

PROPORTIONALITY IN CANADIAN AND GERMAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

KANADA VE ALMAN ANAYASA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK*

Dieter GRIMM**

Çeviren/Übersetzt von:

Kemal BAŞOL***/Eyüp Kaan DEMİRKİRAN****

I. Oakes ve Alman Modelleri

Kanada Hak ve Özgürlükler Beyannamesi¹ yürürlüğe gireli dört yıldan fazla olmamıştı ki Kanada Yüksek Mahkemesi 1. maddedeki sınırlama hükmünün nasıl yorumlanacağı sorusunun cevabını en sonunda buldu. Cevap, *R. - Oakes*² davasında kısaca şöyleydi: kanunilik ve ölçülülük.³ İlk unsur olan kanunilik 1. maddede açıkça belirtilmişken (“kanun ile öngörülmüş olma”) ikinci unsur ölçülülük, “özgür ve demokratik bir toplumda açıkça haklı görülen makul sınırlar[...]” ifadesinin özgün bir yorumu olarak görünmektedir. Pek çok doktrinsel yenilik nihai şekline zamanla gelişerek ulaşırsa da, Başyargıç Dickson mütalaasında ölçülülüğün şartları için

* Bu makalenin orijinali “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence” başlığı ile *University of Toronto Law Journal* Vol. 57, Issue 2 (Spring 2007)’da yayınlanmıştır.

** Almanya Federal Anayasa Mahkemesi eski yargıcı; Berlin Humboldt Üniversitesinde Hukuk Profesörü; Wissenschaftskolleg zu Berlin, İleri Araştırmalar Enstitüsü Rektörü.

*** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (basol@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1118-4103

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

¹ *Kanada Hak ve Özgürlükler Beyannamesi*, Anayasa’nın 1. Bölümü, 1982, (Birleşik Krallık) 1982 *Kanada Yasası*’na Ek B, 1982, c.11 [*Beyanname*].

² [1986] 1 S.C.R. ([Yüksek Mahkeme Bülteni]) 103 [*Oakes*].

³ *Bkz.* Lorraine Weinrib, “Canada’s Charter of Rights: Paradigm Lost?”, (2002) 6 *Rev.Const.Stud.* 119.

geniş bir kavramsal çerçeve önermişti. *Oakes testi* denilen bu çerçeve, unsurlarının ilerleyen yıllarda belirginleşmiş veya değişmiş olmasına ve ilk halindeki katılığın bazı dava türlerinde yumuşatılmış olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme tarafından 20 yıldır kullanılmaktadır.⁴ Yargıç Iacobucci'nin bu gelişimde önemli bir rolü olmuştur.⁵

Başyargıç Dickson'un; *Oakes* mütalaasını verirken yabancı örneklerden mi yararlandığı, yoksa testi tamamen kendisinin mi geliştirdiği sorusu güncelliğini korumaktadır. Gerçek şu ki, *Oakes*'de kullanılan bazı ifade şekilleri, Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1980 yılında karar verdiği bir ticari ifade davası olan *Central Hudson Gas & Electric Corp. – Public Service Commission of New York*⁶ davasındakilere benzemektedir. Ancak *Central Hudson*; ticari ifade problemleri dışında etki kazanmış emsal teşkil edici bir karar olmadığı gibi, uygulanmış ölçülülük testi bakımından da Başyargıç Dickson'un önerdiği gibi eksiksiz ve ayrıntılı değildi. Amerikan Yüksek Mahkemesi, dengeleme yoluna sık sık başvurmasına rağmen bir ölçülülük kavramı geliştirmede; ancak bu kendi haline bırakma, *Oakes* testiyle karşılaştırılabilir doktrinsel bir test ortaya çıkardı. Son zamanlarda verilen bazı kararlarda; Yargıç Breyer, ölçülülük analizini ABD anayasa hukukuna⁷ tanıtmak için bir ilgi gösterse de yargıçların çoğunluğunu ikna edemedi.

Öte yandan, ölçülülük testi için kullanılabilecek bir yargı modeli vardır: Almanya.⁸ Ölçülülük testi, Almanya'da 1950'li yılların sonlarından beri kullanılmakta olup Anayasa Mahkemesi ne zaman temel hakları sınır-

⁴ *Ibid.* Ayrıca bkz. Sujit Choudhry, "So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1" (2006) 34 Sup.Ct.L.Rev. (2d) 501 [Choudhry, 'Real Legacy'].

⁵ Bkz. Örn. *RJR MacDonald Inc. v. Kanada*, [1995] 3 S.C.R. at 199 paras. 179-92; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 at paras. 108 vd.; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3 paras. 75 vd.; *Delisle v. Kanada*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Figuroa v. Kanada (A.G.)*, [2003] 1 S.C.R. 912.

⁶ 447 U.S. ([ABD.]) 557 (1980) [*Central Hudson*].

⁷ Örn. Bkz. *Turner Broadcasting System. v. Federal Communication Commission*, 520 U.S. 180 (1997); *Nixon v. Shrink Missouri Government*, 528 U.S. 377 (2000); *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000); *Bartnicki v. Vpper*, 532 U.S. 514 [2001]; Paul Gewirtz, "Privacy and Speech" [2001] Sup.Ct.Rev. 139.

⁸ Genel olarak bkz. David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005) at 162 [Beatty, *Ultimate Rule*]; Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of German*, 2d ed. (Durham, NC: Duke University Press, 1997), at 46 [Kommers, *Constitutional Jurisprudence*].

layan kanunları veya bu kanunlara göre verilen idari ve adli kararları incelemek zorunda kalsa, bu teste başvurmuştur. Ölçülülük ilkesi, bir yargısal denetim sistemi de getirerek, Almanya'dan diğer pek çok Avrupa ülkesine ve Avrupa dışına yayılmıştır. İlke, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanında da kullanılmaktadır. Alman ve Kanada ölçülülük testleri, terminolojik olarak kısmen ayrışsa da, esasında birbirlerine oldukça benzemektedir. Bununla birlikte; daha yakından bir karşılaştırma yapıldığında, testlerin nasıl uygulanacağı konusunda bazı önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. En göze çarpan fark ise muhtemelen şudur: Kanada'da ölçülülük testini geçemeyen çoğu kanun, testin ikinci aşamasında başarısız olmaktadır ve bu nedenle testin üçüncü aşamasını kullanmaya çoğu zaman gerek kalmaz; ancak üçüncü aşama, Almanya'da ölçülülük testinin en belirleyici aşamasıdır. Aradaki farkın incelenmesi, iki ülkenin yaklaşımlarının güçlü ve zayıf yönlerine ışık tutabilecektir.

II. Ölçülülüğün Almanya'daki gelişimi

Ölçülülük testi Alman Anayasası'ndan daha eskidir. On dokuzuncu yüzyılın sonlarında Prusya Oberverwaltungsgericht [Yüksek İdare Mahkemesi] başta olmak üzere ilk defa Alman idare mahkemelerince geliştirilmiş olan ölçülülük testi; polise takdir yetkisi veren ya da polis faaliyetlerini oldukça belirsiz bir şekilde düzenlemiş kanunlar söz konusu olduğunda, bireylerin özgürlüğüne veya mülkiyetine haksız yere müdahale eden polis tedbirlerine karşı uygulanmıştır.⁹ Ölçülülük ilkesi burada polisin eylemleri bakımından ek bir sınırlandırma işlevi görmüş, eylemlerin meşru bir amacının olması aranmıştır. Polis tarafından vatandaşa karşı kullanılan araçlar, kanunun amacına ulaşması için elverişli olmak zorundaydı. Eğer kanunun amacına ulaşmak için daha az sınırlayıcı bir araç mevcut ise, daha az sınırlayıcı bu aracın uygulanması gerekmekteydi. Buna ek olarak bazı davalarda mahkemeler, kullanılan aracın müdahalesi ile ulaşılmak istenen hedefin önemi arasında uygun bir dengenin kurulup kurulmadığını incelediler. Bu sayılan gerekliliklere uyulmaması, polis eylemlerini hukuksuz hale getirdi.

1951'de kurulan Anayasa Mahkemesi, çok geçmeden, ölçülülük testini 1949'da kabul edilen Alman Anayasası çerçevesinde anayasa hukukuna uyarladı ve bunu temel hakları sınırlayan kanunlara uygulamaya başladı.

⁹ Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Göttingen: Schwarz, 1981), at 6; Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots* (Heidelberg: Müller, 1995).

Ancak Kanada'daki durumdan farklı olarak Mahkeme ilk kararlarında; ne Anayasa'nın hakların ölçülü sınırlandırılmasını neden gerektirdiğini ne de ölçülülük ilkesinin nasıl uygulanacağını açıkladı. İlke, kendiliğinden geçerli kabul edilebilirmişçesine uygulanmaya başlandı.¹⁰ İlkenin gereklerine ve nasıl uygulanacağına dair ilk detaylı açıklama ise “meslek özgürlüğü”yle (m.12) ilgili dönüm noktası olan bir davada yapıldı.¹¹ İşte ölçülülük ilkesi, m.12'nin alışılmadık lafzından kaynaklanan belirsizlikleri çözmek için bir araç olarak ortaya çıkmıştı. Mahkemenin yine m.12 ile ilgili sonraki bir kararı olan ve “Kamu yararı için meslek özgürlüğü ihlal edildiğinde, ölçülülük [genel] ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla sonuçlanan” *Eczacılık Davası*'nda ise ölçülülük testi geliştirildi. İlkenin nasıl uygulanacağı burada ayrıntılı olarak açıklanmıştır.¹²

Mahkemenin; temel özgürlüklerin ihlal edildiği tüm davalarda ölçülülük ilkesinin uygulanabileceğini kabul etmesi, vücut dokunulmazlığı (m.2/2) ile ilgili bir davada, ancak 1963 yılında gerçekleşti. Mahkemenin ilkenin yazılı dayanağını bulması için ise iki yıl daha geçmesi gerekti.¹³ “Bu dayanağın kaynağı; hukukun üstünlüğü prensibi [20. maddede güvence altına alınmış] ve bundan da fazla, vatandaşların bireysel olarak devletten talep ettiği özgürlüklerin bir ifadesi olan ve kamu menfaatini korumak için zorunlu olduğu ölçüde kamu gücü tarafından sınırlanabilen temel hakların özüdür.”¹⁴ Ölçülülük, son yıllarda sık sık bir anayasa hukuku ilkesi olarak adlandırılrsa da¹⁵, ölçülülüğün kaynağının tam olarak ne olduğu hakkında detaylı bir açıklama hiç yapılmadığı gibi; Mahkeme, ilkenin hukukun üstünlüğü veya temel hakların özünden nasıl kaynaklandığını da

¹⁰ North Rhine Westphalia eyaletinde bir seçim kanunuyla ilgili ve ölçülülük ilkesine ilk defa değinilen karardır, *bkz.* BVerfGE [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Federal Anayasa Mahkemesi Kararları)] 3, 383, at 399 (1954). Daha sonraki bir davada Mahkeme, önceki bir kararından alıntı yaparak ölçülülük ilkesinin uygulanmasını destekledi: *Bkz.* BVerfGE 1, 167, at 178 (1952). Ancak bu kararda açıkça belirtilir ki olağanüstü zamanlarda bile, hakların sınırlandırılması gereğinden fazla yapılamaz.

¹¹ BVerfGE 7, 377, (1958) [Eczacılık Davası (Pharmacy Case)]. İngilizce tercümesindeki bölümler *Constitutional Jurisprudence*'a atıf yapmaktadır, *supra note 8*, at 274, Norman Dorsen ve diğerleri, editörler, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (St. Paul, MN: Thomson West, 2003), at 1204 [*Dorsen ve diğerleri, Comparative Constitutionalism*].

¹² BVerfGE 13, 97, at 104 (1961). Test s. 108'de açıklandı.

¹³ BVerfGE 16, 194, at 201 (1963).

¹⁴ BVerfGE 19, 342, at 348 (1965).

¹⁵ *Bkz.*, örn., BVerfGE 95, 48, at 58 (1996).

ayrıntılı bir biçimde ortaya koymadı.¹⁶ Kanada'dakinin aksine olarak Almanya'daki bu suskunluğun nedeni; ilk yıllarda Mahkemenin, ölçülülüğün gelecekte oynayacağı önemli rolün farkında olmaması olabilir. Ölçülülüğün önemi anlaşıldığında ise, bu ilke çoktan yerleşmişti ve daha fazla irdeleme yapmaya gerek duyulmadı.

Ölçülülük ilkesini detaylarıyla açıklamak için bir girişimin olmaması; ilkeyi, Almanya'da Kanada'dakine oranla anayasal metninden kopuk göstermektedir. Kanada'da, Beyanname'nin 1. maddesinin bir yorumu olarak ortaya çıkan bu durum, Almanya'da sınırlandırmalara uygulanan ve yazılı hükümleri destekleyen bir ek denetime benzemektedir. Alman Anayasası, bir temel hakkın sınırlandırılmasında başvurulabilecek sadece birkaç güvence içermektedir. Bu güvencelerin en önemlileri, bir temel hakkı sınırlandıran kanunların genel nitelikte olması (m.19/1) ve sınırlandırmanın temel hakların özüne dokunmamasıdır (m.19/2). Alman Anayasası, haklar kataloğunda sayılan pek çok hak ve özgürlüğe özel sınırlandırma şartları koyar. Bu şartlardan bazıları, başka bir kısıtlama eklenmeksizin, sınırlandırmaların yalnızca "kanunla veya kanuna göre" yapılacağını söylemekle yetinir. Öyle ki bu durum, vücut bütünlüğü veya yaşam hakkı gibi önemli haklar için dahi böyledir (m.2/2). Diğer sınırlama şartları amaca, koşullara veya sınırlandırma aracına göre başka denetim yolları içerir. Ancak, bu yazılı sınırlandırma şartlarını ihlal ettiği gerekçesiyle anayasaya aykırı bulunan kanun sayısı Almanya'da fazla değildir. Bunun yerine, temel hakları korumak için esas yükü, yazısız bir ilke olan ölçülülük ilkesi çekmektedir.

Ölçülülük ilkesinin, Anayasa Mahkemesinin gayri meşru bir buluşu olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi; ölçülülüğün, Alman Anayasası'ndaki haklar kataloğu içinden türetildiğini savunma gereği duysaydı, bu tartışmayı yaparken büyük bir zorluk yaşamazdı. Baş yargıç Dickson'un *Oakes*'de yaptığı amaçsal yorum gibi¹⁷, Alman Anayasa Mahkemesi de Nazi rejiminden ve İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra temel haklara verilen önemin artmasına dayanabilirdi. Alman Anayasası'nın 1. maddesine göre, tüm temel hakların kökü insan onuru ilkesine dayanır. Önceki

¹⁶ Çığır açıcı kitap: Peter Lerche, *Obernagl und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundstätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, 2d ed, (Cologne: Heymanns, 1999). (Bu kitabın ilk basımı 1961 yılındadır.) Ayrıca bkz. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 1976) [Schlink, *Abwägung*]; Klaus Stern, "Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots" in Peter Badura & Rupert Scholz, eds., *Festschrift für Peter Lerche* (Munich: Beck, 1993) 165.

¹⁷ *Supra* note 2 at para. 28.

Alman anayasalarından farklı olarak şu anki Anayasa, bu hakları kanunların üstünde tutar ve onlara yasamanın bağlayıcı gücünü kazandırır. Almanya'da temel hakların anlaşılmasında devrim yaratan önemli bir karar olan *Lüth* davasında¹⁸ Mahkeme; sadece bireysel haklar değil, aynı zamanda objektif ilkeler demek olan temel hakları hukuk sisteminin en önemli değerleri seviyesine yükseltti. Bu kabulden çıkan sonuç, temel hakların bütün hukuk düzenine nüfuz ederek yayılmasıydı. Zira temel haklar, sadece hukukun tek bir düzlemini değil, aynı zamanda özel hukuk ilişkilerini de etkiler ve çıkarılan kanunların yorumlanmasında kılavuz olurlar. Bu argüman bizi aynı zamanda, yasama erkinin temel hakların özüne dokunacak derecede bir sınırlama yetkisine sahip olması halinde, bunun bireysel özgürlüklere atfedilen önemle bağdaşmayacağı sonucuna da ulaştıracaktır.

III. Farklı yaklaşımlar: Amaç

Her iki ülke de, ölçülülük testini uygularken temelde aynı yolu izlemektedir. Test, bir araç-amaç karşılaştırması gerektirdiği için her iki Mahkeme de uygulanacak kanunun amacını saptamakla işe başlar. Temel bir hakkın sınırlandırılmasını, yalnızca meşru bir amaç haklı gösterebilir. Bunu, üç aşamalı olan ölçülülük testi takip eder. Kanada Mahkemesi birinci aşamada, amaç ile kanun koyucunun bu amaca ulaşmak için başvurduğu araç arasında makul bir bağlantı ararken, Alman Mahkemesi kanunun amaca ulaşmak için elverişli olup olmadığı sorusunu sorar. İkinci aşamada Kanada Mahkemesi, kanunun amaca ulaşmada temel hakka en az zararı verip vermediğini sorarken; Alman Mahkemesi kanunun söz konusu amaca ulaşmada gerekli olup olmadığı veya amaca aynı şekilde ulaşmak için hakka daha az müdahale edici bir aracın mevcut olup olmadığı sorularını sorar. Her iki ülke için üçüncü aşama, zarar-fayda analizidir. Bu analiz, temel haklardan elde edilen menfaat ile hakkın sınırlandırılmasında menfaati olanın elde edeceği fayda arasında bir dengeleme yapar. Bu dengeleme işlemi Almanya'da genellikle dar anlamda bir "ölçülülük" olarak adlandırırken bazen de "yerindelik", "makullük" (*Zumutbarkeit*) ve benzeri şekillerde anılabilmektedir.¹⁹

¹⁸ BVerfGE 7, 198 (1958). İngilizce tercümesi *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*'de yer almaktadır, vol. 2, part I (Baden-Baden: Nomos, 1998), at 1; Kommers, *Constitutional Jurisprudence*, supra note 8 at 361 (bölümler); Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Comparative Constitutional Law* (New York: Foundation, 1999) at 1403 (bölümler); Dorsen, *Comparative Constitutionalism*, supra note 11 at 824.

¹⁹ Testin uygulaması ile ilgili iyi örnekler: BVerfGE 81, 156, at 188 (1990); BVerfGE 90, 145 (1994) [*Kenevir davası*]; BVerfGE 91, 207, at 222 (1994).

İki hukuk sistemi nerede farklılaşıyor? İlk farklılık ilk önce sorulan, ön soruda karşımıza çıkıyor: Bir temel hakkı sınırlayan kanunun amacı nedir? Kanada Yüksek Mahkemesi *Oakes*'de “anayasal koruma altındaki bir özgürlüğü ihlal etmeyi haklı gösterecek yeterlilikte bir önemin varlığı” veya “acil ve gerçek” bir sorun olması amacını ararken;²⁰ Alman Anayasa Mahkemesi “meşru amaç”ın varlığını aramaktadır. Mahkeme, *meşru* sözünden Anayasaca yasaklanmamış bir amacı anlamaktadır. Burada “yeterli önem” veya “acil ihtiyaç” gibi ek öğelere gerek duyulmaz. Şüphesiz ki ölçülülük testinin izleyen aşamalarında araç-amaç analizi yapılırken, kanunun amacı ayrı tutulamayacaktır. Ancak, amacın belirlenmesi ölçülülük testinin bir parçası değildir; daha ziyade, testin temeli ve başlangıç noktası olarak işlev görür. Kanun koyucunun amacının, bir temel hak ihlalini haklı çıkaracak kadar önemli olup olmadığı sorusu, tabii ki Alman Mahkemesi için de çok önemlidir. Ancak bu soru, testin sonraki bir aşaması olan üçüncü aşamada, yani Mahkemenin yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına baktığı aşamada sorulmaktadır. Sonuç olarak bir dava, bu ön aşamayı çok nadiren geçemez. Zira kanun koyucunun anayasal olarak yasaklanmış bir amacı (örn. ırk ayrımcılığı) hedeflemesi neredeyse görülmemiştir.

Alman Mahkemesi, ölçülülük testi çerçevesinde dar anlamda “amaç” için bir açıklama yapmamıştır. Bu nedenle akıl yürütmeye iki görüşe varılabilir. İlk görüşe göre; Mahkemenin kanısı, anayasa tarafından hariç tutulmadığı sürece yasama organının demokrasilerde herhangi bir amacı benimsemeye yetkili olduğudur. Amacın önem derecesi, yasama faaliyeti için bir koşul olamaz. Yasama faaliyetine konu olmak için neyin yeterli önemi haiz olduğu siyasete ait bir sorudur ve buna ancak demokratik işleyiş içerisinde karar verilmelidir. İkinci görüşe göre önem, bağlantısal bir kavram olarak kabul edilir ve soyut terimlerle belirlenemez. Dolayısıyla bir hakka yönelik birtakım sınırlandırmaları haklı gösterecek bir amacın yeterli önemde olup olmadığı sorusu, ancak ölçülülük testinin aşamaları uygulanarak cevaplanabilir. Amaçla ilgili olarak böyle bir soru sormak, yapılacak nihai değerlendirmenin zamansız bir öngörüsü olacaktır. Ancak iş pratiğe döküldüğünde farklılık kaybolmaktadır. Kanada’da neredeyse hiçbir kanunun, yetersiz amaç gerekçesiyle başarısız sayılmadığını görmek oldukça öğreticidir. Eğer bir kanunun anayasaya aykırı bir amacı varsa; bu kanun Almanya’da anayasaya aykırı sayılacağı gibi, Kanada’da

²⁰ P. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295, at 352.

da aykırı sayılır.²¹ Oysa herhangi bir meşru amaç, yeterli bir amaç olarak görülmektedir.

Kanunun amacının ne olduğunu belirlemek, Almanya’da ölçülülük ilkesini uygulamanın özellikle zorlanılan bir kısmı olmamıştır. Yasama kayıtları, amaca ilişkin yeterli bilgiyi genellikle içerirler. Yasama meclisinde, özellikle de Uzlaştırma Komitesinde [Vermittlungsausschuss], oturumda tartışılmadan ve son anda varılan uzlaşmalarda bu konuda bazı zorluklar ortaya çıkabilmektedir. Ne var ki yasamanın bir kanunu kabul ederkenki niyetinin ne olduğunu anlamak çok nadiren imkansız olmuştur.²² Bu durum, söz konusu bu aşamanın düşük bir önemde olduğu anlamına gelmez. Amaç ve araç arasında yapılan ayırım bazen çok zor olabilmektedir. Daha geniş bir açıdan bakacak olursak; dar bir şekilde tanımlanmış amaç, daha soyut bir amacın aracı olarak görülebilir. Ancak bu, amacın meşruiyetine nadiren etki ederken; üçüncü aşamadaki yarışan değerleri ve menfaatleri dengeleme sürecine geldiğinde önemli bir rol oynar.

Ölçülülük testinin birinci aşamasında, iki ülke arasındaki farkın yalnızca anlamsal olduğu görülmektedir. Bu aşamaya takılan kanun sayısı fazla değildir.²³ Bu aşamanın işlevi, kolayca sonuçlandırılabilir az sayıda davayı burada elemektir. Benzer şekilde ikinci aşamada da, iki hukuk sisteminin yalnızca terminolojik olarak ayrıştığı görülmektedir. Belli bir aracın kanunun hedeflediği amaca ulaşmak için "gerekli" olması; Alman anayasa hukukunda, daha az müdahale edici bir aracın mevcut olmadığına işaret etmekte olup bu, "en az zarar"ın yalnızca başka bir ifadesidir. Kanada’lı yazarlar benzer şekilde “en az zarar”ı tarif ederken genellikle “gerekli” terimini kullanırlar.²⁴ Daha az müdahale edici araçlar hakkındaki iddia, çoğunlukla o kanuna itiraz eden tarafça ortaya konulur. Bununla birlikte, Kanada’da anayasaya aykırı bulunan çoğu kanunun bu aşamada başarısız olduğunu gözlemlemek oldukça ilginçtir. Almanya’da ikinci aşamayı geçemeyen kanunların oranı; birinci aşamayı geçemeyenlerden oldukça az, ancak Kanada’da ikinci aşamayı geçemeyenlerden çok daha azdır. Ölçülülük testini geçemeyen kanunların büyük çoğunluğu, Almanya’da üçüncü aşamada başarısız olmaktadır.

²¹ Bkz. Joel Bakan *et al.*, eds., *Canadian Constitutional Law*; 3d ed. (Toronto: Emond Montgomery, 2003) at 759.

²² Örnek için bkz. BVerfGE 9, 291 (1959). Benzer şekilde, amacın değişmesi sorunu Almanya’da hiç olmamıştır.

²³ Elverişsiz araçlara iyi bir örnek, şahinle avlanan avcılar için getirilen silahla ateş etme testiydi: Şahin ile avlanmada silah kullanılmamaktadır. Bkz. BVerfGE 55, 159 (1980).

²⁴ Örn. Bkz. Bakan *et al.*, *Canadian Constitutional Law*; *supra* note 21 at 760.

IV. Daha çok farklılık: İkinci Aşama

İkinci aşamanın Almanya’da Kanada’ya oranla neden daha az öne çıktığı pek çok etmenle açıklanabilir. İlk olarak, kanunun amacının önem derecesi bu aşamada bir rol oynamaz. Amacın hukuka uygun olduğu kabul edilerek, yalnızca aynı amaca daha mutedil bir araçla etkin bir şekilde ulaşıp ulaşılamayacağı araştırılır. İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi, yasa organının seçtiği araçların kanunun amacını tümüyle gerçekleştirme-sini beklemez. Aynı katkıya, temel hakka daha az müdahale eden bir araç ile ulaşılamıyorsa; o katkı, hatta o katkının çok daha azı bile yeterli sayılır. Özgün bir *Oakes* testinin gereği olan tartışma konusu kanunun zararlı ve faydalı etkilerinin karşılaştırılması hususu; Almanya’da ikinci aşamada değil, ancak üçüncü aşamada gündeme gelir. Üçüncü olarak, eğer ihlal vatan-daşa dayatılan mali bir yükten kaynaklanıyorsa (genellikle ekonomiyi düzenleyen kanunlar ve meslek özgürlüğü veya mülkiyeti etkileyen kanunlarla ilgili davalarda), daha az müdahaleci bir araç her zaman bulunabilir: Başka birisi öder veya devlet bütçeden tahsis eder. Dolayısıyla bu davalarda test, herhangi bir şeyi dışarıda bırakmaz. Böylelikle soru, tedbirin yerindelğine dönüşür ve buna üçüncü aşamada karar verilir.²⁵

Buna ek olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi’nin, *Oakes*’te “birinci madde incelemesinin kurucu unsurları”na²⁶ ilişkin “inandırıcı ve ikna edici” kanıtlar talep edildiğinde yaptığı kadar ileri bir ispat zorunluluğunu; Alman Mahkemesi, hükümet üzerine asla yüklememiştir. Eğer *Oakes*’in, belirsiz koşullar altında politika yapımının doğasını ihmal ederek Mahkeme için “muazzam kurumsal ikilem” yarattığı doğruysa²⁷; Alman Mahkemesi, yasamanın yasal bir amaca ulaşmak için araçları seçmede belirli bir derecede politik takdir yetkisini kullandığını vurgulamasıyla birlikte bu ikilemi aşmıştır.²⁸ Bu, politik karar üretiminin doğasını yansıtır. Daha az müdahale eden araçların olup olmadığını ortaya çıkarmak genellikle zor değildir; araçların aynı veya eş değer bir etkisi olacağını keşfetmek çok daha zordur.

Aracın amaca ulaşmaya katkı sağlayıp sağlamayacağı sorusuna karar verirken şu kısmen doğrudur: Cevap öngörülere göre değişir. Nükleer

²⁵ Bkz: BVerfGE 77, 308 at 334 (1987).

²⁶ *Oakes*, *supra* note 2 para. 68.

²⁷ Choudhry, “Real Legacy” *supra* note 4 at 503, 524.

²⁸ Bkz: *örneğin* BVerfGE 30, 250 at 263 (1971).

enerji tesislerini kapsayan *Kalkar* davası emsal bir karardır.²⁹ Yeni atom teknolojisi hakkında kanıt yokluğunda Mahkeme, yargısal görüşü politik olanın yerine koymayı reddetti; ancak yasamanın görev alanına duyulan bu saygıyı, yasamanın teknolojik gelişmeleri izlemesi ve eğer gerekliyse kanunu ıslah etmesi şeklinde bir anayasal sorumlulukla birleştirdi. *Code-termination* davasında Mahkeme pozisyonunu netleştirdi.³⁰ Bir yandan, gelecekteki gelişmeler hakkındaki belirsizlik, büyük önemi haiz konularda bile yasamaya bir yasak getirilmesini meşrulaştıramaz. Öte yandan, belirsizlik tek başına politik bir alanın yargısal kontrolden hariç tutulmasını da haklı çıkaramaz. Mahkeme daha sonra; politik alanın doğasına, dayanılabilir vakaları temel alarak karar verme ihtimaline, anayasal olarak korunan tehdit altındaki fayda veya menfaatlerin önemine bağlı olarak, yasamanın öngörülerinin açıkça yanlış olup olmadığından (Evidenzkontrolle) makul-lük testine (Vertretbarkeitskontrolle) ve sıkı biçimde denetime [strict scrutiny] (intensivierte inhaltliche Kontrolle) kadar sıralanan bir inceleme ölçütü geliştirdi. Eğer gerekliyse Mahkeme, kendi adına bir inceleme yapma konusunda tereddüt etmemektedir.³¹

Oakes'in katılığı belki de, Mahkeme Başkanı Dickson'un hak ve özgürlükleri garanti eden Beyanname'nin mutlak olmayıp üzerindeki sınırlamaların istisnai olduğuna ve sadece "istisnai kriter" ile meşrulaştırılabileceğine dair varsayımı ile açıklanabilir.³² Alman Mahkemesinin içtihadında benzer bir ifade bulmak zor olurdu. Temel hakların sınırlandırılması en başından normal addedildi, bunun sebebi tüm hak ve özgürlükler çatışabilir ya da suistimal edilebilir olmasıdır. Çatışan hakların uzlaştırılması ve

²⁹ BVerfGE 49, 89 at 130, (1978). İngilizce çeviride uzmanlar Kommers'e atıf yapıyor, *Constitutional Jurisprudence supra note 8 at 139*; Dorsen, *Comparative Constitutionalism, supra note 11 at 239*.

³⁰ BVerfGE 50, 290, s. 331 (1979) [*Codetermination Davası*]. İngilizcede uzmanlar çeviri için Kommers'e atıf yapıyor, *Constitutional Jurisprudence, supra note 8 at 267*. Eşitlik davaları için kıyaslayınız: BVerfGE 88, 87 at 96. (1993) [*Transsexual Davası*].

³¹ Bkz: Klaus Jürgen Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts* (Cologne: Heymanns, 1971); Brun-Otto Bryde, "Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht", in Peter Badura ve Horst Dreier, editörler, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* vol. 1 (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001) 553. Yasamanın yargısal denetimi konusunda Mahkeme genellikle kuruluşlardan ya da Statistical Bureau gibi ofislerden ve ilgilenen ya da haberdar olan enstitüler veya sosyal gruplardan beyan talep eder. Bir davanın taraflarına, bu beyanlar hakkında kendilerini ifade etme fırsatı tanımır. Bazı davalarda Mahkeme, davanın taraflarından bağımsız olarak seçtiği uzmanları dinler.

³² *Oakes, supra note 2 para. 65*.

özgürlüğün kötüye kullanımlarının önlenmesi yasamanın normal görevleridir. Hakların anayasal güvencesinin fonksiyonu; sınırlamayı olabildiğince zorlaştırmak değil, sınırlamaları bireysel otonomi ve onurun genel ilkeleri ile uyumlu kılacak özel gerekçeler gerektirmesidir. *Oakes* testinin daha sonraki tadili bunu hesaba katıyor görünmektedir.³³

Edwards Books'ta Kanada Mahkemesi ilk defa "savunmasız" veya "toplum içinde güçlü ... olmayan grub"un korunmasının, bu savunmasızlıktan çıkar sağlayana karşı bir sınırlandırmayı haklı gösterebileceğini belirtir. Ancak yine de Mahkeme, yasamanın anayasal koruma sağlamakla yükümlü olmadığını, "eğer dilerse bunu yapabileceğini" ekler.³⁴ Alman Anayasa Mahkemesi bu noktadan daha ileriye gitmiştir. 1975'ten başlayarak, sadece devlet karşısında değil, aynı zamanda özel kişiler ve sosyal güçlerden kaynaklanan tehditler karşısında da anayasal hakların korunmasına dair bir yükümlülük tanımıştır.³⁵ Bu tür tehditlerin kendileri temel hakların kullanımının bir sonucu oldukları için; bir grubun hakları, ancak bir diğer grubun haklarını korumak adına kısıtlanarak bu yükümlülük yerine getirilebilir. Sonuç olarak, bir kanun sadece anayasal hakkın kısıtlanmasında çok ileriye gittiğinde (*Übermaßverbot*) değil, ayrıca temel hakkı korumak için yetersiz kaldığında (*Untermaßverbot*) da anayasayı ihlal etmiş olabilir.³⁶

Özellik arz eden bir konu da özel hukuk mevzuatıdır. Karşıtı olan kamu hukukundan farklı olarak bu kanunlar, birey ve devlet arasındaki ilişkinin aksine, bireylerin arasındaki ilişkilerle ilgilidir. Temel haklara gelince, kamu hukuku ilişkileri asimetriktir: Devlet, temel haklar ile bağlı iken, sa-

³³ *Karşılaştırınız: Edwards Books ve Art Ltd. v. The Queen* (1986) 2 S.C.R. 713 [Edwards Books]; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec*, [1986] 1 S.C.R. 927 ; *RJR MacDonald Inc. v. Canada (A.G.)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

³⁴ *Edwards Books*, *ibid.*

³⁵ BVerfGE 39, 1 at 42 (1975) [*Abortion I*]. İngilizce çeviride bölümler Kommers'te yer alıyor, *Constitutional Jurisprudence*, *supra note 8* at 336; Jackson ve Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, *supra note 18* at 115; Dorsen, *Comparative Constitutionalism*, *supra note 11* at 542. Bkz: Dieter Grimm, "The Protective Function of the Stage", in George Nolte, ed., *European and US Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) 137; Dieter Grimm, "Human Rights and Judicial Review in Germany", in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994) 267 at 279; Beatty, *Ultimate Rule*, *supra note 8* at 145.

³⁶ BVerfGE 88, 203 at 254 (1993) [*Abortion I*]. İngilizce çeviride bölümler Kommers'te yer alıyor, *Constitutional Jurisprudence*, *supra note 8* at 349; Jackson and Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, *supra note 18* at 134.

dece bireyler temel haklara sahiptir. Öte yandan özel hukuk ilişkileri simetriktr: Her birey temel haklara sahiptir. Bu sebeple özel hukuk kanunları çoğu kez, ikisi de temel haklar tarafından korunmakta olan ve yarışan iki özel menfaatin uzlaştırılmasını gerektirecektir. Bu durum, tehlike altındaki hakkın, ancak diğer anayasal hakların sınırlandırılması suretiyle korunabileceği anlamına gelmektedir. Böyle bir durumda ikinci aşamada yer alan soru -bir temel hakkın sınırlandırılmasında fazla ileriye gidilip gidilmediği- tehlike altında olan hakka sağlanan korumanın yeterli olup olmadığı da sorulmadan cevaplanamaz. Görünüşe göre Kanada Anayasa Mahkemesi, bu sorunu en az zarar için yapılan incelemenin standartlarını düşürerek çözmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi, ikinci aşamanın sorulara bir cevap vermemesi nedeniyle, araç-amaç ilişkisinin burada söz konusu olmadığı görüşündedir. Mahkeme bu sorunu üçüncü aşamada çözer.

V. Geniş Bir Boşluk: Dengeleme

İki hukuk sistemi arasındaki en çarpıcı farklılık, ölçülülük testinin Almanya’da üçüncü aşamada düğümlenmesi, ancak Kanada’da üçüncü aşamanın yedek bir fonksiyonu olmasıdır. Alman Mahkemesi bu aşamada uzun uzadıya tartışırken, Kanada Mahkemesi çoğunlukla önceki analizin özetini yapar.³⁷ Bu farklılık nasıl açıklanabilir? Üçüncü aşamada yapılan analiz, iki hukuk sisteminde farklı şekilde tasvir edilir. Başyargıç Dickson’ın *Oakes*’de değindiği üzere, final aşaması *Beyanname*’deki hak veya özgürlüğü sınırlandıran tedbirlerin etkileri ile “yeterli önem” olarak tanımlanan amaç arasındaki orantılılığı gerektirir.³⁸ Testin *Dagenais*’teki özgün formunda, “hem bir tedbirin altında yatan amacın hem de onun uygulanmasından doğan faydalı sonuçların, tedbirin temel hak ve özgürlükler üzerindeki zararlı etkilerine orantılı olmasını” arar.³⁹ Alman Mahkemesi; ihlalin ciddiliğinin karşısına, vakaları haklı gösteren önemliliği ve aciliyeti olarak bir tartım yapar. Diğer bir deyişle Mahkeme, kanunun uygun bulunması halinde ihlal edilecek hakkın neden olacağı kayıp ile temel hakkın baskın çıktığı durumda kanunla korunan değerın kaybını karşılaştırır.

³⁷ Frank Iacobucci, “Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Ten Years*” in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994) 121.

³⁸ *Oakes*, *supra* note 2 at para. 70.

³⁹ *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corporations*, [1994] 3 S.C.R. 835 at 887. Almanya’da benzer bir dava için bkz: BVerfGE 35, 202 (1973) [*Lebach*]. İngilizce çeviride bölümler Kommers’te yer alıyor, *Constitutional Jurisprudence supra* note 8 at 416; Basil S. Markesinis, *The German Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3d ed. (Oxford: Clarendon Press, 1997) at 390.

Bu karşılaştırma, ölçülülük testinin ilk iki aşamasında yapılan değerlendirmeden farklılık gösterir. Bu iki aşama, katı bir araç-amaç incelemesine hasredilmiştir. Düşünce şudur ki, kanunun amacına ulaşmak için gerekli olmayan yasal araçlar, temel hakkın sınırlandırılmasını meşrulaştırmaz. Üçüncü aşamada, mahkeme ilk iki aşamanın araç-amaç incelemesini geride bırakır. Burada, karşılaştırma konuları değişir ve analizin alanı genişler. Karşılaştırma artık burada, bir yanda temel haktaki kayıp, diğer yanda -çoğu kez anayasaya uygun bulunan- kanunun koruduğu menfaatten elde edilen kazanç arasındadır. Bu, soyut bir denge değildir. Anayasa Mahkemesi, çeşitli temel haklar arasında bir hiyerarşi tanımaz. Böylelikle denge, somut ya da Kanada terminolojisindeki ifadesiyle bağlamsal olmalıdır. Sorulardan biri, hakkın ne kadar çok ihlal edildiği; diğer soru ise kanunun koruduğu menfaate karşı yönelen tehlikenin ne kadar ciddi ve bu tehlikenin gerçekleşme ihtimalinin ne kadar olası olduğudur. Dahası, tartışma konusu kanunun; menfaati, tehlike karşısında ne kadar koruyacağı ihlalin derecesine karşı ölçülmelidir.

Oysaki bu konsept, Kanada Mahkemesine hiç yabancı değildir. Başyargıç Dickson, *Oakes* davasında temel hakkın tam korumasının üçüncü aşama olmadan imkansız olduğunu çoktan kabul etmiştir: “Bir amaç yeterli derecede önemli ve ölçülülük testinin ilk iki unsuru tatmin edici olsa dahi, tedbirin bireyler veya gruplar üzerindeki zararlı etkilerinin büyüklüğü nedeniyle; bu tedbirin meşruluğunun, hizmet edilmesi istenen amaçlar ile haklı gösterilmesi mümkün olmayabilir.”⁴⁰ Alman yaklaşımına olan benzerlik; Mahkemenin, ölçülülük testinin üçüncü aşamasının oynadığı rolün önceki aşamalardan temelde ayrıldığını ifade ettiği *Thompson Newspaper v. Canada (A.G.)* davasında⁴¹ daha da belirginleşiyor:

Ölçülülük analizinin birinci ve ikinci aşamalarında odak, tedbirler ve *Beyanname*'deki söz konusu hakların arasındaki ilişki değil; daha ziyade yasamanın amaçları ile kullanılan tedbirler arasındaki ilişkidir... Ölçülülük analizinin üçüncü aşaması, *Beyanname*'nin temelinde yatan değerlerin belirlediği şekilde, sınırlamayla gelen faydaların sınırlamanın verdiği zararlı etkilerle orantılı olup olmadığını ... değerlendirme imkanı sunuyor.⁴²

Mahkemenin muhakemesi ve uygulaması arasındaki bu boşluğun izahı, üçüncü aşamaya ilişkin unsurların daha önceki aşamalarda zaten ele

⁴⁰ *Oakes*, supra note 2 at para. 71.

⁴¹ [1998] 1 S.C.R. 877 [Thomson].

⁴² *Ibid.* at para. 125.

alınmış olması hususunda aranmalıdır. Amacın önemi; Mahkemenin sadece kanunun amacını ortaya çıkarmadığı, buna ek olarak Beyanname'deki hakların sınırlandırılmasını haklı bulmak için kanunun yeterli derecede acil ve gerçek olup olmadığını da sorguladığı ön aşamada genel olarak belirlendi. İhlalin korumadan yararlananlar üzerindeki etkileri, testin önceki iki aşamasında ihlalin varlığı ile ilişkili olarak değerlendirildi ve böylece Mahkeme için üçüncü aşamada söylenecek pek bir şey kalmamış oldu. Sonuç olarak, anayasaya aykırı sınırlamaların nedenleri, her zaman önceki aşamalarda bulunmuştur.

Yabancı bir gözlemci; Kanada Yüksek Mahkemesi'nin, bir mahkemenin bu aşamada yasal bir karardan çok politik bir karar alabileceği korkusuyla üçüncü aşamadan kaçındığı izlenimine kapılabilir. Anayasa hukukçuları, Mahkemenin bu tutumunu destekler.⁴³ Gerçi uygulamada, Mahkemenin ikinci aşamayla yüklediği değer, Alman Mahkemesi'ne nazaran çok daha fazla olduğu görünmektedir. Başyargıç Dickson'ın *Keegstra* davasındaki uzun değerlendirmelerini veya o zamanki Yargıç McLachlin'in karşı görüşündeki yorumlarını örnek olarak alınız.⁴⁴ Bunlar, ikinci aşamada ortaya konan soruya -yani kanun tarafından sınırlanan hak üzerine daha az bir külfet yüklemek üzere kanunun amacına ulaşmakta yasama tarafından seçilmiş araç kadar etkili alternatif araçlar olup olmadığı sorusuna- cevap vermek için gereğinden çok daha fazlasını içermektedir. Aynı, kanunun çözüm getirmek istediği tehlikenin türü ve büyüklüğü için de doğrudur. Anlaşıyor ki Mahkeme, bazen şu ifadeyi kullanır: Kanun, belli bir tehlikeden ötürü bir garantiyi “gereksiz yere sınırlandırmaz”; bu, Almanya'da üçüncü aşamada kullanılan dengeleme sürecine özgü tipik bir ifadedir.

Üçüncü aşamaya geçmek için yaşanan tereddüdün sebebi eğer gerçekten politik mülahazalardan kaçınmak ve değer yargıları ise; Mahkeme, kendini kandırma riskine bütün değer-yönelimli [value-oriented] mülahazalar tarafından [value-neutral] bir kategori kılıfı altında yapıldığında girer. Böylelikle, ilginç bir soru olarak üçüncü aşamanın doğru şekilde anlaşılıp anlaşılmadığı, Mahkemeyi yasal alandan ayırıp gerçekten politik mülahazalara zorlayıp zorlamadığı gündeme gelmektedir. Bu tip korkular yalnızca Kanada'da bulunmuyor; aynı şekilde Almanya'da da eleştiriler yapılmaktadır. Bernhard Schlink belki de bu eleştirenlerin en önde gelenidir.⁴⁵ Schlink; Anayasa

⁴³ Örn. *Bkz.*: Peter W. Hogg, “Section 1 Revisited” (1991) 1N.J.C.L. 1 at 22.

⁴⁴ *R. v. Keegstra*, [1990] 3S.C.R. 697.

⁴⁵ Bernhard Schlink, *Abwägung*, *supra note* 16; Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit” in Peter Badura ve Horst Dreier, Editörler, *Festschrift 50 Jahre*

Mahkemesi, üçüncü aşamada yürütmenin tasarruflarını veya ilk derece mahkemesinin kararlarını incelerken, dengelemeyi kabul ediyor. Ancak yasanın tasarrufları söz konusu olduğunda bunu hariç tutmak istiyor. Çatışan menfaatleri dengelemenin, öncelikleri belirlemenin ve kaynakları bölüşürmenin sahici bir politik fonksiyon olduğunu savunuyor. Schlink'e göre mahkemeler, dengelemeyi kendi başlarına yaptığı zaman hukuki alandan çıkıyor ve politik fonksiyonu gasp ediyor. Bununla birlikte, eleştiriler Almanya'da ufak bir azınlığı teşkil etmekte ve dengeleme, yargı tarafından sürekli uygulanmaktadır.

VI. Haklı Endişeler?

Üçüncü aşamanın politik içerikli olduğuna dair eleştirilere benim cevabım iki yönlüdür. Öncelikle, bence tam olarak anlaşıldı ki ölçülülük testi üçüncü aşama olmadan amacını yerine getiremez; diğer bir deyişle, temel haklara tam bir etkinlik sağlayamazdı. Bu durumun sebebi, bir temel hak ihlalinin etkisinin tam anlamıyla ancak üçüncü aşamada belirlenebilmesidir. Önceki iki aşama sadece, kanunun amacına ulaşmadaki başarısızlığını ortaya çıkarabilir. Bu aşamalar kanunun amacının nispi ağırlığını; bir yandan temel hak, diğer yandan incelenmekte olan yasalar bağlamında değerlendiremez. Varsayalım ki bir davada, bir failin mülkiyete zarar vermesini önlemek için kullanılan tek araç, polise ölüme varan bir silah kullanma yetkisi vermek olsun. Almanya'da mülkiyet hakkının kendisi anayasal olarak güvence altındadır. Mülkiyetin korunması elbette ki hukukidir, hatta bu önemli bir amaçtır. Bir faili, mülkiyete zarar vermemesi için vurarak öldürmek elverişli bir araçtır. Vurmak fiiline ancak başka bir araç mümkün olmadığı için izin verilmişse, ikinci aşamanın gereklilik testi de geçilmiş demektir. Eğer burada durmak zorunda kalınsaydı, yaşam hakkı ile mülkiyetin arasındaki bir denge kurulamazdı. Kanunun anayasaya uygun olduğu kabul edilip yaşam hakkı layıkıyla korunmazdı.

İkinci olarak, kanaatimce; politik kararların tehlikesi, iş dengelemeye geldiğinde terazinin iki tarafına ne konduğuna dair yapılacak dikkatli bir saptamayla önlenebilir. Bir yasal tedbirin bir temel hakkın tamamına etki etmesi nadiren gerçekleşir. Genelde, bir hakkın sadece belirli bir yönü etkilenir. Örneğin bir kanun, bütün ifadeleri değil, yalnızca belli bir medya alanındaki belli ürünlere ilişkin ticari ifadeleri düzenler. Hakkın tamamıyla ilişkili olarak düzenlenmiş olan o hakkın bir yönünün ağırlığı dikkatlice

Bundesverfassungsgericht, vol. 2 (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001) 445. Yeni ve kısmen farklı bir uyarı için *Bkz*: Frank Raue, "Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein" (2006) 131 ArchÖffR 79.

belirlenmelidir. Bu durum, hakkın sınırlandırılmasında menfaati olanın elde edeceği fayda için de geçerlidir. Bir tedbirin, elde edilecek bir faydayı tam olarak koruması nadiren mümkün olur. Bunun sadece belli yönleri olumlu olarak etkilenecektir. Hakkın bu yönlerinin önemi, faydanın tamamı göz önünde tutularak ve tedbirin sağlayacağı korumanın derecesi kadar bir iyi şekilde, dikkatlice belirlenmelidir.⁴⁶ Eğer bu belirleme isabetli olarak yapılırsa, dengeleme süreci yeteri kadar kanuna bağlı kalır ve yasanın seçimi için yeterli bir alan bırakılır.

Öyleyse son bir soru kalıyor: Kanada Yüksek Mahkemesi; -içtihadı hakkındaki analizim doğru ise- ölçülülüğün birinci aşamasında vadettiğinden daha azını yapıyor ve ikinci aşamasında vadettiğinden daha fazlasını yaparak üçüncü aşamaya pek bir şey bırakmıyorsa, bu ne kadar önemlidir? Testin üç aşamasından (bir ön aşama ile birlikte) birinin, önceki aşamaların sonuçlarının bir tekrarına dayanması bir hata göstergesi olur mu? Diğer bir deyişle, ilgili soruların bir yerde sorulmuş olması yeterli midir; ya da onları belli bir düzene göre sormakta hukuki bir yarar var mıdır? Bu sorulara kesin bir cevap vermek, Mahkemenin içtihadına dair benimkinden daha detaylı bir incelemeyi gerektirir. Benim özetleyebileceğim, ölçülülük testinin disipline edici ve rasyonelleştirici etkisi olup bu etki; sade bir makullük testinden veya az çok özgürce yapılan bir dengeleme işleminden daha büyük bir avantajı haizdir. ABD'deki davaların çoğunda olduğu gibi, dört aşama açık olarak ayrılmadığında bu etki azalacaktır. Her aşama belirli bir değerlendirmeyi gerektirir. Sonraki aşamaya geçebilmek için, incelenen kanunun önceki aşamada başarısız olmaması gerekir. Aşamalardaki bir karışıklık; incelenen unsurların, kontrolsüz bir şekilde sürece dâhil olması ve daha keyfi ve daha az öngörülebilir bir hale gelmesi tehlikesini yaratır.

⁴⁶ Aynı şekilde bkz: *Edmonton Journal v. Alberta* [1989] 2 S.C.R. 1326 (“Bir şey açık görünüyor ve bu da bir kimsenin bir değeri tamamen ve çatışan değeri ise kendi bağlamında dengelememesi gerektiğidir. Bunu yapmak, muhtemelen sorun hakkında peşin hüküm vermeye neden olacaktır.”) Alman Anayasa Mahkemesi bu tehlikeyi önlemekte her zaman başarılı olamamıştır.