

İNGİLİZ VE TÜRK İDARE HUKUKLARINDA İDARİ FAALİYETİN DENETLENMESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ROLÜ HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

*Yrd.Doç.Dr. Yücel OĞURLU**

GİRİŞ

Kamu hizmetini bireylere sunan ya da bazen kolluk faaliyeti içerisinde bireyi sınırlandıran taraf olan İdare, faaliyetlerini devam ettiği sürece, kişilerin hak ve özgürlüklerine bazen zorunlu olarak, bazen de farkına varmadan bazen de keyfi olarak müdahale edebilir. Her ne şekilde olursa olsun, müdahalenin olduğu yerde, bu müdahalenin sınırlarının da belirlenmiş olması gerekir. Aksi halde, demokratik Devletten çok, sınırsız ve keyfi tutum ve davranışları olan Mülk Devleti ya da Polis Devletinden söz etmek daha doğru olur. Sınırsız olması düşünilemeyecek olan bu alanda sınırın ne olacağı Kamu Hukukçularını uzun süre meşgul etmiştir. Bu tartışmalar yalnızca Türkiye'de değil, Batı Avrupa'da da aynı şekilde süregelmiştir.

Muhafazakar ve ulusal özelliklerini iç hukuklarında da korumaya çalışan ve gelişmelere diğer Avrupa ülkelerine göre daha kapalı bulunan İngiliz hukukçularının bile bir süre direndikten sonra, zaman içerisinde bu ilkeyi kullanmaya başlaması, ilkenin önemini ortaya koymaktadır. Bu ilginç bulduğumuz husus, Türk hukuku ile bir karşılaştırmada bulunulması şeklindeki çalışmamızın hareket noktasını oluşturmuştur.

Bu çalışmada, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, kolluk faaliyetlerinin sınırları ve takdir yetkisi başta olmak üzere, idari faaliyetlerin denetlenmesinde ölçülülük ilkesinin İdare Hukukumuzda ve İngiliz Hukukundaki konumu ve yeri üzerinde duracağız.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. İLKENİN ANLAMI ve HUKUKSAL DAYANAĞI

İdarenin kullandığı yetkilerin kamu hizmetine yöneldiğinde yararlandırıcı, kolluk alanında özelleştiğinde ise yükümlendirici olması ön plana çıkar. Bu noktadan bakıldığında, idari faaliyetlerin görülmesinde ister kamu yararı, ister kamu düzeni kavramları öne çıksın, sonuçta temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kabul edilegelen iki önemli sınırlandırma nedeniyle karşı karşıya kalınır: Kamu yararı ve kamu düzeni. Kamu yararı, temel hak ve özgürlüklere dolaylı sınırlandırma gerektirirken, kamu düzeni doğrudan sınırlandırmaları öngörür¹. Burada İdarenin her iki tür faaliyetinde de getireceği sınırlandırmanın bir sınırının bulunması gerekir. Bu özel sınırlardan birisi de ölçülülük ilkesidir ve İdare açısından önemli bir sınır çizmektedir.

Ölçülülük ilkesi, bir özgürlük ya da hakkı sınırlandırmada başvuru aracının, sınırlamayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlama aracının, amaç için gerekli olması, araçla amaç arasında ölçülü bir oran içinde bulunması² şeklinde tanımlanmaktadır. Diğer bir tanım ise, "idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkan, araç ve ölçülerin, bu davranışı ile elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması" şeklindedir³. Bir başka tanımda idari makamın, meşru hedefe ulaşmada mümkün olan en hafif şiddetteki önleme başvurusu şeklinde tanımlanmıştır⁴. Böylece, İdarenin işlem ve eylemi ile ulaşılmak istenen amaç arasında denge bulunması istenmekte, bir başka deyişle, ölçülülük ilkesine uyulması beklenmektedir. Bu durumda, kamu düzenini tehdit eden

¹ AKILLIOĞLU, Tekin, Yönetim Hukukunda İnsan Hakları, Yeni Türkiye, İnsan Hakları Özel Sayısı II, Temmuz- Ağustos 1998, Y. 4, S.22, s. 1278.

² MEMİŞ, Emin, Anayasa Hukuku Notları (Türk Anayasa Gelişimleri Süreci), İstanbul 1998, s.193.

³ GUIBAL, "De La Proportionnalité", AJDA, 1978, s.479' dan naklen, ERKUT, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul 1996, s. 108.

⁴ ROWE, Nicola, "Judicial Review Lecture 7 of 16", MYT: 27-11-1998, <http://www.stud.uni-goettingen.de/~nrowe/law/271198.html>, İT:Ekim 2000, T. Central Concepts, C-(ii); İNTERNET'ten aldığımız kaynaklar için henüz yaygın ve standart atıf usulleri bulunmadığından metinde varsa, yazar, makale adı belirtilmiştir. Sayfayı belirtme ise. PDF ya da Word metni olarak yüklenenler dışında çevrilen metin formatına bağlı olarak değişebildiğinden, atıf yapılan yerin başlık (Title) adı ya da T. kısaltmasıyla başlık numarası gösterilmiştir. Başlık bulunmayan metinlerde ise, dipnot bulunuyorsa alıntı yapılan kısma metindeki en yakın dipnot numarası Dnt. kısaltmasıyla verilmiştir. Metnin İNTERNETE yükleniş tarihi metinde belirtilmişse MYT kısaltmasıyla gösterilmiştir. Sayfanın değişme ya da kaldırılma ihtimaline karşı bizim İNTERNET'ten metni indirme tarihini de İT şeklinde kısaltarak belirttik.

durumun ortadan kaldırılması için temel özgürlükler gereğinden fazla sınırlandırılmışsa, idari işlemin ölçüsüz olduğundan söz edilir⁵.

İlk kez Almanya'da uygulanmaya başlanmakla birlikte, bugün bu ilke, Fransa, Hollanda ve Avrupa Birliğine üye olan diğer ülkelerce de hukukun genel ilkelerinden biri olarak görülmekte ve geniş bir alanda uygulanmaktadır⁶. Avrupa'da Almanya, Fransa, İspanya, İtalya ve İsviçre, kişi hak ve özgürlükleri alanında, hukukun genel ilkelerinden demokrasi, hukuk devleti ve eşitlik gibi ilkeler yanında, ölçülülük ve bunun içerisinde orantılılık ilkesine de başvurmaktadır⁷. Avrupa dışına da taşan bu ilke başta Anayasa yargısı olmak üzere ABD, Kanada⁸ ve Avustralya'da da yargı denetiminde önemli bir yer tutmaktadır⁹.

Ölçülülük ilkesi, normatif içeriği itibarıyla, temel hakkın güvence altına alınması ve yapılan hukuka uygun müdahalenin sınırlandırılmasının sınırının belirlenmesinde üç unsura uyulmasını emreder. Bunlar; *"gereklilik"*, *"ölçülülük"* ve *"elverişlilik"* alt ilkeleridir¹⁰. Aşağıda yeniden döneceğimiz bu ayırım, Türk Hukuku'na yabancı değildir. Türk AYM de, bu ilkeyle ilgili verdiği bir kararında¹¹ ilkeyi alt başlıklara ayırarak incelemiştir. Bu incelemede AYM'nin tespitleri şu şekildedir: *"İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili 'ölçülülük' ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik 'elverişlilik', sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunluluk-gereklilik', ayrıca*

⁵ ERKUT, "Hukuka Uygunluk...", s.108.

⁶ CRIPPS, Yvonne, "Some Effects of European Law on English Administrative Law", Proportionality, Global Legal Studies Journal, Vol.III, <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol2/cripps.html>, İT: Ekim 2000, T. III.

⁷ FENDOĞLU, H. Tahsin, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26 Nisan 2000, Ankara 2000, s. 369.

⁸ JONES, Timothy H., "Legal Protection for Fundamental Rights and Freedoms: European Lessons for Australia?", Federal Law Review, Vol 22, No 1, Y. 1994, İT: Ekim 2000, <http://snazzy.anu.edu.au/CNASI/pubs/FLR/jones.htm>, T. Introduction.

⁹ JACKSON, Vicki C., "Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up Conversation on 'Proportionality' Rights and Federalism", University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Volume 1, Number 3, Spring 1999.

¹⁰ RUMPF, Christian, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1993, s. 47.

¹¹ AYM., 23.6.1989 gün, E. 1988/50, K. 1988/27, RG. 20302, 4.10.1989, s. 11 vd.

amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen 'oranlılık' ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır."

İlkenin hukuksal kaynağının Hukuk Devletinin "*ilkenin yaygın geçerliliğini açıklayan en uygun pozitif temel*" olduğu ve kaynağını oluşturduğu¹² ve hatta Hukuk Devletinin zorunlu bir sonucu olduğu¹³ görüşü yanında; ilkenin vatandaşın Devlet karşısında hak ve özgürlüğünün ifadesi olan ve kamu yararının korunmasının kaçınılmaz olduğu durumlarla sınırlı olarak başvurulabileceğini de içeren "*temel hakların özü*"¹⁴ ifadesinden türediği de ileri sürülmüştür¹⁵. Bu görüş yanında, ilkenin geçerliliğini ve kaynağını demokratik hukuk devletinden almaktan çok, bir yanını kişilere tanınan güvenenin eşit dağıtılmasını içeren eşitlik ilkesi ile dağıtıcı adalet ilkesinden, diğer yanını ise temel hak ve özgürlüklerin korunmasının temelini oluşturan "*adalet ve insan haysiyeti ilkesi*"nden aldığı ileri sürülmektedir¹⁶. Aslında ilkenin pozitif temeli bulunmadığından "*adalet ve ortak iyilik*" kavramlarından çıkarılabileceği¹⁷ ileri sürülmektedir.

İlke, bireylere subjektif bir hak sağlayan bir norm olmanın aksine, genel nitelikte bir hukuk ilkesi özelliğiyle İdareye de herhangi bir yetki vermemektedir. Hak ve özgürlüklerin maddi alanı ile İdarenin sınırlandırıcı müdahalesi arasında bulunması gereken sınırı belirlemekte başvuru ve yalnızca kanun koyucuyu değil, İdareyi de yönlendirici yardımcı bir ölçüttür. Bir hak ve özgürlüğün unsuru olarak görülmemeli ve aynı zamanda, bireyin ya da İdarenin talep ve yetkilerinin dayandırılacağı mutlak bir norm olarak kabul edilmemelidir¹⁸. Bu ilkeden, bireyin temel haklarına müdahaleye izin verildiği alanda, hakkın kaldırılması ve özüne dokunulmasını engelleyici bir objektif hukuk kaidesi olarak yararlanılmaktadır¹⁹. İlke, idari faaliyetin denet-

¹² SAĞLAM, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayını, Ankara 1982, s.118; Alman Anayasa Mahkemesi tarafından "Hukuk Devleti" ("Rechtsstaat") ile ilişkilendirildiği de görülmektedir.

¹³ MEMİŞ, age., s.193.

¹⁴ "essence of the basic rights".

¹⁵ GROT, Rainer, "Rule of Law, Etat De Droit and Rechtsstaat", <http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.htm>, İT:Ekim 2000, T.2.

¹⁶ RUMPF, agm., 44-45.

¹⁷ GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa 2000, s.200.

¹⁸ RUMPF, agm., s. 46-47.

¹⁹ RUMPF, agm., s. 28-29; "Hakkın özü"nü içerdiği ve kapsamının belirlenmesi kolay olmamakla birlikte, İdare hakimi, pozitif hukuk normlarını kullanamayacak ve özellikle Anayasa Mahkemesi kararları bu konuda yol gösterici olacaktır. RUMPF, agm., s.48.

lenmesinde, çıkarlar dengesinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde mahkemeye gereken ölçütleri sağlayan imkanlar sunması²⁰ yönüyle önemli bir denetim ölçütü olmaktadır.

Kanımcıca, ilkenin pozitif temeli bulunmasa da, ister hukuk devleti, isterse adalet, iyilik ve insan haysiyeti gibi daha çok felsefi bir dayanakta kendini bulsun bireyi koruyucu önemli bir araç olduğu ortadadır. Aynı zamanda, tartışmaların ilkenin etki ve uygulanabilirliği konusunda değil, yalnızca kaynağı ve hukuksal dayanağı noktasında olduğunu da ifade etmek gerekir. Bu çalışmada, ilkenin dayanağından çok, asıl ilgilendiğimiz konu, idari yargı alanındaki etkisi ve uygulanabilirliğidir. Bu nedenle, kaynak konusundaki tartışmayı burada keserek ilkenin İngiliz Hukukuna girişi ve yargı denetimindeki rolü üzerinde duracağız.

II. İNGİLTERE'DE İDARİ FAALİYETLERİN DENETİMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. İngiliz Hukukunda İdari Faaliyetlerin Denetimine Genel Bakış

Ölçülülük ilkesinin İngiltere'deki değeri konusuna, Kara Avrupası ve Türk Hukuk sistemine göre dikkate değer farklılıkları bulunan Common Law'a değinmeden girmenin doğru olmayacağı düşüncesiyle kısa bir bilgi vermeyi tercih ettik.

İngiliz Hukuku, Kara Avrupa'sı ve Türk İdare Hukukundan kaynak, kurum ve usulleri yönlerinden ayrılan farklı bir hukuk sistemine sahiptir. Common Law olarak anılan bu sistem, İngiltere'yle sınırlı kalmamakta, Kanada, Avustralya, İrlanda, Yeni Zelanda, Hint Alt Kıtası ve İngiltere'nin eski sömürgeleri başta olmak üzere oldukça geniş bir alanda geçerli olmuş²¹ ve halen etkilerini sürdürmekte olan bir sistemdir. Aşağıda Avustralya örneğinde somutlaştıracığımız gibi bu etki sona ermiş değildir.

Common Law içinde İdare Hukuku başlıca üç esasa dayanır: İlki, bu hukuk yasama fonksiyonundan çok hakimin ortaya çıkardığı mahkeme içtihatlarından kaynaklanır. İkinci özelliği, "*Droit Administratif*" tarzında memur ve askerler için farklı bir yargı sistemi ya da imtiyaz öngörmez. Son olarak, bu hukukun esasları yazılı olmaktan çok toplumun adetlerine dayanır²². İngilizlerin, Fransa tarzında ayrı bir İdare Hukukuna gerek olmadığını ileri sürmelerine rağmen, 20 nci yüzyılın başlarından itibaren ve özellikle

20 THOMAS, Robert, "Aldermen, Reasons and Judicial Review", <http://webjeli.ncl.ac.uk/1996/issue1/thomas1.html>, T.II.

21 PARRY, Clive, İngiliz Hukuku Sistemi, (Çev. VERSAN, Vakur), İstanbul 1945, s. 5.

22 PARRY, age., s. 9.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında İngiltere'de İdare Hukuku yerleşmeye ve gelişmeye başlamıştır. Yürütmenin çıkardığı tüzük ve yönetmeliklerin uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünü sağlamak üzere idare mahkemeleri kurulmuştur²³.

İdari faaliyetin denetlenme usulleri de İngiliz Hukukunda Droit Administratif'e göre oldukça farklıdır. Certiorari adı verilen bir usulle, hukuka aykırı idari işlemin yargı yerlerinde denetlenerek iptali sağlanabilir. Böylece, işlem ortadan kaldırılır ve hukuk düzenini koruma amacına ulaşılmış olur. Prohibition yolu ise, sakat bir idari işlemin doğmasını engelleyen bir denetim yoludur. İdareyi karar almaya, bir şeyi yapmaya ya da kamu görevinin ifa edilmesine zorlayan mandamus usulü de²⁴ hukuka uygunluğu sağlayan klasik yollardandır.

Türk ve Fransız İdare Hukuklarından oldukça farklı olsa da, günümüzde İngiltere'de Tribunal adıyla bilinen idare mahkemelerinin varlığı ve işleyişi artık İngiliz İdare Hukuku ve bu alanda bir yargı sisteminin bulunduğu konusunda kuşkuya yer bırakmamaktadır²⁵. Ancak, İngiltere'de yargı birliği ya da idari yargı sisteminden söz etmek zordur. Burada karma sistemin olduğu söylenebilir. İngiltere'de bugün ceza mahkemeleri, hukuk mahkemeleri ve diğer mahkemeler ayırımında idare mahkemeleri diğer mahkemeler grubunda yer alır. İdare mahkemeleri, eğitim, tarım, sağlık, sosyal sigortalar, ulaşım hizmetleri, sanayi ve istihdam, vergiler ve taşınmazlara kadar bir çok idari nitelik taşıyan uyuşmazlığa bakmakta ve gördükleri alana göre farklı sınıfları bulunmaktadır²⁶. İngiltere'de bugün özel idare mahkemeleri denilebilecek "*Administrative Tribunals*"ın her biri göçmenler, sosyal sigor-

²³ NALCIOĞLU, Orhan; SEVİMLİ, Kamil, "İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini", AYİM Dergisi, S.10, Ankara 1996, s.25-30.

²⁴ ASLAN, Zehreddin, "İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararların Niteliği", İÜSBFD, No.10, Ocak 1995, s.21; Diğer iki denetim usulü olan ve özel hukuktan alınan declaration ve injoction usulleri için bkz. ASLAN, agm., s. 21 vd.

²⁵ NALCIOĞLU; SEVİMLİ, agm., s. 31.

²⁶ İngiliz İdare mahkemelerinin bu sınıflandırılmasını burada vermek istiyoruz: 1.Meslek İçi Mahkemeler(Domestic Tribunals) 2.Sanayi Mahkemeleri(Industrial Tribunals) 3. Soruşturma Mahkemeleri(Tribunals of Inquiry) 4. Haksız Zararın Tazmini Kurulu (Criminal Injuries Compensation Board) 5. Bakanlık Mahkemeleri (Ministerial Tribunals) bulunmaktadır. Bunların üzerinde ise, kararlarını denetleyen İdare Mahkemeleri Konseyi(Council on Tribunals) NALCIOĞLU; SEVİMLİ, agm., s. 33-34.

talılar, iş kazaları, kira ilişkileri, akıl hastaları gibi farklı yasalardan doğan uyumsuzlukları çözmek için zaman içinde ihtiyaca paralel kurulmuşlardır²⁷.

İngiliz mahkemelerince denetlenen unsurlar, yetkinin kötüye kullanılması, bir hakkın kullanılmasının idarece engellenmesi, usule aykırılıklar, makul olmama, hukuka aykırılık ve son olarak İngiliz hukuku için kavram olarak yeni olan ölçülülük ilkesine uyulup uyulmamasıdır²⁸. İngiliz mahkemeleri, bir idari kararın sakatlık nedenleri olarak görerek denetlendiği unsurlar bizdekinden sistem olarak farklıdır. Bizde işlemin beş unsuru üzerinde yapılan denetimden farklı unsurlar farklı adlarla denetlenmektedir. Ulaşılan nokta itibariyle sonuç, çoğu kez aynı olsa da inceleme tarzı ve araçlar farklıdır.

Ölçülülük ilkesi başta insan hakları alanını ilgilendirdiğinden bu konudaki uygulamaların kaynağına da kısaca değinmekte yarar görüyoruz İngiliz Hukukunda, temel hak ve özgürlükler konusundaki ilkeler, adliye mahkemelerinde görülerek çözümlenen uyumsuzluklardan çıkarılan ortak hukuk ilkeleridir. Bunlar kaynağını Anayasadan almamakta, ancak mahkemelerce belirlenen ve hukukun üstünlüğünün "olmazsa olmaz" unsurlarından sayılmaktadırlar²⁹. İngilizler, temel hak ve özgürlükler konusundaki "Common Law"³⁰ düşüncelerinin temellerini 18 ve 19. yüzyıllardaki muhafazakar felsefeye kadar dayandırmakta ve Edmund Burke'nin düşüncelerini dayanak olarak göstermektedirler³¹. Bu nedenle bu alanda başka ülkelerin kendilerine müdahalelerini engellemeye çalışmışlardır. İngiliz İnsan hakları öğretisi temellerini "Magna Carta", "Bill of Rights"ta aramakla birlikte, İngiliz Hukukunun muhafazakar yapısı ve kendi hukuk sistemlerine fazlasıyla güvenmeleri, dışarıdan bir hukuk sistemini, hatta

27 ÖRÜCÜ, Esin, "Büyük Britanya'da İdarenin Yargısal Denetimi", II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s.256.

28 LYON, William; KING, Mackenzie, Administrative Law, http://www.transparency.de/documents/source-book/b/Chapter_8/index.html, İT:Ekim 2000, T.6.

29 NALCIOĞLU; SEVİMLİ, agm., s. 28.

30 Geniş anlamda Common Law, İngiltere'de yazılı olmayan tüm hukuk kurallarını ifade etmekte kullanılmaktadır. Dar anlamda ise, 1873-1875 Judicature Acts'den önce Common Law mahkemelerince uygulanan hukuku ifade etmekte kullanılmaktadır. NALCIOĞLU; SEVİMLİ, agm., s. 25.

31 JONES, Timothy H., "Legal Protection for Fundamental Rights and Freedoms: European Lessons for Australia?", Federal Law Review, Vol 22, No 1, Y. 1994, <http://snazzy.anu.edu.au/CNAŞI/pubs/FLR/jones.html>, İT:Ekim 2000, T. III.

yalnızca bir tek madde ya da düzenlemenin alınması bile uzun süre almakta ya da alınmaması konusunda direnç gösterilmektedir³².

B. İdari Faaliyetin Denetiminde Ölçülülük İlkesinin İngiliz İç Hukukuna Geçışı ve Makul Oluş Testi İle Karşılaştırma

1. Ölçülülük İlkesinin İngiliz İç Hukukuna Geçışı

İngiliz Hukukunda ölçülülük ilkesi Avrupa Birliğine üyeliğin ve Birlik Hukukunun İngiliz Hukukuna doğrudan etkisi olarak değerlendirilmektedir. Bu ilke günümüzde oldukça yeni olmakla birlikte İngiltere mahkemeleri tarafından da uygulanmaktadır. Bu ve benzeri formlar, ya doğrudan doğruya Birlik Hukuku kanalıyla ya da Birliğe üye diğer devletlerin iç hukukları aracılığıyla İngiliz Hukukuna taşınmıştır. Bu durum, temel haklar ve AİHS'nin tanıdığı koruma sisteminin niteliği ile ilgilidir³³. Kanımızca, AİHS'nin sağladığı etkin koruma ve AB'nin supranasyonal niteliği ve her iki sistemin de insan hakları konusundaki özel titizliği bu alanda koruma sistemlerinin iç hukuka yansımaları sonucunu doğurmaktadır.

İngiliz "*Common Law*"nın geleneksel kavramları, kıtadaki diğer akraba hukukların kurumları ile AB aracılığıyla yeniden yakın temasa geçmiştir. Bu ilke ve benzeri kurumlar diğer bir hukuk sisteminin tanınmasının, geleneksel İngiliz Hukuku üzerindeki "*kaçınılmaz artan etkilerinin*", "*Common Law*" ilkelerine dönüşmesine yol açmaktadır³⁴.

Bununla birlikte, ilkenin İngiliz hakimlerinin tam bir desteğini aldığını söylemek oldukça zor. Örneğin, REGİNA olayı³⁵ hakkında Lordlar Kamarası, ilkenin İdarenin takdir yetkisini "*makul oluş doktrini*" dışında ölçülülük gibi ele alan kesin ve ayrı bir ilkenin bulunmadığını ifade etmiştir. Lordlar Kamarası İngiliz iç hukukuna bu ilkenin alınması için hazır olunmadığını ileri sürmüş olsa da, kavram Fransız İdare Hukuku yoluyla olmasa da AİHS ve AİHM kararları kanalıyla geçmiş ve bugün İngiliz Hukukunda başta ceza içerikli mahkeme kararları olmak üzere yerini almıştır³⁶.

³² JONES, agm., T. III.

³³ CRİPPS, agm., T. III,

³⁴ LAIRG, Lord Irvine, "The Tom Sargant Memorial Lecture: The Development of Human Rights in Britain Under an Incorporated Convention on Human Rights(1), MYT: 16 Aralık 1997", <http://website.lineone.net/~passy34/irvine.html>, İİT:Ekim 2000.

³⁵ REGİNA, Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind

³⁶ BROWN, Neville L; BELL, John S., French Administrative Law, Fourth Edition, Oxford 1993, s. 220.

Ölçülülük ilkesi, idari kararın ayrılmaz bir unsuru olarak artık daha fazla dikkate alınmaya başlanmıştır. “Common Law” artık risk almayı göze alabilen, geleneksel ilkelere katı bağlılıktan çok, olayları pratik tarzda çözme eğiliminde olan hakimlerin varlığı sayesinde gelişmektedir. Örneğin, artık yeni hakimlerin geleneksel hukukun “doğruluk ilkesi” yerine “pragmatizm”i uygulamak konusunda daha istekli oldukları belirtilmiştir³⁷.

İngiliz mahkemeleri, yargı denetiminde, korunan hakka müdahalenin özgür demokratik toplum için kamu yararını sağlamaya yetecek kadar olmasının gözetilip gözetilmediği, istisnai olan sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığı konularında inceleme yapmaktadırlar. Diğer bir nokta da, hakimlerin diğerlerinden bağımsız olarak incelemesi gereken ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığının denetlenmesidir. Bu konu, gerek işlemin henüz oluşum aşaması için, gerekse kararın geçerliliğinin değerinin tespitinde önemlidir. Ayrıca, bu denetimin yalnızca bir aşamada yapılacağı şeklinde bir sınır getirilmemiştir³⁸.

İngiltere hakkında özellikle AİHM tarafından verilen kararlar ölçülülük ilkesinin İngiltere tarafından da dikkate alınmasına yol açmıştır. Aynı sıklıkta olmasa da ABAD'nın İngiliz idari makamlarının kararlarında ölçülü olup olmadıklarını denetlerken verdikleri kararları da bu etkiyi artırmaktadır.

a. İkenin İngiliz Hukukuna Geçişinde AİHM'nin Etkisi

İngiliz mahkemeleri çoğu kez, iç hukukun doğrudan bir parçası olmadığı gerekçesiyle sözleşme hükümlerini uygulamaktan kaçınmaktadır. İngiliz Hukukunun belirsiz, açık olmayan ya da boşluk bulunduran durumlarında hakimler, Sözleşme hükümlerini ve uluslararası yükümlülüklerden kaynaklanan düzenlemeleri doğrudan uygulamaktadırlar³⁹. Hakimler, Sözleşmeye başvurma konusunda takdir yetkilerinin olduğu durumlarda bile bu yetkilerini Sözleşme hükümlerine başvurma yönünde kullanmaktadırlar. Hatta bazen İngiliz mahkemeleri Sözleşmeyi uygulamak istemeseler de, AB hukuk düzeninin gereklerini yerine getirirken Sözleşmenin aslında İngiliz mahkemelerini de bağlayan AB mevzuatında da yeralması nedeniyle dolaylı olarak bu hukuku uygulamak zorunda kalmaktadırlar. Böylece Sözleşme, İngilte-

³⁷ LYON; KING, agm., T.5.

³⁸ SARGANT, Tom, Tom Sargent Memorial Lecture, “The Morality of Decisions”, 16 Aralık 1997, p. 9'dan naklen, CORNHILL, Lord Bingham, “The Way We Live Now: Human Rights in the New Millennium”, The Earl Grey Memorial Lecture, University of Newcastle upon Tyne, MYT 29 Ocak 1998, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue1/bingham1.htm>, İT:Ekim 2000.

³⁹ CORNHILL, “Human Rights in the New Millennium”, T.1.

re'ye "ön kapıdan girmesi yasaklanan" Sözleşme hükümlerinin "gizlice arka kapıdan" girmesi anlamına gelmektedir⁴⁰.

İngiliz AİHM içtihatlarının etkisi, kendisini özellikle Avrupa hukukuna aslında pek de uzak olmayan ölçülülük ilkesi konusunda gösterir. DUDGEON olayı⁴¹ bunun en bariz örneği olarak gösterilmektedir⁴². DUDGEON olayında, Avrupa Mahkemesinin Kuzey İrlanda'da homoseksüellerin özel hayatına ilişkin sınırlandırmalarda, diğerlerinin hak ve özgürlükleri ile sağlık ve ahlakın korunmasına dayandırılarak yapılan sınırlamaların ölçülü olmadığı ifade edilmiştir⁴³.

SUNDAY TIMES olayında⁴⁴ ise, anne karnındaki çocuklarda sakatlıklara neden olan bir ilaç hakkında bir gazetede yayınlanan makale nedeniyle gazete hakkında karar verilen idari yaptırımla, ifade özgürlüğü ve adil yargılanma haklarının çiğnendiği iddia edilmiştir. AİHM, Sözleşmenin 10 uncu maddesini dikkate alarak idari işlemin ölçülü olup olmadığını denetlemiş ve iddiayı haklı bularak İngiltere'yi mahkum etmiştir. Kararda, ifade özgürlüğünün sınırlanmasıyla elde edilecek kamu yararı ile sınırlamanın sosyal gereklilik ve elverişlilik ve zorunluluk unsurlarını taşımadığı belirtilmiştir. AİHM'nin kararları da bu gelişmede etkili olmuştur. SUNDAY TIMES olayındaki gibi AİHS çerçevesinde AİHM'nin yaptığı denetimde de davacının ifade özgürlüğünün üzerine konulan sınırlandırıcı işlemlerin, "ulaşılacak istenen amaca uygun olmadığı" belirtilmiştir. İngiliz Mahkemeleri, AİHS'nin 10 uncu maddesindeki ifade özgürlüğünü ele alırken, buradaki gazetecilik ile ajanlık faaliyetlerini ilişkilendirmiştir. Mahkeme üyelerinden Scott J. milli güvenlik çıkarlarına zarar verdiği düşünülen gazete makaleleri ile toplumsal ihtiyacın giderilmesine yönelik kamu yararı olmadığını ve ulaşılmak istenen amaç için ölçülü olmadığını ifade etmiştir⁴⁵.

İçişleri Bakanının yaptığı bir idari işlemlerle, BBC'nin yasaklı IRA yetkililerinin röportaj ve sözlerinin tekrarını yasaklamasının⁴⁶ hukuka aykırılığı ileri sürülmüştür. Bakanlık ise, aynı yasağın İngiliz gazetecilere daha geniş şekilde İrlanda makamlarınca uygulandığını iddia etmiştir.

40 CORNHILL, "Human Rights in the New Millennium", T.2.

41 DUDGEON CASE, 22/10/1981 İNGİLTERE.

42 JONES, "Legal Protection for Fundamental Rights...", T. III.

43 DUDGEON CASE, 22/10/1981 İNGİLTERE.

44 SUNDAY TIMES, İNGİLTERE, (1997-80) 2 EHRR 245.

45 CRIPPS, agm, T. III.

46 Home secretary

Gazeteciler ise, 1981 tarihli Yayın Kanunu'na⁴⁷ dayanarak ölçülülük ilkesinin dikkate alınmadığını ve bunun yanında yasaklamanın "makul" olmadığını da ileri sürmüşlerdir. Lordlar Kamarasında bu konudaki tartışmalarda Avrupa Birlik Hukukundan alınan bu ilkenin hukukilikten çok yerindelik denetimine girerek takdir yetkisine müdahale ettiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür⁴⁸.

Görüldüğü gibi, AİHS hükümleri, İngiliz hakimi için gelenekselin dışında yeni yükümlülükler getirmektedir. Hukuka uygunluk, makul oluş ve usule uygunluk konuları İngiliz hakiminin kolaylıkla karar verebildiği alışkın olduğu konular olmakla birlikte, sınırlandırmada "demokratik toplum gerekleri", "yasayla öngörülmüş olma", ölçülü olup olmadığı konuları, hakkın içeriğinin tespit edilmesinde zorluklar taşımaktadır⁴⁹.

AİHM uygulamasında ilke, Sözleşme ile korunan bir hakkın sınırlandırılmasında sınırlamanın amaçlarına ulaşmak için gerekenden daha fazla bir sınırlandırmanın yapılmaması şeklinde anlaşılmaktadır⁵⁰.

Mahkeme, getirilen sınırlamanın yalnızca lafzi (deyimsel) değil, daha çok ahlaki yönünü içeren sınırlamanın ruhunu bir başka ifadeyle özünü dikkate alan bir inceleme yapmak zorundadır. Bu noktada Sözleşmenin koruma altına aldığı hakka müdahalenin "özgür demokratik toplumdaki kamu yararı" ile dengelenmiş olup olmadığının incelenmesi gerekir⁵¹. Sözleşmenin getirdiği bu ilke, idari kararın verilmesi süreci içinde ikincil derecede önemli gözüксе de değerinin belirlenmesinde mahkemenin dikkate alması gereken öncelikli bir kriterdir⁵².

İnsan hakları konusuna, birlik ve dernek kurma hakkını engelleme(11. madde), 1983 ve 1984 yıllarında 13. maddeye göre "etkin çözüm" (effective remedy), 1985 yılında 14. maddeye dayanarak göçmenlere uygulanan ayırıcı muamele örneklerindeki gibi İngiltere'yi Sözleşme hükümlerini uygulamama nedeniyle tazminata mahkum olması⁵³ örneklerindeki gibi İngiltere

47 Broadcasting Act

48 CRIPPS, agm., T. III.

49 CORNHILL, "Human Rights in the New Millennium"

50 LAIRG, agm., T.II.

51 LAIRG, agm., T.II.

52 LAIRG, agm., T.II.

53 CORNHILL, Lord Bingham, "The Way We Live Now: Human Rights in the New Millennium", The Earl Grey Memorial Lecture, University of Newcastle upon Tyne, 29 January 1998, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue1/bingham1>, İNTERNET; Bu makale sonrası için "Human Rights in the New Millennium" şeklinde anılacaktır.

en fazla Mahkeme önüne giden ülkelerdendir. Bu etki, iç hukukta İngiltere'yi insan hakları konusuyla daha fazla ilgilenmeye zorlamakta ve düzenlemelelerinde değişiklikler yapmak zorunda bırakmaktadır.

İngiliz Hukuk Kurumunun 1991 yılındaki Yıllık Konferansında⁵⁴ ise ilkenin Birlik üyesi Devletlerce geliştirildiği ve İngiliz Hukukunun önemli bir özelliği halini alacağı belirtilmiştir⁵⁵. İngiliz hakiminin ve doktrininin insan hakları konularında uygulama ve temel felsefi sorunları bulunmaktadır. Kamıca bu sorunlar İngiliz Hukuk sisteminin de geleneksel İngiliz Devlet yapısının muhafazakar duruşundan ileri gelmektedir. Bu direncin güngeçtikçe kırıldığı anlaşılmaktadır.

h. ABAD'ın İlkenin Kabulünde Etkisi

İngiliz Hukukuna AB ve ABAD yoluyla geçen kavramlardan başlıcalar, haklı beklentiler, yeterli menfaat ve son olarak ölçülülük ilkeleridir. Özellikle, sözkonusu olan bu son ilke, ABAD tarafından sürekli kullanılmaya başlanmıştır⁵⁶. İngiliz Hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulanması, AİHM kararlarından çok, Avrupa Birliği Hukukunun doğrudan bir sonucudur. REGİNA olayında Birlik üyesi olmayan bir ülkeye şeker ihracını kararlaştıran ve bunun için gereken lisansı alması için gerekli olan tarım ürünlerini denetleyen Heyete başvuru süresinin birkaç saat geçirilmesi nedeniyle yatırdığı çok yüksek miktardaki teminata el konulması ve lisans hakkını kaybetmesi sonuçlarını inceleyen İngiliz Yüksek Mahkemesi 1980/83 tarihli komisyonun düzenlemesinin 6(3) maddesi yönünden inceleyerek geçersiz ve hukuka aykırı bulmuştur. Mahkeme cezanın çok şiddetli olduğunu ve ölçülü olmadığını karara bağlamıştır. Bu olayda İngiliz hakimleri ilkeyi dikkate almış ve uygulamıştır⁵⁷.

İngiliz Hukukunda tartışma konusu olan ve Avrupa Birliği Adalet Divanının verdiği bir karar⁵⁸ İngiliz mahkemelerinde de tartışılmış ve kabul görmüştür. REGİNA olayında, tarım ürünlerini denetleyen bir heyetçe bir

⁵⁴ SLYNN, Gordon, Speech at the Law Society's Annual Conference in October 1991; Sir Gordon Avrupa Birliği Hukukunun İngiliz İdare Hukukuna etki ve katkıları üzerinde çalışmakta ve halen Lordlar Kamarası üyesi olarak görev yapmaktadır. CRİPPS, agm, T. III' den.

⁵⁵ CRİPPS, agm, T. III' den.

⁵⁶ ÖRÜCÜ, agm., s. 256.

⁵⁷ REGİNA, Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte E.D. & F. Man (Sugar) Ltd; Bu karar hakkında geniş bilgi ve yorum için bkz. CRİPPS, agm., T. III.

⁵⁸ REGİNA, İNGİLTERE, CRİPPS, agm, T. III' den neklen.

çiftçinin lisans başvurusu yapmadığı için yatırması gereken son derece yüksek bir teminata birkaç saatlik gecikme nedeniyle elkonulmasını birinci derecede borçlara uymama ile ikincil derecede borçlara uymamanın sonuçlarının bir olamayacağını ifade ederek amaca ulaşmak için uygulanan usulün gerektiğinden ağır olduğu yani ölçülü olmadığı yönünde karar vermiştir.

2. Ölçülülük İlkesi ve “Makul Oluş Doktrini” Arasında Bir Karşılaştırma

Ölçülülük ilkesi İngiliz İdare Hukukunda uygulanan “makul oluş doktrini” (doctrine of reasonableness) ile benzerlikler göstermekle beraber özdeş değildir⁵⁹. İngiltere’de Wednesbury olayında Lord Greene tarafından “makul oluş doktrini”nin kullanılmasından sonra takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanımına ilişkin her olayda neredeyse avukatların “imzası” halini almıştı⁶⁰. Wednesbury olayında 1932 tarihli Pazar Eğlenceleri Yasasının idari makamlara -ki bu olayda mahalli idaredir- 15 yaşından küçük çocukların velileriyle birlikte olsalar bile sinemaya alınmayacaklarını kabul eden sinemalara işyeri açma ruhsatı ve izni vermektedir. Olayda Lord Greene takdir yetkisini kullanan kişinin hukuken doğru şekilde ve hukukun gerektirdiği gibi davranmışsa, konuyla ilgili olan tüm konuları dikkate almışsa artık “makul” bir karar verildiği anlamına gelceğini ifade etmektedir.

İngiliz Hukukundaki ölçülülük testi ile makul oluş testinin hemen hemen örtüştüğü ancak, ölçülülük testinin daha fazla titizlik gerektirdiği ifade edilmektedir. İngiliz Hukuku henüz tam anlamıyla ilkeyi uygulamaktan kaçınsa da Avrupa Birliği yoluyla iç hukukuna girmesine engel olamamaktadır⁶¹. Ancak, ilkenin makul oluş doktrininin daha sonraki dönemlere kalan bir mirası olarak değerlendiren İngiliz İdare Hukukçuları da bulunmaktadır⁶².

Kadınların çalışmaları ile ücret oranlarını konu edinen bir uyuşmazlık üzerine İngiliz Mahkemelerinin “makul oluş” ile “durumun gerekleriyle ölçülü olmama”⁶³ bir arada değerlendirmiştir. Bu kararda her iki kavram

⁵⁹ BROWN; BELL, age., s. 220.

⁶⁰ GROT, agm, T.3.

⁶¹ ROWE, age., C-(ii).

⁶² WILLIAMS, Sir David G.T., “Law and Administrative Discretion”, Global Legal Studies Journal, II, T.III, <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol2/sirwms.htm>, İT:Ekim 2000, T.III.

⁶³ “out of proportion to the necessities of the case”; WILLIAMS, agm., T.III.

ve farklı denetimi de çağrıştıracak olan "makul ölçü"⁶⁴ gibi ortalama bir kavramın bulunmaya çalışılması kanımızca ilginçtir.

Alman ve Fransız idare mahkemeleri ile AİHM'si daha fazla takdir yetkisi tanıyan "makul oluş doktrini"ne değil, daha çok ölçülülük ilkesine başvurumaktadırlar. Son zamanlarda İngiliz mahkemeleri de önemli insan hakları ihlallerinde daha sıkı denetim imkanı tanıyan bu ilkeye başvurumaktadırlar. Bu da AİHS'nin İngiltere açısından iç hukukun doğrudan bir parçası olarak henüz görülmemesine rağmen ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Aralarındaki benzerlik ve farklılara rağmen her iki ilke de halen uygulanmaktadır⁶⁵. Aynı zamanda İngiliz mahkemelerine AİHM' nin de uyguladığı gibi, insan haklarına müdahale içeren olaylarda bu hassas alan için daha sıkı bir yargı denetimi imkanı tanımaktadır⁶⁶.

İngiliz Hukukunda ilkenin makul oluş ilkesinin bir mirası olarak varlığını sürdüreceği ifade edilmektedir⁶⁷. Gerçekten de, ister bu ilkenin bir kalıntısı olarak isterse Birlik Hukukunun yeni bir kavramı olsun ilkenin bundan sonrası için İngiliz iç Hukukunda kabul görmeye başladığı anlaşılmaktadır.

C. İlkenin İngiliz Hukuku Aracılığıyla Diğer Ülkelere Taşınmasında Avustralya Örneği

Geleneksel Common Law uygulamalarındaki değişiklikler şüphesiz İngiltere ile sınırlı kalmamakta, örneğin Avustralya gibi Common Wealth üyesi ülkelere de Avrupa ortak kamu düzeninin taşınması sonuçlarını doğurmaktadır. Bugün gerek İngiliz gerekse Avustralya mahkemelerinde hakimler, insan hakları konusunda geleneksel hukuklarının yetersizliğini itiraf ederken görüşlerini AİHM'nin ülkeleri aleyhindeki kararları ile desteklemektedirler⁶⁸. İngiltere hakkında AİHM içtihatlarının etkisi, Avustralya hukuku da dahil olmak üzere, ölçülülük konusunda kendisini daha fazla gösterir. DUDGEON olayı bunun en bariz örneği olarak gösterilmektedir⁶⁹. Yine aynı şekilde Baker-Campbell olayında Avustralya mahkemeleri bir

64 "rational proportionality"

65 GROT, agm., T.3.

66 GROT, agm., T.3.

67 WILLIAMS, "Law and Administrative... ", T.III, İNTERNET.

68 JONES, agm., T. Introduction.

69 JONES, "Legal Protection for Fundamental Rights...", T. III.

imtiyaz sözleşmesinin yorumlanmasında Avrupa Birliği Komisyonu ve AİHM'nin kararlarına atıfta bulunmaktan kaçınmamıştır⁷⁰.

Uluslararası Hukukun ve sözleşmelerin "*Common Law*"a geniş etkilerinin ötesinde, uluslararası ya da ulusalüstü hukukta gelişen kavramların "*Common Law*"a ithalinin dikkate alınması gereken bir potansiyelinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bu tür kavramlar kökenlerini ülkelerin ulusal pozitif hukuk düzenlemelerinde bulmakta ve "*mukayeseli hukuk*" içerisinde değerlendirilmektedir. Bunlardan en önemlisi ölçülülük ilkesidir. İlke Alman hukukundan kaynaklanmakla birlikte kısa sürede, AİHM içtihadının bir parçası haline gelmiştir⁷¹.

Hukuka uygunluk ve geçerlilik testinin bir ölçütü olarak bugün İngiliz Hukukunun da dolaylı olarak Avustralya Hukukunun da bir parçasını oluşturmaktadır. Avustralya mahkemeleri ilkeyi, hak ve özgürlüğü sınırlandıran düzenlemenin hukuki geçerliliğinin denetiminde kullanmaktadır. Örneğin *Nationwide News v Wills* ve *Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth* olaylarında Avustralya mahkemesi, iletişim özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirdiği olayda sınırlandırmanın belirlenmesinde ilkeyi meşru amaç ve hedefe ulaşmada makul bir ölçülü sınırlandırmanın bulunup bulunmadığını ve böylece uygulanan kuralların hukuka uygunluğunun belirlenmesinde kullanmıştır. İlkenin Avustralya hukukuna AİHM'nin kullandığı "*takdir yetkisinin sınırları*" ile birlikte girdiği bilinmektedir. AİHM, hak ve özgürlüğü sınırlayan sınırlandırmada takdir yetkisine dikkat edilip edilmediğini incelemektedir. Örneğin ifade özgürlüğünün kullanılması konusunda idarece uygulanan sınırlandırmalarda olduğu gibi, takdir yetkisine "*demokratik toplumda gerekli olma*" şeklinde bir sınır çizmektedir. Yasamaya ise, takdir yetkisinin bu sınırlarının hangi uygun araçlarla kullanılacağını yasal olarak belirleme imkanı vermektedir⁷².

Supranasyonal (ulusalüstü) mahkemelerin kararları bu kavramların etkilerini daha da artırmaktadır. Avustralya hakimleri için doğrudan bu kavramlarla daha içli dışlı olmaları sonucunu doğurmakta ve bu yeni kavramları iç hukukta uygulama imkanı tanımaktadır. Uluslararası alanda çalışan hukuk öğrencilerinin artışı gibi gerçekler bu kavramların kabulünün kaçınılmazlığını ortaya koymaktadır. Hukukun küreselleşmesi de, bu gelişmeyi körükle-

⁷⁰ MASON, Anthony, "An Australian Common Law?", 50th Anniversary Conference, Australasian Law Teachers' Association, Cross Currents: Internationalism, National Identity & Law 1995, <http://www.austlii.edu.au/au/special/alta/alta95/mason.html>, İT:Ekim 2000, T.II.

⁷¹ MASON, agm., T. II.

⁷² MASON, agm., T. II.

yecek ve yeni kavramların kabul edilmesi yönündeki eğilimi güçlendirecektir. Avustralya Hukukunda bu yeni kavramların alınmasının da ötesinde, artık hakimlerin uluslarüstü kararlar ile uluslararası ve bölgesel sözleşmelere, "common law" kurallarını açıklamak ya da formüle etmek için başvurmaları önemli bir gelişmedir⁷³.

III. TÜRK HUKUKUNDA İLKENİN ANAYASAL TEMELİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAKİ YERİ

Temel hak ve özgürlüklerin yasalarla düzenlenmesi ve gerektiğinde sınırlandırılabilmesi bunların kullanılabilirliklerini sağlamak açısından gereklidir. "Kanun koyucunun bir temel hakkın düzenlenmesi ile özüne dokunulması arasında kalan her müdahalesinin" bir sınırlandırma olduğu ifade edilmiştir⁷⁴.

Her hak ve özgürlüğün sınırlamaya elverişli olduğu söylenemez. Yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve dokunulmazlığı, din, vicdan, düşünce ve kanaat özgürlükleri ile bunları açıklamaya zorlama ve suçlama yasağı, konut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, bilim ve sanat özgürlüğü, zorla çalıştırma yasağı gibi bir çok temel hak ve özgürlük sınırlandırıldığında artık "özü yok edilmiş" sayılır. Bu durumun istisnaları ya bizzat Anayasa tarafından ya da yasayla genellikle yargıya yetki verilerek kısıtlanabilmesi durumlarıdır. Kamulaştırma ve vatandaşlıktan çıkarma gibi sınırlandırmalarda ise İdare yetkili kılınmıştır⁷⁵.

Sınırlandırmanın sınırı olarak gösterilen "hakkın özü" kavramı 1982 Anayasasında yer almamıştır. Bununla birlikte kavramdan halen yararlanılmaktadır⁷⁶. Bunun yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesi yer almaktadır. AYM her iki kavramı açıklamakta birbirine başvurmuştur⁷⁷.

73 MASON, agm., T.III.

74 BİLGİN, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, -İdare Hukukuna Giriş-, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, S. 48.

75 BİLGİN, age., s. 66.

76 1982 Anayasası bu kavram yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesini kullanmaktadır. Özgürlüklerin kısıtlanmasında hakkın özü ve demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda geniş bilgi için bkz. BİLGİN, age., s. 56 vd.

77 Hakkın özüne dokunma kavramı 1961 Anayasasında bulunmakta ve 1982 Anayasasında bulunmamasıyla birlikte, AYM "hakkın özü" kavramını "demokratik toplum düzeninin gerekleri" şeklinde anlamaktadır. AYM. 26.11.1986 gün, E.1985/8, K. 1986/27. Karar GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 4. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 1999, s.207'den alınmıştır; AYM'nin "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesine başvurduğu diğer kararları da mevcuttur; AYM., 6.10.1986 gün, E.1985/21, K.1986/23, RG. 14.3.1987-

1982 Anayasasında ölçülülük ilkesi açıkça yer almamakla birlikte, Anayasanın 13/2 ve 15/1 inci maddeleri konu hakkında belirli hususları düzenlemiştir: 13 üncü maddeyle, yapılacak sınırlamaların "*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*"sı ve "*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*"sı şeklinde iki anayasal sınır çizilmiştir. İşte burada, sınırlama amacının zorunlu olunan ve gerekenden öteye geçemeyeceğini ifade eden ölçülülük ilkesinin maddedeki "*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*" ifadesi içinde yer aldığı ileri sürülmüştür⁷⁸. Böylece, sınırlama için öngörülen amaç ileri sürülerek diğer bir amaca ulaşmak için bir temel hak ya da özgürlüğün sınırlandırılmayacağı şeklinde bir sınırlama getirilmiştir. Kanımca bu sınırlama, çok daha geniş kapsamlı olan ölçülülük ilkesinin yalnızca bir alt başlığını oluşturacağından ilkeyi tanımlamada yeterli değildir.

İlkeyi çağrıştıran ikinci ifade de Anayasanın 15 inci maddesinde yer almaktadır. Olağanüstü dönemleri konu edinen 15/1. maddede temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının kısmen veya tamamen durdurulmasının, "*durumun gerektirdiği ölçüde*" olabileceği ifadesi düzenlenirken ilkenin dikkate alındığı dikkat çekmektedir⁷⁹. Burada durumun gerektirdiği kadar bir sınırlandırma uygulanması ilkenin alt ilkeleri olan gereklilik ve orantılı olması gerektiğini çağrıştırmaktadır. Ancak, anayasal düzenlemenin, ilkeyi tüm unsurlarını kapsayacak şekilde bir başka ifadeyle "*efradını cami*" bir tanım da bulunduğu söylenemez.

Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının bütünüyle ya da kısmen durdurulmasının olağanüstü durumlarda bile "*durumun gerektirdiği ölçüde*" sınırlandırılabilmesinin, olağan dönemlerde bu sınırlandırma sınırının öncelikle dikkate alınmasını gerektirdiğinin açık olduğu ifade edilmiştir⁸⁰. Böylece, amaçsal (gai) yorumla ilkenin Anayasanın ruhundan çıkarılabileceği ima edilmektedir.

Yukarıda özetlenen anayasal çerçeveye, "*anayasal temel haklar rejimi*" oluşturmakla birlikte yeterli değildir. Bunun yanında, bir "*kanuni temel*

19400; AYM., 26.11.1986 gün, E.1985/8, K.1986/27, RG. 14.8.1987-19554; AYM., 6.6.1991 gün, E.1990/35, K.1991/13, RG. 27.10.1994-22094.

78 GÜNDAY, age., s. 207.

79 SAĞLAM, Fazıl, "1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar", Bahri Savcıya Armağan, Ankara 1982, s. 437.

80 ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 81; Bunun aksi görüş ise, ölçülülük "anayasa normlarının birinci koşulu olan 'maddi varlık' koşulunu bile yerine getiremediği" ve bu nedenle olağan dönemlerde sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesine uygunluk şartının bulunmadığı iddiası da bulunmaktadır. GÖZLER, age., 200.

haklar rejimi" de bulunmalıdır. Böylece bu yasal düzenlemeler, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kullanma usullerini göstermekte, ister diğer bireylerin isterse İdarenin elinden çıksın tecavüz ve ihlaller karşısında bireye bir koruma sağlamaktadır⁸¹. Gerçekten de, Anayasa normlarının somutlaşmasını sağlayacak diğer düzenlemelerle sınırlama ve sınırlamanın sınırı olacak özel durumlar belirlenmeli ve İdareye bu hassas konuda çok geniş bir imkan tanınmamalı kural olarak bağlı yetki verilmelidir. İstisnaen, yasalarla kısmi bir takdir yetkisi sağlanarak "*durumun gerektirdiği ölçüde*" hareket kabiliyetine sahip olması da tanınmalıdır.

Ölçülülük ilkesi, Türk İdare Hukukuna Anayasa Yargısı yoluyla giriş yapmıştır. İlke hakkında doğal olarak ilk kararlar Anayasa Mahkemesince verilmiştir. Özgürlüğe getirilen sınırlamanın, özgürlüğü belirleyen durumla arasında bir oran bulunması ve getirilen sınırlamanın hak ve özgürlüğün varlığını zedelememesi anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi bu ilkeye, sınırlamanın zorunlu olup olmadığı, korunmak istenen genel çıkarla arasında bir orantı olup olmadığı ve bu sınırlamayla kamu düzeninin korunup korunamayacağını denetlemede başvurmuştur⁸². Anayasa Mahkemesinin bir diğer kararında⁸³ ilkeyle ilgili şu ölçütlere başvurulmuştur: "*Amaç ve sınırlama orantısının korunmasına ilişkin ölçülülük temel ilkesinin alt esaslarını oluşturan; bir kere yasal önlemin 'sınırlama amacına' ulaşmada elverişli olup olmadığını saptamaya yarayan elverişlilik; yine sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma yönünden zorunlu olup olmadığını arayan gereklilik-zorunluluk ve araç-amaç ilişkisinin ölçüsüz bir oranı içerip içermediği, bu yöntemle ölçüsüz bir yükümlülük getirilip getirilmediğini saptayan oranlılık esaslarıyla çelişen, çatışan kısıtlama veya sınırlamalarda, özetle elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ölçütleri...*" ifadeleriyle ilkenin kullanıldığı görülmektedir. AYM, ilkeyi tüm alt ilkeleriyle birlikte kullanmaktadır. Kanımca burada yabancı mahkeme kararları ve Türk Doktrini de etkili olmuştur. Yoksa, anayasal düzenlemenin bu ilkenin dolaylı da tümünü içerdiğini söylemek oldukça zordur.

AYM bir kararında⁸⁴ bu ilkenin sadece bir alt ilkesi olan orantılılık ilkesini, kısa bir tanımlamayla, "*...(A)maç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen*

81 BİLGİN, age., s. 48.

82 KABOĞLU, Ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Diyarbakır 1989, s. 68 ve 105.

83 AYM., 4.10.1989 gün, K.1989/27; Karar için bkz. MEMİŞ, age., s.193.

84 AYM., 23.6.1989 gün, E. 1988/50, K. 1988/27, RG. 20302, 4.10.1989, s. 11 vd.

'oranlılık' ilke(si)..." şeklinde ifade etmektedir. AYM de, sınırlama aracının, sınırlamanın amacı için elverişli ve gerekli olması gerektiğini, ayrıca amaç arasında ölçülü bir oranın varlığını aramaktadır⁸⁵. AYM bir diğer kararında da⁸⁶, 3266 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun Ek 2 inci maddesindeki, "tekerrürü halinde bu cezalar üç misli tatbik edilir" şeklindeki ifadenin, küçükleri koruyucu, önleyici ve caydırıcı düzenleme ihtiyacı ile idari yaptırım uygulanarak ulaşılabilecek çözüm arasında adil ve kabul edilebilir bir dengenin bulunmadığı anlamına geldiğini ifade ederek düzenlemeyi iptal etmiştir. Bu ise, AYM' nin düzenlemelerde yaptırımların öngörülmesi durumunda ölçülülük ilkesini kullandığını ve bu ilkeye dayalı denetim yaptığını göstermektedir. AYM burada aşağıda inceleyeceğimiz elverişlilik ve oranlılık ilkelerini dikkate almıştır.

Yukarıda örnekleri verilen AYM kararları yanında, Yargıtay da ölçülülük ilkesine özellikle Ceza Hukuku anlamındaki cezaların denetiminde başvurmaktadır⁸⁷. Gerçek anlamdaki cezalarda ölçülülük konusunu ceza hukukcularına bırakarak Danıştay kararlarında ilkeye başvurulup başvurulmadığını ele alacağız. Türk Yüksek Mahkeme kararlarında yararlanılan ilkenin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay tarafından ne şekilde kullanıldığına kısaca değindikten sonra Türk İdare Hukukunda ve Danıştay kararlarında ilkenin yeri üzerinde duracağız.

⁸⁵ AYM., E.1991/6, K.1991/20, AMKD., S.27/1, s.395. Bu konuda bkz. ÖZAY, age., s.526.

⁸⁶ AYM., 11.2.1987 gün, E.1986/12, K.1987/4, AMKD., S.23, s.27 vd.

⁸⁷ Y.Ceza Genel Kurulu, 12.3.1996 gün, E. 1996/6-2, K. 1996/33; İnsan Haklarını ve Ana Hüriyetleri Koruma Sözleşmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 6366 Sayılı Yasa ile onaylanarak yürürlüğe konulmuş ve Anayasanın 90 ıncı maddesi uyarınca yasa niteliğini kazanmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, 22.3.1996 gün E.1993/5, K.1996/1; Y.11.C.D., 26.6.1996 gün, E.1996/1171, K.1996/1137; Artık başta Alman, ABD ve Fransa ve İtalya olmak üzere kararlarda yüzeysel de olsa atıflara yer verilmektedir. Örneğin, Y. Ceza Genel Kurulu, 20.4.1992 gün, E. 1992/5-56, K. 1992/107; Y.İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, 22.3.1996 gün E.1993/5, K.1996/1; Diğer yandan, kararlarda doktrin eskiye göre daha fazla yer almaktadır. Y.Ceza Genel Kurulu, 24.10.1995 gün, E. 1995/7-165,K. 1995/302; Y.Ceza Genel Kurulu, 19.12.1994 gün, E.1994/6-322, K.1994/343: "Ne var ki, Ceza Yargılamasının bir başka temel dayanağı da, kamu yararı ve birey yararı arasındaki duralı dengeyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayırılırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer."; Aynı yönde, Y.Ceza Genel Kurulu, 24.10.1995 gün, E.1995/305, 1995/6-238; Y.4.C.D., 26.9.1994 gün, E. 1994/7114, K. 1994/7264; Adigeçen kararlar, Yargıtay'ın İNTERNET web sitesinden Ekim 2000 tarihinde alınmıştır; www.yargitay.gov.tr.

IV. TÜRK İDARE HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN KAPSAMI ve BAŞVURULDUĞU ALANLAR

A. Genel Olarak

Ölçülülük ilkesi İdare Hukukunda en genel anlamıyla amaç-araç dengesini ifade etmede kullanılmaktadır⁸⁸. İdare hakimi bu ilkedен, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, İdarenin takdir yetkisi, kolluk ve disiplin hukuku alanlarında yararlanmaktadır⁸⁹. Kamulaştırma ve cebri icra durumlarında ve kamu yararı için mülkiyet hakkına getirilen sınırlandırmalarda da bu ilke dikkate alınmaktadır⁹⁰. Gerçekten de, uygun taşınmazın tespiti ve taşınmazın ne kadarlık kısmının kamulaştırılacağı gibi İdarenin takdir yetkisine giren durumların ve takdir edilen bedelin de bir yönüyle yoksun kalınan fayda ile ölçülü olması gerekir.

İlke, idari faaliyetin vatandaşlar için hukukun öngördüğü sınırlandırmaya yönelen ve ulaşılmak istenen amaç için mutlak olarak gerekenden daha fazla bir yoksunluğa neden olmadan ölçülü olması gerektiği anlamını taşımaktadır. Aşlında, hukuka aykırılığa karşı öngörülen hukuk düzenlemesinin katı bir şekilde uygulanması ve yine hukukun öngörmediği ve istenmeyen bir sonucun ortaya çıkmasına neden olması da bu çerçevede düşünülebilir. Böyle bir uygulamanın, idari yetkilerin kötüye kullanılmasını içerdiğinde kuşku yoktur⁹¹.

Bu ilke, işlemin sebep ve konu unsurlarını yakından ilgilendirmektedir⁹². Bazen de, İdarenin eylem ve işlemi ölçülülük ilkesine uyulmaması nedeniyle ağır bir şekilde sakatlanmışsa, artık bu eylem ya da işlemin uygulanması "fili yol"a dönüşmekte ve böylece İdare ve kamu görevleriyle ilişkisi kalmayan bu durum, suç ve haksız fiile dönüştüğünden adliye mahkemelerinin görev alanına girmektedir⁹³. Buradan, ölçülülük ilkesine uyulmamasının bazen işlemde bir sakatlık nedeni olduğu, bazen de işlemin idari olma özelli-

88 BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s. 245.

89 ERKUT, "Hukuka Uygunluk...", s.120.

90 CARDONA, Francisco; SYNNERSTRÖM, Staffan, "Administrative Law Principles and Civil Service Standards", <http://www.oecd.org/puma/sigma/web/acts/civilservice/docs/cardona1.htm>, İT: Ekim 2000. T.2.

91 CARDONA; SYNNERSTRÖM, agm., T.2.

92 ÖZAY, Günışığında..., s. 481, dnt 755.

93 ÖZAY, Günışığında..., s. 498.

ğini kaybederek Ceza Hukuku ya da Özel Hukuk alanına taşıma derecesinde önemli olduğunu söyleyebiliriz.

Ölçülülük ilkesi, İdarenin sınırlayıcı kararı ile temel hak ve özgürlükler arasında denge kurmaya çalışır. Buradaki denge, korunan hak ve özgürlüğün olumlu şekilde güvence altına alınması emriyle, diğer bir yararın korunması için hak ya da özgürlüğün olumsuz olarak sınırlandırılması arasında kurulması gereken bir dengedir⁹⁴. Kamu düzenini sağlamak için engellenmek istenen tehlike ile kişi hak ve özgürlüğü arasında bulunması gereken denge ve ölçüye öncelikle uyması gereken Yasama olmakla birlikte, ilkeye yalnızca Yasamanın uyması yetmez. Bu nedenle, ilkenin, bireyin günlük yaşamında sürekli karşısına çıkan ve yaşamını etkileyen İdarenin tüm faaliyetlerine egemen olması gerekir⁹⁵.

İdare Hukukunda da başta kolluk alanı ve özellikle idari yaptırımlar olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerde de ölçülülük ilkesine yoğun şekilde başvurulmaktadır. Takdir yetkisi konusunda ise, diğerlerine göre daha az sıklıkta başvurulmaktadır. Bu konulara değinmekte fayda olduğu düşünülmektedir.

B. Temel Hak ve Özgürlükler Konusunun Denetlenmesinde

Temel haklar ve özgürlükler uluslararası düzeyde de güvence altına alınmıştır. Bunun sonucu olarak iç hukukta hakimler tarafından ulusal düzeyde dikkate alınmak zorundadır⁹⁶. İnsan hakları, temel hak ve özgürlüklerin korunması konuları, uluslararası boyutta bakıldığında öncelikli bir amaç olmaktadır. Bu amaçlara ulaşılması, ülkelere uluslararası düzeyde kabul gören bu tür ilkelerin iç hukuk düzenlemesi gibi dikkate alınması ve uyumlaştırılmasını, ayrıca kesin ve aktif bir katılım sürecini zorunlu kılmaktadır⁹⁷.

1982 Anayasasının 15 inci maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması, durumun gerektirdiği ölçüde durdurulabilmektedir. Bir hakkın kullanılmasının sınırlandırılması olağanüstü rejimlerde bile, ancak yasanın

94 RUMPF, agm., s. 41.

95 TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3 üncü Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994, s.168.

96 ENGUÉLÉGUÉLÉ, Stéphane; LOURDEL, Stéphanie, "Three Recent Argument for The Expansion Of Human Rights in French Criminal and Administrative Law", T. Conclusion, <http://www.law.gonzaga.edu/borders/3cases.htm>, İT:Ekim 2000, "The Use of Human Rights Law by French Administrative Judges" adlı bölümden.

97 ENGUÉLÉGUÉLÉ; LOURDEL, T. Conclusion.

açık düzenlemesinden kaynaklanabilir⁹⁸. İdare, kendisine yasanın verdiği bir yetki olmaksızın temel hak ve özgürlüklere müdahale ederse artık bir fonksiyon gaspından söz edilir⁹⁹. Olağanüstü rejimde bile kısıtlamanın, '*durumun gerektirdiği ölçüde*' olabileceği düşünüldüğünde olağan zamanlarda '*ölçülülük*' ilkesine öncelikle yer verilmesi rahatlıkla savunulabilir¹⁰⁰.

İdare, Anayasanın 13. maddesindeki sınırlandırma sebeplerine dayanarak temel hak ve özgürlük üzerinde yapacağı sınırlandırmada, bir yandan maddedeki Anayasal sınırlara diğer yandan özel sınırlara uymak zorundadır. Genel anayasal sınırlar "*demokratik toplum gerekleri*", "*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*"dır. Bunun yanında özel sınırlar müdahaleye açık olup olmamalarına göre çizilmektedir. Anayasada koruyucu ek güvencelerin tanındığı bazı hak ve özgürlüklerin bulunması da İdarenin kolluk faaliyeti şeklindeki müdahalesini engellemektedir¹⁰¹. Olağanüstü yönetim usullerinde bile, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülü olunması, sınırlamanın gerekli, oranlı ve elverişli olması aranmaktadır¹⁰². Bu durumda ister olağan, isterse olağanüstü durumlarda olsun İdare de Devletin diğer organları gibi Anayasa ve yasayla getirilen kısıtlamalarda ölçülülüğe uymak zorundadır. Anayasanın 13. maddesi bu yönüyle incelendiğinde AİHS paralelinde kural olarak son derece çağdaş ve gelişkin ilkeler koyduğu ortaya çıkmaktadır. Bu konuya AİHM kararları örnekleri ile tekrar döneceğiz.

⁹⁸ DİBK., 28.2.1991 gün, E.1990/1, K.1991/1, DD., S.82-83, s.116; Örneğin İdare, Pasaport Kanunu'nun 22 inci maddesinde yurtdışına çıkma özgürlüğünü engelleyen düzenlemeye dayanarak seyahat özgürlüğünü kısıtlayabilmekte ya da kaldırabilmektedir. Bir özgürlüğün kullanılması yasal düzenlemeyle getirilen bir yaptırım ile yalnızca yasada belirtilen durumlar ve belirtilen kişiler açısından bir sınırlandırma getirebilir. D.10.D, 6. 3.1989 gün, E.1989/291, K.1989/463, DD., S.76-77, s.767.

⁹⁹ GÜNDAY, age., s. 206.

¹⁰⁰ Bu konuda Anayasa Komisyonu da 13 üncü maddenin gerekçesinde, meşru bir amaçla bile olsa yapılan sınırlandırmanın amacın zorunlu ya da gerekli kıldığı kadar olacağını ve amaç ile sınırlama arasında orantının korunması gerektiğini bildirmiştir. MEMİŞ, age., s.194.

¹⁰¹ Örneğin Anayasanın basının sansür edilemeyeceği, basımevi kurmanın şart bağlanamayacağı, süreli ve süresiz yayınların önceden izin alma şartına bağlanamayacağı, demek kurmanın izne tabi olmadığı, ve izin almadan herkesin toplantı ve gösteri yürüyüşünde bulunma hakkına sahip olduğu düzenlemeler İdarenin kolluk faaliyetinde bulunamayacağı düşünülen "ek güvenceler" olarak ele alınmıştır. GÜNDAY, age., s. 209.

¹⁰² ÖZAY, age., s.528; Olağanüstü yönetimlerde insan hakları konusunda geniş bilgi için bkz. YOKUŞ, Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul 1996 ve AYBAY, Rona, "Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, 1-4 Mayıs 1990, Ankara 1990.

C. Kolluk ve Özellikle İdare Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi

1. Genel Olarak Kolluk Uygulamalarında Ölçülülük İlkesi

Kamu düzeninin gerçekleştirilmesinde kolluk güçleri de temel hak ve özgürlükleri usulüne uygun olarak sınırlandırmalı ve ortaya çıkmış olan ve engellenmek istenen tehlikenin durumuna uygun olarak kolluk yetkilerini ölçülü olarak kullanmalıdır¹⁰³. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunu düzenleyen 13 üncü maddede, bu sınırlandırmayı doğal olarak yapacakların başında gelen birimlerden olan kolluktan söz edilmemesine rağmen, maddenin kolluk alanını içerdiği, içerik ve amacından anlaşılıyor. İlkenin kolluk alanında etkin denetimin önemli araçlarından biri olduğu kolaylıkla söylenebilir.

Kolluk yetkilerinin gerek kullanıldığı an, gerekse kullanıldıktan sonra denetlenmesinde bu ilkenin önemi ortaya çıkmaktadır. Bu ilke, "olmazsa olmaz" bir unsur niteliğindedir¹⁰⁴. Gerçekten de, kamu düzeninin öncelikle bozulmasının engellenmesi, bozulduktan sonra da yeniden kurulması, çoğunlukla yaptırım ve güç kullanılması ve bireye getirilen sınırlamalarla sağlanabilir. Önleme işlevi ve önlemeye yetecek ölçüde bir güç ve yaptırımı içermesi gereken bir sınırlamadan söz edildiğinde de artık ölçülülük ilkesi öne çıkmaktadır¹⁰⁵.

İdarenin tavrının ölçülü olması, uyarma, zaman tanıma, uyarıyı dikkate alanlara bu yönde yardım edilmesi ve daha sonra ısrarlı olanlara hafiften ağıra doğru giden bir kademelendirmeye güç ya da yaptırıma başvurulmasını gerektirir¹⁰⁶. Daha hafif önlemlerle olayın çözülmesi mümkün olmasına rağmen, daha ağır önlemler alınması tercih edilmişse, bu ilkeye aykırı davranılmıştır¹⁰⁷. Bir temel hak ya da özgürlüğü daha az sınırlayıcı bir önlemlerle kamu düzeni sağlanabiliyorken daha ağır bir kolluk önlemine başvurulması hukuka aykırıdır. Güzergahı değiştirmek o gösteri yürüyüşünün kamu düzenini bozmasını engellemeye yeterli ise, yürüyüşün yasaklanması hukuka aykırı olmaktadır. Bir başka ifadeyle, alınan kolluk önlemi ile engellenmek istenen eylem ya da durumun ağırlığı arasında oranlılık bulun-

¹⁰³ DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayını, İstanbul 1982, s. 248-265.

¹⁰⁴ ÖZAY, Günışığında..., s. 526.

¹⁰⁵ ÖZAY, Günışığında..., s. 481, dnt. 755.

¹⁰⁶ Yerindelik ise, "kamunun maddi düzenini bozma tehlikesinin sözkonusu olduğu durumlarda o an için yapılması en uygun sayılan davranış biçimidir". ÖZAY, Günışığında..., s.495-496.

¹⁰⁷ YOKUŞ, age., s. 30.

malıdır¹⁰⁸. Yine aynı şekilde, kolluğun yalnızca uyarıyla ya da su sıkarak dağıtabileceği göstericileri copleyarak dağıtması gibi kademelendirmeye başvurmadan adeta merdivenin basamaklarını atlaması, işlem ya da eylemi hukuka aykırı kılar.

İdare hakimi, “temel hak ve özgürlükleri koruma misyonunu” yerine getirirken kolluk yetkisinin kötüye kullanılması, yetki saptırması, maddi durum ve olayın koşullarını incelemesi ve özellikle sebep unsuru üzerinde durmalıdır¹⁰⁹. İdari yargı yerleri, bireylerin kamu düzenini bozacak nitelikteki tutum ve davranışlarını önlemek amacıyla kolluk tarafından uygulanan önlem ve kararların kamu düzenini bozan “tehdit ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı ve etkili” olup olmadığını ve bireylerin hak ve özgürlükleri üzerindeki sınırlama ve kısıtlamanın gereken ölçüde olup olmadığını denetleyecektir¹¹⁰.

İdari yargı, kolluk alanında diğer konulara göre daha geniş ve etkin bir şekilde denetim yapma yetkisine sahiptir. Kolluk önlem ve kararlarının yerindelikle yakın ilişkisi hukuka uygunluğun ya da aykırılığın daha etkili usullerle incelenmesini gerektir. Bu nedenle, idari yargı hakimi bu alanda, keşif ve bilirkişi gibi yollara başvurarak maddi olguları tespit ve takdir edebilir¹¹¹. İdarenin “tutum ve davranışları” ile amaç¹¹² arasında doğrudan bir ilgi ve ölçü bulunması, yerindelikle birlikte “ölçülülük” olarak ele alınır. Bu iki kavram birbiriyle yakından ilişkilidir ve İdarenin tavrı ile ulaşılmak istenen sonuca yetecek kadarına başvurulması, İdarenin tutumunun ölçülü olduğunu göstermektedir. Birisinde hata edilmesi diğerinde de sakatlık doğurarak sonucun hukuka aykırı olmasına yol açmaktadır¹¹³.

İdarenin, Anayasanın tanıdığı hak ve özgürlüklere karışma ve kısıtlama hakkına en fazla kolluk alanında sahip olması, bu alanda ölçülülük ilkesini daha da önemli kılmaktadır. İdarenin bu alanda silah kullanmaya kadar varabilen yetkilerini kullanabilmesi, bir yandan kolluğa egemen olan yetki kurallarını, diğer yandan da ölçülülük ve yerindeлик ilkelerinin idari yargıda denetlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu ilkelerin idari yargı tarafından

¹⁰⁸ GÜNDAY, age., s. 210.

¹⁰⁹ DURAN, Ders Notları, s. 262.

¹¹⁰ DURAN, Ders Notları..., s. 261.

¹¹¹ DURAN, Ders Notları..., s. 262.

¹¹² Kolluk faaliyetlerinde amaç unsurunun İdarece kullanılan kamu gücünün meşru ya da “hukuk dışı” olarak nitelendirilmesinde belirleyici bir rolü olduğu ifade edilmektedir. ÖZAY, İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde “Amaç”, İÜ. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLV-XLVI, İstanbul 1982, s. 315-319.

¹¹³ ÖZAY, Günışığında..., s.496

kolluk alanında büyük bir duyarlılıkla korunması ve dikkate alınması gerekir¹¹⁴.

2. İdari Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi

Ceza Hukuku dışında ayrı bir İdari Ceza Hukuku bulunup bulunmadığı¹¹⁵ tartışması bir yana, ölçülülük ilkesinin en yoğun başvurulduğu alanın Ceza Hukuku ve bunun yanında İdare Hukuku olduğu açıktır¹¹⁶. Ceza yaptırımları, sosyal düzeni bozan, "vahim" nitelikteki ihlallerin karşılığını oluşturmaktadır. İdari yaptırımlar ise, genellikle önleyici nitelikte olup¹¹⁷ ceza yaptırımlarına göre daha küçük ihlalleri yaptırım altına almaktadırlar.

İdari yaptırımlarda da ceza yaptırımları gibi¹¹⁸, doğan zararın genişliği ile dengeli, orantılı bir yaptırım uygulanması gerekir¹¹⁹. Gerçekten, idari yaptırımlar da, idari ihlalin doğurduğu zararın genişliği ile orantılı bir yaptırım uygulanmasını gerektirir¹²⁰. Gerek ceza yaptırımları, gerekse idari yaptırımlarda hukuka aykırı eylemle yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelere uygunluk bulunmalıdır¹²¹. İdarenin hürriyeti bağlayıcı cezalara yetkili olamaması, -her ne kadar hakkın özü kavramı 1982 Anayasasında yer almasa da-, "hakkın özüne dokunur" nitelikte ya da temel hakları etkileyen alanlarda bir idari yaptırım uygulanamaması¹²² "ölçülülük" kapsamında düşünülebilir. Kuşkusuz, idari yaptırımları basit ya da küçük ihlaller olarak nitelendirdikten sonra, bunlar için hürriyeti bağlayıcı nitelikte ya da bazı temel hakları ortadan kaldıran ya da kullanılamaz hale getiren bir yaptırım uygulanması ölçsüz olarak nitelendirilebilir.

114 ÖZAY, Günışığında..., s. 495..

115 Tartışmalar için bkz. OĞURLU, Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s.28 vd.

116 OĞURLU, age., s.28 vd.

117 DONAY, Süheyl, "İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", İÜHFİM, Cilt 37, Sayı 1-4, 1972, s.425.

118 İdari yaptırım ve gerçek anlamda ceza yaptırımı için bkz. OĞURLU, Yücel, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, 1999, s.143-195.

119 NAZAROĞLU, Yavuz, "Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri", DD., Y.4, S.14-15, 1974, s.104.

120 NAZAROĞLU, agm., s.104.

121 ÖZAY, İl Han, İdari Yaptırımlar, İÜ Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No: 691, İstanbul 1985, s.59.

122 ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.114.

Viyana 14 üncü Uluslararası Ceza Kongresi kararlarında da idari yaptırımlar dahil olmak üzere, “sınırlandırmalar” başlığı altında bütün yaptırımların, makul olması gerektiği ve “ihlalin ağırlığı ile failin kişisel durumuna uyma(sı)” gerektiği belirtilmiştir¹²³. Buradan da İdarece kişinin subjektif durumunun dikkate alınması, orantılı ve makul olması gerekleri, aslında ölçülülük konusunu işaret etmektedir.

Gerçekten de, İdare Hukuku alanında belki ölçülülüğün uygulanıp uygulanmadığının en somut ve rahat olarak denetlenebileceği ve sıklıkla başvurulabileceği alanın idari yaptırımlar olması gerekir. Burada, uyarma cezası alması gereken öğrenci ya da kamu görevlisinin okuldan ya da meslekten çıkarılma gibi bir yaptırımla karşı karşıya kalması örneklerindeki gibi, yaptırımı gerektiren eylem ya da davranışın engellenmesi, ortaya çıkmasından sonra da yaptırımla ıslah ve diğerlerini caydırma gibi diğer amaçları gerçekleştirmeye yetecek kadar bir yoksunluk doğurması, ulaşılmak istenen meşru amaçtır. Burada kolluk faaliyetlerindeki göre ölçülülük konusunda daha kolay bir tespit sağlanabilir. Örneğin, yasal olmayan bir gösteri yürüyüşünde kolluk personelinin müdahalesinde, hangi önlemin amacı gerçekleştirmeye yeteceğini, bir başka ifadeyle, ölçülü olacağını kararlaştırmak, çoğu kez ispatı da zor olan ve olay anında üzerinde uzun uzadıya düşünülerek verilmesi zor olan bir karardır. Halbuki, bir disiplin cezası ya da diğer bir idari yaptırımda bu kararın ortaya çıkış süreci daha uzun süreye yayılabilmekte ve belge, rapor ve diğer ispat araçlarıyla daha kolay bir usulde olayın gerçekliği ve yaptırımın gerekliliği tespit edilebilmektedir.

D. İdarenin Takdir Yetkisine Dayandığı İşlemlerinde

Kamulaştırma ve cebri icra durumlarında ve kamu yararı için mülkiyet hakkına getirilen sınırlandırmalarda ölçülülük ilkesinin dikkate alındığını yukarıda ifade etmiştik. Gerçekten de, kamulaştırmada uygun taşınmazın tespiti ve taşınmazın ne kadarlık kısmının kamulaştırılacağı gibi İdarenin takdir yetkisine giren durumların ve takdir edilen bedelin de bir yönüyle yoksun kalınan fayda ile ölçülü olması gerekir. Yine aynı şekilde, kamu alacağının tahsilinde cebri icra usulü de ölçülü olmalı, haczedilen ve paraya çevrilecek değerlerin alacağı karşılamaya yetecek kadar ve borçluyu en az zarara uğratacak şekilde olması gerektiğini düşünüyoruz. Aksi durumlar, kamulaştırmanın da cebri icranın da bir yaptırım gibi kullanılması sonucunu doğuracaktır ki, bu da işlemi bir çok unsuru yönüyle sakatlar.

Temel hak ve özgürlükler konusunun denetlenmesinde, idare hakimi, temel hakkın sınırlandırılmasında takdir yetkisinin ne şekilde kullandığını

¹²³ 14. Uluslararası Ceza..., s.7.

denetlerken de ölçülülük ilkesine başvurmaktadır. Kuşkusuz, İdarenin sınırlamadaki yetkisi, Anayasanın güvence altına aldığı bir kamu yararının Anayasayla ve yasayla belirlenen takdir yetkisi sınırlarını taşamayacaktır¹²⁴.

Bir açıdan bakıldığında ilke, İdarenin takdir yetkisine yön vermektedir. Yasayla İdareye tanınan ve İdareyi şekli yasal düzenlemelere bağlılıktan daha esnek bir hareket serbestisine ulaştıran takdir yetkisi, bireye hukuksal koruma sağlayan diğer düzenlemelerle sınırlandırılabilir. Burada takdir yetkisi tanıyan yasayla hak ya da özgürlüğü düzenleyen başka bir yasa arasında çatışma çıkması söz konusu olmakta ve problemin çözümünde iki yol bulunmaktadır: İlk yol, düzenlemelerden birine normlar hiyerarşisi içinde üstünlük tanımak. İkinci yol ise, düzenlemeler eşdeğerde sayılmakla birlikte yararlar dengesi dikkate alınarak birisine ağırlık tanınması. İkinci yolun daha makul olduğu söylenebilir. Burada da, dengelerin gözetilmesinde İdare ve idare hakiminin yararlanacağı unsur ve ölçütlerin önceden kanun koyucu tarafından belirlenmesi faydalı olacaktır¹²⁵. Bu nedenle, ölçülülük ve alt ilkeleri yasal düzenlemelerle tespit edilerek belirlenmelidir.

Bunun yanında hak ve özgürlükler alanı dışında da, İdarenin takdir yetkisine dayandığı işlemlerinde de maddi olguları değerlendirirken yaptığı hatalar, "ölçülülük denetimi" adı altında yargı denetimine tabi tutulmaktadır¹²⁶.

V. DANIŞTAY KARARLARINDA İLKENİN YERİ

Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesine adından çoğu zaman ölçülülük olarak söz edilmese de içeriği itibariyle başvurulmaktadır¹²⁷. Ancak, Danıştay'ın tespit edebildiğimiz ilgili kararlarının hemen tümünde ölçülülük ilkesinin bir alt başlığı olan orantılılık üzerinde durulmuştur. Bunun yanında, sınırlama aracının elverişli ve gerekli olması anlamına gelen diğer alt başlıklara değinilmeden yalnızca orantılılık konusunun ele alınması, bu kararlarda çoğu kez orantılılık ile ölçülülüğün bir tutulduğu ve aynı denetimin daha dar alanda orantılılık adıyla yapıldığını göstermektedir.

Bizdeki uygulamaya bakacak olursak, Danıştay'ın bu alt ilkeye çoğu kez disiplin cezalarında başvurduğu görülür. İdarenin karar vererek uyguladığı idari yaptırım ile sonuç arasında adil bir dengenin var olup olmadığı ile sonucun olması gerekenden çok daha ağır öngörülmesi durumunu orantılı ol-

124 RUMPF, agm., s. 47.

125 RUMPF, agm., s. 46.

126 ERKUT, "Hukuka Uygunluk...", s.109.

127 D.8.D, 14.12.1993 gün, E.1993/1617, K.1993/4214, DD., S.90, s.879.

mama olarak değerlendirmekte ve adil dengenin olmamasına dayanılarak denetim yapılmaktadır. Örneğin, bir yıl okuldan uzaklaştırılması gereken öğrencinin okulla ilişkisinin kesilmesi¹²⁸, öğrencinin bir dergide yayınlanan yazısı gerekçe gösterilerek bir yıl süre ile okuldan uzaklaştırılması¹²⁹ gibi örneklerde Danıştay, disiplin cezası ile disiplin suçunu gerektiren eylem ya da davranış arasında adil bir dengenin varlığını aramaktadır.

Danıştay bir kararında¹³⁰ şunları belirtmektedir: “Devlet memuru olan davacıya, hizmetin özelliğine aykırı olan bu davranışı nedeniyle disiplin cezası verilmesi yerinde ise de, suçla verilen ceza arasında adil bir denge bulunması gerektiğinden daha hafif bir ceza ile cezalandırılması hakkaniyet gereğidir.” Yüksek Mahkemenin sözünü ettiği “adil denge”, idari ihlal ile uygulanan yaptırım arasında bir denge ve oran bulunması gerektiğini ifade eden ve ölçülülük ilkesinin bir alt görünümü olan orantılılık ilkesidir.

Danıştay ve idare mahkemeleri özellikle disiplin cezaları hakkındaki kararlarında, disiplin cezası ile eylem arasında bir denge kurulması gerektiğini, bir başka deyişle ölçülülük ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹³¹. Bir ilk derece mahkemesince verilen kararda da belirtildiği gibi¹³², “işlenen fiil ile verilen ceza arasında uyum bulunması(nın)”, disiplin hukukunun “bilinen ilkelerinden” olduğu ifade edilirken kullanılan ölçüt aslında ölçülülük ilkesinden başkası değildir.

Danıştay kararlarında başka örnekler de bulunabilir: “(A)ncak suç ile ceza arasında bir denge bulunmadığı...”¹³³; memurun eylemi ile verilen disiplin cezası arasında adil bir denge bulunması gerektiği¹³⁴; okul dışında ve kayıttan önce işlenen bir suça dayanarak okulla ilişkisinin kesilmesinde ceza ile suç arasında adil bir denge bulunmadığı¹³⁵ dile getirilirken ölçülülük ilkesi dikkate alınmakta ve ilkeyi gözönünde bulundurmeyen İdarenin işlemi açıkça sakatlanmaktadır. Danıştay’ın ölçülülük hakkındaki bir diğer

128 D8D., 5.2.1990 gün, E. 1988/820, K. 1990/1445, DD., Y. 21, S. 80, s. 305.

129 D8D., 24.4.1985 gün, E. 1984/497, K. 1985/437, DD., Y. 13, S. 50-51, s. 389.

130 D.8.D., 14.12.1993 gün, E.1993/1617, K.1993/4214, DD., S.90, s.879.

131 D.8.D., 28.3.1980 gün, E.1980/186, K.1978/988, DD., S.40-41, s.91; D.12.D., 22.1.1970 gün, E.1969/627, K.1970/120, DD., S.1, s.369.

132 Ankara 5 inci İdare Mahkemesi, 16.9.1998 gün, E.1998/297, K.1998/743, Yayınlanmadı.

133 D.8.D., 1.2.1984 gün, E.1983/212, E.1984/178, DD., S.56-57, s.313.

134 D.8.D., 11.12.1997 gün, E.1995/3680, K.1997/3928, DD., S.96, s.408.

135 D.8.D., 24.2.1984 gün, E.1984/341, K.1982/2833, DD., S.56-57, s.320

kararında da¹³⁶ "...suç ile ceza arasında bulunması gereken denge ve makul oranın göz önünde bulundurulması gerek(tiği)" ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi Danıştay bazen, ölçülülük ile oranlılığı aynı kavramlar olarak değerlendirmekte ve elverişlilik ile gereklilik alt ilkelerine değinmektedir.

SONUÇ

İdare, faaliyetlerini devam ettiği sürece, temel hak ve özgürlüklere zorunlu olarak, bazen isteği dışında, bazen de keyfi olarak müdahale edebilir. Müdahalenin olduğu yerde ise, müdahalenin sınırlarının da belirlenmesi gerekir. İdari faaliyetlerin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında iki önemli sınırlandırma nedeni olan kamu yararı ve kamu düzeni doğrudan ya da bazen dolaylı sınırlandırmalar öngörebilir.

Ölçülülük ilkesi, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında başvuru aracın, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması; amaca ulaşmak için gerekli olması; araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunmasını ifade eder. İdarenin işlem ve eylemiyle hedefe ulaşmada en hafif önlem ve sınırlamaya başvurmamasını gerektirir.

Temel hak ve özgürlükler konusunda sınırlama ile bireysel fayda arasında bulunması gereken denge ve ölçüye öncelikle Yasama uymalıdır. Ancak, ilkeye yalnızca Yasamanın uyması yetmez ve bireyle daha sık yüzyüze gelen İdarenin bu ilkeye uyması beklenir. İdare, kamu düzenini tehdit eden durumu ortadan kaldırmak için temel hak ve özgürlüğü gereğinden fazla sınırlandırılmışsa, işlemin ölçüsüz olduğu ortaya çıkar.

İlke kanun koyucuya olduğu gibi, İdareye de bir sınır çizmektedir. Genel nitelikte bir hukuk ilkesi özelliğiyle yardımcı bir ölçüt olmaktadır. İdareye bir yetki vermemekte ve aksine bir sınır çizmektedir. Bu sınır hak ve özgürlüklerin maddi alanı ile İdarenin sınırlandırıcı müdahalesi arasında denge kurmaktadır.

İdari yargıda bir denetim aracı olmaya başlayan ilkenin Anayasal bir pozitif temeli bulunmasa da, hukuk devleti, adalet, iyilik ve insan haysiyeti gibi bir dayanağa bağlanması ilkenin bireyi koruyucu önemini azaltmamaktadır.

İlke ilk kez Almanya'da uygulanmakla birlikte, bugün Fransa, Hollanda, İspanya, İtalya, İsviçre ve Avrupa Birliğine üye olan diğer ülkelere de hukukun genel ilkelerinden biri olarak görülmeye başlanmıştır. Hatta bu kadarla kalmayıp Avrupa dışına da taşmış ve bugün ABD, Kanada ve Avustralya'da da uygulanmaya başlanmıştır. Avustralya örneği, hukuktaki küre-

¹³⁶ D.5.D., 18.1.1971 gün, E.1968/5769, K.1971/220, AID. C.4, S.1, 1971, s.25.

selleşme etkisini ortaya koyması açısından önemlidir. Avustralya'da hakimler "Common Law" kurallarını açıklamak ya da formüle etmek için ulusalüstü kararlar ile uluslararası ve bölgesel sözleşmelere başvurumaktadırlar. Böylece, Avustralya'da hakimler yeni hukuksal form ve kavramları bir yandan "Common Law" etkisi, diğer yandan AB mevzuatı ve AİHM kararları yoluyla iç hukuklarına aktarmaktadırlar. Kararlarında, zorunlu olmamalarına rağmen bu Sözleşme ve Birlik mevzuatını dikkate almaktadırlar ve uygulamaya da başlamışlardır. Hukukun küreselleşmesi eğilimi de yeni kavramların yayılmasını kolaylaştırmaktadır.

Türk ve Fransız İdare Hukuklarından oldukça farklı bir sisteme sahip olan İngiliz idare mahkemelerinin, Avrupa Birliğine üyelik ve Birlik Hukukunun İngiliz Hukukuna doğrudan etkisinin bir sonucu olarak ölçülülük ilkesini kullanmaya başladıkları görülmektedir. AB'nin supranasyonal niteliği ve AİHS'nin sağladığı etkin koruma ve sözü geçen iki sistemin de insan hakları konusundaki duyarlılığı, tanınan koruma sistemlerinin iç hukuka yansımaları sonucunu doğurmaktadır. AİHM, hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında ölçülü olup olmadığını tüm alt ilkeleriyle birlikte denetlemekte ve takdir yetkisinin sınırlarına dikkat edilip edilmediğini özellikle incelemektedir.

AİHM ve ABAD'ın İngiltere aleyhine verdiği kararlar, bu ülkeyi ölçülülük ilkesini dikkate almaya zorlamıştır. Avrupa ülkeleri içinde en fazla Mahkeme önüne giden ülkelerden İngiltere'nin Sözleşme hükümlerini uygulamama nedeniyle sık sık tazminata mahkum olması, İngiltere'yi insan hakları konusunda daha fazla ilgilenmeye zorlamış ve iç hukuk düzenlemelerinde değişiklikler yapmak zorunda bırakmıştır. AB mevzuatı içinde AİHS'nin de yer alması İngiliz mahkemelerini bu hukuku uygulamak zorunda bırakmakta ve sonuçta Sözleşme hükümleri İngiliz makamlarınca istenmese de zorunlu olarak uygulanmaktadır.

Hukuka ve usule uygunluk ile makul oluş doktrini İngiliz hakiminin idari faaliyetin denetlenmesinde başvurduğu alışkın olduğu konulardır. Ancak AİHS hükümleri, İngiliz hakimine, alışkın olduğu geleneksel denetimin dışında yeni yükümlülükler getirmektedir. İngiliz mahkemeleri, sınırlamanın özgür demokratik toplumdaki kamu yararını sağlamaya yetecek kadar olmasını denetlemektedir. Sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığını da incelemektedir. Artık hakimler, bu sayılanlardan bağımsız olarak ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını da denetlemektedir. Bu ilke, İngiliz Hukuku açısından işlemin oluşum aşamasının hukuka uygunluğu ve kararın geçerli olup olmadığının tespitinde bir ölçüt halini almaya başlamıştır.

Ölçülülük ilkesi İngiliz İdare Hukukunda uygulanan "makul oluş doktrini"ne benzetmekle birlikte ölçülülük testi daha fazla titizlik gerektirmekte

ve daha ayrıntılı bir denetim imkanı sunmaktadır. İngiliz hakimleri ilkeyi uygulamaktan uzun süre kaçınmış, ancak Avrupa Birliği yoluyla iç hukuklarına girmesine engel olamamışlardır. Sonuç, ilkenin muhafazakar kimlikli İngiliz Hukukuna bir şekilde girmesi şeklinde olmuştur.

İdarenin müdahalesinin sınırlarının tespitinde, “*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ifadesi ile şu anda Anayasada yeralmayan “*hakkın özü*” kavramlarından halen yararlanılmaktadır. Diğer yandan, sınırlamaların “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*”sı ve “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*”sı da önemli iki anayasal sınırı ortaya koymuştur.

“*Durumun gerektirdiği ölçüde*” sınırlandırmanın yapılacağı ifadesi ilkeyi çağrıştırmakla birlikte yalnızca, gereklilik ve orantılılık ilkelerini kapsamaktadır. Ancak, olağanüstü durumlarda bile “*durumun gerektirdiği ölçüde*” sınırlandırılabilmesi ifadesinden amaçsal bir yorumla, ölçülülük ilkesinin kastedildiği çıkarılabilir. “*Anayasal temel haklar rejimi*” yanında “*kanuni temel haklar rejimi*” de yasalarla önceden belirlenmiş olmalıdır. Bu şekilde, Anayasa normlarının somutlaşmasını sağlayacak düzenlemelerde, sınırlamalar ve sınırlamanın sınırlarını tespitte araç olacak ölçütler belirlenmelidir. İdareye temel hak ve özgürlükler alanında çok geniş bir imkan tanınmamalı, kural olarak bağlı yetki verilmelidir. Bunun istisnası olarak, kolluk faaliyetindeki gibi fiili ve derhal müdahaleyi gerektiren durumlar için yasalarla takdir yetkisi tanınarak “*durumun gerektirdiği ölçüde*” hareket kabiliyetine sahip olması da olağan karşılanmalıdır.

Anayasadaki ifadeler, ölçülülük ilkesini tüm unsurlarıyla kapsamaz ve ilkenin yalnızca bir alt başlığını oluştururlar. Bu nedenle, bir yoruma gerek bırakmayacak tarzda, ilkenin alt başlıkları ile birlikte, açıkça Anayasal ve yasal düzenlemelerde yerini alması gerektiğini düşünüyoruz.

İlke hakkında hukukumuzda ilk kararları veren yargı organı Anayasa Mahkemesidir. AYM, özgürlüğe getirilen sınırlamanın zorunlu olup olmadığı, korunmak istenen kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlamanın orantılı olup olmadığı ve bu sınırlamayla kamu düzeninin korunup korunamayacağını denetlemekte bir araç olarak başvurmuştur. AYM, ölçülülük ilkesine başvurarak ilkeye dayalı denetim yaparken gereklilik, elverişlilik ve oranlılık alt ilkelerini de dikkate almaktadır. AYM dışında, diğer Yüksek Mahkemeler de bu ilkedен yararlanmaktadır. Yargıtay ölçülülük ilkesine gerçek anlamda cezaların denetiminde başvurmuştur.

Ölçülülük ilkesi, İdare Hukukuna Anayasa Yargısı yoluyla giriş yapmıştır. Artık, Türk İdare Hukukunda amaç-araç dengesini ifade etmede kullanılan bu ilkedен, idare hakimi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması,

İdarenin takdir yetkisinin denetlenmesi, kolluk ve idari yaptırımların uygun ağırlıkta, sonuca yetecek kadar, uygulanmalarının gerekli olup olmadıklarını ve kademelendirmeye başvurulup vurulmadığını denetleme alanlarında yararlanmaktadır. Ölçülülük ilkesine uyulmamasının bazen işlemde bir sakatlık nedeni olduğu, bazen de fiili yol örneğindeki gibi işlem ya da eylemin niteliğini değiştirecek kadar önem arz etmektedir.

Takdir yetkisi konusunda, diğerlerine göre daha az sıklıkta başvurulduğu görülmektedir. Bizde uygulamaları ve yargı önünde ileri sürülmesi daha az olan ancak aslında kamulaştırma ve mülkiyet hakkına getirilen diğer sınırlandırmalarda da İdareye ölçülü olma yükümü düşmekte ve bu yönüyle denetlenmektedir. Uygun taşınmazın tespiti ve taşınmazın ne kadarının kamulaştırılacağı gibi İdarenin takdir yetkisine giren hususların ve yine takdir edilen bedelin bireyin yoksun kaldığı fayda ile ölçülü olmasını gerektirir. Kamu alacağının tahsilinde cebri icra usulü uygulanırken, alacağı karşılamaya yetecek kadar değer haczedilmesi ve borçlunun en az zarara uğrayacak tarzda hacze maruz kalması da aslında ölçülülük kapsamındadır. Kamulaştırma ve İdarenin cebri icra yetkisinin bir yaptırım gibi kullanılması, işlemi bir çok unsuru yönüyle sakatlayacağı gibi burada ölçülülük denetimi de bireye bir koruma sağlayacaktır. Bu alanlardaki denetime Danıştay kararlarında sıklıkla rastlanmamaktadır. Bu alanlarda da ilkedен yararlanılmaya başlanması durumunda ilkenin Türk İdare Hukuku açısından daha geniş bir yer tutacağı görülmektedir.

İdare, temel hak ve özgürlük üzerinde yapacağı sınırlandırmalar olan “demokratik toplum gerekleri”, “öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama” sınırlarına uymalıdır. Olağan ve olağanüstü durumlarda İdare de Anayasa ve yasayla getirilen sınırlandırmalarda ölçülülük ilkesini dikkate almalıdır. Anayasal düzenlemeler yönüyle incelendiğinde AİHS paralelinde son derece çağdaş ve gelişkin ilkelerin konulduğu görülmektedir. Bu ilkelere pratikte de görülmesi ve talep edilir düzeye gelmesi konusunda İdarenin olduğu kadar idari yargının da görevi bulunmaktadır.

Kolluk yetkilerinin kullanılma anı ve kullanıldıktan sonra sonuçlarının denetlenmesinde ilkedен yararlanılmaktadır. İdarenin “tutum ve davranışları”nın amaç ile doğrudan ilgili olması aralarında bir ölçü bulunması gerektiği, birbiriyle yakın ilişkisi olan yerindelik ve ölçülülük denetimini içerir. Birisindeki hata diğerinin de sakatlanmasına yol açar. İdarenin uyarma, zaman tanıma, uyarıya uymak isteyenlere yardım edilmesi ve ısrarlılara tedrici olarak artan bir güç ya da yaptırıma başvurma tavrının ölçülü olduğu anlamına gelir. Kolluk alanında diğer konulara göre daha geniş ve etkin bir şekilde denetim yapması gereği bulunan idari yargının ölçülülük denetimine başvurması yeni ve geniş denetim imkanları anlamına gelecektir. İdari yargı

yerlerince, kolluk yetkilileri tarafından uygulanan önlem ve kararların kamu düzenini tehdit eden ya da bozan tehlikenin ağırlığı ile orantılı, etkili ve sınırlamanın gereken ölçüde olup olmadığı denetlenmelidir.

Ölçülülük denetiminin en somut ve rahat olarak uygulanabileceği alan idari yaptırımlardır. Uyarma cezasını gerektiren fiil için öğrenci ya da kamu görevlisinin okuldan ya da meslekten çıkarılması örneklerindeki gibi, İdari yaptırımlarda belirli bir eylem ya da davranışın engellenmesi, engellenemeyerek ortaya çıkmasından sonra ise yaptırımla ıslah edilmeye çalışılması ve diğerlerini caydırma gibi başkaca amaçları gerçekleştirmeye yetecek kadar bir yoksunluk doğurması, ulaşılmak istenen meşru amaçtır. Bu meşru amaca ulaşmaya elverişli, yine amaca ulaşmak için gerekli, sonuç açısından etkili ve sınırlama ile amacın dengeli bir oran taşıması bir idari yaptırımın ölçülü olduğu anlamına gelir.

Ölçülülük ilkesin başvurulabileceği bir diğer alan da, İdarenin takdir yetkisidir. Takdir yetkisinin kullanılmasında dengelerin gözetilmesinde İdare ve idare hakiminin yararlanacağı unsur ve ölçütlerin önceden kanun koyucu tarafından belirlenmesi faydalı olacaktır. Ölçülülük ve alt ilkeleri burada da yasal düzenlemelerle önceden belirlenmiş olmalıdır.

Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesine adından çoğu zaman ölçülülük olarak söz edilmese de içerik olarak başvurulduğu görülmektedir. Ancak, Danıştay'ın idari yaptırımlar konusundaki kararlarının bir çoğunda ilkeye başvurulduğu, bir başka ifadeyle dar bir alanda bu önemli ilkedен yararlanıldığı dikkat çekmektedir. Diğer yandan bir başka daralma ise ölçülülük ilkesinin yalnızca bir alt başlığı olan orantılılık üzerinde durulmasıdır. Sınırlama aracının elverişli ve gerekli olması anlamına gelen diğer alt başlıklara değinilmeden yalnızca oranlılık konusu ele alınmaktadır. Yine kararların çoğunda oranlılık ile ölçülülüğün bir görüldüğü ve aynı denetimin daha dar bir alanda oranlılık adıyla yapıldığı görülmektedir.

Muhafazakar nitelikte olan ve ulusal özelliklerini iç hukuklarında korumaya çalışan İngiliz hukukçularının bile bir süre direndikten sonra, zamanla ilkeyi kullanmaya başlaması, ilkenin önemini ve gücünü ortaya koymaktadır. İlkenin Almanya'dan çıkarak kısa bir süre sayılabilecek zaman dilimi içerisinde neredeyse bütün dünyaya yayılması bu tür yeni bir denetim ölçütüne duyulan ihtiyacı da göstermektedir.

Bu arada, Türk Hukukunun yeni kurumlara uyum göstermesinin İngiliz Hukukuna göre daha hızlı olduğunu da tespit etmek gerekir. Ancak, ilkenin gerek Anayasa metni, gerekse idari düzenlemelerde ve özellikle İdari Usul Yasası çıkarılması durumunda burada yer alması kanımızca bireyin korunması ve etkin idari yargı denetimini sağlama açısından idari yargıya önemli

bir araç sağlayacaktır. İdareye ise, faaliyetlerinde uyması gereken somut ve mutlak bir zorunluluk getiren yasal bir ilke halini alacaktır.