

## PROPORTIONALITY IN CONSTITUTIONAL LAW: WHY EVERYWHERE BUT HERE?

### ANAYASA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK: NEDEN BURASI HARİÇ HER YER?\*

Bernhard SCHLINK\*\*

Çeviren/Übersetzt von:

Lütfullah Yasin AKBULUT\*\*\*/Eyüp Kaan DEMİRKİRAN\*\*\*\*

#### GİRİŞ

Bir hâkim olduğunuzu farz edin – ne ölçülülük ilkesinin genellikle kabul edildiği bir Avrupa anayasa mahkemesinde, ne de genel geçer kanıya göre, ilkenin nadiren bilindiği ve uygulandığı A.B.D. Yüksek Mahkemesi’nde, yalnızca farazi ahlaki bir mahkemede. Kanunların, içtihatların olmadığı – bütün olayların sadece kendi ahlaki değerine göre çözümlendiği. Dağların yüksek kesiminde yaşayan John ve Frank adlı iki tane komşu, sizin önünüze gelir. Soğuk ve fırtınalı bir gecenin ortasında, John, Frank’in dört çekerli arabasını ona sormadan almış ve bir sonraki akşama kadar geri getirmemiştir. Sabahleyin vadideki ıssız otobüs durağından ihtiyar annesini almak isteyen Frank, bunu gerçekleştirememiştir. İhtiyar kadın, yoldan geçen postacı kendisini alana kadar soğukta iki saat beklemiştir;

---

\* Makalenin orijinal hali “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?” başlığı ile *Duke Journal of Comparative & International Law* Volume 22, Number 2 (Winter 2012)’da yayınlanmıştır.

\*\* Profesör Dr. Humboldt Berlin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Northrhine-Westfalia Eyaleti Anayasa Mahkemesi eski üyesi. Bu çalışma Duke Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Nisan 2011’de vermiş olduğum Bernstein Dersinin gözden geçirilmiş versiyonudur.

\*\*\* Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (akbulut@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0001-7283-3966

\*\*\*\* Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (demirkiran@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1729-8101

postacı, soğuk yanması nedeniyle onu hastaneye götürmek zorunda kalmıştır. Frank, John'un ahlaka aykırı davranışlarından dolayı en azından özür dilemesi gerektiğini düşünmektedir. John, olanlardan ötürü samimi bir şekilde üzgün olmasına rağmen ahlaki açıdan kınanmaması gerektiğini düşünmektedir. Hâkim olarak – ne yapardınız?

John'a bunu nasıl yapabildiğini soruyorsunuz. Eşinin doğum suyunun geldiğini, Frank'ın arabasını hamile eşini hastaneye yetiştirmek için aldığını belirtiyor. Kendi arabasını neden kullanmadığını soruyorsunuz. Karın yoğun yağdığını, bu yüzden dört çeker bir arabaya ihtiyaç duyduğunu belirtiyor. Neden arabayı izinsiz aldığını soruyorsunuz. Frank ve kendisinin, sıkça birbirlerinin eşyalarını alıp kullandıklarını ve gecenin yarısında Frank'i uyandırmak istemediğini ifade ediyor.

Sonra Frank'a dönüyorsunuz. John'un açıklamalarından sonra, hala daha John'u ahlaka aykırı davranışlarından dolayı kınıyor mu? Frank, gelecek sabah annesini alma planından John'a bahsettiği için onu hala kınamakta. John'un karşısına bu bilgiyi çıkarıyorsunuz. John ise Frank'ın annesinin soğuk yanması için üzgün olduğunu fakat postacı oradan geçeceği için annesine ciddi bir şeyin olmayacağını bildiğini, buna karşılık eşinin durumunun ölüm kalım meselesi olduğunu söylüyor. Hastaneyi arıyorsunuz ve anlaşılıyor ki, gerçekten, umulmadık bir şekilde erken yetiştirilen John'un eşi, hastaneye vardığı zamanda hastaneye ulaştırılmasaydı ölebilirdi. Ayrıca Frank'ın annesinin de hızlıca ve epey iyileştiği anlaşılıyor.

Belki de yaşananlar bir dizi talihsiz olaydı ve bu yüzden John ve Frank'in uzlaşması gerekir. Bunun gibi kararınız her ne yönde olursa olsun, bir ölçülülük analiziyle meşgul olacaksınız. Frank'e ulaşmak istediği amacı sorduğunuzda, amacının meşru olduğunu buluyorsunuz. Ayrıca Frank'in gerçekleştirdiği eylemin yararlı hatta amaca ulaşmak için gerekli bir araç olduğunu; Frank ve annesini daha az zarara uğratabilecek alternatif bir aracın olmadığını; ve John'un eşinin hayatını kurtarma amacının, Frank'in annesinin uğramış olduğu zararı haklı çıkaracak kadar önemli olduğu sonucuna ulaşıyorsunuz. Ölçülülük analizi amaçlar ve araçlarla alakalıdır. Ve bu olayda spesifik olarak bir davranışı emreden, yasaklayan veya bir davranışa izin veren ahlak kurallarının olmaması gibi, hukukun olmadığı bir durumda; davranışı, ulaşmak istediği amaca ve amaca ulaşma aracı olarak davranışın yararlılığına, gerekliliğine ve makullüğüne dayanarak meşrulaştırır veya kınarız.

Ölçülülük ilkesi dolayısıyla şu anlama gelir: Bir amacı gözetiyorsanız kullandığınız araç yararlı, gerekli ve uygun olmalıdır. Amaca ulaşmayı

sağlamayan bir araç, gerçek bir araç değildir – böylesini kullanmak ölçüsüz olacaktır. Gerekinden fazlasını yapan bir araç, mesela gerekenden daha pahalı veya zararlı bir araç da ölçüsüz olacaktır. Aynı şekilde uygun-suz bir aracı kullanmak da ölçüsüz olacaktır. Çünkü gerekli olsa da, aracı kullanmakla amacın değerinden daha fazla zarar veriliyor veya kazanılardan daha çok harcanıyor. Bizim bağlamımızda, John, helikopteri nasıl iniş yapılacağını bilmeden sadece uçurabildiği halde almış olsaydı; bu eşini kurtarmak için yeterli olmayacağından, ölçüsüz ve ahlak dışı olacaktı. John'un, kendi normal arabası işe yarayabilecekken Frank'in dört çeker arabasını alması; kendi eşini kurtarmak için gereksiz olacağı için, ölçüsüz ve ahlak dışı olacaktı. Ayrıca, John'un eşinin hayatı yerine Frank'in annesinin hayatı ağır tehlike altında olmuş olsaydı, Frank'in dört çeker arabasını almak; Frank'in annesine verilen zarar John'un eşinin gördüğü yarardan fazla olacağı için, ölçüsüz ve ahlak dışı olacaktı.

Kısaca: Yeterli olan kâfidir ve ziyadesi haddinden fazladır. Yeterliden fazlası ölçüsüzdür, gerekenden fazlası ölçüsüzdür, uygun olandan fazlası ölçüsüzdür. Yani, daha fazlasını yapmayın!

## 1. Ölçülülük ve Dengeleme

Hukukta ölçülülük prensibi, belirli araçları, daha iyi ifade etmek gerekirse insanlara araç olarak hizmet eden eylemleri, emreden veya yasaklayan spesifik normların yetersiz olduğu durumlarda ortaya çıkar. Meşru müdafaa hakkı buna bir örnektir. Herkes kendi canını, özgürlüğünü ve mülkiyetini koruma hakkına sahiptir. Bu amacı gerçekleştirmek için aksi durumlarda yasaklanmış araçları kullanabilir ve bu cihetle aldatabilir, saldırabilir ve ateş edebilir. Kişinin meşru müdafaası için yararlı ve gerekli olabilecek bir eylem kategorik olarak yasaklanmamıştır. Fakat hukuk bir kimsenin istediği şekilde hareket etmesine izin verecek kadar ileri gitmemiştir. Meşru müdafaa hallerinin bolluğuyla daha spesifik olarak baş edememek, ölçülü meşru müdafaayı gerektirmektedir.

Verandasında oturan ve bir çocuğun kendi elma ağacına çıktığını ve elma üstüne elma koparttığını gören topal bir adam farz edelim. Bağırır fakat çocuk sadece güler. Ağaçtan çocuğu indirebilmesinin tek aracı uzanıp alabileceği silahını ateşleyerek çocuğu düşürmek. Çocuğu vurma aracı mülkiyetini koruma amacına ulaşmak için yararlı ve hatta gereklidir. Fakat kolaylıkla kabul edebiliriz ki bu uygun veya dengelenmiş değildir: Çocuğun hayatı birkaç elmanın değerinden çok daha değerlidir.

Burada, mülkiyetin korunması karşısında hayatın feda edilmesi dengesi, ölçülülük analizinin son basamağı olarak görülmektedir. Genellikle durum böyledir. Örneğin bir kararında Federal Alman Anayasa Mahkemesi, devletin, sanığın temyiz gücünü tespit etmek için omurilik sıvısını alıp alamayacağını değerlendirdi. Temyiz gücünü belirlemenin meşru bir amaç olduğu ve omurilikten sıvı alınmasının faydalı ve gerekli olduğu sonucuna ulaştı. Fakat sıvı alma işlemi ıstıraplı ve tehlikeli olduğundan mahkeme, devletin ancak önemli bir suçun karara bağlanması için sıvı alabileceğini kabul etti. Ancak o zaman sıvı alma işleminin acısı ve tehlikesi ile suçun karara bağlanabilmesi gerektiği gibi dengelenir.<sup>1</sup>

Fakat bazen dengeleme, ölçülülük analizinin çerçevesi olarak da görünebilir. Örneğin A.B.D. Yüksek Mahkemesi, kaçan suçlulara ölümcül kuvvet uygulanmasını incelerken, devletin bir suçlunun kaçmasının engellenmesindeki menfaati ile bir bireyin kendi yaşamını muhafaza etmesindeki menfaati dengeledi. Uygun bir dengeyi bulabilmek için mahkeme, mahkemenin kendisi o şekilde adlandırmaya da, ölçülülük analizinin karakteristiklerini taşıyan bir amaç-araç analizine girdi. Mahkeme bir araç olarak kaçan suçlulara yönelik kuvvet kullanımına ve aracın amacına yoğunlaştı. Amaç vatandaşları korumak olduğu için kaçan bir suçluya yönelik ölümcül kuvvet, ancak kaçağın vatandaşlara ciddi fiziksel tehdit oluşturduğu zaman gereklidir. Ancak bu durumlarda mahkeme, ölümcül kuvvet kullanımını gereğince dengeli addetmektedir.<sup>2</sup>

İçtihatlarda ve hukuk doktrininde, dengelemenin hem ölçülülük analizinin son basamağı olarak hem de ölçülülük analizinin çerçevesi olarak kullanıldığını görüyoruz. Şaşırtıcı olabilir. Fakat bu, çoğunlukla olduğu gibi, sadece büsbütün aynı problemin farklı açılardan ele alınabildiği anlamına gelir.

## 2. Almanya'da Ölçülülük

Almanya'da ölçülülük ilkesi kendisini, ceza hukukunda veya yasaların uygulanmasında değil, polisin kamuyu korumak için hareket ettiği idare

<sup>1</sup> Bundesverfassungsgericht [BverfG] [Federal Anayasa Mahkemesi] June 10, 1963, 16 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 194.

<sup>2</sup> Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1, 27 (1985).

hukukunda göstermiştir.<sup>3</sup> On sekizinci yüzyılın sonlarından yirminci yüzyılın başlarına kadar ilgili norm, polisin görev tanımından biraz daha fazlasını sunmuştur: Polis, kamu güvenliğine veya düzenine yönelik tehlikelerle savaşmak için gereken ne ise yapmak zorundaydı.<sup>4</sup> Norm, her nevi tehlikelere karşı savaşırken polise geniş bir takdir yetkisi vermeyi amaçlamıştı: Bir sosyalist toplantıda Prusya kralını aşağılamadan uygun yapı mühendisliği olmadan bir bina inşa etmeye veya uygun atık tasfiyesi yapılmadan bir kimyasal tesis işletilmesine kadar varan bir çeşitlilik söz konusuydu. Başlangıçta norm, polise kontrolsüz takdir marjı vermeyi amaçlamıştı. Fakat insan hakları düşüncesinin ve Rechtsstaat'ın (hukukun egemenliği altındaki devlet) [hukuk devleti – Ç.N] yaygınlaşması ile mahkemeler polisler üzerinde kontrolü sağlamaya başladılar. Kontrolsüz takdir yetkisinin devri sona ermişti. On dokuzuncu yüzyılın son yıllarında, Prusya Yüksek İdare Mahkemesi, polisin görev tanımını belirtmekten ötesini yapmayan bu normu geliştirerek ölçülülük ilkesi haline dönüştürdü. Polis sadece münasip, gerekli ve uygun olan aracı kullanmakla yetkilendirildi. Ölçülülük ise hem münasip, gerekli ve uygun olmayı içerecek şekilde geniş anlamli kullanılıyor hem de bunun aksine sadece uygun olmayı karşılayacak şekilde dar anlamli kullanılıyordu. Araçlar işe yarar olmalıydı. Eşit derecede etkili fakat daha az müdahaleci başka bir araç olmamalı ve amaç müdahaleyi meşru kılacak derecede önem arz etmeliydi.

Mahkemenin sadece iki tane normatif önermesi vardı. Birincisi, polis, kamu güvenliği ve düzenine tehlike teşkil edenlere karşı savaşmak için gerekli olanları yapmakla yetkilendirilmişti. İkincisi, vatandaşların canları, özgürlükleri ve mülkiyetleri polisin müdahalesine karşı korunmuştu. Bu iki önerme birlikte bir dilemmayı doğurmuştu. Vatandaşların canlarına, özgürlüklerine ve mülkiyetlerine müdahale etmeksizin tehlikelerle savaşmak imkânsızdır. Bu durumda, polis, nasıl olacak da tehlikelerle savaşmak gerektiğinde kendisi bazı müdahalelere sebep olabileceken; aynı zamanda bu süreçte vatandaşları müdahalelere karşı koruyacaktır? Mahkeme, bu dilemmayı polise müdahale yetkisi vererek çözüme kavuşturdu. Fakat bu yetki keyfi şekilde değil, keyfi olmayan, yani mahkemenin tanımlamasıyla, ölçülü şekilde kullanılabilir.

<sup>3</sup> *Bakınız:* BODO PIEROTH, BERNHARD SCHLINK & MICHAEL KNIESEL, POLIZEI- UND ORDNUNGSRECHT MIT VERSAMMLUNGSRECHT 4-13 (6th ed. 2010).

<sup>4</sup> ALLGEMEINES LANDRECHT FÜR DIE PREUSSISCHEN STAATEN [ALR], Feb. 5, 1794, Part II, Title 17, § 10.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kendisini çok benzer iki önerme ile karşı karşıya bulmuştur.<sup>5</sup> Alman Anayasası, vatandaşlarına çok çeşitli hak ve özgürlükler sağlayan bir haklar beyannamesine sahiptir. Anayasa aynı zamanda, bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ve haklara müdahale edilmesi konusunda yasamaya cevaz vermektedir. İşte burada da çelişen hükümlerin nasıl bağdaştırılacağı dillemesi bulunmaktadır. Anayasanın haklar bahşetmiş olması hakların, her daim yasama gücünün üzerinde olduğu anlamına gelmez. Ve de anayasanın yasama gücünü tanımlıyor olması hakların anlamsız olduğu anlamına gelmez. Hükümler varlığını beraber sürdürmelidir. Ve hükümler birlikte ele alındığı zaman gene aynı sonuç elde edilecektir: Keyfi şekilde olmak koşuluyla, yasama hakları sınırlandırılabilir ve haklar üzerinde müdahalede bulunulabilir. Mahkeme, keyfi olmayan şekli, gene aynı şekilde, ölçülülük prensibinin altında tanımladı ve hala tanımlamakta: Yasamanın amacına ulaşmak için yürürlüğe koyduğu yasalar, orantılı olmak zorundadır.

Mahkeme bundan başka ne çeşit keyfi olmayan bir şekil tanımlayabilir? Bir amaca ulaşmayı ve bu amaca ulaşmak için gerekli araçları kullanabilmeyi içeren kayda değer fakat mutlak olmayan bir yetkilendirme var olduğunda, bu yetkilendirmeyi kısıtlamanın ve kontrol etmenin yegâne yolu araçların orantılı olmasından geçer.

Birkaç örnek verelim. Alman Anayasası bireylerin meslek seçimi ve icrası hakkını korumaktadır. Aynı zamanda, bu hakkın sınırlandırılması hususunda yasamaya yetki vermektedir. Yasama, hastaların sağlığını korumak için eczacılık sektörü üzerinde her türlü kontrolü sağladı. Buna her bir semtte açılacak eczane sayısının belirlenmesi de dâhildi. Bu düzenleme mahkeme tarafından, çalışma hakkına yapılmış gerekli olmayan ölçüsüz bir müdahale kabul edilerek iptal edilmiştir. Mahkemeye göre, yasama, tıbbi ilaçların depolanması ve satışları üzerinde düzenlemeler yaparak da güttüğü amaca erişebilirdi ve erişmesi gerekirdi.<sup>6</sup> Alman Anayasası toplanma hakkını da korumakta, aynı zamanda yasamayı hakkın sınırlandırılması konusunda yetkilendirmektedir. Bir miting yapmak için kanuni şart olarak kolluğun iznini almak aşırı bir tedbir olup, ölçüsüz olacaktır.

<sup>5</sup> Genel olarak bakınız: Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *içerisinde* 2 FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 445 (Peter Badura & Horst Dreier eds., 2001).

<sup>6</sup> Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Anayasa Mahkemesi] June 11, 1958, 7 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 377.

Kolluğun mitingin yapılacağı hususunda haberdar edilmesi, mitingin trafik akışını engellemediğinden emin olunması için yeterlidir.<sup>7</sup> Mülkiyetten serbestçe faydalanılması anayasa tarafından korunduğu halde, koruma kanunlarının yanı sıra diğer kanunlarla sınırlanabilir. Evi artık kullanılabilir olmasa dahi malikinin onu ayakta tutup, korumasını emreden bir düzenleme ölçüsüz ve anayasaya aykırı olacaktır. Eğer devlet, evi korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak korumak istiyorsa kamulaştırma yapıp, ev sahibini tazmin etmelidir.<sup>8</sup>

### 3. Dünya genelinde ölçülülük

Mukayeseli anayasa hukukunda, ölçülülük prensibinin kökleri genellikle Almanya'da aranır.<sup>9</sup> Gerçekten de, yirminci yüzyılın ikinci yarısında Federal Alman Anayasa Mahkemesi prensibi uygulamaya başlamasından sonra, İsrail, Kanada ve Güney Afrika ve birçok Avrupa ülkesinin anayasa mahkemeleri ölçülülük ilkesini haklar ve özgürlüklere ilişkin içtihatlarında mihenk taşı olarak kullanmıştır.<sup>10</sup> Fakat ölçülülük ilkesinin köklerinin tabiatında Almanlık yoktur. Ayrıca ilkenin diğer anayasalara ilke olarak getirilmesi de bir Alman ilkesinin devri anlamına gelmemektedir. Bu evrensel hukuki bir probleme verilmiş bir tepkidir. Bir yetkinin erişim alanının belirli olmayan bir çerçeveye sınırlandırıldığı halde kapsamının geniş olduğu anlaşıldığında, ölçülülük ilkesi her ikisini bağdaştırma rolünü üstlenir: Belirsiz sınırları olan kapsamlı yetki alanı.

<sup>7</sup> Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Anayasa Mahkemesi] May 14, 1985, 69 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 315.

<sup>8</sup> Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Anayasa Mahkemesi] Mar. 2, 1999, 100 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 226.

<sup>9</sup> Aharon Barak, *Proportional Effect: The Israeli Experience*, 57 U. TORONTO L.J. 369, 370 (2007); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 ICON 263, 271 (2010); Christoph Knill & Florian Becker, *Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismässigkeitsprinzips in Deutschland, Grossbritannien und der Europäischen Union*, 36 Die Verwaltung 447, 454 (2003); Alec Stone Sweet ve Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72, 74, 97 (2008) [buradan sonra: Stone Sweet & Mathews, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller*].

<sup>10</sup> Bakınız: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367, 379-80 (2009) (detaylı referanslar sunmaktadır); Stone Sweet & Mathews, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller*, yukarıdaki not 9, sayfa 74, 112.

Böylelikle evrensel hukuki problem ve bu probleme çözüm olarak ölçülülük prensibi sadece devlet-vatandaş veya vatandaş-vatandaş ihtilaflarına özgü değildir. Devletin organlarının birbiriyle çatışan, erişim alanları ve sınırları açıkça belirlenmemiş yetkileri olduğu zaman ölçülülük prensibi devreye girebilir. Eğer bir üst yetkili makamın kararı ihtilafı çözemezse, bir mahkeme ihtilafı ölçülülük ilkesine göre çözmek zorunda kalacaktır. A.B.D. Yüksek Mahkemesi, ölçülülük ilkesine, belki de ilk defa, federal hükümet ve Pasif Ticaret Kloz'una tabi federe devletler arasındaki münasebete ilişkin içtihadında yer vermiştir.<sup>11</sup>

Buna rağmen ilke genellikle temel hak ve özgürlükler ile yasamanın bunları sınırlandırma ve bunlara müdahale etme yetkisi arasındaki ihtilaf-larda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda mahkeme, karşısında sadece iki tane önermenin varlığı ile karşı karşıyadır: İlki, sınırlandırmalara ve müdahalelere karşı korunmuş haklar ve özgürlüklere ilişkin; ikincisi ise bunların sınırlandırılabilmesine ve bunlara müdahale edilebilmesine ilişkindir. Burada, ulaşılması gereken sonuç müdahalelerin ve sınırlamaların keyfi değil ölçülü olması gerektiğidir.

Ne var ki haklar başka şekilde de tanınabilir. Amerikan Anayasasının Haklar Beyannamesi diğer anayasalardan daha az sayıda hakkı korur fakat onlara nispeten kategorik olarak en iyi şekilde koruma sağlar. Bir dinin ibadetinin serbestçe yerine getirilmesi yasaklanamaz; ifade hürriyeti, basın hürriyeti, barışçıl bir şekilde toplanma hakkı takyit edilemez. Yasamanın bu hakları sınırlandırma veya bu haklara müdahalede bulunma yetkisi yoktur. Bu durum hakların, devletin izlediği amaçlarla veya diğer vatandaşların haklarıyla çatışmadığı anlamına gelmez. Ancak yasama sınırlamaları ve müdahaleleri hakkında bir uyarıya gerek kalmadan, sınırların belirlenmesi veya kategorizasyon yapılması bu çeşit ihtilafların çözülmesine yardımcı olur. Sınırı içtihatlar belirlemektedir: Dini ibadetler, dini bir yasa aksini emrettiği halde, dine tarafsız bir yasanın kendi emir ve yasaklamalarının olduğu durumlarda kısıtlanabilir. İfade, müstehcenlik ve hakarete olduğu gibi ifade değeri azaldığında veya bir şiddet söylemi veya ticari söylem halini aldığı anda korunmaz. Ayrıca ifade edilenlerin içeriğinden hareket edilerek sınırlamaların yapılabilmesinin yanı sıra, ifade edilenlerin

<sup>11</sup> *Bakınız: Jud Mathews & Alec Stone Sweet, All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, 60 EMORY L.J. 797, 814-24 (2011) [buradan sonra Mathews & Stone Sweet, *All Things in Proportion?*]; J. H. Mathis, *Balancing and Proportionality in US Commerce Clause Cases*, 35 LEGAL ISSUES OF ECON. INTEGRATION 273, 273-75 (2008).



içeriğine bakılmaksızın sadece ifadenin zamanına, mekânına ve biçimine bakılarak sınırlamalar yapılabilir.

Fakat bütün bunların hepsi A.B.D.'de ölçülülük ilkesinin uygulanmadığı anlamına gelmez. Amerikan mahkemelerinin sınırlamaları ve müdahaleleri, sıkı incelemeyle veya orta ölçekli incelemeyle hatta basit rasyonellik şartıyla gözden geçirirken yaptığı, neredeyse kapsamlı ölçülülük analizi şeklinde bir araç-amaç analizidir.<sup>12</sup> Sıklıkla bahsedilip eleştirilen veya yüceltilen Amerikan istisnailiği varlığını devam ettiriyor. Bizim durumumuzda bu, "ölçülülük" kelimesinin nadir rastlanan bir kelime olduğu anlamına geliyor. Yani araç-amaç analizi bir nebze gelişigüzel uygulanmış, dengeleme ve araç-amaç analizi sistematik olarak daha sonra gelmiştir. İlk yaklaşım, yasamanın dış sınırlamaları belirtmesine mahal vermeden iç sınırlamaları belirterek haklar alemine ince bir dokunuş yapmaktır. Amerikan anayasa hukukunda ölçülülük ilkesini savunan Hakim Breyer, haklıdır: Ölçülülük analizi, Amerikan içtihatlarına ve doktrinine bu kadar da yabancı olmamalıdır; Amerikan stili dengeleme, inceleme ve rasyonelleştirme metotlarını geliştirebilir.<sup>13</sup> Fakat, diğer bütün mahkemeler ve hukuk uygulayıcıları gibi Amerikan mahkemelerinin ve hukuk uygulayıcılarının, kendi hukuki muhakeme metotlarının geliştirilmesine ve böylelikle takdir yetkilerinin azalmasına o kadar da ilgili olmamalarını anlıyorum.

Amerikan Anayasası bir kenara bırakılırsa çoğu modern anayasa sadece birkaç hakkı değil bol miktarda hak ve özgürlüğü koruması altına almaktadır. Böylelikle bütün davranışlar, bütün hareketler ve bütün ifadeler korunmuş olmaktadır. Fakat devlet, ölçülü davrandığı müddetçe bu korumalar üzerinde sınırlamalarda ve müdahalelerde bulunabilir. Kimi zaman bu anayasalar daha önceki totaliter veya diktatör rejimlere karşı verilmiş tepkidir; hayatın her alanında yaşanan hürriyet eksikliği, akabinde hayatın her alanında hürriyetlerin korunmasına vurgu yapmaya neden olur. Çok daha kalabalık ve çok daha dar bir dünyada, totaliter veya otoriter rejim deneyimi olmadan da hayatın her alanında hürriyetin var olması çok daha

<sup>12</sup> Bakınız: T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 963 (1987); Vicky C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality," Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583, 602; Mathews & Stone Sweet, *All Things in Proportion?*, yukarıdaki not 11, sayfa 824-33; DAVOR ŠUŠNJAR, PROPORTIONALITY, FUNDAMENTAL RIGHTS, AND BALANCE OF POWERS 146 (2010).

<sup>13</sup> Bakınız: STEPHEN BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW, 159-71 (2010).

değerlidir. Hak ve hürriyetlerin anayasal korumasının geniş kapsamlı olmasıyla, geçtiğimiz son yüzyılın son on yılında ölçülülük ilkesi dünya geneline yayıldı. Anayasa tarafından korunan hak ve özgürlüklerin veya anayasa yargısının yetersiz olduğu Avrupa ülkelerinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukun bir parçası haline getirilmesi ölçülülük ilkesini ulusal içtihatlarda da uygulanabilir kılmıştır.<sup>14</sup> Avrupa Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Dünya Ticaret Örgütü'nün Panelleri ve Temyiz Organının hepsi ölçülülük ilkesi doğrultusunda işler.<sup>15</sup>

#### 4. Ölçülülüğün Sorunları

Ölçülülüğün her noktada -ve potansiyel olarak burada, A.B.D.'de- yasa ile tüm vatandaşlar arasında çatışmaların *çözümü* olduğunu kastediyorum sanılabilir. Ancak ölçülülüğün kendisi de *problemdir*. Ya da -daha kesin olarak- ölçülülük, içerisinde her tür problemi barındıran bir yapıdır.

İlki yetersiz veya belirsiz bilgi problemidir. Bazen basitçe, aracın işe yaradığını veya gerekli olduğunu tespit etmek imkânsızdır. Orantının uygunluğu ve gerekliliği deneysel bir problemdir; ancak genellikle bilim, bilginlik ve deneyim bunu çözmeye yardım edebilir. Ancak çoğu kez, bir kimsenin sahip olduğu her şey varsayımlar, çelişkili deneyimler ve uzman sayısı kadar görüşlerdir. Örneğin; iklim değişikliği. İklim değişikliğinin tehlikeli ve karşı konulması gereken bir şey olduğuna dair basit bir uzlaşının ötesinde, tehlikenin genişliği ve karşı tedbirlerin etkililiği belirsiz ve yetersizdir.

İkinci problem, en azından ideal olarak, objektif bir biçimde bir aracın işe yarar ve gerekli olup olmadığını belirlemek mümkün iken; aracın uygunluğunun değerlendirilmesinde hakların, menfaatlerin ve değerlerin dengelenmesi kaçınılmaz olarak sübjektif olacaktır. İfade hürriyeti karşısında mahremiyet, özgürlük karşısında güvenlik, mahremiyet karşısında kamu sağlığı ya da nesli tükenmekte olan türlerin korunması karşısında çok gerekli iş alanlarının yaratılmasının ölçülmesi ve tartılması için objektif bir standart yoktur.

<sup>14</sup> *Bakınız: Jeffrey Jowell, Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review*, 2000 PUB. L. 671, 678-79 (Birleşik Krallık için detaylı referanslar sunmaktadır).

<sup>15</sup> *Bakınız: Knill & Becker, yukarıdaki not 9, sayfa 463 (detaylı referanslar sunmaktadır); genel bilgi için bakınız Stone Sweet & Mathews, The Hidden Foreign Law Debate in Heller, yukarıdaki not 9, sayfa 138-59. Orantılılık ilkesinin Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin tahkim heyetleri tarafından kullanılmasına ilişkin genel olarak bakınız Alec Stone Sweet, Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier*, 4 LAW & ETHICS OF HUM. RTS. 47 (2010).

Bu iki sorunun üstesinden gelecek çeşitli yollar vardır. Yetersiz ve belirsiz bilgi problemini çözmek için yasama organı veya etkilenmiş vatan- daşın, aracın olaya uygun veya gerekli olup olmadığını kanıtlaması gerek- tiğini içeren ispat zorunluluğu kuralı konulabilir. Varsayalım ki iklimi ko- rumak için yasama meclisi, araba üretenlerin çok karmaşık ve pahalı egzoz filtreleri kullanmalarını talep eden bir düzenleme yapsın. Hatta varsayalım ki filtrelerin etkisi kesin olmasın. Eğer yasamaya, ancak düzenlemenin gö- zetlenen meşru amacı gerçekleştirmeye yardımcı olduğunu ispat edebildiği – bu olay için filtrelerin iklimi korumak için gerçekten faydalı olduğunun ispatı – zaman vatandaşın haklarını sınırlandırma yetkisi tanınırsa, o za- man düzenleme anayasaya aykırıdır. Bununla birlikte eğer düzenlemenin iklimin korunmasına bir yardımının dokunmadığını ispatlama düzenleme- den etkilenen vatandaşlara yüklenirse, bu durumda şüpheden yasama fay- dalanacak ve düzenleme anayasaya uygun sayılacaktır.

Bildiğim hiçbir ülkenin anayasa hukuku içtihadı, bu iki ispat zorunlu- luğu kuralından herhangi birini kullanmıyor. Hepsi, ikisi arasında esnek çözümler buluyorlar. Tehlikede olana göre ispat zorunluluğunu değiştiri- yorlar. Eğer, ifade özgürlüğü kısıtlanan vatandaş için bu kısıtlama, onun otonomisi açısından elzem addediliyorsa ve eğer yasamanın hedeflediği amaç kamu yararı için daha az önemli kabul ediliyorsa, o zaman bazı ana- yasa mahkemeleri yasamadan, düzenlemenin etkililiği ve gerekliliğini ma- kul şüphenin ötesinde açıklamalarını ister. Eğer, öte yandan, yasamanın hedeflediği sonuç önemli olarak kabul edilirse ve eğer kısıtlanan özgürlük daha az ilgili olarak görülüyorsa, o halde mahkemeler yasamaya karşı daha müsamahakâr davranır ve düzenlemeye, düzenlemenin etkililiği ve gerek- liliğine dair pek çok soru cevapsız kalsa dahi izin verir. Elbette ispat yü- kümlülüğünün değişebileceği ve hatta mahkeme tarafından paylaşılabil- ceği pek çok yollar, incelemenin çeşitli dereceleri; neyin makul veya ma- kul olmayan şüphe olduğuna dair farklı eğilimler; neyin vatandaşın otono- misi için elzem veya en azından ilgili ve neyin kamu menfaati için daha iyi olduğuna dair farklı düşünceler vardır. Yani, ispat yükünün yasama ve vatandaşlar arasında dağılımı ile ilgili farklı geleneklerin bulunması şaşır- tıcı değildir.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> *Bakınız: Šušnjar, yukarıda not 12, sayfa 83-162 (Alman Federal Mahkemesi, A.B.D. Yüksek Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatları arasındaki benzerlikler ve farklılıkları tartışıyor) ; Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 U. Toronto Law Journal 383, 390 (2007) (Kanada Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin farklı geleneklerini kaydediyor); Mathew and Stone Sweet, All Things*

Ayrıca, değinilen ikinci sorunla ilgili farklı gelenekler de mevcuttur: Dengelemedeki kaçınılmaz öznellik problemi, diğer bir ifadeyle ölçülülüğün diğer unsuru.<sup>17</sup> Kanada Anayasa Mahkemesi ve dünya çevresinde farklı bilim insanlarınınca kabul edilen bir görüşe göre, hâkimlerin kendi öznelliklerini yasamanın öznelliğinin önüne koyması gerektiğine dair bir neden yoktur. Kamu yararının nasıl takip edileceğine dair kararlar subjektif oldukları zaman, politiktir. Demokratik meşrulaştırmaya ihtiyaç duyarlar ve demokratik olarak yasama onları yapmak için meşrulaştırılmıştır. Kamu yararına ilişkin kararlar objektif temellere göre alınabildiği zamanlarda uzmanların bu konuda karar alması meşru sayılır. Çoğu kez diğer mahkemeler ve onların hâkimleri tarafından kabul edilen aksi görüşe göre, anayasa mahkemelerinde veya yüksek mahkemelerde görev alan hukuk uzmanları, parlamento veya başkan tarafından atandıkları için demokratik meşruluğa en azından dolaylı şekilde sahiptirler. Ayrıca bunlar, politik mücadelenin türbülansı ve sıcaklığı içinde hareket eden yasamaya kıyasla, bir toplumun en kritik çatışmalarını daha sakin ve dikkatli bir şekilde dengeleyebilecek bilgiye ve zamana sahiptirler. Ve yine bu iki yaklaşım arasında pek çok pozisyon vardır. Çoğu mahkeme, yasamanın dengelemesi üzerinde kontrol kurmaya ve onu kendi dengelemesi ile değiştirmeye çalışır ve aynı zamanda demokratik politik sürecin çıktılarını saygı duyduğunu vurgular. Bu demek oluyor ki hâkimler sadece özgül bir dürtü hissettikleri durumlarda müdahalede bulunuyorlar. Doğal olarak, bazı mahkemeler diğer mahkemelere nazaran bu dürtüyü daha fazla hissediyorlar.

Hem ispat yükümlülüğünün yasama ve vatandaşlar arasında nasıl dağıtıldığını hem de mahkemelerin konu dengeleme olduğunda nasıl aktivist olduğunu belirlemek için bir faktör, demokratik ve devrimci gelenektir. Fransa’da, güçlü bir devlet geleneği ve demokrasiye olan güçlü bir inanç geleneği – bir inanç ki Fransız Devrimi’nden bu yana neredeyse geçen nesil sayısı kadar pek çok devrimi ve anayasayı meydana getirmiştir – şeklindeki çifte gelenek sebebiyle, insanlar politik sürece güvenir ve yasama üzerinde daha zayıf bir yargısal denetimi kabul eder. 18. ve 19. yüzyıllarda burjuvazinin devrim yapmak için çok zayıf olduğu ve bunun yerine vatandaşların özgürlük ve mülkiyetini korumak için idare mahkemelerini icat

---

*in Proportion?*, yukarıda not 11, sayfa 813-36 (Amerika Yüksek Mahkemesi’nin içtihatlarındaki değişimi açıklıyor); Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 Cambridge Law Review 174 (2006) (İngiliz mahkemelerinin içtihadını tartışıyor); Aharon Barak, *The Judge In A Democracy* (2006) (İsrail deneyimini açıklıyor).

<sup>17</sup> Krş: Yukarıda 16. notta zikredilen eserler.

ettiği Almanya’da, mahkemeler ve hukuk, yasama ve siyasetten daha fazla güvene sahiptir. Almanya ayrıca demokratik siyasi prosedürün faşizme ya da komünizme sebep olduğu ülkeler arasındadır. Bu ülkeler, bilge ve güçlü bir anayasa mahkemesinin veya yüksek mahkemenin, siyasi ve yasa yapma süreçlerinin sahip olabileceği her türlü tehlikeli eğilimleri uysallaştırabileceğine dair kendilerine özgü bir umut paylaşırlar.

İspat yükünün dağıtılması ve dengeleme görevinin atanması için bir diğer önemli faktör, ulusun homojenliği ya da heterojenliğidir. Etnik ve dini çatışmaların daha fazla olduğu yerde, entegrasyon yükünün birazının politikadan hukuka ve yasamadan, anayasa mahkemelerine veya yüksek mahkemelere sevk edilmesi mantıklı olur. Kanada ve Güney Amerika bu sebeple aktivist mahkemeleri olan ülkelerdir. Ayrıca, bir Yahudi devleti olarak meşruiyet ile demokratik bir devlet olarak meşruiyetinin tamamen uyum içerisinde olmadığı İsrail’de, mahkemenin kendi meşruiyetini politikanın üzerinde ve ondan bağımsız olarak kurması şaşırtıcı değildir.

Tüm bu değişik şekiller dikkate alınıp ve tüm bu değişik yanlar gösterildiğinde, ölçülülük ilkesinin kendine özgü, bizim onu ilke olarak anmamıza izin verecek özelliklere sahip olduğu söylenebilir mi? Ben, evet demekte tereddüt etmem. Ölçülülük ilkesi basit, kolayca uygulanan ve kolay cevaplar sağlayan bir prensip değildir. Ölçülülük ilkesi, farklı yorumlara ve modifikasyonlara açık kapılar bırakan karmaşık bir ilkedir. Ancak ölçülülük ilkesi bizim muhakememizi biçimlendirir ve cevaplar bulmak için çıktığımız zorlu yolda bizi aydınlatır.

## SONUÇ

Ölçülülük ilkesinin şahane bir kariyeri vardı; bir ahlak felsefesi ilkesinden hukuki bir ilkeye, bir idare hukuku ilkesinden bir anayasa hukuku ilkesine. Ölçülülük ilkesi, nihai hukuk ilkesi diye bir şey olmamasına rağmen, nihai hukuk ilkesi olarak anıldı.<sup>18</sup> Ölçülülük ilkesi tüm anayasa mahkemelerinin kesinlikle nihai olarak varacağı bir kural. A.B.D. Yüksek Mahkemesi dahi, terimi kullanma konusunda çekingen olsa da, araç-so-nuç-analizi yaptığı zaman kuralı temelde tekrar tekrar takip ediyor.

İlkenin uygulanışının çeşitli anayasal kültürlerde standartlaştırıcı bir etkisi oldu ve olmaya devam edecektir. Doktrinel bir geleneği olan anayasal kültürler tedricen yargısal içtihat kültürü doğrultusunda değişecektir.

<sup>18</sup> *Bakınız:* David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004).

Ölçülülük analizinin sık sık övülen değerli niteliği onun esnekliğidir; davadan davaya göre vakalar farklı değerlendirilebilir ve menfaatler ve haklar farklı ölçülüp dengelenebilir. Her olay üzerinden vakaların şekillendirilmesiyle birlikte menfaat ve özgürlükler, doktrinin egemenliğinde görülen davalara nispeten daha önemli ve anlamlı hale gelir. Hâkimler, yerleşik doktrinle uyumlu ya da onu değiştirecek ve düzelterek çözümlerden çok, orantılı çözümler bulmakla daha ilgili olur. Öte yandan, ölçülülük prensibi, kesin bir yapısal niteliğe ve içtihat geleneğine sahip anayasal kültürlerle minimal doktrinel element sunan bir potansiyele sahiptir.

Bunu görmenin diğer bir yolu, ölçülülük ilkesinin değişik anayasal kültürlerde standartlaştırıcı bir etkisinin olmadığını daha ziyade ölçülülük ilkesinin, anayasal kültürlerin paylaştığı ve zaman içerisinde çok daha fazla farkına vardıkları bir standart olduğunu söylemektir. Ölçülülük ilkesi, tüm farklı anayasal diller ve kültürlerin temelini şekillendiren karmaşık anayasal gramer yapısının bir parçasıdır. Ölçülülük ilkesi er ya da geç su yüzüne çıkar; her yerde ve burada dahi.