

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE ANAYASA YARGISINDAKİ İŞLEVİ VE NİTELİĞİ

Dr. Christian RUMPF (*)

1. GİRİŞ ⁽¹⁾

Demokratik hukuk devleti, 20 yüzyıl devlet düşüncesinin ve uygulamasının en önemli ürünlerinden sayılabilir. Hukuk devleti kavramı ilk önce 19. yüzyılda Almanya'da ortaya çıktığında, herşeyden önce yasanın mutlak ve yargıç denetiminin dışında kaldığı bir üstünlüğü tanıyan yasa ve yasa yolu devletini anlatmıştır. Vatandaşın devlet egemenliği altında bulunmasının, bütün ayrıntılarla olmamakla beraber, yasa tarafından düzenlenmesi, devlet egemenliğinin idarece uygulanmasının yasa tarafından çizilen sınırların içerisinde kalmasının yargısal denetim altında tutulması gerekmiştir. Kuramsal kökleri aydınlık çağına uzanan ve insancıl (hümanist) bir düşünce tarzının ürünü olan böyle bir mekanizmanın, gerçekte insana hizmet vermek için hayata geçirildiği, ancak zamanla hukuk devletinin sujesine ve ayrıca objesine bakıldığında anlaşılmıştır. Saf toplumsal yarar fikri, burjuva düşüncesinin içerisinde geliştirilip temel haklar anlayışıyla hukuksal bir konuma yerleştirilen bireysel yararların oluşumuna yer vermiştir. Vatandaş, sadece devletin tebaası değil, aynı zamanda devletin en önemli unsuru olarak görülmeğe başlamıştır. Toplumsal yarar (kamu yararı) bundan ötürü bireysel yararların toplamı olarak kabul edilmiştir. Devlet (Kamu) hukuku sadece devlet örgütü hukuku değil, aynı zamanda devlet ile birey arasında mevcut olan ilişkileri hüküm altına alan normların toplamı olarak kavranmıştır. Bu bağlamda, demokrasi fikri önemli bir rol oynamıştır. Demokrasi kavramının, artık, halk iradesine göre yönlendirilmiş bir mutlakiyet anlayışını ortaya koyan Kant ve öteki hümanist filozoflarda olduğu gibi, yasanın halk iradesine uygun olma zorunluluğundan ibaret

(*) Frankfurt Üniversitesi Öğretim Üyesi ve Avukat.

(1) Kısaltmalar: AET (Avrupa Ekonomik Topluluğu); AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi); Art. (Artikel-madde); AT (Avrupa Topluluğu); ATAD (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı); BVerfGE

(Entscheidungsammlung des Bundesverfassungsgerichts-Federal Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi); EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift-Avrupa Temel Hakları Dergisi); ks. (kenar sayısı); S1g. (Sammlung-ATAD kararları dergisi I Almanca I)

olmadığı kabul edilmiştir. Daha ziyade halk iradesini gerçekten ve olabildiğince geçerli kılabilecek durumdaki yasa oluşumunun işleme bağlı tutulması zorunlu olmuştur.

Bugün temel hakların korunması, hukuk devleti ilkesinin çekirdeğidir. Bu, maddi hukuk devletinin ham maddesi olan insan onurunun ve adalet ilkelere bir gereğidir. Bireyin yararlarının, anayasa tarafından korunan hukuksal konular (hukuk pozisyonları), temel haklar ya da insan hakları olarak tanımlanması ve en iyi biçimde yerine getirilmesi gerekir. Bu bağlamda "olabildiğince iyi" (optimal) deyişi, "sonuna kadar" (maksimal) ile eşdeğerde tutulamaz. Temel hakların sonuna kadar, kayıtsız-şartsız korunması, tam karşısına, hatta anarşiye dönüşebilir; herkes herkese, herkes te devlete karşı çıkar. Devletin kendine ait bir işlevi bulunduğu, toplumun yaşamasını ve kamu yararı ile bireyin ekonomik ve toplumsal yararını sağlayabilen tek araç olduğu sürece, bireyin yararları karşısında toplumsal yararlar bulunmaktadır. Bireyin yararları ve toplumsal yararlar arasında düşünülebilen karşılık zorunlu değildir. Çünkü bireysel yararlar, bir toplam olarak ancak koordinasyonla, bu toplam da toplumsal yarar olarak tanındığında gerçekleştirilir. Temel hakların en iyi biçimde korunması, temel hakların gerçekleştirilmelerinde yaşayan toplumsal yararın zorunlu kıldığı ve izin verdiği derecede korunmasıyla aynı anlamdadır.

Toplumsal yarar kamu yararı ile eşdeğerdedir. Bu yüzden, kamu yararı da bireysel yararların toplamının bir ürününden başka bir şey değildir. Devletin menfaati de, sonunda ancak bireysel yararların somutlaştırılmasıyla hayat kazanır. Devlet, yöneticilerinin menfaat kaynağı değil, bir araçtır. Kendine özgü bir değeri yoktur; değeri ancak bireysel menfaatlerin tümünün korunmasına ve sağlanmasına yönelik işlevinden kaynaklanır. İster Cumhurbaşkanı, ister memur ya da halk olsun-kimse "devlet benim" diyemez.

Kanunun halk iradesine dayalı olmasının zorunlu olduğu doğru ise, bu hususun belirli bir usul ile güvence altına alınması gereklidir. Kanunun, adil ve etkili bir biçimde halk iradesine uygun yerine getirilmesinin belli denetime bağlı olduğunun zorunluluğu da doğru ise, bu denetimin de halkın iradesine uygun bir biçimde kurulan belirli bir usule göre güvence altına alınması şarttır. Bu koşullar gerçekleştirilmedikçe, hukukun asıl işlevi olan toplumsal barış sağlanamaz.

Bunun sonucu olarak, temel hakların en iyi ve etkili korunmasının an-

cak kanunların yapı ve içeriği buna izin verdikleri zaman ve kanunların uygulanmasının denetiminin temel hakların en iyi kullanılmasını sağladığı anda mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

"En iyi" ve "etkili" deyimleri, konumuzun anahtarları olup, bir ölçüyü aramız gerektiğini ifade etmektedirler. Bu da, Kanun koyucu için kanunun amaç ve etkisini makul bir oranda bağdaştırmasının zorunlu olduğu; yargıç denetimi için ise, idarenin tasarruflarıyla "ölçüyü kaçırdığını" kapsayacağı anlamına gelmektedir. Demokratik hukuk devleti düşüncesine bağlı olan devletlerin çoğu, ayrıca kanun koyucunun makul oranı bulup bulmadığını denetim altına alabilen anayasa mahkemeleri kurmuştur.

Artık ölçülülük ilkesinin uygulama alanına varmış bulunmaktayız.

Her ne kadar ölçülülük ilkesinin çevirisini belirlemek kolay oluyorsa da, ölçülülük ilkesinin temel hakların ve kamu yararının ilişkisinde ve bağdaştırılmasında başrolü oynadığı ve ikisinin en iyi biçimde geçerliliğini sağladığı, demokratik hukuk devletinin tam yerleşmesinden ancak onlarca yıl sonra anlaşılmıştır.

Yazımızda, Avrupa'da bu ölçülülük ilkesiyle hangi biçimde çalışıldığını ortaya koymak istiyoruz. Bu bağlamda, tartışmayı kısa tutup, Avrupa seviyesinde Avrupa Topluluğunun ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hukuk sistemlerine ve ulusal alanda Alman ve Türk anayasa yargılarına bir göz atacağız.

2. AVRUPA HUKUKU

2.1. Avrupa Topluluğu (AT)

AT sistemi, ekonomik bir düzeni kuran kısmi bir hukuk sisteminden başlayarak, ulusal hukuk düzenlerine müdahale eden bütünleştirici genel bir hukuk sistemine dönüşmek üzeredir. AT'nun kanun koyuculuğunun demokratik meşruiyetinin henüz eksik olmasından dolayı, Lüksemburg yargısının temel hakların korunmasındaki önemi daha da artmaktadır.

Avrupa Adalet Divanı yargısının ulusal uygulamaya olan etkisi Roma anlaşmalarınca düzenlenen yetki alanlarından ziyade, AT'daki bütünleşme eğilimleriyle daha da genişletilmiştir. Aynı zamanda, ulusal yargı içtihatları da karşılık olarak belli konularda AT yargısının üzerinde etkilerini göstermekte-

dir. Adalet Divanı bir yandan ulusal içtihatlardan esinlenerek genel hukuk ilkeleri ile ilgili içtihatlarını geliştirirken (2), diğer yandan kararlarıyla ulusal yargıları da etkilemektedir. Bu olgu, ulusal seviyede uygulanan Avrupa Hukuku normları gibi, bazı yorum ölçütleri (ölçülülük ilkesi gibi) için de geçerlidir. Örneğin İtalya'daki ölçülülük ilkesi ile ilgili tartışmalar ve uygulamaların Adalet Divanının içtihatlarını da etkilediği kabul edilmektedir (3).

Avrupa Topluluğu hukuku çerçevesinde ölçülülük ilkesi, yazılı olmayan, bir yandan bireyi koruyup da (4) diğer yandan subjektif bir hak teşkil etmeyen bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir (5). İlkenin Adalet Divanı'nın içtihatlarına kaulması, AET anlaşması tarafından güvence altına alınan dört özgürlüğün ötesine varan temel haklar ile ilgili yargısının (6) doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Ölçülülük ilkesinin norm hiyerarşisindeki konumu, anlaşma hükümleri ile eşdeğerde olup ilk derecede hükümlerden sayılır (7). Böylesine genel hukuk ilkesi olarak kendini, "zorunlu", "haklı" veya "gerekli" önlemlerden sözeden anlaşma hükümlerinde göstermektedir. Ölçülülük ilkesinin bağlayıcılığını, sadece Adalet Divanının norm denetimi sırasında değil, takdir yetkisini kullanan AT organlarının karşısında da gösterir. Ulusal ölçüm ve tasarrufların ölçülülük ilkesine uygunluğunun zorunluluğu Avrupa Topluluğu hukukuna özgü bir olgudur; bundan dolayı ulusal bir tasarruf, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu kadar AT anlaşmalarının özgürlükleriyle bağ-

-
- (2) Bkz. Jürgen Gündisch, *Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs* (Avrupa Adalet Divanının içtihatlarında genel hukuk ilkeleri), in: Jürgen Schwarze (derleyen), *Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung* (Güncel hukuk gelişmesinde Ortak Pazarın ekonomi hukuku), Baden-Baden 1983, sh. 97 vd.; Christiana Pollak *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs* (Avrupa Adalet Divanının ve Avusturya Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında ölçülülük ilkesi ve temel hakların korunması), Baden-Baden 1991, sh. 23 vd.
 - (3) Bkz. Giovanni Maria Ubertazzi, *Le principe de proportionnalité en Droit Italien* (Hans Kutscher/Georg Röss/Francis Teitgen/Felix Ermacora/Giovanni Maria Ubertazzi, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen* (Avrupa Hukuk düzenlerinde ölçülülük ilkesi), Heidelberg 1985, sh. 79 vd.
 - (4) ATAD 13/11/1973, E.63-69/72 (Werhahn), Slg.S.1229 ff. (1248 ff.); Rudolf Geiger, EG-Vertrag (AT-Anlaşması şerhi), München 1993, Art. 164, ks.36 vd.
 - (5) Hans Kutscher, *Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften* (Avrupa Toplulukları hukukundaki ölçülülük ilkesi üzerine) (Kutscher/Röss/Teitgen/Ermacora/Ubertazzi) sh.92.
 - (6) Pollak ibidem sh.28 vd.; Albert Bleckmann, *Europarecht* (Avrupa Hukuku), 5. baskı, Köln 1990, ks.295 vd.
 - (7) Pollak sh. 17, 39 vd.; Kutscher sh. 92.

daşmayarak AT hukukuna da aykırı olabilir (8). Özel durumlarda ölçülülük ilkesinin bir menfaat üçgeninde menfaatleri sınırlaması söz konusu olabilir: topluluk menfaatleri, ulusal menfaatler ve bireysel menfaatler (9).

Nesnel bir hukuk kaidesi olarak ölçülülük ilkesi bir yandan bireyin temel hak konumlarına müdahalelerine izin verir (10), diğer yandan temel hakkın kaldırılmasına ve özüne dokunulmasına izin vermez.

Ölçülülük ilkesi ile ilgili tutarlı bir kuram, gerek Adalet Divanı'nın içtihatlarında, gerek Avrupa Hukuku ile ilgili literatürde gözükmemektedir (11). Ancak, ölçülülük ilkesinin "gereklilik", "elverişlilik" ve "oranlılık" unsurları, Adalet Divanı tarafından da ölçü olarak tanımlanmış bulunmaktadır (12).

2.2. AIHS

AIHS'nin Strasbourg organlarının uygulamalarının Avrupa çapındaki önemi tartışılmazdır. Bu husus yakında Türkiye tarafından artan bir derecede hissedilecektir. Gerçi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı, AIHS'nin kendine özgü bir anayasa düzeni olduğunu kabul etmekle beraber (13) bunu titizlikle geliştirmeye özen göstermektedir. Bu gelişme ulusal anayasa uygulamalarına da yansımıştır. Çünkü, üye devletler, Strasbourg organlarının tespit ve hükümlerine uyum sağlama çabalarında bulunup kararlarının devletler hukuku gereği ulusal seviyede yerine getirilmelerine ve istenilen yönde eksikliklerini gidermeye hazır olduklarını göstermektedir; Lüksemburg'daki Adalet Divanının temel haklarla ilgili içtihatları da, en az 1974 yılından beri (14) Strasbourg organlarının içtihatları tarafından önemli bir şekilde etkilenmiştir (15).

(8) ATAD 18/3/1980, E.52/79 (Debauve, hizmet dolanımı, kablo televizyonu), Slg.sh.833 vd. (857 vd).

(9) Bkz. Pollak sh.42.

(10) Pollak ibidem zor kabul edilir bir biçimde, bu bağlamda ölçülülük ilkesinin sınırlama işlevinden söz etmek.

(11) Bkz. Pollak sh. 36 vd. Nitekim, bazı yazarlar ölçülülük ilkesinin hukuk devleti ilkesi veya adalet ilkesiyle kuramsal bir bağlantısını kurmuşlardır (bkz. Geiger Art. 164 ks. 25 vd).

(12) ATAD 17/12/1970, E.10/70 (International Handelsgesellschaft), Slg. sh.1125 vd.; 5/7/1977, E.114/75 (Bela-Mühle, Magernüchpulver), Slg. sh.1211 vd. (1221); 5/7/1977, E. 116 / 76 (Geranaria, Magernüchpulver), Slg. sh. 1247 vd. (1265).

(13) Bkz. Jochen A. Frowein, İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu (Anayasa Yargısı 9), Ankara 1993, sh.111.

(14) ATAD 14/5/1974, E.4/73 (Nold), Slg.sh.491 vd. (507); 28/10/1975, E.36/75 (Rutili), Slg.sh.1219; bkz.

(15) Bkz. Pollak sh.30 vd.

AIHS'nin değişik ulusal hukuk düzenlerinde hangi konumda olduğu bir yana, ulusal hukuk uygulamasındaki rolü çok önemlidir. Bu bulgu, yazılı bir anayasası bulunmayan ve parlamento egemenliğinin devletler hukuku karşısında çok güçlü bir durumu olan İngiltere için de geçerlidir. Çünkü, AIHS'nin hukuk kaynağı olarak önemi gün geçtikçe artmakla beraber, bir anayasal temel haklar listesinin niteliğini de kazanmaktadır (16). Söylediklerimiz Federal Anayasasında temel haklar hükümlerinin pek bulunmadığı ve Federal Mahkemenin temel hakları ile ilgili içtihatlarının çoğu AIHS üzerine kurulmuş olan İsviçre için de geçerlidir. Eski bir Anayasa Mahkemesi geleneği olan Avusturya'da da, AIHS anayasa hükmünde bir katunla yürürlüğe konmuştur ve böylece Strasbourg organlarının içtihatlarına özel bir önem kazandırılmıştır. Nihayet, AIHS ve ilgili içtihatlar Türkiye için de önemlidir. Türk Anayasa Mahkemesi temel hakların yorumlanmasında, T.C. Anayasasının AIHS tarafından etkilendiği görüşünü benimseyerek, sık sık AIHS hükümlerine ve onlara ait yorumlara başvurmaktadır.

Böylece, Strasbourg organlarının kararlarının dolaysız bir hukuki etkinliği olmadığı halde, ulusal seviyedeki etkisi açıktır.

Ölçülülük ilkesine gelince, bu ilke Strasbourg organları tarafından özellikle AIHS'nin 8. ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarına dayanan içtihatlarında kabul edilmiştir (17). İlke bu bağlamda, bir insan hakkının bir yandan olumlu güvence altına alınması gereğiyle, diğer yandan belli sınırlama sebeplerince çizilen koruma alanının (norm alanının) belirlenmesinde uygulanır. AIHS'nin kendisinde ölçülülük ilkesinin tanım unsurlarından biri açıkça yazılıdır: demokratik bir toplumun gerekleri (18) "sınırlamanın sınırlanması" olarak, ölçülülük ilkesinin uygulanmasının ilk adımı olan "gereklilik" unsurunu ifade etmektedir. "Elverişlilik" sorunu zaten kolay çözüldü; bu hususta Strasbourg

(16) Bkz. Çağlar bu ciltte: Çağlar, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nı İngiltere'nin Anayasa Mahkemesi olarak nitelemektedir.

(17) Vgl. Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention (AIHS), Kehl 1985, Vorbemerkung zu Art.8-11 (8-11 maddelerine giriş) ks.15; Barthold Kararı, EuGRZ 1985, sh.174 vd.

(18) Luzius Wildhaber/Stefan Breitenmoser (Heribert Golsong v.d. dert.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uluslararası Açılması), (Köln 1992) Art.8 ks.722 vd.

organları tarafından ulusal yasa koyucuya geniş bir değerlendirme yetkisi (*marge d'appréciation*) tanınmaktadır (19). "Demokratik toplum düzeni" çerçevesi, norm uygulayıcısına, burada müdahalenin ölçülülüğü anlamında bir değerler dengelemesini yapmasının zorunluluğunu hatırlatmaktadır. Bunlardan, olumlu güvence altına almada sözkonusu olan bireysel yararların, sınırlama nedeniyle sözkonusu olan kamu yararlarının ve nihayet sınırlamanın sınırlanması mülahazasıyla sözkonusu olan diğer kamu yararlarının, demokratik bir toplum düzeni için bireysel özgürlüklerin tipik korunmasında sonuç vermeleri zorunludur. Bu düzenleme Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen "Wechselwirkungstheorie" - karşılıklı etkileşim kuramı'nı (20) - andırmaktadır.

Strasbourg organları, ölçülülük ilkesinin AIHS'nin 14 üncü maddesi (ayrımcılık yasağı) ile yakın bir ilişkisini kabul ederek (21), böylece, kuramsal bakımdan şüpheli bir şekilde ölçülülük ilkesiyle eşitliği bağdaştırmaktadır (22).

3. ALMANYA

Ölçülülük ilkesi, değişik ulusal ve ulusalüstü hukuk düzenlerinde yeniden kök salıp önem kazandığı halde, Almanya'da aynı ilkenin aşırı bir biçim-

-
- (19) Bkz. Rudolf Bernhart, *Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum* (ulusal hakların uluslararası korunması ve ulusal biçimlendirme serbestliği) (Hermann Mosler Armağanı, Heidelberg 1983) sh. 75 vd.; ayrıca bkz. Kay Hailbronner, *Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft* (Demokratik toplumda temel hakların sınırlanması) age., sh.359 vd. "*marge d'appréciation*" içtihatları özellikle AIHS'nin 15 inci maddesi ile ilgilidir.
- (20) Bu kuram, Federal Alman Anayasasının md. 19 I.2'sinden (temel hakkın özüne dokunma yasağı) çıkarılıp, temel hakkın sınırlama temel hakka yönelik sınırlayıcı etkisi, temel hakkın olumlu normatif gücünün etkisiyle bir karşı sınırlanmaya maruz kalmasını ifade etmektedir. Başka bir deyişle, temel hakkın sınırı temel hakkın kendisi tarafından sınırlanmaktadır.
- (21) Bkz. Frowein/Peukert age. Art. 14 ks.22 vd.
- (22) Böyle bir yaklaşım Türk Anayasa Mahkemesinin bir içtihadında (aşağıda bkz.) görüldüğü gibi, Alman doktrinde de öne sürülmüştür; bkz. Paul Kirchhof, *GleichmaB und ÜbermaB* (Eşitlik ve aşırılık) (Peter Lerche Armağanı, München 1993), sh.134 vd.

de uygulanması, hatta "zor saltanatı" olması eleştirilmektedir (23). "Anayasa tarafından bir yandan temel hakların korunması, öte yanda sınırlananın saklı tutulması suretiyle kurulan sıkı sistemin ölçülülük denetimi yoluyla menteselerinden oynatılması" (24) ya da temel haklar politikasında yargıcın adeta yasakoyucu yerine geçmesi (25) tehlikesinin varlığından sözedilmektedir. Bu görüşler, ölçülülük ilkesinin temel hakların korunmasında önemli bir işlevi bulunup genel bir nitelik sahibi olduğundan belirli temel hakların güvence altına alınmalarının erimesine sebebiyet verdiğini ve böylece bünyesiz ve belirsiz bir güvence prensibi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşler Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına dayanabildikleri halde, yerinde değildirler; çünkü ölçülülük ilkesinin, sadece bir ölçüt olarak somut olayda bir temel hakkın olumlu güvence altına alınmasının kapsamının, yani koruma alanının (norm alanının) belirlenmesinde net bir rol oynadığının anlaşılmadığını gösterirler. Ölçülülük ilkesi ile ilgili eleştiri, ilkenin kendisine değil, ancak-örneğin Federal Anayasa Mahkemesi gibi-hukuk metodolojisi ve dogmatik bakımından ilkeyi yanlış bir biçimde kullanan norm uygulayıcısına karşı yöneltilebilmektedir.

Alman hukukuna gelip ölçülülük ilkesinin buradaki rolüne kısaca değinelim.

Ölçülülük ilkesinin hukuk tarihi bakımından köklerini polis hukukunda aramak gerekir; eyalet polis kanunlarının genel hükümlerinde ve cebri icra kanunlarının değişik maddelerinde açık ifadesini bulmuştur (26).

Anayasal düzeyde ve bundan dolayı diğer kamu hukukunda ölçülülük ilkesinin geliştirilmesinde Federal Anayasa Mahkemesinin payı çok önemli olmuştur. Bunun nedenlerinden biri, Türkiye'de "anayasal şikayet" olarak tercüme edilen bireysel başvuru hakkının, temel hakların somut ihlallerinin çokluğudur.

(23) Karş. Georg Röss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht* (Alman hukukunda ölçülülük) (Kutscher/Röss/Tetgen/Libertazzi) sh. 5 vd.

(24) Röss ibidem sh.7.

(25) Röss ibidem sh.9.

(26) Bkz. *Mustentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz* (Federal Almanya'daki Eyaletler Polis Kanunlarını Birleştirmek Amacı ile Hazırlanan Çerçeve Tasarı): Kayhan İçel/Feridun Yenisay, *Ceza Kanunları*, 2. baskı, İstanbul 1989, sh.114 vd., özellikle md.2.

1960 yıllarında, Federal Anayasa Mahkemesi aşağıda gösterilen tanım-
lamayı yapmıştır:

"Yasakoyucu tarafından kullanılan aracın, istenilen anaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olması gerekir. Araç, istenen sonuca varılmasına yardımcı olabiliyorsa, elverişlidir. Yasa koyucu aynı derecede etkili olup, ilgili temel hak üzerine sınırlayıcı etkisi daha az olan bir araç bulamıyorsa, araç gereklidir." (27).

Burada, ölçülülük ilkesinin unsurlarının ilk ikisinden söz edilmiştir. Ancak, ölçülülük ilkesinin asıl görevi, üçüncü unsuru olan oranlılığın (dar anlamda ölçülülük (28)) incelemesiyle yerine getirilir. Bu aşamada, Alman doktrin ve içtihatlarında tam bir terminoloji karmaşası yaşanmaktadır. Örneğin, Federal Anayasa Mahkemesinin "ÜbermaBverbot" (aşırılık yasağı) ile ilgili içtihatları ün yapmıştır (29). Bazı kararlarda Federal Anayasa Mahkemesi benzer bağlamlarda "Unzumutbarkeit" (yüklenmezlik)ten söz etmiştir. Aşırılık yasağı ile ilgili içtihatlarda, zaman zaman ölçülülük ilkesi ayrı bir ölçüt olarak kullanılıp, kararlar ilkesine de dayandırılmıştır (30). Başka bağlamlarda, ölçülülük ilkesi "suç oranına göre cezalandırılma prensibi"nde-bu prensibi ölçülülük ilkesi ile ilgili bir dogmatikle birleştirmeden-görülmüştür (31). Değişik terminoloji sorunlarına rağmen, Federal Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesinin şu tanımı geçerli sayılabilir:

(27) BVerfGE 30, sh.292 vd.

(28) BVerfGE 48, sh.396 vd. (402); 61, sh.126 vd. (134); 63, sh.131 vd. (144).

(29) BVerfGE 21, sh.173 vd. (283); 48, sh.199 vd. (302); 48, sh.396 vd.; 49, sh.36 vd. (43). "Aşırılık yasağı" ile ilgili eleştiriler için bkz., Fritz Ossenbühl, *Maßhalten mit dem Übermaßverbot* (Aşırılık yasağında oranlı davranmak) (Peter Lerche Arnağanı), sh.151 vd.; Klaus Stern, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots* (Aşırılık yasağının doğması ve kaynaklandırılması), *ibidem*, sh.165 vd. Stern, aşırılık yasağını geniş anlamda ölçülülük ilkesiyle ve ölçülülük ilkesi kavramı üçüncü unsuru oranlılıkla eşdeğerde tutmalarıyla kavramlarının karıştırılmasına ayrı bir katkıda bulunmaktadır.

(30) Anayasa Mahkemesinin terminolojik belirsizliği ile ilgili bkz.: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Ölçülülük ilkesi), Göttingen 1981, sh.23 vd.; BVerfGE 84, sh.212 vd. (230 vd.)

(31) BVerfGE 73, sh.206 vd. (253) (oturma eyenberi olayları). BVerfGE 6, S.389 ff. (439)den sonra yerleşmiş içtihatlar.

"müdahale, amacına ulaşmak için elverişli ve gerekli olmalıdır: ilgili şahsa aşırı bir şekilde yük getirmemeli, yani yüklenebilir bir ağırlıkta olmalıdır." (32).

Aşırılık yasağının ve yüklenebilirliğin, burada oranlılığın "yedek kavramları" oldukları açıkça görülmektedir.

Ölçülülük ilkesinin nereye dayandırıldığı hakkında Federal Anayasa Mahkemesinin şu ifadesi örnek olarak verilebilir:

"Ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkeleri devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden çıkarılır ve bunun için anayasal değer sahibidir." (33).

Arasına Federal Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin kökünü "temel hakların özünde" görmüştür (34). Sonuçta, Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre, genel olarak, ölçülülük ilkesinin hukuk devletinin ana unsurlarından olduğu savunulur. Alman doktrini çoğunlukla bu görüşe katılmıştır (35).

Ölçülülük ilkesinin işlevi, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında belirlenmemiştir. Zaman zaman, verilen kararın bir dayanağı olarak adeta bir temel hakkın işlevini üstlenmektedir. Diğer taraftan, yorum ölçütü olarak kullanılıp sadece ilgili bir temel hakkın koruma alanını belirlemek üzere yardımcı olur. Federal Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda oranlılık unsurunun rolüne nasıl baktığı ilginçtir:

"Seçilen araçlar istenilen sonuçla makul (akılcı) bir ilişkide bulunmalıdır. Ona göre, yurtdışına çıkarılma ile ilgili hükümlerin uygulanmasında ilgili hükmün koruduğu kamu menfaati ile yurt dışına çıkarılmamanın bireyin ekonomik, mesleki ve şahsi varlığı için sonuçları ile beraber,

(32) BVerfGE 48, sh.396 vd. (402); 63, sh.144.

(33) BVerfGE 19, sh.342 vd. (348); daha önce bu görüşün başlangıcı olarak nitelendirilen karara bkz.: BVerfGE 17, sh.306 vd. (313 vd.) daha sonra karşı BVerfGE 35, sh.382 vd. (400).

(34) BVerfGE 19, sh. 348.

(35) Karşı. Steru ibidem sh.172 vd.

yurtdışına gitmek istemeyen (Alman) karısı ile olan evliliği ve öteki sosyal ilişkilerin üzerine etkileri arasında bir dengeyin kurulması şarttır." (36).

Bu örnekte, ölçülülük ilkesinin karar verme sürecindeki somut bir işlevi açıkça farkedilebilir. Ortada bir taraftan ilgilinin temel hakları ve diğer taraftan kamu menfaatleri vardır. Federal Anayasa Mahkemesinin görevi, ilgili yabancının temel haklarının korunmasının kapsam ve genişliğini tespit etmek idi.

Somut müdahalenin ve aynı müdahalenin kamuî dayanağının elverişlilik ve gereklilik unsurları, bu olayda varsayılabilmektedir. Yargıca kalan iş, yukarıdaki cümlelerde belirlenmiştir: menfaatlerin ve değerlerin tartılması sözkonusudur. Artık buna yardımcı olacak bir norm veya somut bir ölçüt yoktur; kararı yönlendiren ve oranı belirleyen unsur yargıcın akıldır.

Sonuç olarak söyleyebiliriz ki: Alman doktrini ve uygulaması ölçülülük ilkesini, anayasal derecede olan, bireyin ve kamunun, devletin ve idarenin, hukuk ve menfaatlerin konuları arasındaki kâdesele uyumsuzlukları çözen, idarenin ve yasa koyucunun takdir yetkilerine dizgin koyan ve yargısal denetim sıklığını (Kontrollichte) arttıran genel bir hukuk ilkesi olarak kabul etmektedir.

4. DİĞER ÜLKELER

Diğer ülkelerin arasından ilk önce Avusturya incelenebilir. Bu ülke, Avrupa anayasa yargısının en eski geleneklerinden birine sahip olduğu halde, ölçülülük ilkesi ancak on sene önce kabul edilmeğe başlamıştır (37). Bu süreçte, hem Strasbourg organlarının (38) hem Alman uygulamasının etkisi tartışılmaz. Benzer bir durum, İsviçre'de gözükebilir. Orada, temel hakların korunması hemen hemen tümüyle AİHS'e dayanmakta olup, Strasbourg organlarının içtihatlarının rolü önemlidir.

(36) BVerfGE 35, sh. 400 vd.; karşı. BVerfGE 49, sh.168 vd. (184); 50, sh.166 vd. (174 vd.).

(37) Ayrıntılarla karşı. Pollak sh.69 vd.

(38) AİHS Avusturya'da anayasa hükmünde bir kanunla kabul edildiğini daha önce belirtmiştik.

Kamu hukuku alanında geçen yüzyılın başlangıcından beri Avrupa'daki gelişmelerinde Almanya'nın en önemli "rakibi" olan Fransa'ya da bir göz atmakta yarar vardır. Çünkü, her ne kadar Türk idare hukukunun gelişmeleri Fransız idare hukukundan belli bir bağımsızlığa kavuşmuşsa da, benzerlikleri hâlâ korumaktadır. Fransa'da, anayasa hukukuna az, idare hukukuna çok önem verilmekle beraber, idarenin tasarruflarının hukuka uygunluğu klasik "ouvertures"lere göre denetlenerek, ölçülülük ilkesine hiç önem verilmemiştir. Fakat Fransa'da bile geçen yıllarda ölçülülük ilkesinin, idarenin takdir yetkisinin sınırlanmasında sisteme uygun bir biçimde, öncelikle "faute manifeste d'appréciation" (açık değerlendirme hatası) unsurunda uygulanmasına başlanmıştır (39).

5. TÜRKİYE

5.1. Türk Anayasa Mahkemesinin Ölçülülük İlkesi ile İlgili İçtihatlarının Temelleri

Türk anayasa yargısı içtihatlarının kendine özgü bir geleneği vardır. 1961 Anayasası zamanında, anayasa yargısı az da olsa Almanya ve İtalya'nın etkisini görmüş ise de, Türk anayasacılığında bunlardan daha çok çeşitli anayasa hukuku ekollerinin etkileri olmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi 1960 yıllarında uluslararası anlaşmalara ve başka ülkelerin içtihatlarına başvurarak, mukayeseli bir yaklaşımla temel hakların yorumlanmasına yön vermeğe çalışmıştır. Bu eğilim, 1982 Anayasası'yla daha da ağırlık kazanmıştır. Anayasa Mahkemesi değişik kararlarda, 1982 Anayasasındaki temel haklar rejiminin - 13'üncü ve 15 inci maddelerine işaret ederek - AİHS sistemine hâk olarak uyum sağlanmıştır (40).

Anayasa Mahkemesinin yaklaşımıyla ölçülülük ilkesinin de keşfedilmesi doğal karşılanmalıdır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin öncelikle md. 13 f.2 ve md.15 hükümlerine dayanarak, Strasbourg içtihat-

(39) Michel Guibé, De la proportionnalité, A.J.D.A. 1978, sh.477; Jean-Paul Costa, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, A.J.D.A. 1988, sh.434 vd.; René Chapus, Droit administratif général, cül. 1, 5.baskı, Paris 1990, sh.728 vd.

(40) Örneğin bkz.: 16/1/1992 tarihli, E.1992/8, K.1992/39 sayılı karar; RG 21367, 6/10/1992, sh.7 vd.; 10/1/1991 tarihli, E.1990/25, K.1991/1 sayılı karar; RG 21162, 5/3/1992, sh.9 vd.

larını sollayıp, bazı Türk yazarlarının savdukları görüşlere (41) uygun bir şekilde, Almanya'da geliştirilen ve gereklilik, elverişlilik ve oranlılık unsurlarını kapsayan bir ölçülülük ilkesi şemasını kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesiyle ilgili bir dogmatğin başlangıcı, 1986 yılında Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile ilgili kararında tespit edilebilir (42). Ölçülülük ilkesi deyimini kullanmadan ve ilkenin belli bir işlevini göstermeden, Mahkeme şöyle demiştir:

"Özgürlükler, ancak: istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmasıdır."

Bu metinde, 1982 Anayasası rejiminde de geçerli sayılan temel hakların yargusal dogmatğının temelleri gözükmektedir: temel hakların özüne dokunma yasağı 1961 Anayasasında olduğu gibi belli ve açık bir hükümden çıkarılmasa da - demokratik bir toplumun gereği olarak hala geçerlidir; özgürlüğün sınırlanması: demokratik toplumun yaşamını sağlanak için zorunlu olup, bir orana bağlı olması gerekir. Ölçülülük ilkesi, adıyla geçmemekle beraber, unsurları belirlenmiştir.

Ayrıca, çağdaş bir temel haklar dogmatğının esası bir ilkesinden bahsedilmiştir: özgürlük kuraldır, sınırlanması istisnadır.

Anayasa Mahkemesinin başka bir kararı, siyasal partilerin genel seçimlere katılmasının il ve ilçelerde belli bir orana kadar örgütlenmiş olmalarına bağlayan kanun hükümleriyle ilgilidir (43). Bu kararda, bir partinin seçimlere katılmak üzere illerin en az üçte birinde ve bu illerdeki ilçelerde yine en az üçte birinde örgütlenmiş olması gerektiğine dair kanun hükmünü Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, temel hakların

(41) Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, sh.110 vd.; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 2.baskı, Ankara 1989, sh.86 vd.; ayrıca krg. Bakar Çağlar, Anayasa Bilimi-Bir Çalışma Taslağı, İstanbul 1989, sh.171 vd.

(42) 26/11/1986 tarihli, E.1985/8, K.1986/27 sayılı karar: RG 19544, 14/8/1987, sh.13 vd. (47 vd.).

(43) 22/5/1987 tarihli, E.1986/17, K.1987/11 sayılı karar: RG 19578, 18/9/1987, sh.46 vd.

özüne dokunma yasağının demokratik bir toplumun gereği olup, böyle bir hükmün ulaşılan yarar ile adalet ve hakkaniyet arasındaki dengeyi bozduğunu ve istenilen amaç açısından oransız olduğunu ifade etmiştir. Seçimlerle ilgili başka bir kararında Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesi ile ilgili "makul ve kabul edilebilir bir ölçü"den söz etmiştir (44).

Ölçülülük ilkesi ile ilgili içtihatlarının yerleştirilmesine yönelik önemli bir karar 1989 yılında Avukatlık Kanunu hakkında verilmiştir (45). Açıklyoruz:

"İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama oranısının korunmasıyla ilgili "ölçülülük" temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığına saptamaya yönelik "elverişlilik" sınırlayıcı önemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığına arayan "zorunluluk-gereklilik", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oran kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır." (46).

Bu kararda ölçülülük ilkesine dayanan bir yönün bulunmadığı ve karar sürecindeki işlevi belli olmadığına karşın, ölçülülük ilkesinin unsurları net bir biçimde belirlenmiştir (47). Anayasanın 13 üncü maddesi ile yakın bir ilişki kurularak ölçülülük ilkesinin kaynağı, temel hakların sınırlandırılması sisteminin kendisinde görülmüştür.

Buna benzer kaynaklandırma çabaları, Mahkeme tarafından KHK 424 ile ilgili kararında da görülmektedir. Denetlenen KHK, hükümetin iddialarına göre Anayasanın olağanüstü hal ile ilgili hükümlerine dayandırılmışsa da, olağanüstü hal bölgesi dışında bulunan basın için de önemli kısıtlamaları öngör-

(44) 13/6/1988 tarihli, E.1988/14, K.1988/18 sayılı karar; RG 19872, 14/7/1988, sh.23 vd.

(45) 23/6/1989 tarihli, E.1988/50, K.1988/27 sayılı karar; RG 20302, 4/10/1989, sh.11 vd.

(46) İbidem sh.20.

(47) Hukuk Literatüründe krş: Özbudun İbuket, İbrahim Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989, sh.283 vd.

müştü (48). Bu kararda, ölçülülük ilkesi, yukarıdaki tanımıyla, AİHS'nin 15 inci maddesiyle bir benzetme yapılarak, Anayasanın 15. maddesinden çıkarılmıştır.

Türk Anayasa Mahkemesinin içtihatlarının gelişmesinde, ölçülülük ilkesinin - Alman Federal Anayasa Mahkemesine karşı - hukuk devleti ilkesine değil, demokratik toplum gereklerine ve temel hakların sınırlandırılma sistemine dayandırıldığı görülmektedir. Böylece, Strasbourg organlarının genelde daha az gelişmiş olan içtihatlarına ve Alman doktrininin ölçülülük ilkesini temel hakların özüne dokunma yasğından çıkararak eğilimlerine sınırlı bir benzetme yapılabilmektedir.

Ancak, Türk Anayasa Mahkemesinin Terörle Mücadele Hakkında Kanun ile ilgili kararında başka bir fırsatta irdelenecek olan yeni bir husus ortaya çıkmıştır: Ölçülülük ilkesi ve eşitlik ilkesi arasındaki ilişki.

Bizim için önemli olan, bu kararın ölçülülük ilkesinin ve genel olarak temel hakların somutlaştırılmasında eleştiriye elverişli güzel bir örnek olmasıdır.

5.2. Bir Eleştiri : Terörle Mücadele Hakkında Kanun ile İlgili Karar (49)

Bu karar, Terörle Mücadele hakkında Kanunun bazı hükümlerini iptal etmiştir. Kanunun 6. maddesinin Anayasanın 10. maddesinin ışığında denetlenmesi sırasında Mahkeme şöyle demiştir:

"Böylece 6. maddede öngörülen bu suçun mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler veya yeni yayına giren mevkutelerle işlenmesi durumunda verilecek ceza ile önceden yayımlanmakta olan bir mevkuteyle işlenmesi durumunda verilecek ceza arasında ortaya çıkan ve haklı bir nedene dayanmayan oransızlık, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir."

(48) 10/1/1991 tarihli, E.1990/25, K.1991/1 sayılı karar: RG 21162, 5/3/1992, sh. 9 vd. (37); KHK 424'ün yerine geçen KHK 430 için bkz.: 3/7/1991 tarihli, E.1991/6, K.1991/20 sayılı karar: RG 21165, 8/3/1992, sh.3 vd.

(49) 21/3/1992 tarihli, E.1991/18, K.1992/20 sayılı karar: RG 21478 nükerret, 27/1/1993, sh.1 vd.

Bu cümle ile, Türk Anayasa Mahkemesi "oranlılık" ile "eşitlik" kavramlarını aynı bağlamda kullanıp, ölçülülük ilkesinin eşitlik ilkesiyle nasıl bir bağlantısı olduğunu sormadan, ardında bir soru işareti bırakmıştır. Böylece, ölçülülük ilkesi dogmatizminin yeni bir yönü ortaya çıkmıştır. Ancak karar, hadisede sonuca katılmamız mümkün olduğu halde, ilgili temel hakların temiz ve açık bir somutlaştırılmasına dayanmamaktadır. Eleştirimizi alternatif bir somutlaştırma girişimiyle açıklayacağız:

a) Bir kitabın veya gazetenin ilk baskısını yayımlayanın tirajı en yüksek olan günlük bir gazete kadar cezalandırılması sorusunun, değişik aşamalarla cevaplandırılması gerekir. Önce, cezanın bağlam noktasını araştırmalıdır. Başka bir deyimle: kanun, basın özgürlüğünün kullanılmasından ibaret olan bir kitabın yayınlamasının, kamu menfaatine sahip Türkiye'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü zedeleyorsa, cezalandırılması mümkün müdür? Anayasa Mahkemesinin yapılacak işi, bireyin temel hak konumunun değinilen kamu menfaati yüzünden kısılanabileceğini tespit etmektir. Kamu menfaatinin, temel hak gibi Anayasa'ca koruma altına alınmış olması gerekir. Olayımızda cevap kolaydır. İlgilinin temel hakkı, Anayasanın 28. maddesinde korunmakta olup, ilgili kamu menfaati de Anayasaca güvence altına alınmıştır (md.13). Ancak bu cevap, soyut bir seviyede iki değişik norm unsurlarının karşı karşıya geldiklerine dair bir tespitten ibarettir. Bundan sonraki aşamada, burada kanun tarafından yapılan somut müdahalenin haklılığı ve böylece Anayasa'ya uygunluğu açıklanır. Mahkeme, ancak bu anda temel hakkın somutlaştırılması sürecine girer. Temel hakkın somutlaştırılması, "maddi alanın" (Sachbereich) tespitiyle başlar. Başka bir deyimle, denetlenen kanun tarafından ele alınan yaşam kısmının (burada: vatandaşın basın yoluyla belli hareketlerde bulunması), temel hakkın düzenleyen norm tarafından da düzenleyen yaşam kısmıyla aynı olması gerekir. İlgili soru, olumlu cevaplanır. Çünkü ikisinin basın özgürlüğünün güncel yaşamda kullanılması ile ilgili bir düzenleme getirir. Temel hakkın somutlaştırılmasında bundan sonraki adım, norm alanını (Normbereich) tespit etmekten ibarettir. Temel hakkın norm alanı, ilgili maddenin metni söz konusu olan özgürlüğün, normun buyruğuyla hangi kapsam ve unsurlarıyla korunduğuna cevap verilerek çizilen alandır. Başka bir deyimle, norm alanının sınırları tespit edilir. Yine başka bir deyimle, temel hakkın olumlu olarak güvence altına alınmasına, olumsuz olarak hangi norm unsurları tarafından sınır getirildiği araştırılır. İşbu sınırlayıcı norm unsurları örneğin milli güvenlik gibi kamu menfaatleri ile ilgili olup, aynı mad-

dede yazılı olabilir veya - Türkiye'de olduğu gibi - özel norm alanlarına karşın genel bir norm metninde yazılı olabilir (md.13) veya - Alman doktrini ve Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edildiği gibi - Anayasa tarafından düzenlenip korunan öteki bireysel veya kamu menfaatlerinin normatif unsurlarından (50) oluşabilir. Olayımızda, bir yandan 28. maddeyle güvence altına alınan basın özgürlüğü, diğer yandan bunu sınırlayan Türkiye'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü vardır; ilgili kanun, yasaklayıcı (cezalandırıcı) unsuruyla, bu iki unsur arasında oluşan norm alanına girmektedir; çünkü basın özgürlüğünün belli kişiler tarafından kullanılmasını cezai müeyyidelerle kısıtlamaktadır.

Artık ilgili kanun hükümünün norm alanının dışına çıkmasına (norm alanını zedelemesine, temel hakkı koruyan maddeye aykırılığına) yol açıp açmadığı tespit edilir. Bunun yapılmasında, ölçülülük ilkesi araç olarak kullanılır. Çünkü normun olumlu yönleri (temel hakkın olumlu olarak güvence altına alınması buyruğu) ile olumsuz yönleri (temel hakkın olumsuz olarak başka menfaatler gereği sınırlanması buyruğu) arasındaki çatışmayı normatif bir dengeyi kurmakla giderilir. Bu denge, somut olay gözönünde bulundurularak ölçülülük ilkesiyle sağlanır.

Şimdi, ölçülülük ilkesinin üç aşamasına gelmeliyiz:

1- Somut cezai müeyyide, norm alanına giren anayasal menfaatlerin korunmasına - Türkiye'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunmasına - elverişli midir? Bugün egemen olan genel görüşlere göre, kamu menfaatlerinin korunması için cezai bir müeyyide elverişlidir. Olayımızda da, bu görüş geçerlidir; bu aşamada hukuka aykırılık söz konusu olmaz.

2- Somut cezai müeyyide zorunlu mudur? Bugün egemen olan genel görüşlere göre, bazı kamu menfaatleri ancak cezai bir müeyyide ile korunabilir. Yine bugün hâlâ egemen olan görüşlere göre, Türkiye'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü bu menfaatlere dendir. Ancak, aynı amaca başka ve

(50) Örneğin: Alman Anayasası'nın 5. maddesinde düzenlenen sanat özgürlüğüne, ilgili maddeyle hiçbir sınır yazılmamıştır. Ancak, sanat özgürlüğünün sınırlarından biri olarak, md.1 ve 2'den çıkarılabilen kişi hakları kabul edilir.

ilgili şahsa daha hafif bir yük getiren araçla ulaşılabilirliğin de araştırılması gerekir. Burada, Mahkemenin işi zordur. Çünkü, burada belli bir ceza siyaseti söz konusu olduğu için, Mahkemenin kanun koyucunun bu konudaki değerlendirme alanını denetleme olanakları sınırlı olmaktadır. Burada olayımız ile ilgili somut bir cevap vermek de kolay değildir. Ancak büyük bir olasılıkla, kanun koyucu doğru dürtüst bir değerlendirme yapmamıştır. Çünkü somut cezai müeyyideyi belirsiz ve anlaşılmasız sebeplerle, ilgili kişinin hareketinin müeyyidesine benzetilmesi mümkün olma başka bir kişinin hareketinin müeyyidesi ile eş kılmıştır. Diğer taraftan, kanun koyucunun değerlendirme hatası çok açık olmadığı için, hukuka aykırılığın kabul etmek zordur.

3- Somut cezai müeyyide oranlı mıdır? Olayda öngörülen müeyyidenin zorunlu olup şahsa en hafif yükü getirdiğini kabul ediyorsak bile, bireye getirilen yük ile ulaşılacak olan amaç arasındaki oranın makul ve normun amaç bütünlüğüne uygun olup olmadığını araştırmak gerekir. Başka bir deyimle: Türkiye'nin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması somut olayda mümkün olmayabileceğine dair bir sonuca varıyorsak bile, temel hak ile kamu menfaati arasındaki dengeyi temel hakkın lehine kurmak zorunda kalabiliriz. Bu aşamada artık, temel hakkın olumlu olarak güvence altına alınması ile kamu menfaatlerinin anayasal önlemlerini tartıya koyacağız. Kanun koyucu, bir kitabı veya bir mevkutenin ilk sayısını yayınlayarak cezalandırmak için, olaya uygun bir müeyyideyi bulmakta hiç çaba göstermemiştir. Bunun yerine, kanunun aynı maddesinde belli hadiselerle ayırtılan cezai müeyyideleri örnek alıp, bunları burada da kullanmıştır. Büyük veya küçük bir baskıyla yayınlanan bir kitabı veya bir mevkutenin ilk sayısını, aradaki olan farkları gözetmeksizin, Türkiye'nin en büyük tirajı olan bir mevkuteyle eşdeğerde tutmuştur. Başka bir deyimle, temel hak ile kamu menfaati arasındaki dengeyi ilgili menfaatlerin olaya göre tespit edilecek olan önlemleri tartışılarak değil, tamamen keyfi bir şekilde kurmağa çalışılmıştır; gerçi dengeyi kurmaya yönelik bir çabadan hiç söz edilmemektedir. Böylece, maddenin içerisindeki oran tutarsızlığı açık olup, oranlılık unsuruna uyulmamıştır; ölçülülük ilkesi bu yönden sakat bir biçimde yerine getirilmiştir.

Sonuç: Terörle Mücadele Hakkında Kanununun 6. maddesinin son fıkrasındaki "mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayına giren mevkuteler hakkında ise, en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay ortalama satış tutarının" ibaresi, ölçülülük ilkesinin Anayasanın 28. maddesi-

nin somutlaştırılmasında sakat olarak yerine getirildiğinden, 28. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

b) Ölçülülük ilkesinin denetimden geçirilmesinin üçüncü aşamasında, oranlılık ile keyfi davranma yasağı arasında bir bağlantı olabileceği görülmüştür. Kanun koyucu, aracı keyfi bir şekilde seçtiği için, oranlılık unsuruna uymamıştır. Olayımızda, keyfi davranma eşitlik ilkesine aykırı davranmakla eşdeğerdedir.

Aslında, yakından ilgisi olan bir temel hakkı düzenleyen bir anayasa normuna aykırılık tespit edildiği için, ayrıca Anayasanın 10. maddesine başvurmağa gerek kalmamıştır (51). Buna rağmen eşitlik ilkesinin geleneksel yerine getiriliş tarzına uyarak, açıklamamızı bu yönden de sürdürüp bitireceğiz.

Kanun koyucunun temel hak sahibinin çevresine müdahalesinin aynı konumda bulunan diğer temel hak sahiplerine göre haklı bir sebep bulunmaksızın aşağılayıcı bir biçimde yapılması veya ayrı konumda bulunan diğer temel hak sahiplerine göre haklı bir sebep bulunmaksızın eş bir biçimde yapılması, Anayasanın 10. maddesine aykırılık oluşturur.

Olayımızda, sonuca ayrıntılı bir tartışmaya girmeden varılabilir. Belli bir kişinin belli bir hareketine, uygun bir *tertium comparationis* gözükmeden başka bir kişinin benzer, fakat ağırlıkta değişik olan bir hareketine konan cezai müeyyidenin aynısını koymak, eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz ve - oranlılık deyimine bakmaksızın - Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

6. EVRENSEL BİR İLKE OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

6.1.... evrensel bir ilke olarak

Yukarıdaki denemelerimizde, ölçülülük ilkesinin ulusal ve ulusalüstü uygulama alanları arasında bir karşılaştırma olarak yetersiz kalması sonucu

(51) Zaten bizece, eşitlik ilkesinin bireyin devlete karşı bulunan konumu, ayrı ve bireye ait sübjektif bir norm olarak değil, bireyin sübjektif haklarının, yani temel haklarının güvence altına alınmasında ve somutlaştırılmasında bir ölçü norm rolünü ilgilendirip, kendisinin bir temel hak gibi somutlaştırılmasına yer yoktur. Bunun için, 1982 T.C. Anayasasına 10. maddeyi temel haklar ile ilgili bölümden ayırıp öne çekmesi yerindedir.

birkaç ipucu vermekle yetinilmiştir. Ancak, ölçülülük ilkesi, değişik hukuk düzenlerinde anayasal bir değerde olup, genel bir hukuk ilkesi olarak yer verildiğinin tartışılmayacağı da tespit edilmiştir. Demokratik hukuk devleti anlayışı egemen oldukça, ölçülülük ilkesi "evrensel" bir ilke olarak görülebilir.

6.2. Ölçülülük ilkesinin kaynaklandırılması ve geçerlilik sebebi

Ölçülülük ilkesi, demokrasi ve hukuk devletinin ayrı tutulmasına olanak olmadığından, ya demokrasi ilkesi ya da hukuk devleti ilkesinden kaynaklandırılabilir. Belli ve denetim altında bulunan normlaştırma, norm denetimine ve norm somutlaştırma usullerine uyularak temel haklara dönüştürülen bireysel menfaatler ile kamu menfaati arasında makul bir dengeyi kuran demokratik hukuk devletinin bir ürünüdür.

Başta Almanya'da olmak üzere, ölçülülük ilkesinin hukuk devleti ilkesinden kaynaklandığı ve böylece hukuk devletinin normatif bir parçası olduğu görüşü savunulmuştur (52). Bu görüş basit ve işlevseldir. Hukuk devleti ilkesinin otoritesi, ölçülülük ilkesine uygulamadaki önemini artırmağa elverişli bir ağırlığı vermektedir. Bu sonucu olumlu karşılamak gerekirse de, ölçülülük ilkesinin böylece kaynaklandırılması şüphelidir.

Hukuk devleti ilkesinin otoritesi, norm somutlaştırılma sürecinde belli ve kavranmış bir işlevine değil, ilk önce hukuk uygulayıcısının normatif değeri tartışılır olan bir ideale hayranlığına dayanmaktadır. Federal Alman ve Türk Anayasa Mahkemeleri böyle bir tutuma güzel örnekler oluşturmaktadırlar. Çünkü hukuk devleti ilkesi somutlaştırılabilir bir norm değil, devleti ile bünyesini ve düzenini çerçeveleştiren bir prensiptir. Ölçülülük ilkesi, demokratik bir hukuk devletinde bulunması gereken bir prensip olup, hukuk devleti diye bir "norm"un parçası değildir. Ancak, bugün egemen olan anlayışıyla hukuk devleti, hukuküstü bir takım prensiplerin hukuksal olarak yaşatılmasına bir çerçeve oluşturmaktadır: adalet ilkesi ve insan haysiyeti ilkesi. Bu bağlamda, anılan ilkelerin hukuk devleti ilkesinin "maddi içeriği"ni oluşturduklarından bahsedilmektedir. Bu son ifadenin tartışılabilirliği bir yana, adalet ve insan haysiyeti ilkeleri, ölçülülük ilkesinin kaynakları olarak görülebilir. Temel hakların korunmasının kökleri, insan haysiyeti ilkesinde bulunmakta olup,

(52) Krş. Ress ibidem sh.15 vd.; Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebog (ölçülülük ilkesi), München 1989, sh.114 vd.

güvencenin eşit dağıtılması eşitlik ilkesinden, yani: dağıtan adalet ilkesinden çıkarılır. Böylece ölçülülük ilkesinin, insan haysiyeti ile adalet ilkeleri arasında dengeleştirici bir rolü vardır. Geçerlilik kaynağı, bu iki ilkenin bağdaştırılmasında yatmaktadır.

6.3. Ölçülülük ilkesinin işlevi üzerine

Ölçülülük ilkesi bir yorum ölçütüdür. İdari seviyede takdir yetkisini yönlendiren bir işlevi vardır, normatif seviyede norm somutlaştırılmasında norm alanlarının belirlenmesinde bir ölçütün işlevini üstlenmektedir. Bu bağlamda, ölçülülük ilkesinin sınırlama işlevinden söz etmek pek doğru olmaz. Bu işlev, olumsuz bir biçimde ilgili temel hakkın norm alanına giren anayasal koruma altında bulunan menfaatler tarafından yerine getirilir. Diğer yandan, temel hakların kendilerinin de, sınırlayıcı menfaatlerin karşısında sınırlayıcı bir işlevi vardır; Alman doktrininde buna "Wechselwirkung" - karşılıklı etkileşme - denir. Nihayet, müdahale yetkisinin karşısında demokratik toplumun gerekleri (53) gibi başka ilkelerin de sınırlayıcı bir işlevi vardır. Buna karşın, ölçülülük ilkesinin "dengeleştirici" bir işlevi mevcuttur: duruma göre, temel hakların koruyucu fonksiyonu veya karşındaki hukuki menfaatin sınırlayıcı fonksiyonuna ağırlık vermektedir. Başka bir deyimle, ölçülülük ilkesi bir somutlaştırma ölçütüdür - ilgili çatışan ve hukuken korunan menfaatlerin norm unsurlarının somutlaştırılmasında "kilit rolü" oynayan bir ölçüttür.

Ölçülülük ilkesinin işlevi, karar verme sürecini sağlam bir sonuca var-
dırılmak için çok önemlidir. Başta kamu hukuku olmak üzere (54) ölçülülük il-
kesi, çatışan hukuki konun ve menfaatler arasında - örneğin vatandaş (birey)
ile devletin (kamu) menfaatleri arasında - bir dengenin kurulmasının ge-
rekli olduğu alanlarda, anılan menfaatler arasında "pratik uyumunu" (55) kur-
mak üzere yerini alır.

(53) Ancak aslında, AİHS'nin 8. ila 11. maddelerinin veya T.C. Anayasasının 13. maddesinin ikinci fıkralarında yazılan demokratik toplumun gerekleri kendisine özgü normatif bir prensip değil, daha ziyade genel olarak temel hakların güvence altına alınma buyruğuna yasatılan düzenleyici veya tertipleştirici bir ilke olarak ortaya çıkmaktadır.

(54) Özel hukuk için bkz. Ress ibidem sh. 28 vd.

(55) Anayasa tarafından güvence altına alınan ve aynı derecede olun hukuki menfaatlerin (örneğin temel hakların) çatışmasının çözümlenmesine "Herstellung praktischer Konkordanz", yani "pratik uyumunun sağlanması" denir.

Ölçülülük ilkesinin işlevi normların yorumuna dayanan bir kararı en iyi sonuca vardırılmak olduğu için, belirli sınırları da vardır. Bu sınırlar, kanun koyucuya veya idareye bazı bağlamalarda "elverişlilik" ve "gereklilik" ile ilgili bırakılan değerlendirme serbestliği tarafından çizilmektedir. İlk iki aşamada, mahkemenin denetiminin gene sıkı olduğu söylenebilirse de, oranlılık aşamasında özel sorunlarla karşılaşılıyor. Çünkü artık - kullanışları yanlış da olsa - hukukun dışında bulunan "akıl" veya "makuliyet" kavramları önümüze çıkar: oranlılık, araç ile amaç arasındaki "makul" dengeyi ifade eder. İşte yargıç "makul"un ne olduğunu normatif ve ampirik ölçütlerle tespit etmez. Burada, yargıcın toplumsal ve fikri konumu, adalet duygusu, kararın son aşamasına esas olur. Bu son dengeleşmenin aslında akıl, mantık, ratio ile ilgisi yoktur. Yargıcın akli aslında duygudur. Oranlılık aşamasında, ölçülülük ilkesinin ölçüt olarak işlevi bitmiştir.

6.4. Ölçülülük ilkesinin normatifliği (kaideselliği)

Genel hukuk ilkesi kavramının, kendisine ait hayati bir uygulama alanı olmayan ve öteki normların yorumunda bunların normatif kapsamının belirlenmesinde rol oynayan bir ilkeyi de kapsadığını kabul ediyorsak, ölçülülük ilkesi genel bir hukuk ilkesidir. Çünkü kendisinin hayati bur uygulama alanı yoktur, yani: genel yaşamın bir kısmını düzenleyen bir norm değildir. Avrupa'da sık sık söylediğine karşın, bireye subjektif hukuk konumunu tanıtmamaktadır; idareye veya kanun koyucuya bireyin hukuk alanına müdahale yetkisini de tanımamaktadır; ölçülülük ilkesinin kaideselliği, yukarıda açıklanan işlevine dayanır. Yürütme organı için, taktire yön veren bir ilkedir. İdareye kanun tarafından tanınan ve aynı zamanda idarenin kanunun norm metnine bağlılığını zayıflatan düzenleme serbestliği, vatandaşların hukuki konumlarını koruyan diğer normlar tarafından sınırlandırılmaktadır. Burada, kamu menfaati ile bireyin menfaati arasındaki uyumsuzluk, normatif bir çatışma oluşturmaktadır. Bu uyumsuzluk veya çatışma iki yolla çözülebilir: ilk yol, çatışan normların birisine norm hiyerarşisinin içerisinde üstün bir yeri tanımakla öncelik vermektir. İkinci yol, çatışan normları eşdeğerde sayıp, dengeleşme süreciyle tartarak birisine daha fazla bir ağırlığı tanıyacak öncelik vermektir. Anayasa düzeyinde genellikle ikinci yola başvurulup, ölçülülük ilkesinin uygulama alanı açılır. İlkenin normatif etkinliği kanun koyucunun, idarenin veya yargıcın dengeleşme sürecinde hangi unsur ve kriterlerden faydalanacağını bu yurmakta yatmaktadır. Bunun ötesinde bir kaidesellik düşünülemez.

Temel hakların güvencesini sağlayan yargıç şu hususları gözönünde bulunduracaktır: devletin karşısında bireyin sübjektif hukuki konumu ancak belli bir temel haktan ibaret olabilir. Bunun karşısında idarenin yetkisi ancak anayasa tarafından güvence altına alınan bir kamu menfaatinin ifadesi olan bir kanun tarafından düzenlenebilir; kanun koyucunun düzenleme yetkisi aynı doğrultudadır; böyle bir kanun idareye, yine anayasa tarafından çizilen sınırların içerisinde, belli bir hareket serbestliği - taktir yetkisini - tanıyabilir. Ölçülülük ilkesi kendisi bireye sübjektif bir hak, idareye de bir yetki tanımaz. Ölçülülük ilkesi, bireyin bir temel hakkın maddi alanının dokunduğu ve aynı zamanda idarenin müdahalesi kamu menfaatlerine uygun düzenlenen bir kanunun maddi alanına girdiğinde, iki alan arasındaki normatif sınırı belirlemede yardımcı bir kaide, bir ölçüt olarak uygulanır. Böylece çatışan norm unsurlarını uzlaştırır, ilgili temel hakkın norm alanının belirlenmesinde kanun koyucuyu ve idareyi yönlendirici bir yer alır. Bu bağlamda ölçülülük ilkesinin kaideselliğinden (normatifliğinden) söz edilebilir. Hiç bir zaman ölçülülük ilkesi, bireyin isteğinin veya idarenin yetkisinin dayandırılacağı bir norm, ya da somutlaştırılan temel hak normunun bir unsuru olarak görülebilir. Ölçülülük ilkesinin ihlali, söz konusu olan temel hak normuna aykırılık oluşturur.

6.5. Ölçülülük ilkesinin normatif içeriği

Ölçülülük ilkesinin normatif içeriği, temel hakkın olumlu güvence altına alınması ile soyut olarak öteki kriterlere göre hukuka uygun olan bir müdahaleyle olumsuz sınırlandırılması arasındaki sınırın belirlenmesinde "gerçeklilik", "elverişlilik" ve "oranlılık" unsurlarına uyulmasını buyurmaktan ibarettir. Bu unsurlar hakkında, norm uygulayıcısının (kanun koyucunun veya idarenin) bir değerlendirme serbestliği vardır. Değerlendirme serbestliği oranlılık aşamasında bireysel ve kamu menfaatleri arasında soyut bir menfaat dengeleştirilmesine yol açmaktadır. Yargıç bu son aşamada, adalet ve insan haysiyeti ilkelerinin dolaysız bir biçimde tartıya konulması gereken bir karar verme sürecinde bulunmaktadır; artık hukuk uygulayıcısı tarafından başvurulacak pozitif ve somut hukuk kaide ve hükümleri kalmamıştır, bazı hallerde benzer durumlarda verilen örnek kararlardan yararlanılabilir. Oranlılığın belirlenmesinde, müdahalenin son ve kesin sınırı olan temel hakkın özünün de pek belirleyici bir rolü olmayabilir (56). Gerçi, temel hakkın özüne dokunma-

(56) Bazı yazarlara göre (Pollak sh.48) ölçülülük ilkesi "bir tür temel hakkın özüdür". Bu ifade pek anlamlı değildir. Gerçi Almanya'da ölçülülük ilkesinin dogmatik temel hakkın özüne dokunmama ilkesinden hareket edilerek geliştirilmiştir. Ancak, temel hakkın özü sadece temel hakka müdahale ile temel hakkın hiç bir şekilde dokunulmayacak özü ile arasındaki düşünülebilen sınır noktalarının sonu ve böylece oranlılığın da son sınırı oluşmaktadır.

ma ilkesi, çağdaş anayasaların çoğunda egemen olan özgürlük fikrinden çıkarılıp demokratik toplumun ana ilkelerinden sayılabilir halî getirilmiştir. Buna karşın, temel hakkın özünün içeriği ve kapsamının ne olduğunu kavramak çok zordur. Hukukun uygulayıcısı bu konuda belki Anayasa Mahkemesinin örnek kararlarına başvurabilir, ancak temel hakkın özünü belirlemekte pozitif hukukun normlarından faydalanamaz. Kaldı ki, demokratik hukuk devletinin en iyi biçimde gerçekleştirilmesinde ve temel hakların en iyi somutlaştırılmasında, yargıç, ölçülülük ilkesinin boyutlarını cesaret ve adalet duygusunu kullanarak karar verme sürecinde etkinleştirecektir.