

T.C.
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**CEZA HUKUKU VE UYGULAMADA ÖLÇÜLÜLÜK
İLKESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan:

Hilal ERDOL

İstanbul, 2017

T.C.
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**CEZA HUKUKU VE UYGULAMADA ÖLÇÜLÜLÜK
İLKESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan:

Hilal ERDOL

Öğrenci No:

140000010

Danışman:

Prof. Dr. Erol CİHAN

İstanbul, 2017

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Ceza Hukuku ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi**” başlıklı bu çalışmanın, bilimsel ahlak ve geleneklere uygun şekilde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım eserlerin tamamının kaynaklarda gösterildiğini ve çalışmamın içinde kullandıkları her yerde bunlara atıf yapıldığını belirtir ve bunu onurumla doğrularım. 07.04.2017

Hilal ERDOL



T.C.
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ
TEZLİ YÜKSEK LİSANS SINAV TUTANAĞI

24.09.2017

Enstitümüz *Hukuk* Anabilim Dalı *Kamu Hukuku* Programı yüksek lisans öğrencilerinden 14000010 numaralı *Hilal ERDOL'un* "Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim - Öğretim Yönetmeliği"nin ilgili maddesine göre hazırlayarak, Enstitümüze teslim ettiği "**CEZA HUKUKU VE UYGULAMADA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ**" konulu tezini, Yönetim Kurulumuzun 11.04.2017 tarih ve 2017/14 sayılı toplantısında seçilen ve Taksim Yerleşkesinde toplanan biz jüri üyeleri huzurunda, ilgili yönetmeliğin (c) bendi gereğince (70) dakika süre ile aday tarafından savunulmuş ve sonuçta adayın tezi hakkında ~~oyçokluğu/oybirliği~~ ile ~~Kabul/Red veya Düzeltme~~ kararı verilmiştir.

İşbu tutanak, 4 nüsha olarak hazırlanmış ve Enstitü Müdürlüğü'ne sunulmak üzere tarafımızdan düzenlenmiştir.

DANIŞMAN
Prof. Dr. Erol CİHAN
(Beykent Üniversitesi)

Erol Cihan

E. Karaman
ÜYE
Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN
(Beykent Üniversitesi)

ÜYE
Yrd. Doç. Dr. Hulki CİHAN
(Özyeğin Üniversitesi)

Hulki Cihan

Adı ve Soyadı : Hilal ERDOL
Danışmanı : Prof. Dr. Erol CİHAN
Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans, 2017
Alanı : Kamu Hukuku
Anahtar Kelimeler : Ölçülülük, Cezanın Belirlenmesi, Cezanın Bireyselleştirilmesi,
Meşru Savunma, Orantılılık, Gereklilik, Elverişlilik.

ÖZ

CEZA HUKUKU VE UYGULAMADA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Devlet elinde bulundurduğu yetkileri kullanmada ve temel hak ve özgürlükleri sınırlamada sonsuz yetki sahibi değildir. Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yalnız yasayla sınırlanabileceği ancak bu sınırlamanın da ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Ölçülülük ilkesi yalnızca Anayasa Hukukunun konusu olmayıp birçok hukuk alanında etkisini göstermektedir. Tezimizde amaçlanan ölçülülük ilkesinin Ceza Hukuku alanında ki yansımalarının tespit edilmesidir. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hususlarında ölçülülük ilkesinden yararlanılmaktadır. Uygulamada ölçülülük ilkesine ilişkin verilen kararlar değerlendirilecek olup, kararların ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan orantılılık, elverişlilik ve gereklilik ilkelerine uygun olan veya olmayan yönleri tespit edilecektir.

Name and Surname : Hilal ERDOL
Consultant : Prof. Dr. Erol CİHAN
Type and Date : Master, 2017
Area : Public Law
Key Words : Moderation, Determination of Punishment, Individualizing
Of Punishment, Self-Defence, Proportionality, Necessity,
Convenience.

ABSTRACT

PRIMARY LAW AND THE PRIMARY SIGNIFICANCE IN APPLICATION

The state has no infinite power to use the authorities and to restrict the fundamental rights and freedoms. Article 13 of the Constitution states that basic rights and freedoms can only be limited by the law, but this limitation can not be contrary to the principle of proportionality. The rule of law is not only a matter of Constitutional Law, but it is influential in many legal fields. The aim of this thesis is to determine the reflections of the temperament principle in the field of criminal law. The principle of proportionality is utilized in the determination and individualization of the penalty. In practice, decisions on the principle of proportionality will be assessed and aspects of the decisions will be determined in accordance with the principles of proportionality, suitability and necessity, which are the subordinate principles of the proportionality principle.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI

1. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TANIMI	3
2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN KAPSAMI VE UNSURLARI	6
2.1. Ölçülülük İlkesinin Kapsamı.....	6
2.2. Ölçülülük İlkesinin Unsurları.....	8
2.2.1.Elverişlilik İlkesi	8
2.2.2. Gereklilik İlkesi	9
2.2.3. Orantılık İlkesi.....	11
3.ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN HUKUK ALANLARINA YANSIMALARI	12

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

1. CEZAI YAPTIRIMLARDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UYGULANMASI	16
2. CEZA SINIRLARININ BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ ..	21
2.1.Ceza Sınırlarının Belirlenmesinde Ölçülülük	21
2.2. Cezanın Bireyselleştirilmesinde Ölçülülük.....	23

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
UYGULAMADA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

1. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ..	27
2. YARGITAY KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	34
3. DANIŞTAY KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	41
SONUÇ	51
KAYNAKÇA.....	52
ÖZGEÇMİŞ	54



KISALTMALAR

- a.g.e.** : Adı Geçen Eser
- AİHM** : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
- AİHS** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- AYİM** : Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
- AYM** : Anayasa Mahkemesi
- bkz.** : Bakınız
- E.** : Esas
- GBT** : Genel Bilgi Toplama
- K.** : Karar
- MİT** : Milli İstihbarat Teşkilatı
- s.** : Sayfa
- T.** : Tarih
- TCK** : Türk Ceza Kanunu
- TSK** : Türk Silahlı Kuvvetleri
- vb.** : ve benzeri

GİRİŞ

Ölçülülük ilkesi Dünya’da ve Ülkemizde birçok hukuk düzeni içerisine işlemiş temel bir ilkedir.

AİHS temel ilkeleri arasında yer almaktadır. Ölçülülük İlkesi, Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmalar ve alınan önlemlerin uymak zorunda olduğu bir kriter olarak düşünülmüştür. Ana hatlarıyla bakıldığında, AİHM uygulamasında ilke, farklı çıkarlar arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır. İlke, ulaşılmak istenen meşru amaç ile, başvuru sınırlayıcı araç arasında bir orantı olması gerektiği, sınırlandırmayla ulaşılan genel yarar ile ilgili bireyin uğrayacağı zarar arasında bir denge bulunması şeklinde anlaşılmaktadır¹.

Öncelikle İdare Hukukunu ilgilendiren bir ilke olarak ortaya çıkmış olmasına karşın zaman içerisinde tüm hukuk dallarında gereksinimler gereği kendisine yer bulmuş ve ilke kapsamında düzenlemeler yapılmıştır; kanunlar çıkarılırken, kararlar verilirken ölçülülük ilkesi dayanak alınmıştır.

Anayasamızın 13. maddesinde kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesince hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ölçülülük ilkesi bireye ve devlete sorumluluklar yüklemekle birlikte, toplum nezdinde düzenin sürdürülebilirliğini sağlamaktadır.

Ceza Hukuku ve uygulamada ölçülülük ilkesi konulu tez çalışması üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ölçülülük kavramı incelenerek, kapsam ve unsurları tanımlanacaktır, Türk Hukukunda ilkenin yansımalarına değinilecektir.

İkinci bölümde Türk Ceza Hukuku alanında ölçülülük ilkesinin nasıl yer bulduğu, kanunların sınırlarının belirlenirken ilkenin etkilerine değinilerek, cezaî yaptırımlarda ölçülülük ilkesinin nasıl uygulandığı ve cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde ölçülülük ilkesinin etkileri açıklanacaktır.

¹ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Ankara Seçkin, 2002, s. 145.

Üçüncü ve son bölümde ise ölçülülük ilkesine Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay uygulamalarında nasıl yer verildiği, uygulama ile kanunda belirlenen düzenlemeler arasında farklılık bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Sonuç kısmında ise tez çalışmasının genel bir özeti yapıldıktan sonra, konuya ilişkin tespit edilen uyuşmazlıklar ve çözüm önerilerine yer verilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI

1. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TANIMI

Ölçülülük ilkesinin Türk Hukukundaki dayanağı Anayasadan kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinde “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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” hükmüne yer verilmiştir.

Ölçülülük ilkesi, Anayasa ile kural altına alındığı için tüm hukuk dallarında etkisi görülmektedir. Anayasada belirtildiği gibi yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabilirliğini belirlemede etkili olması dışında Ceza Hukuku, İdare Hukuku, İş Hukuku vb. birçok hukuk dalındaki ceza ve kuralların sınırları belirlenirken ölçülülük ilkesinin etkisi bulunmaktadır.

İlke özünde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik eylemlerin sınırlarını belirlemektedir. Zaman içerisinde, Anayasa Hukuku haricinde diğer hukuk dallarındaki kanun ile belirlenenden sınırların ihlali sebebiyle başka alanlarda da yansımaları görülmüştür. Kanunların bütünlük arz etmesi gerektiği düşünüldüğünde ölçülülük ilkesinin de kullanıldığı hukuk alanları zaman içerisinde genişlemiştir.

1961 ve 1982 Anayasalarında ölçülülük ilkesine ilişkin düzenlemeye rastlanılmamaktadır. 1982 Anayasanın temel hak ve hürriyetleri düzenleyen 15. maddesinde “savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir

veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” denilmektedir².

2001 Anayasa değişikliklerinin 13. madde açısından önemli sonucu maddenin sınırlamanın sınırını belirlemesidir. Maddede temel hak ve özgürlükler açısından dokunulmaz bir alan öz güvencesi getirilmiş, maddenin önceki halinden farklı olarak sınırlamanın laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir³.

Platon Devlet adlı eserinde, kurulan devletin ana erdemlerine yer vermiş olup bunları; bilgelik (sophia), yiğitlik (andreia), ölçülülük (sophrosyne) ve adalet (dikaiosyne) olarak tanımlamıştır. “Devlet içindeki her sınıfın, bir ana erdemi olduğunu belirtmiş olup, ölçülülük ruhun işlevsel kısmının erdemini oluşturmaktadır. Bu erdem kişinin isteklerini kontrol etme olanağı sağlamakta, kişi ölçülülük aracılığıyla kendi kendisinin efendisi olmaktadır. Kötü kısmın iyi olan üzerinde üstün olması halinde ise birey arzularının kölesi ve kişiliksiz olarak adlandırılacaktır”⁴. Platon idealindeki devlet yapılanmasının temelinde ölçülülüğün önemine yer vermiştir. Günümüz hukuk düzeninde de ölçülülük ilkesi devlet düzeninin temelini oluşturmaktadır.

Türk Ceza Kanunu 3. maddesinin 1. fıkrasında kişinin işlediği fiilin ağırlığı ile orantılı olarak ceza ve güvenlik tedbiri uygulanacağı belirtilmiştir. Kişinin işlediği suçun niteliğinin belirlenmesinde ve ceza takdir edilmesinde en önemli ilke, *ölçülülük ilkesidir*. İşlenen bir suçtan ötürü kanunda belirtilen sınırlardan daha fazla bir ceza verilemeyeceği gibi, bunun aksine daha az bir ceza veya güvenlik tedbirine de hükümlenemez.

Ölçülülük ilkesi, bireyin mağdur veya suçlu olması fark etmeksizin âdil yargılanma hakkına sahip olduğunu garanti altına almaktadır. Mağdur kimse, kendisine karşı işlenen suç neticesinde, suç ile orantılı olan cezaya hükmedileceğini bilir, sanık ise işlediği suçun gereğinden daha fazla cezaya hükmedilmeyeceğini bilir.

² Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 114.

³ Ali Ceylan, Teoride ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 4.

⁴ http://www.acikders.org.tr/pluginfile.php/2788/mod_resource/content/2/5.hafta%20-%20eski%20yunan%20siyaset%20felsefesi%3b%20platon%20i.pdf (Çevrimiçi Kaynak) Erişim Tarihi, 03.03.2017, saat: 15.08.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, ölçülülük ilkesi temelinde hareket edilmektedir. Devletin bireye müdahalesini gerektiren durumların olması sebebiyle, bu müdahalenin sınırlarının belirlenmesi ihtiyacı doğmuştur.

Bu ilke, sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını, gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder⁵.

“Ölçülülük ilkesi, bireysel menfaatler ile kamu menfaati arasında makul bir dengeyi kuran, demokratik hukuk devletinin ürünü olup hukuk devletinde bulunması gereken temel ilkelerinden biridir. Nitekim öğretilerde kabul edildiği üzere; hukuk devleti olmanın gereklerinden biri de devletin eylem ve işlemlerinde aşırılığa kaçmaması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahalelerde ölçülü davranmasıdır”⁶.

İlke kanun koyucunun yaptığı tüm işlem ve eylemlerde kişilerin hak ve özgürlüklerini gözetmekle birlikte, kısıtlamaya gidildiği durumlarda bu hak ve özgürlüklere müdahale edilebilirliğin sınırlarını belirlemektedir.

“Ölçülülük ilkesi, tüm hakların sınırlandırılabilmesini, öte yandan da sınırlamanın sınırlandırılmasındaki önemin fark edilmesinden doğmuştur. Bir temel hakkın sınırlandırılmasının sınırını belirlemek en az hakkın temeli kadar önemlidir”⁷.

Ölçülülük ilkesi, kişilere sınırsız yetki ve eylem yapma serbestisi vermemekle birlikte devletin de uygulamalarında aşırıya kaçma, yaptırımları ile kanunların emredici hükümlerine aykırı davranma imkânını ortadan kaldırmaktadır. Devletin işlem ve eylemlerini kanunların belirlediği sınırlar içerisinde kullanmasını emreder. Kanunlar da ölçülülük ilkesi gözetilerek oluşturulur bu sayede devletin tüm yapılanması içerisinde ilkenin yansımaları görülür.

⁵ Ergun Özbudun, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, No: 2692 Açık Öğretim Fakültesi Yayını, No: 1658, s. 71.

⁶ Bahri Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2001. s. 131.

⁷ Jülide Gül Erdem, Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 2013: 971-1005, s.984.

2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN KAPSAMI VE UNSURLARI

2.1. Ölçülülük İlkesinin Kapsamı

İlke, sınırlamada kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz olmamasını ifade eder⁸.

Bir başka tanımlamada ise ölçülülük ilkesi; idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkân, araç ve ölçülerin, bu davranış ile elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması olarak İdare Hukuku çerçevesinde tanımlanmıştır⁹.

“İlke, devletin kamu yararını gerçekleştirmek üzere bireysel hak ve özgürlükler alanına nereye kadar sokulabileceği noktasında duran ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlaması ve sınırlanmanın sınırı ile ilgilidir. Ölçülülük ilkesi, meşru bir amaca ulaşmak için kullanılan araçların elverişli ve gerekli olmasını zorunlu kılar. Sınırlama amacıyla hiçbir ilişkisi olmayan amaca ulaşmada hiçbir katkısı olmayan önlemler elverişli değildir. Seçilen araç, elverişli olsa bile aynı zamanda ilgili temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayan araç olması gerekir. En son aşamada sınırlamada başvuru olan araç ile sınırlama amacı arasında makul bir denge olmalıdır. Bir başka deyişle ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında yasa koyucunun nasıl hareket etmesi gerektiğini gösterdiği gibi aynı zamanda yasa koyucunun sınırlama yetkisine de bir sınır çizmektedir”¹⁰.

“İlkeye, idarenin yetkilerini kullanırken “ölçülü” bir şekilde, durumun gereklerine uygun davranıp davranmadığını denetlemek için başvurulmaktadır. Ölçülülük ilkesi, İdare Hukukunda en genel anlamıyla amaç-arac dengisini ifade etmede kullanılmaktadır. İlke, idarî faaliyetin vatandaşlar için, hukukun öngördüğü sınırlandırmaya yönelen ve ulaşılmak istenen amaç için mutlak olarak gerekenden

⁸ Özbudun, **a.g.e.**, s. 114.

⁹ Oğurlu, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁰ Ceylan, **a.g.e.**, s. 34-35.

fazla bir yoksunluğa neden olmaması, bir başka ifade ile ölçülü olması gerektiği anlamını taşımaktadır”¹¹.

Anayasa ile Devletin organlarına birçok yetki verilmiş olmasına karşın bu yetkiler sınırsız değildir. Yasama, yürütme ve yargı organları, kendilerine verilmiş olan yetkileri kullanırken kanunun belirlediği sınırlar içerisinde hareket etmektedirler. Devletin öncelikli görevi, kamu düzenini sağlamaktır. Kamu düzeni sağlanırken, temel hak ve özgürlükler gözetilmeli bunları sınırlandıracak düzenlemelere gidileceği zaman, ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilmemelidir. Ölçülülük ilkesi bir bakıma devletin yetkilerini kullanırken sonsuz güç sahibi olmadığını, durması gereken noktaların bulunduğunu ve kişilerin yaşamlarına müdahale hakkının sınırlarını belirlemektedir.

“En ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemler ile çözüm bulmak mümkün ise gerektiğinden daha ağır önlemler tercih ediliyor ise amaç ile araç arasındaki makul denge bozulduğundan ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olur. Tehlike ortadan kalktığında tedbirler ortadan kaldırılmalıdır”¹²

“Demokratik toplum düzeninin gerekleri ile öz güvencesi, bunların her ikisi de sınırlamanın ileri noktalarında yer alır. Buradaki Anayasa yargısı denetimi, sınırlamadaki son halkayı belirler. Ölçülülük kriteri ise bunlardan önceki aşamada, getirilmiş olan sınırlamanın ölçülü olup olmadığına, öngörüldüğü amaç dışında kullanılıp kullanılmadığına bakar; bu ilke son noktaya varmadan önceki sınırlama alanının sınırlarını ifade eder”¹³.

Bireyin devletten beklentisi, kendisine tanınan hakların ihlal edilmemesi ve güvenliğinin sağlanması noktasında toplanmaktadır. Devlette bu bilinç ile hareket ederek temel haklara sınırlama getirmemeli, getirmesi halinde ise bireye hareket serbestisi tanınmalıdır, aşırılıktan uzak durmalıdır. Devletin Anayasaya bireyden daha fazla itimat etmesi gerekmektedir. Kişinin suç işlememesi için tedbir alınabilir; ancak

¹¹ Oğurlu, **a.g.e.**, s. 35.

¹² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rıfat Murat Önok, İnsan Hakları El kitabı, 5. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2014, s.531-532.

¹³ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, BetaYayınevi, 2002, s. 155.

kendisine tanınmış hakkı kullanmasını engeller nitelikte tedbir alınması ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Ölçülülük ilkesi bu sebeple Devletin yetkilerine sınırlama getirerek temel hakların korunmasını sağlamaktadır.

2.2. Ölçülülük İlkesinin Unsurları

Ölçülülük ilkesi üç ana unsurdan oluşmaktadır; bu ana unsurlar ilkeyi bütünleyerek kapsamını ve sınırlarını belirlemede önemli rol oynamaktadır. elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri ile birlikte değerlendirildiğinde kanunların uygulanmasında hata ihtimali en aza indirgenerek, ilkenin doğru şekilde kullanımına olanak sağlamaktadır.

Her bir alt ilke, ölçülülük ilkesinin temelidir; değerlendirme yapılırken salt ölçülülük ilkesinin değerlendirilmesi, alt ilkelerinin göz ardı edilmesi hukuken yanlış kararlar verilmesine sebep olacaktır. Fiilin ölçülü olup olmadığının tespitine çalışırken, amaç ile aracın kıyaslanabilmesi için alt ilkelere yardım almak gerekmektedir.

2.2.1.Elverişlilik İlkesi

Ölçülülük ilkesinin alt dallarından olan elverişlilik ilkesi, idarenin yapmış olduğu uygulamaların, ulaşılması hedeflenen amaca erişmede elverişli bir araç olup olmadığını belirler. Kullanılan araç, erişilmek istenilen amaca ulaştırıyor ise aracın elverişli olduğu kabul edilir.

Amaca erişmede kullanılan yöntem ve araç bizi amaca götürmüyor ise aracımızın elverişsiz olduğu yani Anayasaya aykırı olduğu çıkarımı yapılmaktadır.

Tıpkı bir matematik formülü gibi sonuç veren bu ilke ile ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilip edilmediği net olarak tespit edilebilmektedir. Bilindiği üzere, hukuk bilimi ile matematik ilkeleri arasında, bir uyumluluk vardır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında; “Kimlik kartlarının kaybedilmemesi için gereken dikkat ve özenin gösterilmesini, kimlik kartının kaybı sonucu birtakım bilgilerin hak sahibi haricindeki başka kimselerin eline geçmesi nedeniyle oluşabilecek kamu zararının önlenmesini ve kamusal kaynakların verimli

kullanılmasını sağlamak için kayıp nedeniyle kimlik kartının düzenlenmesi halinde daha fazla bedel alınması yönünde getirilen önlemin, kural ile ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğunu bu sebeple ölçülülük ilkesine aykırı bir husus bulunmadığı”¹⁴ hükmüne yer vermiştir.

Kimlik kartlarının kaybolması halinde daha fazla bedel ödenerek çıkartılması gerektiği kuralını, kamunun menfaatleri ile kıyaslayarak ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Hedeflenen amaç kamu menfaatlerini korumak ve kamusal kaynakların korunması olup, bu amaç doğrultusunda belirlenen bedelin yüksek olmasının da amaca ulaşmada elverişli olduğu tespit edilmiştir ve ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı hükme bağlanmıştır.

İdare, uygulayacağı yaptırımlarda *elverişlilik ilkesini* gözetmeden hareket etmesi halinde istediği amaca ulaşamayacak olup, halkın menfaatlerini de gözardı ederek Anayasaya aykırı davranmış olacaktır.

2.2.2. Gereklilik İlkesi

Ölçülülük ilkesinin uygulamasında *ikinci unsur* amaca ulaşırken yapılan eylemin ve araçların gerekliliğidir. Amaca ulaşırken kullandığımız araç, gerekli değil ise ölçülülük ilkesine uyulduğundan bahsedilemez.

Gereklilik denetiminde uygulamada ayrıca üç hususa dikkat edilmelidir¹⁵;

1. Başvurulan tedbir ilk olarak ne gibi olumsuzluklar getirmektedir?
2. Farklı elverişli müdahale ihtimalleri var mıdır? Varsa, bu tedbirin dezavantajları nelerdir?
3. Söz konusu tedbirlerin dezavantajları birbirleriyle mukayese edilir ve gereklilik açısından ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek için en yumuşak olan araç seçilir.

¹⁴AYM, 28.12.2016 tarih, 2016/21 esas, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2016-21.htm>, (çevrimiçi), 04.03.2017, 20,45.

¹⁵ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, Birinci Baskı, Ankara , Seçkin, Ekim 2002, s.32.

Anayasa Mahkemesi, arkeolojik sit alanlarında zilyetlik yoluyla iktisap sağlanmasına ilişkin itirazı değerlendirdiği kararında “İtiraz konusu kurala konu, birinci derece arkeolojik sit alanlarının zilyetlik yoluyla iktisap edilemeyeceğine ilişkin bu kısıtlama, Devlete yüklenen kültür varlıklarını koruma görevinin neticesidir. Müdahalenin meşru bir amaca dayandığı ve kamusal yarar amacıyla yapıldığı açıktır” hükmüne yer vererek, “Zilyetlerin, mülkiyet hakkını kazanacakları yönündeki meşru beklentilerine yapılan müdahale ile kamusal yararı gerçekleştirmeye ilişkin amacın orantılı olduğu şüphesizdir. Ülkemiz ve hatta aralarında ortak miras kabul edilen kültür varlıklarının, korunması amacıyla birinci derece arkeolojik sit alanlarının zilyetlikle kazanılamamasının, belirtilen amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olduğu, bu nedenle kuralın ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmediği anlaşılmaktadır.”¹⁶ hükmüne yer vererek, sit alanlarının korunması için bu alanların kişilerin mülkiyetine geçirilmesinin önlemesine ilişkin uygulamaların, arkeolojik sit alanlarını korutabilmek için gerekli olduğuna karar vermiştir.

Gereklilik ilkesi, amaca ulaşmadaki en yumuşak aracın seçilmesini hedefler, amaç için kullanılan aracın ne oranda gerekli olduğunun önemini vurgulayarak denetimine katkıda bulunan bir alt ilkedir. Amacın gerçekleşmesini sağlayan her araç, meşru değildir. Devletin görevi en az müdahale ve zararlar halkına karşı tedbirler alınmasını sağlamaktır. Devletin eylemlerinde aşırıya kaçması, onarılması güç zararlara sebep olacağı gibi, Anayasa ihlâline de sebep olacaktır.

Devlet müdahale veya herhangi bir kısıtlamaya gitmeden önce gereklilik ilkesi yönünden olayı değerlendirmesi halinde, kural ihlâlleri ortaya çıkmayacaktır. Zaman kaybı yaşamasına sebep olsa dahi halkın güvenini kazanmasına neden olacağı için uzun vadede ilke Devletin de menfaatine olacaktır.

Gereklilik ilkesi kullanılacak olan aracın belirlenmesinde bu yöntemin tam anlamıyla gerekli olup olmadığının tespitinde önemli rol oynar.

¹⁶AYM, T. 28.12.2016, E.2016/49, K.2016/200,

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2016-49>, (çevrimiçi), 04.03.2017, 15.34.

2.2.3. Orantılılık İlkesi

Ceza yargılaması, bir olayda daha hafif bir önleme başvurarak amaca ulaşabilecekse, ağır bir müdahale ve önlemden yararlanılmamalıdır¹⁷. Kavramın amacı da budur.

“Amaç ve aracın, orantılı olup olmadığı kâr-zarar dengesine göre tespit edilir. Zararın beklenen faydadan fazla olması halinde, başvuru tedbirden vazgeçilmelidir. Orantılılık çerçevesinde şu hususlar denetlenir:

1. Başvuru tedbirle hangi olumsuzlukların çıkmasına engel olunuyor?
2. Başvuru tedbir ne gibi dezavantajlara yol açıyor?
3. Her iki olumsuzluk sonuçta birbiriyle mukayese edilir, bu mukayesede basit bir maliyet analiziyle yetinilmez; aksine söz konusu hukuksal değerlerin önemi ve genel olarak korunmak istenen değerler, birlikte değerlendirilir. Somut olayda göz önüne alınması gereken bütün hususlar tartıldıktan sonra bir sonuca varılır¹⁸.

“İdarenin sahip olduğu takdir yetkisinin sınırları, özellikle orantılılık ilkesi yönüyle yapılan denetimde daha da belirginleşmektedir. İdari yargı hâkimi, bu aşamada, bireyin menfaati ile kamu yararı arasında bir menfaat dengesini kurmaya çalışırken, artık adalet ve insan haysiyeti ilkelerini dikkate alması gereken bir karar aşamasına gelmiş olur. Yükümlülüğün ilgililer için katlanılmaz olması, alınan önlemin orantısız olduğu anlamına gelir. Amaç ve araç terazisinin iki kefesine konularak ortaya çıkacak kayıpla, giderilecek ihtiyaç ve ulaşılmaması beklenen yarar arasında bir denge oluşmamışsa başvuru aracın orantısız olduğu anlaşılır¹⁹.”

Daha az değer taşıyan bir amaç uğruna bireye ait yüksek değerdeki menfaat feda ediliyor ise, orantılılık ilkesine yönelik bir ihlal ortaya çıkmaktadır, örneğin; ceza kovuşturmasının başarıya ulaşmasını sağlamak amacıyla bireye işkence

¹⁷ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2005, s.305.

¹⁸ Metin, a.g.e., s. 38-39.

¹⁹ Oğurlu, a.g.e., s. 38.

edilemez. Hukuk devletinde insan onuru en üstün değerdir. Bir suçun önlenmesi veya ortaya çıkartılması amacı ile insan onuru feda edilmeyecektir.²⁰

Orantılılık ilkesi, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olmasına rağmen sık sık ölçülülük ilkesi gibi değerlendirilmektedir. Temel alt ilke olarak, ölçülülük ilkesinin mantığının belirlenmesinde önemli rol oynar. Bu sebeple birçok hukuk dalında ölçülülük ilkesinin yansımalarının görülmesine sebep olmaktadır. İş hukukunda sözleşmenin feshi kavramında, haklı nedenin varlığını ispatlama noktasında orantılılık ilkesinden faydalanılmaktadır. Yapılan eylemin feshi gerektirecek oranda olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Özel hukukta bu gibi durumlarda ölçülülük ilkesinden faydalanılmaktadır.

İdarenin yaptırımlarında orantılı olması her koşulda bireyin devlete bağlılığını artırarak güven ortamının pekişmesini sağlayacaktır. Temel haklara saygılı bir devlet sınırlamalarda orantılı olur ise ülkenin refah seviyesi ve huzur oramı artacaktır.

3. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN HUKUK ALANLARINA YANSIMALARI

1982 Anayasasının 15. maddesinin 1. fıkrasında; olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin “durumun gerektirdiği ölçüde” sınırlandırılabilceği öngörülmüştür²¹. 3 Ekim tarihli Anayasa değişikliğiyle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemine “ölçülülük ilkesine” uyma şartı da eklenmiştir²².

Anayasa bir devletin temel yapısını, kuruluşunu, devrini ve devlet iktidarı karşısında bireyin özgürlüklerini ne ölçüde özgürlüklerinin bulunduğunu belgeleyen bir belgedir²³.

²⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, a.g.e., s.541.

²¹ Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, 14. baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2009, s. 226.

²² Gözler, a.g.e., s. 224.

²³ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 13. baskı, İstanbul, Beta, 2009, s.8.

Ölçülülük ilkesi, Anayasada belirtilmesine rağmen sadece Anayasa Hukukunda yansımaları görülen bir kavram değildir. Hukukun birçok alanında ilkenin etkisi görülmekle birlikte özellikle Ceza Hukukunda işlenen suçlara karşı verilecek cezai yaptırımların alt ve üst sınırlarını belirlemede önemli rol oynamaktadır.

Ceza yargılaması önlemleri kişinin hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, başvuru bir önlemin ağırlığı, o olayın önemiyle, sanığa yüklenen eylemin ağırlığı ve o eylemden ötürü o sanığa verilecek cezanın az ya da çok oluşuna göre değişebilmeli ve bununla orantılı olmalıdır²⁴.

Cezanın alt ve üst sınırları belirlenirken, eylem ve cezanın orantılı olması gerekmektedir. Bu sınırlar belirlenirken toplumun çoğunun yaptığı eylemler meşrulaştırılmamalı, objektif olarak sınırlar belirlenmelidir. Bir zümreyi, siyasal oluşumu veyahut suç tipini dikkate almamaya yönelik kararlar da bulunulmamalıdır.

Temelde çok basit gibi görülen bu ilke uygulamada uygulamaya tam anlamı ile yansıtılamamaktadır. Özellikle Ceza Hukuku alanında sıkça başvuru bir ilke olmasına rağmen kararlarda aynı oranda doğruluk yoktur.

Hâkimler ceza sınırları içerisinde kendilerine verilen yetkiler gereğince karar vermekte olup, ceza davaları sonucunda Yargıtay'a itiraz edilerek gönderilen dosyalarda en çok itiraz edilen husus hâkimin kararı verirken alt sınırdan hüküm kurmamasıdır. Alt sınırdan hüküm verme sanığın lehine olsa da devletin asli görevi mağduru korumaktır. Bu noktada kişilerin menfaatlerini yarıştırmaktan öte suçun konusu, niteliği değerlendirilerek, hüküm kurulmalıdır. Her durumda sanığın lehine olduğu değerlendirilerek alt sınırdan hüküm kurulması, toplumun yasalara olan güvenini sarsacağı gibi, suç oranlarının artmasında da rol oynayacaktır; ölçülülük ilkesinin gereği gibi uygulanması gereken en önemli hukuk dalı Ceza Hukukudur.

Tutuklama tedbirine başvurulmadan önce tedbir ve ceza arasında ölçü bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda tutuklama tedbirine başvurulmadan evvel işlenen suç irdelenerek, mevcut deliler değerlendirilmeli ve kişinin suçu işlediğine

²⁴ Yurtcan, a.g.e., s. 305.

dair delil bulunmamakta ise tutuklama kararı verilmeyerek diğer güvenlik tedbirlerine başvurulmalıdır.

İdare Hukukunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisini “ölçülülük ilkesi” ne uygunluğunun denetlenebileceği kabul edilmektedir. Örneğin; Fransız İdare Hukuku doktrininde idareye takdir yetkisinin tanınmış olduğu durumlarda dahi, idari işleminin konusu ile sebebi arasında bir oransızlığın da bulunmaması gerektiği düşüncesi ileri sürülebilmektedir. İdare, mevcut ve hukuka uygun bir sebebe dayansa bile istediği her tedbiri alamaz. Aksi takdirde idarenin işlemi sebep veya konu unsuru bakımından hukuka aykırı olur. Bu nedenle idarî yargı organlarının idarenin sebep olarak gösterdiği olay ile idarenin başvurduğu tedbir arasından bir ölçünün bulunup bulunmadığını denetleyebilecekleri kabul edilmektedir. Bu tür denetime *ölçülülük denetimi* denir²⁵. Alınan tedbirlerin tamamının kanunun belirlediği sınırlar çerçevesinde, kişi haklarına saldırı ve sınırlandırma olmadan, yapılması gerekmektedir.

“Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin ve idarenin görev alanının genişlemesinin sonucu olarak idarî makamlar önemli yaptırım yetkilerine sahip olmuşlardır. İdarî makamların, bireylere yükümlülükler getiren bu önemli yaptırım yetkilerine sahip olması idare karşısında daha güçsüz konumda bulunan bireylerin korunması bakımından kimi ilkelerin geliştirilmesini gerekli kılmıştır. Bu anlayışa uygun olarak idarece yaptırım uygulanırken idarî makamların uyması gereken savunma hakkı, gerekçe, tarafsızlık, idarî yaptırıma karşı başvurulabilecek yargı yolunun bulunması yasallık ilkesi gibi temel hukuk ilkeleri ile birlikte öngörülen ilkelere biri de ölçülülük ilkesidir”²⁶.

İlke idarî faaliyetin vatandaşlar için, hukukun öngördüğü sınırlandırmaya yönelen ve ulaşılmak istenen amaç için mutlak olarak gerekenden daha fazla bir yoksulluğa neden olmaması bir başka ifade ile ölçülü olması gerektiği anlamını taşımaktadır²⁷.

²⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa, 2009, s. 363-364.

²⁶ Sakine Arık, İdari Yaptırımlara Ölçülülük İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 56.

²⁷ Oğurlu, a.g.e., s. 35.

Kolluğun müdahalelerinde, müdahale sınırının aşılması sebebiyle mağduriyetler ortaya çıkmaktadır. Günümüzde, güvenlik tedbirlerine başvurulurken kişilere zarar vermeyecek birçok yöntem bulunmaktadır. Bu sebeple müdahalede aşırıya kaçılması hak ihlallerine sebep olmakta ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

İdarî yaptırımlar açısından, ölçülülük ilkesinin uygulanmasında kural olarak, sınırlandırıcı düzenlemelerde, sınırlamanın amacının açık bir şekilde gösterilmesi gerek uygulayıcılar açısından, gerekse hak ve özgürlüklerin sınırlarını bilmek durumunda olan bireyler açısından önemlidir²⁸; kolluk tedbirine başvurmayı gerektiren fiil veya durum ile bunun kamu düzenini bozmasını önlemek amacı ile başvurulacak tedbir arasında bir orantının olması ve sebebin gerektirdiği, zorunlu kıldığı derecede bir tedbire başvurulması kamu düzenini korumak için “gerekli ve yeterli” olan tedbirin kullanılması anlamına gelir²⁹.

Kamu güvenliğinin sağlanmasında hangi tedbirlerin mevcut olduğu ve bu tedbirlerin yükümlülük getirmede eşit değerde olup olmadığı, sorunu idarî işlemin yapıldığı tarihteki şartlar ışığında yapılacak bir denetime tâbidir. Bu denetimde, polisin müdahaleye karar verdiği anda şartları dikkatli ve özenli bir şekilde kontrol edip etmediği ve görevinin gerektirdiği değerlendirmeyi yapıp yapmadığı incelenir³⁰.

²⁸ Oğurlu , **a.g.e.**, s. 61.

²⁹ Ahmet Karagöz, İdari Kolluk Önlemlerinde Ölçülülük İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, 1990, s. 85.

³⁰ Yüksel Metin, **a.g.e.**, s. 61.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

1. CEZAI YAPTIRIMLARDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UYGULANMASI

Suçun konusu fiil sebebiyle verilecek ceza TCK'nın 3. maddesi kapsamında ele alınarak karara bağlanacaktır. Verilecek ceza ve güvenlik tedbirlerinde öncelikli olarak değerlendirilecek temel ilkenin ölçülülük ilkesi olduğu, bu madde ile temellendirilmiştir.

Ceza amacı üzerine bir yazar şu değerlendirmeleri yapmıştır “*Adalet uğruna ceza veriyor değiliz. Ancak, ceza veriyorsak, mümkün olduğunca âdil olmalıyız. Kefaret uğruna ceza vermiyoruz, ama ceza veriyorsak, kefareti algılama da olanaksız kılınmamalıdır. Bireyleri düzeltmek, iyileştirmek için ceza vermiyoruz; ancak ceza veriyorsak, mahkûm kendine ve başkalarına olan güvenini tekrar kazansın ve iyi yola girsin diye her şeyi yapmalıyız*”³¹.

Bir hukuk devleti ilkesi olan *orantılılık ilkesi*, kanun koyucunun hareket serbestisi alanını sınırlanmaktadır. Bu ilke gereğince, bireyin haklarına yapılan müdahalenin gerekli olması ve müdahaleye maruz kimsenin katlanmak zorunda olduğu şey amaçlanan yararlarla ilişkili olmalıdır³². Ceza kanunlarında yapılmasında kanun koyucuyu sınırlayan bu ilke, yapılan düzenlemenin korunması amaçlanan hukuksal değer, korumaya elverişli düzenleme yapılmasını gerektirmektedir³³.

Ceza kararı neticesinde mağdurun ve toplumun kanunlara olan inancının sarsılmamasına dikkat edilmesi gerekmekte olup, failinde suçunun neticesine katlanarak verilen ceza sonucunda terbiye edilmesi ve topluma kazandırılması amaçlanmalıdır. Tüm bu hususlar çerçevesinde karar verilir ise toplumun kanunlara

³¹ Nur Centel, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 2. Baskı, 2002, s. 522.; bkz Schmidthaeuser, Vom Sinn Der Strafe 86.

³² Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, 2003, s. 703.

³³ Ünver, a.g.e., s. 703; bkz Krey Deutsches Srafrecht s. 7.

olan inancı sarsılmayacağı gibi yeni suçların işlenmesinin de önüne geçilebilecektir. Suçun cezası belirlenirken en önemli unsur verilen cezanın suçu işlemede caydırıcılığının olmasıdır. Suça istinaden hafif kalan cezalar suç oranını artıracaktır.

Cezanın belirlenmesi konusu, bedelin ödettirilmesi şeklinde algılanarak, tamamen eylemin karşılığı fikrine endekslenirse, bireyselleştirilme adına ceza hukukunun amacı noktasında hiçbir hukukî izah kalmayacaktır. Eğer önleme amacı ön planda yer alıp, ödetme göz ardı edilirse cezalandırma sadece bir şekilden ibaret olacaktır³⁴.

Cezanın tespit edilmesi, tüm yargılama aşamaları içerisinde son nokta olup, en doğru kararın verilmesi gereken yerdir. Yargılama esnasında her bir delil ayrıntıları ile incelenmeli, tanıklar dinlenmeli ve tüm bilgi ve belgeler toplanmalıdır. Verilen kararda şüpheye veya belirsizliğe mahal verilmemelidir. Olay tüm yönleri ile aydınlatılmalı müdafilere yeterli süre verilerek savunma haklarını kullanmaları engellenmemelidir.

Yargılama aşaması sağlıklı geçer ise karar aşamasında hiçbir belirsizlik bulunmayacaktır. Tüm unsurları incelenmiş suça en uygun ceza belirlenebilecektir. Belirtilen etmenlerde eksiklik olması halinde verilen cezanın ölçülülük ilkesince uygun olduğundan söz edilemez. Ceza verilirken alt sınırın ne kadar üzerinde ceza verileceği dosyanın durumu ile bağlantılıdır. Suçun niteliği sebebiyle ceza artabilir veya azalabilir bu sebeple aydınlatılmamış hiçbir hususunun kalmaması gerekmektedir.

Ceza yargılamasının çok uzun sürmesine rağmen duruşmaların süresi çok kısadır ve duruşma tarihleri arasında uzun aylar bulunmaktadır, bu durum delillerin toplanmasında dezavantaj oluşturmaktadır. İlk aşamada talep edilmesi halinde elde edilebilecek delil, aradan geçen uzun süreler sebebiyle tespit edilememekte ve birçok olay aydınlatılamamaktadır. Tanıklar dahi olayın üzerinden yıllar geçtikten sonra dinlenmekte ve olayı hatırlamakta zorluk çekmektedir.

³⁴ Erdal Yerdenel, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Doktora Tezi, Konya, 2012, s. 94.

Doğru hüküm kurulabilmesi için devletin tüm kurumlarının birlikte ve düzen içinde çalışması gerekmektedir. Bu kurumlardan birinde oluşan aksaklık diğerlerini etkilemekte ve neticeye geç ulaşılmasına sebep olmaktadır. Cezanın suç ile orantılı olarak, doğru verilebilmesi için hızlı yargı sisteminin olması gerekmektedir. Yargı sistemindeki yavaşlık cezanın doğru belirlenmesinin birçok noktada önüne geçmektedir.

Alt ve üst sınırları birbirinden çok uzak cezaların söz konusu olması durumunda, cezanın belirlenmesindeki orantının sağlanması konusunda değişik uygulamalar ve adaletsiz durumların ortaya çıkabileceği düşünülmüşse de hâkimi cezanın belirlenmesi konusunda bağlayan kurumlar buna engeldir³⁵. Orantılılık ilkesi gereğince suçun gereğinden daha az veya fazla bir cezaya hükmedilemez. Alt ve üst sınırlar içerisinde mevcut duruma göre hâkime cezanın belirlenmesi serbestisinin tanmış olması neticesinde her bir durum için ayrı cezaya hükmedilebilmesi sağlanmaktadır. İşlenen her suç kendi içerisinde ayrı olgular taşımakla beraber, alt ve üst sınır olmadan tek bir cezaya hükmedilmesi halinde onarılması g hak kayıpları ortaya çıkacaktır. Orantılılık ilkesi çerçevesinde, cezanın belirlenmesi ile hak kaybına uğranılmasının önünde geçilmektedir.

Ceza Hukukunda yaptırımlar belirlenirken ölçülülük ilkesinin temel alındığına değinmiştik buna ilişkin olarak mağduru korumaya yönelik düzenlemelere gidilmiş olup bunların en önemlisi *meşru savunma* kavramıdır.

Kişinin kendisini veya başkasını korumaya yönelik yapmış olduğu eylemlerden dolayı, kendisine ceza verilmesi durumunda, suç oranının artacağı gibi kişilerin kendilerini savunma imknları ortadan kalkacak ve daha ağır neticeler doğabilecektir. Meşru savunma hiçbir kurala bağlanmasaydı eğer cezasızlıktan faydalanmak için sıkça suçlular tarafından dile getirilecek bir haklılık sebebi olacaktı; ancak meşru savunmanın söz konusu olması için savunmaya ve saldırıya ilişkin belirli şartların bulunması gerekmektedir.

³⁵ Yerdenel, **a.g.e.**, s. 91.

Saldırıya ilişkin olarak, kişinin hakkına yönelmiş halen devam eden, haksız bir eylemin bulunması gerekmektedir. Savunmaya ilişkin, savunmanın zorunlu ve saldırana karşı yapılmış olması en önemlisi ise savunma ve saldırının orantılı olması gerekmektedir.

Saldırı ile savunma arasında denge bulunmalıdır. Saldırıya uğrayan hak ile savunma dolayısıyla zarara uğratılan hak arasında bir dengenin varlığı gerekir³⁶. Saldırıya uğratılan hak sebebiyle karşılık verilirken daha üstün bir hakka saldırı gerçekleştirilmemesi gerekmektedir. Saldırı ve savunma arasında bir ölçü bulunmalıdır. Kişinin kitabı çalınmaya çalışılıyor ise karşılık olarak saldırıya gerçekleştirilmesini öldürmesi halinde meşru savunmadan bahsedilemez; çünkü yaşam hakkı tüm hakların üzerindedir ve haklar bakımından değerlendirildiğinde orantılılığın bulunmadığı, saldırıya uğrayan ve savunulan hakkın orantılı olmadığı tespit edilecektir.

Savunmada kullanılan araçların da orantılı olması gerekmektedir. Saldırmanın hiçbir silâh kullanmadan saldırıya gerçekleştirilmesi halinde kişinin silâh ile karşılık vermesi durumunda meşru savunmadan söz edilemez.

Günümüz Türkiye'sinde suçlular tarafından sıkça başvurulan bir savunma yöntemi olan meşru savunmada, savunmalar daha çok kendisine hakaret edildiğini bu sebeple karşı tarafı öldürdüğü yönündedir. Hakarete uğrayan kişinin kendisini savunma yöntemi, aynı şekilde hakaret olarak gerçekleşir ise suçtan bahsedilemez; ancak karşı tarafın ölmesi halinde yaşam hakkı ihlâl edileceği için saldırı ve savunma arasında orantı bulunmayacaktır ve kişi bu sebeple ceza alacaktır.

Uluslararası Hukukta da ölçülülük ilkesinin yansımalarını görmek mümkündür. Devletin birbirlerine karşı başvurabilecekleri önlem ve zorlamaların “orantılı karşı tedbirler” kapsamında olabilmesi için önlemin zararla orantılı olması gerekmektedir.

³⁶ Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel hükümler, 14. Baskı, Seçkin, 1997, s. 761.

Uluslararası Adalet Divanı da meşru müdafaa hakkının kullanımı sırasında orantılılık ilkesine uygun davranılması gerektiğini ifade etmiştir³⁷.

TCK m.100'de, Ceza ile güvenlik tedbirinin orantılı olması gerektiği vurgulanmıştır; tutuklama tedbirine başvurulmadan önce ölçülülük ilkesince değerlendirme yapılması gerektiğini koşul altına almıştır.

Hâkim orantılık (ölçülülük) ilkesi gereğince başvurabileceği diğer tedbirleri değerlendirmelidir. Özgürlük sınırlandırılrsa dahi, amaçlanan bireyin bu kısıtlamadan en az zararla kurtulmasıdır³⁸. Ülkemizde yargılamaların uzun sürmesi sebebiyle birçok kez AİHM tarafından uzun tutukluluk sebebiyle ceza verilmiştir. Belirli suçlarda tutuklama diğer tedbirlere başvurulabiliyor ise **en son araç** olarak kullanılmalıdır.

Orantılılık ilkesi yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Yasama organı özgürlükleri sınırlandıran bir yasayı yaparken, yürütme ve yargı da yasaları uygularken bu ilkeyle bağlıdırlar³⁹.

Alman Hukukunda tutuklamaya başvurulabilmesi için ölçülülük ilkesi denetimi şarttır; “Tutuklama kararı kişinin suç işlediğine yönelik güçlü şüphe ve kanunda bahsedilen tutuklama nedenlerinin varlığı halinde verilebilir. Tutukluluk aşırıya kaçmamalıdır, ölçülü olmalıdır. Başkaca güvenlik tedbirleri ile tutuklama ile arzulanan amaca ulaşıyor ise, bu hallerde tutuklama kararı verilemez”⁴⁰. Uzun tutukluluk sonucunda gelen tahliye kararları ile karşılaşmaktadır. Kişinin suçsuz olduğu tespit edildiğinde, hapiste geçirdiği sürenin telâfisi mümkün olmayacaktır. Bu sebeple mevcut durumu ile isnat edilen suç, tüm özellikleri ile tespit edilmeli mağduriyete yol açılmamalıdır.

³⁷ Ceylan, **a.g.e.**, s. 25.

³⁸ Mehmet Reşat Koparan, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, TBB Dergisi, sayı 2006/65, s. 156, [http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-244_baro_dergisi_29.03.2015_21.46_\(cevrimiçi\)_20.03.2017,saat_20.16](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-244_baro_dergisi_29.03.2015_21.46_(cevrimiçi)_20.03.2017,saat_20.16).

³⁹ Mehmet Reşat Koparan, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, TBB Dergisi, sayı 2006/65, s. 156, [http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-244_baro_dergisi_29.03.2015_21.46_\(cevrimiçi\)_20.03.2017,saat_20.16](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-244_baro_dergisi_29.03.2015_21.46_(cevrimiçi)_20.03.2017,saat_20.16).

⁴⁰ Mehmet Kılıç, Alman Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara Barosu Dergi, sayı 2011/1, (cevrimiçi) <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2011-1/2011-1-7-2.pdf>, 20.03.2017,saat 21.05.

2. CEZA SINIRLARININ BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

2.1.Ceza Sınırlarının Belirlenmesinde Ölçülülük

Cezanın belirlenmesi, sadece cezanın özel önlemeye yönelik bireyselleştirmesi ile sonlandırılmaz. Hâkim, cezanın belirlenmesine yönelik bütün faktörleri, birlikte bir kez gözden geçirmelidir. Bunu yaparken hâkimin, sık sık kendisine, fail için bireyselleştirmeye çalıştığı ceza, aynı zamanda fiil açısından orantılı bir ceza mıdır, sorusunu sormalıdır⁴¹.

Mağduriyetin dengelenmesi düşüncesi, kusura göre cezalandırmanın, failin cezaya karşı duyarlılığının farklı olabileceğini ortaya koymaktadır. Aynı kusur durumunda aynı cezanın değil, aynı ağırlığı hissettirecek cezanın verilmesi gerekir⁴².

Cezanın belirlenmesinde temel kurallar olup bunlar TCK 61. maddede düzenlenmiştir. Suçun hangi şekilde işlendiği, kullanılan araçların neler olduğu, zarar ve tehlikenin ağırlığı ile kusurun oranı tespit edilerek hâkim cezayı belirler. Hukuka aykırı olan fiilin ortaya çıkardığı haksızlık durumu derecelendirmeye tabi tutulabilir. Buna karşılık hukuka aykırılığın derecelendirilmesinden veya yoğunluğundan söz edilemez⁴³.

Madde kapsamında belirtilen tüm unsurlar bir bütün olarak değerlendirilerek, işlenen suç ile orantılı olacak şekilde bir ceza veya güvenlik tedbirine hükmolunur. Doktrinde ölçülülük ilkesi genellikle cezalandırılabilirlik alanının, hazırlık hareketleri aşamasına çekildiği ve çoğunlukla da tehlike suçu olarak düzenlenen suçların yaratılıp yaratılmamasındaki değerlendirmelerde ve hukuksal gerekçelendirilmesinde başvurulmaktadır. Bu ilke gereğince yalnızca çok önemli hukuksal değerlerin ve çok ağır ihlâl modelleri açısından bu tür istisnaî düzenlemelere olanak tanınabilmektedir⁴⁴.

⁴¹ Yerdenel, **a.g.e.**, s. 94

⁴² Yerdenel, **a.g.e.**, s. 96

⁴³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2010, s. 730.

⁴⁴ Ünver, **a.g.e.**, s. 704

“Ceza normlarının amacını gerçekleştirebilmesi için uygunluk açısından şu unsurlara dikkat edilmelidir⁴⁵;

1. Ceza normlarının kendi somut koşulları içerisinde, gelecekte oluşacak değer ihlallerini önlemek için uygun, elverişli ceza yaptırımları içermeleri zorunludur.
2. Somut biçimiyle bir ceza normu, ancak uygulanma olanağı bulunan birçok araç içinde ilgili kimseye yönelik olumsuz etkisi en az olan araç ise ölçülüdür.
3. Etkili bir hukuksal değerler korunmasını güvenceye almak bakımından elverişli ve gerekli olabilecek her ceza yaptırımı aynı zamanda hukuka uygun değildir.”

Cezaya karar verilirken sanığın bu ceza neticesinde, yeniden topluma kazandırılma ihtimali de değerlendirilmelidir. Yaşı küçük çocuklar için hapis cezası verilmesi yerine seçenek yaptırımların artırılarak, suça sürüklenme sebeplerinin öncelikle araştırılması, sonrasında ise suç işleminin önüne geçmeyi sağlayacak tedbirlere başvurulması gerekmektedir.

Ceza belirlenirken, sanığın mevcut durumu dikkate alınmaz ise ceza yalnızca bir yaptırım olarak kalır, oysa sanığa ceza verilirken asıl amaçlanan sanığın ıslah edilmesidir. Suçun gerektirdiğinden daha ağır cezaların verilmesi, kişinin kaybedeceği şeyleri azaltacağından, sonraki hayatında iş bulmasının önüne geçecek tekrar topluma kazandırılmasını imkânsız hale getirecektir.

Kanun ile amaçlanan esas unsur, cezanın sınırı belirlenirken mevcut durumun tümü ile ele alınarak, sanığı tekrar topluma kazandırmak ve suça en uygun cezanın verilmesini sağlamaktır.

Hâkime tanınan yetki, alt ve üst sınırlar dahilinde cezayı belirlemektir. Ölçülülük ilkesi gereğince değerlendirmeyi bu sınırlar dahilinde yapacak olup, dosyadaki delilleri değerlendirerek, kişiye en uygun yaptırıma karar verirken, amaç sanığı cezasızlaştırmak, yalnızca lehine olan hükümleri uygulamak değildir.

⁴⁵ Ünver, a.g.e., s. 705

Mağdurun da mevcut durumda suçtan hangi oranda zarar gördüğü önemlidir. Dosya bir bütün olarak ele alınır ise o aşamada ceza bireyselleştirilebilir. Aksi halde her durumda aynı ceza ve güvenlik tedbirine başvurulur.

2.2. Cezanın Bireyselleştirilmesinde Ölçülülük

Cezanın bireyselleştirilmesi cezanın somut olaydaki suçlunun kişiliğine uydurulması demektir. Yasalarda cezalar somut olarak gösterilir. Bu cezanın somut olayda, suçun kişiliği göz önüne alınarak belirlenmektedir⁴⁶. Hâkim, takdir hakkını kanunun gösterdiği şartlar ve esaslar içinde kalarak kullanacaktır. Hiçbir suç ve suçlu aynı değildir. Farklılıkları bulunmaktadır; hâkimin takdir yetkisinin olması, cezanın her suçlu yönünden öznelendirilmesi, suça ve suçluya uygun olan cezanın verilmesi, yani bireyselleştirilmesi zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Hâkimden beklenen, kanunun belirlediği ölçüler içinde; cezayı suça ve suçu işleyen kişinin sahsına uydurması, nesnel soyut cezayı, öznelendirilmesi, bireyselleştirmesidir⁴⁷. Hâkime verilen takdir yetkisi, kanunun sınırları içerisinde suça en uygun cezayı belirlemesine yöneliktir. Cezanın alt sınırından daha az veya üst sınırından daha fazla ceza verme serbestisi bulunmamaktadır. Ölçülülük ilkesi Ceza Hukukuna bu noktada girmekte olup, her durum ile orantılı cezanın verilmesini hedeflemektedir. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi gibi kişiye de işlediği suçtan daha fazla ceza verilemez.

Hâkime kanun ile verilen takdir yetkisi sınırsız değildir. Hâkime cezanın bireyselleştirilmesinde takdir yetkisinin tanınmasının sebebi, suça ilişkin en uygun cezanın verilebilmesini sağlamaktır. İşlenen suçun oranı ile verilen cezanın oranının eşit olması halinde mağdurun daha fazla mağdur edilmesinin önüne geçilecektir.

Cezanın belirlenmesinde; teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ve takdiri indirim nedenlerinden yararlanır⁴⁸. Ceza miktarlarının hesaplanmasında şu sıra izlenir;

⁴⁶ Centel, **a.g.e.**, s. 547.

⁴⁷ Zeki Hafizoğulları. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Usa Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 495.

⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s. 875.

- 1- Suçun karşılığında alt ve üst basamaklı, yani aşağı yukarı sınırları olan bir ceza konulmuşsa, hâkim cezada yapılacak arttırma ve eksiltmeyi, hep bu temel ceza üzerinden hesaplayacaktır.
- 2- Suçun olası kast veya bilinçli taksire göre işlenip işlenmediği belirlenir.
- 3- Nitelikli hallerin var olması durumunda öncelikli olarak cezada artırım işlemi yapılır, sonra indirim işlemi yapılır”⁴⁹.

Ceza bireyselleştirilerek, kişinin infaz sırasında da kendine uygun sınıflandırılmanın yapılmasını sağlamaktadır. Cezaevlerinde suçluların sınıflandırılarak, kişiliklerine göre farklı iyileştirilme rejimi uygulanmakta ve iyileştirme gösterdikçe kapalı cezaevinden, yarı açık ve açık cezaevlerine gönderilmektedir.⁵⁰ Bireyselleştirme infazdan sonra da etkisini göstermekle birlikte, hafif yaptırımli suçlardan ceza alan kimselerin kapalı cezaevlerine gönderilmesi suç ile orantısız olacaktır.

Her suçun cezası yalnız kanunda genel olarak gösterilmiş olması, miktarların tayininde sınırsız bir keyfiliğe yol açardı. Sabit cezalar ise cezanın bireyselleştirilmesini imkânsız hale getirmiş olurdu, bu nedenle kanunumuz hâkimi aşağı ve yukarı sınırları kanunda gösterilmiş cezaları, bu sınırlar arasında takdir hakkını kullanmak suretiyle suçluya en uygun cezanın verilmesi yetkisini tanımıştır.⁵¹

İşlenen suçun karşılığında verilecek olan cezada temel olarak ölçülülük ilkesine bağlı kalınması gerekmektedir. Hâkime cezayı belirlemede takdir yetkisinin tanınmış olmasının en önemli sebebi suça en uygun cezanın verilebilmesini sağlamaktır. İşlenen suça tek bir ceza öngörülmesi halinde yargılama yapılmasına gerek olmayacaktır.

Cezanın ölçülülük ilkesi temelinde bireyselleştirilmesi ile adil yargılanma hakkı korunmaktadır. Örneğin; akıl hastası olan ve işlenen suçu bu hastalık neticesinde gerçekleştirmiş olan kişiye verilecek ceza akıl sağlığı yerinde olan biri ile

⁴⁹ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 3. Baskı ,Seçkin Ankara, 2008, s. 328-329.

⁵⁰ Centel , a.g.e., s. 548.

⁵¹ Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.761.

aynı olmayacaktır. Kişi yaptığı eylemin sonuçlarını kavrayabilme yeteneğinden yoksun ise kendisine uygun güvenlik tedbirlerine hükmolunabilir.

Suçun oluşması için yeterli olan neticenin dışında, daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi dolayısıyla cezanın artırılmasını gerektiren suçlara neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar adını veriyoruz⁵².

Bir suça ilişkin nitelikli hallerin gerçekleşmesi halinde, temel ceza öncelikle artırılacaktır. Bu nitelikli haller kapsamında önce suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları göz önünde bulundurulmalıdır⁵³. Tüm bu sınırların ve farklı durumların belirlenmiş olması, cezanın mevcut duruma en uygun şekilde verilmesini sağlamaktadır.

Kanunun belirli sistematiği vardır. Öncelikle suç tespit edilir, sonrasında bu suçun işlenmesine sebep olan hafifletici veya şahsî cezasızlık sebeplerinin olup olmadığı tespit edilir. Suçun nitelikli hallerinden biri var ise cezada azaltma değil, artırma işlemi yapılacaktır. Tüm bu sistematiğin oluşmasında ölçülülük ilkesi etkili olmuştur. Amaç bir suça ilişkin, suçun gerektirdiği en uygun cezanın verilebilmesidir.

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar artırılamaz, eksiltilemez, değiştirilemez, kuralın istisnası bulunmamaktadır.⁵⁴ Hâkimin cezayı hafifletirken gösterdiği nedenlerin makul olması, hukuk kurallarını ihlâl etmeyecek, yasanın amacına aykırı düşmeyecek ve kamu vicdanını incitmeyecek bir nitelik taşıması gerekir⁵⁵.

Cezanın bireyselleştirilmesindeki en önemli etkenlerden biri de hafifletici sebeplerdir, bunlar takdiri nedenler olup her durumda farklılık göstermektedir. Kişinin sabıkasının bulunup bulunmadığı, ceza verilirken veya güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine karar verilirken önemlidir; hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinden bir kişinin yararlanabilmesi için sabıkası olmaması gerekmektedir.

⁵² Hakeri, **a.g.e.**, s. 156.

⁵³ Özgenç, **a.g.e.**, s. 738.

⁵⁴ Hafizoğulları, **a.g.e.**, s. 498.

⁵⁵ Centel, **a.g.e.**, s. 549.

Kişinin eğitim durumu, işi, indirim nedenlerine sebep olmaktadır. Kişinin eğitim durumunun, işinin indirim sebebi olarak değerlendirilmesi yanlış olup; ancak güvenlik tedbirlerine hükmolunması durumunda değerlendirilebilir, kişinin belirli bir işi var ise onu tutuklamaktan kaçınmak daha doğru bir sonuç iken, bu sebeple cezasında indirim yapılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşünüyorum.

Takdiri indirim nedenleri içerisinde en çok tartışılan ve en yanlış kullanılan failin yargılama süresindeki davranışları sebebiyle cezasında indirim yapılmasıdır. Mahkeme salonları sınıf değildir, kişinin mahkeme haricinde işlediği bir suçtan ötürü hâkim karşısında sessiz durmuş olması sebebiyle indirim yapılıyor olması kabul edilemez ve toplum vicdanını yaralamaktadır. İndirim yapılması hâkimin takdirinde iken her durumda her suç için indirim yoluna gitmesi mahkemelere olan güveni azaltmaktadır. Bunun yerine belirli suçlarda takdiri indirim hakkının olmadığını kanunda belirtilmesinin yerinde olacağı görüşündeyim.

Hâkimin takdir yetkisini kullanırken gösterilen sebeplerin, makul olması, kanunların esas ve amacına aykırı düşmeyecek, vicdanları rahatsız etmeyecek, hukuk kurallarını zedelemeyecek nitelikte olması gerekir⁵⁶. Bu bağlamda hâkim kararı verirken kendi vicdanı ile de baş başadır. Adaletin terazisindeki dengeyi sağlamakta en büyük görevlerden biri hâkime düşmektedir.

Genel olarak değerlendirildiğinde cezanın bireyselleştirilmesinde ölçülülük ilkesinin dikkate alınması halinde suça en uygun cezanın verilebileceği öngörülmektedir. Kanundaki tüm düzenlemeler suç ile aynı oranda ceza verilmesini sağlamaya yöneliktir. Suçun gereğinden daha az ceza verilmesi toplumun inancını sarsarken daha fazla ceza verilmesi ise kişinin topluma kazandırılma ihtimalini ortadan kaldıracaktır; bu sebeplerle aradaki dengenin korunması çok önemlidir. Toplum yalnızca haklı ve mağdurlardan oluşmadığı gibi suçlulardan da oluşmaktadır. Devletin esas amacı bu kişileri ıslah ederek topluma kazandırmak olmalıdır. Cezaların verilmesinde ölçülülük ilkesi ne kadar doğru kullanılır ise suç oranı azalacak ve toplumun huzuru artacaktır.

⁵⁶ Elif Tüfekçi, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 103.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYGULAMADA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

1. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru hakkının tanınması ile, ölçülülük ilkesine aykırılık bulunduğu gerekçesiyle, yargılama faaliyetlerine ilişkin bir çok itirazı değerlendirmektedir; bu bölümde yapılan başvurular gereğince Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesine ilişkin kararları incelenecektir.

Cumhurbaşkanına hakaret suçuna verilen cezanın ölçülülük ilkesince değerlendirildiği, Anayasa Mahkemesi kararında;⁵⁷ Cumhurbaşkanına hakaret suçunun kamu görevlisine hakaret suçundan farklı yaptırımının bulunmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek başvuruda bulunulmuştur; kararda “İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının değerlendirilebilmesi için Anayasa gereği koruma altına alınan ölçülülük ilkesince de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığının tespiti gerekmektedir” hükmüne yer verilmiştir. Cumhurbaşkanına hakaret sebebiyle verilen cezanın düşünce özgürlüğünü sınırlaması olmadığını, ölçülülük ilkesi gereğince temel hak ve hürriyetlerde sınırlama yapılabileceğini, ancak Cumhurbaşkanının Devleti temsil etmesi sebebiyle yargılama yapılmasında kamu yarının bulunduğu belirtilmiştir.

Mahkeme kararı verirken ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesi hususu değerlendirilmemiştir. Kamu yararı için verilecek cezanın ne oranda gerekli olduğu, verilen ceza ile korunan hukuki değer orantılı olması gerektiği faktörü göz ardı edilmiştir.

⁵⁷ AYM, T.14.12.2016, E.2016/25, K.2016/186, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2016-25.htm>, (çevrimiçi) 04.03.2017, saat 21.45.

Kişinin ahlâkî durumu sebebiyle Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ilişkin kesilmesi ile ilgili işlemin iptali talebiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ihlâl edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda;⁵⁸ TSK mensubunun kadınlarla yaşadığı mahrem ilişkinin görüntülerini şantaj malzemesi yaptığı gerekçesi ile eski sevgilisine karşı açtığı davanın kendisinin askeriyeden kovulmasına sebep olması üzerine başvuru gerçekleşmiş olup mahkemece “Ayırma işleminin başvuru sahibinin geçmiş sicil ve başarı durumu dikkate alınarak ölçülülük yönünden değerlendirilmediği, işten çıkartılmanın en son önlem niteliğinde olduğu hususunda bir inceleme yapılmadığı ve gerekli özenin gösterilmediği sonucuna ulaşılmıştır.”

Kişinin meslekî başarılarının değerlendirilmeden, özel hayatı sebebiyle ihraç edilmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmiş olup, ihracın son çare olması gerektiği belirtilmiştir; burada esas değerlendirilmesi gereken nokta kişinin özel hayatının çalıştığı kurumun itibarını ne oranda etkilediğidir, halkın güvenliğini sağlamakla mükellef bir kişinin özel hayatında dahi olsa bu misyonundan ödün vermemesi gerektiği, değerlendirilmesi atlanan husus olmakla birlikte, bu durumda özel hayatın gizliliğini ihlâlden çok bir TSK mensubunun görevi gereği kendisinden beklenen ahlaki seviyede bulunmadığı ve bu sebeple meslekten ihraç kararının değerlendirilerek ihraç kararının hukuka uygunluğu değerlendirilmeliyken aksine hüküm kurulması isabetsiz olmuştur.

Kolluk görevlileri tarafından hukuka aykırı şekilde öldürülmesi ve bu olaya ilişkin etkili bir ceza soruşturması yapılmaması nedenleriyle yaşam hakkının ihlâl edildiği iddialarının değerlendirildiği kararda; Başvuru konusu olayın gelişimi incelenirken, polis tarafından silâhla müdahalede bulunmasının meşru savunma kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Meşru savunma kapsamında ise silâh kullanımının hangi oranda gerekli olduğunun da tespitinin gerektiği değerlendirilmiştir. Kamu görevlilerinin, eylemlerinin oluşturabileceği tüm sonuçları önceden planlaması ve buna göre harekete geçmesi

⁵⁸ AYM, Başvuru Numarası: 2014/15792, Karar Tarihi : 13/10/2016 Resmi Gazete Tarihi: 2 Kasım 2016 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2014-15792.htm>, (çevrimiçi) 04.03.2017, saat 21.45.

gerektiği vurgulanmıştır. Anayasanın aradığı zorunlu durumdan kaynaklanan ölçülü bir müdahale olup olmadığına yönelik bir değerlendirme içerdıği anlaşılmış ise de soruşturma sürecinin makul bir süratle yürütülmediği sonucuna varıldığından yaşam hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir⁵⁹ hükmüne yer verilmiştir.

Yargılamanın her aşamasında ölçülülüğün önemi vurgulanmıştır. Karar *gereklilik ilkesi* kapsamında değerlendirilmelidir. Kamu görevlisinin müdahalesinin hangi oranda gerekli olduğu, meşru savunma halinde dahi savunmanın silah ile yapılmış olmasının gerekliliği tartışılmıştır. Yargılama esnasında etkin bir araştırma ve delil toplama aşaması yapılmış olmasına karşın yargılamanın süratle yapılmamasının yaşam hakkını ihlâl ettiği hükme bağlanmıştır; bu karar ile ölçülülük ilkesinin yargılama esnasında da dikkate alınması gerektiği ve belirlenen amaç hukuka uygun karar vermek ise buna yönelik kullanılan araçların da uygun olması gerektiği bir bakıma geç sağlanan adaletin adalet olmadığı belirtilmiştir.

Ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirilen bir başka kararda;⁶⁰ Başbakanlık Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) müteşarlığında istihbarat uzmanı olarak görev yapan kişinin evlenmesine müsaade edilmeyen kişiyle evlenmesi sebebiyle başka bir göreve atanmasının ölçülülük ilkesine uygun olduğu değerlendirilmiştir; temel kriter olarak kişin yapmış olduğu eylem ile kendisine verilmiş olan cezanın arasında orantı bulunduğu belirtilmiş ve ölçülülük ilkesine aykırılık tespit edilmediği dile getirilmiştir.

Daha önce yer verdiğimiz kişinin Askerî birlikten çıkarılmasının ölçülü bulunmadığı Anayasa Mahkemesi kararının aksine bu kararda, başvurucunun evlenmesine müsaade edilmeyen kişiyle evlenmesi sebebiyle, başka bir göreve atanması yapılması hususunu ölçülülük ilkesi gereğince doğru bulmuştur. Kişinin

⁵⁹ AYM, Başvuru Numarası: 2014/5785, Karar Tarihi : 29/9/2016, Resmi Gazete Tarihi: 20 Ekim 2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2014-5785.htm>,(çevrimiçi) 04.03.2017,saat 21.45.

⁶⁰ AYM, Başvuru Numarası: 2014/8203, Karar Tarihi: 21/9/2016, Resmi Gazete Tarihi:14 Ekim 2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2014-8203.htm>, (çevrimiçi) 04.03.2017,saat 21.45.

yapmış olduğu eylem neticesinde verilen cezanın eylem ile ölçülü olduğu değerlendirilmiştir.

Asker kişinin firar kastı olmadan sadece yurtdışına çıkmış olması durumun değerlendirildiği başvuru kararında özetle; askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan izinli bir asker şahsın, salt yurt dışı izni almadığı veya alamadığı gerekçesiyle yurt dışında üç günü geçirmesinin vasıflı firar olarak kabul edilmesinin hukukun genel ilkelerinden hakkaniyete aykırı düştüğü, bu sebeple, kuralın ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; "adalet" ve "hakkaniyet" ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi kuralla seyahat özgürlüğüne getirilen bu sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir sınırlama niteliği de taşımamaktadır⁶¹ kararını vermiştir.

İlgili kararda değerlendirilen husus, kişinin askerden kaçmış gibi değerlendirilerek verilen cezanın ne oranda orantılı olduğudur. Kişinin izine ayrılmasından idarenin haberdar olması sebebiyle verilen cezanın yalnızca yurtdışına izinsiz çıkma olarak değerlendirilmesi gerekirken “firar” olarak değerlendirilmesi ölçülülük ilkesine aykırıdır. Mahkeme bu hususa değinerek yerinde bir karar vermiştir.

Velâyet altında bulunan başvurucuya çocukluk dönemi aşlarının uygulanması ve topuk kanı alınması hususuna ilişkin kararda; bebeğin topuk kanının alınması ve zorunlu aşı uygulamasının yapılmasını istemeyen ebeveynler tarafından mahkemeye başvurulmuştur, çocuktan topuk kanı alınması ve aşı yaptırılması hususlarının ebeveyn izni olmaması güvence altına alınan maddî ve manevî varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlâl edildiği başvuru tarafından iddia edilmiştir. Kararda; “kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağı belirtilmiştir. Anayasanın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninde gereklilik, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük şeklindeki güvence ölçütlerine de uygun olması zorunludur. Hak veya özgürlüklere müdahale edilebilmesi için bu yetkinin

⁶¹ AYM, Esas Sayısı: 2016/11, Karar Sayısı: 2016/132, Karar Günü: 14.7.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2016-11.htm> (çevrimiçi) 04.03.2017, saat 21.45.

kanundan alınmış olması gerekmektedir. Bu unsur, maddî bir içeriği de gerektirmekte ve söz konusu düzenlemenin ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlayacak belirlilikte olması gerekmektedir”⁶² denilerek topuk kanı alınmasının maddî ve manevî varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlâl etmediği ancak aşı uygulamasının hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Mahkemelerin, değerlendirmelerinde ölçülülük ilkesini her boyutuyla değerlendirmesi gerektiği açık olup bu kararda salt olarak yapılan müdahalenin maddî ve manevî varlığın korunmasını ihlâl edip etmediği değerlendirilmiştir. Aşı vurulmayacak olan çocuğun sonrasında başına, gelebilecek hastalıklar, yaşayacağı zorluklar ve birey olmasının önünde geçebilecek durumların varlığı değerlendirilmemiştir. Bu sebeptir ki ölçülülük ilkesi amaç ile araç arasındaki orantıyı sağlar, çocuğun yüksek menfaati ile yapılan uygulama değerlendirilmeliyken aksine hüküm kurulması isabetsiz olmuştur. Kişi reşit olana kadar sorumluluğu ailesinde olup, ailesi bu sorumluluğu yerine getiremiyorsa yükümlülük devlete aittir. Bu durumda çocuğun menfaatine aleyhine hareket eden ailenin velayetinin tartışılması gerekmekte olup, aşı uygulamasının manevî varlığın korunmasını ne yönde ihlâl ettiği anlaşılamamaktadır.

Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayırma işlemine karşı açılan davada idarenin hakkaniyetten ve eşitlikten uzak bir uygulama gerçekleştirdiği, ayırma işlemi ile ilgili davanın reddedilmesi kararında Anayasanın ölçülülük ilkesinin dikkate alınmadığı, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bünyesinde iki dereceli yargılanma imkânının bulunmadığı, AYİM'in bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığı belirtilerek temel haklarının ihlâl edildiği iddialarının değerlendirildiği kararda;⁶³ başvurunun, Maltepe Askeri Lisesinde İngilizce öğretmeni subay (yüzbaşı) statüsünde görev yapmakta iken video dersinde öğrencilere izlettirdiği "Games of Thrones-Taht

⁶² AYM, Başvuru Numarası: 2014/4077, Karar Tarihi : 29/6/2016, Resmi Gazete Tarihi: 26 Ekim 2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2014-4077.htm>, (çevrimiçi) 04.03.2017, saat 21.45.

⁶³ Başvuru Numarası: 2014/870, Karar Tarihi : 08/06/2016, Resmi Gazete Tarihi: 26 Ekim 2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2014-870.htm>, (çevrimiçi) 04.03.2017, saat 21.45.

Oyunları" dizisi sebebiyle meslekten ayırma işlemine tâbi tutulmasının, üstlerinden izin aldığı gözetilmeden en ağır ceza olan ayırma işlemiyle cezalandırılmasının, kişinin meslekî sicili göz önüne alınmadan gerçekleştirilmiş olmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

Askeriyedeki ast-üst ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda kişinin üstlerinden izin alarak bu videoyu izlettirmiş olmasına rağmen izin veren diğer kişiler hakkında hiçbir işlem yapılmayıp kendisinin meslekten atılmış olması âdil yargılanma yapılmadığının en önemli göstergesidir. Anayasa Mahkemesince ölçülülük ilkesine aykırı davranıldığı, kişinin meslekî sicilinin göz önünde bulundurulmayarak yaptığı eylem ile orantılı olmayan meslekten atılma işleminin âdil yargılanma hakkını da ihlâl etmiş olduğu belirtilmiştir. İdarenin sağlamaya çalıştığı disiplin ile netice arasında orantısızlık olması sebebiyle mahkemenin kararı hukuka uygundur.

Cinsel istismar suçuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararda⁶⁴; TCK 103. Maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçunun ölçülülük ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Kanun maddesinde “onbeş yaşının tamamlamış” ifadesinin bulunmasının her yaş grubuna karşı yapılan cinsel saldırının aynı cezanın verilmesine sebep olduğu belirtilmiştir. Bu durumda yüksek ceza verilmesine sebep olduğu vurgulanmıştır. Onbeş yaşını doldurmamış çocuğa karşı yapılan her cinsel davranışın cinsel saldırı olarak değerlendirilmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. TCK 103. Maddenin 1 numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan " ...tamamlamamış..." sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Verilen bu karar ile madde; “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur, şeklinde düzenlenmiştir.

⁶⁴ AYM, Esas Sayısı: 2015/108, Karar Sayısı: 2016/46, Karar Günü: 26.5.2016, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2015-108.htm>, (çevrimiçi) 04.03.2017, saat 21.45.

Karar ölçülülük ilkesine, çocuk haklarına, toplum düzenine aykırıdır. Yaş sınırının bulunması dahi tartışılır iken ortadan kaldırılması ile her yaşta çocuk için rızası vardı söylemi ile karşılaşılabilecektir. Suçlunun hangi menfaatinin korunduğu anlaşılammakla beraber mağduru daha fazla mağdur etmeye yönelik verilmiş olan bu karar, daha büyük zararlara yol açarak çocukları mağdur edecek ve suça meyli olan kişilerin suç işlemeye teşvik edecektir. Ölçülülük ilkesinin bu kararda temel alınması ilkenin varlık sebebine tamamen aykırı olup korunan menfaatin yaptırımla kıyas kabul edilmeyecek kadar yüksek olduğu açıktır. Bu sebeple hangi kurum, bir çocuğa yapılan cinsel saldırının, cinsel istismar sayılıp sayılmadığını değerlendirecektir. Hâkime bu yönde takdir yetkisini nasıl kullanacaktır belli değildir. Kanun maddesi, eski halinden daha fazla suçun niteliği ile verilecek cezanın orantısız olduğu bir noktaya gelmiştir. Temeli ölçülülük ilkesi olan karar; ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkelerine aykırıdır. Yaş ibaresinin kaldırılmasının gerekliliği, orantılılığı ve suçun işlenmesini önlemede elverişliliği bulunmamaktadır.

Jandarma Okullar Komutanlığında önleme araması yapılması ve cep telefonuna el konması nedeniyle özel hayata saygı ve mülkiyet haklarının bu işleme yapılan itirazın tek hâkim tarafından reddedilmiş olması nedeniyle âdil yargılanma hakkının unsurlarından olan kanunî hâkim güvencesinin ihlâl edildiği iddiası arama ve el koyma tedbirleri nedeniyle özel hayata saygı haklarının ihlâl edildiğine ilişkin iddianın dayanağının bulunmaması sebebiyle başvuru kabul edilmemiştir⁶⁵, karar verilmiştir.

Aramanın savcılık iznine tâbi olduğu, ancak bahse konu işlemin bir önleme araması olduğu belirtilmiştir. Burada gereklilik ilkesi kapsamında değerlendirme yapar isek amaç suç eşyasının okula sokulmasını engellemek ise bu kapsamda arama yapmak ölçülülük ilkesi ile bağdaşmaktadır.

“Derdest ceza yargılamasına ilişkin bilginin Genel Bilgi Toplama (GBT) sistemime kaydedilmesi ve ilgili kaydın silinmesi hususunda idareye yapılan başvuru ile bu hususta açılan davanın reddedilmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının

⁶⁵ AYM, Başvuru Numarası: 2013/3436, Karar Tarihi : 18/5/2016,Resmi Gazete Tarihi: 15 Haziran 2016,<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2013-3436.htm>,(çevrimiçi), 04.03.2017, saat 21.45.

ihlâl edildiği iddiası. Somut başvuru açısından, belirli suçlar nedeniyle hakkında kamu davası açılmış olan şahıslar hakkındaki derdest dava bilgilerinin GBT sistemine kaydının yapıldığı, kamu düzeni ve güvenliğinin temini şeklindeki meşru temelleri içerdığı anlaşılan uygulama kapsamında söz konusu bilgilerin özellikle yapılan güvenlik taramaları ve güvenlik soruşturmasında kullanıldığı, ilgili bilgilerin toplanma, paylaşım, kullanım ve silinmesine ilişkin hususların ayrıntılı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkının ihlâl edildiğine ilişkin iddianın kabulüne karar verilmiştir”⁶⁶.

Kişilerin sabıkaları özel bilgi olup, hangi amaç ile bir sistemde kaydedildiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Kaydedilen bilgilerin nerelerde kullanılacağına açık olarak belirtilmesi gerekmekte olup, platformun yasal zemine oturtulması daha doğrudur. Derdest dava bilgilerinin bulunuyor olması masumiyet karinesinin ihlâl edilme ihtimalini ortaya çıkartmaktadır. Derdest dava bilgilerinin GBT sisteminde bulunmasının gereklilik ilkesi ile açıklanması imkansızdır. Bu sebeple ölçülülük ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini tüm yönleriyle ele almış olup, bu yönü ile Danıştay ve Yargıtay kararlarından ayrılmaktadır. Bazı hususlarda ilkenin kapsamının yanlış ele alındığı olmuş olsa da genel itibariyle kararlar ilkenin temeline uygundur.

2. YARGITAY KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Yargıtay, üst mahkeme olarak verilen kararların hukuka uygunluğunu denetlemektedir. Bu bölümde Yargıtay kararlarında ölçülülük ilkesi yönünden verilen kararlar incelenecek olup, Yargıtay kararlarında ölçülülük ilkesi

⁶⁶ AYM, Başvuru Numarası: 2013/2941, Karar Tarihi: 11/5/2016, Resmi Gazete Tarihi: 26 Ağustos 2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2013-2941.htm>, (çevrimiçi), 04.03.2017, saat 21.45.

değerlendirmesi, verilen cezanın alt ve üst sınırlar dahilinde ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı, noktasında yoğunlaşmaktadır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 18.05.2016 tarih ve 2016/191320 Sayılı Tebliğnamesi ve ekindeki Adalet Bakanlığının 25.04.2016 tarihli Kanun Yararına Bozma konulu yazılarında; kamu görevlisine hakaret, iftira ve suç uydurma suçlarından şüpheli kişi tarafından Başbakanlık İletişim Merkezine 12.03.2015 ve 20.03.2015 tarihlerinde, Kalkınma Bakanlığı Bakanlık Makamına 17.03.2015 tarihinde gönderilen elektronik iletilerin dilekçe hakkı kapsamında hak arama özgürlüğü içerisinde yer aldığı, tayini yapmayan şüpheliler için kanunyolu olarak suç duyurusunda bulunduğu ve şikâyetlerinde suç kastının bulunmadığı, bir hakkın kullanılması kapsamında kaldığı ve suç olarak tanımlanmadığı gerekçeleri ile verilen kovuşturmayla yer olmadığına dair karara yönelik kanun yararına bozulması talep edilmiştir. Somut olayda, bu kararda belirtilen şekil, yer ve ölçülülük koşullarının oluştuğundan söz etmek mümkündür. Zira, ölçülülük koşulunda önemli olanın eylemin şikâyet konusu ile ilgili olduğu gibi iddialara da katkıda bulunmasıdır. Kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen Tebliğnamedeki bozma isteği, incelenen dosya kapsamına göre yerinde görülmemiştir.

Kişinin üstlerine dilekçe ile iftira attığına yönelik kanun yararına bozma talebi ölçülülük ilkesi gereğince reddedilmiştir. Çalışılan ortamda veya toplum içinde tespit edilen aksilikler sebebiyle bunların düzeltilmesi için idarî makamlara başvuru hakkı anayasa koruması altındadır. Buna karşı yaptırımında bulunulması Devletin birimleri arasındaki işleyişi de engelleyecektir, aksaklıkların göz ardı edilmesine sebep olacaktır. Dilekçe ile isnat edilen hususlar, iftira suçu kapsamında görülmeyip hak arama hürriyeti ve dilekçe hakkı sınırlarında değerlendirilmiştir. Kişinin şüphelendiği bir durum sebebiyle dilekçe vermesi amacı ile elverişlidir.

Basın yoluyla kişilik haklarına saldırı sebebiyle manevî tazminat talebinin incelendiği kararda⁶⁷; Basın özgürlüğünün kişilik haklarından üstün olmadığını ancak; mevcut yayın gerçeğe uygun olması gerektiği, haber niteliği taşıması, haber

⁶⁷ Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, T. 2.11.2016, E. 2014/4-1184, K. 2016/1012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2014-4-1184.htm>, (çevrimiçi), 04.03.2017, saat 21.45.

verilirken objektif değerlere bağlı kalınması ve haberin veriliş tarzı ile konusu arasında ölçölülük bulunması gerekmektedir. Yapılan yayın, temel ilkelerden herhangi birine ters düşüyorsa hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Hal böyle olunca; yerel mahkemenin kişilik haklarına saldırının varlığını kabul eden direnme kararı yerindedir şeklinde hüküm kurulmuştur.

Basın özgürlüğünün sınırlarına ilişkin değerlendirmede ölçölülük ilkesinin hangi noktada dikkate alınacağı belirtilmiştir. Basın özgürlüğü kişilik haklarına ters düşüyor ise o halde özgürlükten bahsedilemez. Bir özgürlük başkasının alanına girmedikçe kabul edilebilir. Haberin gerçeklikten uzak olması durumunda basın hürriyetinden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Haberin veriliş biçim ile konusu arasında ölçölülük bulunması gerektiğine değinilmesi önemlidir. Bir olayı mevcut durumundan daha fazla dramatize etmek veya daha abartılı yansıtmak kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyacaktır bu yönü ile de ölçölülük ilkesine aykırı olacaktır.

Suç konu 23.786 adet kenevir miktarı, suç konusunun ve tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak TCK'nın 61. maddesindeki ölçütler ve orantılılık ilkesine göre temel cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, karşılıksız çek keşide etme fiilinin suç olmaktan çıkarılması sebebiyle bu mahkumiyetinden dolayı tekerrür uygulanmasına imkân kalmadığı, belirtilmesine ve sanığın adli sicil kayıtlarında başkaca mahkûmiyet kaydı bulunmamasına karşılık, bu yönde de hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu sebeple yerinde görölmüştür⁶⁸.

Kanunda suç sayılmayan bir fiili suç olarak kabul edip ceza oranında artırımı gidilmesi bozmayı gerektirmiştir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı bu karar yönünden bozma kararı, isabetli olmuş olup, uyuşturuca madde bulundurma suçundan verilen ceza orantılıdır.

⁶⁸ Yargıtay, 10. Ceza Dairesi, T. 16.2.2017, E. 2014/1895, K. 2017/59, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=10cd-2014-1895.htm>, (çevrimiçi), 04.03.2017, saat 21.45.

Bir başka kararda⁶⁹; suç konusu 93 kg 240 gram toz esrarın miktarına bağlı olarak oluşturduğu tehlikenin ağırlığı nedeniyle, orantılılık ilkesi gereğince temel cezanın alt sınırdan daha fazla uzaklaşılarak belirlenmesi gerektiği, belirtilmiştir. Yargılama sũrecindeki tũm işlemlerin hukuka uygun yapıldığı, gerekli soruşturmanın yũrũtũldũđũ, delillerin toplandığı, tahkikatın yapıldığı, savunmalarının alındığı tespit edilmiştir sanık ve sanıklar mũdafilerinin yerinde gũrũlmeyen temyiz itirazlarının reddi ile resen de temyize tũbi olan hũkũmlerin onanmasına karar verilmiştir.

Bir başka kararda⁷⁰; ele geğirilen suç konusu net 1.994,1 gram eroinin miktarına bağlı olarak ȃnemi ve değerine gũre orantılılık ilkesi gereğince temel cezanın alt sınırdan daha fazla uzaklaşılarak belirlenmesi gerektiğinin gũzetilmemesi, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Uyuşturucu maddenin miktarının fazla olması ile cezanın artırılması tehlikenin artacağı için orantılı bulunmuştur. Maddenin miktarına gũre cezada artırma yapılmaması halinde bu husus ȃzellikle bũyũk uyuşturucu satıcılarının lehine olacaktır, bu sebeple miktara gũre cezada artırım yapılması hususu tam anlamıyla ȃlçũlũlũk ilkesinin bir gereğidir.

Alt sınırdan ceza tayinine ilişkin kararlar;

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde ȃlçũlũlũk ilkesinin değerlendirildiği kararda⁷¹; Basit dolandırıcılık suçu değerlendirilirken, suçun tũm unsurlarının tek tek değerlendirilmesi gerektiği, suçun işlendiği yerin, hangi zamanda işlendiğinin, oluşan zararın niteliğinin cezanın belirlenmesinde ȃnemli olduğu belirtilmiştir. Somut olayda elde edilen haksız menfaat miktarı gũzetilerek TCK'nın 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde alt ve

⁶⁹ Yargıtay 20. Ceza Dairesi, T. 16.2.2017, E.2016/2808, K.2017/1148, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=20cd-2016-2808.htm>, (çevrimiçi), 04.03.2017, saat 21.45.

⁷⁰ Yargıtay 20. Ceza Dairesi, T.25.01.2017, E.2016/2793, K.2017/714, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=20cd-2016-2793.htm>, (çevrimiçi), 04.03.2017, saat 21.45,

⁷¹ Yargıtay 23. Ceza Dairesi, T.29.12.2016, 2015/12285E., 2016/11296K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=23cd-2015-12285.htm>, (çevrimiçi), 04.03.2017, saat 21.45,

üst sınırlar arasında bir belirleme yapılması gerekirken, TCK'nın 61. maddesinde sayılan cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçütler somutlaştırılmadan ve bu kriterler esas alınmadan orantılılık ilkesine aykırı olarak hapis cezasının üst sınırdan tayini sebebiyle kararın bozulmasına hükmedilmiştir.

Belgede sahtecilik suçuna ilişkin kararda⁷²; Ekspertiz raporunda soğuk mühür izinin devam ve izdüşümünün mevcut fotoğraf üzerinde bulunmadığının belirtilmesi karşısında, suça konu nüfus cüzdanı duruşmaya getirilerek aldatma kabiliyeti hususunda incelenmesi ve duruşma tutanağına işlenmesi, ancak dosyanın içerisine belge olarak koyulmaması ve sadece yazılı olarak hüküm kurulduğu tespit edilmiştir. Hâkimin ceza tayininde alt ve üst sınırlar içerisinde değerlendirme yapması için takdir yetkisinin olduğu ancak dosyanın tamamının değerlendirilerek kararın verilmesi gerektiği belirtilmiştir; somut olayda resmî belgede sahtecilik suçundan sanığın amacı dikkate alınarak sanık hakkında fazla ceza tayinin orantılılık ilkesinin ihlâl etmesi bozmayı gerektirmiştir.

Hâkim somut olayda⁷³; suçun işleniş tarzını, işlenme tarihini, suç işlenirken hangi amaç ile hareket edildiğini, meydana gelen zararın oranını belirleyerek, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; sanığın bir adet sürücü belgesinde sahtecilik yaptığının iddia ve kabul edildiği olayda; sanık hakkında orantılılık ilkesine aykırı bir şekilde üst sınıra yakın ceza verilmesi, uyarınca hükmün bozulmasına, karar verilmiştir.

Diş tabibi olan sanık hakkında⁷⁴; diplomasız olarak diş hekimliğine yönelik muayene ve müdahale yapan çalışanı diğer sanık eylemine, kullanılan araçları sağlayarak yardım ettiği gerekçesiyle yapılan yargılamada; Avrupa İnsan Hakları

⁷² Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T.20.02.2017, E.2015/7518, K.2017/1173, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11cd-2015-7518.htm>, (çevrimiçi), 04.03.2017, saat 21.45.

⁷³ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T.06.02.2017, E.2015/7295, K.2017/634 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11cd-2015-7295.htm>, (çevrimiçi), 04.03.2017, saat 21.45.

⁷⁴ Yargıtay 19. Ceza Dairesi, T.15.06.2016, E.2016/2888, K.2016/19746, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2016-2888.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017 saat: 21.15.

Mahkemesi'nin süreklilik arz eden karında vurgulandığı gibi kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması gözetilecektir. Anayasanın 138. maddesi gereğince hakimler, düzenleme karşısında da takdir hakkı kullanılarak belirlenecek ceza vicdana, hak ve adalet anlayışına uygun olacaktır. Yukarıdaki ilkelerin ne şekilde gözetildiği karar gerekçesinde açıklanıp tartışılmadan kanundaki ifadelerin tekrarından ibaret gerekçelerle yetinilerek sanıklar hakkında alt sınırın üzerinde hapis cezasına hükmedilmesi, sebebiyle kararın bozulmasına karar verilmiştir.

Ceza verilirken alt sınırdan uzaklaşmış olması sebebiyle karar temyiz edilmiştir; suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur, şeklindeki yasal düzenlemeler ile dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlar birlikte ve isabetle değerlendirilmek suretiyle ilgili kanun maddesindeki alt ve üst sınırlar arasında takdir hakkının kullanılması gerektiği gözetilmeden, hakkaniyete ve orantılılık ilkesine aykırı olacak şekilde üst sınıra yakın bir şekilde alt sınırdan uzaklaşarak sanık hakkında fazla ceza tayini, bozmayı gerektirmiş, sanığın ve müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüştür.⁷⁵

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hususunun ölçülülük ilkesine çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştik. Kanun cezada alt ve üst sınırlar belirlerken cezanın bireyselleştirilmesine olanak tanımıştır. Bu sebeple her suça ilişkin hâkimin alt sınırdan uzaklaşması sebebiyle temyiz itirazlarının kabul edilmesi, ölçülülük ilkesine aykırıdır. Orantılılık alt ilkesi kapsamında değerlendirildiğinde her suç için oransal olarak ayrı bir ceza belirlenebilecektir. Bu sebeple her durumda da alt sınırdan hüküm tesis edilmesi hakkaniyete aykırıdır. Kanunun tanıdığı sınırlar çerçevesinde suç değerlendirilerek en uygun ceza tespit edilmelidir.

⁷⁵ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, T.06.02.2017, E.2016/6528, K.2017/825, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3cd-2016-6528.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017 saat: 21.15.

Kanunların amacı toplumda huzuru sağlamaktır. Cezalar belirlenirken suçlar kategorilere ayrılmış ve oluşabilecek her ihtimal gözetilerek kanun maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Cezaların, niteliği itibariyle sınırları belirli olmalıdır. Kanunlar birbiri ile çelişmemeli bir bütünlük arz etmelidir. Bu nedendir ki Anayasa Hukukunun konusu olan bir ilke, Ceza Hukukunda da yer bulmaktadır. Yukarıda örneklendirilen alt sınırdan hüküm kurulmasının öneminin vurgulandığı kararlarda ilkenin yanlış yorumlandığı tespit edilmiştir. Sürekli olarak alt sınırdan ceza verilmesi gerektiği yönünde içtihatın oluşması doğru olmamakla birlikte, günümüzde sıkça temyiz nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararda⁷⁶; delillerin tartışılıp değerlendirilmesi, yargılama sonucu ulaşılan kanaatin belirtilmesi ve sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiilinin gösterilerek nitelendirilmesinin yapılması gerektiği gözetilmeden, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına aykırı davranılması, suçun işlendiği tarih itibariyle 18 yaşını tamamlamamış ve adlî sicil kaydına göre suç tarihinden önce hapis cezasına dair mahkûmiyeti bulunmayan suçta sürüklenen çocuk hakkında seçenek yaptırımların bulunuyor olmasına ve mevcut sicil durumunun cezasının indirimine olanak veriyor olmasına rağmen, hâkim tarafından sanığın durumu değerlendirilmeyerek, seçenek yaptırımlardan birine cezanın çevrilmemiş olması, bozmayı gerektirmiştir.

Kişinin cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmemiş olmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmiştir. Sanığın lehine olan hükmün uygulanmadığı tespit edilmiştir; yaş küçüklüğü sebebiyle suç ile ceza arasında orantısızlık bulunduğu ilişkin hüküm doğrudur.

Yargıtay kararlarında ölçülülük ilkesi, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi noktalarında toplanmış olup, kararların genelinde alt sınırdan hüküm tesis edilmesi gerektiği vurgulanmıştır; bu husus ölçülülük ilkesinin alt ilkesi

⁷⁶ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, T.16.01.2017, E.2016/8858, K.2017/9, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3cd-2016_8858.htm, (çevrimiçi) 25.03.2017 saat: 21.15.

olan orantılılık ilkesine aykırıdır. Her bir ceza için alt ve üst sınırlar içerisinde olayın kapsamına göre cezanın belirlenmesi gerekmektedir.

3. DANIŞTAY KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Danıştay, idare hukuku alanında verilmiş olan kararların temyiz mercii olmakla birlikte bu kararların hukuka uygunluk yönünden değerlendirilmesini yapmaktadır. Ölçülülük ilkesi, idare hukukunun da temel ilkelerinden olması sebebiyle Danıştay kararlarında da ölçülülük ilkesinin yansımaları görülmektedir.

Danıştay Anayasamız tarafından öngörülmüştür. Dolayısıyla anayasal statüde bir organdır, kanun koyucu Danıştayı lağvedemez; Danıştaya Anayasa ile verilen görevleri Danıştaydan alamaz⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi kararlarına oranla Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesinin ayrıntıları ile geniş kapsamlı olarak ele alınmadığı görülmektedir. Kararlarda verilen cezanın fiile göre ölçülü olup olmaması hususu değerlendirilmiştir.

Bankacılık sektörüne ilişkin bir kararda⁷⁸; Türkiye'de faaliyet gösteren bankaların faiz oranlarını belirleme hususunda anlaşma ve/veya uyumlu eylem içerisinde bulunmak suretiyle rekabet hukukuna aykırı davrandıkları gerekçesi ile para cezasına çarptırılmışlardır. Bankaların yöneticilerinin bir araya gelerek toplantılar yaptığı tespit edilmiştir ve faiz oranında uyumlu eylem içerisinde oldukları tespit edilmiştir. Devlet bankaları bu karara itiraz etmiş olup kendilerinin tek bir banka olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Devlet bankası dahi olsa ayrı bir tüzel kişiliği bulunan bankaların tek bir kurum sayılmayacağı belirtilerek yapılan eylem ile verilen ceza ölçülülük ilkesine uygun bulunmuştur.

Devlet bankası dahi olsa her bir kurumun kendi tüzel kişiliğinin bulunması ve amme hizmeti yapmadıklarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Özellikle

⁷⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa, 2009, s.151.

⁷⁸ Danıştay 13. Daire, T.16.12.2015, E.2015/2624, K.2015/4608, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2015-2624.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017 saat: 21.15.

bankacılık sektörü gibi paranın kaynağında olan bir sektörde uyumlu eylem içerisinde bulunmak ekonomiyi ve işverenleri direkt etkileyeceğinden, verilen para cezasının ölçülü bulunmuş olması doğru bir değerlendirmedir.

Kıyı Kanunu ve Yönetmelik hükmüne göre kısmî yapılaşma olması durumunda kazanılmış hak anılan yapıların mevcut haliyle korunmasına ilişkin kararın⁷⁹, daha sonra konu taşınmazın park ve dinlenme alanı olarak planlanmasında hukuka aykırılık bulunmadığına ilişkin idare mahkemesinin vermiş olduğu karar temyiz edilmiştir. Danıştayca karar incelenmiş olup; özel mülkiyetteki taşınmazların kamu kullanımına kazandırılmasında, kamulaştırma ve diğer yöntemlerin alternatif olabileceği varsayımından hareketle, davalı idarece kabul edilen imar transferi yöntemiyle mülkiyet hakkına müdahale edilmesi sonucu doğacağından imar transferinin, ancak kanunî dayanağının bulunması halinde uygulanabileceği, ölçülülük ya da orantılılık gibi uluslararası hukukun genel ilkelerinin varlığının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, İmar Kanunu ve Kıyı Kanununda yer almayan taşınmazın imar hakkının transferini öngören söz konusu yöntemin uyuşmazlığa konu plan değişikliği ile kabul edilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır, şeklinde karar vermiştir.

Anayasa, mülkiyet hakkının kapsamının belirlenmesini kanun koyucunun takdirine bırakmıştır. Ancak kanun koyucu, mülkiyet hakkının kapsamını tayin ederken Anayasa'da yer alan hükümlere uygun davranmak zorundadır⁸⁰, kararda mülkiyet hakkının sınırları tespit edilirken park veya bahçe yapılması ile hak kıyaslanmış olup mülkiyet hakkının ihlâli ile ortaya çıkacak neticenin orantılı olmadığı tespit edilmiştir.

⁷⁹ Danıştay 6. Daire, T.29.12.2015, E.2015/461, K.2015/7990, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=6d-2015-461.htm>, (çevrimiçi), (çevrimiçi) 25.03.2017 saat: 21.15.

⁸⁰ Suat Şimşek, Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I, TBB Dergi, sayı 2010/91 s. 182 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-91-658> , (çevrimiçi) 04.04.2017, 10:21.

Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesinde tedavisi yapıp gönderildikten sonra ayak parmakları kesilen kişinin açtığı davada⁸¹; maruz kaldığı acı, elem ve üzüntünün hafifletilebilmesi amacıyla davacı lehine manevî tazminata hükmedilmesi gerektiği düşüncesiyle, temyiz istemine konu Mahkeme kararının manevî tazminat isteminin reddine dair kısmı ile reddedilen maddî tazminat için nispî vekâlet ücretine hükmedilmesine dair kısmının bozulması, maddî tazminat isteminin reddine dair kısmının onanması gerektiği düşünülmektedir. Maddî tazminat talebi ile dava açılması sonucunda kararın reddedilmesi sebebiyle vekâlet ücretine hükmedilmesi Anayasanın 36. maddesine aykırılık teşkil etmektedir hükmüne yer vermiştir.

AIHS m. 6/1 “Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.”

AIHS ve Anayasamızda belirtilen hak arama hürriyetine ilişkin maddelere atıfta bulunularak kişinin maddî ve manevî tazminat talebine içeren davada vekâlet ücretine hükmedilmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar verilmiştir. Reddedilen kısım için vekâlet ücretine hükmolunması halinde hak arama hürriyetini sınırlandıracağı doğru bir tespittir. Günümüzde pek çok kimse vekâlet ücreti ve ağır dava masrafları sebebiyle dava açma hakkını kullanamamaktadır.

Mermi satış izin belgesinin iptal edilmesine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada , davacı tarafından usulüne aykırı olarak mermi satışı yapıldığından bahisle işlem tesis edilmişse de; davacının mevzuatta öngörülen bildirimlere dair usulüne uygun davrandığı ve kısa süre içerisinde de izin belgelerini temin ettiği görüldüğünden; Yönetmeliğin 24. maddesi kapsamında mermi satış izin belgesinin

⁸¹ Danıştay 15. Daire, T.21.01.2016 E. 2013/4525, K. 2016/79, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2013-4525.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.15.

bir daha verilmemek üzere iptal edilmesine dair işlemde bu haliyle hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleri uyarınca hukuka uygunluk görülmemiştir⁸².

Kararda ölçülülük ilkesine aykırılık tespit edilmiştir; ancak devletin aslî görevlerinden birinin halkı korumak olduğu düşünülürse ve verilen cezaların caydırıcılığının olması gerektiği dikkate alındığında usulüne aykırı mermi satan kişinin izin belgesinin iptal edilmesi uygundur. Danıştay kararlarındaki en büyük yanlış, ölçülülük ilkesini değerlendirirken fiil ve yaptırım odaklı değerlendirme yapması ve yan faktörleri dikkate almamasıdır. Halkın güvenliğinin tehlikeye atılmasına sebep olacak nitelikteki bu ihlâlde ölçülülük ilkesine aykırılığın tespit edilmesi isabetli olmamıştır.

İş bırakma eylemine ilişkin kararda; Davacının, parasal hakları ile çalışma şartlarının düzeltilmesine dair taleplerin duyurulabilmesi ve bu konuya yönelik kamuoyu oluşturulabilmesi amacıyla üyesi olduğu sendikanın almış olduğu karar üzerine ilgili tarihte toplu olarak ve ülke çapında uygulanan bir günlük iş bırakma eylemine katıldığı ve göreve gitmediği anlaşılmış olup kınama cezası ile cezalandırılmıştır. Sendikal faaliyet kapsamında bir gün göreve gelmemesinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bakılan davada, davacının, parasal hakları ile çalışma şartlarının düzeltilmesine dair taleplerin duyurulabilmesi ve bu konuya yönelik kamuoyu oluşturulabilmesi amacıyla sendikasının kararı ile toplu olarak ve ülke çapında uygulanan bir günlük iş bırakma eylemine katıldığı ve göreve gitmediği, TCDD Personel Yönetmeliği'nin 100/5. maddesindeki fiilinin sübuta ermediği sonucuna ulaşılmıştır. Bu duruma göre, disiplin suçu olacak fiil bulunmadığından idare mahkemesi kararında hukukî isabet görülmemiştir⁸³.

Kanunun verdiği hakkı kullanan işçiye karşı kınama cezası verilmesi açıkça idarenin kendini kanunun üstünde gördüğünün göstergesi olup, verilen ceza kanuna

⁸² Danıştay 15. Daire, T.27.11.2015, E.2015/6041, K.2015/8087, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2015-6041.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.15.

⁸³ Danıştay 12. Daire, T.27.01.2016, E.2012/11321, K.2016/265, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2012-11321.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.17.

uygun olmadığı gibi ölçülülük ilkesine de aykırıdır. Temel hak ve hürriyetler yalnızca kanun ile sınırlandırılabilir ve bu durumda da ölçülülük ilkesi gözetilmelidir. İdarî ceza ile hiçbir hak ve özgürlük “cezai” yönden dahi olsa sınırlandırılmaz.

Bir başka kararda, hizmet yaptığı yer, görevi gerekçe gösterilerek değiştirilen memurun, tekrar aynı ilde görev yapmasının engellenmesi, aynı yere tayininin görev hayatı boyunca tekrar gerçekleştirilemeyeceği yönündeki düzenlemenin hukukî dayanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple haksız ve hukuka aykırı düzenleme sebebiyle davacının talebinin kabulüne yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir⁸⁴. Kişinin eski görev yerine bir daha atanmaması, kuralın ölçülülük ilkesine aykırı olduğu tespit edilmiştir. Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan gereklilik ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek bu kararda yapılan eylemin ne oranda gerekli olduğu tartışılabilir. Kişinin aynı yerde bir daha görev yapmasını engellemek hangi faydayı sağlamaktadır, bunu açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Yasal dayanağı olmadan bu yönde karar verilmesi, ilkeye aykırılık teşkil eder.

Grev hakkının kullanılmasına ilişkin diğer bir kararda; “Dava, Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde hemşire olarak görev yapan davacının, greve katılması sebebiyle uyarı cezası alması sebebiyle idare mahkemesine işlemin iptaline ilişkin dava açmıştır. İdare mahkemesince, grev hakkının iç hukukumuzda yasal olarak düzenlenmediği, grev hakkının kullanılmasının idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine ters düştüğü, davacının 1 günlük iş bırakma eylemine katıldığı, bu hususun ihtilâf konusu olmadığı, eylemin sabit olduğu görülmüş olup, eylemin karşılığı olarak disiplin cezası verilmesinin Uluslararası Sözleşmeler kapsamında ölçülülük ilkesini ihlâl etmeyip kişilerin örgütlenme özgürlüğünün esasını etkilemeyeceği kanaatine varılmakla tesis olunan işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu durumda, meslekle ve çalışma hayatıyla ilgili sorunları paylaşmak ve kamuoyuna duyurmak amacıyla sendikanın öncülüğünde yapılan bu eyleme katılmış olması,

⁸⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T.09.11.2015, E.2015/1153, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2015-1153.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.16.

kabul edilebilir bir mazeret niteliğinde olduğu sonucuna varıldığından, davacının uyarma cezası ile cezalandırılmasına dair işlemin reddine ilişkin kararda hukuka uyarlık bulunmaktadır⁸⁵ şeklinde hüküm kurulmuştur.

Danıştayın grev hakkına yönelik vermiş olduğu kararlarında düşünce birliği olması çok önemli olup incelediğimiz iki kararda da grev ve iş bırakma hakkının kanunla koruma altına alındığı bu hakkın kullanımına ilişkin kişiye ceza verilmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. İdarî yaptırımlar ile hiçbir hak sınırlanamaz. Bu durumda idarî makamlara bu yönde hukukî eğitim verilmesinin yerinde olacağını düşünüyorum. İşçi ve memurun haklarının olduğunun bilinmesi halinde bu tarz davaların açılmasının önünde geçilecektir.

Kamu çalışanlarının kullanmış olduğu iş servislerinde kameralı takip sisteminin bulunmasının özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin kararda⁸⁶; kamuda görev yapan personelin kullandığı serviste güvenlik ve suç işlenmesinin önüne geçilmesi amacı ile kamera sisteminin bulunmasının, özel hayatın gizliliğini ihlâl kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Uygulamanın sınırları ve herhangi bir yasal dayanağı tespit edilememekle birlikte kayıt altına alınan görüntülerin, başka bir amaç ile kullanılmayacağına ilişkin güvence bulunmamaktadır. Bu sebep ile temel haklar ve Anayasal ilkelerle bağdaşmayan davaya konu işlemin iptaline karar verilmesi gerekir hükmüne yer verilmiştir.

Personel servislerinde idarenin hangi güvenlik tedbirini amaçladığı hususu netleştirilememiştir. Güvenlik amacı ile servislerin kamera ile izlenmesinin gereklilik ilkesi ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Amaç, hırsızlığın önlenmesi ise yalnızca personelin kullandığı serviste hırsızlık tehlikesinin olması iş yerinde de aynı tehlikenin bulunduğunu göstermektedir. Amacın net olarak ortaya koyulmadığı ve

⁸⁵ Danıştay 12. Daire, T.16.09.2015, E.2012/11297, K.2015/4815, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12d-2012-11297.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.17.

⁸⁶ Danıştay 10. Daire, T.08.06.2015, E.2014/3950, K.2015/2774, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2014-3950.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.17.

kanuni bir düzenlemeye dayanmayan idarenin eylemine ilişkin iptal hükmü gereklilik ilkesine aykırı olması sebebiyle uygundur.

Gelişen teknoloji sebebiyle ortaya çıkan ihlallerin boyutu değişmektedir; benzer bir duruma ilişkin olarak⁸⁷; Tokat Devlet Hastanesinde personelin mesai takiplerinin yüz tanıma sistemi ile yapılmasına karar verilmiştir. Sendika tarafından mevcut uygulamanın kaldırılması talebi ile dava açılmıştır. Toplanan verilerin başka alanlarda kullanılmayacağına garantisinin olmaması, uygulamanın düzenlemeye dayanmaması sebepleriyle temel haklar ve Anayasal ilkelerle bağdaşmayan dava konusu işlemde hukuka uyarlık yoktur. Mesai kontrolü için uygulamaya başvurulmuş olmasının sözü edilen uygulama ile kurumca amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığından bu uygulama, anayasal ilke olan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir; hükmü ile yürütülmesinin durdurulmasına, karar verilmiştir.

Temel hak ve hürriyetleri ihlâl etmeden başka bir araç ile istenilen amaca ulaşıyor ise, ihlâl sebebiyet vermeyen aracın tercih edilmesi gerekmektedir. Mevcut durumda daha basit yöntemler ile kişilerin mesaiye başladıkları saatler tespit edilebilirken, yüz tarama sistemi ile denetimin yapılması, amaç ile orantısızdır.

Kişinin bir sisteme kaydedilen yüz kaydının hangi gerekçe ile kayıt altına alındığını ve kullanılabileceği başka platformlar olup, olmadığını bilme hakkı vardır. Kişisel verilerin kişinin izni olmadan başkaları ile paylaşılması yasaktır. İdare en basit eyleminde dahi gereklilik ilkesini değerlendirerek hareket etmeli ve kişi haklarına saygılı olmalıdır.

Yayın yasaklarına ilişkin olarak yapılan başvuru,⁸⁸ terör saldırıları sebebiyle basın ve yayın kuruluşlarında yer verilen, halkın moralini etkileyecek, güvenlik güçlerini zayıf gösterecek, toplumsal sorumluluk ve duyarlılık temelinde çocukların

⁸⁷ Danıştay 5. Daire, T.15.11.2013, E.2013/7949, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5d-2013-7949.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.17.

⁸⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T.01.04.2013, E.2009/1637, K.2013/1160 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2009-1637.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.17.

ruh sağlığının korunması için yayınların durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan kararın iptali istemiyle açılmıştır. Yürütme organına tanınan yayınların yasaklanması yetkisini istisnaî olarak kullanılması gerektiği ve bu sınırın aşıldığı belirtilmiştir. Halkın bilgi edilme hakkının önüne geçildiği ve bu bağlamda ölçülülük ilkesinin ihlâl edildiğine değinilmiştir. Süre belirtmeden yayın durdurmanın hukuka uygun olmadığı hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa madde 28; “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz” hükmüne yer vermiştir. Anayasa ile koruma altına alınan bir özgürlüğün ölçülülük ilkesine aykırı olarak sansüre uğratılması, buna gerekçe olarak kamu menfaatinin gösterilmesi soyut olarak değerlendirilmektedir. Ülkede yaşanan gelişmelerden halkın haberinin olması gerektiği tartışılmazdır. Bu hakkın sınırlandırılması ve belirli bir süre öngörülmemesi orantılılık ilkesine açıkça aykırıdır.

İşçilerin başka bir hizmet yüklenicisi ile il akdi kurmasını engelleyen genelge sebebiyle Danıştaya başvurulmuş olup; “Makina ve Kimya Endüstrisi kurumu genel müdürlüğü tarafından düzenlenen "hizmet ihaleleri" konulu genelgenin, ihale konusu işin yüklenicisinin idare ile sözleşmesinin sona ermesinden sonra, işçilerin idarenin sonraki hizmet yüklenicisi ile de iş akdi imzalamayacaklarına ilişkin hükmünün Anayasa'da temel hak olarak düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı anlaşıldığından iptali gerekir”⁸⁹ kararı verilmiştir.

İş sözleşmesi, birbirleri karşısında eşit haklara sahip kılınmış olan kişiler arasında söz konusu olacak bir ilişkiyi kurar. İşverenin bir kamu hukuku tüzel kişisi olması, iş ilişkisinin özel hukuka ilişkin bir ilişki olma niteliğini bozmaz⁹⁰. Bu sebeple, kamu kurumu dahi olsa iş hukuku ile bağlı olan bir kurumun kişinin çalışmasını engellemesi, kanuna aykırı olup, öngörülen amaç ile yapılan eylem arasında ölçülülük bulunmamaktadır.

⁸⁹ Danıştay 13. Daire, T.18.12.2009, E.2007/6858, K.2009/11130, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2007-6858.htm> (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.18.

⁹⁰ Demircioğlu/Centel İş Hukuku, 16. Baskı, Beta, 2012, s. 78.

Üniversitede devamlı statüde görev yapan profesör ve doçentlerin özel yasalarla belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, mesleklerini icra edemeyeceklerine yönelik karar değerlendirilmiştir⁹¹; Üniversitelerde devamlı görev yapan doçent ve profesörlerin, mesai saatlerinin tamamını kurumlarında geçirmelerini sağlamak amacı ile resmî veya özel başkaca herhangi bir iş göremeyecekleri ek görev alamayacakları; serbest meslek icra edemeyecekleri hükme bağlanmıştır, Anayasa ve yasalarla tanınan hakların gerçekleşmesinin genelge ile sınırlandırılması ve maddenin kapsamının genişletilmesine yol açması ile eş anlamlı olacaktır. Kaynağını Anayasadan ve yasalardan alan meslek kuruluşlarının yönetim ve denetim kurullarına seçilebilme ve bu suretle kamu görevini yerine getirebilmesi hakkının, farklı bir yorumla izne bağlanması hukuksal açıdan mümkün görülmemektedir, hükmüne yer verilmiştir.

Eğitim hakkının desteklenmesi gerekirken, en önemli mesleki birikimlerinden yararlanılabilecek bir meslek grubunun eğitim vermesinin engelleyecek bu kanun maddesi hukuka uygun değildir. Kişilerin mesleklerini gerçekleştirme özgürlüğü olduğu gibi eğitim hakkının da önünde geçilmemesi gerekmektedir. Mesai saatleri dahilinde zaten kişilerin görevlerini terk etmeleri düşünülemez ancak bu uygulama ile mesai saatleri dışında da başka görevlerde bulunmaları yasaklanmaktadır. Bu sebeple düzenleme orantılılık ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Görevden uzaklaştırmaya ilişkin kararda⁹²; Somut uyuşmazlıkta davacının tapu sicilleri üzerinde sahte tesciller oluşturduğu iddiası ile yargılanmaktadır. Yönetici pozisyonunda bulunan kişinin tapularda oynama yapabilme ihtimali değerlendirilerek görevden uzaklaştırılmasına karar verilmiştir. Yasa koyucu, görevden uzaklaştırmayı izleyen on gün içinde soruşturmaya başlanması koşulunu

⁹¹ Danıştay 8. Daire, T.17.03.2010, E.2009/970, K.2010/1344, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2009-970.htm> (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.17.

⁹² Danıştay 5. Daire, T.09.11.2009, E.2007/7642, K.2009/6021, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5d-2007-7642.htm>, (çevrimiçi) 25.03.2017, saat: 21.18.

getirirken, soruşturmayı üç ay ile sınırlarken ve ceza kovuşturması sürecinin sonuna değin beklemeden, iki ayda bir incelemeyi öngörürken, ölçülülük ilkesini öne almış; keyfi uygulamaları önlemek istemiştir. Önlem, ölçülülük ilkesinin dışına taşıdığı gibi, geçici önlemi, “ortaya çıkması olası olumsuzluklar” nedeniyle, sürekliliğe dönüştürmeside, müessesenin getiriliş amacına aykırılık oluşturmaktadır, hükmüne yer verilmiştir.

Kişinin yapmış olduğu hatalı işleme rağmen, mesleğine devam etmiştir. Olay ortaya çıktıktan sonra görevden uzaklaştırılması ölçülülük ilkesine aykırı bulunmuştur. Gereklilik ilkesi kapsamında değerlendirildiğinde mesleğine devamı halinde aynı soruşturmanın yürütülebilecekken meslekten uzaklaştırılması, ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Danıştay kararlarında, ölçülülük denetimi yalnızca orantılılık alt ilkesi ile bağlı kalmaktadır. İşlenen fiil ile yaptırımın oranı dikkate alınarak, kararın ölçülülük ilkesine aykırılığı değerlendirilmektedir. İlkenin alt unsurları ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Genel itibariyle verilen kararlar ölçülülük ilkesine uygundur.

SONUÇ

Devletin en önemli görevlerinin başında bireylerin hak ve menfaatlerini koruma ödevi gelmektedir. Devlet bu işlemleri gerçekleştirirken herkese eşit davranmalı, herhangi bir zümreyi ayıracak tutumlarda bulunmamalıdır.

Bireyler davranışlarında sonsuz serbesti içerisinde değillerdir. Yasaların kendilerine tanınmış olduğu hak ve özgürlükler kapsamında yaşamlarını sürdürürler. Devlet de bireye sağladığı hak ve özgürlükleri korumakla yükümlüdür. Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin yalnızca kanunla sınırlanabileceği belirtilmiş olup, bu sınırlamanın da ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa ile koruma altına alınan ölçülülük ilkesi, bir çok hukuk alanında etkisini göstermektedir; bu alanların en önemlisi Ceza Hukukudur. İşlenen suç uygulanacak olan cezanın sınırlarının belirlenmesinde, temel alınması gereken ilke ölçülülük ilkesi iken, uygulamada ölçülülük ilkesi amacından farklı olarak yorumlanmaktadır. Ölçülülük ilkesi, sanığın lehine olan hükmün uygulanması kuralı gibi algılanmakta ve alt sınırdan hüküm kurmanın zorunluluğu olarak değerlendirilmektedir. Bu durum ilkenin temel mantığı ile ters düşmektedir. Ölçülülük ilkesi Ceza Hukuku alanında kişiye en uygun cezanın verilmesini hedeflemektedir; ancak uygulamada tam tersine hareket edilmektedir.

Cezaların belirlenmesinde yalnızca failin menfaatlerinin değil, mağdurun da menfaatlerinin gözetilmesi gerekmektedir, gerekenden daha az ceza verilmesi toplumun yasalara olan güvenini sarsacağı gibi suç oranını da artıracaktır. Bu sebeple Ceza Hukukunda ölçülülük ilkesine ilişkin olarak ek düzenlemelere gidilmesi ve hâkimin takdir yetkisinin sınırlarının tespit edilmesi gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesinin uygulamada aktif olarak kullanılması suç oranını azaltacak olup, toplumun yasalara olan güvenini artıracaktır.

KAYNAKÇA

- Arık, S., İdarî Yaptırımlarda Ölçülülük İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi, 2010.
- Artuk , M. E., Gökçen A., Yenidünya C., Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.
- Centel, N., Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 2 Baskı, 2002.
- Ceylan, A., Teoride ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi, 2008.
- Demircioğlu, M., Centel, T., İş Hukuku, 16. Baskı, Beta, 2012.
- Erem, F., Danışman, A., Artuk, M.E., Türk Ceza hukuku Genel hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Seçkin, 1997
- Erdem, J.G., Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı; 2013: 971-1005.
- Gözler, K., Anayasa Hukukuna Giriş, 14. baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2009.
- Gözler, K., İdare Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa, 2009.
- Hafizoğlu, Z., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Usa Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Hakeri, H., Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 3. Baskı ,Seçkin Ankara, 2008.
- Karagöz A., İdarî Kolluk Önlemlerinde Ölçülülük İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1990.
- Kılıç, M., Alman Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara Barosu Dergi, Makale, Sayı 2011/1.
- Koparan, M.R., Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, TBB Dergisi, Makale, Sayı 2006/65.
- Oğurlu, Y., Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Ankara,

Seçkin, 2002.

Özgenç, İ., Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2010.

Şimşek, S., Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları

Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi:
Karşılaştırmalı Bir Analiz -I, TBB Dergi, sayı 2010/91.

Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N., 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 11.
baskı

Beta, 2012.

Tezcan, D., Erdem, M.R., Sancakdar, O., Önok, R.M., İnsan Hakları El kitabı, 5.

baskı, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2014.

Teziç E., Anayasa Hukuku, 13. baskı, İstanbul, Beta, 2009.

Tüfekçi, E., Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Yüksek Lisans Tezi,

Ankara, Gazi Üniversitesi, 2008.

Ünver, Y., Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, 2003.

Yerdenel, E., Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Doktora Tezi, Konya,

Selçuk Üniversitesi, 2012.

İnternet Kaynakları

www.kazanci.com

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>

<http://www.acikders.org.tr>

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1882/19731.pdf>

www.ankarabarusu.org.tr

ÖZGEÇMİŞ

28 Eylül 1990 tarihi, Mersin ili Tarsus ilçesi doğumluyum. İlkokulu ve ortaokulu Ayazağa İlköğretim Okulunda, liseyi Y.D.A. Dr. Sadık Ahmet Lisesinde okuduktan sonra Beykent Üniversitesi, Hukuku Fakültesi Bölümüne kaydoldum. Bu bölümden 2013 yılında mezun olduktan sonra, bir sene avukatlık stajını yaptım. 2014 yılında Beykent Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans bölümüne kaydoldum. Ceza Hukuku, Sigorta Hukuku, İş Hukuku alanlarında avukatlık mesleğini icra ettim. Halen Özel bir bankanın Genel Müdürlük avukatlığını yapmaktayım.

Özel ilgi alanlarım, tarih ve arkeolojidir.

Yabancı dilim İngilizce olup, bekârım.

Hilal ERDOL