

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE YÖNELİK
TÜRK VE İNGİLİZ
İDARE HUKUKU YAKLAŞIMI
ÜZERİNE KARŞILAŞTIRMALI
BİR ANALİZ*

Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN**

Makalenin Geldiği Tarih: 31.08.2016 **Kabul Tarihi:** 09.05.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Kıta Avrupası idare hukuku ile Anglo-Sakson idare hukuku arasındaki belirgin fark yavaş yavaş ortadan kalktığı söylenebilmektedir. Bu iki sistem arasındaki farkı tedricen ortadan kaldıran ve bu iki sistemin birbirine yakınlaşmasını sağlayan ana sebeplerin başında Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının her iki hukuk sistemi üzerindeki etkisi ve bu iki hukuk sistemi arasındaki karşılıklı etkileşim gelmektedir. Bu yaklaşmanın bir sonucu olarak, farklı özelliklere sahip Kıta Avrupası idare hukuku ile Anglo-Sakson idare hukuku sistemlerinin diğerinden aldığı bir ilkeyi kendi sistemine entegre ettiği görülebilmektedir. Örneğin haklı beklentilerin korunması ilkesi Anglo-Sakson idare hukukundan Kıta Avrupası idare hukukuna entegre edilirken ölçülülük ilkesi Kıta Avrupası sisteminden Anglo-Sakson hukuk sistemine entegre edilmiştir. Buna rağmen Türk idare hukuku literatüründe Anglo-Sakson idare hukukundaki gelişmeleri ele alan çalışma sınırlı sayıdadır. Bu çalışmaların en önemlilerinden biri 2000 yılında Yücel Oğurlu tarafından yazılmış olan “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme” başlıklı makaledir. İngiltere’nin 1998 tarihinde İnsan Hakları Kanununu (Human Rights Act 1998) kabul etmesinin ve Oğurlu’nun çalışmasının üzerinden yirmi yıla yakın bir zaman geçmesi sebebiyle, çalışmamızda Türk ve İngiliz idare hukukunda ölçülülük ilkesinin anlamı ve unsurlarını güncel Türk ve İngiliz mahkeme kararları ışığı altında karşılaştırmalı bir metot ile ele almayı amaçlamaktayız.

Anahtar Kelimeler: Ölçülülük İlkesi, Türk İdare Hukuku, İngiliz İdare Hukuku, Yargısal Denetim, İçtihat.

A COMPARATIVE ANALYSIS OF TURKISH AND ENGLISH ADMINISTRATIVE LAW APPROACH TOWARDS THE PRINCIPLE PROPORTIONALITY

ABSTRACT

It could be said that the apparent distinction between the administrative law of Continental Europe and that of Anglo-Saxon countries has seemed to become gradually less evident. The main reasons progressively eliminating the distinction and bringing them closer is the impact of the decisions of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights on these systems and the interaction with each other. As a consequence of this convergence, these divergent systems have integrated various principles from each other. For instance, the protection of legitimate expectation have been integrated into case law from civil law whereas the principle of proportionality have been integrated into civil law from case law. Nevertheless Turkish administrative law literature has not paid enough attention to the recent developments of English administrative law. One of the pioneer studies with the comparative approach is the article of Yücel Oğurlu published in 2000 with the title of “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme (An Assessment on the Role of the Principle of Proportionality in the Judicial Review of Administrative Activities in English and Turkish Administrative Law)”. It has been almost twenty years since the adoption of Human Rights Act 1998 and the publication of this article. Therefore we will assess the meaning and elements of the principles of proportionality in light of the recent decisions of Turkish and English administrative courts in a comparative method.

Keywords: The Principle of Proportionality, Turkish Administrative Law, English Administrative Law, Judicial Review, Case Law.

Giriş

İdarenin tabii olduğu hukuk kurallarına göre hukuk sistemleri, idari rejim (Kıta Avrupası Sistemi) ve adli idare sistemi (Anglo-Sakson Sistem ya da Anglo-Amerikan) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ülkemiz idari rejim sistemini benimsemiş ve ağırlıklı olarak Fransız idare hukuku öğretisi ile Fransız idari yargısından etkilenmiştir. Bu nedenle Fransız idare hukuku ve idari yargısındaki güncel gelişmeler ülkemiz tarafından takip edilmektedir. İdare hukuku sistemlerinin bir diğer türü olan adli idare sistemindeki gelişmelerin ise ülkemizde çok fazla ilgi gördüğü söylenemez. Kanaatimizce bu durumun iki temel sebebi bulunmaktadır. İlk olarak, İngiltere gibi Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ülkelerde idari teşkilata ve bu teşkilatın yürüttüğü idari faaliyetlere uygulanan bir hukuk bulunmasına rağmen bu hukukun, “idare hukuku” değil, “idarenin hukuku” olduğu düşüncesi^[1] kimilerini İngiltere’de idare hukuku yoktur şeklinde bir yanılgıya götürebilmektedir. Doğal olarak bu yanılgının ülkemizde Anglo-Sakson idare hukuku meselelerine karşı mesafeli duruşun en önemli sebebi olduğu kabul edilebilir. İkinci olarak Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ülkelerde idarenin kuruluş, işleyiş, araç ve gereçlerini düzenleyen bir hukuk dalının varlığı (ki buna idare hukuku denilebilir) kabul edilse dahi bu hukuk dalının idari yargıyı içermediği düşüncesi^[2] bu ülkelerdeki idare hukuku meselelerine karşı mesafeli duruşun bir diğer sebebi sayılabilir.

İdari rejim-adli idare sistemi ayrımının kesin bir biçimde farklılaştığına ilişkin sözünü ettiğimiz tespitler her zaman gerçeği yansıtmayabilmektedir^[3]. Hem Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulusal üstü yargı kurumlarının her iki hukuk sistemi üzerindeki etkisi hem de bu iki hukuk sistemi arasındaki etkileşim sonucu idari rejim-adli idare sistemi arasındaki belirgin farklılıklar yavaş yavaş ortadan kalkmaktadır. Bu yakınlaşmanın bir sonucu olarak, idari rejimi ve adli idare sistemini kabul etmiş ülkelerin bazı idare hukuku ilke ve prensiplerini diğerinden alarak kendi sistemine entegre ettiği görülmektedir. Örneğin İngiliz hukuk sisteminde çok daha köklü tartışmalara ve çok daha kapsamlı yargı kararlarına konu olan haklı beklentilerin korunması ilkesi, Kara Avrupası hukuk sistemine sahip ülkeler tarafından alınmış ve kendi

[1] Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet, 2013, s.9.

[2] Yahya Kazım Zabunoğlu “*İngiltere’de İdare Hukuku*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1961, Cilt 18, Sayı 1-4, s. 373-411. Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku** Cilt 2, Ankara, Yetkin, 2012, s.102.

[3] Engin Saygın, “*Adli İdare Sistemi-İdari Rejim Ayrımı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin İdari Rejimde Yeri*”, Ankara, Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi, 2016, s.91.

sistemlerine entegre edilmiştir^[4]. Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerde çok daha köklü tartışmalara ve çok daha kapsamlı yargı kararlarına konu olan ölçülülük ilkesi de İngiliz hukuk sistemi tarafından alınmıştır.

Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ve idari rejimi benimsemiş ülkemiz ile Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ve adli idare sistemini benimsenmiş İngiltere arasında bu çalışmamızın konusu olan ölçülülük ilkesinin karşılaştırmalı bir metot ile analizinin mümkün olup olmadığı haklı olarak sorgulanabilir. Kanaatimizce Türk ve İngiliz hukukunda ölçülülük ilkesini karşılaştırmalı metot ile ele alan bir çalışma zor olmakla birlikte mümkündür^[5]. Böyle bir analiz zordur çünkü her iki idare hukukunun birbirinden farklı ve kendine özgü kavram ve kurumları bulunmaktadır. Örneğin, ülkemizde idari işlemlerin yargısal denetiminde en etkili yöntem bu işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davalarıdır. İngiltere’de ise idarenin yargısal denetimi *pregrative orders* adı verilen iptal emri (*certiorari*), yasaklayıcı emir (*prohibition*) ve zorlayıcı emir (*mandamus*) yöntemleri ile yapılmaktadır^[6]. İngiliz mahkemeleri bu yöntemlerde yasa dışılık (*illegality*), makul olmama (*unreasonableness*) ve usule aykırılık (*procedural impropriety*) unsurları üzerinden denetim yapmaktadır^[7]. Bu kavramsal ve kurumsal farklılığa rağmen ölçülülük ilkesi bağlamında Türk ve İngiliz idare hukuku arasında karşılaştırmalı metot ile bir analizin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle “bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasında araştırmaya ulusal hukuka ilişkin bir hukuk normundan, bir konuya ilişkin normlar bütününden veya bir hukuk kurumundan ya da

[4] Engin Saygın, “*Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımları Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 126, Eylül-Ekim 2016, s.211.

[5] Bu çalışmamızda karşılaştırmalı hukukun bir metot mu, yoksa kendine özgü metotları olan bağımsız bir hukuk disiplini mi olduğu tartışmasına girmeksizin karşılaştırmalı metot kavramını, “*belli bir hukuk kurumunun tarihsel gelişimi, yapısı ve işlevini açıklamak veya belli bir hukuk kurumunun, çeşitli tarihi hukuk düzenleri içerisindeki karşılıklı ilişkilerini belirlemek için, tarihsel metot ile birlikte kullanım*” olarak kabul etmekteyiz. Bu konuda bkz. Arzu Oğuz, “*Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 451-508.

[6] Zehreddin Aslan, “*İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararların Niteliği*”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 10 (Ocak 1995); s. 21 vd. Bkz. Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s.199-200.

[7] Peter Leyland & Gordon Anthony, **Administrative Law**, Oxford, Oxford University Press, 2005, s.262-403. Yargıç Diplock, bu üç dayanak yanında ölçülülük ilkesinin de dördüncü dayanak olarak önerilebileceğini ifade etmiştir (*CCSU v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 410).

sadece o ulusal hukuka özgü bir hukuk alanından yola çıkılarak, yabancı hukuk sisteminde o hukuk normlarına, normlar bütününe, hukuk kurumlarına veya hukuk alanına eş unsurlar aranarak başlanma” dîğini not etmeliyiz^[8]. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasında bunun yerine, “hayata ilişkin somut bir vakıa veya somut bir hukukî problem ele alınır ve bu vakıa veya hukukî problem için çeşitli hukuk düzenlerinde nasıl bir çözüm getirildiği araştırma konusu yapılır. Bu şekilde başlanılan bir araştırmada, aynı hukuk çevresi içerisinde değişik hukuk sistemlerinde incelenen sorunun çözümü için, benzer ya da ortak hukukî kurumlar geliştirilmiş olduğu görülür. Ancak değişik hukuk çevreleri arasında yapılan bir inceleme, somut hukukî problemin farklı nitelikte hukukî kurumlar aracılığı ile çözüldüğünü, ancak maddî çözümün, bu farklılığa rağmen, teknik-hukukî yapı içerisinde ortak ya da çok benzer olduğunu gösterir”^[9]. Örneğın, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde (Fransa, Türkiye) idari işlemlerin yargısal denetiminde en çok kullanılan yöntem olan iptal davası ile Anglo-Sakson hukukunda ise, “ultra vires” ilkesi adı verilen kurum ile güvence altına alınmıştır^[10].

Çalışmamız açısından Türk ve İngiliz idare hukukunda ölçülülük ilkesinin karşılaştırmalı metot ile bir analiz mümkün olmasının diğer bir nedeni, Anglo-Sakson hukuk sisteminin en önemli özelliği içtihadî nitelikte olmasıdır, bir başka ifade ile, içtihadın hukukun asli kaynakları arasında yer almasıdır. Bu nedenle ölçülülük ilkesinin İngiltere’de mahkeme kararlarında ortaya çıkması ve gelişmesi son derece doğaldır. Kıta Avrupası hukuk sisteminin başlıca özelliği ise içtihadî nitelikte olmamasıdır, bir başka ifade ile, içtihadın hukukun ancak yardımcı kaynağı olmasıdır. Buna rağmen Kıta Avrupası hukuk sisteminde idare hukuku içtihadî nitelikte bir hukuk dalıdır. Bu sebeple idare hukukunda pek çok ilke mevzuat kaynaklı değil, içtihat kaynaklıdır. Ülkemizde Anayasa hukuku açısından ölçülülük ilkesinin dayanağı 2001 yılına kadar Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarıdır^[11].

[8] Arzu Oğuz, “*Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 486-487.

[9] Arzu Oğuz, “*Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu*”, s. 486-487.

[10] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 94.

[11] 2001 yılı öncesi ölçülülük ilkesinin kanunların anayasa uygunluğunun denetiminde bir ölçü norm olarak kullanılıp kullanılamayacağı noktasında tartışma mevcut idi. Ölçülülük ilkesinin kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde bir ölçü norm olarak kullanılabileceği Celal Erkut tarafından savunulur iken (**Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, Kavram, 1996, s.117) Metin

Son olarak, ölçülülük ilkesinin kapsamı diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde ve İngiltere’de Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulus üstü yargı organlarının içtihatları ile gelişmiştir^[12]. Bu üç özellik, iki farklı idare hukuku sistemini benimsemiş ülkemiz ve İngiltere açısından güncel mahkeme kararları ışığında karşılaştırmalı bir analiz yapabilmeyi mümkün kılmaktadır.

İdari rejim ile adli idare sistemi arasındaki etkileşim ve yakınlaşmaya rağmen sınırlı sayıdaki çalışmanın Türk ve İngiliz idare hukuku meselelerini karşılaştırmalı olarak incelediği görülmektedir. Bu alandaki öncü eser, İngiltere’nin İnsan Hakları Kanunu’nu 1998 tarihinde (*Human Rights Act 1998*) kabul etmesinden iki yıl sonra, Yücel Oğurlu’nun yazmış olduğu “*İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme*” başlıklı makaledir^[13]. Bu çalışmamızda aradan geçen yirmi yıla yakın zaman içerisinde Türk ve İngiliz idare hukukunda ölçülülük ilkesinin rolünde bir değişiklik olup olmadığını güncel yargı kararları ile karşılaştırmalı olarak ele almayı amaçlamaktayız. Ölçülülük ilkesine yönelik Türk ve İngiliz idare hukuku yaklaşımını güncel mahkeme kararları ışığı altında karşılaştırmalı bir metot ile açıklamayı amaçlayan bu çalışmanın ilk bölümünde Kıta Avrupa ve Anglo-Sakson idare hukuku sistemleri üzerindeki etkisi nedeniyle kısaca Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi açısından ölçülülük ilkesinin tanımı ele alınacaktır. İkinci bölümde, Türk ve İngiliz idare hukuku açısından ölçü ve ölçülülük kavramlarının tanımı yapılacaktır. Bu bölümde hem Türk hem de İngiliz hukukunda ölçülülük ilkesinin unsurlarına ayrı ayrı değerlendirilecektir. Üçüncü bölümde İngiliz yargı kararlarında ölçülülük ilkesinin nasıl yorumlandığı açıklanacaktır. Bu bölümde 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu öncesinde ve sonrasında özellikle insan hakları bağlamında ölçülülük ilkesinin yargı kararlarında kullanımı ayrı ayrı incelenecektir. Dördüncü bölümde ise Türk idari yargısının ölçülülük kavramına yaklaşımı, güncel Danıştay kararına yer vermek suretiyle açıklanacaktır.

Yüksel bu ilkenin içtihat olacak kadar güçlü kullanılmadığını savunmuştur (**Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s.288).

[12] Christian Rumpf, “*Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg10/crumpf.pdf, erişim tarihi: 27.07.2016. Stephen H. Bailey, Brain L. Jones, Alastair R. Mowbray, **Cases and Materials on Administrative Law**, London, Sweet & Maxwell, 1992, s.437.

[13] Yücel Oğurlu, “*İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme*”, AÜEHFD, Cilt IV, Sayı 1-2, 2000, s. 147-180. Bu çalışmadan iki yıl sonra yazar, “**Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**” isimli eserini yayınlamıştır.

1. Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Açısından Ölçülülük İlkesinin Tanımı

Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinin, ulusal üstü örgütlerin ve yargı organlarının kararlarından etkilenmek suretiyle aynı ilkeleri kullanmaya başladığı yukarıda ifade edilmişti. Bu anlamda ölçülülük ilkesinin bu kurumlar tarafından nasıl tanımlandığı da önem arz etmektedir.

Hukukun genel ilkeleri, tabiatları, konuları ve felsefi yönleriyle aralarında yakın ilişkiler bulunan kurallar topluluğunu açıklayıcı, düzenleyici ve sistematikleştirici ilkeleri olarak tanımlanmakta^[14] ve hem Kıta Avrupası hukuk sisteminde hem de Anglo-Sakson hukuk sisteminde hukukun kaynağı olarak kurallar kademesindeki yerini almaktadır^[15].

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından kabul edilen hukukun genel ilkeleri şunlardır^[16];

- a) Eşitlik
- b) Hukuki kesinlik ve hükümlerin geriye etkili olmaması
- c) Ölçülülük / Orantılılık
- d) Hukuki güvenlik
- e) Temel insan hakları

Hem ülkemizin hem de İngiltere'nin üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin, idarenin takdir yetkisinin kullanımı için hazırlanmış olduğu tavsiyede, kamu idaresinin işlemlerinin bireylerin hakları, özgürlükleri ve menfaatleri üzerindeki herhangi bir olumsuz etkisi ile bu işlemlerin ulaşmak istediği amaç arasında adil bir denge kurmak zorunda olduğu ifade edilmiştir^[17]. Ölçülülük ilkesinin Avrupa Konseyi bağlamındaki anlamı dava konusu işlemin varılmak istenen

[14] İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)" Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Sayı 60, 1991, s.291-292.

[15] İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", s.293.

[16] Enver Bozkurt, Mehmet Özcan ve Arif Köktaş, **Avrupa Birliği Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012, s.191-193.

[17] Council of Europe Recommendation No R (80) 2. (Onur Karahanoğulları, İdari Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin R (80) 2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, AÜHFD, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, ss.323-337.) Bkz. The Administration and You: Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons, Strasbourg, Council of Europe, 1996.

amaca uygun ve bu amaç için gerekli olup olmadığı testini ve bireye aşırı bir yük getirmemesini kapsamaktadır^[18].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve ek protokollerde ise ölçülülük kelimesi açık olarak kullanılmamış olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Sözleşme'de tanınan temel haklardan türetmek suretiyle tüm hak ve özgürlükler için bir denetim kriteri olarak kabul edilmiştir^[19].

2. Ölçü Kavramı ile Ölçülülük İlkesinin Türk ve İngiliz İdare Hukuklarındaki Unsurları

İngilizce “*proportion*” ve “*proportionality*” kavramları, dilimize ölçü ve ölçülülük olarak çevrilmektedir. Türk Dil Kurumu “ölçü” kavramını, “*Bir niceliği, o nicelik için kabul edilmiş birimlerden birine göre oranlayarak değerlendirme, mizan*” şeklinde tanımlamaktadır^[20]. İngilizce-Türkçe sözlüklerde oran olarak çevrilen “*proportion*” kavramı ise *Cambridge International Dictionary of English* tarafından “*Oran diğer bir şeyle kıyaslandığında sıklıkla bir şeyin rakamı, miktarı ya da seviyesidir*” olarak tanımlanmaktadır^[21]. Görüldüğü üzere, her iki dilde de ölçü diğer bir değerle orantılama veya kıyaslama sonucu elde edilmiş bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ülkemizde ölçülülük kavramı ilk olarak anayasa hukuku bağlamında ele alınmıştır ve bu alana ilişkin en eski tanım Sağlam'a aittir. Sağlam ölçülülüğü, “*Somut bir temel hak sınırlamasının amacı ile sınırlama önlemi arasında ilişkinin denetlenmesini, hukuk devletin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlayarak, keyfi sınırlamaları önleyici bir fonksiyon yerine getirmek*” şeklinde betimlemektedir^[22]. Sağlam'ın bu betiminde orantılanan veya kıyaslanan değerler, bir temel hakkın sınırlandırılmasındaki amaç ile sınırlama önlemidir. Ülkemizde ölçülülük ilkesi öncelikle anayasa hukukçuları tarafından ele alındığı için bu ilkenin öncelikli muhatabının yasama organı olduğu belirtilmişse de Tanör'e göre ölçülülük

[18] Paul Craig, Grainne de Burca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, Oxford, Oxford University Press, 1998, s. 350.

[19] Metin Yüksel, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, s.80-81.

[20] <http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi: 08.06.2016.

[21] “*A proportion is often the number, amount or level of one thing when compared to another*”, Cambridge International Dictionary of Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

[22] Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, Ankara, AÜSBF Yayını, 1982, s.128.

ilkesinin muhatabı sadece yasama organı değildir^[23]. Bu ilkeye bireyin günlük yaşamda sürekli karşısına çıkan idarenin de uyması ve idarenin tüm faaliyetlerinde bu ilkenin egemen olması gerekmektedir^[24].

Bu açıdan idare hukuku bağlamında ölçülülük ilkesi, “*idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkan, araç ve ölçülerin, bu davranışı elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması*” nı^[25] ifade etmektedir. İdarenin özellikle kolluk hizmetini gerçekleştirirken temel hak ve özgürlüklere çok daha fazla müdahalede bulunması olasılığı karşısında özellikle kolluk, disiplin hukuku ile idarenin takdir yetkisini kullanarak hareket ettiği konularda ölçülülük ilkesinin idare hukukunda ön plana çıktığı not edilmelidir.

2.1. Türk Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Unsurları

Ölçülülük ilkesinin üç unsurunun bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararlarında ve öğretide olduğu gibi 2001 Anayasa değişikliği sırasındaki görüşmelerde de ifade edilmiştir.^[26] Bu unsurlar şunlardır: Elverişlilik, Gereklilik ve Orantılılık.

2.1.1 Elverişlilik

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde 1963 tarihli ve 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 1970 yılında değiştirilmiş hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasına konu olan davada elverişlilik unsurunu açık bir biçimde kullanmıştır.^[27] Sözü edilen değişiklikler diğer düzenlemelerin yanı sıra, (a) bir işçi sendikasının Türkiye çapında çalışabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü temsil etmesi; (b) işçi federasyonlarının kurulabilmesi için aynı işkolunda kurulmuş sendikalardan en az ikisinin bir araya gelmeleri ve o işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü temsil

[23] Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.Baskı, İstanbul, BOS Yayınları, 1994, s. 168.

[24] Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.168.

[25] Michel Guibal, “*De La Proportionnalité*”, AJDA, 1978, s.479 (Aktaran: Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s.108).

[26] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 23.6.1989, Esas No: 1988/50, Karar No: 1989/ 27, Öğreti için bkz. Ahmet İyimaya “ölçülülük de mutlak şekilde araç-amaç dengesi, elverişlilik ve gereklilik koşullarını taşımali” şeklinde ölçülülük ilkesinin unsurlarını değişiklik üzerine yapılan görüşmelerde ifade etmiştir. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, 21. Dönem 70. Cilt 132. Birleşim–Sayfa 89.

[27] 1317 sayılı “274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun Bazı maddelerinin Değiştirilmesi ve 31'inci Maddesine Bir Bent ile Bu Kanuna 3 Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun” un 1'inci maddesiyle değiştirilmiştir.

etmeleri gerektiği, (c) işçi konfederasyonlarının kurulabilmesi için (a) ve (b) fıkralarına göre sendika ye federasyonlardan en az 1/3 ünün ve Türkiye'deki sendikalı işçilerin en az 1/3 ünün üye olarak bir araya gelmelerinin zorunlu olduğu kurala bağlanmıştır.

Anılan bu düzenlemelerde belli işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü üye olarak kendisinde toplamış bulunmayan bir işkolu işçi sendikasının Türkiye çapında çalışmalar yapabilmesi yasaklandığı için bu düzenlemede öngörülen 1/3 sınırlandırmalarının, sendika ve sendika birlikleri kurma özgürlüğünün özüne dokunduğu, onun için de Anayasa'ya aykırı buldukları ve bu bakımdan iptalleri gerektiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'ne göre “Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işyeri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde iş kolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlama ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir. Bu da kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir.”^[28] Bu anlamda elverişlilik varılmak istenen amaca uygun, amaca ulaşmayı mümkün kılan aracın kullanılıyor olmasını ifade etmektedir.

2.1.2 Gereklilik

Anayasa hukuku bağlamında gereklilik, amaca ulaşmayı sağlayacak birden çok araç içinden bir hakkı en az sınırlayacak olanın, bireye ve kamuya en az yük getirecek olanın seçilmesini öngören hususa denilmektedir.^[29] Sağlam ise sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından “en yumuşak aracın seçilmesi” gereklilik unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.^[30] İdare hukuku açısından gereklilik daha ziyade temel hak ve özgürlüklere daha çok müdahale eden kolluk işlemlerinde alınacak tedbirler arasında temel hak ve özgürlüğe en az müdahale eden olarak tanımlanabilir.

2.1.3 Orantılılık

Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesine yer verdiği gibi “adil denge”, “makul ölçü”, “nispet”, “fiil ile ceza arasında uyum”, “yapılan idari ihlal ile uygulanan ceza arasında bir denge ve orantı bulunması” gerektiği ifadeleriyle ölçülülük ilkesini

[28] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 9.2.1972, Esas No: 1970/48, Karar No: 1972/3.

[29] Metin Yüksel, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, s.30;

[30] Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s.115.

daha da ziyade ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuru kasıt edilmektedir. Bu anlamda orantılılık unsuru ile kast edilen amaç ile kullanılan araç arasındaki denge olarak ifade edilebilir.

2.2 İngiliz Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Unsurları

İngiliz hukukunda ise ölçülülük ilkesi, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun kabul edilmesinin ardından Yargıç Clyde'in *Freitas* kararı ile kullanılmaya başlanmıştır^[31]. *Freitas* davasında İngiltere Yüksek Mahkemesi (*Privy Council*), dava konusu işlemin ulaşılmak istenen amaç için yeterli olup olmadığı, denetim konusu olan kural ya da kararın amaçla mantıksal bir bağının bulunup bulunmadığı ve kabul edilen yöntemlerin bu amaca ulaşmak için gereğinden fazla olup olmadığı gibi üç aşamalı bir test geliştirmiştir^[32]. *Halsbury's Law of England* adlı eser bu üç aşamalı testi kullanmak suretiyle ölçülülük ilkesini şu şekilde tanımlamıştır: “Ulaşılmak istenen amaç ile bu amaç için kullanılan yöntem arasında mantıksal bir bağın olmadığı durumlarda ya da idari makamlar veya alt mahkemeler tarafından verilen cezaların ilgili kusurlu davranış için tamamen orantısız olduğu hallerde mahkemelerin idarenin takdir yetkisinin kullanımını iptal etmesidir”^[33]. Wade ve Forsyth'e göre ise ölçülülük, “idari tedbirlerin, amaçlanan sonuca ulaşma gereğinden daha sert olmamasıdır”^[34]. Burca'ya göre ise ölçülülük testi açıkça “bir önlemin belli amaçlarının açık ifadesinin ve net ağırlığının başvuruçunun korumak istendiği bir hak ya da menfaat üzerindeki etkisi” olarak tanımlanmıştır^[35].

2014 tarihli *Kennedy v Charity Commission* kararında ise mahkeme, ölçülülük kavramının avantajının üç unsura dikkat çekmesi olarak değerlendirmiştir ve bu unsurları *suitability or appropriateness* (elverişlilik), *necessity* (gereklilik) ve *the*

[31] *De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing* [1999] 1 A.C. 69.

[32] Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, Volume 65, Issue 01, March 2006, s.177.

[33] *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 1(1), 1989 (Aktaran Stephen H. Bailey, **Cases, Materials Commentary on Administrative Law**, London, Sweet & Maxwell, 2005, s.629.

[34] William Wade ve Chistopher Forsyth, **Administrative Law**, 10th ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 305.

[35] Grainne de Burca, “Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: the Influence of European Legal Concepts on UK Law”, M Andenas (ed), **English Public Law and the Common Law of Europe** (London, Key Haven, 1998), s. 55 (aktaran Nicholas Bamforth ve Peter Leyland, **Public Law in a Multi-Layered Constitution**, Oxford, Hart Publishing, 2003, s.299.

balance or imbalance of benefits and disadvantages (fayda ve zararları arasındaki orantılılık)^[36]. İngiliz literatüründe de ölçülülük ilkesinin unsurları aynı şekilde (sırasıyla *suitability, necessity ve fair balance*) sınıflandırılmıştır.^[37]

2.2.1. Elverişlilik

Ölçülülük ilkesinin elverişlilik unsurun İngiliz yargı kararlarında “*suitability or appropriateness* (elverişlilik)” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Örneğin *Secretary of State for the Home Department v Akaeke* kararında^[38], Temyiz Mahkemesi İngiltere’ye kaçak olarak giren ve bir İngiliz vatandaşı ile evlenen Nijeryalı bir kadının İngiltere’den sınır dışı edilmesine izin veren kararı iptal etmiştir. İçişleri Bakanlığınca Nijeryalı kadının kocası ile birlikte İngiltere’de yaşaması için önce Nijerya’ya dönmesi ve oradan vize başvurusunu yapması gerektiğini ileri sürmüştür. Bakanlığa göre bu uygulama benzer durumda olanların İngiltere’ye kaçak girmelerini engelleyecek tedbir niteliğindedir. Ancak kadının İçişleri Bakanlığına yapmış olduğu müracaat üzerinden uzun bir süre geçmiştir. Mahkeme vize süresinin çok zahmetli olduğuna ve bu nedenle kendi ülkelerinde vize alma ihtiyacına gerek duymaksızın bu yolu denemeyi göze almalarına vurgu yapmıştır. Bu nedenle Mahkeme gerçekten İçişleri Bakanlığının uyguladığı tedbirin amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığına tereddütle yaklaşmıştır.

2.2.2. Gereklilik

Ölçülülük ilkesinin gereklik unsuru İngiltere’de genellikle “*minimal impairment* (asgari zarar)” olarak adlandırılmaktadır^[39]. Ölçülülük ilkesinin bu unsur, mahkemenin kamu yararı ilkesini gerçekleştiren fakat bu önlemden etkilenen hakkı daha az sınırlayan başka bir yol olup olmadığına bakması anlamına gelmektedir. Bu durumda kamu yararı için hangi yolun seçildiği önem taşımamaktadır çünkü her iki yol da kamu yararını gerçekleştirebilir. Burada önemli olan seçilen yoldur çünkü her iki yoldan biri hak üzerinde daha ağır sonuçlar

[36] *Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20, [2014] All ER (D) 240 (Mar), Aktaran Mark Elliott, Jason N. H. Varuhas, **Administrative Law**, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 312.

[37] Julian Rivers, “*Proportionality and Variable Intensity of Review*”, s.181.

[38] [2005] EWCA Civ 947.

[39] Alan D. P. Bradley, **Proportionality and Deference under the UK Human Right Act: An Institutionally Sensitive Approach**, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 225.

doğururken diğeri böyle bir sonuç doğurmaz^[40]. Bu nedenle Alexy bu unsura “*factual optimisation* (fili/olgusal en iyileştirme)” demektedir^[41].

2.2.3. Orantılılık

Ölçülülük ilkesinin son unsuru olan orantılılık unsuru İngiltere’de “*fair balance* (adil denge)” olarak adlandırılmaktadır ve bu unsur bireyin bir hakkı ile toplumsal ihtiyaçlar arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir^[42]. Yukarıda açıkladığımız gereklilik unsuru karar alıcı için daha az sınırlayıcı bir yol olup olmadığını değerlendirir ve bu yönüyle maddi olaya yönelik iken orantılılık unsuru adil bir dengenin kurulup kurulmadığını değerlendirir ve bu yönüyle daha normatiftir^[43].

3. İngiliz Yargı Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının etkisi ile ölçülülük ilkesinin İngiliz idare hukukunda daha fazla kullanıldığı genel kabul gören bir anlayıştır^[44]. Ancak İngiltere’de ölçülülük ilkesine benzeyen ve çok daha uzun süredir uygulanan başka bir ilke mevcut idi: *Wednesbury unreasonableness*^[45]. Bu nedenle önce İngiliz idare hukukunda *Wednesbury* testi ile ölçülülük ilkesi arasındaki farkların ortaya konulması gerekmektedir. Bu fark daha ziyade 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu’nun kabul edilmesinden sonra karşımıza çıktığı not etmeliyiz. Ölçülülük ilkesi insan haklarını ilgilendiren davalarda, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu bağlamında ve Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde kullanılmıştır^[46]. Bu nedenle bu bölümü 1998 tarihli

[40] Alan D. P. Bradley, **Proportionality and Deference under the UK Human Right Act: An Institutionally Sensitive Approach**, s. 226.

[41] Robert Alexy, “*Constitutional Rights, Balancing and Rationality*”, 16 Ratio Juris 131, 2003, s. 135.

[42] Bkz. *Samaroo v Secretary of State for the Home Department* [2001] EWCA Civ 1139; and *Huang v Secretary of State for the Home Department*[2007] UKHL 11; [2007] 2 WLR 581

[43] Robert Alexy, “*Constitutional Rights, Balancing and Rationality*”, s. 136.

[44] Martina Künnenecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, Berlin, Springer, , 2007, s. 76.

[45] Dilimize “*Wednesbury makuliyeti*” veya “*Wednesbury makul olmama doktrini*” olarak çevrilen bu kavram, çalışmamızda kısaca “*Wendesbury testi*” olarak kullanılacaktır.

[46] Martina Künnenecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 101. *Hone v. Maze Prison Visitors* [1988] 1 All ER 321, 327–9; *Tesco Stores v. Secretary of State for the Environment* [1994] ; *R. v. Chief Constable North Wales Police ex parte AB* [1998].

İnsan Hakları Kanunu'ndan önce ve sonra ölçülülük ilkesi olmak üzere ikiye ayırmaktayız.

Yukarıda 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun kabul edilmesine kadar ölçülülük ilkesinin insan haklarını ilgilendiren konularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerel mahkemeler tarafından yorumlanması şeklinde kullanıldığını ifade etmiştik. Bu noktada İngiltere'nin milletlerarası sözleşmelerin iç hukuka etkisi bakımından düalist sistemi kabul ettiğini not edilmelidir. Bu sistemde milletlerarası hukuk ile iç hukuk iki ayrı hukuk sistemidir ve milletlerarası sözleşmeler imzalanmaları ile birlikte doğrudan iç hukukun bir parçası haline gelmezler. Milletlerarası sözleşmelerin iç hukuka doğrudan etki edebilmesi ancak onlara yapılacak bir gönderme (atıf) veya onları iç hukuka aktarma (iktibas) yapılması ile mümkündür^[47]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından bakılacak olursa, İngiltere'nin sözleşmeyi imzalayan ilk 10 ülke arasında olduğu görülmektedir bu sözleşme yürürlük tarihi olan 3 Eylül 1953 tarihinden itibaren İngiltere açısından bağlayıcıdır. Ancak bu bağlayıcılık uluslararası hukuk açısından değildir ve daha ziyade dış bir yükümlülük olarak görülmektedir. 1966 yılında ise İngiltere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini tanımış ve bireysel başvurusunu yolunu kabul etmiştir. Bu nedenle İngiltere'de ölçülülük ilkesi bu tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İngiltere aleyhine verilen kararların iç hukuk açısından yorumlanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

3.1. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'ndan Önce Ölçülülük İlkesi

1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'na kadar İngiliz mahkemelerinin idareye takdir yetkisi verilen durumlarda bu yetkiyi kullanarak aldığı kararları siyasi mesele olarak gördüğü ve bu meselelere çok fazla müdahil olmama arzusu ile ölçülülük ilkesine karşı mesafeli durduğu ifade edilebilir^[48]. Bu nedenle ölçülülük ilkesi daha ziyade Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde İngiltere aleyhine yapılan şikayetlerde kullanılmıştır. Bu davalar vesilesi ile İngiliz hukukunda

[47] Enver Bozkurt, M. Akif, Kütükçü, Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012, s. 41.

[48] John Alder, **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, London, Palgrave Macmillan, 2002, s.386. Bkz. Hone v. Maze Prison Visitors [1988] 1 All ER 321 at 327-9; Brind v. Secretary of State for the Home Department (1991); Tesco Stores v. Secretary of State for the Environment (1994); R. v. Chief Constable North Wales Police ex parte AB (1998)

ölçülülük ilkesi ilgi çekmeye başlamıştır. Bu kararlardan en önemlileri *Sunday Times*^[49] ve *Dudgeon*^[50] kararlarıdır.

1979 tarihli *Sunday Times* olayında 1958-1961 tarihleri arasında ruhsatlı olarak üretilmiş ve pazarlanmış bir ilaç, hamile kadınlar üzerinde olumsuz etkilerinin anlaşılması üzerine piyasadan çekilmiştir. 1962-1966 yılları arasında bu ilacı kullanan kişilerin üretici firmaya yapmış oldukları tazminat talepleri öncelikle reddedilmiş ve sonrasında 1973 yılına kadar sürecek ve değişik konuları kapsayacak bir yargı süreci başlamıştır. *Sunday Times* gazetesi bu olayı en başından itibaren haber yapmaya başlamış ve yargı sürecinin başlaması ile İngiliz hukuk sistemini eleştiren bir makale yayınlamıştır. Gazete ayrıca yakında yayınlayacağı bir başka makalede olayı daha da detaylı ele alacağını duyurmuştur. Başsavcılık da yayınlanacak bu yeni makalenin mahkemeye saygısızlık olacağı iddiasıyla bu makalenin yayınlanmasını yasaklayan bir tedbir kararı verilmesi için mahkemeye müracaat etmiş ve bu başvuru kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararda yargılama sürecinin tarafsızlığını sağlamak için getirilen yayın yasağını ölçsüz bulmuştur:

“Mahkeme, davanın bütün koşullarını göz önünde tutarak ve yukarıda 65. paragrafta tanımlanan yaklaşıma dayanarak^[51]; şikâyet edilen müdahalenin Sözleşme'deki ifade özgürlüğünün kamu yararına daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, başvuru haklarında verilen yasak için gösterilen gerekçeleri, 10(2). fıkrasına göre yeterli bulmamaktadır. **Bu yasağın, aranan meşru amaçla orantılı olmadığı ortaya çıkmaktadır; bu yasak yargı erkinin otoritesini sürdürmek için demokratik bir toplumda gerekli değildir**”^[52].

[49] *Sunday Times v. The United Kingdom*, Application No. 6538/74, 29.4.1979, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584> Kararın Türkçe çevirisi için Osman Doğru- Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt:2, Ankara, Yüksek Yargı Kurumlarını Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirmesi Ortak Projesi, 2012, s.256-278.

[50] *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No. 7525/76 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57472> Kararın Türkçe çevirisi için Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=48>, erişim tarihi: 18.04.2016.

[51] 65. Paragrafta hükümet söz konusu somut olayda kamu yararının iki ayrı değerdeki ölçüsüne vurgu yapmaktadır. Şöyle ki, hükümete göre, esas mesele ifade özgürlüğündeki kamu yararı ile adaletin tam olarak dağıtımındaki kamu yararı arasındaki adil bir denge kurabilmektir.

[52] *Sunday Times v. The United Kingdom*, Application No. 6538/74, 29.4.1979, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584> Kararın Türkçe çevirisi için Osman Doğru- Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt:2, Ankara, Yüksek

1981 tarihli *Dudgeon* olayında polis; bir homoseksüel olan *Dudgeon*'un evinde 1976 yılında uyuşturucu ile mücadele kapsamında yaptığı bir araştırmada *Dudgeon*'un eşcinsel olduğunu gösteren günlük ve yazışmalar bulmuştur. Yetişkin erkeklerin kendi rızaları ile gerçekleştirdikleri bazı homoseksüel eylemlerin Kuzey İrlanda'da suç olması sebebiyle kendisi sorguya alınmış, soruşturma açılması için dosyasını savcılığa göndermiştir ancak savcılık soruşturma açılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararda daha eski tarihli kararlarına atıf yapmak suretiyle ölçülülük ilkesine vurgu yapmıştır:

“Mahkeme, daha 1976'da verdiği *Handyside* kararında, **ahlakın korunmasının, çeşitli tedbirler alınmasını gerektirip gerektirmediğini araştırırken, “bu bağlamda ‘gereklilik’ kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısı üzerinde gerçekçi bir değerlendirme” yapmak zorunda olduğunu belirtmiş ve “bu alanda getirilecek her ‘kısıtlama’nın, izlenen amaçla orantılı olması gerektiğini** söylemiştir. Mahkeme bu yaklaşımını *Dudgeon* kararında teyit etmiştir^[53].

Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İngiltere aleyhine vermiş olduğu benzer ihlal kararlarından önce de ölçülülük ilkesinin İngiliz hukuk sisteminde kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda en önemli karar *Barnsley MBC ex p Hook* kararıdır^[54]. Bu davada yerel otorite bir marketin lisansını, market sahibinin marketi kapattıktan sonra sokağa idrarını yaptığı ve bir belediye çalışanı ile kavga ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir. Her ne kadar temyiz aşamasında lisansın iptali kararı kaldırılmış olsa da Yargıç Denning mahkemenin eğer ceza aşırı ve somut olayla orantısız ise, konunun mahkeme tarafından ele alınması gerektiğine hükmeden eski tarihli kararlarına atıf yapmıştır. Yargıç Denning'e göre market sahibinin geçimini sağlamaktan alıkonulması sonucunu doğuracak bir ceza doğru olmazdı ve bu nedenle lisansın iptali cezası kaldırılmalıydı.^[55] 1983 tarihli *R v. Goldsmith* kararında Yargıç Diplock ise ölçülülük ilkesini,

Yargı Kurumlarını Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirmesi Ortak Projesi, 2012, s.277.

[53] Osman Doğru ve Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, s. 88.

[54] *Barnsley MBC ex p Hook* [1976] 1 WLR 1052, 1057.

[55] Bu kararda Yargıç Denning kendisinin *R v Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p Shaw* [1951] 1 KB 338 kararındaki değerlendirmesine referans göstermeksizin atıf yapmıştır. Tom Hickman, **Public Law after the Human Rights Act**, Oxford, Hart Publishing, 2010, s.284.

“fındık kıracağıının yapabileceği bir işin buharlı şahmerdan^[56] ile yapılmasının yasaklanması” olarak ifade etmiştir^[57].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İngiltere aleyhine yapılan şikayetlerde kullanmış olduğu ölçülülük ilkesi, İngiltere'de önce farklı bir tartışmaya neden olmuştur. Bu tartışmada uzun süredir İngiltere'de uygulanan *Wednesbury* testi ile ölçülülük ilkesi arasında bir fark olup olmadığı; *Wednesbury* testi ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkinin türü ve özellikle Avrupa hukukuna ait olan bu ilkenin İngiliz hukukuna başarı ile entegre edilip edilemeyeceği hususlarında odaklanmıştır^[58].

1948 tarihli *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* kararında^[59] bir sinema sahibi 1932 tarihli Pazar Eğlencesi Kanunu'na (*Sunday Entertainment Act 1932*) göre, pazar günleri gösterim yapabilmek için yerel otoriteye müracaat etmiş ancak yerel otorite tarafından lisans verilmesi için konulan şartın hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Bu şart, gösterimde yetişkin biri yanında olsun ya da olmasın 15 yaşının altındakilerin sinemaya kabul edilmeyecekleri şeklinde idi. Bu davada ortaya çıkan *Wednesbury* ilkesini, bir kamu idaresinin takdir yetkisinin kullanımı eğer çok mantıksız ise, bir diğer ifadeyle mantıklı hiç bir kamu idaresi bu yetkiyi böyle kullanmayacak ise, bu kullanımın hukuka aykırı olduğu şeklinde özetlemek mümkündür. Bu durumda takdir yetkisinin kullanımında ortaya çıkan mantıksızlık ile amaç ve araç arasındaki oran olarak tanımlanan ölçülülük arasındaki ilişki değerlendirilmelidir.

Bu tartışmalarda ölçülülük ilkesinin İngiliz hukuku açısından açıkça kabul edilmesinin üç temel avantaj sunduğu ileri sürülmüştür. İlk olarak Jowell, ölçülülük ilkesinin İngiliz hukukunun anlaşılabilirliğini artıracaklarını düşünmektedir çünkü ölçülülük, mantıklı olmayan bir kararın ya da yetkinin kötüye kullanımının sadece bir yönüdür. Jowell'e göre ölçülülük tek başına kusursuz ve ölçülebilir bir standart sunmasa da iyi bir kamu yönetimi için karar alıcılara ve halka rehberlik edecek bir kılavuz sağlama noktasında yeterlidir^[60]. İkinci olarak

[56] Türk Dil Kurumu Genel Türkçe Sözlüğüne göre şahmerdan, vurucu ağırlığın, mekanik olarak yükselmesi ve düşmesi sonucu dövme işi yapan makineye verilen isimdir.

[57] **“You must not use a steam hammer to crack a nut if a nutcracker would do.”** *R v. Goldsmith* [1983] 1 WLR 151, 155.

[58] Grainne de Burca, “*Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law*” *European Public Law*, Volume 3, Issue 4, 1997, s.56.

[59] *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1KB 223.

[60] Jeffrey Jowell, “*Is Proportionality an Alien Concept?*”, *European Public Law*, Volume 2, Issue 3, 1996, s.410.

Jowell, ölçülülük ilkesinin İngiliz yargısal denetimindeki tutarlılığı artıracığını iddia etmektedir. Son olarak Jowell ölçülülük ilkesinin karar verme sürecinin kalitesini artıracığını da savunmaktadır.

Sonuç olarak, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce pek çok davada ölçülülük ilkesinin bu isimle tanındığı ve yaygın olmamakla birlikte bu ilkenin uygulandığı görülmektedir^[61]. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'ndan önce, bir başka ifadeyle temel bir insan hakları belgesi bulunmadığı zamanlarda bu kavramın gelişemediği görülmektedir^[62]. Bu dönemde ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasındaki oran daha ziyade, makul ve mantıklı herhangi bir idari makam ile orantılama yapmak suretiyle makul ve mantıklı herhangi bir idari makâmın bu sonuca ulaşıp ulaşmayacağı kontrol edilmiştir.

3.2. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'ndan Sonra Ölçülülük İlkesi

1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra ölçülülük ilkesi 2002 yılının Mayıs ayında *R (on the application of ProLife Alliance) v. BBC* davasında tartışılmıştır^[63]. *ProLife Alliance* kürtaj karşıtı bir gruptur ve kürtaj hakkında rahatsız edici görsellerin de olduğu bir video hazırlamıştır. 2001 Mayıs ayında bu videoyu aralarında BBC'nin de bulunduğu TV kuruluşlarına yayınlanması için göndermiş ancak BBC dahil tüm kuruluşlar bu videonun yayınlanmasını kabul etmemişlerdir. BBC'nin bu kararının hukuka aykırı olduğunu düşünen *ProLife Alliance*, bu karar aleyhine 22 Mayıs 2001 tarihinde dava açmıştır. 24 Mayıs tarihindeki ivedi yargılamada ilk derece mahkemesi tarafından dava kabul edilemez bulunmuştur. 2001 yılının Haziran ayında genel seçim olduğu için ve söz konusu videonun seçime yönelik bir propaganda çalışması olduğunu düşünen ve videonun yayınlanmasını isteyen *ProLife Alliance*, dava açmasına rağmen videoda toplam üç kez değişiklik yapmış ve en sonunda rahatsız edici olduğu düşünülen cenin görüntülerini flu hale

[61] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 98. Bkz. *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd* [1993] AC 534; *R v. Secretary of State for the Home Department, exp Simms* [1999] 3WLR 328. Bkz ayrıca Jeffrey Jowell–Anthony Lester, “*Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*” Public Law, 1987, s. 368; Jeffrey Jowell–Anthony Lester, “*Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous*”, **New Directions in Judicial Review** (Editör Jeffrey Jowell–Dawn Oliver), London Stevens, 1998.

[62] Grainne D. Burca, *Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law* (1997) European Public Law, Volume 3, Issue 4, 1997. Mark Elliott, “*The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review*”, Cambridge Law Journal, Cilt 60, 2001, s. 301.

[63] *R (on the application of ProLife Alliance) v. BBC* [2003] UKHL 23.

getirmiştir. Bu halde dahi video yayınlanmak üzere kabul edilmeyince dördüncü kez değişiklik yapılmış ve bu kez rahatsız edici olduğu düşünülen görüntüler çıkarılmış, siyah ekranda “sansürlenmiştir” yazısı bırakılmıştır. Bu arada yayıncı kuruluşların hiçbirisi videoda kullanılan müziğe dair bir itiraz öne sürmemiştir. Haziran 2002 tarihinde Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) davayı kabul etmiş, BBC'nin *ProLife Alliance* tarafından hazırlanan seçime yönelik videonun yayınlanmamasını hukuka aykırı bulmuştur. Temyiz Mahkemesi 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun kabul edilmesinin ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki anlamıyla ölçülülük ilkesinin kullanılması gerektiğini kabul etmiştir.

Yargıç Sedley *B v. Secretary for Home Department*^[64] kararında hem Lüksemburg'daki Avrupa Adalet Divanı hem de Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında kullanılan ölçülülük ilkesine atıf yaparak **“Topluluğu ya da insan haklarını ilgilendiren bir önlem yalnızca kanundan doğmalı; aynı zamanda baskın kamusal ihtiyaca uygun olmalı ve çoğulcu bir toplumda verilen izne ulaşmada gereğinden fazla olmamalı; ya da kısaca, haklı bir amaç için uygun ve gerekli olmalıdır”** şeklinde bir tespitte bulunmuştur. Aslında bu tespitte ölçülülük ilkesinin sadece Topluluk hukuku ya da insan haklarını ilgilendiren konularla sınırlı olarak uygulanmamasına, bir diğer ifadeyle, ölçülülük ilkesinin İngiliz hukukunun kendi sistemi içerisinde bağımsız bir ilke olarak uygulanması gerektiğine işaret etmiştir^[65].

Yargıç Slynn, *Alconbury* davası olarak adlandırılan *R v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex p Holding and Barnes and others*^[66] davasında ölçülülük ilkesinin insan haklarını ilgilendiren davalar dışında dahi iç hukukta kullanılabileceğini şu şekilde ifade etmiştir:

“1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'na atıf yapılmaksızın dahi ölçülülük ilkesinin sadece Topluluk işlemlerini ilgilendiren davalarda değil iç hukuku ilgilendiren

[64] *B v. Secretary for Home Department* [2000] UKHRR 498. Bu davanın konusu henüz bir çocuk iken İtalya'dan İngiltere'ye gelen bir davacı, kendi kızına karşı cinsel istismar suçundan mahkum olmuş ve 5 yıl cezaevinde kaldıktan sonra serbest bırakılmıştır. Davacı, İngiltere'de bulunduğu sürenin, eşi ve kızına karşı mevcut uzaklaştırma kararının ve yeniden suç işleme olasılığının olmaması gibi hususların dikkate alınmaması sebebiyle sınır dışı edilme kararına karşı dava açmıştır.

[65] Nicholas Green, “*Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK*”, **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe** (Editör Evelyn Ellis), Oxford, Hart Publishing, 1999, s. 155.

[66] Dava konusu, Çevre ile ilgili bakanlığının özellikle İmar Yasalarına uygun biçimde verilen izinleri iptal ettiği durumlarda karar alım sürecinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını iddia ettiğine ilişkindir.

davalarda da İngiliz idare hukukunun bir parçası haline geldiğinin artık tanınması kanaatindeyim. Wednesbury prensibi ile ölçülülük ilkesini ayrı parçalar olarak tutmaya çalışmak bana gereksiz ve kafa karıştırıcı görünmektedir^[67].

2014 tarihli güncel bir kararda Yargıç Mance ise “ölçülülük terminolojisinin avantajının; kullanılabilirlik, uygunluk, gereklilik ile fayda ve zararların dengesi ya da dengesizliği gibi faktörlere dikkate çekmek suretiyle (idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi) uygulamasına yeni bir unsur eklemesi”^[68] olduğuna işaret etmiştir.

Künnecke’ye göre, İngiliz mahkemelerinde idari işlemin denetimi için mevcut sisteme ölçülülük testinin sorunsuz bir şekilde entegrasyonu iki temel güçlüğü karşı karşıyadır^[69]. İlk güçlük, böyle bir test gerektiren orijinal kararın yargısal denetiminin yapılacağı aşamadır. Bir başka ifadeyle ölçülülük ilkesinin idari işleme uygulanması yargılama işleminin hangi aşamasında yapılmalıdır: İlk derece veya temyiz yargılamasında, bir idari işlemde söz konusu olan kamusal ve özel menfaatin karşılaştırılması temyiz aşamasındaki yargılamaya daha yakındır. Bu nedenle ölçülülük ilkesinin ilk derecedeki yargılamada uygulanması yargısal denetim usulünün geleneksel denetleyici fonksiyonundan daha ileridir^[70]. Künnecke’ye göre ölçülülük ilkesinin İngiliz hukukuna entegrasyonu önündeki ikinci engel, İngiltere’nin bir yazılı anayasasının olmayışıdır^[71].

Brind v. Secretary of State for the Home Department^[72] kararında olası engeller ifade edilmişse de bu karar aynı zamanda yargısal denetimde insan haklarının

[67] *R v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex p Holding and Barnes and others* [2001] EWHL 23, 51.

[68] *Kennedy v. Charity Commission (Secretary of State for Justice intervening)* [2014] UKSC 20.

[69] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 95-96.

[70] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 96.

[71] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 96.

[72] *Brind v. Secretary of State for the Home Department* [1991] 1 All ER 720. Bu davada davacı Ulusal Gazeteciler Birliği üyesi bir gazetecidir. Davacı Bakanlığın BBC ve Ulusal Yayıncılık Kurulunun terör örgütlerinin temsilcilerinin veya destekçilerinin beyanlarını yayınlamaktan kaçınması yönündeki yönergesinin hukuka aykırı olduğunu iddia etmektedir. Davacının bu iddiasının temel dayanakları Bakanlığın yetki aşımında bulunduğu, yönergenin ölçülülük ilkesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan ifade hürriyetine aykırı olduğu yönündedir.

tanındığı dönem olmuştur^[73]. Buna rağmen Murray Hunt gibi yazarlar gelenekler argümanlar ile insan hakları argümanlarını bir arada kullanmayı doğru bulmamaktadır. Nitekim Hunt'a göre, *Brind* kararı bir yandan iç hukuk haline getirilmemiş hukukun ilgisiz olduğunu diğer yandan da insan haklarını ilgilendiren davalardaki geleneksel yaklaşımın yenilenmesini desteklediğini ifade eden ve her iki uç yaklaşımı da içinde barındıran bir karardır. Bu nedenle iki ucu keskin kılıca (*double-edged sword*) benzetilmektedir^[74].

İngiltere 1998 İnsan Hakları Kanunu ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni iç hukuk haline getirdiği için bu tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını dikkate almak zorunda kalsa da İngiliz mahkemelerinin ölçülülük ilkesinde aynı testi uygulamak zorunda olduğu söylenemez^[75]. Feldman'a göre İngiliz mahkemelerinin ölçülülük ilkesini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi yorumlama zorunda olmamasının temel nedeni, bazı hakimlerin *Wednesbury* testine alternatif oluşturma konusunda isteksizliğidir^[76]. Kentridge'e göre "*İngiliz mahkemelerinin yüzleşeceği en zor ve önemli sorun, kapsamlı ve savunulabilir bir ölçülülük ilkesi geliştirmektir (ya da bulmaktır)*".^[77] Mevcut kamu hukuku ilkelerinin gelecekte uygulanacak ölçülülük ilkesinin uygulanmasını etkileyeceği de kuvvetle muhtemeldir^[78].

4. Türk İdare Yargı Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda açıkça ifade edilmiş bir ilke değildir. Öte yandan 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi 1982 Anayasası döneminde de (2001 tarihli Anayasa değişikliğine kadar) Anayasa Mahkemesi kararlarında özellikle bu ilkenin unsurlarına yer verildiği görülmüştür. Aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği üzere ölçülülük ilkesinin

[73] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 96.

[74] Murray Hunt, **Using Human Rights Law in English Courts**, Oxford, Hart Publishing, 1997, s. 208.

[75] David Feldman, "Proportionality and the Human Rights Act 1998" Evelyn Ellis (ed), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, Oxford, Hart Publishing, 1999, 121.

[76] David Feldman, "Proportionality and the Human Rights Act 1998" Evelyn Ellis (ed), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, s.212.

[77] Sydney Kentridge, "The Incorporation of the European Convention on Human Rights" Jack Beatson ve Christopher Forsyth (Dir.) **Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles**, Oxford, Hart Publishing, 1998, 70.

[78] David Feldman, "Proportionality and the Human Rights Act 1998", s.143.

bir unsuru olan orantılılık, Anayasa Mahkemesi için bir denetim aracı olarak içtihatla kendine yer bulmuştur^[79].

Öğreti ise Anayasa'da açıkça yer verilmemiş olsa da ölçülülük ilkesinin içeriğini belirleyen diğer kavramlara yer verildiğini savunmuştu. Örneğin, 1982 Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında "öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama", Anayasa'nın 15'inci maddesinde "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadelerinin ölçülülük ilkesine işaret ettiği ifade edilmiştir^[80]. 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesi özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi temel alınmak suretiyle, 2001 tarih ve 479 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin değiştirilmesi Hakkındaki Kanun ile yeniden düzenlenmiştir: "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" Söz konusu Anayasa değişikliği ile ölçülülük ilkesi anayasal bir ilke haline gelmiştir.

Danıştay ölçülülük ile ilgili ilk ve prototip niteliğindeki kararını 1970 yılında vermiştir^[81]. Oğurlu'ya göre bugünkü anlamında kullanılmamış olsa bile Danıştay ölçülü olmayı uyuşmazlığın çözümünde bir kriter olarak kullanmıştır. Dava konusu, belediye encümenince elektrik abonelerinden alınması gereken depozito miktarının, bankalardan diğerlerinden farklı olarak beşyüzbin lira olarak alınmasına dair idari işlemin iptalidir. Danıştay, idari işlemin gerekçesiz olmasının hukuka aykırılık sonucunu doğurduğunu tespit etmesinin yanı sıra, depozito miktarının işletmenin teslim ettiği demirbaş bedelini karşılayacak nesnel ölçüler içinde tespit edilmesi gerektiğini ve bu ölçünün üstünde bir meblağ tespit edilmesinin gerekçelerinin işlemden açıklanmasının zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır. Danıştay, tesis edilen işlem ile işlemin sonucu hakkında bir orantı olup olmadığına bakmak suretiyle, meblağın "*çok yüksek ve ölçüsüz*" olduğu yönünde karar vermiştir.

[79] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 18.2.1971, Esas No.: 1970/22, Karar No: 1971/20.

[80] Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2011, s.114.

[81] Danıştay 11. Daire, Karar Tarihi:24.12.1970, Esas No.:1970/2401, Karar No.:1970/3088 (Aktaran: Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, s.124). Bkz. Yücel Oğurlu, İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay'ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 68, Danıştay Matbaası 2004, s. 146.

Danıştay kararları incelendiğinde ölçülülük ilkesinin daha ziyade disiplin hukuku alanında kullanıldığı görülmektedir^[82]. Hatta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 57'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “*Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir.*” hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesiyle ölçülülük ilkesi ve disiplin hukuku arasındaki ilişki çok net bir şekilde ortaya çıkmıştır^[83]. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi'nce iptal kararının daha sonraki bir tarihte yürürlüğe gireceğine ilişkin herhangi bir karar verilmediğinden, iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlandığı 28.02.2014 günü yürürlüğe girmiştir. 11.09.2014 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 67'nci maddesi ile bu konuyu bir kez daha düzenlemek suretiyle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 57'nci maddesinin 1'inci fıkrası “*Adaylık süresi içinde aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir. İlişkileri kesilenler ilgili kurumlarca derhâl Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.*” hükmüne yer vermiştir. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemede adaylık süresi içinde herhangi bir disiplin cezası almak ilişki kesme için yeterli iken yeni düzenlemede adaylık süresi içinde aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almak ilişki kesme sebebi olarak kabul edilmiştir.

Söz konusu Kanun'un yürürlüğünden önceki dönem için uygulanamayacağı açık olmasına rağmen aday memur olarak görev yapan davacı, hakkında yapılan soruşturma sonucunda uyarma cezasıyla cezalandırılmış, davacının bu cezaya karşı itiraz etmemesi nedeniyle cezanın idari yönden kesinleşmesi üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 57'nci maddesi uyarınca memuriyetle ilişkisi kesilmiştir.

Bu kararda Danıştay, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kanun hükmünü iptal ederken kullanmış olduğu ölçülülük kriterine atıf yapmıştır: “*Disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır.*” Danıştay'a göre, ilgili kanun maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilerek iptal kararının yürürlüğe girmiş bulunması nedeniyle hukuk aleminden kaldırılmış olması, yeni yasal

[82] Yücel Oğurlu, “*İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay'ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı, Danıştay ve İdari Yargı Günü*”, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 68, Danıştay Matbaası 2004, s. 147.

[83] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 14.11.2013 Esas No: 2013/15, Karar No: 2013/131.

düzenlemenin ise yürürlük tarihinden önceki döneme ilişkin olaylara uygulama imkanının da bulunmaması karşısında adaylık sürecinde verilen disiplin cezası sebebiyle göreve son verme işlemini hukuka aykırı bulmuştur^[84].

Benzer şekilde idari yaptırımlar alanında da ölçülülük ilkesi önemli bir yere sahiptir. İdari yaptırımlar, “*idarenin bir yargı kararına gerek olmadan yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukuku ile bazı ceza hukuku ilkelerini dikkate almak suretiyle idari işlemlerle uyguladığı yaptırımlar, verdiği cezalar olarak*”^[85] tanımlandığına göre, Danıştay, “*idari yaptırımların cezai nitelikleri ve bu anlamda ceza hukukunu ilgilendiren yönleri mevcut olduğundan bunların idare tarafından uygulanması ve yargısal denetimi açısından klasik idari işlemlerden ayrıldığı da açıktır. Bu çerçevede savunma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, lehe olan kanunun uygulanması, cezaların zorunluluğu, cezaların bireyselliği ve ölçülülük ilkelerine idari yaptırımlar alanında uyulması zorunlu görülmüştür.*” düşüncesine yer vermiştir^[86].

Sonuç

İdarenin tabi olduğu hukuk sistemleri adli idare sistemi ve idari rejim olarak ikiye ayrılmaktadır. Adli idare sisteminin en temel özelliği, idareye özgü hukuk kurallarının ve idareye özgü yargılama usulünün bulunmaması şeklinde ifade edilir iken idari rejim idareye özgü hukuk kuralları ile idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların ayrı bir yargı kolu ve usulüyle çözümlendiği sistem olarak tanımlanabilir. Adli idare sistemi ile idari rejim arasındaki bu farklılık, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarının Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi üzerindeki etkisi ve her iki hukuk sistemi arasında etkileşim sonucu azalmaktadır. Örneğin Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkan ve gelişen haklı beklenti ilkesi Kıta Avrupası hukuk sisteminde entegre edilmiştir. Benzer şekilde ölçülülük ilkesi Kıta Avrupasında ortaya çıkmış ve Anglo-Sakson hukuk sisteminde uygulanmaya başlamıştır.

Türk hukukuna önce Anayasa Mahkemesi içtihatı ile giren ölçülülük ilkesi, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile anayasal bir ilke haline gelmiştir. Ölçülülük ilkesinin Anayasa Mahkemesi’nce içtihadı bir ilke olarak kullanıldığı dönemde Danıştay da bu ilkeyi kullanmaya başlamıştır çünkü ölçülülük

[84] Danıştay 12. Dairesi, Karar Tarihi: 9.9.2015, Esas No: 2015/2837, Karar No: 2015/4660.

[85] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 23.10.1996, Esas No: 1996/48, Karar No: 1996/41

[86] Danıştay 3. Dairesi, Karar Tarihi: 21.6.2011, Esas No: 2010/367, Karar No: 2011/3019.

ilkesinin muhatabının yalnızca yasama organı olmadığı, idarenin işlemlerinde de bu ilkeyi dikkate alması gerektiği kabul edilmiştir.

İngiliz hukukunda ise 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'ndan önce *Wednesday* testi ile birlikte ancak çok daha nadir kullanılan ölçülülük ilkesi, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulusal üstü yargı organlarının etkisi sonucu daha etkin kullanılmaya başlanmıştır. İngiliz idare hukuku sisteminde ölçülülük ilkesi, belli şartlar altında bir kamu kurumunun elde edilebilir seçeneklerden en uygun olanını seçmesi düşüncesini içerir ki mahkeme bir dereceye kadar kendisi karar vericinin yerine koymaktadır^[87].

Bu son tespitimiz Türk ve İngiliz idare hukukundaki en temel ayrımı göstermektedir. Çünkü her ne kadar İngiltere açısından mahkemenin bu rolün üstlenilmesinin istenmesi, hakimlerin siyasi konuları ilgilendiren davalarda yarışan menfaatlerin göreceli önemini değerlendirmek konusunda donanımlı olup olmadıkları hususunda bazı soruları gündeme getirmekte ise de ülkemiz açısından “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez*”. Dolayısıyla ölçülülük ilkesinin kullanımında mahkemenin elde edilebilir seçeneklerden en uygun olanını seçmesi her zaman yargı yetkisinin kullanımına dair tartışmayı beraberinde getirecektir.

[87] Alex Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, London, Pearson, 2009, s.335.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar – Sezginer, Murat – Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2016.

Alder, John, **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, London, Palgrave Macmillan, 2002.

Alexy, Robert, “*Constitutional Rights, Balancing and Rationality*”, 16 Ratio Juris131, 2003.

Aslan, Zehreddin, “*İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararların Niteliği*”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 10 (Ocak 1995).

Bailey S. H.- Jones B. L.- Mowbray A. R., **Cases and Materials on Administrative Law**, London, Sweet & Maxwell, 1992.

Bamforth, Nicholas–Leyland, Peter, **Public Law in a Multi-Layered Constitution**, Oxford, Hart Publishing, 2003.

Bozkurt, Enver–Özcan, Mehmet–Köktaş Arif, **Avrupa Birliği Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012.

Bozkurt, Enver–Kütükçü, M. Akif–Poyraz, Yasin, **Devletler Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012.

Bradley, Alan D. P., **Proportionality and Deference under the UK Human Right Act: An Institutionally Sensitive Approach**, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Burca, Grainne de, “*Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law*” (1997) European Public Law, Volume 3, Issue 4, 1997.

Carroll, Alex, **Constitutional and Administrative Law**, London, Pearson, 2009.

Craig Paul–Burca Grainne de, **EU Law: Text, Cases and Materials**, Oxford, Oxford University Press, 1998.

Çağlayan, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet, 2013.

Doğru, Osman–Nalbant, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt:2, Ankara, Yüksek Yargı Kurumlarını Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirmesi Ortak Projesi.

Elles, Evelyn, **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, Oxford, Hart Publishing, 1999.

Elliott, Mark, “*The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review*”, Cambridge Law Journal, Cilt 60, 2001.

Elliott, Mark–Varuhas, Jason N. H., **Administrative Law**, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Erkut Celal, **Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, Kavram, 1996.

Feldman, David, “*Proportionality and the Human Rights Act 1998*” Evelyn Ellis (ed), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, Oxford, Hart Publishing, 1999.

Jowell, Jeffrey, “*Is Proportionality an Alien Concept?*”, European Public Law, Volume 2, Issue 3, 1996.

Hickman, Tom, **Public Law after the Human Rights Act**, Oxford, Hart Publishing, 2010.

Hunt, Murray, **Using Human Rights Law in English Courts**, Oxford, Hart Publishing, 1997.

Kaboğlu, İbrahim Ö., “*Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)*” Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Sayı 60, 1991.

Karahanoğulları, Onur, İdari Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin R (80) 2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, AÜHFHD, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, ss.323-337.

Kentridge, Sydney, “*The Incorporation of the European Convention on Human Rights*” Jack Beatson ve Christopher Forsyth (Dir.) **Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles**, Oxford, Hart Publishing, 1998.

Künneceke, Martina, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, Berlin, Springer, 2007.

Leyland, Peter–Gordon, Anthony, **Administrative Law**, Oxford, Oxford University Press, 2005.

İnceoğlu, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi.

Oğurlu, Yücel, “*İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme*”, AÜEHFD, Cilt IV, Sayı 1-2, 2000.

Oğurlu, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara, 2002.

Oğurlu, Yücel, “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı, *Danıştay ve İdari Yargı Günü*”, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 68, Danıştay Matbaası 2004.

Oğuz, Arzu, “*Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s.451-507

Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2011.

Rivers, Julian, “*Proportionality and Variable Intensity of Review*”, Cambridge Law Journal, Volume 65, Issue 01, March 2006.

Rumpf, Christian, “**Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği**”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg10/crumpf.pdf.

Sağlam, Fazıl, **Temel Hakları Sınırlandırılması ve Özü**, Ankara, AÜSBF Yayını, 1982.

Saygın, Engin, “**Adli İdare Sistemi-İdari Rejim Ayrımı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin İdari Rejimde Yeri**”, Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi, Ankara, 2016.

Saygın, Engin, “**Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımları Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 126, EYLÜL-EKİM 2016.

Tanör, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.Baskı, İstanbul, BOS Yayınları, 1994.

Yüksel, Metin, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002.

Wade, William–Forsyth, Christopher, **Administrative Law**, 10th ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, “*İngiltere’de İdare Hukuku*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1961, Cilt 18, Sayı 1-4, s. 373-411.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, **İdare Hukuku** Cilt 2, Ankara, Yetkin, 2012.

YARGI KARARLARI ve DİĞER

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Dudgeon v. The United Kingdom, Application No. 7525/76 .

Sunday Times v. The United Kingdom, Application No. 6538/74, 29.4.1979.

İngiltere

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1948] 1KB 223.

Barnsley MBC ex p Hook, [1976] 1 WLR 1052.

Brind v. Secretary of State for the Home Department [1991] 1 All ER 720.

CCSU v Minister for the Civil Service [1985] AC 374, 410.

De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing [1999] 1 A.C. 69.

Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd [1993] AC 534.

Hone v. Maze Prison Visitors [1988] 1 All ER 321, 327–9.

Kennedy v. Charity Commission (Secretary of State for Justice intervening) [2014] UKSC 20.

R. v. Chief Constable North Wales Police ex parte AB [1998].

R v. Goldsmith [1983] 1 WLR 151.

R v. Secretary of State for the Home Department, exp Simms [1999] 3WLR 328.

R (on the application of ProLife Alliance) v. BBC [2003] UKHL 23.

B v. Secretary for Home Department [2000] UKHRR 498.

R v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex p Holding and Barnes and others [2001] EWHL 23.

Tesco Stores v. Secretary of State for the Environment [1994].

Türkiye

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 18.2.1971, Esas No.: 1970/22, Karar No: 1971/20.

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 9.2.1972, Esas No: 1970/48, Karar No: 1972/3.

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 23.6.1989, Esas No: 1988/50, Karar No: 1989/27.

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 23.10.1996, Esas No: 1996/48, Karar No: 1996/41.

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 14.11.2013 Esas No: 2013/15, Karar No: 2013/131.

Danıştay 3. Dairesi, Karar Tarihi: 21.6.2011, Esas No: 2010/367, Karar No: 2011/3019.

Danıştay 11. Dairesi, Karar Tarihi: 24.12.1970, Esas No: 1970/2401, Karar No: 1970/3088.

Danıştay 12. Dairesi, Karar Tarihi: 9.9.2015, Esas No: 2015/2837, Karar No: 2015/4660.

DİĞER

Cambridge International Dictionary of Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

Council of Europe Recommendation No R(80)

İdari Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin R (80) 2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, AÜHFD, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, ss.323-337.

<http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi: 08.06.2016.

The Administration and You: Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons, Strasbourg, Council of Europe, 1996.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, 21. Dönem 70. Cilt 132. Birleşim–Sayfa 89.