



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**ANAYASA HUKUKU KAPSAMINDA ÖLÇÜLÜLÜK
İLKESİ**

Ruveyda İNALKAÇ KIRBIYIK

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Ömer KESKİNSOY

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

ŞUBAT 2022



ANAYASA HUKUKU KAPSAMINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Ruveyda İNALKAÇ KIRBIYIK

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

**ANKARA HACIBAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

ŞUBAT 2022

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Ruveyda İNALKAÇ KIRBIYIK

18/02/2022

ANAYASA HUKUKU KAPSAMINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ
(Yüksek Lisans Tezi)

Ruveyda İNALKAÇ KIRBIYIK

ANKARA HACIBAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Şubat 2022

ÖZET

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında önemli bir ölçüt olarak kabul edilen ölçülülük ilkesi, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacın sınırlandırmada kullanılan araç ile ilişkisini ortaya koyan ilkedir. Ölçülülük ilkesine göre bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılacak araç ulaşılmak istenen amaç için gerekli ve elverişli olmalı ve araç ile amaç arasında orantı bulunmalıdır. Farklı hukuk dallarında uygulaması bulunan ve önem ifade eden ölçülülük ilkesi, anayasa hukuku açısından da demokratik bir toplumda önemli bir yer tutmaktadır. Bu çalışmada ölçülülük ilkesinin anayasa hukuku kapsamında teori ve pratiği incelenecektir.

Bilim Kodu : 50201
Anahtar Kelimeler : Ölçülülük, Orantılılık, Elverişlilik
Sayfa Adedi : 101
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Ömer KESKİNSOY

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN CONSTITUTIONAL LAW
(Master Thesis)

Ruveyda İNALKAÇ KIRBIYIK

ANKARA HACIBAYRAM VELİ UNIVERSITY
THE INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES

February 2022

ABSTRACT

Accepted of the important criterion on limitation of the basic human rights that principle of proportionality produce that relationship purpose and tool. According to principle of proportionality, Basic human rights can restrict with convenience, necessary and proportional tool. Principle of proportionality take place different principle of law. This principle include important meaning for constitutional law. This thesis examine that theory and practice of principle of proportionality in constitutional law.

Science Code : 50201
Key Words : Proportionality, Convenience, Necessary
Page Number : 101
Thesis Adviser : Prof. Dr. Ömer KESKİNSOY

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	ix
1. GİRİŞ	1
2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	5
2.1. Kavram Olarak Ölçülülük İlkesi	5
2.2. Ölçülülük İlkesinin Felsefî Temelleri.....	9
2.2.1. Genel Olarak.....	9
2.2.2. Antik Yunan Felsefecilerine Göre Ölçülülük İlkesi	12
2.2.2.1. Genel olarak	12
2.2.2.2. Platon	12
2.2.2.3. Aristoteles	13
2.2.2.4. Epikür.....	14
2.2.2.5. Cicero.....	14
2.2.3. İslam Ahlakî Felsefecilerine Göre Ölçülülük	15
2.2.3.1. Genel olarak	15
2.2.3.2. Kindi	15
2.2.3.3. Ebu Bekir er-Razi	16
2.2.3.4. İbn-i Sina.....	17
2.2.3.5. Gazali	17
2.3. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri	18
2.3.1. Elverişlilik.....	19
2.3.2. Gereklilik	20

2.3.3. Orantılılık.....	21
2.4. Ölçülülük İlkesinin Tarihi	23
2.4.1. Genel Olarak.....	23
2.4.2. Carl Gottlieb Savrez'in Ölçülülük İlkesine Katkıları	25
2.4.3. Ölçülülük İlkesinin Alman Kamu Hukukundaki Gelişimi	25
2.5. Ölçülülük İlkesinin Uygulama Alanları	27
2.5.1. Anayasa Hukukunda Ölçülülük ilkesi	27
2.5.2. İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi.....	27
2.5.3. Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi.....	30
2.5.4. Uluslararası Hukukta Ölçülülük İlkesi	32
2.5.5. Özel Hukukta Ölçülülük İlkesi	33
3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	37
3.1. Osmanlı Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesi	37
3.1.1. Mecelle'de Ölçülülük İlkesi	37
3.1.2. Osmanlı Ceza Hukukun'da Ölçülülük İlkesi	38
3.2. 1961 Anayasası ve Ölçülülük İlkesi	39
3.3. 1982 Anayasasında Ölçülülük İlkesi	42
3.3.1. Genel Olarak.....	42
3.3.2. Olağan Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması.....	43
3.3.2.1. Genel olarak	43
3.3.2.2. Sınırlama kanunla yapılmalıdır.....	46
3.3.2.3. Sınırlama anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebebe dayanmalıdır	50
3.3.2.4. Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır	52
3.3.2.5. Ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır	53
3.3.2.5.1. Genel olarak	53

3.3.2.5.2. Anayasa Mahkemesi karar örnekleri.....	55
3.3.2.6. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalıdır.....	69
3.3.2.7. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmamalıdır	71
3.3.2.8. Laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır	71
3.3.3. Olağanüstü Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması	72
3.3.3.1. Genel olarak	72
3.3.3.2. Sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması şartı.....	74
4. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	77
4.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi	77
4.1.1. Genel Olarak	77
4.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 15.....	79
4.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 14.....	80
4.1.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8-11	82
4.1.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Madde 17	85
4.1.6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1. Protokolün 1. Maddesi	85
4.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi.....	87
5. SONUÇ	93
KAYNAKLAR	95
ÖZGEÇMİŞ	101

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltma	Açıklama
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BKNZ	Bakınız
ÇVR	Çeviri
S.	Sayfa

1. GİRİŞ

Ölçölülük ilkesinin anayasa hukuku kapsamında değerlendirilmesini konu alan bu çalışmada, ölçölülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında doktrin ve uygulamada değerlendiriliş biçimi incelenmiştir. Bu kapsamda ilkenin Anayasa Yargısında nasıl değerlendirildiği ve bu yargı sisteminde hangi konumda yer aldığı üzerinde çalışılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kapsamında önemli bir ölçüt olarak dikkate alınan ilkenin anayasa hukuku dışında diğer hukuk dallarında da yerinin olduğu ifade edilmiştir.

Bu çalışma hazırlanırken anayasa hukukunda ölçölülük ilkesinin konumu ve öneminin ne olduğunu açıklanırken, ölçölülüğün geçmişten bugüne tarihi ele alınarak hukuk sistemine dahil oluşu bir ilke olarak değerlendirilmesi ve günümüzde almış olduğu şekli incelenerek bu ilkenin temel hak ve özgürlüklerin korunması adına kabul edilen mekanizmaların en önemli enstrümanlarından biri olduğu tezine ulaşılmaya çalışılmıştır. Bu amaç doğrultusunda öncelikli olarak ilkenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bağlamında ne anlama geldiği açıklanmıştır. Birinci bölümde, ölçölülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında değerlendirilen ve sınır olan kabul edilen önemli bir kriter olarak kabul edildiği ifade edilmiş, anayasa metinlerinde bu ilkeye yer verilmesinin temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından bir güvence oluşturduğu açıklanmıştır. Bu güvencenin mevcudiyetinin hukuk devletinin niteliklerinin sağlanması için olmazsa olmaz bir elemen olduğu belirtilmiştir. Ölçölülük ilkesini de oluşturan ilkelerin mevcut olduğu, hatta ilkenin bu ilkelerle tam anlamıyla açıklanabileceği ve tanımlanabileceği örnekleriyle gösterilmiştir. Bir temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, sınırlandırmanın hukuka uygun olabilmesi için sınırlandırmada kullanılan aracın sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amaç için elverişli, gerekli ve orantılı olması ölçölülük ilkesini tanımlar. Bu tanımdan anlaşılmaktadır ki ilke elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Bir sınırlandırmanın ölçölülük ilkesine uygun olabilmesi için bu üç ilkenin mevcudiyeti gerekir. Bu alt ilkelere herhangi birinin sınırlandırmada dikkate alınmaması ya da ihlal edilmesi sınırlandırmayı ölçölülük ilkesine ve nihayetinde hukuka aykırı hale getirir.

Birinci bölümde ilkenin felsefi temellerine de değinilmiştir. Felsefi anlamda ilkenin değerlendirilmesiyle ilkeye ontolojik açıdan bakabilmek ve hukuktaki varlığını

değerlendirirken varoluşsal bakış açısıyla da bakabilme yeteneği kazanmak amaçlanmıştır. İnsanın geçmişten bugüne varlık amacını çeşitli yöntemlerle sorgulayan felsefe ölçülülüğe de farklı bakış açıları getirmiştir. Ancak bu bakış açılarında ortak bir nokta vardır ki o da ölçülülüğün insan hayatı adına önem taşıyan bir erdem olması ve diğer erdemlerin varlığı açısından çekirdek bir anlam ifade ettiğidir. İslam ve batı felsefinde ifade ettiği anlamlar ve düşünürlerin gözünden değerlendiriliş biçimi çalışmada ele alınmıştır.

Ölçülülük ilkesinin hukuk sistemine dahil olmasını ve bu sistemde isimlendirilmesini tam anlamıyla kavrayabilmek amacıyla ilkenin tarihini bilmenin faydalı olabileceği kanaatiyle ilkenin tarihinin anlatıldığı bir başlığa yer verilmiştir. Bu başlık altında ilkenin tarihi anlamda hukuk tarihindeki oluşumu anlatılmıştır.

Ölçülülük ilkesi her ne kadar çoğunlukla uygulama ve pratikte kamu yararı ve bireyin yararı arasında bir denge kurmak amacı taşısa ve bu amaç doğrultusunda kamu hukuku kapsamında değerlendirilse de bireyler arasında menfaat dengesi sağlanması açısından da büyük önem ifade temekte, özel hukuk alanında da önem taşımaktadır. Çalışmamızda bu hususa da vurgu yapılmış, ilkenin farklı hukuk disiplinlerinde ifade ettiği anlama da yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Türk tarihinde ilkenin gelişimi ele alınmış bu kapsamda islam hukukundaki yerine ve mecelledeki yerine de değinilmiştir. Bununla beraber Cumhuriyet döneminde geçmişten bugüne anayasalarda yer alış biçiminden bahsedilmiş, ve en son olarak günümüzde anayasada ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki yerine değinilmiştir. Anayasa mahkemesi kararlarında ölçülülük ilkesi uzun zamandır dikkate alınan, alt ilkeriyle değerlendirilen ve önemli bir kriter olarak değerlendirilen bir ilkedir. Değindiğimiz bu husus çalışmayı yazmakla ulaşılmak istenen amaca yaklaştırır bir nitelik arz etmektedir. Çalışmanın son bölümü olan üçüncü bölümde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ilke değerlendirilmiş ve ilkenin yalnızca ulusal boyutta değil uluslararası boyutta da önemli bir konumunun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmanın hazırlanmasıyla ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin korunmasının sağlanması açısından öngörülen mekanizmalar ve kurumlar açısından en önemli enstrümanlardan ve kriterlerden biri olduğu tezine ulaşılmakla beraber ölçülülük ilkesinin uygulamada dikkate alınması gerektiği ölçüde dikkate alınmadığı

ve önem verilmediği sorunu saptanmıştır. Bunun yanında mahkeme kararlarında değinilen “adil denge” kavramının ilkenin alt ilkelerinden biri olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Ayrıca ilkenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kabul edilen kriterlerden öncelikli kriter olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.





2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

2.1. Kavram Olarak Ölçülülük İlkesi

Dünyanın her yerinde temel hak ve özgürlükler sınırlamaya tabi tutulur.¹ İstisnai olarak herhangi bir koşul altında sınırlanamayan temel hak ve özgürlükler de bulunmaktadır ancak büyük çoğunluğu itibarıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlamalara tabi olduğu görülmektedir. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların geçerli olabilmesi için belirli şartlara uygun olarak yapılmış olması ve sınırlamanın bir sınırının olması gerekir.² Sınırlamanın olduğu yerde, sınırlamanın sınırının belirlenmesi bir zorunluluk olmaktadır. Sınırlamanın sınırının belirlenmesi zorunluluğunun yerine getirilmemesi ise son tahlilde devletlerin hukuk devleti niteliğini kaybetmelerine yol açmaktadır.³ Hukuk devletinin niteliklerinden birinin de belirlilik ilkesi olduğu değerlendirildiğinde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının bir sınırının olmaması durumunda bu ilkenin varlığından söz edilemeyecek ve hukuk devletinin gerekleri tam manasıyla yerine getirilememiş olacaktır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması, hukuk devleti ilkesinin temelini oluşturur.⁴ Demokratik devlet düzeninin başat kuralı olup, anayasaların geçmişten bugüne taşınmış amacı olarak tanımlanır.⁵ Anayasa metinlerinde temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında bu hak ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlanacağına yer vermelidir.⁶ Anayasalarda temel hak ve özgürlüklerin korunması için yasama organı açısından getirilen güvenceler yalnızca sınırlamanın bir kanunla yapılması ve anayasada gösterilen bir sebebe dayanması zorunluluğu değildir. Bu güvencelerle birlikte temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamanın hangi ölçüde olacağına dair

¹ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002), 17.

² Luka Andelković, “The Elements Of Proportionality As A Principle Of Human Rights Limitations,” Facta Universitatis, Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 15/3 (2017): 235. <https://dergipark.org.tr>. E.T. 11.02. 2022.

³ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 17.

⁴ Christian Rumpf, Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği (Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 1), 25. <https://dergipark.org.tr>. E.T. 11.02. 2022.

⁵ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi; Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İlkesi (Ankara: Seçkin Yayıncılık), 15.

⁶ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, 7/1 (2017): 3. <https://dergipark.org.tr>. E.T. 11.02. 2022.

ilke ve kuralların da ortaya konulması gerekir. Sınırlamaya dair Anayasa’da ortaya konulan bu sınırlar, temel hak ve özgürlüklerin yasama organına karşı korunmasının güvencesidir. Bu anlamdaki güvencelerden ilkinin ‘temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi’ oluşturur.⁷

Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve tanınması hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu gibi demokrasinin sağlanmasının da en temel şartlarından bir tanesidir. Belirtildiği gibi temel hak ve özgürlüklerin korunmasının unsurlarından birini bu hak ve özgürlüklere getirilecek olan sınırlamanın ne ölçüde olacağının belirlenmesi oluşturur. Sınırlamadaki ölçütün ne olacağının çerçevesini anayasalar belirler ve ortaya koyar, bu şekilde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi yasama organına karşı temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayan anayasal bir güvence niteliğini kazanır.⁸ Bu anlamda ölçülülük ilkesi, modern dünyada devletin bireylerin hak ve özgürlüklerine ne ölçüde müdahale edeceğinin belirlenmesinde bir kılavuz görevi görmektedir.⁹ Kanun koyucu anayasada ölçülülük ilkesine yer vererek, devletin temel hak ve özgürlüklere müdahalesine sınır getirmektedir. Getirilen bu sınır hukuk devleti ilkesi ve demokrasinin bir gereği olduğu gibi vatandaşlar açısından hukuki güvenlik ilkesini sağlayan bir güvencedir.

Ölçülülük ilkesi için birçok tanım yapılmış olmakla beraber, bu tanımlar büyük çoğunluğu itibarıyla aynı anlamı içerir.¹⁰ Genel itibarıyla ölçülülük ilkesi, bir temel hak ve özgürlük sınırlandırılırken, sınırlandırma aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, sınırlandırma amacına ulaşmak için gerekli olmasını ve amaç ile araç arasında bir orantı bulunmasını ifade eder.¹¹ Bir önceki tanımdan da anlaşılacağı üzere, sınırlandırmada kullanılacak olan aracın, amaç için gerekli ve elverişli olması gerekmesiyle birlikte amaç ile arasında bir orantının da bulunması gerekir.¹² Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ulaşmak istenilen amacın takip edilebilir, elverişli ve zorunlu olması, aracın kullanılabilir bir araç olması ölçülülük ilkesinin

⁷ Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu(İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993), 284.

⁸ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, 7/1 (2017): 3.

⁹ Rıdvan Değirmenci, ‘Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz’, Ombudsman Akademik Dergisi, 2(2015): 105.

¹⁰ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 22.

¹¹ Emin Memiş, Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi(İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005), 244.

¹² Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 21.

içinde barındırdığı koşullardır.¹³ Bu anlamda ölçülülük ilkesi yasama için kanunun amacı ile etkisi arasında bir oran sağlanması zorunluluğunu doğururken, yargı denetimi açısından ise sınırlamada idari bir tasarrufla ölçünün kaçırıldığının tespit edilmesi görevinin üstlenilmesi anlamına gelir.¹⁴

Ölçülülük ilkesinin düşünsel temelini, hukuki nitelikteki bir ilişkinin adil, dengeli ve ölçülü olması gerektiği fikri oluşturur. Günümüz hukuk sistemindeki anlamının ise ilk olarak Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanıldığını görmekteyiz.¹⁵ Bugün İsviçre ve Almanya başta olmak üzere ölçülülük ilkesi, birçok Avrupa ülkesinde uluslararası sözleşmeler çerçevesinde tanınan ve uygulanan bir ilkedir.¹⁶ Ölçülülük ilkesi federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında büyük ölçüde dikkate alınmakta, sınırlamanın sınırını belirlemede önemli bir ölçüt olarak kabul edilmektedir. Yalnızca Avrupa ülkeleri tarafından uygulanmakla kalmayıp, Avrupa Topluluk Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de uygulanmaktadır.¹⁷ Bu ilkenin uluslararası hukuk düzeninde yaygınlaşmış ve gelişmiş olması Türk hukuk sisteminde de yer bulmasında etkili olmuştur. 1982 Anayasası ile dolaylı olarak Türk hukuk sistemine girmiş olan bu ilke, şu an Anayasanın 13. maddesinde yer alan ve yüksek mahkemeler tarafından sıkça başvuru bir ilke haline gelmiştir.¹⁸ Anayasa Mahkemesine bireyler tarafından yapılan bireysel başvuru kararlarında da ölçülülük ilkesine atıf yapılmakta, ilkenin unsurları açıklanmakta ve ilkeye uyulmadığı kanaatine varıldığında da ihlal kararı verilmektedir.

Ölçülülük ilkesinin kapsamını üç ölçüt oluşturur. Öncelikle temel hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlama kamu yararının sağlanması açısından elverişli olmalıdır. İkinci olarak sınırlamayı yapan idare ya da kanun koyucu temel hak ve özgürlüğü sınırlamada ölçüyü aşırı derecede aşacak, sınırsız bir imkâna sahip olmamalıdır. Son olarak ise

¹³ Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1999), 375

¹⁴ Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği” *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, 1: 25.

¹⁵ Ulrich Meyer Blazer, *Zum Verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz im Staatlichen Leistungsrecht* (Bern: 1985)’den Naklen: Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi; Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İlkesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 19.

¹⁶ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi; Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İlkesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık), 19.

¹⁷ Emin Memiş, *Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi*, 244.

¹⁸ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi; Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İlkesi*, 19. Emin Memiş, *Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi*, 244

kamu yararı ile hakkı kısıtlanacak olan kişinin menfaati arasında bir denge sağlanmalı, kamu yararı kişinin menfaatinden önemli olmalıdır.¹⁹Yukarıda da belirtildiği gibi temel hak ve özgürlükler sınırsız değildir, belirli koşullar altında sınırlandırılabilir. Bu sınırlamanın yapılması gerekliliği kabul edilen bir gerçeklik olmakla beraber, sınırlamanın amaca ulaşmak için gerekli olması, sınırlama için kullanılan aracın amaçla orantılı ve amaca ulaşmak için elverişli olması gerekir. Böylelikle ölçülülük ilkesi, gereklilik, elverişlilik ve orantılılık olmak üzere üç ilkeyi içerisinde barındırır.²⁰Elverişlilik temel hak özgürlük sınırlandırılırken kullanılacak olan aracın amaca ulaşılması açısından etki doğuracak nitelikte olmasını ifade eder. Gereklilik ise o temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında daha ılımlı bir aracın kullanılma imkânının mevcut olmadığı anlamına gelir. Orantılılık, birey ve devletin çatışan menfaatleri arasından üstün olanın tercih edilmesidir.²¹Ölçülülük ilkesinin bu üç unsuru ilkeyi oluşturan elementler niteliğindedir. Bu alt ilkelerden birinin ihlal edilmiş olması temel hak ve özgürlüğe getirilecek olan sınırlamanın ölçüsüz olmasına yol açacaktır.

Birçok disiplinde amaç ve araç arasındaki ilişki büyük öneme sahiptir. Ölçülülük ilkesi için de araç ve amaç arasındaki ilişki büyük önem taşır. Bu ilişkinin ölçülülük ilkesi açısından taşıdığı önem, ulaşılmak istenen amaç için kullanılan aracın denetlenmesinin sağlanmasından kaynaklanır.²² Ölçülülük ilkesi amaç ve araç arasında bir dengenin bulunması gerekliliğini ortaya koyarak hak ve özgürlüğe getirilecek olan sınırlamanın, ulaşılmak istenen amacın gerektirdiği miktardan fazla olmamasını ifade eder.²³Ölçülülük ilkesinin bünyesinde barındırdığı amaç, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılma sebepleridir. Kanun koyucu bu sebepler dışında herhangi bir sınırlandırma amacına sahip olamayacağı gibi sınırlandırma yaparken bu sebeplerden herhangi birine de dayanabilir. Bununla beraber kanunda yer alan, kamu yararı, kamu düzeni gibi sebeplere dayanırken bu belirsiz kavramları mevcut olaya göre somutlaştırmalıdır. Bu şekilde hukuk devletinin belirlilik ilkesi sağlanmış olur. Sınırlandırmada kullanılacak olan aracın niteliğinden bahsedilecek olursa bu aracın

¹⁹ Emin Memiş, Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi, 245.

²⁰ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi; Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İlkesi, 21.

²¹Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı(Ankara: Seçkin Yayıncılık), 731,732.

²² Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit(Göttingen: Verla Otto Schwartz, 1981)’den Naklen: Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi; Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İlkesi, 21.

²³ Emin Memiş, Türkiye’de Anayasa Gelişim Eğrisi, 246.

amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli ve amaç ile orantılı olması gerektiği söylenebilir.²⁴ Amaç ve araç arasındaki ilişkinin ölçülülük ilkesinin tanımlanması açısından temel bir unsur olduğu söylenebilir. İlkenin unsurları araç ve amaç arasındaki ilişkinin nitelenmesini sağlamakta, böylelikle ilke açıklığa kavuşmaktadır.

Ölçülülük ilkesi ile bir temel hak ve özgürlük sınırlandırılırken bireyler açısından daha az kısıtlayıcı tedbirin tercih edilmesi ve bireylere daha az yükümlülük yüklenmesi sağlanmaya çalışılır. Başka bir deyişle bir hak ve özgürlük sınırlandırılırken kullanılan araç gereğinden fazla ağır ve kısıtlayıcı ise ölçülülük ilkesi sağlanmamış olacaktır.²⁵

Ölçülülük ilkesi, devletin herhangi bir şekilde ve herhangi bir yerde yapmış olduğu insan hakları ihlallerinin değerlendirmesinde önemli bir unsuru teşkil etmektedir. Mahkemeler bu değerlendirmeyi yaparlarken, ölçülülük ilkesini ve ilkenin unsurlarını somut olay açısından değerlendirmektedir. Bu anlamda mahkemeler özellikle Almanya’da anayasa ve idare hukukunda üç aşamalı bir test yapmaktadır. Bu testi yaparken yukarıda da bahsedilmiş olan ölçülülük ilkesinin unsurlarını oluşturan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin somut olay açısından mevcut olup olmadığı değerlendirmesini yapmaktadır.²⁶ Çalışmamızın sonraki bölümünde örnekleri görüleceği üzere ülkemizde de Anayasa Mahkemesi tarafından bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığı değerlendirilirken ilkenin alt ilkeleri mahkemece dikkate alınmaktadır.

2.2. Ölçülülük İlkesinin Felsefi Temelleri

2.2.1. Genel Olarak

Ölçülülük ilkesinin felsefi temelleri oldukça köklü bir geçmişe sahiptir.²⁷ Filozoflar tarafından dört temel erdemden biri olarak kabul edilen ölçülülük Antik Yunan’da ‘sophrosune’ kelimesiyle ifade edilirken, İslam ahlak felsefesinde “ıffet” kelimesi ile

²⁴ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları), 113,114.

²⁵ Ferhat Uslu, Anayasa Yargısı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 375.

²⁶ Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Oxford: Oxford University Press, 1986), 102.’den Naklen, Thomas Cottier, Roberto Echandi, Rafael Leal-Arcas, Rachel Liechti, Tetyana Payosova, Charlotte Sieber-Gasser The Principle of Proportionality in International Law, SSRN Electronic Journal, 38(2012): 4,5, <https://www.researchgate.net>, E.T. 23.02.2022

²⁷ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 19.

ifade edilmiştir.²⁸ İngilizcede ise ölçülülük ile en yakın anlama sahip kelime ‘temperance’dır. Hukuki anlamda ölçülülük ilkesini tam olarak anlayabilmek için, ilkenin felsefi temelleri hakkında bilgi sahibi olmanın yararlı olacağı kanaatini taşımaktayız. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında ölçülülük ilkesini felsefi temelleri üzerinde durulacaktır.

Antik Yunan’da ölçülülük anlamına gelen ‘Sophrosune’ kelimesi ‘phren’ kökünden türetilmiştir. Phrenin vücuttaki yeri ise kalptir. Yani Phren, vücudun tam merkezinde bulunur. Bu kelimedenden türeyen ve sphrosune kavramı da ahlaki hayatın merkezinde yer alır ve insan hayatında çok önemli bir yer tutar.²⁹

Sözlük anlamı itibarıyla, ölçülü, dengeli olma durumu, ılım, itidal anlamlarına gelen ölçülülük, antik yunanda, akıl sağlamlığı ya da akliselim olma anlamında kullanılır.³⁰ İslam felsefesinde ölçülülük anlamında kullanılan iffet kelimesi ise, şehvi arzulara uymama, haramlardan kaçınma, aşırı olan düşkünlüklerden korunma anlamında kullanılmaktadır. Kuran-ı Kerimde iffet kelimesi geçmemektedir ancak, bazı ayetlerde aynı kökten türetilmiş kelimeler vardır.³¹ Nur suresinde ölçülü olmak, edepli davranmak ile ilgili olarak şu mealdeki ayete yer verilmiştir:

Evlenme imkanı bulunmayanlar, Allah, kendilerine lütfundan bir zenginlik verinceye kadar, namuslu kalmaya çalışsınlar. Kölelerinizden “mükatebe” yapmak isteyenleri de eğer kendilerinde bir hayır biliyorsanız, hemen “mükatebe” yapın ve onlara, Allah’ın size verdiği malından verin. Ve bu geçici hayatın geçici mal mülkünü kazanacaksınız diye, cariyelerinizi zinaya zorlamayın, hele iffetli/namuslu kalmak isterlerse.. Her kim de onları zorlarsa, kuşkusuz Allah, zorlanmalarından sonra(onlara) çok bağışlayıcıdır, çok merhamet edicidir³²

Yine Maide suresinin 5. Ayetinde aşırıya gitmemek ve ölçülü olmak ile ilgili olarak Dinde kitap ehline aşırılığa gitmemesi ve hakkın dışına çıkmaması öğütlenmiştir. Bu

²⁸ Emine Taşçı Yıldırım, ‘Antik Yunandan İslam Düşüncesine Ölçülülük/İffet Merkezli Bir Karşılaştırma’, Bilimname, 2(2019): 389, <https://dergipark.org.tr>, E.T. 23.02.2022.

²⁹ Tufan Çötök, Antikçağdan Günümüze Phronesis Kavramı, Dokuz Eylül Üniversitesi Felsefe’de Bugün ve Yarın Konferansları, (2018): 1. <http://web.deu.edu.tr>, E.T. 23.02.2022

³⁰ Oğuz Arıcı, “Antik Yunan Tragedyasında ölçülülük ve uyum Düşüncesi”(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005,) 17.

³¹ Mustafa Çağırıcı, ‘İffet’, İslam Ansiklopedisi(İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2000), 21:506.

³² Elmalılı Hamdi Yazır, Hak Dini Kur’an Dili Meali(Ankara: Akçağ Yayıncılık, 2014), 400.

ikazın hemen ardından daha önce doğru yoldan şaşarak sapmış ve saptırmış bir millete uyulmaması emredilmiş.

Maide suresinin 5. ayetinde geçen “aşırıya gitmeme” ifadesi ile ölçülülük kastedilmektedir. İslam Dininde ölçülü olmak, aşırıya kaçmamak sadece Kuran-ı Kerimde değil, hadislerde de öğütlenmiştir. Aşırıya gitmenin dini anlamda kaçınılması gereken bir durum olduğu bir hadiste ise dinde aşırıya giden insanların dinden çıktığı okun yaydan çıkması benzetmesi ile dile getirilmiştir.³³

Kamer suresinin 49. Ayetinde Allah’ın her şeyi ölçü ile yarattığı ifade edilmiştir. Ayetten anlaşılmaktadır ki yaratılan her varlığın yapısına derç edilen bir ölçü vardır. Farklı canlılarda hatta kar tanelerinin helezonik yapısında dahi bulunan altın oran adeta bunun bir şahidi gibidir.

Ayet ve hadislerden anlaşılmaktadır ki İslam dininde hiçbir zaman aşırıya gitme bir diğer ifadeyle ifrat ve tefrit tavsiye edilmemiş, aksine kaçınılması gereken bir hal olarak nitelendirilmiştir. İslam felsefesine hâkim olan anlayış itidal, yani ölçülü olmadır. Birçok ayet ve hadiste Müslümanlara bu hal öğütlenmiştir.

İslam ahlak felsefesinde hedeflenen, bir kişide dört temel erdemin toplanmasıdır. Bu erdemler, hikmet, iffet, şecaat ve adalettir. Kişilerin bu erdemleri hayatlarına tatbik ettiklerinde asıl olan gerçek mutluluğa ulaşacaklarına inanılır. Bu erdemler arasında sayılan iffet erdemi hem adaletin tesisi açısından hem de hakiki mutluluğu elde etme anlamında büyük önem taşır.³⁴

Antik Yunan’da ise ölçülülük, insanın sahip olduğu gücü kötü kullanmasını engelleyici bir erdem olarak tanımlanır. Bu erdem sayesinde kişi duygularını dizginleyebilir, davranışlarını kontrol altında tutabilir. Ayrıca Antik Yunan’da bu erdem kadınsı bir erdem olarak nitelendirilmektedir.³⁵

³³ Mehmet Görmez, Mehmet Emin Özavşar, İsmail Hakkı Ünal, Yavuz Ünal, Bünyamin Erul, Hadislerle İslam-1, 537.

³⁴ Emine Taşçı Yıldırım, “Antik Yunandan İslam Düşüncesine Ölçülülük/İffet Merkezli Bir Karşılaştırma”, 393. <https://dergipark.org.tr>. 11.02.2022.

³⁵ Alasdair MacIntyre, Erdem Peşinde Ahlak Teorisi Üzerine Bir Çalışma, çev. , Muttalip Özcan(İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2001), 206, 212.’den Naklen, Emine Taşçı Yıldırım, ‘Antik Yunandan İslam Düşüncesine Ölçülülük/İffet Merkezli Bir Karşılaştırma’, Bilimname, 2(2019):395.

2.2.2. Antik Yunan Felsefecilerine Göre Ölçülülük İlkesi

2.2.2.1. Genel olarak

Yunanlılar tarafından kadına mahsus bir erdem olarak değerlendirilen ölçülülük, erdemler arasında önemli bir yere sahiptir. Ölçülülük erdemi ilk olarak Sokrates döneminde antik yunan felsefesinde yerini almaya başlamış, daha sonra ise Platon tarafından temel erdemler arasında sayılmaya başlamıştır.³⁶ Antik Yunan’da ölçülülük erdemi birçok filozof tarafından yorumlanmış ve üzerine çalışılmıştır. Filozoflarca ölçülülük erdemi ile ilgili olarak anlatılanlarda ortaya çıkan ortak nokta bu erdemin insanın hayatındaki huzur ve mutluluğun sağlanması ve ahlaklı bir yaşama sahip olması için mihenk taşı olduğudur.

2.2.2.2. Platon

Ölçülü davranma Platon’un içinden çıktığı Atinalı soylu zümrenin karakter özelliklerinden biridir. Platona göre, kişilerin davranış ilkelerinden biri ölçülü olmaktır. Bu ilke kişinin olaylar karşısında kontrolünü kaybedip sinirlenmesine engel olarak kendine hâkim olmasını sağlar. Bunun yanında kişinin hem kendine ve tutkularına karşı hem de çevresindekilere karşı ölçülü ve eşit davranmasını sağlar. Filozofa göre, ölçülü olmak adaletli olmanın ön koşuludur. Kişinin bilge olması ne kadar önemliyse, arzu ve isteklerine karşı koyabilmesi yani ölçülü olabilmesi de o kadar önemlidir.³⁷

Platon’a göre her nesne kendine özgü bir göreve sahiptir ve bu görevi yerine getirmek için yeteneklerle donatılmıştır. Bu yeteneklerden her biri ruhun farklı bölümlerinde karşılığını bulur ve temsil edilir. “Bilgelik erdemi” ruhun akıllı mantıklı yanına karşılık gelirken, ruhun onurunu koruma, savunma tarafına ise “cesaret” erdemi karşılık gelir. “Ölçülülük” erdemi ise ruhun ihtiyaçlardan doğan istekleri temsil eden bölümüne karşılık gelmektedir. Zira ruhun ihtiyaçlarına dengeli bir şekilde cevap verebilmek ancak ölçülülük erdemi ile mümkün olabilir.³⁸

³⁶ Alasdair MacIntyre, Erdem Peşinde Ahlak Teorisi Üzerine Bir Çalışma, çev. , Muttalıp Özcan(İstanbul: Ayrıntı yayınları, 2001), 206, 212’den Naklen Emine Taşçı Yıldırım, ‘Antik Yunandan İslam Düşüncesine Ölçülülük/İffet Merkezli Bir Karşılaştırma’,395.

³⁷ Platon, Devlet(İstanbul: Bordo Siyah Yayınları, 2012), 7, 18, 22.

³⁸ Platon, Devlet, 22.

2.2.2.3. Aristotales

Aristotales erdemleri iki gruba ayırır. Bunlar düşünce ve karakter erdemleridir. Ölçülü davranmayı, bu gruplardan karakter erdemleri arasında zikreder. Düşünre göre ölçülü olmak, hazlardan uzak durmak ile mümkün olur. Bir kimsenin bedensel hazlardan uzak kalması ve bu durumdan herhangi bir rahatsızlık duymaması kişinin ölçülü olduğunu gösterir. Ölçülülük, haz ve acı konusunda kendine hâkim olabilmektir.³⁹

Düşünür ölçülü davranmanın karşısını hazza düşkünlük olarak tanımlar. İnsan doğasında hazza karşı büyük bir istek bulunur. Hazza düşkünlük insana, ölçülülükten daha çekici gelir. İnsan doğasının yönelim halinde olduğu olumlu şeyler olumsuz şeylerin karşısı olduğu gibi ölçülü davranma da hazza düşkünlüğün tam karşısı olarak tanımlanır.⁴⁰

Aristotales'e göre ölçülü olma hali bedensel hazlarla ilgili olduğu gibi, her bedensel haz bu kapsamda değerlendirilmez. Koklama, görme ve işitme ile ilgili hazlar aşırı olmadığı sürece hoşlanma olarak değerlendirilir. Haz duyma, dokunma ve yeme davranışında söz konusu olur. İnsanlar işitmekten koklamaktan ya da görmekten aşırı gitmedikleri sürece haz duymazlar. Ancak yemek, içmek ve dokunmakta bedensel bir haz mevcuttur. Hazza düşkün olarak nitelendirilen insanlar yemeğe ve cinselliğe düşkün insanlardır. Hazza düşkün olan insanlar birçok konuda aşırıya kaçarlara, kimi zaman hoşlanılmayacak şeylerden hoşlandıkları gibi kimi zaman da sevicecek şeyleri aşırı severler. Ölçülü olan insanlar ise hazza düşkün kişilerin aşırıya kaçtıkları konularda aşırıya kaçmaz ve orta yolu tercih ederler, sevilmemesi gereken şeyleri sevmez, sevilmesi gereken şeyleri severken de aşırıya kaçmaz. Bu kişiler hazza düşkün olan insanları aşırılıkları yönünden eleştirirler. Sevmeye ölçülü oldukları kadar, isteme noktasında da ölçülüdürler. Gerektiği kadar ve gerektiği zaman isterler. Hazlara gereğinden fazla önem vermez, aklın yolundan giderler.⁴¹

Aristotales'e göre insan yaşamı açısından ölçülü olmak çok önemlidir çünkü kişi isteklerine boyun eğdikçe daha fazla istek duyar, isteklerin şiddetinin artması da aklın

³⁹ Aristotales, Nikomakhos'a Etik, çevr. Furkan Akderin(İstanbul: Say Yayınları), 40, 44, 45, 51.

⁴⁰ Aristotales, Nikomakhos'a Etik, 53.

⁴¹ Aristotales, Nikomakhos'a Etik, 75, 77, 78.

hâkimiyetini zayıflatır. Ölçülü olmak ise bu isteklere sınır koymayı sağlayarak aklın hâkimiyetini güçlendirir.⁴²

Aristoteles'in ölçülülük erdemi ile aklın hakimiyeti arasında kurduğu ilişki hukukta ölçülülük ilkesinin ifade ettiği anlamı idrak noktasında çok önemlidir. Düşünür ölçülü olmayı insanın isteklerine sınır koyarak aklın hakimiyetini artıran bir erdem olarak değerlendirmiştir. Hukuki anlamda ölçülü davranma ise devletlerin yasama, yürütme ve yargı erki tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Bu erkler ölçülü davrandığında ise hukuk ve adaletin hakimiyeti artacak ve hukuka aykırılıklar azalacaktır. Bu anlamda Aristoteles'in tanımı hukuki anlamda ölçülülük ile ilişkilidir.

2.2.2.4. Epikür

Epikür Mektuplar ve Maksimler adlı kitabında, ölçülülüğün zenginlik olduğunu ifade ederken felsefeden dahi daha değerli olduğunu vurgulamıştır. Bu vurgusunu da ölçülülüğün erdemlerin kaynağı olduğunu belirterek gerekçelendirmiştir. Ayrıca “erdemlerin mutlu bir hayatın vazgeçilmez unsuru olduğundan bahsederek, ölçülülüğün bir anlamda da mutluluğun kaynağı olduğu çıkarımına ulaşmamızı sağlamıştır.”⁴³

Epikür ifade ettikleriyle ölçülülüğün mevcudiyetinin, erdemlerin bir anlam ifade edebilmesi açısından önemli bir unsur olduğunu anlatmak istemiştir. Düşünürün anlatımlarından erdemlerin bir ağaç olduğunu farz edersek erdemlerin o ağacın çekirdeği olduğu sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Bununla beraber düşünürün ifadeleri ile varabileceğimiz bir diğer yorum da mutluluğun o ağacın bir meyvesi olduğudur.

2.2.2.5. Cicero

Cicero ise Devlet Üzerine adlı eserinde ölçülülük ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermiştir;

Ölçülülük ise kendisi için değil, bize ruh huzuru vermesi ve kalbimizi sakinleştirici bir uyumla yumuşatması bakımından arzu edilir bir şeydir. Çünkü arzu ettiğimiz veya kaçındığımız şeylerle ilgili olarak akli kılavuz olarak

⁴² Aristoteles, Nikomakhos'a Etik, 79.

⁴³ Epikür, Mektuplar ve Maksimler, çev. Hayrullah Örs (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1962), 38.

almamız gerektiği konusunda, bizi uyaran ölçülülüktür. Böylece ölçülülük hazzardan vazgeçtiği için değil, daha büyük hazlar sağladığı için arzu edilir bir şeydir.⁴⁴

Cicero bu ifadeleri ile ölçülülüğün insanın kalbine huzur ve mutluluk veren yanına vurgu yapmıştır. Filozofa göre ölçülü olma hali beden ve ruh olmak üzere iki boyuttan oluşan insanın ruhuna huzur vermekte ve kalbini teskin etmektedir. Bununla beraber ölçülü olma insanın birtakım hazzardan vazgeçmesine sebep olduğu için arzu edilebilir olarak görülmesine de, neticesi itibarıyla insanın daha büyük hazzlara ulaşmasını sağladığı için arzu edilebilir olarak değerlendirilir.

2.2.3. İslam Ahlaki Felsefecilerine Göre Ölçülülük

2.2.3.1. Genel olarak

İslam felsefecileri, ahlak felsefesi kapsamında temel erdemler üzerinde durmuş, antik Yunandan gelen dört temel erdem anlayışını İslam kültürüyle harmanlayarak İslam’a özgü bir erdem anlayışı ortaya koymuşlardır.⁴⁵

2.2.3.2. Kindi

İslam filozoflarının ilki olan Kindi, insana özgü olan gerçek erdemlerin, insanın dışarı yansıyan adaletli davranışları ve nefsin iyi huyları olmak üzere ikiye ayrıldığını ifade etmiştir. Bununla beraber Kindi, Platondan beri devam eden dört temel erdem anlayışıyla uyumlu bir anlayış benimsemiş ve ölçülülüğün her erdem içerisinde bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Kindi erdemlerde ölçülülüğü bir fazilet olarak, aşırıya kaçmayı ise rezalet olarak nitelendirmiştir.⁴⁶

Kindi iffet erdemini; “Bedeni eğitmek için alınması gereken şeyleri edinmek, sonra bunları korumak ve benimseyip uygulamak, buna aykırı olanları yapmamaktır.” şeklinde tanımlamıştır.⁴⁷ Kindi’nin ölçülülük tanımında, ölçülülüğün bedenle uyum içerisinde bir davranış şekli benimsemek olduğu düşüncesi dikkat çekmektedir. Kindi bu tanımla ölçülülüğün bedeni eğitmek için alınması gereken şeyleri edinmek

⁴⁴ Cicero, Devlet Üzerine, Çevr. Cengiz Çevik (İstanbul: İthaki Yayınları, 2014), 115.

⁴⁵ Emine Taşçı Yıldırım, “Antik Yunandan İslam Düşüncesine Ölçülülük/İffet Merkezli Bir Karşılaştırma”, 399.

⁴⁶ Mustafa Çağırıcı, “İffet”, İslam Ansiklopedisi (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995), 12:269.

⁴⁷ Kindi, Tarifler Üzerin Felsefi Risaleler, Çevr. Mahmut Kaya (İstanbul: Klasik Yayınları), 187.

olduğunu belirtmiştir ki, bu gereklilik hali bize ölçülülük ilkesinin “gereklilik” unsurunu hatırlatmaktadır. Bu gerekli olanı edinme davranışı aynı zamanda gerekenden fazlası ya da azını edinmeme durumudur. Bu durum ise tam olarak aşırılıktan kaçınma ve ölçülülüktür.

Kindi iffetin bir itidal durumu olduğunu ifade etmiştir. Bu itidalin dışına çıkma durumunun birincisi ifrat iken ikincisi tefrittir. İfrat, yani aşırıya kaçma hali de kendi içinde üçe ayrılmaktadır. Birincisi yeme içme tutkusudur, ikincisi cinsel ilişkiye olan tutkudur ki bu tutku zinaya kadar varabilmektedir, üçüncüsü ise bir şeye aşırı değer vermenin neticesinde ortaya çıkan tutkudur. Tefrit durumunda ise tembellik ve benzeri davranışlar ortaya çıkabilmektedir.⁴⁸

Psikolojide insana verilen duyguların yaşamsal düzeyde olması durumunda işlevsel olacağı vurgulanırken, bu duygunun olması gerekenden yüksek ya da düşük seviyede olması farklı isimlerdeki ruhsal rahatsızlıklar olarak tanımlanmıştır. Bu bakış açısı Kindi’nin bakış açısıyla paralellik göstermektedir. Bu anlamda duyguların olması gereken seviyeden aşırı ya olması ya da çok az olması durumunda davranışlar da bu durumdan etkilenecek ve bağımlılıklar ortaya çıkacaktır. Bu nedenle insanın duygu, davranış ve düşüncelerinde ölçülü olması ruh sağlığına katkı sağlayacağı gibi, dini anlamda değerleri olan insanların da değerlerine uygun yaşamasını sağlayacaktır.

2.2.3.3. Ebu Bekir er-Razi

Ahlak felsefesine dair fikirler ortaya koymuş bir diğer İslam düşünürü ise Ebu Bekir er-Razi’dir.⁴⁹ Düşünüre göre insanların şerrinden korunmanın yolu adalet ve iffet erdemlerine bağlı kalmaktır.⁵⁰

Düşünür ölçülülüğün insanların sosyal ilişkilerin negatif etkisinden korunması için bir yol olarak görmüştür. Örneğin insanları sevmek ve değer vermek çok güzel bir haslet olmakla beraber sevmeye ölçü korunamadığı takdirde insan bu durumdan zarar görebilir. Sevme fiilinin ifrat ve tefriti durumundan insan ilişkileri negatif etkilenir. Bu nedenle hem insanların şerrinden korunmak hem de insanların bizim şerrimizden

⁴⁸Kindî, “Tarifler Üzerine”, Felsefî Risaleler, çev. Mahmut Kaya (İstanbul: Klasik Yayınları), 187.

⁴⁹Emine Taşçı Yıldırım, “Antik Yunandan İslam Düşüncesine Ölçülülük/İffet Merkezli Bir Karşılaştırma”, 401.

⁵⁰ Ebu Bekir er-Razi, Felsefe Risaleleri, çev. , Mahmut Kaya (İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurulu Başkanlığı Yayınları, 2016), 188.

korunması için davranış ve fiillerde iffetli olmak gerekir. Bu iffet erdemi adalet ile süslendiğinde ise sosyal ilişkiler sağlıklı bir hal alır.

2.2.3.4. İbn-i Sina

İslam felsefecilerinden İbn-i Sina da diğer felsefeciler gibi itidalli, bir diğer anlamıyla ölçülü olmanın öneminden bahsetmiştir. Düşünür, eserinde itidalli olan insanların fiillerini zaman ve mekân unsurlarını dikkate alarak yönlendireceklerini ifade etmiştir. Bununla beraber düşünür, itidalli olmanın gereği olarak kişinin kendisinde abartılı gördüğü davranışını normal ölçüsüne getirerek, kısarak, tedavi etmesi gerektiğine de değinmiştir. İbn-i Sina ölçülü olmayı bağımlılıktan uzak olmak olarak nitelendirmiştir⁵¹

İbn-i Sina'nın ölçülü davranmaya olan bakış açısı incelendiğinde, ölçülü davranmanın bilincinde olan insanının kendini dışarıdan bir bakış açısıyla değerlendireceği ve bu değerlendirmede kendisinde abartılı bulduğu noktalarda otokontrol mekanizmasını devreye sokarak ölçülülük erdemiyle kendisini tedavi edeceği vurgusu olduğu görülmektedir.

2.2.3.5. Gazali

İmam Gazali Kimya-yı Saadet isimli kitabında iffeti şu şekilde tanımlamıştır:

Şehvet kuvveti çok fazla olursa, buna hırs denir. O zaman o kimseden hayasızlık, rezillik, mürüvvetsizlik, namussuzluk, haset, zenginlerden sıkılmak, fakirleri beğenmemek ve bunun gibi huylar ortaya çıkar. Eksik olursa, gevşeklik, namertlik, hissizlik, ihmalkârlık gibi huylar doğar. Ortada olunca, iffet denir.⁵²

Gazali, iffet tanımını yaparken şehvet duygusu üzerinden bir örnekleme yapmış ve bu duygunun gereğinden fazla olduğu durumda namussuzluğun, gereğinden az olduğu durumda da gevşekliğin doğacağını ifade etmiştir. Orta halli olma durumunu da iffet olarak tanımlamıştır.

Gazali huy ve ahlakta iki ucun olduğunu ve her iki ucun da çirkinlik ve kötülük olduğunu ifade etmiş, iki ucun ortasında güzel ve iyinin bulunduğunu ve buranın doğru yol olduğunu belirtmiştir. Düşünüre göre bu iki uç arasındaki orta yer, incelikte sırat

⁵¹ Gürbüz Deniz, “İbn-i Sina'nın Ahlak Dair Risalesi”, Diyanet İlmi Dergisi, 50/1(2014):233, 235.

⁵² Gazali, Kimya-yı Saadet, çev. , Faruk Meyan(İstanbul: Bedir Yayınevi), 387.

köprüsü gibidir. Bu orta yol üzerinde şaşmadan yürüyen, sırat köprüsü üzerinde de korkusuzca yürür. Güzel ahlaklı olan her iki uçtan uzak olup, orta yol üzerinde bulunandır.⁵³

2.3. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri

Ölçülülük ilkesinin anlam ve içeriği itibarıyla tam olarak anlaşılabilmesi için, ilkenin alt ilkelerinin ortaya konulması ve kavranması gerekir. Alt ilkeler ortaya konulduğu takdirde mahkeme kararlarında ve doktrinde yer alan bu ilke ile ilgili kavramlar daha iyi anlaşılabilir.⁵⁴

Ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri ile ilgili olarak hukukçular farklı açıklama ve tanımlarda bulunmuşlardır.⁵⁵ Metin, ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluştuğunu belirtmiş, bu ilkelere elverişlilik ile gereklilik ilkelere bir amaç ve araç ilişkisi varken, orantılılık ilkesinde bu ilişkinin olmadığını ifade etmiştir.⁵⁶ Oğurlu, ölçülülük ilkesinin ölçülülük, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluştuğunu kabul etmektedir. Yazar bu üç alt ilkedен AYM ve AİHM kararlarında da bahsedildiğini belirtmektedir.⁵⁷ Tezcan, Erdem, Önok ve Sancakdar ise kitaplarında ölçülülük ilkesinin, gereklilik, elverişlilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluştuğu görüşünü belirtmişler ve ölçülülüğün alt ilkesi olarak kabul ettikleri orantılılık ilkesinin dar anlamda, birey ve devlete ait çatışan menfaatlerden üstün olanın tercih edilmesi anlamına geldiğini ifade etmişlerdir.⁵⁸

Gören ise ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinin, orantılılık, zorunluluk ve katlanılabilirlik olarak açıklamıştır. Gören, zorunluluk ilkesini elverişlilik ilkesinden daha önemli bir ilke olarak değerlendirmiş, katlanılabilirlik ilkesini ise, amaç ve araç arasındaki uyum ve orantı şeklinde açıklamıştır.⁵⁹ Özbudun ise, ölçülülük ilkesini tamamlarken kullanılan aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, amaç için gerekli olmasını ve araç ile amaç arasında ölçülülük bulunması gerektiğini ifade etmiş,

⁵³ Gazali, Kimya-yı Saadet, 387.

⁵⁴ Ziyaettin Kaygusuz, Ölçülülük İlkesi (Ankara: Bilge Yayınevi, 2016), 47.

⁵⁵ Ziyaettin Kaygusuz, Ölçülülük İlkesi, 47.

⁵⁶ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 26.

⁵⁷ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 36.

⁵⁸ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 731.

⁵⁹ Zafer Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, 375, 376.

böylelikle tanımında ölçülülük ilkesinin üç alt unsuruna değinmiştir.⁶⁰ Sağlam, ölçülülük ilkesinin amaç-araç ilişkisinde birleşen üç alt kavramı içerdiğini belirtmiş ve bu kavramları, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık şeklinde açıklamıştır.⁶¹ Andelkovic, ölçülülük ilkesinin bünyesinde üç unsuru barındırdığını ifade etmiş, bu unsurları ise yeterlilik, gereklilik, ve dar anlamda ölçülülük olarak açıklamıştır.⁶² Alexy, ölçülülük ilkesinin üç alt prensibinin olduğunu belirtmiş ve bu prensipleri, uygunluk, gereklilik ve dar anlamda ölçülülük olarak açıklamıştır.⁶³

Hukukçuların ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri için yapmış oldukları açıklamalar incelendiğinde, bu açıklamaların ölçülülük ilkesinin üç alt ilkedен oluştuğu ortak noktasında birleştigi görölmektedir. Bu üç alt ilke, AİHM ve AYM kararlarında da belirtildiğı üzere elverişlilik gereklilik ve orantılılıktır.⁶⁴

2.3.1. Elverişlilik

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının anayasal olarak geçerlilik kazanabilmesi, ölçülülük ilkesine uygun yapılması ile mümkün olur. Yukarıda da belirtildiğı gibi ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç ana ögeden oluşur. Elverişlilik ilkesi, ölçülülük ilkesini oluşturan alt ilkelerden bir tanesini oluşturur.⁶⁵

Elverişlilik ilkesi kullanılan aracın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını ifade eder.⁶⁶ Amacın elverişli olup olmadığı, aracın bizi amaca ne kadar yaklaştırdığı ile anlaşılır. Kullanılan araç bizi amaca yaklaşıtıyorsa elverişli, amaçtan uzaklaşıtıyorsa elverişsizdir.⁶⁷ Bir temel hak ve özgürlük sınırlandırılırken baştan itibaren kullanılan aracın amaca ulaşmada katkı sağlamayacağı görölüyorsa sınırlamada o aracı kullanmak ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur.⁶⁸

⁶⁰ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 116

⁶¹ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, 113.

⁶² Luka Andelkovic, “The Elements Of Proportionality As A Principle Of Human Rights Limitations,” 237.

⁶³ Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, 52.

⁶⁴ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 36.

⁶⁵ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, (Newyork: Cambridge University Press, 2012), 371.(kitap olarak kütüphane veritabanından girdim)

⁶⁶ Klaus Stern, Das Staatsrecht Der Bundesrepublik deutschland(München: 1997)’den naklen, Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, 26.

⁶⁷ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 26.

⁶⁸ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, (Bursa: Ekin Yayıncılık, 2018), 371.

Alınan önlemlerin elverişsiz olduğu ileri sürülerek, sınırlamanın anayasaya aykırı olarak kabul edilmesi sık karşılaşılan bir durum değildir. Alınan önlemler çoğunlukla amaca ulaşmada tamamıyla olmasa da kısmen elverişlidir. Bundan dolayı elverişlilik ilkesinin kullanım alanı oldukça sınırlıdır.⁶⁹

Alman Anayasa Mahkemesi, sınırlamada kullanılan aracın amaca ulaşmak için elverişli olup olmadığını değerlendirirken, aracın amaca ulaşma açısından herhangi bir katkı sağlayıp sağlamadığına bakar. Aracın tam olarak amaca ulaştırması gerekmemekte, amaca ulaşmada katkı sağlaması yeterli görülmektedir. Bu şekilde kanun koyucuya yanılma payı bırakılmıştır.⁷⁰ Eğer kullanılan aracın amacı gerçekleştirmeye hiçbir şekilde katkısı olmayacaksa araç elverişsiz olarak değerlendirilir. Mahkemenin yapmış olduğu sorgulama sınırlamanın tamamıyla elverişsiz olup olmadığına dairdir.⁷¹

2.3.2. Gereklilik

Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden bir tanesini de “gereklilik” ilkesi oluşturur. Ölçülülük denetiminde ikinci olarak denetlenmesi gereken unsur kullanılan aracın gerekli olup olmadığıdır.⁷² Gereklilik ilkesi sınırlamada en az kısıtlayıcı aracın kullanılmasını ifade eder. Bu ilke kanun koyucunun sınırlama yaparken, en az kısıtlayıcı aracı tercih etmesini zorunlu kılar. Gereklilik ilkesi, sınırlandırmada kullanılan araç ile amaca ulaşabilme açısından eşit işleve sahip, elverişli, daha az kısıtlayıcı bir aracın bulunmaması öncülüne dayanmaktadır. Bu ilkeye göre, temel hak ve özgürlüğe daha az zarar verecek ve daha az kısıtlanmasını sağlayacak başka bir araç bulunması durumunda o aracın tercih edilmesi gerekir.⁷³

Alexy, gereklilik ilkesini temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında amaca ulaşmada eşit derecede elverişli olan araçlardan, en az sınırlayıcı aracın kullanılması olarak açıklamış ve bir örnek vermiştir. Alexy’nin örneğine göre, P1 ve P2 şeklinde eşit elverişliliğe sahip iki aracın bulunması durumunda, P2 aracının müdahalesinin, P1

⁶⁹ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, 10.

⁷⁰ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, 114.

⁷¹ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 27

⁷² Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 30.

⁷³ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 317.

aracından daha az yoğunlukta olduğu dikkate alındığında sınırlamada P2 aracının tercih edilmesi gerekir.⁷⁴

Alman Federal Anayasa mahkemesi şekerlemeler ile verdiği kararda, şekerlemelerin paskalya tavşanı ve Noel Baba şeklinde olanlarının patlamış mısır içerdiklerini, ve tüketiciler tarafından bu ürünlerin pirinç patlağı içerdiğinden habersiz, yanlışlıkla çikolata şeklinde tüketilebilecekleri gerekçesiyle pirinç patlağı içeren şekerlemelerin yasaklanmasını, ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur. Federal mahkeme kararının gerekçesinde daha az kısıtlayıcı, başka bir aracın kullanılmasıyla da tüketicilerin korunabileceğini ifade etmiştir. Yani mahkeme, gereklilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, tedbirin ölçülü olmadığına karar vermiştir.⁷⁵

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Makwanyane davasında, ölüm cezasını düzenleyen kanunun anayasaya uygunluğunu denetlerken, kanunun ölçülülük ilkesine uygun olmadığı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme, kanunun ulaşmak istediği amaca yaşam hakkını daha az kısıtlayıcı olan ömür boyu hapis cezası ile de ulaşabileceğini ifade etmiştir.⁷⁶

Gereklilik denetimi iki unsuru içermektedir. Birinci unsur, temel hak ve özgürlüğün kısıtlanmasında amaca ulaşabilecek, aynı derecede ya da daha elverişli bir aracın bulunması. İkinci unsur ise amaca ulaşmada kullanılabilecek alternatif aracın hak ve özgürlüğü kısıtlama derecesinin daha az olmasıdır. Eğer somut olayda bu iki unsur bulunuyorsa gereklilik ilkesinin oluşmadığını söyleyebiliriz. Ancak, temel hak özgürlüğün kısıtlanmasında kullanılan araç ile aynı derecede amaca ulaştırabilecek, daha az sınırlayıcı başka bir araç yoksa gereklilik ilkesinin oluştuğu söylenebilir.⁷⁷

2.3.3. Orantılılık

Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden biri olan orantılılık ilkesi, dar anlamda ölçülülük ilkesi olarak da isimlendirilebilmektedir. Orantılılık ilkesi ölçülülük denetiminde en son değerlendirilen ilkedir. Sınırlamada ulaşmak istenen amaç için aracın gerekli olup olmadığı denetlendikten sonra, araç ile amaç arasında orantı bulunup bulunmadığı

⁷⁴ Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, 53.

⁷⁵ Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, 53, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi 53, 135(146).

⁷⁶ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 319.

⁷⁷ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 323.

değerlendirilir. Orantılılık ilkesinin denetlenmesi, ölçülülük denetimi açısından büyük önem taşır.⁷⁸

Orantılılık ilkesi, temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasıyla elde edilecek olan fayda ile sınırlandırma ile temel hak ve özgürlüğe verilen zarar arasında bir orantının bulunması anlamına gelir. Orantılılık denetimi, elde edilen yararlar, meydana gelen zarar arasında orantı olup olmadığının tespit edilmesidir.⁷⁹

Başka bir tanımla orantılılık ilkesi, araç ile amaç arasındaki orantıyı ifade eder. Sınırlandırma ile ulaşılmak istenen amaç için, ölçüsüz bir aracın kullanılmamasıdır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de orantılılık denetiminde, kullanılan aracın kişilere ölçüsüz yükümlülükler getirip getirmediğini dikkate almaktadır.⁸⁰

Kanada’da dış hekimlerinin reklam yapmasını sınırlandıran bir yasa çıkartılmış, dış hekimleri bu yasanın anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Kanada Anayasa Mahkemesine başvurmuşlardır. Anayasa Mahkemesi böyle bir yasanın çıkarılmasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur. Gerekçesinde, reklam yapmanın sınırlandırılmasıyla ulaşılmak istenen, yanıltıcı reklam yapılmasının engellenmesi amacı ile bu amaca ulaşmak için kullanılan ifade özgürlüğünün engellenmesi aracı arasında orantının bulunmadığını belirtmiştir. Yani mahkeme ölçülülük denetiminde orantılılık ilkesine aykırılığı tespit etmiştir.⁸¹

Orantılılık denetimi sonuç odaklı bir denetimdir. Bu denetimde temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasıyla başka bir temel hakkın korunup korunmadığı veya bir kamu yararının sağlanma amacının bulunup bulunmadığı dikkate alınır. Temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasıyla oluşan negatif etki ile ulaşılan amaçla oluşan pozitif etki arasında bir karşılaştırma yapılır. Yani meydana gelen zarar ile elde edilen yarar arasındaki dengenin tespiti yapılır. Eğer meydana gelen zarar, elde edilen faydayı aşıyorsa bu durumda ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuru gerçekleşmemiş olur.⁸²

Karşılaştırmalı hukukta orantılılık ilkesi, yarışan iki prensip arasındaki dengenin yansıması olarak anlaşılır. Bu anlayış Güney Afrika, Kanada, Birleşik Krallık, İsrail,

⁷⁸Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, 13.

⁷⁹Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 340.

⁸⁰Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, 13.

⁸¹ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 342.

⁸² Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 343.

Almanya ve birçok ülkede mevcuttur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sprong kararında bu anlayışa şu şekilde yer vermiştir; “Mahkeme, talep edilen kamu yararı ile korunması gereken, bireylerin temel hakkı arasındaki dengeyi tespit eder. Bu dengenin tespiti, bütün antlaşmaların doğasında vardır.”⁸³ Kararda belirtilen kamu yararı ile bireyin yararı arasındaki dengeye AİHM’in ölçülülük ilkesini değerlendirdiği birçok kararında yer verilmiştir. Çalışmamızın sonraki bölümlerinde bu denge örnekleriyle birlikte incelenecektir.

Orantılık denetiminde objektif bir karar alınabilmesi için, denetimin kişisellikten uzak, hukuki bir denetim şeklinde yapılması gerekir. Bu anlamda denetimde ilk olarak çatışan değerlerin tespit edilmesi gerekir. Daha sonra çatışan değerler tartılır ve elde edilen fayda ile müdahale neticesinde oluşacak olumsuz etkiler karşılaştırılır. Bu karşılaştırma neticesinde ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında bir orantısızlık tespit edilirse, araç elverişli ve gerekli olsa dahi aracın kullanılmayacağına karar verilir.⁸⁴

2.4. Ölçülülük İlkesinin Tarihi

2.4.1. Genel Olarak

Nesillerden beri düşünürlere ilham kaynağı olmuş olan ölçülülük ilkesinin içeriğinin gelişiminde tarihin farklı dönemlerinin katkısı olmuştur. Bunun bir örneğini Klasik Yunan nosyonunun dağıtıcı ve ıslah edici adalet anlayışının ölçülülük ilkesinin gelişimine katkısı oluşturmaktadır.⁸⁵ Dağıtıcı adalet anlayışı adaletin, kişilerin yetenek, konum, kazanç ve borcuna uygun olarak dağıtılması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu düşüncede, hak ve yükümlülüklerin kişilere orantılı bir şekilde dağıtılması esastır. Ölçülülük ilkesinin bünyesinde barındırdığı orantılılık ilkesi dikkate alındığında bu içeriği itibarıyla dağıtıcı adalet düşüncesinin, dar anlamda ölçülülük ilkesi ile uyumluluk halinde olduğu görülmektedir.⁸⁶

⁸³ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 344.

⁸⁴ Mike Wienbracke, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, Zeitschrift für das Juristische Studium, 2(2013): 153.’den naklen, Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, 9.

⁸⁵ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 175.

⁸⁶ Franz Wiecker, Geschichtliche Wurzeln Des Prinzips Der Verhältnismäßigen Rechtsanwendung(Berlin, Newyork: Festschrift Robert Fischer, 1979), 877’den naklen, Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 41.

Diğer bir örneğini de 1215 tarihli Magna Charta Libertatumda görmek mümkündür. Siyasi iktidarın yetkilerinin kısıtlanması açısından önemli bir antlaşma olan 1215 tarihli Magna Charta Libertatum'da da ölçülülük anlayışı “ Hür bir insan hafif bir suç için, suçun ağırlığına oranla daha ağır bir cezaya çarptırılamaz, ve yine ağır bir suç var ise, suçun ağırlığına göre cezalandırılmalıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.⁸⁷ Magna Charta'nın bu maddesinde cezaların suçun ağırlığıyla orantılı olması gerektiği ifade edilerek, ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuruna değinilmiştir.

Ölçülülük ilkesinin gelişimi üzerinde katkı sağlayan gelişmelerden biri de 18. Yüzyıl aydınlanmasıdır. Rönesans döneminin ölçülülük ilkesine katkısı, o dönemde vatandaş ve hükümetin kazandığı yeni anlamlarla ilgilidir. Rönesans ile birlikte, hümanizmin akımının etkisiyle, hükümetin kısıtlanabileceği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Hükmetme gücünün devlet için değil, vatandaşların yararı için kullanılabileceği fikri kabul edilmiştir. Bu düşüncenin hukuk alanında da yansımaları olmuştur.⁸⁸ Bu yansımaların biri de ölçülülük ilkesinin bu dönemdeki gelişimidir.

Ölçülülük ilkesinin gelişiminde etkili olan diğer bir gelişme, 19. Yüzyılda Avrupa'da ortaya çıkan, liberal devlet anlayışıdır. Liberal devlet anlayışına göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ulaşılmak istenen her amaç, adil değildir.⁸⁹ Bu anlayışa göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması meşru bir amaca dayanmalıdır. Ayrıca Liberal devlet anlayışı ile birlikte, insan aklına verilen önem artmış, insan hak ve özgürlüklerinin kaynağı birey olarak kabul edilmiştir. Bireylerin özgürlüklerine, bu özgürlükleri kanunlar çerçevesinde kullandıkları sürece müdahale etmemek, siyasi iktidarın yükümlülüğü olduğu düşüncesi benimsenmiştir.⁹⁰ Tüm bu gelişmeler insan haklarının ve dolayısıyla ölçülülük ilkesinin gelişmesine katkı sağlamıştır.

⁸⁷ Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş(İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005), Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukukuna Giriş(Ankara: Seçkin Kitapevi,2018), 66.

⁸⁸ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 176, Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukukuna Giriş(Ankara: Seçkin Kitapevi,2018), 66.

⁸⁹ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 177.

⁹⁰ Ayferi Göze, Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonel Sosyalist ve Sosyal devlet(İstanbul: Beta yayınları, 2016), 11.

2.4.2. Carl Gottlieb Savrez'in Ölçölülük İlkesine Katkıları

Kamu hukuku bağlamında ölçölülük ilkesinin tarihi kökeni 19. Yüzyıl Alman idare hukukuna dayanmaktadır. Modern anlamdaki ölçölülük ilkesinin gelişimine Alman düşünür Svarez kadar katkıda bulunmuş bir ikinci kişi yoktur. Svarez 1791 ve 1792 yıllarında vermiş olduğu derslerde, aydınlanmanın esas öğretisine göre, temel hak ve özgürlüklerin devlet tarafından yalnızca diğer bireylerin özgürlüklerini ve güvenliklerini garanti altına almak için sınırlandırılabilirliğine ifade etmiştir.⁹¹ Bu ifade ile Svarez, bireylerin özgürlüklerinin sınırlandırılmasının ancak gerekli olduğunda mümkün olacağını belirterek, ölçölülük ilkesinin gereklilik unsuruna değinmiştir.

Svarez ölçölülük ilkesinin diğer bir unsuru olan orantılılığa ise “Özgürlüğün ortaya çıkmasıyla önlenen zarar, herkesin ve tek tek bireylerin bu tür sınırlamalarla katlandığı yükümlülüklerden daha büyük ve önemli olmalıdır.” ifadeleriyle değinmiştir.⁹²

Orantılılık ilkesi bölümünde de belirtildiği üzere orantılılık ilkesi meydana gelen zarar ile elde edilen yarar arasındaki dengeyi ifade eder. Svarez de önlenmesi amaçlanan zarar ile bireylerin katlandığı yükümlülükler arasındaki dengeyi ifade ederek orantılılık ilkesine değinmiştir. Svarez her ne kadar ölçölülük ilkesinin içeriğine katkı sağlamışsa da “ölçölülük” terimini hiçbir zaman kullanmamıştır.⁹³

2.4.3. Ölçölülük İlkesinin Alman Kamu Hukukundaki Gelişimi

19. yüzyılın ikinci yarısında ölçölülük pozitif yasal bir içerik olarak Prusya İdare Hukukunda görülmeye başlanmıştır. Ölçölülük terimi hukuk literatüründe ise ilk olarak 18. yüzyılın sonlarına doğru Alman İdare hukukunda kullanılmıştır. Bununla beraber, polis hukuku kapsamında tartışılmış ve genel çerçevesi Prusya idare hukukunda ortaya konulmuştur. Asıl gelişimi ise Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından gerçekleştirilmiştir. Birçok davada mahkeme polisin davranışının ölçüsüz olduğu gerekçesiyle illegal kabul etmiştir. Bu davalardan bir tanesinde, mağaza sahibi likör lisansını birçok kez ihlal etmiş, polis de bunun karşılığında mağazanın kapatılmasına karar vermiştir. Mahkeme bu davada polisin yetkisini aştığına,

⁹¹ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 178.

⁹² Stephanie Heinsohn, Der Öffentlichrechtliche Grundsatz Der Verhältnismäßigkeit, (Humbert, 1997), 24, 25'den naklen Ölçölülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 43.

⁹³ Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, 178.

uygulanan yaptırımın ölçüsüz olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca alternatif ve ölçülü yaptırımın, mağazanın likör lisansını iptal etmek olduğunu belirtmiştir.⁹⁴

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasında, ölçülülük ilkesini içeren açık bir madde bulunmamaktaydı. Mutlak insan haysiyeti dışındaki diğer haklar Anayasa’da yer almakla birlikte, bu haklardan bir kısmı için belirgin bir sınırlama hükmüne yer verilmemişken, bir kısmının da yalnızca kanun ile sınırlanacağına yer verilmişti. Bir kısmı için de belirli bir sınırlandırma maddesi yer almaktaydı. Buna rağmen Alman Federal Anayasa Mahkemesi kurulduğu ilk günden beri, anayasada yer alan hakların sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi ve unsurlarının kesin bir şekilde dikkate alıyordu. Bu anlamda mahkeme her bir davada, ölçülülük ilkesinin unsurları olan, elverişlilik, gereklilik ve orantılılığın bulunup bulunmadığını denetliyordu.⁹⁵

Alman Anayasa Mahkemesi birçok kararında ölçülülük ilkesinin önemine vurgu yapmıştır. Ölçülülük ilkesi sadece Alman Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınan bir ilke olarak kalmamış, Alman idare mahkemesi ve hukukun diğer alanlarında da dikkate alınmıştır. Ölçülülük ilkesi Almanya’nın ötesine yayılmış, modern çağlardaki anayasal sistemlere taşınmıştır.⁹⁶ 20. yüzyılın ikinci yarısında Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmaya başlayan ölçülülük ilkesi daha sonra, İsrail, Kanada, ve Güney Afrika ve birçok Avrupa ülkesinin anayasa Mahkemesi tarafından temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan içtihatlarda önemli bir unsur olarak uygulanmıştır.⁹⁷

Ölçülülük ilkesi günümüzdeki şeklini seksenli yılların ortasından itibaren almış ve yargı organlarınca genel bir ilke olarak uygulanmıştır.⁹⁸

⁹⁴ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 179.

⁹⁵ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 180.

⁹⁶ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 180, 181

⁹⁷ Bernhard Schlink, “Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç” Her Yer, trc. Lütfullah Yasin Akbulut, Eyüp Kaan Demirkıran, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1(2019): 185.

⁹⁸ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, 13.

2.5. Ölçölülük İlkesinin Uygulama Alanları

2.5.1. Anayasa Hukukunda Ölçölülük ilkesi

Anayasa hukuku kapsamında ölçölülük ilkesi bu çalışmanın konusunu oluşturur. Anayasa metinleri insan haklarının korunmasını güvence altına alan metinlerdir. İnsan haklarının korunması anayasa hukukunun temel problemlerindendir. Temel insan hakları hukuku Anayasa hukuku kapsamında ele alınan bir konudur. Bu nedenle ölçölülük ilkesinin en temel anlamıyla anayasa hukuku kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Anayasa hukuku kapsamında ölçölülük ilkesi en yoğun olarak kendini temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gösterir. Çalışmada da ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere temel hak ve özgürlükler sınırlamaya tabidir ve bu sınırlamanın sınırını oluşturan bir kriter de ölçölülük ilkesidir. Bu nedenle bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının hukuka uygun olabilmesi için ölçölülük ilkesine uygun olması gerekir.

Anayasa hukuku kapsamındaki ölçölülük ilkesi aynı zamanda kendini anayasa yargısında gösterir. Anayasa Yargısının ortaya çıkışı değerlendirildiğinde temel hak ve özgürlüklerin korunmasının anayasa yargısı açısından büyük önem ifade ettiği görülecektir. Ulusal ve karşılaştırmalı hukukta Anayasa Mahkemelerince dikkate alınan ve başvurularda değerlendirilen bir ilke niteliğindedir. Çalışmada anayasa hukuku açısından ölçölülük ilkesinin uygulama alanları ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

2.5.2. İdare Hukukunda Ölçölülük İlkesi

Ölçölülük ilkesi ilk olarak idare hukuku alanında ortaya çıkmıştır. İlke daha sonrasında, idare hukukundan anayasa yargısı, AİHM içtihatlarına ve AB hukuk sistemine taşınmıştır. Ölçölülük ilkesinin önemi idare hukukunda özellikle kolluk yetkilerinin uygulanması ve idari yaptırımlara hükmetme konularında ortaya çıkmaktadır. Ayrıca disiplin hukukunun temel ilkelerinden biri olan fiil ile yaptırım

arasında orantılılığın bulunması gerekliliğinde de ölçülülük ilkesi kendini göstermektedir.⁹⁹

Ölçülülük ilkesi idari yaptırım uygulamak suretiyle kişilerin hak ve özgürlüklerine bir müdahale olduğunda, bu müdahalenin ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olmasını, amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olmasını ifade eder. Bu anlamda bir idari yaptırımın ölçülü olabilmesi için, orantılı elverişli ve gerekli olması gerekir.¹⁰⁰

İdari kolluk, hukuka aykırı eylemlerin meydana gelmemesi için bir takım önlemler alır. Bu kapsamda emir ve yasaklar koyan idare, bu kurallara uyulmasını gerektiğinde kuvvet kullanarak denetler ve bu şekilde kamu düzenini sağlar. İdari kolluk bu anlamdaki yetkilerini kullanırken bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunur. Bu yetkilerin kullanılmasında idari kolluğun faaliyetlerinin ölçülü olabilmesi için ulaşılmak istenen amaçla orantılı olması gerekir.¹⁰¹

Kolluğun sahip olduğu zor kullanma yetkisini ölçülü olarak kullanması gerekir. Örneğin kanuna aykırı bir gösterinin dağıtılması sırasında öncelikle kanuna aykırı davranan göstericiler uyarılmalı, uyarılara uyulması için zaman tanınmalı, direnenlere karşı hafiften ağıra doğru, fiziki güç, tazyikli su, biber gazı gibi güç kullanılarak ölçülü bir müdahale yapılmalıdır.¹⁰² Bu anlamda öncelikli olarak amaca ulaşma açısından daha hafif yani daha az kısıtlayıcı araçlar seçilmeli, eğer araç amaca ulaşmada yetersiz kalıyorsa daha fazla kısıtlayıcı tedbirlere başvurulmalıdır. Böylelikle ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuru yerine getirilmektedir.

İdare hukukunda ölçülülük denetiminin yapıldığı diğer bir alan, idari yaptırımlardır. Denetleyen makam, başta öğrenciler ve memurlar aleyhine verilen disiplin cezaları olmak üzere ihlal ile yaptırım arasında bir orantı olup olmadığının denetimini yapar. Ölçülülük ilkesinin gereklilik unsurunun denetimi idari yaptırımın, sebep, konu amaç unsuru açısından gerekli olup olmadığı değerlendirmesinin yapılmasıdır. Kamu yararı ile bireylerin menfaati arasında denge kurulup kurulmadığı dikkate alınır, dengenin

⁹⁹ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 83.

¹⁰⁰ Bknz: Melih Akkurt, Sheida Javakhani, İslam Hukuku ve Türk Danıştay Kararları Işığında İdari Yaptırımlara Egemen Olan İlkeler ve Enerji Piyasasında Düzenlenen İdari Yaptırımlar(Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 20, Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi(Ankara: Turhan Kitapevi, 2008), 158,160.

¹⁰¹ İl Han Özay, “İdari Kolluk Önlemlerinde Amaç”, İÜHF 45/1-4(1981):315.

¹⁰² Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri(Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 291.

kurulmaması durumunda yaptırım içeren işlem iptal edilir.¹⁰³ Bu şekilde ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuru sağlanmış olur.

Ölçülülük ilkesi, disiplin cezası verilirken dikkate alınması gereken bir ilke olarak karşımıza çıkar. Disiplin suçu ile disiplin cezası arasında orantının bulunması gerekir. Danıştay bu orantıyı “adil denge”, “adil bir oran”, “gerekli denge” şeklinde ifade etmiştir.¹⁰⁴ Kamu görevlisine verilecek olan cezanın, kamu görevlisinin suç oluşturan eyleminin kamu hizmetlerinin yürütülmesi üzerinde meydana getireceği olumsuz etki ile orantılı olması gerekir. Kamu görevlisine eyleminden dolayı verilecek olan cezanın, kanunda öngörülenden daha ağır olması durumunda ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olur.¹⁰⁵

Anayasa Mahkemesi üniversite yerleşkesinde alkol satışını yasaklayan kuralın anayasaya aykırılık denetlemesinde ölçülülük ilkesi ile ilgili değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme eğitim ve öğretim kurumlarında alkol satışının yasaklanmasıyla birlikte üniversite yerleşkesi içişiindeki sosyal tesislerde de alkol satışının yasaklanmasının ölçülülük ilkesine aykırı olmadığını değerlendirmiştir. Bu karara gerekçe olarak öğrencilerin alkole erişiminin engellenmesi açısından yalnızca üniversitedeki bazı mekânlarda alkol satışının yasaklanmasının amaca ulaşma açısından elverişli olmayacağını, sosyal tesislerde de yasaklanması halinde amaca ulaşılabilceğini göstermiştir. Böylelikle Mahkeme yapılan sınırlamanın amaca ulaşılması açısından gerekli olduğunu değerlendirmiştir.¹⁰⁶

12.9.2004 tarihinde Marmaris ilçesinde düzenlenmek istenen "1. Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği - Nitekim Festival" adlı etkinliğin, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca yasaklanmasına ilişkin olarak Marmaris Kaymakamlığı işleminin iptali istemiyle açılan dava ile ilgili olarak Danıştay ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar yapmıştır. Danıştay ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınan kriterlerden biri olduğunu belirtmiş ve ilkenin sağlanması için araç ve amaç arasında bir dengenin

¹⁰³ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 91-92.

¹⁰⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 771, 772.

¹⁰⁵ Öner Çalışkan ve İbrahim Pınar, Açıklamalı ve İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları ve Disiplin Soruşturması (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), 137.

¹⁰⁶ AYM, E:2013/95 K. 2014/176, K.T. 13.03.2014 .

olması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca ilkenin elverişlilik gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğunu belirterek bu ilkeleri açıklamıştır. Somut olayda sınırlama amacının toplantının ertelenmesi ve yasaklanması olduğu ulaşılmak istenen amacın ise milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi olduğunu tespit etmiştir. Mevcut olayda, gösterinin yasaklanmasının amaca ulaşmak açısından her ne kadar elverişli olsa dahi amaca ulaşma açısından yasaklama yerine daha az sınırlayıcı bir tedbir olan erteleme yapılması gerektiği gerekçesiyle sınırlamanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁷

2.5.3. Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi

Ceza hukukundaki gelişmeler, hukuk ve insan hakları alanlarındaki gelişmelere paralel gerçekleşmiştir. Bu alanlardaki gelişmelerin etkisiyle ceza hukukundaki düzenlemeler yeniden gözden geçirilmiştir.¹⁰⁸ Bu düzenlemelerin gözden geçirilmesine sebep olan gelişmelerden bir tanesini de ölçülülük ilkesi oluşturur. Ceza hukuku uygulaması itibarıyla insanların temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin sık görüldüğü bir hukuk alanıdır. Çalışmamızda sıkça vurgulandığı üzere temel hak ve özgürlüklere yönelik bir sınırlamanın olduğu yerde bu sınırlamanın sınırının tespit edilmesi önem taşır. Bu noktada da ölçülülük ilkesi devreye girer. Bu nedenle ceza hukukunda ölçülülük ilkesi oldukça önem taşıyan bir ilkedir.

Hukuk devletinin niteliklerinden bir tanesi, eylem ve işlemlerinde aşırıya kaçmaması yani orantılı olmasıdır. Bununla beraber hukuk devleti kişilere eşit mesafede olması gereken devlettir. Bazı durumlarda ceza hukukunda bu eşitlik oranlı olmayı gerektirir. Bu orantılılık bazı ceza hukuku işlemlerinde, meydana gelebilecek zarar ile işlemin yapılması ile elde edilmesi beklenen yarar arasındaki dengeyi ifade eder. Eğer yarar ile zarar arasında bir denge söz konusu değilse işlemin yapılmaması gerekir. Bu anlamda bir hâkimin, özgürlüğü kısıtlayıcı bir karar verirken bu kararın alınması ile elde edilmesi beklenen yarar ile meydana gelebilecek zarar arasında bir orantısızlık

¹⁰⁷ T.C. DANIŞTAY 10. DAİRE E. 2006/946, K. 2008/6084, K.T. 15.9.2008.

¹⁰⁸ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 70.

saptaması durumunda bu işleminden vazgeçmesi, başka bir tedbire hükmetmesi gerekir. Bu şekilde ölçülülük ilkesi ihlal edilmemiş olur.¹⁰⁹

Ceza hukukuna hakim olan ilkelere biri olan oranlılık ilkesi TCK'nın 3. maddesinin birinci fıkrasında "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesinde cezalandırmada ölçülü olmanın adaletin bir gereği olduğu ve ceza adaletinin sağlanması için bir gereklilik olan caydırıcılık ve ıslah ediciliğin de ancak bu şekilde mümkün olacağı vurgulanmıştır.¹¹⁰

Maddenin açıklamasında ölçülülük ilkesinin ceza hukuku yaptırımına hükmedilirken dikkate alınması gereken bir ilke olduğu belirtilmekle birlikte, ilkenin ceza adaletinin sağlanması açısından ifade ettiği önem de vurgulanmıştır.

Ölçülülük ilkesi, koruma tedbirlerine hükmedilirken başvurulması gereken bir ilkedir. Ceza hukukunda da ölçülülük ilkesi diğer hukuk dallarında olduğu gibi, araç ile amaç arasındaki orantılılığı ifade eder. Ceza hukukundaki sınırlayıcı önlemlerin amaç için elverişli ve zorunlu olmasını gerektirir. Tutukluluk kararı verilirken ölçülülük ilkesine uyulması gerekliliği CMK'nın 100. maddesinin birinci fıkrasında "Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez." şeklinde belirtilmiştir.¹¹¹ Bu madde ile ölçülülük ilkesi içerisinde yer alan "aşırılık yasağına" değinilmiştir. Aşırılık yasağı gereği basit bir suçtan dolayı tutuklama kararı verilmemeli, tutuklulukta geçirilen süre verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbirinden daha fazla olmamalıdır.¹¹² Yine aynı maddenin 4. fıkrasında yalnızca adli para cezasını gerektiren ve vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçlar hariç olmak üzere üst sınırı iki yılı aşmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilerek ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. Ayrıca 5395 sayılı ÇKK'

¹⁰⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler(Ankara: Seçkin Kitabevi, 2018), 79, 80.

¹¹⁰ Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 142.

¹¹¹ Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-1(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 275, 276.

¹¹² Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 277.

da on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında da tutuklama kararı verilemeyeceği yer almıştır.¹¹³

Ceza hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulandığı bir başka durum ise, hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan meşru müdafaa ve kusurluluğu etkileyen nedenlerden biri olan zorunluluk halidir.¹¹⁴ Meşru müdafaa'nın mevcut olabilmesi için bir kimsenin saldırıyı uzaklaştırılacak ölçüde kuvvet kullanması gerekir. Bu anlamda uygulanan kuvvet ile yönelen saldırı arasında bir orantının bulunması gerekir.¹¹⁵ Uygulanan kuvvet ile saldırı arasında bu orantı bulunmazsa ölçülülük ilkesi sağlanmamış ve meşru müdafaa'nın koşulları oluşmamış olur.

2.5.4. Uluslararası Hukukta Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi diğer hukuk dalları için olduğu gibi uluslararası hukuk açısından da önem taşımaktadır. Uluslararası hukukta ölçülülük ilkesinin uygulandığı en önemli alanlardan bir tanesini, meşru müdafaa hakkı oluşturur.¹¹⁶ Meşru müdafaa, uluslararası hukukta *jus cogens norm* niteliğinde olan kuvvet kullanma yasağının BM antlaşmasında belirtilmiş olan tek istisnasıdır. BM antlaşmasının meşru müdafaa ile ilgili olan 51. maddesi şu şekildedir;

İşbu Andlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler Üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Meclisi milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazası için lüzumlu tedbirleri alıncaya kadar, tabu olan münferit veya müşterek meşru müdafaa hakkına hâlel getirmez. Bu meşru müdafaa hakkını kullanarak Üyelerin aldığı tedbirler derhal Güvenlik Meclisine bildirilir ve Meclisin, işbu Andlaşmaya dayanarak milletlerarası barış ve güvenliğin muhafaza veya iadesi için lüzumlu göreceği şekilde her an hareket etmek yetki ve ödevine hiçbir veçhile tesir etmez.

Madde metnine göre meşru müdafaa'nın özellikleri şu şekilde sıralanabilir; doğal bir haktır, silahlı saldırı olmalıdır, bireysel ya da toplu olarak meşru müdafaa olabilir, güvenlik konseyi gerekli önlemleri alana kadar devam edebilir, meşru müdafaa amaçlı kuvvet kullanan devletin bunu Güvenlik Konseyine bildirmesi gerekir, orantılı olmalıdır. Anlaşıldığı üzere ölçülülük meşru müdafaa amaçlı kuvvet kullanılmasında

¹¹³ Bahri Öztürk, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2019), 270.

¹¹⁴ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 71.

¹¹⁵ İzzet Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 334.

¹¹⁶ Berdal Aral, Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı(Ankara: Siyasal Kitapevi, 1999), 29, Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 71.

bulunması gereken bir unsurdur. Madde metninde açık bir şekilde meşru müdafaa'nın orantılı olması gerektiği belirtilmese de, meşru müdafaa örf ve adet kuralları ve tabiatı gereği orantılı olması gerekir. Yani meşru müdafaa ile ulaşılması beklenen amaç arasında bir orantının bulunması gerekir.¹¹⁷

Uluslararası hukukta ölçülülük ilkesinin uygulandığı diğer bir alan savaş hukukudur. Ölçülülük ilkesinin savaş hukukunda önem arz etmesi 1977 yılında 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine ekli 1 nolu protokolün kabulüyle gerçekleşmiştir. Bu protokolde ölçülülük ile ilgili olarak yer alan hükümler, hem fiilen savaşan kişileri hem de savaşın dışındakileri kişileri orantısız saldırılardan korumayı hedeflemiştir.¹¹⁸

Ölçülülük ilkesi uluslararası hukukta karşımıza devletlerin birbirine uyguladığı savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarından biri olan “misilleme” yolunda da çıkmaktadır. Misillemenin uluslararası hukuka uygun olabilmesi için karşı devlete uygulanan yaptırımın ölçülü olması gerekir. Bu yaptırım ölçülü değilse, misilleme uluslararası hukuka aykırı olacaktır.¹¹⁹

2.5.5. Özel Hukukta Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin uygulanması ile sağlanmak istenen amaç, bir temel hak ve özgürlük sınırlandırılırken, sınırlandırmayla ulaşmak istenen kamu yararı ile sınırlandırma neticesinde hakkı kısıtlanan bireyin menfaati arasındaki dengedir. Bu açıklamadan ve bu kısma kadar ilkenin kamu hukukundaki uygulama şekline değinmemizden ölçülülük ilkesinin yalnızca kamu hukukunda uygulandığı kanaatine varılabilir. Ancak bu ilkenin yalnızca kamu hukukunda açısından değil özel hukuk açısından da uygulaması vardır. Ölçülülük ilkesi birey ve devlet arasındaki ilişkilerde uygulandığı gibi bireyler arasındaki ilişkilerde de uygulanmaktadır.

Metin, ölçülülük ilkesinin özel hukuktaki iki görünüm şeklinin mevcut olduğunu, birinci görünüm şeklinde ölçülülük ilkesine uyulması gerektiği konusunda yasa koyucu tarafından genel ifadelerle yer verildiği, ikinci görünüm şeklinde ise daha ayrıntılı ve açık ifadelerle bu ilkeye yer verildiğini belirtmiştir. Ayrıca yazar bu ilkenin

¹¹⁷ Yusuf Aksar, Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, 108, 109.

¹¹⁸ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 74.

¹¹⁹ Yusuf Eren, “Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3/2(2012): 229, Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 74

özel hukukta en çok şirketler hukuku, özel sigorta hukuku, rekabet hukuku ve iş hukuku alanında kendini gösterdiğini belirtmiştir.¹²⁰

Ölçülülük ilkesi iş hukuku açısından önem taşıyan bir ilkedir. İş hukukunda bu ilkenin önemi menfaatler arasında denge kurulmasının sağlanmasıdır.¹²¹ Ölçülülük ilkesi açısından bahsedilen kamu menfaati ile birey menfaati arasındaki dengenin sağlanması iş hukuku açısından işçinin menfaati ile işverenin menfaati arasında bir dengenin sağlanması açısından kendini gösterir.

Türkiye’de borçlar hukuku açısından ise bu ilkeye, hukuka uygunluk sebeplerinde rastlamaktayız. Hukuka uygunluk sebeplerinden meşru müdafaa ve zaruret hallerinde ölçülülük ilkesi uygulanmaktadır ancak madde metninde açıkça ilkeye yer verilmemiştir.¹²²

Yargıtay hukuk daireleri kararlarında da ölçülülük ilkesine değinilmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bir kararında davalının sigorta başlangıcının davalı kurum tarafından gösterilen tarihten daha erken bir tarih olarak gösterilmesi gerektiği talebiyle açılan davanın kısmen kabulüne ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Dairesine başvurulmuştur. Yargıtay bu başvuru ile ilgili kararında 1987 ile 2003 yılları arasındaki tarihte kanunen davacının çalışmış olduğu iş kolunun uzun vadeli sigorta kapsamı dışında tutulduğu, bu nedenle o yıllardaki çalışmasının da sigorta başlangıcı kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.

Yargıtay Hukuk dairesinin ilgili kararındaki karşı oyda ise hukuki güvenlik ilkesi kapsamında ölçülülük değerlendirilmesinde bulunularak, kanun maddesinin dar yorumlanması gerektiği ancak bu şekilde ölçülülük ilkesine uygun bir değerlendirmede bulunulabileceği belirtilmiştir. Ayrıca sosyal güvenlik ilkesi kapsamında bazı iş kollarının uzun vadeli sigorta kapsamının dışında tutulmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna da değinilmiştir.¹²³

Yargıtay kararı incelendiğinde ölçülülük ilkesinin sosyal güvenlik ilkesi kapsamında değerlendirildiğini görmekteyiz. İşçilerin sigorta hakkı ve işverenin sigorta yapma

¹²⁰ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 74,76.

¹²¹ Deniz Ugan Çatalkaya, “İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi” (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2017), 3.

¹²² Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 77.

¹²³ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2021/7562 E. 2021/12133 K.

yükümlülüğü sosyal güvenlik ilkesi ve hakkı kapsamındadır, işçinin bu haktan yararlandırılmaması da ölçülülük ilkesi kapsamında olmalıdır. Temel hak özgürlüklere getirilen sınırlanmaların dar yorumlanması gerektiğinin kabulü halinde karşı oy kullanan kişi bu sınırlamanın ölçülü olabilmesi için kanun maddesinin dar yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında da ölçülülük ilkesine değinilmiştir. İlgili karar kişi hakkında haber yapılmak suretiyle kişilik haklarına saldırı olduğu iddiasıyla açılan manevi tazminat davasına ilişkindir. Somut olayda gazetenin şehit olan 33 Asker ile ilgili olarak başvuru hakkında yapmış olduğu “33 Şehidin Azmettiricisi” şeklindeki haberi ile ilgili olarak asliye hukuk mahkemesine açılmış olan manevi tazminat davasında mahkeme başvurusunun 33 kişinin şehit edilmesi ile ilgili olayda manevi tazminata hükmetmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise kararın kişi hakkında ceza yargılaması ile ilgi olarak gerekli belgelerin edinilmemesi, araştırmanın yapılmaması sebebiyle bozma kararı vermiştir. Asliye hukuk mahkemesinin karara direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu bu kararında gazete haberlerinin yapılırken haberin veriliş biçimi açısından özle haberin veriliş biçimi arasında bir ölçülülük bulunması gerektiğine değinmiştir. Mevcut olayda da haber de “iddia” ifadesinin kullanılması sebebiyle özle haberin veriliş biçimi arasında ölçülülük bulunduğu karar vermiştir.¹²⁴

Yargıtay tarafından verilen kararlar incelendiğinde kamu hukukunda birey ile devlet arasındaki menfaat dengesinin sağlanması açısından dikkate alınan ve uygulama ile devletin bireyin haklarına haksız müdahalesini önleyen ölçülülük ilkesinin özel hukukta kişiler arasındaki menfaat dengesini koruduğu görülmektedir. . Bu minvalde ölçülülük ilkesinin özel hukuktaki uygulamasının kişilerin haklarını birbirinin haksız müdahalesine karşı bir koruma kalkanı niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

¹²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/1451 E., 2021/1136 K.



3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

3.1. Osmanlı Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin Türk hukuk sistemine girmesi AİHS ile gerçekleşmiştir. İlke norm halini almadan önce Anayasa Mahkemesi kararlarına yön vermiştir. Cumhuriyet döneminde Türk hukuk sisteminde yer alan bazı kurumlar Osmanlı hukuk sisteminden devralınmıştır. Bunlardan bir tanesini de ölçülülük ilkesi oluşturur. Bu anlamda ölçülülük ilkesinin Osmanlı hukuk sistemindeki gelişimini anlayabilmek için “Mecelle” olarak bilinen Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin incelenmesi gerekmektedir.¹²⁵

3.1.1. Mecelle’de Ölçülülük İlkesi

Mecelle’de ölçülülük ilkesi zaruret halinde bir başkasının malına zarar verilebileceğini düzenleyen hükümlerde yer almaktadır. Mecellenin ilgili hükmünde zaruret hali, normalde mubah olarak değerlendirilemeyecek hususların mubah kılındığının yer aldığı 21. maddede; “Zaruretler yasak olan şeyleri mubah kılar” hükmüyle ifade edilmiştir. Bu hükmün hemen ardından ise zaruret halinde verilecek zararın ancak ölçülü olması kaydıyla mubah olarak değerlendirilebileceğini ifade eden 22. maddede; “Zaruretler ancak zarureti giderecek ölçüde takdir olunur” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile zaruret halinde bir başkasının malına verilebilecek olan zararın ancak zarureti giderecek ölçüde olması gerektiğini ifade edilirken, ölçülülük ilkesinin bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırmak için kullanılacak olan aracın, amaçla orantılı olması anlamına gelen “orantılılık” ilkesine de değinilmiştir.¹²⁶

Mecelle’nin 29. madde hükmünde ise “İki şerden daha az zararlı olan tercih edilir” denilerek, ölçülülük ilkesinin bir diğer alt unsuru olan “gerekliklik” ilkesine değinilmiştir. Mecellenin 26. madde hükmünde ise “Genel zararı defetmek için özel zarar tercih edilir. Cahil doktorun doktorluk yapmasını yasaklamak bu ilkeden

¹²⁵ Onur Uçar, Ahmet Burçin yereli, “Türk Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesini Konu Edinen Başat Kurallar”(Osmanlı’dan Günümüze tarihsel Bir Değerlendirme), Sosyoekonomi Dergisi, 27/42(2019):210. <https://doi.org/10.17233/sosyoekonomi.2019.04.11>, E. T. 24.02.2022.

¹²⁶ Yaşar Güçlü, Mecelle-i Ahkamı Adliyye(Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 53, Mustafa Yıldırım, Mecellenin Külli Kaideleri(İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları: 2001), 83. Onur Uçar, Ahmet Burçin Yereli, “Türk Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesini Konu Edinen Başat Kurallar(Osmanlı’dan Günümüze tarihsel Bir Değerlendirme): 210.

kaynaklanır” ifadesine yer verilerek, toplumun menfaatini ilgilendiren bir durumun mevcudiyeti halinde müdahalenin söz konusu olabileceği yani toplumun menfaati açısından gereklilik arz eden bir durumda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının mümkün olabileceği belirtilmiştir.¹²⁷ Mecelle’nin bu hükümleri incelendiğinde ölçülülük ilkesi ile ilgili olarak iki husus dikkat çekmektedir. Bu hususlardan bir tanesi madde hükmünde yer alan iki şerden daha az zararlı olanın tercih edilmesidir. Önceki bölümde ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuru ile ilgili olarak yapmış olduğumuz açıklamada gerekliliğin bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında daha az kısıtlayıcı olan aracın tercih edilmesi olduğunu belirtmiştik. Bu minvalde Mecelle’de yer alan daha az zararlı olanın tercih edilmesi gereklilik ilkesi ile paralellik göstermektedir. İkinci olarak dikkat çeken husus ise genel zararın yerine özel zararın tercih edilmesidir. Buradaki ifade kamunun menfaatinin sınırlanması için bireyin temel hak ve özgürlüğünün sınırlandırılabilirliği anlamına gelmektedir. Bu durumda bireyin temel hak ve özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki amaç kamu menfaatidir. Bu anlamda bu madde ölçülülük ilkesindeki amaç unsuruna değinmektedir.

3.1.2. Osmanlı Ceza Hukukun’da Ölçülülük İlkesi

Osmanlı ceza hukukunun büyük ölçüde İslam ceza hukukunun kaynak ve ilkelerinden oluştuğunu söylemek mümkündür. Osmanlı ceza hukukuna hakim olan ilkelerden bir tanesi suç ve ceza arasındaki denklik ilkesidir. Bu ilkeye göre suçun işlendiği toplumda adaletin sağlanabilmesi için suç ve cezalar arasında bir orantının bulunması, verilecek olan cezanın ölçülü olması gerekir. Ancak bu şekilde ceza adaleti sağlanır ve kişi topluma kazandırılabilir. Bu anlamda bu ilkenin ölçülülük ilkesinin Osmanlı Ceza Hukukundaki yansıması olduğu kabul edilebilir.¹²⁸

Suç ve cezanın ölçülü olması ile ilgili olarak Kur-an’ı Kerim’de Yunus suresinde kötülüğün cezasının ancak misli ile olacağı yer almaktadır. Buna paralel şekilde Nahl suresinde de cezalandırmanın ancak misli ile olacağına dair hüküm vardır. Bu anlamı içeren ayetler Mümin, En’am ve Şura suresinde de bulunmaktadır.

¹²⁷ Yaşar Güçlü, Mecelle-i Ahkamı Adliyye, 54.

¹²⁸ Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku-1-Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 54.

Kur-an'ın bu ayetleri incelendiğinde suç ile ceza arasında bir orantı bulunması gerektiği görülmektedir. Ölçülülük ilkesinin ceza hukukundaki görünüm şekli değerlendirildiğinde ayetlerde geçen cezanın suç ile orantılı olması gerektiği hususunun ölçülülük ilkesi ile doğrudan ilgili olduğu görülecektir.

3.2. 1961 Anayasası ve Ölçülülük İlkesi

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili olarak 1961 Anayasası 11. maddesinde bazı temel ilkelere yer vermiştir. İlgili madde metni şu şekildedir:

Temel hak ve Hürriyetler, Devletin Ülkesi ve milleti ile bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlandırılır. Kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.¹²⁹

Madde metninde sınırlandırmayla ilgili dört ilkedен bahsedilmiştir. Bu ilkelerden birincisi temel hak ve özgürlüğün yalnızca Anayasada gösterilen sebeplere dayanarak sınırlandırılabilir. İkinci ilke, bu sınırlandırmanın anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gerekliliğidir. Üçüncü ilke, sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceği iken son ilke ise sınırlandırma ile hak ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağıdır.¹³⁰

1961 Anayasası ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçüt olarak kabul edilen temel ilkenin öze dokunma yasağı olduğu söylenebilir. Anayasa metninde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak bir ölçüt olarak ölçülülük ilkesine yer verilmemiştir. Bununla beraber ölçülülük ilkesine hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olarak yargı kararlarında yer verilmiştir.¹³¹

Anayasa mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ilgili olarak birçok iptal kararı vermiştir ancak bu kararlarda ölçülülük ilkesinden ziyade öze dokunma yasağının ihlali gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Bununla beraber mahkemenin bazı kararlarında ölçülülük ilkesinden bahsedilmese de ölçülülük ilkesinin uygulandığı görülmektedir.¹³²

¹²⁹ Anayasa Hukuku Derneği, Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 92.

¹³⁰ Yüksel Metin, Ölçülülük ilkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 196. Anayasa Hukuku Derneği, Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 92.

¹³¹ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 196.

¹³² Bakır Çağlar, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi, Anayasa Yargısı Cilt 7 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990), 197.

Anayasa Mahkemesi 1964 tarihli bir kararında, ölçülülük ilkesinden doğrudan bahsetmese de ölçülülük ilkesinin alt unsuru olan elverişlilik ilkesinin ihlaline dayanarak iptal kararı vermiştir. İlgili kararda başvuru, kan gütme saikiyle işlenen adam öldürme ve teşebbüs suçlarının faillerinin hısımlarına uygulanacak olan muameleye dair 3236 sayılı Kanunun Anayasaya aykırılığını ileri sürerek iptali için başvurmuştur. Başvurucunun ilgili kanunun anayasa aykırılığını dayandığı bir sebebi de kanunun Anayasanın 18. maddesinde yer alan sınırlama sebeplerine dayanmaksızın bir sınırlamaya başvurusudur. İlgili madde hükmü şu şekildedir:

Madde hükmünde kan gütme saikiyle adam öldüren ve öldürmeye teşebbüs eden veya bu suçu işlemeye azmettiren veya tahrik eden kişinin belli yakınlarının nakillerine karar verebileceği belirtilmiştir. Başvuru böyle bir uygulamanın Anayasanın 18. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne getirilen bir sınırlama niteliğinde olduğunu ancak maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama sebeplerinin somut olayda mevcut olmadığını ileri sürmüştür. Anayasa mahkemesi 18. maddeye aykırılık yönünden yaptığı değerlendirmede 18. madde metninde sınırlama sebebi olarak; millî güvenliği sağlama, salgın hastalıkları önleme, kamu mallarını koruma, sosyal, iktisadî ve tarımsal gelişmeyi gerçekleştirme zorunluğunun yer aldığını belirtmiştir. Mahkeme mevcut olayda bu sınırlama sebeplerinden salgın hastalıkları önleme, kamu mallarını koruma, iktisadî ve tarımsal gelişmeyi gerçekleştirme maksadı sebeplerinin bulunmadığını ifade etmiştir. Bunun yanında milli güvenliğin sağlanması amacı sebebi açısından yapmış olduğu değerlendirmede, temel hak ve özgürlüğe getirilecek olan sınırlamanın, milli güvenliğin sağlanması amacına ulaşılmasını sağlamayacağını kararına varmıştır. Mahkeme bir nevi getirilecek olan sınırlamanın amacı gerçekleştirmek açısından elverişli olmadığını ifade etmek suretiyle ölçülülük ilkesinin alt unsuru olan “elverişlilik” ilkesine aykırılık gerekçesine dayanarak iptal kararı vermiştir.¹³³

Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesine değinmiş olduğu diğer bir iptal başvurusu kararında başvuru 765 sayılı Türk Ceza Kanunun 11. maddesinin bir numaralı bendinde yer alan ölüm cezasının Anayasanın 11. maddesi ile 14. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuru, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanununla sınırlandırılabilmesi, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni sosyal adalet ve millî

¹³³ AYM, E. 1963/330, K. 1964/15 K.T. 11.02. 1964.

güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamayacağı, hükümlerini kapsayan anayasanın 11. maddesi ile herkesin, yaşama maddî ve manevî varlığını geliştiren haklarına sahip bulunduğunu belirten 14 üncü maddesine dayanılarak kanunun her ne sebeple olursa olsun yaşama hakkının özüne dokunmaması gerektiği ve sözü geçen maddelerle konulan esaslara göre uzun yıllar mücadelesi yapılan ölüm cezasının kaldırılması prensibinin kabul edilmiş olduğunu ileri sürerek yaşama hakkının özünü ortadan kaldıran ölüm cezasının Anayasa'ya aykırı bulunduğundan bahisle Türk Ceza Kanununun cürümlere mahsus cezaları sayan 11 inci maddesinin ölüm cezasını gösteren 1 numaralı bendinin iptalini istemiştir. Mahkeme Anayasanın 11. maddesi kapsamında yaptığı değerlendirmede suç işlemiş olan kişinin cezalandırılmasının bir gereklilik olduğunu ancak bu cezalandırmanın kişinin işlediği fiilin ağırlığı ile orantılı olması gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkeme değerlendirmesinde “Suçlunun, işlediği fiilin ağırlığı ile mütenasip bir cezaya çarptırılması lüzumu da aşikârdır.” ifadesine yer vererek ölçülülük ilkesinin ceza hukukundaki bir yansıması olan suç ile ceza arasındaki orantıya değinmiştir. Bununla beraber mahkeme her ne kadar ölçülülük ilkesine değinmişse de kanun maddesinin ölçülülük ilkesine aykırı olmadığını düşünerek iptal kararı vermemiştir. Metin’in de belirttiği gibi mahkeme çelişkili bir sonuca ulaşmıştır.¹³⁴

Anayasa Mahkemesinin 1973 yılında vermiş olduğu bir diğer kararında başvuru, 1630 sayılı dernek kurma kanunun 63. maddesinin Anayasanın 33. maddesindeki cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. İlgili madde metninde dernek kurma hakkına sahip olmadıkları halde dernek kuranların para cezasıyla cezalandırılacakları ve derneğin kapatılacağı yer almaktadır.

Mahkeme 63. madde kapsamında yapmış olduğu değerlendirmede derneğin kapatılmasına neden olan eylemlerle, uygulanan yaptırım arasında adaletli bir denge bulunmadığına dikkat çekmiştir.

Mahkeme bu değerlendirmesinde “dernek üyelerine yöneltilen kapatma gibi ağır bir ceza arasında adaletli bir denge bulunmadığına burada ayrıca işaret edilmesi yerinde

¹³⁴ AYM, E. 1963/207, K. 1963/ 175, K.T. 1.7.1963, Yüksel Metin, Yüksel Metin, Ölçülülük ilkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 200.

olacaktır.” İfadesiyle ölçülülük ilkesinin ceza hukukundaki görünüm biçimi olan suç ve ceza arasındaki oranlılık ilkesine değinmiştir.¹³⁵

Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşılacağı üzere bu dönemde doğrudan ölçülülük ilkesine yer verilmese de, ölçülülük ilkesine dayanarak ihlal kararları verilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında temel bir ölçüt olarak değerlendirilmemiştir.¹³⁶

3.3. 1982 Anayasasında Ölçülülük İlkesi

3.3.1. Genel Olarak

İlk bölümde de bahsedildiği gibi temel hak ve özgürlükler sınırsız değildir, belli koşullar altında devlet tarafından sınırlandırılabilir. Bununla beraber temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırabiliyor oluşu bu sınırlandırmanın devlet tarafından herhangi bir kısıtasa bağlı olmaksızın yapılacağı anlamına gelmez. Anayasalar temel hak ve özgürlüklere keyfi sınırlamalar getirilmesini önlemek için devlet tarafından yapılacak olan müdahaleye belirli sınırlar getirmiştir.¹³⁷ Bir hukuk devletinde olması gereken temel hak ve hürriyetlerin sınırsız olması değildir. Zira ilk bölümde de ifade edildiği sınırlamaya tabi olmayan hak ve hürriyetler oldukça az sayıdadır. Hukuk devletinde olması gereken, sınırlamaya tabi olan bu temel hak ve özgürlüklerin önceden bilinen bir şekilde sınırlandırılmasıdır. Yani sınırlandırmanın belli sebeplere dayandırılmasıdır.¹³⁸

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının anlamı, ilgili temel hak ve özgürlüğün kişiye anayasa ile sağladığı kullanım imkânın kanununla sınırlandırılmasıdır. Anayasa mahkemesi 1993 yılında vermiş olduğu bir kararda bu hususu : “Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa’da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların Yasa koyucu tarafından daraltılmasıdır.”¹³⁹ şeklinde ifade etmiştir.

¹³⁵ AYM, E. 1973/3, K. 1973/37 K.T. 20.12.1973.

¹³⁶ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 200.

¹³⁷ Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku(Ankara: Seçkin hukuk, 2018).

¹³⁸ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku(Bursa: Ekin Yayınevi, 2018), 332.

¹³⁹ AYM, E. 1992/36, K. 1993/4, K.T. 20.01.1993. Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku(Ankara : Seçkin yayınevi, 2017), 138.

Temel hak ve hürriyetlerin tanınması noktasında çoğu zaman sorun çıkmazken, sınırlandırılmasında sorunlarla karşılaşılır. Bu anlamda önemli olan husus temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının belirli şartlarda gerçekleştirilmesidir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının şartları 1982 anayasasının 13. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda bu şartlar 13. madde kapsamında ele alınacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki 1982 Anayasasının 13. maddesinde olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması düzenlenmişken, 15. maddesinde Olağanüstü dönemlerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması düzenlenmiştir. Bu nedenle çalışmamızda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, olağan ve olağanüstü dönemler olmak üzere iki kısımda incelenecektir.¹⁴⁰

3.3.2. Olağan Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

3.3.2.1. Genel olarak

Olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması 1982 Anayasasının 13. maddesinde düzenlenmiştir. 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliği kanunu ile 13. Madde büyük oranda değişikliğe uğramıştır.¹⁴¹

Değişiklik öncesinde;

Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir

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

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.

şeklinde olan kanun hükmü değişiklik ile birlikte şu şekilde olmuştur;

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu

¹⁴⁰ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 332.

¹⁴¹ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 334.

sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”¹⁴²

13. maddenin değişiklik yapılmadan önceki hali incelendiğinde, kanunda genel sınırlama sebeplerinin sıralandığı, ardından ilgili maddelerde yer alan özel sınırlama sebeplerinden bahsedilerek sınırlamanın ancak anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ve kanunla yapılacağı belirtildiği görülmektedir. Bununla beraber genel sınırlama sebeplerinin temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu kanun metninden anlaşılmaktadır. Kanun metnine göre eğer bir hak ve özgürlük için özel bir sınırlama sebebi öngörülmemişse, o hak ve özgürlük genel sınırlama sebeplerine dayanarak sınırlanabilmektedir.¹⁴³

Anayasa değişikliği sonrasında 13. maddede, sınırlamanın ancak kanunla ve anayasanın ilgili maddesinde yer alan sebebe bağlı olarak anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılacağı yer almıştır. Ayrıca sınırlamanın demokratik toplumun ve laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı, ölçülülük ilkesine uygun olarak ve hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaksızın yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Değişiklik öncesi ve sonrasında kanun metninin içeriği karşılaştırıldığında, değişiklikle beraber ölçülülük ilkesi, öze dokunma yasağı ve laik cumhuriyetin gereklerine uygun olma şartının sınırlama şartlarına eklendiği bununla beraber, genel sınırlama sebeplerinin ve sınırlamanın öngörülen amaç dışında kullanılma yasağının madde metninden çıkarıldığı görülmektedir.¹⁴⁴

Genel sınırlama sebepleri 2001’de kaldırılmıştır. Sağlam 2001 anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında genel sınırlama sebeplerinin kanundan çıkarılmasını, temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama sebeplerinin baskısından kurtulması olarak yorumlamış ve bu gelişmenin özgürlüğün asıl sınırlamanın istisna olduğu anlayışının bir yansıması olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca bu değişikliğin bir sistem değişikliği olduğunu, genel sınırlama sisteminden kademeli sınırlama sistemine geçiş olduğunu vurgulamıştır.¹⁴⁵Fendoğlu ise bu değişiklikle beraber bazı hak ve

¹⁴² Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 334, 335.

¹⁴³ Hasan Tahsin Fendoğlu, 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md.13.), Anayasa Yargısı, 122.

¹⁴⁴ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 335,336.

¹⁴⁵ Fazıl Sağlam, 2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Anayasa yargısı, 2002, 18, 2.

özgürlüklere gereksiz sınırlama nedenleri getirildiğini ifade etmekle beraber 13. maddedeki bazı sınırlama sebeplerinin çıkarılmış olmasını olumlu bir gelişme olarak değerlendirmiştir.¹⁴⁶Gözler ise bu değişikliklerle beraber bazı temel hak ve hürriyetlerin sınırsız hale geldiğini ifade etmiştir. Gözler’e göre bazı temel hak ve hürriyetler için anayasada herhangi bir sınırlama sebebinin belirtilmemesi ve bu hak ve hürriyetler için öngörülen genel sınırlama sebeplerinin de kanun maddesinden çıkarılmış olması bu hak ve özgürlükleri sınırsız hale getirmiştir.¹⁴⁷Arslan, 13. madde metninde yapılan değişikliğin kimileri tarafından “çığır açıcı” olarak nitelendirilirken, kimileri tarafından ise “geriye gidiş” olarak nitelendirildiğini belirtmiş ve bu değişikliğin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisinin anayasa yargısının alacağı tavra göre belli olacağını ifade etmiştir.¹⁴⁸

Görüldüğü gibi 13. madde metninde yapılan değişiklik kimi hukukçularca olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmişken, kimi hukukçular tarafından olumsuz bir gelişme olarak değerlendirilmiştir. Madde metninin değiştirilmiş hali incelendiğinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için öngörülen şartlar şu şekilde sıralanabilir;

1. Sınırlama ancak kanunla yapılabilir.
2. Sınırlama anayasanın ilgili maddesinde yer verilen sınırlama sebeplerine dayanmalıdır.
3. Sınırlama anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmamalıdır.
4. Sınırlama ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.
5. Sınırlama demokratik toplum düzenine uygun olmalıdır.
6. Sınırlama hak ve hürriyetlerin özün dokunmaksızın yapılmalıdır.
7. Sınırlama laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olmalıdır.¹⁴⁹

Bu şartları teker teker incelemeyen önce belirtmek gerekir ki bu şartlar birbirinden bağımsızdır. Bu anlamda, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının anayasaya

¹⁴⁶ Hasan Tahsin Fendoğlu, 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması, 135.

¹⁴⁷ Kemal gözler, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, Anayasa Yargısı, 18(1), 2002, 350.

¹⁴⁸ Zühtü Arslan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı, 18(1), 2002, 154.

¹⁴⁹ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 335,336.

uygun olabilmesi için bu şartların her birine uygun olması gerekir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir kanunun bu şartlardan herhangi birine aykırı olması durumunda anayasa mahkemesi tarafından bu kanun hükmü iptal edilebilir. Şartların birbirinden bağımsız olması, bir şartın başka bir şartın alt şartı olmadığı anlamına geldiği gibi, her şartın kendi başına bir anlam ifade etmesi olarak da tanımlanabilir.¹⁵⁰

3.3.2.2. Sınırlama kanunla yapılmalıdır

Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için öngörülen şartlardan bir tanesi de sınırlandırmanın kanunla yapılmasıdır. Sınırlandırmanın ancak yasama organı tarafından çıkarılmış bir kanunla yapılacağı ilkesi 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinden beri uygulanmakta olan bir ilkedir.¹⁵¹ Bu ilke gereğince, temel hak ve özgürlüklere getirilecek herhangi bir sınırlama ancak kanunla yapılabilir.¹⁵² Bununla beraber ifade etmek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilmesi, yürütme organı tarafından temel hak ve özgürlükler alanında düzenleyici bir işlem yapılmayacağı anlamına gelmez. Yürütme organı kanuna dayanarak temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenleme yapabilir ancak, idarenin düzenleyici işlemleriyle temel hak ve özgürlüklere herhangi bir sınırlama konulması mümkün değildir.¹⁵³

Anayasanın 13. maddesinde yer alan ‘kanun’ ifadesi, cumhurbaşkanlığı kararnamesini, idari işlemleri ve eski dönemdeki kanun hükmündeki kararnameleri içermez. Bununla beraber bu durumun bir istisnası vardır ki o da olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlandırılabilceğidir.¹⁵⁴

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağı bağlamında Anayasanın 13. madde metninin 104. madde metni ile ilişkisinin incelenmesi önem taşımaktadır. Anayasanın 104. maddesinde Cumhurbaşkanının Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi

¹⁵⁰ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 343.

¹⁵¹ Münci Kapanı, Kamu Hürriyetleri (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1993), 230.

¹⁵² Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, 136.

¹⁵³ Oktay Uygun, Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, s.94, Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 342, 343.

¹⁵⁴ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 342.

hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceği ifade edilmiştir. Bu madde metninden anayasada yer alan sosyal ve ekonomik hakların cumhurbaşkanı kararnamesiyle düzenlenebileceği anlaşılmaktadır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, 13. maddede temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasından bahsedilirken, 104. madde hükmünde temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesinden bahsedilmelidir. Hiç şüphesiz ki temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve sınırlandırılması birbirinden farklı kavramlardır. Ayrıca 104. madde hükmünde yer alan münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı hükmü 13. madde ile birlikte değerlendirildiğinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilirliği açık bir şekilde görülecektir.¹⁵⁵ Kekiñsoy, olağan dönemlerde kişi hak ve hürriyetleri ile sosyal, ekonomik ve siyasi hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilirliğini, cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle sınırlandırlamayacağını belirtmiştir.¹⁵⁶

Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kanun ile sınırlama unsurunun bulunmadığı gerekçesiyle vermiş olduğu birçok ihlal kararı mevcuttur. Anayasa Mahkemesinin bu şekilde vermiş olduğu kararların bir tanesinde başvurulardan biri DTP'nin kadın meclis üyesi diğeri ise Diyarbakır meclis üyesidir. Başvurucular partilerinin tanıtım toplantısında yapmış oldukları Kürtçe konuşma sebebiyle ilk derece mahkemesi tarafından hapis cezası ile cezalandırılmışlardır. Mahkeme vermiş olduğu bu kararı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen siyasi partilerin kongre, propaganda ve toplantılarında Türkçe dışında bir dil kullanılmasını yasaklayan 2820 sayılı siyasi partiler kanunun 117. maddesine dayanarak vermiştir. Mahkemenin kararı verdiği tarih Anayasa Mahkemesinin ilgili maddenin iptal kararını verdiği tarihten sonraya tekabül etmektedir. Bu nedenle başvuru, adil yargılanma hakkının, kanunsuz ceza olmaz ilkesinin ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa mahkemesi yapılan başvuruyu incelerken 13. madde kapsamında temel hak ve özgürlüklerin ancak kanun ile sınırlandırılabilirliği ile ilgili olarak bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede 13. maddede yer alan kriterlere

¹⁵⁵ Artuk Ardiçoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara Barosu Dergisi 2017/3, 39,41.

¹⁵⁶ Ömer Keskinsoy, Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku(Ankara: Monopol Yayınları, 2021), 204

değınmiş ve temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin muhakkak “kanunilik” ilkesine uygun bir şekilde yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme kanunilik unsurunun AİHS ve uygulaması anlamındaki önemine değınmıştır;

Mahkeme kararında bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının hukuka uygun ve meşru olabilmesi için mutlaka “kanunilik” unsurunu taşıması gerektiği yani sınırlamanın kanunla yapılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme kanunilik unsuru ile ilgili olarak çalışmamızda yer vermiş olduğumuz idarenin düzenleyici işlemleriyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmayacağı ilkesi ile ilgili olarak Anayasa’nın 13. maddesinin kanun hükmü bulunmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti düzenleyici işlemle düzenlemeye izin vermediğini ifade etmiştir. Mahkeme idareye temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bağlamında bir takdir yetkisi vermenin 13. maddeye aykırılık oluşturacağı hususuna değınmıştır.¹⁵⁷

Mahkeme nihai kararında ilk derece mahkemesi tarafından karara gerekçe olarak gösterilen kanun hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi sebebiyle somut olayda ifade özgürlüğünü sınırlandıracak “kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün” bulunmadığına karar vermiştir.¹⁵⁸

Anayasa Mahkemesinin kanunilik unsurunun gerçekleşmemiş olması sebebiyle vermiş olduğu bir başka ihlal kararında başvuru, başörtülü bir avukat olarak müvekkilinin duruşmasına hakim tarafından alınmaması ve hakimin müvekkilini başka bir avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesi sebebiyle, din ve vicdan özgürlüğü, savunma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle mahkemeye başvurmuştur. Avukatların duruşmalara başörtülü olarak giremeyeceklerine dair TBB Genel Kurulunda kabul edilen ve TBB Bülteninde yayınlanarak yürürlüğe giren meslek kurallarının 20. maddesinde “başları açık” ibaresi yer almaktadır. Ancak bu maddenin yürürlüğü Danıştay sekizinci dairesinin kararıyla durdurulmuş, TBB 20/02/2013 tarih ve 2013/11 duyurusu ile tüm barolara Danıştay kararı doğrultusunda işlem yapılması çağrısında bulunulmuştur. Başvuru bu tarihten itibaren duruşmalara başörtülü bir

¹⁵⁷AYM, B.N. 2013/6154, K.T. 11/12/2014,.

¹⁵⁸ AYM, B.N. 2013/6154, K.T. 11/12/2014.

şekilde girmiştir. Ankara 11. Aile Mahkemesi nezdinde yürütülen boşanma davasında ise mahkeme hâkimi başvurucunun görev yapamayacağını belirtmiş ve bir sonraki celseye kadar müvekkilini başka bir avukatla temsil ettirmesi için süre vermiştir. 11. Aile Mahkemesi bu kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir;

1-Bangolar Yargı Etiği İlkeleri, Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi Meslek Kuralları, AİHM'in ve Anayasa Mahkemesinin başörtüsünün laiklik karşıtı güçlü bir dini simge ve siyasal simge olduğuna ilişkin kararları uyarınca avukatların başörtülü olarak duruşmalarda görev yapamayacaklarından Bu nedenle duruşmanın 06/02/2014 günü saat 11:40 bırakılmasına,

2-Davacıya kendisini başka bir vekille temsil ettirmesi için gelecek duruşmaya kadar süre verilmesine,...¹⁵⁹

Mahkeme gerekçesinde başörtüsünü laiklik karşıtı bir simge olarak değerlendirmiş ve avukatın bu simgeyi taşıyarak duruşmaya girmeyeceğine karar vermiştir.

Mahkeme ilk olarak başvurucunun savunma ve mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak değerlendirme yapmış ve bu haklar açısından başvurucunun mağdur sıfatı taşımadığına karar vermiştir. Bu nedenle bu hakla ilgili olarak yapılan başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. İkinci olarak mahkeme din ve vicdan hürriyeti açısından başvurucunun başvurusunu kabul edilebilir bularak esas yönünden incelemeye almıştır. Mahkeme din ve vicdan Hürriyeti ile ilgili olarak yapmış olduğu ayrıntılı açıklamalardan sonra bu hakka müdahale edilmesinde uygulanacak olan kanunilik kriteri ile ilgili açıklamada bulunarak 13. maddede yer verilen unsurları sıralamış ve bu unsurların sınırlandırmanın sınırını oluşturduğuna vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi ayrıca bu unsurlardan mahkemece incelenecek olan ilk kriterin “kanunilik” unsuru olduğunu belirtmiştir.

Bu kapsamda mahkeme temel hak ve özgürlüğe bir müdahale olduğunda bu müdahalenin hukuki bir dayanağının olması gerektiği ya da müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün bulunması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme somut olayda kanunilik unsuru ile ilgili olarak avukatın duruşmaya girmesine engel teşkil edecek erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığını belirtmiştir. Netice itibarıyla mahkeme mevcut olayda kanunilik unsurunun bulunmadığına karar vermiştir

¹⁵⁹ AYM, B.N. 2014/256, K.T. 25/6/2014.

Anayasa Mahkemesinin çalışmamızda yer vermiş olduğumuz iki kararını incelediğimizde, 13. madde kapsamında kanunilik değerlendirmesinde bulunurken iki kararda da ortak bazı hususlara değindiğini görmekteyiz. Bu noktada anayasa mahkemesinin değerlendirmesinde göze çarpan hususlardan bir tanesi mahkemenin 13. maddede yer alan kriterlerden ilk olarak kanunilik kriterini değerlendirmesidir. Anayasa Mahkemesinin kararlarından yola çıkarak bulunduğumuz bu çıkarımı Gözler; “Sınırlama kanunla yapılmamış ise sınırlamanın anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşılır, ayrıca diğer şartların araştırılmasına gerek yoktur.”¹⁶⁰ şeklinde ifade ederek, mahkeme tarafından öncelikle olarak değerlendirilmesi gereken şartın kanunilik şartı olduğunu vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında dikkatimizi çeken bir diğer husus da kararlarda “kanuna dayanmalı” kriterine esas teşkil eden kanunun şekli anlamda bir kanun olmasıdır.¹⁶¹ Mahkeme kararında görüldüğü gibi, mahkemece 13. madde kapsamında kastedilen kanun, yetkili merci tarafından yasama organınca öngörülen usullere uygun olarak yapılan bir işlem yani “şekli” anlamda kanundur.¹⁶²

Mahkeme kararlarında ayrıca, yürütme organınca temel hak ve özgürlükler alanına giren bir konuda alınacak olan önlemlerin idarenin keyfi uygulamalarına yol açmayacak nitelikte olmaması gerektiğine değinerek, keyfiliğe yol açacak şekilde idareye geniş takdir yetkisi verilmesi durumunda 13. Maddeye ayrılık meydana geleceğini vurgulamıştır. Mahkeme tüm bu hususlarla beraber ayrıca kararlarında kanunilik ilkesinin AİHM’deki karşılığına değinilmiştir.¹⁶³

3.3.2.3. Sınırlama anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebebe dayanmalıdır

1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında öngörülen kriterlerden biri, sınırlandırmanın anayasada belirtilen sebebe dayanmasıdır. Bu noktada Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklik önem arz etmektedir. 2001 değişikliği öncesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için genel sınırlama sebepleri öngörülmekteydi. Bir temel hak ve özgürlük ilgili maddede yer alan özel sınırlama sebebine dayanarak sınırlandırılabilirdiği gibi, 13. maddede zikredilen genel

¹⁶⁰ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 343.

¹⁶¹ Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku (Ankara: Hukuk Yayınları, 2019), 156.

¹⁶² Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku (İstanbul: Beta Basım, 2017), 15.

¹⁶³ B.N. 2014/256, K.T. 25/6/2014.

sınırlama sebeplerine dayanarak da sınırlandırılabilmekteydi. 13. maddede zikredilen genel sınırlama sebeplerini, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez, milli egemenlik, milli güvenlik, cumhuriyet, genel asayiş, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık oluşturmaktaydı. 1982 Anayasasının 13. maddesi 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliği kanunu ile değiştirilmiş ve maddede yer alan genel sınırlama sebepleri kaldırılarak, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddede yer alan sebeplere dayanılarak sınırlandırılacağı düzenlenmiştir.¹⁶⁴

13. maddeye göre bir temel hak ve özgürlük, ilgili maddede belirtilen sınırlama sebepleri dışında herhangi bir sebebe dayandırılarak sınırlandırılmaz.¹⁶⁵ Buna göre Anayasanın ilgili maddesinde yer almayan herhangi bir sebebe dayanmaksızın yapılan bir sınırlama 13. maddeye aykırılık teşkil edecektir.¹⁶⁶ Anayasa’da temel hak ve özgürlükler ile ilgili olarak yer alan sınırlama sebeplerine örnek verilecek olursa; vatandaşların yurt dışına çıkma hürriyeti, suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle, sendika kurma hakkı ise milli güvenlik, kamu düzeni suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle sınırlandırılabilir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının anayasanın ilgili maddesindeki bir sebebe dayanması gerekliliği ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir husus da anayasanın ilgili maddesinde herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olan temel hak ve hürriyetlerdir. Kimi hak ve hürriyetler vardır ki anayasanın ilgili maddesinde o hak ve hürriyet için herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Kanunla sınırlandırılması mümkün olmayan bu hak ve hürriyetler bir nevi mutlak ve sınırsız bir hüviyet kazanmıştır. Gözler, bu durumu aklı başında bir insanı isyan ettiren bir durum olarak nitelendirmiştir.¹⁶⁷ Bununla beraber Kalabalık, anayasada herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş temel hak ve özgürlüklerin tamamının mutlak olmadığını

¹⁶⁴ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 345, 346.

¹⁶⁵ Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 157.

¹⁶⁶ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 348.

¹⁶⁷ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 349, 350, Ayrıca bkz. Mustafa Erdoğan 157: “Bizim anayasamızda sınırlama nedenleri konusundaki sistemi de, 2001 değişikliğinden sonra esas olarak sözleşmeninkiyle aynıdır. Nitekim Anayasa’nın değişik 13. Maddesi temel hakların “yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” sınırlanabileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, Türk Anayasa sisteminde hiçbir temel hak nedensiz yere ve Anayasanın öngörmediği bir nedenle sınırlanamayacağı gibi, hiçbir şekilde sınırlanamayacak haklar da olabilir. Örneğin Anayasa’nın 74. Maddesi “dilekçe hakkı” için vatandaşlar bakımından herhangi bir sınırlama öngörmemiştir.”

Anayasa mahkemesinin kararlarından da anlaşılacağı üzere temel hak ve özgürlüklerin doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğunu ve diğer maddelerde yer alan kuralların da temel hak ve özgürlüklerin doğal sınırını oluşturduğunu ifade etmiştir.¹⁶⁸ Kalabalık'ın bu görüşüne paralel olarak Hakyemez de konu ile ilgili olarak açıklamalarda bulunmuştur. Hakyemez açıklamasında temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması konusunda hiçbir sınırlama bulunmasa dahi özgürlüğün yapısından kaynaklanan belli sınırların olduğu ifade etmiştir. Ayrıca Alman doktrininde yer alan bu konunun Türkiye açısından da önemli bir husus olduğunu belirtmiş ve yapılan çalışmalarda bu konuya değinilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶⁹

3.3.2.4. Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır

Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için öngörülen sınırlardan birini de sınırlandırmanın anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması oluşturur. Kanunun sözü ile anlatılmak istenen kanunu oluşturan kelimelerdir. Anayasa tarafından öngörülen anayasanın sözüne uygunluk şartının hak sahiplerinin haklarını güvence altına almak açısından olumlu bir güvence olduğu değerlendirilebilir. Ancak bu güvence her hak için geçerli değildir. Nitekim Anayasa'da her hak ve hürriyet için açık bir şekilde güvenceye yer verilmemekle birlikte bazı haklar bakımından da anayasanın sözünde saklı kimi kısıtlamalara yer verilmiştir.¹⁷⁰

Sınırlamanın kanunun sözüne uygun olması, bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırmak için çıkarılan kanunun Anayasada o hak ve hürriyet için getirilen güvencele aykırı olmaması gerektiğini ifade eder.¹⁷¹ Örneğin, kişilere bazı durumlarda işkence yapılabileceğine dair bir kanun çıkarılırsa bu kanun, anayasanın 17. maddesinde yer alan “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz;...” ibaresine aykırı olması sebebiyle, anayasanın sözüne uygun olmamış olur.

Kanunun ruhu ise tanımlanması kolay olmayan bir kavramdır. Gözler, “kanunun ruhu” kavramını objektif olarak tanımlanamayacak bir kavram olarak değerlendirirken bu

¹⁶⁸ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 93.

¹⁶⁹ Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 57(2), 24.

¹⁷⁰ Mustafa Erdoğan, Anayasa hukuku (Ankara: Orion Kitabevi, 2009), 185

¹⁷¹ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 362, 364.

kavramı hukuk dışı olarak niteler.¹⁷² Erdoğan ise, kanunun ruhunu anayasanın tamamında aramak gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷³ Bakar, Anayasanın ruhundan kastedilenin, otorite özgürlük karşılaştırmasında otoritenin önde gelmesi olduğunu ve bunun en bariz örneğinin Anayasanın başlangıç metninin anayasa metnine dâhil olması olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁴

Anayasanın ruhu, kavramı anayasanın sözü kavramını destekler mahiyettedir. Bununla beraber bu kavramın anayasanın sözü kavramıyla çeliştiği de görülmektedir. Eğer Anayasanın ruhu kavramı anayasanın sözü kavramı ile mücadele etmek için kullanılırsa bu durum temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemine zarar verir. Bu nedenle bu kavrama dikkatli yaklaşılması bu kavramın pozitif hükümleri yok sayarak değerlendirilmemesi açısından önem taşır.¹⁷⁵

Temel hak ve özgürlüklere getirilecek olan bir sınırlamanın anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, sınırlamanın hem anayasanın metnine hem de anayasaya hakim olan genel felsefeye uygun olması anlamına gelir. Ancak belirtmek gerekir ki anayasanın sözüne uygun olma kavramı açıklanabilirken anayasanın ruhuna uygun olma kavramını açıklamak oldukça zordur.¹⁷⁶

3.3.2.5. Ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır

3.3.2.5.1. Genel olarak

Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklere getirilecek olan sınırlandırma ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Ölçülülük ilkesi, Anayasada bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının sınırlarından birini oluşturur. Bu ilke Anayasaya yukarıda da bahsedildiği gibi 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği ile birlikte girmiştir. Ancak değişiklik öncesinde de hem doktrinde kabul edilen hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında dikkate alınan bir ilkedir. Bu dönemde Fazıl Sağlam'ın görüşü doktrin ve Anayasa Mahkemesi kararlarında kabul edilmektedir. 3

¹⁷² Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 362, 364.

¹⁷³ Mustafa Erdoğan, Anayasa hukuku, 186.

¹⁷⁴ Hakan Bakar, “1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hal Rejiminin Masumiyet ilkesi Açısından Değerlendirilmesi” (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi, 2019), 84.

¹⁷⁵ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 364,365

¹⁷⁶ Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, 137.

Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliği kanunuyla birlikte ölçölölük ilkesi anayasada yer alarak pozitif temele kavuşmuştur.¹⁷⁷

Ölölölük ilkesinin ifade ettiği anlam ile ilgili olarak çalışmamızın ilk bölümünde gerekli açıklamaları yapmış olmamız sebebiyle bu bölümde genel olarak ölçölölük ilkesinin anlamı ve unsurlarından bahsedip, ayrıntılı olarak Anayasa Mahkemesi kararı incelemesi yapacağız.

Ölölölük ilkesi genel bir tanımlamayla, kamu gücünü elinde bulunduran devletin bir temel hak ve özgürlüğü sınırlama zorunluluğunda sınırlamayla hedeflenen amaca ulaşabilmek için kullanılabilecek elverişli araçlardan en az sınırlayıcı olanın seçilerek özgürlük ile otorite arasında dengenin sağlanmasıdır.¹⁷⁸

Ölölölük ilkesinin amaç ile araç ilişkisi bağlamında içerdii üç kavram bulunur. Amaç ile kastedilen anayasanın ilgili maddesinde öngörölen sınırlama sebepleridir. Daha önceden de değinildiği gibi bu sebeplerden başka bir amaca dayanarak herhangi bir temel hak ve özgürlük sınırlanamaz. Kullanılacak araç ise bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılış biçimini ifade eder. Ölölölük bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılacak aracın amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olmasını, ayrıca amaç ile araç arasında ölçüsüz bir orantı bulunmamasını ifade eder.¹⁷⁹ Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri, ölçölölük ilkesinin alt ilkelerini oluşturur.¹⁸⁰

Elverişlilik ilkesi, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan aracın elverişli olmasını ifade eder. Bir sınırlandırma aracının elverişli olup olmadığı aracın, sınırlandırma ile ulaşmak istenen amaca katkısıyla ölçölür. Bu anlamda başlangıçta amaca ulaşmada katkı sunmayacağı anlaşılan bir aracın sınırlandırmada kullanılması elverişlilik ilkesine aykırılık teşkil eder.¹⁸¹ Gereklilik ilkesi ise, sınırlamada kullanılan aracın amacı gerçekleştirmek için gerekli olmasını ifade eder. Bu ilke gereğince bir

¹⁷⁷Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 366. Gözler 2001 yılı değişiklik öncesinde anayasal temelden mahrum olan ancak doktrinin çoğunluğu tarafından kabul gören bu ilkenin pozitif temelini açıklamak için ileri sürölen üç görüşün bulunduğunu belirtmiştir. Bu görüşleri, ölçölölük ilkesinin “sınırlamanın öngörölen amaç dışında kullanılması yasağından” çıkarılması, “madde 15’deki ölçölölük ilkesinden” çıkarılması, “hukuk devleti ilkesinden” çıkarılması olduğunu ifade etmiştir.

¹⁷⁸ Ömer Anayurt, Toplantı Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplantı Hürriyeti(İstanbul: Kazancı Kitapevi, 1998), 186.

¹⁷⁹ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, 114.

¹⁸⁰ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 237.

¹⁸¹ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, 114.

temel hak ve özgürlük sınırlandırılırken, sınırlandırmaya elverişli araçlar arasından temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayıcı araç tercih edilmelidir. Son olarak orantılılık yani dar anlamda ölçülülük ilkesi, sınırlamada kullanılan araç ile sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç arasındaki orantıyı ifade eder. Bu anlamda araç ve amaç arasındaki orantısızlık bu ilkenin ihlali anlamına gelir.¹⁸²

3.3.2.5.2. Anayasa Mahkemesi karar örnekleri

Bireysel başvuru kararlarında ölçülülük ilkesi

Anayasa Mahkemesi 2017/22254 başvuru numaralı 02.06.2020 tarihli kararında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ölçülülük ilkesinin uygulanmaması sebebiyle ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvuruda, başvuru askerlik işlemlerinin tamamlattırılması için bir süre karakolda bekletilmesi sebebiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.¹⁸³

Başvuruya konu teşkil eden olayda başvurucuya 7/2/2015 tarihinde Hakkari Yüksekova’da bir otelde kalırken, Yüksekova Büro Amirliği personeline yoklama kaçağı durumunda olduğu belirtilip, on beş gün içerisinde en yakın askerlik şubesine başvurması gerektiği bildirilerek tutanak tanzim edilmiştir. Ancak on beş günlük süre dolmadan başvuru aracıyla seyahat halindeyken jandarmalar tarafından durdurulmuş ve kendisinin bakaya durumu sebebiyle tutanak düzenlenmesinin zorunlu olduğu bu nedenle karakola gelmesi gerektiği söylenmiştir. Bunun üzerine karakola gelen başvuru bir saat içerisinde hazırlanan tutanağı imzalamış ve serbest bırakılmıştır. Başvuru bunun üzerine bakaya kaydının sistemden düşülmemesi sebebiyle karakolda bir saat tutularak özgürlüğünün kısıtlandığını ve bu kısıtlamanın idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığını iddia etmiş ve idareye tam yargı davası açmıştır. İdare mahkemesi ise davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme esasa yönelik yaptığı incelemede öncelikle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının anayasa tarafından tanımlanma şekline yer vermiş ve bu hakkın kısıtlanma şartlarını Anayasa madde 13 kapsamında açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi bu anlamda öncelikli olarak kanunilik şartının mevcudiyetini incelemiştir. Kanunilik şartının mevcut olayda

¹⁸² Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, 114, 116, Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 238, 240.

¹⁸³ AYM, B.N: 2017/22254, K.T. 02.06.2020.

sağlandığını değerlendirerek temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında meşru bir amaç olup olmadığını inceleyerek meşru bir amaca hizmet ettiği sonucuna varmış, sonrasında ise ölçülülük ilkesinin değerlendirmesine geçmiştir.¹⁸⁴

Çalışmamızda belirtildiği gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi önemli bir ölçütü oluşturur. Bu ölçüt kimi hukukçular tarafından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının en önemli sınırı olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁵ Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından büyük önem taşıyan bu ilkeyi mevcut olayda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında ele almıştır. Öncelikle ana hatları itibarıyla ölçülülük ilkesini açıklamıştır.

Mahkeme ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden bahsetmiş, bu ilkelerden elverişliliğin sınırlandırmanın ulaşılmak istenen amaca ulaşmak için elverişli olmasını, gerekliliğin temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının ulaşılmak istenen amaç açısından zorunlu olması ve son olarak orantılılığın ise sınırlandırmayla amaç arasındaki makul denge olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi noktasında yapmış olduğu incelemede, hakkın kısıtlanmasıyla ulaşılmak istenen amaç ile kişi hak ve hürriyetinin önemi arasında makul bir denge kurulması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme bu ifadeleriyle ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan orantılılık ilkesine değinmiştir. Bu ilkeye göre bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan araç ile o temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması ile ulaşılmak istenen amaç arasında bir orantı bulunmalıdır.¹⁸⁶ Anayasa Mahkemesi orantılılık ilkesi bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ilgili yaptığı değerlendirmede kişinin hakkına daha az bir müdahaleyle kanuni yükümlülük yerine getirilebiliyorsa kişinin tutulmasının orantısız olacağını değerlendirmiştir. Ayrıca mahkeme, ölçülülük ilkesi bağlamında mevcut olayda kişinin tutulmasını gerektiren durumların değerlendirilerek tutulmanın acil bir ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığının değerlendirilmesinin yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁸⁴ AYM, B.N. 2017/22254, K.T. 02.06.2020.

¹⁸⁵ Zafer Gören, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması-Sınırlamanın Sınırı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 6(12), 2007/2. 50.

¹⁸⁶ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Öz, 114, 116, Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 238, 240.

Böylelikle ölçülülük ilkesinin diğer bir unsuru olan gereklilik ilkesine de değinmiştir.¹⁸⁷

Mahkeme ölçülülük ilkesi ile ilgili olarak açıklamada bulunduktan sonra ilkenin mevcut olayda uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme yapmış olduğu bu değerlendirmede kişinin merkeze başvurma süresi dolmadan tutulmasında kişinin kusurunun bulunmadığını belirtmiş ve düzenlenmesi gereken tutanağın kişi karakola götürülmeden düzenlenerek tebliğ edilebileceğini ifade ederek ölçülülük ilkesinin gereklilik unsurunun mevcut olayda bulunmadığı kanaatine varmıştır.¹⁸⁸

Ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan gereklilik ilkesi gereği bir hak ve özgürlüğü kısıtlamaya elverişli ilkelerden hak ve özgürlüğe en az müdahale edenin yani en yumuşak olanın tercih edilmesini gerektirir. ¹⁸⁹Bu anlamda Anayasa Mahkemesi mevcut olayda kişinin tutulması yerine daha az kısıtlayıcı başka bir aracın tercih edilmesinin mümkün olduğunu ancak bu aracın tercih edilmediğini dolayısıyla ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹⁹⁰

Anayasa Mahkemesi 11.12.2019 tarihli, 2017/39967 başvuru numaralı bireysel başvuru kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel ve aile hayatına saygı hakkının ölçülülük ilkesine aykırılık sebebiyle ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹¹

Başvurunun konusunu başvurunun tutuklu olan aile bireyini, cezaevinde ziyareti sırasında ziyaret düzenini bozduğu gerekçesiyle dokuz ay süreyle ziyaretten yasaklanması sebebiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiası oluşturmaktadır. Cezaevi müdürlüğü başvurunun, tutuklu olan babasını ziyarete geldiğinde ziyaret öncesindeki arama işlemleri sırasında istifra ettiği, normale döndükten sonra tekrar sıraya girmesinin istenmesi üzerine itiraz ettiği ve tepki gösterdiği tekrar uyarıldığında ise görevlilere hakaret ettiğini gerekçe göstererek başvuruçuyu dokuz ay görüşten men etmiştir. Başvurucu ise kendisinin istifra etmesi üzerine görevliler tarafından kendisine herhangi bir sağlık yardımı yapılmadığını, yerleri temizlemesinin söylendiğini ve hırpalandığını iddia ederek görevliler hakkında

¹⁸⁷B.N. 2017/22254, K.T. 02.06.2020.

¹⁸⁸B.N. 2017/22254, K.T. 02.06.2020.

¹⁸⁹ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 238.

¹⁹⁰B.N. 2017/22254, K.T. 02.06.2020.

¹⁹¹B.N. 2017/39967 K. T:11.12.2019.Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 192.

şikayette bulunmuştur. Ayrıca başvuru ziyaretten men edilmesine karşı İnfaz Hakimliğine başvurarak görevlilerin kendisine baskı uyguladığını ifade etmiştir. İnfaz Hâkimliği başvuru hakkında ret kararı vermiş, başvuru bunun üzerine karara karşı Ağır Ceza Mahkemesine başvurmuştur. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen ret kararı üzerine başvuru özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.¹⁹²

Özel ve Aile hayatına saygı hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenerek koruma altına alınmış olan bir haktır. Bu hak sözleşmede sınırlanabilir bir hak olarak düzenlenerek 8. Madde'nin 2. paragrafında sınırlandırılabilirliği durumlar şu şekilde yer verilmiştir;

Bu hakkın kullanımına, yasa uyarınca olması ve ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında, kamusal bir makam tarafından müdahale edilmeyecektir.¹⁹³

Madde metnine bakıldığında bu hakkın sınırlandırılması kanun ile meşru bir amaca yönelik olarak ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu takdirde mümkün olacaktır. Türk Anayasasında ise birkaç maddeye dağılmış bir şekilde yer verilen bu hakla ilgili olarak madde metninde özel bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki her hak için anayasada özel sınırlama sebebi öngörülmebilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvenceler işlevsel bir nitelik kazanacak ve dikkate alınacaktır.¹⁹⁴ Anayasa mahkemesi de bu doğrultuda bir değerlendirme yapmış öncelikle hakkın kısıtlanması ile ilgili olarak ulusal ve uluslararası hukuku değerlendirmiş daha sonrasında ise 13. madde ışığında mevcut olayı değerlendirmiştir. Ulusal hukukta hükümlü ve tutukluların ziyaretlerine getirilebilecek sınırlandırmalar kanun, tüzük ve yönetmelikle düzenlenmiştir. Tüzük maddesine göre bu kişinin yakınlarının bazı durumlarda görüş hakkının bir yıla kadar sınırlandırılabilirliği hüküm altına alınmıştır. Ancak hukuki anlamda böyle bir kısıtlamaya gidilebilmesi mümkün olsa dahi 13. maddede yer alan diğer ölçütlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda mahkeme

¹⁹² AYM, B.N. 2017/39967 K.T. 11.12.2019

¹⁹³ Gülay Arslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararları El Kitapları serisi- 8(Ankara: Epamat Basım,2019), 151.

¹⁹⁴ Gülay Arslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, 152,153.

sınırlandırmanın meşru bir amacının olup olmadığını değerlendirmiş ve infaz kurumunda güvenliğin ve disiplinin sağlanması gibi bir meşru amacının olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunu da değerlendirerek ölçülülük açısından sınırlandırmanın değerlendirmesine geçmiştir. Ölçülülük ilkesinin genel anlamı itibarıyla değerlendirilmesinde mahkeme ölçülülük ilkesine uygun bir müdahale yapıp yapılmadığının tespit ederken sınırlandırmayla ulaşılmak istenen meşru amacın ağırlığı ile kişiye düşen fedakarlığın ağırlığının karşılaştırılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁵

Mahkeme ölçülülük ilkesi açısından önem ifade eden “adil denge” kavramına değinerek bu kavramın bireye düşen fedakârlık ile kamu ya da birey menfaati arasındaki dengeyi ifade ettiğini vurgulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında adil denge kavramının bir unsurunun da ölçülülük ilkesi olarak değerlendirildiği görülmektedir. Mahkeme tarafından, adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilirken ölçülülük ilkesi bir kıstas olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁶ Mahkeme adil denge kavramını mevcut olay açısından değerlendirmiş ve olayda başvurucunun dokuz ay gibi uzun bir süre ziyaretten men edilmesinde bireyin yararı ile kamu menfaati arasında adil bir dengenin bulunmadığını belirterek sınırlamanın orantısız olduğu sonucuna varmıştır.¹⁹⁷

Anayasa Mahkemesi 2015/7007 başvuru numaralı 22.07.2020 tarihli bireysel başvuru kararında adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkının ölçülülük ilkesine aykırılık sebebiyle ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹⁸

Başvurucular, icra memurunun davranışından şikâyetleri sebebiyle açılan taraf oldukları davalarda aleyhlerine karar verilmesi neticesinde bir üst mahkemeye başvuruda bulunmuşlar ancak başvuruları süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Kararda tebliğ tarihinden itibaren on günlük süre içerisinde itirazda bulunulabileceği belirtilmişken kanun yolu mercii tarafından tebliğ tarihi değil de

¹⁹⁵ AYM, B.N. 2017/39967, K.T.11.12.2019.

¹⁹⁶ Burak Gemalamaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69(1-2), 2011, 650.

¹⁹⁷ AYM, B.N. 2017/39967, K.T.11.12.2019.

¹⁹⁸ AYM, B. N. 2015/7007 K.T. 22.07.2020.

tefhim tarihi esas alınmıştır. Bunun üzerine başvuru mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru da bulunmuşlardır.¹⁹⁹

Mahkemeye erişim hakkı Anayasanın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hak Anayasa’da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki düzenleniş şekline daha açık bir şekilde düzenlenmiş ve her iki mahkeme tarafından adil yargılanma hakkının ön koşulu olarak kabul edilmiştir. Bu hakkın sınırlandırılması için Anayasa’da herhangi bir sebep belirtilmemekle beraber hakkın doğasından kaynaklanan nesnel sınırların varlığı göz önünde bulundurulduğunda sınırlandırılabilirliği kabul edilmelidir. Bu sınırlandırma yapılırken daha önce de belirtildiği gibi Anayasa madde 13’deki ölçütler dikkate alınacaktır.²⁰⁰

Anayasa Mahkemesi kararda öncelikli olarak mahkemeye erişim hakkının kapsamı hakkında bilgi vermiş, bu hakkın hak arama hürriyetinin bir unsuru olduğunu belirtmiştir. Kişilerin istinaf ve temyiz kanun yolu başvurularının esasının incelenmemesinin bu hakkın ihlali niteliğinde olduğunu değerlendirmiştir. Mahkeme bu değerlendirmeden sonra 13. Madde çerçevesinde hakka getirilen sınırlamanın ihlal oluşturup oluşturmadığını tespit etmiştir. Mahkeme bu kapsamda sürelerle dair kanun hükmünün tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren on günlük süre şeklindeki düzenlendiğini ancak hangi durumda tefhim hangi durumda tebliğ olduğu hakkında bir açıklama getirmediğini, bu durumda tarihin tefhimden itibaren başlamasının başvuru tarafından öngörülebilir olmadığını belirtmiştir. Netice olarak mahkeme bu öngörülemezliği başvuru üzerinde bir külfet görerek, “başvurucuların katlanmak zorunda kaldığı külfetin hedeflenen meşru amaçla orantısız olduğu,” kanaatine varmış ve sınırlandırmayı ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur.²⁰¹ Anayasa mahkemesi meşru amaç ile bireylere yüklenen külfet arasındaki dengenin ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuru açısından önemli bir husus olduğunu ortaya koymuştur.

Anayasa mahkemesi 2016/4293 başvuru sayılı 01.07.2020 tarihli bireysel başvuru kararında başvuru mülkiyet hakkının ölçülülük ilkesine aykırılık sebebiyle ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvuru bir şirketin ortağı ve kanuni temsilcisi

¹⁹⁹ AYM, B. N. 2015/7007 K. T. 22.07.2020

²⁰⁰ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı(Ankara: MRK Baskı, 2018),40.

²⁰¹ AYM, B. N. 2015/7007 K.T. : 22.07.2020

konumundadır. Davalı idare şirketin vergi borçlarının bir kısmının şirketten tahsil edilemediği gerekçesiyle başvurucuya ait taşınmaz ile ilgili haciz işlemi başlatmıştır. Başvurucu ise bu işlemin iptali için idare mahkemesinde dava açmıştır. İdare mahkemesi şirket hakkındaki kanuni takibin neticelendirilmemesini gerekçe göstererek idari işlemin iptaline karar vermiştir. İdarenin bu karara karşı istinaf yoluna başvurması ile Bölge İdare Mahkemesi ilk derece mahkemesinin gerekçesini yerinde görmeyerek kararın bozulmasına ve davanın reddine karar vermiştir. Bunun üzerine başvuru ilk olarak karar düzeltme yoluna başvurmuş, başvurusunun reddedilmesinden sonra da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.²⁰²

Anayasa mahkemesi başvuru hakkında değerlendirme yaparken öncelikle 13. Madde kapsamındaki ilkelere değinmiş bu kapsamda ölçülülük ilkesinden de genel hatları itibariyle bahsetmiştir. Mahkeme mülkiyet hakkı açısından önem ifade eden “adil denge” kavramını şu şekilde açıklamıştır;

Ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Anayasa Mahkemesi; müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini ve diğer taraftan müdahalenin niteliğini, başvurunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da göz önünde bulundurarak başvuru yüklenen külfeti dikkate alacaktır (Arif Güven, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).²⁰³

Mahkeme adil denge kavramının mülkiyet hakkı sınırlandırılırken bireyin hakları ile meşru amaç arasında bulunması gereken dengeyi ifade ettiğini belirtmiştir.²⁰⁴ Adil Denge kavramı mahkemenin kararında da belirttiği gibi bireyin menfaati ile kamunun menfaati arasında bulunması gereken dengeyi ifade eder. Bu dengenin sağlanması ancak mülkiyet hakkı sahibinin bu temel hak ve özgürlük sınırlandırılırken aşırı bir külfet altına sokulmamasıyla gerçekleşir.²⁰⁵

Mahkeme başvuruya konu olayda mülkiyet hakkına müdahale olduğunu ve bu müdahalenin kanuni ve meşru amaca hizmet eder nitelikte olduğunu değerlendirmiştir.

²⁰² AYM, B. N. 2016/4293, K.T. 01.07.2020.

²⁰³ AYM, B. N. 2016/4293, K.T. 01.07.2020.

²⁰⁴ AYM, B. N. 2016/4293, K. T. 01.07.2020.

²⁰⁵ Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, çevr:Özgür Heval Çınar, Abdülcelil Kaya(Belçika, İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 15.

Daha sonrasında bu müdahalenin ölçülü olup olmadığı değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme ölçülülük ilkesi ile ilgili değerlendirmesinde, kişinin mülkiyet hakkının başvurudaki şekliyle sınırlandırılmasını düzenleyen kanun hükmünde hacz edilecek evin “haline münasip bir ev” olarak düzenlendiği ancak bu hususun mahkemece değerlendirilmeden karar verildiği, bu durumun ise kişinin hakkı ile meşru amaç arasındaki dengeyi yani adil dengeyi kişi lehine bozduğunu ifade ederek başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁰⁶

Anayasa mahkemesi 2017/31619 başvuru numaralı 23.07.2020 karar tarihli kararında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ölçülülük ilkesine aykırılık sebebiyle ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurunun özünü bir suç neticesinde gebe kalan kişinin kürtaj olma talebinin sürüncemede bırakılarak mahkeme tarafından reddedilmesi oluşturmaktadır.²⁰⁷

Başvurucunun hastane muayenesi sırasında on hafta üç günlük hamile olduğu ortaya çıkmıştır. Başvurucunun on sekiz yaşından küçük olması ve farklı kişilerle cinsel birliktelik yaşadığını ifade etmesi üzerine emniyet birimlerine haber verilmiştir. Başvurucu ifadesinde ilk iki kişi ile birlikteliğinin kendi rızası dışında diğer üçüncü kişi ile birlikteliğinin kendi rızasıyla olduğunu söylemiştir. Başvurucunun anne ve babası kürtaj için başvuru yapmışlar ancak başvuruları başvurucunun hangi ilişkiden gebe kaldığının dolayısıyla hangi suçun mağduru olduğunun belirli olmaması ve başvuruda kişinin kendi rıza ve talebine ilişkin herhangi bir bilginin olmaması sebebiyle hakimlikçe reddedilmiştir. Bunun üzerine başvurucunun anne ve babası başsavcılıktan gebeliğin hangi şüphelinin fiilinin neticesinde oluştuğu ve annenin sağlığına bir zarar verip vermeyeceği hususunun tespiti için rapor alınmasını talep etmiştir. Alınan raporda annenin sağlığı için gebeliğin risk oluşturduğu ve gebeliğin sonlandırılmasının annenin yararına olacağı belirtilmesine rağmen hâkimlik gebeliğin sonlandırılmasıyla sonlandırılmamasının aynı riski içerdiği ve çocuğun yaşam hakkının korunması gerekçesiyle gebeliğin sonlandırılmasına karar vermemiştir. Bunun üzerine başvuru Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme başvuruyu değerlendirirken öncelikle ulusal ve uluslararası hukukun konu ile ilgili düzenlemelerini incelemiş ardından anayasa madde 17 kapsamında kişinin maddi ve

²⁰⁶AYM, B. N. 2016/4293, K. T. 01.07.2020.

²⁰⁷AYM, B. N. 2017/31619, K. T. 23.07.2020.

manevi varlığını koruma hakkına ilişkin bir müdahalenin olduğuna kanaatine varmıştır.²⁰⁸

Kürtaj diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukukunda da oldukça tartışmalı bir konudur. Tartışmalı olmasının sebebi annenin vücut ve beden bütünlüğünü koruma hakkı ile ceninin yaşama hakkının karşı karşıya gelmesidir.²⁰⁹ Mahkeme kararında bu yarışan haklardan kadının vücut ve beden bütünlüğünü koruma hakkı üzerinde durmuş, başvurunun konusunu kişinin suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması talebinin oluşturduğu ve bu talebin de kadının vücut ve beden bütünlüğünü koruma hakkı kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.²¹⁰

Anayasa’da vücut ve beden bütünlüğünü koruma hakkı 17. madde de düzenlenmiş ancak kanun maddesinde bu hakla ilgili olarak özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Bununla beraber 13. Maddede öngörülen sınırlama ölçütleri bu hak için de geçerlidir. Mahkeme de bu hakka yönelik bir müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra 13. Madde kapsamında bu müdahalenin hukuki olup olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Kanunilik açısından yapmış olduğu değerlendirmede kürtaj ile ilgili olarak açık, öngörülebilir, erişilebilir düzenlemelerin yer aldığını belirtmiştir. Meşru amaç kapsamında ise ceninin yaşam hakkı çerçevesinde bir sınırlamaya gidilmesinin vücut ve beden bütünlüğü hakkının doğal sınırı olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.²¹¹

Mahkeme son olarak ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirmede bulunmuştur. Mahkeme ölçülülük ilkesi kapsamında şu ifadelere yer vermiştir;

Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (Ferhat Üstündağ, § 46).²¹²

²⁰⁸ AYM, B. N. 2017/31619, K. T. 23.07.2020.

²⁰⁹ Alper Uyumaz ve Yasemin Avcı, “Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2016, 580.

²¹⁰ AYM, B. N. 2017/31619, K. T. : 23.07.2020.

²¹¹ AYM, B. N. 2017/31619, K. T. : 23.07.2020.

²¹² AYM, B. N. 2017/31619, K. T.: 23.07.2020.

Çalışmada ölçülülük ilkesinin unsurları kısmında ilkenin doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmiş üç alt ilkeden oluştuğunu belirtmiştik.²¹³ Anayasa Mahkemesi bu kararında ilkenin elverişlilik unsurunu “tedbirin zorunlu bir ihtiyacı karşıladığının kabul edilmesi” olarak açıklarken, gereklilik ve orantılılık unsurunu ise “başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem” olarak açıklamıştır. Mahkeme metindeki ifadesiyle amaç ve araç arasındaki dengeden yoksun bir müdahalenin toplumsal ihtiyacı karşılamada başarısız olacağını anlatmak istemiştir.²¹⁴

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini mevcut olay çerçevesinde değerlendirdiğinde, mahkemenin ceninin yaşama hakkının korunması için gebeliğin sonlandırılmasına izin vermemiştir. Ancak gebeliğin sonlandırılması noktasında süre faktörünün önem arz etmesi, kişinin vücut ve beden bütünlüğü hakkının ilgilendiren bu imkâna ulaşmasını olanaksız kılmıştır. Böylelikle süreç sürüncemede bırakılarak kişiye ağır bir külfet yüklenmiş ve adil denge başvuru aleyhine bozulmuştur. Netice itibarıyla hak ve hürriyete getirilen sınırlama ölçüsüz bir nitelik arz ettiğinden Anayasa Mahkemesi vücut ve beden bütünlüğünün korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²¹⁵

Norm denetimi kararlarında ölçülülük ilkesi

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolu ile önüne gelen başvurularda ölçülülük ilkesine aykırılık sebebiyle ilgili hakkın ihlaline karar verdiği gibi norm denetimi yolu ile önüne gelen başvurularda da kanun maddesinin ölçülülük ilkesine aykırı olarak bir hak ve özgürlüğe müdahale ettiği gerekçesiyle iptaline karar vermektedir

Anayasa Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesine aykırılık sebebiyle kanun maddesinin iptaline karar verdiği kararlardan biri de 4708 sayılı Yapı Denetimi hakkındaki Kanunun değiştirilen 8. Maddesinin 4. fıkrasının iptaline karar verilen başvurudur. Tekirdağ ikinci İdare Mahkemesi ilgili kanun maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle önüne gelen davada ilgili kanun maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile kanun maddesinin iptali için başvurmuştur. İptali istenen kanun hükmü bu kanun uyarınca verilecek idari para cezaları için yetkili idare mahkemelerine itiraz edileceği ve mahkeme kararının

²¹³ Yıldırım Taylar, “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Vergi Ziyat Cezasının Anayasa’ya Uygunluk Sorunu”, Ceza Hukuku Dergisi, 10(28), 2015,142.

²¹⁴AYM, B. N. 2017/31619, K. T. 23.07.2020.

²¹⁵AYM, B. N. 2017/31619, K. T.23.07.2020.

kesin olduğunu düzenlemektedir. Başvurucu gerekçesinde, idari yargıda bazı idari davalarda verilen kararların kesin olduğuna ilişkin düzenlemelerin olduğu ancak ilgili kanun maddesinin düzenlendiği idari cezaların nispi olarak belirlendiği önceden bilinmesinin mümkün olmadığı ve çok yüksek miktarları bulabileceği bu sebeple bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilerek kanunun Anayasa'nın 2., 36. Ve 155. maddelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir.²¹⁶

Mahkeme esasa yönelik değerlendirmesinde, kişilerin mahkeme hükmünün denetlenmesini talep etme hakkına bir sınırlama getirildiğini belirtmiş ve Anayasanın 36. maddesi kapsamındaki hak arama hürriyeti çerçevesinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu hakka getirilen sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını belirlerken öncelikle bu sınırlamanın ölçülü olabilmesi için sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olması, amacı gerçekleştirmek için zorunlu olması ve amaçla arasında bir orantının bulunması gerektiğini belirterek, ölçülülük ilkesinin üç temel unsuruna değinmiştir. Mahkeme bu ilkeleri olay bazında değerlendirdiğinde sınırlamanın davaların makul sürede sonuçlanması ve usul ilkesi amacına ulaşmak açısından elverişli ve gerekli olduğu kanaatine varmıştır. Sınırlamanın amaç ile orantılı olup olmadığını değerlendirmesinde ise her ne kadar meşru bir amaca ulaşmak için sınırlamaya başvuruluyor olsa da verilebilecek olan yüksek miktardaki para cezalarının denetime açık olmaması ile kişilere yüklenen külfetin ulaşılmak istenen amaç ile haklı kılınamayacağını dolayısıyla amaç ve araç arasında orantısızlık olduğunu belirtmiştir.²¹⁷

Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesine aykırılığı sebebiyle iptaline karar verdiği bir diğer karar 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 2. Maddesinin 4 numaralı fıkrasının 2. Cümlesidir. TBMM üyeleri ile milletvekilleri, kapatılan Yükseköğretim Kurumu öğrencilerinin devlet ya da vakıf üniversitelerine kaydolmaları durumunda, vakıf üniversitelerine ödeyecekleri ücretleri mezun olana kadar kayıt oldukları üniversiteye ödemeleri gerektiğini düzenleyen ilgili düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkeme'sine başvurmuştur. Başvurucular iptal gerekçelerinde öğrencilerin aynı ücreti ödeyerek

²¹⁶AYM, E. N. 2020/21, K. N. 2020/53, K. T. 1.10.2020.

²¹⁷AYM, E. N. 2020/21, K. N. 2020/53, K. T. 1.10. 2020.

devlet üniversitelerinde okumalarının hukuk güvenliği ilkesine aykırı olduğunu ve devlet üniversitelerinde okuyan diğer öğrencilerle aralarında eşitsizlik oluşturacağını belirtmişlerdir.²¹⁸

Olağanüstü hal dönemlerinde temel hak ve özgürlükler Anayasa'nın 15. maddesi çerçevesinde sınırlandırılabilirler. Bu maddeye göre olağanüstü hal dönemlerinde temel hak ve özgürlükler durumun gerektirdiği ölçüde, milletlerarası antlaşmalara aykırı olmayacak şekilde kısmen veya tamamen durdurulabilir. Ayrıca bu dönemde dokunulamayacak çekirdek haklar mevcuttur.²¹⁹ Anayasa Mahkemesi de bu kapsamda mevcut olayda ilgili hükmün 13. madde kapsamında mı yoksa 15. madde kapsamında mı değerlendireceğini tespit ederken düzenlemenin Olağanüstü Hal sürecini ilgilendiren bir düzenleme olup olmadığını değerlendirmiştir ve ilgili hükmün yalnızca olağanüstü hal dönemini kapsamaması sebebiyle 13. Madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.²²⁰

Anayasa Mahkemesi 13. madde kapsamında yaptığı ölçülülük değerlendirmesinde ilgili düzenlemenin öğrencilerin kendi puanlarından daha yüksek puandaki okulları kapsadığı gibi kendi puanlarına eşit ve daha düşük puanlı üniversiteleri de kapsadığını belirtmiştir. Öğrencilerin kendi seviyeleriyle aynı veya daha düşük okulları tercih etmeleri durumunda zaten elde ettikleri bir hak açısından ücret ödemeye mecbur bırakılmalarının eğitim hakkına ölçüsüz bir sınırlama getireceğine karar vererek ilgili hükmü “puanı eşit ya da daha düşük devlet üniversiteleri yönünden” iptal etmiştir.²²¹

Anayasa Mahkemesi ölçüsüzlük ilkesine aykırılık sebebiyle verdiği bir diğer iptal kararında, meclis üyeleri ve milletvekilleri Türk Medeni Kanunun 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.²²²

Başvuruya konu olan Türk Medeni Kanunun 40. maddesi cinsiyetini değiştirmek isteyen şahısların mahkemeye şahsen başvurarak izin verilmesini isteyebilecekleri, bu

²¹⁸AYM, E. N. 2016/205, K. N. 2019/63, K. T. 24.7.2019.

²¹⁹ Osman Can ve Duygu Şimşek Aktaş, “Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(1), 2017, 17.

²²⁰ AYM, E. N. 2016/205, K. N. 2019/63, K. T. 24. 7. 2019.

²²¹ AYM, E. N. 2016/205, K. N. 2019/63, K. T. : 24. 7. 2019.

²²² AYM, E. N. 2017/130, K. N. 2017/165 K. T. : 29.11.2017.

izin verilebilmesi için kişinin 18 yaşını doldurmuş olması, evli olmamaları ve transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden yoksun bulunduğunun hastaneden alınacak sağlık kurulu raporuyla belgelemesi gerektiği belirtilmiştir. Kanun maddesine göre kişilere izin verilebilmesi için üreme yeteneğinden yoksun olmaları gerekmektedir. Başvurucu itirazın gerekçesinde izin için öngörülen bu şartın transseksüel yapıdaki kişiler arasında eşitsizliğe sebep olduğu için Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme esasa yönelik yapmış olduğu değerlendirmede kişinin maddi ve manevi varlığı ve özel hayatına bir müdahale olduğunu belirtmiş ve bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında ölçülülük ilkesi açısından uygunluğunu denetlemiştir. Kanun hükmünün ilgili ibaresi bireylerin cinsiyet değiştirmeleri için üreme yeteneğinin olmamasını öngörmektedir. Bu durum üreme yeteneği olan transseksüellere tıbbi bir müdahale olma zorunluluğu getirmektedir. Mahkeme bu durumun sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile araç arasında orantısızlık oluşturduğunu belirtmiştir. Ayrıca mahkeme tıbbi bir müdahaleyle üreme yeteneğini kaybeden kişilerin cinsiyet değiştirme ameliyatı olamamaları durumunda telafisi mümkün olmayan bir sonuç ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Tüm bu sebeplerle sınırlandırmanın ölçüsüz olduğuna karar vererek ilgili hükmün itiraza konu alan kısmını iptal etmiştir.²²³

Çalışmada farklı örneklerine yer verildiği üzere, Anayasa Mahkemesi önüne gelen başvurularda bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken 13. Madde kapsamında ölçülülük ilkesini dikkate almaktadır. Mahkeme temel hak ve hürriyete getirilen sınırlamanın ölçülülük ilkesi çerçevesinde ortaya konulmuş olan ölçütlere uygunluğunu denetlemektedir. Çalışmanın bu başlığı altında Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında ölçülülük değerlendirmesini genel hatları itibarıyla inceleyeceğiz.

Anayasa mahkemesi önüne gelen bir başvuruyu incelerken bir hak ve özgürlüğe müdahalenin olduğu tespitini yaptıktan sonra bu müdahalenin 13. maddede belirtilen kriterlere uygun olup olmadığını değerlendirmektedir. Bu değerlendirme kapsamında müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını tespit etmektedir. Mahkeme değerlendirmelerinde ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak

²²³ AYM E. N. 2017/130, K. N. 2017/165 K.T. : 29.11.2017 .

üzere üç ilkedен oluştuğunu kabul etmektedir. Temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılmasının bu ilkelere uygunluğunu denetlemektedir. Bu denetlemeyi yaparken temel hak ve özgürlüğü sınırlandırırken kullanılan aracın sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını, sınırlama amacına ulaşmak açısından gerekli olup olmadığını ve sınırlandırma aracının ulaşmak istenen amaçla orantılı olup olmadığını yani bireye ölçüsüz bir yük yükleyip yüklenmediğini değerlendirmektedir.²²⁴

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesi kapsamında kararlarında sıkça “adil denge” kavramından bahsetmektedir. Mahkeme bu kavramı bireyin menfaati ile kamunun menfaati arasında bulunması gereken denge olarak tanımlar. Bu ilke gereğince bireyin hakları sınırlandırılırken bireye aşırı bir külfet yüklenmemesi gerekir. Mahkeme bazı ihlal kararlarında dengenin birey aleyhine bozulduğuna kanaat getirerek başvurunun hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²²⁵

Mahkemenin kararlarında sıkça yer verdiği adil denge kavramı İngiliz ve Alman hukukunda ölçülülük ilkesinin bir parçasını oluşturur.²²⁶ Adil denge kavramına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da yer verilmektedir. Avrupa İnsan hakları Mahkemesine göre adil denge kavramı, kamu yararıyla bireylerin hakları arasında kurulması gereken dengeyi ifade eder.²²⁷

Bir temel hak ve özgürlük sınırlandırıldığında çatışan iki menfaat karşımıza çıkar. Bu menfaatlerden birisi temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasıyla sağlanmak istenen kamu menfaati diğeri ise sınırlandırmayla müdahale edilen bireyin menfaatidir. Adil denge kavramı bu iki menfaat arasındaki dengeyi ifade eder. Bu denge kimi zaman birey aleyhine bozulur. Bu durum bireyin temel hak ve özgürlüğünün ölçüsüz bir şekilde sınırlandırıldığı anlamına gelir.

²²⁴ Öykü Didem Aydın, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV/Y(2011), 135.

²²⁵ AYM, B. N. 2016/4293, K. T. : 01.07.2020.

²²⁶ Engin Saygın, “Ölçülülük İlkesi Üzerine İngiliz ve Türk İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Ankara Barosu Dergisi, 2, 2017,72. Robert Alexy, Constitutional Rights, Balancing, and Rationality* “ Ratio Juris, 16/2(2003), 135. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>, E.T. 25.02.2022.

²²⁷ Burak Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi”, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2019, 25.

3.3.2.6. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalıdır

Bir temel hak ve özgürlüğe getirilecek olan sınırlandırmanın Anayasa'nın 13. maddesine uygun olabilmesi için sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması gerekir. Bu gereklilik sınırlandırmanın dayandığı sebebin demokratik toplumun gereklilikleri çerçevesinde değerlendirilmesi anlamına gelir. Örneğin bir temel hak ve özgürlük kamu düzenin sağlanması sebebine dayanılarak sınırlandırılıyorsa buradaki “kamu düzeni” kavramı demokratik toplumun kamu düzenini ifade eder.²²⁸

Bir sınırlandırmanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikle demokratik toplumun gereklerinin açıklanması gerekir. Gözler, demokratik toplum açısından bulunması gereken altı şart sıralamıştır. Bu şartlar şu şekilde sıralanır;

- ❖ Etkin olacak siyasal makamların seçimle iş başına gelmesi,
- ❖ Seçimlerin düzenli aralıklarla yapılması,
- ❖ Seçimlerin, genel, eşit, açık sayım ve gizli oy ilkelerine uygun yapılması,
- ❖ Seçimlere en az iki partinin katılabilmesi,
- ❖ Muhalefetin iktidar olabilme imkanının bulunması,
- ❖ Temel kamu haklarının tanınarak garanti altına alınmış olması.

Gözler, bir sınırlandırmanın demokratik toplum düzenine uygun olabilmesi için bu şartlara uygun olarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir.²²⁹ Sunay ise demokratik bir toplumun niteliklerinin varlığı için en önemli olan unsurun temel hak ve hürriyetlerin tanınarak garanti altına alınması, olduğunu bununla beraber çok partili siyasi hayatın da demokratik toplum açısından vazgeçilmez bir unsur olduğunu belirtmiştir.²³⁰

Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma kriteri Anayasa Mahkemesi kararlarında da dikkate alınan bir kriterdir. Anayasa Mahkemesi bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının 13. Maddedeki şartlara uygunluğunu denetlerken bu

²²⁸ Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları teorisi ve Hukuku, 159.

²²⁹ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 388,389.

²³⁰ Reyhan Sunay, “Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, 8/1-2(2000), 617.

sınırlandırmanın demokratik toplum düzenin gereklerine uygunluğunu da değerlendirir. Mahkeme ifade özgürlüğün ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan bireysel başvuru kararında, ifade hürriyetine getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzenin gerekleri açısından uygunluğunu değerlendirmiştir. Bu değerlendirmede öncelikle demokratik toplum düzenin gerekleri açısından bir sınırlandırmanın meşru olabilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerektiğini ifade etmiştir. Daha sonrasında ise ifade özgürlüğünün demokratik toplum açısından önemine değinerek, bu özgürlüğün toplumsal ve siyasal çoğunluğun sağlanması açısından önemli olduğunu vurgulamıştır.²³¹Kararda görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bir sınırlandırmanın demokratik toplum düzenin gereklerine uygun kabul edilebilmesini toplumsal bir ihtiyacın karşılanması zorunluluğu şartına bağlamıştır. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir sınırlamanın meşru olabilmesini demokratik toplum düzeni açısından zorunlu olması, bu zorunluluğu doğuran somut koşulların var olması şartına bağlamıştır.²³²

Anayasa Mahkemesi kararında bir sınırlandırmanın demokratik toplum düzenin gereklerine uygun olması için toplumsal bir ihtiyacın karşılanması ile birlikte orantılı olmasını da zikretmiştir. Bu ifade demokratik toplum düzeni ile ölçülülük ilkesi arasında bir ilişki olup olmadığı sorusunu akıllara getirmektedir. Belirtmek gerekir ki demokratik toplum düzeni ile ölçülülük ilkesi birbiriyle bağlantılı kavramlardır. Sınırlandırmanın demokratik toplum düzenin gereklerine uygun olabilmesi için toplumsal bir ihtiyacı karşılamak noktasında gerekli olması gerekir. Buradaki gereklilik ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan, kullanılan aracın amaca ulaşmak için gerekli olmasını ifade eder. Amaç ve araç arasındaki ilişki demokratik toplum düzeni ortamında değerlendirilerek bir gereklilik tespiti yapılır. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi kararında ifade edilen orantılılık demokratik toplum düzeninde amaç ve araç arasındaki orantıyı ifade eder. Dolayısıyla demokratik toplum düzenin gerekleri ile ölçülülük birbiriyle bağlantılı kriterlerdir.²³³

²³¹ AYM. B.N. 2018/25073, K. T. 15/12/2020.

²³² Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 160.

²³³ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 392,393.

3.3.2.7. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmamalıdır

Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının Anayasa'ya uygun olabilmesi için sınırlandırmanın hakkın özüne dokunmaması gerekir. Hakkın özü kavramı tanımlaması oldukça güç bir kavramdır. Özbudun hakkın özü kavramı ile bir hak ve özgürlüğün dokunulduğu zaman o hak ve özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeğinin anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir.²³⁴ Soysal ise bir hakkı sınırlamanın hakkı anlamsız hale getirip ortadan kaldırması durumunda hakkın özüne dokunulacağını düşünmektedir.²³⁵

Anayasa Mahkemesi 2013/8035 başvuru numaralı 13.04.2016 tarihli kararında temel hak ve özgürlüklerin özü ifadesinin anlamına ilişkin açıklamalara yer vermiştir. Mahkeme anayasal açıdan dokunulamayacak özün her hak ve özgürlük açısından farklılık göstereceğini ifade etmiştir. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması için o temel hak ve özgürlüğün kullanımını güçleştirerek amacına ulaşmasına engel olmaması ve ortadan kaldırııcı bir nitelik taşıması gerektiğini belirtmiştir.²³⁶

Her temel hak ve özgürlüğün varlığının bir amacı vardır. Bu amaç gerçekleştirildiği sürece o hak ve özgürlük bir anlam ifade eder. Eğer bir temel hak ve özgürlük sınırlandığı zaman varlık amacını gerçekleştirmiyorsa bu durumda sınırlamayla o temel hak ve özgürlüğün özüne dokunuluyor demektir.

3.3.2.8. Laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır

Temel hak ve özgürlüklere getirilecek olan sınırlamanın Anayasanın 13. maddesine uygun olabilmesi için laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması gerekir. Laiklik ilkesinin temelde “din hürriyeti” ve din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması olarak iki gereği olduğunu kabul edersek laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmayan bir sınırlamanın laikliğin bu iki gereğine uygun olması gerekir.²³⁷

²³⁴ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 395, Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 117.

²³⁵ Mümtaz Soysal, Anayasa Giriş, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Yayınları, 271. 2: bası, Ankara 1969, 246.

²³⁶ AYM. B. N. 2013/8035, K. T. 13/4/2016.

²³⁷ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 399,400.

Anayasanın 13. maddesindeki bu ölçüt Anayasa’ya 3 Ekim 2001 Anayasa değişikliği ile girmiştir. İfade etmek gerekir ki Anayasa değişikliği getirilen bu ölçüt hem Türk doktrinince hem de Anayasa Mahkemesince göz ardı edilmiştir.²³⁸

3.3.3. Olağanüstü Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

3.3.3.1. Genel olarak

Temel hak ve özgürlüklerin savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde kısmen veya tamamen durdurulmasının düzenlendiği Anayasa’nın 15. maddesinde ölçülülük ilkesinin somut dayanağına yer verilmiştir. Madde metninde bu hallerde temel hak ve özgürlüğün kısmen veya tamamen kullanımının durdurulmasının kistaslarından bir tanesinin de “durumun gerektirdiği ölçüde” olduğu ifade edilmiştir.²³⁹

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması çalışmamızda belirtildiği gibi Anayasa’nın 15. maddesinde yer alan ölçütlere göre yapılmaktadır. Olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, savaş seferberlik veya olağanüstü hallerden biri mevcut olmalı, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemeli, ölçülülük ilkesine uyulmalı ve 15. maddenin 2. Fıkrasında hak ve ilkelerden oluşan çekirdek alana dokunulmamalıdır.²⁴⁰

Anayasa’nın 15. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemde sınırlandırılması anlamında “durdurulması” ifadesi kullanılmıştır. “Sınırlandırma” ile “durdurma” kavramları farklı anlamlar içermektedir. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması hak ve özgürlüğün kullanım alanının sınırlandırılmasını ifade ederken, durdurulması kullanımının tamamen ortadan kaldırılması bir nevi askıya alınmasını ifade etmektedir.²⁴¹ Çalışmamızda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının bir çeşidinin de durdurulması olduğu kanaatini taşıdığımızdan bu bölümde “sınırlandırma” ifadesini kullanmayı tercih ettik.

Anayasa’nın 15. Maddesinde olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasının ilk şartı olarak “savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerden birinin”

²³⁸ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 399,402.

²³⁹ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 214.

²⁴⁰ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 422.

²⁴¹ Mehmet Değirmenci, “Türkiye’de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Genel Çerçevesi”, ETÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi , 10(2020), 54.

mevcut olması gerektiği belirtilmiştir. Bu hallerden birinin mevcut olması halinde temel hak ve özgürlüğün kullanımı tamamen ya da kısmen durdurulabilecektir. Madde metninde bu şartın hemen ardından durdurmanın milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi gerektiği belirtilmiştir.²⁴²Bu ölçüt devletin bir temel hak ve özgürlüğün kullanımını durdurması durumunda uluslararası hukukun genel prensiplerinden ve taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini ihlal etmemesi anlamına gelir. Bu anlamda Türkiye için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin önemli bir yeri vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesinde olağanüstü hallerde uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmamak kaydıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme Anayasa'nın 15. Maddesiyle aynı yönde bir düzenlemedir.²⁴³ Anayasa'nın 15. madde metninde olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesinin şartlarından birinin de “çekirdek alana dokunma yasağı” olduğu belirtilmiştir. Buna göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerden birinin mevcut olması durumunda;

*savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz.

*Kimse din, vicdan düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanmaz.

*Suç ve cezalar geçmişi yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.²⁴⁴

Anayasa olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi için yukarıda bahsedilmiş olan üç şartın haricinde getirilecek olan sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Bu şart çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

²⁴² Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 423.

²⁴³ Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 164, 165, Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 423,424.

²⁴⁴ Anayasa madde 15.

3.3.3.2. Sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması şartı

Anayasa'nın 15. madde metninde olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabileceği belirtilmiştir. Buradaki “durumun gerektirdiği ölçüde ifadesi” sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği anlamına gelmektedir.²⁴⁵Olağanüstü hal döneminde uygulanması gereken ölçülülük ilkesi olağan dönemde uygulanan ölçülülük ilkesi ile aynı anlama gelmektedir. Yani ölçülülük ilkesinin aynı şekilde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Ancak bu üç unsur olağanüstü hal durumu açısından değerlendirilecek, getirilen sınırlamanın olağanüstü hal ilan etme amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu amaca ulaşmak için gerekli olması ve amaç ile araç arasında orantı bulunması gerekecektir.²⁴⁶Ölçülülük ilkesinin unsurları olağanüstü halin gerektirdikleri açısından değerlendirilecektir.²⁴⁷Anayasa Mahkemesi bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir

...Buna göre tedbir, olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikenin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca ulaşılmak istenen amaç doğrultusunda ortaya çıkan kamu yararı ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandıran tedbirin birey üzerindeki olumsuz etkisi arasında orantısızlık bulunmamalıdır.

Ayrıca Mahkeme ölçülülüğün belirlenmesinde hakkın niteliğinin ve sınırlandırmanın yapıldığı zamanının önem taşıdığını belirtmiştir. Örneğin, olağanüstü olayların yaşandığı dönem ile tehlikenin büyük oranda bertaraf edildiği dönem arasında sınırlamanın ölçülü olup olmadığının tespiti açısından fark olacaktır. Mahkemenin ölçülülüğün belirlenmesi hususunda önem taşıdığını ifade ettiği bir diğer husus da müdahale teşkil eden tedbirin süresi kapsamı ve ağırlığıdır.²⁴⁸

Değinilmesi gereken bir diğer husus da 15. madde kapsamındaki ölçülülük ilkesinin olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında geçerli olup olmayacağıdır. Bu noktada hukukçuların büyük bir bölümü 15. maddedeki ölçülülük ilkesinin 13. Madde açısından da geçerli olacağı yönündedir. Bu görüşte olanlardan biri olan Özbudun, olağanüstü durumlarda bile temel hak ve özgürlüklerin

²⁴⁵ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 214.

²⁴⁶ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 426.

²⁴⁷ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, 425.

²⁴⁸ AYM, B. N. 2018/24245, K. T. 8. 10. 2020.

durdurulmasının durumun gerektirdiği ölçüde mümkün olduğu, normal zamanlarda bu durumun evleviyetle geçerli olması gerektiğini belirtmiştir.²⁴⁹

Anayasa Mahkemesi önüne gelen kanunun maddesinin iptali istemiyle yapılan başvuruda kanun maddesinin iptaline karar vermiştir. İptaline karar verilen 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 2. maddesinin 4 numaralı fıkrası şu şekildedir:

Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan ve ekli (2) ve (3) sayılı listelerde yer almayan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanalları, ilgili bakan tarafından oluşturulacak komisyonun teklifi üzerine ilgili bakan onayı ile kapatılır. Bu fıkra kapsamında kapatılan kurum ve kuruluşlar hakkında da üçüncü fıkra hükümleri uygulanır.²⁵⁰

Başvurucu bu kanun maddesinin olağanüstü hal ilanına sebep olan darbe girişiminde bulunan terör örgütüyle sınırlı olmaksızın, milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı ve oluşumları da kapsadığı bu durumun sınırı belirsiz bir alan oluşturduğu, bu şekilde kapatılan radyo televizyon gazete dergi gibi kuruluşların malvarlığına devlet tarafından el konulmasına yol açtığı, bu uygulamanın olağanüstü halin sebep ve amacı dışında olduğu ve olağanüstü halin bitmesinden sonra da etkisinin devam edeceğini ileri sürmüştür. Ayrıca bu durumun mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale olduğunu iddia etmiştir.²⁵¹

Mahkeme kanun maddesinin anayasaya uygunluğunu değerlendirirken Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında değerlendirme yapmıştır. Karar anayasa mahkemesinin 13. maddede yer alan ölçülülük ilkesi ile 15. Maddede yer alan ölçülülük ilkesini hangi durumlarda değerlendirdiğini görebilmek açısından önem taşımaktadır. Mahkeme bu kararda başvurusunun iddiasını doğrular şekilde, kanun maddesinin olağanüstü hal dönemini aşacak şekilde bir uygulamaya yer verdiği için kanun maddesinin ölçülülük unsurunu 13. Madde çerçevesinde değerlendirmiştir. Bununla beraber mahkeme aynı iptal başvurusunda iptal konusu olan başka bir kanun maddesini olağanüstü halin

²⁴⁹ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 214, 215, Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 116.

²⁵⁰ AYM, E. N. 2017/21, K. N. 2020/77, K. T. 24.12.2020.

²⁵¹ AYM, E. N. 2017/21, K. N. 2020/77, K. T. 24.12.2020.

gerektirdiği durumu kapsayacak şekilde bir uygulama alanı söz konusu olması sebebiyle Anayasa'nın 15. Maddesi kapsamında değerlendirmiştir.²⁵²

Anayasa mahkemesi aynı kararda 15. madde kapsamındaki ölçölölük ilkesi hakkında açıklamalar yapmıştır. Mahkeme 15. madde kapsamında ölçölölük ilkesinin, "olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan durum" karşısında ölçölölüğü ifade ettiğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme 15. madde kapsamındaki ölçölölüğün temel hak ve özgürlükleri, 13. madde kapsamındaki ölçölölüğe göre daha fazla kısıtlamaya müsaade ettiğini belirtmiştir.²⁵³ Çalışmada belirttiğimiz gibi, kimi hukukçular tarafından 15. Madde kapsamında ölçölölük ilkesinin normal zamanda da geçerli olabileceği düşüncesi ifade edilmiştir. Bu düşüncenin temeli Anayasa Mahkemesinin bu karardaki değerlendirmesine dayanmaktadır. Bu düşünceye göre 15. madde kapsamında ölçölölük ilkesi daha geniş bir sınırlama alanı tanıdığı için normal zamanda temel hak ve özgürlüğe getirilen bir sınırlama 15. maddedeki ölçölölük ilkesine uygun olmalıdır.

Mahkeme kararında 15. madde kapsamında ölçölölük ilkesinin temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan aracın olağanüstü halin ortaya çıkmasına sebep olan tehlike ya da tehditin ortadan kaldırılması için gerekli ve elverişli olup olmadığını ve bu amaca ulaşmak için orantılı olması anlamına geldiğini belirtmiştir.

254

Anayasa Mahkemesi kararını değerlendirdiğimizde 15. madde kapsamındaki ölçölölük ilkesinin olağanüstü hal durumuna sıkı sıkıya bağlı olduğunu görmekteyiz. Bu madde kapsamında temel hak ve özgürlüğe getirilecek olan sınırlamanın ölçölölü olabilmesi için, bu sınırlamanın olağanüstü hal durumuna sebep olan durumun ortadan kaldırılması amacına ulaşmak için gerekli ve elverişli olması gerektiği gibi, amaç ile arasında bir orantının da bulunması gerekmektedir. Ölçölölük ilkesinin temelini oluşturan amaç ve araç arasındaki ilışkideki amaç unsurunun yerini burada olağanüstü halin gerektirdiği durumun ortadan kaldırılması almaktadır. Ayrıca ölçölölük ilkesinin üç temel unsuru olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık burada olağanüstü halin gerektirdiği durum içerisindeki anlamlarıyla değerlendirilmektedir.

²⁵² AYM, E. N. 2017/21, K. N. 2020/77, K. T. 24.12.2020.

²⁵³ AYM, E. N. 2017/21, K. N. 2020/77, K. T. 24.12.2020.

²⁵⁴ AYM, E. N. 2017/21, K. N. 2020/77, K. T. 24.12.2020.

4. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

4.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi

4.1.1. Genel Olarak

Uluslararası bildiri ve belgeler insan haklarının korunması açısından büyük önem taşımaktadır. Türkiye için İnsan hakları açısından önem taşıyan belgelerin başında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gelmektedir.²⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan hakları ihlallerini önlemek için 1949 yılında hazırlanarak 1950 yılında 12 devlet tarafından imzalanmıştır. Sözleşmeyi imzalayan devletler arasında Türkiye de bulunmaktadır. 1953 yılında yürürlüğe giren sözleşme insan hakları açısından bireye uluslararası anlamda güvence oluşturması itibarıyla büyük önem taşımaktadır.²⁵⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının korunmasına ilişkin olarak yapılan düzenlemelere kıyasla daha ayrıntılı, etkili ve bağlayıcı olması itibarıyla ön plana çıkmaktadır. Ayrıca sözleşme insan haklarının korunması anlamında bölgesel düzenlemelerin en eskisidir. İmzalandığı ilk haliyle 66 maddeden oluşan sözleşme zamanla yeni hakların eklenmesiyle genişlemiş ve 16 protokol eklenmiştir. Bugün bu sözleşmeye taraf olan 47 devlet vardır.²⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini insan haklarının korunmasına yönelik diğer sözleşmelerden ayıran özellikler vardır. Bu özelliklerden biri uluslararası hukukun gelişiminde önemli bir basamak olan, bireylerin uğradıkları hak ihlallerini bireysel olarak uluslararası alana taşıyarak bireylerin uluslararası hukukun bir öznesi konumuna gelmesidir. Sözleşmenin bir diğer özelliği ise etkin bir bireysel başvuru mekanizmasını devreye sokmuş olmasıdır. Bu mekanizma sözleşmeyi diğer metinlerden daha etkin hale getirmektedir.²⁵⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de Anayasa da olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından belli ölçütler belirlenmiştir. Sözleşmeye göre

²⁵⁵ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 140.

²⁵⁶ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 216.

²⁵⁷ Ahmet Güneş, İnsan hakları Hukukuna Giriş (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 348

²⁵⁸ Ahmet Güneş, İnsan hakları Hukukuna Giriş, 349.

olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için sınırlandırma kanuna uygun olmalı, kanunda öngörülen amca hizmet etmeli ve demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır. Bunlar genel sınırlama sebepleri olarak kabul edilebilir.²⁵⁹ Bununla beraber temel hak ve özgürlükler için sözleşme maddeleri özelinde öngörülen sınırlama sebepleri de mevcuttur. Örneğin sözleşmenin 5. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yasanın öngördüğü usule uygun olarak belirli hallerde sınırlandırabileceği düzenlenmiştir. Bu haller arasında kişinin yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında tutulması, kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulması gibi durumlar da zikredilmiştir. Genel sınırlama sebeplerine sözleşmenin farklı maddelerinde de yer verilmiştir. Örneğin sözleşmenin 18. maddesinde bir temel hak ve özgürlüğe getirilen sınırlamanın öngörülen amaç dışında kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Yani sınırlamanın meşru bir amaca hizmet etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine göre olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sözleşmenin 15. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir tehlikenin mevcut olması, ölçülülük ilkesine uygun olması, milletler arası hukukun getirdiği sorumluluklara aykırı olmaması ve çekirdek haklara dokunmaması gerekmektedir. Bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesinin, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nı 15. maddesiyle paralel olduğu söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için hem olağanüstü hem de olağan dönemde ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmelidir. Bunu sözleşmenin 14, 15, 8-11 maddeleri ve 1. Protokolün 1. maddesinden anlamak mümkündür. Bu maddelerin ölçülülük ilkesi açısından ifade ettiği anlam çalışmamızda incelenecektir.

²⁵⁹ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 141.

4.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 15

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 15. maddesinde “Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma” başlığı altında olağanüstü hal dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması düzenlenmiştir. Düzenlemede bir temel hak ve özgürlüğün olağanüstü hal döneminde sınırlandırılabilmesinin koşullarından birinin de “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” olduğu belirtilmiş ve bu ifadeyle ölçülülük ilkesi kastedilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 15. maddesinde sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerden sapma uygulamalarında kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüden sapılmaması gerektiği, yani ölçülülük ilkesine uyulması gerektiğine yer verilmiştir.²⁶⁰ Burada yer verilen durumun gerektirdiği ölçüde ifadesiyle sözleşmenin anlatmak istediği alınan tedbir ile tehlike arasında bulunması gereken orantıdır.²⁶¹ Diğer bir ifadeyle bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasıyla ulaşılması hedeflenen amaç ile sınırlandırma aracı arasında bulunması gereken orantıdır. Bu orantı ölçülülük ilkesini ifade etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletlere 15. madde kapsamında takdir marjı tanımaktadır. Mahkeme İrlanda Birleşik Krallık kararında devletlerin varlıklarını tehdit eden durumların söz konusu olabileceği, böyle durumlarda tehlikenin üstesinden gelebilmek için alınacak olan tedbirlerde devletin uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumda olduğunu belirtmiştir.²⁶² Görülmektedir mahkeme devletlerin olağanüstü dönemlerde alacakları tedbirlere kendilerinin karar vermesini öngörmektedir.²⁶³ Bu maddeye göre devletlerin olağanüstü dönemlerde tehdit veya tehlikenin bertaraf edilebilmesi için alınacak olan önlemler açısından bir takdir alanı vardır. Mahkeme kararında da belirtildiği üzere her devlet kendisine tanınan bu takdir marjını adil bir şekilde kullanmalı ve temel hak ve özgürlükler açısından ölçülü bir sınırlamaya gitmelidir.

²⁶⁰ Rona Aybay, İnsan Hakları (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019), 164.

²⁶¹ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 214, 215, Münci Kapani, İnsan haklarının uluslararası boyutları (Ankara: Bilgi Yayınevi, 1991), 115.

²⁶² AİHM, Ireland v. the United Kingdom, B. N. 5310/71. K.T. 10/09/2018. Paragraf, 41.

²⁶³ Erdoğan Keskin, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69/3(2020):1382.

4.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 14

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 14. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Madde metninde sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın cinsiyet, ırk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi bir başka duruma bağlı olarak hiçbir ayrımcılık gözetmeksizin sağlanması gerektiği belirtilmiştir.²⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının temelinde eşitlik ilkesi vardır. Madde haklardan yararlanmada eşitliğin sağlanması ve böylelikle ayrımcılığın önlenmesini amaçlamaktadır.²⁶⁵

Sözleşmede düzenlenen ayrımcılık yasağı diğer haklarla beraber bir anlam ifade eder.²⁶⁶ Belirtildiği gibi ayrımcılık yasağı sözleşmede güvence altına alınmış olan haklardan kişilerin eşit bir şekilde yararlanmasını sağlar, dolayısıyla diğer bir hakkın varlığına ihtiyaç duyar. Örneğin kişilerin ifade hürriyetinden yararlanmasında kişilere farklı bir muamele söz konusuysa sözleşmenin 10. maddesi, 14. madde ile bağlantılı olarak ihlal edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 14. madde bağlamında ayrımcılık yasağının ihlalini tespit ederken, eşitsiz bir muamelenin varlığı halinde diğer hususları araştırmaksızın ihlal kararı vermez. Mahkeme farklı muamelenin olduğunun tespitini yaptıktan sonra bu muamelenin meşru bir amaca yönelik olup olmadığının araştırmasını yapar. Bu araştırma neticesinde meşru bir amaca dayanmayan bir farklı muamele ayrımcılık yasağını ihlal edecektir. Mahkeme meşru bir amacın varlığını tespit ettiyse, bu amacın kullanılan araç ile orantılı olup olmadığını değerlendirir.²⁶⁷ Bu husus ayrımcılık yasağının ölçülülük ilkesi ile ilişkisini ortaya koymaktadır. Yani ayrımcılık yasağı kapsamında kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki orantı çerçevesindeki değerlendirme ölçülülük değerlendirmesidir. Bu nedenle ölçülülük ilkesi ayrımcılık yasağı açısından önemli bir boyutu ifade eder.

²⁶⁴ AIHS MADDE 14.

²⁶⁵ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 84.

²⁶⁶ Şennur Ağırbaşı, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel eşitlik İlkesine (Ankara: Seçkin, 2009), 42.

²⁶⁷ Bilge Esin Kibar, “Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010), 81, 82.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Summerfeld Almanya kararında sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucu evlilik birliği dışında doğan M'nin babasıdır. Başvurucu ve M'nin annesi M doğduğunda birlikte yaşamaktadırlar. Ancak M doğduğundan altı yıl sonra ayrılmışlardır. Ayrıldıktan sonra M'nin annesi başka birisiyle evlenmiş ve M'nin babasıyla görüşmesini yasaklamıştır. Bunun üzerine başvuru, M 9 yaşındayken kızını görmesine izin verilmesi için mahkemeye ilk kez başvurmuştur. Mahkeme, araştırmaları neticesinde M'nin babasıyla görüşmek istemediği kanaatine vararak başvurunun talebini reddetmiştir. Başvurucu ilk başvurusundan üç yıl sonra tekrar mahkemeye başvurmuş ve mahkeme yaptığı araştırma neticesinde M'nin artık kendi kararlarına verebilecek yaşta olduğunu babasıyla görüşmeyi istemediği gerekçesiyle başvurunun talebini reddetmiştir. Başvurucu bunun üzerine Anayasa Mahkemesine başvurmuş ve talebinin Anayasa Mahkemesince de reddedilmesi üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.²⁶⁸ Mahkeme başvuruyu 14. madde çerçevesinde değerlendirmiştir. Öncelikle 14. maddenin tamamlayıcı bir niteliğe sahip olduğu belirtmiş ve olayla ilgili olarak herhangi bir ayrımcılığın olup olmadığını, 14. madde ile bağlantılı olarak 8. maddenin ihlal edilip edilmediğini tespit etmiştir. Alman medeni kanununda evlilik birliği içinde olup da boşanmış babanın çocuğuyla görüşmesi ile evlilik birliği dışında ayrılmış babanın çocuğuyla görüşmesi farklı maddelerde düzenlenmiştir. Burada iki farklı muamele söz konusudur. Evlilik birliği dışında doğmuş olan çocuğun babası ile görüşmesi çocuğun yararına göre sınırlandırılabilir. Evlilik birliği dışında ayrılmış babanın çocuğuyla görüşebilmesi boşanmış babaya göre daha zor koşullara bağlanmaktadır. Bu nedenlerle mahkeme başvurucuya karşı ayrımcı bir muamelenin olduğunu tespit etmiştir. Sözleşmenin 14. maddesine göre farklı muamelenin ayrımcılık teşkil edebilmesi için bu muamelenin meşru bir amaca dayanmaması veya kullanılan araç ile amaç arasında orantı bulunmaması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme mevcut olayda ayrımcılığa gerekçe olarak ciddi bir sebebin ortaya konulmasını, yani meşru bir amacın mevcut olması gerektiğini belirtmiştir. Olayla ilgili yapılan değerlendirmede farklı muamele açısından meşru bir amacın söz konusu

²⁶⁸ AİHM, Sommerfeld v. Germany. B. N. 31871/96. K.T. 8.7.2003.

olmaması sebebiyle 14. Maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararı incelendiğinde görülmektedir ki farklı muamelenin 14. Madde kapsamında ayrımcılık yasağını ihlal etmesi için bu muamelenin meşru bir amaca dayanmaması, eğer meşru bir amaca dayanıyorsa bu amaç ile araç arasında orantı bulunmaması gerekir. Mahkeme burada öncelikli olarak meşru amacın varlığını incelemiş ve meşru amacın olmadığını tespit etmiştir. Eğer meşru amacın var olduğu kanaatine ulaşıyorsa bu durumda ölçülülük açısından değerlendirmede bulunacaktı.

Mahkemenin ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair verdiği bir diğer karar Belçika Eğitim Dili Davasıdır. Başvurucular Belçika uyruğuna sahip ailelerdir. Aileler çocuklarının Fransızca eğitim almasını talep etmektedir. Başvuruda imzası bulunan altı başvurucunun şikâyetleri farklı noktalara değinse de benzer nitelik taşımaktadır. Başvurucular bulundukları bölgede Fransızca eğitim alınmasının sağlanmadığından, Fransızca eğitim veren belirli bölgelerdeki okullara kabul edilmediklerinden şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin birinci protokolünün ikinci maddesiyle bağlantılı olarak 14.maddenin ihlal edilip edilmediğini değerlendirmiştir. Anadili Almanca olan çocuklara Almanca eğitim verildiği ancak anadili Fransızca olan çocukların Fransızca eğitimin desteklenmeyerek o bölgelerde de Almanca eğitim verilmesi sebebiyle ayrımcı bir muamelenin olduğunu tespit edilmiştir. Mahkeme bu ayrımcı muamelenin devletin eğitimde birliği sağlamak, tüm okulların devlete bağlılığını sağlayarak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapıldığını tespit etmekle birlikte, kullanılan amacın araç ile orantılı olmadığını belirterek, 14. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁷⁰

4.1.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8-11

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 8. maddesi özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenlemiştir. Madde metninde herkesin aile ve özel hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmiş ve bu hakkın hangi koşullarda

²⁶⁹ AİHM, Sommerfeld v. Germany, B. N. 31871/96. K.T. 8.7.2003, Paragraf 92.

²⁷⁰ "Relating To Certain Aspects of The Laws On The Use Of Languages In Education In BELGIUM (MERITS), B. N. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64. K.T. 23.7.1968, Paragraf 42.

sınırlandırılabilceği dñzenlenmiřtir. Madde metnine gñre özel ve aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılması demokratik bir toplumda ancak belirtilen sebeplerle mümkün olabilir.²⁷¹ Burada konumuz açısından önem taşıyan ifade “demokratik toplum” ifadesidir. İkinci bölümde Türk Anayasası ve Türk Anayasa Mahkemesi kararları kapsamında demokratik toplum gereklerine uygunluk ile lllk ilkesi arasındaki bağlantıyı ifade etmiştik. Bu bölümde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ışığında bu bağlantıya değineceğiz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında mahkeme bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediğine karar verirken en son ölçüt olarak sınırlandırmanın demokratik toplum gerekleri ve lllk ilkesine uygun olup olmadığını değerlendirmektedir. Mahkemenin kararlarında “demokratik toplumda gerekli olma” ilkesi sınırlandırmanın toplumsal bir ihtiyaı karşılama açısından gerekli olması ve izlenen amaç ile orantılı olması anlamına gelir.²⁷² Bu anlamda mahkeme demokratik toplumun gerekleri ilkesi kapsamında lllk ilkesini de değerlendirmektedir. Sınırlandırmanın demokratik toplum için gerekli olup olmadığını saptamakla birlikte, lllk ilkesinin diğer iki ilkesi olan amacın araç ile orantılı olması ve aracın amacı gerçekleştirme açısından elverişli olmasını da değerlendirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Maslov Avusturya kararında sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. İlgili kararda, başvurucu altı yaşındayken ailesiyle beraber Bulgaristan’dan Avusturya’ya göç etmişler ve orada yaşamaya başlamışlardır. Başvurucu suç işlemesi üzerine tutuklanmış ve daha sonrasında hapis cezasına çarptırılmıştır, cezasının sona ermesinden sonra tekrar suç işleyerek hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Bunun zerine Viyana Emniyet Genel Müdürlüğü başvurucunun kamu yararının sağlanması amacıyla suçun önlenmesi için sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Başvurucu bu karar zerine Bulgaristan ile herhangi bir bağlantısı olmadığını, altı yaşından beri Avusturya’da yaşadığını belirterek İdare Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesinin başvurusunu geri çevirmesi zerine, Avrupa İnsan hakları Mahkemesine başvuru yapmıştır. Mahkeme öncelikle iç hukuk ve uluslararası hukuka dair dñzenlemeleri incelemiş daha sonra kişinin ailesinin yanından ayrılmasına yol açacak bu durumun

²⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8.

²⁷² Gülay Arslan nc, zel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Avrupa Konseyi, 2019, 159.

aile hayatına müdahale kapsamında değerlendirmesi sebebiyle sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirmiştir. Bu kapsamda mahkeme özel ve aile hayatının sınırlandırılmasının meşru bir amaca yönelik olup olmadığının değerlendirilmesini yapmış ve “suçun önlenmesi” amacının meşru bir amaç olduğunu belirterek tartışmaya gerek duymamıştır. Mahkeme meşru amaç unsurunu değerlendirdikten sonra bu amaca ulaşılması için kullanılan aracın “demokratik toplum” düzeninde gerekli olup olmadığını değerlendirmiştir. Demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük kapsamında yapmış olduğu değerlendirmede kişinin aile hayatı hakkı ile bu sınırlamayla ulaşılmak istenen kamu yararı arasında adil bir dengenin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme aile ve özel hayata saygı hakkına getirilen sınırlamanın ölçülülük ilkesi ve demokratik toplum gereklerine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.²⁷³

Maslov Avusturya kararında görüldüğü üzere mahkeme sınırlamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını araştırmıştır. Nitekim Sözleşmenin 8. maddesinde özel ve aile hayatına saygı hakkına getirilecek olan bir sınırlamanın ulusal güvenlik, kamu güvenliği ve suçun önlenmesi gibi meşru bir amaca dayanması gerektiği yer almaktadır. Bu meşru amacın varlığını tespit ettikten sonra ise demokratik bir toplum düzeninde ulaşılmak istenen bu amaç ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki orantıyı değerlendirmiştir. Meşru amaç ile araç arasındaki orantı değerlendirmesi ölçülülük ilkesi kapsamında yapılan bir değerlendirmedir. Bu anlamda mahkemenin sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde ölçülülük ilkesine uygunluk değerlendirmesi yaptığı söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesiyle benzer olarak, düşünce vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinde, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinde ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesinde, demokratik toplum gereklerine uygun olma şartı yer almıştır. Böylelikle sözleşmenin bu maddelerinde de ölçülülük ilkesine yer verildiği söylenebilir.

²⁷³ AİHM, Maslov v. Austria B.N. 1638/03. K. T. 23.6. 2008. Paragraf, 76.

4.1.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Madde 17

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin bazı maddeleri ölçülülük ilkesi açısından doğrudan bir pozitif bir dayanak niteliğindeyken bazı maddeleri ise dolaylı olarak ölçülülük ilkesinin pozitif dayanağı niteliğindedir. Dolaylı olarak ölçülülük ilkesini içeren maddelerden ikisi de sözleşmenin 17. ve 18. maddeleridir. Sözleşmenin 17. maddesine göre sözleşme hükümlerinin temel hak ve özgürlüğe getirilecek olan sınırlama konusunda sözleşmede öngörülenden daha geniş bir şekilde yorumlanamayacağı yer almıştır. Avrupa İnsan hakları Mahkemesi bu madde kapsamında ölçülülük ilkesine başvurmuştur.²⁷⁴ Sözleşmenin 18. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklere getirilecek olan sınırlandırmanın öngörülen amaç dışında kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Madde metninde bahsedilen öngörülen amaç ifadesi ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan gereklilik ilkesiyle dolaylı bir şekilde ilişkilidir. Öngörülen amaçtan sapma ise ölçülülük ilkesinin diğer unsurları olan orantılılık ve elverişlilik unsuruna zarar verecektir.²⁷⁵ Dolayısıyla sözleşmenin bu maddesi de dolaylı olarak ölçülülük ilkesi açısından pozitif bir dayanak olmaktadır.

4.1.6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1. Protokolün 1. Maddesi

Mülkiyet hakkını düzenleyen sözleşmenin birinci protokolünün birinci maddesinde, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda madde metninde bahsedilen kamu yararı ile kişinin bireysel yararı arasında “adil denge” unsurunun mevcut olup olmadığını değerlendirmektedir.²⁷⁶ Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmeyeyle temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması ile ulaşılmak istenen kamu yararı ile bu sınırlandırma ile bireyin uğrayacağı kayıp ya da katlanacağı külfet arasında bir orantının olup olmadığını tespit etmeye çalışmaktadır.²⁷⁷ Bu anlamda mahkeme adil denge unsuruyla bağlantılı olarak bir ölçülülük değerlendirmesinde bulunmaktadır. Mülkiyet hakkının düzenlenmiş olduğu bu madde de ölçülülük

²⁷⁴Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 85.

²⁷⁵Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 159.

²⁷⁶Burak Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi”, 25.

²⁷⁷Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 160.

ilkesine yer verilmemektedir. Ancak mahkemenin vermiş olduğu kararlarda dolaylı olarak bu değerlendirmenin yapıldığını görmekteyiz.

Mahkemenin adil denge kavramına değindiği kararlardan bir tanesi de Elif Kızıl Türkiye Davasıdır. Başvurucu tarafından Kırşehir ilinden bir arazi satın alınmış, satış ilan edilerek başvuru adına satış belgesi düzenlenmiştir. Daha sonrasında satın alınan arazinin, kadastro işlemleri sırasında başvurucunun satın aldığı kişinin babasının üzerine kayıtlı olduğu ve bu araziye kimliği belirlenemeyen bir şahsa sattığı anlaşılmıştır. Bunun üzerine arazi Hazine adına tescil edilmiştir. Kadastro işlemi iki ay boyunca o bölgede ilan edilmiştir. Başvurucu Kadastro işleminin gerçekleştiği tarihten yaklaşık 28 yıl sonra yetkililerin kendisine sözlü bir şekilde ifade etmeleriyle arazinin hazine adına tescil edildiğini öğrenmiştir. Bunun üzerine başvuru satın aldığı tarihten itibaren araziye kullandığını belirtmiş ve arazinin kendi adına tescilini talep etmiştir. İdare bu talebi reddetmiş, başvurucunun taşınmazı işgal ettiği gerekçesiyle başvuru aleyhine tazminata hükmetmiştir. Bunun üzerine başvuru iç hukuk yollarını tüketerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.²⁷⁸

Mahkeme başvuru ile ilgili olarak yapmış olduğu değerlendirmede mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın sözleşmeye uygun olabilmesi için, toplumun menfaatiyle bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir denge olması gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda bu adil denge unsurunu araştırdığında ise, devletin kişilerin mülkiyet hakkından yaralanmasını sağlama noktasında pozitif yükümlülüğünün olduğunu ancak somut olayda devletin bu pozitif yükümlülüğü yerine getirmediği bundan dolayı adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğuna karar vermiştir.²⁷⁹

Mahkeme kararı dikkate alındığında görülmektedir ki, mülkiyet hakkının korunması anlamında bireyin menfaati ile kamu menfaati arasında bulunması gereken orantı anlamına gelen “adil denge” kavramı büyük önem taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesine yaparken adil dengenin bireyin aleyhine bozulup bozulmadığına dikkat etmekte, bireyin aleyhine bozulduğuna karar vermesi durumunda da hakkın ihlal edildiğine karar vermektedir.

²⁷⁸ AİHM, Elif Kızıl Türkiye, B. N. 4601/06. K. T. 24.3.2020. Paragraf 94. Çvr, T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi.

²⁷⁹ AİHM, Elif Kızıl Türkiye, B. N. 4601/06.

4.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Avrupa İnsan hakları sözleşmesinin farklı maddelerinde doğrudan ya da dolaylı olarak ifade edilen ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında değerlendirilen önemli bir ölçüttür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kararında devletlerin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken bu ilkeye uygun bir sınırlandırma yapıp yapmadığını değerlendirmiş, bir kısım kararlarında da ilkenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Çalışmamızın bu bölümde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karar örnekleri üzerinden, mahkemenin ilkeyi değerlendiriş şekli incelenecektir.

Mahkeme, Dickson ve Birleşik Krallık kararında başvuruya konu olan hak ile ilgili olarak ölçülülük değerlendirmesinde bulunmuştur. 1972 ve 1958 doğumlu olan başvurucular cezaevinde mahkûmlar için oluşturulmuş iletişim ağı içerisinde tanışmışlardır. 1972 doğumlu olan birinci başvurucu adam öldürme suçundan ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır ve en erken tahliye olabileceği tarih 2009'dur. 1972 doğumlu bir kadın olan ikinci başvurucu serbest kaldıktan sonra, 2001 yılında başvurucular evlenmişlerdir. Başvurucular ortak bir çocuk sahibi olmak istemektedirler ancak birinci başvurucunun en erken serbest kalacağı tarih ve ikinci başvurucunun yaşından dolayı çocuk sahibi olabilmeleri suni döllenme ile mümkün görünmektedir. Bu nedenle başvurucular 2003 yılında Bakanlığa başvuru yapmışlardır. Bakanlık başvurucuların cezaevi ortamında tanışarak evlendiğini bu nedenle dış ortamda uyumlarını ölçme imkânlarının olmadığını, ebeveynlerin bir çocuğun uygun bir ortamda yetişmesini sağlayabilecek imkândan yoksun olmaları ve çocuğun hayatının en önemli evrelerinde babasının yanında olmayacağını gerekçe göstererek başvuruyu reddetmiştir. 2004 yılında başvurucular Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlar ve başvuruları kabul edilmemiştir.²⁸⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuru ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmede, başvurucuların şikâyetlerinin sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğini, zira başvurunun özünde genetik ebeveyn olma kararına saygı hakkı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, kişinin yararı ile kamunun yararı arasındaki

²⁸⁰ AİHM, Dickson ve Birleşik Krallık Kararı, K. T. 4.12.2007. B. N. 44362/04. Paragraf 85. Çvr, T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi.

çatışmaya değinmiştir. Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde değindiğimiz gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ulaşılmak istenen bir meşru amaç vardır. Sınırlandırmayla kamu yararını sağlamak hedeflenir. Kamu yararı karşısında ise bireyin yararı yer alır. Sınırlandırmayla birlikte bireyin temel hak ve özgürlüğüne yapılan müdahale bireyin yararını zedeler. Bu durumda birey yararı ile kamu yararı çatışmalı bir şekilde konumlanır. Mahkeme de bu iki yararın arasında bulunması gereken adil dengenin değerlendirmesini yapmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi adil denge değerlendirmesi ölçülülük ilkesi ile bağlantılı bir değerlendirmedir. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede çocukların uygun bir ortamda yetiştirilmesi suretiyle sağlanacak olan kamu yararı ile bireyin genetik ebeveyn olması arasında adil bir dengenin bulunmadığı, dolayısıyla sınırlandırmanın ölçülü olmadığına karar vermiştir.²⁸¹

Mahkemenin ölçülülük ilkesini değerlendirdiği bir diğer kararı olan PENTIKÄINEN /FİNLANDİYA kararında başvuru bir gazetecidir. Başvuru Helsinki’de düzenlenecek olan Asya-Avrupa zirvesine karşı yapılan protestoları kameraya almak ve raporlamakla görevlendirilmiştir. Polisin gösteriye müdahale etmesiyle başvuru gazeteci olduğunu ifade etmesine rağmen gözaltına alınmış ve bir süre gözaltında tutulmuştur. Sorgulama işlemi yapıldıktan sonra serbest bırakılan başvurunun yargılaması devam etmiş ve Finlandiya Bölge mahkemesi tarafından suçlu bulunmuştur. Daha sonrasında başvurunun bu karara karşı yapmış olduğu temyiz başvurusu reddedilmiştir.²⁸²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi somut olay ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmede sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ihlal edilip edilmediğini incelemiştir. Mahkeme öncelikle başvuranın ifade özgürlüğüne bir müdahalenin olup olmadığını değerlendirmiş ve polis müdahalesi sebebiyle gazetecinin görevini yerine getirememesinden dolayı başvuranın ifade özgürlüğüne bir müdahalenin var olduğu kanaatine varmıştır. Daha sonrasında müdahalenin yasayla öngörüldüğü ve meşru bir amaçla yönelik olduğu tespitini yapan mahkeme, bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususuna değinmiştir.²⁸³

²⁸¹ AİHM, Dickson ve Birleşik Krallık Kararı, B. N. 44362/04.

²⁸² AİHM, Pentikäinen /Finlandiya B. N. 11882/10. 20.08. 2015. Paragraf 91.

²⁸³ AİHM, Pentikäinen /Finlandiya , B. N. 11882/10. Paragraf 91.

Mahkeme basının demokratik toplumdaki önemine, kamu menfaatini ilgilendiren konularda bilgi ve düşünceleri yayma sorumluluğuna değinmiştir. Bununla beraber kamunun da bilgi alma hakkının varlığından bahsetmiştir. Somut olayda mahkemenin değerlendirmesinde iki kamusal menfaat söz konusudur. Bu menfaatlerden bir tanesi kamu düzeninin sağlanması noktasında gösteriye müdahale eden polisin menfaati ve kamuyu ilgilendiren bir konu hakkında bilgi alma hakkı kapsamında kamunun menfaatidir. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olabilmesi için bu iki menfaat arasında adil bir dengenin sağlanması, amaç ile araç arasında orantının bulunması gereklidir. Mahkeme adil denge ve orantı unsuru ile ilgili olarak yapmış olduğu değerlendirmede yapılan müdahalenin gerekçelendirildiğini ve basının görevini yapmasına kasten engel olunmadığı ve bu nedenle çatışan menfaatler arasında adil bir dengenin olduğu, netice itibariyle demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna varmıştır.²⁸⁴

Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Türkiye kararında da ölçülülük ilkesine aykırılık sebebiyle ihlal kararı vermiştir. 1995 yılında kurulan Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası Türkiye'nin farklı illerinde faaliyet göstermektedir. Sendikanın tüzüğünün 2001 yılında değiştirilen; "Toplumun bütün bireylerinin, temel insan hakları ve özgürlükleri doğrultusunda, herkesin kendi anadilinde, cins ayrımcı olmayan, eşit demokratik, laik, bilimsel, parasız ve kamusal nitelikli eğitim görmesini savunur." Maddesinde yer alan "anadilinde" ifadesi sebebiyle sendikaya kapatma davası açılmıştır. Yargılama neticesinde sendikanın kapatılmasına gerek görülmemiştir ancak sendika tüzük maddesini "Toplumun bütün bireylerinin, temel insan hakları ve özgürlükleri doğrultusunda, demokratik, laik, bilimsel, parasız eğitim görmesini savunur" şeklinde değiştirmek zorunda kalmıştır.

Başvurucu tüzük maddesini değiştirmek zorunda kalmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde düzenlenen dernek kurma özgürlüğüne aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede dernek kurma özgürlüğüne müdahalenin var olduğunu tespit etmiş ve bu müdahalenin düzeni savunma ve milli güvenliği sağlama gibi meşru amaçlara hizmet ettiğini ve kanunla öngörüldüğünü belirtmiştir. Mahkemenin kanunla öngörülme ve meşru amaç dışında dikkate aldığı ve ölçülülük açısından değerlendirdiği bir diğer husus da müdahalenin

²⁸⁴ AİHM, Penttinen /Finlandiya, B. N. 11882/10. Paragraf 91.

demokratik toplumda zorunlu olmasıdır. mahkeme demokratik toplumda zorunluluk ile ilgili yapmış olduğu değerlendirmede, anadilleri Türkçe dışında olan vatandaşların anadilinde eğitim görmesinin milli güvenlik açısından herhangi bir tehdit oluşturmadığı belirtmiş ve ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantısızlık olduğuna, sınırlamanın demokratik toplumda zorunluluk ölçütüne uygun olmadığına karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu Eminağaoğlu Türkiye davasında başvurunun yargı mensubu olarak bulunmuş olduğu ifadelerden dolayı kendisine uygulanan yaptırım sebebiyle ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak ölçülülük değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkeme bulunmuş olduğu bu değerlendirmede ifade hürriyetine yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı, müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu değerlendirme kapsamında mahkeme kararın 120. Paragrafında müdahalenin amaç ile orantılı olup olmadığının değerlendirmesinin yapılırken kişinin görevli bulunduğu makamın önem taşıdığını belirtmiştir. Mahkeme orantılılık değerlendirmesinde 148. Paragrafta müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygun olmadığına, hükümetin kişinin bu ifadeleri ile yargı mesleğinin şerefini zedelediğini gerekçelendiremediğine karar vermiştir. Dolayısıyla müdahalenin orantılı olmadığı sonucuna varmıştır.²⁸⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu Sağdıç Türkiye Kararında ise yine ölçülülük değerlendirmesinde bulunmuştur. Başvuran kendisi hakkında yazılan gazete yazıları ile ilgili olarak özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme kararın 30. Paragrafında kişinin özel hayatının korunması hakkı ile ifade hürriyeti arasında adil bir denge olması gerektiğine vurgu yaparak somut olay açısından bu adil dengenin mevcut olup olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkeme yapmış olduğu bu değerlendirmede kararın 46. paragrafında dengenin kişi aleyhine bozularak kişinin sözleşmenin 8. Maddesinde yer alan özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁸⁶

²⁸⁵ AİHM, Eminağaoğlu Türkiye, B. N. 76521/12. K.T. 9.3.2021. Çvr, T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi.

²⁸⁶ AİHM, Sağdıç Türkiye, B. N. 9142/16. K.T. 9.2.2021. Çvr, T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi.

AİHM bir yargıcın meslekten çıkarılması ile ilgili olarak vermiş olduğu XHOXHAI/ARNAVUTLUK kararında ölçülülük değerlendirmesinde bulunmuştur. Başvuran mal beyanı beyannamesi kanununa aykırı davranışı nedeniyle meslekten çıkarama yaptırımına tabi tutulmuştur. Başvuranın iddialarından bir tanesi de uygulanan bu yaptırımın sözleşmenin 8. Maddesinin ihlali niteliğinde olduğudur. Mahkeme bu kapsamda 8. Maddesinin ihlali ile ilgili olarak yapmış olduğu değerlendirmede kararın 402. Paragrafında müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirmesinde müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesi ve meşru amaç ile orantılı olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kapsamda somut olayın değerlendirilmesinde müdahalenin ulaşmak istenen meşru amaç ile orantılı olduğu kararına varmıştır.²⁸⁷

²⁸⁷ AİHM, XHOXHAI/Arnavutluk , B. N. 15227/19. Çvr, T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi.



5. SONUÇ

Hukuk devletinin niteliklerinden olan demokrasinin, ölçülülük ilkesinin varlık bulmadığı bir hukuk sisteminde sağlanabilmesi mümkün değildir. Ölçülülük ilkesi hukukun hemen her yaptırımında kendi göstermektedir. Çalışmamızda ölçülülük ilkesinin anayasa hukuku açısından ifade ettiği anlam ve bu kapsamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki uygulaması ayrıntılı olarak incelenmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kendini hukuk devleti olarak nitelendiren hemen her ülkede belirli ölçütler çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu ölçütlerden en önemlileri arasında hiç şüphesiz ki ölçülülük ilkesi de bulunmaktadır. Öyle ki, uluslararası anlamda temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki mekanizmalardan biri olan AİHM'ne yapılan başvurularda ölçülülük ilkesi mahkeme tarafından dikkate alınan önemli bir kriteri oluşturmaktadır. Nitekim çalışmamızda da farklı karar örneklerinde bu durum açık bir şekilde görülmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında önemli bir ölçüt olarak kabul edilen ölçülülük ilkesinin incelendiği bu çalışmada ilkenin Türk Anayasalarındaki yer buluş şekli ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki değerlendiriliş biçimine yer verilmiştir. Böylelikle ilkenin Türk hukukundaki uygulamasının açıklanması amaçlanmıştır. Çalışmanın sonunda ölçülülük ilkesinin ulusal ve uluslararası hukukta önemli bir yer tuttuğu, uygulamada dikkate alınan bir ilke olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca Türk hukukundaki uygulamasının uluslararası yargı mercilerindeki uygulanış şekli ile paralellik gösterdiği sonucuna varılmıştır.

Ölçülülük ilkesi hem Türk hukukundaki hem de karşılaştırmalı hukuktaki ele alınış şekli itibarıyla elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç temel ilkeyi bünyesinde barındırmaktadır. İlkenin bu alt unsurlarına ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarında da yer verilmektedir. Bu ilkelerin ölçülülük ilkesinin çatısını oluşturan ilkeler olduğu ve yargı mercilerine ilkeye uygunluk değerlendirmesi yapılırken bir yol çizerek bir nevi metot oluşturduğu görülmüştür.



KAYNAKLAR

- Ağırbaşı, Şennur. Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine. Ankara: Seçkin, 2009.
- Aida Grgić, Mataga Zvonimir, Longar Matija ,Vilfan Ana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı. Çevr. Özgür Heval Çinar, Abdülcelil Kaya. Belçika: İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 2007.
- Akkurt. Melih, Sheida, Javakdhani. İslam Hukuku ve Türk Danıştay Kararları Işığında İdari Yaptırımlara Egemen Olan İlkeler ve Enerji Piyasasında Düzenlenen İdari Yaptırımlar. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aksar, Yusuf. Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk -2. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Alexy, Robert. “Constitutional Rights and Proportionality”, Revus, 2014:22. S. 697, 721.
- Anayurt, Ömer . Toplantı Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplantı Hürriyeti. İstanbul: Kazancı Kitapevi, 1998.
- Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, Çevr. İbrahim Ermenek. Ankara: Seçkin hukuk, 2018.
- Andelković, Luka .“The Elements Of Proportionality As A Principle Of Human Rights Limitations,” Facta Universitatis, (2017). <http://casopisi.junis.ni.ac.rs/index>. s. 235, 244.
- Arıcı, Oğuz. “Antik Yunan Tragedyasında Ölçülülük ve Uyum Düşüncesi”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- Aristoteles, Nikomakhos’a Etik, çevr. Furkan Akderin. İstanbul: Say Yayınları. 2015.
- Artuk Ardıçoğlu. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”. Ankara Barosu Dergisi .2017/3. S. 19, 53.
- Atar, Yavuz. Türk Anayasa Hukuku. Ankara : Seçkin yayınevi, 2017.
- Atay, Ender Ethem. İdare Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Avcı, Mustafa. Osmanlı Ceza Hukuku-1-Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aybay, Rona. İnsan Hakları. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019.
- Aydın, Öykü Didem. “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. XV/Y(2011). S. 1951, 1986.
- Bahri, Öztürk. Ana hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi 2019.
- Bahtiyar Akyılmaz , Murat Sezginer, Cemil kaya, Türk İdare Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Bakar, Hakan. “1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hal Rejiminin Masumiyet ilkesi Açısından Değerlendirilmesi”. Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi, 2019.

- Barak, Aharon. Prorortionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Newyork: Cambridge University Press, 2012.
- Berdal Aral, Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı. Ankara: Siyasal Kitapevi, 1999.
- Can, Osman. Duygu Şimşek, Aktaş, “Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Yargısal Denetimi Üzerine”, Marmara Üniversitesi Hukuk fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23/1(2017). <https://dergipark.org.tr>. s. 13, 44.
- Cicero, Devlet Üzerine. Çevr. C. Cengiz Çevik. İstanbul: İthaki Yayınları, 2014.
- Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-1. Ankara:Seçkin Yayınevi, 2019.
- Çağırıcı, Mustafa. ‘İffet’, İslam Ansiklopedisi. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2000. 21:506.
- Çağlayan, Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Çalışkan, Öner. İbrahim Pınar. Açıklamalı ve İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları ve Disiplin Soruşturması. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Çatalkaya, Deniz Ugan. “İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi”. Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2017.
- Çötök, Tufan. Antikçağdan Günümüze Phronesis Kavramı, Dokuz Eylül Üniversitesi Felsefe’de Bugün ve Yarın Konferansları, 2018.
- Değirmenci Rıdvan. “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz”. Ombudsman Akademik Dergisi.2(2015).<https://dergipark.org>. s. 103, 120.
- Değirmenci, Mehmet. “Türkiye’de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Genel Çerçevesi”, ETÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. 10, 2020. <https://dergipark.org>. S. 45, 76.
- Deniz, Gürbüz. “İbn-i Sina’nın Ahlaka Dair Risalesi”. Diyanet İlmi dergisi. 50/1(2014), <https://dergipark.org>. S. 229, 244.
- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Rifat Murat Önok. İnsan Hakları El Kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2011.
- Ebu Bekir er-Razi. Felsefe Risaleleri. Çevr. Mahmut Kaya. İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurulu Başkanlığı Yayınları, 2016.
- Epikür, Mektuplar ve Maksimler. Çevr. Hayrullah Örs. İstanbul: Remzi Kitabevi, 1962.
- Erdoğan, Mustafa. Anayasa hukuku. Ankara: Orion Kitabevi, 2009. 185
- Erdoğan, Mustafa. İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku. Ankara: Hukuk Yayınları, 2019.
- Eren, Yusuf. “Uluslararası Hukukta Savaş Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3/2(2012). <https://scholar.google.com>. 229 , 262.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md.13.). Anayasa Yargısı. 122.

- Gazali. Kimya-yı Saadet. çev. Faruk Meyan. İstanbul: Bedir Yayınevi.
- Gazi Üniversitesi Türk ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı. Ankara: seçkin Yayıncılık, 2016.
- Gemalmaz, Burak. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasında “Adil Denge” İlkesi”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 69(1-2), 2011. <https://dergipark.org>. S. 649, 674.
- Gemalmaz, Burak “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi”, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2019.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005
- Gören, Zafer. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması-Sınırlamanın Sınırı”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,6/12(2007). <https://www.ticaret.edu.tr>. S. 39, 62.
- Gören, Zafer. Anayasa Hukukuna Giriş. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1999.
- Göze, Ayferi. Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet. İstanbul: Beta yayınları, 2016.
- Gözler, Kemal Gözler. İnsan Hakları Hukuku. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018. 332.
- Güçlü, Yaşar. Mecelle-i Ahkamı Adliyye. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Güneş, Ahmet. İnsan hakları Hukukuna Giriş. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 57(2), 24. <https://dergipark.org>. S. 17, 41.
- Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukukuna Giriş. Ankara: Seçkin Kitapevi,2018.
- Kapani, Münci. İnsan haklarının uluslararası boyutları. Ankara: Bilgi Yayınevi, 1991.
- Karabulut, Mustafa. İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi. Ankara: Turhan Kitapevi, 2008.
- Kaygusuz, Ziyaettin. Ölçülülük İlkesi. Ankara: Bilge Yayınevi, 2016.
- Keskinsoy, Ömer. Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Monopol Yayınları, 2021.
- Kibar Bilge Esin. “Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010.
- Kindi, Felsefi Risaleler, Ankara: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, Çvr. Mahmut Kaya, 2015.
- Mehmet Görmez, Mehmet Emin Özavşar, İsmail Hakkı Ünal, Yavuz Ünal, Bünyamin Erul, Hadislerle İslam-1(İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2019), 536.
- Memiş, Emin. Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005.
- Metin, Yüksel. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi. 7/1 (2017): 3. S. 1, 74.

- Metin, Yüksel. Ölçülülük İlkesi; Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İlkesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 15.
- Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1993.
- Oğurlu, Yücel Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Öncü, Gülay Arslan. Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararları El Kitapları serisi- 8. Ankara: Epamat Basım, 2019.
- Özay, İl Han. “İdari Kolluk Önlemlerinde Amaç”. İÜHFM 45/1-4(1981), <https://dergipark.org.tr>. S. 315, 319
- Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Özgenç, İzzet. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014. 334.
- Platon, Devlet. İstanbul: Bordo Siyah Yayınları, 2012.
- Rumpf, Christian “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”. Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 62/4(2013), <https://dergipark.org.tr>. s. 971, 1006.
- Sağlam, Fazıl. 2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Anayasa yargısı, 2002.
- Sağlam, Fazıl. Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları. 1982.
- Saygın, Engin. “Ölçülülük İlkesi Üzerine İngiliz ve Türk İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”. Ankara Barosu Dergisi, 2, 2017. <https://dergipark.org>. S. 2, 57.
- Schlink, Bernhard. “Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer”. çev. Lütfullah Yasin Akbulut, Eyüp Kaan Demirkıran. Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1(2019). <https://dergipark.org>. S. 169, 183.
- Soysal, Mümtaz. Anayasa Giriş. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1969.
- Sunay, Reyhan. “Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, 8/1-2(2000). <https://dergipark.org>. S. 615, 632.
- Taylar, Yıldırım. “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Vergi Ziyatı Cezasının Anayasa’ya Uygunluk Sorunu”. Ceza Hukuku Dergisi. 10/28(2015). <https://jurix.com.tr>. S. 187, 221.
- Teziç, Erdoğan. Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta Basım, 2017.
- Thomas Cottier, Roberto Echandi, Rafael Leal-Arcas, Rachel Liechti, Tetyana Payosova, Charlotte Sieber-Gasser The Principle of Proportionality in International Law, SSRN ElectronicJournal, <https://papers.ssrn.com>. (2012). S. 1, 34.

- Uçar, Onur. Ahmet Burçin, Yereli. “Türk Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesini Konu Edinen Başat Kurallar”, Osmanlı’dan Günümüze tarihsel Bir Değerlendirme, Sosyoekonomi Dergisi. 27/42(2019). <https://doi.org/10.17233/sosyoekonomi.2019.04.11>. S. 203, 226.
- Uslu, Ferhat. Anayasa Yargısı. Ankara: Adalet Yayınevi. 2018.
- Uyumaz, Alper, Yasemin Avcı. “Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/1(2016).
- Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Yazır, Elmalılı Hamdi. Hak Dini Kur’an Dili Meali. Ankara: Akçağ Yayıncılık, 2014.
- Yıldırım, Emine Taşçı. “Antik Yunandan İslam Düşüncesine Ölçülülük/İffet Merkezli Bir Karşılaştırma”. Bilmname, 2(2019). <https://dergipark.org>. s. 389, 420.
- Yıldırım, Mustafa. Mecellenin Külli Kaideleri. İzmir: İzmir İlahiyat fakültesi yayınları: 2001.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : İNALKAÇ KIRBIYIK, Ruveyda

Uyruğu : T.C.

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet Tarihi
Yüksek lisans	Hacıbayram Veli Üniversitesi Anayasa Hukuku Yüksek Lisans Programı	2022
Lisans	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2017
Lise	Kalaba Anadolu Lisesi	2013



