

DAS VERHÄLTNISSMÄSSIGKEITSPRINZIP IM DEUTSCHEN ÖFFENTLICHEN RECHT

ALMAN KAMU HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ*

Prof. Dr. Philip KUNIG**

Çeviren/Übersetzt von:

Burak ÇELİK***/Gökçen DOĞAN****/Ahmet Çağrı YILDIZ*****

GİRİŞ

Ölçülülük ilkesi, Alman hukuk literatüründe pek çok hukukçuya göre, Alman kamu hukukunun en önemli ve en değerli kazanımlarından biridir.¹ Fakat buna şüpheli yaklaşanlar da bulunmakta ve ilke bir yumuşatıcı olarak yaftalanmaktadır.² Yumuşatıcı kavramının tam anlamıyla Japonca'ya çevrilebileceğinden emin değilim. Yumuşatıcı, günlük hayatta temizlik malzemeleri bağlamında kullanılan bir kavramdır. Yumuşatmak; inceltmek ve bununla birlikte sonunda çözmek anlamına gelmektedir. Bu bağ-

* Bölümün orijinal metninin yer aldığı eser: Kunig, Philip. (2006). "Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht". *Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog* (Hrsg. Philip Kunig & Makoto Nagata). Carl Heymans Verlag: Köln, Berlin, München, S. 169-186.

** Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

*** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (bcelik@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9994-5439

**** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (g.dogan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5173-0172

***** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (ac.yildiz@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-2866-7555

Bu nihai halini almasını sağlayan Sayın Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç'e ve Çiğdem Vardar'a teşekkürlerimizi sunarız.

¹ Örneğin bkz. Wahl, Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaats, *içerisinde: Die Verwaltung* 1980, S. 273, 279; Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *içerisinde: Badura/Dreier* (Hrsg.) FS 50 Jahre BVerfG (2001) Band II, S. 445 ff.

² Ossenbühl, Diskussionsbeitrag VVDStRL 39 (1980) 189.

lamda ölçülülük ilkesi onu eleştirenler tarafından hukuk güvenliği ve hukuk düzeninin güvenilirliği için tehdit olarak görülmektedir. Zira bir devlet müdahalesinin ölçülülüğüne dair denetimde birbirinden oldukça farklı sonuçlar ortaya çıkabilmekte, yani söz konusu müdahalenin ölçülü olup olmadığı, buna dair karar verenin, en nihayetinde bağlayıcı hükmü kurmakla yükümlü olanın değerlendirmelerine bağlı olmaktadır. Ölçülülük ilkesi, söylendiği üzere gerçekten de hukuk güvenliği ve hukukun güvenilirliğine yönelik tehlikelere yol açıyorsa, bu durumda hukuk düzeninin, hukuk devleti ilkesinin çekirdeğinde yer alan nitelikleri de etkileniyor demektir.³ Fakat diğer yandan – başlangıçta da söylendiği üzere – ilke bir hukuk devleti sisteminin en değerli kazanımlarından biri olarak da kabul edilmektedir.

Bugün, burada bu paradoksu incelemek istiyorum. İncelemeyi, kararlaştırıldığı üzere Alman kamu hukuku bağlamında yapacağım; fakat bununla sınırlı kalmayacağım. Zira, kamu hukukunun her bir dalı (idare hukuku ve günümüzde artık anayasa hukuku da olmak üzere), gittikçe artan bir yoğunlukta uluslararası hukuk düzenlemelerinden etkilenmektedir. Uluslararası hukukun yanı sıra, Avrupa entegrasyon hukuku da Alman kamu hukukunun tamamına etki eder. Dolayısıyla, günümüzde yalnızca Alman hukukuyla sınırlandırılmış bir inceleme, en azından Alman kamu hukuku açısından, söz konusu olamaz. Öte yandan, incelemeyi sadece kamu hukukuyla da sınırlandıramam. Zira ölçülülük ilkesi, her ne kadar bir kamu hukuku ilkesi olsa da özel hukuk alanında da rol oynamaktadır.

İncelemede ilk olarak (1) ölçülülük ilkesinin normatif içeriğini kısaca açıklayacağım. Daha sonra (2) bu temel ilkeyi normatif bir düzleme oturtacağım, diğer bir ifadeyle ilkenin hukuki geçerliliğini, farklı hukuk kaynaklarının sistematik etkileşimi içinde inceleyeceğim. Devamında (3) kamu hukuku alanında ölçülülük fikrinin geliştiği düzlemlerden bahsedeceğim. Akabinde (4) bu düzlemlerden biri olan birey ve devlet ilişkisine ve bu bağlamda temel haklar düzenine odaklanacağım. Bu noktada (5) üç kamu erkini ayrı ayrı değerlendireceğim ve en nihayetinde (6) burada bulunan Nihon Üniversitesi'nden bazı meslektaşlarımla dört yıl önce tartışma onuruna eriştiğim Alman anayasa hukukunun temel bir sorunsalını ele alacağım: Federal Anayasa Mahkemesi'nin rolü.

³ Terim ve farklı kullanım biçimleri için bkz. Kunig, Rechtsstaat, *içerisinde*: Smelser/Baldes (eds.) International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences, 2001, S. 12824 ff.

1. İçerik

Ölçülülük ilkesi bir çeşit üst başlık, üst kavramdır. Devletin işlem ve eylemlerinin tabi tutulacağı bir denetimi gerektirir. İşlem ve eylem ile hem (aktif) bir yapmayı hem de (pasif) bir yapmamayı kastediyorum. Söz konusu ayrımı bu aşamada ayrıntılı bir biçimde ele almayacağım. Sizden ilk olarak yalnızca, devletin bir yapma eylemini; örneğin bir kanunun yürürlüğe konmasını, bir vatandaşa yönelik onu yükümlülük altına sokan birel idari işlem tesis edilmesini veya bir polis tarafından gerçekleştirilen bir eylemi ya da bir kamu kurumunun sağlığa zararlı belirli ürünlerin kullanılmasına ilişkin uyarıda bulunması gibi maddi bir idari işlemi, yani devletin kendi tasarrufunda bulunan araçları kullanarak gerçekleştirdiği faaliyetleri düşünmenizi rica ediyorum.

Tüm bu işlem ve eylemlerde, yani devletin bütün faaliyet yelpazesinde ölçülülük ilkesi dikkate alınmak zorundadır. Devletin tüm işlem ve eylemlerinin tabi tutulması gereken ölçülülük denetimi, Alman hukukundaki anlayışa göre üç aşamadan oluşmaktadır. Söz konusu aşamalar gelişigüzel değil, bir mantık silsilesi çerçevesinde sıralanmıştır. Bu üç aşama anahtar kelimelerle ifade edilecek olursa sırasıyla uygunluk (ya da elverişlilik), gereklilik ve makullük olarak tanımlanır. Makullük yerine bazen orantılılık ya da dar anlamda ölçülülük de kullanılmaktadır. Bu üç aşamalı denetimden önce, aslında her aşamaya etki edecek şu sorunun da sorulması gerekir: Ölçülülük denetimine tabi tutulacak devlet müdahalesi hangi hedefi ve amacı izlemektedir? Çünkü, mantıksal olarak bir müdahalenin elverişliliği, gerekliliği ve son olarak da makullüğü yalnızca öngördüğü amaç bakımından değerlendirilebilir.

Bir devlet işlem ya da eylemi, hedeflenen amaca ulaşmaya objektif olarak katkı sağlıyorsa “elverişli” bir müdahaledir. Bu noktada, ne kadar katkısı olduğunun önemi yoktur, katkı sağlamış olması yeterlidir. Başka bir deyişle, müdahale açık bir biçimde amacına ulaşamıyor ya da amacına aykırı sonuçlar ortaya çıkarıyorsa elverişsizdir. Ayrıca, müdahalenin hedeflenen amaca özellikle uygun olması aranmaz. Yani ölçülülük ilkesi, amaca farklı biçimde uygun olan müdahaleler arasından hangisinin seçileceğini değil, yalnızca söz konusu müdahalenin elverişli olup olmadığının denetlenmesini gerektirir.

Denetimin ikinci aşamasında, müdahalenin gerekliliği incelenir. Bir devlet müdahalesi, yalnızca kendisinden daha hafif, yani özgürlüğü veya özerkliği daha az kısıtlayan aynı uygunluk düzeyinde bir araç olmadığı; takdirde gereklidir. Yani bu anlamda gereklilik tamamen olgusal ve belki

de matematiksel olarak belirlenebilmesi ideal olan bir şey olarak anlaşılabilir. Dolayısıyla, politik gereklilik ile karıştırılmamalıdır. Elverişlilik denetiminde olduğu gibi, burada da olumsuzu üzerinden bir tanımlama yapılabilir. Yani, amaca tam olarak ulaşılmasına uygun olmayan bir araç elverişli değildir; aynı hedefe götürebilecek ve daha az kısıtlama getirecek başka bir aracın varlığında, denetlemeye konu olan araç gerekli değildir.

Fakat müdahalenin ölçülülüğüne dair subjektif değerlendirmeler en geç üçüncü aşamada, yani müdahalenin makullüğü hakkında karar verilirken, ortaya çıkar. Burada sorun, öncesinde elverişli ve gerekli olarak değerlendirilen bir müdahalenin, muhatabına yönelik olarak yaptığı özgürlük ve özerklik kısıtlamaları dikkate alındığında, orantılı ve muhatabı için makul olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı; yani söz konusu müdahalenin hedeflenen amaç ile makul oranda bir ilişki içinde olup olmadığı (ki bu sebeple dar anlamda ölçülülük kullanılıyor) ve en nihayetinde müdahalenin adil bir menfaatler dengesini sağlayıp sağlayamayacağıdır. Dolayısıyla, başlangıçta bahsedilen ölçülülük ilkesinin bir yumuşatıcı olduğuna dair eleştiriler, subjektif değerlendirmelere açık bu üçüncü aşamadan kaynaklanmaktadır.

Öte yandan bu üç denetim aşaması arasında mantıksal bir ilişki olduğu da açıktır. Şöyle ki, daha baştan hedefe ulaşmaya elverişli olmayan bir araç hiçbir şekilde de gerekli olamaz. Gerekli olmayan bir araç, bir başka deyişle amaca erişmede aynı düzeyde etkili daha az kısıtlayıcı bir tedbir tarafından ikame edilebilen bir araç da asla orantılı olmayacaktır. Dolayısıyla, subjektif değerlendirmelere bağlı olduğu dikkate alındığında özellikle problemlili olan üçüncü aşamaya, müdahale birinci ve ikinci denetim aşamalarını geçebildiği takdirde ulaşılacaktır. Aslında, mahkemeler tarafından yapılan ölçülülük denetimlerinde neredeyse her zaman müdahalenin elverişli ve gerekli olduğu kabul edilir. Mahkeme uygulamalarında asıl baskın olan, problemlili olan üçüncü aşama denetimidir.

2. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Temelleri

Tüm modern hukuk sistemleri gibi Alman hukuku da normlar hiyerarşisi temelinde inşa edilmiştir ve normlar piramidinin tepesinde Anayasa bulunmaktadır. Bunun yanında uygulama önceliği olan Avrupa Birliği hukuku, piramidi yukarıdan sarmalamakta ve aynı şekilde uluslararası hukuk da hiyerarşiye her aşamada etki etmektedir. Söz konusu uluslararası etkileri bu aşamada dikkate almayacağım. Kanunlar, tüzükler ve farklı birçok

hukuk kaynağı ise anayasanın altında yer almakta ve anayasa ile çatışmaları durumunda normatif geçerlilikleri anayasaya uygun yorumla sağlanmakta ve gerekirse yürürlükten kaldırılmaktadır.

Ölçülülük ilkesi hukuki temellerini hem anayasa hukukunda hem de anayasa altı normlar alanında bulur. Anayasa altı normlara örnek olarak federal devletin ve eyaletlerin kolluk kanunlarını zikredebilirim. Federal düzenimiz, kolluk hukukunu eyaletlerin yetkisine tabi kılmıştır. Bu nedenle on altı eyalet kolluk kanunu mevcuttur. Burada kolluk kavramı yanlış anlaşılmalara yol açabilir; kavramla kastedilen yalnızca ceza soruşturması anlamında bir kolluk faaliyeti değildir. Öte yandan kavramla sadece kolluk hizmeti gören görevlilerin işlem ve eylemleri de kastedilmemektedir. Daha çok genel anlamda düzeni sağlayan/koruyan idare,⁴ yani bu bağlamda kolluk kanunlarının yanı sıra diğer kanunlara ve özellikle federal kanunlara da dayanan müdahaleci geniş bir idare söz konusudur. Dolayısıyla eyaletlerin kolluk kanunları, idari faaliyetlerin çok büyük bir kısmı için dayanak oluşturur. Söz konusu kanunların her birinde, tüm diğer farklılıklarına rağmen polis teşkilatının ve diğer kolluk makamlarının işlem ve eylemlerinin yukarıda bahsedilen anlamda ölçülü olması gerektiğine dair açık yükümlülükler mevcuttur.⁵ Ayrıca, başka birçok kanun da bireysel çıkarlar ile kamu esenliği arasında bir menfaat dengesi kurulmasını, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun koşulu olarak kabul etmekte ve dolayısıyla ölçülülük düşüncesine ilişkin açık emareler içermektedir.⁶

⁴ Terime ilişkin olarak Knemeyer, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl. 2004, Rn. 1 ff. und 24 ff.

⁵ Örnek olarak bkz. Berlin Genel Güvenlik ve Kamu Düzeni Kanunu m. 11: “(1) Kamu düzenini sağlamakla yetkili makamlar ve polis teşkilatı, birden fazla olası ve uygun tedbir arasından, bireyleri ve toplumu en az kısıtlayacağı öngörüleni uygular. (2) Bir tedbir, ulaşılmak istenen sonuca göre açıkça ölçüsüz bir dezavantaja sebep olamaz. (3) Bir tedbir, ancak ona ilişkin hedefe ulaşılan kadar veya o hedefe ulaşılamayacağı anlaşılana kadar caizdir.”

Bayern Eyaleti Ceza ve Kabahatler Kanunu m. 8: “(1) Birden fazla olası ve uygun tedbir arasından bireyleri ve toplumu en az kısıtlayacak olan tedbir uygulanır. (2) Bir tedbir ulaşılmak istenen sonuca göre açıkça ölçüsüz bir zarara sebep olamaz. (3) Bir tedbir ona ilişkin hedefe ulaşıncaya veya o hedefe ulaşılamayacağı anlaşılınca sona erdirilir.”

Sachsen-Anhalt Eyaleti Kamu Güvenliği ve Düzeni Kanunu m. 5: “(1) Güvenlik makamları ve polis teşkilatı, birden fazla olası ve uygun tedbir arasından bireyleri ve toplumu en az kısıtlayacağı öngörüleni uygular. (2) Bir tedbir, ulaşılmak istenen sonuca göre açıkça ölçüsüz bir dezavantaja sebep olamaz. (3) Bir tedbir, ancak ona ilişkin hedefe ulaşılan kadar veya o amaca ulaşılamayacağı anlaşılana kadar caizdir.”

⁶ Örnek olarak: İmar Kanunu m. 1/7.

Ölçülülük ilkesi aslında – bu aşamada anayasa altı normlardan başka örnekler vermeyi gereksiz kılacak biçimde – aynı zamanda ve hâlihazırda anayasal, yani normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan bir ilkedir. Bu sebeple bir kanun uygulanırken, metninde ölçülülük ilkesinden bahsedilip bahsedilmediği önemli değildir. Anayasa gereği, ölçülülük ilkesi her durumda gözetilmelidir. Bu anlamda, kanun hükümlerinin içeriği belirlenirken, yani örneğin belirsiz hukuk kavramları yorumlanırken ve aynı şekilde kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ortaya çıkan hukuki sonuçlar denetlenirken ve takdir yetkisi kullanılırken, ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır.⁷ Federal İdari Usul Kanunu ve aynı şekilde on altı eyaletin idari usul kanunları⁸ gereği, kanuni bir takdir marjının öngörüldüğü durumlarda takdir yetkisinin sınırlarına uyulmalıdır.⁹ Anayasal direktifler uyarınca bu sınırlara, yukarıda bahsedilen üç görünüm şekliyle ölçülülük ilkesi de dâhildir.

Ölçülülük ilkesinin anayasal geçerliliği konusunda Almanya’da bir görüş birliği oluşmuş durumdadır.¹⁰ Fakat, Federal Alman Anayasası ilkeye açık bir biçimde yer vermez. Bu durumda ilke, hangi anayasal normdan

İmar Kanunu m. 31/2: “İmar planındaki belirlemelerde planın ana hatları değiştirilmediği müddetçe 1. Kamu yararı sebebiyle mültecilerin veya sığınma talep edenlerin yerleştirilmesi ihtiyacı plandan uzaklaşmayı gerektiriyorsa veya 2. Şehir planlaması ile ilgili olarak haklı görülebilir bir sapma söz konusuysa veya 3. İmar planının uygulanması açıkça planlanmamış bir zorluğa yol açacaksa ve bu sapma komşu menfaatleri değerlendirdiğinde kamu yararıyla bağdaşıyorsa değişikliğe gidilebilir.”

Federal Doğa Koruma Kanunu m. 2/1 c.1.

⁷ Belirsiz hukuk kavramları ile takdir yetkisi arasındaki farka ilişkin olarak bkz. *Ossenbühl, içerisinde*: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 10 Rn. 10 ff. und 23 ff.; ayrıca bkz. *v. Mutius, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen im Verwaltungsrecht*, Jura 1987, 92 ff.

⁸ Eyalet makamlarının bir eyalet kanununun uygulanmasına ilişkin uygulamalarına yönelik olarak federal devletin kanun yapma yetkisi yoktur, Anayasa m. 10/1 uyarınca bu durum eyaletlerin her birinin kendi düzenlemesini yapmasını gerektirir. Federal makamların uygulamaları için ise Federal İdari Usul Kanunu geçerlidir. Bu Kanun, eyaletler tarafından federal kanunların uygulamasında, o eyaletin kendi eyalet idari usul kanunu bulunmuyorsa uygulama alanı bulabilir. Buna ilişkin bkz.: *Badura, içerisinde*: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 33 Rn. 12 ff.; ayrıca *Ehlers, Der Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze*, Jura 2003, 30 ff.

⁹ Buna ilişkin genel olarak *Stober, içerisinde*: Wolff/Bachof/Stober (Hrsg.) Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Aufl. 1999, § 31 Rn. 31 ff. (Rn. 39).

¹⁰ Anayasa Mahkemesinin kararlarından örnekler için: BVerfGE 43, 242, 288; E 59, 275, 278.

kaynaklanmaktadır? Alman doktrini bu noktada farklı cevaplar vermektedir. Genellikle, ölçülülük ilkesinin hukuk devleti ilkesinin bir alt başlığı olduğu söylenmektedir.¹¹ Fakat hukuk devleti ilkesinin anayasal yeri noktasında da bir görüş birliği bulunmamaktadır.¹² Zira, hukuk devleti kavramı Federal Anayasa’da açık bir biçimde ilk olarak, eyaletlerin anayasal düzenlerinin federal gerekliliklere uygunluğunu sağlamak, bir başka deyişle homojenlik ilkesi bağlamında kullanılmıştır. Kavram daha sonra, 1992 ve 2000 yılında yapılan anayasa değişiklikleri neticesinde, Avrupa entegrasyon sürecinin hukuk devletine ilişkin sınırları kapsamında ve Alman vatandaşları hakkında ceza verme yetkisine sahip uluslararası bir mahkemenin hukuk devleti gerekliliklerine uygunluğu çerçevesinde Federal Anayasa’da yer bulmuştur.¹³ Anayasa, hukuk devleti ilkesinin varlığını kabul eder ve ilke, Anayasa içinde farklı bağlamlarda ifade bulur. Söz konusu bağlamların başında ise temel haklar düzeni yer alır. Kanımca, temel hak düzenlemelerinin kural-istisna ilişkisine dayanması, ölçülülük ilkesinin anayasal geçerliliğinin en sağlam kanıtıdır.¹⁴ Devlet, temel hakların koruduğu menfaatlere, bireylerin zararına olacak şekilde yalnızca istisnai olarak müdahalede edebilir ve tam da bu noktada ölçülülük ilkesi, devletin bu tipten müdahale olanaklarının sınırını çizer. Temel hak düzenlemeleri, prensip itibarıyla müdahale etme yasağı koyar ve devlet bu yasakları, sadece elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin gerektirdiği ölçüde istisnai olarak ihlal edebilir. Bir başka deyişle, aslında ölçülülük ilkesi, temel haklar düzeni içinde en başından beri dikkate alınmaktadır.¹⁵ Öte yandan, bir hak öznesi, temel hak öznesi olmasa dahi, sahip olduğu hareket alanının ölçülü bir biçimde sınırlandırılmasına dair anayasal bir hakka sahiptir. Bu noktada, yerinden yönetimler olan belediyelerin ve hatta eyaletlerin devlet ile olan ilişkisini örnek olarak gösterebilirim.

¹¹ Buna ilişkin bkz. *Stern*, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, *içerisinde*: Badura/Scholz (Hrsg.) FS Lerche, 1993, 165, 172 ff.

¹² *Kunig*, Der Rechtsstaat, *içerisinde*: Badura/Dreier (Hrsg.) FS 50 Jahre BVerfG (2001) Band II, 421 ff.

¹³ Karş. Federal Anayasa m. 28/1 c. 1, m. 23/1 c. 1 (1992’den beri), m. 16/2 c. 2 (2000’den beri).

¹⁴ Buna ilişkin bkz. *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, 350 ff.; den Wurzeln in voroder überpositivem Recht geht nach v. *Arnauld*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, 276 ff.; historisch erhellend für die Entwicklung in Deutschland B. *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots, 1995.

¹⁵ Karş. *Krebs*, Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbots, Jura 2001, 228, 234.

Sonuç olarak ölçülülük ilkesinin hukuki geçerliliği, anayasal direktiflerden kaynaklanmaktadır.¹⁶

3. Düzlemler

Bu bölümde ölçülülük ilkesinin etkilerini gösterdiği çeşitli düzlemleri ele alacağım. Ölçülülük ilkesinin temel uygulama alanı genel olarak birey ve devlet arasındaki ilişki, ama tam olarak söylenecek olursa aslında temel hak öznesi ile devlet arasındaki ilişkidir. Zira temel hak öznesi, sadece birey olarak gerçek kişileri değil, aynı zamanda tüzel kişileri de ifade eder. Federal Anayasa m. 19/3'e göre, yerli tüm özel hukuk tüzel kişileri nitelikleri gereği uygulanabildiği ölçüde temel haklardan yararlanabilirler. Bu noktada, ekonomik bağlamdaki temel haklar ve eşitlik prensibi, dahası örneğin ifade özgürlüğü ve konut dokunulmazlığı gibi temel haklar açısından koruma talep edebilirler.¹⁷ Bunun yanında, kamu tüzel kişisi olan kiliseler,¹⁸ üniversiteler¹⁹ ve medya kuruluşları²⁰ da kamusal nitelikleri dikkate alınmaksızın temel hak öznesidir. Ayrıca, ölçülülük ilkesinin bir sonucu olarak, temel hak koruması belirli şartlar altında ve sadece adalete ilişkin korunma hakları ve eşitlik ilkesi ile sınırlı olmak üzere yabancı özel hukuk tüzel kişilerini²¹ ve hatta yabancı devletleri²² de içine alacak şekilde genişler. Anlaşıldığı üzere, ölçülülük ilkesi birçok hukuk öznesi lehine bir etki yaratmaktadır.

Konuya, birey ve devlet ilişkisi perspektifinden bakıldığında, ölçülülük ilkesinin uygulama alanını daha da güçlü şekilde genişleten başka bir ayırım daha ortaya çıkmaktadır. Buraya kadar devlet müdahalelerinden bahsettim ve öncelikle devletin aktif bir biçimde yapma hareketi üzerinde dur-

¹⁶ Bkz. ör. *Schlink* (oben Fn. 1) 447.

¹⁷ Sonuncusu açık olmamakla birlikte Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. BVerfGE 42, 212, 219.

¹⁸ BVerfGE 19, 1, 3; E 30, 112, 119.

¹⁹ BVerfGE 15, 256, 261; E 51, 369, 381.

²⁰ BVerfGE 31, 314, 321 (Rundfunkanstalten sind von Rundfunkfreiheit geschützt); jedoch nicht bezüglich der Eigentumsfreiheit BVerfGE 78, 101, 102 und der Pressefreiheit BVerfGE 83, 283, 312.

²¹ *Guckelberger*, Zum Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen, AÖR 129 (2004) 618 ff Avrupa Birliği üyesi devletlerden herhangi birisinde kurulu bulunan tüzel kişilere iç hukuk tüzel kişisi gibi davranılması gerektiğini savunmaktadır; Federal Anayasa Mahkemesi yalnızca usuli temel hakların geçerliliğini kabul etmektedir, BVerfGE 21, 362, 373 (Sozialversicherungsträger), E 64, 1, 11 (National Iranian Oil Company).

²² Karş. Ör. *Kunig*, içerisinde: Münch/Kunig (Hrsg.) GG, Bd. 3, 2003, Art. 101 Rn. 7.

dum. Ancak, devletin hareketsiz kalması, yani yapmama davranışı da ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirilir. Bu türden bir davranışın, hukuka aykırı veya bağlantılı bir biçimde anayasaya aykırı olarak nitelendirilmemesi için belli ölçüde tersine bir ölçülülük denetimini geçmesi gerekmektedir. Örneğin yeni ortaya çıkan ve teknolojik gelişmelerden kaynaklı giderek büyüyen tehlikeli bir durumun ortadan kaldırılmasına ya da önlenmesine yönelik bir yasama işleminin yapılmaması durumunda, söz konusu pasif davranışın temel haklar düzeni gereği, makul olup olmadığı, bu durumda bir kamusal aracın müdahalesine – bu noktada bir yasama önlemine – gerek olup olmadığı denetlenecektir.²³ Bu noktada, ölçülülük ilkesinin terminolojik olarak diğer kavramsal versiyonu olan *Übermaßverbot* kavramı ile bağlantılı olarak *Untermaßverbot* kavramından bahsetmek gerekir.²⁴ *Untermaßverbot* devletin hareketsiz kalmasının anayasa hukuku açısından değerlendirilmesinde kullanılan bir ölçüttür. Bir başka deyişle, bazı fiili durumlarda, temel hak düzenlemeleri, konularını oluşturan hukuki değerleri koruma görevini devlete yükleyebilmektedir. Durumun koşullarına göre, devletin temel hakları koruma yükümlülüğünü yerine getirirken kullanacağı yöntemi belirlemedeki takdir payı daralabilir, yani söz konusu yükümlülük yalnızca kanun yaparak yerine getirebilir, ki bu ileride değinileceği üzere, Federal Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girmektedir.

Fakat birey ve devlet ilişkisi ölçülülük ilkesinin etkili olduğu tek düzen değildir.

Yerel idareler ile devlet arasındaki ilişkiye az önce değindim. Bu doğrultuda, yerel idarelerin özerk yönetim yetkisi de ancak ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabilir. Her biri kendi içerisinde özerk yönetim yetkisine sahip belediyeler arasındaki ilişkilerde ise ölçülülük kavramı, imar planlamasına dair yetkilerin kullanımında olduğu gibi, eşitler arası ilişkiler çerçevesinde karşılıklı saygıya dair hukuki sorumluluklar bağlamında ortaya çıkmaktadır.²⁵

²³ BVerfGE 56, 54, 80 (Fluglärmmentscheidung); *Kunig*, Zur staatlichen Verantwortlichkeit für das Leben – Ein Beitrag deutsch-türkischen Rechtsdialog, *içerisinde*: FS Ansay, 2006, 159 ff.

²⁴ BVerfGE 88, 203 (254 f., 259 f.); buna ilişkin olarak bkz. *Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? DVBl. 1993, 982 ff.

²⁵ İmar Kanunu (BauGB) m. 2/2: “Komşu belediyelerin imar planları birbirleriyle uyumlu olmalıdır. İmar planları bakımından belediyeler, kentsel planlamaya ilişkin hedeflere yönelik olarak kendilerine tanınmış işlevlerine ve (imar planlarının) temel kamu hizmeti

Federal devlet ile eyaletler arasındaki ilişkide ise ölçülülük ilkesi her şeyden önce yasama yetkisinin kime ait olduğuna dair sorunsala ilişkin ortaya çıkmaktadır. Alman anayasa hukukunun sistematigi içinde yasama yetkisi, Federal Anayasa m. 70/1'e göre kural olarak eyaletlerdedir. Federal Devlet ise, istisnai olarak, Anayasa söz konusu yetkiyi kendisine verdiği takdirde yasa koymaya yetkilidir. Ancak, Anayasa m. 70/2'de de belirtilen söz konusu yasama yetkisinin kullanımına dair bu kural-istisna ilişkisi giderek federal devlet lehine genişlemiş, yani söz konusu ilişki *de facto* bir biçimde tersine dönmüştür. Bununla birlikte eyaletlerin yasama yetkisinin güçlenmesine dair aksi yönde eğilimler de ortaya çıkmıştır. Doğrudan ölçülülük düşüncesine dayanan söz konusu bu eğilimleri aşağıda açıklamak istiyorum.

Yarışan yasama yetkisi, federal devletin pratikte önem arz eden birçok konuya ilişkin olarak, iki koşul altında yasama yetkisine sahip olmasını ve eyaletlerden bu yetkiyi devralabileceğini ifade eder. Federal Anayasa m.72/2'de belirtilen bu koşullar, tüm ülke genelinde eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya hukuki ve ekonomik birliğin korunması için bir federal düzenlemenin gerekli olmasıdır. Dolayısıyla, “gereklilik” (1994 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle eklenmiştir), devlet organizasyon hukuku bağlamında, federal devlet ve eyalet ilişkilerini dengeleyen bir koşul olarak ortaya çıkmaktadır.

Ancak, tüm detaylar dikkate alındığında bu düzlemdeki “gereklilik” koşulunun, daha önce temel haklara dair ölçülülük denetiminin ikinci aşaması olarak tanımladığım “gereklilik” koşulu ile aynı anlamı taşıdığı şüphelidir. Bu noktada sadece Federal Anayasa Mahkemesi'nin 2001²⁶ yılında Federal Devlet'in yasama yetkisine ilişkin olarak vermiş olduğu ve büyük yankı uyandıran kararına atıf yapmak istiyorum. Mahkeme'ye göre, yarışan yasama yetkisi bağlamında Federal Devlet'in yasama faaliyetinde bulunabilmesi, hedeflenen amaca – ki burada ülke genelinde eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya hukuki ve ekonomik birliğin korunması – federal kanun dışında başka bir yöntem ile ulaşılamamasına bağlıdır. Mahkemenin bu yaklaşımı ölçülülük ilkesini ön plana çıkarmakta ve eyaletlerin rolünü önemli ölçüde güçlendirmektedir.

Son olarak bireyler arasındaki hukuki ilişkiler düzlemine, yani özel hu-

alanlarına olan etkilerine de dayanabilirler.”; Bkz. *Finkelnburg/Orloff*, *Öffentliches Baurecht*, 5. Aufl. 1998, Bd. I, 40 ff.

²⁶ BVerfGE 106, 62 ff. (Altenpflegegesetz).

kuk ilişkilerine değinmek istiyorum. Ölçülülük ilkesi, sadece kısa bir şekilde değineceğim bu düzlemde de bir kamu hukuku kategorisi olarak etkisini göstermektedir. Söz konusu etki, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, kuruluşunun hemen ardından çerçevesini çizdiği, özel hukukun anayasallaştırılması olarak da adlandırılan gelişim çizgisinden kaynaklanmaktadır.²⁷ Buna göre, temel hakların koruduğu temel değerler medeni hukuktaki genel ilkelerin yorumlanmasında dikkate alınmalıdır.²⁸ Her ne kadar, sıklıkla yapıldığı üzere, temel hakların doğrudan ya da dolaylı etkisi şeklindeki bir ayırım dogmatik olarak ikna edici olmasa da, yine de devletin hukuk düzeninin tamamı açısından sahip olduğu temel haklardan kaynaklanan sorumluluğunun, yargısal bir koruma sorumluluğunu da içerdiği söylenebilir. Bu durum, menfaatlerin dengelenmesini amaçlamış ölçülülük modelinin özel hukuk düzenine girmesine sebep olur. Bu noktada, iş hukuku ve özel hukuk, kişilik hakkının korunmasının söz konusu olduğu durumlar başta olmak üzere, tüketicilerin iktisadi güce sahip aktörlerle olan ilişkilerine kadar uzanan pek çok örnek sunmaktadır.²⁹

4. Devlet ve Birey İlişkisi Açısından Ölçülülük İlkesi

Bu bölümde, ölçülülük ilkesinin devlet ve birey arasındaki ilişkiye etkisi sistematik olarak daha ayrıntılı biçimde incelenecektir. Yukarıda da belirttiğim gibi, devlet ve birey ilişkisi bağlamında ölçülülük ilkesi, aslında ilkenin temel haklar bağlamındaki anlamını göstermektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, söz konusu ilişkinin her alanını etkilemektedir. Bunun özellikle iki sebebi bulunmaktadır.

İlki, Federal Anayasa'da, negatif statü haklarına dair korumanın boşluksuz olmasıdır. Söz konusu bu koruma, ne kendiliğinden var olan bir durumdur ne de doğrudan Federal Anayasa metninde emredici bir biçimde öngörülmüştür. Diğer anayasalar gibi Federal Anayasa da farklı konuları içeren bir temel haklar kataloğu ihtiva etmektedir. Burada koruyucu haklar geleneği takip edilmiş ve sosyal-kültürel haklara ilişkin program hükümlere karşı çekinceli kalınmıştır. Sözü edilen temel haklardan birisi kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıdır. Bu hak, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından oldukça erken, daha net bir ifadeyle 1957'de, genel

²⁷ Buna ilişkin bkz. *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.

²⁸ Belirleyici olarak: BVerfGE 7, 198, 206 (Lüth); *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, *içerisinde*: Maunz (Hrsg.) FS Nawiasky (1956) 157 ff.

²⁹ BVerfGE 89, 214 (Inhaltskontrolle einer Bürgschaft).

davranış özgürlüğü olarak kapsayıcı nitelikte bir temel hak olarak yorumlanmış ve Mahkeme'nin içtihadına yerleşmiştir.³⁰ Bu bağlamda, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, madde metninin lafzının ima edebileceği gibi, yalnızca dar bir bağlamda kişiliğin hukuken korunması olarak anlaşılmamaktadır. Söz konusu hak, tüm insan davranışlarını kapsamakta ve bu davranışları, temel hak sahibi veya bir başkası için ifade ettikleri anlam ya da sosyal değer dikkate alınmaksızın, temel hak koruması altına sokmaktadır. Yani, kişilerin yapma ve yapmama şeklindeki tüm davranışları, temel hak korumasından yararlanmakta; bireylerin hukuki durumlarına yapılan her bir müdahale temel hakların korunmasına yönelik talepleri ortaya çıkarmakta ve sonuç itibarıyla ölçülülük denetimine sebep olmaktadır. Bunun yanında, genel davranış özgürlüğü, negatif statü haklarında konu ve kişi bakımından var olan boşlukları da doldurur. Bu bağlamda söz konusu hak, sadece Almanlara koruma sağlayan belirli temel haklardan, yabancıların da yararlanmasını güvence altına alır.³¹ Sonuç olarak bu durum, Alman devletinin otoritesine tabi olan herkes açısından, kendisini kişisel olarak ilgilendiren devlet faaliyetlerinde, ölçülülüğe riayet edilmesini talep edebileceği bir temel hakkın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Böylece, genel davranış özgürlüğünün kapsamı için belirlenen yön gösterme, ölçülülük ilkesinin, adete tek başına bir temel hak olarak kabul edilmesini sağlamıştır.

Devlet ve birey ilişkisi bakımından ölçülülük ilkesinin her alanda etkili olmasının ikinci sebebi ise daha yenidir. Federal Anayasa Mahkemesi içtihadına hemen tesir etmeyen bu sebep eşitlik ilkesine ilişkin anlayıştan kaynaklıdır. Söz konusu anlayış, ilk olarak, çalışmalarının etkileri Weimar Dönemi'nden başlayarak Federal Almanya Cumhuriyeti'ne kadar uzanan ve aynı zamanda Federal Anayasa Mahkemesi'nin etkili bir üyesi olmuş kamu hukukçusu Gerhard Leibholz'un³² doktrini doğrultusunda, keyfilğe karşı koruma, yani keyfilik yasağı anlamında eşitlik ilkesinin korunması bağlamında değerlendirilmiştir.³³ Ancak daha sonra meselenin bu boyutuna başka bir boyut daha eklenmiştir. Eşitliğin gereği artık yalnızca, keyfilik yasağının sağladığı korumada olduğu gibi, farklı bir muamele için

³⁰ BVerfGE 6, 32, 37 (Elfes); BVerfGE 80, 137, 157 (Reiter im Walde); s. a. *Kunig, içerisinde: Münch/Kunig (Hrsg.) GG (2000), Bd I, Art. 2 I GG, Rn. 12.*

³¹ *Kunig, içerisinde: Münch/Kunig (Hrsg.) GG (2000), Bd I, Art. 2 I GG, Rn. 3.*

³² Bkz. Leibholz S. *Oppermann, Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, içerisinde: Badura/Dreier (Hrsg.) FS 50 Jahre BVerfG (2001) 421, 431 ff.*

³³ BVerfGE 4, 144, 155; E 55, 72, 90; E 88, 87, 96; Yalnızca genel keyfilik yasağı; eşit olmayan muamele olmaksızın: BVerfGE 23, 98, 106; E 78, 232, 248.

herhangi bir maddi temel bulunabildiğinde yerine getirilmiş olmaz; bunun yanında söz konusu farklı muamelenin ölçülü de olması gerekir.³⁴ Dolayısıyla, ölçülülük ilkesinin dogmatik tasarımı, negatif statü hakları bağlamıyla sınırlı kalmayıp, eşitliğin sağladığı korumayı da kapsamaktadır. Bu gelişme her şeyden önce, hukuki muhatapları arasında yer alan tekil gruplara farklı muamele öngören kanunların anayasal denetimi açısından sonuç doğurmuştur.

Negatif statü haklarına geri dönecek olursak, temel haklar dogmatikğine dair bir saptama daha yapılabilir. Ölçülülük denetimi sistematik olarak, temel haklara dair denetimin üçüncü aşamasında yer alır. Bir temel hak denetimi her zaman, devletin işleminin ya da eyleminin, kişi veya konu bakımından [hakkın] koruma alanına bir müdahale teşkil edip etmediği sorusu ile başlar. Böyle bir müdahalenin varlığının tespiti durumunda ikinci olarak, bu müdahalenin gerekçesine bakılır. Bu noktada, geçerli bir temel hak sınırlamasının, yani kanuna dayanan ya da anayasaya içkin bir sınırlamanın varlığı gereklidir. Bundan sonra üçüncü olarak sınırlandırılabilirliğin sınırı incelenmelidir. Bu tür bir sınırlandırma denetiminin merkezinde ise her zaman ölçülülük denetimi bulunmaktadır. Söz konusu denetim, temel hakkın sınırlandırılmasının somut olay bakımından ölçülü olup olmadığının incelenmesini gerektirir ve ancak sınırlamanın ölçülü olması durumunda temel hak ihlali olmadığı sonucuna ulaşılır.

Söz konusu ölçülülük denetimi prensipte yukarıda birinci başlıkta belirtilen aşamalar sırasına göre yapılır. Ancak, burada kısaca değinmek gerekirse, söz konusu aşamalarda, temel hakları ilgilendiren özel durumlar gelişmiş; bu bağlamda ölçülülük denetimi kavramsal ve kısmen de içeriksel olarak değişime uğramıştır, ki bu durum çalışma özgürlüğü³⁵ ve ifade özgürlüğü³⁶ bağlamında, genel modele bağlı kalmaksızın temel hakların kendilerine özgü kurallara göre yapılan denetimlerde kendini gösterir.

5. Ölçülülük Yükümlülüğün Muhatabı Olarak Üç Erk

Erkler ayrılığı açısından bakıldığında ölçülülük ilkesi bakımından farklılaşan bir resim ortaya çıkmaktadır. Bu ilkenin yasama, yürütme ve yargı olarak üç erki de kapsadığı açıktır. Zira, ölçülülük ilkesi temel haklar dü-

³⁴ BVerfGE 55, 72, 88; E 65, 377, 384; E 82, 60, 86; E 92, 277, 318; E 95, 39, 45.

³⁵ Aşamalar teorisi olarak isimlendirilen teori, bkz. BVerfGE 7, 377, 378 (Apothekenurteil).

³⁶ Etkileşim teorisi olarak isimlendirilen teoriye ilişkin: BVerfGE 7, 198, 208 f. (Lüth).

zenin bir ögesidir. Bu durum, Federal Anayasa m. 1/3'te açıkça düzenlenen devlet erklerinin temel haklar ile bağlı olması zorunluluğu kapsamında ortaya çıkmaktadır.

Fakat, bu üç erkin ölçülülük ilkesine uyma yükümlülükleri açısından farklılıklar bulunmaktadır. Yargı, ölçülülüğü gerçekleştirme konusunda doğrudan bir yükümlülük altında değildir, yalnızca yasalarla bağlıdır. Bir kanunun ölçülü olmadığını anlaşıldığı ve bağlantılı olarak hâkimin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan bir hüküm vermesinin gerektiği durumlarda, ilgili yasanın anayasaya uygunluğu sorunu gündeme gelir. Her mahkeme ölçülü olmayan bir kanunu uygulamayı, söz konusu kanun Federal Anayasa'dan sonra yürürlüğe girmiş bir kanun olmadığı sürece, reddedebilir.³⁷ Yani bir kanunun uygulanmasının reddedilmesi yalnızca Federal Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden önceki mevzuat açısından geçerlidir. Daha sonra yürürlüğe giren mevzuat bakımından ise ölçülü olmadıkları gerekçesiyle yalnızca tüzük ve yönetmeliklerin uygulanması reddedilebilir. Federal Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra yürürlüğe giren ve anayasaya aykırı olduğu düşünülen kanunlar, Federal Anayasa m. 100/1'e göre somut norm denetimine tabi olmakta ve nihai anayasal değerlendirmelerinin yapılması için Federal Anayasa Mahkemesi ya da gerektiğinde bir eyalet anayasa mahkemesi önüne getirilmektedirler.

Ancak medeni hukukta, az önce bahsedildiği gibi, mahkemelerin temel haklarla bağlılığı, genel hükümlerin değerlendirilmesiyle ilgili olduğu sürece, doğrudandır. Bunun yanında, kamu hukuku alanında yargılama yapan mahkemeler, yani idari yargı, sosyal yargı ve finans yargısı alanında görevli olan mahkemeler, idarenin ölçülülüğü sağlama yükümlülüğüne, özellikle takdir yetkisini kullandığı durumlar başta olmak üzere, ne derece kadar riayet ettiğini denetlemek zorundadır. Çünkü bir idari işlemin ölçülü olmayan hukuki sonuçları, yargı tarafından denetlenmesi gereken hukuki hatadır. Son olarak, bir mahkemenin verdiği kararlarda doğrudan kendisinin ölçülülük kriterini referans alması, yasaya bağlılığın bir sonucu da olabilir. Bu durum örneğin cezaların tayini bakımından söz konusudur. Ayrıca geçici hukuki koruma sağlanmasının mahkemenin takdirine bağlı olduğu acele yargılama usulleri de bu noktada örnek olarak gösterilebilir.³⁸

³⁷ Karş. BVerfGE 2, 124 ff.

³⁸ Karş. BVerfGE 51, 268, 280 Federal İdare Mahkemeleri Kanunu m. 123 hakkında; *Pestalozza* Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 8 Rn. 12. Burada içeriğe ilişkin takdir yetkisi açıklanmıştır.

Norm koyucu devletin ölçülülük yükümlülüğü ise özel öneme sahiptir. Yasama işlevi, federal devlet ve eyaletler içerisinde özel olarak oluşturulmuş yasa yapmaya yetkili organlar, yani parlamentolar tarafından gerçekleştirilir. Federal Parlamento, eyaletlerin menfaatlerini gözetmek amacıyla çalışan diğer bir federal organ olan Federal Konsey ile birlikte çalışmaktadırlar. Buna ek olarak hükümet ve idareye de norm koyucu yetkiler düşmektedir.

Alman hukuk devleti anlayışında norm koyma faaliyeti, bir yandan temel haklarla ve dolayısıyla yukarıda ikinci başlıkta ortaya konulan bağlam dikkate alındığında ölçülülük ilkesiyle sınırlandırılmıştır. Diğer yandan ise [bu faaliyet] temel hakların gerçekleştirilmesine hizmet eder. Bu anlamda, norm koyma faaliyeti, temel hak öznelerinin temel haklarını geliştirip kullanabileceği bir alanın şartlarını ve çerçevesini yaratmalıdır. Ölçülülük ilkesinin, yukarıda dördüncü başlıkta gösterilen temel hak denetimi sistematığının ve kanunların temel haklar bakımından denetiminin merkezinde bulunması, bu ilkenin, yasama ile onu denetleyen yargı, özellikle de anayasa yargısı arasındaki ilişki bakımından taşıdığı büyük önemi ortaya koyar.

Buradan itibaren son olarak, Almanya’da ihtilaf konusu olan hususları, Avrupa’daki ve uluslararası alandaki hukuki gelişmelerle bağlantılı bir biçimde ele almak istiyorum.

6. Yargısal Denetim

Buraya kadar açıklananlardan anlaşıldığı üzere, ölçülülük ilkesi tüm Alman kamu hukukuna nüfuz etmektedir. Temel hakların her yerde kendini gösteren bir etkisi olduğuna göre, ölçülülük ilkesi de her alanda etkindir ve temel hak denetiminin sonuçlarına düzenli olarak etki etmektedir. Bununla birlikte idare hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıkların önemli bir bölümü de ölçülülük ilkesine göre değerlendirilmelidir. Yukarıdaki iki numaralı başlıkta gösterildiği üzere ölçülülük ilkesi anayasa hukukundan doğduğu için pek çok uyuşmazlığın çözümünde Federal Anayasa Mahkemesi’nin denetim kriterleri uygulanabilir. Bu husus Federal Anayasa sonrası yürürlüğe giren kanunların denetimine dair anayasa yargısı usulleri açısından geçerlidir. Bu usuller, bir taraftan Federal Anayasa m. 93/1–4a’da düzenlenen anayasa şikâyeti, diğer taraftan iki farklı norm denetim usulüdür. İlk olarak Federal Anayasa m. 93/1-2’de düzenlemiş olan soyut norm denetimi gelmektedir. Soyut norm denetimini harekete geçirme inisiyatifi; federal hükümete veya daha sık olarak bir eyalet hükümetine ya

da Federal Meclis'in üçte birlik kısmını toplayabilmeleri halinde parlamenter muhalefete tanınmıştır. Bunun yanında aynı ölçüde yaygın olan ve tüm yerel mahkemeler tarafından, Federal Anayasa sonrası yürürlüğe giren bir kanunun anayasaya aykırı olduğu kanaatine ulaşılması halinde başlatılan somut norm denetimi gelmektedir (Federal Anayasa m. 100/1).

Kanunların denetlenmesinde belirsiz hukuk kavramları, denetim yapan mahkemeye ölçülülük testinin belirli aşamalarında, özellikle de son aşama olan orantılılık ve makullük değerlendirmesinde önemli bir takdir alanı sağlar. Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi'ne, bir denetim organı olarak kendi rolünü yorumlamasında ne dereceye kadar yetki tanınabileceği tartışmalıdır. Her halükârda belirtilmesi gerekir ki dikkate değer sayıda kanun, Federal Anayasa Mahkemesi önünde ölçülülük testini geçememiştir. Sonuç olarak, bu sorun yasama ve yargı arasındaki güçler dengesinin sağlanmasıyla ilişkilidir.³⁹

Diğer bir sorunlu alan ise yargı kararlarına karşı yapılan anayasa şikâyetleridir. Bireyler, mahkeme kararlarına karşı anayasa şikâyetinde bulunabilir. Çünkü bu kararlar, bir "kamu gücü fiili"dir ve bu sebeple anayasa şikâyetinin konusudur. Bu bağlamda, Federal Anayasa Mahkemesi'nin diğer mahkemeler ile olan ilişkisi, Alman anayasa hukuku doktrinini yıllardır meşgul etmektedir.⁴⁰ Bu noktada, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir derece mahkemesi olamayacağı açıktır ve dava konusu olan anayasa altı normları yorumlayan bir üst derece mahkemesi değildir. Bilakis, Federal Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi, anayasa altı normların mahkemeler tarafından uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuçların temel haklara ilişkin kriterlere göre denetlenmesiyle sınırlanmıştır. Ancak bu noktada, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, yetki sınırlarını aşmakla suçlanıp suçlanamayacağı ya da bir bütün olarak değerlendirildiğinde, diğer mahkemeler karşısında gerekli saygı ve zaruri çekinceyi gösterip göstermediği tartışmalıdır.

Şahsi değerlendirmem, yukarıda ortaya konan her iki çatışma hattı bakımından, Federal Anayasa Mahkemesi'nin katkısının netice itibariyle olumlu değerlendirilmesi gerektiğidir. Mahkeme, bazı durumlarda işlevsel anlamda ikame kanun koyucu olarak hareket ederek ya da ek bir üst derece

³⁹ Bu konuda genel olarak: *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, *içerisinde*: Badura/Dreier (Hrsg.) FS 50 Jahre BVerfG (2001) Band I, 33 ff.

⁴⁰ Bkz. İlgili Rapor: *Alexy, Kunig, Hain* und *Hermes* zum Ersten Beratungsgegenstand „Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit“, VVDStRL 61 (2001) 7 ff.

mahkemesi gibi karar vererek, şüpheye yer bırakmayacak şekilde yetkisinin sınırlarını aşsa da bu sonuç değişmez. Çünkü bunlar, benim değerlendirmeme göre genel olarak olumlu değerlendirilmesi gereken anayasa yargısı performans bütünüdür. Birçok alanda hukuk devletine ilişkin esaslı kazanımlarımız bakımından anayasa yargısına müteşekkirimiz. Burada özellikle de ceza muhakemesi hukuku, aile hukuku ve kişisel verilen korunması hukukunu vurguluyorum.⁴¹

Bu kapanış tespitlerine dair bölümün başlığında belirtilen çok düzeyli sistem, aslında pek çok açıdan ele alınmalıdır. İlk olarak, Federal Anayasa Mahkemesi, eyaletlerdeki anayasa yargısıyla iş birliği ilişkisi içindedir. Eyalet anayasa mahkemelerinin büyük çoğunluğu da anayasa şikâyeti usulü uyarınca karar verme yetkisine sahiptir. Bu yetkiyi kullanırken eyalet içerisinde düzenlenmiş temel haklar kriter olarak dikkate alınmakta; ancak bu hakların kapsamı bakımından ölçülülük ilkesinin anlamı, aynı federal düzeyde düzenlenmiş temel haklar için geçerli olduğu gibi geçerli olmaktadır. Bu açıdan eyalet anayasa mahkemeleri, yapacakları incelemede yalnızca eyalet kanunlarının uygulanmasının temel haklara uygunluğu ile sınırlı olmayıp; aynı zamanda federal kanunların uygulanmasının temel haklara uygunluğunu denetler. Bu anlayış son yıllarda uygulamada, benim de o dönemde yargıcı olduğum Berlin Anayasa Mahkemesi'nin buna ilişkin öncü bir rol üstlenmesiyle yerleşmiştir.⁴² Bu gelişme başlangıçta tartışmalara neden olmuş, ancak daha sonraki süreçte Federal Anayasa Mahkemesi'nin onayını kazanmıştır.⁴³ Bunun ardından Almanya'da eyalet anayasa mahkemeleri büyük önem kazanmıştır.

Buna ek olarak, Alman anayasa yargısı uluslararası düzlemdeki yargı organlarıyla iş birliği ilişkisi içindedir. Bu durum ilk olarak Avrupa Adalet Divanı, diğer bir ifadeyle Avrupa Topluluğu'ndaki yargısal denetim açısından geçerlidir. Bu noktada ölçülülük denetiminde kullanılan ölçütler, bir yandan Avrupa anayasa hukukunun temel özgürlükleri – Avrupa anayasa hukuku ile kastedilen, bir Avrupa Anayasası'nın eksikliği ya da hâlihazırda başarısız bir girişim olarak kalması da göz önünde tutularak, mal-

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kunig*, (oben Fn. 40) 46 ff.

⁴² Bkz. BerIVerfGH, Beschluss v. 12.1.1993 (Honecker), LVerfGE 1, 56 ff.; BerIVerfGH, Beschluss v. 2.12.1993 (Mielke), LVerfGE 1, 169 ff.; aynı yönde: *Kunig*, Die rechtsprechende Gewalt in den Ländern und die Grundrechte des Landesverfassungsrechts, NJW 1994, 687 ff.

⁴³ BVerfGE 96, 345 ff.; aynı zamanda bkz. *Kunig*, içerisinde: Münch/Kunig (Hrsg.) GG Bd. 3, 2003, Art. 142 GG Rn. 14 ff.

ların serbest dolaşımı, işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme serbestisi, hizmetlerin serbest dolaşımı, sermaye ve işlemlerin serbest dolaşımı ve vatandaşlık sebebiyle ayrımcılık yasağı⁴⁴ – diğer yandan ise yazılı olmayan ve üye devletlerin temel haklar geleneğini yansıtan birincil hukuktur. Bu açıdan 1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde düzenlenen insan haklarıyla içerik olarak benzerlik söz konusudur, ki geçici olarak başarısızlığa uğrayan ama hâlihazırda tarih sahnesinden silinmeyen Avrupa Anayasası henüz resmi olarak bağlayıcı olmayan, ama pratikte etkili nitelikteki Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'ndan ilhamla şekillendirilen özgül bir temel haklar bölümünü haizdir.⁴⁵

Özellikle bu türdeki Avrupa temel haklarının Avrupa Adalet Divanı'nın içtihat pratiğinde ölçüt olarak alınması göz önünde tutulduğunda, Divan'ın yargılama yetkisi ve bununla birlikte ulusal anayasa mahkemelerinin yargı yetkisi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki temel hakların korunmasıyla yetkilendirilen mahkemeye iş birliğine dayalı bir rekabet ya da rekabet halinde bir iş birliği ilişkisi içerisinde. Burada kastedilen dünyada insan haklarının korunmasına dair ilk yargısal kurum olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'dir. Bu mahkeme, hâlihazırda var olan ve temel hakları koruyan yerel yargı yolları ya da devlet başvuruları gibi yöntemleri aşan imkânlar sunmuştur. 1950 yılında, kararların uygulanmasına dair kısıtların gölgesinde, karmaşık bir yapı ile başlayan süreç İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11 no'lu Protokolü vasıtasıyla güçlü bir yargısal koruma mekanizmasına dönüşmüştür. Bu mekanizmadan çoğu zaman, daha önce anayasa yargısı denetiminden geçmiş vakalar bağlamında, sınırları Avrupa Birliği'ni aşan Avrupa Konseyi'ne üye devletler de pek çok defa yararlanmışlardır.

Bu gelişme, farklı yargı organlarının ilişkisine dair zorlu soruları gündeme getirmiştir. Almanya özelinde Karlsruhe ile Lüksemburg ve Strazburg hattında ortaya çıkan sorular henüz çözüme kavuşturulamamıştır. İn-

⁴⁴ Negatif statü haklarının her birine ilişkin daha ayrıntılı bilimsel yazılar için: Ehlers (Hrsg.) *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl., 2005.

⁴⁵ Anayasa Sözleşmesi'nin tüm üye devletlerin dillerindeki metinlerine http://europa.eu.int/constitution/index_de.htm adresinden erişilebilir. Şu ana dek 14 üye ülke Avrupa Anayasası'nı onaylamıştır. Fransa'da ve Hollanda'da Anayasa teklifi halk tarafından 29 Mayıs'ta ve 1 Haziran'da reddedilmiştir. Diğer ülkelerde Anayasa Sözleşmesi'nin onaylanmasına ilişkin olarak bkz. http://europa.eu.int/constitution/ratification_en.htm. Temel Haklar Tüzüğü'ne ilişkin olarak bkz. *Triebel*, *Die rechtliche Bedeutung der Grundrechtcharta*, Jura 2003, 525 ff.

san Hakları Avrupa Mahkemesi kendini, ulusal mahkemelerin temel haklara dair içtihadını, örneğin Federal Anayasa Mahkemesi'nin Alman temel haklarına ilişkin içtihadını, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde denetlemeye yetkili görmekte ve kendi içtihadının, ulusal mahkemelerin temel haklara ilişkin yorumunda dikkate alınmasını talep etmektedir.⁴⁶ Buna karşın Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Alman mahkemelerinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadını kapsamlı ve özenli bir şekilde uygulaması gerektiğini kabul etmiş; ancak aynı zamanda da bir çeşit çekince öne sürmüştür.⁴⁷ Mahkeme, kendisine ve Alman mahkemelerine, somut olayda – örneğin basın özgürlüğü ile haber konusu kişinin kişilik haklarının korunmasına dair çatışmada – İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yaklaşımından sapmaya dair belirli bir takdir payı tanımıştır.⁴⁸ Böylelikle ölçülülük ilkesi ve bu ilkedeki beklenen tartım işlevi bakımından bir çatışma potansiyeli ortaya çıkmıştır. Neyin ölçülü olacağına dair bağlayıcı olan nihai kararı verme hakkının kimde olduğu ise halen tartışmalıdır.

Aslında bu sorunun cevabı, uluslararası hukuk gereği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve Sözleşme'nin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından yorumlanmasına bağlılıktan çıkarılabilir. Fakat Alman hukukundaki normlar hiyerarşisinde, Sözleşme'nin konumunun sadece kanunlarla eşdeğer olması nedeniyle,⁴⁹ Federal Anayasa Mahkemesi böyle bir yaklaşımı benimsememiştir.

Bu durumda genel olarak şu söylenebilir: Ölçülülük ilkesi, Alman kamu hukukunun ve temel hakların etkilendiği alanlar açısından tüm Alman hukukunun Arşimet noktasıdır. Aynı şekilde Avrupa Birliği hukuku yargısında ve Avrupa İnsan Hakları yargısında da benzer bir role doğru ilerlemektedir. Eskilerin dediği gibi hukuk için belirleyici olan kimin karar verdiği, yani yönlendirici karar yetkisinin kime ait olduğudur. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi yargı ve yasama arasında; yargı içerisinde derece mahkemeleri ve anayasa mahkemeleri arasında; Avrupa çapında ise uluslararası yargı organları ile ulusal mahkemeler arasında yetki çatışması sorunlarına yol açar. Bu mahkemeler ikili bir sorumluluk taşımaktadır. Bir

⁴⁶ İHAM v. 24.6.2004, NJW 2004, 2647 ff.

⁴⁷ BVerfGE 111, 307 ff.

⁴⁸ Buna ilişkin bkz. Kunig, Die Medien und das Persönlichkeitsrecht – einige Gedanken aus europäischer Veranlassung, *içerisinde*: Jacobs/Papier/Schuster (Hrsg.) FS Raue (2006) 191 ff.

⁴⁹ Buna ilişkin *Uerpman*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993.

yandan kendi yetki sınırlarını dikkate alarak, temel hakların yorumlanmasına dair ortak ödevlerinde iş birliği içinde çalışmaları gerekmektedir. Diğer yandan bir anayasa mahkemesinin rolünün – ki burada değinilen farklı düzenlemlerdeki yargı organları maddi anlamda anayasa mahkemesidir – ne anlama geldiğine dair içsel bir muhasebe yapmak, diğer bir ifadeyle bir vakayı kendi özerk hukuk politikası bağlamında değil, hukuka göre değerlendirmek zorundadır. Mahkemeler bu sorumluluğu yerine getirdiklerinde – ki hukuk bilimi bu açıdan onlara yardımcı olmayı deneyebilir – bu çalışmanın başlangıcında değinilen, ölçülülük ilkesinin yumuşatıcı bir etkiye sahip olduğuna ve hukuk düzenini zayıflattığına dair kaygılar gelecek dönem açısından temelsiz hale gelecektir. Hatta tam aksine ölçülülük ilkesi; Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde öngörülen demokratik toplum kavramının özünde hangi öğelerin yer aldığına dair uluslararası anayasa hukuku tartışmalarında, üzerinde uzlaşabileceğimiz ilkeler arasında ve bir hukuk devleti kazanımı olarak kendini gösterebilir. Zira hukuk devletini tam anlamıyla hayata geçirmemiş demokratik bir toplum düşünülemez. Kültürel çeşitliliğin zenginliğinden kaynaklanan önemli ve korunmaya değer farklılıklara rağmen şu husus vurgulanmalıdır ki, dünyanın neresinde olursa olsun etkili bir hukuk devleti olmadan demokrasi düşünülemez.⁵⁰

⁵⁰ Buna ilişkin bkz. *Kuriki*, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit aus dem Blickwinkel des japanischen Verfassungsrechts, *içerisinde*: Battis/Kunig/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, 227 ff.