

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.¹

Temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması, demokrasinin "olmazsa olmaz" şartlarından biridir. 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

¹ 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:² *"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

² 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.³

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.⁴ 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.⁵ Ölçülülük ilkesinin giderek yaygınlaşması ve öneminin artması,

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

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

⁵ 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.⁶ Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında ölçülülük ilkesinin amacını, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesi şeklinde ifade etmektedir.⁷

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.

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

⁷ 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.⁸ 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.⁹

“*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.¹⁰

⁸ 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.

⁹ ALEXY, s. 4.

¹⁰ 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.”¹¹

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.¹² 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.¹³ 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.¹⁴ 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

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

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

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

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

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

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.¹⁷

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

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

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

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

kullanılmasını yasaklar. Bu da bize elverişlilik ilkesinin pareto optimumu¹⁸ düşüncesinin ifadesinden farklı bir şey olmadığını göstermektedir.¹⁹

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.²⁰

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

¹⁸ 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.

¹⁹ ALEXY, s. 4.

²⁰ 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.²¹ Eğer devletin bireylere daha az yükümlülük getiren ancak aynı etkiye sahip başka bir aracı kullanma imkânı varsa, bu halde kullanılan araç gerekli değildir.²²

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.²³

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

²¹ 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.

²² DETTERBECK, Steffen, Öffentliches Recht, 8. Auflage, Verlag Vahlen, München 2011, Rn. 304.

²³ 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.²⁴

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”.²⁵ Bazı kararlarında ise, ilkeyi şöyle formüle etmektedir: “Amaca ulaşmada aynı etkiye sahip, bireylere daha az yükümlülük getiren başka bir araç yoksa seçilen araç gereklidir”.²⁶

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.²⁷ 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.²⁸ 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

²⁴ BVerfGE 53, 135 (146).

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

²⁶ 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).

²⁷ BVerfGE, Bd. 72, s. 26 (33); Bd. 64, s. 72 (85).

²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰ 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.³¹ 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

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

³⁰ 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).

³¹ 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.³²

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.³³ 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.³⁴

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

³² WIENBRACKE, s. 152.

³³ MICHAEL, Lothar, "Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit", JuS, Heft 7, 2001, s. 657.

³⁴ 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 ulaşılmak 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.³⁵

Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri, ulaşılmak istenen amaç bakımından olgusal açıdan yapılabileceklerin en iyisinin yapılması gereğine işaret eder. Bununla birlikte önlenebilir 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.³⁶

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

³⁵ WIENBRACKE, s. 153.

³⁶ ALEX, 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.³⁷ 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.³⁸ Alman

³⁷ BVerfGE 86, 1 (11-13).

³⁸ ALEXY, s. 8.

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

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:⁴⁰ *“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

³⁹ BVerfGE 86, 1 (13).

⁴⁰ 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.⁴¹

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.⁴²

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

⁴¹ SAURER, s. 4.

⁴² 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.⁴³ 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.⁴⁴ 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.⁴⁵ Bu yasal düzenlemeler kaçınılmaz olarak yargı içtihatlarını etkilemiş ve idare mahkemeleri kolluk tedbirlerinin denetiminde bu ilkeyi kriter olarak kullanmışlardır.⁴⁶ Böylece, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinden oluşan ölçülülük ilkesi, gelişimini tam anlamıyla 1950'li yıllarda tamamlamıştır.⁴⁷ Hirschberg'in ikna edici bir şekilde gösterdiği gibi, bundan

⁴³ RESS, s. 12.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ HEINSOHN, s. 63-64; RESS, s. 12.

⁴⁷ DECHSLING, s. 6; HEINSOHN, s. 74.

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

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.⁴⁹

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.⁵⁰ 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.⁵¹

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

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

⁴⁹ HEINSOHN, s. 74.

⁵⁰ HEINSOHN, s. 66.

⁵¹ 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.⁵² Ölçülülük ilkesi tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Öncelikle kamu gücünün sınırlanmasına ve temek hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eder.⁵³ Son yıllarda ölçülülük ilkesinde olduğu gibi çok az hukuki kavram böylesine bir gelişime ve yükselişe mazhar olmuştur.⁵⁴ Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ölçülülük ilkesi hemen hemen bütün kararlarda denetim kriteri olarak kullanılmış ve birçok kanun Anayasaya aykırı görülerek iptal edilmiştir.⁵⁵ Aynı şekilde idare mahkemeleri de ölçülülük ilkesini aynı yoğunlukta kullanmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı idari tedbirleri yürürlükten kaldırmaktadır.⁵⁶ Ölçülülük ilkesinin esas fonksiyonu temel haklar alanındadır. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının güncelleşmesini ve etkinleşmesini sağlar.⁵⁷ Temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerde yer alan yasa kayıtları ölçülü yasa kayıtlarına dönüşmüştür.⁵⁸ Böylece ölçülülük ilkesi bütün temel hak sınırlamaları için sınırlamanın sınırı haline gelmiştir.⁵⁹

⁵² RESS, s. 5.

⁵³ KATZ, s. 93.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ GRABITZ, s. 586.

⁵⁸ PIEROTH/SCHLINK, s. 72.

⁵⁹ 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.⁶⁰ 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.⁶¹

Ölçülülük ilkesi Almanya'da idare hukuku alanından anayasa hukuku alanına doğru genişlemiş ve gelişmiştir. İsviçre'de ise tam tersi olmuştur.⁶² 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.⁶³ Federal Mahkeme ölçülülük ilkesini, "kamu hukukunun bütün alanlarında" etkili olan⁶⁴, idare hukukunun tamamına

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.

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

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

⁶⁴ 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 olan⁶⁵ ve hem hukukun uygulanmasında hem de hukukun yaratılmasında geçerli olan⁶⁶ 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.⁶⁷ Böylece ilke anayasa hukuku açısından güvenceye alınmış ve gelişmelere uygun olarak sanayi ve ticaret özgürlüğü dışında diğer hak ve özgürlükler alanında da uygulanmaya başlanmıştır.⁶⁸

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.⁶⁹ Her iki ülkede ölçülülük ilkesi, Fritz Werner'in "idare hukuku somutlaşmış anayasa hukukudur" sözüne güzel bir örnek teşkil etmiştir.⁷⁰

Ölçülülük ilkesi, kamu hukukunda en çok kullanılan ilkelere 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 sınırlandırılmasını düzenleyen 32.

⁶⁵ ZIMMERLI, s. 10.

⁶⁶ BGE 96 I, s. 242.

⁶⁷ BGE 94 I, s. 496; 96 I, s. 242.

⁶⁸ HUBER, s. 16; ZIMMERLI, s. 11.

⁶⁹ HUBER, s. 5.

⁷⁰ 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.⁷¹

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.⁷² 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.⁷³

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

⁷² 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>.

⁷³ 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.⁷⁴

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.⁷⁵

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

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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.⁷⁶

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.⁷⁷ En ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemlerle çözüm mümkünse ve buna rağmen ağır önlemlerin alınması tercih ediliyorsa ölçülülük ilkesine aykırı davranılıyor demektir.⁷⁸ Örneğin, şiddet ve terör eylemlerini bastırmak için alınan önlemler sonucundaki uygulamalarda, eylemlerle hiç ilgisi olmayan insanlara baskı yapmak, tutuklamak, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eder.⁷⁹

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

⁷⁶ EISSEN, s. 125 vd.

⁷⁷ KAPANİ, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 2. Basım, Ankara 1991, s. 116.

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

⁷⁹ 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.⁸⁰ 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.⁸¹

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 ihtiyaç" karşılaması ve "öngörülen meşru amaçla orantılı" olması gerekir.⁸² AİHM, birçok

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

⁸¹ EISSEN, s. 126.

⁸² 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.⁸³

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.⁸⁴

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.

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

⁸⁴ 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.⁸⁵ Adalet Divanı, ölçülülük ilkesini diğer birçok hukuk devleti ilkesi gibi⁸⁶, yerleşik içtihatlarında AB hukukunun genel ilkesi olarak kabul etmiş ve ilkenin içeriğini ve etki alanını AB hukukuna özgü bir şekilde oluşturmuştur.⁸⁷ Divanın kendisi ölçülülük ilkesinin geçerliliği konusunda şu tespitte bulunmuştur⁸⁸: "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

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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]).

⁸⁷ RESS, s. 37.

⁸⁸ 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.⁸⁹ Ölçülülük ilkesinin AB hukukunda tanınmasında büyük ölçüde Alman hukuk sistemi etkili olmuştur. Günter Hirsch'in deyimiyile, Alman hukuku vaftiz babalığı yapmıştır.⁹⁰ 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.⁹¹ 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.⁹²

Ölçülülük ilkesinin uygulandığı kararların çokluğu, ilkenin AB hukuk düzeninde farklı işlemlere sahip olmasıyla açıklanabilir. Bu işlemlerden 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

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

⁹⁰ HIRSCH, s. 2.

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

⁹² 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.⁹³

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.⁹⁴

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

⁹³ TRSTENJAK/BEYSEN, s. 267.

⁹⁴ 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.⁹⁵ 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.⁹⁶

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

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Avrupa Birliği hukukunda ölçülülük ilkesinin gelişimi için bkz. METİN, s. 92 vd.

Sözleşmesi, Topluluk hukuk düzeni içinde temel hakların korunmasının hukuksal dayanaklarıdır.⁹⁷

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.⁹⁸

Topluluk hukukunda temel hak korumasının gelişiminde en büyük pay kuşkusuz Adalet Divanı'na aittir. Bununla birlikte Topluluk 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 Topluluk Mahkemesi kararlarıyla da kabul edildiği ve tanımlandığı vurgulanmakta ve temel haklar, yazılı bir listeye görünür kılınmaktadır.⁹⁹ Temel Haklar Şartı'nın amacı, AB kurumlarının insan haklarına saygı duymasını sağlamak, temel hakları güvence altına almak suretiyle etkin bir şekilde korumaktır. Temel

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

⁹⁸ POLLAK, Christiana, Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991, s. 34.

⁹⁹ TERHECHTE, s. 52-53.

Haklar Şartı, 2000 yılının Aralık ayında yalnızca bir bildirge 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.¹⁰⁰

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.¹⁰¹

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

¹⁰⁰ METİN, s. 101-102.

¹⁰¹ 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.¹⁰²

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.

¹⁰² 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.¹⁰³

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.¹⁰⁴ 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.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵

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

¹⁰⁵G. 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.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

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

¹⁰⁶ SAURER, s. 12-13.

¹⁰⁷ SAURER, s. 14.

demokratik bir toplumda bu tür bir sınırlamanın gerekli olması ve sınırlamanın makul olması gerekir.¹⁰⁸

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.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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.¹¹¹

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.¹¹² Dava konusu bu olaydan hareketle aşamalı bir ölçülülük denetimi geliştirilmiş ve buna başvuran David Edwin Oakes’in isminden esinlenerek “Oakes Testi” denilmiştir.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ SAURER, s. 14.

¹¹⁰ UYGUN, s. 393.

¹¹¹ KOUTNATZIS, s. 44.

¹¹² 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.¹¹³ 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.¹¹⁴

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.¹¹⁵

¹¹³ KOUTNATZIS, s. 45.

¹¹⁴ SAURER, s. 15; UYGUN, s. 394.

¹¹⁵ 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.¹¹⁶

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.¹¹⁷ 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.¹¹⁸

¹¹⁶ SAURER, s. 16.

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

¹¹⁸ 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.¹¹⁹

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.¹²⁰ 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.¹²¹

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

¹¹⁹ KOUTNATZIS, s. 45.

¹²⁰ KOUTNATZIS, s. 47.

¹²¹ 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.¹²²

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 bulundurmamak zorunda olduklarını, yabancı

¹²² 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.¹²³

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.¹²⁴

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

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

¹²⁴ 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.¹²⁵

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

¹²⁵ 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.¹²⁶

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.¹²⁷ 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 duvarla¹²⁸ 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

¹²⁶ SAURER, s. 19.

¹²⁷ SAURER, s. 20.

¹²⁸ 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 katlanılmaz nitelikte olduğunu söylemiştir.¹²⁹ 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.¹³⁰ 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.¹³¹

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.¹³²

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,

¹²⁹ KOUTNATZIS, s. 48.

¹³⁰ DEĞİRMENCİ, s. 212.

¹³¹ KOUTNATZIS, s. 48.

¹³² 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.¹³³

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

¹³³ SAURER, s. 22.

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

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.¹³⁵ Belirtmek gerekir ki, Latin Amerika ülkelerinin anayasal düzenlerinde Alman ve Avrupa yaklaşımının benimsenmesinde İspanya ve Portekiz köprü işlevi görmüştür.¹³⁶

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

¹³⁴ SAURER, s. 23.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ KOUTNATZIS, s. 42.

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

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 içkin bir ilke olarak temel hakların özünün korunması, meşru olmayan, aşırı veya ölçüsüz sınırlamalarla temel hakların içeriğinin boşaltılmasını önleme amacına hizmet edebilir.¹³⁸ Alman hukukunda öze

¹³⁷ MENDES, s. 101.

¹³⁸ 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 sınırlanmasının sınırı olarak daha çok öz güvencesine odaklanılmaktadır.¹³⁹

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

¹³⁹ KOUTNATZIS, s. 42.

ölçüde Alman hukukuna paralel olmakla birlikte, gereklilik ilkesinin uygulanması konusunda farklılık bulunmaktadır.¹⁴⁰

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.¹⁴¹ 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 çekingin 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

¹⁴⁰ KOUTNATZIS, s. 42-43.

¹⁴¹ 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.¹⁴²

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.¹⁴³ Ölçülülük ilkesi, hukukun her alanında geçerli olan popüler bir ilkedir.¹⁴⁴ Alman Federal İdare Mahkemesi açısından ölçülülük ilkesi genel geçer bir değer ölçüsüdür.¹⁴⁵ 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

¹⁴² KOUTNATZIS, s. 44.

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

¹⁴⁴ 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).

¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶ Bir yazar bu gelişmeyi çarpıcı bir şekilde şöyle özetlemektedir: “Ölçülülük ilkesi belki de 20. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşen en başarılı hukuki plantasyondur.”¹⁴⁷

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

¹⁴⁶ KLATT/MEISTER, s. 160-161.

¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸

Webber, orantılılık ilkesini umut verici bir ilke olarak görmemekte ve ilkenin temel hakların korunmasını zayıflattığını düşünmektedir.¹⁴⁹ 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

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

¹⁴⁹ 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 Beaty, 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.¹⁵⁰ 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

¹⁵⁰ 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.¹⁵¹

Schauer, ölçülülük ilkesinin Amerikan anayasa hukukunda tanınmadığını, bundan dolayı da olgunlaşmış bir hukuk sistemi olarak görüldüğünü 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.¹⁵²

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.¹⁵³ Tsakyrakis'in makalesine cevap niteliğindeki makalesinde Khosla, ölçülülük ilkesinin tek bir dezavantajının bile kanıtlanamadığını ileri sürmüştür.¹⁵⁴ Bunun üzerine Tsakyrakis, cevaba cevap niteliğinde bir makale daha kaleme almıştır.¹⁵⁵

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

¹⁵¹ WEBBER, s. 180.

¹⁵² 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).

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

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶

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 problemleri 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.¹⁵⁷

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

¹⁵⁶ TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 468.

¹⁵⁷ TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 470.

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

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.¹⁵⁹

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,

¹⁵⁸ TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 470.

¹⁵⁹ 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.¹⁶⁰ 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.¹⁶¹

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.¹⁶²

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

¹⁶⁰ TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 484.

¹⁶¹ TSAKYRAKIS, "Proportionality: An assault on human rights?", s. 488.

¹⁶² 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.¹⁶³

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

¹⁶³ 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.¹⁶⁴

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.¹⁶⁵

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.”¹⁶⁶

¹⁶⁴ KHOSLA, s. 305.

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

¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷

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

¹⁶⁷ 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.

KAPANI 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.

OSSENBUEHL 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.

TRETTNER 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.