlarıyla ceza infaz kurumlarının*

46 AYM, E.2022/130, K.2023/14, 25/1/2023, § 26-27.

47 AYM, E.2022/133, K.2023/15, 25/1/2023, § 12-13.

48 AYM, E.2022/133, K.2023/15, 25/1/2023, § 14.

kurumsal düzeninin bozulmasına yol açabilecek disiplinsizlik hâllerinde bulunan hükümlülerin eylemin niteliği ve ağırlık derecesine göre Kanun'da belirtilen kınama, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve hücreye koyma disiplin cezalarından biri ile cezalandırılmasının öngörülmesi söz konusu cezaların etki ve sonuçları gözetildiğinde bu tür fillerde bulunulmasını engelleyici ve caydırıcı nitelikte olduğundan dava konusu kuralın, bu kuralla ulaşılmak istenen amaç yönünden elverişli ve gerekli olduğu anlaşılmaktadır⁴⁹."

Mahkeme en sonunda kuralın orantılılık ilkesine uygun olup olmadığını incelemiş ve orantılılık ilkesine aykırılık görmemiştir: "Kuralda uygulanması öngörülen Kanun'da belirtilen disiplin cezaları bakımından alt ve üst sınırların belirlenmiş olduğu görülmekte olup bu itibarla olayın oluş şekli ve hükümlünün kusurunun ağırlığına göre cezanın bireyselleştirilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Diğer yandan kural, uygulayıcının somut olayın özelliğini ve hükümlünün kusurunun derecesini gözeterek eylemi nitelendirmesine ve bu nitelendirmeye göre bir ceza takdir etmesine engel bir düzenleme de içermemektedir. Bu itibarla farklı kusur oranlarının kademeli olarak ağırlıklarına göre cezalandırılmasına imkân tanıyan kuralın korunmak istenen kamusal yarar karşısında bireye makul olmayan, orantısız bir külfet yüklediği söylenemez. Ayrıca kural kapsamında uygulanması öngörülen disiplin cezalarına karşı yargısal denetimin mümkün olduğu, dolayısıyla fiil ile ceza arasında bulunması gereken makul dengenin gözetilip gözetilmediğinin yargı mercilerince denetlenebileceği de dikkate alındığında, kuralın ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır⁵⁰."

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE İLİŞKİN UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini uygulayarak ulaştığı sonuç veya ölçülülük ilkesine ilişkin tespitleri kimi zaman tartışma konusu olmakta ve ulaşılan sonucun veya değerlendirmelerin isabetsiz olduğu dile getirilmektedir. Bu tartışma ve eleştirileri en başta Anayasa Mahkemesi kararlarındaki karşı oy yazılarında görüyoruz. Keza doktrinde de birçok karar eleştirilmiştir.

49 AYM, E.2022/133, K.2023/15, 25/1/2023, § 15.

50 AYM, E.2022/133, K.2023/15, 25/1/2023, § 16-17.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde pozitif olarak Anayasa'da açıkça yer almamış olsa da adını açıkça zikretmeden ölçülülük ilkesini kullanmıştır. Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini kullandığı karar sayısı oldukça azdır. Bu az sayıdaki kararlardan bazıları doktrinde eleştirilmiştir. Eleştirilen kararlardan biri, 28/6/1966 tarihli karardır. Anayasa Mahkemesi bu kararında⁵¹ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin (A) bendinde yer alan *"Tart cezası ayrıca bir hükme hacet kalmaksızın ... hizmet esnasında kazanılmış olan sair hakların kaybedilmesini mucip olur"* kuralının Anayasa'ya aykırılığını incelemiştir. Anayasa Mahkemesine göre *"(E)lbetteki tart cezası da birtakım yoksunluklar getirecek ve bu yoksunlukların ağırlığı, askerlik şerefine lekelemek gibi bir eylemin ağırlığı ile orantılı olacaktır"*. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin kararda yer alan şu görüşleri, orantılılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır: *"Askerlik şerefli bir görevdir. Bu şerefin korunması kaygısı en ağır yaptırımları bile haklı kılar. Askerlik şerefine leke sürenlerin yerine göre hapis, ağır hapis, hatta idam cezası ile cezalandırılmaları yeterli değildir. Böylelerinin bir daha geri alınmaksızın asker topluluğundan dışarı atılmaları, askerlik hizmetinden doğan bütün ilişkilerinin kesilmesi gerekir"*. Anayasa Mahkemesinin bu sözlerinden askerlik şerefi söz konusu olduğunda orantılılık ilkesi göz önüne alınmasa da olur gibi bir anlam çıkmaktadır⁵².

Eleştirilen kararlardan bir diğeri de 2/11/1965 tarihli karardır. Anayasa Mahkemesi, cezaların eylemin ağırlığı ve suçlunun kusuruyla orantılı olarak düzenlenmesini ilke olarak kabul etmesine karşılık, Anayasa'ya uygunluk denetiminde bunu uygulama yönünde pek istekli davranmamıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, daha eski tarihli bir kararında *"suçlunun fiilinin ağırlığı ile orantılı bir cezaya çarptırılması lüzumu aşıkardır"* dediği hâlde, söz konusu olayda kırsal alanlarda büyükbaş hayvan hırsızlığı yapanların öteki hırsızlık suçlularına oranla 3 misli şiddette cezalandırılmasını öngören 5617 sayılı yasanın 13. maddesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. İlk derece Mahkemesi, 5617 sayılı yasanın 13. maddesinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerken özellikle şu hususun altını çizmiştir: *"Hâlbuki olaydaki suç konusu ineğin değeri azami 200 lira olduğuna göre suç, sübuta erdiği takdirde sanıklara (...) en az altışar sene hapis ve birer yıl da sürgün cezası hükmedilmesi lazım gelecektir. Eğer bu sanıklar inek sahibinin bir kolunu koparsalar veya gözünü kör etseler idi uzuv*

51 AYM, E.1963/132, K.1966/29, 28/6/1966.

52 Metin, Y. (2002). s. 200.

tatilinden cezaları 5 sene hapsi geçmeyecekti, böyle olunca da sözü edilen 5617 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi hakkaniyete ve cezanın fiile uygun olduğu kanaatini vermemektedir". Anayasa Mahkemesi, bu olayda söz konusu düzenlemenin orantılılık ilkesine aykırı olup olmadığını araştırmamış, sadece "suç ile ceza oranının adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır" demekle yetinmiştir. Anayasa Mahkemesine göre "suçlunun işlediği suçun toplum hayatındaki etkileri göz önünde tutularak gereken cezanın konulması da yasama organının yetkisi içinde bulunmaktadır⁵³".

Anayasa Mahkemesinin bu kararı doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmiştir. T.T. Yüce, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararını ele alıp incelediği makalesinde, ilk olarak karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak suç ile ceza arasındaki oran konusuna değinmekte ve sonra Anayasa Mahkemesi kararına yönelik eleştirisini "hukuk devleti prensibine aykırılık" ve "hukuka ve vicdani kanaate aykırılık" başlıkları altında toplamaktadır⁵⁴. Yazarın ileri sürdüğü görüşlerin temelinde ölçülülük düşüncesi yatmaktadır. Ancak yazar, ölçülülük ilkesini sınırlamanın temel ilkesi olarak değil, daha ziyade ceza hukukuna özgü bir ilke olarak ele almıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı F. Sağlam tarafından da eleştirilmiştir. Yazara göre Anayasa Mahkemesinin ceza alanında yasa koyucunun yetkisine saygı konusunda gösterdiği titizlik haklı görülebilir. Ancak Mahkeme bunu, hukuk devletinin gerektirdiği ölçülülük denetiminden vazgeçerek yerine getirmemelidir. Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun iradesine saygı gösterirken ölçülülük ilkesini göz ardı etmemelidir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesinin eleştiriye açık bir diğer kararı da Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan "karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta" ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına hükmolunur şeklindeki düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına dair kararıdır⁵⁶. İtiraz başvurusunda, Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesinin benimsenmiş

53 AYM, E.1965/30, K.1965/58, 2/11/1965.

54 Yüce, T. T. (1973). "Suç ile Ceza Arasındaki Nispetsizliğin Anayasaya Aykırılığı Problemi ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 47., S. 3-4., s. 294 vd.

55 Sağlam, F. (1982). s. 124.

56 AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015.

olduğu, buna göre kanun koyucunun ceza normlarını düzenlerken ceza hukukunun genel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesi ile bağlı olduğu, ölçülülük ilkesinin ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu, ölçülülük ilkesiyle devletin cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlü olduğu, kuralla suç sayılan eylem için öngörülen cezanın ağır olduğu ve amaçlanan sosyal faydanın bu suretle sağlanamayacağı, disiplinin yeniden tesisine etkin bir katkı sağlamayacağı, kişinin özel hayatı ve aile hayatının askerlik hizmetinin ötesinde tutulması gerektiği, özel hayatı ve aile hayatını koruma yükümlülüğü bulunan devletin bu alana müdahale ederek kişileri cezalandırmasının yerinde olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2, 20 ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesine göre;

“Ceza hukuku, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili olduğundan suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu bu takdir yetkisini kullanırken diğer bir ifade ile herhangi bir konuda düzenleme yaparken kişi yararı kadar kamu yararını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Dolayısıyla kanun koyucu, kimi suçların niteliğini, işlenme biçimini, toplum için verdiği zararı da gözeterik değişik cezalar verilmesini öngörebilir. Ancak bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin bulunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. “Elverişlilik ilkesi”, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “zorunluluk ilkesi” öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve “orantılılık ilkesi” ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir.

İtiraza konu kural ile yaptırıma bağlanan eylem için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırım, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp disiplini temine yönelik TSK'dan çıkarma cezasıdır. Bunun dışında asker kişiler açısından suçun sübut bulması için yapılan uyarı ve ikazlara rağmen söz konusu fiilin işlenmesinde ısrar etme şartı da aranmaktadır. Ayrıca sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeni ile de çelişmemektedir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan itiraz konusu kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür.

Diğer yandan özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandırılan düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı da söylenemez. Bu anlamda kural, askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu açıktır⁵⁷."

Anayasa Mahkemesi bu nedenlerle oy çokluğuyla itiraz konusu kuralı Anayasa'ya aykırı bulmamış ve iptal istemini reddetmiştir. Karar, birkaç yönden eleştiriye açıktır. Bunlardan ilki, ölçülülük denetiminin aşamalı bir şekilde yapılmamış olmasıdır. Bilindiği üzere ölçülülük denetiminde öncelikle izlenen amacın meşru bir amaç olup olmadığı belirlenmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de meşru bir amacın izlenip izlenmediğini incelemiş ve neticede ulaşılmak istenen amacın meşru olduğunu tespit etmiştir. Ancak hemen arkasından "bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen kamu yararı ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur" demek suretiyle ölçülülük denetimini orantılılık denetiminden ibaretmiş gibi göstermiştir. Kararda geçen "Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, "ölçülülük ilkesi" olarak da adlandırılmakta" cümlesi de bunu teyit etmektedir. Oysa izlenen amacın meşru olduğu belirlendikten sonra bu amaca erişmek için alınan önlemin elverişli olup olmadığı, alınan önlemin zorunlu olup olmadığı, bir başka deyişle daha az sınırlayıcı ve elverişli başka bir aracın bulunup bulunmadığının sorgulanması gerekirdi. Eğer alınan önlem elverişli ve gerekli ise ondan sonra alınan önlemin ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığı denetlenmesi gerekirdi.

57 AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015.

Kararın eleştiriye açık bir diğer yönü de demokratik toplum düzeninin gerekleri, öze dokunma yasağı ve ölçülülük ilkelerinin birbirinden ayrılmadan iç içe geçmiş bir şekilde uygulanmış olmasıdır. Mahkemeye göre “İtiraza konu kural ile yaptırıma bağlanan eylem için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırım, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp disiplini temine yönelik TSK’dan çıkarma cezasıdır. Bunun dışında asker kişiler açısından suçun sübut bulması için yapılan uyarı ve ikazlara rağmen söz konusu fiilin işlenmesinde ısrar etme şartı da aranmaktadır. Ayrıca sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeni ile de çelişmemektedir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan itiraz konusu kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür.” Kararda geçen bu ifadeler bize her şeyin birbirine karıştığı, gereksiz yere ve hatalı bir şekilde denetim ölçütleri arasında ilişki kurulduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı ulaşılan sonucun isabetsiz olması yani ölçülülük ilkesine aykırılık söz konusu iken, tam aksi yönde bir sonuca ulaşılmış olması yönüyle de eleştirilebilir. Nitekim çoğunluk görüşüne katılmayan üyelerden beşi düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olmadığını açıklamışlardır. Çoğunluk görüşüne katılmayan iki üye ise, düzenlemenin hakkın özünü zedeleyen bir düzenleme olduğunu düşünmektedir. Kanaatimize göre bu davada ölçülülük ilkesine aykırılıktan dolayı iptal kararı verilmesi daha isabetli olurdu.

Anayasa Mahkemesinin eleştiriye açık bir diğer kararı da 4533 sayılı “Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu”nun 6. maddesinde yer alan “Belirlenen yerler dışında ateş yakmak” suçu için öngörülen iki yıldan aşağı olmamak üzere hapis, yüz altmış milyon liradan sekiz yüz milyon liraya kadar ağır para cezasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmadığı kararıdır. İtiraz yoluna başvuran mahkeme, diğer yasalarda yangına dönüşmeyen ateş yakma eylemi cezalandırılmadığı hâlde, düzenlemeyle Gelibolu Yarımadası Tarihi Millî Parkı'na özgü yeni bir suç tipinin oluşturulduğu, bu coğrafya içinde yaşayanlarla bunun dışındakiler arasında eşitsizlik yarattığı, fiile aşırı ceza öngörüldüğü, suçun oluşumunun idareye bırakıldığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların, Anayasa'nın 10 ve 38. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür⁵⁸.

58 AYM, E.2001/143, K.2004/11, 10/2/2004.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yaptığı inceleme sonucunda, yasa koyucunun itiraz konusu kurallarla, tarihin en büyük savaşlarından birine sahne olmuş ve savaşta ölen yüzbinlerce insanın anısını ulus ayırımı gözetmeden yaşatan bir bölge olan Gelibolu Millî Parkını korumak amacıyla özel bir düzenleme getirdiğini, bölgenin, tarihsel geçmişi, sert rüzgârlara açık konumu ve buna bağlı olarak korumada genel hükümlerin yetersiz kalması, daha önce büyük bir orman yangını geçirmiş olması, bölgenin tüm çevresiyle özel bir korumaya alınmasını gerekli kıldığını, bu özelliği nedeniyle Gelibolu Millî Parkından yararlananlarla, bu bölge ile farklı özellikler taşıyan diğer bölgelerden yararlananların aynı hukuksal kurallara tabi tutulmamasında eşitlik ilkesine aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi, dava konusu kuralı 38. maddede düzenlenen suçta kanunilik ilkesi yönünden de Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre yasa koyucu, Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen ilkeler ile ceza hukukunun genel ilkelerini ve kamu yararını gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bu suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini, hangi cezaların nasıl uygulanacağını saptayabilir. Kaldı ki suçun maddî unsurunun Bakanlar Kurulu kararı ile "*belirlenen yerler dışında ateş yakmak*" olarak tespit edilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Çünkü idareye verilen bu yetki suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp ulusal park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesiyle ilgilidir. Esasen coğrafi koşullara göre değişiklikler gösterebileceği gözetildiğinde işin niteliği gereği ateş yakılabilecek yerlerin yasa ile belirlenmesi de mümkün değildir. Bu durumda itiraz konusu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesinin gereklerine aykırılığından söz edilemez⁵⁹.

Anayasa Mahkemesinin dava konusu kuralın Anayasa'ya uygunluğunu incelerken ölçülülük ilkesi yönünden bir inceleme yapmaması kanaatimizce kararın sonucunu etkileyecek nitelikte önemli bir eksikliklerdir. Karara muhalif kalan F. Sağlam'ın karşı oy yazısında belirttiği gibi, her ne kadar 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'ndaki düzenlemelere göre millî park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesinde idareye yetki verilmiş olması ve bu

59 AYM, E.2001/143, K.2004/11, 10/2/2004.

şekilde belirlenmiş bulunan yerler dışında salt ateş yakma eyleminin suç olarak düzenlenmiş bulunması, Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa da, bu fiil için öngörülen cezanın gerek fiilin niteliği ve çevrenin özellikleri göz önünde tutulduğunda ve gerekse benzer eylemlerde öngörülen cezalarla karşılaştırma yapıldığında, söz konusu fiil için öngörülen cezanın suç ve cezaların orantılılığı ilkesine uygun olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi, dava konusu olayda ölçülülük ilkesini uygulamış olsaydı hem gereklilik hem de orantılılık ilkesine aykırı olmasından dolayı iptal kararı verebilirdi. Bilindiği üzere gereklilik ilkesi, amaca ulaşma bakımından aynı derecede etkili araçlar arasından en az sınırlayıcı aracın seçilmesini zorunlu kılar. Gelibolu Yarımadası'nın tarihsel özelliği, Çanakkale Savaşı'nda şehitlerin anılarının korunması ve bu anıların yaşatıldığı çevrede geçmişte yaşanan orman yangınların tekrarlanmaması gibi düşünceler, ateş yakma eylemini başlı başına suç olarak tanımlamayı haklı kılabılır ama bu eyleme böylesine ağır bir yaptırım öngörülmesine dayanak teşkil edemez. Kaldı ki bu amaçlara ulaşmanın tek yolu hapis cezası yaptırımı da değildir. Daha sıkı bir denetimle ve buna bağlı olarak uygulanacak idari ve/veya cezai nitelikte para cezalarıyla anılan amaçlara daha etkili bir biçimde ulaşmak mümkündür. Bunun yerine anılan amaçları hapis cezasının yüksekliği ile sağlamaya yönelmek, çağdaş ceza siyasetine aykırı olduğu gibi ölçülülük ilkesinin ikinci alt ilkesi olan gereklilik ilkesini ihlal eder.

Orantılılık ilkesine gelince yasa koyucu suç olarak kabul ettiği bir eylemin cezasını belirlerken suç ve cezalarda orantılılık ilkesini göz önünde tutması ve "ölçüsüz" bir yükümlülük getirecek düzenlemelerden kaçınması gerekir. Kabul etmek gerekir ki yasa koyucunun suçları belirleme ve yaptırımlara bağlama konusunda bir takdir yetkisi bulursa da bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Oysa Anayasa Mahkemesi, dava konusu olayda yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını son derece geniş tutmuş ve itiraz konusu kuralı Anayasa'ya uygun bulmuştur. Kanaatimizce dava konusu kural orantılılık ilkesine de aykırı bir düzenlemedir. Öngörülen ceza çok yüksek olduğu gibi cezanın başka bir yaptırıma dönüştürülmesi veya ertelenmesi de mümkün değildir. Sonuç olarak işlenen eylem ile ceza arasında büyük bir oransızlık mevcuttur.

Anayasa Mahkemesi 2004/69 sayılı kararında 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri

Hakkında Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya uygunluğunu incelemiştir. Dava konusu Kanun'un 2. maddesinde, bu Kanun'a aykırı hareket edenler için cezalar öngörülmekte, itiraz konusu üçüncü fıkrasında da bu suçlardan mahkûm olanların cezalarının tecil edilemeyeceği belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu eylemleri işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği yasa koyucunun belirleyeceği bir alandır. İnfaz hukukunun maddi ceza hukukunu tamamlayan ve onun ayrılmaz parçası olduğu gözetildiğinde, hangi cezalara erteleme olanağının sağlanacağı veya sağlanmayacağı konusunun yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunun kabulü gerekir. Suçu, cezayı ve ertelemeyi takdir ve tayin etmek yasama meclisinin yetkisindedir. Toplumda değişen koşullar gereği suçun sınırlarının genişletilmesi ve cezalarının artırılıp erteleme dışı bırakılması da doğaldır. Bu nedenle cezası erteleme dışı bırakılan suçlarla diğerlerinin doğurduğu sonuçların aynı olduğu kabul edilemeyeceği gibi onlara verilen cezalarla korunmak istenen hukuki yararın da farklı olduğu açıktır. Bu durumda, getirilen kuralın adil olmadığı ileri sürülemeyeceği gibi hukuk devleti ilkesine de aykırı değildir sonucuna ulaşmıştır⁶⁰.

Anayasa Mahkemesindeki çoğunluk görüşüne katılmayan iki üye, itiraz konusu düzenlemenin ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu gerekçesiyle karara katılmamışlar ve karşı oy kullanmışlardır. Karşı oy yazısında ölçülülük ilkesinin yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uyulması gereken bir ilke olmayıp hukuk devletini de somutlaştıran bir ilke olduğu vurgulanmıştır. Buradan hareketle itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının denetlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Karşı oy yazan üyeler iki noktanın altını çizmektedirler. Bunlardan ilki, ceza normunun gönderme yaptığı Türk Ceza Kanunu'nun 567. maddesinde umuma açık yerlerde kumar oynatma için bir aydan altı aya kadar hapis cezasının öngörüldüğü, kumar oynatmaya altı aya kadar hafif hapis cezası verilirken kumar oynatmaksızın oyun ağırlıklı bir aletin "bulundurulması, çalıştırılması, yurda sokulması ya da yahut imal edilmesine" en az bir yıl hapis cezasının öngörülmesinin günümüz koşullarında başlı

60 AYM, E.2003/12, K.2004/69, 16/6/2004.

başına bir oransızlık arz etmesidir. İkincisi, bu oransızlık kumar oynatma suçuna ilişkin cezanın ertelenebilmesine karşılık itiraz konusu kurala esas teşkil eden cezanın ertelenememesi yönünden daha büyük bir boyut kazanmaktadır. Ayrıca bilgisayarlarda ve bilgisayarların kullanıldığı umuma açık yerlerde (internet-kafelerde) oynanabilecek oyunların içerik ve kullanım yönünden 1072 sayılı Kanun'un yasakladıklarından çok daha cazip ve etkili olması, 1072 sayılı Kanun'un koruma iddiasında olduğu değeri, bugün büsbütün anlamsız kılan bir gelişme olarak gözükmektedir. Buna bağlı olarak bilgisayarda oyun kullanımı yönünden 1072 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırımların söz konusu olmaması, itiraz konusu kuraldaki ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koyan bir başka göstergedir⁶¹.

Kanaatimizce karşı oy yazısında ileri sürülen argümanlar ikna edici nitelikte olup Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesine aykırılıktan dolayı iptal kararı vermesi daha doğru olurdu.

Anayasa Mahkemesinin eleştiriye açık bir diğer kararı da 1999/14 karar sayılı karardır. Bu kararda Mahkeme 3843 sayılı Kanun'un 7. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "*öğrencinin Yükseköğretim Kurumu ile ilişkisi kesilir*" ibaresinin, Anayasa'ya aykırılığını incelemiş ve ret kararı vermiştir.

İtiraz konusu ibarenin de yer aldığı beşinci fıkraya göre paralı ve isteğe bağlı olan ikinci öğretimde, öğrenim ücretlerinin ikinci taksitlerini ödemeyen öğrencilerin önce bir aylık ek ödeme süresinden yararlanmaları sağlanmakta, bu süre içinde de ücretlerini yasal faiziyle birlikte ödememeleri durumunda yükseköğretim kurumu ile ilişkileri kesilmektedir.

Üniversite veya yüksek teknoloji enstitülerinde ikinci öğretimle ilgili planlamaların yürütülebilmesi öğrenim ücretlerinin düzenli ödenmesine bağlı olduğundan bu konudaki aksaklıkların ikinci öğretimin getiriliş amacının gerçekleşmesini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır.

Anayasa Mahkemesine göre ikinci öğretimde, ikinci taksitlerini verilen bir aylık ek süreye karşın ödemeyen öğrencilerin yükseköğretim kurumu ile ilişkilerinin kesilmesini öngören düzenleme, kamu yararına yöneliktir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı değildir.

61 Anayasa Mahkemesi üyesi Cafer Şat ve Fazıl Sağlam'ın ortak karşıoy yazısı. Bkz. AYM, E.2003/12, K.2004/69, 16/6/2004.

Anayasa Mahkemesi dava konusu olayda ölçülülük ilkesi yönünden bir denetim yapmamıştır. Buna karşılık karara katılmayan iki üye itiraz konusu kuralı ölçülülük ilkesine uygunluk yönünden de ele almışlar ve neticede ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Haşım Kılıç ve Sacit Adalı'nın ortak karşı oy yazısına göre⁶², "Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının bir diğer sınırı da sınırlamaların "öngörüldükleri amaç dışında kullanılmamasıdır". Bu da "ölçülük" ilkesinin ifadesidir.

Bir sınırlama, ölçülülük ilkesi açısından geçerli olabilmesi için, elverişli, gerekli ve orantılı olmalıdır.

Öğrenim ücretinin birinci taksitini yatırmayanlar için kabul edilen "kayıtları yapılmaz ve yenilenmez" biçimindeki önlem, ikinci taksiti yatırmayanlar için öngörülen "kaydın silinmesi"ne göre daha yumuşaktır. Zira, daha sonraki aşamada öğrenim ücretini yasal faiziyle ödeyen kimse öğrenim hakkından yararlanabilme imkanına sahiptir. Oysa, yükseköğrenim kurumu ile ilişkisi kesilen kişinin böyle bir hakkı kalmamaktadır.

Asıl maksat, mümkün olduğu kadar herkesin yükseköğretimden yararlanmasını sağlamaktır. Öğrenim ücretinin zamanında ödenmesi ve ücrete dayalı sistemin aksamadan yürütülmesi isteniyorsa, bu, ikinci dönem ücretini ödemeyenlerin kurumla ilişkisi kesilerek gerçekleştirilemez. Çünkü, ilişkisi kesilen her öğrenci para kaynağı açısından bir kayıptır. Dolayısıyla, "ilişğın kesilmesi"ne göre daha yumuşak ve amaca ulaşmaya da elverişli olduğu düşünülen "kayıdın yenilememe" suretiyle eğitim süresini belirli bir süre uzatma biçimindeki önlem, ikinci taksiti ödemeyenler için de geçerli olmalıdır.

Öte yandan, belli bir yasal önlemin uygulandığı kişiye "ölçüsüz bir yükümlülük" getirilip getirilmediğinin araştırılması da gerektir. Kullanılan araç ile güdülen amaç uyumlu bir oran içinde olmalıdır. İtiraz konusu ibare ile ulaşılmak istenilen hedef öğrenim ücretinin zamanında ödenmesini sağlamak, bunun için kullanılan araç ise yükseköğretim kurumu ile ilişğın kesilmesidir. Herhangi bir sebeple ikinci dönem öğrenim ücretini yatırmayan kişinin kurum ile ilişkisinin kesilmesi ağır ve onarılması imkânsız maddi ve manevi zararlara yol açacak nitelikte bir düzenlemedir, bu bir önlem değil belki bir ceza niteliğindedir, ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul ve kabul edilebilir bir oran bulunmamaktadır.

Sosyal hukuk devleti'nin görevi, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini hukuk devleti ve

62 Haşım Kılıç ve Sacit Adalı'nın karşıoy yazısı. Bkz. AYM, E.1998/59, K.1999/14, 11/5/1999.

adâlet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Bunun için Devlet, yurttaşların eğitim ve öğrenim ihtiyaçlarını kaliteli şekilde ve yeterince karşılamak zorundadır. Bunları sağlamak devlet için amaç ise, bunları gerçekleştirmek görevini üstlenen yükseköğretim kurumları da vatandaşın hizmetinde olan birer araçtır.

Bu sebeplerden dolayı, öğrenim ücretinin ikinci taksitini yatırmayanların "yükseköğretim kurumu ile ilişkisi kesilir" ibaresi, bir başka ifadeyle, paralı eğitim esasına dayanan sistemin aksamadan işleyebilmesi için öğrenim ücretlerinin zamanında tahsil edilmesini gerçekleştirmek üzere getirilen kısıtlama gerekli ve zorunlu değildir; haklı bir nedene dayanmamaktadır; amaç-araç arasında kabul edilebilir âdil bir oran yoktur; kullanılamaz duruma getirilerek hakkın özüne dokunulmakta, kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmayacağı ilkesine tezat teşkil etmekte, dolayısıyla, Anayasa'nın 42., 13., 2. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır."

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin de vurguladığı gibi ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biridir. Dolayısıyla kanun koyucu yapacağı yasal düzenlemelerde ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurmak zorundadır. Ölçülülük ilkesi, tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Öncelikle kamu gücünün sınırlanmasına ve temek hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eder. Ölçülülük ilkesi, devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminde yagın olarak kullanılan ölçütlerden biridir.

Ölçülülük ilkesinin muhatabının öncelikle yasa koyucu olduğu kuşkusuzdur. Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarında yasal düzenlemeler yapılırken kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu belirtildikten hemen sonra kanun koyucunun takdir yetkisinin ölçülülük ilkesiyle

sınırlı olduğu hep vurgulanmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre kanun koyucu, sahip olduğu takdir yetkisini hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanmak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi, ölçülülük denetimini iki aşamada gerçekleştirmelidir. İlk aşamada ölçülülük denetimine tabi tutulacak devlet müdahalesinin hangi hedefi ve amacı izlediği tespit edilmelidir. Zira mantıksal olarak bir müdahalenin elverişliliği, gerekliliği ve orantılılığı yalnızca öngördüğü amaç bakımından değerlendirilebilir. Bu aşamada aynı zamanda ulaşılmak istenen amacın hukuken meşru ve izin verilmiş bir amaç olup olmadığı da denetlenir. Eğer ulaşılmak istenen amaç hukukun izin verdiği meşru bir amaç değilse, daha ileri bir denetime gerek kalmaksızın müdahalenin hukuka aykırı olduğu yönünde bir karar verilmesi gerekir. Ölçülülük denetiminin ikinci aşamasında ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygunluk yönünden bir inceleme yapılır. Söz konusu aşamalar gelişigüzel değil, bir mantık silsilesi çerçevesinde sıralanmıştır.

Kanunların denetlenmesinde belirsiz hukuk kavramları, denetim yapan mahkemeye ölçülülük testinin belirli aşamalarında, özellikle de son aşama olan orantılılık değerlendirmesinde önemli bir takdir alanı sağlar. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin bir denetim organı olarak kendi rolünü nasıl yorumlayacağı önem arz etmektedir. Son kertede bu sorun yasama ve yargı arasındaki güçler dengesinin sağlanmasıyla ilişkilidir. Bu konuda genel bir çerçeve çizmek gerekirse, Zühtü Arslan'ın da belirttiği üzere⁶³, Anayasa Mahkemesi, kendisine verilen görevleri yerine getirirken Anayasa ile çizilen yetki haritasının dışına çıkmamaya özen göstermelidir. Anayasa Mahkemesinden beklenen yargısal aktivizme tevessül etmeden demokratik hukuk devletini ve özgürlükler rejimini korumak üzere anayasal ve yasal yetkilerini sonuna kadar kullanmasıdır.

63 bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesinin 61. kuruluş yıldönümünde yaptığı açış konuşması. <https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-61-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi>

KAYNAKÇA

- ÇAĞLAR, Bakır (1989). *Anayasa Bilimi*, İstanbul: BFS Yayınları.
- ERDEM, Jülide Gül (2013). "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", *AÜHFD*, C. 62., S. 4., ss. 971-1005.
- GÖZLER, Kemal (2000). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- HATİPOĞLU, Mehmet (2019). "Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi", *TBB Dergisi*, S. 143., ss. 181-220
- HEINSOHN, Stephanie (1997). *Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Hamburg.
- HEPER, Altan (1996). "Alman Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı", içinde HFSA/3, Ökçesiz, H. (Der.), *Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti*, İstanbul, ss. 108-120.
- HILL, Hermann (1989). "Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt", içinde Isensee, J. ve Kirchhof, P. (Edt.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. VI, Freiheitsrechte, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, ss. 1305-1351.
- HOFSTETTER, David (2014). *Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV)-Ausgewählte Aspekte*, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band. 216., Zürich: Verlag Schulthess.
- KATZ, Alfred (1989). *Staatsrecht*, 9. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- KLATT, Matthias ve MEISTER, Moritz (2012). "Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip", *Der Staat*, Vol. 51., No. 2., ss. 159-188.
- KÜÇÜK, Adnan (2008). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti", içinde Çoban, A., Canatan, B. ve Küçük, A. (Der.), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Ankara: Adres Yayınları.
- MAURER, Hartmut (2010). *Staatsrecht I*, 6. Auflage, München: Verlag C. H. Beck.
- MEMİŞ, Emin (2011). *Anayasa Hukuku Notları*, 6. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- METİN, Yüksel (2002). *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları.

- METİN, Yüksel (2017). "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke midir?", *SDÜHFD*, C. 7., S. 1., ss. 1-74.
- MEYER-BLASER, Ulrich (1985). *Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht*, Bern: Stämpfli.
- PHILIP, Kunig (2019). "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi" (Çev. Çelik, Burak, Doğan, Gökçen ve Yıldız, Ahmet Çağrı), *TAÜHFD*, S. 1., ss. 159-178.
- RESS, Georg (1985). "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht", içinde Kutscher/Ress/Ermacora/Ubertazzi (Edt.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, ss. 5-46.
- SAĞLAM, Fazıl (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF Yayınları.
- SAURER, Johannes (2012). "Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", *Der Staat*, Band. 51., Heft. 1., ss. 3-33.
- STEIN, Ekkehart (1993). *Staatsrecht*, 14. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag.
- WENDT, Rudolf (1979). "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot", *AöR*, Band. 104., Heft. 3., ss. 414-474.
- YÜCE, Turhan Tufan (1973). "Suç ile Ceza Arasındaki Nispetizliğin Anayasaya Aykırılığı Problemi ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 47., S. 3-4., ss. 294-302.
- ZIMMERLI, Ulrich (1978). "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band. 97., Heft. 1., Halbband. 2., ss. 1-131.