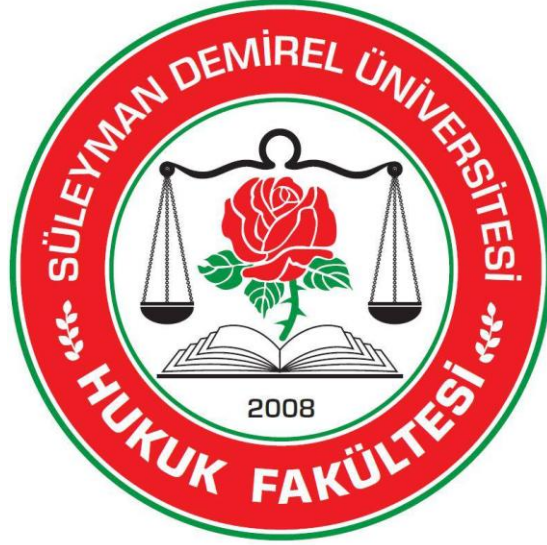


ISSN 2146 – 7129



**Cilt: 7, Sayı 1, Yıl 2017, ISPARTA**

**Vol: 7, No 1, Year 2017, ISPARTA**

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW**

**Sahibi / Owner**

Prof. Dr. Haluk SONGUR

**Editör / Editor**

Prof. Dr. Haluk SONGUR

**Editör Yardımcıları / Co-Editors**

Prof. Dr. Yüksel METİN

Doç. Dr. Fahrettin Önder

Yrd. Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER

**Yayın Yardımcıları / Editorial Assistants**

Arş.Gör. Betül AZAKLI

Arş.Gör. Burak ERECE

Arş.Gör. İsmail AKBAŞ

Arş.Gör. Numan TEKELİOĞLU

Arş.Gör. Özgenur YİĞİT

Arş.Gör. Veli ÇİÇEKKAYA

## Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof.Dr. Haluk SONGUR	Arş.Gör. Esin YÜĞRÜK
Prof.Dr. Faruk TURHAN	Arş.Gör. Esra DURSUN
Prof.Dr. Yüksel METİN	Arş.Gör. Fatma SIRTKEYA
Prof.Dr. Metin TOPCUOĞLU	Arş.Gör. Fırat KESKİN
Doç.Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Arş.Gör. Gamze KIRLIOĞLU
Yrd.Doç.Dr. Vahdettin AYDIN	Arş.Gör. Güler Berna ŞENTÜRK
Yrd.Doç.Dr. Süleyman DOST	Arş.Gör. İsmail AKBAŞ
Yrd.Doç.Dr. Burcu ÖZKUL	Arş.Gör. Meliha AKGÜL ALTİKAT
Yrd.Doç.Dr. Abdurrahman KAVASOĞLU	Arş.Gör. Merve AKKAYA
Yrd.Doç.Dr. Meltem İNELİ CİĞER	Arş.Gör. Mustafa Can ERMİŞ
Yrd.Doç.Dr. Selim CİĞER	Arş.Gör. Neslihan DEMİRKOL
Yrd.Doç.Dr. Mücahit AYDIN	Arş.Gör. Numan TEKELİOĞLU
Arş.Gör.Dr. Belma BULUT	Arş.Gör. Ömer ÇON
Arş.Gör. Abdurrahim ALTİKAT	Arş.Gör. Ömer YILDIRIM
Arş.Gör. Aylin ÇIRAKÇI	Arş.Gör. Özge DEMİRÖR
Arş.Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN	Arş.Gör. Özgenur YİĞİT
Arş.Gör. Betül AZAKLI	Arş.Gör. Semiha ÖNDER BALAMAN
Arş.Gör. Burak ERECE	Arş.Gör. Şulenur GÖZTEPE
Arş.Gör. Damla GÜNDOĞDU	Arş.Gör. Veli ÇİÇEKKAYA
Arş.Gör. Didem ERDOĞAN	Arş.Gör. Zehra KORKMAZ
Arş.Gör. Efe BİLKE	Arş.Gör. Zühre ELVAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir. Dergide yayınlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

S.D.Ü. Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

e-mail: [hukukdergi@sdu.edu.tr](mailto:hukukdergi@sdu.edu.tr)

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

**Danışma Kurulu/ Advisory Board**

Prof.Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Cumhuri ŞAHİN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ethem ATAY	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Feridun YENİSEY	İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Güzin ÜÇİŞİK	Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İlyas DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. M.Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Timur DEMİRBAŞ	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof.Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster
Dr.Lisa MARDIKIAN	University of Portsmouth



## SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayımlanacaktır. Hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.

Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.

1. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
2. Yazılar bilgisayarda times new roman, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.2 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, **hukuk@sdu.edu.tr** adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
3. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
4. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
5. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın soyadı, adı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

(1) Kitap

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 55.

(2) Dergi

TURHAN, Faruk, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Haziran 2007), s. 55-85.

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

BOZBEL, Savaş, "5651 Sayılı Kanuna Göstinen Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım" (internet linki, 23.02.2011)

(4) Yargıtay kararları



Y, 19. HD, 01.10.2009, E. 4528, K. 4880 (Kaynak dergi, içtihat bilgi bankası veya internet ulaşım adresi).

(5) Çeviriler

ESER, Albin, "Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü, Statünün Ortaya Çıkması ve Temel Özellikleri", Çeviren: Faruk Turhan, in: Uluslar arası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 281-297.

Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.

## EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucularımız,

Akademik alanda yayın faaliyetlerini sürdürmeyi çok önemseyen bir fakülte ve öğretim üyeleri yani SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi olarak 2017/1 sayımızla siz değerli okuyucularımızın huzurunda olmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Bu sayımızda Prof. Dr. Yüksel Metin'in "Temel hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük İlkesi" adlı makalesiyle, ölçülülük ilkesinin genelde kamu hukukunda özelde anayasa hukukunda yerini ve evrensel bir ilke olup olmadığını değişik açılardan ve geniş bir biçimde ele almaktadır. Prof. Dr. Farid Sufi an Suhuab, "Islam, Nation-State and The Legal System of Malaysia" adlı makalesiyle Anglo-Saxon hukuk Familyasına mensup Malezya hukuk sistemi ve bu hukuk sisteminde çoklu mahkeme yapısı ve İslam Hukukunun yeri konularını ele alıp ilgisine sunmaktadır. Son olarak Prof. Dr. Haluk Songur, "İngiliz Mahkemelerinde İslam Hukukun Uygulanması (The Application of Islamic law in English Courts)", adlı çevirisiyle yine Anglo-Saxon hukuk sisteminin kurucu devletindeki hukuki pluralizme ve bunun bir uygulamasına dikkatlerimizi çekmektedir.

Bu çabalarımızın, bilim ve akademik dünyaya bu konular üzerinden bir tartışma zemini açması, yeni çalışmalara uç vermesi ve bir nebze de olsa katkı yapmasını temenni ederim.

Prof. Dr. Haluk SONGUR

## İÇİNDEKİLER

### HAKEMLİ MAKALELER

TEMEL HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI VE ÖLÇÜLÜLÜK  
Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?

Prof. Dr. Yüksel Metin .....1-74

İSLAM, ULUS DEVLET VE MALEZYA'NIN HUKUK SİSTEMİ

Prof. Dr. Farid Sufian Shuaib.....75-90

### MAKALE ÇEVİRİSİ

DAVID PEARL, "İNGİLİZ MAHKEMELERİNDE İSLAM HUKUKUNUN  
UYGULANMASI"

Çeviren: Prof. Dr. Haluk Songur.....91-104

## CONTENTS

### PEER-REVIEWED ARTICLES

#### RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND PROPORTIONALITY

Is the Principle of Proportionality a Universal Constitutional Principle?

Prof. Dr. Yüksel Metin.....1-74

#### ISLAM, NATION-STATE AND THE LEGAL SYSTEM OF MALAYSIA

Prof. Dr. Farid Sufi-an Shuaib .....75-90

### ARTICLE TRANSLATION

TRANSLATION OF DAVID PEARL'S ARTICLE "THE APPLICATION OF ISLAMIC  
LAW IN ENGLISH COURTS"

Prof. Dr. Haluk Songur.....91-104

## HAKEMLİ MAKALE / PEER REVIEWED ARTICLE

### TEMEL HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI VE ÖLÇÜLÜLÜK:

#### Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?

Prof. Dr. Yüksel METİN\*

#### ÖZET

Bu makalede öncelikle ölçülülük ilkesinin Alman anayasa hukukunda, yargısal ve idari uygulamada temel hakların ve hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası haline geldiğinden, bazı karşıt görüşler olmakla birlikte, ölçülülük ilkesinin devletin her türlü eylem ve işleminde geçerli olduğu konusunda bir uzlaşmanın bulunduğu, kısaca ölçülülük ilkesinin popülerliğinden, yaygın ve genel bir ilke olmasından söz edilecektir. Daha sonra ölçülülük ilkesinin özellikle son çeyrek yüzyılda hızlı bir şekilde yayılmasına, liberal demokrasilerin çoğunda temel hakların denetiminde en önemli denetim ölçütü haline gelmesine ve böylelikle anayasaya uygunluğun evrensel kriteri olarak nitelendirilmesine değinilecektir. Bu bağlamda ölçülülük ilkesinin günümüzde uluslararası hukukta, Avrupa Birliği hukukunda ve başta Avrupa ülkeleri olmak üzere Latin Amerika ülkeleri, Kanada, Güney Afrika, İsrail ve Yeni Zelanda gibi birçok ülkede uygulanan bir ilke olduğu görülmektedir.

Makalenin ikinci kısmında ise ölçülülük ilkesine yöneltilen eleştirilere yer verilecektir.

Makalenin sonunda genel bir değerlendirme yapılacak ve ölçülülük ilkesinin evrensel bir anayasal ilke olup olmadığı tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** *Temel Hakların Sınırlandırılması, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Hukuk, Ölçülülük İlkesine Yönelik Eleştiriler, Evrensel İlke*

---

\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

## RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND PROPORTIONALITY:

### Is the Principle of Proportionality a Universal Constitutional Principle?

Prof. Dr. Yüksel METİN\*

#### ABSTRACT

This Study, to begin with, will establish that the principle of proportionality has become an essential part of protection of the fundamental rights and observance of the rule of law in German Constitutional law and administrative and judicial practice in Germany. Moreover, the Study will point out that, despite some opposite views, the principle of proportionality applies to the all acts and practices of states and has a widespread and general practice; hence, it has become a prominent legal principle. The Study will then focus on the fact that the principle of proportionality has widespread and general practice in the last fifteen years and it has become a decisive criterion for assessing whether a state act or practice is compatible with fundamental rights and constitutional principles in liberal democracies. This suggests that the principle of proportionality can now defined as a cornerstone principle for assessing whether a state act or a practice conforms to the constitution. The principle of proportionality is incorporated into international law, European Union law and other national laws in Europe, Latin America, Canada, South Africa, Israel and New Zealand. The second part of the Study will explore criticisms directed at the principle of proportionality whereas the final part of study will make an overall assessment of the principle and discuss whether the principle of proportionality is a universal constitutional principle.

**Key words:** *Restriction of fundamental rights, the principle of proportionality, comparative law, criticisms directed at the principle of proportionality, universal principle.*

---

\* Süleyman Demirel University, Faculty of Law, Constitutional law Department.

## I. GİRİŞ

Temel haklar teorisine önemli katkılarda bulunan ünlü hukukçu Robert Alexy'e göre, temel haklar ile ölçülülük arasındaki ilişki, günümüz anayasal tartışmaların temel sorunlarından birisidir. Yazar, bu konuda iki karşıt tezin bulunduğuna dikkat çekmektedir. Birinci teze göre, temel haklar ile ölçülülük arasında her halükarda zorunlu bir ilişki vardır. İkinci teze göre ise, temel haklar ile ölçülülük arasında zorunlu bir ilişki yoktur. İkinci teze göre, temel haklar ile ölçülülük arasında bir ilişkinin bulunup bulunmadığı sorusuna verilecek cevap, pozitif hukukta bir düzenlemenin, yani anayasa koyucunun bir iradesinin bulunup bulunmadığına bağlıdır. Buna göre, temel haklar ile ölçülülük arasındaki ilişki, yalnızca kurulabilir veya şarta bağlı bir ilişkidir. Alexy, birinci tezi, "zorunluluk tezi", ikinci tezi ise, "olabilirlik tezi" olarak adlandırmakta ve birinci tezi savunmaktadır.<sup>1</sup>

Temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması, demokrasinin "olmazsa olmaz" şartlarındandır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, yasa koyucunun Anayasada 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 çerçeveselendirirler. Hak ve özgürlükleri yasama organına karşı koruyan, yasama organının takdir yetkisini sınırlayan güvencelerden biri de "ölçülülük ilkesi"dir.

Ölçülülük ilkesi dışında sınırlamanın ölçüsünü ve sınırlamanın sınırını belirleyen ilkeler de vardır. Sınırlamanın sınırını belirlemede ölçülülük ilkesi dışında

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert, "Grundrechte und Verhältnismässigkeit", in: Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, U. Schliesky/C. Ernst/S. E. Schulz (Hrsg.), Heidelberg 2011, s. 3.

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 Sözleşmesi'nin kullandığı ve 1982 Anayasası'nda da yer alan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütüdür. Türk Anayasa Mahkemesi, bu üç ölçütü ilgili şu tespiti yapmaktadır:<sup>2</sup> *"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."* Bu üç ölçütün ortak özelliği, temel hak ve özgürlüklerin ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde 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 ulaşılabilirliğinin tespiti gereklidir. Ölçülülük ilkesi, sınırlama amacına ulaşmak için gereken ölçünün aşılmasını sağlayarak, özgürlüklerin gereğinden fazla ve keyfi 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

---

<sup>2</sup> K.T. 15.3.2017, E. 2016/165, K. 2017/76.



ilkesi, hak ve özgürlükleri koruyucu bir ilke olmanın yanında, sınırlamanın nasıl yapılacağını da gösteren bir ilkedir.<sup>3</sup>

1982 Anayasasında olduğu gibi, bu üç ölçütün birlikte benimsendiği bir hukuk düzeninde temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hukukiliği ya da meşruluğu denetlenirken öncelikle sınırlamanın hakkın özüne dokunup dokunmadığına bakılması gerekir. Zira öze dokunan sınırlamalar, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkelerine evleviyetle aykırı olacaktır. Bundan dolayı temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek yoktur.<sup>4</sup> Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen bir müdahale söz konusu ise, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygunluğu ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

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 haline gelmiştir.<sup>5</sup> Ölçülülük ilkesinin giderek yaygınlaşması ve öneminin artması,

---

<sup>3</sup> METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002, s. 15-16.

<sup>4</sup> Bkz. AYM Kararı, E. 2016/165, K. 2017/76, K.T. 15.3.2017.

<sup>5</sup> MEYER-BLASER, Ulrich, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, Bern 1985, s. 8.

hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, adalet gibi kavramların gelişimiyle paralellik arz etmektedir.

Ölçülülük ilkesinin esas uygulama alanı temel hak ve özgürlükler alanıdır. İlke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında “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 almaktır.<sup>6</sup> Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında ölçülülük ilkesinin amacını, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesi şeklinde ifade etmektedir.<sup>7</sup>

## II. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TANIMI VE ALT İLKELERİ

Ölçülülük ilkesi, araç ve amaç ilişkisi ile ilgilidir. Bir başka deyişle, yasa koyucu veya idare tarafından kullanılan aracın, ulaşmak istenen amaca erişmek için elverişli ve gerekli olup olmadığı, başvuru aracın ulaşmak istenen amaçla ölçülü bir orantı içinde bulunup bulunmadığı sorunuyla ilgilidir. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Ölçülülük ilkesi gereğince, temel haklara müdahalelerde yalnızca elverişli ve gerekli, yani ulaşmak istenen amaca bir katkı sağlayan ve en az yükümlülük getiren yumuşak araçlar kullanılmalı, sınırlamada orantılılık korunmalıdır.

---

<sup>6</sup> KATZ, Alfred, Staatsrecht, 9. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, s. 92.

<sup>7</sup> K.T. 4.7.2013, E. 2012/100, K. 2013/84.

Kamu gücünün almış olduğu bir tedbirin veya getirilen bir sınırlamanın ölçülü olup olmadığının denetiminde hareket ve referans noktasını, alınan tedbirle ulaşılmak istenen meşru amaç oluşturur. Ölçülülük ilkesi, alınan tedbirin amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olmasını, bireylerin hukuksal konumlarına orantısız bir şekilde müdahale edilmemesini gerektirir.<sup>8</sup> Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere, ölçülülük ilkesine uygunluk denetimi yapılırken, öncelikle meşru bir amacın izlenip izlenmediğine, daha sonra sırasıyla elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyulup uyulmadığına bakılır.

Ölçülülük ilkesi, “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeden oluştuğu savı, son yıllarda anayasa yargısı teorisinde ve pratiğinde uluslararası düzeyde gittikçe artan ölçüde genel kabul gören bir husustur. Ölçülülük ilkesini oluşturan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri, bir anlamda optimizasyon düşüncesini ifade eder. Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri, daha çok fiili imkânların optimize edilmesi ile ilişkilidir. Buna karşılık orantılılık ise, daha çok hukuki imkânların optimizasyonu ile ilişkilidir.<sup>9</sup>

“*Elverişlilik*”, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “*gereklilik*” başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve “*orantılılık*” ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bu açıklamalar ışığında ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvuru aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması şeklinde tanımlanabilir.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> IPSEN, Jörn, Staatsrecht II, 11. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2008, Rdn. 184; PIEROTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, C.F. Müller Verlag, 2008, Rdn. 279.

<sup>9</sup> ALEXY, s. 4.

<sup>10</sup> SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 114.

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeden oluştuğu vurgulanmaktadır: “Ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini deyimleyen oranlılık unsurlarını içermektedir.”<sup>11</sup>

Ölçülülük denetimine amaca erişmek için kullanılan aracın elverişli olup olmadığının denetimiyle başlanır. Elverişlilik ilkesi, alınan tedbirle istenilen neticeye ulaşılmasını, yani tedbirin ulaşılacak istenen amaç için uygun olmasını ifade eder. Dolayısıyla denetim konusu, tedbirin amaca uygunluğu ya da elverişliliği olmaktadır.<sup>12</sup> Alınan bir tedbirin yardımıyla istenilen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa, araç elverişsizdir.<sup>13</sup> Bireylere yükümlülük getiren devlet tedbirleri, kural olarak kamu yararı bulunan somut bir amaç güder. Yasanın öngördüğü tedbirler, yasa koyucunun güttüğü amaca erişmek için kullanılabilir, yani elverişli olmak zorundadır. Hukuk devleti, kamu gücünün gereksiz müdahalelerine karşı bireyleri koruması gerektiğinden amaca uygunluk denetimi zorunludur.<sup>14</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kanaatimce doğru olan yaklaşımına göre, sınırlamada başvuru aracın yasa koyucunun güttüğü amacın bir kısmını gerçekleştirmesi yeterli olup, kullanılan aracın amacı bütünüyle

---

<sup>11</sup> K.T. 4.7.2013, E. 2012/100, K. 2013/84 .

<sup>12</sup> STERN, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, München 1997, s. 674.

<sup>13</sup> GENTZ, Manfred “Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen”, Neue Juristische Wochenschrift, 21. Jahrgang, 2. Halbband, Heft 35, 1968, s. 674.

<sup>14</sup> ARNDT, Hans-Wolfgang/ RUDOLF, Walter, Öffentliches Recht, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1986, s. 43.

gerçekleştirmesi zorunlu değildir.<sup>15</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, *“aracın yardımıyla istenilen neticeye yaklaşılabiliyorsa, araç elverişlidir”*.<sup>16</sup>

Buna karşılık elverişlilik ilkesi, yasa koyucunun her durumda en iyi (optimal) aracı kullanmasını zorunlu kılmaz. Keza istenilen neticenin her somut olayda mutlaka fiilen gerçekleşmesi de zorunlu değildir. Kullanılan aracın başlangıçta ulaşılmak istenen amacı soyut düzeyde gerçekleştirmesinin mümkün görülmesi yeterlidir. Amacın kısmen gerçekleşmesi de yeterlidir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu konuda yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi tanımakta, yasa koyucunun öngörüsünü yargısal olarak yalnızca sınırlı bir kapsamda denetlemekte ve yasa koyucunun kullandığı aracın daha baştan objektif olarak elverişsiz olduğu anlaşılabiliriyorsa elverişlilik ilkesine aykırılık kararı vermektedir. Bu nedenle temel hakları sınırlandıran bir kanunun elverişlilik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edilmesine pek fazla rastlanmaz.<sup>17</sup>

Alexy'e göre elverişlilik ilkesi, bir ilkenin veya amacın gerçekleşmesine katkı sağlamaksızın, en azından bir başka ilkenin gerçekleşmesini sınırlandıran araçların kullanılmasını yasaklar. Eğer, bir ilkenin (İ1) gerçekleşmesini sağlamak üzere kullanılan bir araç (A), bu ilkenin gerçekleşmesini sağlamada elverişli olmadığı gibi, bir başka ilkenin (İ2) gerçekleşmesini de sınırlandırıyorsa, bu halde aracın kullanılmasından elde edilecek bir fayda yoktur. Bir başka deyişle, aracın kullanılmaması halinde her iki ilke birlikte değerlendirildiğinde gerçekleşme oranı daha yüksek düzeyde olacaktır. Bu durumda söz konusu ilkeler araç A'nın

---

<sup>15</sup> BVerfGE, Bd. 16, s. 147 (183); Ayrıca bkz. GENTZ, s. 1603.

<sup>16</sup> BVerfGE, Bd. 30, s. 292 (316); Bd. 33, s. 171 (187); Bd. 39, s. 210 (230); Bd. 40, s. 196 (222).

<sup>17</sup> WIENBRACKE, Mike, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, Zeitschrift für das Juristische Studium, 02/2013, s. 150.

kullanılmasını yasaklar. Bu da bize elverişlilik ilkesinin pareto optimumu<sup>18</sup> düşüncesinin ifadesinden farklı bir şey olmadığını göstermektedir.<sup>19</sup>

Elverişlilik ilkesinin ihlaline örnek olarak, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1980 tarihli "Falknerjagdschein" kararı gösterilebilir. Söz konusu kararda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Av Kanunu'nda yer alan ve hem genel avcılık lisansı almak isteyenler hem de eğitilmiş şahin veya doğan ile avcılık yapmak isteyenler için getirilen silah tekniği ve silah hukuku bilgisine sahip olduğunu göstermek ve silah atış sınavından geçtiğini belgelemekle ilgili düzenlemenin anayasaya uygunluğunu denetlemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi, silah atış sınavının eğitilmiş şahin veya doğan ile avcılık için elverişli olmadığı tespitinde bulunmuştur. Zira bu tür avcılıkta silah kullanılmamaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu yasal düzenlemeyi, makul hiçbir neden olmadığı halde eğitilmiş şahin veya doğan ile avcılık yapan kişilerin genel eylem özgürlüğüne müdahale etmesinden dolayı ölçülülük ilkesine, dolayısıyla da Anayasaya aykırı bulmuştur.<sup>20</sup>

Yasal tedbirlerin elverişsiz olmasından dolayı anayasaya aykırılığı çok sık rastlanan bir durum değildir. Genellikle yasa koyucunun öngördüğü tedbirler, yasa koyucunun amacını en azından kısmen de olsa gerçekleştirir. Bu da elverişlilik ilkesine uygunluk bakımından yeterlidir. Bu nedenle elverişlilik ilkesinin pratikteki önemi oldukça sınırlıdır.

Ölçülülük denetimi çerçevesinde ikinci adım olarak aracın gerekli olup olmadığı denetlenir. Amaca erişmek üzere kullanılan aracın elverişli olduğu tespit

---

<sup>18</sup> İktisatçı ve sosyal bilimci Vilfredo Pareto tarafından geliştirilmiş olan Pareto optimumu (Pareto verimliliği), toplumdaki üretici, tüketici ve faktör sahiplerinden birinin durumunu kötüleştirmeden diğerlerinin durumunu iyileştirmenin mümkün olmadığı kaynak tahsisi durumudur. Yani toplumdaki bireylerden en az birinin refahını azaltmadan diğer birinin refahını artırma imkânı yoksa o toplumun refahı optimumdur.

<sup>19</sup> ALEXY, s. 4.

<sup>20</sup> BVerfGE 55, 159 (166).

edildikten sonra aracın gerekli olup olmadığı denetlenir. Çünkü elverişli olan aracın aynı zamanda gerekli de olması gerekir. Bu denetim kuşkusuz öngörülen amaca erişmek için birçok (en azından iki) elverişli aracın bulunması ön şartına bağlıdır. Gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ifade eder. Mevcut birden fazla elverişli araç arasından bireylere ve kamuya en az zarar verecek olan aracın seçilmesi gerekir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, bu halde kullanılan araç gereksizdir.<sup>21</sup> Eğer devletin bireylere daha az yükümlülük getiren ancak aynı etkiye sahip başka bir aracı kullanma imkânı varsa, bu halde kullanılan araç gerekli değildir.<sup>22</sup>

Gereklilik ilkesi, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirme bakımından aynı veya yakın derecede elverişli iki araçtan, daha az sınırlayıcı, yani daha yumuşak olan aracın seçilmesi gereğini ifade eder. Eğer daha az sınırlayıcı ve aynı derecede elverişli bir araç varsa, bu aracın kullanılması ile hem gerçekleştirilmek istenen ilke veya amaç gerçekleşmiş hem de diğer ilke veya amaçlar için bir maliyet ortaya çıkmamış olur. Gereklilik ilkesinde de, yani daha az sınırlayıcı aracın seçilmesinde de, pareto optimumu düşüncesi kendini gösterir.<sup>23</sup>

Gereklilik ilkesine aykırılığa örnek olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1980 tarihli "Schokoladenosterhase" kararı gösterilebilir. Dava konusu olayda Mahkeme, özellikle Noel Baba ve Paskalya Tavşanı şeklinde patlamış pirinçten üretilen şekerlemelerle ilgili yasağı incelemiştir. Dava konusu düzenleme, patlamış pirinçten yapılan şekerlemelerin çikolata ürünleriyle karıştırılmasını önlemek ve böylece tüketicileri korumak üzere, patlamış pirinçten yapılan

---

<sup>21</sup> GENTZ, s. 1603; RESS, Georg, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht", in: Kutscher/Ress/Emacora/Ubertazzi (Edt.), Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, s. 19.

<sup>22</sup> DETTERBECK, Steffen, Öffentliches Recht, 8. Auflage, Verlag Vahlen, München 2011, Rn. 304.

<sup>23</sup> ALEXI, s. 5.

şekerlemelerin ticari maksatla satışa sunulmasını yasaklamaktaydı. Mahkeme, tüketicilerin ürünlerin üzerine tanıtıcı ve uyarıcı yazılar konulmak suretiyle aynı derecede etkili, ancak daha az sınırlayıcı bir tedbirle korunabileceği tespitinde bulunmuştur. Bu gerekçeyle Mahkeme, getirilen yasaklamayı gereklilik ilkesine aykırı bulmuş ve sonuçta ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>24</sup>

Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında gereklilik ilkesi şöyle tanımlanmaktadır: “Aynı derecede etkili, ancak temel hakkı hiç veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan başka bir aracın seçilme imkânı yoksa araç gereklidir”.<sup>25</sup> Bazı kararlarında ise, ilkeyi şöyle formüle etmektedir: “Amaca ulaşmada aynı etkiye sahip, bireylere daha az yükümlülük getiren başka bir araç yoksa seçilen araç gereklidir”.<sup>26</sup>

Gereklilik ilkesinin özünü, elverişli birçok araç arasından ilgililer açısından en yumuşak aracın seçilmesi oluşturur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, sınırlamada başvuru aracının gerekliliğini “yumuşak araç” olarak tanımlamaktadır.<sup>27</sup> Yumuşak araç ilkesi bu bağlamda yalnızca “göreceli gereklilik” anlamındadır. Yani, tedbirin kendisinin mutlaka gerekli olup olmadığı değil, amaca erişmek için aracın zorunlu olup olmadığı denetlenir.<sup>28</sup> Somut olayda eşit değerlerde birçok elverişli araç söz konusu ise, bunlar arasından en yumuşak olanı belirlenir.

Ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi, orantılılık ilkesidir. Alman hukuk literatüründe orantılılık ilkesini ifade etmek üzere, “dar anlamda ölçülülük” ve

<sup>24</sup> BVerfGE 53, 135 (146).

<sup>25</sup> BVerfGE, Bd. 30, s. 292 (316); Bd. 25, s. 1 (17); Bd. 33, s. 171 (187).

<sup>26</sup> BVerfGE, Bd. 38, s. 281 (302); Bd. 49, s. 24 (58). Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında, gereklilik ilkesini daha farklı bir bakış açısıyla tanımlamıştır: “Ölçüsüzlük yasağı, daha iyi sonuç veren başka meşru bir müdahalenin bulunmadığı durumlarda, yasa koyucuyu yumuşak aracı seçmekle yükümlü kılar”. Bkz. BVerfGE, Bd. 39, s. 157 (165).

<sup>27</sup> BVerfGE, Bd. 72, s. 26 (33); Bd. 64, s. 72 (85).

<sup>28</sup> GRABITZ, Eberhard, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 98, Heft 4, 1973, s. 573; RESS, s. 21.



“katlanılabilirlik” terimleri de kullanılmaktadır.<sup>29</sup> Ölçülülük ilkesi çerçevesinde araç-amaç ilişkisi değerlendirilirken son adım orantılılık denetimidir. Amaca erişmek üzere kullanılan aracın gerekli olduğu tespit edildikten sonra son olarak araç ile amaç arasında makul bir ilişkinin bulunup bulunmadığı denetlenir. Sınırlama, gereklilik testini geçememişse, orantılık denetimi yapılmasına gerek yoktur. Orantılılık denetimi, ölçülülük denetiminin en önemli ve en kritik aşamasını oluşturur.

Orantılılık ilkesi, araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir orantının bulunmasını ifade eder. Belirli bir aracın kullanılması, öngörülen amaca erişme karşısında orantısız olmamalıdır. Araç, ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemelidir. Araç, ilgililer bakımından katlanılabilir nitelikte olmalıdır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, orantılılık ya da dar anlamda ölçülülük ilkesini çoğunlukla bir tedbirin ilgililere “ölçüsüz yükümlülükler getirmeme”si ve onlar için “katlanılamaz olmama”sı şeklinde açıklamaktadır.<sup>30</sup> Elverişli ve gerekli bir tedbirin, tedbire bağlı olarak ortaya çıkan dezavantajlar ile ölçüsüz bir oran içinde bulunup bulunmadığı, başka bir deyişle, müdahalenin ağırlığı ile gerçekleşen neticenin değeri arasında bir orantısızlık bulunup bulunmadığı ve bu yüzden müdahaleden mutlaka vazgeçmenin gerekip gerekmediği hususları denetim aşamasında değerlendirilir.<sup>31</sup> Orantılılık ilkesi gereğince, amaca ulaşmak için seçilen aracın bireylere yüklediği külfetlerin ağırlığı ile sınırlamanın toplumun geneli için sağlayacağı faydalar arasında makul, kabul edilebilir bir ilişki olmalıdır. Bir başka deyişle, yapılacak bir

---

<sup>29</sup> REUTER, Thomas, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen”, JURA, Heft 7/2009, s. 511.

<sup>30</sup> BVerfGE, Bd. 17, s. 306 (314); Bd. 19, s. 330 (337); Bd. 38, s. 312 (322); Bd. 45, s. 422 (431); Bd. 49, s. 24 (58); BVerfGE, Bd. 37, s. 1 (19); Bd. 38, s. 281 (310).

<sup>31</sup> STERN, s. 674; WOLFFERS, Artur, “Neue Aspekte des Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Band 113, Heft 7, Juli 1977, s. 298.

tartımda müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi haklı kılabilecek sebepler arasında ölçüsüz bir orantının bulunmaması gerekir.<sup>32</sup>

Elverişlilik ve gereklilik denetimi yapılırken daha çok kullanılacak araçların taşıdığı özelliklere odaklanılır. Bu bağlamda kullanılacak araçlar, ne ölçüde elverişli ve yumuşak olduğuna bakılarak bir filtrelemeye tabi tutulur. Buna karşılık orantılılık denetiminde, seçilen araçla temel hakka yapılan müdahalenin ağırlığı ile ulaşılmak istenen amacın anayasal açıdan taşıdığı önem arasındaki ilişkiye odaklanılır. Kısaca ifade etmek gerekirse, orantılılık, bir tartım sorunudur.<sup>33</sup> Bireysel yarar ile kamu yararı arasındaki bu tartımın nihai hedefi, pratik uyumunun sağlanmasıdır. Bir başka deyişle, bireysel yarar ile kamu yararı arasında makul bir dengenin kurulmasıdır.<sup>34</sup>

Orantılılık denetiminde denetleyenin önyargularla hareket etmesini ve sübjektif bir karar vermesini önlemek üzere denetimin rasyonel bir şekilde yürütülmesi gerekir. Değerler tartımı, matematiksel bir süreç değildir, ancak unutmamak gerekir ki, bu süreç kişisel, politik veya ahlaki değil, hukuki bir süreçtir. Bu nedenle orantılılık denetimi yapılırken ilk adım olarak karşı karşıya gelen hukuki pozisyonların, yani çatışan değerlerin belirlenmesi gerekir. Daha sonra çatışan bu değerlerin karşılıklı olarak tartılmasına geçilmelidir. Bu noktada öncelikle söz konusu değerlerin soyut olarak ağırlığı/önemi tespit edilmelidir. Son olarak somut olarak müdahaleyle korunmak istenen hukuki değerlerin içinde bulunduğu tehlikenin boyutu ile müdahaleden olumsuz olarak etkilenen temel hak ve özgürlüğe getirilen kısıtlamanın ağırlığı (sıklığı, süresi ve ölçüsü) karşı karşıya getirilir ve tartılır. Getirilen kısıtlama ne kadar genişse, ulaşılmak istenen amacın da o kadar çok önemli olması gerekir. Bu denetim sonucunda, alınan tedbirin ilgili kişilerin temel haklarına

---

<sup>32</sup> WIENBRACKE, s. 152.

<sup>33</sup> MICHAEL, Lothar, "Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit", JuS, Heft 7, 2001, s. 657.

<sup>34</sup> STERN, Klaus, "Die Grundrechte und ihre Schranken" in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2, Tübingen 2001, s. 34; HÖFLING, Wolfram, "Grundrechtstatbestand-Grundrechtsschranken-Grundrechtsschrankenschranken", JURA, 1994, s. 172.

verdiği zararın korunan hukuki değerler karşısında açıkça ağır bastığı, yani kullanılan aracın ulaşılacak istenen amaç karşısında orantısız olduğu anlaşılırsa, araç elverişli ve gerekli olsa da, kullanılmayacağına karar verilir. Bu açıklamalardan çıkan sonuç şudur: Hukuki değerlerin meşru bir şekilde korunması için belli koşullara uyulması gerekir. Bu koşullardan en önemlisi alınan tedbirin ilgili kişiler bakımından katlanılabilir nitelikte olmasıdır. Bir başka deyişle, kullanılan araç, ilgili kişilere ölçüsüz, orantısız yükümlülükler yüklememelidir. Dolayısıyla yasa koyucu temel hakları sınırlandırırken orantılılık ilkesine aykırılığın önüne geçmek üzere gerektiğinde geçici hükümler, muafiyet ya da istisna kapsamına sokan hükümler, telafi edici ya da tazmin edici hükümler yoluyla müdahaleyi yumuşatması ya da sınırlamanın kapsamını daraltması gerekir.<sup>35</sup>

Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri, ulaşılacak istenen amaç bakımından olgusal açıdan yapılabileceklerin en iyisinin yapılması gereğine işaret eder. Bununla birlikte önlenemez maliyetlerden kaçınmak gerekir. Ancak değerler çatışması varsa, maliyet kaçınılmazdır. Bu durumda bir tartım yapılması zorunludur. Söz konusu bu tartım, ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesinin konusunu oluşturur. Orantılılık ilkesi, hukuken yapılabileceklerin içinden en uygun olanın seçilmesi gereğini ifade eder. Orantılılık ilkesi, “tartım kanunu” ile özdeşleşmiş durumdadır. Tartım kanunu, bir ilkenin ihlal derecesi veya ilkeye uyulmamasının derecesi ne kadar yüksekse, bir başka ilkenin hayata geçirilmesinin taşıdığı önemin de o kadar çok büyük olmasını ifade eder.<sup>36</sup>

Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 1992 tarihli “TITANIC” kararı, orantılılık ilkesinin anlaşılmasında yararlı olacaktır. Karar konusu olay, ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasındaki klasik çatışma ile ilgilidir. TITANIC isimli hiciv dergisi, belden aşağısı felçli bir yedek subayı, yapmış olduğu askeri tatbikat çağrısı

---

<sup>35</sup> WIENBRACKE, s. 153.

<sup>36</sup> ALEXI, s. 6.

üzerine önce “doğuştan katil”, sonra “sakat” olarak nitelendirmiştir. Yedek subayın açtığı dava sonunda Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi TITANIC dergisini 12.000 DM tutarında manevi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasında olaya özgü bir tartım yapmıştır. Bu bağlamda söz konusu haklara yönelik müdahalelerin ağırlığını belirlemiş ve birbirleriyle karşılaştırmıştır. Manevi tazminata hükmedilmesini ifade özgürlüğüne yönelik etkili, yani ağır bir müdahale olarak görmüştür. Tazminata hükmedilmesinin arkasında yatan gerekçe, derginin yayın politikasını ve kullandığı dili gelecekte yumuşatmaya hazırlamaktır. “Doğuştan katil” nitelemesi, TITANIC dergisinin genel yayın politikası olan hiciv bağlamında ele alınması gerekir. Dergide bugüne kadar birçok kişi hakkında, ciddiye alınmaması gerektiği açıkça görülebilecek şekilde kelime oyunları ile ahlaklıya varacak kadar çeşitli nitelendirmelerde bulunulmuştur. Bu bağlam içinde çeşitli nitelendirmeler, izin verilmeyen, ağır, hukuka aykırı kişilik hakkı ihlali olarak görülemez. Bu durumda kişilik hakkına yönelik müdahale, en fazla dolaylı, hatta yalnızca düşük yoğunluklu bir müdahale olarak değerlendirilebilir. Tazminat kararı, ifade özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale teşkil ettiğinden, bunun meşru görülebilmesi için kişilik hakkına yönelik müdahalenin de en azından aynı ağırlıkta olması gerekir. Ancak Mahkemenin kanaatine göre aynı ağırlıkta değildir. Aksine dolaylı, belki de sadece hafif yoğunlukta bir müdahaledir. Somut tartım ilkesine göre ifade özgürlüğüne yönelik müdahale ölçüsüzdür ve bu nedenle anayasaya aykırıdır.<sup>37</sup> Buna karşılık yedek subayın “sakat” olarak nitelendirilmesi farklı bir durumdur ve bu niteleme onun kişilik haklarına ağır bir saldırı teşkil etmektedir. Ağır engelli kişilerin kamuoyu önünde “sakat” olarak nitelendirilmesi günümüzde genel olarak “aşağılama” olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu bir aşağılama ifadesidir. Bu durumda ifade özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale ile kişilik haklarının korunmasının taşıdığı büyük önem karşı karşıya gelmektedir. Bu durum tam bir pat halidir.<sup>38</sup> Alman

---

<sup>37</sup> BVerfGE 86, 1 (11-13).

<sup>38</sup> ALEXY, s. 8.

Federal Anayasa Mahkemesi bu konuda Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesinin yaptığı tartım sonucunda kişilik haklarının korunmasına öncelik veren kararına katılmıştır.<sup>39</sup>

### III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

#### A. Genel Olarak

Ölçülülük ilkesi, yüzyılı aşkın bir süre önce ünlü hukukçu Fritz Fleiner tarafından çarpıcı bir şekilde şöyle açıklanmıştır:<sup>40</sup> *“Polis, serçelere topla ateş etmemelidir. ... Sert tedbirlere en son başvurulmalıdır. Polisiye tedbirler ölçülü olmalıdır.”* Bu açıklama bize uygulama alanı polis hukukuyla sınırlı da olsa, ölçülülük ilkesinin İmparatorluk dönemi anayasa hukukunda dikkate değer ölçüde dogmatik bir olgunluğa eriştiğini göstermektedir. O zamandan beri ölçülülük ilkesi yüzyılı aşkın bir süredir gelişimini sürdürmüştür. Ölçülülük ilkesi zamanla polis hukukuna özgü bir ilke olmaktan çıkmış, sürekli genişleyerek hukukun birçok alanında uygulanan bir ilkeye dönüşmüştür. 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 tartılması düşüncesi, çok sayıda Avrupa ülkesinin anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeleri ile Avrupa

---

<sup>39</sup> BVerfGE 86, 1 (13).

<sup>40</sup> FLEINER, Fritz, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1. Auflage, 1911, s. 323 (Aktaran SAURER, Johannes “Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes“, *Der Staat*, Band 51, Heft 1, 2012, s. 3). Ölçülülük ilkesini Fransız hukukçu Guy Braibant, “sineğin çekiçle ezilmemesi” şeklinde çarpıcı bir benzetmeyle açıklamıştır. Bkz. BRAIBANT, Guy “Le principe de proportionnalité”, *Mélanges M. Waline II*, Paris 1974, s. 298 (Aktaran HEINSOHN, Stephanie, *Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Hamburg 1997, s. 163).

Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Daha 1990'lı yıllarda o dönemin bir fenomeni olarak ölçülülük ilkesinin Avrupahlaşmasından 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 haline gelmiştir.<sup>41</sup>

Özellikle temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından sınırlandırılmasında, söz konusu özgürlüğün kullanımının aşırı derecede kısıtlanmasını engellemek amacıyla geliştirilen ölçülülük ilkesi, kamu hukukunun temel ölçütlerinden biri haline 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 mümkündür.<sup>42</sup>

Ölçülülük ilkesinin anavatanının Federal Almanya olması, keza İsviçre hukukunda da ilkenin yüzyılı aşkın bir süredir uygulanıyor olması nedeniyle aşağıda bu iki ülkeye daha geniş yer verilmiştir.

## B. Federal Almanya

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi, hukukun genel bir ilkesi şeklinde gelişmiştir. İlke, ilk önce polis hukuku alanında uygulanmış, daha sonra yalnızca anayasa hukuku alanında değil, aynı zamanda değişen yoğunlukta olmak üzere

---

<sup>41</sup> SAURER, s. 4.

<sup>42</sup> ERDEM, Jülide Gül, "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", AÜHFĐ, Cilt: 62, Sayı: 4, Yıl: 2013, s. 972.

hukukun hemen hemen bütün alanlarında etkili olmuştur.<sup>43</sup> Ölçülülük ilkesi Almanya'da idare hukuku alanından anayasa hukuku alanına doğru genişlemiş ve gelişmiştir. Günümüz Alman idare ve anayasa hukukunda yerleşik bir hukuk ilkesi olarak ölçülülük ilkesinin tanınması, belirli bir gelişim sürecinin sonucunda gerçekleşmiştir. Bu sürecin ilk başlangıcını, 19. yüzyılda polis hukuku ve genel idare hukuku alanında ileri sürülen ve savunulan görüşler teşkil etmiştir.<sup>44</sup> Bu dönemde ölçülülük denetiminin özünü gereklilik alt ilkesi oluşturmaktaydı. Devlet faaliyetlerinin sınırı olarak ölçülülük ilkesinin önemi, 19. yüzyılda sürekli artmıştır. Buna karşılık elverişlilik alt ilkesi pek fazla önem kazanmamıştır. Orantılılık ilkesi ise, ancak 20. yüzyılın ortalarından itibaren yargı organları tarafından denetim ölçütü olarak kullanılmaya başlanmıştır. Yargı organlarının orantılılık ilkesini kullanmaya başlamalarında en önemli etken, 1950'li yılların başında bazı eyalet yasa koyucularının bu ilkeyi açıkça pozitif olarak düzenlemeleridir. Eyalet polis kanunlarında gereklilik ilkesi yanında orantılılık ilkesi açıkça kolluk gücünün kullanılmasının sınırı olarak öngörülmüştür.<sup>45</sup> Bu yasal düzenlemeler kaçınılmaz olarak yargı içtihatlarını etkilemiş ve idare mahkemeleri kolluk tedbirlerinin denetiminde bu ilkeyi kriter olarak kullanmışlardır.<sup>46</sup> Böylece, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinden oluşan ölçülülük ilkesi, gelişimini tam anlamıyla 1950'li yıllarda tamamlamıştır.<sup>47</sup> Hirschberg'in ikna edici bir şekilde gösterdiği gibi, bundan

---

<sup>43</sup> RESS, s. 12.

<sup>44</sup> Devlet faaliyetlerinin gerekliliği ve ölçülülüğü sorunu ile ilgili görüşler daha 18. yüzyılda dile getirilmiş ve ölçülülük kavramı ilk defa Günther Heinrich von Berg tarafından kaleme alınan ve 1799 tarihinde yayımlanan "Handbuch des Teutschen Policeyrechts" adlı eserde yer almıştır. Bkz. DECHSLING, Rainer, Das Verhältnismässigkeitsgebot, Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns, Verlag Franz Vahlen, München 1989, s. 5-6; HEINSOHN, s. 32 vd.

<sup>45</sup> Örneğin, 1954 tarihli Rheinland-Pfaelzischen Polis Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrası şöyledir: "Bir tedbir, ulaşılmak istenen netice ile açıkça orantısız olan bir dezavantaja yol açmamalıdır". Diğer eyaletlerin çıkardığı yasal düzenlemeler için bkz. HEINSOHN, s. 63.

<sup>46</sup> HEINSOHN, s. 63-64; RESS, s. 12.

<sup>47</sup> DECHSLING, s. 6; HEINSOHN, s. 74.

önceki dönemlerde yalnızca yumuşak araç arayışını içeren, tartımı gerekli görmeyen bir ölçülülük kavramı bulunmaktaydı.<sup>48</sup>

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 sağlamıştır.<sup>49</sup>

1949 tarihli Federal Alman Anayasası m. 1/3, yasa koyucuyu anayasal düzenle bağli kılmıştır. Buna karşılık Anayasa, ölçülülük ilkesini yasamanın sınırı olarak açıkça düzenlemiş değildir. Ancak, yasa koyucunun ölçülülük ilkesiyle bağlılığı 50'li yıllardan beri tartışılmaktadır.<sup>50</sup> Ölçülülük ilkesinin hukuki temeli konusunda Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ve doktrinde hâkim olan görüş, ilkenin hukuk devleti ilkesinden türediğı şeklindedir. 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 değildir.<sup>51</sup>

Ölçülülük ilkesi, önemi son yıllarda sürekli artan ve "somut uyuşmazlıklarda düzeltici" olarak hemen hemen bütün hukuk dallarında etkisini gösteren temel bir

<sup>48</sup> HIRSCHBERG, Lothar Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Verlag Otto Schwartz, Göttingen 1981, s. 2 vd.

<sup>49</sup> HEINSOHN, s. 74.

<sup>50</sup> HEINSOHN, s. 66.

<sup>51</sup> HILL, Hermann, "Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt", ISENSEE, Josef/KIRCHOF, Paul (edt.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Freiheitsrechte, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, s. 1315-1316.



hukuki ilkedir.<sup>52</sup> Ölçülülük ilkesi tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Öncelikle kamu gücünün sınırlandırılmasına ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eder.<sup>53</sup> Son yıllarda ölçülülük ilkesinde olduğu gibi çok az hukuki kavram böylesine bir gelişime ve yükselişe mazhar olmuştur.<sup>54</sup> Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ölçülülük ilkesi hemen hemen bütün kararlarda denetim kriteri olarak kullanılmış ve birçok kanun Anayasaya aykırı görülerek iptal edilmiştir.<sup>55</sup> Aynı şekilde idare mahkemeleri de ölçülülük ilkesini aynı yoğunlukta kullanmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı idari tedbirleri yürürlükten kaldırmaktadır.<sup>56</sup> Ölçülülük ilkesinin esas fonksiyonu temel haklar alanındadır. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının güncelleşmesini ve etkinleşmesini sağlar.<sup>57</sup> Temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerde yer alan yasa kayıtları ölçülü yasa kayıtlarına dönüşmüştür.<sup>58</sup> Böylece ölçülülük ilkesi bütün temel hak sınırlamaları için sınırlamanın sınırı haline gelmiştir.<sup>59</sup>

---

<sup>52</sup> RESS, s. 5.

<sup>53</sup> KATZ, s. 93.

<sup>54</sup> Ölçülülük ilkesi ve değerler tartışısı, Isensee'nin esprili, ancak bütünüyle isabetli bir şekilde ifade ettiği gibi, günümüz Alman kamu hukukunun iki büyük "yumuşatıcı"sıdır. Aktaran SCHNAPP, Friedrich, "Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs", JuS, Heft 11, 1983, s. 850.

<sup>55</sup> STEIN, Ekkehart, Staatsrecht, 14. Auflage, J. C. B. Mohr Verlag, Tübingen 1993, s. 240; RESS, s. 7; WENDT, Rudolf, "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot", AöR, Band 104, Heft 3, 1979, s. 414.

<sup>56</sup> Ölçülülük ilkesine aykırılıktan dolayı idare mahkemelerince çok sayıda idari işlem iptal edilmiştir. Örnek olarak yalnızca Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin şu kararlarına bakılabilir: BVerwGE, Bd. 41, s. 316; Bd. 47, s. 280; Bd. 47, s. 201; Bd. 49, s. 160; Bd. 55, s. 250; Bd. 56, s. 220; Bd. 59, s. 104. Ayrıca bkz. GLITZ, Hubertus, Gesetzmässigkeitprinzip und Übermassverbot in ihrer Bedeutung für die Sachgemässheit verwaltungsrechtlicher Auflagen, Bad Driburg 1975, s. 81 vd.; RESS, s. 7; OSSENBUHL, Fritz, "Der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit (Übermassverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte", Juristische Ausbildung, Heft 12, Dezember 1997, s. 617 vd.

<sup>57</sup> GRABITZ, s. 586.

<sup>58</sup> PIEROTH/SCHLINK, s. 72.

<sup>59</sup> SCHNAPP, s. 851.

### C. İsviçre

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 değildir. İsviçre Federal Mahkemesi, 1930'lu yılların sonundan itibaren sanayi ve ticaret özgürlüğünün sınırlanmasıyla ilişkili olarak ölçülülük ilkesini daha sık kullanmaya başlamıştır.<sup>60</sup> Federal Mahkeme, ölçülülük ilkesine ilk defa 24 Eylül 1926 tarihli bir kararında yer vermiştir. Federal Mahkeme, sanayi ve ticaret özgürlüğü ile ilgili alınan tedbirlerin kamu yararı taşıya bile, aynı etkide fakat daha az sınırlayıcı başka bir tedbire başvurma imkânı söz konusu ise, kamu yararı daha geniş bir sınırlamayı haklı kılmadıkça, meşru olmadığını belirtmiştir.<sup>61</sup>

Ölçülülük ilkesi Almanya'da idare hukuku alanından anayasa hukuku alanına doğru genişlemiş ve gelişmiştir. İsviçre'de ise tam tersi olmuştur.<sup>62</sup> Federal Yüksek Mahkemenin sanayi ve ticaret özgürlüğü ile ilgili 1911 yılından beri verdiği kararlar ölçülülük ilkesinin gelişiminde etkili olmuş ve böylece başlangıçtan beri ilke anayasa hukuku alanında ele alınmıştır.<sup>63</sup> Federal Mahkeme ölçülülük ilkesini, "kamu hukukunun bütün alanlarında" etkili olan<sup>64</sup>, idare hukukunun tamamına

<sup>60</sup> Örnek olarak bkz. BGE 65 I, s. 72; 70 I, s. 3; 73 I, s. 10; 78 I, s. 304; 79 I, s. 134; 80 I, s. 16.

<sup>61</sup> Söz konusu karar, sütleri sağılan hayvanların memelerine sürülen bir merhemın satışının yasaklanması ile ilgilidir; Federal Mahkeme bu yasağı şu gerekçe ile Anayasaya aykırı bulmuştur: "Kullanım talimatında preparatın kesinlikle tedavi edici etkisinin olmadığı, aksine yalnızca ineğin sağılmasını kolaylaştırdığı hususunun belirtilmesi yeterlidir." Bkz. BGE 52 I, s. 222 vd.

<sup>62</sup> HUBER, Hans, "Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 96 (I), 1977, s. 4.

<sup>63</sup> OBERLE, Max Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffes, Zürich, 1952, s. 10 (Aktaran, MEYER-BLAZER, s. 7).

<sup>64</sup> BGE 94 I, s. 397; ZIMMERLI, Ulrich, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 97, Heft 1, Halbband 2, 1978, s. 10.

hâkim olan<sup>65</sup> ve hem hukukun uygulanmasında hem de hukukun yaratılmasında geçerli olan<sup>66</sup> temel bir ilke olarak kabul etmiştir.

Federal Mahkeme, ölçülülük ilkesinin artan önemini dikkate alarak, ilkeyi anayasa hukukunun yazılı olmayan bir prensibi olarak nitelemiş ve bundan böyle ilkeyi anayasal değerde kabul etmiştir.<sup>67</sup> Böylece ilke anayasa hukuku açısından güvenceye alınmış ve gelişmelere uygun olarak sanayi ve ticaret özgürlüğü dışında diğer hak ve özgürlükler alanında da uygulanmaya başlanmıştır.<sup>68</sup>

Ölçülülük ilkesinin anayasa hukuku değerine yükselmesinde Alman doktrininin ve yargı içtihatlarının önemli katkısı olmuştur. Hans Huber'in tespit ettiği gibi, bundan böyle her iki ülkedeki gelişme paralel seyretmiş, ölçülülük ilkesi ile ilgili idare hukuku ve idari yargının görüşleri anayasa hukuku ve anayasa yargısı tarafından olumlu karşılanmıştır.<sup>69</sup> Her iki ülkede ölçülülük ilkesi, Fritz Werner'in "idare hukuku somutlaşmış anayasa hukukudur" sözüne güzel bir örnek teşkil etmiştir.<sup>70</sup>

Ölçülülük ilkesi, kamu hukukunda en çok kullanılan ilkelerden biridir. Bundan dolayıdır ki, ilkenin anayasada açıkça yer alması önerilmiştir. Örnek olarak, J. P. Aubert tarafından hazırlanan 1974 tarihli Anayasa Tasarısı m. 3/1 gösterilebilir. Tasarının bu hükmü şöyledir: "Devlet faaliyetleri ölçülü olmak zorundadır." Yine 1996 tarihli Anayasa Tasarısında devlet faaliyetlerinin temel ilkelerini düzenleyen 4. maddesinin 2. bendinde, devlet faaliyetlerinin ölçülü olması gerektiği yönünde bir hükme yer verilmiştir. Ölçülülük ilkesi, temel hakların sınırlandırılması düzenleyen 32.

---

<sup>65</sup> ZIMMERLI, s. 10.

<sup>66</sup> BGE 96 I, s. 242.

<sup>67</sup> BGE 94 I, s. 496; 96 I, s. 242.

<sup>68</sup> HUBER, s. 16; ZIMMERLI, s. 11.

<sup>69</sup> HUBER, s. 5.

<sup>70</sup> HUBER, s. 6; ZIMMERLI, s. 12.

maddesinde de düzenlenmiştir. Maddenin 1. bendinde temel hakların sınırlandırılmasının yasal bir temele dayanması gerektiği, sınırlamanın kamu yararı veya üçüncü kişilerin temel haklarının korunması amacıyla yapıldığı takdirde meşru olduğu ve sınırlamanın ölçülü olmak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır.<sup>71</sup>

İsviçre’de, yaklaşık otuz yıldır sürdürülen yeni anayasa çalışmaları, nihayet bir sonuca ulaşmıştır. 18 Nisan 1999 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilen yeni İsviçre Anayasası 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>72</sup> 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 haline 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 etmekteydi.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Bkz. Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Arbeitspapiere, I, 1974, s. 141 (Aktaran WOLFFERS, s. 297).

<sup>72</sup> BB vom 18. Dez. 1998, BRB vom 11. Aug. 1999 - AS 1999 2556; BBl 1997 I 1, 1999 162 5986). Bkz. <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html>.

<sup>73</sup> BGE 94 I, s. 397; ZIMMERLI, s. 10.

#### D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ek protokollerde açıkça öngörülmüş değildir. Ancak, ölçülülük kavramının ifade ettiği anlam, nispeten daha açık bir şekilde Sözleşme ve ek protokollerin bazı maddelerinde yer almaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bunun farkına varmakta gecikmemiştir. AİHM, ölçülülük ilkesini doğrudan Sözleşme'de düzenlenen temel haklardan türetmekte, hatta bir adım daha atarak ölçülülük ilkesinin örtülü bir şekilde de olsa zikredilmediği hak ve özgürlükler alanında da uygulayarak ölçülülük ilkesinin uygulama alanını genelleştirmektedir.<sup>74</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında ölçülülük ilkesine yer vermesi, ölçülülük ilkesinin evrenselleşmesi bakımından büyük öneme sahiptir. AİHM, 1960'lı yılların sonundan itibaren taraf devletlerin eylem ve işlemlerinin Sözleşmeye uygunluğunu denetlerken ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını da incelemeye başlamıştır. Alman anayasa hukuku, Avrupa Birliği Adalet Divanı üzerinde oldukça etkili olmuşken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üzerinde ise daha sınırlı bir etki göstermiştir. Bunun sebebi ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme'nin benimsediği farklılaşmış ve kademelenmiş sınırlama sistemi çerçevesinde her bir hak ve özgürlükle ilgili Sözleşme metninde yer alan sınırlara sıkı bir şekilde bağlı kalmasıdır.<sup>75</sup>

Eissen, ölçülülük ilkesinin AİHS ve ek protokollerde varlığını iki şekilde ele almaktadır. İlk olarak, ölçülülük ilkesinin hafif örtülü formda düzenlendiği

---

<sup>74</sup> EISSEN, Marc-André, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in: R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold, The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London 1993, s. 125; BLECKMANN, Albert "Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips", JuS, Heft 3, 1994, s. 178; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu", Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Cilt 4, Ankara 1990, s. 264.

<sup>75</sup> SAURER, s. 10.

hükümler, ikincisi ise, potansiyel olarak ölçülülük kavramını içeren hükümler. İlk kategoride 15. madde ile 8 ila 11. maddelerin ikinci fıkra hükümleri yer almaktadır. İkinci kategoride ise, 5. maddede düzenlenen kişi özgürlüğü ve 1. Protokolün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı olmak üzere diğer bazı hükümler yer almaktadır.<sup>76</sup>

Sözleşme'nin 15. maddesi, Sözleşmeye taraf devletlere, savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hallerde "kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere" Sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilme yetkisi tanımaktadır. Madde 15/1'de yer alan "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesi, alınan tedbirlerin tehlikenin boyutlarıyla orantılı olmasını içermektedir. Temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı tedbirler, "ancak durumun gerektirdiği ölçüde" olmak ve bunu aşmamak zorundadır. Bir başka deyişle, alınacak tedbirler ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Buna göre, devletin uygulayacağı sıkıyönetim ve olağanüstü hal tedbirleri, aşırı, ölçüsüz ve gereksiz boyutlara ulaşmamalıdır.<sup>77</sup> En ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemlerle çözüm mümkünse ve buna rağmen ağır önlemlerin alınması tercih ediliyorsa ölçülülük ilkesine aykırı davranılıyor demektir.<sup>78</sup> Örneğin, şiddet ve terör eylemlerini bastırmak için alınan önlemler sonucundaki uygulamalarda, eylemlerle hiç ilgisi olmayan insanlara baskı yapmak, tutuklamak, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eder.<sup>79</sup>

Sözleşmeye taraf bir devlet, ulusun yaşamını tehdit eden bir tehlike karşısında, tehlikenin boyutu ile alınan önlemler arasında makul bir denge kurmak zorundadır. Alınan önlemler, tehlikeyi ortadan kaldırma amacını gütmeli ve sadece buna yönelik olmalıdır. AİHS m. 15/1'de ifadesini bulan ölçülülük ilkesi ile alınacak

<sup>76</sup> EISSEN, s. 125 vd.

<sup>77</sup> KAPANİ, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 2. Basım, Ankara 1991, s. 116.

<sup>78</sup> GEMALMAZ, Semih, "Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-De Jura Ayırımı", Cahit Talas'a Armağan, Ankara 1990, s. 225.

<sup>79</sup> AYBAY, Rona, "Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap, Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 466.

önlemlerin elverişliliği ve gerekliliğinin değerlendirilmesinde ulusal makamlara tanınan takdir alanı sınırlanmaktadır.<sup>80</sup> AİHM, 15. madde ile ilgili verdiği kararlarda, yargısal denetimi daha çok kullanılan araçların durumunun gerektirdiği ölçünün ötesine geçip geçmediğini belirlemeye yoğunlaştırmıştır. Bir başka deyişle, ölçülülük ilkesini, "alınan önlemlerin koşulların gerektirdiği bir önlem olup olmadığının denetlenmesi" aşamasında kullanmaktadır. Bununla birlikte, AİHM, 15. madde çerçevesinde yaptığı denetimde ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.<sup>81</sup>

Sözleşme'de güvence altına alınan hakların sınırlanabilmesi için haklı bir nedenin bulunması gerekir. Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde sınırlama sebepleri normatif olarak açıkça öngörülmüştür. Buna göre bu haklar ancak düzenlendiği maddede yer alan sebeplerle sınırlanabilir. Yani sınırlamanın meşru bir amacının bulunması gerekir. Ayrıca getirilen sınırlamanın "demokratik bir toplumda" gerekli olması gerekir. Görüldüğü üzere bu maddelerde yer alan hakların sınırlanmasında yalnızca "meşru bir amacın" bulunması yeterli değildir. Söz konusu sınırlamaların, demokratik bir toplumda, ulaşılmak istenen amaca erişmek için gerekli olduğu ölçüde yapılması zorunludur. Bir başka ifadeyle, bu kısıtlamaların meşru ve zorunlu olması halinde bile, bunların "güdülen meşru amaçla orantılı" olması gerekir. Bu formülasyonun arkasında, sınırlamanın meşru olmasının koşullarından biri olan ve karşılaştırmalı hukukta birçok devletin anayasasında öngörülmüş olan ölçülülük ilkesi yatmaktadır. Bu kriter Sözleşme uygulamasında çoğunlukla "zorlayıcı sosyal ihtiyaç" şeklinde kendini göstermektedir. AİHM'e göre, getirilen bir kısıtlamanın Sözleşme'ye uygun olabilmesi için "sosyal bir ihtiyacı" karşılaması ve "öngörülen meşru amaçla orantılı" olması gerekir.<sup>82</sup> AİHM, birçok

---

<sup>80</sup> YOKUŞ, Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, İstanbul 1996, s. 30.

<sup>81</sup> EISSEN, s. 126.

<sup>82</sup> Wingrove/İngiltere Kararı, 25.11.1996, Başvuru No: 17419/90, parag. 53.

kararda, sınırlamayı gerektiren nedenlerin yeterli ve önemli olması ve sınırlamanın meşru amaçla orantılı olması gerektiğini açıkça dile getirmiştir.<sup>83</sup>

Gereklilik denetimi yakın tarihli kararlarda çoğunlukla açıkça ölçülülük ilkesi adı altında yapılmıştır. Ölçülülük denetimi yapılırken en başta alınan önlemin amaca erişmek için elverişli olup olmadığına bakılmaktadır. AİHM kararlarında elverişlilik denetiminin açıkça yapıldığı haller çok istisnadır. Çoğunlukla bu denetim üstü örtülü bir şekilde gerçekleşmektedir. Getirilen sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğu denetlenirken denetimin özünü orantılılık ilkesi oluşturmaktadır. Sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacına erişmek için en az sınırlayıcı araç olup olmadığı, yani gereklilik ilkesine uygunluk denetimi, ayrı bir denetim aşaması olarak uygulanmamakla birlikte, zaman zaman ölçülülük ilkesi uygulanırken başvuru aracının yumuşak bir araç olup olmadığı da sorgulanmaktadır. Orantılılık denetimi yapılırken sınırlamanın Sözleşme'nin sağladığı güvencelere sahip kişilere yüklediği külfetler ile ulaşılmak istenen meşru amacın devlet açısından taşıdığı önem tartışılmaktadır. Bir başka deyişle, araç ile amaç arasında ölçsüz bir orantının bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Bu bağlamda AİHM, müdahale ile ulaşılmak istenen meşru amacın orantılı olup olmadığını, keza ulusal makamların sınırlamanın hukuka uygun olduğunu göstermek üzere ileri sürdüğü gerekçelerin önemli ve yeterli olup olmadığını denetlemektedir.<sup>84</sup>

AİHM, istikrarlı olarak Sözleşme'nin tamamına hâkim olduğunu söylediği ölçülülük ilkesini toplumun genel çıkarı ile temel haklara saygı arasında bulunması gereken adil denge ile birlikte ele almaktadır. Ölçülülük ilkesinin Strasbourg Mahkemesinin kararlarında önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Aslında Mahkeme, Avrupa denetimi işlevini yürütürken sürekli olarak ölçülülük ilkesi ile devletlere tanınan takdir marjı arasında makul bir denge kurmaya çalışmaktadır.

<sup>83</sup> Örnek olarak bkz. Camenzind/İsviçre Kararı, 16.12.1997, Başvuru No: 21353/93, parag. 45.

<sup>84</sup> GRABENWARTER, Christoph / PABEL, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012, s. 129-130.



Genel olarak bu dengeyi sağlamada başarılı olduğu söylenebilir. Ölçülülük ilkesinin AİHM'in içtihatlarında güçlü ve kalıcı bir biçimde kök saldığı ve bu ilkenin Sözleşme sisteminin genel bir ilkesi haline geldiği söylenebilir.

### E. Avrupa Birliği Hukukunda Ölçülülük İlkesi

Avrupa Birliği hukukunda ölçülülük ilkesiyle ilgili açık bir hüküm (birçok ulusal hukuk düzeninde olduğu gibi), Maastricht Antlaşması'nın yürürlüğe girmesine kadar yer almamaktaydı. Bu yüzden ilkenin geçerliliği öncelikle ve yalnızca AB hukukunun genel hukuk ilkesi olarak Adalet Divanı yoluyla tanınmasına dayandırılmıştır.<sup>85</sup> Adalet Divanı, ölçülülük ilkesini diğer birçok hukuk devleti ilkesi gibi<sup>86</sup>, yerleşik içtihatlarında AB hukukunun genel ilkesi olarak kabul etmiş ve ilkenin içeriğini ve etki alanını AB hukukuna özgü bir şekilde oluşturmuştur.<sup>87</sup> Divanın kendisi ölçülülük ilkesinin geçerliliği konusunda şu tespitte bulunmuştur<sup>88</sup>: "Ölçülülük ilkesi, Divanın yerleşik içtihadına göre AB hukukunun genel ilkelerinden biridir."

AB hukukunun çeşitli alanlarında uygulanan ölçülülük ilkesi, şu andaki gelişme düzeyi bakımından AB hukuk düzeninin temel ilkelerinden biridir. Temel haklar ve diğer anayasal prensipler konusunda olduğu gibi, ölçülülük ilkesinin tanınmasını da Avrupa Birliği Adalet Divanı sağlamıştır. Adalet Divanı, ölçülülük ilkesini AB hukukunun genel ilkesi olarak yerleşik içtihatlarında kullanmış ve ilkenin

---

<sup>85</sup> PACHE, Eckhard, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften", Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 18. Jahrgang, Heft 10, 15 Oktober 1999, s. 1034.

<sup>86</sup> Örneğin, haklı beklentilerin korunması ilkesi (ABAD, Slg. 1975, s 533 [CNTA/Komisyon]); hukuk güvenliği (ABAD, Slg. 1980, s. 1237 [Amministrazione delle Finanze]); idarenin kanuniliği (ABAD, Slg. 1961, s. 111 [SNUP/Hohe Behörde]).

<sup>87</sup> RESS, s. 37.

<sup>88</sup> ABAD, Slg. I 1996, s. 795 (Frankreich und Irland/Kommission); ABAD, 11. 7. 1989, Rs. 265/87 (Schraeder) Slg. 1989, s. 2269.

pekişmesinde önemli bir rol oynamıştır.<sup>89</sup> Ölçülülük ilkesinin AB hukukunda tanınmasında büyük ölçüde Alman hukuk sistemi etkili olmuştur. Günter Hirsch'in deyimiyile, Alman hukuku vaftiz babalığı yapmıştır.<sup>90</sup> Alman anayasa ve idare hukukunda yaygın olarak kullanılan ölçülülük ilkesi, Avrupa Birliği hukuk düzeninde AB hukukuna özgü spesifik bir uygulamaya kavuşmuştur. Bu nedenle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın sayısız kararda ölçülülük ilkesini kullanmış olması şartıtcı değildir.<sup>91</sup> Ölçülülük ilkesi öncelikle AB kurumlarının aldığı tedbirler ile üye devletlerin tedbirleri veya işlemlerinin hukuka uygunluğunun tartışma konusu olduğu davalarda, keza AB hukukunca oluşturulan hukuki statülerin içeriği veya tanımlanan hukuki statülerin sınırlandırılması ile ilgili davalarda uygulanmaktadır.<sup>92</sup>

Ölçülülük ilkesinin uygulandığı kararların çokluğu, ilkenin AB hukuk düzeninde farklı işlevlere sahip olmasıyla açıklanabilir. Bu işlevlerden ikisi diğerlerine nazaran daha fazla önem arz etmektedir. Ölçülülük ilkesi AB hukukunda bir taraftan Avrupa Birliği Antlaşması m.5 anlamında yetki kullanımının sınırı olarak işlev görürken, öte yandan temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hukuka uygunluğu denetlenirken denetim ölçütü olarak kullanılmaktadır.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5. maddesinin 4. fıkrasına göre, ölçülülük ilkesi gereğince, Birlik tedbirinin içeriği ve şekli, Antlaşmaların amaçlarına ulaşmak için gerekli olan ölçüyü aşamaz. Avrupa Birliği Antlaşması, Birliğin yetkilerini sınırlandırmak üzere ölçülülük ilkesinin yanı sıra subsidiarite ve sınırlı yetki ilkesini de kabul etmiştir. Böylece Birliğin yetkili olabilmesi ve bu yetkilerin Birlik organlarınca kullanılabilmesi için bir sınırlama-üçlüsü oluşturulmuştur. Söz konusu

<sup>89</sup> HIRSCH, Günter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 80, Bonn 1997, s. 8.

<sup>90</sup> HIRSCH, s. 2.

<sup>91</sup> Haziran 1997 sonuna kadar tam olarak 538 davada Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemeleri ölçülülük ilkesini denetim ölçütü olarak kullanmışlardır. Bkz. PACHE, s. 1033.

<sup>92</sup> TRSTENJAK, Verica/BEYSEN, Erwin "Das Prinzip der Verhältnismässigkeit in der Unionsrechtsordnung", Europarecht, Heft 3, 2012, s. 265.

düzenlemenin lafzından ölçülülük ilkesinin uygulama alanının Birliğin yetki alanının tamamını kapsadığı sonucu çıkmaktadır. Buna karşılık yetki ile ilişkili olarak ölçülülük ilkesinin organların işlevlerine bakılmaksızın Birlik organlarının tamamı üzerinde uygulanıp uygulanamayacağı sorunu henüz kesin olarak açıklığa kavuşmuş değildir. Birlik organlarının hukuken bağlayıcı işlemleri üzerinde ölçülülük ilkesinin uygulanabileceği tartışmasızdır. Buna karşılık Birlik organlarının kural koyma yetkisi niteliğinde olmayan bir yetki kullanırken ölçülülük ilkesini de dikkate almak zorunda olup olmadıkları tartışmalıdır. İngiliz hukukçuları böyle bir halde ölçülülük ilkesinin uygulanmayacağını, Alman hukukçuların çoğunluğu ise, uygulanması gerektiğini söylemektedirler. Ölçülülük ilkesinin işlevi dikkate alındığında ikinci yaklaşım daha ikna edici görünmektedir.<sup>93</sup>

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5. maddesinin 4. fıkrasında ölçülülük denetiminin nasıl yapılacağı ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış değildir. Söz konusu hüküm, Birlik tedbirleri amacı gerçekleştirmek için gerekli olanı aşamaz dediğine göre, gereklilik denetimi açıkça öngörülmüş olmaktadır. Her ne kadar elverişlilik ilkesi açıkça öngörülme de, dolaylı olarak elverişlilik ilkesinin de benimsendiği söylenebilir. Zira alınan tedbirin amaca erişmek için gerekli olup olmadığının denetlenebilmesi için öncesinde tedbirin elverişli olup olmadığına bakılması gerekir. Buna karşılık denetim kriteri olarak orantılılık ilkesi, açıkça zikredilmediği gibi, zımnen benimsendiğini gösterir bir emare de bulunmamaktadır. Bununla birlikte Adalet Divanı ölçülülük denetimi yaparken orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığına da bakmaktadır.<sup>94</sup>

Avrupa Topluluğu kurucu antlaşmalarında bazı istisnalar dışında temel haklara veya temel hak benzeri güvencelere yer verilmemiştir. Avrupa Topluluklarının kuruluşundan hemen sonra Topluluk hukuku işlemleriyle veya

---

<sup>93</sup> TRSTENJAK/BEYSEN, s. 267.

<sup>94</sup> TRSTENJAK/BEYSEN, s. 267.

Topluluk hukukuna dayanılarak yapılan işlemlerle gerçekleşen temel hak ihlallerinin nasıl önleneceği sorunu ortaya çıkmıştır. Adalet Divanı bu ortamda büyük bir cesaret örneği göstererek hukuk devleti konusunda ortaya çıkan bu açığı kapatmak amacıyla AİHS'ne ve üye devletlerdeki temel hak düzenlerine dayalı içtihadi bir temel hak koruması geliştirmeye başlamıştır.<sup>95</sup> ATAD, Topluluğun kuruluşundan kısa bir süre sonra, erken sayılabilecek bir dönemde Topluluk alanında temel hakları tanımaya başlamıştır. ATAD, 1960'lı yılların sonlarından itibaren içtihadı dayalı bir temel hak koruması geliştirmeye başlamıştır. Bu gelişim çizgisinde ilk karar 1969 tarihli *Stauder* kararıdır. Bu kararda ATAD, temel hakları, Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak kabul etmiştir. Bu karardan kısa bir süre sonra 1970 yılında verdiği *Internationale Handelsgesellschaft* kararında, üye devletlerin iç hukukunda tanınan temel haklar karşısında Topluluk hukukunun üstünlüğünü kabul etmiştir. Böylelikle Topluluk hukuku içerisinde temel hakların korunması sağlanmış olmaktadır. 1974 tarihli *Nold* kararında, üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri, temel haklar içtihadının kaynağı olarak kabul edilmiştir. 1979 tarihli *Hauer* kararında ise, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinin yanı sıra AİHS de temel hakların korunmasının hukuksal dayanakları arasına sokulmuştur.<sup>96</sup>

Bu kararlar sonrasında Topluluk Mahkemesi'nin ulaştığı sonuç şudur: Temel haklar, Mahkeme'nin saygı gösterilmesini sağlamakla yükümlü olduğu Topluluk hukukunun genel prensiplerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturur; üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve üye devletlerin katıldıkları ya da taraf oldukları insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar, özellikle de Avrupa İnsan Hakları

---

<sup>95</sup> TRETTER, Hannes, "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – vergebene Chance oder Hoffnung?", DIE UNION, 1/2001, s. 45; TERHECHTE, Jörg Philipp, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010, s. 44.

<sup>96</sup> Avrupa Birliği hukukunda ölçülülük ilkesinin gelişimi için bkz. METİN, s. 92 vd.

Sözleşmesi, Toplum hukuk düzeni içinde temel hakların korunmasının hukuksal dayanaklarıdır.<sup>97</sup>

Bu dönemde Avrupa Birliği hukukunda temel haklar ile hukukun genel ilkeleri arasında sıkı bir ilişki kurulmuştur. Bu durum öncelikle ölçülülük ilkesinin temel hak yargısı alanına girmesinde açıkça görülmektedir. Adalet Divanının temel haklarla ilgili içtihadını gün geçtikçe geliştirmesi ve genişletmesi sonucunda ölçülülük ilkesi, temel hakları koruyucu bir işleve sahip olmuştur.<sup>98</sup>

Toplum hukukunda temel hak korumasının gelişiminde en büyük pay kuşkusuz Adalet Divanı'na aittir. Bununla birlikte Toplum organlarının temel haklara ilişkin bildirimleri ve Antlaşmalarda yapılan bazı değişiklikleri de unutmamak gerekir. Her ne kadar bu bildirimler hukuken bağlayıcı nitelikte olmasa da, Adalet Divanı'nın izlediği yolu onaylaması bakımından önemlidir. Temel haklara ilişkin bildirimlerle Avrupa Birliğinin oluşturulması yönünde uzun soluklu ve ihtiyatlı bir ilerleme amaçlanmıştır.

Avrupa Birliği temel hak korumasının gelişiminde Temel Haklar Şartı'nın kabulü bir dönüm noktasını oluşturmaktadır. Temel Haklar Şartı ile temel hakların AB'nin kurucu prensibi ve meşruiyet kaynağı olduğu, AB'nin temel haklara saygı yükümlüğünün Toplum Mahkemesi kararlarıyla da kabul edildiği ve tanımlandığı vurgulanmakta ve temel haklar, yazılı bir listeye görünür kılınmaktadır.<sup>99</sup> Temel Haklar Şartı'nın amacı, AB kurumlarının insan haklarına saygı duymasını sağlamak, temel hakları güvence altına almak suretiyle etkin bir şekilde korumaktır. Temel

---

<sup>97</sup> ÇAVUŞOĞLU, Naz, "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: "Katılım Meselesi", Anayasa Yargısı, Sayı: 22, 2005, s. 1.

<sup>98</sup> POLLAK, Christiana, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991, s. 34.

<sup>99</sup> TERHECHTE, s. 52-53.

Haklar Şartı, 2000 yılının Aralık ayında yalnızca bir bildirme şeklinde ilan edilmiş olup, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Aralık 2009'a kadar hukuken bağlayıcı değildi. Lizbon Antlaşması, temel hakların korunması bakımından yeni bir dönemin başlangıcıdır. Lizbon Antlaşması'nın getirdiği en önemli yeniliklerden biri, Temel Haklar Şartı'nda öngörülen özgürlükleri ve ilkeleri garanti altına alması ve Şart'a hukuki bağlayıcılık kazandırmasıdır.

Yedi bölüm ve toplam 54 maddeden oluşan Şart'ın iki ayrı maddesinde ölçülülük ilkesine yer verilmektedir. İlk olarak, "Yargısal Haklar" başlıklı altıncı bölümde yer alan 49. maddenin 3. fıkrasında, ceza hukukunu ilgilendiren yönü düzenlenmiştir: "Suça karşılık öngörülen ceza ölçüsüz olmamalıdır". İkinci olarak, "Şart'ın Uygulanması ve Yorumuna Dair Genel Hükümler" başlıklı yedinci bölümde yer alan 52. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, Şart'ta tanınmış olan hak ve özgürlüklere yönelik her türlü sınırlama yasayla öngörülmek ve hak ve özgürlüğün özüne dokunmamak zorundadır. Sınırlamalar, Toplumun genel yararına hizmet eden amaçlara ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gereğine uygun olarak ölçülülük ilkesine riayet edilmek suretiyle gerçekleştirilebilir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan öze dokunma yasağı ve ölçülülük ilkesi, Adalet Divanı tarafından daha önce içtihat yoluyla oluşturulan temel hak sınırlama rejiminde yer almaktaydı. Bu iki ölçütün Şart'ta açıkça düzenlenmesi, yeni bir güvence getirmemekle birlikte, temel hakların korunması rejimini pekiştirmektedir.

Adalet Divanı zamanla ölçülülük ilkesi konusunda ayrıntılı bir içtihat geliştirmiştir. Adalet Divanı, ölçülülük ilkesine uygunluk denetimini, alınan önlemin getirilen hukuki düzenlemedeki amaca erişmek için orantılılık ve gereklilik sınırlarını aşıp aşmadığına bakarak yapmaktadır. Bu denetimde özellikle ulaşılmak istenen amaca erişmek için başvuru aracının uygun olup olmadığı ve aracın amaca erişmek için gerekli olup olmadığı araştırılmaktadır. Adalet Divanının yerleşik içtihadına göre, alınan tedbirler getirilen düzenlemenin ulaşmak istediği meşru

amaca erişmek için elverişli ve gerekli olmak zorundadır. Ayrıca, alınan önlemlerden kaynaklanan sakıncalar ile ulaşılacak istenen netice arasında makul bir ilişki olmalıdır. Bugün Divan, esas olarak yerleşik içtihat şeklinde ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık kriterlerine göre denetim yapmaktadır. Bu denetim şekli daha çok Alman hukukundaki duruma uygun düşmektedir.<sup>100</sup>

AB hukukunda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hukuka uygun sayılabilmesi için, geçmişte olduğu gibi bugün de, meşru bir amacın bulunması ve ölçülülük ilkesine uyulması gerekir. Bu iki koşul, sınırlamada gözetilmesi gereken temel koşullardır. Buna karşılık Temel Haklar Şartı'nda yer alan öze dokunma yasağı yargısal uygulamada bugüne kadar çok fazla önem kazanmamıştır. Hatta üç aşamalı ölçülülük denetimi yanında öze dokunma yasağının bağımsız olarak bir anlam ve öneminin olup olmadığı bile sorulabilir. Çünkü bir temel hak sınırlamasının orantılılığı denetlenirken hedeflenen meşru amaca erişmek üzere alınan sınırlayıcı tedbirin olumlu etkileri ile söz konusu tedbirin temel hakla korunan hukuki değerler veya hukuki pozisyonlar üzerindeki olumsuz etkileri bir tartıma tabi tutulacaktır. Eğer sınırlama çok geniş kapsamlı ise, söz konusu temel hakkın esaslı unsurlarını bütünüyle yok saymışsa, yani hakkın özüne dokunmuşsa, kural olarak orantısız bir sınırlamadır ve netice itibarıyla ölçülülük ilkesine aykırıdır.<sup>101</sup>

Ölçülülük ilkesi, AB hukukunun çeşitli alanlarında uygulanan oldukça esnek bir ilke konumundadır. İlke, AB hukukunda Birlik organlarının yetki kullanımlarını sınırlama işlevi görür. Bunun yanı sıra temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların AB hukukuna uygunluğunun denetiminde kullanılan en önemli denetim ölçütlerinden biridir. Ölçülülük denetimi öteden beri üç aşamalı bir

---

<sup>100</sup> METİN, s. 101-102.

<sup>101</sup> TRSTENJAK/BEYSEN, s. 280.

test şeklinde yapılmaktadır. Denetlenen tedbir, ulaşılmak istenen amaca erişmek için elverişli ve gerekli ise, korunan diğer hukuki değerler veya pozisyonlar için ölçüsüz bir yükümlülük getirmiyorsa, ölçülülük ilkesine uygun demektir. Ölçülülük denetiminin nihai amacı, birbiriyle çatışan ve korunmaya değer iki veya daha fazla hukuki değer veya pozisyon arasında adil bir denge kurmaktır.<sup>102</sup>

#### **F. Avrupa Birliği'ne Üye ve/veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Taraf Devletler**

Ölçülülük ilkesinin AB hukukunda ve AİHS hukukunda kökleşmesi, üye devletlerin hukuk düzenlerini de etkilemiştir. İsviçre ve İspanya gibi ülkelerde ölçülülük ilkesinin tanınmasında daha çok Alman hukuku etkili olurken, İtalya'da ise en önemli faktör AB hukukudur. İtalyan hukukundaki ölçülülük ilkesi altındaki araç-amaç ilişkisi ile ilgili teorik ve dogmatik anlayışın gelişmesinde Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarının önemli bir payı vardır. Avusturya hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hiyerarşik olarak anayasal değerde olduğundan, bu durum bir taraftan anayasa ve idare hukukunun Avrupalılaşmasını sağlarken, diğer taraftan ölçülülük ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında uygulanması sonucunu doğurmuştur.

1990 yılların başından itibaren yeni anayasalarını yapan ya da anayasa reformuna giden birçok ülkede ölçülülük ilkesi anayasal bir ilke olarak açıkça öngörülmeye başlanmıştır. Örneğin, 1991 tarihli Romanya Anayasası'nın 49. maddesi, hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılmasını düzenler. Maddenin 2. fıkrasına göre, "sınırlama, sınırlamaya neden olan durumla orantılı olmalı ve hakkın veya özgürlüğün varlığına dokunmamalıdır." Benzer bir düzenleme 1994 tarihli Moldova Anayasası'nın 54. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre, "zorunlu sınırlamalar, sınırlamaya neden olan durumla orantılı olmalı ve hakkın veya özgürlüğün varlığını etkilememelidir." 1998 tarihli Arnavutluk Anayasası'nın 17.

---

<sup>102</sup> TRSTENJAK/BEYSEN, s. 284.



maddesine göre, “bir sınırlama, sınırlamayı gerektiren durumla orantılı olmalıdır.” Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, 1999 tarihli İsviçre Anayasası, ölçülülük ilkesini, hem devlet faaliyetlerinde hem de temel hakların sınırlanmasında gözetilmesi gereken bir ilke olarak kabul etmiştir. 1990 tarihli Hırvatistan Anayasası’nın sınırlama sistemini öngören 16. maddesine 2000 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle eklenen hükme göre, “sınırlamayı gerektiren herhangi bir durumda hak ve özgürlüklere getirilen her tür sınırlama ölçülü olmalıdır.” 1975 tarihli Yunanistan Anayasası’nın 2001 yılında değişikliğe uğrayan 25. maddesinin 1. fıkrasına göre, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar, ölçülülük ilkesine uygun olmak zorundadır.<sup>103</sup>

1961 Türk Anayasası, temel hakların sınırlanmasında temel sınırlama ölçütü olarak öze dokunma yasağını benimsemiştir. Anayasa metninde ölçülülük ilkesini işaret eden herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Ölçülülük ilkesi, 1961 Anayasasında yer almamakla birlikte, bu dönemde de hukuk devleti ve adalet anlayışının bir uzantısı olarak yargı kararlarında uygulama alanı bulmuştur.<sup>104</sup> Ölçülülük ilkesi, 1982 Türk Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin genel hüküm niteliğindeki 13. maddesinde, Anayasanın 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 Anayasanın 13. maddesi, ölçülülük ilkesini açıkça temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak düzenlemiş ve böylece doktrinde ortaya çıkan tartışmalara son vermiştir.

---

<sup>103</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. CİN, Turgay, “Yunanistan Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 11, Sayı:2, 2009, s. 43-80.

<sup>104</sup> SABUNCU, Yavuz, Anayasaya Giriş, 5. Bası, Ankara 1997, s. 48.

Buna karşılık bazı ülkelerin temel hak kataloglarında ölçülülük ilkesi açıkça öngörülmemekle birlikte, ölçülülük ilkesinin bazı unsurları, özellikle de temel hak sınırlamalarının gerekliliği, açıkça öngörülmüştür. Örneğin 1976 tarihli Portekiz Anayasası'nın 1982 yılında değiştiren 18. maddesinin 2. fıkrasına göre, "kanunlar sadece Anayasada açıkça ifade edilen durumlarda hakları, özgürlükleri ve teminatları kısıtlayabilir ve bu kısıtlamalar, Anayasa tarafından korunan diğer haklar ve menfaatlerin korunması için gerekli olanlarla sınırlıdır." 1992 tarihli Estonya Anayasası'nın 11. maddesine göre, "haklar ve özgürlükler sadece anayasaya uygun düşecek şekilde sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır ve sınırlandırılan hak ve özgürlüklerin özünü değiştiremez." 1993 tarihli Rusya Anayasası'nın 55. Maddesinin 3. Fıkrasına göre, "İnsan ve vatandaş hak ve özgürlükleri yalnız anayasal düzenin temellerinin, ahlakın, sağlığın, diğer kişilerin hak ve yasal çıkarlarının, ülke savunmasının ve devlet güvenliğinin korunmasının gerekli kıldığı ölçüde federal kanunla sınırlandırılabilir." Kuşkusuz ölçülülük ilkesinin anayasada düzenlenmesi, onun anayasa yargısı pratiğinde tutarlı ve yeknesak bir şekilde uygulanmasını garantiye almamaktadır. Ölçülülük ilkesinin bir taraftan hak ve özgürlükleri sınırlamaya imkân tanıyan diğer anayasal düzenlemelerle karşı karşıya geldiği, öte yandan Yunanistan, Türkiye ve Rusya'da olduğu gibi, anayasa mahkemelerinin denetim yetkisini kullanırken uzun süre çekingen bir tutum takındığı görülmektedir. Ölçülülük ilkesi neredeyse Avrupa'nın tamamında benimsenmiş olmasına rağmen, temel hakları sınırlama problematiğinde birçok ülke ilkeye Alman anayasa hukukunda olduğu gibi süreklilik arz eden üstün bir değer vermiş değildir.<sup>105</sup>

İngiliz hukukundaki gelişmeler diğer Avrupa ülkelerinden farklı bir seyir izlemiştir. Çünkü Avrupa ülkelerinde benimsenen ve uygulanan ölçülülük ilkesi, parlamentonun egemenliği ilkesiyle bağdaşmayan bir hukuk anlayışını

---

<sup>105</sup>G. KOUTNATZIS, Stylianos-Ioannis, "Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee", *Verfassung und Recht in Übersee*, Heft 1, 2011, s. 40.

benimsemeye zorlamaktadır. Hem AB hukuku hem de AİHS, İngiliz hukukunu geleneksel yargılama ölçütü olan Wednesbury standardından (Wednesbury principle of unreasonableness) uzaklaşarak ölçülülük ilkesini benimsemeye zorlamıştır. Bu konuda 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası önemli bir rol oynamıştır. Bugün İngiliz yargı pratiğinde birbiriyle yarışan iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Kimi mahkemeler ölçülülük ilkesinin uygulama alanını AB hukuku ve AİHS'nin sağladığı güvenceler ile sınırlı tutmak isterken, kimi mahkemeler ise ölçülülük ilkesinin İngiliz hukukunun her alanında uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Gelecekte ölçülülük ilkesinin evrenselleşmesinin de etkisiyle ikinci yaklaşımın ağır basacağı söylenebilir.<sup>106</sup>

## G. Diğer Ülkeler

### 1. Kanada

Ölçülülük ilkesinin evrenselleşmesini ortaya koyarken diğer ülkeler başlığı altında ilk olarak Kanada'ya yer vermek ilk başta yadırganabilir. Her ne kadar Kanada hukukuna tabi olanların sayısı az olsa da, ölçülülük ilkesinin evrenselleşmesi açısından Kanada hukuk düzeninin taşıdığı önem büyüktür.<sup>107</sup>

Anayasal değere sahip olan 1982 tarihli Kanada Hak ve Özgürlükler Şartı'nın 1. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler, “ancak özgür ve demokratik bir toplumda gerekliliği açıkça gösterilerek, yasa ile makul ölçüde sınırlanabilir.” Söz konusu bu hüküm uyarınca, temel hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlamanın Anayasaya uygunluğu için, sınırlamanın yasayla yapılmış olması, özgür ve

---

<sup>106</sup> SAURER, s. 12-13.

<sup>107</sup> SAURER, s. 14.

demokratik bir toplumda bu tür bir sınırlamanın gerekli olması ve sınırlamanın makul olması gerekir.<sup>108</sup>

Kanada’da ölçülülük ilkesinin yargısal denetimde ölçüt olarak kullanılmaya başlanması, Kanada Hak ve Özgürlükler Şartı’nın kabulünden sonradır. Kanada Yüksek Mahkemesi, söz konusu Şartın 1. maddesindeki norma dayanarak ölçülülük ilkesini uygulamaya başlamış ve geliştirmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi, 1980’li yılların ortasında İngilizcenin geçerli olduğu çeşitli kıtalardaki mahkemeler için örnek teşkil edebilecek bir içtihat geliştirmeye başlamıştır.<sup>109</sup> Yüksek Mahkeme’nin ölçülülük ilkesine açıkça yer verdiği ilk karar 1985 tarihli R.v.-Big M. Drug Mart Ltd. kararını olmakla birlikte, ilkenin teorik çerçevesinin çizildiği ve uygulama alanının belirlendiği emsal niteliğindeki karar 1986 tarihli “Oakes” kararıdır.<sup>110</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi, öncü niteliğindeki bu kararlar, temel hakların sınırlanması sistemini öngören söz konusu düzenlemeden ölçülülük ilkesini türetmiş ve bu karar yerleşik içtihat haline gelmiştir.<sup>111</sup>

Oakes kararında tartışılan husus, Kanada narkotik ceza hukukunda yer alan tersine çevrilmiş yasal ispat yükümlülüğünün anayasaya uygunluğu meselesidir. Konuyla ilgili düzenlemede, uyuşturucu bulundurduğu sabit görülen sanığın, uyuşturucuyu satmak amacıyla bulundurduğu varsayılmaktadır. Aksini sanığın ispat etmesi gerekir. Söz konusu düzenlemenin, devlete ait ispat külfetini sanığa yüklediği için, temel haklar bölümünde güvence altına alınan masumluk karinesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür.<sup>112</sup> Dava konusu bu olaydan hareketle aşamalı bir ölçülülük denetimi geliştirilmiş ve buna başvuran David Edwin Oakes’in isminden esinlenerek “Oakes Testi” denilmiştir.

<sup>108</sup> UYGUN, Oktay, “Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi”, in: Turgut Tarhanlı (Edt.), Edip F. Çelik’e Armağan: Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, İstanbul 1995, s. 392.

<sup>109</sup> SAURER, s. 14.

<sup>110</sup> UYGUN, s. 393.

<sup>111</sup> KOUTNATZIS, s. 44.

<sup>112</sup> UYGUN, s. 394.

Buna göre, sınırlamanın anayasaya uygun olabilmesi için, öncelikle araç-amaç ilişkisi çerçevesinde ulaşılmak istenen amacın yeterince önemli olması, yani ulaşılmak istenen sosyo-politik hedeflerin asgari bir ağırlığa sahip olması gerekir. Alman uygulamasında ölçülülük denetiminde ön sorun olarak öncelikle sınırlama amacının meşru olup olmadığına bakılmaktadır. Buna karşılık Kanada uygulamasında ön sorun olarak yalnızca sınırlama amacının meşru olup olmadığına değil, aynı zamanda sınırlama amacının yeterince önemli olup olmadığı ve ivedi bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı hususlarına da bakılmaktadır.<sup>113</sup> Yüksek Mahkeme temel hakka getirilen sınırlamayı daha sonraki aşamada ölçülülük ilkesinin genel kabul gören üç unsurunu dikkate alarak denetlemektedir. Mahkemeye göre, ilk olarak, alınan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında mantıksal bir bağ olmalıdır. İkinci olarak, kullanılan araç, ilgili temel hakkı mümkün olduğu kadar az sınırlandırmalıdır. Üçüncü olarak, sınırlamadan elde edilen faydalar ile sınırlamanın yol açtığı yan etkiler arasında bir orantı bulunmalıdır.<sup>114</sup>

Oakes kararında ve Kanada öğretisinde açıkça vurgulanan hususlardan biri de, Hak ve Özgürlükler Şartı'nda düzenlenen hakların mutlak nitelikte olmadığı, sınırlamanın istisnai nitelikte olduğu ve sınırlamanın ancak öngörülen koşullara uygun olması halinde meşru sayılacağı hususudur. Kanada yargısı ölçülülük ilkesini oldukça sık kullanmaktadır. Ölçülülük ilkesi uygulamasında diğer alt ilkeler karşısında gereklilik ilkesinin daha fazla öne çıktığı, denetim yoğunluğunun dava konusuna göre farklılaştığı ve yasa koyucuya tanınan takdir alanının çok fazla daraltılmadığı görülmektedir. Kanada'da ölçülülük düşüncesi yasa yapım sürecinde de dikkate alınmaktadır.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> KOUTNATZIS, s. 45.

<sup>114</sup> SAURER, s. 15; UYGUN, s. 394.

<sup>115</sup> KOUTNATZIS, s. 46.

Kanada hukukundaki anlayışa göre, ölçülülük denetiminin özünü, denetimin ikinci aşamasında kendini gösteren, ilgili temel hakkı en az sınırlayan aracın seçilip seçilmediği sorunu oluşturmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, denetimin bu aşamasında çoğunlukla alınan tedbirlerin birçoğunun en az sınırlayıcı önlem olmaması nedeniyle ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ortaya çıkar. Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında, Fransızca konuşan Quebec eyaletinde kabul edilen bir kanunun getirdiği İngilizce reklam panosu yasağını en yumuşak aracın kullanılması gerekliliğine aykırı bulmuştur. Çünkü yasa koyucunun, kategorik olarak İngilizceyi yasaklamadan Fransızca'yı koruma ve geliştirme amacına ulaşması mümkün iken, yani kullanabileceği daha yumuşak araçlar var iken, daha sert bir araç olan yasaklama yoluna gitmiştir.<sup>116</sup>

Kanada hukuk literatüründe ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesinin önemi genellikle göz ardı edilmektedir. Buna uygun olarak Kanada Yüksek Mahkemesi de, sınırlayıcı önlemin etkisi ile sınırlama amacı arasındaki ilişkide gereklilik ilkesini öne çıkarmaktadır. Yüksek Mahkeme, somut tartım ilkesine dayanarak getirilen bir sınırlamayı anayasaya aykırı bulmaktan kaçınmaktadır. Alman anayasa hukukçuları, ölçülülük denetiminin aşamalarının doğru bir şekilde uygulanmaması halinde ölçülülük testinin rasyonel etkisi azalacağı gerekçesiyle bunu bir eksiklik olarak görmektedirler.<sup>117</sup> Gerçi Kanada yargısı ölçülülük denetiminin başında ön sorunların içeriğini geniş tutmak suretiyle bunu kısmen telafi etmektedir, ancak yine de bağımsız bir orantılılık denetimi için çok az bir alan bırakılmış olmaktadır. Buna rağmen Kanada uygulamasının tartımı tamamen dışladığını söylemek mümkün değildir. Aksine fiilen yapılan tartım yalnızca ölçülülük denetiminin farklı bir aşamasında yapılmış olmaktadır.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> SAURER, s. 16.

<sup>117</sup> GRIMM, Dieter, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", University of Toronto Law Journal, 57 (2007), s. 396 (Aktaran KOUTNATZIS, s. 47).

<sup>118</sup> KOUTNATZIS, s. 47.

Kanada Yüksek Mahkemesi, ölçülülük ilkesini türetirken ve uygularken uzun bir süre karşılaştırmalı hukukla bağlantı kurmamıştır. Ancak yaklaşık yirmi yıl sonra Alman ve Avrupa hukukunun Kanada'daki ölçülülük anlayışının gelişimi üzerindeki etkisi açıkça kabul edilmiştir. Ölçülülük denetiminin uygulanış şekli bakımından Kanada ve Alman uygulaması arasında benzerlik bulunsa da, ölçülülük denetiminin alt ilkeleri ve bunların uygulanma sırası bakımından farklılıklar da bulunmaktadır.<sup>119</sup>

Kanada Yüksek Mahkemesinin Oakes kararı, ölçülülük ilkesinin İngilizce konuşulan birçok ülkeye yayılmasında çok etkili olmuştur. Gerçekten Kanada Yüksek Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesine ilişkin içtihatları Common-Law hukuk sistemine dâhil ülkelerde etkili olmuş ve örnek alınmıştır. Örneğin Namibya ve Yeni Zelanda mahkemeleri, kendi ulusal hukuklarındaki temel haklar kataloglarından sınırlamada uyulması gereken bir ölçüt olarak ölçülülük ilkesini türetmişler ve ölçülülük denetimi yaparken Kanada Yüksek Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesine ilişkin içtihatlarını esas almışlardır.<sup>120</sup> Artık ölçülülük ilkesi dünya genelinde benimsenen ve uygulanan bir ölçüt haline gelmiştir. İngiltere, İrlanda, Namibya, Hong Kong, Avustralya ve Yeni Zelanda'da yargı organları temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların anayasaya uygunluğunu denetlerken ölçülülük ilkesini açıkça kullanmaktadırlar.<sup>121</sup>

## 2. Güney Afrika Cumhuriyeti

Kanada Yüksek Mahkemesinin Oakes içtihadının, Güney Afrika Cumhuriyeti'ndeki anayasal gelişmeler üzerindeki etkisi büyüktür. 1990'lı yılların başında Güney Afrika'daki Apartheid rejiminin sona ermesinden sonra kurulan yeni demokratik sistemde ölçülülük ilkesi benimsenirken açıkça Kanada örneği model

---

<sup>119</sup> KOUTNATZIS, s. 45.

<sup>120</sup> KOUTNATZIS, s. 47.

<sup>121</sup> SAURER, s. 16.

alınmıştır. Ancak, AİHS'nin ve Alman Anayasasının da etkisi göz ardı edilmemelidir. 1993 tarihli geçici Güney Afrika Anayasası'ndaki genel sınırlama kaydına göre, temel haklara getirilen sınırlamalar, özgürlük ve eşitliğe dayalı açık ve demokratik bir toplumda makul ve haklı olmalıdır. Ayrıca söz konusu temel hakkın özüne dokunulmamalıdır. Bunların dışında insan onuru, zorla çalıştırma yasağı, din ve ifade özgürlüğüne özgü olmak üzere gereklilik şeklinde ek bir sınırlama şartı daha öngörülmüştür. Bu formülasyonda Kanada etkisi ağır basmakla birlikte, literatürdeki görüşler ve alt derece mahkemelerinin kararları ile dolaylı bir şekilde Alman ölçülülük anlayışının da etkisi bulunmaktadır. Ne var ki, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Anayasadaki sınırlama sistemine ilişkin hükmü uygularken ilk başlarda ölçülülük ilkesini açıkça kullanmaktan çekinmiştir. Bu dönemde Mahkeme bir davada, zaten Anayasa genel sınırlama kaydında önemli sınırlama kriterlerini bizzat belirlemiş durumdadır, dolayısıyla en azından bu davada Kanada'daki ölçülülük uygulamasını izlemeyi gerektiren bir sebep bulunmamaktadır şeklinde bir karar vermiştir. Ancak kısa bir süre sonra hem ölçülülük denetimine yönelik çekimser tutumundan hem de bu denetimin tıpkı Kanada uygulaması gibi yapılmasından vazgeçmiştir. Bundan sonraki dönemde Anayasa Mahkemesi, Geçici Anayasa'daki genel sınırlama kaydının ölçülülük denetimini de içerdiğini kabul etmiş ve ölçülülük denetimi yaparken Kanada Yüksek Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yararlanmıştır.<sup>122</sup>

1996 tarihli Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasındaki Haklar Bildirgesinde kullanılan formülasyon ve bu hakların sınırlandırılması sistemine ilişkin düzenleme, Güney Afrika Cumhuriyeti anayasa hukukunun karşılaştırmalı anayasa hukukundan ne kadar çok etkilendiğini açıkça göstermektedir. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın 39. maddesi, yargı organlarının Temel Haklar Bildirgesini yorumlarken uluslararası hukuku göz önünde bulundurmak zorunda olduklarını, yabancı

---

<sup>122</sup> KOUTNATZIS, s. 49-50.



ülkelerin yasalarını da göz önünde bulundurabileceklerini açıkça öngörmektedir. Nitekim Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, bu hükme dayanarak, anayasa hükümlerinin anlamını diğer devletlerdeki benzer düzenlemelerin yorumlarına dayanarak belirlemektedir.<sup>123</sup>

Kanada Hak ve Özgürlükler Şartı'nda olduğu gibi, Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası da, demokrasinin gereklerine uygun evrensel bir sınırlama sistemini benimsemiştir (m. 36). Söz konusu maddede ayrıca insan onurunun, özgürlüğün ve eşitliğin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler ancak genel hukuk ilkeleri çerçevesinde sınırlandırılabilir. Keza sınırlandırmanın makul ve demokratik bir toplumda haklı görülebilir olması zorunludur. Maddede ayrıca hak ve özgürlükler sınırlandırılırken; söz konusu hakkın niteliğinin, sınırlandırmanın önemi ve amacının, sınırlandırmanın niteliği ve kapsamının, sınırlandırma ile sınırlandırmanın amacı arasındaki ilişkinin ve aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik daha az kısıtlayıcı tedbirlerin bulunup bulunmadığı hususlarının göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesindeki bu düzenleme adeta Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Anayasanın kabulünden önce vermiş olduğu ve ölçülülük ilkesine ilişkin en önemli karar olan "Makwanyane" kararında dile getirilen ilkelerin pozitif hukuk normuna dönüştürülmesi şeklindedir.<sup>124</sup>

Makwanyane davasında Mahkeme, cinayet suçu için öngörülen ölüm cezasının anayasaya uygunluğunu incelemiştir. Mahkeme öncelikle cezalandırmanın amaçları olan caydırıcılık, özel önleme ve denkleştirici adalet ile konuyla ilgili temel

---

<sup>123</sup> BAER, Susanne, "Verfassungsvergleich und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 64 (2004), s. 738.

<sup>124</sup> SAURER, s. 17.

haklar olan yaşama hakkı, insan onuru, keyfilik ve ayrımcılık yasağı ışığında ölüm cezası arasındaki ilişkiyi ele almış ve taşıdıkları önemi tartışmıştır. Mahkeme, ölçülülük ilkesi ile zalimane ceza yasağı arasında bir ilişki kurmuş ve ölüm cezasının gereklilik ilkesine uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi açısından ölüm cezasının bu cezanın alternatifi olan ömür boyu hapis cezası karşısında daha etkili ve caydırıcı bir araç olduğu yönünde yeterli kanıt bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin daha sonra verdiği birçok karar, ölçülülük ilkesinin temel haklara dayalı bireysel yarar ile kamu yararı arasında makul bir denge kurma şeklinde geliştiğini göstermektedir.<sup>125</sup>

### 3. İsrail

Bilindiği üzere İsrail’de bir anayasada bulunması gereken konular sistematik bir şekilde düzenlenerek anayasa adı verilen bir belgede toplanmış değildir. Bir başka deyişle, İsrail’in şekli anlamda bir anayasası yoktur. İsrail’de maddi anlamda anayasayı oluşturan “temel kanun” olarak adlandırılan kanunlar bulunmaktadır.

Bu temel kanunlara 1992 yılında İnsan Onuru ve Hürriyeti Hakkında Temel Kanun adında yeni bir temel kanun eklenmiştir. Bu temel kanunda düzenlenen temel haklar, kapsayıcı bir yasa kaydına tabidirler. Temel hakların sınırlandırılmasında uyulması gereken diğer koşullar yanında sınırlamanın meşru ve uygun bir amacının bulunması ve ölçsüzlük yasağına uyulması koşulları da bulunmaktadır. Temel kanunda yer alan ölçülülük ilkesi, 1990’lı yılların ortasından itibaren yargı kararlarıyla somutlaştırılmaya başlanmıştır. Ölçülülük ilkesiyle ilgili önemli kararlardan biri de “Mizrahi Bank” kararıdır. Kararda tartışma konusu olan husus, ağırlıklı olarak tarım sektöründe kooperatif olarak faaliyet gösteren bir bankanın eski borçlarıyla ilgili düzenlemenin mülkiyet hakkıyla bağdaşıp bağdaşmadığı sorunudur. Bu davada ölçülülük ilkesi kullanıldığı gibi parlamentonun çıkardığı kanunların yargısal yoldan denetlenmesi de kabul edilmiştir. Bu gelişmeler

---

<sup>125</sup> SAURER, s. 18.

İsrail'deki anayasal gelişmeler bakımından bir dönüm noktasıdır. İsrail Yüksek Mahkemesi bu davada denetim ölçütü oluştururken karşılaştırmalı anayasa hukukundan, özellikle de Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanmışır. Kararın gerekçesinde “yumuşak araç” ilkesi açıklanırken Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1958 tarihli “Apotheken” kararına atıf yapılmıştır.<sup>126</sup>

İsrail Yüksek Mahkemesi kararlarında ölçülülük ilkesi denetiminde daha çok gereklilik ve orantılılık ilkeleri önemli rol oynamaktadır. Örneğin “Miller” davasında İsrail ordusunda kadınların bazı askeri eğitimlere katılmasına izin verilmemesi, gereklilik kriterine aykırı bulunmuştur. Buna karşılık “Lior Horev” davasında dini bayramlarda cadde ve sokakların kullanılmasına ilişkin düzenlemenin anayasaya uygunluğu denetlenirken orantılılık ilkesi kilit rol oynamıştır.<sup>127</sup> İsrail'de öğreti ve yargı organları, İnsan Onuru ve Hürriyeti Hakkında Temel Kanunda yer alan genel sınırlama kaydını yorumlarken hem Alman hem de Kanada hukukundan yararlanmışlardır. Kanada içtihadının aksine İsrail Yüksek Mahkemesi ölçülülük denetiminde sınırlama amacının meşruluğuna olağanüstü bir önem vermiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca devlet faaliyetlerinin orantılılığını değerlendirmekten de geri durmamıştır. Buna örnek olarak İsrail Yüksek Mahkemesi'nin Filistin sınırı boyunca terörle mücadele amacıyla örülen duvarla<sup>128</sup> ilgili olan ve oldukça ilgi uyandıran 2004 tarihli “Beit Sourik” kararı gösterilebilir. Yüksek Mahkeme, askeri makamlar tarafından çizilen duvar hattının elverişlilik ve gereklilik ilkelerine aykırı olmadığına karar vermekle birlikte, güvenlik açısından elde edilen faydanın

---

<sup>126</sup> SAURER, s. 19.

<sup>127</sup> SAURER, s. 20.

<sup>128</sup> Bu duvarın isimlendirilmesi konusunda bir kavram karmaşasının bulunduğu söylenebilir. İsrail tarafı resmi terminolojisinde daha çok Türkçe karşılığı güvenlik çiti olan “security fence” kavramını kullanmaktadır. Filistinliler ise ırkçı, ayrımcı duvar anlamına gelen “apartheid wall” tanımlamasını tercih etmektedirler. Uluslararası Adalet Divanı ise “Batı Şeria Duvarı” terimini kullanmıştır. Bkz. DEĞİRMENCİ, Gamze, “Batı Şeria Duvarı ve Uluslararası Hukuk”, Bilge Strateji, Cilt 2, Sayı 4, Bahar 2011, s. 206.

alternatif rota karşısında çok düşük düzeyde kaldığını, buna karşılık bölge halkının haklarına önemli zararlar verildiğini, yani katlanılamaz nitelikte olduğunu söylemiştir.<sup>129</sup> Mahkeme kararda, duvarın askeri gerekliliklerle değil, güvenlik endişeleri sebebiyle inşa edildiği tespitinde bulunduktan sonra, “terörizme karşı vatandaşların korunması sorumluluğu”nu sık sık vurgulamış ve duvarın yönünün değiştirilmesi yönünde bir karar vermiştir.<sup>130</sup> Ölçülülük ilkesinin somutlaştırılması ile ilgili İsrail’de yaşanan tartışmalarda Alman ve Kanada etkisi birbiriyle yarışmasına rağmen, bu davada esas olarak Alman ölçülülük ilkesi modeli örnek alınmıştır. Bu bağlamda ölçülülük denetimi üç aşamalı olarak uygulanmış, elverişlilik ve gereklilik ilkeleri karşısında orantılılık ilkesine daha fazla ağırlık verilmiştir.<sup>131</sup>

#### 4. Amerika Birleşik Devletleri

Birçok ülkede ölçülülük ilkesi Alman hukukundan ya da geniş anlamda Avrupa insan hakları hukukundan esinlenilerek ya açıkça anayasada düzenlenmiş ya da yargı organları tarafından uygulanmaya başlanmış iken ABD anayasa hukukunda tam tersi yönde bir gelişim söz konusudur. Amerika’da farklı bir bakış açısı bulunmaktadır. Amerikan Federal Yüksek Mahkeme kararlarında ölçülülük düşüncesinin benimsenmesi gerektiğine dair bir ize rastlanmamaktadır. Tam aksine çoğunlukla reddedilmektedir.<sup>132</sup>

Bu çekingen tutumun temelinde Amerikan temel hak anlayışı yatmaktadır. Çok önem atfedilen din özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı hakkı, yaygın bir metafor olarak koruyucu kalkan olarak nitelendirilmektedir. Bu haklar kişinin devlet tarafından dokunulamayacak ve aşılamayacak özel alanının sınırlarını çizen, bireyi iktidara karşı koruyan haklardır. Amerikan İnsan Hakları Bildirgeleriyle içselleştirilen bu temel anlayışa uygun olarak söz konusu hak ve özgürlükler,

<sup>129</sup> KOUTNATZIS, s. 48.

<sup>130</sup> DEĞİRMENCİ, s. 212.

<sup>131</sup> KOUTNATZIS, s. 48.

<sup>132</sup> SAURER, s. 21.

başlangıçta temel haklar listesi içermeyen 1787 ABD Anayasasına 1791 tarihinde eklenmiştir. Anayasaya eklenen temel hakların önemli bir kısmı mutlak hak şeklinde formüle edilmiştir. ABD Anayasasına temel haklar eklenirken başlangıçta hâkim olan düşünce bu hak ve özgürlüklerin birçoğunun mutlak bir nitelik taşıdığı şeklindedir. Bu hak ve özgürlüklere kamu yararı gibi sebeplerle dışarıdan müdahale edilerek sınırlandırılmayacağı, hak ve özgürlüklerin ancak kendisinden kaynaklanan sınırlarının bulunduğu kabul edilmekteydi. Örneğin, hakaret, devlet sırlarını ifşa etmek, müstehcen açıklamalar, halkı kışkırtmaya yönelik sözler, ifade özgürlüğünün koruma alanının dışında kaldığı kabul edilmiştir. Bu mantıkla ölçülülük ilkesi, özgürlüklere getirilebilecek sınırlamaların oldukça dar tutulduğu bir sistemde sınırlamaları genişletebilecektir.<sup>133</sup>

Yakın dönemde verilmiş olan ve oldukça ilgi uyandıran “Heller” kararı, Amerika’daki temel anlayışı çok iyi yansıttığı gibi, ölçülülük düşüncesiyle yüzleşmeyi de sergilemektedir. “Heller” davasında tartışma konusu olan husus, başkent Washington’da tabanca taşınmasını yasaklayan kanunun, ABD Anayasasında yapılan ikinci değişiklikle kabul edilen ve temel hak şeklinde güvence altına alınan silah bulundurma ve taşıma hakkı ile bağdaşır bağdaşmadığı sorunudur. Dava konusu kanun 1970 tarihli olup, özel kişilerin tabanca taşınmasını yasaklamasından dolayı ABD’nin en sert silah kanunu olarak kabul edilmektedir. Tüfek ve av tüfeklerine özel mekânlarda ancak boş ve demonte olması ya da özel kilitle güvence altına alınmış olması halinde izin verilmektedir. Federal Yüksek Mahkeme, çok az bir oy çoğunluğu ile (4’e karşı 5) ile tartışma konusu kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Çoğunluk görüşüne göre, silah bulundurma ve taşıma hakkı, mutlak ve sınırsız bir şekilde güvence altına alınmıştır. Yargıç Stephen Breyer tarafından yazılan ve diğer üç yargıcın da katıldığı karşı oy yazısında ilk defa teknik bir terim olarak “orantılılık” kavramı, kademeli rasyonel dengeleme testi için açıkça

---

<sup>133</sup> SAURER, s. 22.

kullanılmıştır. Karşı oy yazısı, evrenselleşen ölçülülük ilkesinin Amerikan anayasa hukukunda da etkili olmaya başladığını göstermektedir.<sup>134</sup>

## 5. Brezilya

Alman Anayasa hukuku öğretisinin ve 1949 tarihli Bonn Anayasası'nın yeni demokrasiler üzerinde büyük etkisinin olduğu bilinen bir gerçektir. İlk akla gelenler 1976 tarihli Portekiz ve 1978 tarihli İspanya Anayasasıdır. Alman Anayasasının ve Alman hukuk öğretisinin Latin Amerika ülkeleri üzerindeki etkisini görmek çok zor değildir.<sup>135</sup> Belirtmek gerekir ki, Latin Amerika ülkelerinin anayasal düzenlerinde Alman ve Avrupa yaklaşımının benimsenmesinde İspanya ve Portekiz köprü işlevi görmüştür.<sup>136</sup>

Brezilya Anayasası, askeri rejime son vermeye dair siyasi bir uzlaşmayı, temel hakların etkili bir şekilde korunmasını, öteden beri devam eden yapısal eşitsizlik nedeniyle toplum için büyük önem arz eden sosyal hakların güvence altına alınması çabasını ifade etmektedir.

1988 tarihli Brezilya Anayasası da Alman Anayasasından güçlü bir şekilde etkilenen anayasalardan biridir. Bu etki özellikle federal sistemin kurulması ve yetki paylaşımında, temel haklar rejiminde ve anayasaya uygunluk denetiminde kendini göstermektedir. Alman Anayasasının etkisi daha çok temel haklar alanında olmuştur. Temel haklar anayasada düzenlenirken sistematik açıdan Alman Anayasası örnek alınmıştır. Keza Alman temel hak öğretisi ve temel hak içtihadı, temel hakların uygulanması ve somutlaştırılmasında yol gösterici olmuştur. Alman

---

<sup>134</sup> SAURER, s. 23.

<sup>135</sup> MENDES, Gilmar, "Die 60 Jahre des Bonner Grundgesetzes und sein Einfluss auf die brasilianische Verfassung von 1988", Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 58, 2010, s. 95.

<sup>136</sup> KOUTNATZIS, s. 42.

Federal Anayasa Mahkemesinin temel hak sorunlarına ilişkin kararları, Brezilya'da doktrin ve yargı organları tarafından benimsenmiştir.<sup>137</sup>

Brezilya'da yürürlükteki anayasa hariç önceki bütün anayasalarda temel haklar ve özgürlükler sistematik olarak Anayasanın son kısmında düzenlenmiş iken, 1988 Anayasası, Alman Anayasasından esinlenerek radikal bir değişiklikle temel hakları Anayasanın ilk maddelerinde yer alan temel ilkelerden (m. 1-4) sonra Anayasanın ikinci kısmında (m. 5-17) düzenlemiştir. Böylelikle anayasa koyucu, temel haklara verdiği özel önemi açıkça göstermiş ve temel hakları öncelikli bir konuma yükseltmiştir. Anayasanın 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, temel hak ve güvencelere ilişkin normlar doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Temel hakların doğrudan etkisinin kabul edilmesiyle devlet organlarının Anayasada öngörülen hak ve yükümlülüklerle bağlı olduğu vurgulanmış olmaktadır. Anayasa koyucu ayrıca temel hakların anayasanın kimliğinin ve sürekliliğinin ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiş ve bununla bağlantılı olarak bireysel hakları ve güvenceleri ortadan kaldırmaya yönelik anayasa değişikliğinin yapılamayacağını öngörmüştür (m. 60).

Brezilya'da, her ne kadar ölçülülük ilkesinin uygulanmasında büyük bir belirsizlik olsa da, öğreti son yıllarda ölçülülük ilkesini savunmaya başlamıştır. Ölçülülük ilkesi çoğunlukla Alman hukukunda olduğu gibi belirli bir dizgi içinde uygulanmadığı gibi, literatürde ölçülülük ve tartıma yönelik ciddi eleştiriler de yöneltilmektedir. Ayrıca doktrinde bazı yazarlar temel hakların özünün korunmasını, temel hakları aşırı ve ölçüsüz sınırlamalara karşı koruyan bir araç olarak kavrama eğilimindedirler. Örneğin Mendes'e göre, anayasada açıkça öngörülen veya Brezilya'da olduğu gibi, anayasa için bir ilke olarak temel hakların özünün korunması, meşru olmayan, aşırı veya ölçüsüz sınırlamalarla temel hakların içeriğinin boşaltılmasını önleme amacına hizmet edebilir.<sup>138</sup> Alman hukukunda öze

---

<sup>137</sup> MENDES, s. 101.

<sup>138</sup> MENDES, s. 105.

dokunma yasağı karşısında daha çok ölçülülük ilkesi tercih edilirken, Latin Amerika ülkelerinde temel hakların özünün korunması yoluyla temel hak sınırlamalarının ölçülü olmasını sağlama yönünde bir anlayışın bulunduğu söylenebilir. Bir başka deyişle, temel hakların sınırlandırılmasının sınırı olarak daha çok öz güvencesine odaklanılmaktadır.<sup>139</sup>

## 6. Güney Kore

1987 tarihli Güney Kore Anayasası, öze dokunma yasağı yanında gereklilik ilkesini temel hakları sınırlandırmanın maddi koşulu olarak açıkça öngörmüştür. Anayasanın 37. Maddesinin 2. Fıkrasına göre, “Özgürlükler ve vatandaşların hakları yalnızca devlet güvenliğinin, düzenin veya kamu yararının korunmasının gerekli kıldığı hallerde yasayla sınırlandırılabilir. Getirilen sınırlama hakkın ve özgürlüğün özüne dokunamaz.”

Güney Kore Anayasa Mahkemesi, bu sınırlama kaydını uygularken büyük ölçüde ölçülülük ilkesine ilişkin Alman uygulamasını izlemektedir. Bu bağlamda sınırlamanın meşru bir amacının bulunup bulunmadığı sorunu çoğunlukla ön sorun olarak değil, ölçülülük denetiminin ilk aşamasında ele alınmakta, daha sonra sınırlamada başvuru aracının elverişli olup olmadığına, araç elverişli ise daha az sınırlayıcı bir başka elverişli aracın bulunup bulunmadığına bakılmakta, en sonunda da değerler tartışılmaktadır. Ancak ölçülülük ilkesi uygulanırken somut olayda gereklilik ilkesine aykırılık olmakla birlikte orantılılığın sağlandığı hallerde, daha az sınırlayıcı bir önlem bir bütün olarak ölçülülük denetimini keyfi bir denetime indirgeyecekse, ölçülülük ilkesine aykırılık kararı verilmemektedir. Ayrıca Güney Kore Anayasasında düzenlenen sosyal haklar alanında ölçülülük denetimi yapılmamaktadır. Güney Kore hukukundaki ölçülülük ilkesi uygulaması büyük

---

<sup>139</sup> KOUTNATZIS, s. 42.



ölçüde Alman hukukuna paralel olmakla birlikte, gereklilik ilkesinin uygulanması konusunda farklılık bulunmaktadır.<sup>140</sup>

## 7. Japonya

Başka bir ülkedeki anayasal bir ilkenin veya kavramın iktibas edilmesi demek, onun mutlaka pozitif hukuka aynen geçirilmesi anlamına gelmez. Japonya, buna örnek gösterilebilir. Bugüne kadar değişikliğe uğramayan 1947 tarihli Japon Anayasası, Güney Kore Anayasasından farklı olarak, ölçülülük ilkesini ya da ilkenin unsurlarını açıkça öngörmüş değildir. Japon hukukunda temel hakların sınırlandırılmasının temel dayanağı kamu yararı kavramıdır. Doktrinde ve yargı çevrelerinde kamu yararının temel hakların ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde sınırlandırılmasını gerektirdiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır.<sup>141</sup> Kuşkusuz Japon yargı pratiğinde büyük ölçüde sulandırılmış bir ölçülülük denetimi uygulanmaktadır. Ölçülülük denetiminin klasik uygulama aşamalarına pek fazla riayet edilmediği gibi yoğun bir denetimden de söz etmek mümkün değildir. Japonya Yüksek Mahkemesi bazen alman önlemlerin elverişli ve gerekli olup olmadığını ölçülülük denetiminin ilk aşaması olarak kabul etmektedir. Temel hak sınırlamalarının anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin ağırlık merkezini kural olarak sınırlama amacı ile temel hakka yönelik müdahale arasındaki ilişki, yani değerler ya da menfaatler tartısı oluşturmaktadır. Tartımda genellikle sınırlama amacı lehine bir tutum takınılmaktadır. Yüksek Mahkeme, 1947 yılından 2004 yılına kadar yalnızca altı kanun hükmünü anayasaya aykırı bulmuş, sonraki yıllarda da çekişen tutumunu sürdürmüştür. Ölçülülük ilkesinin Japonya'daki anlaşılış ve uygulanış şeklinin Alman uygulamasından farklılık arz etmesinin sebebi, Japon Anayasasının yapımında ve yorumunda önemli etkisi olan Amerikan anayasa ve

---

<sup>140</sup> KOUTNATZIS, s. 42-43.

<sup>141</sup> Örnek olarak bkz. MATSUMOTO, Kazuhiko, "Grundrechtlicher Umweltschutz in Japan", *Verfassung und Recht in Übersee*, 41 (2008), s. 472.

temel hak anlayışı ile Alman anayasa ve temel hak anlayışının Japonya'da rekabet içinde olmasıdır.<sup>142</sup>

#### IV. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE YÖNELİK ELEŞTİREL YAKLAŞIMLAR

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 söylenebilir.<sup>143</sup> Ölçülülük ilkesi, hukukun her alanında geçerli olan popüler bir ilkedir.<sup>144</sup> Alman Federal İdare Mahkemesi açısından ölçülülük ilkesi genel geçer bir değer ölçüsüdür.<sup>145</sup> Buna karşılık karşılaştırmalı hukuktaki tablo farklıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, diğer ülkelerde ve uluslararası hukukta da ölçülülük ilkesinin gittikçe geliştiği ve yaygınlaştığı görülmektedir. Ölçülülük ilkesi özellikle son yirmi yılda dünyanın çeşitli bölgelerindeki birçok hukuk düzeninde hızlı bir şekilde yayılmıştır. Artık günümüzde liberal demokrasilerde ölçülülük ilkesi temel hak denetiminde en önemli denetim ölçütüdür. Nitekim ilke, “anayasaya uygunluğun evrensel kriteri” olarak nitelendirilmekte ve “küresel bir anayasacılığın temeli” olarak görülmektedir. Günümüzde ölçülülük ilkesi, uluslararası hukukta, Avrupa Birliği hukukunda, uluslararası insan hakları hukukunda, Türkiye'nin de içinde bulunduğu Avrupa ülkelerinin anayasa hukukunda, keza Latin Amerika ülkelerinde ve Kanada, Güney Afrika Cumhuriyeti, İsrail ve Yeni Zelanda'da geçerli olan bir ilkedir. Ölçülülük

<sup>142</sup> KOUTNATZIS, s. 44.

<sup>143</sup> KLATT, Matthias / MEISTER, Moritz, “Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, Der Staat, Vol. 51, No. 2, 2012, s. 159.

<sup>144</sup> MERTEN, Detlef, “Verhältnismässigkeitsgrundsatz”, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, 2009, § 68, Rn. 1 (Aktaran KLATT/MEISTER, s. 159).

<sup>145</sup> BVerwG, 15.07.2008, 1 WDS-VR 11/08, Rn. 30; Karar metni için bkz. <http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=150708B1WDS-VR11.08.0>.

denetiminin son aşamasını oluşturan tartım, hukukun her alanında uygulanan bir test haline gelmiştir. Öyle ki, temel haklar içtihadında baskın bir yöntem olmuş ve anayasa mahkemelerini güçlü bir şekilde etkilemiştir.<sup>146</sup> Bir yazar bu gelişmeyi çarpıcı bir şekilde şöyle özetlemektedir: “Ölçülülük ilkesi belki de 20. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşen en başarılı hukuki plantasyondur.”<sup>147</sup>

Ancak, ölçülülük ilkesinin zaferi bu şekilde lanse edilse de, uluslararası literatürde ölçülülük ilkesine yönelik ciddi eleştiriler de dile getirilmiştir. Bu eleştirilere geçmeden önce, ölçülülük ilkesinin anavatanı olan Almanya’da bile eleştiri konusu olduğunu hatırlatalım ve Alman anayasa hukukçusu Hillgruber’in ilkenin uygulanış şekline yönelik eleştirisine yer verelim. Hillgruber, Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşundan başlayarak 60 yıl boyunca verdiği kararları eleştirel bir gözle değerlendirdiği makalesinde, Federal Anayasa Mahkemesi’nin anayasanın üstünlüğünün ve bununla bağlantılı olarak ülke istikrarının sağlanmasında çok önemli katkısının bulunduğunu, ancak bazı kararlarının da isabetsiz olduğunu ve bunun da yanlış uygulamalara yol açtığını söylemektedir. Yazarın eleştirdiği hususlardan biri de, ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesinin uygulanış şeklidir. Yazar, Federal Alman Anayasası’nda açıkça öngörülme-yen ölçülülük ilkesinin, tıpkı Federal Anayasa Mahkemesi’nin içtihadında olduğu gibi, temel hakların varlığından türetilebileceğini kabul etmektedir. Yazara göre, bir temel hakka yönelik müdahale, ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından elverişli ve gerekli ise meşru görülebilir. Temel hakların sınırlandırılmasında kullanılan aracın elverişli ve gerekli olması şartı, temel hakların temelinde yatan özgürlüğün kural sınırlamanın istisna olduğu anlayışından kaynaklanır. Özgürlüklere getirilen sınırlamalar yalnızca kamu yararının gerçekleşmesine hizmet ettiği takdirde meşrudur. Şu halde sınırlamada kamu yararının bulunması ve sınırlamanın

---

<sup>146</sup> KLATT/MEISTER, s. 160-161.

<sup>147</sup> KUMM, Mattias, “Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice”, *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004), s. 595.

kaçınılmaz nitelikte olması, yani daha yumuşak ancak aynı etkiye sahip başka bir aracın bulunmaması gerekir. Temel hak ve özgürlükler kural olarak sınırlamanın ölçüsünü de belirler. Sınırlama, amaca erişmek için gerekli olanın ötesine geçmemelidir. Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri ile ilgili söylenen bu hususlar orantılılık ilkesi için aynı şekilde geçerli değildir. Orantılılık ilkesinin uygulanabilmesi için Federal Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu gerekçeden daha güçlü gerekçelere ihtiyaç vardır. Orantılılık denetimi çerçevesinde ulaşılmak istenen amaçtan hareketle aracın kullanılmasının anlamlı olup olmayacağını objektif anayasa hukuku ölçütleriyle tespit etmeye yönelik değerlendirme kuşkuludur. Federal Anayasa Mahkemesi orantılılık ilkesini sürekli olarak içeriğine dair bir şey söylemeden, yani müdahaleyi gerektiren hangi koşulların ve müdahalenin doğurduğu hangi sonuçların tartımda dikkate alınacağı ve bir aracın ne zaman orantılı, ne zaman orantısız olduğuna dair yeterli açıklamada bulunmadan uygulamaktadır. Oysa her somut olayda bu hususların değerlendirilerek karar verilmesi gerekir. Ancak böyle bir girişim kaçınılmaz olarak sübjektif, karar verenlerin istek ve arzularını yansıtan, eksik ve ikna edici olmaktan uzak ve bu nedenle de politik bir kararın ortaya çıkmasına yol açacaktır. Zaten bir özgürlüğe yapılan müdahalenin ne gibi yükümlülükler veya külfetler doğuracağı somut olaya bakılarak belirlenebilir. Bu durum müdahale ile ulaşılmak istenen amacın orantılı olup olmadığının belirlenmesinde de geçerlidir.<sup>148</sup>

Webber, orantılılık ilkesini umut verici bir ilke olarak görmemekte ve ilkenin temel hakların korunmasını zayıflattığını düşünmektedir.<sup>149</sup> Webber, orantılılığın yani denge düşüncesinin hayatın her alanında karşımıza çıktığını, nihayet bu ilke veya düşüncenin anayasal haklar alanına da nüfuz ettiğini, günümüzde gerek insan hakları öğretisinin gerekse yargı organlarının ölçülülük ilkesinin özellikle de bu ilkenin bir alt unsuru olan orantılılık ilkesinin rüzgârına

<sup>148</sup> HILLGRUBER, Christian, "Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren", *Juristen Zeitung*, 66. Jahrgang, Nr. 18, 2011, s. 862.

<sup>149</sup> KLATT/MEISTER, s. 161.

kapılmış durumda olduğunu söylemektedir. Webber'e göre, anayasa hukukunun dengeleme çağına girdiğini iddia etmek abartı sayılmaz. Yazar bu iddiasını desteklemek üzere insan hakları hukuku alanında tanınmış iki hukukçunun görüşlerine de yer vermektedir. Kanadalı hukukçu David Beatty, ölçülülüğün "asli, her anayasal metnin göz ardı edilemez bir parçası" ve "anayasaya uygunluğun evrensel bir kriteri" olduğunu; Alman hukukçu Robert Alexy ise, dengelemenin "hukukta yaygın" ve anayasal haklar bakımından kaçınılmaz olduğunu çünkü "anayasal haklara sınırlama konulabilmesi için gerekçenin söz konusu edildiği yerde, başka bir makul yolun bulunmadığını" savunmaktadır. Ancak Webber'e göre, anayasa hukuku teorisinde ve uygulamasında ölçülülük ilkesine özellikle de bu ilkenin bir alt unsuru olan orantılılık ilkesine sıkça başvurulmasına rağmen, temel haklar ile ilgili çetrefilli ve karmaşık sorunların çözümünde ölçülülük ve dengelemenin her zaman bütünüyle faydalı olduğu kesin değildir.<sup>150</sup> Görüldüğü üzere Webber, denge ve orantılılık söyleminin temel haklar biliminin her alanına sirayet etmesini ve temel hakları sarıp sarmalamasını eleştirmektedir.

Webber'e göre, denge ve orantılılık kimi zaman "özgün bir gerekçe üzerinde mutabakat sağlayamayan bir çoğunluğun, farklılıklarını gizlemek için kullandıkları bir şemsiye olarak kullanılabilir. Yasama organının temel haklara getirdiği sınırlamaların dengeli ve orantılı olduğu sonucuna varma, çoğunlukla ispattan çok iddia niteliğindedir. Webber, temel hak ve özgürlükler hukukunun temel bir ilkesi haline gelen ölçülülük ilkesinin, özellikle de bu ilkenin bir alt unsuru olan orantılılık ilkesinin sorgulanması gerektiğini, anayasal haklara yalnızca denge ve orantılılık prizması üzerinden bakılmaması gerektiğini ve anayasal haklara yönelik

---

<sup>150</sup> WEBBER, Grégoire C. N., "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Volume 23, Issue 1, January 2010, s. 179.

muhakemenin farklı yöntemlerinin de olabileceği ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerektiğini söylemektedir.<sup>151</sup>

Schauer, ölçülülük ilkesinin Amerikan anayasa hukukunda tanınmadığını, bundan dolayı da olgunlaşmış bir hukuk sistemi olarak göründüğünü vurgulamaktadır. Buradan hareketle yazar, ölçülülük ilkesinin henüz olgunlaşmamış bir hukuk sisteminin bir göstergesi olduğu sonucuna varmaktadır. Yazara göre ölçülülük ilkesinin yalnızca anayasa hukukunun olgunlaşması sürecinde geçici bir işlevi olabilir.<sup>152</sup>

2009-2010 yıllarında Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi'nde ölçülülük ilkesinin olumlu ve olumsuz yönlerini hararetli bir şekilde tartışan makaleler yayımlanmıştır. İlk yayımlanan makalede Tsakyrakis, ölçülülüğü temel haklara yönelik bir saldırı olarak açıklamaya çalışmıştır.<sup>153</sup> Tsakyrakis'in makalesine cevap niteliğindeki makalesinde Khosla, ölçülülük ilkesinin tek bir dezavantajının bile kanıtlanmadığını ileri sürmüştür.<sup>154</sup> Bunun üzerine Tsakyrakis, cevaba cevap niteliğinde bir makale daha kaleme almıştır.<sup>155</sup>

Tsakyrakis, ilk yazısında orantılılık ilkesinin ABD dışındaki ülkelerde revaçta olduğu, başta Avrupa ülkeleri olmak üzere Kanada, Hindistan, Güney Afrika gibi birçok ülkede mahkemelerin insan hakları yargılamasında en çok başvurdukları kriterin orantılılık ilkesi olduğu, AIHM'nin ise, rutin olarak temel hakları diğer temel

---

<sup>151</sup> WEBBER, s. 180.

<sup>152</sup> SCHAUER, Frederick, "Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States. A Case Study in Comparative Constitutional Architecture", in: Georg Nolte (Hrsg.), European and US Constitutionalism, Cambridge University Press, 2005, s. 68, (Zikreden KLATT/MEISTER, s. 161-162).

<sup>153</sup> TSAKYRAKIS, Stavros, "Proportionality: An assault on human rights?", International Journal of Constitutional Law, Volume 7, Issue 3, 1 July 2009, s. 468-493.

<sup>154</sup> KHOSLA, Madhav, "Proportionality: An assault on human rights?: A reply", International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, s. 298-306.

<sup>155</sup> TSAKYRAKIS, Stavros, "Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla", International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, s. 307-310.

haklarla ve kamu yararıyla dengelediği ve pek çok ülkede orantılılık ilkesinin temel bir anayasal ilke seviyesine yükseldiği tespitinde bulunmaktadır. ABD dışındaki ülkeler dengeleme çağına sadece girmekle yetinmemişler, aynı zamanda dengelemenin insan hakları meselelerinin çözümünde en uygun yol olduğunu da kabul etmişlerdir. Hatta insan hakları meselelerinin çözümünde dengelemenin izlenebilecek tek yol olduğunu iddia eden teoriler de bulunmaktadır.<sup>156</sup>

Tsakyrakis, makalesinde orantılılık ilkesi yani dengeleme ile ilgili Amerika'daki tartışmalara da yer vermekte ve Amerikan yargı organlarının dengelemenin cazibesine karşı neden direnmektedir sorusunu güçlü bir hak -ifade özgürlüğü- bağlamında denemiş olması ve problemlili bir yargı metodu olarak bulunmuş olması şeklinde cevaplamaktadır. Esasında mesele, Amerikan Anayasasında yapılan ilk değişiklikle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün anlamı üzerine Yüksek Mahkeme yargıçları arasında yaşanan tartışmalarda gündeme gelmişti. Bu tartışmalarda Yargıç Black, pek çok hukukçu gibi, dengeleme sürecini şiddetle eleştirmiştir. Black ve onun gibi düşünenler, diğerlerinden farklı olarak, neyin ölçüldüğünün (menfaatler, ilkeler, haklar, mütalaalar), nasıl ölçüldüğünün (hangi ölçü sistemi ile) ve dengelemeyi kimin yaptığının –yahut yapması gerektiğinin- (hâkimler veya kanun koyucu) açık olmadığını vurguladılar.<sup>157</sup>

Tsakyrakis'e göre, anayasal hakların, korunmaları her durumda yarışan kamu menfaatleri ile yapılacak dengelemeye bağlı olan şahsi menfaatlerden ibaret olduğu görüşü, anayasayı fiilen kadük hale getirir. Eğer anayasal haklar çatışan menfaatlerin dengelenmesi yoluyla korunuyorsa, o zaman anayasanın sağladığı

---

<sup>156</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 468.

<sup>157</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 470.

korumanın hiçbir zaman sabit olmayıp çeşitli durumlardaki şartlara tâbi ve dengelemenin sonucuna bağlı olacağı söylenebilir.<sup>158</sup>

Ölçülülük ilkesi, (a) bir hak ile çatışan bir önlemin amacı gerçekleştirmek için elverişli olup olmadığını, (b) alınan önlemin ulaşılmak istenen amaç için gerekli olup olmadığını, (c) korumayı amaçladığı menfaatler ile karşılaştırıldığında bireye haddinden fazla yükümlülük yükleyip yüklenmediğini belirleyen üç alt ilkeden oluşur. Önlemlerin tamamen işe yaramaz veya elverişsiz olması çok nadirdir ve meşru bir amacı gerçekleştirmek üzere zorunlu olduklarını ileri sürmek her zaman mümkündür, bu nedenle bir önlemin ilk iki unsur bakımından başarısız olması az görülür. Aslında ölçülülük kıstası, çoğu zaman amacın önemi ile çatışmanın nispi yoğunluğunu, bir başka deyişle, ulaşılmak istenen amaç ile alınan tedbir arasında ölçüsüz bir orantının bulunup bulunmadığını ölçmeye indirgenmiştir. Ölçülülük ilkesi, değerlerin çatışmasının, derece ve yoğunluk meselelerine indirgenebileceğini, daha da önemlisi derece ve yoğunluğun da ortak bir ölçü ile ölçülebileceğini ve bu sürecin çatışmanın çözümünü ortaya çıkaracağını varsaymaktadır. Böylece, her türlü ahlaki yoruma karşı objektif, nötr ve tamamen konu dışı gibi davranmaktadır. Tsakyrakis'e göre, değerlerin ölçülemezliği, insan hakları yargılamasının metodu olarak dengelemeyi neden kabul etmememiz gerektiğini ortaya koymaktadır. Değerlerin bir ahlaki argüman olmaksızın ölçüldüğü inancını taşımak mümkün değildir. Şayet ahlak bahsi yoksa değerlerin ölçülebilir olduğunu göstermenin hiçbir yolu yoktur. Ölçülülük ilkesinin bunun yapılmasına müsaade ediyormuş gibi davranmanın da hiçbir manası yoktur.<sup>159</sup>

Tsakyrakis, ölçülülük ilkesi altında dengeleme yaklaşımının insan hakları yargılamasını aydınlatmaktan ziyade başka yönlere kaydırıldığını düşünmektedir. Dengeleme yaklaşımı ile birlikte, insan haklarına ilişkin bir davada artık neyin doğru neyin yanlış olduğu sorulmuyor, fakat bunun yerine bir şeyin ölçülü, orantılı, yeterli,

<sup>158</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 470.

<sup>159</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 473-474.



yoğun veya kapsamlı olup olmadığı tetkik edilmeye çalışılıyor. Bu yaklaşım sadece AIHM içtihatları için geçerli olmayıp, Dünya genelinde ölçülülük ilkesini savunanların ortak kanaati haline gelmiştir.<sup>160</sup> Yazara göre, yargılama sadece ölçülülük ilkesine dayandırılırsa, insan hakları kavramına zekice bir saldırı yapılmış gibi olacaktır ve insan hakları ile ilgili olarak doğrular ile yanlışlar yerine yoğunluk ve yeterlilik yönünden yapılan bir denetim ile insan hakları lehine bir yaklaşım sergilenmiş gibi davranılmaktadır. Neyse ki, yargıçlar, ölçülülük ve dengelemeye bağlımış gibi yapmalarına rağmen, hükümlerini çoğu zaman ahlaki değerlendirmelere dayandırmaktadırlar.<sup>161</sup>

Tsakyrakıs'ın "Ölçülülük: İnsan Haklarına Saldırı mıdır?" adlı makalesinden sonra Khosla, cevap niteliğinde bir makale kaleme almış ve Tsakyrakıs'ın görüşlerini tartışmıştır. Khosla'nın tespitine göre, Tsakyrakıs, ölçülülüğü, haklar ile ilgili münakaşalara nesneliği aşlamak maksatlı asılsız bir teşebbüs olarak görmektedir. Dahası, kamu menfaatlerinin, bireysel hakların aleyhinde olduğunu farz etmektedir. Khosla'ya göre ölçülülük ilkesi, dünya çapında, bir hak ihlalinin bulunup bulunmadığının tespitinde başvuru en temel kriterlerden biridir. Ölçülülük ilkesi, İsrail, Federal Almanya, Kanada ve Güney Afrika gibi çeşitli ülkelerin yargılama yerlerindeki hak denetimlerinin yeknesak standardı olarak hizmet eder. Son zamanlarda dikkat çekecek biçimde, Birleşik Devletler temyiz mahkemesinden Yargıç Stephen Breyer'in fikirleri, yaklaşımın, Amerikan anayasa yargısında yaygınlık kazandığına işaret etmektedir. Ölçülülüğün önemini dikkate aldığımızda Tsakyrakıs'ın eleştirileri, zamanlaması manidar ve ciddi incelemelere şayandır.<sup>162</sup>

Khosla'ya göre, Tsakyrakıs, dengelemenin belirli tiplerini itiraz edilebilir olarak görmekte haklı olsa da, ölçülülüğün bunlara ihtiyaç duyduğu şeklindeki

---

<sup>160</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 484.

<sup>161</sup> TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 488.

<sup>162</sup> KHOSLA, s. 298.

çıkarsaması isabetli değildir. Yazar, değerlerin aynı birimle ölçülebilmesine ilişkin önemli politik sorunlara odaklanmaktan ziyade ölçülülüğün metodolojisine açıklık getirmekte ve Tsakyrakis'in argümanlarının altında yatan yanlış önermeleri incelemekle yetinmektedir. Tsakyrakis'in dayandığı faraziyeleri tetkik ederek ölçülülük kıstasındaki herhangi bir kusuru dile getirmede nasıl başarısız olduğunu göstermektedir. Tsakyrakis'e göre ölçülülük kıstası, bireysel haklar ile kamu menfaatlerinin dengelenmesini gerektirir. Khosla'ya göre, ölçülülük denetimi yapılırken en başta ulaşılmak istenen amacın meşru bir amaç olup olmadığına bakılır. Eğer meşru bir amaç varsa, o zaman bu amaca ulaşmak için kullanılan aracın elverişli olup olmadığına, araç elverişli ise gerekli olup olmadığına ve son olarak araç ile amaç arasında ölçüsüz bir orantının bulunup bulunmadığına bakılır. Ne var ki Tsakyrakis ölçülülük ilkesini orantılılık ilkesine indirgemiş gibi görünmektedir. Yine de daha yakın bir inceleme, Tsakyrakis'in ölçülülük ilkesinin diğer alt ilkelerini göz ardı etmediğini, ancak bunların pratik önemlerinin çok az olduğu inancını ortaya koymaktadır. Khosla'ya göre, Tsakyrakis, argümanlarını ölçülülük ilkesinin hatalı şekilde uygulandığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirli kararlarını inceleyerek geliştirmiştir. Yazara göre, yetersiz veya hatalı uygulamalara dayanarak ölçülülük ilkesinin problemliliğini ileri sürmek doğru değildir.<sup>163</sup>

Khosla'ya göre, ölçülülük ilkesini dengelemeden yani orantılılık ilkesinden ibaretmiş gibi görmek doğru değildir. Bununla birlikte kabul etmek gerekir ki, orantılılık ilkesi diğer alt ilkelere nazaran çok daha yoğun bir şekilde uygulanmaktadır. Ayrıca orantılılık ilkesinin doğru bir şekilde uygulanması diğer alt ilkelere göre çok daha zordur. Bu nedenle yargıçların orantılılık kıstasını uygularken azami özeni göstermeleri gerekir. Kararlar bu meyanda başarısızlığa uğradığında, eleştirel bakış açısını da beraberinde getirirler. Ancak bu, ölçülülüğün normatif çerçevesini büsbütün reddetmemizi gerektirmez. Dworkin'in de belirttiği gibi, "Yargıçlar sık sık isabetsiz veya adil olmayan kararlar veriyorlar diye hiçbir çaba sarf

---

<sup>163</sup> KHOSLA, s. 298-302.

etmemeleri gerektiğini” söyleyemeyiz. Tsakyrakis’in makalesi, önemli bir hatırlatıcıdır ki, ölçülülük adil olmayan kanunlara ilişkin çok daha fazla şey yapmasına karşın, yetersiz veya hatalı yargılama hakkında nihayetinde çok az şey yapabilir.<sup>164</sup>

Tsakyrakis, yayımlanan makalesini tahlil eden ve tartışmaya açan Khosla’nın makalesi üzerine cevaba cevap niteliğinde bir makale kaleme almıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere, Khosla’nın Tsakyrakis’in argümanlarına karşı temel eleştirisi, onun ölçülülük ilkesinin ilk iki kriterini (elverişlilik ve gereklilik) hafife alması ve ölçülülük ilkesini orantılılık (dar anlamda ölçülülük) ilkesine indirgemesi ve böylece bütün analizin yanlış olması idi. Tsakyrakis, cevaba cevap yazısında Khosla’nın, orantılılık testinin ve uygulanmasının hoş karşılanması için yeni bir formülasyon önerdiğini, ancak yine de ikna olmadığını söylemektedir.<sup>165</sup>

Tsakyrakis, ölçülülük ilkesini, dengelemeye atıfta bulunmaksızın dikkate alınmanın bir yolu var mıdır sorusunu ortaya atmakta ve bu konuda şu tespiti yapmaktadır: “Bir temel hakka getirilen sınırlamanın meşruluğunu değerlendirmenin en mantıklı yolu, Alexy’nin söylediği gibi, sınırlamanın amacı ile alınan önlem arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığına bakmaktır. Ölçülülük ilkesinin özünde bu temel fikir yatar. Bu temel fikrin ölçülülük testinin uygulanmasında güçlü bir etki ortaya koyduğuna inanıyorum. Sonuç olarak, ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeden oluştuğu hiç şüphesiz doğru olmakla birlikte, halen en hayati olan üçüncüsüdür. Gerçekten, yargıçlar, ilk iki kriterle ölçülülüğün en coşkulu taraftarları kadar sözde bağlılık gösterse de, bu iki alt teste pek de önem atfetmezler.”<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> KHOSLA, s. 305.

<sup>165</sup> TSAKYRAKIS, “Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla”, s. 307.

<sup>166</sup> TSAKYRAKIS, “Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla”, s. 308.

Tsakyarakis'e göre, Khosla'nın orantılılığı korumaya çalışması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Otto-Preminger/Avusturya ve İ.A./Türkiye davalarında olduğu gibi, açık, anlaşılır ve ikna edici gerekçelerden uzak hüküm verilmesini destekler niteliktedir.<sup>167</sup>

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Ölçülülük ilkesi, hukukun her alanında geçerli olan popüler bir ilkedir. Alman Federal İdare Mahkemesi açısından ölçülülük ilkesi genel geçer bir değer ölçüsüdür. Buna karşılık karşılaştırmalı hukuktaki tablo farklıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, diğer ülkelerde ve uluslararası hukukta da ölçülülük ilkesinin gittikçe geliştiği ve yaygınlaştığı görülmektedir. Ölçülülük ilkesi özellikle son yirmi yılda dünyanın çeşitli bölgelerindeki birçok hukuk düzeninde hızlı bir şekilde yayılmıştır. Artık günümüzde liberal demokrasilerde ölçülülük ilkesi temel hak denetiminde en önemli denetim ölçütüdür. Nitekim ilke, “anayasaya uygunluğun evrensel kriteri” olarak nitelendirilmekte ve “küresel bir anayasacılığın temeli” olarak görülmektedir. Günümüzde ölçülülük ilkesi, uluslararası hukukta, Avrupa Birliği hukukunda, uluslararası insan hakları hukukunda, Türkiye'nin de içinde bulunduğu Avrupa ülkelerinin anayasa hukukunda, keza Latin Amerika ülkelerinde ve Kanada, Güney Afrika Cumhuriyeti, İsrail ve Yeni Zelanda'da geçerli olan bir ilkedir. Ölçülülük denetiminin son aşamasını oluşturan tartım, hukukun her alanında uygulanan bir test haline gelmiştir. Öyle ki, temel haklar içtihadında baskın bir yöntem olmuş ve anayasa mahkemelerini güçlü bir şekilde etkilemiştir. Sadece anayasa mahkemeleri değil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu gelişmeden etkilenmiştir. Nitekim Mahkeme rutin olarak insan haklarını diğer haklarla ve kamu yararı ile dengelemektedir. Mahkeme, ölçülülüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin temel yorum prensibi statüsüne yükseltmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin

<sup>167</sup> TSAKYRAKIS, “Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla”, s. 309.

yerleşik içtihadına göre, toplumun genel yararı ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir denge sağlanmalıdır.

Ölçülülük ilkesinin dünya genelinde hızla yayılması ve insan hakları yargılamasında başvurulan temel bir kıstas haline gelmesini Kumm, “Ölçülülük ilkesi belki de 20. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşen en başarılı hukuki plantasyondur” şeklinde özetlemektedir. Keza insan hakları hukuku alanında tanınmış Kanadalı hukukçu David Beatty, ölçülülüğün “asli, her anayasal metnin göz ardı edilemez bir parçası” ve “anayasaya uygunluğun evrensel bir kriteri” olduğunu; Alman hukukçu Robert Alexy ise, dengelemenin “hukukta yaygın” ve anayasal haklar bakımından kaçınılmaz olduğunu çünkü “anayasal haklara sınırlama konulabilmesi için gerekçenin söz konusu edildiği yerde, başka bir makul yolun bulunmadığını” söylemektedir.

Ancak, ölçülülük ilkesinin zaferi bu şekilde lanse edilse de, uluslararası literatürde ölçülülük ilkesine yönelik ciddi eleştiriler de dile getirilmiştir. Özellikle ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesinin uygulanış şekline ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Orantılılık ilkesinin uygulanış şekline yönelik en temel eleştiri, yargı organlarının genellikle orantılılık ilkesinin içeriğine dair bir şey söylemeden, yani müdahaleyi gerektiren hangi koşulların ve müdahalenin doğurduğu hangi sonuçların tartımda dikkate alınacağı ve bir aracın ne zaman orantılı, ne zaman orantısız olduğuna dair yeterli açıklamada bulunmadan uygulamalarıdır. Oysa her somut olayda bu hususların değerlendirilerek karar verilmesi gerekir. Ancak böyle bir girişim kaçınılmaz olarak sübjektif, karar verenlerin istek ve arzularını yansıtan, eksik ve ikna edici olmaktan uzak ve bu nedenle de politik bir kararın ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Elverişlilik ve gereklilik denetimi yapılırken daha çok kullanılacak araçların taşıdığı özelliklere odaklanılır. Bu bağlamda kullanılacak araçlar, ne ölçüde elverişli ve yumuşak olduğuna bakılarak bir filtrelemeye tabi tutulur. Buna

karşılık orantılılık denetiminde, seçilen araçla temel hakka yapılan müdahalenin ağırlığı ile ulaşılmak istenen amacın anayasal açıdan taşıdığı önem arasındaki ilişkiye odaklanılır. Kısaca ifade etmek gerekirse, orantılılık, bir tartım sorunudur. Bireysel yarar ile kamu yararı arasındaki bu tartımın nihai hedefi, pratik uyuşumun sağlanmasıdır. Bir başka deyişle, bireysel yarar ile kamu yararı arasında makul bir dengenin kurulmasıdır. Orantılılık denetiminde denetleyenin önyargılarla hareket etmesini ve sübjektif bir karar vermesini önlemek üzere denetimin rasyonel bir şekilde yürütülmesi gerekir. Değerler tartımı, matematiksel bir süreç değildir, ancak unutmamak gerekir ki, bu süreç kişisel, politik veya ahlaki değil, hukuki bir süreçtir.

Ölçülülük ilkesi, özellikle de onun bir alt ilkesi olan orantılılık ilkesi doğru bir şekilde uygulandığında temel hakların etkisinde bir azalma söz konusu olmaz. Aksine ölçülülük ilkesi ve onun en yaygın kullanım şekli olan orantılılık yani dengeleme ve tartım ilkesi, temel haklar ile diğer ilkeler arasında ortaya çıkan karmaşık ve zorlu çatışmaların çözümünde kullanılacak en uygun araçtır. İnsan hakları yargısı zorunlu olarak bir tartımı gerektirir ve bu noktada ölçülülük ilkesi karar verme sürecinde kullanılacak en iyi kriterdir. Ölçülülük ilkesinin hatalı veya yetersiz uygulanması nedeniyle yanlış bir sonuca ulaşılması, ölçülülük ilkesini, temel hak ihlalinin bulunup bulunmadığının tespitinde kullanılmaması gereken bir kriter haline getirmez.

## KAYNAKÇA

**ALEXY Robert**, “Grundrechte und Verhältnismässigkeit“, in: Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, U. Schliesky/C. Ernst/S. E. Schulz (Hrsg.), Heidelberg 2011, s. 3-15.

**ARNDT Hans-Wolfgang / RUDOLF Walter**, Öffentliches Recht, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1986.

**AYBAY Rona**, “Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap, Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 461-470.

**BAER Susanne**, “Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz”, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 64 (2004), s. 735-758.

**BLECKMANN Albert**, “Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips”, JuS, Heft 3, 1994, s. 177-183.

**BRAIBANT Guy**, “Le principe de proportionnalité”, Mélanges M. Waline II, Paris 1974, s. 297-306.

**CİN Turgay**, “Yunanistan Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 11, Sayı:2, 2009, s. 43-80.

**ÇAVUŞOĞLU Naz**, “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: “Katılım Meselesi”, Anayasa Yargısı, Sayı: 22, 2005, s. 1-14.

**DECHSLING Rainer**, Das Verhältnismässigkeitsgebot, Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns, Verlag Franz Vahlen, München 1989.

**DEĞİRMENCİ Gamze**, “Batı Şeria Duvarı ve Uluslararası Hukuk”, Bilge Strateji, Cilt 2, Sayı 4, Bahar 2011, s. 203-223.

**DETTERBECK Steffen**, Öffentliches Recht, 8. Auflage, Verlag Vahlen, München 2011.

**EISSEN Marc-André**, “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, in: R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold, The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London 1993, s. 125-146.

**ERDEM Jülide Gül**, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, AÜHFD, Cilt: 62, Sayı: 4, Yıl: 2013, s. 971-1005.

**FLEINER Fritz**, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1. Auflage, 1911.

**G. KOUTNATZIS Stylianos-Ioannis**, “Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee”, Verfassung und Recht in Übersee, Heft 1, 2011, s. 32-59.

**GEMALMAZ Semih**, “Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-De Jura Ayırımı”, Cahit Talas’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1990, s. 223-238.

**GENTZ Manfred**, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, Neue Juristische Wochenschrift, 21. Jahrgang, 2. Halbband, Heft 35, 1968, s. 1600-1607.

**GLITZ Hubertus**, Gesetzmässigkeitsprinzip und Übermassverbot in ihrer Bedeutung für die Sachgemässheit verwaltungsrechtlicher Auflagen, Bad Driburg 1975.



**GÖLCÜKLÜ Feyyaz**, “Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu”, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Cilt 4, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1990.

**GRABENWARTER Christoph / PABEL Katharina**, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012.

**GRABITZ Eberhard**, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 98, Heft 4, 1973, s. 568-616.

**GRIMM Dieter**, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, University of Toronto Law Journal, 57 (2007), s. 383-397.

**HEINSOHN Stephanie**, Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Hamburg 1997.

**HILL Hermann**, “Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Straf Gewalt”, Josef ISENSEE/Paul KIRCHOF (edt.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Freiheitsrechte, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, s. 1305-1351.

**HILLGRUBER Christian**, “Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren”, Juristen Zeitung, 66. Jahrgang, Nr. 18, 2011, s. 861-871.

**HIRSCH Günter**, Das Verhältnismässigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 80, Bonn 1997.

**HIRSCHBERG Lothar**, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Verlag Otto Schwartz, Göttingen 1981.

**HÖFLING Wolfram**, “Grundrechtstatbestand-Grundrechtsschranken-Grundrechtsschrankenschranken”, JURA, 1994, s. 169-173.

**HUBER Hans**, “Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht”, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 96 (I), 1977, s. 1-29.

**IPSEN Jörn**, Staatsrecht II, 11. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2008.

**KAPANİ Münci**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 2. Basım, Ankara 1991.

**KATZ Alfred**, Staatsrecht, 9. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989.

**KHOSLA Madhav**, “Proportionality: An assault on human rights?: A reply”, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, s. 298–306.

**KLATT Matthias MEISTER/Moritz**, “Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, Der Staat, Vol. 51, No. 2, 2012, s. 159-188.

**KUMM Mattias**, “Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice”, International Journal of Constitutional Law, 2 (2004), s. 574-596.

**MATSUMOTO Kazuhiko**, “Grundrechtlicher Umweltschutz in Japan”, Verfassung und Recht in Übersee, 41 (2008), s. 467-476.

**MENDES Gilmar**, “Die 60 Jahre des Bonner Grundgesetzes und sein Einfluss auf die brasilianische Verfassung von 1988”, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 58, 2010, s. 95-117.

**MERTEN Detlef**, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, 2009, s. 517-567.

**METİN Yüksel**, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

**MEYER-BLASER Ulrich**, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, Bern 1985.

**MEYER-BLAZER, Ulrich**, Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, Bern 1985.

**MICHAEL Lothar**, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, JuS, Heft 7, 2001, s. 654-659.

**OBERLE Max**, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffes, Zürich, 1952.

**OSSENBUHL Fritz**, “Der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit (Übermassverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, Juristische Ausbildung, Heft 12, Dezember 1997, s. 617-621.

**PACHE Eckhard**, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften”, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 18. Jahrgang, Heft 10, 15 Oktober 1999, s. 1033-1040.

**PIEROTH Bodo/SCHLINK Bernhard**, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, C.F. Müller Verlag, 2008.

**POLLAK Christiana**, Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991.

**RESS Georg**, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht”, in: Kutscher/Ress/Ermacora/Ubertazzi (Edt.), Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, s. 5-46.

**REUTER Thomas**, “Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen”, JURA, Heft 7/2009, s. 511-518.

**Rudolf WENDT**, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermassverbot”, AöR, Band 104, Heft 3, 1979, s. 414-474.

**SABUNCU Yavuz**, Anayasaya Giriş, 5. Bası, İmaj Yayınları, Ankara 1997.

**SAĞLAM Fazıl**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.

**SAURER Johannes**, “Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes“, Der Staat, Band 51, Heft 1, 2012, s. 3-33.

**SCHAUER Frederick**, “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States. A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, in: Georg Nolte (Hrsg.), European and US Constitutionalism, Cambridge University Press, 2005, s. 49-69.

**SCHNAPP Friedrich**, “Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs”, JuS, Heft 11, 1983, s. 850-855.

**STEIN Ekkehart**, Staatsrecht, 14. Auflage, J. C. B. Mohr Verlag, Tübingen 1993.

**STERN Klaus**, “Die Grundrechte und ihre Schranken” in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2, Tübingen 2001, s. 1-34.

**STERN Klaus**, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, München 1997.

**TERHECHTE Jörg Philipp**, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010.

**TRETTER Hannes**, “Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – vergebene Chance oder Hoffnung?”, DIE UNION, 1/2001, s. 44-59.

**TRSTENJAK Verica / BEYSEN Erwin**, “Das Prinzip der Verhältnismässigkeit in der Unionsrechtsordnung“, Europarecht, Heft 3, 2012, s. 265-284.

**TSAKYRAKIS Stavros**, “Proportionality: An assault on human rights?”, International Journal of Constitutional Law, Volume 7, Issue 3, 1 July 2009, s. 468–493.

**TSAKYRAKIS Stavros**, “Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla”, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 2, 1 April 2010, s. 307–310.

**UYGUN Oktay**, “Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi”, in: Turgut Tarhanlı (Edt.), Edip F. Çelik’e Armağan: Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 391-403.

**WEBBER Grégoire C. N.**, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Volume 23, Issue 1, January 2010, s. 179-202.

**WIENBRACKE Mike**, “Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz”, Zeitschrift für das Juristische Studium, 02/2013, s. 148-155.

**WOLFFERS Artur**, “Neue Aspekte des Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Band 113, Heft 7, Juli 1977, s. 297-311.

**YOKUŞ Sevtap**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, Beta, İstanbul 1996.

**ZIMMERLI Ulrich**, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 97, Heft 1, Halbband 2, 1978, s. 1-131.

**HAKEMLI MAKALE / PEER REVIEWED ARTICLE**

**ISLAM, NATION-STATE AND THE LEGAL SYSTEM OF MALAYSIA**

**Prof. Dr. Farid Sufian Shuaib\***

**ABSTRACT**

The arrival of the British intervention in the territories now known as Malaysia did not replace the territorial law which is Islamic law and custom. However, through the office of the British Residency, legislation modelled after English law was enacted and British judges who were brought to preside the new court system brought with them English common law. This saw the indirect introduction of English law in Malaysia which causes the marginalisation of Islamic law and custom. The independence of Malaysia in 1957 provides an opportunity to articulate the position of Islam in the Malaysian legal system. The main vehicle of this articulation is the Federal Constitution which was enacted in 1957 simultaneously with the declaration of the independence of Malaysia. The Federal Constitution favours continuity of law and the legal system that exist before the independence. The Federal Constitution at the same time asserts the special position of Islam in the nation and the legal system. Among the implication of this constitutional approach is the continuity of the application of Islamic law in Malaysia and the existence of a plural court system. The article seeks to elaborate on

---

\*Head, Civil Law Department, Faculty of Laws, International Islamic University Malaysia (IIUM), Kuala Lumpur, Malaysia. This is a revised version of a paper entitled "The Legal System in Malaysia and the Position of Islam" presented in a public lecture organised by the Faculty of Law, Suleyman Demirel University, Isparta on 3<sup>rd</sup> October 2017 at the Faculty of Law, Suleyman Demirel University, Isparta, Turkey. The author would like to thank the participants – including the Dean Prof. Dr. Haluk Songur - for the questions asked during the lecture which helps in revising the paper.

the above issues on the Malaysian legal system and the interplay with the position of Islamic law.

**Key words:** *Malaysia, common law, Malaysian legal system, Islamic law.*



## İSLAM, ULUS DEVLET VE MALEZYA'NIN HUKUKİ SİSTEMİ

*Prof. Dr. Farid Sufian Shuaib\**

### ÖZET

İngiliz müdahalesinin bugün Malezya olarak adlandırılan topraklara gelmesi ile bu bölgede uygulanan İslam hukuk ve geleneği değişmemiştir. Fakat yine de, İngiliz Yönetiminin başa geçmesi ile birlikte İngiliz hukuk sistemini esas alan kanunlar çıkarılmış ve İngiliz hakimlerin gelişi ile müşterek hukuk (common law) etkisinde yeni bir mahkeme sistemi kurulmuştur. Bu da Malezya'da İngiliz Hukukunun uygulanmaya başlanması ve İslam hukuku ve geleneklerinin dışlanması sonucunu doğurmuştur. Malezya'nın 1957'te bağımsızlık ilan etmesi, İslam'ın Malezya hukukundaki yerinin yeniden güçlenmesi için bir fırsat oluşturmuştur. Bu fırsatın değerlendirilmesi Malezya'nın bağımsızlık ilanı ve Federal Anayasası'nın 1957'deki ilanı ile olmuştur. Federal Anayasa, bağımsızlıktan önceki hukukun ve hukuki sistemin devamını öngörse de aynı zamanda İslam'ın ulusal hukuktaki özel önemini vurgulamıştır. Federal Anayasa'nın bu yaklaşımın bir sonucu da Malezya'daki İslam hukuku uygulamasının ve çoklu mahkeme sisteminin devam etmiş olmasıdır. Bu makale de Malezya hukuk sistemi ve İslam hukuku'nun bu sistem ile etkileşimi ile ilgili yukarıda bahsedilen konular detaylı şekilde incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** *Malezya, müşterek hukuk, Malezya Hukuk Sistemi, İslam Hukuku.*

---

\* Malezya Uluslararası İslam Üniversitesi Medeni Hukuk Kürsüsü Başkanı.

## INTRODUCTION

Malaysia is an interesting example of a modern nation state that takes modernity and development seriously and at the same time incessantly constructing and holding on to the Islamic identity.<sup>1</sup> Such fused national and religious identities are products of historical, political and social journey of the nation. These overlapped identities are also shared by the Turkish.<sup>2</sup> The universalist perspective of Islam has to be reconciled with the idea of nationalism. The socio-economic development promised by the nation-state when viewed together with the religious identity requires such development to be aligned with and rooted in Islam. The discussion of modernity and development in Malaysia includes the modernity and development of its legal system. The fused identity requires such a legal system to take cognizance of the status of Islamic law.

### I. MALAYSIA IN BRIEF

Malaysia – situated in the Southeast Asia - is a federation of 14 territories consisting of 9 Malay Sultanates, 2 former British Crown Colony (the State of Penang and the State of Melaka), 2 territories from Borneo (the State of Sabah and the State of Sarawak) and the Federal Territories. The Federation of Malaya (consisting of the 9 Malay Sultanates and the 2 British Crown Colonies) proclaimed its independence on 31<sup>st</sup> August 1957. These territories situated in the Malay Peninsula. Before the independence, these territories were referred to as the British Malaya. On 16<sup>th</sup> September 1963 the State of Sabah and the State of Sarawak from the island of

---

<sup>1</sup> See Shamsul AB, "Identity Construction, Nation Formation, and Islamic Revivalism in Malaysia", in Robert Hefner & Patricia Horvatich (eds.), *Islam in an Era of Nation-States: Politics and Religious Renewal in Muslim Southeast Asia*, Honolulu: University of Hawai'i Press, 1997.

<sup>2</sup> See Ozay Mehmet, *Islamic Identity and Development: Studies of the Islamic Periphery*, New York: Routledge, 1990.

Borneo joined the federation and the federation transformed into Malaysia. In their agreement to join the federation, the 2 States managed to obtain further concession on their autonomous powers, including the power to control immigration into their States.<sup>3</sup> The Federal Territories were carved out from the State of Selangor and the State of Sabah from their territories and handed over to the federal government.<sup>4</sup> The federal set up of the nation is material in the section discussing the distribution of legislative, executive and judicial powers, particularly on matters relating to Islam.

These 14 territories constitute a multi-ethnic and multi-religious society of estimated 31.7 million people in 2016. Of this population, 68.6 per cent are ethnic Bumiputra (consisting of Malay and the native of Sabah and Sarawak), Chinese 23.4 per cent, Indian 7 per cent and others 1 per cent. In 2010, the religious demography of the nation is Muslims 61.3 per cent, Buddhists 19.8 per cent, Christians 9.2 per cent and Hindus 6.3 per cent. Religious pluralism is everywhere to be seen in Malaysia where places of worships such as mosques, churches and temples could be found all over the places. People of different faith interact with one another in offices, schools and shopping centres.

## II. MALAYSIAN LEGAL HISTORY

The early kingdoms in the Malay Archipelago – constituting the present Malaysia, Indonesia, Brunei, Philippines, Thailand and others - were influenced by Hinduism and Buddhism. Islam arrived in the Malay Archipelago in the 14<sup>th</sup> century and transforms the kingdoms to Sultanates.<sup>5</sup> The transformation as witnessed in

---

<sup>3</sup> JV Allen, AJ Stockwell & LR Wright (eds.), *A Collection of Treaties and Other Documents Affecting the States of Malaysia 1761-1963*, New York: Oceana Publications Inc.

<sup>4</sup> The Federal Territories are Kuala Lumpur, Putrajaya and Labuan.

<sup>5</sup> SQ Fatimi, *Islam Comes to Malaysia*, Singapore: Malaysian Sociological Research Institute Ltd, 1963.

Malaysia, Indonesia, Brunei and Philippines was not confined to the belief system but extended to the legal system.<sup>6</sup> In Peninsular Malaysia, the Melaka Sultanate was a prominent port that controlled the strategic Strait of Melaka produced 2 legal digests – *Hukum Kanun Melaka* and *Melaka Maritime Laws* – being the applicable laws before Melaka was conquered by the Portuguese in 1511. Those legal digests contain provisions based on Islamic law and custom.<sup>7</sup> The mixed nature of the digests shows that the Sultanate and its legal system were undergoing a gradual process of Islamization when the process was unceremoniously interrupted by the western colonial intervention.<sup>8</sup>

Other Malay Sultanates, although were not as abruptly interrupted as in Melaka by violent conquest – were similarly interfered with. The British who used a different tact in controlling the Malay Sultanates decided to indirectly control the Sultanates by entering into treaties with the Sultans and retaining them as the Head of States. To this end, the British inserted into the treaties – such as the *Treaty of Pangkor 1874* – provisions that require the Sultanates to accept a British adviser whose advice “should be asked and acted upon”. These arrangements retained the *de jure* sovereignty of the Sultans but formed the *de facto* reign of the British in the Malay Sultanates.<sup>9</sup>

Working in the Sultanates where the territorial laws were Islamic law and custom, the British advisers introduced new court systems, legislations and court officers that were modelled after and trained under English law. Being the dominant

---

<sup>6</sup> On the Sultanates in Indonesia and its connection with the Ottoman, see Ismail Hakki Goksoy, “Ottoman-Aceh Relations as Documented in Turkish Sources”, in Michael Feener, Patrick Daly & Anthony Reid, *Mapping the Acehnese Past*, Leiden: KITLV Press, 2011.

<sup>7</sup> Liaw Yock Fang, *Undang-Undang Melaka*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1976.

<sup>8</sup> See Syed Naguib Al-Attas, *Preliminary Statement on a General Theory of the Islamization of the Malay-Indonesian Archipelago*, Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka, 1969.

<sup>9</sup> For cases on this point, see for instance *Duff Development Ltd v Government of Kelantan & Anor* (1924) AC 797.

political and military forces in the Malay States, the British Residents encountered minor resistance in imposing English law – be it for instance penal law, contract law and torts - indirectly into the Malay States, edging the existing Islamic law and custom – albeit remaining as the territorial law - to the periphery of the legal system.

### III. THE CREATION OF A NATION-STATE

From the conquest of Melaka in 1511 by the Portuguese, the cession of the Island of Penang in 1786 to the British and the introduction of the British adviser in the *Treaty of Pangkor 1874*; apart from the objective of spreading the Gospel, the primary objective of the colonial enterprise is to control the trade from the East and later to plunder the natural resources.<sup>10</sup> The colonial enterprise of the British in the territories now constituting Malaysia in particular coincides with the industrial revolution in Britain. The discovery of the tin mines and the opening of rubber plantations enable exports of these raw materials to assuage the need of the industry in Britain. To streamline administration of the 9 Malay Sultanates that would make it easier to exploit the natural resources and to conduct trade, the British created the Federated Malay States consists of four Malay states and the Unfederated Malay States consists of the other 5 states.<sup>11</sup> It was observed that an “efficient legal and administrative framework” is valuable to private industry in mining and agricultural industry.<sup>12</sup> The centralising of the powers from the 9 Malay States culminates with the creation of the much opposed Malayan Union in 1946 which was replaced by the Federation of Malaya in 1948.

---

<sup>10</sup> See for instance David Armitage (ed.), *Theories of Empire 1450-1800*, Oxford: Routledge, 1998.

<sup>11</sup> Perak, Selangor, Negeri Sembilan and Pahang are under the Federated Malay States; Perlis, Kedah, Johor, Kelantan and Terengganu are under the Unfederated Malay States.

<sup>12</sup> PJ Drake, “The Economic Development of British Malaya to 1914: An Essay in Historiography with Some Questions for Historians” (1979) 10:2 *Journal of Southeast Asian Studies* 262-290.

The rapid growth of the mining and agricultural industry in British Malaya led to the massive immigration of Chinese and Indian labourers from China and India. The population in Peninsula Malaya of Chinese and Indian combined in 1884 was 29.4 per cent and in 1957 it increased to 48.5 per cent.<sup>13</sup> The indigenous Malays (who are Muslims) who understandably would want to be the master in their own land, have to consider this new demographic reality in working towards independence of Malaya.<sup>14</sup> The Chinese and Indians, who are mostly non-Muslims, had taken root in Peninsula Malaya and some had made Malaya their new home. The British also did not want to be saddled with a large number of non-Europeans, who they have brought into Peninsula Malaya to work, asking for British citizenship. Negotiations of the different communities have produced a political compromise. This compromise or sometime referred to as “the social contract” - could be seen in the provisions of the constitution of the independent Federation of Malaya.<sup>15</sup> This inter-communal bargain entails that citizenship to the non-Malays are given under the *jus soli* principle (citizenship by birth) rather than the more restrictive, but commonly applied *jus sanguinis* principle (citizenship by the nationality of the parents),<sup>16</sup> freedom of religion to all;<sup>17</sup> special position of the Malays;<sup>18</sup> and the primary and dominant position of Islam as the Religion of the Federation and preservation of the Sultanates.<sup>19</sup> Together with the passing of the Federal Constitution, the Federation of Malaya was born on the 31<sup>st</sup> August 1957.

---

<sup>13</sup> Leon Comber, *13 May 1969*, Singapore: Marshall Cavendish, 2009.

<sup>14</sup> See for instance William R Roff, *The Origins of Malay Nationalism*, 2<sup>nd</sup> Ed., Kuala Lumpur: Oxford University Press, 1994.

<sup>15</sup> Joseph M Fernando, *The Making of the Malayan Constitution*, Kuala Lumpur: The Malaysian Branch of the Royal Asiatic Society, 2002. See also Mohd Rizal Yaakop & Shamrahayu A Aziz, *Kontrak Sosial Perlembagaan Persekutuan 1957*, Kuala Lumpur: ITBM, 2014.

<sup>16</sup> See for instance Leo Suryadinata (ed.), *Ethnic Chinese as Southeast Asians*, Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 1997.

<sup>17</sup> Article 11 of the Federal Constitution.

<sup>18</sup> Article 153 of the Federal Constitution.

<sup>19</sup> Articles 3 and 181 of the Federal Constitution.

#### IV. THE FEDERAL SYSTEM OF GOVERNMENT

The British in Peninsula Malaya worked towards centralising the administration of the states leading to the short-lived Malayan Union. This was continued on the road towards independence where one of the terms of reference in drafting the constitution is to have a strong central government. In spite of that, the existence of the Malay Sultanates in 9 states ensures the continuation of autonomous existence of the states under a federal system of government. The Westminster system of government is followed by having the King as the Head of State and the Prime Minister as the Head of Government. The King is elected every 5 years by the 9 Malay Sultans from among them. The Prime Minister is appointed by the King from among members of the House of Representative who were elected in the general election. At the state level, the Sultan, or for the state not having a Sultan, the Governor, is the Head of State and the Chief Minister is the Head of Government. The Chief Minister is appointed by the Sultan or the Governor from among members of the State Legislative Assembly.

The Sultans are constitutional monarch in the sense that their powers are limited by the Federal Constitution and the State Constitution. However, one of the areas that their powers are retained is their position as the Head of Religion of Islam in their own state.

#### V. ISLAM IN THE CONSTITUTION

The Federal Constitution as a foundation of a newly independent nation prescribes for a primacy and dominant legal position of Islam. The early part of the Constitution starts with the proclamation that Islam is the religion of the Federation. The wording of the provision is very general and it is not clear what it means for Islam to be the religion of the federation. Regarding what the provision means, the

courts have given the answer in a negative form, by saying that Islam as the religion of the federation does not mean that Islam is the supreme law and every law should be consistent with Islam.<sup>20</sup> On the other hand, the court did not say that Islamic law could not be applied in Malaysia since there is no provision in the constitution that bars the application of Islamic law and Islamic law is the indigenous law. To the contrary, the Federal Constitution contains many provisions giving the exalted position to Islam, including the content in the oath of the King for him to protect Islam.<sup>21</sup>

In contrast to non-Islamic institutions, the Constitution expressly allows for the government to provide allocation to establish and to maintain Islamic institutions.<sup>22</sup> The federal government and the state governments have established various Islamic institutions such as the Department of Islamic Development Malaysia, the Pilgrim Fund Board, the Department of Syariah Judiciary Malaysia and the International Islamic University Malaysia. In practice, the government also spends money for non-Islamic religious institutions. Although this practice seems to be contrary to the wording of the constitution, no legal challenge has been brought against it.

The exalted position of Islam does not mean non-Muslims are prevented against practising their religion. The Federal Constitution guarantees the right of Muslims and non-Muslims to profess and to practise their religion.<sup>23</sup>

Consistent with the exalted position of Islam under the constitution, the Federal Constitution allows for restrictions to be imposed on propagation of other religions among Muslims.

---

<sup>20</sup> *Che Omar Che Soh v Public Prosecutor* [1988] 2 MLJ 55.

<sup>21</sup> 4<sup>th</sup> Schedule of the Federal Constitution.

<sup>22</sup> Article 12 of the Federal Constitution.

<sup>23</sup> Article 11 of the Federal Constitution.



In respect of powers to legislate on Islamic matters, the Federal Constitution took cognizance the traditional place of the religion of Islam which is under the protection of the Sultans. Because of the intertwined nature of Islam, Malays and the Sultans, the legislative competency to make law relating to Islam is put under the states.<sup>24</sup> Since Islamic law is the indigenous law and has been applied since the arrival of Islam in the 14<sup>th</sup> century in the Peninsula Malaysia, the Federal Constitution reaffirms the competency of states to establish its own Shariah courts.<sup>25</sup> Thus, each state legislates its own law on Islamic matters and establishes its own Shariah court system in a multi court system in Malaysia.

## VI. MULTI-COURT SYSTEMS

Malaysia has a multi-court system consisting of the civil court, the Shariah court and the Native court systems. The court systems are established by different laws and under different legislative mandates. The civil court system as the main court system, which applies laws of general application over all parties irrespective of race and religion, has its own hierarchy with the Federal Court as the apex court and followed by the Court of Appeal and the High Court under the superior court category. Under the subordinate court category, one could find the Sessions Courts and the Magistrate's Courts. Matters like penal sanctions, banking and finance including Islamic finance, contracts, torts and international affairs fall under the jurisdiction of the civil court system.

The Shariah court system is established by states and has narrower jurisdiction which is generally over Muslim parties and applies Islamic law. The 13 states establish their own Shariah court systems and the federal government

---

<sup>24</sup> Article 74 of the Federal Constitution.

<sup>25</sup> The State List under the 9<sup>th</sup> Schedule of the Federal Constitution.

establishes the Shariah court system for the 3 Federal Territories.<sup>26</sup> Under each of the Shariah court system it has the Shariah Appeal Court as the apex court and followed by the Shariah High Court and the Shariah Subordinate Court. Islamic law matters adjudicate under the Shariah court system includes marriage, divorce, custody of children, *waqf*, *hibah* (gift), *faraid* (law of succession), *aqidah* (faith) and limited Shariah offences.<sup>27</sup>

The states of Sabah and Sarawak which is situated in Borneo bordering with Brunei and Kalimantan of Indonesia have more than 60 ethnic groups such as Malays, Melanaus, Ibans, Bidayus, Kadazan-Dusun, Bajau and Murut. The right of the indigenous communities to live by their customs are recognised by allowing the establishment of the Native court system.<sup>28</sup> The native as defined by relevant laws in Sabah and Sarawak generally could opt to be governed by native law and adjudicate by the native courts. Most of the subject matters that fall under the jurisdiction of the native courts are family law, land and limited offences under native customs. Sabah and Sarawak have each their own native court system with its own hierarchy.<sup>29</sup>

These three court systems generally operate in parallel to one another, in particular between the civil court system and the Shariah court system. Appeals from one court system are heard by a higher court under the same court system and each court system has its own apex court. There is no combined apex court that hears appeals from the different court systems.

---

<sup>26</sup> The 3 Federal Territories are Kuala Lumpur, Labuan and Putrajaya.

<sup>27</sup> For details of the powers and jurisdiction of Shariah courts, see for instance Farid Sufian Shuaib, *Powers and Jurisdiction of Syariah Courts in Malaysia*, 2<sup>nd</sup> Ed., Petaling Jaya: LexisNexis, 2008.

<sup>28</sup> List IIA – Supplement to State List for States of Sabah and Sarawak under Ninth Schedule of the Federal Constitution.

<sup>29</sup> Native Courts Enactment 1992 (Sabah); Native Courts Ordinance 1992 (Sarawak).

## VII. SOURCES OF LAW

Islamic law remains as the territorial law of Malaysia even after the colonial British intervention in the nineteenth century.<sup>30</sup> However, the prominence of the state apparatus after the creation of nation-state including the creation of legislative bodies such as the federal legislature in the form of Parliament ensures the primacy of legislation over unwritten law which uncodified Islamic law and custom belong to. This produces situation where a clear rule under Islamic law is trampled upon by the statutes. The case of *Ainan bin Mahamud v Syed Abu Bakar bin Habib Yusof* exemplifies this scenario where the Evidence Enactment that prescribes a child born during a marriage is a conclusive proof of legitimacy prevails over the Islamic rule regarding legitimacy of children born less than 6 months of a marriage.<sup>31</sup> Although the court acknowledges the legal position that Islamic law is the local law, the court was of the view that the Evidence Enactment applies to everybody including on Muslims in matters of their personal law. This absurd denial of the application of Islamic law over Muslims in matters of personal law was however stopped with the amendment in the Federal Constitution that requires matters under the jurisdiction of Shariah courts – which clearly Islamic law is - to be excluded from the civil courts.

The creation of the Federation with a written constitution warrants the adoption of the principle of the supremacy of the Federal Constitution to entrench the fruits of the inter-communal bargaining successfully included in the Constitution.<sup>32</sup> The Constitution not only creates organs of government, such as the Parliament, the Cabinet and the courts, it guarantees the fundamental liberties of

---

<sup>30</sup> *Ramah binti Ta'at v Laton binti Malim Sutan* (1927) FMSLR 128.

<sup>31</sup> *Ainan bin Mahamud v Syed Abu Bakar bin Habib Yusof* [1939] 1 MLJ 209; section 112 of the Evidence Enactment (Cap 10).

<sup>32</sup> Article 4 of the Federal Constitution.

citizens and others. The Federal Constitution also recognises Islam, customs and laws in existence before the Independence Day as sources of law in the Federation.<sup>33</sup>

As intimated in the above paragraphs, another source of law is legislations in the form of federal law and state law. The primary position of legislations because of the predilection towards written law as oppose to unwritten law had in some instances edges aside Islamic law and custom. Be that as it may, legislations have been used as tools to undertake reforms such as in the economic, healthcare and communication arenas.<sup>34</sup>

English law, albeit a foreign law, applies in limited ways in Malaysia. It is the vestige of the colonial British from its intervention in this part of the world by imprinting the convenient parts of her legal system on the legal system of the colony. The legislature of the former colony allows for the foreign law to be applied in situations where there is a gap in the local law.<sup>35</sup> Commentators raised the question why the gap of local law should only be filled by the former imperial's law and suggested that indigenous common law could be developed by referring to the indigenous norms.<sup>36</sup>

## VIII. CONFLICT OF LAWS

The plural court system and the plural sources of law show the pluralism of the legal system in Malaysia. The recognition of the state for different laws applicable

---

<sup>33</sup> Articles 160 and 162 of the Federal Constitution.

<sup>34</sup> For a reform in the economic sector see for instance the Competition Act 2010; in the healthcare sector see for instance Private Healthcare Facilities and Services Act 1998; in the communication sector see for instance Communications and Multimedia Act 1998.

<sup>35</sup> Civil Law Act 1956.

<sup>36</sup> Farid Sufian Shuaib, "Towards Malaysian Common Law: Convergence between Indigenous Norms and Common Law Methods" (2009) 13 *Journal of Law Malaysia* 158.

for different groups in the nation produces legal pluralism. This recognition accommodates the different cultures, beliefs and group's interests. The application of this pluralism sometime produces conflict of laws and conflict of forums. The earlier example of *Ainan bin Mahamud v Syed Abu Bakar bin Habib Yusof* shows the conflict of laws between a general statute on evidence and the personal law of Muslims.<sup>37</sup> *Public Prosecutor v White* is an example of contradiction between a new personal law of a new Muslim convert which allows for polygyny with the general penal law which criminalise bigamy.<sup>38</sup>

Conflict also occurs as to which court system – either the civil court system or the Shariah court system – have the jurisdiction to determine whether a person is still a Muslim or has converted to Islam; or to determine issues relating to *hibah* (gift).<sup>39</sup> Resolution on jurisdiction most of the time provides resolution of conflict of laws where conferment of jurisdiction to Shariah courts to determine faith of a person will cause the application of Islamic law in making such determination.<sup>40</sup>

The constitutional remedy introduced through a constitutional amendment in 1988 which is a restatement of the plurality of the court systems in Malaysia provides that the civil court systems are excluded from hearing a case which is under the jurisdiction of Shariah courts.<sup>41</sup> Thus, the Federal Constitution proscribes civil courts from interfering with Shariah courts. Although the constitutional remedy does

---

<sup>37</sup> *Ainan bin Mahamud v Syed Abu Bakar bin Habib Yusof* [1939] 1 MLJ 209.

<sup>38</sup> *Public Prosecutor v White* (1940) MLJ 170.

<sup>39</sup> *Soon Singh a/l Bikar Singh v Pertubuhan Kebajikan Islam Malaysia (PERKIM) Kedah & Anor* [1999] 1 MLJ 489; *Latifah bte Mat Zin v Rosmawati bte Sharibun & Anor* [2007] 5 MLJ 101.

<sup>40</sup> *Soon Singh a/l Bikar Singh v Pertubuhan Kebajikan Islam Malaysia (PERKIM) Kedah & Anor* [1999] 1 MLJ 489.

<sup>41</sup> Article 121(1A) of the Federal Constitution.

not end completely the polemic of jurisdictional conflicts,<sup>42</sup> it has made clear the parallel position of the civil court system and the Shariah court system.

### CONCLUDING REMARKS

The creation of Malaysia as a federation does not abrogate the autonomous power of the different states, particularly in the realm of Islamic law. This indigenous law continues to be the law of the land, albeit suffering neglect and edged to the periphery of the legal system during the British intervention. The changes in the demographic reality of the territories with the influx of immigrants brought in by the British were aligned with the legal, social and political reality under a inter-communal bargaining for a new nation state to be created in the form of the independent Federation of Malaya. The social contract entrenches the primary position of Islam along with securing safe abode for those who wants to make the Federation their new home. It is important in understanding the position of Islam in Malaysia to be conscious of the tumultuous journey in the formation of the nation.

---

<sup>42</sup> See for instance *Indira Ghandi a/p Mutho v Ketua Polis Negara* [2016] 3 MLJ 141.

## MAKALE ÇEVİRİSİ

### İNGİLİZ MAHKEMELERİNDE İSLAM HUKUKUNUN UYGULANMASI<sup>1</sup>

Yargıç David Pearl

Prof. Dr. Haluk SONGUR\*

1995'te Noel Coulson<sup>2</sup> (Ç.N) anısına benden konferans vermem talep edilmesi benim için büyük bir onurdur. Noel ile ilk defa 30 yıl önce Cambridge Üniversitesine her cumartesi, bugünlerde çok popüler olan "Muhammedan Law (Muhammed Hukuku-İslam Hukuku) üzerine seminerler vermek ve hukuk bitirme sınavları için geldiğinde görüşmüştüm. Bu seminerlere araştırma görevlisi olarak katıldım. O zaman ilk defa ondan dinlediklerim ve öğrendiklerim vasıtasıyla hayatımı vermiş olduğu alan hakkında bilgi sahibi oldum.

---

<sup>1</sup> Tercümesini sunduğumuz çalışma, Londra Üniversitesi, The School of Oriental and African Studies (SOAS), Center of Islamic and Middle Eastern Studies (CIMEL) tarafından, meşhur müsteşriklerden olan Noel Coulson anısına 1995'te düzenlenen konferanslardan Yargıç David Pearl tarafından sunulan "The Application of Islamic Law in English Courts" adlı makaledir. Makalenin içerisindeki dipnotları olduğu belirten tarafımızdan yapılan açıklama ve ilaveler çevirmenin notu (Ç.N.) şeklinde belirtilmiştir.

Bu tercüme farklı bir versiyonu bir giriş ve tercümeden müteşkil olarak daha önce SOBE dergisinde yayınlanmıştır. (Songur Haluk, "İslam Hukukunun Modern Dönem Mahkemelerindeki Yeri ve "İngiliz Mahkemelerinde İslam Hukukunun Uygulanması" Adlı Makalenin Çevirisi", SOBE, Sosyal Bilimler Evi, yıl:4, sayı:4-5, s. 67-77.)

\* SDÜ Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, hasongur@hotmail.com.

<sup>2</sup> (Ç.N.) İslam Hukuku ve Tarihi alanında Joseph Schacht'den sonra en önemli oryantalistlerdendir. 18 Ağustos 1928'de İngiltere Lancashire Blackrod'da doğan Noel James Coulson, askerliğini Kıbrıs ve Süveyş bölgesinde istihbarat subayı olarak yaptı. Coulson, askerliğe müteakiben Oxford Üniversitesine gitti. Burada meşhur müsteşriklerden Joseph Schacht'nin tavsiyesi üzerine Fas Kütüphanelerinde bulunan Fıkıhla ilgili el yazmaları hakkında yüksek lisans ve doktora yaptı. Londra Üniversitesi SOAS'e (School of Oriental and African Studies) davet edildi ve burada İslam Hukuku dersleri verdi. 30 Ağustos 1986'da 58 yaşında öldü. Geniş bilgi için bakınız: Ferhat Koca, "İslam Hukukçusu ve Hukuku Tarihçisi Noel Coulson: Hayatı, Eserleri, Görüşleri", İslam Hukuku Araştırmaları dergisi Sayı:4, 2004, s. 75-85

Benim bu akşamki konum Noel'in hayat boyu ilgilendiği bir konu olan, İngiliz mahkemeleri nezdinde (bağlamında) İslam Hukukunu nasıl anlatılabileceği ve uygulama alanı bulabileceği meselesidir. Noel, İslam Hukukunun, 20. yüzyılın ikinci yarısındaki İngiliz toplumuyla pratik (uygulamalı) bir alakaya sahip olduğu gerçeğini fark etmiştir. Çalışmaları ve mahkeme oturumları vasıtasıyla İslam hukuk prensiplerinin anlaşılması ve hangi durumlarda uygulanmasının gerekli olduğu noktalarında çok önemli bir rol oynamıştır.

Son dönemlerde Yargı Çalışmaları Heyeti, Etnik Azınlıklar Danışma Komisyonu, yargıçlara yönelik olarak Birleşik Krallıkta yaşamakta olan etnik azınlıkların örf ve adetlerinin anlaşılmasına yardımcı olacak bir eğitim programına girişti. Bu hususta kayda değer oranda basılı materyal vardır ve bütün hâkimlere yönelik düzenlenmiş olan yatılı devam eden program tam da merkezi konumdadır. Dolayısıyla artık hâkimlerin gördükleri davaları esnasında ortaya çıkan pek çok durumu daha çok anlayıp farkında olmaları beklenebilir. Son günlerde bir bölge yargıç hâkimi tarafından basına şöyle yazılmıştır: "...bir dava ileri araştırma gerektiren etnik unsur içerdiğinde hâkimin bu durumu tanınması çok önemlidir ve şayet gerekli olursa uygun bir bilirkişi temin edilmelidir. Doğru mülahazalar sunabilmesi ve davayı doğru bağlamında değerlendirilebilmesi için, bu tür durumları hâkimin dikkatine sunmak avukatların açık bir vazifesidir."<sup>3</sup>

Bilirkişilere intikal eden esas sorumluluk, Profesör Coulson'ın yeminli ifadeleri ve İslam Hukuku ve örf hakkındaki şifahi şehadetleri hem zamanında daha da önemlisi bugün mahkemeler için önlerine gelen davaları daha iyi kavramaları noktasında büyük bir öneme sahiptir. Kaçınılmaz bir şekilde İngiltere ve Galler (Skotland dâhil) mahkeme ve heyetleri yıllar boyu bizim adamızda yaşayan Müslümanların dâhil olduğu çok ilginç ve karmaşık meselelerle karşı karşıya kaldılar. Evlilik ve boşanmanın geçerliliğine, çocukların vesayeti ve bakımına dair meseleler

<sup>3</sup> May [1995] Fam Law 260. Bakınız Bölge Hâkimi Judge Stephen Gerlis, "Racial Awareness for Judges". ("Yargıçlara için Irk Farkındalığı"), Mayıs, 1995, Fam Law, 260



bunların en önemlileridir. Bu meseleler son yıllarda Sosyal Güvenlik, Emeklilik Yasası ve özellikle de Göç Yasasıyla alakalı olarak düzenli bir şekilde artış gösterdi. Aynı derecede önemli olmak üzere Müslüman toplulukla ilgili olarak aşağıdaki meseleler de son yıllarda mahkemeleri işgal etmiş durumdadır: anlaşmalı evlilikler, mehir ve uygulanması ve Müslüman evlilik anlaşmasının diğer yönleri, evlilik kayıt düzenlemeleri, ebeveyn nafakası, Müslüman boşama formlarının tanınması ve Müslüman mirasçılarının miras hakları. Öncelikle Müslüman dünya ile olan ilişkilerin artmasıyla birlikte artık bu ülkede az da olsa kayda değer bir Müslüman nüfusu yaşamaya nedeniyle, bunun dışındaki meseleler ticaret hukukuyla ilgili ortaya çıkar.

Profesor Coulson'ın etkisini gösteren en erken örnek Alhaji Muhammed-Knott davasıdır.<sup>4</sup> Bu davada Kuzey Nijerya'da 13 yaşındaki bir kızla İslami usule göre evlenen Kuzey Nijeryalı - Kuzey Nijerya yasalarına göre poligami yasaldır- koca vardır. Bunlar (eşler) kısa bir süre sonra İngiltere'ye gelir ve karı-koca hayatı sürerler. Konu bir şikâyet üzerine yargıcın önüne gelir ve -o zaman yürürlükte olan Genç ve Çocuklar yasası madde 62-, onları çocuk koruma kuralları içerisine sokar. Bu madde mahkemeye, kızın (eşin) bakım, korunma ve kontrol ihtiyacı içerisinde bulunduğunu ilan etmesini sağladı ve ayrıca kız 1963 Çocuk ve Gençler yasası madde 62 uyarınca ahlaki bir tehlikeye de maruz kalmıştır.

Profesör Coulson, Nijerya Müslümanların uyduğu evlilik hukuku ve örfü hakkında mahkemeye deliller sundu. Bu deliller mahkemede çürütülemedi. Deliller onlar tarafında şu şekilde özetlenmiştir: "Özetle evlilik, gelin ve damadın aileleri veya velileri arasındaki basit bir akitle yürürlük kazanmıştır. Damat mehir ödemek durumundadır. Her zaman olmasa da bazen evlilik akdinin imzalanmasından sonra dini bir tören ve düğün ziyafeti verilir. Bundan sonra gelinin ailesi tarafından göstermelik şekli olarak damada teslim edilme töreni vardır. Kızların evliliği için asgari bir yaş sınırı yoktur ancak buluş çağına (ergenlik

---

<sup>4</sup> [1969] 1 QB 1.

dönemine) ulaştığına dair kesin deliller olmadıkça gelinle aynı evde veya onunla karı koca yaşamak yasal (meşru) değildir. Neticede İslam Hukukuna göre kız çocuğunun 9 yaşından önce ergenliğe ulaşamayacağı öngörülmüştür. O da 15 yaşında balığ olmuştur. Müslüman hukuku poligamiye müsaade eder ve bir erkek dörde kadar evlenebilir.<sup>5</sup> Boşama karşılıklı rıza ile veya herhangi bir sebeple ve kocanın talebi üzerine her zaman gerçekleşebilir.”<sup>6</sup>

Evlilik, İngiliz yasalarına göre ister geçerli kabul edilsin isterse edilmesin bu davada hâkimler, kızın ahlaki bir tehlikeye maruz durumda bulunduğu, aralarındaki evliliğe rağmen bu adam ve kadının birlikteliklerinin devamı “herhangi normal bir İngiliz erkek veya kadına” göre çirkin (aykırı) bir durum olduğu görüşündedirler. Bu şartlar altında şikâyet daha sonra *fit-person order*<sup>7</sup> (normal kişi) koruma yasası olarak bilinen durumu ispatladı ve ortaya koydu. Ayrıca onlara kızı yerel otoritenin bakımına bırakılmasını sağlamıştır. Bu karar temyiz edildi ve Bölge Mahkemesi şuna karar verdi: Öncelikle Profesör Coulsun’un sunduğu çürütülemeyen delilin etkisiyle bu evlilik İngiliz yasalarına göre geçerli olarak tanınmıştır. Ardından Bölge mahkemesi, yerel mahkemenin kararını tersine çevirdi.

Lord Parker CJ şöyle dedi: kızın ve adamın geldiği ortamın yaşam biçiminin farkında olan “normal bir İngiliz erkek veya kadın, kaçınılmaz bir şekilde (şüphesiz) onların birlikteliğini evliliklerine rağmen çirkin bir durum olarak nitelendiremez.

---

<sup>5</sup> Burada Coulson İslam Hukukuna dair aktardıklarını elbette fıkıh külliyatında bulmak mümkündür. Ancak fıkıh külliyatını bundan ibaret saymak doğru olmaz. Çünkü ilk İslam Aile Kanunu olan 1917 tarihli Osmanlı Aile Hukuk-i Kararnamesi getirdiği pek çok yeniliklerden biri de kız çocuklarının evliliğini asgari yaş sınırlaması konulmasının yanı sıra, poligamiyi de dolaylı olarak sınırlamasıdır. (Ç.N.)  
<sup>6</sup> [1969] 1 QB 1 at pp 6, 7.

<sup>7</sup> 1989 Çocuk Yasası madde 31 uyarınca, vesayet ve gözetim düzenlemeleri hususunda yerel otoritenin yetkilerini inceleyiniz. Mahkeme çocuğun zarar gördüğü veya büyük bir zarar göreceği hususunda ikna edilmelidir. Mer’i İngiliz Hukukunu genel bir incelemesi için bakınız: A. Bainham with S. Cretney 'Children. The Modern Law (Jordan, 1993).

Davanın dili 30 yıl geçmiş olduğu için biraz karmaşık olmasına rağmen dava hala mahkemelerdeki önemli meselelerde İslam hukukuyla ilgili uzman şahadetinin önemini hatırlatıcı olmayı sürdürmektedir.

Dava aynı zamanda daha sonraları hukuk basın çevrelerinde tartışma konusu olduğu içinde ilginçtir.<sup>8</sup> Şimdi St Anne College Oxford rektörü olan Ruth Deech, New Law Journal'da (Yeni Hukuk Dergisi) Mahkeme reisinin kararını eleştiren bir makale yazmıştır. O şunu söyler: "Kız hiç İngilizce bilmemektedir ve muhtemelen kocasından zührevi bir hastalık kapar ve neticede çocuk sahibi olur. Eğer küçük gelinler hakkındaki istatistiklerin bir anlamı varsa önümüzde yıkılmaya mahkûm bir evlilik görülmektedir ve kadının ileride eğitimsiz, terkedilmiş, hayatını kazanamayan, çocuklarına bakamayan, devlete yük olan bir halde tasavvur edebiliriz."<sup>9</sup> Diğer bir grup Bayan Deech'in görüşünün aksini savunmuş.

Bayan Deech tarafından dile getirilen duygu ve düşünceler 1980 Göçmen Yasası tadilatında yankı buldu. Şöyle ki; artık 16 yaşından küçük kişilerin eşler olarak Birleşik Krallığa girişi yasaklandı. 1986 yılında meydana gelen iki olay yasa değişikliğiyle sonuçlandı. Bu olayların ilkinde 12 yaşında İranlı bir gelin, diğerinde de 13 yaşında Ummanlı bir gelin vardır.

Muhammed ile Knott davasındaki evlilik İngiliz yasalarına göre meşru kabul edildi. Tabii durum her zaman böyle olmayacaktır. Örneğin Pakistan'da ziyaretçi pozisyonunda geçici olarak bulunan bir Pakistanlı erkek, Pakistanlı topluluktan İngiliz bir kızla Müslüman geleneklerine göre evlenir ve ardından Pakistan'a döner. Oradan İngiltere'ye ikamet için giriş başvurusu yapar. Bu evlilik 1949 Aile Hukuku Kanunu şartlarını taşımadığı için bu ülkede geçerli değildir. Bununla beraber taraflar kendilerini evli sayabilirler. Bir kişi İngiliz sponsor üzerinden evliliğe dayalı ikamet

<sup>8</sup> Bazı yorumlar Poulton'un "*İngiliz Hukuku ve EtnikAzınlık Örfleri*" adlı eserinde işaret edilmiştir. (1986) s: 21.

<sup>9</sup> (6) Ruth Deech, "Immigrants and Family Law" 123 New Law Journal 110 at 111

için bu ülkeye girişin çok zor olduğunu görecektir. Birleşik Krallık evlilik ve nişana dayalı yapılan ikamet başvurularında pek çok diğer gerekliliklerin yanında evliliğin amacının bu ülkeye girişi kolaylaştırmak olmadığını tespit etmek zorundadır.<sup>10</sup> Devlet Bakanlığı, daimi ikamet için başvuranların, beş yıl veya daha fazla evli olmaları veya çocuk doğması halinde başvurularını kabul etmek için ekstra kanuni imtiyazı işleme koyar.<sup>11</sup> Tarafların 5 yıl evli kalması veya çocuklarının olması hali, evliliğin amacının ülkeye girişi kolaylaştırmak olmadığını bir delili olarak kabul edilir. Ancak bu “imtiyaz” nişanlılar için geçerli değildir.

Bu ülkede 1949 Aile Hukuku gereklerini yerine getirmeksizin Müslüman töreniyle evlenenler, ilk ikamet başvurusunun kendisi tarafından değerlendirildiği giriş kontrol memuru tarafından kesinlikle nişanlılar olarak tanımlanacaklardır. Muhtemelen Pakistan’daki baskın sosyal şartlar başka türlü bir nikâh töreni yapmalarına da müsaade etmemektedir.

Uzman şahadetinin (bilirkişi raporunun) ne kadar önemli olduğunu gösteren İngiliz davalardan bir örnek de şudur. R ile Devlet Bakanlığında iç işler uzmanı olan çalışan Musarrat Yasmeen<sup>12</sup> arasındaki davadır. Bu davada yargıç (daha sonra da olduğu gibi) (Woolf J) Dr Doreen Hinchcliffe tarafından sunulan raporu dinlemiştir. Nitekim yargıç Woolf J, bu rapora dayanarak Pakistan’da bir Müslüman evliliğinin tescili için gerekli şartlar üzerinden bu olay hakkında karar verebilmiştir. Burada yargıç, Abdulla ile Khaton<sup>13</sup> arasındaki davada Abdulla J. tarafından uygulanan Dr. Hinchcliffe tarafından kendisine örnek olarak sunulan yaklaşımı uygulamıştır. Yargıç Woolf J şunu söyledi: “Önüme gelen malzemeleri göz önünde bulundurduğumda bu davaya uygun yaklaşımın, bilgili yargıcın ilgili davada işaret ettiği yaklaşım olarak görünüyor, ki orada durum şudur: Pakistan mahkemeleri

---

<sup>10</sup> (7) HC 395 Paragraf: 281

<sup>11</sup> (8) 210 HC Resmi Rapor (6. seri) sütun:523-524 (30 Haziran 1992)

<sup>12</sup> (9) Rapor edilememiş, 11 Ocak 1982 (QBD)

<sup>13</sup> (10) (1967) PLD Dacca 47

evlilik belgesinin olmamasını, sadece geçerli bir evlilik olmadığı hissini uyandıran bir şüphe olarak olarak görülür daha fazla değil.”<sup>14</sup>

Bu sırada Dr. Hinchliffe, öte yandan R. Se (küçük)<sup>15</sup> davasında da bilirkişi raporuyla söz sahibi oldu. Bu çetin velayet davası Temyiz Mahkemesine kadar geldi. Temyiz, iki çocuk annesi bir Pakistanlı tarafından, biri 7 yaşında kız diğeri 3 yaşında erkek çocuğunun birkaç hafta önce İngiltere’ye getirilmelerinden hemen sonra Pakistan’daki babalarının yanına derhal döndürülmelerine dair bir Yüksek Mahkeme kararı hakkındadır. Konsey, (Yüksek) mahkeme tarafından, İngiltere mahkemelerinde uygulanan kararları veren aynı hukuk sisteminin geçerli olmadığı bir bölgeye derhal geri gönderilme kararının verilemeyeceğini belirtti.

Pakistan 1890 Vesayet ve Koruma Yasası madde 17 şöyle der: “Küçüğün fiziki bakımının sözkonusu olduğu bir nizada durumuna göre çocuğun saadeti için daha iyi olacağı hallerde çocuk bağlı olduğu hukuk tarafından yönlendirilecektir.” Bu yasa nedeniyle konsey çocukları anneye verdi. Burada çocuğun saadeti Müslüman hukuka atıfla belirlendi. Ki bu hukuk bu davaya has olarak çocukların büyütülmesi süreci sıkı bir şekilde anneye bağladı ve anne ekstra bir evlilik durumuna girmiştir.

Temyiz Mahkemesi, Konseyin bu ayırma kararını reddederek kararında direndi. Balcombe LJ. Şunu söyledi: Bunlar Pakistanlı çocuklar ve bunların yurtları Pakistan. Nolan N. J. Pakistan ile İngiliz hukuku arasındaki farkı göstermek için yeminli beyanı ve Muhammad Basher ile Ghulam Fatima<sup>16</sup> arasındaki davayı örnek gösterir. Burada Pakistan Mahkemelerinin çocuğun saadetine etkilemesini dikkate aldıklarını fakat bunun Müslüman bakış açısıyla yaptıklarını belirtir. Nolan NJ. bu yaklaşımı ne garip ne de reddedilmesi gereken bir durum olarak görür. Nolan NJ.

---

<sup>14</sup> (11) Müslüman Aile Hukuku Yasası 1961, s 5

<sup>15</sup> (12) (1993) 1 FLR 297

<sup>16</sup> (13) (1953) PLD Lahore 73.

Mahkemenin, “Vatanları Pakistan olan Müslüman ailelerin Müslüman çocukları için Pakistan hukuku kuralları İngiliz standartlarına göre uygundur” görüşünü destekledi.

Çocuklarla ilgili bu davalarda mahkemelerin bir karar vermesi çok zordur. R.Se. (küçük) davasında Temyiz Mahkemesinin kararından sonra gelen yorumların çoğu eleştireldi. Bunlardan daha problematik olan durum ise Müslüman boşamasıdır. Bu mesele pek çok dava vesilesiyle mahkemeleri işgal etmiş durumda. Bu davaların çoğunda mahkemeye tek veya iki taraf da uzman raporu sunmaktadır.<sup>17</sup> Öte yandan Göçmen Temyiz Komisyonu ve Göçmen Temyiz mahkemelerinin önündeki pek çok durumda hukuki yardımın olmadığı hatta hiç uzman raporunun olmadığı durumlar vardır.

Mahkeme ve Mahkeme Heyetlerini en çok meşgul eden husus Pakistan ve Bangladeş hukuku bağlamındaki talakın (boşama) geçerliliği sorunudur. Bu iki ülke –Hindistan ve Pakistan Keşmir buna dâhil- 1961’de yaptıkları bir kanunla talak için belirli kurallar tespit ettiler. En önemli şart, talakın ilan bildirisinin Birleşik KONSEY olarak bilinen Yerel İdari Mahkemelerine bildirimini yapılmasıdır.<sup>18</sup> Önemle not etmek gerekir ki şu anda Pakistan’da bu kanunun çerçevesini daraltmak niyetinde olan bazı davalar vardır.<sup>19</sup> Eğer bu durum gelecekte Pakistan Hukukunun esasını oluşturursa, bu kanuna göre gerekli boşama için şartların artık bir ehemmiyeti kalmaz.

Bununla birlikte günümüzde İngiliz mahkemeleri, Pakistan ve Bangladeş hukuk sistemlerindeki resmi boşama ve klasik boşama (Hindistan’da olduğu gibi onlar genellikle bunu sadece talak olarak isimlendiriler) şeklinde ortaya çıkan boşama şekilleri arasındaki farkı dikkate almaktadır. Bu fark önemlidir; çünkü 1986 tarihli Aile Hukuku Kanununun ikinci kısmı, yargısal ya da diğer işlemler vasıtasıyla

<sup>17</sup> (14) En önemli dava, Quazi ile Quazi arasındaki davadır.

<sup>18</sup> (15) Müslüman Kişi Hukuku Metni” üzerine bir şerh yazdım. (İkinci baskı, Croom Helm, 1987)

<sup>19</sup>(16) Özellikle Bakınız: Muhammad Sarwar ile Devlet davası (1988) PLD FSC 42

gerçekleştirilen talak (boşamanın bu şekli Pakistan ve Bangladeş'te uygulanan resmi boşamayla ilgili düzenlemeleri içerir) ile bu işlemlerden farklı yollarla gerçekleştirilen talak (Hindistan ve Pakistan'ın Kaşmir eyaletindeki sözlü beyan yoluyla yapılan boşama şekli, bunun örneğidir) arasındaki farkı –ki bu fark ictihad hukuku yoluyla belirlenmiştir- dikkate almaktadır.<sup>20</sup> İlk boşama şekli/resmi boşama söz konusu olduğunda, bu boşama, iki şartın varlığına bağlı olarak İngiliz hukukunda da hukuken geçerli kabul edilir. Bu şartlardan ilki, sözü edilen boşama şeklinin, alındığı ülke hukukunda da geçerli olmasıdır. İkincisi ise, boşamanın yapıldığı tarihte her iki tarafın, ya yerel hukuka ya da İngiliz hukukuna uygun olarak, ülkede/İngiltere'de yerleşik, mukim olarak yaşıyor olmaları ya da ilgili yabancı ülkenin vatandaşı olmalarıdır.<sup>21</sup> Buna karşılık, yanlış oluşmuş kamu politikası nedeniyle, resmi olmayan klasik boşama şeklinin İngiltere'de kabulü, ancak şu halde olabilir. Bu boşama şeklinin alındığı ülke hukukunda geçerli kabul ediliyor olması ve ilgili tarihte tarafların söz konusu ülkede mukim olmaları koşullarına bağlanmıştır (veya taraflardan birinin o ülkede mukim olması, diğer tarafın da klasik talakın kabul edidiği bir ülkede mukim olması durumlarda da uygulama aynıdır). Dahası, İngiltere'de klasik boşamanın geçerli sayılmasını sınırlayan önemli bir koşul vardır. Öyle ki, tanıma, ancak taraflardan birinin, (boşama) beyanından önceki yıl boyunca İngiltere'de yerleşik olarak yaşıyor olması durumunu hariç kabul edilmeyecektir.<sup>22</sup>

Bütün bunlar, yeteri kadar karışık değilmiş gibi, açıklanması gereken başka sorunlar da vardır. Göçmen gruplardan oluşan bir toplumda, insanlar kendi ilişkilerini bir ülke içinde düzenleyemezler. Eğer bütün bu kurallar, Pakistan boşama hukuku içerisinde yer alıyorsa, yani boşama tebliğinde yer alıyorsa, birlik konseyi başkanına boşama beyanı tebliğ edilir ve büyük bir ihtimalle bunun bir kopyası da Pakistan'da bulunan kadına gönderilir. O zaman bu boşama denizaşırı boşama olur

---

<sup>20</sup> (17) Özellikle Bakınız: Chaudhary ile Chaudhary davası (1985) Fam 19 Ca.

<sup>21</sup> Aile Hukuku 1986, 46(1)(a)(b); 46(5)

<sup>22</sup> Aile Hukuku 1986, 46(2), 46(2)

ve 1986 tarihli Aile Hukuku Kanunundaki bağlama kuralları çerçevesinde bu ülkede geçerli kabul edilir. Buna karşın, bütün bu prosedürler İngiltere’de vuku bulmuşsa; şu halde boşama 1986 tarihli Aile Hukuku Kanununun 44. maddesi vasıtasıyla tanınma elde edemez. Fakat Pakistan kökenli bir adam, İngiltere’de boşama beyanında bulunduğu zaman boşama beyanının bir nüshasını Pakistan’daki kadına gönderse ve bir nüsha da hanımının yaşadığı yerdeki birlik konseyi başkanına gönderdiğinde ve kendisi Birleşik Krallık dışına hiç çıkmadığında durum nasıl olacaktır? Bu tarz mahkeme yoluyla olmayan milletler üstü boşamalar, önceki yasalar tarafından kabul edilmiyordu.<sup>23</sup> Akademik gözlemciler iddia etmektedir ki, yeni yasa, yani 1986 tarihli Aile Hukuku kanunu, önceki yasayı (case law-içtihat hukuku) ilga etmiştir.<sup>24</sup> Onların temelde iki argümanları vardır; ilki, 1986 tarihli aile hukuku kanununun 44(1) ve 46(1) maddelerinin yorumu. Ne olursa olsun onların argümanlarının sağlamlığının literal/lafzî yorum açısından haklılığını teslim ediyorum. Bu sorun, en azından şimdilik çözümlenmiş durumdadır. Bunun ilk örneği davada bir Yahudi’nin (Berkovits Grinberg (A-G müdahil) de dahil olduğu milletlerüstü Wall J.’nin kararıdır.<sup>25</sup> Hâkim, kararını 17. sayfadaki şu sözlerle sonlandırdı: “Aslında politik mülahazaların, mahkemelerin değil parlamentonun bir meselesi olduğu sonucuna vardım. Eğer örneğin burada boşamalar arasında arasında bir fark varsa bu fark, ortaya çıkan bütün politik sorunların bütün toplum tarafından tartışılmasından sonra, parlamentonun belirlemesi gereken bir farktır. Dolayısıyla, çok-ırklılık ve çok-etnik yapılılığın büyük bir hızla arttığı toplumda milletler üstü boşamanın geçersiz kabul edilip edilmemesine ilişkin sorun, bir parlamento sorunudur ve benim hukuk yorumumu etkilememelidir.”<sup>26</sup> Söylemek zorundayım ki, ben daima şu fikirdeyim: 1986 tarihli Aile Hukuku Kanunu, önceki durumu değiştirmemiştir. Ve Wall J., tamamıyla doğrudur. Ben bunu şu sebeplere dayanarak söylüyorum. Birincisi kamu

<sup>23</sup> (20) Yabancı boşamalar ve yasal fesihlerin tanınması Kanunu 1971. Bakınız: İçişleri ve Devlet Sekreterliği Uzmanı Ghulam Fatima (1986) AC 527

<sup>24</sup> (21) b Özellikle bakınız: M.P. Pilkington 1998 Cilt: 37 ICLQ 131.

<sup>25</sup> (22) (1995) 2 All ER 681 (Fam d)

<sup>26</sup> (23) (1995) 2 All ER 681 696’da



çıkartı argümandır. İngiltere’de elde edilmiş hukuk dışı boşamaların tanınması hususunda yasamada açık bir yasaklama vardır. Bu durum ile kısmen bu ülkede yer alan ve kısmen de yabancı ülkede yer alan bir prosedürden ortaya çıkan kanun dışı boşama arasında ne tür bir fark vardır? İkinci olarak, yasa -milletlerüstü boşamanın değişikliği hakkındaki yasa tasarlanmaktaydı- hakkındaki Hansard raporunda da bir ima dahi yoktur. Gerçekte bu zıtlık, hukuk komisyonu tarafından geliştirilen mahkeme-dışı denizaşırı boşamalar için oldukça liberal rejimin kabulünün parlamento tarafından onaylanmaması sebebiyledir. Parlamento mahkeme dışı boşamalar hakkında yeni ve daha sıkı şartlar belirlemiştir. Bu sebeple bu durum, Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanarak parlemontaya sunulmuş kanun tasarısı değişikliğinin tek amacı bu tür boşamaların tanınmasını daraltmak olunca, İngiltere’de ilan edilen prosedüre uygun olan, aynı anda yeni ve daha az liberal olan 1986 Aile Hukuku’na göre tanınabilmesi için Pakistan’da başkana bildirim yapılmış boşama bakımından saçmalığın manifestosu olacaktır

Şunu eklemek gerekir ki Prof. Coulson, Müslümanların talak boşamalarının tanınması hakkında mahkemeler ve yasama meclisi aracılığıyla liberalliği zorladı. Sonunda O, Times dergisinde bu konu hakkında bir makale yazdı ve bu 24 Mayıs 1983 tarihinde basıldı. Keşke parlamento onun bu akıllıca fikrini dinlemiş olsaydı.

Bütün bunlar beni gitmek istediğim ana soruna götürdü. Her zaman söylediğim gibi, bütün bu konular, İngiliz mahkemelerinin bu sorunda İslam hukukuna özgü delilleri dinlemesini, talakın geleneksel şeklinin ana unsurlarını ya da onun Pakistan gibi ülkelerdeki gelişimini veya İslam hukukunun diğer bazı yönlerini dikkate almasını gerektirir. Bu tarz bilgilerin elde edilebilmesi için İngiliz mahkemelerine uyarlanan bu metot, yeminli kişilerin ifadeleri ve yemin için sunulan deliller, yabancı hukukun bilgisine sahip olan kişiler tarafından sorgulanacak dava konusu içindir. Öte yandan uzman gözlemciler tarafından sunulan delillerin çatışması halinde hâkim, delilleri incelemek ve yabancı hukuktaki durumun ne olduğunu araştırmak zorundadır. Hâkim kendi bilgi kaynaklarını kullanmakta

serbest değildir. Ya da en azından, bu tarz materyallerden haberdar ise, bunları tarafların ilgili konuda fikir beyan etmelerine olanak sağlamak amacıyla onların ilgisine sunmalıdır. Dahası, yabancı hukukla ilgili sorunlar taktiksel geri adım değişiklikleri ve taraflardan herhangi birinin işlemine dair diğer manevralara ilişkindir.<sup>27</sup>

Elbette, uzmanlar sadece tıbbî konular ve kamu hukuku, çocuklarla ilgili konularda değil diğer durumlarda da mahkemede hazır bulunacaklardır.<sup>28</sup> Uzman kişiler bu alanlarda mahkemeye karşı sorumludurlar. National Justice Compania Naviera SA ile Prudential Assuranca Co.Ltd.<sup>29</sup> arasındaki davada, mahkeme yabancı hukuk uzmanlarının da içinde bulunduğu uzmanlarla ilgili bir dizi kuralı listelemiştir. Bu kurallar şunlardır:

1. Hukuk davasının gerekliliklerine ve şekli formuna bağlı olma zorunluluğu olmayan, yani bu gereklilik ve zorunluluklardan bağımsız olan uzman kişinin ortaya koyduğu bağımsız delilin mahkemeye sunulması.
2. Bilirkişilerin, dava konusuyla ilgili görüşlerini objektif ve önyargısız olarak sunmaları yoluyla bağımsız bir yardımın temin edilmesi;
3. Bir sonuca bağlanmış fikirlerden çıkarılan gerçeklerin dikkate alınmasını göz ardı etmeyerek, gerçeklerin ve bir fikri temel alan varsayımların tespit edilmesi;
4. Bilirkişinin uzmanlık alanı dışında özel bir sorun veya bir konu ortaya çıktığında, bu sorun veya konunun belirtilmesi;

---

<sup>27</sup> (24) Bakınız: *Viswalingham ile Viswalingham* (1979) 1 FLR 15 (CA)

<sup>28</sup> (25) Bakınız: *Re R (Uzman Raporu)* (1991) FLR 291; Bakınız: (Çocuk suistiimali: Uzman Raporu) (1995) 1 FLR 182.

<sup>29</sup> (26) (1993) 2 Lloyd's Rep 68 (QB)

5. Yeterli verinin olmaması sebebiyle bir fikir edinilememesi durumunda, bunun şartlara bağlı bir görüşten başka bir şey olmadığına işaret edilmesi.

Bu faktörler önemlidir; fakat onlar İngiliz davalama usulündeki temel noktayı yok etmez. Bilirkişi/uzman, davanın taraflarından biri ya da her ikisi tarafından, uyuşmazlık/dava konusuyla ilgili kullanılabilir ve bu uygulama, dolaylı yönden de olsa, fikirlerin mahkemeye sunulmasında zorunlu olarak bir renklilik ortaya çıkaracaktır. Diğer yargı daireleri de farklı bir yaklaşımı benimser. Örneğin, Almanya'da raporlar, uluslar arası hukuk ve özel uluslar arası hukuk araştırmaları yapan Max-Planck Enstitüsünden sağlanan bilgiler ışığında, mahkemenin başlangıcında doğrudan araştırılır. Bu raporlar taraflardan bağımsızdır ve uygulanan yabancı hukuktaki belirli karara mahkemenin ulaşmasını sağlamak amacıyla sunulur. Bu raporlar tarafsızdır ve uzmanların sunduğu bu raporlardan hangisinin seçileceği ve uygulanacağı konusunda takdir yetkisi mahkemenin inisiyatifindedir.<sup>30</sup> Woolf raporunda<sup>31</sup> son derece yaygın bir görüşü temsil eden güçlü bir argüman vardır ki, İngiliz uygulaması, onun geleneksel yaklaşımından ve Avrupa modeline uyarlanmasından kaçınılmalıdır. Kamu avukatlarının dâhil olduğu bazı durumlarda bu durum ortaya çıkar. Eğer ilgili birim yabancı hukuk konusunda uzman bir kimseyi araştırırsa, dava taraflarının özel ilgilerini dikkate almaksızın, bunu mahkemeye sunacaktır. Belki de bu sebeple, öneri için prosedürde temel bir atlamaya gerek olmadan mahkeme, böyle bir tavsiyeye ihtiyaç duyulduğunda, belli şartlarda, yabancı hukuk alanında uzman kimselerin araştırılmasını destekleyecektir. Bu, ya uyuşmazlık için yeterli bilginin olmaması sebebiyle ya da tarafların yabancı hukuka ilişkin sundukları bilgilerin test edilmesi amacıyla ve aynı zamanda tarafların yetersiz veya çelişkili bilgi sunmaları sebebiyle olur. Woolf raporunun önerileri; (i) uzmanların delillerinden elde edilen verilerin değerlendirilmesi bütünüyle mahkemelerin kontrolünde olmalı, (ii) mahkemeye delil sunmak için

<sup>30</sup> Bakınız: Almanya'daki Ticari İşlemler, (Matthew Bender ve Cı Inc, 1992) 5.09. da

<sup>31</sup> (28) "Adalet Giriş", dosya 23

görevlendirilen uzmanların atanmasında yetki, tarafların muvafakat gösterip göstermemelerine bakılmaksızın, ilgili mahkemeye ait olmalıdır. Ben bu görüşü kabul ediyorum.

Profesör Coulson kendi delilini bağımsız bir biçimde ortaya koydu ve tarafların karşılıklı durumlarının etkisi altında kalmadı. Profesör Coulson'un çalışması, bizi, İslam hukukunun temel ilkelerinin nasıl olduğu, onun uygulamalarının İngiliz mahkemelerinde nasıl anlaşılacağı ve uygunluğu durumunda İngiliz mahkemelerinde nasıl uygulandığı konularına bakmaya zorladı. Biz ona çok şey borçluyuz ve (bu sebeple) onun anısına düzenlenen bu konferanslar son derece uygun ve yerindedir. Bu yıl düzenlenen bu konferans, onun anısına katkıda bulunması bakımından onun için mükemmel bir ayrıcalıktır.

