

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI

TEORİ VE UYGULAMADA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

HAZIRLAYAN

Ali CEYLAN

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Atilla ÖZER

Ankara-2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEORİDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

I. 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ SONUCUNDA 1982 ANAYASASI'NDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASININ SINIRLARI	3
A.13. Maddenin Genel Sınırlama Maddesi Olma Niteliğini Kaybetmesi ..	3
B. Sınırlamanın Kanunla Yapılması.....	5
C. Anayasanın Sözüne Ve Ruhuna Aykırı Olmama	6
D. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama	8
E. Laik Cumhuriyet Gereklerine Aykırı Olmama	13
F. Öze Dokunma Yasağı	16
II. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	20
A. Öğretide Ölçülülük İlkesinin Tanımı	20
B. Ölçülülük İlkesinin Hukuk Alanlarına Yansımaları	24
C. Ölçülülük İlkesinin Anayasal Dayanağı	27
D. Ölçülülük İlkesinin Kapsamı Ve Unsurları	34
1) Ölçülülük İlkesinin Kapsamı	34
2) Ölçülülük İlkesinin Unsurları	37
a) Elverişlilik İlkesi	38
b) Gereklilik İlkesi	39
c) orantılık ilkesi	38

İKİNCİ BÖLÜM

UYGULAMADA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

I- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	43
II. DANIŞTAY KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	66
III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	75
SONUÇ	94
ÖZET	97
ABSTRACT	98
KAYNAKÇA	100

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BN	: Başvuru no
DD	: Danıştay Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
C.	: Cilt
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KSN	: Karar sayı no
KT	: Karar Tarihi
m.	: madde
S.	: Sayı
s.	: sayfa
ss.	: sayfa sayısı

GİRİŞ

Ölçölülük kelime anlamı itibariyle ölçülü, dengeli olma durumu, ılımlı itidal anlamlarına gelir.

Ölçölülük ilkesinin temelleri, insanlık tarihi kadar eskidir. İlk çağlardan günümüze kadar gerek insan hayatında, gerek toplumsal hayatta gerekse de devlet idaresinde farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

İlkçağ filozofları, ölçölülük ilkesini ahlak felsefesi içerisinde ele almış ve incelemişlerdir. Ölçülü olmayı, erdemli bir insan olmanın vazgeçilmez bir özelliği saymışlardır. Aristoya göre; aşırılığın her iki ucunun kötü bir huy olduğunu, aşırılık ve eksiklik arasında “uygun orta”nın bulunması gerektiğini belirtmiş, düşünüre göre ahlak, aşırılığa girmeden akıl ile kazanılmış bir fazilettir ve nazari olması yetmez¹. Platon ise; bilgelik, cesaret, adalet yanında dördüncü bir erdem olarak ölçölülüğü saymıştır.² Aristoteles’e göre de erdemli olmak, aşırılıktan kaçınmayı gerektirir demiştir.³

İslam hukukunda da ölçölülük ilkesi, ifrat ve tefrit olarak ifade edilmektedir. İfrat ve tefrit de İslam hukukunda; iki aşırı ucun uzağında, eksiksiz ve fazlasız dengeli bir hayatı ifade etmektedir. İslam düşünürlerinden Farabi, ölçölülüğün birbirinin zıddı olan davranışların dengelenmesidir şeklinde ifade etmiştir.⁴ İbn-i Sina ise; fazileti ifrat ve tefritin ortası olarak tanımlamıştır.⁵

Ölçölülük ilkesinin özünde yer alan aşırıya kaçmama, adil ve makul denge düşüncesi birey ve toplum yaşantısından devlet yönetimini de zamanla etkilemiş, devlet idaresi tarafından kullanılmaya başlanmış böylece

¹ ARİSTO, Nikomakhas’a Etik (Çeviren Safet Babür), Ankara ,1988, s.57.

² PLATON, Şölen, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1995, s.48.

³ SÖNMEZ, İlkçağ Felsefinde Ahlak Anlayışı, Yazıyaz Dergisi, S.12, s.25.

⁴ YAZICIOĞLU, Farabi’nin Ahlak Felsefesi, Felsefe Bilgi Ekibi Dergisi, s.3.

⁵ ULUTAN, İbn-i Sina Felsefesi, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2000, s.113.

ölçölülük ilkesinin yansımaları hukukta çeşitli şekillerde karşımıza çıkmıştır. Ölçölülük ilkesi giderek günümüzde önem kazanan Avrupa ve Türk Hukukunda gelişme gösteren, uygulama alanı artan bir ilkedir.

Ölçölülük ilkesi, temel olarak günümüzde daha çok hak ve özgürlükler alanında kendine yer bulan bir ilkedir. Bu ilke, hem devletin müdahalesini minimuma indirmek hem de temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayan bir koruyucu kalkan işlevi görmektedir. Bu ilke tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Her şeyden önce gücün sınırlanmasına ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eder.

Günümüzde, ölçölülük ilkesiyle aslında ifade edilmek istenen benzetmek gerekirse, ormana kaçan bir suçlunun bulunması amacıyla tüm ormanın ateşe verilmesi veya bir elma çalan çocuğun asılarak idam edilmesi veyahut da bir kelebeğin kurşuna dizilmesi olarak ifade edilebilir.

Bu çalışmamızda 2001 Anayasa Değişiklikleri sonucunda 1982 Anayasası'nın 13. Maddesindeki Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasının sınırı gösteren ilkeleri genel bir bakış açısıyla inceledikten sonra, Anayasamızın 13. maddesinde sınırlamanın sınırları arasında sayılan ölçölülük ilkesinin, doktrinde nasıl tanımlandığını ve unsurlarının neler olduğunu ayrıntılı bir şekilde irdeleyip yüksek yargı organları olan Anayasa Mahkemesi'nin, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu ilkeye yaklaşım tarzını ve nasıl yorumlayıp uyguladığını kararlarından örnek vererek inceleyeceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEORİDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

I. 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ SONUCUNDA 1982 ANAYASASI'NDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASININ SINIRLARI

2001 Anayasa Değişikliklerinin 13.madde açısından önemli sonucu maddenin genel sınırlama maddesi olmaktan çıkıp sadece sınırlamanın sınırını ve usulünü gösteren maddeye dönüşmesidir.Yine bu değişiklikler sonucunda, maddede temel hak ve özgürlükler açısından dokunulmaz bir alan, öz güvencesi getirilmiş, maddenin önceki halinden farklı olarak, sınırlamanın laik Cumhuriyetin gereklerine ve tez konumuz olan ölçülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Ölçülülük ilkesi, öze dokunma yasağı ve demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çoğu kez birlikte kullanıldığından zaman zaman bu ilkeler birbirleriyle karıştırılmaktadır. Ölçülülük ilkesinden bahsederken 13. madde de belirtilen diğer ilkelerden genel olarak değinmek ölçülülük ilkesinin daha iyi anlaşılması için gerekli olduğu kanaatindeyiz.

A. 13. Maddenin Genel Sınırlama Maddesi Olma Niteliğini Kaybetmesi

2001 Anayasa değişikliklerinin 13.maddedeki en önemli sonucu maddenin genel sınırlama maddesi olma niteliğini kaybetmesidir.Değişiklik öncesindeki 13.madde, tüm temel hak ve özgürlüklerin, “Devletin ülkesi ve

milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması” amacıyla sınırlanabileceğini öngörmekteydi. Değişiklikler sonucunda, bu sınırlama nedenleri 13.Maddeden çıkarılmış, “temel hak ve hürriyetler...yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak...sınırlanabilir” hükmüne yer verilmiştir.Sınırlama nedenlerinin 13.maddeden çıkarılmasıyla, 13.madde temel hak ve özgürlükler açısından genel koruma maddesi olmuştur⁶.

Böylelikle, temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri maddede sınırlanması esasını benimseyen AİHS’le de uyum sağlanmıştır⁷. 13.maddenin genel sınırlama maddesi olma niteliğini kaybetmesi, bu maddedeki sınırlama nedenlerinin birçoğunun temel hak ve özgürlüklerin Düzenlendiği maddeye aktarılması sonucunu doğurmuştur.

Değişiklik sonrasındaki haliyle maddenin, düzenlendiği yer olan “genel hükümler” başlığına daha uygun olduğu savunulmuştur⁸. SAĞLAM, yeni düzenlemeyi sistem değişikliği olarak nitelendirmiş, genel sınırlama sisteminden-farklılaşmış kademeli sınırlama sistemine geçişin belli bir ön çalışmayı gerektirdiğini, her bir temel hakkın koruduğu nesnel alanın zorunlu kıldığı oranda ve bu alana uygun sınırlama nedenlerinin ilgili maddelere eklenmesi gerektiği halde; 2001 Anayasa Değişiklikleri yapılırken böyle bir çalışma ve düzenleme yapılmadığı için sorunlara yol açabileceğini ifade etmiştir.⁹ 2001 Anayasa Değişikliklerini , “abesle iştigal” örneği olarak

⁶ ÖZBUDUN, 2001 Anayasa Değişiklikleri”, 134.Yıl Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 2002, s.12.

⁷ ÖZBUDUN,(2002), s.12. 2001 Anayasa Değişiklikleri”, 134.Yıl Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara

⁸ ALİEFENDİOĞLU, 2001 Anayasa Değişikliklerinin temel hak ve Özgürlüklerin sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut, 2002, s.154

⁹ SAĞLAM, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, Anayasa Yargısı, S.19, 2002, s.289.

niteleyen GÖZLER ise, 13.maddenin genel sınırlama niteliğini kaybetmesini, “zararlı değişiklik” olarak nitelendirmiştir.¹⁰

B. Sınırlamanın Kanunla Yapılması

1924, 1961 ve 1982 Anayasası’nın ilk halinde benimsenen, kanunla sınırlama esası, 2001 Anayasa Değişiklikleriyle korunmuştur. Bu esas, 1982 Anayasası’nın ilk halinde, “Temel hak ve hürriyetler...kanunla sınırlanabilir” şeklinde ifade edilmişken, 2001 Anayasa Değişiklikleriyle, 1961 Anayasası’na paralel şekilde “Temel hak ve hürriyetler...ancak kanunla sınırlanabilir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Sınırlamanın kanunla yapılmasının gereği olarak, yürütme organının, yasada bulunmayan bir sınırlamaya dayanmadan, tüzük ve yönetmelikle, bir temel hak ve özgürlüğü sınırlaması mümkün değildir. Ancak, SOYSAL’a göre bir temel hak ve özgürlüğün, daha önceden yasayla sınırlanmış olması ve yasanın açıkça ortaya koyduğu belirli çerçevede kalmak kaydıyla, temel hak ve özgürlüğü sınırlayan tüzük ve yönetmelik gibi düzenlemelerin yapılabilmesini kabul etmek gerekir. Bunlar, kanunla ilgili biçimsel düzenlemeler olacağı görüşündedir¹¹.

Kanunla sınırlama ilkesinin bir diğer sonucu, kanunla getirilen sınırlamaların, Anayasa’ya oranla daha kesin ve somut olmalarıdır¹². Anayasadaki soyut sınırlama nedenlerinin, aynen yasaya aktarılması halinde, bu soyut ve genel kavramlar, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, şahsi yorumlara elverişli hale gelecek, keyfiliğe varan uygulamalara yol açabilecektir¹³. 1961 Anayasası döneminde, Anayasadaki soyut ve genel sınırlama nedenlerinin aynen yasaya aktarılmasını Anayasa

¹⁰ GÖZLER, Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği; Bir Abesle İştigal Örneği”, Anayasa Yargısı, S.19 2002, ss.348-253.

¹¹ SOYSAL, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 6. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s.197

¹² TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku 2002, s.147 1982.

¹³ SABUNCU “1982 Anayasası ve Temel Hak ve Özgürlükler ”Mülkiyeliler Birliği Dergi S.76, 1984, s.18.

Mahkemesi Anayasa'ya aykırı bulmuş ve iptal kararı vermiştir¹⁴. Anayasadaki soyut ve belirsiz kavramların yinelenildiği, Polis Vazife ve yetkileri Kanunu'nun, iptali istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde farklı olarak, soyut anayasa hükümlerinin olduğu gibi yasaya aktarılmasını iptal sebebi saymamıştır¹⁵.

C. Anayasanın Sözüne Ve Ruhuna Aykırı Olmama

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun sınırlama yapılmasını öngören ilkeye ilk defa, 1961 Anayasası'nın 11.maddesinde yer verilmiştir.1961 Anayasası'nın 11. maddesinin ilk fıkrasına göre, "Temel hak ve hürriyetler Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak...sınırlanabilir." 1982 Anayasası'nda da hiçbir değişiklik yapılmadan aynı şekilde, "Temel hak ve hürriyetler...Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak...sınırlanabilir." Denerek aynı ilke benimsenmiş, 2001 Anayasa Değişiklikleriyle, "Bu sınırlamalar... Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olamaz." Şeklinde ifade edilmiştir.

Anayasanın sözü ve ruhuna uygunluk ilkesi, diğer bütün sınırlama sebeplerini barındıran, en geniş kapsamlı sınırlama ilkesidir¹⁶. Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesi iki farklı ilkeyi içermektedir, Anayasanın sözü ve ruhudur.

Anayasanın sözünden, Anayasa metninde açık olarak düzenlenen, somut hükümler ve ek güvenceler anlaşılmaktadır¹⁷. Anayasanın sözüne uygunluk ilkesi, Anayasa'nın ek güvencelerle koruma altına aldığı temel hak ve özgürlükler açısından da geçerlidir.1982 Anayasa'sının tutuklamanın ancak hakim kararıyla yapılmasını öngören 19.maddesi, basının sansür edilemeyeceğini öngören 28.maddesi, süreli ve süresiz yayınların önceden

¹⁴ E.1973/41,k.1974/13.k.t,25.4.1974 AYMKD. S. 13, s.152

¹⁵ E.1985/8, k.1986/27, k.t.26.11.1986, AYMKD, S.22,365-366.

¹⁶ UYGUN, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel rejimi Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.142.

¹⁷ SABUNCU, Anayasaya Giriş, 7.Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2001, s.48

izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağını öngören 29.maddesi, dernek, sendika ve siyasi parti kurmanın önceden izin alma şartına bağlanamayacağını öngören 33, 51 ve 68. maddesi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemenin önceden izin alma şartına bağlanamayacağını öngören 34. maddesi, Anayasadaki istisnalar dışında, vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını öngören, eziyet ve işkence yasağı getiren 17. maddesi , özel haberleşmenin gizliliğine ve konuta Anayasadaki İstisnalar dışında hakim kararı olmadıkça dokunulamayacağını belirten 20 ve 21. maddeleri, bu maddelerde düzenlenen temel hak ve özgürlükler açısından, ek güvenceler getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde kamulaştırma ile ilgili olarak verdiği bir kararında, kamulaştırmaya konu malın, uygun bir sürede kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması durumunda kamulaştırmadan önceki malikine geri verilmesi gereğinin, Anayasanın özünden çıkan bir kural olduğunu hükmetmiştir, “...(Anayasa’nın) 11.maddesinin birinci fıkrasında sözden ve ruhtan söz edilmiş olmasından da anlaşıldığı gibi, Anayasa yalnız sözü ile değil, özü ile de bir takım kurallar koyar...gerek 38. maddenin yazılışından ve kabul edilmesi zorunluluktan, gerekse 36 ve 38. maddelerin birlikte incelenmesinden belirlediği üzere, kamulaştırılan malın kamu yararına uygun bir biçimde kullanılmaması durumunda eski mal sahibine geri verilmesinin Anayasal bir gerek olduğu ortaya çıkmaktadır¹⁸.

1982 Anayasası döneminde de, Anayasa Mahkemesi, özel işletmeler adına devlet tarafından kamulaştırmalar yapılabilmesine olanak tanıdığı halde; kamulaştırılan alana daha sonra gerek kalmaması veya amaç dışında kullanılması halinde ne yapılacağı konusunda bir düzenleme getirmeyen Maden Kanunu’nun 46. maddesinin ilgili ibaresini, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanıldığı, anayasanın

¹⁸ E.1967/41, K.1969/57, k.t.23.24.25.10.1969, AYMKD, S.8, s.60.

sözüne ve ruhuna uygun düşmediği, ayrıca Anayasal güvence altındaki mülkiyet hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir¹⁹.

D. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama

1961 Anayasası'ndaki temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun o hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaması yasağına, 1982 Anayasası'nın ilk halinde yer verilmemiş, temel hak ve özgürlüklerle ilgili özel ve genel sınırlamaların, demokratik toplum düzenine aykırı olamayacakları esası benimsenmiştir.

1982 Anayasası'nın ilk halinde yer verilen, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamama kriteri, 2001 Anayasa Değişikliğiyle korunmuştur.

Öğretide, üzerinde görüş birliği sağlanan konu, demokratik toplum düzeninin gereklerinden, genellikle kabul gören, çağdaş demokrasilerin anlaşılması gerektiğidir²⁰.

Anayasa Mahkemesi, serbest bölgelerle ilgili bir kararında demokratik toplum düzeninin gereklerine bakış açısını yansıtmış ve bundan ne anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre²¹, "...Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur," diyerek demokratik toplum düzeninin gereklerini, 1982 Anayasası'nın benimsediği demokrasi anlayışıyla sınırlı tutması tartışmaları alevlendirmiştir.

¹⁹ E.1993/8, K.1993/31, k.t.22.9.1993, AYKMD, S.30/1, s. 142-143.

²⁰ SAĞLAM, "1982 Anayasası'nın Temel hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar", Bahri Savcı'ya Armağan, MBY yayınları, Ankara, 1988, s.440, SABUNCU, "1982 Anayasası ve Temel Hak ve Özgürlükler "Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S.76, 1984, s. 19, TURHAN "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzenin Gerekleri" Anayasa Yargısı, 1991, S. 8. s.409, ÖZBUDUN, "Türk Anayasa Hukuku, s.82.

²¹ E.1985/21, k.1986/23, K.T.6.10.1986, AYMKD, S.22, s.225

SAĞLAM²², Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımını, Alman Anayasası'nın olağanüstü dönemlerde dahi grev hakkına dokunulamıyacağını öngören hükmüyle karşılaştırarak; Avrupa Standartlarından bu kadar uzaklaşmayı endişe verici bulmuştur.

TEZİÇ'e göre de²³ Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gereklerini saptayarak, bu şekilde denetim yapmasının, yargıçlar hükümetine elverişli bir zemin yaratabileceğini, Anayasa Mahkemesi'nce demokratik toplum düzeninin gereklerinin kendi içtihat ve yorumlarıyla belirlemesini, çok partili siyasi için de bir tehlike olarak gördüğünü ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gereklerini, 1982 Anayasası'nın demokrasi anlayışına göre belirlemesi süreklilik kazanmamış; serbest bölgeler kararı dışında, demokratik toplum düzeninin gereklerini, batılı demokrasileri referans alarak belirlemiştir. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 5. Maddesine 16.6.1985 gün ve 3233 Sayılı Kanunla eklenen, "genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlarda bulunanların" parmak izleri ve fotoğraflarının alınabilmesine olanak sağlayan hükmün iptali istemini inceleyen Mahkeme, Serbest bölgeler kararından 1,5 ay sonra verdiği kararla, anılan hükmü Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

Getirilen sınırlamanın, demokratik toplum düzenine uygun olup olmadığını değerlendiren Mahkeme, Serbest Bölgeler ile ilgili verdiği kararındaki, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" anlayışını değiştirmiş, demokratik toplum düzeninin gereklerini klasik demokrasileri referans göstererek belirlemiştir. Bu rejimler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Anayasa'nın 13, 14 ve 15. maddelerine göre, herkes için özgürlüğün asıl, bunların sınırlandırılmasının

²² SAĞLAM "1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar" Bahri Savcı'ya Armağna, MBY Yayınları, Ankara 1988, s.440

²³ TEZİÇ, "Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1986, s.195-196.

ise, gerçekleştirilmesi güç koşullara bağlandığına işaret etmiş, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ilgili olarak, serbest bölgeler kararının aksine genel kabul gören demokrasilere yollama yapmıştır, “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılmaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Şu halde getirilen sınırlamaların Anayasa’nın 2.maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. 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 yapılması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını kaldıracak düzeye vardırmasıdır.”²⁴

Mahkeme bu kararında, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını, 1982 Anayasası’nın ilk halinde yer verilmeyen öz güvencesi kavramıyla paralel düşünmekle beraber, tanımını farklı yapmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını son derece güçleştiren düzenlemelerin, öz güvencesine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düştüğü benimsenmemiş; sadece temel hak ve özgürlükleri, tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların, ilgili hakkın özüne dokunduğu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düştüğü kabul edilmiştir.²⁵

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında Avukatlık Kanunu’nun, Devletin şahsiyetine karşı cürümlerden veya rüşvet, sahtecilik, hırsızlık

²⁴ E.1985/8, K.1986/27, K.T.26.11.1986, AYMKD. S.22, s.365-366

²⁵ E.1985/8, K.1986/27, K.T.26.11.1986, AYMKD. S.22s.365

dolandırıcılık, inancı kötüye kullanma ve yalan yere tanıklık cürümlerinden biri ile hakkından kamu davası açılanların, işten yasaklanmasını zorunlu kılan hükmünün iptali istemini inceleyen Mahkeme, sayılan suçlar arasında para cezası ya da kısa süreli hapis cezasını gerektirenlerin olduğunu, dolayısıyla bu suçlardan mahkumiyetin avukatlık mesleğinin icrasına engel olmadığını, buna rağmen böyle bir suçtan kamu davası açılmasının ilgilinin meslekten yasaklanması sonucunu doğurmasını demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bularak iptal etmiştir.²⁶

Özelleştirme kapsamında bulunan kuruluşlar ile bundan sonra özelleştirme kapsamına alınacak kuruluşların taşınır ve taşınmaz her türlü mal, hak ve alacaklarının bu kuruluşlar özelleştirme kapsamında kaldığı sürece haczedilemeyeceği, konulmuş olan hacizlerin kalkacağı ve takiplerin düşeceği yönünde düzenleme getiren, 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesinin iptali istemini inceleyen Mahkeme, kamu mallarının haczedilememesinde kamu yararının varlığından söz edilebilecekken, özelleştirme kapsamına alınan kamu kuruluşlarının özel malları için aynı gerekçeye dayanılamayacağı, böyle bir düzenlemeyle özelleştirme sonunda daha yüksek bir gelir sağlanabileceği düşünülse de kişi hakları karşısında dolaylı bir kamu yararı düşüncesine öncelik verilemeyeceğinden bahisle, hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin asıl olduğunu belirtmiş, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bulmadığı düzenlemeyi iptal etmiştir.²⁷

Süreli yayın kuruluşlarınca düzenlenen kampanyalarda, ikinci ürün olarak kitap, dergi, ansiklopedi, afiş, bayrak, poster, sözlü veya görüntülü manyetik bant veya optik disk gibi süreli yayıncılık amaçlarına aykırı olmayan kültürel ürünler dışındaki mal ya da hizmet dağıtımını yasaklayan 4226 Sayılı Yasanın 1. Maddesinin iptal istemini inceleyen Mahkeme, getirilen

²⁶ E.1984/12, K. 1985/6, K.T.1.3.1985, AYMKD, S. 21, s.121-123.

²⁷ E.1996/66 K. 1997/7, K.T.31.1.1997 AYMKD.S.33/1, s.299-300

düzenlemenin Anayasanın 13 ve 48. maddelerine uygun olduğu, kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amacıyla getirilen düzenlemenin demokratik toplum düzeniyle bağdaştığı gerekçesiyle iptal isteminin reddetmiştir.²⁸

Valinin görevlendireceği mülki idare amirinin, sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında, genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından gerekli gördüğü hallerde binaları, uçakları, gemileri ve her türlü deniz ve kara taşıtlarını ve eşyalarını aratabileceğini öngören 4178 Yasayla 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu'na eklenen düzenlemenin iptal istemini reddeden Mahkeme, düzenlemenin, kamu düzeninin korunmasına, genel asayişin sağlanmasına ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğu ve demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişmediğine karar vermiştir.²⁹

Orman sayılmayan sahipli yerlerdeki fıstık çamları sahiplerinin, bu ağaçları kesmeden önce orman idaresine haber vererek bu durumun bir tutanakla belgelemelerini öngören Orman Kanunu'nun 3773 Sayılı Yasayla değişik 116.maddesinin iptali istemini, Mahkeme, hükmün kamu yararını koruma amacıyla getirildiği, mülkiyet hakkını ortadan kaldıran veya bu hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıran nitelik taşımadığı, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyumlu olduğu gerekçesi reddetmiştir.³⁰

Tütün ve tütün mamullerinin isim, marka veya alametler kullanılarak her ne suretle olursa olsun, reklam ve tanıtımını yasaklayan 4207 Sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun'un 3.maddesinin iptali istemini, bu ürünlerin kullanılmasının teşvik edilmesinin toplum sağlığını olumsuz yönde etkileyeceği, genel sağlığın korunması amacıyla getirilen düzenlemenin benzerlerine çağdaş demokrasilerde rastlandığı,

²⁸ E. 1998/25 K.1998/56, K.T.29.9.1998, AYMKD, S.35/1, s.278-279

²⁹ E.1996/68, K.1999/1, K.T. 6.1.1999, AYMKD, S.37/1, s.232-233

³⁰ E.1997/75, K.1999/10, K.T.3.4.1999, AYMKD, S.36/1, s.388-389

düzenlemenin demokratik toplum düzeniyle uyumlu bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir.³¹

Anayasa mahkemesi'nin kararlarında, demokratik toplum düzeninin gereklerini, sınırlarını belirlemiş bir şekilde, kalem kalem saymamakta; somut olayda getirilen düzenlemenin demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyumlu olup olmadığını tespit etmektedir.³²

Mahkeme incelemesini, sadece temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğuran düzenlemeyle, yaratılan durumun demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığıyla sınırlamamaktadır. Mahkeme, "Demokratik hukuk devletin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimlerde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamanın yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir." ³³ diyerek, ölçülülük ilkesini de, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı içerisinde yer aldığına hükmetmiştir.

E. Laik Cumhuriyet Gereklerine Aykırı Olmama

2001 Anayasa değişiklikleri ile daha önceki anayasalarımızda yer almayan bir sınırlama sınırına yer verilerek böylece laik cumhuriyetin gerekleri anayasamızda düzenlenmiştir.

³¹ E.1998/24, K.1999/9, K.T.13.4.1999, AYMKD, S.36/1, s.378-379

³² YILDIRIM, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında sınırlamanın sınırı AÜSBF, C.XLVI, S.1-2, s.473, (1991)

³³ E.1999/33, K.1999/51, K.T.29.12.1999, AYMKD, S.36/2, s.673

2001 Anayasa değişiklikleriyle laik cumhuriyetin gereklerinin sınırlamanın sınırı olarak benimsenmesi, öğretide ihtiyatla karşılanmıştır.³⁴

13. Maddenin önceki halinde, “ ...cumhuriyetin korunması” genel bir sınırlama nedeni iken, 2001 Anayasa Değişiklikleriyle, laik cumhuriyetin gerekleri”nin sınırlamanın sınırı olarak benimsenmesinin, bu kriterin uygulanması ve kullanılması güç bir kriter olması³⁵ ve Anayasa Mahkemesi’nin Türkiye’ye özgü bir laiklik anlayışını benimsenmesi nedeniyle de temel hak ve özgürlüklerin korunmasından ziyade temel hak ve özgürlüklerin daha fazla sınırlanması yönünde işlev görebileceği belirterek eleştirilmiştir.³⁶

GÖZLER de, laik cumhuriyetin gerekleri kriterini eklemenin mantığını anlamanın mümkün olmadığını, devlet işleriyle din işlerini ayrılmasına yönelik bir ilke olan laiklik ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması arasında bir ilişki olmadığını, laik cumhuriyetin gereklerinin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından uygun bir kavram olmadığını, laiklik ile temel hak ve hürriyetlere saygının birbirlerinden bağımsız olduğunu, bir cumhuriyetin laik olmasının onun temel hak ve özgürlüklere saygılı olacağı anlamına gelmediğini belirtmiş; 13. maddeye eklenen bu kavramı, anlamsız, gereksiz, kavram kargaşasına yol açmaktan başka bir işe yaramayan bir kavram olarak nitelendirmiştir.³⁷

Anayasa’nın 2.maddesi uyarınca “Türkiye Cumhuriyeti...demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” Anayasa Mahkemesi’nin incelemesini Anayasa’nın 2. maddesindeki laiklik ilkesine dayandırdığı kararlarının

³⁴ ALİEFENDİOĞLU, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin sınırlandırılmasında Belirttiği Yeni Boyut” Anayasa Yargısı, 2002, S.19 s.158-160 S.200-201; ASLAN, “Temel hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13.Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı, S.19, 2002, ss. 228-230; CAN, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, S.19, 2002, s.519,

³⁵ ALİEFENDİOĞLU, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut Anayasa Yargısı, 2002, S. 19, s.160

³⁶ ERDOĞAN, “Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor?”, http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Erdoğan/me_anayasa2.htm CAN, Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi açıklama özgürlüğü Anayasa Yargısı 2002, S.19. s. 519.

³⁷ GÖZLER, “Anayasa Değişikliği’nin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri, Ankara Barosu Dergisi 2001 S.4 s. 62-63.

incelenmesiyle, laik cumhuriyetin gerekleri ilkesini nasıl yorumlayacağını belirlenebileceğini düşünmekteyiz. Anayasa Mahkemesi bir kararında temel hak ve özgürlükler sınırlanırken, diğer ilkelerin yanı sıra, laiklik ilkesi temel alınarak da değerlendirilme yapılması gerektiğine işaret etmiştir. Anayasa mahkemesinin söz konusu kararına göre, “ Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa’daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm temel hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur.”³⁸

Yine Anayasa Mahkemesi, Türkiye’ye özgü bir laiklik anlayışını benimsediğini kararlarında açıkça ifade etmektedir, “Türkiye’de laiklik ilkesinin uygulanması, kimi batılı ülkelerdeki laiklik uygulamalarından farklıdır. Laiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların laiklik anlayışına da yansarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klasik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması biçimindeki tanımına karşın, İslam ve Hristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıklar gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur. Dini ve din anlayışı tümüyle farklı ülkelerde laiklik uygulamasının, aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan sonucudur. Kaldı ki, aynı dini benimseyen batılı ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, farklı dönemlerde, kimi kesimlerce de kendi anlayışları ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmiştir. Yalnızca felsefi bir kavram olmayıp yasalarla yaşama geçirilerek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan laiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel, sosyal ve siyasal koşullarından etkilenmektedir. Tarihsel gelişiminin farklılığı nedeniyle Türkiye için özellik taşıyan laiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir.”³⁹ Anayasa’nın 13. maddesindeki demokratik toplum

³⁸ E.1989/1, K.1989/12, K.T.7.3.1989, AYMKD, S.25, s.150

³⁹ E.1997/1, K.1998/1 K.T.16.1.1998 AYMKD, S.34/2, s.1027

düzenin gerekleri ilkesini çağdaş, evrensel demokratik sistemleri esas alarak belirleyen Anayasa Mahkemesi'nin, aynı maddede yer alan laik cumhuriyetin gerekleri ilkesi belirlerken, Türkiye'ye özgü bir laiklik anlayışını esas almasının çelişki yaratacağını düşünmekteyiz.

F. Öze Dokunma Yasağı

2001 Anayasa Değişikliklerine sonucunda, “Temel Hak ve Özgürlükler özlerine dokunulmaksızın” sınırlanabilecektir. “Öze Dokunma yasağı” veya “Öz Güvencesi” olarak adlandırılan ve sınırlamanın nihai sınırını belirleyen bu ilke 2001 Anayasa Değişiklikleriyle Anayasamıza yeniden girmiştir. 1961 Anayasası'nın 11. maddesine göre de, temel hak ve özgürlükler kanunla sınırlanacak, “ kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın özüne dokunamayacaktı. 1961 anayasası'nda yapılan 1971 değişiklikleriyle 11. maddenin 2. fıkrası sadece öz güvencesini düzenleyen bir fıkra haline getirilmiş, “ Kanun temel hak ve hürriyetlerinin özüne dokunamaz.”. hükmüne yer verilmiştir. 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk halinde öz güvencesine yer verilmemiş, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı esası benimsenmiştir.

1982 Anayasası'nın ilk halinde öz güvencesine yer verilmemesine rağmen, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunma yasağının geçerli olduğu görüşü savunulmuştur.⁴⁰ Öz güvencesi temel hak olmaktan kaynaklanan doğal bir nitelik olarak kabul edilmiş; bir hak ve özgürlüğün anayasada yer almakla, o hak ve özgürlüğü kullananlara, asgari de olsa dokunulmaz bir alan sağlaması, anayasanın üstünlüğü ilkesinin de gereği olarak kabul edilmiştir. Haklı olarak, yasa koyunun bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunabilmesinin, temel hak ve özgürlüğün amacına uygun şekilde

⁴⁰ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayını, Ankara 1982, s.158; UYGUN, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, 1992, s.187.

kullanılmasını son derece güçleştirebilmesi ya da engelleyebilmesinin, anayasal güvenceyi anlamsız hali getireceği ifade edilmiştir.⁴¹

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü kriterinin birbirlerinden farklı nitelikte olduğu; demokratik toplum düzenin gerekleri, sınırlamanın nasıl yapılacağını gösterirken, öze dokunma yasağının kişiye her temel hak ve özgürlük açısından dokunulmaz bir asgari olan güvencesi verdiği ifade edilmiştir. Gerçekten de öze dokunma yasağı, demokratik toplum düzenin gereklerinden farklı olarak her temel hak ve özgürlük için geçerli olmak üzere kanun koyucunun dokunamayacağı bir güvence sağlamaktadır.

Öz güvencesi, her temel hakta bir öz, bir çekirdek olduğu anlayışına dayanır. Ayrıca her temel hak belirli içeriği sahiptir.⁴²

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde öz güvencesini, bu ilkeyi aldığımız Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre daha cömert kullanmıştır⁴³

Mahkemeye göre, “ Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur.”⁴⁴ Mahkeme başka bir kararında da “... bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi

⁴¹ UYGUN, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, 1992, s. 187, SABUNCU, Anayasa Giriş, 7. Basım, İmaj Yayıncılık Ankara, 2001, s. 49.

⁴² SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s.155, SABUNCU, 1982 Anayasası ve Temel Hak ve Özgürlükler, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S.76, 1984, s.18.

⁴³ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s.144-145..

⁴⁴ E.1962/208, K.1963/1, K.T. 4.1.1963, AYMKD, S.1,s.74.

tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.”⁴⁵ diyerek öz güvencesi benzer şekilde formüle etmiştir.

Bu kararlarda dikkati çeken husus, Mahkeme’nin sadece bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayan, amacına ulaşmasını önleyen veya etkisini ortadan kaldıran sınırlamaları değil; bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasına ciddi surette güçleştirici sınırlamaların da ilgili temel hak ve özgürlüğün özüne dokuduğuna hükmetmesidir.

1982 Anayasası, 2001 Anayasa Değişikliklerine kadar öz güvencesine yer vermemekle beraber, Anayasa Mahkemesi, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nun kimi hükümlerinin iptali istemini incelediği kararında, “ temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz” diyerek demokratik toplum düzeninin gerekleri içerisinde , öz güvencesinin bulunduğu hükmetmiştir.⁴⁶ Ancak 1961 Anayasası döneminden farklı olarak, sadece temel hak ve özgürlüğü tümüyle kullanılamaz hale getiren düzenlemeleri öz güvencesine aykırı bulunmuştur.

Mahkeme daha sonraki bir kararında, “ Hakkın özüne dokunan düzenlemeler, gerçek anlamda mülkiyet hakkını ortadan kaldırır ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerine ilgili genel ve özel sınırlamaların ölçüsünü oluşturan demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmaz... Kamu yararı amacıyla getirilen bu sınırlama hakkın kullanılmasını ortadan kaldıran veya önemli ölçüde zorlaştıran bir nitelik taşımadığından demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturmaktadır.”⁴⁷ diyerek görüş değişikliğinin işaretlerini vermiştir. Mahkeme imar kanunu’yla ilgili verdiği bir karardan büyük ölçüde 1961 dönemi kararlarına paralel bir şekilde öz tanımı geliştirmiştir. “ Çağdaş Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve

⁴⁵ E.1963/17, K.1963/84, K.T. 8.4.1963, AYMKD, S.1,s.228

⁴⁶ E.1985/8, K.1986/27, K.T.26.11.1986 AYMKD, S.22, s.365

⁴⁷ E.1997/75, K.1999/10, K.T.3.4.1999, AYMKD, S.36/1, s.389

özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişileri hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerle insanı önce çıkarın bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeninin kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. ⁴⁸

Demokratik hukuk devletinin güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaları, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.”⁴⁸

Mahkeme'nin 1961 döneminin aksine, “ Temel hak ve özgürlüklerini gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını “ engelleyici düzenlemeleri öz güvencesine aykırı bulmaması, öz güvencesine aykırılıktan iptal kararı verdiği kararlarında bu ifadeye yer vermemesi, temel hak ve özgürlüklerin amaçsız kalmasına yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.”⁴⁹

3194 Sayılı Yasanın 13. maddesinin birinci fıkrasında, imar planlarında, resmi yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazar yeri, hal mezbaha ve benzeri umumi hizmetlere ayrılan alanlarda, inşaata ve mevcut bina varsa esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmeyeceği, imar programına alıncaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceği, üçüncü fıkrasında ise imar planlarının tasdik tarihinden itibaren beş yıl sonra parsel sahibinin başvuruda bulunarak imar planlarında meydana gelen değişikliklerin ve

⁴⁸ E.1999/33, K.1999/51, K.T.29.12.1999, AYMKD, S.36/2, s.673-674

⁴⁹ UYGUN, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.189-190.

civarin özelliklerinden dolayı okul, cami, otopark sahası ve benzeri umumî hizmetlere ayrılan alanların yapımından, ilgili kamu kuruluşunca vazgeçildiğine dair görüş alması koşuluyla tüm belirli çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatım dengesini yeniden irdelleyerek hazırlanacak yeni imar planına göre, inşaat yapılabileceği belirtilmiştir. Bu maddenin iptali istemini inceleyen mahkeme, anılan hükmü mülkiyet hakkı üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya yol açtığı, mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirerek özüne dokunduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.⁵⁰

Sandık seçmen listeleri güncelleştirilirken, sadece askerlik hizmetlerinden terhis olanlarla, tayin olan memurların göz önüne alınmasını öngören, 4 Aralık 1994 Günü Milletvekili ve Mahalli İdareler Ara Seçimi Yapılması Hakkındaki Kanun' un 2/2. maddesiyle getirilen düzenlemeyi seçme hakkını kimi seçmenler açısından kaldırdığı, terhis olan askerlerle tayin olan memurlara anayasal haklar sağlanırken diğer seçmenleri seçme hakkından yoksun bırakıldığını, seçme hakkının bu şekilde anayasal gereklere aykırı bir biçimde engellemesinin bu hakkın özüne dokunduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.⁵¹

II. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. Öğretide Ölçülülük İlkesinin Tanımı

Ölçülülük ilkesi, öğretide çeşitli tanımlamalarla ifade edilmiştir. Bu tanımlamalar, öz itibarıyla aynı olup öğretideki bu farklı tanımlamalar ölçülülük ilkesinin unsurlarına bakış açısından kaynaklanmaktadır.

Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü adlı çalışmasıyla, ölçülülük ilkesini Alman doktrini ve yargı içtihatları ışığında, Türk hukukuna tanıtmış, bu ilkenin Türk yargısı ve doktrininde benimsenmesine öncülük

⁵⁰ E.1997/44, K.1999/71, K.T.29.12.1999, AYMKD, S.36/2, s.545-557.

⁵¹ E.1994/83, K.1994/78, K.T.16.11.1994, AYMKD, S.30/2, s.765-766

etmiştir. SAĞLAM'a göre ölçülülük ilkesi;⁵² Somut bir temel hak sınırlamasının amacı ile sınırlama önlemi arasında ilişkinin denetlenmesini, hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlayarak, keyfi sınırlamaları önleyici bir fonksiyon yerine getirmektedir.” şeklinde tanımlamıştır.

SAĞLAM'a göre her sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için;⁵³

- Başvurulan araç, sınırlandırma amacının gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır.
- Aynı araç, sınırlandırma ve amacı açısından zorunlu olmalıdır.
- Araç ve amaç, ölçüsüz bir oran içinde bulunmalıdır.

Durmuş TEZCAN ve Ruhan ERDEM, ölçülülük ilkesini ne zaman ihlal edileceğini belirterek bu ilkeyi tanımlamaya çalışmıştır. Daha çok ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan gereklilik ve orantılık ilkelerini ön planda çıkarmışlardır.

TEZCAN ve ERDEM'e göre;⁵⁴ “en ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemler ile çözüm bulmak mümkün olmasına rağmen gerektiğinden daha ağır önlemlerin alınması tercih ediliyorsa amaç ile araç arasındaki makul denge bozulduğundan ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olur. Tehlike ortadan kalktığında tedbirler kaldırılma, tehlike arttığında ise tedbir alınmalıdır.

Nemci YÜZBAŞIOĞLU, ölçülülük ilkesini elverişlilik ve orantılılık ilkeleri ışığı altında tanımlamaya çalışmıştır. Yüzbaşıoğlu'na göre;⁵⁵

⁵² SAĞLAM, Temel Hakları Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayını, Ankara 1982, s.128.

⁵³ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayını, Ankara 1982,s.114.

⁵⁴ TEZCAN,/ERDEM, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.92.

⁵⁵ YÜZBAŞIOĞLU, Anayasa Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, 5.Baskı, 2007, s.49.

“...ölçülülük ilkesi, bir hak ve hürriyetin sınırlanması amacıyla kanunla konulan önlemler arasında elverişli, zorunlu ve oranlı olması gerek” şeklinde tanımlamıştır.

M.Semih GEMALMAZ’a göre de ölçülülük ilkesi;⁵⁶ “...bir sınırlamanın öngörüldüğü amacı aşmaması, hak ve özgürlüğün varlığını zedeleyecek yahut ortadan kaldıracak dereceye varmaması, böylece etki doğurmamasıdır” şeklinde ölçütlük ilkesini tanımlamıştır. GEMALMAZ daha çok hakkın özü ve oranlılık ilkeleriyle ölçülülük ilkesini tanımlamıştır.

Metin GÜNDAY ise, ölçülülük ilkesinin;⁵⁷ “...bir temel hak ve özgürlüğü sınırlama ile ulaşılmak istenen amacın zorunlu kıldığından ve gereğinden fazla sınırlanamayacağı anlamına geldiğini” ifade etmiş ve daha çok oranlılık ilkesi ile ölçülülük ilkesini tanımlamaya çalışmıştır.

Lütfü DURAN ise ölçülülük ilkesinin kolluğun eylem ve işlemlerine özgü bir ilke olduğu bakış açısını getirmiş; kolluğun yaptığı eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun ölçülülük ilkesi ile anlaşılabilirliğini belirtmiştir. DURAN’a göre;⁵⁸ “...Alınan tedbir, tehdit ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı mıdır? Ve etkili midir? Yoksa hak ve hürriyetlere yersiz olarak veya gereksiz ölçüde sınırlayıp kısıtlamış mıdır? Gibi sorular aydınlatılmadıkça, kolluk yetkisinin hukuka uygun yoldan kullanılıp kullanılmadığı anlaşılamaz ve saptanamaz” demiştir.

Sıdık Sami ONAR da ölçülülük ilkesini, gereklilik ilkesi ile tanımlamaya çalışmıştır. ONAR’a göre;⁵⁹ “...Maksada varmak için daha hafif bir tedbir ve vasıta kafi iken daha ağır bir vasıtaya başvurulamaz” şeklinde ilkeyi tanımlamaya çalışmıştır.

⁵⁶ GEMALMAZ, İnsan Hakları Hukuku’nun Genel Teorisine Giriş, legal Yayınları, 5.Baskı, İstanbul, 2005, s.29.

⁵⁷ GÜNDAY, İdare Hukuku, 7.Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s.264.

⁵⁸ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1977, s.224.

⁵⁹ ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, 3.Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1510.

Emin MEMİŞ'e göre ise ölçülülük ilkesi;⁶⁰ "...Kısıtlamada başvuru alan aracın sınırlandırma amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını gerektirir. Bu kısıtlama, aracın kısıtlamaya yönelik amaç açısından gerekli olması, araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması" olarak ifade etmiştir. MEMİŞ'in bu tanımlaması, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini de içeren daha kuşatıcı bir tanımlamadır.

Zafer GÖREN, ölçülülük ilkesi tabiri yerine, ölçülülük ilkesini orantılılık ilkesi olarak ifade etmektedir. GÖREN'e göre orantılılık ilkesinin alt ilkeleri olarak elverişlilik, zorunluluk ve katlanabilirlik olduğunu⁶¹ ifade etmiştir.

Veli Özer ÖZBEK'te ölçülülük ilkesi tabiri yerine aşırılık yasağı⁶² tabirini kullanmakta; ÖZBEK, ölçülülük ilkesini aşırılık yasağı olarak ifade etmektedir.

Öğretide, görüldüğü gibi ölçülülük ilkesi çeşitli şekillerde tanımlanarak ifade edilmiştir. Ancak bu tanımlamalar ölçülülük ilkesinin farklı özelliklerini ve unsurlarını yansıtmaktan öteye gidememektedir. Ölçülülük ilkesini, alt ilkeleriyle birlikte kapsayan ve kuşatan tanımlama Ergun ÖZBUDUN tarafından ifade edilmiştir. ÖZBUDUN'a göre ölçülülük ilkesi;⁶³ "...Bir özgürlük ya da hakkı sınırlamada başvuru alan aracın, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlandırma aracının amaç için gerekli olması, araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunması" şeklinde tanımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi ise ölçülülük ilkesini amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını diğer bir deyişle yapılan sınırlandırmayı

⁶⁰ MEMİŞ, Anayasa Hukuku Notları, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s.193.

⁶¹ GÖREN, Anayasa hukukuna Giriş, 2.Baskı, 9 Eylül Yayını, İzmir, 1999, s.375-376.

⁶² ÖZBEK, Türk Ceza Kanununun Anlamı, 3.Baskı, C.I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.358.

⁶³ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 6.Baskı Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.105.

sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerektiği şeklinde tanımlamıştır.⁶⁴

B. Ölçülülük İlkesinin Hukuk Alanlarına Yansımaları

Ölçülülük ilkesi, kamu hukukunun dalları olan ceza hukuku, idare hukuku, uluslararası hukuk gibi alanlarda gerekse özel hukukun dalları olan borçlar hukuku, iş hukuk, ticaret hukuku gibi alanlarda değişik şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, ölçülülük ilkesini hukukun genel ilkelerinden olmasından kaynaklanmaktadır.

Ceza hukukunda özellikle hukuka uygunluk sebeplerinden olan meşru savunmada, saldırıya uğrayan kişi ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde⁶⁵ meşru savunma hukuka uygun hale gelecektir. Savunmanın saldırıyı def edecek ölçüde olması şartı meşru olan müdafaa ile “ölçüsüz ve kanunsuz şahsi mücadele” arasındaki sınır çizgisini gösterir⁶⁶. Benzer şekilde diğer bir hukuka uygunluk sebebi olan, zorunluluk halinde de tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşuluyla işlenen fiilden dolayı ceza verilmez⁶⁷. Hukuka uygunluk sebeplerinde makul olan sınırın aşılması durumunda TCK göre bu durum cezalandırılmaktadır. Ayrıca Türk Ceza kanununun zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevinin gerektirdiği ölçünün dışında bir kuvvet kullanması halinde kamu görevlisinin sorumlusu olacağını belirtmiştir.

Ceza yargılamasında bir olay, daha hafif bir önleme başvurusu olarak amacı ulaşabilecekse bu hafif önlemlerle yetinilmeli, daha ağır bir önlemden

⁶⁴ 2007/4 E., 2007/81 K., K.T. 18.10.2007, [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

⁶⁵ ÖZGENÇ/ŞAHİN, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayınları, Ankara, 2007, s.134.

⁶⁶ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 11.Baskı, C.II Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 117.

⁶⁷ ÖZBEK, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı 3.Baskı, Cilt, 1, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.358.

yararlanılmamalıdır⁶⁸. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100/1f'da orantılılık ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre “işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemez” denmektedir. Buna göre, basit bir suçtan dolayı tutuklama kararı verilmemeli, tutuklulukta geçen süre, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbirinden fazla olmamalıdır⁶⁹. Ceza usul kanunumuz hakkındaki arama kararını ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirenlerin ise tazminata mahkum olacağını belirterek, aşırılığı cezalandırmak istemiştir.

Uluslararası hukukta da ölçülülük ilkesinin yansımalarını görmek mümkündür. Devletin birbirlerine karşı başvurabilecekleri önlem ve zorlamaların “orantılı karşı tedbirler” kapsamında olabilmesi için önlemin zararlar orantılı olması gerekmektedir⁷⁰. Uluslararası Adalet Divanı da meşru müdafaa hakkının kullanımı sırasında orantılılık ilkesine uygun davranılması gerektiğini ifade etmiştir⁷¹.

İdare hukukunda, ölçülülük ilkesini uygulama alanı çok geniştir. Bu ilkedен, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, idarenin taktir yetkisi, kolluk ve disiplin hukuku gibi pek çok alanda yararlanılmakta ve kullanılmaktadır. İlke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken bir şart olarak görülmektedir⁷².

İdare, temel hak ve özgürlükleri kısıtlama hatta gerektiğinde silah kullanma yetkisine dahi sahiptir. Bu sebeple, idarenin kolluk alanındaki eylem ve işlemlerinin denetlenmesi gerekmektedir. Bu denetimde idari yargı yerleri tarafından gözetilesi ve korunması gereken ilkelerin başında “yerindelik ve

⁶⁸ KUNTER/YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuk, 10.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 609.

⁶⁹ ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN, Ceza Muhakemesi Hukuk Bilgisi, 1.Baskı, Ankara,2007, Seçkin Yayıncılık, s. 169.

⁷⁰ PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, III.Kitap, 3.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 207.

⁷¹ ARAL, Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s. 29.

⁷² GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, s. 198.

ölçülülük”⁷³ ilkeleri gelir. İdare yargıcı, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan önlemin katılığının, tehlikenin önlemiyle ölçülü olup olmadığını değerlendirir.⁷⁴ ölçülülük denetiminin yapıldığı alanların başından biri de disiplin hukukuna ilişkin idari işlemler gelmektedir.

Ticaret hukukunda da ölçülülük ilkesinin uzantılarını görmek mümkündür. Anonim şirketlerde, pay sahiplerinin sahip oldukları pay oranında ortaklığa yaptıkları yatırımlar nedeniyle, anonim şirket karşısında bir takım haklar elde ederler ve borç yüklenirler⁷⁵. Anonim ve limited şirketlerde sermaye artırımında her ortağın payları oranında katılması da ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır.

Medeni kanunun 981 maddesine göre “zilyet, durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır” hükmünü getirmiş böylece zilliyetliği haksız bir şekilde gasp edilen ya da tecavüze uğrayan kimse kuvvet kullanırken, hal ve durumun haklı göstereceği şekilde cebir ve şiddet sergilemektedir⁷⁶. Medeni hukukta, ölçülülük ilkesinin temelleri, medeni kanunun dürüst davranma ve iyi niyet kuralları gösterilebilir.

Borçlar hukukunda da ölçülülük ilkesinin yansımalarını görmek mümkündür. Borçlar kanununda gabinin unsurlarından birinin ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunması, haksız fiil nedeniyle hakimnin tazminatı, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre takdir etmesi gibi düzenlemeler ölçülülük ilkesinin bir uzantısıdır.

İş hukukunda da iş aktinin feshinde feshin en son çare olarak başvurulabilecek⁷⁷ bir araç olarak kabul edilmiştir. İş kanunundaki, belli bir çalışma süresinin belirtilip bunun aşılamayacağını düzenlenmesi, işverenin

⁷³ ÖZAY, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 495.

⁷⁴ BEREKET, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 169.

⁷⁵ PULAŞLI, Şirketler Hukuku, 4.Baskı Karahani Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 392.

⁷⁶ PALAMUT, Medeni Hukuk, Alfa Akademi Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2004, s. 271

⁷⁷ ALP, “Ölçülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması”Yasa Hukuk İhtihat ve Mevzuat Dergisi, S. 205/12, Ocak, 1999, s. 1527.

işçiye para cezası verirken sınırının belirtilmesi, asgari ücretin, işçinin ihtiyacının karşılayacak derecede olması, grev ve lokavt'a en son çare olarak başvurulması gerektiği gibi düzenlemeler, ölçülülük ilkesinin iş hukukuna yansıma şekilleridir.

C. Ölçülülük İlkesinin Anayasal Dayanağı

1924 Anayasası temel hak ve özgürlük tanımına ve sınırlanmasına 68 maddesinde yer vermiştir. Bu maddeye göre “Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet başkalarına muzır olmayacak her türlü tasarrufta bulunmaktır. Hukuku tabiyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tespit ve tayin edilir” Her bir temel hak ve özgürlüğün özel olarak düzenlendiği maddelerde ise, geniş ve ayrıntılı düzenlemelerden ziyade, temel hak ve özgürlüklerin adını anmak ve kanunla sınırlanabileceğinin belirtilmekle yetinilmiş, ölçülülük ilkesine yer verilmemiştir.

1924 Anayasası'nda kanunların anayasa uygunluğunu inceleyecek özel bir mahkeme öngörülmediği gibi, diğer mahkemelerin de böyle bir yetkiyi kendirinde görmemeleri sonucu bu dönemde Anayasa'nın tanıdığı güvencelerin yasalarla ölçüsüz bir biçimde sınırlanması veya ortadan kaldırılması mümkün hale gelmiştir.

1961 Anayasası'nın 11. maddesi, 1924 Anayasası'nın 68. maddesi gibi temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabileceğini belirtmekle beraber bu sınırlamanın temel hak ve özgürlüğün özüne dokunmayacağını belirtmiş; bu düzenlemeyle hakkın öz güvencesi anayasal sistemimize girmiş olmasına rağmen ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemiştir.

1961 Anayasası'nda kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek olan Anayasa Mahkemesi'ne yer verilmiş, Anayasa Mahkemesi

de anayasal denetim yaparken açıkça ismini zikretmese de ölçülülük ilkesine anayasal denetim ölçütü olarak bazı kararlarında kullanmıştır.

Fazıl Sağlam'a göre 1961 Anayasası'nda ölçülülük ilkesinin pozitif temelinin hukuk devleti ilkesi olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁸

1982 Anayasası'nın, 1961 Anayasası'nın 11. Maddesine karşılık gelen "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddesi ile "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması" başlıklı 12. maddesidir. Anayasa'nın 13. maddesine göre, "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu madde de belirtilen genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."

1982 Anayasası'nın, ilk halinde de ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemiştir. Anayasa'nın 13/2 maddesindeki hükmün gerekçesinde öngörülen amaçların yahut nedenlerin bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı; meşru amacı güdülerek sınırlanan temel hak ve özgürlüklere de getirilen sınırlamanın, ulaşmak istenen amacın zorunlu yahut gerekli kaldığından fazla olmayacağı belirtilmiştir.⁷⁹ Yine temel hak ve hürriyetlerin durdurulması başlıklı

⁷⁸ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlandırılması Özü, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982, s.118.

⁷⁹ Milli Güvenlik Konseyi, Tutanak Dergisi, C.VII (1982). S.Sayısı 450, Birikim 118, s.7.

Anayasa'nın 15. maddesinin 1. fıkrasında "savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde milletler arası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması tamamen veya kısmen durdurulabilir" hükmüne yer verilmişti. Bu maddenin gerekçesinde ise, hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için öngörülen güvencelere aykırı tedbirler getirilmesi halinde, durumun gerektirdiği ölçü içinde kalınarak, orantının korunacağına işaret edilmiştir.⁸⁰

1982 Anayasası'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörildükleri amaç dışında kullanılamaz" ibaresine yer verilmesiyle, tartışmalar ölçülülük ilkesinin Anayasa'da pozitif dayanağı olup olmadığı konusunda yoğunlaşmıştır.

SAĞLAM'a göre, 13. maddedeki, "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngördükleri amaç dışında kullanılamaz." İbaresini, ölçülülük ilkesinin ifadesidir. Aynı ilkeye Anayasa'nın 15. maddesinde de yer verilmiştir ve ölçülülük ilkesi Anayasamızda pozitif bir hüküm olarak yer almıştır.⁸¹

TANÖR'e göre, 1982 Anayasası'nın ilk halinde, ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemekle beraber, "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörildükleri amaç dışında kullanılamaz" ibaresiyle ölçülülük ilkesine yakın bir düzenleme getirilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü durumlarda bile, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına, ancak durumun gerektirdiği ölçüde izin verilmiştir. Dolayısıyla, normal zamanlarda temel hak ve özgürlükler alanında sınırlama yapılırken, bu durumun evleviyetle geçerli olması gerekecektir. Yine, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli

⁸⁰ Milli Güvenlik Konseyi, Tutanak Dergisi, C.VII (1982). S.Sayısı 450, Birikim 118, s.8.

⁸¹ SAĞLAM, 1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar, Bahri Savcı'ya Armağan, MBV Yayınları, Ankara, 1988, s.440-441.

amaçlara yönelik bulunduğu binetice ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngöröldükleri vurgulanmıştır.⁸²

TANÖR, Anayasa'nın anılan hükümleri ve Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesi ışığında, konuyu değerlendirmiş, öngörölen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağını, yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerek kaldığından fazla olamayacağını, yani amaç ve sınırlama, orantısı her halde korunması gerektiğine işaret etmiştir.⁸³ TANÖR'e göre "Bu durumda sınırlamada başvuru olan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eden ölçölölük ilkesini 1982 Anayasasından yorum yoluyla çıkarmak olanağı vardır. Ayrıca, bu ilke, demokratik toplum düzeni kavramının da bir uzantısıdır, hukuk devletinin bir gereğidir."⁸⁴

ÖZBUDUN'a göre, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde ölçölölük ilkesine rastlanamamaktadır. Ancak, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde bile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasına ancak durumun gerektirdiği ölçüde izin verildiğine göre normal zamanlarda bu kuralın eleliyetle geçerli olması gerekmektedir. Yine, Danışma Meclisi, Anayasa Komisyonu gerekçesinden de bu durum açıkça ifade edilmiştir.⁸⁵

UYGUN'a göre, 13. maddedeki sınırlamaların öngöröldükleri amaç dışında kullanılmaması kuralı, bir yönüyle nedene bağılılık ilkesini ilgilendirirken, diğeri bir yönüyle de, ölçölölük ilkesinin bir ifadesidir. Madde gerekçesi de bu görüşü destekler niteliktedir. Arıca, olağanüstü durumlarda

⁸² TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 3.Baskı YKY,İstanbul, 2002, s.152.

⁸³ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 3.Baskı YKY,İstanbul, 2002, s.152-153.

⁸⁴ TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3.Baskı, Bos Yayınları, İstanbul, 1994, s.212.

⁸⁵ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 6.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.80.

bile, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına, ancak durumun gerektiği ölçüde izin verildiğine göre, bu durumun normal zamanlarda, evleviyetle geçerli olması gerekmektedir.⁸⁶

SABUNCU'ya göre, Anayasa'nın 13. maddesindeki, sınırlamaların öngörülen amacı dışında kullanılamayacakları kuralı ve 15. maddesindeki olağanüstü dönemlerde bile yapılacak sınırlamaların durumun gerektiği ölçüde olması kuralı birlikte düşünüldüğünde, Anayasa'da ölçülülük ilkesinin doğrudan bir temel bulduğunun kabulü gerekmektedir.⁸⁷

METİN'e göre, 13. maddede yer alan ibare, gerekçesiyle birlikte okunduğunda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğini ifade etmektedir. Yine 15. maddede de ölçülülük ilkesine yer verilmiştir ve bu ilke 13. madde bakımından da geçerlidir.⁸⁸

GÖZLER'e göre, Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen "öngörildükleri amaç dışında kullanılamaz" ibaresi, yalnızca, belli amaçla yapılan sınırlamanın, başka bir amaçla kullanılmasını, yani yetki saptırmasını yasaklamaktadır. Bu ibareden baka bir şey çıkarılması mümkün değildir. Yine Anayasa'nın 13. ve 15. maddeleri birbirine alternatif iki sistem öngörmektedir. Dolayısıyla 15. madde de yer verilen ölçülülük ilkesinin, 13. madde yönünden evleviyetle geçerli olduğu kabul edilemez.⁸⁹

Kanımızca, Anayasa'nın 13. maddesinde ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemesine rağmen, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde, sınırlamaların öngörülen amaç dışında kullanılamayacakları kuralı ile ilgili olarak getirilen sınırlamanın, bu amacın zorunlu yahut gerekli kaldığından

⁸⁶ UYGUN, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.161-162.

⁸⁷ SABUNCU, "1982 Anayasa'sı ve Temel Hak ve Özgürlükler" Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Ankara, 1984, S.76, s. 19,

⁸⁸ METİN, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2002, s.213-215.

⁸⁹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa , 2000, s.248-250

fazla olamayacağı, yani amaç ve sınırlama orantısı her halde korunması gerektiği belirtilmiştir. Yine, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde bile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasına ancak durumun gerektirdiği ölçüde izin verildiğine göre, normal zamanlarda bu kuralın evleviyetle geçerli olması gerekmektedir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 13. ve 15. maddeleri, ölçülülük ilkesinin Anayasamızdaki temeli olarak kabul edilmelidir.

1961 Anayasası, temel hak ve özgürlükleri ön planda tutan, otorite-hürriyet dengesinde hürriyetlerden yana olan bir anayasa olmasına rağmen, 1982 Anayasası, otorite-hürriyet dengesinde, otoriteden yana olan, temel hak ve özgürlükleri daha az koruyan bir yapıya sahiptir. Bunun yansıması olarak 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. madde, 1961 Anayasasında aynı konuyu düzenleyen 11. maddeyle benzer yanarla sahip olsa da farklı bir şekilde düzenlenmiş, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını gösteren hakkın özü kriteri kaldırılmış, genel sınırlama sebeplerini de içerir bir şekilde 13. madde, otorite-hürriyet dengesinde, otoriteye ağırlık veren bir şekilde düzenlenmiştir.

Ancak zamanla 1982 Anayasası'nın genel yapısı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddenin, çağdaş ve uygar bir medeniyet kurma idealini gerçekleştirmekten uzak olması, günümüz koşullarının otorite-hürriyet dengesinde, otorite aleyhine bozulup, hürriyetin önem kazanması, özellikle de Avrupa Birliğine uyum sürecinde daha çok temel hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunması esası nedeniyle 2001 yılında 1982 Anayasası'nda değişikliğe gidilmiş, bu bağlamda 13. madde yeniden düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 13. maddesindeki değişikliğe neden ihtiyaç duyulduğu, Anayasa'nın bazı maddelerini değiştiren 4709 sayılı kanun teklifinin genel gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre "1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının; uygulamada olduğu dönem içinde ortaya

çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasi açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gereği doğmuştur. Ayrıca Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasi kriterlerin karşılanması, bu planda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır. Bu teklif toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön palan çıkaran bir Anayasa değişikliğini hedeflemektedir.” denilmiştir⁹⁰, Anayasa değişiklik teklifinin madde gerekçesinde de “Anayasanın 13. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir.” denilerek⁹¹ değişikliğe neden ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir. Ayrıca 13. maddedeki değişikliğe gidiliş amacı, Anayasa değişiklik teklifinin meclis görüşmeleri sırasında da açık olarak belirtilmiş, Feytullah Erbaş şu ifadeleri kullanmıştır; “Bu anayasa değişikliğini yapmaktan kastımız 2 tanedir. Birincisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine uyum sağlanması, ikincisi ise, demokratikleşme iradesinin meclis tarafından gösterilmesi”⁹² demiştir.

Yukarıda belirttiğimiz hususların ışığında 13. madde yeniden düzenlenmiştir. Buna göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” denilmiştir. Bu değişiklikle önceki 13. maddeden farklı olarak hem genel sınırlama sebepleri kaldırılmış, hem 1961 Anayasasında yer alan hakkın özü kriteri yeniden getirilmiş hem de laik cumhuriyetin gerekleri ile ölçülülük ilkesi ilk defa 1982 Anayasasında yerini almıştır.

⁹⁰ <http://www.tbmm.gov.tr/siyasi/donem21/yil01/ss737m.htm>

⁹¹ <http://www.tbmm.gov.tr/siyasi/donem21/yil01/ss737m.htm>

⁹² TBMM, Tutanak Dergisi, Dönem:21, Cilt:71, Yasama Yılı:4, s.33.

Böylece 1982 Anayasası'nın ilk halinde yer verilen "Temel hak ve hürriyetle ilgili genel ve özel sınırlamalar "...öngöröldükleri amaç dışında kullanılamaz" düzenlemesi, 2001 tarihli Anayasa değışiklikleriyle kaldırılmış; "Bu sınırlamalar "...ölçölölük ilkesine aykırı olamaz" esası getirilerek, ölçölölük ilkesi anayasamızda açıkça yerini almış, ölçölölük ilkesinin anayasal dayanağı olup olmadığı yönündeki öğretilerdeki tartışmalara son verilmiştir.

Ölçölölük ilkesi Almanya, Fransa, Hollanda ve Avrupa Birliğine üye olan diğer ölkelerce de hukukun genel ilkelerinden biri olarak görölmektedir⁹³ ve anayasalarında açıkça düzenlemeden uygulanmakta sadece İsviçre anayasası, ölçölölük ilkesini açıkça düzenlemekte⁹⁴ ve uygulanmaktadır.

D. Ölçölölük İlkesinin Kapsamı Ve Unsurları

1) Ölçölölük İlkesinin Kapsamı

Ölçölölük ilkesi, bireyin temel hak ve özgörlüklerine müdahaleye izin vermekle beraber hakkın kaldırılması ve özüne dokunulmasını engelleyici bir hukuk ilkesidir. İlke devletin kamu yararını gerçekleştirmek üzere bireysel hak ve özgörlükler alanına nereye kadar sokulabileceğı noktasında duran ve temel hak ve özgörlüklerin sınırlaması ve sınırlanmanın sınırı ile ilgilidir. Ölçölölük ilkesi, meşru bir kamu yararı amacına ulaşmak için kullanılan araçların elverişli ve gerekli olmasını zorunlu kılar. Sınırlama amacıyla hiçbir ilişkisi olmayan amaca ulaşmada hiçbir katkısı olmayan önlemler elverişli değildir. Seçilen araç, elverişli olsa bile aynı zamanda ilgili temel hak ve özgörlüğü en az sınırlayan araç olması gerekir. En son aşamada sınırlamada başvuru alan araç ile sınırlama amacı arasında makul bir denge olmalıdır. Bir başka deyişle ölçölölük ilkesi, temel hak ve özgörlüklerin sınırlanmasında

⁹³ OĞURLU, YÜCEL, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçölölük İlkesi sy: 178, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, Birinci baskı

⁹⁴ Metin, Yüksel, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, sy: 150, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, Birinci Baskı

yasa koyucunun nasıl hareket etmesi gerektiğini gösterdiği gibi aynı zamanda yasa koyucunun sınırlama yetkisine de bir sınır çizmektir.

Ölçölülük ilkesi dışında da sınırlamanın ölçüsü ve sınırını belirleyen ilkeler vardır. Bunlar öze dokunma yasağı ve demokratik toplum düzenine gerekleri olmak üzere iki temel ölçüttür. Ancak bu iki ölçüt özgürlüklerin sınırlanmasında en son çizgiyi gösteren ölçütlerdir ve daha fazla sınırlamanın mümkün olmadığı noktayı gösterir.⁹⁵ İşte ölçölülük ilkesi hakkın özünden ya da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama noktasından önceki sınırlama alanını denetlemesini sağlar. Sınırlamanın en son nereye varabileceğinden önce sınırlama amacına ne ölçüde sınırlama ile ulaşılabileceğinin tespiti gereklidir. Ölçölülük ilkesi, sınırlama amacına ulaşmak için gereken ölçünün aşılmamasını sağlayarak özgürlüklerin gereğinden fazla ve keyfi olarak sınırlanmasını engeller. Ölçölülük ilkesi, sınırlamayla güdülen amaca erişmek için hak ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlanmasını yeterli olacağını belirleyen ilkedir.

Ölçölülük ilkesini sadece yasamanın uyması yetmez bu sebeple bu ilkeye bireyin günlük yaşamda sürekli karşısında çıkan ve yaşamını etkileyen idarenin de uyması ve tüm faaliyetlerinde egemen olması gerekir⁹⁶.

Bu ilkeye idarenin yetkilerini kullanırken “ölçülü” bir şekilde durumun gereklerine uygun davranıp davranmadığını denetlemek için başvurulmaktadır. Ölçölülük ilkesi, idare hukukunda en geniş anlamıyla amaç-araç dengesini ifade etmekte kullanılmaktadır⁹⁷. Yargının da faaliyet ve kararlarında bu ilkeye uygun hareket edip bu ilkeyi gözetmesi gerekmektedir.

⁹⁵ KANATOĞLU, Türk ve Alman anayasa yargısında anayasal değerlerin çatışması ve uyumlaştırılması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 169.

⁹⁶ TANÖR, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 3.Baskı BOS Yayınları, İstanbul, 1994, s. 168.

⁹⁷ BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal sistemine etkileri. İÜHF Yayınları, İstanbul, 1993, s.245

Ölçölülük ilkesiyle temel hak ve özgürlükleri ile toplum menfaatleri arasında bir tartım söz konusudur. Bu ilkenin özünde denkleştirme ve uyumlaştırma düşüncesi vardır.

Ölçölülük ilkesinin esas uygulama alanı temel hak ve özgürlüklerdir. İlke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, gereğinden fazla ve keyfi olarak sınırlanmasını önler. Yaşama, yürütme ve yargının uyması gereken anayasal bir ilkedir. Yasama ve yürütmenin temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirirken hassas davranması yargının da faaliyetlerinde makul dengeyi gözetmesi gerektiğini ifade eder.

Ölçölülük ilkesi yönünden yapılacak denetimin konusu araç ve amaçtır. Araç, hak ve özgürlükleri daraltan, müdahale eden her türlü yasama organı tarafından çıkarılan yasa yargı kararları ve idare tarafından tesis edilen idari işlemdir. Amaç ise bu sınırlayıcı tedbirler yoluyla ulaşmak istediği kamu yararı veya sonuçtur.

Yasama, yürütme ve yargı'nın başvurduğu araç, ulaşmak istenen amaca erişmek için elverişli ve gerekli olup olmadığı, başvuru aracının ulaşmak istenen amaçla ölçülü ve makul bir oran içinde bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için öncelikle sınırlama amacının belirlenmesi gerekir. Eğer amaç açıkça belirtilmemişse, mecliste ileri sürülen görüşlere, konunun gerekçesine ve kanuna bakmak gerekir. Ölçölülük denetiminin etkin olabilmesi için sınırlama amacının somut ve belirgin olması gerekir. Yasama organının sınırlama sebeplerini genel nitelikte, soyut olarak düzenlemesi durumunda, ölçölülük ilkesi yönünden yapılacak denetim zorlaşır.

Başvurulan araç ile ulaşmak istenen amacın ölçölülük ilkesi bakımından önemi, ulaşmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca erişmek için seçilen aracın denetlenmesini sağlamasıdır. Fakat, seçilen aracın denetlenebilmesi için aracı seçenin bir taktir alanına sahip olması

gerekir. Bir başka deyişle karar merciinin mutlaka başka türlü karar verme yetkisine sahip olması gerekir.

Genel olarak ölçülülük ilkesi hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan kamu gücünün yargı yoluyla denetiminde önemli bir görev üstlenip, bireylere yükümlülük getiren işlemlerin sadece yasal bir temele dayanmasının yeterli olmadığını aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin mümkün olduğu kadar korunarak kalması gerektiğini ifade eder. Ölçülülük ilkesinin amacı kamu gücünü sınırlamak, temel hak ve özgürlükleri en üst düzeyde güvence altına almaktır.

2) Ölçülülük İlkesinin Unsurları

Ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılabilir üzere ölçülülük ilkesi yalnızca tek bir ilkedен değil, aksine birbirleri arasında kendine özgü bir ilişki içinde bulunan üç alt ilkedен, yani elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinden oluşur. Bu üç alt ilke arasında kendine özgü bir ilişki olup, yapılan denetim bir süzgeç gibi gittikçe sıklaşarak yapılır.

Ölçülülük ilkesi, alt ilkeleriyle birlikte bir bütünlük arz eder. Gereklilik, elverişlilik ve orantılılık ilkesi, ölçülülük ilkesinin yapı taşlarıdır. Ölçülülük ilkesinin unsurları konusunda öğretide ve uygulamada bu üç ilkenin kabul gördüğünü görmekteyiz. Mecliste yapılan Anayasa değişikliği görüşmeleri sırasında, ölçülülük ilkesinin biraz önce belirttiğimiz üç alt ilkeyi de içerdiği ifade edilmiştir⁹⁸. şimdi bu üç alt ilkeyi inceleyelim.

⁹⁸ Bu husus, Ahmet İyimaya tarafından açıkça ifade edilmiştir. TBMM, Tutanak Dergisi, Dönem:21, Cilt:70, Yasama Yılı:3, s.89.

a) Elverişlilik İlkesi

Elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvurulacak aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder⁹⁹. Bir önlemin yardımıyla istenen başarıya yaklaşıyorsa, bu önlem amaca ulaşmada uygundur. Araç, amaca ulaşmada etkisiz ya da amaca ulaşmayı zorlaştırırsa başvurulacak önlem elverişsizdir. Aracın bütünüyle gerçekleştirilmeye yetmese de kısmen bile olsa bu amacı gerçekleştirmeye bir katkı sağlaması elverişli olduğunu kabul için yeterlidir. Daha başlangıçta öngörülen tedbirin hedeflenen amacı gerçekleştirmeyeceği katkı sağlamayacağı anlaşılıyorsa, düzenleme elverişlilik ilkesine, dolayısıyla ölçülülük ilkesine aykırıdır.

Elverişlilik ilkesinde, alınan bir tedbir yardımıyla istenilen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişli; buna karşılık kullanılan araç, güdülen amacı gerçekleştirmeyi zorlaştırıyor veya bu amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa amaç elverişsizdir¹⁰⁰. Bu ilkeye göre, alınan bir tedbir yardımıyla istenilen neticeye ulaşılabiliriyorsa bu halde alınan tedbir meşrudur. Elverişlilik ilkesinde bir amaç-arac ilişkisi değerlendirilmesi söz konusudur. Bir başka deyişle kullanılan aracın amacı gerçekleştirmeye gerçekten uygun olup olmadığı araştırılır.

Anayasa mahkemesi, bir kararında elverişlilik ilkesini; “yasal önlemin, sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını sağlamaya yönelik¹⁰¹” olarak tanımlamıştır.

Elverişlilik ilkesinin yargısal denetiminde iki konuda sorun çıkmaktadır. İlk olarak birçok olayda yasa koyucunun yapmış olduğu bir düzenlemede hangi amaçları güttüğü açıkça belli değildir. İkinci sorun ise, bir amacın genel olarak elverişsiz olarak nitelendirebilmesi için aracın nasıl bir elverişlilik

⁹⁹ GÖZLER, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi Yayını, Bursa, 2003, C. II, s. 511

¹⁰⁰ METİN, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuk İncelemesi, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 26.

¹⁰¹ 2007/4 E, 2007/81 K, K.T. 18.10.2007., <http://www.akip.net/> (Açıklamalı Kanun İçtihat Programı)

derecesine sahip olması gerektiğidir. Anayasa mahkemesi bu sorunlara dikkat çekmiş ve şu görüşler yer vermiştir.¹⁰² “İtiraz konusu kural ile amaç ve araçlar açık, belirgin ve somut bir şekilde öngörülmemiştir” diyerek yasa koyucudan hangi amaçları güttüğünü açıkça belli etmesini hukuk devletinin bir gereği olarak belirtmesini istemiştir.

Elverişlilik ilkesi, alınan tedbirin kamu yararı taşıyan amacın gerçekleşmesi için doğru araç olması gerektiğini ifade eder. Bir başka deyişle sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmesi, ulaşılmak istenen sonucuna bir katkıda bulunması gerekir. Seçilen aracın mümkün olan en iyisi veya en elverişli olması zorunlu değildir. Aracın amaca ulaşmada bir katkı sağlaması yeterlidir. Eğer kullanılan araç, istenilen amaca ulaşmayı güçleştiriyor yada amaç bakımından hiçbir etki göstermiyorsa elverişli değildir. Kısmi elverişlilik yeterli olup, tam bu elverişlilik zorunlu değildir. Sınırlamada başvuru alan araç, sınırlama amacı için elverişli değilse, getirilen sınırlama anayasayı aykırıdır.

b) Gereklilik İlkesi

Ölçülülük ilkesini ikinci altı ilkesi gereklilik ilkesidir. Bu ilkeyi Fazıl Sağlam şu şekilde tanımlamaktadır;

Gereklilik ilkesi, “sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gerektiğine işaret etmektedir¹⁰³”. Bu seçim, amaca ulaşmak için aynı derecede etkili olan araçlar arasından yapılmalıdır. Başka bir deyişle temel hakkı sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Eğer bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hakkı en az sınırlayanın yasa

¹⁰² 2007/4 E, 2007/81 K, K.T. 18.10.2007, [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

¹⁰³ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982, s. 116.

koyucu tarafından seçilmiş olması gerektiğidir. Aksi takdirde yapılan sınırlama, ölçülülük ilkesine aykırı olur.

Sınırlamada başvurulacak aracın yalnızca elverişli olması yeterli olmayıp aynı zamanda gerekli olması da gereklidir. Amacın daha yumuşak bir araçla gerçekleştirilmesi mümkünse bu araca başvurulmalıdır. Hak ve özgürlükleri sınırlamada veya daha az sınırlayıcı bir önlemle aynı sonuca varmak mümkünse başvurulacak araç gerekli değildir.

Bir başka deyişle gereklilik ilkesi güdülen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasında en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ifade eder. Birçok mümkün ve elverişli araç arasından bireyleri ve toplumu en az kısıtlayacak olan, zarar veren, aracın seçilmesini gerektirir. Gereklilik ilkesiyle, sınırlama aracının, sınırlama amacına ulaşmak için gerekli olması anlaşılır¹⁰⁴.

Gereklilik ilkesi; amaca ulaşmak için yeterli olan en hafif tedbirin alınmasını, bu yeterli değilse daha ağır tedbirlere doğru aşmalı bir geçişin yapılmasını zorunlu kılar. Somut olayda eşit değerlerde bir çok elverişli araç söz konusu ise, bunlar arasından en yumuşak olanı belirlenir.

Elverişlilik denetiminden farklı olarak gereklilik denetiminde, amaca erişmek için elverişli olduğu tespit edilen araçların birbiriyle mukayesesi denetimin ana konusunu oluşturur.

Ulaşılmak istenen amaca erişmek için elverişli araçların belirlenmesinden sonra, bu amaçlar arasından en yumuşak olan araç yani bireylerin hak ve özgürlüklerini en az sınırlayan araç tespit edilir. Elverişli araçlar arasından en yumuşak aracın seçilmesi, amaç, araç ilişkisinden bağımsız olarak yapılır.

¹⁰⁴ UYGUN, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992 s. 162.

Anayasa mahkemesi de bir kararında bu alt ilkeyi şu şekilde tanımlamıştır; "Gereklilik ilkesi, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk olarak" tanımlamıştır.¹⁰⁵

Gereklilik ilkesi, özetle en yumuşak müdahaleyi öngören bir esastır. Gereklilik ilkesi, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için aynı derecede etki birden fazla tedbir varsa, ilgili hak ve özgürlükler açısından en yumuşak aracın seçilmesi anlamına gelir. Gereklilik ilkesine göre müdahale, meşru amaca erişmek için gerekli olan sınırı aşmamalıdır. Daha hafif bir önlemin alınması, sınırlama amacına ulaşma bakımından aynı derecede etkili iken, daha ağır tedbirin seçilmesi anayasaya aykırıdır. Gereklilik ilkesi, temel hak ve özgürlükler bakımından en az müdahalede bulunan aracın seçilmesi olarakta ifade edilebilir.

c) Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesi, araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir orantı bulunmalı şeklinde tanımlanabilir.

Orantılılık ilkesine göre, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amaçla sınırlandırmada başvuru olan araç, ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır¹⁰⁶. Amaç ve araç, terazinin iki kefesine konularak ortaya çıkacak kayıpla, giderilecek ihtiyaç ve ulaşılmaması beklenen yarar arasında bir dengenin kurulması söz konusu olmaktadır. Eğer bu denge kurulmamışsa, orantılılık ilkesine aykırılık söz konusudur.

Orantılılık ilkesiyle, müdahalenin ağırlığı ile gerçekleşen neticenin değeri arasında bir orantısızlık bulunup bulunmadığı ve bu yüzden müdahaleden mutlaka vazgeçmenin gerekip gerekmediği hususları denetim aşamasında değerlendirilir.

¹⁰⁵ 2007/4 E, 2007/81 K, K.T. 18.10.2007. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

¹⁰⁶ SAĞLAM, Temel hakların sınırlaması ve özü, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982, s. 115, [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

Doktrinde baskı görüşe göre orantılılık ilkesi araç ve amacın karşılıklı tartılmasını gerektirir. Bu tartım sonucunda aracın kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıkan dezavantajların ağır basması halinde tedbirin orantısız olduğu sonucuna varılır. Amaç ve aracın birbirleriyle ölçüsüz bir orantı içinde bulunmaması gerekir. Orantılılık ilkesi yönünden yapılacak yargısal denetimde daima somut olarak olayın özellikleri dikkate alınarak çatışan menfaatlerin makul bir denge içinde olup olmadığı araştırılır. Ölçülülük denetiminin en son aşamasında orantılılık denetimine geçilir¹⁰⁷.

Anayasa Mahkemesi bir kararında orantılılık ilkesini, “amaç ve aracın ölçüsüz bir oranın kapsayıp kapsamadığını bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen...” bir ilke olarak tanımlamıştır.¹⁰⁸

Orantılılık ilkesi ile de bireylere aşırı yük getirip getirmediği denetlenir. Sınırlama amacı ile sınırlamada başvurulacak aracın ölçüsüz bir oran içinde olmaması gerekir. Amaç ve araç ölçüsüz bir orantı içinde olmamalı, aralarında makul ve dengeli bir ilişki olmalıdır. Sınırlayıcı önlemin orantılılık ilkesine uygun olup olmadığı, çoğunlukla tedbirin ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirip getirmediğine, onları için katlanılabilir nitelikte olup olmadığına bakılarak değerlendirilir.

¹⁰⁷ OĞURLU, Yücel Karşılaştırmalı İdare Hukuk’unda ölçülülük ilkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.38

¹⁰⁸ 2007/4 E, 2007/81 K, K.T. 18.10.2007. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İhtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İhtihat Programı))

İKİNCİ BÖLÜM

UYGULAMADA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

I- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Anayasa yargısında ölçülülük ilkesi, anayasal denetim ölçütü olarak anayasa mahkemesince uygulaması giderek artan bir ilkedir. Anayasa mahkemesi ölçülülük ilkesini, "amaçla araç arasında makul ölçü"¹⁰⁹, sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun adaletli denge", "araçla-amaç arasında mantıki bağ"¹¹⁰ şeklinde ifade ederek ölçülülük ilkesini somutlaştırarak uygulamaya çalışmaktadır Anayasa Mahkemesi sınırlama aracının, sınırlama amacı için elverişli ve gerekli olması gerektiğini vurgulamakta araçla amaç arasında ölçülü bir oranın varlığını aramakta¹¹¹, böylece alt ilkeleriyle birlikte ölçülülük ilkesini kabul etmektedir.

1961 Anayasasında ölçülülük ilkesi yer almamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından sık olmasa da ölçülülük ilkesi Anayasal ölçütü olarak kullanılmıştır. Ölçülülük ilkesinin 1961 Anayasasında yer almamasına rağmen bu dönemde uygulanmasının sebebi hukuk devleti ve adalet anlayışının bir uzantısı olarak¹¹² yargı tarafından kabul edilmesidir.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu zamanda ölçülülük ilkesini adını koymadan bazı uygulamaları olmuş, 1982 Anayasası döneminde bu ilkenin pozitif olarak anayasamızda yer almasıyla birlikte gittikçe uygulaması artan bir ilke haline getirmiştir. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan elverişlilik ilkesini içtihatlarında pek

¹⁰⁹ E. 1986/17 K. 1987/11 KT 22.5.1987 AMKD sayı 23. s 222

¹¹⁰ E. 1986/12 K. 1987/4 KT. 11.2. 1987 AMKD sayı 23 s 85

¹¹¹ E. 1991/6 K. 1991/20 AMKD sayı 27/1 s. 395

¹¹² SABUNCU, Anayasaya Giriş, 5.Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 1997, s. 48

fazla kullanmamakla birlikte daha çok gereklilik özellikle de oranlılık ilkesini anayasal denetim ölçüsü olarak kullanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesiyle birlikte alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik, orantılılık unsurları yönüyle denetim yaparken hakkın özü yasağının ihlal edildiği noktada ve sonrasında bu ilkeye başvurmadır. Turan Yıldırım'a göre Anayasa Mahkemesinin ulaştığı çözüm yerindedir ve içtihadın da bu yolda süreklilik arzemesi gerekir¹¹³. Anayasa Mahkemesinin, öze dokunma yasağının ihlal edildiği noktada ölçülülük ilkesine başvurması, bu yaklaşımın bir sonucudur. Hakkın özü ile ölçülülük ilkesi çatıştığında, ölçülülük ilkesinin uygulanması beklenen yararı sağlamaz¹¹⁴.

Ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin korunmasında, kendisinden beklenen işlev ve korunmayı sağlayabilmesi için hakkın özü yasağını ihlalinden önceki alanda bir denetimin yapılması gerekir. Çünkü hakkın özüne dokunma yasağı ile ölçülülük ilkesi farklı kriterler olup Özdeş değildirler. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan, onları kullanılamaz hale getiren, tahrip eden bir sınırlama aynı zamanda Ölçülülük ilkesine aykırı olacağı şüphesizdir.

Anayasa Mahkemesinin hakkın özüne dokunma yasağından önceki safhada ölçülülük denetimi yapmaması, hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların etkin bir şekilde denetlenmesini engellemektedir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmayan kısıtlamaların engellerin ölçülülük ilkesi yönüyle denetlemesi gerekir. Temel hakkın özüne dokunan bir sınırlamanın aynı zamanda Ölçülülük ilkesi açısından denetlenmesinin bir faydası yoktur,

¹¹³ YILDIRIM, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Sınırlamanın Sınırı, AÜHFD, Muammer Aksoy'a Armağan, Sayı 1-2, Ocak-Haziran, 1991, s. 474.

¹¹⁴ UYGUN, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 167.

önemli olan özden önceki alanda anayasa uygunluk denetiminin geliştirilmesidir¹¹⁵.

Anayasa Mahkemesince hakkın Özüne dokunma yasağından önceki safhada ölçülülük ilkesi denetimi yapmaması etkin bir anayasal denetimi sağlamamaktadır. Temel hak ve Özgürlüklerin özüne dokunmayan sınırlamalarında, Ölçülülük ilkesiyle denetlemesi durumunda böyle bir denetim her bir temel hak için özellik ve niteliklerine göre farklılaştırılmış anayasal bir sınırlama rejiminin kurulmasını sağlayacaktır¹¹⁶.

Anayasa Mahkemesinin, Anayasa öngörülen genel, soyut ve içeriği belirsiz sınırlama nedenlerinin somutlaştırılmadan yasal düzenlemelere geçilmesini, anayasaya uygun bulması ölçülülük denetiminin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini güçleştirmektedir. Anayasa Mahkemesi böylece ölçülülük denetimin adeta imkansız hale getirmektedir¹¹⁷.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesine amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını diğer bir değişle yapılan sınırlandırmayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması şeklinde ifade etmiştir.¹¹⁸

Bu genel açıklamalardan sonra Anayasa Mahkemesini ölçülülük ilkesini uygulayışı ile ilgili kararlara geçebiliriz;

Çok fazla olmamakla beraber, 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin adını vermeden, ölçülülük ilkesini bir denetim ölçütü olarak kullandığı kararları bulunmaktadır.

¹¹⁵ UYGUN, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 167.

¹¹⁶ KANADOĞLU, Türk ve Alman Anayasa yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.170

¹¹⁷ SAĞLAM, 1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar, Bahri Savcı'ya Armağan , MBV Yayınları, Ankara, 1988, s.441,

¹¹⁸ 2007/4 E, 2007/81 K, K.T. 18.10.2007. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

Bir işçi sendikasının Türkiye çapında faaliyette bulunabilmesi için, kurulu bulunduğu işkolundaki işçilerin en az 1/3'ünü üye yapma koşulu getiren Sendikalar Kanunu'nun 1317 sayılı yasayla değişik 9. maddesinin iptali istemini inceleyen mahkeme şu tespitlere yer vermiştir.¹¹⁹ "Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işyeri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde işkolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle sınırlama ile önlemek isteyen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasayla varılmak istenen amaç değil, onun tam tersi gerçekleşecektir. Bu da kuralın konuşunda kamu yararını korumaya elverişlilik bulunmadığını göstermektedir." diyerek, Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan elverişlilik ilkesini bir denetim ölçütü olarak kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Dernekler Kanunu ile ilgili verdiği bir kararında şu görüşlere yer vermiştir.¹²⁰ "1630 sayılı kanunun 63. maddesinde 2. madde... gereğince dernek kurma hakkına sahip olmadıkları halde, dernek kuranlara ne ceza verileceği belirlenmektedir... Ayrıca derneğin kapatılması da öngörülmüştür. 63. maddede derneğin kapatılmasına neden olanların eylemlerine biçilmiş olan bin liraya kadar ağır para cezası ile bu yüzden tüzel kişiliğe ve dolayısıyla dernek üyelerine yönetilen kapatma gibi ağır bir ceza arasında adaletli bir denge bulunmadığına burada ayrıca işaret edilmesi yerinde olacaktır." diyerek iki ayrı ceza hükmü arasında orantılılık karşılaştırması yapılmıştır. Ancak saptanan dengesizlik, aynı zamanda kapatma cezasının suçla olan dengesizliği içinde bir karine olmakla ve Anayasa mahkemesi ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesini bir denetim ölçütü olarak uygulanmaktadır.

Sıkıyönetim Kanunu ile getirilen 30 gün gözetim altında yetkisinin iptali istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesi ile yapmış olduğu

¹¹⁹ E.1970/48, K.1972/3, K.T. 9.2.1972, AMKD, S.10, s.129.

¹²⁰ E.1973/3, K.1973/37, K.T. 20.12.1973, AMKD, S.11, s.338-340.

anayasal denetimde, bu düzenlemenin anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemeye göre;¹²¹ “Bir sanığın hakim önüne çıkarılmaksızın 30 gün gözetim altında tutulması, sıkıyönetim gereklerini ve gereksinmelerini aşan olağanüstü demiyle de tanımlanamayacak bir tedbir, bir çeşit fiili tutuklamadır. Hüküm üstelik her 30 günlük dönemin bitiminde serbest bırakılarak bir gün sonra yeniden gözaltına alınmak yoluyla –çok uzun bir süre en önemli anayasal hakkindan yoksun edebilmesine pek elverişli bir niteliktedir.” diyerek ölçülülük alt ilkeleri olan oranlılık ve gereklilik ilkelerini anayasal denetim ölçütü olarak uygulamıştır.

1982 Anayasası’nın ilk dönemlerinde Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini daha sık kullanmakla beraber, kararlarında ölçülülük ilkesine aykırılık” ibaresine yer vermemeyi tercih etmiştir. 1980’lerin sonlarına doğru ölçülülük ilkesini adıyla ve öğretiyeye paralel bir şekilde üç alt ilkesiyle beraber kullanmaya başlamış, 2001 yılında anayasa değişikliğiyle ölçülülük ilkesinin anayasal temele kavuşmasıyla birlikte giderek uygulanması artan bir anayasal denetim ölçütü haline getirmiştir.

1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini uygulayışı ile ilgili kararları şunlardır;

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi’nin adını vermeden ölçülülük ilkesini bir denetim ölçütü olarak kullandığı ilk kararı, Avukatlık Kanunu’nun 3003 sayılı yasayla değişik, işten yasaklama kenar başlıklı 154. maddesiyle ilgili karardır. Avukatlar hakkında, anılan maddede sayılan suçlardan kamu davası açılmasını, meslekten yasaklama için yeterli kabul eden hükmün iptali istemini inceleyen Mahkeme, şu görüşlere yer vermiştir;¹²² “154. maddede yazılı suçlardan dolayı açılan davaların küçümsenmeyecek bir bölümünün beraatla sonuçlanmış olmaları vakıası yanında iftira ve tertip için bazı delillerin tasnif edilmiş olabileceği de göz

¹²¹ E.1971/31, K.1972/5, K.T. 16.2.1972, AMKD, S.10, s.186-187.

¹²² E.1984/12, K.1985/6, K.T. 1.3.1985, AMKD, S.21, s.121-123.

önüne alındığında kamu davası karinesine dayanmanın yetersizliği daha da belirginleşmektedir” diyerek, aslında anılan düzenlemenin ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan elverişlilik ilkesine işaret etmiş ve bu düzenlemenin elverişsiz olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında 2942 sayılı kamulaştırma kanunun 38 maddesinin Anayasa aykırılığını incelemiştir. Madde metni ile getirilen düzenleme şöyleydi;

"Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden başlar." Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin hakkın özünün zedelediği ve Anayasanın 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesine aykırı olduğu için bu düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında şu tespitlere yer verilmiştir¹²³:

"Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getiren sınırlamaların yalnız ölçüsü değil koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler ancak Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu ölçüde sınırlandırılabilir."

Bu kararda Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini hakkın özü ve demokratik toplum düzenini gerekleri kriteri ile birlikte zikretmiş hakkın özüne dokunulduğu noktada, ölçülülük ilkesinin de ihlal edildiğini belirterek düzenlemeyi iptal etmiştir.

¹²³ E.2002/112, K.2003/33, K.T.:10.4.2003. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

Anayasa Mahkemesi partilerin seçime katılabilmesi için il ve ilçelerde 2/3 oranında örgütlenme zorunluluğu getiren düzenlemeyi, siyasi partilerin seçime katılmasını güçleştiren bir düzenleme olarak kabul etmiş bu düzenlemeyi ölçülülük ilkesi yönünden ele almıştır. Anayasa Mahkemesi şunları söylemektedir¹²⁴. "Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaç-araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır. Nasıl il ve ilçelerde tümüyle örgütlenme koşulu savunulabilecek bir düzey değilse buna çok yakın oranda aynı niteliktedir. Getirilen bu sınırlama Anayasanın 13. ve 67. maddesine aykırıdır."

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi hakkaniyete uygun bir denge bulunmamasını kararına esas almış, kararda; " amaçla arasında makul ölçü" kriteriyle denetim yaparak söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında 3266 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun Ek 2 maddesinde de ölçülülük ilkesine başvurmuştur. İptali istenen 3266 sayılı yasanın ek 2. maddesine göre; "Bir aydan az süreli mevkutelerde ve eklerinde 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak nitelikte yayın yapılamaz. Aksine davranan mevkute sahipleri ile sorumlu müdürleri hakkında TCK m. 426/ 2'deki Ceza hükümleri uygulanır. Tekerrür halinde bu cezalar üç misli uygulanır."

Mahkeme bu düzenlemede son cümlede yer alan tekerrür halinde bu cezalar üç misli tatbik edilir şeklindeki ifadenin, küçükleri koruyucu önleyici ve caydırıcı düzenleme ihtiyacı ile idari yaptırım uygulanarak ulaşılabilecek çözüm arasında adil ve kabul edilebilir bir dengenin bulunmadığı anlamına geldiğini ifade etmiştir, Bu denetimde¹²⁵ "araç ile amaç arasında mantıki bağ" aramış ve "önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında

¹²⁴ E.1986/17, K.1987/11, K.T:22.5.1987 AMKD, S.23, s. 222.

¹²⁵ E. 1986/12, K. 1984/4 KT. 11.2.1987 AMKD, sayı 23 s.85

adaletli ve kabul edilebilir denge"nin bulunmamasını düzenlemenin iptali için yeterli bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, 2577 sayılı idari yargılama usulü kanununa 3622 sayılı kanunla eklenen Ek 3'üncü maddenin Anayasa aykırılığını incelemiştir. Madde metninde getirilen değişiklik şu şekildeydi." Kanunlarda bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri, nezdinde itiraz edilebileceğini belirtilen işlemlere karşı ilgililer tarafından işlemin tebliğinden itibaren 7 gün içinde bu kanunun yetki kurallarına göre davaya bakmaya yetkili olan idari yargı merciine itiraz edebilir. itiraz, idarece tesis edilen işlemin yürürlüğünü durdurmaz. İtiraz halinde mahkemece evrak üzerinden inceleme yapılarak itirazın mahkeme kayıtlarına intikal tarihinden itibaren en geç 1 ay içinde karar verilir. İtiraz üzerine mahkemece verilen kararlar kesin olup bu kararlara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz şeklindeydi.

Getirilen bu düzenlemenin amacının, idari yargıda ortaya çıkan uyuşmazlıkları hızla sonuçlandırılması olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre¹²⁶ getirilen bu düzenlemenin idari işlem için öngörülen itirazın incelenmesi usulünün düzenlenmemesi "kamu yararı ile kişi yararı arasında korunması gereken hassa dengeyi bozacağını, diğer gerekçelerle birlikte iler sürmüştür.

Anayasa mahkemesine göre, söz konusu düzenlemede "itiraz" yolunun hangi tür idari işlemler için öngörüldüğü, yapılacak yargılamanın yöntemi ve kapsamı belli değildir. Yasalarda itiraz edilebileceği belirtilen her idari işleme karşı bu yöntem uygulanabileceğinden bu düzenleme hak arama özgürlüğünü ölçüsüz bir biçimde sınırlayıcı niteliktedir. Mahkemeye göre böyle bir düzenleme Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan gereklilik ilkesine de aykırıdır.

¹²⁶ E. 1990/40, K. 1991/33 KT. 01.10.1991. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İctihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İctihat Programı))

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, itiraz konusunu ölçülülük ilkesine aykırı bulmamıştır. 4756 sayılı yasanın 16. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Yasa'nın 33. maddesi ve diğer bir kısım kuralların Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Düzenlemeyle Radyo ve Televizyon üst kurulu, yayın ilke ve kurallarına uymayan yayıncı kuruluşlara, çeşitli yaptırım ve çok yüksek düzeyde para cezası verme olanağı getiriyordu. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında şunları belirtmiştir¹²⁷; "Yasa koyucu, ceza hukuku alanında toplumsal gereksinmelerin zorunlu kıldığı yasal düzenlemeleri yaparken, Anayasanın ve Ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı bunlara uygulanacak yaptırımların türü ile nelerin ağılaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konusunda taktir hakkına sahiptir. Ancak hukuk devletinde adaletli bir hukuk düzeninin kurulup sürdürebilmesi için yasa koyucuya tanınan bu yetkiler kullanılırken suçla ceza arasında makul kabul edilebilir, adil bir dengenin gözetilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Madde'nin birinci fıkrasında Radyo Televizyon Üst Kurulu'nun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlal eden, yayın ilkelerine ve yasada belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan Özel radyo ve televizyon kuruluşlarını önce uyaracağı bu talebe uyulmaması durumunda açık bir şekilde özür dilemeye davet edeceği bu talebe de aykırılık halinde programın yayınına bir ila 12 kez uyarılacağı buna da aykırılık halinde yüksek miktarda idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

Yasayla belirlenen ve ağır bir hukuk ihlali tartışmasız olan aykırılıkların gerçekleşmesi halinde Öngörülen cezaların uygulanacak olması nedeniyle suçla ceza arasında bulunması gerekli adil dengenin korumadığı ileri sürülemez. Yapılan düzenlemenin demokratik toplum düzenini gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülemez" demiştir.

¹²⁷ E. 2002/100, K. 2004/109 KT. 21.09.2004. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

Anayasa mahkemesi bir kararında da 6570 sayılı Gayrimenkul kiralan Hakkında Kanuna 4531 sayılı kanunla eklenen geçici 7. maddenin birinci fıkrasında yer alan "... 2001 yılında ise %10..." şeklindeki düzenlemenin anayasaya uygunluğunu incelemiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi ölçülülük ilkesine aykırı bulurken şu görüşlere yer vermiştir¹²⁸. "4531 sayılı yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun makul bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen yönü bulunmamaktadır. Ancak 4531 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihte Öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen %10 oranındaki artış 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmıştır. Böylece kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makul kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunun doğurmuştur. Bu durumda itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçüsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez." Mahkeme böylece ulaşılmak istenen kamu yararı ile bu amaca ulaşmak için bulunan çözüm arasında ölçülü bir orantını bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Başka bir kararında mahkeme¹²⁹ genel sağlığı korumak amacıyla sağlık personelinin hizmet içi eğitim programlarına katılmayan veya katılıp ta başarılı olamayanların geçici ve sürekli olarak meslekten çıkarılmasına izin veren düzenlemenin iptaline karar verirken çalışma özgürlüğüne getirilen sınırlamanın amacı ile sınırlandırma aracı arasında " ölçüsüzlük" bulunduğu vurgulamıştır.

¹²⁸ E. 2001/303 K. 2001/333 KT. 19.7.2001. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

¹²⁹ E. 1987/28 K. 1988/16 KT. 3.6.1988. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

Yüksek mahkeme, güvenlik güçlerinin silah kullanma yetkisini genişleten kanun değişikliği hakkındaki kararında¹³⁰ anayasal denetim ölçütü olarak ölçülülük ilkesinden yararlanmıştır. Terörle Mücadele Kanuna eklenen bir maddeyle terörle mücadele kapsamında kolluk kuvvetlerinin direnişle karşılaşması halinde "failleri etkisiz kılma amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkili" oldukları düzenlemesiyle faillerin ateşli silaha sahip olup olmadıklarına bakılması gerektiğini, daha az müdahaleyle diğer yollardan etkisiz kılmak mümkünken silaha sahip kullanma yetkisinin genişletilmesinin ölçüsüz bir düzenleme olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi böylece ölçülülük ilkesini alt ilkelerinden olan elverişlilik ilkesine söz konusu düzenlemenin aykırı olduğu sonucuna ulaşarak düzenlemeyi iptal etmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104/2 fıkrasının Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. Düzenlemeye göre failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olması halinde şikâyet koşulu aramaksızın cezanın iki kat artırılacağı belirtilmiştir. Buna göre suçu işleyen kişi mağdurdan beş yaştan daha büyük olması halinde şikâyet koşulu aranmaksızın re'sen soruşturma yapılacak, suçun sabit bulması halinde 104/4 'de yazılı olan ceza iki kat artırılacaktır. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ve ölçülülük ilkesiyle ilgili şu tespitlere yer vermiştir¹³¹. "Hukuk devletinin temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı suç ve suçluların özelliklerini de gözeterik hangi eylemlerin suç sayılacağını bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda taktir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve

¹³⁰ E. 1996/68, K. 1991/1 KT. 6.1.1999. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

¹³¹ E. 2005/103 K. 2005/89 KT. 23. 11.2005. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur” demiştir.

Anayasa mahkemesi, 4447 sayılı kanuna geçici 81 madde ile emeklilik ve sigortalılık sürelerini yeniden düzenleyen bu maddeyi de ölçülülük ilkesi denetimine tabi tutmuştur. Geçici 81. madde ile 4447 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sigortalı hizmeti bulunan ve emekliliğine 2 yıldan fazla kalanlar için, sigortalılık süresine bağlı olarak emekli olabilecekleri yaş ve prim ödeme süreleri, kadınlar ve erkekler için ayrı ayrı olmak üzere yeniden düzenlenmiştir. Bu madde ile kadın ve erkek sigortalının yeni sistemle yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için sigortalılık süresi yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda kademeli bir düzenleme yapılmıştır.

Yüce mahkeme yapmış olduğu anayasal denetim sonucunda sigortalılık süresi yönünden yapılan kademelendirmeler arasında adil olmayan geçişler yapıldığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme şu tespitlere yer vermiştir; “Sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur. Sigortalı olarak çalışanların yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için, sigortalılık süresi yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda söz konusu madde ile yapılan kademeli geçişe ilişkin düzenleme makul, adil ve ölçülü olmadığından anayasaya aykırıdır”.¹³²

Mahkeme, 3035 sayılı kanunla eklenen ek 4. maddesinin anayasaya uygun olup olmadığını denetlenmiştir. Söz konusu davada, ek 4. madde ile, özel eğitim kurumlarına öğrenci kapasitelerinin %2’sinden az olmamak üzere ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğü getirilmiştir. Madde ile Milli Eğitim Bakanlığına ücretsiz okutulacak öğrenci sayısını %10’a kadar artırabilme yetkisi tanınmıştır. Böylece Milli Eğitim Bakanlığı, bu kanuna dayanarak 1988 tarihli yönetmelikle ücretsiz okutulacak öğrenci sayısını %10’a çıkartmış, yerel mahkeme itiraz yolu ile yükümlülüğün üst sınırını %10 olarak belirleyen

¹³² E. 2001/303, K.2001/333, K.T. 19.7.2001, AMKD.

kuralın yükümlülüklerin dengeli, ölçülü, taşınabilir olma özelliklerine uygun olmadığından anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi şu tespitlere yer vermiştir;¹³³ “ekonomik dalgalanmalara bağlı, değişken bir ücret sisteminde, yükümlülüğün üst sınırının %10 olarak saptanmasını, ölçülülük ilkesine bağlı kalınmadığı, dolayısıyla aracın amaca göre ölçüsüz bir oran içinde bulunduğu biçiminde nitelenmek de olanaksızdır. Üst sınırın %10 olarak tespitinin, özel okullar için aşırı bir yük oluşturmayacağı da açıktır” demiştir.

Anayasa mahkemesi, meclisin ceza alanında yasama yetkisini kullanırken sahip olduğu taktir yetkisi ve bu yetkinin sınırı hakkında şu görüşlere yer vermiştir; “Ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, bir düzenlemeye giderken yasa koyucu kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek durumundadır. Kamu yararının taktiri ise yasama organının yetkisindedir. Ne var ki yasa koyucu kamu yararını düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırmaz. Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur. Hukuk devletinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ve eşitlik ilkesi vardır. Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması, ceza hukukunun temel ilkelerindendir.” diyerek, bu konudaki görüşlerini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında da 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 360. maddesinin anayasaya aykırılık iddiasını incelemiştir. Söz konusu 360. maddesine göre: “kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesine hükmolunması halinde, para cezası tutarının hesabında; hapis cezasının her bir günü için sanayi

¹³³ E.1990/4, K.1990/6, K.T. 12.4.1990, Sayı:26, s.124.

sektörü için belirlenen, yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınır” şeklindeki düzenlemenin anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, sözkonusu düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme şu tespitlere yer vermiştir.¹³⁴ “Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardı. Bu oransallık bağının bulunması, hukuk devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. Yasa koyucu, cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır. Ceza kendiliğinden haklı olmalıdır. Cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması, ceza hukukunun temel esaslarıdır. Sosyal düzen ve toplum yararı amacı ile genel kurala aykırı kurallar konulması zorunluluğu ortaya çıkmış ve yasa koyucu yetkisini kullanmıştır.” Böylece mahkeme, yasa koyucunun seçmiş olduğu araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçüsüz bir orantının olmadığını kabul etmiştir.

425 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan “Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılmasıyla ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz.” Düzenlemesinin anayasaya aykırılığı ileriye sürülmüş Anayasa Mahkemesi bu istemi yetkisizlik nedeni ile reddetmiştir¹³⁵. Ancak getirilen bu düzenleme, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan elverişlilik ilkesine aykırıdır. Kemal Gözler’de bu karar hakkında şu tespitlere yer vermiştir¹³⁶: “Kamu düzenini korumak ve şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla yargı yolunu kapatmak bu amaca yetişmek için elverişli değildir. Çünkü bölge valisinin işlemlerine karşı iptal davası açılmaması kamu düzenini korumak ve şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önleme şeklindeki güdülen amacın gerçekleşmesine bir katkıda bulunulacağı düşünülemez; zira

¹³⁴ E.1990/35, K.1991/13, K.T. 6.6.1991, AMKD S:30, s.6

¹³⁵ E. 1990/25, K.1991/1, K.T.10.1.1991, AMKD, s. 108

¹³⁶ GÖZLER, Ankara Barosu Dergisi, Y.2001, S.4, s. 575.

iptal davası açmanın kamu düzenini bozucu ve şiddet olaylarını yaygınlaştırıcı bir etkisi yoktur.”

Anayasa mahkemesine 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 4756 sayılı yasa ile değiştirilen 13. maddesinin ikinci fıkrasının anayasa aykırılığı ileri sürülmüştür. Davacı Televizyon kanalı tarafından iptali istenen sözkonusu değişikliğe göre “...ödeme yapılıncaya kadar yayının durdurulmasına karar verilir. Yukarıdaki fıkra da belirtilen tarihlerden itibaren iki ay içinde ödeme yapılmazsa, üst kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir...” şeklinde bir düzenleme getirmişti. Anayasa Mahkemesi, Radyo ve Televizyon üst kuruluna, eğitime katkı payı, özel işlem vergilerinin ödenmemesi durumunda televizyon yayınının durdurulması, iki ay içerisinde de ödenmezse yayın izninin ve lisansın iptaline ilişkin değişikliği anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa mahkemesi kararında şu tespitlere yer vermiştir.¹³⁷ “Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa’da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların yasa koyucu tarafından daraltılmasıdır. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanma ve kullanma olanaklarının olanaksızlığını anlatır. Anayasanın 26. maddesinin ikinci fıkrası düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırları belirtilmiştir. Söz konusu itiraz konusu kural uyarınca ödeme yapılıncaya kadar yayın durdurulmasına karar verilmesi Anayasa’nın 26. maddesinin güvence altına aldığı düşüncüyü açıklaması ve yayma hürriyetin yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir sınırlamanın her şeyden önce Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir...” demiştir. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi kararıyla açıkça belirtilmese de ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan özellikle gereklilik ve elverişlilik ile anayasaya uygunluk denetimi yapmış, üst kurula vergilerin ödenmesini sağlamak için

¹³⁷ 2003/40 E., 2007/96 K. K.T. 12.12.2007. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İctihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İctihat Programı))

yayın iznini ve lisansının iptal edilmesi tedbirinin hem elverişli bir sınırlama tedbiri olmadığını hem de bu amacı gerçekleştirmek için en ağır tedbirin alındığını belirtmiştir.

Anayasa mahkemesine 4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan yapılarak ödemelere Dair Kanun'un bazı maddelerinin anayasa aykırılığı ileri sürülmüştür. Söz konusu kanun ile ilgili çalışanların sahibi oldukları şeyi dilediği gibi tasarruf etme olanağından mahrum bıraktığı ve hazine iç borçlarına için ödenen faiz oranlarını nama ödemelerinde uygulanmayarak bu borçlar arasında kanun önünde eşitlik ilkesinin zedelendiği iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında orantılılık ilkesiyle yaptığı anayasal denetim sonucunda bu düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olmadığını sözkonusu düzenlemenin anayasaya uygun olduğunu belirtmiş ve şu tespitlere yer vermiştir.¹³⁸

“...Hak sahiplerinin hak ve menfaatlerin korunması amacıyla taksitlendirilen tutarın, ekonomi içinde fiyat artışlarını gösteren Tüketici Fiyatları Genel İndeksi (TÜFE) ve buna ilave olarak yıllık yüzde beş oranında değerlendirilmesi öngörülerek enflasyonun gerisinde kalmayan bir nemalandırma sağlanmıştır. Böylece, amaca elverişli ve ölçülü bir değerlendirme yapılarak, değerlendirme oranları ile sağladığı yarar arasında hak ve adalete uygun olarak kurulması gereken yararlar dengesi korunmuştur.

Dava konusu kuralla, çalışanların tasarruflarını teşvik hesabının tasfiyesinin ekonomik koşullar ve kamu yararı gereği takside bağlandığı ve ödemesi gereken paraların fiyat istikrarının ve dolayısıyla ekonomik istikrarın sağlanmasına yönelik olarak makul ve ölçülü bir şekilde değerlendirildiği göz önünde bulundurulduğundan; kamu yararı ile bireysel yararın dengelendiği

¹³⁸ 2003/82 E, 2006/66, KT: 30.5.2006. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

amaç ile araç arasındaki denge bozulmadığı, hak sahibine, taksitlendirme nedeniyle parasından yoksun kaldığı süre için ekonomi esaslarına uygun bir gelir sağlandığı ve mülkiyet hakkının özüne dokunulmadığı anlaşılmıştır...”

Anayasa Mahkemesine, 5682 Sayılı Pasaport Kanunu’nun, 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun yurt dışına çıkış yasağıyla ilgili kısmın anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Söz konusu düzenlemeyle vergi borcu olanlara yurt dışına çıkma yasağı getiriliyordu.

Anayasa Mahkemesi daha önceden vermiş olduğu kararlarda ölçülülük ilkesine ilişkin bir takım açıklama ve değerlendirme yaparken bu kararında ölçülülük ilkesine tanımlamış, alt ilkelerini belirtmiş, tüm yönleriyle bakış açısını yansıtmıştır. Söz konusu kanunun anayasal denetimini yaparken ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesiyle denetim yaparak düzenlemeyi ölçülülük ilkesine aykırı bulup iptal etmiştir. Bu önemli kararında;¹³⁹

“... Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlandırmayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerektiğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik”, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık” ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, kişilerin vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkışları yasaklanmaktadır. Getirilen yasaklama yurt dışına çıkmak isteyen kişilerin vergi borçlarını zorlayıcı niteliktedir. Bu nedenle itiraz konusu kural ile

¹³⁹ 2007/4 E, 2007/81 K, 18.10.2007. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

gerçekleştirilen sınırlamanın, kaynağını anayasada bulan meşru bir amaca yönelik olduğu görülmektedir. Ancak, vergiden, borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere yurt dışına çıkış yasağı uygulanabileceğine ilişkin kuralla getirilen sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Yasalarla getirilen vergi yükümlülüğünü kabullenmek bir vatandaşlık görevidir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve diğer vergi yasalarıyla, verginin zamanında ve eksiksiz ödenmesi amacıyla getirilen kurallar, zamanında ve tam olarak tahsil edilemeyen vergilerin tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri ve yine yasalarla getirilen gecikme faiz ve zammı uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, vergi borcunun ödenmesi, diğer bir deyişle vergi alacağının tahsili konusunda yasal kuraların bulunduğu görülmektedir.

Yurt dışı çıkış yasağında, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünü sınırlamanın amacı, vergi borcunun tahsilinin sağlanması, araç ise yurt dışına çıkışın yasaklanmasıdır. Amaç ile araç arasında makul bir ilişkinin bulunduğu söylenebilmesi için yurt dışına çıkış ile vergi alacağının tahsilinin zorluğa veya olanaksızlığı arasında bağım varlığının aranması gereği açıktır. Yasak, hiçbir koşul öngörülmezsizin, hatta vergi borcunun tutarı dahi belirtilmeden, vergi borcunun ödenmemesine bağlı olarak kendiliğinden uygulandığı zaman amaç ile araç arasındaki makul ilişki ve denge ortadan kalkar.

Anayasa'nın 23. maddesinde öngörülen sınırlama nedenleri ve bunlar arasında yer alan "vatandaşlık ödevi" genel nitelikte, soyut bir kavramdır. Yasa koyucunun getireceği her sınırlayıcı düzenlemede bu nedenleri somutlaştırması gerekir. Keyfiliğe varabilecek uygulamaları önleyebilmek bakımından gerekli olan açıklık ve somutluk sınırlamanın yasayla yapılmış

olarak kabul edilmesi için zorunludur. Aksi halde hukuk devletinin gerektirdiği belirginlik karşılanmamış olur ve amaç-araç ilişkisini denetlemek güçleşir. İtiraz konusu kural, amaç ve araçları açık, belirgin ve somut bir şekilde öngörmemiş, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurmayarak ölçülülük ilkesinin gereklerini yerin getirmemiştir...”

Biraz önce belirttiğimiz gibi anayasa mahkemesi bu kararında ölçülülük ilkesine bakış açısını yansıtmış anayasal denetim ölçütü olan ölçülülük ilkesi denetiminin daha etkin yapılabilmesi için yasa koyucunun amaç ve araçları açıkça, belirgin bir şekilde belirtmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bazı davalarda, dava konusu olan düzenlemelerin ölçülülük ilkesine aykırı bulmayarak davayı reddetmekle birlikte, ölçülülük ilkesi denetiminin karara muhalif olan üyeler tarafından yapıp, çoğunluk görüşüne katılmadıkları görülür. Muhalif olan üyeler, sınırlamanın makul ölçüde olup olmadığını, sınırlama amacına, ulaşmak için getirilen sınırlamanın ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirip getirmediğini, sınırlama aracının, sınırlama amacına ulaşmak için elverişli olup olmadığını tespit etmeye çalışmaktadırlar.

Buna ilişkin anayasa mahkemesi kararları şöyledir;

Anayasa mahkemesine, 4302 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Geçici 1. maddesinin anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. Söz konusu geçici 1. madde; “Turizm Bakanlığı tarafından önceden izin verilmiş bulunan talih oyunları işletmelerinin izinleri, yasanın yayımını izleyen günden başlayarak 6 ay sonra kendiliğinden hükümsüz olur. Bu tarihten sonra, bu işletmelerin faaliyetlerine hiçbir şekilde izin verilmez” denmektedir. Bu geçici 1. maddenin demokratik toplum düzeninin gereklerine, ölçülülük ilkesine aykırı olacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi, ölçülülük ilkesi denetimine tabi tutmuştur.

Mahkeme teşebbüs ve çalışma özgürlüğünün, Anayasanın, 13. maddesindeki sınırlama nedenleriyle birlikte düşünmek gerektiğini yasa koyucunun kamu yararı ve kamu düzenine dayanarak verilmiş olan işletme izinlerini kaldırabileceğini belirterek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir.¹⁴⁰

Anayasa Mahkemesinin bu kararına katılmayan bir kısım muhalif üyeler, sözkonusu geçici 1. maddeyi, ölçülülük ilkesi denetimine tabi tutarak, bu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır ve şu tespitlere yer vermişlerdir: “Özgürlüklerin sınırlandırılması, özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye varmamalıdır. Sınırlama makul ve kabul edilebilir ölçüyü aşmamalıdır. Başka bir anlatımla, bir hak sınırlandırılırken, o sınırlamanın amacı ile getirilen düzenleme arasındaki makul ve adaletli dengenin bozulmaması gerekir. 4302 sayılı kanunun gerekçesinde sözü edilen nedenlerin tümü, devletin değişik araç ve yöntemlerle sahip olduğu kamu gücünü kullanarak ortadan kaldırabileceği sakıncalardır. Devletin iyi bir denetim yaparak yasanın gerekçesinde belirtilen sakıncaları ortadan kaldırabilir.

Bu yolda tedbir alınması gerekirken, kara paranın amlandığı, bu yerlere yabancılardan çok Türklerin girdiği ve turistik otel işletmecilerinin yerine başkalarının bu yerleri işlettikleri gibi gerekçelerle talih oyunları salonlarını bütünüyle yasaklanması ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur.

4302 sayılı yasanın geçici 1. maddesindeki düzenlemenin amacı, toplumun kumar alışkanlığından korumak, kara paranın aklanmasını önlemek, birey ve topluma verdiği zararları ortadan kaldırmaktır.

Bu düzenlemeyi ölçülülük ilkesinin alt ilkeleriyle birlikte denetime tabi tutarsak anayasaya aykırı olup olmadığını tespit ederiz. Ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvuru aracı sınırlama amacını

¹⁴⁰ E.1997/63, K.1998/2, K.T. 21.1.1998, AMKD, Sayı:34, s.252.

gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmekteydi. Bu bakımdan seçilen araç, yani işletme izinlerini kaldırılması, bu düzenlemenin amacına erişmek için elverişli bir araçtır. Gerçekten de bu amaçlara ulaşmak ve işletmelerin neden olduğu zararları ortadan kaldırmak için en etkili yollardan biri, bu işletmeleri bütünüyle yasaklamaktır. Bu düzenlemenin ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan, elverişlilik ilkesine aykırı olmadığı bilakis amaca ulaşmada gerekli olduğu tespit edilir.

Ölçülülük ilkesinin, ikinci unsuru olan gereklilik ilkesi ise, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gerektiği bir başka deyişle temel hak ve özgürlükleri sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak yasal önlemler arasından amacı gerçekleştiren ve en az önlemin seçilmiş olmasıdır. Bu açıdan, sözkonusu 4302 sayılı yasanın geçici 1. maddesindeki düzenlemeye baktığımızda, amaca ulaşmak için en az sınırlayıcı önlemin seçilmediği görülür.

İşletme izinlerinin kaldırılmasıyla, çalışma ve teşebbüs özgürlüğünün kullanılması bütünüyle ortadan kaldırılmıştır. En son çare olan yasaklama tercih edilmiştir. Muhalif üyelerin belirttikleri gibi, amaca ulaşmak için daha yumuşak bir araç seçilebilirdi. Örneğin bu tür talih oyunları oynatılan salonların, kayıtdışı ekonomiyi beslemesini engellemek, kara para aklanmasını önlemek için daha sıkı mali denetim yapılabilir, Türk vatandaşlarını, bu tür yerlere gitmeleri yasaklanarak, topluma vermiş olduğu zararlar önlenebilirdi. Kısaca, kanunun amacını gerçekleştirmek ortaya çıkan zararları gidermek için hak ve özgürlükleri daha az sınırlayan tedbir ve sınırlamalara başvurulabilirdi. Bu haliyle, mevcut düzenleme, gereklilik ilkesine aykırıdır.

Ölçülülük ilkesinin üçüncü ve son alt ilkesi olan oranlılık ilkesi ise, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru olan araç orantısız bir ölçü içinde olmamalıdır. Bu açıdan bakıldığında ulaşılmak

istenen amaç uğruna çalışma ve teşebbüs özgürlüğünün ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması, hatta bütünüyle ortadan kaldırılması sözkonusu olduğundan, mevcut düzenleme orantılılık ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Amaç ve araç, terazinin iki kefesine konulup tartıldığında ortaya çıkan dezavantajların, avantajlardan fazla olduğu, müdahalenin ağırlığı ile gerçekleşen netice arasındaki dengenin bozulduğu, orantısız olduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne 3843 sayılı Kanunun 7. maddesinin anayasaya aykırı olduğu sürülmüştür. Bu düzenlemeyle üniversitelerin ikinci bölümlerinde okuyan öğrencilerin ödeyecekleri öğrenim ücretleri ile ilgili durumlar düzenlenmiştir. 3843 sayılı kanunun 7. maddesiyle de düzenlemeye göre; "Öğrenim ücretlerinin birinci taksidini ödemeyenlerin kayıtları yapılmaz ve yenilenmez. İkinci taksitlerini ödemeyen öğrencilere ise bir aylık ek süre tanınır, bu süre içerisinde de öğrenim ücretlerini kanuni faiziyle birlikte ödemeyen öğrencinin yükseköğretim kurumu ile ilişkisi kesilir" denmekteydi. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme şu görüşlere yer vermiştir.¹⁴¹ İkinci öğretimde, ikinci taksitlerini verilen bir aylık ek süreye karşın ödemeyen öğrencilerin yükseköğretim kurumu ile ilişkilerinin kesilmesini öngören düzenlemenin kamu yararına yönelik olması ve demokratik toplum düzenini gerekleriyle çelişen bir yönün de bulunmaması nedeniyle kuralda, Anayasanın 13. ve 14. maddelerine aykırılık" yoktur.

Anayasa Mahkemesinin kararında, getirilen sınırlamanın kamu yararına yönelik olması sebebiyle, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak anayasaya uygunluk denetiminde, ölçülülük ilkesi kriterine başvurmamıştır.

¹⁴¹ E.1998/59, K.1999/4, K.T. 11.5.1999, AMKD, Sayı:36, s.410. <http://www.İçtihat.net/> (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası Programı)

Anayasa Mahkemesinin bu kararına katılmayan muhalif üyeler, sözkonusu düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu, karşı oy yazılarında belirtmişlerdir.

3843 sayılı Kanunun 7. maddesini ölçülülük ilkesinin alt ilkeleriyle birlikte anayasal denetime tabi tuttuğumuz zaman anayasaya aykırılık iddiasını çözümleriz.

Elverişlilik ilkesini, sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması şeklinde tanımlamıştık. Sözkonusu düzenlemeyle ulaşılmak istenen amaç, öğretim ücretlerinin zamanında ödenmesini sağlamak olup, kullanılan önlem ve sınırlamada, öğrenim ücretleri ödenmediği zaman okulla ilişkisinin kesilmesidir. Gerçekten de bu amaca ulaşmak için kullanılan araç, elverişli bir araçtır ve çok etkilidir. Bu yönüyle kanuni düzenlemenin elverişlilik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Ölçülülük ilkesinin ikinci alt ilkesi olan gereklilik ilkesini ise sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için en yumuşak aracın seçilmesi olarak tanımlamıştık. Bu açıdan bakıldığı zaman öğrenim ücretlerini zamanında ödenmesini sağlamak için daha yumuşak tedbirlere başvurulabilir. Örneğin, öğrenim ücretleri zamanında ödenmemesi durumunda kaydın yapılamayacağı veya derslerden başarılı sayılamayacağı, veyahut uyarı, kınama gibi disiplin cezalarıyla cezalandırılacağı tedbirine başvurulabilirdi. Burada söylemiş olduğumuz araç ve tedbirler, kaydın silinmesine göre daha yumuşaktır. Aksi takdirde, yükseköğretimle ilişkisi kesilen bir öğrencinin böyle bir hakkı kalmamaktadır. Özetle, ilişkinin kesilmesine göre daha yumuşak ve amaca ulaşmada daha elverişli olan diğer araçlara başvurulması gerekmektedir. Açıkça başvuru alan sınırlamanın, tedbirin, gereklilik ilkesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin üçüncü alt ilkesi olan orantılılık ilkesini ise, kullanılan araç ile güdülen amaç uyumlu bir oran içinde olması şeklinde tanımlamıştık. Bu açıdan bakıldığında kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amacın ölçüsüz ve orantısız olduğu görülmektedir. Öğrenim ücretlerinin zamanında ödenmesini sağlamak amacı ile yüksek öğretimden öğrencinin ilişkisinin kesilmesi tedbiri çok ağır zararlara yol açacak bir düzenlemedir. Ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında, makul ve kabul edilebilir bir oran bulunmamaktadır.

Bir başka deyişle müdahalenin ağırlığı ile gerçekleşen netice arasında dengenin bozulduğu görülmektedir. Dolayısıyla 3843 sayılı yasanın 7. maddesindeki düzenleme ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan, oranlılık ilkesine de aykırıdır. Bu sebeplerle getirilen düzenleme, ölçülülük ilkesi kriterine başvurulduğunda anayasaya aykırı olduğu görülmektedir.

II. DANIŞTAY KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Türk hukukunda, ölçülülük ilkesinin doğrudan uygulanabilir bir anayasal dayanağa sahip olması ve Anayasa mahkemesinin bu ilkeyi çeşitli kararlarında "anayasal denetim ölçütü " olarak kullanması, Danıştay'ı da etkilemiş ve bu ilkeyi Danıştay pek çok kararında uygulamıştır. Danıştay Kararlarında ölçülülük ilkesinden çok az söz etmekte ve daha çok bu ilkeye içerik bakımından başvurmaktadır. Danıştay daha çok temel hak ve özgürlüklerinden sınırlaması, idarenin taktir yetkisi özellikle de kolluk ve disiplin hukuku alanlarında bu ilkedен yararlanmaktadır.

Danıştay ilkeye öncelikle disiplin hukuku alanında başvururken objektif değerlendirmeler çerçevesinde sebep, sonuç-amaç açılarından dengenin ölçülü olmasını aradığı görülmektedir. Bilhassa da öğrenci işleriyle ilgili olarak verilen disiplin cezalarında, işlenen disiplin suçu ile verilen ceza arasında adil bir dengenin bulunmasını aramakta ve sebep-sonuç üçlemi içinde kamu yararı ile öğrencinin yararı arasındaki dengenin ölçüsüz bir biçimde

kurulduğunu tespit ettiğinde idari işlemi iptal etmektedir. Danıştay öncelikle verilen disiplin cezasının ortaya çıkardığı sonuç ile idari ihlal arasında dengenin var olup olmadığını denetlemektedir. Sonucun olmaması, gerekenden çok daha ağır olarak öngörülmesi, orantılı olmama olarak değerlendirilmekte ve adil dengenin gözetilip gözetilmediği üzerinde durarak denetim yapmaktadır.

Danıştay ölçülülük denetiminde ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik ve gereklilik ilkelerini uygulamadığı daha çok alt ilkelere oranlılık ilkesini anayasal denetim ölçütü olarak uyguladığı ve kararlarına dayanak yaptığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle Danıştay'ı eksik bir ölçülülük denetimi yaptığı söylenebilir.

Yüksek mahkemenin kararlarında sözünü ettiği "adil denge", "makul ölçü", "nispet", "fiil ile ceza arasında uyum", "yapılan idari ihlal ile uygulanan ceza arasında" bir denge ve orantı bulunması" gerektiği ifadeleriyle ölçülülük ilkesini kast etmektedir.

Ölçülülük ilkesinin klasik uygulama alanı idare hukukudur. Ancak ölçülülük ilkesi, Türk İdari Hukukuna anayasa yargısı yoluyla girmiştir. İlke hakkında, ilk kararlar anayasa mahkemesince verilmiştir. Ölçülülük ilkesinin Anayasa mahkemesi tarafından kullanılması ve denetim yapılması, idari yargıyı da bu ilkenin kullanılması yönünden teşvik etmiş, idari yargıda denetim ölçütlerinden birisi olarak kullanılıp denetim yapılmıştır.

Ölçülülük ilkesi, idarenin kamu yararı amacıyla aldığı tedbirler ile temel hak ve özgürlüklerin korunması arasında denge kurmaya çalışır. İdari tedbirler, ölçülü olmalı, aşırıya kaçmamalı ve yöneldiği amacın gerçekleşmesi için gerekli oranda olmalıdır.

İdare tarafından seçilen ve güdülen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olduğu tespit edilen aracın aynı zamanda ulaşmak istenen amaçla

ölçüsüz bir orantı içinde bulunmaması gerekir. Bir başka ifadeyle, idarenin almış olduğu tedbir sonucu sağlanacak kamu yararı ile tedbire bağlı ortaya çıkacak zarar arasında ölçülü bir orantı bulunmalıdır. Ulaşılmak istenen amaç genellikle kamu düzeni ve güvenliği sağlanmasıdır.

Ölçülülük ilkesi, öncelikle idareye kanun yoluyla açılan faaliyet alanının sınırını ifade eder. Ölçülülük ilkesi, bireyin günlük yaşamda sürekli karşısına çıkan, yaşamın her anında doğrudan doğruya etkili olan idarenin faaliyet ve işlemlerinin denetlenmesini sağlar.

Bu genel açıklamalardan sonra Danıştay'ın ölçülülük ilkesini uygulayışı ile ilgili kararlara geçebiliriz.

Danıştay vermiş olduğu 14.4,1988 tarihli kararında ölçülülük ilkesine ilişkin şu görüşlere yer vermiştir¹⁴²; " Anılan hükme göre, hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar, demokratik toplum düzenine aykırı olmayacak; uluslararası sözleşmelerde ve bildirilerde bu konuda ölçü olarak kabul edilen demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir bir nitelik taşıyacaktır. Getirilecek sınırlamalar, öngörülen amacın zorunlu yahut gerekli kıldığında fazla olmayacaktır. Diğer bir deyişle amaç ve sınırlama arasındaki orantının korunması gerektiğini" ifade etmiştir.

Verilen bir disiplin Cezası yönünden yapmış olduğu denetimde disiplin cezasını, hukuka aykırı bularak orantılılık ilkesi ile nesafet ilkesine dayanmış ve verilen disiplin cezasını iptal etmiştir. Kararda¹⁴³; "disiplin suçu ile verilen ceza arasında bulunması gereken adil nispetin bulunmaması ve verilen cezanın nesafet ilkelerine aykırı olduğu sonucuna varılması sebebiyle dava konusu kararda mevzuata uyarlık yoktur." demiştir.

¹⁴² DD, S.74-75, s.301, KT 14.4.1988

¹⁴³ E. 1976/17 K.1976/3958 KT 4.11.1976 DD, S.26-27, s.476.

Disiplin Cezalarına ilişkin vermiş olduğu diğer kararlarında¹⁴⁴ bir yıl okuldan uzaklaştırılması gereken öğrencinin okulla ilişkisinin kesilmesini, ölçüsüz bir düzenleme olarak kabul etmiş, disiplin cezası ile disiplin suçunu gerektiren fiil arasında adil bir denge olmadığından söz konusu idari cezayı iptal etmiştir.

Bir öğrencinin dergide yayınlanan yazısı sebebiyle yurt disiplini bozduğu ve yöneticilerini küçük düşürdüğü için yurttan çıkarma cezasına karşı açılan davada Danıştay ölçülülük denetimi yaparak verilen cezayı iptal etmiştir. Söz konusu kararda Danıştay şöyle demektedir¹⁴⁵. "Davacının disiplin cezası ile cezalandırılması gerekir ise de davacının işlediği disiplin suçunun yurttan süresiz çıkartılmayı gerektirecek ağırlıkta olmadığı ve suç ile ceza arasında adil bir dengenin bulunmadığı ..." gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir.

Endüstri meslek lisesi öğretmeni olan davacının özürsüz ve kesintisiz 4.5 gün göreve gelmediğinden bahisle, davalı hakkında 657 sayılı yasaya göre 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin idari cezayı iptal etmiştir. Danıştay kararında¹⁴⁶ şöyle demektedir. "... Bir memur hakkında takdir edilen disiplin cezası ile ilgilinin eylemi arasında adil bir denge bulunması ilkesi disiplin hukukunun temel ilkelerindendir. Bu denge kurulurken, olayın oluş biçimi ilgilinin suç kastının bulunup bulunmadığı irade dışı etkenlerin eylemin meydana gelmesine etkisi gibi hususların göz önünde bulunması gerekir."

Gazi üniversitesi öğrencisi olan davacının fakültede ideolojik ve siyasi amaçlarla huzuru ve çalışma düzenini bozan eylemlere katılan öğrencinin fakülteden çıkartılmasıyla ilgili olayda, Danıştay yine ölçülülük ilkesi denetimi

¹⁴⁴ E. 1988/820 K. 1990/1445 K.T 5.2.1990 DD S.21 s.305.

¹⁴⁵ E. 1984/497 K.1985/137 KT 24.4.1985 DD, S.60-62, s.380.

¹⁴⁶ E. 1995/3680 K. 1997/3928 K.T 1.12.1997 <http://www.İçtihat.net/> (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası Programı)

yaparak söz konusu işlemi iptal etmiştir. Karada şöyle demektedir;¹⁴⁷ “soruşturma dosyası ve ekli belgelerin incelenmesinde davacının üniversitenin huzur ve sükununu bozucu bazı eylemlere katıldığı anlaşılmakla beraber, eylemle verilen ceza arasında adil bir denge bulunmadığından verilen cezayı iptal eden İdare Mahkemesi Kararında sonuç itibariyle hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” Danıştay aslında burada ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan gereklilik ilkesi ile denetim yaparak söz konusu idari cezayı iptal etmiş ancak, gereklilik ilkesi yerine adil bir denge tabirini kullanmıştır.

Danıştay bir kararında da ölçülülük ilkesi denetimi yaparak sözkonusu düzenlemeyi iptal etmemiştir. Fikir ve sanat eserleri sahipleri ile Komşu Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzükte ekleme yapılmıştır. Sözkonusu düzenlemeye göre; “Birliklerin aldıkları yetki belgesi çerçevesinde eserlerin, icraların, tespitlerin ve yayınların kullanımına ve tarifelerine ilişkin sözleşmeleri yaparken; eserlerin topluma yaygın bir şekilde iletiminde devamlılık sağlanması, ulusal ve uluslar arası uygulamalar dikkate alınarak eserlerin yayınlarda kullanımı karşılığı ödenecek ücretlerin makul seviyede belirlenmesi, rekabeti bozucu şartların oluşturulmaması, yayın kuruluşunun yayın alanı ve izleyici/dinleyici sayısı eserlerin kullanım sıklığı, pazar oranı, kullanılan her eser başına bir ücret, sabit ücret, saniye veya dakika, bazen de birim ücret gibi ölçütleri göz önünde bulunduracakları, bu ölçütler esas alınarak kullanıcılar ile ilgili olan meslek birlikleri arasında yapılacak sözleşmelerde ödemelerin yapılacağı yer ile meslek birlikleri arasındaki paylaşım esas ve usullerinin gösterileceği” hükmüne yer verilmiştir. Davacı, anılan düzenlemenin Anayasa’nın çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesine aykırı olduğunu, eser sahibinin haklarına sınırlama getirdiğini savunmuştur.

Danıştay ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan oranlılık ilkesiyle yapmış olduğu denetimde eser sahibinin hakları ile toplumsal yararı arasındaki makul dengenin korunduğunu, aşırılığa kaçınılmadığını belirterek

¹⁴⁷ E. 1991/2188 K. 1992/ 1547 K.T. 9.7.1992

sözkonusu düzenlemeyi hukuka aykırı bulmayarak şu görüşlere yer vermiştir.¹⁴⁸ “Eser sahiplerinin ve komşu hak sahiplerinin haklarının tek tek korunmalarındaki güçlük dikkate alınarak, bunların ortak çıkarlarını korumak ve kurulan birlikleri ile kullanıcılar arasında yapılacak sözleşmelerde, göz önünde bulundurulması gereken ölçütler; ödenecek ücretlerin bazı somut verilere göre tespitini, sözleşmelerin dengeli ve uygulanabilir olmasını, eserlerin topluma ulaşmasının kolaylaştırılmasını amaçlayan ölçütler olup, belirlenen ölçütlerin, eser sahiplerinin mali haklarını ve sözleşme özgürlüğüne kısıtladığından söz etme olanağı yoktur.

Aksi halde, makul olmayan talepler nedeniyle sözleşmelerin yapılamaması veya yapılan sözleşmelerin uygulanamaması söz konusu olur ki; böyle bir ortamında izinsiz ve bedelsiz eser kullanımı artıracığı, bundan da en çok birlik üyelerinin zarar göreceği tartışmasızdır. Kaldı ki dava konusu düzenlemeyle eser ve komşu hak sahipleri ile bunların bağlı oldukları meslek birliklerinin sözleşme yapma iradelerinin ortadan kaldırıldığından söz etmek de mümkün değildir.

Bu itibarla fikir ürünleri üzerindeki hakların kendine özgü niteliği göz önünde bulundurularak, eser sahiplerinin hakları ile toplumsal yarar arasındaki dengeyi sağlamak, etkin ve işleyen bir piyasa oluşturmak amacıyla ülkemizin taraf olduğu uluslar arası sözleşme hükümlerine ve Anayasamız 167. maddesiyle, Devlete yüklenen pozitif yükümlülüğe ve yine Anayasanın 48. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlama sebeplerine uygun olarak tesis edilen dava konusu düzenleyici işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”

Danıştay başka bir kararında; Hukuk müşaviri olan davacının, Yüksek Disiplin Kurulu toplantısında hakkındaki disiplin cezasının kaldırılmasına dair karara iştirak etmek suretiyle bir yandan iradenin itibarının zedelenmesine bir

¹⁴⁸ 2002/7366 E, 2005/2483 K, K.T. 10.5.2005. <http://www.İçtihat.net/> (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası Programı)

yandan da genel müdür olarak atanarak yanlış bir işlem yapılmasına neden olduğu için aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin idari işlemi Danıştay ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiş ve şu görüşlere yer vermiştir.¹⁴⁹ “...Hukuk müşaviri olan davacının, kesinleşen disiplin cezasının idari bir kararla kaldırılması yolunda işlem tesis eden TEDAŞ Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kuruluna katılması ve aynı doğrultuda oy kullanması karşısında, disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Ancak davacının eylemi yöneltmeliğin 7/a maddesinde belirtilen kusurlu harekete girdiğinden bu eylemin karşılığı olarak kınama cezası verilmesi gerekirken dava konusu disiplin cezası ile cezalandırılması işlemi, eylem ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunmadığından hukuka aykırı bulunmuştur.”

Sözleşmeli personel olan davacının, ticaret yapmak ve devlet memurlarına yasaklanan kazanç getirici işlemde bulunmak suçundan kademe ilerlemesinin durdurulup aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemi Danıştay ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiş ve şu görüşlere yer vermişlerdir.¹⁵⁰ “...Davacının ticari kullanımlı kamyonun 1993’de amcasıyla birlikte adına tescil edildiği, dolayısıyla ticaret yapmak veya devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunması nedeniyle, açılan soruşturma sonunda anılan ceza ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun değişik 125. maddesinin 3. fıkrasında, geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve iyi veya çok iyi derecede sicil alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanın uygulanabileceği kuralı yer almaktadır.

¹⁴⁹ 1998/4988 E, 1998/3015 K., K.T. 1.10.1998. <http://www.İçtihat.net/> (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası Programı)

¹⁵⁰ 1994/7699 E, 1996/3368 K. K.T. 2.11.1996. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

Olayda davacının kusurlu eylemi nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık yok ise de, eylem ile verilen ceza arasında adil bir dengenin bulunması disiplin hukukunun gereğidir.

Davacıya verilen disiplin cezasının, ceza verilmesine neden olan eylemin dış biçimi, samimi ikrar ve ifadeleri, geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarının olumlu olup olmadığı ve sicilleri değerlendirilerek daha alt bir cezanın verilip verilmeyeceği hususu dikkate alınmaksızın davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

Öğretmen olan davacının valiliği icraatı ile ilgili olarak açıklama yaptığı gerekçesiyle 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin idari işlemin Danıştay; adil bir dengenin konulmadığını belirterek söz konusu işlemi ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiş ve şu görüşlere yer vermiştir;¹⁵¹ “...kuşkusuz ki, her vatandaşın anayasa ile güvence altına alınan düşünce ve kanaat özgürlüğü çerçevesinde düşünce ve gözlemlerini dile getirmek ve başkalarına iletmek hakkı vardır. Ancak bu hakkın toplumun tüm bireylerince eşit olarak ve aynı yoğunlukta kullanılmasına olanak yoktur. Devlet memuru olan kişilerin amirleri ve kamu görevleri hakkındaki açıklamalarında bu hak ve özgürlükleri daha ölçülü ve daha özentili kullanmaları gerekmektedir. Olayda, davacı Sendika temsilciliğinin açılışına uygulanan işlem nedeniyle düşüncelerini ve gördüğü olumsuzlukları dile getirirken yönetimi eleştirerek suçlamaktadır: Devlet memuru olan davacıya, hizmetin özelliğine aykırı olan bu davranışı nedeniyle disiplin cezası verilmesi yerinde ise de suçla verilen ceza arasında adil bir denge bulunması gerektiğinden daha hafif bir ceza ile cezalandırılması hakkaniyet gereğidir.”

Danıştay başka bir kararında da; Geyve İmam Hatip Lisesi’nde öğrenci olan davacının hakaret suçu nedeniyle verilen disiplin cezası ile aynı suçtan

¹⁵¹ 1993/1617 E., 1993/4214 K., K.T. 14.12.1993., [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İhtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İhtihat Programı))

hüküm giyilmesi durumunda verilen disiplin cezaları arısında adil bir denge kurulamadığını belirterek verilen disiplin cezasını ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal ederek şu görüşlere yer vermiştir;¹⁵² “...Yönetmeliğin 55. maddesine göre en küçük bir cezaya mahkûm olan öğrenci çok uzun bir süre öğrenim hakkından yoksun kalmakta hatta öğrencinin yaş sınırı da göz önünde bulundurulursa okula devam hakkının sürekli olarak önlenmesi gibi çok ağır ve adil olmayan bir sonuç doğmaktadır.

Bu durumda, disiplin suçu olarak hakaret eylemini cezası bir yıl süre ile okuldan uzaklaştırma olduğu halde sırf hüküm girdiği gerekçesiyle bu süreyi aşan bir ceza uygulanarak öğrencinin ilişkisinin kesilmesi suçla ceza ve yönetmelikteki iki kural arasında adil bir denge bulunmadığını açıkça göstermektedir. Bu durum gözetilmeden davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

Danıştay Büyük Genel Kurulu, sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personeli ile ilgili olarak 1402 sayılı sıkıyönetim yasanını 2 maddenin 2766 sayısı yasa ile değişik son fıkrasında yer alan “bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” hükmünün sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerektiğini belirterek sıkıyönetim bittikten sonra öğretim görevlisinin görevine iade edilmesi istemini reddeden idari işlemi iptal ederek ölçülülük ilkesini adil bir denge olarak ifade etmiş ve ölçülülük ilkesini hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğunu belirterek şu görüşlere yer vermiştir;¹⁵³ “...Hakkında hukuk yollarına başvurma olanağı bulunmayan işlemle bu işlem için öngörülen yaptırım arasında adil bir denge kurulmasının hak, adalet ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereği olması gerektiğini belirtmiştir.” Böylece Danıştay ölçülülük ilkesinin hak, adalet ve hukuk devleti ilkelerinin bir sonucu, bir uzantısı olduğunu ifade etmiştir.

¹⁵² 1998/820 E., 1990/145 K. K.T. 5.2.1990, [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

¹⁵³ 1988/6 E., 1989/4 K.; K.T. 7.12.1989. [http://www.akip.net/\(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı\)](http://www.akip.net/(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı))

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Avrupa insan hakları mahkemesine ölçülülük ilkesi Alman hukuku kanalıyla taşınmıştır¹⁵⁴. Bu ilke, kısa bir zamanda yaygın bir kullanım alanı bulmuştur. Mahkeme içtihadıyla ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin getirdiği koruma mekanizmasını sağlamada başvuru alan genel bir ilkeye dönüşmüştür. Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 15. maddesinde yer alan “durumun gerektirdiği ölçüde” ifadesi, tehlikenin boyutlarıyla orantılı olmayı içermektedir¹⁵⁵. AİHS 15/1’de ifadesini bulan ölçülülük ilkesi ile alınacak önlemlerin elverişliliği ve gerekliliğinin değerlendirilmesinde ulusal makamlara tanınan taktir alanı sınırlandırılmaktadır¹⁵⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ölçülülük ilkesini şöyle tanımlamaktadır; “ölçülülük ilkesi, ulaşılmak istenilen meşru amaçla, müdahalenin gerekçesi bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki orantınlılık veya sınırlama ile elde edilebilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar arasındaki denge şeklinde” ifade etmiştir¹⁵⁷. Kısaca ölçü ilkesi hak ve özgürlüğe müdahaleyle sınırlama getiren önlemlerde ölçüyü kaçırmamaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle demokratik toplum açısından değerlendirirken ölçülülük ilkesine başvurmaktadır. Mahkeme sözleşmenin korumuş olduğu hak ve özgürlüklerinde birisine sınırlama getirildiğinde, ilk olarak hukuken kabul edilen bir sınırlama olup olmadığını denetlemektedir. Bu ilk denetimden sonra denetimin ikinci aşamasında Avrupa insan hakları sözleşmesinin ilgili maddelerindeki sınırlama şartı tarafından tanınan amaçlar için yapıp yapılmadığını denetlemektedir.

¹⁵⁴ YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Yargısında Anayasalık Bloku, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1993 s. 286

¹⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye İnsan Hakları Sorunu, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 92.

¹⁵⁶ YOKUŞ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye’de Olağanüstü hal Rejimine Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 30.

¹⁵⁷ GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”, VII.Avrupa İnsan Hakları Konferansı 7-10 Mayıs 1990, Ankara s. 145.

Denetimin üçüncü ve son aşamasında sınırlamanın demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığını denetler.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ölçülülük denetimini alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve özellikle orantılılık ilkesiyle denetlemekte, hassas bir denetime girişmektedir. Araç-amaç dengesini incelerken, olası diğer önlemlerin alınıp alınmayacağını, önlemlerin kaldırılması durumunda ne olacağı, önlemin alınmasında izlenen usul, önlemin niteliği ve yaygınlığı, uygulama alanı ve olası zarar doğurucu sonuçları göz önünde bulundurulmaktadır¹⁵⁸. Mahkeme içtihatlarını göre sınırlandırmada, demokratik toplum düzeninin gerekleri üç unsurdur ve bunlar çoğulculuk, hoşgörü ve geniş görüşlülüktür¹⁵⁹. Demokratik toplum düzenini gerekleri bakımından denetim yaparken mahkeme sınırlamayı gerektiren zorlayıcı sosyal ihtiyacın bulunup bulunmadığı ve sınırlamanın sözleşmede öngörülen amaçla orantılı meşru olup olmadığını inceler¹⁶⁰.

Avrupa insan hakları mahkemesi devletlerin hakları sınırlarken izledikleri amaçla getirilen sınırlama arasında "adil denge" nitelemesiyle orantı bulunup bulunmadığını göz önüne almakta olup¹⁶¹, mahkeme ölçülülük ilkesinin ihlali nedeniyle bazı devletleri mahkum etmekte, bazılarını da ölçülülük ilkesine aykırılık bulmayarak ret etmektedir. Mahkeme genel yarar ile bireysel yarar arasında adil bir denge kurulmasını, devlete düşen bir görev olduğunu kabul etmektedir.

Ölçülülük ilkesi Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinde ismen açıkça yer almamakla birlikte sözleşme metninin yorumuyla çıkartılmakta hukuksal dayanak olarakta sözleşme hükümlerinin farklı maddelerine başvurulmaktadır.

¹⁵⁸ SUNAY, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetlerinin Muhtevası ve Sınırları, LDT. Yayınları, Ankara, 2001, s. 101.

¹⁵⁹ SELÇUK, "Yeni Türkiye İçin İnsan Hakları Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi" Karizma Dergisi, Y.2000, İİT.20 Nisan 2002,

¹⁶⁰ YILDIZ, Mustafa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 181.

¹⁶¹ KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri 2.Baskı. Ankara, 2005, s.383

Bir görüşe göre de¹⁶² mahkeme ölçülülük ilkesini “demokratik bir toplumda zorunlu” kavramından türetmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, istikrarlı olarak sözleşmenin tamamına hakim olduğunu söylediği ölçülülük ilkesini toplumun genel çıkarı ile temel haklara saygı arasında bulunması gereken adil denge ile birlikte ele almaktadır ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ölçülülük ilkesini alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik, orantılılık ilkeleriyle birlikte kullanmakta olup ince bir denetime tabi tutmaktadır. Araç amaç dengesini incelerken olası diğer önlemlerin alınıp alınamayacağını, önlemlerin kaldırılması durumunda ne olacağı, önlem ve tedbirlerin alınmasında izlenen usul ve yöntem, tedbirin niteliği yaygınlığı, uygulama alanı ve muhtemel zarar doğurucu sonuçlarını göz önünde bulundurmaktadır.

Sözleşmeye taraf devletlere takdir alanı bırakmakta ancak sözleşmenin öngördüğü asgari demokrasi standardı arasındaki ince dengeyi ölçülülük ilkesiyle denetlemektedir. Ölçülülük ilkesi, sözleşmede korunan temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlama ve sınırlandırmaların uymak zorunda olduğu bir kriter olarak düşünülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında ölçülülük ilkesi farklı çıkarlar arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Ölçülülük ilkesi, ulaşılmak istenen meşru amaç ile başvuru alan sınırlayıcı araç arasında bir orantının olması gerektiği, sınırlandırmayla ulaşılan genel yarar ile bireyin uğrayacağı zarar arasında bir denge bulunması şeklinde anlaşılmaktadır.

Kısaca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; ölçülülük ilkesini sözleşmeyle korunan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, sınırlandırmanın amaçlarına ulaşmak için gereken daha bir sınırlandırmanın yapılmaması şeklinde uygulamaktadır.

¹⁶² GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”, VII. Avrupa İnsan Hakları Konferansı 7-10 Mayıs 1990, Ankara s. 264

Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın ölçülülük ilkesini uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden farklıdır

Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini hakkın özü yasağının ihlal edildiği noktada ve sonrasında başvurmaktadır. Anayasa mahkemesine göre temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama ve tedbirler temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını zorlaştırır veya imkansız hale getirirse aynı zamanda ölçülülük ilkesi de ihlal edilmiş olur. Mahkeme, ölçülülük ilkesini hakkın özünden önceki alanda denetimi sağlayan bir ölçüt olarak görmemektedir.

Bu uygulama, ölçülülük ilkesinin etkinliğini önemli ölçüde azaltmaktadır. Avrupa insan hakları mahkemesi bakımından ölçülülük ilkesi, elverişsiz araçlarla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması önlenmekte; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında en az müdahale eden tedbirin güdülen amaç arasında makul bir dengenin bulunmasını öngörerek bireylere ağır yükümlülükten getirilmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Öze dokunma yasağının ihlal edildiği noktada ölçülülük ilkesiyle denetim yapılması nedeniyle ölçülülük ilkesinden beklenen temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı tam olarak sağlanamamaktadır.

Anayasa Mahkemesi; ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini kabul etmekle birlikte elverişlilik ilkesini kararlarında pek fazla kullanmamakta ve denetim yapmamakta daha çok gereklilik ağırlıklı olarak orantılılık ilkesiyle denetim yapmaktadır.

Danıştay ise ölçülülük ilkesinden çok az söz etmekte daha çok içerik bakımından ölçülülük ilkesine başvurmaktadır. Danıştay ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan sadece orantılık ilkesiyle denetim yapmakta diğer alt ilkeler olan gereklilik ve elverişlilik ilkesiyle denetim yapmamaktadır. Danıştay ölçülülük ilkesi anayasayı güvence altına alınan tüm hak ve özgürlükler için değil sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, idarenin taktir yetkisi

özellikle de kolluk ve disiplin hukuku alanlarında başvurmakta bu yönüyle Danıştay ölçülülük ilkesini dar bir kullanım alanı içerisinde kullanmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi öz olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi alt ilkeleriyle birlikte etkin bir ölçülülük ilkesi denetimi yapmakta hassas bir denetime girişmektedir. Bireysel yarar ile genel yarar arasında adil bir dengenin kurulmasını sağlayarak temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla ve keyfi olarak sınırlanmasını önleyen bir ilke olarak görmekte, sözleşmenin sağladığı koruma mekanizmasını ulaşımda ölçülülük ilkesine başvurmaktadır. Anayasa mahkemesi ise temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamaların, tetbirlerin ölçülülük ilkesine aykırı olacağına karar vererek ölçülülük ilkesini uygulamakta Danıştay ise ölçülülük ilkesinin sadece orantılılık ilkesiyle denetim yapmakta daha çok kolluk ve disiplin hukuku alanlarında ölçülülük ilkesine başvurmakta olup dar bir kullanım alanı içerisinde yer almaktadır. Gerek Anayasa mahkemesi gerekse Danıştay Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kadar derinlemesine bir denetim yapmamakta, ölçülülük ilkesini temel hak ve özgürlükleri koruyan fonksiyonunu gerçekleştirecek şekilde kullanamamaktadır.

Bu genel açıklamalardan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ölçülülük ilkesini uygulayışı ile ilgili Türkiye hakkında vermiş olduğu kararlara geçebiliriz.

PAKDEMİRLİ davasında¹⁶³ başvuran bir siyaset adamı ve dönemin Cumhurbaşkanı olan Süleyman Demirel hakkında küçük düşürücü olduğu iddia edilen ifadeler kullandığı gerekçesiyle fahiş tutarda tazminat ödemesini A.İ.H.S'ne aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, ölçülülük ilkesine dayanarak sözkonusu başvuruyu kabul etmiştir ve kararında şöyle demektedir; "... AİHM, hakimın Cumhurbaşkanı'nın maruz kaldığı manevi zarar konusundaki son derece katı anlayışına ve kuşkusuz aynı kavramsal

¹⁶³ PAKDEMİRLİ Davası, BN. 35839/97, KSN. 004985, K.T 22 Şubat 2005, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

mantığı izleyen tazmine ilişkin taktirine dikkat çeker. Ulusal mevzuat ve içtihatlarındaki orantılılık ilkesine aykırı olarak hakimın düşünme biçimi tazminatı hukuki bir cezaya dönüştürmüştür. Tazminata ilişkin tüm kararların haysiyete yönelik saldırı ile makul bir orantılılık ilişkisi kurması gerektiği düşünüldüğünde AİHM içtihatlarına göre bir hukuk davasında başvuran yükletilen tazminat tutarı AİHS'nin 10. maddesine yönelik bir müdahale teşkil etmektedir. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerel mahkemenin kararını ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinde olan orantılılık ilkesine aykırı bularak başvuruyu kabul etmiş ve yapılan ihlalle verilen tazminat oranı arasında makul bir dengenin olması gerektiğini ifade etmiştir

SÜREK ve ÖZDEMİR davasında¹⁶⁴ başvuranlar yasadışı terör Örgütü olan PKK ile yapılan röportaj ve bildirimleri yayınladıkları için haklarında İstanbul DGM tarafından verilen mahkumiyet kararlarının AİHS' ne aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHM'si ölçülülük ilkesi kriteriyle yapmış olduğu denetimde başvuruyu kabul etmiştir. Kararda şöyle demektedir; "... Medya mensuplarının ifade özgürlüğü hakkını kullanırken şiddeti tahrik eden ve kin güden bir şekilde kullanmamaları, özenli olmalarını ancak sözleşmecî devletlerin ceza hukukunun ağırlığının, medya üzerine toparlayarak, toprak bütünlüğünü veya ulusal güvenliğin korunmasının veya suç ve asayişsizliğinin önlenmesinin halkın bu hususta haber alma hakkını kısıtladığını ifade edemezler. Başvuranların suçlanmasının ve cezalandırılmasının izlenen amaçla orantılı olmadığı bu yüzden demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanısına varmıştır. Bu sebeple sözleşmenin 10. maddesi ihlal olmuştur." demiştir. Mahkeme burada elverişlilik ve gereklilik alt ilkeleriyle denetim yaparak sözkonusu yerel mahkemenin kararını sözleşmeye aykırı olduğu kanısına varmıştır.

¹⁶⁴ SÜREK ve ÖZDEMİR, BN. 23927/94, KSN. 000886, K.T. 8 Temmuz 1999. İnsan Hakları İctihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

ŞİMŞEK davasındaki¹⁶⁵ başvurular, Gazi ve Ümraniye mahallesinde yasadışı gösteri yapıp polise taş ve yangın bombası atanların üzerine polis tarafından ateş açılması üzerine birçok göstericinin ölmesini AİHS'ne aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yine ölçülülük kriteriyle denetim yapmıştır. Kararında ; "... Arzu edilen amaç ile bu amaca ulaşmada kullanılan araçlar arasında bir denge sağlanması gerekmektedir. AİHM bir ayaklanma ya da isyanın bastırılması amacıyla kuvvet kullanacağını kabul eder. Ancak sözkonusu davada başvuruların iddiaları, Trabzon Ağır Ceza Mahkemesinin kararı, polis memurlarının kalabalığı dağıtmak için göz yaşartıcı bomba, basınçlı su ya da plastik mermi gibi yaşamı daha az tehdit eden yöntemlere başvurmak yerine doğrudan göstericilere ateş edildiğini göstermektedir. Sonuç olarak AİHM sözkonusu davanın şartları dikkate alındığında göstericileri dağıtmak için kullanılan ve on yedi kişinin ölümüne neden olan kuvvet kesinlikle gerekli olandan fazladır." demiştir. Böylece AİHM'si orantısız güç kullanımının, sözleşmeyi ihlal edeceğine karar vermiştir.

TURHAN davasında¹⁶⁶ başvuran dergide yayınlanan ifadelerinden dolayı tazminata mahkum edilmiş, AİHM başvuruyu kabul ederek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirttikten sonra şu tespitlere yer vermiştir; "... AİHM demokratik bir toplumda gereklilik tespitinin AİHM'nin şikayetçi olunan "Müdahale"nin, "mecburi bir toplumsal gerekliliğe" cevap verip vermediğini, bunun, takip edilen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve ulusal mercilere bu müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığının belirlenmesini şart koştuğunu belirtmiş, sonuç olarak yerel mahkemelerce öne sürülen gerekçelerin başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale için yeterli ve uygun gerekçeler olarak görülemeyeceğini tespit etmiştir. Dolayısıyla yerel makamlar ilgili çıkarlar arasında adilane bir denge kurmamışlardır." demiştir. Böylece AİHM' si ifade özgürlüğünün

¹⁶⁵ ŞİMŞEK ve DİĞERLERİ, BN. 35072/97, KSN. 005408, K.T. 26 Temmuz 2005. İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

¹⁶⁶ TURHAN, BN. 48176/99 KSN. 005171, K.T. 19 Mayıs 2005. İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

MEHEMİ kararında, başvuru hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olduğunu ve bu cezanın infazından sonra sınır dışı edilmesin, AİHS'ne aykırı olduğunu iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uyuşturucu kaçakçılığı yapan Cezayir asıllı Fransız vatandaşı olan başvuru yargılama sonunda altı yıl hapis ve hapis cezasının infazından sonra da sınır dışı edilmek Cezayir'e gönderilmesi kararının, sözleşmesini 5. maddesindeki özel hayatın ve aile hayatının korunması hükmünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme sözkonusu kararında şu tespitlere yer vermiştir.¹⁶⁹ “Başvurucunun, aslen Cezayir asıllı olsa da, Fransa’da doğup büyüdüğünü, eğitim gördüğünü, mahkumiyete kadar, başvuru ailesi ve kardeşleriyle birlikte yaşadığını göz önünde bulundurarak verilen sınır dışı yaptırımının ulaşılmak istenen amaçla orantısız olduğun” ifade etmiştir.

OBSERVER ve GUARDIAN kararında, başvuru eski bir İngiliz ajanı olduğunu ve yazdığı bir makalenin gazete de yayımlanmasının engellenmesinin Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu sınırlamanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşarak, şu tespitlere yer vermiştir kararında:¹⁷⁰ “dava konusu edilen makalenin, daha önce kitap olarak ABD’de yayınlanması ve İngiliz hükümetinin kitabın İngiltere’ye girişine engel olmadığını belirterek” tedbirin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.

BLADET TROMS ve STENSAAS davasında, başvuru, deniz avcılığı kurallarına uyulmadığı ve ihmal edildiği konusunda eleştiriler yayınlaması sebebiyle, kendisine yaptırım uygulanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözkonusu tedbirin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu tespit etmiş

¹⁶⁹ MEHEMİ, BN. 25017/94, KSN. 000702, Fransa, 26.09.1997, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

¹⁷⁰ OBSERVER VE GUARDIAN, BN. 13585/88, KSN. 00284, İngiltere, 26.11.1991, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

ve kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır¹⁷¹; “Basının, kamu alanını denetlemesinin önemine ve demokratik toplum için vazgeçmez olduğunu, bilgi edinme ve basın hakkına uygulanan yaptırımla, gerçek kişilerin korunmak istenen yararına getirilen sınırlandırmanın, orantısız olduğunu” ifa etmiştir. Böyle mahkeme, uygulanan yaptırımın meşru amaçla orantılı olmadığına karar vermiştir.

BARTHORD kararında¹⁷², başvuru, veteriner olduğunu hakkında gazete de çıkan bir haberin meslektaşlarıyla haksız rekabete yol açacağı gerekçesine dayanarak idari para cezası verildiğini, bu uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları mahkemesi, bu sınırlamanın orantısız olduğunu kabul etmiş ve şu görüşlere yer vermiştir; “basın aracılığıyla düşüncenin açıklanmasının sözleşmenin korunması altında olduğu ve sınırlanan düşünce özgürlüğüyle korunan yarar arasında bir denge bulunmadığını, orantısız olduğunu” ifade etmiştir.

SUNDAY TIMES davasında, başvuru, devletin yargı organının otorite ve tarafsızlığını korumak amacıyla ilaç şirketinin sebep olduğu sakatlıklar nedeniyle taraflar arasında tazminat müzakereleri ve yargılama süreci devam ederken taraflardan birinin sorumluluğunun ağırlığını vurgulamak suretiyle baskı yapılmasını içerebilecek bir makalenin gazete de yayınlanmasının mahkemeye saygısızlık oluşturacağı gerekçesiyle yayınlanmaması yönündeki tedbir kararı verilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme bu sınırlamanın orantısız olduğu sonucu tespit ettikten sonra şu değerlendirme de bulunmuştur; “Şikayet edilen müdahalenin sözleşmedeki ifade özgürlüğünün kamu yararına daha ağır basan yeterli bir

¹⁷¹ BLADET TROM ve STENSAAS, BN. 21980/93, KSN. 00868, Norveç, 20.05.1999, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

¹⁷² BARTHORD, BN. 8734/70, KSN. 00097, Almanya, 25.04.1985, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, başvuru haklarında verilen yasak için gösterilen gerekçeleri, 10/2. fıkrasına göre yeterli bulmamaktadır. Bu yasağın, aranan meşru amaçla orantılı olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu yasak, yargı organının otoritesini sürdürmek için demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bu sebeple sözleşmenin 10. maddesine aykırılık bulunmaktadır.¹⁷³”

THE TRAKTÖR davasında, başvuru, İsveç hükümeti tarafından içki ruhsatının iptal edildiğini bu durumun mülkiyet hakkına tecavüz olduğunu bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemeye göre¹⁷⁴ içki kullanımı konusunda İsveç’in izlediği sosyal politikanın bir sonucu olarak getirilen sınırlamanın kamu yararı gibi meşru amaca sahip olduğunu yapılan işlemde, başvurunun ekonomik menfaatleri ile İsveç toplumunun genel yararı arasında orantılılık bulunduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BOWMAN davasında, başvuru doğmamış çocukların korunması amacıyla kurulmuş bir derneğin direktörüdür. 1992 parlamento seçimlerinden önce, seçim bölgesinde el ilanlarıyla, parlamento üyelerinin kürtaaj konusundaki görüşlerini ve bununla ilgili yasa tasarısına hangi yönde oy kullandıklarına ilişkin açıklamalarda bulunmuş ve başvuru hakkında seçim bölgesinde izin almaksızın bir adayın seçilmesini desteklediği gerekçesiyle hakkında kamu davası açılmış, başvuran bu durumun Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine aykırılığını ileri sürmüştür.

Mahkeme sözkonusu tedbirin ölçülülük ilkesinin ihlali olduğu sonucuna ulaşarak şu görüşlere yer vermiştir¹⁷⁵; “İncelenmesi gereken, bu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı ve kamusal makamların

¹⁷³ SUNDAY TIMES, BN. 6538/74, KSN. 000032 İngiltere, 26.04.1979, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

¹⁷⁴ THE TRAKTÖR KARARI, BN. 11542/73, KSN. 12311, İsveç, 7.7.1989, <http://www.akip.net>(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı)

¹⁷⁵ BOWMAN KARARI, BN. 24839/94, KSN. 00738. Bileşik Krallık, 19.2.1998, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

gösterdiği gerekçelerin yerinde ve yeterli bulunup bulunmadığıdır. Söz konusu düzenleme, başvuru için kürta soruna ilişkin adayların görüşleri hakkındaki bilgilerin yayınlanması bakımından ağır bir sınırlamadır. Öte yandan gerek ulusal ve gerekse bölgesel düzeyde belirli bir seçim bölgesinde belirli bir aday için olmadığı sürece reklam yapmak, partiler ve onun taraflarına yasak değildir. Meşru amaca, ulaşmak bakımından başvuru el ilanları için para cezası sınırlaması zorunlu değildir. Bu nedenle, müdahale izlenen amaçla orantısız olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. md'nin ihlalidir.”

LEYLA ŞAHİN davasında¹⁷⁶ başvuran baş örtülü üniversite öğrencisi olduğunu, üniversite yönetiminin başı örtülü olduğu için çeşitli disiplin cezaları verdiğini ve öğrenim hakkının engellendiğini bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki din özgürlüğü ve diğer temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yapmış olduğu ölçülülük denetiminde bu sınırlamanın orantısız olmadığını belirtiş, söz konusu disiplin cezalarının ve tedbirlerin başvuranın dinini açıklama hakkına müdahale oluşturduğunu, ancak bu müdahalenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki meşru amaçlardan birini güttüğünü ve ilke olarak kanıtlanıp izlenen hedeflerle orantılı olduğunu, demokratik toplumda gerekli sınırlamalar olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme kararında şu tespitlere yer vermiştir; “Söz konusu önlemler öğrencilerin dini adetlerinin alışlagelmiş şekillerince yüklenen görevleri yerine getirmelerini engellememektedir. İkinci olarak, iç mevzuatı uygulama hususundaki karar verme süreci, mümkün olduğu ölçüde, risk altındaki çeşitli menfaatleri dengeleme gereğini karşılamıştır. Üniversite makamları, İslami başörtüsü tayan öğrencileri üniversiteye almamaktan kaçınma ve aynı zamanda diğerlerinin haklarını ve eğitim sisteminin çıkarlarını koruma yükümlülüklerini yerine getirebilecekleri makul

¹⁷⁶ LEYLA ŞAHİN, KARARI, BN. 44774/98, KSN. 004448, 10.11.2005, <http://www.ictihat.net>(Meşe İctihat ve Mevzuat Bankası Bilgi Programı)

bir yol aramışlardır. Bu sebeple kullanılan yöntem ve izlenen amaçlar arasında makul bir ölçülülük ilkesi bulunduğu sonucuna varmıştır.”

GERGER Davasında, başvuran anma törenine gönderdiği bir mesajdan dolayı mahkumiyet kararı verilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Karara konu olan olayda, Deniz Gezmiş ve arkadaşları adına bir anma töreni düzenlenmiştir. Başvuran törende konuşma yapmak üzere davet edilmiş, ancak katılamamış ve halka okunması için organizasyon komitesine mesaj göndermiştir. Başvuran hakkında Türk ulusunun birliği ve Devletin toprak bütünlüğü aleyhine propaganda yapmakla suçlanmış ve kamu davası açılmıştır. Yerel mahkeme bu suçtan dolayı, başvuruycuyu mahkum etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözkonusu mahkumiyet hükmünün orantısız olduğunu kabul ederek şu tespitlere yer vermiştir¹⁷⁷; “Mahkeme, başvuranın mesajının bir anma törenine katılan bir grup insana okunduğu ve bu durumun belirgin bir şekilde devlet güvenliği, kamu düzeni ya da toprak bütünlüğü üzerindeki potansiyel etkisini kısıtladığı kanaatindedir. Ayrıca mesajda, direniş, mücadele ve özgürlük gibi kelimeleri içermesine rağmen bu mesaj şiddete, silahlı direnişe, ya da bir isyana teşvik teşkil etmemektedir. Sonuç olarak başvuruçunun mahkumiyeti hedeflenen amaçlar arasından orantısız olup demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bu nedenle sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

Kalkın Davasında¹⁷⁸ başvuru bir sendika temsilcisi olduğunu bir toplantıda düzenlediği konuşma nedeniyle halkı kin ve düşmanlığa sevk etmek suçundan dolayı ceza almasının AİHS’ye aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi güvenliğin sağlanması ve şiddeti artırması muhtemel eylemlere karşı etkin bir mücadelenin sağlanması

¹⁷⁷ GERGER KARARI, BN. 24919/94, KSN. 000880, Türkiye, 8.7.1999, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

¹⁷⁸ KALKIN KARARI, BN. 21027/33, KSN. 000116, 23.9.2003, <http://www.akip.net>(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı)

gerektiğini ifade ettikten sonra, başvuranın yaptığı konuşmanın siyasi içerikli olması, çatışma bölgesinden uzak bir bölgede toplanan barışçı bir grubun önünde yapılması nedeniyle müdahalenin, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu düzeni açısından güdülen amacın gereklerini çok aştığını, güdülen amaçla verilen ceza arasında orantılılık bulunmadığını belirtmiştir.

KÜÇÜK Davasında¹⁷⁹, başvuran “Kürt Bahçesinde Sohbet” başlığını taşıyan bir kitap yayınlamak, PKK’nın başı ile yaptığı sohbeti soru-cevap şeklinde yayınlamıştır. Eserin bazı kısımları, Kürtler için kültürel özerklik programı veya Türk ırkçılığının temelleri gibi konulara değinmiş, İstanbul DGM tarafından hapis ve para cezası olarak verilen karar Yargıtay’ca onaylanmıştır. Başvuran, bu eseri yayınlamasından dolayı mahkumeyitinin, düşünceyi açıklama özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu cezanın ölçülük ilkesine aykırı olduğunu, dava konusu yayının içeriğinin, ulusal güvenlik ve kamu düzeni bakımından başvuranın düşünceyi açıklama özgürlüğüne yapılan müdahalenin ağırlığını haklı kılacak bir niteliğe sahip olmadığını ve bu eserin müsaderesinin sosyal bir gereksinime yanıt vermediğini ve izlenen yasal amaçla oranlı olmadığını vurgulayarak, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir.

KIZILYAPRAK Davasında¹⁸⁰, başvuran Kürtlere ilişkin yayınlanan kitabın yayınevi sahibi olduğunu, yerel mahkeme tarafından yıkıcı propaganda suçundan hapis cezası alıp ertelendiğini, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yayınlana kitaptaki bazı kısımların Türk Devleti ve ordusu hakkında çok olumsuz görüntü oluşturduğunu ve düşmanca anlatım içerdiğini kabul etmekle birlikte, şiddet kullanımını, orduya başkaldırmayı içermemesi sebebiyle bu son özelliklerin dikkate alınması gerektiğini

¹⁷⁹ KÜÇÜK KARARI, BN. 19418/53, KSN. 000311, 5.12.2002, <http://www.akip.net>(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı)

¹⁸⁰ KIZILYAPRAK KARARI, BN. 27528/95, KSN. 003916, 2.10.2003. <http://www.akip.net>(Açıklamalı Kanun İçtihat Programı)

belirtmiş, ancak verilen cezanın ertelenmesine rağmen 3 yıl içinde yeniden işlenmemesi koşuluyla ertelenmiş olmasının güdülen amaçla orantılı olmadığını ve demokratik bir toplumda gerekli bulunmadığı sonucuna varmıştır. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu ceza ile güdülen amaç arasında orantısızlık olduğun kabul ederek başvuruyu kabul etmiştir.

DUDGEON-BİRLEŞİK KRALLIK kararında, başvuru Kuzey İrlanda'da yürürlükte olan mevzuat gereğince, eşcinsel faaliyetlerinden dolayı takibata maruz kaldığını ve bu konudaki yasaların varlığı nedeniyle şantaj ve taciz korkusu dahil olmak üzere korku ve psikolojik sıkıntı yaşadığını ve acı çektiğini belirtmiş ayrıca evindeki aramayı takiben eşcinsel faaliyetleri nedeniyle polis tarafından sorguya çekilmesinden ve arama sırasında elkoyulan kişisel kağıtlarının bir yıldan fazla süre geçmesine rağmen, geri verilmemesinden şikayetçi olmuş bu durumun AİHS'ye aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu sınırlamanın ulaşılmak istenen amaçla orantısız olduğu belirterek sözleşmenin ihlal edildiğini belirtip şu görüşlere yer vermiştir.¹⁸¹ "... eşcinsel hareketlerin cezalandırılmasına ilişkin toplumsal ihtiyacın baskının bulunduğu kabul edilemez; toplumun korunması gereken kesiminin zarar görme riski veya toplum üzerindeki etkileri bu yaptırımların sürdürülmesini haklı göstermek için yeterli değildir. Orantılılık konusunda mahkeme, mevcut yasayı değiştirmemek için gösterilen gerekçelerin, söz konusu yasa hükümlerinin başvuru gibi eşcinsel eğilimli bir kişinin yaşamı üzerinde yarattığı zararlı etkilerden daha ağır basmadığını düşünmektedir. Her ne kadar, başkalarının özel alanlarındaki eşcinsel hareketler, toplumun eşcinselliği ahlaka aykırı gören üyelerine çarpıcı gelse de, rahatsız da olsalar veya karşı da çıksalar, bu durum, rızası olan yetişkinler bakımından cezai yaptırımların uygulanmasına bir gerekçe olamaz.

¹⁸¹ DUDGEON, BN. 7525/76, KSN. 000048, Birleşik Krallık, 22.10.1981, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

Buna göre, hükümet tarafından gösterilen gerekçeler konuyla ilgili olmakla birlikte, tartışma konusu yasanın yürürlükte tutulması için yeterli değildir. Kuzey İrlanda'daki erkek eşcinselliğine yönelik tavır ve yasada yapılacak yumuşamanın var olan ahlaki standartları bozacağı düşüncesi, başvurucunun özel yaşamına bu ölçüde müdahale edilmesine gerekçe olamaz. Bir davranışı suç olmaktan çıkarma, bu davranışı onaylama anlamına gelmez; toplumun bazı kesimlerinin bu değişiklikten yanlış sonuçlar çıkaracakları kaygısı, bu yasanın haklı görülmeyecek bütün özelliklerine rağmen yürürlükte tutulması için iyi bir sebep teşkil etmez.

Özet olarak, Kuzey İrlanda mevzuatı gereğince Dudgeon'a uygulanan kısıtlama, genişliği ve mutlaklığı nedeniyle, ulaşmak istenen amaçla orantısızdır.”

BELÇİKA ULUSAL POLİS SENDİKASI kararında, Belçika Ulusal Polis Sendikası belde ve bölgedeki bütün memurların üyeliğine açık üç sendikadan farklı olarak kendisinin işçileri bakanlığı tarafından istişareye kabul edilmemesinin, sendika özgürlüğünü kısıtladığını bu durumun AİHS'ye aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme alınan tedbirin meşru amaçla orantılı olduğunu belirterek söz konusu düzenlemenin sözleşmeye aykırı olmadığını tespit edip şu görüşlere yer vermiştir.¹⁸² “...Mahkemeye göre, farklılık yaratan her muamele ayrımcılık soruncunu doğurmaz. Eğer farklılaştırma hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa eşit muamele ilkesi ihlal edilmiş olur. Haklı sebebin var olup olmadığı, alınan tedbirin amacı ile doğuracağı sonuç arasındaki ilişkiye göre değerlendirilir; bu değerlendirme sırasında demokratik bir toplumda hüküm süren ilkelere dikkat edilir. Farklı muamelelerin, sadece meşru bir amaca sahip olması yetmez; gerçekleştirmek istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantının bulunmadığının açık ve ortaya konması halinde, 14. madde yine ihlal edilmiş olur.

¹⁸² BELÇİKA ULUSAL POLİS SENDİKASI, BN. 4464/70, KSN. 000020, Belçika, KT. 27.10.1975, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

Mahkeme, getirilen kuralın tek biçimci niteliği nedeniyle Hükümetin sendikalarla ilgili tedbir alma yetkisini aştığı sonucuna varılamayacağı görüşündedir. Mahkeme başvuru sendikanın karşılaştığı dezavantajlı durumun hükümet tarafından izlenen meşru amaç karşısında aşırı olmadığı sonucuna varmaktadır. Orantılılık prensibi ihlal edilmemiştir. Bu nedenlerle, Mahkeme olayda, sendika özgürlüğü bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.”

SPORRONG ve LÖNNROTH kararında, başvurulardan Sporrong miras şirketi, idare tarafından kamulaştırma izninin ilk önce beş yıl verildiğini sonra 3 yıl daha sonra beş yıl ve son olarak on yıl uzatıldığını diğer başvuru Lönnroth idare tarafından kamulaştırma iznini 10 yıl verildiğini, bu izinler nedeniyle ilk olayda 23 yıl, ikincisi için ise 8 yıl yürürlükte kaldığını bütün bu uzun dönem boyunca inşaat yasaklarının sürmesi nedeniyle taşınmazlardan yararlanamadıklarını, mülkiyet haklarının ihlal edildiğini, mülklerinin geleceği konusunda tamamen belirsizliğe düştüklerini bu durumun AİHS'ye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme toplumsal yarar ile bireysel yarar arasında denge kurulamadığını belirtip bu durumun sözleşmeye aykırı olduğunu tespit ettikten sonra şu görüşlere yer vermiştir;¹⁸³ “...Mahkeme, toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında denge kurulup kurulmadığını belirlemek zorundadır.

Mahkeme ayrıca, vurgulanan inşaat yasağının bütün bu dönem boyunca varlığını sürdürmesinin, kamulaştırma izinlerinin geçerlik sürelerinin uzunluğunun zararlı sonuçlarını daha da ileri götürdüğünü tespit etmektedir. Başvurucuların mülkiyet haklarını tam olarak kullanmaları, Sporrong Miras Şirketi olayında toplam 25 yıl, bayan Lönnroth olayında on iki yıl engellenmiştir. Bu bağlamda mahkeme, uzatılmış yasakların mülk sahipleri üzerinde yarattığı olumsuz sonuçları, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette olması gereken durumda bağdaştırılabilir görmediğini kaydeder.

¹⁸³ SPORRANG ve LÖNNROTH, BN. 7151/75, KSN. 000055, İsveç, KT. 23.09.1982, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

İki seri halinde birbirine bu surette bağlanan tedbirlerin yarattığı durum, mülkiyet hakkının korunması ile genel menfaatin gerekleri arasında sağlanması gereken dengeyi bozmaktadır. Sporrong Miras şirketi ile bayan Lönnroth, ancak sürelerin kısaltılması veya tazminat için talepte bulunma imkanları kendilerine verilmiş olması halinde meşru sayılabilecek olan ferdi ve aşırı nitelikte bir yük taşımışlardır. O tarihe kadar İsveç hukuku bu imkanlara yer vermemiş ikincisine de hala yer vermemektedir.

Mahkeme'nin görüşüne göre, başvuruçuların gerçekten zarar görüp görmediklerini bu aşamada belirlemek gerekli değildir; gerekli dengenin bulunmamasına yol açan şey, onların hukuki durumlarıdır. Sonuçları inşaat yasaklarıyla ağırlaştırılmış olan kamulaştırma izinleri, bu nedenle her iki başvuruçu bakımından birinci protokolün 8. maddesini ihlal etmiştir...”

BELÇİKA'DA EĞİTİM DİLİ DAVASI'nda, başvuruçular, eğitimde kullanılacak olan dili, anadil ve ailelerin yerleşimine göre düzenleyen mevzuat nedeniyle devletin yakın çevrede anadilde eğitim yapan okul açmamış olmasını ayrıca anne-babaların ikamet yerine göre eğitim dilinin belirlendiğini, anne-babaların ikamet yerleri nedeniyle çocukların Fransızca eğitim veren okullara alınmaması sebebiyle eğitim hakkı konusunda ayrımcılık yapıldığını bu durumun AİHS'ye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, yerleşim yerine göre belirlenen eğitim dili hakkındaki mevzuatın sözleşmeye aykırı olmadığını, artak ikamet yerine göre belirlenen eğitim dili konusundaki düzenlemenin sözleşmeye aykırı olduğunu belirterek şu görüşlere yer vermiştir;¹⁸⁴

“...Mahkemeye göre sözleşmenin 14. maddesi, hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Belirli bir farklılaştırma hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibini ihlal eder. Makul bir sebebin var olup

¹⁸⁴ BELÇİKA'DA EĞİTİM DİLİ DAVASI, BN. 1474/62, KSN. 00008, Belçika, 23.07.1968, İnsan Hakları İçtihatları, Cilt I, B.II, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

olmadığı (a) tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki; (b) kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen sonuç arasındaki orantılılık; ve (c) toplumun yaşamını tanımlayan hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken yetkili ulusal makamların görevini üstlenmez;.

Özel statülü beldelerde ikamet etmeyen ve anadili Flemenkçe olan çocukların Flemenk sınıflarına kabul edilmesi, buna karşılık anadili Fransızca olan çocukların Fransızca sınıflara kabul edilmemesi, ikametden çok dil ölçüsü üzerine kurulan ayrımcılık niteliğinde bir muameledir. Bu konudaki mevzuatın Flemenk ve Fransızca konuşan ailelere aynı şekilde uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu tedbirde, gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantılılık bulunmamaktadır. Bu nedenlerle mahkeme olayda ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Başvuranlar, dil ile ilgili eğitim şartlarına uymayan orta öğretim okullarından alınan bitirme belgelerine eşdeğerlik tanımayan ve bu belgeleri alanların hukuken tanınmış bir diplomaya hak kazanabilmeleri için sınava girmelerini öngören mevzuatın sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Mahkemeye göre, söz konusu mevzuat hükümleri her devlette yürürlükte olan kurallara uygun olarak tamamlanan öğretim çalışmalarının resmen tanınmamasını engellemekte, sade merkezi bir heyet tarafından yapılacak sınava tabi tutmaktadır. Tedbirin amacı kamu yararına dayanan objektif bir amaçtır; kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki orantı makuldür. Mahkeme bu durumda ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.”

SONUÇ

Anayasamızın 13. maddesinde yapılan değişlikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak “hakkın özüne dokunma yasağı” ve “ölçölülük ilkesi” anayasada yer almış böylece Avrupa İnsan hakları sözleşmesine paralel çağdaş ilkeler, açıkça Türk hukukunda yer almıştır. Ancak sınırlandırmanın sınırını belirlemede kullanılan ölçölülük ilkesi diğer ölçütlerden ayrılan bir özelliğe sahiptir. O da hakkın özünden ya da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama noktasından önceki, sınırlama alanının denetlenmesini sağlamaktadır.

Ölçölülük ilkesi, sınırlamada başvuru alanının sınırlama amacını gerçekleştirmede elverişli olması bu alanın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla alanın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması şeklinde tanımlanır.

Ölçölülük ilkesinin temelini amaç-arac arasındaki ilişki oluşturur. Ölçölülük ilkesi alt ilkeleriyle bir bütünlük arz eder. Gereklilik, elverişlilik ve orantılilik ölçölülük ilkesinin yapı taşları olup aralarında kendine özgü bir ilişki bulunmaktadır.

Ölçölülük ilkesi, Türk hukukuna Anayasa yargısı yoluyla girmiştir. İlke hakkında ilk kararlar 1961 Anayasası döneminde anayasada açıkça düzenlenmemesine rağmen bu ilkeyle denetim yapılmış ve pek çok karar verilmiştir. 1982 Anayasası döneminde de günümüze kadar kullanılmaya başlanmış, 2001 yılında yapılan değişlikle anayasamızda açıkça ölçölülük ilkesi yer almıştır. Anayasa Mahkemesi özgürlüğe getirilen sınırlamanın zorunlu olup olmadığı, korunmak istenen kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlandırmanın orantılı olup olmadığını ve bu sınırlandırmayla kamu düzenini korunup korunamayacağını denetlemekte ve ölçölülük ilkesine başvurmaktadır.

Türk Yargısında uygulamada, Anayasa Mahkemesi, ölçölülük ilkesini hakkın özüne dokunma yasağından önceki alanda denetimi sağlayan bir ölçüt olarak görmemektedir. Mahkemeye göre, getirilen önlem veya sınırlama hakkın kullanılmasını zorlaştırır veya kullanılamaz hale getirirse aynı zamanda ölçölülük ilkesi de ihlal edilmiş sayılır. Bu yönüyle anayasa mahkemesi etkin bir ölçölülük ilkesi denetimi yapmamaktadır. Dolayısıyla Ölçölülük ilkesini somutlaştırılmasını sağlayacak ölçüde bir içtihat birikimi yoktur. Ancak 2007 yılının sonlarına doğru vermiş olduğu bir kaç kararında etkin bir ölçölülük ilkesi Anayasal denetimi yapacağının sinyallerini vermektedir.

Danıştay ise ölçölülük ilkesini, adından açıkça söz etmede de içerik itibarıyla uygulamaktadır. Danıştay idari yaptırımlar konusundaki kararlarında özellikle disiplin hukuku yönüyle dar bir kullanım alanı içinde bu ilkeye başvurmaktadır. Yüksek mahkeme ölçölülük ilkesini alt ilkelerinden olan sadece orantılılık ilkesini üzerinde durmakta diğer alt ilkeler olan elverişlilik ve gereklilik ilkesinden yararlanmamaktadır. Bu yönüyle eksik bir ölçölülük ilkesi denetimi yapmaktadır. Ancak Anayasa değişikliği ile Ölçölülük ilkesinin hukukumuzda açıkça yer alması nedeniyle Danıştay'ın ölçölülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik ve gereklilik alt ilkeleriyle ölçölülük denetimini genişletmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS korumasındaki hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, taraf devletlerin ölçülü olup olmadığını, ölçölülük ilkesinin alt ilkeleriyle birlikte denetlemektedir. Yüksek Mahkeme AİHS'nde ölçölülük ilkesi açıkça yer almamasına karşın sözleşmenin çeşitli maddelerini yorumlayarak bu sonuca ulaşmakta ve uygulamaktadır.

Ölçölülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi sisteminde "demokratik bir toplumda gerekli olma" ölçütünün bir uzantısı olarak görülmekte, Avrupa insan hakları mahkemesi ölçölülük ilkesini hukukun genel bir ilkesi olarak kabul etmektedir.

Yukarıda belirtilen hususların ışığı altında öz olarak şunu söyleyebiliriz; ölçülülük ilkesini önemi son yıllarda artmakta ve yargının en çok başvurduğu denetim ölçütlerinden biri haline gelmektedir. Bu ilke, gerek yasamanın gerek de yürütmenin kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale ederken hassas davranmasını öngörür. Ölçülülük ilkesi, devletin ve devletin tüm organlarının uyması gereken bir ilke olup yasamanın ölçülü düzenlemeler yapmasını yürütmenin faaliyetlerinde makul ölçülü bulunmasını ve yargılama faaliyetlerinde, yargının kararlarının ölçülü ve makul olmasını gerektirmektedir.

ÖZET

Ölçölülük ilkesinin temelleri çok eskidir. Ancak bu ilkenin özünde yer alan adil denge düşüncesi devlet yönetimini etkilemiş, hukukta çeşitli şekillerde karşımıza çıkmıştır

Ölçölülük ilkesi günümüzde esas itibariyle temel hak ve özgürlükler alanında kendisine yer bulan bir ilkedir. Kamu gücünün sınırlanması ve hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edip, özgürlüklerin keyfi olarak sınırlanmasını önler.

Ölçölülük ilkesi doktrinde farklı şekillerde tanımlansa da bu tanımlamalar özü itibariyle aynı olup, farklılık ölçölülük ilkesinin unsurlarına bakış açısından kaynaklanmaktadır. Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkesi, ölçölülük ilkesinin alt ilkeleri olup, aralarında kendilerine özgü bir ilişki vardır.

2001 yılında anayasada yapılan değişiklikle ölçölülük ilkesi 1982 anayasasında açıkça düzenlenmiş, ölçölülük ilkesinin anayasal bir dayanağı olup olmadığı yönündeki tartışmalara son verilmiştir.

Yargı organları olan AİHM ölçölülük ilkesini alt ilkeleriyle birlikte etkin bir şekilde kullanırken, anayasa mahkemesi özellikle Danıştay ölçölülük ilkesini alt ilkeleriyle birlikte etkin bir şekilde kullanamamakta, denetim yapamamaktadır. Bu nedenle ölçölülük ilkesi kendinden beklenen fonksiyonu tam olarak yerine getirememektedir. Ancak 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile ölçölülük ilkesinin anayasa'da açıkça düzenlenmesiyle ölçölülük ilkesinin önemi son yıllarda artmaktadır. Anayasa mahkemesi ve Danıştay gittikçe artan denetim ölçütlerinden birisi haline gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ölçölülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik, orantılılık, kamu gücü, adil denge.

ABSTRACT

The foundations of the principle of proportionality are very old. However, the thought of just balance which lies at the essence of the principle of proportionality has also affected the state administration and has appeared before us in various forms in law.

The principle of proportionality is currently a principle finding itself a place mainly in the area of basic rights and freedoms. It serves for the limitation of public power and for the protection of rights and freedoms and prevents the arbitrary limitation of freedoms.

Although the principle of proportionality is defined in different terms in doctrine, these definitions are same with regard to essence and the difference stems from the perspective towards the elements of the principle of proportionality. Practicability, necessity, and moderateness are the sub-principles of the principle of proportionality and between them there is a relationship specific to them.

With the amendment brought to the Constitution in 2001, the principle of proportionality has been clearly arranged in the Constitution dated 1982 and an end has been put to the discussions on whether there is a constitutional ground for the principle of proportionality or not.

While the European Court of Human Rights which have judicial bodies effectively uses the principle of proportionality with its sub-principles, the Constitutional Court and especially the State Council fail to use the principle of proportionality with its sub-principles in an effective manner and fail to carry out supervision. For this reason, the principle of proportionality fails to perform the function expected from it fully. However, with the Constitutional amendment made in 2001 and with the clear arrangement of the principle of proportionality in the Constitution, the importance of the principle of

proportionality has increased in the recent years and it is becoming one of the supervisory measures of the Constitutional Court and the State Council, increasing day by day.

Key Word: Principle of proportionality, Sub-principles of practicability, necessity, moderateness, Public power, Just balance.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, 2002.
- ALP, Mustafa: “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması”, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi C. XVIII, S. 205/12, Ocak 1999.
- ARAL, Berdal: “Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı” Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.
- ARİSTO; Nikomakhos’a Etik (Çeviren, Saffet Babür) Ankara, 1988.
- BATUM, Süheyl: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine etkileri”, İÜHF Yayınları, İstanbul 1993.
- BEREKET, Zuhâl: “Hukukun Genel ilkeleri ve Danıştay” Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- CAN, Osman: “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, 2002.
- ÇAĞLAR, Bakı: “Anayasa Bilimi, Bir Çalışma Taslağı”, BFS Yayınları İstanbul 1989.
- DOĞRU, Osman: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 1, Bas: 1, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi /ERMAN, Sahir: “Nazari ve Tatbiki Ceza hukuku”, 11. Baskı, C.II Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- DURAN, Lütfi: “İdare Hukuku Ders Notları”, İÜHF Yayınları, İstanbul 1977.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: “İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş”, Legal Yayınları, 5. Bası, İstanbul 2005.

- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, 5. absı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”, VII. Avrupa İnsan Hakları Konferansı, Ankara 1990.
- GÖREN, Zafer: “Anayasa Hukukuna Giriş”, 2. Bası, 9 Eylül Yayını İzmir 1999.
- GÖZLER, Kemal: “Anayasa Değişikliği’nin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri” **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2001, S.4.
- GÖZLER, Kemal: “İdare Hukuku” Cilt II. Ekin Kitabevi Yayını, Bursa 2003.
- GÖZLER, Kemal: “Türk Anayasa Hukuku Dersleri” Ekin Yayınları, Bursa 2000.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitapevi, Bursa, 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref / TURGUT, Tan: “İdare Hukuku”, C. I Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- GÜNDAY, Metin: “İdare Hukuku”, 7. Bası, İmaj Yayıncılık Ankara 2003.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şefki: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi” Hayri Domaniç Armağanı, Cilt II, İstanbul 2001.
- KABOĞLU, İbrahim Özden: “Anayasa Hukuku Dersleri”, 2. Bası, Ankara 2005.
- KANADOĞLU, O.Korkut: “Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin çatışması ve Uyumlaştırılması” Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY Feridun: “Ceza Muhakemesi Hukuku” 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1998.

MEMİŞ, Emin: “Anayasa Hukuku Notları”, 3. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.

METİN, Yüksel: “Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi” Seçkin Yayınları, Ankara 2002, Birinci Baskı.

OĞURLU, Yücel, “Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi” Seçkin Yayıncılık Ankara, 2002.

ONAR, Sıdık Sami: “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, C.III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ÖZAY, İl Han: “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, 2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları, 25-28 Nisan 2002, Anayasa Mahkemesinin 40’inci Kuruluş Yıl Dönümü Sempozyumu, Antalya 2002.

ÖZAY, İl Han: “Gün Işığında Yönetim”, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Nihat / BACAĞSIZ, Pınar / DOĞAN, Koray: “Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi”, Birinci Baskı, Ankara 2007 Seçkin Yayıncılık.

ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayıncılık Birinci Bası, Ankara, 2006.

ÖZBEK, Veli Özer; “Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı” 3. baskı, C.I, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

ÖZBUDUN, Ergun: “Türk Anayasa Hukuku,” Altıncı Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur: “Türk Ceza Hukuku Mevzuatı”, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayınları, Ankara 2007.

PALAMUT, Mehmet E: “Medeni Hukuk”, Alfa Akademi Yayınları 1. Bası, İstanbul 2004.

PAZARCI, Hüseyin: “Uluslararası Hukuk Dersleri”, III. Kitap, 3. baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 1999.

PLATON; Şölen, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1995.

PULAŞLI, Hasan: “Şirketler Hukuku” 4. Bası, Karahan Kitabevi, İstanbul 2004.

SABUNCU, Yavuz: “1982 Anayasası ve Temel Hak ve Özgürlükler” Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S.76, Ankara,1984.

SABUNCU, Yavuz: “Anayasaya Giriş”, 5. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 1997.

SAĞLAM, Fazıl: “2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, S. 19, 2002.

SAĞLAM, Fazıl: “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü”, AÜSBF Yayını, Ankara 1982.

SAĞLAM, Fazıl: 1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar, Bahri Savcı’ya Armağan, MBV Yayınları, Ankara, 1988.

SELÇUK, Sami: “Karizma Dergisi”, Y.2000, İİT. Ankara, 2002.

SOYSAL, Mümtaz: **100 Soruda Anayasa’nın Anlamı**, 6. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986.

SÖNMEZ, Gizem; İlkçağ Felsefesinde Ahlak Anlayışı, Yazıyaz Dergisi, Sayı:12, 2002.

SUNAY, Reyhan: “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetlerinin Muhtevası ve Sınırları”, LDT Yayınları, Ankara 2001.

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, YKY, İstanbul, 2002,

TANÖR, Bülent: “Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu”, 3. Baskı BOS Yayınları, İstanbul 1994.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Ruhan/ SANCAKTAR, Oğuz: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu”, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 1986.

ULUTAN, Burhan: İbn-i Sina Felsefesi, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2000.

UYGUN, Oktay: “1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.

YAZICIOĞLU, Sunar; Farabi’nin Ahlak Felsefesi, Felsefe Ekibi Dergisi

YILDIRIM, Turan: “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasının Sınırı” AÜHFD, Muammer Aksoy’a Armağan, Sayı 1-2, Ocak-Haziran 1991.

YILDIZ, Mustafa: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı” Alfa Yayınları, İstanbul 1998.

YOKUŞ, Sertap: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi”, Beta Yayınları, İstanbul 1996.

YÜZBAŞIOĞLU, Necip: “Anayasa Hukuku El Kitabı”, Beta Yayınları 7. Bası, Ocak 2007.

YÜZBAŞIOĞLU, Necip: “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku”, İÜHF Yayınları, İstanbul 1993.