

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN KULLANIMINDAKİ YERİ

*The Role of the Principle of Proportionality in the Exercise of
Administrative Discretion*

Jülide Gül ERDEM*

ÖZET

Başta Almanya olmak üzere Avrupa Hukuk Sistemlerinde uzun bir süredir uygulanmakta olan ölçülülük ilkesi, Türk Kamu Hukuku için de yabancı bir kavram değildir. Ancak özellikle idari yargı, ilkeye gerektiği önemi vermemiş ya da bunu açıkça yapmaktan kaçınmıştır. Anayasa'da 2001 yılında yapılan değişikliklerden sonra bu durumun artan bir ivmeyle değişmesi beklenmektedir. Ölçülülük ilkesinin tüm unsurlarıyla kullanılmasının hem idare hem de birey açısından son derece önemli sonuçları olacağı düşünülmektedir. Ölçülülük ilkesinin kullanılması, birey ile kamu yararının dengelenmesi açısından çok anlamlı bir fark yaratabilecektir. Bu çalışmada, ölçülülük ilkesinin özellikle idarenin takdir yetkisini kullanması aşamasında ve yargısal denetim sırasında taşıyacağı önemli rol irdelenmiştir. Bunun için de önce genel olarak ölçülülük ilkesi ortaya konmuş sonra da takdir yetkisi ile bağlantısı ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Ölçülülük ilkesi, takdir yetkisi, yargısal denetim

* Araş. Gör., Abant İzzet Baysal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü

ABSTRACT

The principle of proportionality, which has been practiced for a long time in the European legal systems, particularly in Germany, is not an unknown concept to the Turkish Public Law. However, the administrative courts did not attach the proper significance to that principle or refrained from doing it fairly. After the 2001 constitutional amendments, this situation is being expected to change at an increasing rate. The use of the principle of proportionality with its all elements is considered to have extremely important results according to both the administration and to the individual. Enforcing the principle of proportionality may create a significant difference in terms of balancing the individual and the public interest. In this study, the important role that the principle of proportionality may play particularly in the stage of enjoying the administrative discretion and making the judicial review is scrutinized. Therefore, first the principle of proportionality is described in general terms and then its relationship with the administrative discretion is explicated.

Keywords: The principle of proportionality, administrative discretion, judicial review

Giriş

Özellikle temel hak ve özgürlüklerin idare tarafından sınırlandırılmasında, söz konusu özgürlüğün kullanımının aşırı derecede kısıtlanmasını engellemek amacıyla geliştirilen ölçülülük ilkesi, kamu hukukunun temel ölçütlerinden biri haline gelmiştir. Günümüzde bu ilke, özellikle de Avrupa hukuk sistemlerinde başta idare, anayasa ve hatta ceza hukuku olmak üzere; pek çok hukuk ve yargılama alanında kullanılmaktadır.

Günümüzde, ölçülülük ilkesinin, neredeyse tüm hukuk dallarında özellikle de kamu hukuku alanında genel bir kabul görmüş ve temel bir ölçüt olarak yer bulmuş olduğunu söylemek mümkündür. Fakat şu bir gerçektir ki; ölçülülük ilkesinin doğum yeri ve temel işlevi açısından en büyük hayatiyeti taşıdığı iddia edilebilecek olan alan, idare hukukudur. Buna uygun olarak da ilkenin idare hukuku alanındaki ağırlığı, her geçen gün daha büyük önem kazanmaktadır.

İdarenin üstlenmiş olduğu görevlerin yani birey ve toplumun hayatında oynadığı rolün giderek genişlemesinin doğal bir sonucu olarak; söz konusu sorumlulukların yerine getirilebilmesi için idareye verilen yetkiler de son derece artmıştır. Bu yetkilerin artmış olmasından daha önemlisi ise yetkilerin kullanılmasında kesin kalıpların belirlenmesindeki güçlülüdür. Toplum yaşamının hızla değişen koşullarına uyarlanmak zorunda olan idare mekanizması bunu gerçekleştirmek için daha çok yetki talep ederken, bu yetkilerin kullanımının sonuçları da daha büyük ve önemli olmaktadır. Özellikle takdir yetkisi söz konusu olduğunda, bireyin hak ve özgürlükleri bakımından ciddi hassasiyetler oluşmaktadır.

İdarenin, sınırları yasal düzenlemelerle belirlenmiş bir alanda tercih yapabilme olanağına sahip olması şeklinde ifade edilebilecek bir yetki türü olan takdir yetkisi, idari mekanizmanın işleyişinde çok büyük bir önem taşımaktadır. Ancak bu kadar büyük bir öneme sahip olması, sadece işlevinden değil, bu yetkinin kullanımından doğabilecek sorunlardan da kaynaklanmaktadır. Takdir yetkisi, kamu yararıyla bireyin yararını dengede tutacak şekilde kullanılmazsa son derece mühim çatışmalara sebebiyet verme potansiyeli de taşımaktadır.

Bilinmektedir ki; hukukun seçim yapabilme olanağı tanıdığı bir alanda, yasal seçenekler arasında tercih yapabilecek olan idare, söz konusu seçimi yaparken tümüyle özgür mü bırakılmıştır sorusu en temel idare hukuku meselelerinden birini ortaya koyar.

İşte bu noktada çok önemli bir hukuki aracın yardımına başvurulabilecektir:

Takdir yetkisi veya belirsiz kavramlarla tanınmış olan değerlendirme (nitelendirme) yetkisi nasıl kullanılmalıdır? İdare bu yetkisini kullanırken hukukun çizdiği sınırların içinde olduğunu hangi ölçütle belirleyebilir? Yargı, takdir yetkisi içeren işlemleri denetlerken, idarenin tasarrufunu hangi araçlarla değerlendirmelidir? Bu ve buna benzer pek çok sorunun yanıtını oluşturabilecek en güçlü hukuki araçlardan biri de ölçülülük ilkesidir.

Ölçülülük ilkesi hem bireyin hem toplumun menfaatlerini dengeleyebilecek bir ölçüt oluşturma potansiyeli taşımaktadır. Uygulamada da bunu gözlemlemek mümkündür. İşte bu çalışmada, idare hukukunun belli başlı gerilim konularından birini oluşturan takdir yetkisinin kullanımında ölçülülük ilkesinin taşımakta olduğu rol irdelenmeye çalışılacaktır.

Bu makalede, öncelikle; ölçülülük ilkesi genel olarak ele alınmış bu yapılırken de ilkeyle Türkiye’den önce tanışmış ve onu istikrar kazanan içtihatlarıyla güçlendirmiş olan diğer hukuk sistemlerindeki görünümü ortaya konmaya çalışılmıştır. Bunun ardından ölçülülük ilkesinin idarenin takdir yetkisiyle kesişme noktaları ve bunun işlevsel önemi ele alınmıştır. Ardından idari yargının, idarenin takdir yetkisi içeren tasarruflarını denetlerken ilkeden nasıl yararlandığı ve yararlanabileceği hususları belirlenmiştir.

I. Ölçülülük İlkesinin Gelişim Süreci

Ölçülülük İlkesi de tüm hukuki kavramlar gibi kullanılmaya başlandığı noktadan günümüze kadar aldığı yol içinde gelişip olgunlaşmış; genel kabul gören bir kavram halini alıncaya kadar, doğduğu dönem ve hukuk sisteminin ihtiyaç ve gereklerinden etkilendiği kadar değişen koşullara uyarlanabilirliğiyle de zenginleşmiştir.

Uygulanması ve yargısal aşamada belirleyici bir ölçüt olarak kullanılmasının somut örneği ilk olarak Almanya’da gerçekleşmiş olsa da Avrupa’nın farklı hukuk sistemlerine sahip hemen hemen her ülkesinde, bu terimle açık bir şekilde zikredilmese bile kökleşmiş bir uygulama alanı kazanmış olan ölçülülük ilkesi, dürüstlük ilkesinin dinamik bir yansıması olarak da nitelendirilebilmekte¹ ve uygulanmakta olduğu hukuk sisteminin özelliklerinden beslenerek farklı şekillerde ifade edilebilmektedir.

Elbette bu ilke gibi belli bir yetkinlik düzeyine ulaşmış tüm hukuk sistemlerinde kabul gören bir kavramın, yerelliğin ötesine ulaşması bir anda gerçekleşmemiştir. Bu sürecin, özellikle de Türk Hukuk Sistemi için farklı yönleriyle de olsa değer taşıyan bazı ülkelerdeki gelişiminin ele alınması, kavramın daha iyi anlaşılması için yararlı olacaktır.

A. Almanya’da Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin temeli 1882 yılında Prusya Yüksek İdare Mahkemesi’nin polis uygulamaları hakkında verdiği bir kararla atılmıştır. Yüksek Mahkeme, kamu düzeninin sağlanmasında polisin bir takım

¹ GALLIGAN D.J., “Administrative Procedures and Administrative Oversight: Their Role in Promoting Public Service Ethics”, Konferans Paris, 5 November 1997 (Aktaran: OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülük İlkesi”, s.177).

tedbirleri alması gerektiği ön kabulünün yanında; bu önlemlerin aşırıya kaçmasının, polisin sahip olduğu yetkinin dışında olduğunu ve polisin elde edilmek istenen amaçla orantılı tedbirlerin ötesine geçemeyeceğini vurgulamıştır. Bilinen bir benzetmeyle özetlemek gerekirse, kırlangıçlar topla vurulmamalıdır.²

Ölçülülük ilkesi bugün, bir tedbirin amaçlanan sonuca ulaşması için elverişli ve gerekli olması ve de birey üzerinde oluşturduğu etki ile amacı arasında makul bir orantının bulunmasından yani üç ana unsurdan oluşmaktaysa da bu yapı karşılaşılan hukuki meselelerle birlikte süreç içinde geliştirilmiştir.

Orantılılık prensibinin vurgulandığı ilk kararın sonrasında yargı, yıllar içinde, orantılılık ilkesine ek olarak gereklilik prensibini de geliştirip yerleştirmiştir ve bu prensip, başta kolluk uygulamaları olmak üzere, tüm idare hukuku meselelerinde uygulanan yerleşik bir prensip haline almıştır. Ölçülülük ilkesinin bütün unsurlarıyla oluşturulması da yine Almanya'da ve II. Dünya Savaşının ardından gerçekleşmiştir. Başlangıçta bu prensip, belli bir amacın elde edilmesinde en elverişli aracın kullanımı anlamına gelse de zamanla bu yetersiz bulunmaya başlanmış ve böylece elverişli araçların seçiminin yanında, kullanılacak araçlar arasında bireye en az zarar verecek, haklarını en az ihlal edecek aracın seçilip uygulanması gerekliliği de doğmuştur. Bu iki unsura II. Dünya Savaşının ardından da; hedeflenen nokta ile alınan tedbir ve yapılan müdahale arasında, akılcı bir orantının gözetilmesi hususu eklenmiştir.³ Birbiriyle bağlantılı bu üç unsur, birlikte bir bütün oluşturmaktadırlar ki işlemin ölçülülük ilkesi açısından hukukiliği ancak bu üç unsurun birlikte bulunması ile sağlanmış olacaktır.

Almanya'da ölçülülük prensibi sadece idare hukukunda değil, anayasa ve ceza hukuklarında da sık sık başvurulan bir hukuk prensibidir ve Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, ölçülülük prensibini devletin tüm faaliyetleri için üstün bir kılavuz olarak nitelemiştir. Ölçülülük, hukukun tek bir alanıyla sınırlanamayacak ve bir bütün olarak hukukun yorumlanmasında ve uygulanmasında da ona uyulması gerekecektir.⁴

² SCHWARZE Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1995, s.685-686.

³ SIGNH Mahendra P., *German Administrative Law in Common Law Perspective*, (2nd edition), Springer, Heidelberg, 2001, s.160.

⁴ SIGNH, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, s.161.

Almanya’da ölçülülük ilkesinin temel amacının, idarenin hak ve özgürlükler üzerine koyduğu sınırlamaların, anayasal sistem tarafından kabul edilen bir sınırlama olup olmadığının belirlenmesi, olduğu düşüncesi yaygındır. İdarenin kamu yararını güderek aldığı ama temel bir hakkın kullanımının sınırlanması sonucunu doğuran bir önlemin amaca ulaşmak için mutlaka gerekli bulunması ve bu sınırlamanın yarattığı kayıp ile muhtemel yararın dengeli olması beklenir.⁵ Alman Hukuk Sisteminde, alınan tedbir ölçülü değilse söz konusu işlem hukuka aykırı ve “yok hükmünde” kabul edilir. Bir tazminat ödenerek telafi edilmesi bahis konusu değildir. Ancak bireyin çıkarlarıyla kamu yararını dengeleyen yeni bir karar telafi sağlayabilir⁶.

Alman Anayasa Mahkemesi, kararlarında, ölçülülük prensibinin kaynağına vurgu yapar. Mahkemeye göre, ölçülülük prensibi hukuk devletinin sonucu olmanın yanı sıra, temel hakların doğasından da gelmektedir.⁷ Ancak çoğu zaman, sadece hukuk devleti ilkesinden yola çıkmaktadır. Ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkeleri, devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden doğar ve bunun için anayasal değer sahibidir.⁸

Ölçülülük ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına dâhil olması da Almanya kanalıyla olmuş ve kısa sürede Mahkeme tarafından benimsenip temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının denetiminde sıklıkla kullanılan bir ölçüt halini almıştır. Mahkeme, yaptığı denetimde, bireyin temel haklarının korunması ile meşru amaç arasında bir denge sağlanmasını aramaktadır. İnsan Hakları Mahkemesi, ilk defa kullandığı Belgian Linguistic kararından⁹ bu yana, ilkeye gitgide daha fazla yer

⁵ GROT Rainer, “Rule of Law, Etad De Droit and Rechtsstaat”, <http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.doc>-Ekim 2000 (Aktaran:OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.192).

⁶ VUGT Adrienne de Moor van, “Proportionality in Dutch Administrative Law”, TFLR-Administrative Law, Cilt:7, Sayı:7, 1998, s.9 (Aktaran: OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, s.192).

⁷ 19 BVerfGE 342, 348-49, (Aktaran: SIGHN, German Administrative Law in Common Law Perspective, s.161).

⁸ BVerfGE 19, sh.342 vd. (348), (Aktaran: RUMPF Christian, “Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1993, s.34).

⁹ Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages In Education In Belgium V. Belgium, 23.7.1968, Application no: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525> – Ekim 2013).

vererek; ölçülülüğü Sözleşmenin getirdiği koruma mekanizmasının vazgeçilmez bir referansı haline getirmiştir.¹⁰

B. Fransa'da Ölçülülük İlkesi

Fransız sisteminde ise idarenin denetiminde sıklıkla kullanılan açık hata ve bilanço ölçütlerinin, ölçülülük ilkesinin farklı görünüşleri olduğu savunulmaktadır. Fransa'da, idarenin takdir yetkisi denetimi söz konusu olduğunda, yerindelik sınırlarını aşma endişesi taşıdığı için kendini oldukça sınırlama eğilimi gösteren idari yargı, bu kaygıyı açık hata (erreur manifeste d'appréciation des faits ya da erreur manifeste) ölçütünü geliştirip uygulayarak aşmış ve önceleri aşılmaz sınırmışçasına kabul ettiği pek çok alanı, bu doktrin yardımıyla denetlemeye başlamıştır. Başlangıcı olarak 1953 yılındaki Denizet Davası gösterilen açık hata ölçütü, yıllar içinde geliştirilmiş ve yargının adaleti tecelli ettirmek için önceki dönemin aksine takdir yetkisini daha fazla denetleme gereği duymasının sonucunda, gittikçe yerleşmiştir. Ölçüt, Fransız Yüksek İdare Mahkemesi'nin (Conseil d'Etat), olguları doğru tespit etmiş olsa bile doğru değerlendirememiş idareyi denetleyebilmesine ve işlemi iptal etmesine olanak vermiştir. Yani idareci hata yapabilse de açıkça hata yapamaz.¹¹

Açık hata ölçütü, daha önce de ifade edildiği gibi Fransa'da eskiden yargının en az denetim yaptığı alanlarda, mesela, yabancılarla ilgili meselelerde, pasaport taleplerinde, profesyonel yeterliliğin değerlendirilmesinde, terfi sorunlarında, disiplin cezaları söz konusu olduğunda kullanılmaktadır. Örneğin, geleneksel olarak yargı, disiplin suçları bahis konusu olduğunda, olguların doğruluğunu ve idarenin nitelendirmesinin disiplin suçu kategorisine girip girmediğini denetlemekle yetinirken; açık hata ölçütünün kullanılmasıyla disiplin cezasının suça uygun olup olmadığını da denetlemeye başlamıştır. Böylece, idarenin bu konudaki takdir yetkisinin denetlenebilmesi mümkün olmuştur.

Ancak, öncesinde yargının denetim yapmadığı pek çok alanı yargısal denetime açmış olsa da; Fransız Hukuk Sistemi'nde, zamanla, açık hata ölçütü de etkin bir yargısal denetim gerçekleştirme ihtiyacını gidermede

¹⁰ LOUCAIDES G. Loukis, *Essay on The Developing Law of Human Rights*, London, 1995, s.198 (Aktaran: OĞURLU, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s.143-144).

¹¹ BROWN L. Neville /BELL John S., *French Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, s.261-262.

yetersiz bulunmuştur. Bunun üzerine idari yargı, bilânço (principe bilan-coût-avantages) ölçütünü geliştirmiştir. Bu ölçütle idari yargı, idari işlemin dayandığı olguları göz önünde bulundurarak bir kâr-zarar değerlendirmesi yapmaktadır. Yani yargı, söz konusu işlemin avantaj ve dezavantajlarını orantılamakta ve denge aramaktadır. Mesela, yine öncesinde yargının denetimden kaçındığı bir alan olan, kamulaştırma kararları üzerinde ilk defa 1971 yılında bilânço ölçütü kullanılarak denetim yapılmıştır. Conseil d'Etat, söz konusu Ville Nouvelle Est kararında kâr-zarar dengelemesi yapmış ve idarenin aldığı kamu yararı kararının, bu işlemin mülkiyet sahipleri üzerinde yarattığı külfet, sosyal düzen değişiminin ve kamu maliyetinin beklenen faydayı aşması halinde, işlemin hukuka uygun olmayacağı sonucuna varmıştır.¹²

Görüldüğü üzere, Fransız yargısının geliştirdiği bilânço ilkesi, ölçülülük ilkesine çok yakın duran bir ölçüttür. Hatta sadece bilânço ilkesi değil, açık değerlendirme hatası ilkesi de ölçülülük ilkesiyle bağlantılıdır.¹³ Açık değerlendirme hatası ölçütünün bilânço ilkesinin daha geniş kapsamlısı olduğu, ölçülülük ilkesinin de Alman Hukuku yaklaşımına benzer bir şekilde uygulandığı da savunulmaktadır.¹⁴

Conseil d'Etat, artık, farklı alanlarda denetim ölçütü olarak ölçülülük ilkesini kullansa da çoğu zaman ilkenin adına açıkça yer vermek yerine, “açık ölçüsüzlük”, “açık değerlendirme hatası”, “tüm ölçülerin dışında” gibi ifadeler kullanmayı tercih etmektedir.¹⁵ Braibant, Fransız yargısının, idari işlem ve eylemlerin denetlenmesinde ölçülülük ilkesinin, çoğunlukla açıkça ama bir çok olayda da “gizlice” bile olsa, sebep unsurunun denetiminde başvurduğu bir ilke olduğunu belirtmektedir.¹⁶

Fransız hukukçuları, ölçülülük ilkesi uygulanırken, amacın önemi, olguların ağırlığı ve söz konusu idari işlem sonucunda bireyin maruz kalacağı sıkıntı ve sınırlamalar arasındaki dengenin dikkate alınması gerektiğini; bunun yanında, kararın etkililiği ve yararlılığının da önemli

¹² ERKUT Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul, 1996, s.108-111.

¹³ BROWN-BELL, French Administrative Law, s.220.

¹⁴ BROWN-BELL, French Administrative Law, s.247.

¹⁵ ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s.110.

¹⁶ BRAIBANT G., “Le Principe de Proportionnalite”, Melanges Walines, 1974, (Aktaran:OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, s.181).

olduğunu; idari tedbirde gereklilik ve akılcılığın da değerlendirilmesi gerektiğini vurgularlar.¹⁷

C. İngiltere’de Ölçülülük İlkesi

Genel olarak Avrupa’nın diğer ülkelerinin hukuk sistemlerinden farklı bir hukuk sistemini benimsemiş ve ayrı bir idari yargılama hukukuna gerek duymamış olsa da 20. yüzyıl boyunca ayrı bir idare hukuku ve yargılaması anlayışına gitgide daha fazla yaklaşan İngiliz Hukuk Sistemi, yetkinin kötüye kullanılması, hakkın kullanılmasının engellenmesi, usule aykırılık, hukuka aykırılık, makul olmama gibi idarenin yargısal denetiminde kullanılan ilkelere ölçülülük ilkesini de eklemiştir.¹⁸

Geleneksel uygulamalarına bağlılığı ile bilinen İngiliz Yargı Sisteminin, Almanya’da doğmuş bir ilkeyi kabul etmesi çok kolay olmasa da Avrupa Birliği hukuk düzeni ve özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından etkilenmesi kaçınılmazdı. Örneğin 1979’da karara bağlanan Sunday Times olayında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; anne karnındaki çocuklarda sakatlıklara neden olan bir ilaç hakkında yazılan makale nedeniyle Sunday Times gazetesine uygulanan idari yaptırım, Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün sınırlanmasıyla elde edilecek kamu yararı ile karşılaştırmış ve zorunluluk ile elverişlilik unsurlarını taşımadığı sonucuna vardığı idari yaptırımı ölçüsüz bularak İngiltere’yi mahkûm etmiştir¹⁹. İnsan Hakları Mahkemesi’nin Birleşik Krallık hakkında verdiği başka bir önemli karar da 1981 tarihli Dudgeon olayı vesilesiyle verilen karardır²⁰. Olayda, evinin aranması sırasında homoseksüel olduğu anlaşılan Dudgeon, 1985 yılında çıkarılmış bir düzenlemeye dayanılarak polis tarafından soruşturulmuş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu

¹⁷ GUIBAL M., “De La Proportionnalite” Actuelle Juridique, Droit Administratif, s.478 (Aktaran: ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s.107).

¹⁸ NALCIOĞLU Orhan/SEVİMLİ Kamil, “İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini”, Askeri Yüksek İdare Dergisi, Sayı:10, Ankara, 1996, s.25-30; ASLAN Zehredin, “İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararların Niteliği”, İÜSBFD, Sayı:10, İstanbul 1995, s.21; OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi s.199-200.

¹⁹ Sunday Times v. The United Kingdom, Application No. 6538/74, 29.4.1979 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584>- Ekim 2013).

²⁰ OĞURLU Yücel, “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı:1-2, 2000, s.154-158.

olayda sağlık ve ahlakın korunması gerekçeleriyle başvuruçunun özel hayatına yönelik sınırlandırmaların ölçüsüz olduğuna hükmetmiştir.²¹ Bu etkileşimin doğal bir sonucu olarak; ölçülülük ilkesi, açık bir şekilde telaffuz edilmese de zamanla İngiliz Hukuk Sistemine de yerleşmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne sıklıkla giden davalara konu olan işlemler hakkında verilen kararlar, hem idareyi hem de mahkemeleri ölçülülük ilkesini benimsemeye zorlamıştır adeta.

D. Türkiye’de Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde, idare hukukunda doğup anayasa hukuku uygulamalarına geçmişken Türkiye’de süreç tersine gelişmiş; ilke, anayasa yargısında yaygın olarak kullanılmaya başlandıktan sonra idare hukuku alanında da benimsenmeye başlanmıştır.

Ölçülülük ilkesinin Türkiye’de anayasal bakımdan pozitif dayanağa sahip olması oldukça yakın tarihidir. 1961 Anayasası bu ilkeye yer vermemiştir. Fakat yinede de dönemde verilmiş olan Anayasa Mahkemesi kararlarında, adli adınca kullanılmamış olsa bile zaman zaman ölçülülük ilkesinin unsurlarına yer verilmiş olduğu görülebilmektedir. 1961 Anayasası döneminde, bazı karar gerekçelerinde dolaylı da olsa unsurlarının dayanak noktası oluşturmasından yola çıkılarak; ölçülülük ilkesinin, uygulamada, Anayasa metninde yer bulmasından önce benimsenmeye başladığı düşünülebilir²². Örneğin, 1971 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında ölçülülük ilkesinin unsurlarından orantılılık ilkesinin bir denetim aracı olarak yer bulduğu görülmektedir.²³

1982 Anayasasında da 2001 yılında yapılan değişikliklere kadar ölçülülük ilkesine açık bir biçimde yer verilmemiştir. Ancak, bu ilkenin dolaylı yoldan da olsa Anayasanın bünyesinde bulunduğu fikri savunulmuş ve ilkeye yargı kararlarında da yer verilmiştir. Bu yaklaşım, temelde Anayasanın 13. maddesine dayanmaktadır.

²¹ Dudgeon v. The United Kingdom, Application No. 7525/76 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57473>- Ekim 2013)

²² KANADOĞLU O. Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul, 2000, s.167.

²³ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:18.2.1971, Esas No.:1970/22, Karar No.:1971/20 (www.anayasa.gov.tr).

1982 Anayasası'nın 2001 değişikliklerinden önceki halinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddede²⁴, kanunla yapılacak sınırlandırmalar için “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama” biçiminde iki sınıra yer verilmişti. Bu dönemde, “öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama” ifadesinin, yapılacak bir sınırlama için zorunluluk ve gerekenin ötesine geçmeme çerçevesini çizerek ölçülülük ilkesini de bünyesinde barındırdığı fikri kabul görmüştür.²⁵

Bu düşüncenin yanında, madde metninde ilkeye yer verilmemiş olsa da gerekçesi adeta tüm unsurlarıyla birlikte ölçülülük ilkesine dayanmaktadır: “Maddenin ikinci fıkrası son satırı, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli amaçlara yönelik bulunduğu, binnetice ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngörüldüğünü vurgulamaktadır. Şu halde öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlandırılmayacak yahut meşru amaç güdülerek sınırlandırılmış olsalar bile getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır.”²⁶

1982 Anayasasında, ölçülülük ilkesine 2001 değişikliklerinden önce, dolaylı da olsa yer verildiği tezinin dayanağını oluşturan başka bir hüküm de 15. madde I. fıkradaydı²⁷. 15. maddede kullanılan ifadenin, olağanüstü

²⁴ “Temel Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlıklı 13.madde şöyle düzenlenmişti: “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, 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 sınırlandırılabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

²⁵ SAĞLAM Fazıl, “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler için Getirdiği Sorunlar”, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1988, s.440.

²⁶ AKAD Mehmet-DİNÇKOL Abdullah, 1982 Anayasası, Madde Gerekçeleri ve Maddelerle ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998, s.72.

²⁷ “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15.madde I.fıkra şu şekildeydi: “Savaş, seferlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve

dönemlerde insan haklarına yönelik müdahalelerin söz konusu tehlikeyle orantılı olması gerekliliğini ararken; olağan dönemde bu sınırın öncelikle göz önünde bulundurulması gerektiğini de ortaya koyduğu sonucuna varılmıştır.²⁸

3.10.2001 tarihli 4709 Sayılı Kanunla 1982 Anayasasının 25 maddesinde (ve başlangıç kısmında), özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri temel alınarak, önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de 13. maddede yapılmış ve ölçülülük ilkesine açık bir şekilde yer verilmiştir²⁹.

Ancak pozitif hukukta yer alması kısa bir süre öncesine dayansa da; ölçülülük ilkesi, anayasa yargısı açısından daha uzun bir geçmişe sahiptir. Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında doğrudan veya dolaylı olarak, ölçülülük ilkesini kullanarak denetim yapmıştır.

Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin Anayasa'da açıkça yer almadığı 2001 değişiklikleri öncesi dönemde gerçekleştirilen yasaların anayasaya uygunluğu denetimi bakımından; yargının, ilkeyi doğrudan ölçü norm olarak kullandığı ve detaylı bir ölçülülük denetimi yaptığını savunan hukukçular³⁰ olduğu gibi; bu dönemde ilkenin güçlü bir içtihat oluşturacak kadar etkin bir denetim aracı olarak kullanılmadığını savunan hukukçular³¹ da vardır. Bu husus tartışmalı olabilse de Mahkemenin uzun denebilecek bir süredir, yasaların anayasaya uygunluğunu denetlerken ölçülülük ilkesine başvurduğuna kuşku yoktur.

hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

²⁸ ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 12. Baskı, Ankara, 2011, s.114.

²⁹ “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13.maddenin 4709 Sayılı Kanun’un 3.maddesi ile değiştirilen son şekli şöyledir: “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.”

³⁰ ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s.117.

³¹ METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002 s.288.

Örneğin, Anayasa Mahkemesinin 1989 yılında verdiği bir kararda³², dava konusu yasayı ölçülülük ilkesi bakımından şu şekilde değerlendirdiği görülmektedir: “İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili ‘ölçülülük’ ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir hüküm getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır.” Görüldüğü üzere, kararda ilke, tüm alt unsurlarıyla ele alınmıştır. Başka bir kararda da temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması söz konusuysa ölçülülük ilkesinin tüm unsurlarıyla göz önünde bulundurulması gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir: “Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvuru aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması anlatılmak istenmektedir.”³³

Mahkeme, İdari Yargılama Usulü Kanununa 3622 Sayılı Kanunla eklenen Ek 3. maddenin anayasaya aykırılığını incelerken de; söz konusu hükmün amacını, idari yargıda görülen uyuşmazlıkların hızla sonuca ulaşması olarak belirlemiş ve getirilen bu hükümlerle itiraz üzerine verilen kararın kesin olup üst yargı yollarına kapalı olmasını, yargı güvencesini etkin kılan yöntemin amaca aykırı kullanılması olarak yorumlamıştır.³⁴ Anayasa Mahkemesi, maddede idari işlem için itirazın incelenmesi usulünün düzenlenmiş olmasını kamu yararıyla kişi yararı arasındaki “hassas dengeyi” bozacağını belirtmiştir. Sonuçta da; bu düzenlemeyle hak arama

³² Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:23.6.1989, Esas No.:1988/50, Karar No.:1989/27 (AMKBB).

³³ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:10.1.1991, Esas No.:1990/25, Karar No.:1991/1 (AMKBB).

³⁴ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:1.10.1991, Esas No.:1990/40, Karar No.:1991/33 (AMKBB).

Mahkemenin 2001 değişikliklerinden önce verdiği başka kararlarda da ölçülülük ilkesini tek başına ya da ikincil olarak denetim ölçütü olarak kullandığı görülmektedir.Örneğin, Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:6.1.1999, Esas No:1996/68, Karar No.:1999/1; Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 11.1987, Esas No.:1986/12, Karar No.:1987/4 (AMKBB).

özgürlüğünün ölçüsüzce sınırlandırıldığına (çünkü hangi işlemler için bu yola başvurulabileceği konusu hükümde belirlenmemiştir) hükmedilmiştir.³⁵

Fakat elbette ölçülülük ilkesine Anayasa metninde açıkça yer verilmesinin ardından, Mahkemenin ilkenin uygulanmasıyla ilgili beklentilerini çok daha net ve tartışmasız bir şekilde ortaya koyması doğal olacaktır.

II. Ölçülülük İlkesinin Tanımı ve Hukuksal Dayanağı

Ölçülük ilkesi, bir yandan temel haklar da dahil olmak üzere (doğası gereği sınırlandırılmasının mutlak bir şekilde imkansız olduğu haklar dışında) tüm hakların zaman zaman sınırlandırılabilmesi verisini kabul ederken, öte yandan da sınırlamanın sınırlandırılmasındaki hayatiyetin benimsenmesinden doğmuştur. Bir temel hakkın kullanımının sınırlandırılmasına hukuki bir sınırlama getirmek, o hakkın varlığını kabul etmek kadar önemlidir. Aksi halde bir özgürlüğü, temel bir hak olarak nitelendirmeyi kabul etmek sadece sözde kalan bir koruma getirmek anlamına gelebilecektir.

Başvurulan tedbir ile amaç arasındaki dengenin korunması için hukuken korunan çıkarların norm unsurlarının somutlaştırılması gerekir ki bu somutlaştırmada da sınırlayıcı işlem ve eylemin kendisi, ulaşılması hedeflenen amaç ve de bu kararın dayanağı olan olgu dikkate alınır.³⁶ Ölçülülük ilkesi, bireyin temel hak ve özgürlük alanına müdahaleye izin vermekle beraber, temel olarak söz konusu hakkın kaldırılmasını engelleyici bir misyona sahiptir.³⁷

³⁵ Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nda 2001'de yapılan değişikliklerle ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmesi öncesinde de zaman zaman bu ilkeyi, 1961 Anayasasında yer alan öze dokunmama ilkesiyle birlikte kullanarak, yargısal denetim yapmıştır: "Bende açıklanan meslekten geçici ve daimi uzaklaştırma cezalarından hangisinin, hangi durumda verileceğine ilişkin bir belirtme yoktur. Uygulama durumları yönetiminin, bakanlığın takdirine bırakılmış, böylece çalışma özgürlüğüne getirilecek sınırın içeriğinin saptanması yasa yerine yönetimce düzenleme sonucunu getirmiştir. Bu çelişki Anayasanın 13. maddesine aykırılıktır. Öte yandan başarısızlık durumunda hiçbir düzeltme, giderme olanağının tanınmaması, öngörülen genel sağlığın korunma amacı ile çalışma özgürlüğüne konulan sınır arasında büyük bir ölçsüzlük yaratmakta, yönetimin takdiriyle meslekten süresiz uzaklaştırma cezası çalışma özgürlüğünün özüne dokunmaktadır." Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:19.4.1988, Esas No.:1987/16, Karar No.:1988/8 (AMKBB).

³⁶ RUMPF, "Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", s.41-42.

³⁷ RUMPF, "Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", s.48.

İlkenin doğduğu ve başından beri en istikrarlı biçimde uygulanmakta olduğu Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi, ölçülülük prensibini, idarenin, amaca ulaşmak için gerekli ve yerinde olan ve de bunun yanında, söz konusu birey için aşırı yük getirmeyen, onu makul oranda etkileyen müdahalelerin taşıdığı özellik olarak açıklamıştır³⁸.

İlkenin, idare hukuku çerçevesinde yapılan tanımlarından biri, “idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkân, araç ve ölçülerin, bu davranış elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması”³⁹ şeklindedir. İdare hukuku açısından yapılan tanımlamalarda vurgu, idarenin meşru hedefe ulaşmak için olası en hafif şiddetteki önlemlere başvurması gerekliliğine yapılmaktadır.⁴⁰ “Alınan idari önlemin arzulan sonuca erişmede gerekli olandan daha sert olmaması”⁴¹ önemsenmektedir.

Ölçülülük ilkesini kısaca; alınan tedbirin, ulaşılmak istenen hukuka uygun amacı gerçekleştirmek bakımından en uygun ve hakları mümkün olan en az biçimde sınırlayacak ve de bireye verilecek zararlar kamunun elde edeceği yarar arasında en yüksek dengenin sağlanmasına hizmet edecek şekilde belirlenmesini sağlayacak ölçüt olarak tanımlamak mümkündür.

İlkenin hukuki kaynağı konusunda kesin bir fikir birliği yoktur. İlkeyi hukuk devletinin zorunlu sonucu olarak gören⁴² ya da hukuk devletini ilkenin “yaygın geçerliliği” için en uygun pozitif temel olarak gören⁴³ hukukçular yanında; ilkenin kaynağını “adalet ve insan haysiyeti ilkeleri” olarak gören hukukçular⁴⁴ da vardır. Ayrıca, ölçülülük ilkesinin temel hakların özü kavramından türediği görüşünü benimseyen yazarlar⁴⁵ da bulunmaktadır.

³⁸ SCHWARZE, *European Administrative Law*, 686-689.

³⁹ GUIBAL, “De La Proportionnalite”, *AJDA*, 1978, s.479 (Aktaran: ERKUT, *Hukuka Uygunluk Bloku*, İstanbul, s.108).

⁴⁰ ROWE Nicola, “Judicial Review Lecture 7 of 16”, MYT:27.11.1998 <http://www.stud.unigoettingen.de/nrowe/law/271198.html>, Ekim 2000, <http://planetpapers.com/Assets/4026.php>, 2.4.2002 (Aktaran: OĞURLU, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s.21).

⁴¹ LOCKYDON, “Administrative Law-Europeanisation and Proportionality” (Aktaran: OĞURLU, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s.177).

⁴² MEMİŞ Emin, *Anayasa Hukuku Notları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s.310.

⁴³ SAĞLAM Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1982, s.118.

⁴⁴ RUMPF, “Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, s.44-45.

⁴⁵ GROT, “Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat”, (Aktaran: OĞURLU, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s.192-193).

Ölçülük ilkesini hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul etmek, ilkeyi pozitif dayanak beklemezsizin uygulayabilme⁴⁶ olanağını da getirir. Özellikle insan haklarının sınırlanması söz konusu olduğunda; idari yargılama makamları, idareyi denetleyebilmek için bu ilkedен yararlanacak ve de ölçülük ilkesine dayanan yargısal denetimin hukukilik alanında kaldığı kabul edilebilecektir.

III. Ölçülük İlkesinin Unsurları

Ölçülük ilkesi, gereklilik, elverişlilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeyi kapsamaktadır.

A. Elverişlilik Unsuru

Ölçülük ilkesinin ilk unsuru olan elverişlilik, daha önce de belirtildiği üzere, alınan tedbirin ulaşılmak istenen amaca ulaşılabilmesine uygun olmasıdır ve yargısal denetiminde de bu uygunluğun varlığı araştırılır.

Daha önce de belirtildiği gibi ilkeyi istikrarlı ve güçlü bir şekilde uygulayan Alman Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi yaptığı bir yasada öngörülen tedbirler açısından elverişlilik meselesini incelerken, söz konusu tedbirin istenen sonuca katkı getirmesini aramakta ve aracın, amacı tamamıyla gerçekleştirmesini beklemeyip kısmi bir elverişliliği de yeterli kabul etmektedir⁴⁷. Buna göre; yasanın uygulanması aşamasında da idare, sadece yasanın amacını sağlamak bakımından elverişli olan araçları kullanabilecek ve kullanılan yöntem veya araçların elverişliliği de objektif standartlara göre belirlenecektir. İdarenin uyguladığı yöntem veya kullandığı araç, yasanın amacına hizmet etmiyor, amaca ters düşüyor veya bu şekilde amaca ulaşmak imkânsız hale geliyorsa, elverişli kabul edilemeyecektir.⁴⁸

Elverişlilik unsurunun Türkiye’de kullanılmasının en eski ve belirgin bir örneklerinden biri ise Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde Sendikalar Kanunu’nun bazı hükümlerini değerlendirdiği bir kararında görülmektedir. Bu kararda Mahkeme, elverişlilik unsurunu Anayasa’ya uygunluk denetiminde açık bir şekilde kullanmış ve

⁴⁶ OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülük İlkesi, s.25.

⁴⁷ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s.114; METİN, Ölçülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s. 125.

⁴⁸ SIGNH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s.163.

gözetilmesini aramıştır: “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 bir çok 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.”⁴⁹

B. Gereklilik Unsuru

Ölçülülük ilkesinin gereklik basamağı, amaca ulaşmayı sağlayacak birden çok araç (yöntem) içinden hakları en az sınırlayacak olanın, bireye ve kamuya en az yük getirecek olanın seçilmesini öngörür⁵⁰. Bu unsur, “en yumuşak aracın seçilmesi” olarak da adlandırılır.⁵¹

İlkenin ve unsurlarının beşiği kabul edilen Alman Hukuk sisteminde verilen bir Anayasa Mahkemesi kararında, gereklik unsuru şu şekilde ifade edilmiştir: “Aynı derecede etkili, ancak temel hakkı hiç veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan başka bir aracın seçilme imkânı yoksa araç gereklidir”⁵².

Haverkate, ölçülülük ilkesinin bu unsurunu, belli bir amaca ulaşmak için seçilen aracın belirlenmesi noktasında, idarenin özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak nitelendirir⁵³. Örneğin, bir otelin çevreye verdiği rahatsızlık, kapanış saatlerinin düzenlenmesiyle etkili olarak giderilebilecekse, rahatsızlığı gidermek için para cezası vermeye gerek yoktur⁵⁴. Yine Almanya’da verilen başka bir yargı kararında da turistlerin huzurunu korumak için bazı sokaklarda birkaç ay süre ile geceleri motorlu

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:9.2.1972, Esas No.:1970/48, Karar No.:1972/3 (AMKBB).

⁵⁰ METİN, Ölçülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s.30; SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s.115.

⁵¹ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s.115; SIGNH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s.163.

⁵² BVerfGE, Bd.30, s.292 (316); Bd.25, s.1 (17); Bd.33, s.171 (187), (Aktaran: METİN, Ölçülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s.31).

⁵³ SCHWARZE, European Administrative Law, 687.

⁵⁴ 17 BWVGHE 227, (Aktaran: SIGNH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s.164).

taşıt trafiğinin yasaklanmasının gereklilik unsurunu karşıladığına hükmedilmiştir⁵⁵. Doğal olarak, birden çok seçeneğin söz konusu olmadığı durumlarda en yumuşak aracın seçilmesi de söz konusu olamayacaktır. Bu çerçevede, Almanya’da Federal İdare Mahkemesi, Trafik Yasası’nda yer alan ve polisin ehliyet sahibinin gerekli koşulları taşımaması durumunda ehliyeti geri alabilmesine olanak veren hükmü yorumlarken, yasanın amacının yetersiz sürücülerin insanlara zarar vermesi riskini önleme olduğuna ve bunun da ancak ehliyetin geri alınmasıyla sağlanacağına karar vermiştir.⁵⁶

C. Orantılılık Unsuru

Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında, bir tedbirin ilgililere “ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi”, “katlanılamaz nitelikte olmaması” gibi ifadelerle⁵⁷ tanımlandığı görülen bu unsur, alınan bir tedbirin bireye verdiği zararlar toplumun bu tedbirle sağladığı yarar arasında makul bir denge sağlanmasını⁵⁸ içerir. Bu unsur, amaçla araç arasında karşılaştırma yapar⁵⁹.

Bu unsurun idarenin işlemlerine yansımada, idarenin, bireysel yararlarla toplumsal yararlar arasında denge kurma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Alman Hukukçu Rumpf, orantılılık unsurunun karar verme sürecindeki rolünü ortaya koymak için yabancıların sınırdışı edilmesi konusundaki bir davayı örnek gösterir. Alman Anayasa Mahkemesi ilkeyi şu şekilde ortaya koymuştur: “Seçilen araçlar istenilen sonuçla makul (akılcı) bir ilişkide bulunmalıdır. Ona göre, yurtdışına çıkarılma ile ilgili hükümlerin uygulanmasında ilgili hükmün koruduğu kamu menfaati ile yurtdışına çıkarılmanın bireyin ekonomik, mesleki ve şahsi varlığı için sonuçları ile beraber, yurtdışına gitmek istemeyen (Alman) karısı ile olan evliliği ve öteki sosyal ilişkileri üzerine etkileri arasında bir dengenin kurulması şarttır.”⁶⁰ Mahkeme, söz konusu yabancıların temel haklarının korunması alanının

⁵⁵ 03-06-92 [1983] NVwZ 93; 9 (BVerwGE), (Aktaran: SIGHN, German Administrative Law in Common Law Perspective, s.164).

⁵⁶ 13 BVerwGE 288 (Aktaran: SIGHN, German Administrative Law in Common Law Perspective, s.164).

⁵⁷ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü, s.116; METİN, Ölçülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s.37.

⁵⁸ SIGHN, German Administrative Law in Common Law Perspective, s.164.

⁵⁹ METİN, Ölçülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s.130.

⁶⁰ BVerfGE, 35, sh.400 vd., (Aktaran: RUMPF, “Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, s.34-35).

kapsam ve genişliğini tespit etmiştir ve Rumpf, burada kararı yönlendirip oranı belirleyen faktörün yargıcın aklı olduğunu düşünmektedir⁶¹. Yabancıların işledikleri suçlar nedeniyle sınır dışı edilmesi meselesi sık sık önüne gelen Alman Federal İdare Mahkemesi, sınır dışı etmede ölçülülük ilkesine uyulması konusunda kararlıdır. Her olayın koşullarının dikkate alınarak sınır dışı etme işlemiyle ulaşılmak istenen sonuç arasında orantı kurulması gerektiğine işaret eder⁶².

Türk Anayasa Mahkemesi de anayasaya uygunluk denetimi yaparken ölçülülük ilkesini her zaman tüm unsurlarıyla kullanmasa da (adını açıkça belirtmemiş olsa bile) orantılılık ilkesini bir denetim ölçütü olarak kullanmaktan kaçınmamıştır. Örneğin, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununa eklenen 2. maddedeki küçüklerin maneviyatını etkileyecek yayınları tekrarlayanlara üç katı ceza verileceğini öngören düzenlemeyi denetlerken Mahkeme, “adaletli ve kabul edilir denge” ifadesini kullansa da burada orantılılık ilkesinin uygulanmasının arandığı açıktır: *“Tüm özgürlüklere olduğu gibi basın özgürlüğüne de kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlığın korunması amaçlarıyla sınırlamalar getirilebileceğine, Anayasa'nın 13. maddesinin birinci fıkrasında yer verildiğine önceki bölümlerde değinilmişti. Bu kural doğrultusunda küçükleri, ahlaki yapılarına, beden ve ruh sağlıklarına zararlı etkiler yapacak yayınlardan korumak "kamu yaran" düşüncesine dayanmaktadır ve EK MADDE 2'nin birinci ve ikinci tümcesi bu bakımdan Anayasa'nın 13. maddesine uygundur. Ancak, bu maddenin "Tekerrürü halinde bu cezalar üç misli tatbik edilir" biçimindeki son tümcesi, önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir dengeyi bozmaktadır. Araç ile amaç arasındaki mantıki bağ kaybolmaktadır. Demokratik toplum düzeninde, basın özgürlüğünü tehdit ve korku ortamına sürükleme istidadı taşımaktadır.”*⁶³

⁶¹ RUMPF, “Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, s.35

⁶² SIGNH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s.166.

SIGNH, özellikle sınır dışı etme kararları açısından, İngiliz Mahkemeleri ile Alman Mahkemeleri arasındaki yaklaşım farkına işaret etmektedir. Ona göre, İngiliz Yargısı bu konulara müdahale etmekten kaçınırken Alman Yargılama Makamları, idareden adalet ve ölçülülük ilkesine uyum beklemekte ve tavırlarını, bu beklenti doğrultusunda göstermektedirler. SIGNH, German Administrative Law in Common Law Perspective, s.167.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:11.2.1987, Esas No.:1986/12, Karar No.:1987/4 (AMKBB).

IV. Ölçülük İlkesi ve İdarenin Takdir Yetkisi

Daha önce de belirtildiği gibi ölçülük ilkesi, idarenin takdir yetkisinin sınırlarını belirleme gayreti içindeki bir mahkeme kararıyla doğmuş ve gelişiminin güzergâhını bu amaç belirlemiştir. Ölçülük ilkesi, hukuka uygun idare anlayışının ve hatta hukuk devleti ülküsünün hayata geçebilmesinin önemli bir vasıtası olma özelliğini, takdir yetkisinin kullanımındaki rolünden almaktadır. İdarenin yasaların verdiği seçim ya da değerlendirme yapma yetkisini kullanırken izleyeceği yolda ölçülük ilkesi hayati bir işlev kazanmaktadır.

Yasama yetkisinin kullanımında, hedeflenen amaca ulaşmada elverişli, o amaç için gerekli ve amaçla orantılı tedbirler içeren yasaların oluşturulması beklenirken; bu yasaların uygulamasında rol alan idarenin o prensiplerin dışında hareket edebilmesi kabul edilemez. Yasama erki, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kamu düzeninin oluşturulup korunması, kamu yararının sağlanması için ölçülük ilkesinin çizdiği çerçevede düzenlemeler yapacaktır ama sonuçta hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hayata geçirilmesi idarenin faaliyetleriyle gerçekleştirilecektir.

İdare, harekete geçeceği her bir somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, konuyu değerlendirecek ve söz konusu hukuki amaca ulaşmak için en elverişli aracı seçip gerekli tedbirleri belirleyecek, orantılılık unsurunu da dikkate alarak tasarrufta bulunacaktır. Bu tip tasarruflar, genellikle idarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumları ya da bir değerlendirme alanına sahip kılındığı hususları kapsamaktadır.

İşte bu noktada, idarenin takdir yetkisini kullanımı mevzuu doğrudan doğruya ölçülük ilkesiyle kesişmektedir. Yetkinin kullanımı özellikle de bir temel hakkın sınırlandırılması sonucunu doğuracaksa ki çoğunlukla da bu husus ihtimal dahilindedir, idare ölçüsüzlükten uzak durmalıdır.

Takdir yetkisi, temelde, idarenin, söz konusu tasarrufun koşulları gerçekleşmiş olsa bile, o tasarrufu gerçekleştirip gerçekleştirilmemekte tercihte bulunabilmesi ya da bulunmayı seçtiği tasarruf dâhilinde yapabileceği seçimlerdir. İdarenin bu özgürlüğü, doğal olarak, yasal düzenlemelerle tanınmıştır ona. Takdir yetkisinin hukuka uygun kullanımında ölçülük ilkesinin çerçevesinde kalınmalıdır ve yargısal denetim aşamasında da bu husus gözetilmelidir.

Bu çerçevede, yasaların; idareye açıkça bir tercihte bulunma yetkisi vermekten ziyade, söz konusu işlemin sebebini, kamu düzeni, kamu güvenliği, genel ahlak veya benzeri belirsiz⁶⁴ hukuki kavramlarla ifade ederek idareye somut olayla yasal düzenlemenin koşulları arasındaki uyumu yorumlama, bu aşamada bir değerlendirme yapma yetkisi tanıdığı durumlarda ölçülülük ilkesi, idarenin kullanabileceği en güçlü ve temel ölçütlerden biri olacaktır. Ayrıca, idareye işlem yapmak için yetki veren yasada, bahis konusu işlemin sebep unsurunun hiç belirlenmediği durumlarda da idarenin benzer bir değerlendirme alanına sahip olduğu kabul edilmelidir. Her idari işlemin nihai amacının kamu yararı olduğunu benimsemiş bir sistemde, idarenin sebepsiz bir işlem yapabileceğini kabul etmek anlamlı olmayacağından; bu tip durumlarda idare, kamu yararına veya o işlem için özel bir amaç belirlenmişse o gayeye ulaşmak bakımından değer taşıyan bir sebeple yola çıkacaktır. İşte bu tip işlemlerde de idare somut olayla kendisine yetki veren düzenleme arasındaki uygunluk ilişkisini değerlendirecek ve bu değerlendirme çerçevesinde harekete geçerken de ölçülülük prensibini uygulayacaktır.

Türk hukuk teorisinde ve idari yargı kararlarında, genel olarak; yasada, sebebi belirtilmemiş veya belirsiz hukuki kavramlarla ifade edilmiş işlemlerin idareye verdiği yetki ile takdir yetkisi⁶⁵ arasında bir fark gözetilmemekte ve tüm bu durumlarda idarenin bir takdir yetkisine sahip

⁶⁴ Belirsiz bir kavram, olaya uygulanmadan önce tam olarak somut bir anlam ifade etmeyen ancak uygulanacağı olayla ilişkilendirildiğinde somut bir mâna kazanan kavramdır.

⁶⁵ Yukarıda da ifade edildiği gibi takdir yetkisi, en kısa tanımıyla; idarenin koşulları gerçekleşmiş olsa bile bir işlemi yapıp yapmama (örneğin aranan şartları taşısa bile başvurucuyu vatandaşlığa alıp almama) veya yapmayı seçtiği o işlem dahilinde tercihte bulunabilme (örneğin, hukuka uygun olarak belirlenmiş üç aday arasından birini milli eğitim müdürü olarak atama) yetkisine sahip olduğu durumlarda söz konusu olan bir yetki türüdür. Takdir yetkisinin idareye tanıdığı hukuki alanla belirsiz hukuki kavramların ya da sebebi yasada belirtilmemiş işlemlerin idareye tanıdığı hukuki alan arasında son derece önemli ve anlamlı bir fark bulunmaktaysa da Türk İdare Hukuku Doktrininin önemli bir kesimi ve özellikle de Danıştay bu yetki türlerinin tümünü takdir yetkisi olarak adlandırmayı ve yargısal denetim alanını da genel olarak, her somut olayın koşullarına göre belirlemeyi seçmektedir. Ancak bu husus, bu makalenin odak noktasını oluşturan ölçülülük ilkesinin önem ve işlevini azaltmamaktadır. O nedenle bu makalede, Danıştay'ın benimsemiş olduğu, bağlı yetki dışındaki yetki türlerinin takdir yetkisi olarak nitelendirilmesi tutumu çerçevesinde kalınmış ve idarenin seçim ya da değerlendirme yapabildiği yetkilendirme türleri ayırım gözetilmeksizin takdir yetkisi olarak ifade edilmiştir.

olduğu benimsenmektedir. Bu yaklaşım, önemli bir tartışma konusu olmakla birlikte; her durumda idarenin ölçülülük ilkesini gözeterek hareket etmesi ve yargısal denetim aşamasında da bunun gözetilmesi gerekliliği değişmeyecektir. Çünkü sahip olduğu yetki alanının önceden kesin sınırlarla çizilmemiş olduğu durumlarda idarenin sahip olduğu veya olduğunu sandığı yetkiyi ölçüsüzce kullanmasından doğabilecek tehlikeler çok büyük olabilecektir. İdarenin yetkisini kullanırken fütursuzca davranması hukuka uygunluk sınırının aşılması anlamına gelecektir. Özellikle de temel bir hakkın kullanımının sınırlandırılmasının söz konusu olduğu durumlarda bunun etkileri vahim olabilecektir.

Ölçülülük ilkesi, Türk İdare Hukuku uygulama ve teorisi açısından yakın denebilecek zamana kadar, çok sık bahsedilen ve irdelenen bir ölçüt olarak idari yargı kararlarında yer almamışsa da gittikçe kendisinden daha çok yararlanılacağı düşünülmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin takdir yetkisinin kullanımına ilişkin Tavsiye Kararında, idarenin takdir yetkisini kullanırken işlemin amacıyla bireyin hakları, özgürlükleri veya çıkarları üzerinde oluşabilecek olumsuz etkiler arasında bir dengenin gözetilmesi gerekli görülmektedir. Tavsiye Kararı'nın yorum kısmında da takdir yetkisini kullanırken orantılılık ilkesini dikkate almanın temel bir prensip olduğu, bireyin çıkarıyla kamu yararı arasında makul bir denge kurulmasının amaçlandığı, takdir yetkisinin idareye, bireye amacı aşan yükler getirmesine izin vermeyeceği ifade edilmiştir. Bu ilke, "idari makamları, alınacak herhangi bir kararın amaçla orantılı olmayan bir zarar doğuracağı durumlarda karar almaktan kaçınmaya davet eder."⁶⁶ Buna paralel olarak; Avrupa'da, özellikle de Almanya'da, takdir yetkisinin kullanılmasında ve denetlenmesinde en sık kullanılan yargısal ölçütün tüm unsurlarıyla kullanılan ölçülülük ilkesi olduğu bile söylenebilir⁶⁷.

Kuşkusuz, idari faaliyetler içinde, kişi hak ve özgürlüklerinin ihlali bakımından en büyük tehlikeyi taşıyan idari faaliyet alanı kolluktur ki bu bağlamda Prusya İdare Mahkemesinin ölçülülük ilkesinin doğumunu gerçekleştirdiği davanın konusunun da kollukla ilgili olması kesinlikle

⁶⁶ Recommendation No. R (80) 2, Of The Committee Of Ministers Concerning The Exercise Of Discretionary Powers By Administrative Authorities, (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=678043>, 14.3.2013).

⁶⁷ AZRAK Ali Ülkü, "İdari Yargı Kararlarında Anayasaya Uygunluk Sorunu", Anayasa Yargısı, Cilt:9, 1993, s.331.

tesadüf sayılamaz. Kolluk, “kamu gücünün kendini en somut biçimde gösterdiği”⁶⁸ alandır. Bireyi yararlandırıcı kılan kamu hizmeti faaliyetlerinin yanında, bireye yükümlülük getiren kolluk faaliyetleri, kamu düzenini sağlama hedefli faaliyetlerdir ve temelde idarenin hakların sınırlandırılması yetkisini kullanmasıyla işler⁶⁹.

Kamu düzeninin korunması ya da sağlanması için harekete geçen idare, bu amacı gerçekleştirmek için çoğu zaman belirsiz kavramlarla ifade edilen bir yetkilendirme alanında bulunmaktadır. Bu yetki alanında, amaca ulaşmak için uygun araçları ve yöntemleri seçip kullanma olanağı elbette sınırsız değildir ama yetkinin kullanılmasına neden olan koşulların ortaya çıkması öncesinde, neyin nasıl yapılacağı meselesinin keskin hatlarla ortaya konması da çok güçtür. İşte bu nokta, toplum yararı ile bireyin yararını dengeleme ereğine ulaşılmasında büyük bir hassasiyet gerektirir. Kamu düzeni için hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisine sahip olan idarenin, bu yetkisini ne zaman, nasıl ve ne kadar süreyle kullanacağı sorularına ait yanıtlar, çoğu zaman hayati önem taşıyan hususlara işaret eder.

“Kolluk yetkisinin belli bir durumda amacını, kamu düzenini tehdit eden veya tehlikeye sokan tutum ve davranışların varlığı ve ağırlığı tayin edecek demektir. Bu nedenle idari yargı yerleri, zabıta tedbir ve kararlarını denetleyebilmek için bunların alınması gereken durum ve olguları araştırmak ve değerlendirmek zorundadır. Şöyle ki bireylerin girişim ve eylemleri olmuş mudur; olmuşsa gerçekten kamu düzenini bozacak nitelikte midir; bunu önlemek için alınan tedbir, tehdit ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı mıdır ve etkili midir, yoksa hak ve hürriyetleri yersiz olarak veya gereksiz ölçüde sınırlayıp kısıtlamış mıdır gibi sorular aydınlatılmadıkça, kolluk yetkisinin hukuka uygun yolda kullanılıp kullanılmadığı anlaşılabilir ve saptanamaz...”⁷⁰ tespitini yapan Duran, ölçülülük ilkesinin tüm unsurlarıyla uygulanmasını gerekli gördüğünü ortaya koymuştur. İdare, ilgililere en az yük getirecek araç ve yöntemleri seçerek en uygun ve zorunlu önlemleri almak yükümlülüğü içindedir ve ölçüsüz davranamayacaktır⁷¹.

⁶⁸ÖZAY İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, İÜHFİM, Cilt:45, Sayı:1-4, 1979-1981, s.316.

⁶⁹AKILLIOĞLU Tekin, “Yönetim Hukukunda İnsan Hakları”, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C.III, S.4 (Kasım 1995), s.9.

⁷⁰DURAN Lutfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.224.

⁷¹DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, s.380.

İdarenin olaylar karşısında gereğinden sert önlemler alması kişi hak ve özgürlüklerinin ihlalinin doğurur. Her somut olayda, o olayın koşulları ve etkileri değerlendirilerek; gereken tedbirler, uygun araçlarla ve gerektiği kadar uygulanmalıdır. Aksi durum, özellikle kolluk alanında, meşru kuvvetin kaba kuvvete dönüşmesine neden olur.⁷²

İdarenin, kolluk faaliyetlerinde sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken büyük bir dikkat ve hassasiyet göstermesi şarttır. Daha hafif bir önlemlerle sorunun çözülmesi mümkünken, en ağır önlemlere başvurulması hukukun sınırları dışına çıkılması sonucunu doğuracaktır⁷³. Kolluğun uygulayacağı tedbir ve sorunu çözmek için geliştireceği metotlar amacı gerçekleştirmede etkili olmalıdır. Başka bir deyişle kamu düzeninin korunmasına veya geri getirilmesine elverişli ve yararlı olmayan yollara başvurulması, temel hak ve özgürlükleri boş yere sınırlama ve kısıtlama sonucunu doğuracağından hukuka aykırı olacaktır.⁷⁴

Kolluk faaliyetlerinin, idareye değerlendirme yapma olanağı bırakılmaksızın ya da takdir yetkisi verilmeksizin düzenlenmesi imkânsızdır ama ölçülülük ilkesi, takdir yetkisinin kullanımının denetiminde, hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırılmasının önlenmesinde çok önemli bir rol oynayacaktır.

Benzer şekilde, idarenin, sıklıkla takdir yetkisini kullanması gereken bir alan olan idari yaptırımlar da ölçülülük denetimine son derece müsait bir idare hukuku alanıdır⁷⁵. Özellikle, yaptırıma konu olan ihlal ile uygulanan yaptırım arasında dengenin bulunması gereği, yani orantılılık unsuru, idari yaptırımın hukukiliğinin temel ölçütü olacaktır.

Ölçülülük ilkesinin idarenin işlem ve eylemleriyle bireyin hak ve özgürlükleri arasında denge sağlayıcı rolü,⁷⁶ hak ve özgürlükler alanının korunmasını sağlarken, elbette idarenin takdir yetkisini kullanma biçimini de etkileyecektir; ama bu takdir yetkisinin ortadan kaldırılması sonucuna yol açmaz.

⁷² ÖZAY, “İdari Kolluk Önlemlerinde Amaç”, s.316.

⁷³ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011, s.312.

⁷⁴ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s.262.

⁷⁵ OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.29 ; ÖZAY İlhan, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985, s.59.

⁷⁶ RUMPF, “Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, s.41.

Özellikle orantılılık unsuru, takdir yetkisinin yargısal denetiminde önemli bir faktördür. Bu noktada idare mahkemesi, bireyin yararı ile toplumsal yarar arasında bir “menfaat denkleştirme” oluşturmaya çalışır.⁷⁷ Böylece takdir yetkisini kullanan idarenin aldığı tedbirlerin, söz konusu hukuki amaca ulaşmak için seçtiği aracın; amaca ulaşılmasıyla elde edilecek yararı anlamsız kılacak kadar orantısız olması, yani bireyin o amaca giden yolda katlanması gereken sıkıntının, hak ve özgürlük alanından yapacağı fedakârlığın katlanılmaz boyuta ulaşması, birey aleyhine acımasızca bozulması önlenmiş olacaktır. Açıktır ki hak ve özgürlükleri sınırlamanın sınırlarını belirlemede, en uygun yöntem ölçülülük ilkesinin uygulanmasıdır.

V- Takdir Yetkisinin Yargısal Denetiminde Ölçülülük İlkesi

Takdir yetkisinin kullanımı konusunda en güçlü denetim anlayışını benimseyen hukuk sistemi Almanya'dadır ve Alman Yargısı, idarenin takdir yetkisini kullanım biçimini denetlerken ölçülülük ilkesinden sıklıkla yararlanmaktadır. Alman İdare Hukuku sisteminde takdir yetkisinin aşılması ile kötüye kullanılması farklı kategorilerde değerlendirilmektedir.⁷⁸ Buna göre; takdir yetkisinin bir dış, bir de iç sınırı olmak üzere iki tür sınırı olduğu kabul edilir. Yetkinin aşımı, idarenin kullanmakta olduğu takdir yetkisine dayanak oluşturan yasada belirlenmiş dış sınırların aşımı olarak nitelendirilirken; takdir yetkisinin kötüye kullanımı ise iç yasal sınırlara uyulmaması olarak nitelendirilir. İç yasal sınırın ihlali (idarenin takdir yetkisini kötüye kullanması) de objektif ihlal ve sübjektif ihlal olarak ikiye ayrılır. Objektif kötüye kullanım, hukuk prensiplerinin (anayasal veya değil) ihlal edilmesi, sübjektif kötüye kullanım ise idarenin takdir yetkisini haklı kılınamayan gerekçelere dayandırması veya uygun olmayan amaçlar için kullanmasıdır. Objektif kötüye kullanım, ölçülülük ilkesine uyulmamasıyla doğar ve işlemi hükümsüz kılar. Mahkeme, idarenin takdir yetkisini kullandığı somut olayda ölçülülük ilkesinin uygulanıp uygulanmadığını, ilkenin tüm alt ilkelerini (unsurlarını) göz önüne alarak denetler.⁷⁹

Türk İdare Hukuku anlayışına en yakın sistem olduğu düşünülen Fransa'da, Conseil d'Etat kararlarında da (ve hatta Fransız İdare Hukuku

⁷⁷ RUMPF, “Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, s.47.

⁷⁸ SCHWARZE, European Administrative Law, s.688-689.

⁷⁹ SCHWARZE, European Administrative Law, s.689.

Doktrininde) idarenin denetlenmesinde adı açıkça belirtilmese bile öncelikle ölçülülük ilkesine başvurulmaktadır. İlkenin genel kabul gören ismiyle anılmasındaki çekingenliğin nedeni olarak ise kavramın hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olduğunda doğal bir yeri olması ve özellikle, idarenin takdir yetkisi ile bütünleşmiş ve takdir yetkisi içinde adeta erimiş olması savı da ileri sürülebilmektedir.⁸⁰

Fransa'da ilk defa ölçülülük ilkesinin kullanıldığı dava, Conseil d'Etat'nın 19.5.1933 tarihli Benjamin kararı olarak kabul edilmektedir ki bu dava da idarenin kolluk alanındaki takdir yetkisinin denetlenmesiyle ilgilidir⁸¹. Olay şöyle gelişmiştir: Ünlü bir edebiyatçı olan Benjamin'in vermek istediği konferans, şehirdeki bir derneğin belediyeye başvurarak anti-laik fikirleri savunan Benjamin'in konferansına karşı gösteri düzenleyeceklerini bildirmeleri üzerine, belediye başkanınca yasaklanmıştır. Bunun üzerine Benjamin, kamuya açık bir konferans değil ama özel bir konferans vereceğini afişlerle duyurmuşsa da belediye başkanı, kamu düzeninin bozulacağı gerekçesiyle bu özel konferansı da yasaklayınca, edebiyatçı yasaklama kararının iptali için Conseil d'Etat'ya başvurmuştur. Conseil d'Etat, ulaşılmak istenen amaçla hak ve özgürlüğün sınırlanması arasında orantısız ve ölçüsüz bir ilişki olduğunu, daha hafif bir tedbirle kamu düzeninin korunmasının mümkün olduğunu ve gerekli kolluk önlemlerinin alınmasıyla bunun sağlanabileceğini belirterek konferansın yasaklanması işlemini iptal etmiştir.⁸²

Ölçülülük ilkesi, Fransız yargıç tarafından takdir yetkisinin denetlenmesinde, araçların seçiminde serbesti, gereklilik ve orantılılık alt ilkeleri dikkate alınarak kullanılmaktadır⁸³. Kamu yararının yorumlanmasında ise ölçülülük ilkesi temel bir ölçüttür⁸⁴. Sonuç olarak, Fransız İdari Yargılama Hukukunda da ölçülülük ilkesi, özellikle takdir yetkisinin denetlenmesinde kullanılmakta ve bu durum idarenin de faaliyetleri sırasında ölçülülük ilkesinin gereklerini takip etmesini sağlamaktadır.

⁸⁰ ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s.107.

⁸¹ Conseil d'Etat, 19 Mayıs 1933, Benjamin, RDCE, 1933, s.541 (Aktaran: GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.516).

⁸² ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s.106.

⁸³ METİN, Ölçülülük ilkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s.172.

⁸⁴ GÜLAN Aydın, "Conseil d'Etat'nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı"(www.danistay.gov.tr).

Türkiye’de ise, bilindiği üzere, idarenin takdir yetkisini kullanması ve bunun yargısal denetim aşaması pek çok açıdan tartışmalara yol açmaktadır. Hatta Türk İdare Tarihine göz atıldığında da görülebileceği gibi; bu hususun zaman zaman yargı ve yürütme erkleri arasında karşılıklı suçlamalara varabilen gerginliklerin doğmasına sebebiyet veren bir konu olduğu da söylenebilir. Kuşkusuz, takdir yetkisinin kullanımının, her hukuk sisteminde hele de sistemlerin oluşturulma dönemlerinde, hukukun tüm araçlarıyla yerleşip benimsenmesi aşamasında bir takım tartışmalara neden olması doğaldır. Çünkü idarenin takdir yetkisini kullanımı kimi zaman tüm idari sistemi hatta ve hatta tüm devlet mekanizmasını etkileyebilecek sonuçlar doğurma potansiyeli taşımaktadır. Alman Hukukçuların II. Dünya Savaşı ardından yaptıkları hesaplaşmalarda, idarenin takdir yetkisine müdahale etmekten kaçınan bir yargı mekanizmasıyla buna göz yuman bir doktrinin ülkenin yaşadığı kâbustan sorumlu olduğu sonucuna kadar uzanan değerlendirmeleri, bu makalenin konusu bakımından önemli olmadığı için ele alınmayacaktır ama takdir yetkisinin kullanımında bir çerçeve belirlemek için temel bir ölçüt benimsemenin anlam ve önemini ortaya koyması bakımından çok değerlidir.

Danıştay kararlarında “ölçülülük ilkesi”nin açıkça ifade edilerek kullanılması zaman içinde daha sık görülür olmuşsa da Yüksek Mahkemenin bu ilkedden bir denetim aracı olarak genellikle başka ifadelerle yararlandığı görülmektedir.

Türkiye’de idari yargının ölçülülük ilkesini kararlarında kullanmasının başlangıcı olarak 1970 yılında karara bağlanan bir dava gösterilir⁸⁵. Belediye encümenince elektrik abonelerinden alınmak üzere belirlenen depozite bedelinin çok yüksek olduğu için iptali talebiyle açılan davada Danıştay, söz konusu meblağı “çok yüksek ve ölçüsüz” bularak iptal etmiştir. Yine İdari Yargılama Usulü Kanunu öncesinde verilen bir kararda orantılılık unsurunun “adil nispet” ifadesiyle kullanıldığı görülmektedir: “*Disiplin suçu ile ceza arasında bulunması gereken adil nispetin bulunmaması ve verilen cezanın nesafet ilkelerine aykırı olduğu sonucuna varılması sebebiyle dava konusu kararda mevzuata uyarlık bulunmadığına... karar verildi.*”⁸⁶

⁸⁵Danıştay 11. Daire, Karar Tarihi:24.12.1970, Esas No.:1970/2401, Karar No.:1970/3088 (Aktaran:OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülük İlkesi, s.124).

⁸⁶Danıştay 11. Daire, Karar Tarihi:4.11.1976, Esas No.:1976/17, Karar No.:1976/3958 (Aktaran: OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi).

1982 Anayasası döneminde verilen kararlarda da (özellikle idari yaptırımlar söz konusu olduğunda) “adil nispet”, adil denge” ifadeleriyle orantılılık ilkesine başvurulduğu görülmektedir.

1984 yılında verilen bir kararda ise; bir sağlık meslek lisesi öğrencisine, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından verilen disiplin cezasının iptali amacıyla Bakanlığın doğrudan disiplin cezası vermeye yetkisi olmadığı gerekçesiyle açılan davada, 8. Daire, yönetmelik gereğince Bakanlığın yetkili bulmuş ama verilen “okuldan sürekli uzaklaştırma cezası”nın öğrencinin işlediği suçta (suçun ne olduğu karar metninden anlaşılamamaktadır) göre “ağır” olduğuna ve “suç ile ceza arasında adil bir dengenin bulunması gerektiğine göre suçta oranla ağır olarak takdir edilen cezanın bu nedenle iptaline” karar vermiştir.⁸⁷ Daha yakın tarihli bir kararda da yine benzer bir ifade kullanıldığı görülmektedir.⁸⁸

Bireyin hak ve özgürlüklerinin sınırlanmasında, ölçülülük ilkesinin; idarenin takdir yetkisi alanının yorumlanması mevzuunda kullanıldığını söyleyebileceğimiz en ünlü Danıştay kararının, 1988 yılında 5. Daire tarafından ve 1402 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi gereğince görevine son verilen bir öğretim üyesinin, sıkıyönetimin kalkmasından sonra, göreve iade edilmeyi istemesi ve bu isteminin, sıkıyönetim komutanlarının son derece geniş tutulmuş takdir yetkisiyle görevlerine son verilen kişilerin bir daha kamu hizmetinde çalışamayacakları gerekçesiyle, reddedilmesi üzerine açılan davanın temyizi aşamasında verilen karar, olduğu söylenebilir. Bu kararda 5. Daire, idarenin takdir yetkisini kullanarak, bireyin kamu hizmetine girme hakkını, süresiz bir şekilde sınırlayıp sınırlayamayacağını Anayasa'nın 13. maddesi I. fıkrası hükmünden yola çıkarak değerlendirmiş ve amaç ile sınırlamanın orantılı olması gereğine vurgu yapılmıştır.⁸⁹ Bu

⁸⁷ Danıştay 8. Daire, Karar Tarihi:1.2.1984, Esas No:1983/212, Karar No:1984/178 (DBB).

^{88c}“Devlet memuru olan davacıya, hizmetin özelliğine aykırı olan bu davranışı nedeniyle disiplin cezası verilmesi yerinde ise de suçla verilen ceza arasında adil bir denge bulunması gerektiğinden daha hafif bir ceza ile cezalandırılması hakkaniyet gereğidir.” Danıştay 8. Daire, Karar Tarihi:11.12.1997, Esas No.:1995/3680, Karar No.:1997/3928 (DBB).

⁸⁹ “Maddeye ilişkin gerekçede de ifade edildiği gibi bu fıkrada "... hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında daima gözetilmesi gereken ölçü, yani sınırlamaların sınırı" açıklanmıştır. Fıkra hükmüne göre hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar demokratik toplum düzenine aykırı olmayacak; uluslararası sözleşmelerde ve bildirilerde bu konuda bir ölçü olarak kabul edilen "demokratik rejim" anlayışı ile uzlaşabilir bir nitelik taşıyacaktır. Maddede hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli

kararda Yüksek Mahkeme, idarenin bir temel hakkı sınırlandırmasında, amaçla sınırlandırma arasında zorunluluk/gereklilik ve orantılılık unsurlarının varlığını aramış ve bu unsurların olmayışını hukuk devleti ilkesine aykırı bularak; ilgili üniversitenin, davacının göreve dönme talebini reddetmesi işlemini iptal etmiştir.

Mülkiyet hakkına müdahalede adil bir orantı gerekliliğine vurgu yaparak idareye (Maliye ve Gümrük Bakanlığına) zoralım hakkı verilmesine yol açacak bir yasa değişikliği tasarısı hakkında olumsuz görüş belirten 1. Daire kararı 1980'lerin sonu itibariyle haklara müdahalede orantılılık arayışının artık daha net bir şekilde ifade edilmeye başlandığının delili olarak gösterilebilir. Olayda, 492 Sayılı Harçlar Kanununa bir madde eklenerek, Maliye ve Gümrük Bakanlığına gayrimenkul satım ve bağış işlemlerinde, işlemin tekemmülünden itibaren işlemin bedelinin %30 fazlasını ve işlemin resmi masraflarını ödeyerek 60 gün içinde satın alama hakkı tanınması gündeme gelmişti. Böylece, tapu işlemlerinde düşük gösterilen gayrimenkul bedelleri yüzünden kaybedilen vergi ve harç gelirlerinin önüne geçilmesi amaçlanıyordu. Bu tasarı ile ilgili olarak Danıştay'ın görüşü şu şekilde olmuştur: “...Anayasanın kişilere sağladığı temel hakların en önemlilerinden birisi de mülkiyet hakkıdır. Bu hakkın sınırlandırılması ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde ve istisnai durumlarda söz konusu olabilir ki yine Anayasanın 46. maddesi, bazı şartların gerçekleşmesi halinde kamu yararı amacıyla ve gerçek karşılıkları peşin ödenmek koşuluyla kişilerin taşınmaz mallarının kamulaştırılmasını bir müessese olarak kabul etmiştir. Değinen hükümlerin gerekçelerinde de mülkiyet, hakkının Anayasal bir müessese olarak güvence altına alındığı mülkiyetin bu şekildeki himayesinin Anayasada kabul edilen siyasal sistemle karşılaştırılınca bir ölçüde ekonomik sistem tercihi bakımından da bir gösterge teşkil ettiği, özel mülkiyetin yok edilmesinin önlenmediği, kamu yararının bulunduğu hallerde kamulaştırma olanağı sağlandığı belirtilmektedir. Anayasa koyucu, hukuk devletinin bir gereği olarak kamu

amaçlara yönelik bulunduğu; binnetice ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngördüğü vurgulandığına göre, öngörülen amaçlar yahut nedenler öne sürülerek başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlandırılmayacak, getirilen sınırlamalar da öngörülen amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama oranıtısı herhalde korunacaktır.” Danıştay 5. Daire, Karar Tarihi:14.4.1988, Esas No.:1987/2417, Karar No.:1988/1286 (DBB).

yararıyla kişi haklarını bağdaştırmaya çalışmış, hukuka uygun olarak kazanılmış hakları korumayı öngörmüştür. Demokratik hukuk devletinde, hangi amaçla olursa olsun, sınırlamalar belli bir özgürlüğün kullanılmasını bütünüyle ortadan kaldıracak düzeyde olamaz ve amaçla sınırlama arasında adil bir orantı mutlaka bulunur. Bir sınırlama ölçütü olan kamu yararı kavramı, her ne kadar, soyut bir kavram ise de, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlama, cezalandırma sonucunu doğuruyor ve devlete olan güveni sarsıyorsa o sınırlamanın kamu yararına olduğundan söz edilemez. Bu durumda, Hükümet Tasarısında yer alan "Satın alma Hakkı" başlığı altındaki düzenleme bir zor alım yöntemini içermekte, mülkiyet hakkını zedeleyecek hatta Anayasal güvenceyi ortadan kaldırarak bu hakkın varlığını tehlikeye düşürecek bir nitelik taşımakta olduğundan böyle bir düzenlemenin Anayasaya aykırı olacağı(na)... karar verildi.”⁹⁰ Görüldüğü gibi kararda, tasarıyla idareye verilecek takdir yetkisinden doğrudan bahsedilmemişse de bir temel hak olarak mülkiyet hakkında yapılabilecek müdahalelerin kamu yararı söz konusu olsa bile öncelikle adil bir oranda olması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinin ardından, yani 13. maddede “ölçülülük ilkesinin” açık bir şekilde yer almasından sonra verilen bir Danıştay kararında ise; temel bir hakkın idare tarafından sınırlandırılması gündeme geldiğinde, ölçülülük ilkesinin son derece açık bir şekilde kullanıldığını görmek mümkün olmaktadır: 2004 yılında Marmaris’te yapılması planlanan Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği - Netekim Festival isimli etkinliğin, Marmaris Kaymakamlığı tarafından, kamu düzeninin bozulması, suç işlenmesinin yüksek olasılıklı olması ve turizmin etkileneceği, gerekçeleriyle yasaklanması üzerine açılan davanın temyizi aşamasında 10. Daire, öncelikle ölçülülük ilkesini açıklamıştır: “Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi ise; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilkenin; sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik", sınırlayıcı önlemin

⁹⁰ Danıştay 1. Daire, Karar Tarihi:13.9.1989, Esas No:1989/130, Karar No:1989/112 (DBB).

sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "orantılılık" ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır." Daha sonra, ilkenin somut olaya nasıl uyarlanacağını belirleyen 10. Daire, idarenin işlemini hakkın özüne dokunduğu ve ölçülü olmadığı için hukuka aykırı bulmuştur.⁹¹

Bu gelişim çizgisi izlendiğinde, idarenin takdir yetkisi kullanımını içeren kararlarının yargısal denetimi aşamasında her zaman adlı adınca anılmamış olsa bile ölçülülük ilkesinin göz ardı edilmediği hatta giderek artan bir sıklıkta ölçülülük ilkesine açıkça başvurulduğu gözlemlenebilmektedir. Anayasal düzenlemenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının, demokratik hukuk devleti gereklerinin ve İyi İdare İlkelerinin etkisinin azade kalamayacak bir idari yargı anlayış ve uygulamasının da ilkeyi daha temel bir ölçüt olarak kullanması beklenmektedir.

⁹¹“Toplantı düzenleme özgürlüğünün sınırlanmasında, "amaç"; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi; "araç" ise, toplantının ertelenmesi veya yasaklanmasıdır. Toplantının düzenlenmesi halinde, amacın gerçekleştirilmesi (örneğin, kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi) imkânsız hale gelecek ise, erteleme veya yasaklamanın zorunluluğundan bahsedilebilecektir. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin varlığından söz edebilmek için, zorunluluk yeterli olmamakta; yukarıda aktarıldığı gibi, amaç ile araç arasında makul bir oranın bulunması da gerekmektedir. Bu bağlamda, toplantının ertelenmesi ile istenilen amaca ulaşılacağı hallerde, yasaklama yoluna gidilmesi, ölçülülük ilkesine ve Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Uyuşmazlığa konu olayda; her ne kadar, "1. Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği - Netekim Festival" adlı etkinlikle ilgili olarak bir takım siyasi parti ve sivil toplum örgütlerinin karşıt görüşlerinin basın-yayın organlarında yer alması nedeniyle söz konusu etkinliğin gerçekleşmesi halinde iki karşıt grubun karşılaşmasına sebebiyet vereceği gerekçesiyle dava konusu işlem tesis edilmiş ise de; söz konusu etkinliğin düzenlenmesi halinde suç işleneceğine dair açık, somut ve yakın tehlike bulunduğu ortaya konulamamıştır. Kaldı ki, gerek 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun, gerekse 2911 sayılı Yasanın kaymakamlara verdiği yetki çerçevesinde, ilçe sınırları dahilinde gerekli güvenlik önlemlerinin alınmasının ve ihtiyaç duyulduğunda toplantının dağıtılmasının idarenin görev ve yetkisi içinde olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla, açık, somut ve yakın tehlikeden bahsedilemeyen dava konusu olaydaki durum, ancak bir erteleme sebebi teşkil edebileceğinden; ayrıca erteleme müessesesinin işletilmesi halinde toplantı düzenleme hak ve özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın yasal amaca ulaşılacağından, etkinliğin yasaklanması yoluna başvurulmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 10. Daire, Karar Tarihi:15.9.2008, Esas No.:2006/946, Karar No.:2008/6084 (DBB).

Genel Değerlendirme

Günümüzün yaşam koşullarında; az-çok yerleşik bir kamu idaresi sistemi oluşturmayı başarmış herhangi bir toplumda yaşayan ortalama bir insan, hayatının kamuya açık bölümünün önemli bir kesiminde, doğrudan ya da dolaylı olarak, idare mekanizmasıyla muhatap olmak zorunda kalmaktadır. Bu durum, belki beş-altı kuşak önce tercihlerle ilintili bir durum sayılabilirdi ama artık böyle değildir. İdare, yetki ve sorumluluklarıyla, bireyin hayatını etkileyen, temel hak ve özgürlük alanını sınırlandırabilen en etkin güç haline almıştır.

İdare mekanizmasının işleyişinin gerekleri idareye seçim yapabilme olanağının tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Yasanın idareye takdir yetkisi vermesi öncelikle pratik nedenlerle benimsenmektedir. Ancak bunun bir hukuk sisteminde sınırsız yetki anlamına gelemeyeceği de herkesin kabul ettiği temel bir veridir.

Yerleşik bir sistemde idarenin, bireyin hayatındaki işlevi reddedilemezken bunun sonuçlarının önemi de artmaktadır. İdare, işlevini yerine getirirken yetkilerini ölçsüzce kullanarak hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine hatta yok edilmesine yol açma tehlikesini de bünyesinde taşır. Ayrıca her geçen gün artan görev ve sorumluluklarıyla idare mekanizması da alacağı yolu ve bu yolda karşılaştığı engelleri hafifletecek, yapacağı tercihleri hukukun sınırları içinde tutmak için bir takım ölçütlere ihtiyaç duymaktadır.

Ölçülük ilkesinin temel işlevi de; bir yandan bireyi, dâhil olduğu idari sistem içinde hak ve özgürlüklerinin hukuka aykırı şekilde sınırlandırılması tehlikesinden korumakken; öte yandan idareyi de yükümlülüklerini yerine getirirken yasal sınırları ihlal etme olasılığından yani işlemlerinin iptal edilmesinden ve doğabilecek zararlardan sorumlu tutulma ihtimalinden korumaktır.

Bu bağlamda, bağlı yetkinin kullanılması söz konusu olduğunda, çoğu zaman ölçülük denetimine gerek olmaz; çünkü bu durumda amaca ulaşmak için uygulanacak araç da yöntem de bellidir. Oysa takdir yetkisi idareye seçim hakkı tanır ki işte bu durumda ölçülük ilkesi tüm unsurlarıyla devreye girer ve idarenin hukukun sınırları içinde kalmasını sağlayıp, hak ve özgürlükleri ölçsüzce sınırlandırması olasılığını önlerken idareyi de

işlemlerinin iptal edilmesinden doğacak emek, zaman, para ve saygınlık kaybından koruyacaktır. Bir hukuk devleti düzenini kurup yaşatmak her aşamada hukuku gözetmekle gerçekleşebilecektir. Ölçülülük ilkesi de bu yolda önemli bir araç olabilme misyonuna sahiptir.

Basit bir benzetmeyle ölçülülük ilkesi çok iyi aydınlatılmamış bir alanda ilerlemek zorunda olan idarenin (ve bu ilerleyişi denetleyecek olan yargının) elindeki çok güçlü bir fener gibidir. Hem idarenin yolunu aydınlatarak tökezlemesini önler hem de o yolda muhatap olacağı bireyleri aydınlığa çıkarıp onları karanlığın doğurabileceği tehlikelerden korur.

KAYNAKÇA

- AKAD Mehmet-DİNÇKOL Abdullah, 1982 Anayasası, Madde Gerekçeleri ve Maddelerle ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998.
- AKILLIOĞLU Tekin, “Yönetim Hukukunda İnsan Hakları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C.III, S.4, Kasım 1995, s.9-14.
- ASLAN Zehredin, “İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararların Niteliği”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı:10, İstanbul 1995, s.21 vd.
- AZRAK Ali Ülkü, “İdari Yargı Kararlarında Anayasaya Uygunluk Sorunu”, Anayasa Yargısı, Cilt:9, 1993, s.323-340.
- BROWN L. Neville /BELL John S., French Administrative Law, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- DURAN Lutfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- ERKUT Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul, 1996.
- GÜLAN Aydın, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı” (www.danistay.gov.tr-1.9.2013).
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011.
- GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Cilt 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- KANADOĞLU O. Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul, 2000.
- MEMİŞ Emin, Anayasa Hukuku Notları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- NALCIOĞLU Orhan/SEVİMLİ Kamil, “İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini”, Askeri Yüksek İdare Dergisi, Sayı:10, Ankara, 1996.

- OĞURLU Yücel, “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı:1-2, 2000, s.147-180.
- OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- ÖZAY İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:45, Sayı:1-4, 1979-1980, 315-319.
- ÖZAY İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985.
- ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 12. Baskı, Ankara, 2011.
- RUMPF Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1993, s.25-48.
- SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara.
- SAĞLAM Fazıl, “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler için Getirdiği Sorunlar”, Bahri Savcı’ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1988, 436 vd.
- SCHWARZE Jürgen, European Administrative Law, Sweet and Maxwell, London, 1995.
- SIGNH Mahendra P., German Administrative Law in Common Law Perspective, (2nd edition), Springer, Heidelberg, 2001.

