Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1575-1629

KURALLAR VE İLKELER: ALEXY'NİN İLKE-NORMUNUN REDDİ VE ANAYASAL HAKLARIN NORMATİF OLARAK YENİDEN YAPILANDIRILMASI(*)

Seyfullah TOSUN(**)

Öz: Anayasal hakların sübjektif hak niteliği kazanması ile anayasal sistemler belirli bir anayasal hak dogmatiği benimsemiştir. Ancak anayasal hakların ve bu hakların sınırlandırılmasının, bir normatif teori çerçevesine yerleştirilmesinde bir eksiklik yaşanmıştır. Bu konuda, Robert Alexy'nin ilke teorisi, önemli bir yer edinmiştir. Alexy'nin ilke teorisi, bir anayasal hak normunun nasıl sınırlanarak uygulanabileceğini, diğer bir deyişle bir normun nasıl uygulanması gereken bir vakada, uygulanmadan geçerliliğini sürdürebileceğini ortaya koymuştur: Normun, kural ve ilke olarak bölünmesiyle. Alexy, anayasal hak normlarını temelde bir ilke-norm olarak görerek, bu normların birbirleriyle ve sınırlandırma norm ve ölçütleriyle optimize edilerek uygulanacağını ileri sürer. Ancak Alexy'nin ortaya koyduğu ilke teorisi, birçok hata ve çelişkiyi içinde barındırmaktadır. Bu bağlamda, Alexy'nin ilke teorisinin hata veren hususları belirtilerek ve Alexy'nin ortaya koyduğu ilke-norm reddedilerek, anayasal hak teorisiyle uyumlu bir normatif teori inşa edilecektir. İnşa edilen bu yeni teoride, hukuk sisteminin normatif olarak yalnızca kurallardan oluştuğu belirlenecektir.

Anahtar Kelimeler: İlke, Kural, Anayasal Haklar, Sınırlama, Sınırlandırma, Anayasal Hakların Sınırlandırılması, Alexy.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 27.09.2022. Makale kabul Tarihi: 01.12.2022.

(**) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Programı, Doktora Öğrencisi (ORCID no: 0000-0002-3206-0839; *seyfullahtosun@gmail.com*).

RULES AND PRINCIPLES: EXCLUSION OF ALEXY'S PRINCIPLE-NORM AND NORMATIVE RECONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

Abstract: Constitutional systems have adopted a certain constitutional right dogmatics with the development of subjective constitutional rights. However, there has been a lack of embedding constitutional rights and their limitations into a normative theory framework. In this regard, Robert Alexy's principle theory has gained an important place. Alexy's theory of principle revealed how a constitutional right norm can be enforced with limitations, in other words, how a norm can remain valid without being applied in a case where it ought to be applied: By dividing the norm into rule and principle. Alexy sees the constitutional rights norms basically as a principle-norm and argues that these norms ought to be implemented by optimizing with each other and with limitation norms and criteria. However, the principle theory put forward by Alexy contains many errors and deficiencies. In this context, a normative theory compatible with the constitutional rights theory will be constructed by stating the faulty points of Alexy's theory of principle and rejecting the principle-norm put forward by Alexy. In this newly constructed theory, it will be determined that the legal system consists of only rules as normative.

Keywords: Principle, Rule, Constitutional Rights, Limit, Limitation, Limitation of Constitutional Rights, Alexy.

GİRİŞ

Anayasal hakların norm metinlerine bakıldığında, normatif teori ile uyuşmayan bir husus göze çarpar. Anayasal hakları içeren pozitif hukuk metinlerinde, bir yandan hak ve özgürlük düzenlenirken, diğer yandan kamu yararı gibi sınırlandırma ölçütleri veya basit bir yasa kaydıyla bu hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği ifade edilir. Hukuk normları olması gereken alanda bulunan yapılardır.[1] Bu bağlamda, "her kişinin, düşüncelerini özgürce

[1] KELSEN Hans, **General Theory of Law and State**, (Çev. Anders Wedberg), Transaction Publishers, New Jersey, 2006, s. 35; KELSEN Hans, **General Theory of Norms**, (Çev. Michael Hartney), Oxford University Press, Oxford, 1991, s. 2**.** Doğa bilimlerinin kuralları "A durumunda, B olur" formülü şeklinde ifade edilirken, hukuk kuralları, "A durumunda, B'nin olması gerekir" biçimde ifade edilir. **KELSEN**, 2006, s. 46; **KELSEN**, 1991, s. 58-60. Kelsen, başka bir eserinde ise normu şu şekilde tanımlar: "Norm, emredilen, izin verilen veya yetkilendirilen belirli bir davranışı içeren bir eylemdir." (Çeviri yazara aittir.) KELSEN Hans, **Pure Theory of Law**, (Çev. Max Knight), 5. Edition, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008, s. 5.

ifade etme ve yayma hakkının"[2] bulunduğu ifade edildiğinde, bu sübjektif hakkın devlete yüklediği yükümlülüğün herhangi bir ölçüye sığdırılmadan yerine getirilmesi gerekir.[3] Ancak bu ifadelerin ardından aynı belgede, ifade özgürlüğünün "genç kişilerin korunması veya kişi şeref hakkı için veya genel yasalarla sınırlarının bulunabileceği"[4] veya birden fazla sınırlandırma ölçütüne dayanarak sınırlandırılabileceği belirtildiğinde[5], normatif anlamda birkaç sorun gündeme gelmektedir. Öncelikle belirtilen bu sınırlandırma klozları, ilgili hakkın bir istisnasını mı oluşturmaktadır? Yoksa bir yandan hakkı belirten kural, diğer yandan sınırlandırmayı içeren kural arasında bir çatışma mı mevcuttur? Aynı şekilde iki farklı anayasal hak birbiriyle çatıştığında nasıl bir normatif formül oluşturulacaktır? Sınırlandırma klozlarının veya çatışan diğer anayasal hakların, ilgili hak ile çatıştığı kabul edildiğinde, anayasal hakların sınırlandırılması, yalnızca kamu yararının varlığı veya diğer hakka sahip bireyin menfaati temel alınarak gerçekleştirilebilecektir. Diğer taraftan, burada normların çatışması kabul edildiğinde, norm çatışma kurallarının uygulanması gerektiğinin ve fakat aynı metinde ve aynı zamanda oluşturulan, bu çatışan normlara norm çatışma kurallarının uygulanamayacağının kabul edilmesi gerekecektir.

Bu soruna çözüm olarak Alexy, ilke ve kural ayrımını sunmuştur. Alexy'nin ilke ve kural ayrımını incelemeden önce (II), ilke teorilerinin eleştirdiği hukuki pozitivizm altyapısı kısaca ortaya konulacaktır (I). Alexy'nin ortaya koyduğu ilke teorisinin reddi gerçekleştirildikten sonra (III), anayasal hakların normatif olarak nasıl sınırlandırıldığı gösterilecektir (IV).

I. HUKUKİ POZİTİVİZM

Hukuki pozitivizm teorilerini, ayrılabilirlik tezi üzerinden tanımlamanın yerinde olduğunu kabul ediyoruz. Buna göre, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir kavramsal bağlantı olmadığını savunan teoriler, hukuki pozitivist teoriler olarak adlandırılır.[6] Dworkin'in ve Alexy'nin oluşturdukları tezler,

---

2 Bkz. Türk Anayasası Madde 26/1; Alman Anayasası Madde 5/1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Madde 10/1'de ise "[h]erkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır" ifadesi yer alır.

3 HOHFELD Wesley Newcomb, **Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays**, Yale University Press, New Haven, 1923, s. 38.

4 Bkz. Alman Anayasası Madde 5/2.

5 Bkz. Türk Anayasası Madde 26/2; AİHS Madde 10/2.

6 **KELSEN**, 2008, s. 66 vd.; KELSEN Hans, **Saf Hukuk Kuramı**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016, s. 13 vd.; ALEXY Robert, "On the Concept and the Nature of Law",

hukuki pozitivizm içindeki Hart ve Kelsen çizgisini hedef almıştır.[7] Bu bakımdan, burada bu çizgi genel bir şekilde açıklanacaktır.

Hans Kelsen (1881-1973), Gerber-Laband çizgisinin açtığı ve Jellinek'in oluşturduğu "Jellinek paradoksunu"[8], devleti, hukuk ile özdeş

Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law, Vol. 21, No. 3, 2008, pp. 281-299, s. 284-285; ALEXY Robert, **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 3-4; ALEXY Robert, "On Necessary Relations Between Law and Morality", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 2, No. 2, 1989, pp. 167-183, s. 167-168; ALEXY Robert, "An Answer to Joseph Raz", in PAVLAKOS George (ed.), **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Hart Publishing, Oxford, 2007, s. 38 vd.; MARMOR Andrei, **Positive Law and Objective Values**, Oxford University Press, Oxford, 2001, s. 71; WACKS Raymond, **Understanding of Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory**, 3. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 78; WACKS Raymond, **Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş**, (Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver/Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara, 2017, s. 140. Bu minvalde, Raz'ın ahlaki argümanları dışladığı kaynaklar tezi için bkz. RAZ Joseph, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Oxford University Press, Oxford, 1979, s. 37 vd. Ayrıca krş. Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", in PAVLAKOS George (ed.) **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Hart Publishing, Oxford, 2007, s. 18 vd.

7 ZUCCA Lorenzo, **Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Righs in Europe and the USA**, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 8.

8 Jellinek paradoksu, Gerber-Laband pozitivizmini (kanuncu pozitivizm olarak da adlandırılır) takip eden Georg Jellinek'in (1851-1911) devleti iki görünüşe ayırmasına dayanmaktadır. Buna göre, devletin bir yandan ideal bir görünümü, diğer yandan olgusal görünümü bulunmaktadır. Jellinek'in devlet teorisinde, hukuku yaratan ve egemen olan devletin kendisidir. Devlet ideal yönden hukuk ile bağlıyken, olgusal yönden herhangi bir sınıra sahip değildir. Bu bağlamda, Jellinek'in devletin kendi kendisini sınırladığı öğretisi (*Selbstbindungslehre*) bir açmaz oluşturmaktadır. JELLINEK Georg, **Allgemeine Staatslehre**, 3. Auflage, Julius Springer, Berlin, 1929, s. 337 vd.; KORIOTH Stefan, "Introduction", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000, s. 45-46; CALDWELL Peter C., **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: Theory & Practice of Weimar Constitutionalism**, Duke University Press, Durham, 1997, s. 43; LOUGHLIN Martin, **Foundations of Public Law**, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 217-218; LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s. 187-189; BULGAN Birden Güngören, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 103-112; ODER Bertil Emrah, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 56-57 Gerber-Laband pozitivizmi için bkz. VON GERBER Carl Friedrich Wilhelm, **Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts**, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1865, s. 2 vd.; LABAND Paul, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Bd. 1, H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1876, s. VI; LABAND Paul, **Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes**, J. Guttentag, Berlin, 1871, s. 75; FRIEDRICH Manfred, "Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 111, No. 2, 1986, pp. 197-218, s. 204 vd.; STOLLIES Michael, **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland**, Bd. 2, C. H. Beck, München, 1992, s.

kılarak çözmeye çalışır. Kant'ın aklın zorunlu bir pratik ilkesine dayanan sosyal sözleşmesine benzer şekilde, Kelsen de bir temel norm tasarlar. Merkl'den etkilenerek oluşturduğu, alt normun geçerliliğini üst normdan aldığı normlar hiyerarşisinde, normlar nihayetinde ülke üzerindeki en üstte bulunan Anayasaya dayanmaktadır. Anayasanın neye dayandığı sorusuna Kelsen, mantıksal bir zorunluluk olan temel norm cevabını verir.[9] Nitekim Kant'ın numen evrenini kendi normatif sistemine uyarlayan Kelsen[10], hukukun, "olması gereken" (*Sollen*/*Ought*) alanda bulunduğunu belirler. Olan (*Sein*/*Is*) ile olması gerekenin (*Sollen*/*Ought*) iki farklı mod olduğunu söyleyen Kelsen, olanın olması gerekene veya olması gerekenin olan indirgenemeyeceği gibi olandan olması gereken veya olması gerekenden olanın çıkartılamayacağını savunur. Normların, *sollen-cümlelerinden* oluştuğunu ifade eder.[11] Kelsen'in saf hukuk kuramı, hukuk ile ahlak arasındaki bağ olmadığını belirtmiştir.[12] Kelsen'e göre, bir normun içeriğinden, maddi bir kritere göre dışlanan bir insan davranışı bulunmamaktadır. Bu bakımdan, bir normun içeriği herhangi bir şeyi kapsayabilir.[13] Nitekim norm, birisinin belirli

331 vd.; STOLLIES Michael, **Public Law in Germany, 1800-1914**, Bergahn Books, New York, 2001, s. 316 vd. **CALDWELL**, s. 3-4, 31-32; **LOUGHLIN**, 2010, s. 190-192; **LOUGHLIN**, 2015, s. 167-168; **BULGAN**, s. 32-39. Jellinek'in devletin kendi kendisini sınırladığı öğretisi için bkz. JELLINEK, s. 474 vd. Bu görüş için ayrıca bkz. OKANDAN Recai Galip, **Umumi Amme Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 802-809; KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 252-254; **LOUGHLIN**, 2010, s. 217-218; **LOUGHLIN**, 2015, s. 187-188; **BULGAN**, s. 134-136.

9 **KELSEN**, 2006, s. 123 vd.; **KELSEN**, 2008, s. 201-205, 221 vd.; **KELSEN**, 2016, s. 71-76, 78-80; KELSEN Hans, **Introduction to the Problems of Legal Theory**, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 55 vd.; KELSEN Hans, "On the Borders Between Legal and Sociological Method", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000, s. 58; **CALDWELL**, s. 91-92, 95; GÜLGEÇ Yahya Berkol, **Normlar Hiyerarşisi**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 23-25; FERTELLİOĞLU Buğrahan, Anayasal Dilin Semantiği Üzerine: Anayasanın Ruhu Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 37-39.

10 Bu benzerliği kurmak için bkz. KRESTING Wolfgang, "Politika, Özgürlük ve Düzen: Kant'ın Politika Felsefesi", (Çev. Hakan Çörekçioğlu), in ÇÖREKÇİOĞLU Hakan (ed.), **Kant Felsefesinin Politik Evreni**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017, s. 89-92.

11 **KELSEN**, 1991, s. 58-60; **KELSEN**, 2006, s. 35-37; **KELSEN**, 2008, s. 4-10; **KELSEN**, 2016, s. 23-27; **KELSEN**, 2002, s. 22-25; **KELSEN**, 2000, s. 58; **CALDWELL**, s. 46-47, 89; **KORIOTH**, s. 46-47; **ODER**, s. 43-44. Bu konuda, ayrıca Stanley L. Paulson'ın da çevirdiği kitapta yaptığı açıklamalara bakılabilir: **KELSEN**, 2002, s. 132-134.

12 **KELSEN**, 2008, s. 66 vd.; **KELSEN**, 2016, s. 13 vd.

13 **KELSEN**, 2008, s. 198; **ALEXY**, 2004, s. 3; **ALEXY**, 2007, s. 39 vd. Ayrıca krş. **RAZ**, 2007, s. 18 vd.

bir şekilde hareket etmesi gereğini ifade eden bir kuraldır.[14] Olması gereken alanda bulunan norm, uygulanma noktasında herhangi bir ön gereklilik aramaz. Dolayısıyla bir normun bazen uygulanıp bazen uygulanmayacağı gibi bir husus saf hukuk kuramında düşünülemez.[15]

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), kural unsuru olmadan, hukukun en temel formunun açıklanamayacağını ifade etmiştir. Hart, iki tip kural arasında ayrım yapmıştır. Buna göre, birinci tip kuralda, insanların belirli davranışları yapması veya bu belirli davranıştan kaçınması gerekmektedir. Birincil kurallar adını verdiği bu kurallar, yükümlülük yükler. İkincil kurallar olarak adlandırdığı ikinci tip kurallar ise birincil kurallara yeni kurallar koyulmasını, eski kuralların kaldırılmasını veya değiştirilmesini sağlayan, tanıma kuralları, değiştirme kuralları ve yargılama kurallardır. İkincil kurallar, yetki veren kurallardır.[16] Hart'ın kuramında, birincil ve ikincil kuralların bir araya gelmesi, hukukun esasını oluşturur.[17]

Hart, Dworkin'in eleştirileri sonrasında[18], kendisinin, ya tamamen uygulanan ya da hiç uygulanmayan kurallardan oluşan bir hukuk sistemi oluşturmadığını ifade etmiştir. Buna göre, hukuk sisteminin özünü oluşturan unsurun, kuraldan daha geniş bir kapsamda olan, dikkate alınacak faktörleri belirleyen ve birbirlerine karşı dengelenecek olan hukuk standartları olduğunu belirtir.[19] Hart, kural ve ilkelerin keskin ayrımını kabul etmez. Ona göre, kuralların uygulanması 'ya hep ya hiç' şeklinde değil ve fakat yakın bir kesinlikle (*near-conclusive*) gerçekleşirken, ilkeler kesin olmayan (*non-*

---

14 **KELSEN**, 2006, s. 35; **KELSEN**, 1991, s. 2.

15 Burada Kelsen'in *desuetudo* doktrinini istisna tutmak gerekir. Bunun için bkz. **KELSEN**, 2008, s. 213; **KELSEN**, 2006, s. 119; **KELSEN**, 1991, s. 139-140.

16 HART H. L. A., **The Concept of Law**, 3. Edition Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 80 vd. Ayrıca bkz. **WACKS**, 2012, s. 81-85; **WACKS**, 2017, s. 145-152; COTTERRELL Roger, **Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş**, (Çev. Saim Üye), Pinhan, İstanbul, 2018, s. 150-152; ARIKAN Engin, **Sert Pozitivizm**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 18-19; CEYLAN Şule Şahin, **H. L. A. Hart'ın Hukuk Kavramı**, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 109 vd.; UZUN Ertuğrul, "H. L. A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk", in Kasım Akbaş et al. (ed) **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 3. Baskı, İthaki, İstanbul, 2019, s. 158-162.

17 **HART**, 2012, s. 155.

18 Eleştiriler için bkz. **II 1**.

19 **HART**, 2012, 263. Standartlar terimi, kuraldan daha geniş anlamda önceden Raz tarafından kullanılmıştır. Bkz. RAZ Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 81, 1972, pp. 823-854, s. 824, dipnot 4.

conclusive) bir şekilde uygulanır. Kurallar, birkaç istisna dışında hukuki sonucu belirleyebilecek yeterliliğe sahipken, ilkeler, belirli bir karara işaret eden ve fakat bu hukuki sonucu belirleyemeyen bir niteliğe sahiptir.[20] Raz'ın ve Waluchow'un savlarına dayanarak[21], birden fazla kuralın uygulanabileceği bir durumda, bu kuralların yarıştığını ve aynı ilkeler gibi daha önemli olduğu karar verilen kuralın uygulandığını ileri sürer.[22] Bununla birlikte, Hart'ın birincil kurallarının içeriğini, Hohfeld'in analitik kuramındaki yükümlülük kavramı ile karşılaması[23], yakın kesinlikte olan kural kavramıyla veya daha geniş anlamda kabul ettiği hukuki standartlar terimiyle uyuşmamakta ve çelişkiye yol açmaktadır.

II. İLKE VE KURAL AYRIMI

Alexy, ilke ve kural ayrımında, önemli bir ölçüde Ronald Dworkin'in (1931-2013) ayrımını temel almıştır. Bununla birlikte, ilke ile kural arasındaki ayrım daha önceden de ileri sürülen bir ayrımdı.[24] Nitekim ilke ile kural arasındaki ayrım genel olarak üç şekilde yapılmaktadır:[25]

---

20 **HART**, 2012, s. 261-263; **ARIKAN**, s. 31.

21 RAZ, 1972, s. 831-834; WALUCHOW W. J., "Herculean Positivism", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 5, No. 2, 1985, pp. 187-210, s. 189-192.

22 **HART**, 2012, s. 262-263. Ayrıca bkz. SILTALA Raimo, **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to Post-Analytical Philosophy of Law**, Hart Publishing, Oxford, 2000, s. 46.

23 **HART**, 2012, 82-88. Ayrıca bkz. **CEYLAN**, 75 vd.

24 Sözgelimi Heller, kural ile ilke ayrımını gerçekleştirir. Buna göre pozitif hukukun, moral/etik hukuk ilkelerine dayanması gerekmektedir. İlkeler, kuraldan/normdan, hukuki kesinlik bakımından ayrılırlar. Bu hem anlamın kesinliğinde ve bunların uygulanmasındaki kesinlikte farklılık olarak ortaya çıkar. Hukuk ilkeleri, hukuki bir topluluk arasında oluşturulması gereken yasallık temelindeki genel talimatları ifade eder. Bunlar herhangi bir vakada karar ortaya koymaz. İlkeler, herhangi bir kararlılıktan yoksundur. Aynı hukuk ilkeleri kapsamında, farklı hukuki kararlar, hukuk düzenleri ve anayasalar söz konusu olabilir. Heller, hukukun yükümlülük yükleyen bağlayıcılık gücünü, etik hukuk ilkelerinden aldığını ifade eder. Nitekim Heller'in hukukun geçerliliği ve devletin mevcudiyeti için öngördüğü sosyal geçerlilik, normatif geçerlilik ve normu meşrulaştıran etik hukuk ilkeleri unsurları, Heller'e göre normun geçerliliği için kabul edilen gerekliliklerin de kökenini oluşturur. Bkz. HELLER Hermann, **Staatslehre**, 3. Auflage, A. W. Sijthoff, Leiden, 1963, s. 223-224; HELLER Hermann, "The Essence and Structure of the State", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000, s. 266-267; HELLER Hermann, "The Nature and Structure of the State", (Çev. David Dyzenhaus), **Cardozo Law Review**, Vol. 18, No.3, 1996, pp. 1139-1216, s. 1157-1159.

25 BOROWSKI Martin, **Grundrechte als Prinzipien**, Nomos, Baden-Baden, 2018, s. 116-117.

1. Sert ayrım: Buna göre, kurallar ile ilkeler arasındaki ayrım bir derece farkına değil, norm yapısındaki mantıksal farklılığa dayanır.[26]
2. Zayıf ayrım: Buna göre, kurallar ile ilkeler arasındaki ayrım, yalnızca derece ayrımına dayanır.[27]
3. Eklektik ayrım: Buna göre, kurallar ile ilkeler arasında mantıksal bir fark yoktur. Bir norm türüne ait tüm özellikler diğer norm türünde de görülebilir.[28]

Burada, öncelikle Dworkin'in ortaya koyduğu kural ile ilke ayrımına kısaca değinilecektir (1). Sonrasında ise Alexy'nin belirli ölçüde Dworkin'in ayrımından farklılaşarak anayasal haklara uyguladığı ilke teorisi/teorileri ortaya konulacaktır (2).

1. Dworkin'in İlkeleri

Dworkin, Hart'ın kurallar sistemi merkezinde, hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu temel savları eleştirir. Bu çalışmanın konusu bakımından dikkate alınması gereken en önemli eleştiri ise Dworkin'in hukukun yalnızca kurallardan değil aynı zamanda ilkelerden de oluştuğu eleştirisidir.

Öncelikle zor davalar (*hard cases*/*penumbral cases*) ile sarih davalar (*clear cases*) arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir.[29] Sarih davalar, davaya uygulanacak olan kuralın açık olduğu davalardır. Zor davalar, vakaya

---

[26] DWORKIN Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, 1978, s. 24; DWORKIN Ronald, **Hakları Ciddiye Almak**, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Dost Kitabevi, Ankara, 2007, s. 49; DWORKIN Ronald, "The Model of Rules", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 35, No. 14, 1967, pp. 14-46, s. 25; ALEXY Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, (Çev. Julian Rivers), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010a, s. 47-48; BÄCKER Carsten, "Begrenzte Abwägung: Das Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit", **Der Staat**, Vol. 55, No. 4, 2016, pp. 433-460, s. 446-447.

[27] **HART**, 2012, s. 261-263; **MARMOR**, s. 83-84; **RAZ**, 1972, s. 838.

[28] AARNIO Aulis, **Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic of Legal Dogmatics**, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1997, s. 181, 188 vd.; GÜNTHER Klaus, **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**, State University of New York Press, Albany, 1993, s. 214 vd.

[29] HART H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 593-629, s. 612-615; **DWORKIN**, 1967, s. 14, 22 vd.; AARNIO Aulis, **The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification**, D. Reidel Publishing, Dordrecht, 1987, s. 1-2; MACCORMICK Neil, **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 49-52.

uygulanacak olan bir kuralın veya bir emsalin bulunmadığı[30], hukuk dilinin belirsiz olduğu[31], normların çatıştığı[32], norm metninin açık lafzına aykırı karar vermenin mümkün olduğu[33] veya vakaya uygulanabilecek olan kuralların geçerliliğinin sorgulandığı[34] vakalardır.[35]

Dworkin, zor davalarda, kurallar sisteminin işlemediğini ileri sürer. Zor davalarda, ilkeler, karara konu olabilecek hak ve yükümlülüklere ilişkin destekleyici argümanlar ortaya koyar. Hâkim, bu durumda, yargı kararında ortaya koyacağı kural için bir ilkeye dayanmaktadır.[36] Sözgelimi, murisi öldüren bir mirasçının, aksine kural olmadığı için mirasa hak kazanmasını engelleyen husus, "hiç kimse kendi hatasından yarar sağlayamaz" ilkesi olmuştur.[37]

Dworkin, kurallar ve ilkeler arasında niceliksel değil niteliksel bir fark görür. Buna göre, hukuk kuralları ile hukuk ilkeleri arasındaki fark mantıksal bir farktır. Kurallar, ya tamamen uygulanırlar ya da hiç uygulanmazlar.[38] Herhangi bir vakada, bir kuralın uygulanma koşulu gerçekleşmişse, söz konusu kural vakaya uygulanır. Kasten yaralama normunu burada kullanabiliriz:

> (1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu durumda, vakada kasten başkasının vücuduna acı verme koşulu gerçekleşmişse, hukuki sonuç olan hapis cezası uygulanır. Nitekim kurallar, ya

---

30 **DWORKIN**, 1978, s. 14, 17; **DWORKIN**, 2007, s. 37, 40-41; MORESO José Juan, **Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation**, Springer, Dordrecht, 1998, s. 99; ALEXY Robert, **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, 2. Edition, (Çev. Ruth Adler/Neil MacCormick), Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 1.

31 **HART**, 2012, s. 126; **RAZ**, 1972, s. 846. **ALEXY**, 2011, s. 1.

32 **HART**, 2012, s. 39; **ALEXY**, 2011, s. 1.

33 **ALEXY**, 2011, s. 1.

34 **HART**, 2012, s. 148.

35 ŠUŠNJAR Davor, **Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, s. 11-12.

36 **DWORKIN**, 1978, s. 28-29; **DWORKIN**, 2007, s. 53-54; **DWORKIN**, 1968, s. 29.

37 *Riggs v Palmer*, 115 NY 506, (1889); **DWORKIN**, 1978, s. 23; **DWORKIN**, 2007, s. 47; **DWORKIN**, 1967, s. 23-24.

38 **DWORKIN**, 1978, s. 24; **DWORKIN**, 2007, s. 49; **DWORKIN**, 1967, s. 25. Ayrıca bkz. **SILTALA**, s. 43-46.

hep ya hiç şeklinde uygulandığından, aynı vakaya uygulanabilen ve birbirinin aksi sonucu veren iki kural çatıştığında, kurallardan birisi geçerli bir kural olarak kalamaz. Dolayısıyla kurallar çatıştığında, bu kurallardan birisi geçersiz olur. Bu durumda, çatışan kurallar söz konusu olduğunda norm çatışma kuralları uygulanır: i) üst kural alt kuralı ilga eder, ii) yeni kural eski kuralı ilga eder, iii) özel kural genel kuralı ilga eder.[39] Ancak kural çatışması, bir kuralın diğerine istisna teşkil etmesi ile de sonuçlanabilir.[40] Sözgelimi, meşru savunma kuralı, kasten yaralama kuralının bir istisnasını teşkil edebilir. Böylece, kasten yaralama normu ilga olmadan vakaya uygulanmayabilir.

İlkeler ise yapılarında kurallar gibi bir hukuki sonuç ile belirli hale gelmemiştir. İlkenin formülasyonu, kural gibi şarta bağlı sonuç doğuran bir normatif cümle değildir. İlkeler vakada, hâkimi bir hukuki sonuca yönlendiren bir argüman ortaya koyar ve fakat bir kararı içermez.[41] Bunun yanı sıra, Dworkin'e göre, kuralların aksine, ilkelerin ağırlık ve önem boyutu vardır. İlkeler çatıştığında ise hâkim, çatışan ilkelerin ağırlıklarını dikkate alarak ağır basan ilke yönünde bir karar verir. Bu durumda, iki ilke çatıştığında, karar, ilkelerinden birinin geçersiz olması ya da ilga edilmesi ile sonuçlanmaz.[42]

2. Alexy'nin İlke Teorisi

Alexy, normların niteliksel olarak kural ve ilke olarak ayrılabileceğini benimsemiştir. Buna göre, her norm ya bir kuraldır ya da bir ilkedir.[43] Bu bağlamda Alexy'nin kuramında, öncelikle kurallar ile ilkelerin birbirinden ayrımı (A), daha sonrasında ilkelerin ve kuralların nasıl çatıştığı (B) ve yargılamada bu normların nasıl uygulandığı (C) incelenecektir.

A. Ayrım

İlkeler, hukuki ve olgusal olasılıklar içerisinde mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesi gereken normlardır. Bir ilke, çeşitli derecelerde yerine getirilebilen ve bu yerine getirme derecesinin hem olgusal olasılığa ve hem

---

39 **DWORKIN**, 1978, s. 27; **DWORKIN**, 2007, s. 51-52; **DWORKIN**, 1967, s. 27. Ayrıca bkz. GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 16. Baskı, Ekin, Bursa, 2019, s. 382 vd.

40 **DWORKIN**, 1978, s. 24-25; **DWORKIN**, 2007, s. 49; **DWORKIN**, 1967, s. 25.

41 **DWORKIN**, 1978, s. 24-26; **DWORKIN**, 2007, s. 49-50; **DWORKIN**, 1967, s. 25-26. Ayrıca bkz. **SILTALA**, s. 43-46.

42 **DWORKIN**, 1978, s. 27; **DWORKIN**, 2007, s. 51; **DWORKIN**, 1967, s. 27.

43 **ALEXY**, 2010a, s. 48.

de hukuki olasılığa bağlı olduğu optimizasyon gerekliliğidir (*Optimierungsgebot*/*optimization requirement*).[44] Kurallar ise ya yerine getirilir ya da yerine getirilmez. Bir kural uygulanıyorsa, kuralın hukuki sonucu aynen ifade edildiği şekilde uygulanır. Bu bakımdan, kurallar, olgusal ve hukuki olasılıkta sabit noktaları içerir.[45]

Alexy, Dworkin'in ilke-kural ayrımına benzer bir ayrım benimser ve fakat ondan farklı olarak ilke kavramının içeriğini belirler. Buna göre, ilkeler, çatıştığı diğer ilke ve kurallara göre optimize olan normlardır.[46] Alexy'nin kuramındaki diğer bir farklılık ise Dworkin, zor davalarda ortaya çıkan pozitif olmayan ilkeleri benimserken, Alexy, pozitif olmayan ilkelerden bahsetmez. Alexy'nin ilkeleri, anayasada yer alan ilkelerdir. Bununla beraber, Dworkin'in genel teorik çerçevesinin pozitif olmayan bir yapı olarak gözükmesine rağmen, yine de ilkelerin uygulanabilirliği için Dworkin, uygulanacak olan ilkenin önceki içtihatlarda veya yasalarda örneklenmesi gibi kurumsal desteğe/gerekçelendirmeye tabi tutmuştur.[47]

Dworkin, ilke ile politika arasında ayrıma gider. Buna göre, politikalar, toplumun ekonomik, siyasal veya sosyal alandaki gelişmesi amaçlarını düzenleyen standartlardır. İlkeler ise ekonomik, siyasal veya sosyal bir durumu güvence altına aldığı veya bu durumu geliştirdiği için değil, adaletin, hakka-

---

[44] **ALEXY**, 2010a, s. 47-48; ALEXY Robert, "The Construction of Constitutional Rights", **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No.1, 2010b, pp. 21-32, s. 21; ALEXY Robert, "Constitutional Rights and Proportionality", **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, Vol. 22, 2014, pp. 51-65, s. 52; ALEXY Robert, "Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 16, No. 3, 2018, pp. 871-879, s. 872-873; ALEXY Robert, "The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 37, Issue 1, 2017b, pp. 31-47, s. 36; ALEXY Robert, "Proportionality and Rationality", in JACKSON Vicki C./TUSHNET Mark (ed.), **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017a, s. 13-14. Alexy, burada kullandığı 'gereklilik' teriminin, emirleri, izinleri ve yasakları kapsayacak şekilde geniş olarak kullandığını belirtir. **ALEXY**, 2010a, s. 47, dipnot 23. Bununla birlikte, Alexy, kitabının Almanca orijinalinde "*Optimierungsgebote*" terimini kullanarak aslında ilkeyi, optimizasyon emri ile niteler. Bkz. ALEXY Robert, **Theorie der Grundrechte**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, s. 75. Bu çalışma kapsamında ise optimizasyon emri ve optimizasyon gerekliliği birbirinin yerine geçerek kullanılacaktır.

[45] **ALEXY**, 2010a, s. 48; **ALEXY**, 2010b, s. 21; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872-873; **ALEXY**, 2017b, s. 36; **ALEXY**, 2017a, s. 13-14.

[46] **ALEXY**, 2010a, s. 48.

[47] **DWORKIN**, 1978, s. 40; **DWORKIN**, 2007, s. 67; **DWORKIN**, 1967, s. 41. Bu konuda kısa bir inceleme için bkz. **BOROWSKI**, 2018, s. 109-112; NEVES Marcelo, **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules: Between the Hydra and Hercules**, Oxford University Press, Oxford, 2021, s. 48 vd.

niyetin veya ahlakın diğer boyutlarının bir gerekliliği olarak gözlemlenebilen standartlardır.[48] Alexy ise ilkeleri anayasal hak normları ile sınırlandırmaz. Ona göre, bu hakların sınırlandırma klozunda yer alan kamu yararı, kamu düzeni gibi sınırlandırma ölçütleri de bir ilkedir.[49]

B. Çatışma

Alexy, Dworkin'i izleyerek, iki kuralın birbirleriyle çatıştığı bir durumda, ya bu kurallardan birisinin diğerinin istisnasını oluşturacağını veyahut en azından bir kuralın geçersiz ilan edileceğini beyan eder. Dolayısıyla birbirlerinin istisnasını oluşturmayan ve bir vakada aksi iki sonuç doğuran kurallardan en az birisinin hukuk sisteminden çıkarılması ve geçersiz kabul edilmesi gerekir.[50]

Somut bir vakada, iki ilke birbirinin aksi bir sonuç öngördüğünde yani çatıştığında[51], çatışan ilkelerden birisinin daha ağır basması gerekmektedir. Bu durumda, ilkelerin birbirlerinin istisnalarını teşkil etme zorunluluğu olmadığı gibi ilkelerden birisinin geçersiz kılınması da gerekmez.[52] Alexy, ilkelerin her olayda farklı şekilde birbirlerine üstün gelebileceğini, dolayısıyla ağır basan bir ilkenin, mevcut somut vakanın koşulları çerçevesinde bir ağırlığı olduğunu belirtir.[53] Burada bir örnek vermek yerinde olacaktır.[54] Kamusal bir figürün veyahut bir ünlü kişinin fotoğrafının, evindeyken ünlü kişinin haberi olmadan dışarıdan yayınlanmak üzere çekildiğini düşünelim (*C1*). Böyle bir durumda karşı karşıya gelecek olan iki anayasal ilke vardır: Birincisi, ifade özgürlüğü hakkı (*P1*); ikincisi ise kişiliğini özgürce geliştirme hakkı veyahut özel yaşamın korunması hakkı (*P2*). Bu somut vakada (*C1*), fotoğrafı çekenin ifade özgürlüğü hakkı (*P1*), ünlü kişinin kişiliğini özgürce geliştirme hakkı (*P2*) ile çatışmaktadır. Zira burada *P1*, fotoğrafın yayınlanmasına izin verme sonucunu doğururken (*Q1*), *P2*, fotoğrafın yayınlanmasını ve bulundurulmasını yasaklama sonucunu doğurur (*Q2*). Bu çer-

---

48 **DWORKIN**, 1978, s. 22-23; **DWORKIN**, 2007, s. 46; **DWORKIN**, 1967, s. 23-24.

49 **ALEXY**, 2010a, s. 80-81.

50 **ALEXY**, 2010a, s. 49.

51 Alexy, birbirlerinin aksi iki sonuç öngören iki ilke için ilkelerin çatışması değil ilkelerin yarışması terimini kullanır. **ALEXY**, 2010a, s. 50.

52 **ALEXY**, 2010a, s. 50.

53 **ALEXY**, 2010a, s. 50-51.

54 Esinlenilen örnek için bkz. SARTOR Giovanni, "Consistency in Balancing: From Value Assessments to Factor-Based Rules", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Springer, Cham, 2018, s. 123.

çevede, bir mahkeme, bu çatışmada olayın koşulları çerçevesinde ya *P1*'i, *P2*'ye veyahut *P2*'yi, *P1*'e üstün tutabilir (**P**). Bu denklemde **P** üstünlük ilişkisini temsil eder:

(1) (*P1* **P** *P2*) *C1*

(2) (*P2* **P** *P1*) *C1*

Kurguladığımız bu vakada biz, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına (*P2*) üstünlük veriyoruz. Dolayısıyla *C1* çerçevesinde, *P2*, *P1*'e üstün geliyor:

(2) (*P2* **P** *P1*) *C1*

Bu durumda birisinin *C1*'deki koşullar çerçevesinde ünlü bir kişinin fotoğrafını yayınlamak üzere çekme fiili yasaklanmıştır. Bunun normatif bir şekilde ifade etmek gerekirse:

(3) Bir *A* fiili, *C1*'in koşullarını sağlıyorsa, *A* fiili anayasal olarak yasaklanmıştır.

Alexy, ilkelerin üstün gelmesine ilişkin yukarıdaki formülleri temel aldıktan sonra[55], nihayetinde "Çatışan İlkeler Kanunu"nu (*The Law of Competing Principles*/*LCP*) belirtir:[56]

(LCP) *C1* koşullarında *P2*, *P1*'e üstün geldiyse ve *C1* koşullarında *P2*, *Q2* sonucunu doğuruyorsa, bu durumda şartı (*C1*) ve ona bağlı bir sonucu (*Q2*) olan bir kural uygulanır: *C1* → *Q2*

Daha az teknik bir şekilde ifade edilirse:[57]

(LCP′) Bir ilkenin diğerine üstün geldiği durumlar, üstün gelen ilke ile aynı hukuki sonuca sahip bir kuralın koşullarını oluşturur.

Nihayetinde bir yargılamada verilen nihai karar, bir kuralı ifade eder. Zira oluşan bu şarta bağlı cümle, normatif bir cümledir: C → Q (C ise Q). Yani bir yandan normun uygulanma koşulu olan *protasis*[58] verilmekte, diğer yandan bu koşul gerçekleştiğinde meydana gelecek hukuki sonuç olan *apodosis*[59] verilmektedir. Bu formülü biraz daha açmak gerekirse, C, aslında

---

55 **ALEXY**, 2010a, s. 52-53; **ALEXY**, 2017a, s. 26.

56 **ALEXY**, 2010a, s. 54; **ALEXY**, 2017a, s. 26.

57 **ALEXY**, 2010a, s. 54.

58 Koşul tümcesi.

59 Sonuç tümcesi.

birden fazla koşuldan/faktörden meydana gelmektedir. Kurguladığımız olayda, *C1*, kamusal bir figürün (*F1*), evindeyken (*F2*), kişinin rızası olmadan (*F3*) ve yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesi (*F4*), anayasal olarak yasaklanmıştır (*Q2*):[60]

(4) *F1* ve *F2* ve *F3* ve *F4* → *Q2*

Nitekim olayın koşullarındaki bazı farklılaşmalar, bu hukuki sonucu da değiştirebilmektedir. Sözgelimi kamusal bir figürün bir kamuya açık bir yardım etkinliğinde, gazeteciler tarafından kişinin izni olmadan yayınlanmak üzere fotoğrafının çekildiğini düşünelim (*C2*). Burada yeniden ifade özgürlüğü hakkı (*P1*) ile kişiliğini özgürce geliştirme hakkı (*P2*) çatışmaktadır. Zira somut olayda, *P1*, kişinin fotoğrafının çekilmesine ve yayınlanmasına izin verilmesi sonucunu doğururken (*Q1*), *P2* çekilen fotoğrafın yayınlanmasının yasaklanması sonucunu doğurmaktadır (*Q2*). Biz, burada ifade özgürlüğü hakkını, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına üstün tutuyoruz:

(5) (*P2* **P** *P1*) *C2*

Bu durumda yarışan ilkeler kanunu şu şekilde oluşuyor:

(LCP) *C2* koşullarında *P1*, *P2*'ye üstün geldiyse ve *C2* koşullarında *P1*, *Q1* sonucunu doğuruyorsa, bu durumda şartı (*C2*) ve ona bağlı bir sonucu (*Q1*) olan bir kural uygulanır: *C2* → *Q1*

Fotoğrafın yayınlanmasına izin verme sonucunu doğuran etkenleri daha açık bir şekilde ifade etmek gerekir. Kamusal bir figürün (*F1*), rızası olmadan (*F*2), kamuya açık bir alanda (*F5*), gazeteciler tarafından (*F6*) yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesine (*F4*), anayasal olarak izin verilmiştir:

(6) *F1* ve *F*2 ve *F5* ve *F6* ve *F4* → *Q1*

Bu itibarla anayasal haklar, ilke karakteri gösterdiğinden dolayı, kurallarda olduğu gibi hukuki sonuçlarını hemen doğurmazlar. Çatışan ilkeler olarak optimize edilmeleri gerekir. Bu durumda, Alexy, Hohfeld'in hak terminolojisini değiştirerek kullanır. Buna göre, sübjektif anayasal haklar, *görünüşte/prima facie haklardır*.[61] Anayasal hakların kapsamına giren bir fiil, doğrudan devleti yükümlülük altında bırakmaz. Anayasal haklar, diğer hak-

---

[60] **ALEXY**, 2010a, s. 56. Ayrıca bkz. ALEXY Robert, "Two or Three?", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010c, s. 15-16.

[61] **ALEXY**, 2010a, s. 57-59. Bu terim, bundan sonra '*prima facie haklar*' olarak ifade edilecektir.

larla veya sınırlandırma ölçütleriyle dengelendikten sonra bir hak olarak sonuç doğurabilir. Alexy, bu bağlamda, mutlak hak kavramını kabul etmez. Nitekim Alman Anayasası, Madde 1'de yer alan "insan onuru ihlal edilemez" hükmünü mutlak bir şekilde yorumlamaz. Ona göre, insan onuru normuna kısmen bir kural olarak, kısmen de bir ilke olarak davranılması gerekmektedir. İnsan onuru ilkesi ile çatışan diğer ilkeler arasındaki üstünlük ilişkisi, insan onuru kuralının içeriğini belirler.[62] Bu itibarla, mutlak hak kavramı, Alexy'nin kuramında olanak dışıdır.

Alexy'ye göre, ilkeler arasındaki her çatışmada, yapılan yargılama sonucunda, bir kural ortaya çıkar. Bu kural, Alexy'nin kuramında, "türev anayasal hak normu"nu ifade eder. Türev anayasal hak normları, doğrudan anayasa metni tarafından oluşturulmayan ve fakat söz konusu anayasa metninden türetilen normlardır. Türev anayasal hak normu için anayasa metninden doğrudan oluşturulan norm çerçevesinde doğru anayasal meşrulaştırma sağlama olasılığı olduğunda, söz konusu türev norm, geçerli bir anayasal hak normu olmaktadır.[63] Yukarıda *C1* koşulları çerçevesinde oluşturulan (4) numaralı kural (*F1* ve *F2* ve *F3* ve *F4* → *Q2*), kişiliğini özgürce geliştirme hakkı normundan türeyen ve kişiliğini özgürce geliştirme hakkı normuna dâhil olan bir kural iken, *C2* koşulları çerçevesinde oluşturulan (6) numaralı kural (*F1* ve *F*2 ve *F5* ve *F6* ve *F4* → *Q1*), ifade özgürlüğü hakkı normundan türeyen ve ifade özgürlüğü hakkı normuna dâhil olan bir kuraldır.

Her ne kadar Alexy, bir normun ya kural ya da ilke olabileceğini belirtse de[64] anayasal haklar için saf bir kurallar modelini veyahut saf bir ilkeler modelini benimsemez. Anayasal hak normları, çatışmaları sonucunda oluşan türev normları yani kuralları da kapsadığı için hem ilke hem de kural karakteri gösterirler.[65]

---

[62] **ALEXY**, 2010a, s. 62-64. Alexy'nin takipçileri de mutlak hak kavramını kabul etmez. Bkz. TEIFKE Nils, "Human Dignity as an 'Absolute Principle'?", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010, s. 95 vd.; **BOROWSKI**, 2018, s. 345 vd.; BOROWSKI Martin, "Absolute Rights and Proportionality", **German Yearbook of International Law**, Vol. 56, 2013, pp. 385-424, s. 394 vd.; KLATT Matthias/MEISTER Moritz, **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 29 vd.

[63] **ALEXY**, 2010a, s. 35-36, 54-56.

[64] **ALEXY**, 2010a, s. 48.

[65] **ALEXY**, 2010a, s. 69-86.

C. Uygulama

Alexy, kural ve ilkelerin bir yargılamadaki uygulamasında da farklılık öngörmüştür. Buna göre, kurallar, altlama (*subsumption*) biçiminde uygulanabiliyorken (a), ilkeler, dengeleme (*balancing*) biçiminde uygulanabilmektedir (b).[66]

a. Altlama

Altlama ya da hukuki tasım (*syllogism*), mantık teorilerinde, bir büyük öncüle uyan bir veya birden fazla küçük öncül ile oluşturulan bir sonucu ifade eder.[67] Burada kasten yaralama kuralını tekrar kullanmak yerinde olacaktır.

(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu normun uygulanması öncelikle *deontik mantık*[68] çerçevesinde formüle edilir. Buna göre:[69]

(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi (*T*), bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (*OR*).

(2) Mağdurun psikolojik/algı durumunda her türlü olumsuz etkiye yol açan kişi (*M*), mağdurun algılama yeteneğini bozar.

(3) Bir kişinin, başka birisini herhangi bir şekilde bayıltması (*S*), psikolojik/algı durumunda olumsuz bir etkiye yol açar.

(4) *a*, bir kişiyi ilaç vererek bayıltmıştır (*S*).

(5) *a*, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmalıdır (*OR*).

---

66 **ALEXY**, 2010b, s. 21; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872-873; **ALEXY**, 2017b, s. 36.

67 FETERIS Eveline T., **Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions**, 2. Edition, Springer, Dordrecht, 2017, s. 26-27; FETERIS Eveline T., **Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Pinhan, İstanbul, 2019, s. 55-56.

68 Bkz. **FETERIS**, 2017, s. 26-27; **FETERIS**, 2019, s. 56.

69 Bkz. **ALEXY**, 2011, s. 224-226; ALEXY Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 16, No. 4, 2003, pp. 433-449, s. 434; **ALEXY**, 2010c, s. 10.

Bu yüklem mantığını daha da açıklayıcı bir şekilde göstermek için deontik operatörlere başvurmak gerekir:[70]

(1) (x) $(Tx \rightarrow ORx)$

(2) (x) $(Mx \rightarrow Tx)$

(3) (x) $(Sx \rightarrow Mx)$

(4) Sa

(5) ORa

(1) numaralı ifade, bir normatif cümledir; '*x*' değişkeni normun muhatabı kişiyi; '*T*', '*x*'in bir niteliğini belirten normun uygulama koşullarını içeren yüklemi ve '*OR*' ise '*x*'in ne yapması gerektiğini veya '*x*' ile ilgili olarak ne yapılması gerektiğini belirten yüklemi ifade eder. Formüldeki (2) numaralı ifade, mağdurun psikolojik/algı durumunda her türlü olumsuz etkiye yol açmanın (*M*), normatif cümledeki seçimlik şartlardan biri olan, algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma fiili (*T*) tarafından kapsandığını belirtir. (3) numaralı ifade, bayıltmanın (*S*), mağdurun psikolojik/algı durumunda her türlü olumsuz etkiye yol açma fiili (*M*) tarafından kapsandığını belirtir. (4) numaralı ifade, *a* kişisi tarafından bayıltma fiilinin (*S*) gerçekleştirildiğini ve dolayısıyla (5) numaralı ifade ile *a* kişisinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması gerektiğini ortaya koyar.[71] Bütün bu işlemler, bir hâkimin bir kuralı altlama veya hukuki tasımla nasıl uygulayacağını ortaya koymaktadır.

b. Dengeleme ve Ağırlık Formülü

Alexy'ye göre bir ilkenin uygulanması genel olarak, karşıt bir ilke ile belirlenmektedir. Her bir ilke, hukuki ve olgusal olasılıklar içerisinde mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesi gereken bir norm olduğundan dolayı, karşıt ilkeyle dengelenerek belirli/kararlı hale gelir.[72]

Alexy'ye göre, ölçülülük ilkesinin[73] her bir alt ilkesi, yani elverişlilik, gereklilik ve orantılılık/dar anlamda ölçülülük ilkeleri, ilkelerin doğasından

---

[70] **ALEXY**, 2011, s. 224-227; **ALEXY**, 2003, s. 433-434; **ALEXY**, 2010c, s. 10.

[71] **ALEXY**, 2011, s. 224-227; **ALEXY**, 2003, s. 433-434; **FETERIS**, 2017, s. 130; **FETERIS**, 2019, s. 187.

[72] **ALEXY**, 2010b, s. 21; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872-873; **ALEXY**, 2017b, s. 36.

[73] Ölçülülük ilkesi, Alexy'nin tanımladığı anlamda bir ilke değildir. Alexy'ye göre aslında ölçülülük ilkesi, yani elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri, ya yerine getirilen ya da yerine getirilmeyen kurallardır. Bkz. **ALEXY**, 2010a, s. 66-67'deki 84 no'lu dipnot.

kaynaklanmaktadır.[74] Gereklilik ve elverişlilik ilkeleri, olgusal olarak neyin mümkün olduğu ile ilgili olan optimizasyon gerekliliklerinden doğar. Orantılılık/Dar anlamda ölçülülük ise hukuki olarak neyin mümkün olduğu ile ilgili olan optimizasyon gerekliliklerinden doğar.[75] Sözgelimi iki ilke çatıştığında (*P1* ve *P2*), aynı etkililiğe sahip iki önlemden birincisi (*M1*), sınırlanacak olan ilkeyi (*P1*), diğer önleme (*M2*) göre daha fazla sınırlıyorsa, bu durumda *M1* veya *M2*'nin tercih edilmesi, *P2* açısından herhangi bir şeyi değiştirmeyeceğinden ve *P1*'in de olgusal olarak mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesi gerektiğinden dolayı, daha az sınırlandıran önlem olan *M2*'nin tercih edilmesi gerekir.[76] Aynı şekilde, bir ilkeyi (*P1*) sınırlandıran bir önlem (*M1*), diğer bir ilkenin (*P2*) gerektirdiği bir amacı gerçekleştirmeye elverişli veya uygun değilse, bu durumda *M1*'in uygulanması veya uygulanmaması *P2* bakımından herhangi bir şey değiştirmeyeceğinden ve *P1*'in olgusal olarak mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesi gerektiğinden dolayı *M1*'in uygulanmaması gerekmektedir. Böylece gereklilik ilkesi de aslında ilkelerin doğasından kaynaklanmaktadır.[77]

Orantılılık ilkesine ise Alexy, dengeleme formülleri ve ağırlık formülüyle özel bir yer ayırır. Orantılılık ilkesi, hukuki olasılıklarla ilgili neyin mümkün olduğu ile ilgili olarak optimizasyonu ifade eder. Alexy, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararına dayanarak[78], "Dengeleme Kanunu"nu (*Law of Balancing*/*Substantive Law of Balancing*) ileri sürer:[79]

---

[74] **ALEXY**, 2010a, s. 66; ALEXY Robert, "On the Structure of Legal Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 13, No. 3, 2000, pp. 294-304, s. 297; **ALEXY**, 2017b, s. 36; **ALEXY**, 2010b, s. 24; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872; **ALEXY**, 2017a, s. 14; ALEXY Robert, "Discourse Theory and the Fundamental Rights", in MENÉNDEZ Agustin José/ ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006, s. 23.

[75] **ALEXY**, 2010a, s. 67; **ALEXY**, 2000, s. 298; **ALEXY**, 2017b, s. 36-37; **ALEXY**, 2010b, s. 27-28; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872-873; **ALEXY**, 2017a, s. 14; **ALEXY**, 2006, s. 24.

[76] **ALEXY**, 2010a, s. 68; **ALEXY**, 2000, s. 298; **ALEXY**, 2014, s. 53; **ALEXY**, 2017a, s. 15-16.

[77] **ALEXY**, 2010a, s. 68-69; **ALEXY**, 2000, s. 298; **ALEXY**, 2014, s. 52-53; **ALEXY**, 2017a, s. 14-15.

[78] *BVerfGE 7, 377* (404-405) - Apotheken-Urteil; *BVerfGE 20, 150* (159) - Sammlungsgesetz; *BVerfGE 17, 306* (313-314) - Mitfahrzentrale; *BVerfGE 35, 202* (225-226) - Lebach.

[79] **ALEXY**, 2010a, s. 102; **ALEXY**, 2000, s. 298; **ALEXY**, 2017b, s. 37; **ALEXY**, 2010b, s. 28; **ALEXY**, 2014, s. 54; **ALEXY**, 2018, s. 873; **ALEXY**, 2017a, s. 16; **ALEXY**, 2006, s. 24.

> Bir ilkenin yerine getirilmeme veyahut zarar görme derecesi ne kadar büyükse, diğer ilkenin yerine getirilmesinin önemi o kadar büyük olmalıdır.

Burada üç aşama mevcuttur. Öncelikle birinci ilkenin yerine getirilmeme, zarar görme derecesi oluşturulur. İkinci aşamada çatışan ilkenin yerine getirilmesindeki önemi oluşturulur. Üçüncü aşamada ise çatışan ilkenin yerine getirilmesindeki önemin, birinci ilkenin yerine getirilmeme ya da zarar görmesini meşrulaştırıp meşrulaştırmadığı değerlendirilir.[80]

Alexy, sonradan, yasamaya tanınan epistemik takdir alanıyla ilgili olan ikinci bir dengeleme kanunu daha belirlemiştir: Epistemik Dengeleme Kanunu (*Epistemic Law of Balancing*). Özellikle bir anayasal hakkın en iyi şekilde nasıl dengeleneceğinin açık olmadığı ve yasamaya kendi değerlendirmelerine göre karar verebileceği sınırlı bir alanın tanındığı durumlarda epistemik takdir alanı ortaya çıkmaktadır.[81] Buna göre:[82]

> Bir anayasal hakka müdahalenin ağırlığı ne kadar fazlaysa, onun temelindeki öncüllerin kesinliği de o kadar yüksek olmalıdır.

Alexy, bu iki dengeleme kanununa dayanarak bir "Ağırlık Formülü" (*Weight Formula*) oluşturur. Ağırlık Formülü, Alexy'nin dengelemenin rasyonel standartlara dayanamayacağı ve hâkimin sübjektif kararına dayanacağı yönündeki itirazlara[83] yönelik olarak oluşturduğu bir formüldür. Bu formülün rakamlardan oluşmadığını belirten Alexy, ağırlık formülünün, müdahale

---

80 **ALEXY**, 2010a, s. 401; **ALEXY**, 2006, s. 24-25.

81 **ALEXY**, 2010a, s. 415.

82 **ALEXY**, 2010a, s. 418.

83 Bu itirazlar için bkz. HABERMAS Jürgen, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, (Çev. William Rehg), The MIT Press, Cambridge, 1996, s. 258-260; SCHLINK Bernhard, **Abwägung im Verfassungsrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, s. 134 vd.; SCHLINK Bernhard, "Proportionality (1)", in ROSENFELD Michel/SAJÓ András (ed.), **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 724-726, 734-735; SCHLINK Bernhard, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?", **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 22, 2012, pp. 291-302, s. 299-301. Schlink'in son bahsedilen makalesinin Türkçe çevirisi için bkz. SCHLINK Bernhard, "Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer?", (Çev. Lütfullah Yasin Akbulut/Eyüp Kaan Demirkan), **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien**, Cilt 1, Sayı 1, Haziran 2019, pp. 179-192. Aynı yönde bkz. SAJÓ András, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", in SAJÓ András (ed.), **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**, Eleven International Publishing, Utrecht, 2006, s. 68-69.

derecesi, soyut ağırlıkların önemi ve güvenilirlik derecesinden oluşan rasyonel standartlar hakkındaki kararlar olduğunu ifade eder. Mantıksal araçların, hukuki tasım uyarınca altlamanın çıkarımsal yapısını açıklaması gibi ağırlık formülü de dengeleme ilkelerinin çıkarımsal yapısını açıklayan formel bir araçtır.[84] Maddi Dengeleme Kanunu, çatışan iki ilkenin (*Pi* ve *Pj*), hem somut (*Ii* ve *Ij*) hem de soyut ağırlığının (*Wi* ve *Wj*) dengelenmesini oluşturur.[85] Epistemik Dengeleme Kanunu ise vakanın somut koşulları çerçevesinde *Pi*'nin gerçekleşmemesi ve *Pj*'nin gerçekleştirilmesi için söz konusu önlemin ne anlama geldiğine ilişkin ampirik varsayımların güvenilirliklerinin (*Ri* ve *Rj*) dengelenmesini oluşturur.[86] Nihayetinde, karşımıza bir ağırlık formülü çıkar:[87]

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Wi, j, Pi'nin vakanın koşulları çerçevesindeki somut ağırlığını ifade eder. Buna göre, bu somut ilkenin ağırlığı, vakanın koşulları ve çatışan ilkenin somut ağırlığı karşısında göreli olarak belirlenmektedir.[88]

Alexy, her bir sembolün değerini belirlemek ve böylece formülden bir sonuç elde etmek için her bir sembol için üçlü değer ölçeği belirlemiştir. İlkelerin somut (*Ii* ve *Ij*) ve soyut (*Wi* ve *Wj*) ağırlıklarına verilen üçlü ölçek, "hafif", "orta" ve "ciddi" ölçeklerinden oluşur. Burada, "hafif" ölçeği "*l*" harfiyle, "orta" ölçeği "*m*" harfiyle ve "ciddi" ölçeği "*s*" harfiyle karşılanır.[89] Alexy, ölçeğin değerlerini bir geometrik diziye göre oluşturur. Buna göre, l ölçeği 2^0, m ölçeği 2^1, s ölçeği ise 2^2 değeri ile karşılanır. Dolayısıyla ölçek sırasıyla 1, 2 ve 4 değerlerine sahiptir.[90] Alexy, ampirik varsayımların güvenilirliklerine ilişkin olarak da üçlü bir ölçek oluşturur. Bu üçlü ölçek sırasıyla, "kesin ya da güvenilir", "inandırıcı ya da iddia edilebilir" ve "bariz yan-

---

84 **ALEXY**, 2003, s. 448; **KLATT/MEISTER**, s. 12.

85 **ALEXY**, 2010a, s. 406; **ALEXY**, 2017b, s. 37-38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-30; **ALEXY**, 2014, s. 54; **ALEXY**, 2018, s. 874.

86 **ALEXY**, 2003, s. 446; **ALEXY**, 2017b, s. 37-38; **ALEXY**, 2010b, s. 30; **ALEXY**, 2014, s. 54; **ALEXY**, 2018, s. 874; **ALEXY**, 2010c, s. 11; **ALEXY**, 2017a, s. 17-18.

87 **ALEXY**, 2003, s. 446; **ALEXY**, 2017b, s. 37; **ALEXY**, 2010b, s. 30; **ALEXY**, 2018, s. 873; **ALEXY**, 2010c, s. 11; **ALEXY**, 2017a, s. 17.

88 **ALEXY**, 2003, s. 444; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-31.

89 **ALEXY**, 2003, s. 440; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-31; **ALEXY**, 2014, s. 55; **ALEXY**, 2018, s. 874; **ALEXY**, 2017a, s. 17-18; **ALEXY**, 2006, s. 25-27.

90 **ALEXY**, 2003, s. 444; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-31; **ALEXY**, 2014, s. 55; **ALEXY**, 2018, s. 874; **ALEXY**, 2017a, s. 17-18; **ALEXY**, 2006, s. 25-27.

lış" ölçekleridir. "Kesin ya da güvenilir" ölçeği, "*r*" harfiyle, "inandırıcı ya da iddia edilebilir" ölçeği "*p*" harfiyle ve "bariz yanlış" ölçeği ise "*e*" harfiyle karşılanır. Bu ölçekte ise "r" ölçeği 2^0, "p" ölçeği 2^{-1} ve "e" ölçeği 2^{-2} değerleriyle karşılanır. Bu durumda, bu ölçeklerin değeri sırasıyla 1, $1/2$ ve $1/4$'tür.[91]

Alexy, her bir somut vakada, bir yandan yerine getirilmeyen ilkenin yerine getirilmeme derecesini (*Ii*), yerine getirilmeyen ilkenin soyut ağırlığını ifade eden değeri (*Wi*) ve önleme ilişkin ampirik varsayımların güvenilirliğini (*Ri*) yukarıda dile getirilen üçlü ölçeklere göre belirler. Diğer yandan, çatışan ilkenin yerine getirilmesindeki önemi (*Ij*), çatışan ilkenin soyut ağırlık değerini (*Wj*) ve önleme ilişkin ampirik varsayımların güvenilirliklerini (*Rj*) yukarıda dile getirilen üçlü ölçeklere göre belirler. Eğer sonuç, 1'in üstünde ise bu durumda ilkeye/hakka yapılan müdahale orantısızdır. Sonuç 1'in altında olursa, ilkeye/hakka yapılan müdahale orantılıdır. Sonucun 1 olduğu durumlar ise pat olarak nitelendirilir. Pat durumlarında ise devletin/yasamanın yapısal takdir yetkisinin olduğu kabul edilerek söz konusu müdahale orantısız bulunmaz.[92]

Alexy, anayasal hakların çatışmasında, çatışan ilkelerin soyut ağırlığının (*Wi* ve *Wj*) genellikle eşit olduğunu beyan eder. Bu durumda, Alexy'nin formülünde ilkelerin soyut ağırlıkları çoğunlukla denklemden çıkmaktadır.[93]

Ağırlık formülünü daha net anlaşılması için bir örnek vermek yerinde olacaktır. Alexy'nin ağırlık formülünü incelerken verdiği örneklerden birisi *Kenevir* kararıdır.[94] Genel fiil özgürlüğü (*Pi*) (Alman Anayasası, Madde 2/1) ve getirilen hapis cezaları bakımından özgürlük hakkı (Alman Anayasası, Madde 2/2) çerçevesinde yasamanın kenevir/haşiş ürünlerini yasaklayabilip yasaklayamaması, bu kararın konusunu oluşturmaktadır. Mahkeme, yasa-

---

91 **ALEXY**, 2003, s. 447; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-31; **ALEXY**, 2014, s. 55; **ALEXY**, 2018, s. 874; **ALEXY**, 2017a, s. 18.

92 **ALEXY**, 2003, s. 443 vd.; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2014, s. 55.

93 **ALEXY**, 2010a, s. 406; **ALEXY**, 2003, s. 440.

94 Kenevir kararı bir yasa değişikliğini konu alır. Bu yasa değişikliği ile kenevir ve haşiş gibi ürünlerin resmi izin dışında kullanımı, satışı, zilyetliği, yetiştirilmesi, üretilmesi ve ticareti yasaklanmıştır. Bu fiiller için 5 yıla kadar hapis cezası veya para cezası öngörülmüştür. Bu kuralın anayasaya aykırı olup olmadığı sorunu, birden fazla somut norm denetimi başvurusu ve bir anayasa şikâyeti ile Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, yasa değişikliği ile getirilen hapis ve para cezalarını anayasaya uygun bulmuştur. Anayasa şikâyeti bakımından da ihlale karar vermemiştir. Bkz. *BVerfGE 90, 145* - Cannabis.

manın takip ettiği amacı sağlığın korunması ve yasamanın yerine getirdiği ilkenin toplumsal yarar olduğunu belirtmiştir (*Pj*). Kenevir ve haşişin yol açtığı ya da açabileceği zararlar konusunda kapsamlı bir araştırma yapan Mahkeme[95], nihayetinde bu maddelerin yol açtığı zararların önemli (ciddi/*s*) olduğunu belirtmiştir.[96] Yasayla alınan önlemin ampirik güvenilirliği noktasında Mahkeme, bir belirsizliğin (iddia edilebilir/*p*) söz konusu olduğunu beyan etmiştir.[97] Mahkeme nihayetinde yasayla getirilen yasağın ve cezaların anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.[98] Mahkemenin, yerine getirilmeyen ilkelerin müdahale derecesi ile ilgili açık bir ifadesi olmasa da Alexy, burada genel fiil özgürlüğünün yerine getirilmeme derecesini *m* olarak belirlemiş ve kenevir ürünlerinin yasaklanması durumunda *Pi*'ye yapılan müdahalenin kesin (*r*) olduğunu ifade etmiştir. Her iki ilkenin soyut ağırlıklarının da eşit olduğunu ifade ederek, ilkelerin soyut ağırlığını (*Wi* ve *Wj*) formülden çıkarmıştır.[99] Bu vaka bakımından oluşturulacak formül de aşağıdaki gibi olacaktır:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot R_i}{I_j \cdot R_j} = \; W_{i,j} = \frac{m \cdot r}{s \cdot p} = \; W_{i,j} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

Formülün uygulanmasıyla elde edilen sonuç 1 olduğundan dolayı burada bir pat gerçekleşmekte ve müdahalenin yasamanın takdir alanında olduğu kabul edilmektedir.

III. TEORİDEN İLİZYONA[100]

Normu ilke ve kural olarak ikiye ayıran Alexy'nin ilke teorisi, başta öğrencileri olmak üzere birçok yazar tarafından benimsenmiştir.[101] Gerçekten

---

95 *BVerfGE 90, 145* (175-181) - Cannabis.

96 *BVerfGE 90, 145* (181-182) - Cannabis.

97 *BVerfGE 90, 145* (182-183) - Cannabis.

98 *BVerfGE 90, 145* (193) - Cannabis.

99 **ALEXY**, 2003, s. 447.

100 Bu başlığın adlandırılmasında Poscher'in makalesinden esinlenilmiştir. Bkz. POSCHER Ralf, "Theory of a Phantom: The Principles Theory's Concept of a Principle", in OLIVEIRA Júlio Aguiar de et al. (ed.), **Alexy's Theory of Law**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2015.

101 Bkz. **KLATT/MEISTER**, s. 10 vd.; BOROWSKI Martin, "The Structure of Formal Principles: Robert Alexy's 'Law of Combination'", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010, s. 20-22; **TEIFKE**, s. 94-95; RIVERS Julian, "Constitutional Rights and Statutory Limitations", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 250 vd.; PECZENIK Aleksander, **On Law and Reason**, Springer,

de Alexy'nin ilke teorisi, anayasal hakların nasıl davrandığını en iyi şekilde açıklayan teoridir. Bununla beraber, bu çalışma kapsamında normatif ilke ve kural ayrımı, yani ilke-norm[102] reddedilecektir (1). Aynı şekilde bu çalışma kapsamında, Alexy'nin ilke tanımıyla bağlantılı olarak ulaştığı Çatışan İlkeler Kanunu ve Dengeleme Kanununun da ilkenin tanımıyla bazı uyuşmazlıklar içerdiği (2) ve Alexy'nin Ağırlık Formülü'nün belirli açılardan sübjektif nitelikte olduğu (3) kabul edilecektir. Bütün bu hususlar dikkate alındığında, Alexy'nin ilke teorisinin, birden fazla seyirciyi etkileyen bir illüzyona dönüştüğü görülecektir.

1. İlke-Normun Reddi

Alexy'nin anayasal haklar kuramının temelinde büyük bir hata vardır. Özellikle ilkenin tanımlanması konusu, ilke-normu destekleyemeyecek bir durumdadır. İlk olarak Alexy'nin optimizasyon emri olarak tanımladığı ilke-norm, şekli bir hata içermektedir. Zira nihayetinde bir emir olan bir norm aslında Alexy'nin tanımladığı anlamda bir ilkeyi değil bir kuralı ifade

Dordrecht, 2008, s. 61-64; BARAK Aharon, **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, (Çev. Doron Kalir), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 38 vd. (kısmen); GREER Steven, ""Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 63, No. 2, 2004, pp. 412-434, s. 415 vd.; CHRISTOFFERSEN Jonas, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, s. 205 vd.; PULIDO Carlos Bernal, "On Alexy's Weight Formula", in MENÉNDEZ Agustin José/ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006, s. 101 vd.; MENÉNDEZ Agustin José, "Some Elements of a Theory of European Fundamental Rights", in MENÉNDEZ Agustin José/ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006, s. 166 vd.; SARTOR Giovanni, "Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality", **Artificial Intelligence and Law**, Vol. 18, No. 2, 2010, pp. 175-215, s. 177 vd; KOMMERS Donald P./MILLER Russell A., **The Constitutional Jurisprudance of the Federal Republic of Germany**, 3. Edition, Duke University Press, Durham, 2012, s. 66-67; YÜKSEL Saadet, **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, Alfa, İstanbul, 2015, 221 vd.; VURAL Hasan Sayim, Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 111 vd.; GÜLFİDAN Osman Serkan, **Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri: Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme**, Yetkin, Ankara, 2020, s. 106 vd.; TSCHENTSCHER Axel, "Interpreting Fundamental Rights: Freedom versus Optimization", in PÜNDER Hermann/WALDHOFF Christian (ed.), **Debates in German Public Law**, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 47 vd. Bununla birlikte Tschentscher, Alexy'den farklı olarak, mutlak hakların varlığını kabul eder ve bunların kural-norm olduğunu belirtir. **TSCHENTSCHER**, s. 50-51. Ávila ise ilke ve kural ayrımını Alexy'nin ayrımından kısmen farklılaştırır ve bu ayrıma bir de 'postüla' kategorisini ekler. ÁVILA Humberto, **Theory of Legal Principles**, Springer, Dordrecht, 2007, s. 29-40.

[102] Alexy'nin normatif olarak kuraldan ayırdığı ilke, 'ilke-norm' olarak ifade edilecektir.

eder.[103] Alexy, bu eleştiri karşısında, ilke tanımını değiştirir. Buna göre, ilke artık bir optimizasyon emri değil *optimize edilecek bir emirdir* (*commands to be optimized*).[104] Bu bağlamda, karşımıza iki unsur çıkar: Bir tarafta optimize edilmesi gereken bir nesneye dönüşen ilke, diğer tarafta ise bu nesneyi optimize eden bir meta-kural. Optimize emrini içeren meta-kural, optimize edilmesi gereken bir nesne olan ilkeyi optimize ederek uygulanır.[105]

Her ne kadar Alexy, ahlak ve hukuk felsefesi bakımından maddi bir değişikliğin olmadığını savunsa da[106] ilke ile kural arasındaki normatif ayrımın aynı şekilde kaldığı söylenemez. Bir optimizasyon gerekliliği, *bir şeyin* optimize edilmesini icap ettirir ve fakat emirlerin optimize edilme zorunluluğunu gerektirmez. Sözgelimi, ilke teorisine göre, Alman Anayasası Madde 2/2'de yer alan vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı, vücut bütünlüğünü, sağlığı ve insan yaşamını optimize etme emrini içerir. Ancak vücut bütünlüğü ve insan yaşamı bir emir veya gereklilik değildir. Dolayısıyla bunlar normatif değil olgusal nesnelerdir.[107] Nitekim burada optimizasyon emrinin normatifliği ile optimizasyon emrinin nesnesinin normatifliğini birbirine karıştırmamak gerekir. Optimizasyon emri, bir nesneyi, hukuki ve olgusal imkânlar bakımından mümkün olan en yüksek dereceye çıkarma yükümlülüğü aracılığıyla normatifliğini elde eder. Ancak optimizasyon emrinin nesneleri, hiçbir şekilde normatif bir niteliğe sahip olamaz.[108]

Nitekim Alexy'ye göre, muhtaç insanlara yardım gerekliliğinin, optimizasyon gerekliliğinin bir nesnesi olması, optimize edilecek bir gerekliliğe ör-

---

[103] Bu düzeltme için bkz. AARNIO Aulis, "Taking Rules Seriously", **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Supplement**, Vol. 42, 1990 pp. 180-192, s. 187; **AARNIO**, 1997, s. 63-64; AARNIO Aulis, **Essays on the Doctrinal Study of Law**, Springer, Dordrecht, 2011, s. 123-124.

[104] **ALEXY**, 2000, s. 300.

[105] **ALEXY**, 2000, s. 300.

[106] **ALEXY**, 2000, s. 301. Alexy, bu savunusunda Peczenik'e dayanmaktadır. Bkz. **PECZENIK**, s. 63-64.

[107] POSCHER Ralf, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 22, No. 4, 2009, pp. 425-454, s. 436-437; POSCHER Ralf, "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 233; **POSCHER**, 2015, s. 134; POSCHER Ralf, "Resuscitation of a Phantom?: On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 33, No. 2, 2020, pp.134-149, s. 141.

[108] **POSCHER**, 2009, s. 437; **POSCHER**, 2012, s. 233-234; **POSCHER**, 2015, s. 134; **POSCHER**, 2020, s. 141.

nektir. Ancak muhtaç insanlara yardımın optimize edilmesi gerekliliği ile muhtaç insanlara yardımın gerekliliğini optimize etme gerekliliği arasında önemli bir fark vardır. Muhtaç insanlara yardım, barınak sağlanması, çadır verilmesi, kıyafet veya yemek dağıtılması ile optimize edilebilir. Ancak muhtaç insanlara yardım gerekliliği, sözgelimi, muhtaç insanlara yardım etmeyi ihmal eden kişilere verilecek ceza ile optimize edilebilir. Bu bakımdan, Alexy'nin ilke-normu, optimize edilecek bir gereklilik olarak yeniden oluşturması, kendi kuramıyla tutarlı veya anlamlı bir sonuca ulaşmamaktadır.[109]

Alexy'nin bu yeni formülasyonunda, optimizasyon emrini içeren bir meta-kuralın bir hukuk sisteminde var olabilmesi sorunundan ayrı olarak[110], ilkenin normatif olarak kuraldan ayrılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bu formülasyonda, ilke, bir meta-kural sayesinde optimize edilebilmektedir. Bu husus da ilkeyi, bir optimizasyon nesnesi olarak hukuk sistemindeki diğer normlardan ayırmaz. Bu suretle, Alexy'nin yeni ilke formülasyonundaki temel unsur bir nesne haline gelen ilke değil, optimizasyonu sağlayan meta-kuraldır. İlke herhangi bir belirli hukuk norm tipi oluşturmaz, ilkeler yalnızca optimizasyonu sağlayan bir meta-kuralın etkisini yansıtırlar.[111] Zira bir şeyin ilke olabilmesi için bu şeyin optimizasyon emrini içeren bir meta-kuralın nesnesi olması zorunludur.[112] Nihayetinde, ilke-normun, bir normun nesnesi haline gelmesi, ilkenin normatif niteliğini ortadan kaldırır.

Alexy'nin yaşatmaya çalıştığı ilke teorisi çerçevesinde, ilke ayrı bir norm tipi olarak kabul edildiği takdirde, bu sefer, kuralın niteliği hakkında da yeni belirlemeler yapılmalıdır. Alexy'nin yeni ilke yapısında, ilkenin kuraldan ayrılabilmesi için kuralların, optimize etmeyen meta-kuralların nesnesi olduğunun kabulü gerekecektir. Bu durumda ise aslında iki norm tipi oluşmaktadır: bir yanda bir optimize gerekliliği olan meta-kural, diğer yanda optimize gerekliliği olmayan meta-kural.[113] Dolayısıyla Alexy'nin yeni formülasyonunda ayrı bir norm tipi oluşmamaktadır.

---

[109] **POSCHER**, 2015, s. 137-138; **POSCHER**, 2020, s. 140-141.

[110] Bunun için bkz. MARTINEZ-ZORILLA David, "Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Springer, Cham, 2018, s. 175-176.

[111] RAMIÃO Rúben, "Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Cham, 2018, s. 166; **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 175.

[112] **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 175.

[113] **RAMIÃO**, s. 166; **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 175.

Alexy'nin öğrencilerinden Sieckmann da Alexy'nin ilke teorisini kurtarma çabalarında başarısız olduğunu kabul etmiştir. Sieckmann'a göre, optimizasyon gerekliliğinin nesnesini oluşturan normlar, herhangi bir belirli mantıksal yapıdan yoksun olduklarından, bu normlar, mantıksal olarak ayrı bir norm türü oluşturamaz. Bu bağlamda, ilke teorisinin merkezinde yer alan katı ilke-kural ayrımının terk edilmesi gerekir. İlkeler, optimizasyon gerekliliği olarak tanımlanamayacağı gibi optimizasyon gerekliliğinin nesnesi olan bir norm olarak da tanımlanamaz. İlkeler, normatif argümanlardır ve özerk bir normatif yapıya sahip değildirler.[114]

Nitekim Alexy'nin kendisi dahi kural ile ilkeyi ayırmayı başaramamıştır. Alexy bir yandan her normun ya bir kural ya da bir ilke olduğunu beyan etmekte[115], diğer yandan ise anayasal hak normlarının hem kural hem de ilke karakteri gösterdiğini kabul etmektedir.[116] Dolayısıyla daha başından itibaren Alexy'nin ilke teorisi, ilkeyi kuraldan başarılı bir şekilde ayırt edememiştir.[117]

Bunların yanı sıra, Alexy'nin kullandığı optimizasyon modeli de eleştirilmiştir. Buna göre, sosyal sorunların yer aldığı ekonomi, bilim, teknoloji ve din gibi sosyal alanlara bağlı olarak birçok bakış açısının bulunduğu karmaşık bir toplumda yaşadığımız gerçeğini ve bu bakış açılarının çoğulluğunu bir hukuk sisteminin kendi kriterlerine göre yansıttığı gerçeğini göz ardı ettiği için optimizasyon modeli zayıf bir model ortaya koyar. Bu bağlamda, bir perspektifte optimize olabilen şey, başka bir perspektifte optimize olmayabilir.[118] Optimizasyon modeli, çatışan ilkeler arasında optimum ilkeye ulaşabilen karşı-olgusal (*counterfactual*) bir özne varsayar. Ancak anayasal hakların birbirleri veya sınırlandırma ölçütleri/kamu yararı arasındaki çatışma, aslında bu sosyal alanlara dayanır. Neves'e göre, optimizasyon aracı olan dengeleme, karmaşık sosyal ve yasal süreçlerin bulunduğu bir toplum-

---

[114] SIECKMANN Jan-R., "Alexy's Theory of Principles: The Ideal/Real Dualism", in OLIVEIRA Júlio Aguiar de et al. (ed.), **Alexy's Theory of Law**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2015, s. 150-151; SIECKMANN Jan-R., "The Theory of Principles: A Framework for Autonomous Reasoning", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010, s. 50-51. Ayrıca bkz. SIECKMANN Jan-R., **The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning**, Hart Publishing, Oxford, 2012, s. 45 vd.

[115] **ALEXY**, 2010a, s. 48.

[116] **ALEXY**, 2010a, s. 69-86.

[117] **POSCHER**, 2009, s. 440; **POSCHER**, 2012, s. 237-238. Benzer yönde bkz. PIRKER Benedikt, **Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study**, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2013, s. 48 vd.

[118] **NEVES**, s. 67-68.

da gerçekleşir. Bu sebeple, bu toplumsal karmaşık yapı karşısında, dengelemeyi yapacak olan ideal öznenin rasyonel tercihine dayanan optimizasyon modelinden optimum sonuç elde edilemez.[119]

2. Dereceli Uygulanma İtirazı

Alexy'nin ilke tanımının yanı sıra Çatışan İlkeler Kanunu ve Dengeleme Kanunu da eleştiriye uğrar. Alexy'ye göre, ilke, çatışan diğer ilkelere göre belirli derecelerde yerine getirilen optimizasyon gerekliliğidir. Ancak Alexy'nin hem Çatışan İlkeler Kanunu'ndaki hem de Dengeleme Kanunu'ndaki anlatımı, ilkelerin dereceli olarak yerine getirilmesi hususunu dışlamaktadır. Çatışan İlkeler Kanunu'na bakıldığında[120], bir ilke, belirli koşullar çerçevesinde diğer ilkeye üstün gelmekte ve diğer ilkeden etkilenmeden kendi sonucunu doğurmaktadır. Kamusal bir figürün evindeyken kişinin rızası olmadan fotoğraflarının çekilmesinde, kişiliğini özgürce geliştirme hakkının ifade özgürlüğü hakkına üstün gelmesi, aslında doğrudan kişiliğini özgürce geliştirme hak normunun hukuki bir sonucu olan yasaklama sonucunu doğurmaktadır. Burada, yasaklama sonucu, çatışan ilke olan ifade özgürlüğü hakkından herhangi bir şekilde etkilenmemektedir. Aynı şekilde, kamusal bir figürün kamuya açık bir yardım etkinliğindeyken fotoğrafının çekilmesinde ise ifade özgürlüğü hak normu, çatışan ilke olan kişiliğini özgürce geliştirme hakkından herhangi bir şekilde etkilenmeden sonucunu doğurmaktadır. Bu husus, Dengeleme Kuralı bakımından da sorunludur. Dengeleme Kuralı, basitçe bir ilkenin yerine getirilmeme derecesi ile çatışan diğer kuralın yerine getirilmesinin önemi arasında bir orantıyı gerektirmektedir. Alexy'nin *Titanik* kararı[121] örneğine bakmak gerekirse, belden aşağısı felçli olan bir yedek subaya, "doğuştan katil" demek ifade özgürlüğü normunun sonucu olan izin verme sonucunu doğururken, "özürlü/(*Krüppel*/*cripple*)"[122] demek, kişiliğini özgürce geliştirme hakkının sonucu olan yasaklamayı doğurmaktadır. Alexy'nin iddia ettiğinin aksine, genel olarak anayasal haklar dereceli bir şekilde sonuç doğurmamakta, bir hak normunun sonucu, çatışan diğer haktan dolayı etkilenmemektedir.[123]

---

[119] **NEVES**, s. 68.

[120] Bkz. **II 2 B**.

[121] Bkz. *BVerfGE 86, 1* - TITANIC/'geb. Mörder'.

[122] '*Krüppel*/*Cripple*' tabiri tam olarak 'özürlü' tabiri ile karşılanmasa da her iki tabirin de hakaretamiz içeriğindeki benzerlik dolayısıyla özürlü tabiri tercih edilmiştir.

[123] **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 174.

Alexy'nin ilkelere atfettiği bu dereceli şekilde uygulanmanın sebebi ilkelerin yapısından değil ve fakat ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan 'gereklilik' ilkesinden kaynaklanmaktadır. Zira gereklilik ilkesi, bir hakka müdahale edilirken, elde edilmek istenen amaca aynı veya daha fazla katkıyı sunan ve müdahale edilen hakka daha az sınırlama getiren müdahale biçiminin tercih edilmesini gerektirir. Bu sebeple, gereklilik ilkesinin olaya uygulandığı bir durumda, sınırlanan hakkın sonucu tamamen engellenmez. Sözgelimi içinde çıplaklık barındıran bir derginin ahlakın korunması amacıyla tamamen sansürlenmesi ve toplatılması yerine, derginin üzerine "+18" işaretinin konulması[124], çatışan anayasal hak normu ile sınırlandırma normunu optimize edecektir.

Sonuç olarak, anayasal hakların dereceli bir şekilde uygulanması genel olarak söz konusu olmadığı gibi anayasal haklar dereceli bir şekilde uygulandığında bu hakların ilkesel karakterinden değil ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesinden kaynaklanmaktadır.

3. Ağırlık Formülünün Sübjektifliği

Alexy'nin Ağırlık Formülü'nün objektifliğini de tartışmaya açmak gerekir. Alexy'nin ağırlık formülünün sübjektifliğini gösteren en önemli husus, Alexy'nin iddiasının aksine, ordinal derecelendirmeyi/sıra sayısı derecelendirmesini değil aslında kardinal derecelendirmeyi/nicelik sayı derecelendirmesini kullanmasıdır.

Alexy'nin üçlü ölçeği, Ağırlık Formülü'ndeki her bir sembole, "hafif", "orta" ve "ciddi" ya da "kesin ya da güvenilir", "inandırıcı ya da iddia edilebilir" ve "bariz yanlış" ölçeklerine göre 1-2-4 ya da $1\text{-}{}^{1}/_{2}\text{-}{}^{1}/_{4}$ değerlerini vermektedir. Alexy, yaptığı bu değerlemeyi ise ordinal derecelendirme/sıra sayısı derecelendirmesi olarak kabul etmektedir.[125] Ordinal derecelendirmede, derecelendirilen şeylerin karşılaştırılabilmesi, onlara verilen yukarıdaki değerlere/numaralara ihtiyaç duymaz. Burada önemli olan karşılaştırılan değişkenlerin karşılaştırılabilir bir büyüklük veya küçüklük ilişkisi içerisinde olmasıdır. Yukarıda gösterilen *Kenevir* kararını[126] burada yeniden ele alabiliriz. Hatırlanacağı üzere, kenevir maddelerinin yola açtığı zararların önemli (ciddi/s) olduğu, yasayla alınan önlemin ampirik varsayımların güvenilirliği

---

[124] Vaka için bkz. *Kaos GL v. Turkey*, App. No. 4982/07, Judgment of 22 November 2016.

[125] **ALEXY**, 2010a, s. 97-99, 408. Ayrıca bkz. BOROWSKI Martin, "On Apples and Oranges: Comment on Niels Petersen", **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning, 2013, pp. 1409-1418, s. 1413-1415.

[126] Bkz. *BVerfGE 90, 145* - Cannabis.

noktasında, bir belirsizliğin (iddia edilebilir/*p*) söz konusu olduğunu, genel özgürlük hakkının yerine getirilmeme derecesinin orta düzeyde (*m*) olduğu ve kenevir ürünlerinin yasaklanması durumunda, genel özgürlük hakkına yapılan müdahalenin kesin (*r*) olduğu kabul edilmişti. Nitekim burada elde edilen sonuç ise aşağıdaki gibi olmuştu:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot R_i}{I_j \cdot R_j} = W_{i,j} = \frac{m \cdot r}{s \cdot p} = W_{i,j} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

Ordinal derecelendirme, herhangi bir belirlenmiş bir numaraya ihtiyaç duymayacağından, burada aynı büyüklük ilişkilerini koruyan (*s* > *m* ve *r* > *p*) ve fakat farklı değerlerde olan bir derecelendirme yapıldığında da aynı sonucun oluşması gerekmektedir. Ancak Alexy'nin formülü ordinal derecelendirmeye elverişli değildir. Sözgelimi, *m*'nin değerini $3/2$ olarak, *s*'nin değerini 2 olarak, *r*'nn değerini 2 ve *p*'nin değerini 1 olarak kabul ettiğimizde, sonuç 1'in üstünde olacaktır:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot R_i}{I_j \cdot R_j} = W_{i,j} = \frac{m \cdot r}{s \cdot p} = W_{i,j} = \frac{\frac{3}{2} \cdot 2}{2 \cdot 1} = \frac{3}{2}$$

Bu durumda ise hakka yapılan müdahalenin hakkı ihlal ettiği kabul edilmiş olacaktr. Alexy, belirlediği üçlü derecelendirme ve ağırlık formülü ile değişkenlere kendi sübjektif değerlerini vermekte ve bu sübjektif değerler ile bir tartıma gitmektedir. Kardinal derecelendirme yapılmasının getirdiği en büyük tehlike, Ağırlık Formülü'nün tamamen sübjektif bir nitelik arz etmesidir. Bir hakka yapılan müdahalenin, çatışan diğer hakkın/ilkenin yerine getirilmesindeki öneminden daha ağır olduğu tespitini yapabiliriz. Ancak bir hakka yapılan müdahaleye, çatışan diğer ilkenin önemine, ampirik verilerin güvenilirliğine ve hakların/ilkelerin soyut değerlerine tavanı ve tabanı aynı olan bir derecelendirmede, yalnızca Alexy'nin belirlediği değerler verilebilmesi, Ağırlık Formülünü tamamen Alexy'nin sübjektif çıkarımlarına dönüştürür. Bir başka sorun teşkil eden husus, bir hakka yapılan müdahalenin ihlal teşkil edip etmediği sonucuna, hakka yapılan müdahalenin yoğunluğu ile ampirik verilerin güvenilirliğinin veya çatışan hakların/ilkelerin soyut değerlerinin aynı etkiyi yapabilmesidir. Hâlbuki ölçülülük ilişkisinde hakka yapılan müdahalenin yoğunluğu ile müdahalenin ampirik dayanaklarının güvenilirliğini eşit olarak kabul edebilmek mümkün değildir. Bu eşitlik çıkarımı, yalnızca Alexy'nin varsayımına dayanmaktadır.[127]

---

[127] **ŠUŠNJAR**, s. 206 vd.; **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 188; PETERSEN Niels, "How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value

IV. ANAYASAL HAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASI

Anayasal hakların nasıl sınırlandırıldığını göstermek için bir yandan kurallardan oluşan anayasal haklar ve sınırlandırma normları, klozları ve ölçütleri arasındaki ilişki (1) diğer yandan bu ilişkinin belirli bir vaka çerçevesinde uygulanması (2) gösterilecektir.

1. Anayasal Haklar ve Sınırlandırma Arasındaki İlişki

Alexy gerçekten anayasal hakların, anayasa yargısında nasıl bir karakter gösterdiğini başarılı bir şekilde belirlemiştir. Ancak anayasal hakların nasıl sınırlandırdığını göstermek için kuraldan ayrı bir norm tipi icat etmemize gerek yoktur. İki kuralın çatışması, her iki kuralın geçerliliğini de etkilemeden çözülebilir. Bunun için Ralf Poscher'in kural çatışma senaryosunu burada özetlemek yerinde olacaktır:[128]

Bir tarafta bir normun, devletin uluslararası menfaatlerini koruyan önlemler alabileceğini ifade ettiğini, diğer tarafta ise kişilere verilen ifade özgürlüğü normunu düşünelim.

N1: Eğer bir eylem, devletin uluslararası menfaatlerini tehlikeye atıyorsa, bu eylem yasaklanır.

N2: Eğer bir eylem, basına hizmet ediyorsa, devlet bu eylemin yasaklanmasından kaçınmalıdır.

Her iki normun da uygulanacağı koşullar meydana geldiğinde, hukuk sisteminin söz konusu normlara istisna oluşturabilecek bir çatışma kuralını üretmesi gerekir. Sözgelimi bu çatışma kuralı, *lex posterior* ilkesi (*Ka*) olabilir. *N1* normunun, askeri diktatörlük zamanından yasalaşan bir norm olduğunu ve *N2* normunun ise diktatörlükten demokrasiye geçiş sürecinde yasalaşan bir norm olduğunu düşünelim. Bu durum, *N1*'in yeni devlet düzenine tamamen zıt olmaması ve böylece geçersiz kabul edilmemesi kaydıyla, *N1* normuna bir istisna klozu eklendiği yorumuna sebep olur:[129]

Conflicts in Constitutional Law", **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning, 2013, pp. 1387-1408, s. 1388-1390; PETERSEN Niels, **Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 45-47.

[128] **POSCHER**, 2009, s. 433 vd.; **POSCHER**, 2012, s. 230 vd.; **POSCHER**, 2015, s. 141-143.

[129] **POSCHER**, 2009, s. 434; **POSCHER**, 2012, s. 231; **POSCHER**, 2015, s. 141-142.

N1a: Eğer bir eylem, devletin uluslararası menfaatlerini tehlikeye atıyorsa ve basına hizmet etmiyorsa, bu eylem yasaklanır.

N2a: Eğer bir eylem, basına hizmet ediyorsa, devlet bu eylemin yasaklanmasından kaçınmalıdır.

Çatışma unsurunun eklenmesi ile çatışan normların normatif yapılarında bir değişiklik olmadığı görülmektedir. Aynı şekilde, çatışma kuralı ağırlık unsurunu çatışan normlara dâhil ettiğinde de değişen bir şey olmaz. Sözgelimi amaçsal yorum ile *N1'*in yalnızca önemli uluslararası menfaatler için geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu çatışma kuralına (*Kb*) göre, aşağıdaki normları elde ederiz:[130]

N1b: Eğer bir eylem, bir devletin önemli uluslararası menfaatlerini tehlikeye atıyorsa, bu eylem yasaklanır.

N2b: Eğer bir eylem, basına hizmet ediyorsa ve devletin önemli menfaatlerini tehlikeye atmıyorsa, devlet bu eylemin yasaklanmasından kaçınmalıdır.

Alexy'nin optimizasyon gereklilikleri gibi *N1b* ve *N2b* normları dengelemeyi gerektirir. Ancak optimizasyon gerekliliklerinden farklı olarak burada dengeleme diğer bir menfaate bağlı değildir. Burada yapılan dengeleme, uluslararası menfaatin önemine ilişkindir. Yukarıdaki normlarda olduğu gibi bu normların da normatif yapılarında bir değişiklik olmamıştır.[131]

Poscher, buradan da bir adım daha atarak son yapıyı kurar. Buna göre, *Kc* çatışma kuralı, uluslararası menfaatin önemli olmasına değil ve fakat etkilenen bu uluslararası menfaatin basın özgürlüğüne göre daha ağır basıp basmadığına dayanıyorsa, tehlikeye atılan uluslararası menfaatin göreli önemi ile basın özgürlüğünün dengelenmesini zorunlu kılan iki norm oluşturulmuş olur. Poscher'e göre, bu normlar, Alexy'nin tanımladığı şekliyle optimizasyon gerekliliği olarak tanımlanabilir:[132]

N1c: Eğer bir eylem, bu eylemin katkıda bulunduğu menfaatlere göre ağır basan devletin uluslararası menfaatlerini tehlikeye atıyorsa, bu eylem yasaklanır.

---

[130] **POSCHER**, 2009, s. 434; **POSCHER**, 2012, s. 231; **POSCHER**, 2015, s. 142.

[131] **POSCHER**, 2009, s. 434; **POSCHER**, 2012, s. 231; **POSCHER**, 2015, s. 142.

[132] **POSCHER**, 2009, s. 435; **POSCHER**, 2012, s. 231; **POSCHER**, 2015, s. 142-143.

N2c: Eğer bir eylem basına hizmet ediyorsa ve bu eylem, basın özgürlüğüne yaptığı pozitif katkıya göre daha ağır basacak şekilde devletin uluslararası menfaatlerini tehlikeye atmıyorsa, devlet bu eylemin yasaklanmasından kaçınmalıdır.

Burada "önemli"den "ağır basma"ya yönelen semantik değişim dahi diğer çatışma kurallarında olduğu gibi çatışan normların normatif yapısını bozmaz. *Kc* çatışma kuralı, optimizasyon gerekliliği biçiminde bir göreli dengeleme gerektirse de normların nesneleri hiçbir zaman normatif bir nitelik arz etmez.[133]

Alexy, Poscher'in bu savına itiraz eder. Ona göre, "önemli"den "ağır basma"ya yönelen semantik değişim küçük bir değişim değil büyük bir değişimdir. İlkinde normlar altlama ile uygulanabiliyorken, ikincisinde dengeleme ile uygulanabilmektedir. Alexy, kuraldan normatif olarak farklı olan ilkelere başvurmadan sınırlandırma klozunun niteliğinin anlaşılamayacağını ileri sürer.[134]

Ancak Alexy'nin bu cevabı yerinde değildir. Öncelikle Poscher'in önerdiği sistematikte norm metninin, koşul tümcesi - *protasis* - ve sonuç tümcesinden - *apodosis* - oluştuğu görülmektedir. Burada koşul tümcesine ağırlık veya dengeleme unsurunun katılması, formel olarak kuralın normatif yapısını etkilememektedir. Maddi kriter olarak bakıldığında ise yalnızca Alexy ve onun takipçileri, dengelemenin ilke-normlara özgü bir uygulama biçimi olduğu yönünde itirazda bulunmaktadır. Ancak bu yalnızca Alexy'nin oluşturduğu teori içerisinde kabul görebilecek bir itirazdır. Dolayısıyla Alexy, burada kendi oluşturduğu dogmaya dayanamaz.[135] Bunların yanı sıra, anayasal hak normları, klasik çatışma kurallarının (*Lex superior derogat legi inferiori, Lex posterior derogat legi priori, Lex specialis derogat legi generali*) uygulanması bakımından, anayasanın altındaki normlardan farklılık arz eder.[136] Öncelikle, anayasal hak normları kendi aralarında veya sınırlandırma normları ile soyut bir şekilde çatışmaz. Bu çatışma, somut düzlemde gerçek-

---

[133] **POSCHER**, 2009, s. 435; **POSCHER**, 2012, s. 231-232; **POSCHER**, 2015, s. 143.

[134] ALEXY Robert, "Comments and Responses", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 242-244; ALEXY Robert, "The Claim Correctness, Rights, and the Ideal Dimension of Law: A Short Reply", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 33, No. 3, 2020, pp. 283-290, s. 286-287.

[135] Benzer yönde bir eleştiri için bkz. ÇAP Güneş, "Robert Alexy'nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış", **Anayasa Yargısı**, Cilt 38, Sayı 2, 2021, pp. 221-245, s. 238.

[136] Krş. WINKLER Markus, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der "verfassungsimmanenten" Grundrechtsschranken**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, s. 244 vd.; **RAMIÃO**, s. 162-163.

leşir. Aslında çatışan, anayasal hakkın kapsamında yer alan somut menfaat ile sözgelimi kamu yararının vaka çerçevesinde oluşan somut menfaatidir.

Her ne kadar anayasal normlar arasında bir anayasal değerler düzeni belirlense bile[137], anayasal haklar arasındaki bir çatışmada üst normun alt normu ilga etmesi (*Lex superior derogat legi inferiori*) söz konusu değildir. Bu husus, ancak anayasa hukukunda benimsenen temel yapı doktrini ile ortaya çıkar. Temel yapı doktrini, anayasa değişikliklerinin, anayasaya uygunluğunun veya değişikliği yasaklanan maddelerin etkilenip etkilenmediğinin ya da anayasanın temel yapısına uygunluğunun, anayasa mahkemeleri tarafından denetlenebilmesini ifade eder.[138] Buna göre anayasada daha üst bir düzeyde yer alan temel yapıya aykırı anayasa değişiklikleri geçerli değildir. Ancak bir anayasada oluşan temel yapı, oldukça sınırlı bir şekilde belirlenir. Mutlak anayasal hakların nadirliği karşısında, böyle bir sıralama genel olarak anayasal hakların çatışmasında oldukça sınırlı bir etki doğurur. Diğer taraftan,

---

[137] Anayasal değerler düzeni için bkz. *BVerfGE 2, 1* (14) - SRP-Verbot; *BVerfGE 7, 198* (203-207) - Lüth. Ayrıca genel olarak bkz. DETJEN Joachim, **Die Wertordnung des Grundgesetzes**, VS Verlag, Wiesbaden, 2009, s. 17 vd.

[138] SCHMITT Carl, **Verfassungslehre**, 11. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, s. 20 vd.; SCHMITT Carl, **Constitutional Theory**, (Çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press, Durham, 2008, s. 75 vd.; BEWER-CARÍAS Allan R., "Constitutional Courts' Interference with the Constituent Power", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 47-49. Ayrıca bkz. MORELLI Sandra, "Colombia", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 383-387; DEVA Surya, "India", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 593. Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin "temel yapı" doktrinine ilişkin kararları için bkz. *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr*, (1973) 4 SCC 225; AIR 1973 SC 1461; *Waman Rao and Others vs Union of India and Others*, (1981) 2 SCC 362, 1981 2 SCR 1; *S.P. Sampath Kumar Etc. vs Union of India & Ors.*, (1987) AIR 386, 1987 SCR (1) 435; *L. Chandra Kumar vs Union of India and Others*, (1997) AIR 1997 SC 1125. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, daha ilk dönem kararlarından beri anayasa normları arasındaki hiyerarşiyi kabul etmiş ve bunu Alman Anayasası Madde 79/3 çerçevesinde yapmıştır (Alman Anayasası Madde 79/3, anayasanın değiştirilemez maddelerini ihtiva eder). Bkz. *BVerfGE 7, 198* (205) - Lüth. Bununla ilgili olarak son dönemde verdiği kararlarından biri olan, Lizbon Anlaşmasının onaylanması ve Federal Meclis ile Eyaletler Meclisi'nin Avrupa Birliği konusunda yetkilerinin artırılmasına yönelik olan kanuna ilişkin olan "*Lizbon*" kararında, Mahkeme, Anayasa Madde 79/3'te belirlenen anayasa değişikliği ile değiştirilemeyecek olan normları, "anayasal kimlik" terimi ile karşılamış ve bunun yalnızca Anayasa Madde 79'un değil aynı zamanda halkın kurucu iktidarına yönelik bir ihlal teşkil ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, kurulu iktidarı, kurucu iktidarın temel kararlarıyla sınırlamıştır. Bkz. *BVerfGE 123, 267* (344) - Lissabon. Mahkeme'nin kullandığı anayasal kimlik ifadesi, anayasa metnindeki normlar arasındaki hiyerarşi konusundaki içtihadı, Schmitt'in bu konudaki teorisine daha fazla yaklaştırmıştır.

anayasal hakların da belirli ölçüde temel yapıya bir dayanak olması[139], üst normun alt normu ilga etmesi kuralının anayasal hakların sınırlandırılmasında uygulama imkânı bulamayacağını ortaya koyar.

Aynı şekilde, anayasal hak normlarında önceki normun sonraki normu (*Lex posterior derogat legi priori*) veya özel normun genel normu (*Lex specialis derogat legi generali*) ilga etmesi de mümkün değildir. Anayasal hak normları, anayasa altı normlara göre oldukça soyut ve yüksek bir değer ve düzeyde bulunmaktadır. Anayasal hak normları, bu yüzden içlerinde farklı düzeylerde somut değerleri/menfaatleri barındırır. Genel bir anayasal hak normu (ifade özgürlüğü hakkı) tarafından korunan somut bir menfaat, özel bir anayasal hak normu tarafından korunan bir somut menfaatten daha yüksek değerde bulunabilir. Genel olarak anayasanın bütünlüğü ilkesi, anayasal normların herhangi bir çatışmada tamamen klasik çatışma kurallarını uygulayarak, *a priori* bir şekilde ilga edilmesini engeller.[140] Bütün anayasal normlar, diğer anayasal normlarla çatışmayacak bir şekilde yorumlanmaya çalışılmalıdır. Bu bağlamda, normlar izole bir şekilde değil, bütüncül bir şekilde ele alınmalıdır. Bir anayasal norm, bütünlüklü bir yapıyı temsil eden anayasanın diğer hükümleri anlamsal bir bütünlük oluşturur.[141] Bu bütünlük, çatışma yaşanmayan veya önceden oluşturulmuş bir uyum içinde olan anayasal normlar bütününü ifade etmez. Burada bütünlük, anayasal normlar arasındaki çatışmanın, anayasanın bütünlüğü çerçevesinde çözülmesi ve çatışan ana-

---

[139] Nitekim Schmitt, anayasal hakların, bu temel yapının içinde bulunduğunu belirtir. Bkz. **SCHMITT**, 2017, s. 27; **SCHMITT**, 2008, s. 81.

[140] *BVerfGE 28, 243* (261) - Dienstpflichtverweigerung. Bu aslında Hesse'nin pratik uyuşum ilkesi ile bağdaştırılabilir. Pratik uyuşum gerekliliği dolayısıyla çatışan anayasal hakların veya değerlerin birbirlerini ilga etmesi kabul edilemez. Bkz. HESSE Konrad, **Grundzüge des Verfassungrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 15. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1985, s. 27, 127 vd. Bununla birlikte, buradan Alexy'nin optimizasyon gerekliliğini ifade eden ilke-normun kabulüne ilişkin bir sonuç çıkarılmaması gerekir. Burada anayasal normların soyut düzlemde yapısını değiştirmekten bahsedilmemekte ve fakat somut olarak çatışan menfaatlere ve değerlere ilişkin bir çözüm yolu benimsenmektedir. Böylece yeni norm tipine ihtiyaç olmadan, anayasal hak normları, kural yapısını ve formunu korumaktadır.

[141] **HESSE**, s. 26-27; ZIPPELIUS Reinhold/WÜRTENBERGER Thomas, **Deutsches Staatsrecht: Ein Studienbuch**, 31. Auflage, C. H. Beck, München, 2005, s. 56-57; BATTIS Ulrich/GUSY Christoph, **Einführung in das Staatsrecht**, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2018, s. 20; SACHS Michael, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994, s. 560-561; STERN Klaus, "Die Grundrechtskollisionen", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994, s. 664-665; METİN Yüksel, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın, Ankara, 2008, s. 75-76; *BVerfGE 1, 14* (32) - Südweststaat; *BVerfGE 39, 334* (368-369) - Extremistenbeschluß; *BVerfGE 30, 1* (19-24) - Abhörurteil.

yasal normların birbirleriyle uyuşturulmasını ifade eder.[142] Dolayısıyla anayasal hakların birbirileriyle veya diğer anayasal değerler ile çatışmaları, ölçülülük ilkesi bağlacıyla birbirlerine bağlıdır. diğer bir deyişle, belirli bir vaka çerçevesinde somutlaşan, anayasal hakların korudukları anayasal değerler veya menfaatler dengelemeye girerek bu çatışma bir çözüme kavuşturulur. Bunlardan ayrı olarak, dengelemenin uzun süreden beri gerek özel hukukta[143] gerekse anayasa hukukunda norm çatışmalarının çözümünde kullanılan bir metodoloji ve çatışma kuralı haline geldiği kabul edilmektedir.[144]

Sistematik bir inceleme yapıldığında görülecektir ki anayasal hak normları, tamamlanmamış normlardır. Raz'ın bütüncül normuna benzer şekilde[145], bir anayasal hak normu, diğer bir anayasal hak normuyla ve türev anayasal hak normlarıyla yani yüksek mahkeme kararlarıyla tamamlanır. Bu bakımdan, yalnızca tekil bir anayasal hak normunu dikkate almak, ilgili anayasal hakkın içinde yer aldığı anayasal haklar bütününü veyahut Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin ifadesiyle objektif değerler düzenini[146] görmezden gelmektir. Bu itibarla, Poscher'in norm senaryosunu, anayasal hak normlarına uygulayabiliriz. Öncelikle çatışan iki anayasal hak bakımından inceleme yapalım:

N3: Her kişi, düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N4: Her kişi, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

---

[142] STERN Klaus, "Die Auslegung der Grundrechte", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994, s. 1743; EHMKE Horst, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", in **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 20, Walter de Gruyter, Berlin, 1963, s. 77.

[143] Özel hukuktaki ölçülülük ilkesinin etkisi için bkz. MEDICUS Dieter, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", **Archiv für die civilistische Praxis**, Vol. 192, No. 1/2, 1992, pp. 35-70, s. 37 vd. Ayrıca bkz. *BGHZ 13, 334* (338) - Veröffentlichung von Briefen; *BAG, NJW, 1971, 1668*, 1669 vd. - Arbeitskampfmaßnahmen.

[144] LARENZ Karl/CANARIS Claus-Wilhelm, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Springer, Heidelberg, 1995, s. 223 vd.; STERN Klaus, "Übermaβverbot und Abwägungsgebot," in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994, s. 815-816. Burada ayrıca normların çatışmasında, geçerlilik değil uygulanabilirlik sorununun söz konusu olduğunu ileri süren eleştiriler de vardır. Bu bağlamda genel olarak bkz. **GÜNTHER**, s. 5-7, 212 vd. Neves ise Günther'in ilke-kural ayrımı çerçevesinde ileri sürdüğü bu savı eleştirir. Buna göre, somutlaştırma süreci, normların hermenötik yapılanmasını ifade eder. Bu bakımdan, uygulama, halihazırda norm inşa faaliyetini varsayar. Bkz. **NEVES**, s. 69-70.

[145] **RAZ**, 1972, s. 825 vd.

[146] Bkz. *BVerfGE 7, 198* - Lüth.

Her iki normun da aynı vakaya uygulandığı bir senaryoda, çatışan haklardan birisi, mutlak hak değilse, bu çatışmanın bir çatışma kuralı ile çözülmesi gerekmektedir. Bu çözüm, artık küresel bir seviyede, gerek anayasada yazılı olarak gerekse vaka hukukuyla anayasal bir statü elde eden, birçok devlet ve hukuk sistemi tarafından uygulanan ve dolayısıyla kabul edilen ölçülülük ilkesi (*Kd*) ile çözümlenmektedir. Bu itibarla, aynı vakaya uygulanan ifade özgürlüğü ve kişiliğini özgürce geliştirme hak normları, aşağıdaki şekilleri alır:

N3d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan*, [veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N4d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] ağır basan*, [veya düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkı ile ölçülü bir ilişki içerisinde olan] kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Alexy'nin iddiasının aksine, aynı senaryoyu sınırlama ölçütleri ile de uygulayabiliriz. Ancak bu durumda, farklı iki norm yapısını göstermeye gerek kalmaz:

N5: Başkalarının haklarını ihlal etmedikçe veya anayasal düzene ya da ahlak kurallarına zarar vermedikçe, her kişi, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Somut bir vakada, bir kişinin kamu düzenine belirli ölçülerde müdahalede bulunarak kişiliğini özgürce geliştirme hak normu kapsamındaki bir fiili gerçekleştirdiğinde, çatışan menfaatleri ölçülülük ilkesi uyarınca dengelemek gerekecektir:

N5d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *kamu düzenine verilen zarara ağır basan* [veya kamu düzeni ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Bu kapsamda, ifade özgürlüğü hakkını da yeniden yapılandırabiliriz:

N6: Her kişi, düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir... Bu haklar, genel yasanın gereklilikleri, genç kişilerin korunmasını öngören hukuki hükümler ve kişi onuru hakkı tarafından sınırlandırılır.

Somut bir vakada, bir kişinin ifade özgürlüğünün bireye sağladığı menfaat ile genel yasanın gerekliliklerin sağladığı toplumsal menfaat arasında bir çatışma meydana geldiğinde, ifade özgürlüğü hak normu ölçülülük ilkesi uyarınca şu şekilde yeniden yapılandırılır:

N6d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri*,] *genel yasanın gerekliliklerine [veya bu gerekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan*, [veya genel yasa ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Böylece anayasal hak normu, ilke-norm gibi yeni bir norm tipi üretmeye gerek kalmadan[147], yalnızca kural yapısı içerisinde, yeniden yapılandırılmıştır. Norm yapısı içerisinde, *protasis*'in ağırlık unsuru içermesi bu yapıyı koşul tümcesi olmaktan çıkarmaz. Bir fiilin işkence kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir şiddet eşik koşulunun yani bir şiddet değerlendirmesinin aranması gibi anayasal hak normlarının sonucunun gerçekleşebilmesi için de bir ağırlık değerlendirmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, ilke-norma gerek kalmadan anayasal haklar, Alexy'nin öngördüğü şekilde *prima facie* karakterini korumaktadır. Sadece ölçülülük ilkesi uygulandıktan sonra üstün gelen anayasal hak normu, kendi hukuki sonucunu ve devlete yükümlülük yüklenmesini doğurur. Bu suretle, yüksek mahkemeler tarafından oluşturulan türev anayasal hak normlarını incelemek gerekmektedir.

2. Somut Vaka Çerçevesinde Sınırlandırmanın Görünüşü

Anayasa mahkemelerinin kararları da diğer yargı makamlarının kararları gibi bir norm oluşturur. Bu norm, hakkında karar verilen anayasal hak normundan türeyen bir türev anayasal hak normudur. Türev anayasal hak normları, türedikleri anayasal hak normlarının kapsamı içerisinde yer alırlar. Dolayısıyla aynı statüye sahiptirler. Bununla birlikte, anayasa mahkemelerinin kararlarına karşı daha duyarlıdırlar. Diğer bir deyişle büyük ölçüde anayasa mahkemelerinin kararları ile değiştirilebilir veya ilga edilebilirler.

Türev anayasal hak normlarını daha iyi bir şekilde göstermek için daha önce belirtilen[148] bir olayı yeniden inceleyebiliriz: Kamusal bir figürün veya-

---

[147] Benzer yönde bkz. SCHLINK Bernhard, "Grundrechte als Prinzipien?", **Osaka University Law Review**, Vol. 39, 1992, pp. 41-58, s. 45; SCHLINK Bernhard, "German Constitutional Culture in Transition", in ROSENFELD Michel (ed.), **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**, Duke Universtiy Press, Durham, 1994, s. 203.

[148] Bkz. **II 2 B**.

hut bir ünlü kişinin fotoğrafı, evindeyken rızası olmadan, yayınlanmak üzere çekilmiştir. Bu durumda iki hak karşı karşıya gelecektir; ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın korunması hakkı/kişiliğini özgürce geliştirme hakkı. Bu durumda, bu çalışma kapsamında benimsenen[149] anayasal hakların yapılandırılması şöyledir:

N3d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan*, [veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N4d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] ağır basan*, [veya düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkı ile ölçülü bir ilişki içerisinde olan] kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Mahkemenin, söz konusu vakada, hangi menfaatin daha fazla ağır bastığını, ölçülülük ilkesi uyarınca tespit etmesi gerekmektedir. Bundan sonraki aşamalarda, ilke-normu kabul etmeden Alexy'nin çatışma kurallarını, vakaya uygulayabiliriz. Bu çerçevede, aslında çatışan ve dengelenen anayasal hak normları değil, bu anayasal hak normları tarafından korunan somut menfaatlerdir.[150] Alexy'nin kullandığı "ilke" (*Pn*) terimi yerine, "normatif argüman" (*NARG*)[151] terimini tercih edeceğiz. Normatif argüman, bir normun kesin bir şekilde geçerli olarak tanınması iddiasıdır.[152] Buna göre, sonucu fotoğrafın yayınlanmasına izin verilmesi olan (*Q1*) ifade özgürlüğü hak normuna ilişkin normatif argüman (*N3ARG*) ile sonucu fotoğrafın yayınlanmasının yasaklanması (*Q2*) olan özel yaşamın korunması hak normuna ilişkin normatif argümanı (*N4ARG*) arasında bir ölçülülük ilişkisi kurulacak

---

149 Bkz. **IV 1**.

150 Nitekim normlar herhangi bir ağırlığa sahip olmazlar. Bu bağlamda, dengelenenler de normlar değil ve fakat anayasal hak normları tarafından korunan somut menfaatlerdir. **WINKLER**, s. 31 vd.

151 Sieckmann, normatif argümanı kısaca "O VALDEFN" olarak ifade eder. Buna göre, 'O' sembolu gerekliliği ifade ederken, 'N' sembolü tekil normu ve VALDEF ise normun kesin olarak geçerliliğini ifade eder. Bu durumda, normatif argüman, N normunun kesin olarak geçerli olması gerekliliğini içerir. **SIECKMANN**, 2015, s. 154; **SIECKMANN**, 2010, s. 54-55; **SIECKMANN**, 2012, s. 46-47. Ancak biz, burada daha basitleştirmek adına, *NARG* ifadesini daha doğru buluyoruz.

152 **SIECKMANN**, 2015, s. 153-154; **SIECKMANN**, 2010, s. 53 vd.; **SIECKMANN**, 2012, s. 45 vd.

ve vakanın koşulları (*C1*) ve ilgili anayasal hak sisteminin temel esasları çerçevesinde, üstün gelen argüman, ilgili normun kesin olarak geçerliliğini sağlayacaktır. Ölçülülük ilkesinin elverişlilik ve gereklilik alt testlerini geçtiği kabul edilerek, her iki normatif argüman arasındaki dengelemeye bakılacaktır. Yüzeysel bir değerlendirmede, bu vakada, özel yaşamın korunması hakkına yapılan müdahalenin ağır, yerine getirilecek ifade özgürlüğü öneminin nispeten hafif olduğu gözlemlenmektedir. Bu durumda, (**P**) üstünlük ilişkisini belirtmek üzere, iki normatif argümanın dengelenmesinde aşağıdaki sonucu elde ederiz:

(1) (*N4ARG* **P** *N3ARG*) *C1*

Özel yaşamın korunması hak normuna ilişkin normatif argümanın *C1* koşulları içerisinde üstün gelmesi ile *N4* normu vakaya uygulanacak ve *N4* normunun hukuki sonucu olan yasaklama sonucu (*Q2*) gerçekleşecektir. Bu durumda *C1* gerçekleştiğinde, *Q2*'nin gerçekleşmesi gerektiğini belirten türev anayasal hak normu meydana gelecektir. Buna göre:

(2) Kamusal bir figürün (*F1*), evindeyken (*F2*), bir rızası olmadan (*F3*) ve yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesi (*F4*) (*C1*), anayasal olarak yasaklanmıştır (*Q2*).

Diğer bir deyişle:

(3) *F1* ve *F2* ve *F3* ve *F4* → *Q2*

Dolayısıyla her iki anayasal hakkın çatışmasından, yukarıdaki kural elde edilmiştir. Bu bağlamda, "Kamusal bir figürün, evindeyken, rızası olmadan ve yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesi, anayasal olarak yasaklanmıştır" türev normu, özel yaşamın korunması hak normuna eklenir. Mahkeme önüne gelen benzer vakalarda, eğer yeni vaka yukarıdaki türev normun koşullarını sağlıyorsa, yasaklama sonucunu uygulayacaktır. Hakim burada, yeni vakanın koşullarının nerede bu faktörlerden ayrıldığını ve nereden benzeştiğini iyi tespit etmek zorundadır. Nitekim mahkeme sonraki bir vakada bu kuralı da değiştirebilir. Bu vakadaki *F2* ve *F3* etkenlerinin, teleolojik yorumla, normatif argümantasyonda eski ağırlığını taşımadığına kanaat getirip bunun makul bir şekilde gerekçelendirirse, önceden vermiş olduğu bu türev normdan da sapabilir ve aynı koşullardan oluşan ve fakat hukuki sonucu farklı yeni bir türev norm oluşturabilir.

Başka bir vaka örneği vermek, özellikle sınırlandırma klozları ile yapılacak dengelemeyi göstermek adına yerinde olacaktır. Sözgelimi, Covid-19

pandemi süreci içerisinde, belirli aralıklarla sokağa çıkma yasağının uygulandığı fakat sokağa çıkma yasağı olmayan bir zamanda, yaklaşık 30 kişiden oluşan bir grup insanın siyasal iktidarı eleştirmek için trafiğe kapalı geniş bir caddede gösteri yürüyüşü yapmak istediklerini ve bunun için valilikten izin istenildiğini ancak sağlığın ve kamu düzeninin korunması sebebiyle bu iznin verilmediğini düşünelim. Bu durumda, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahale oluşmaktadır:

N7: Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir... Bu hak ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Elimizdeki vakada da toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normu ile toplumsal yararı gözeten sınırlandırma ölçütünün aynı anda ve ölçülülük ilkesi merkezinde uygulanması gerekmektedir. Bu itibarla, bu normu önümüzdeki vaka bakımından şu şekilde yeniden yapılandırabiliriz:

N7d: Herkes, *sağlığın korunmasının gerekliliklerine [veya bu gerekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan*, [veya sağlığın korunması ile ölçülü bir ilişki içinde olan] toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Bu vakada, devletin bir hak ihlalini gerçekleştirmemesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normuna ilişkin normatif argüman (*N7ARG*) ile sağlığın korunması sınırlandırma ölçütüne ilişkin normatif argüman (*N7-SNARG*) arasında ölçülü bir ilişki kurması gerekmektedir. Nitekim sınırlandırma klozları, sınırlandırdıkları hak normlarından ayrı bir norm oluşturmadıkları[153]

[153] Webber, anayasal hak ile onun sınırlandırılmasını düzenleyen sınırlandırma klozunun tek bir norm oluşturduğunu belirtir. Ona göre, anayasal hakları ifade eden normatif cümle tek başına normu oluşturmaz. Bu normatif cümle, belirlenmemiş anayasal hakkı ifade eder. WEBBER Grégoire C. N., **The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 8. Barak ise hak ile sınırlandırma klozunun birbirinden ayrı ve fakat birbirine bağımlı iki farklı norm olarak görür. **BARAK**, s. 149 vd.; SWEET Alec Stone/MATHEWS Jud, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach**, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 33-35. Hakkı ifade eden normatif cümle ile bu hakkın sınırlandırılmasını ifade eden sınırlandırma klozu aslında aynı konuyu düzenlemektedir. Bu bakımdan, hak normunu tekilleştirmek, bir kuralı ile onun istisnasını farklı iki norm gibi düşünmeye benzemektedir. Bu sebeple, bir hak ile onun sınırlandırma klozu aslında aynı norm içerisinde yer alır. Ayrıca bkz. **RAZ**, 1972, s. 825 vd.

ve aynı norm çerçevesinde ve fakat sınırlandırma ölçütü merkezinde bir normatif argüman sunduğu için *N7-SNARG* olarak ifade edilir. Devletin öncelikle *N7-SNARG*'a dayanarak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yaptığı müdahalenin elverişli olması gerekir. Vakaya baktığımızda, devletin insanların yakınlaşmasını engelleyerek sağlığın korunmasını hedeflediği görülmektedir. Bu bakımdan, valiliğin gösteri yürüyüşüne izin vermeyerek elverişli bir müdahalede bulunduğu açıktır. İncelenmesi gereken diğer husus ise söz konusu müdahalenin gerekli olup olmadığı, diğer bir deyişle daha az sınırlayan bir müdahale ile bireyin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının olgusal olarak daha fazla gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığıdır. Vaka bakımından yapılacak olan basit bir değerlendirmede devletin, söz konusu hakka daha az sınırlayıcı şekilde müdahale ederek yine gerçekleştirmek istediği amacı gerçekleştirebileceği görülebilecektir. Gösteri yürüyüşü geniş bir cadde üzerinde yapıldığından dolayı, kamu makamları, maske ve sosyal mesafe önlemlerine uyulması şartıyla bu gösteriye izin verebilirdi. Yahut kamu makamları, göstericiler dışında başka kimsenin giremediği bir alanı göstericilere tahsis edip ve maske ve sosyal mesafe önlemleriyle birlikte bu gösteri yürüyüşüne izin verebilirdi. Veyahut kamu makamları, sokağa çıkma yasağının olduğu saatlerde göstericilerin yürüyüş yapmak istedikleri caddede yürüyüş yapmalarına izin verebilirdi. Yukarıda daha da çoğaltılabilecek bu üç müdahale de toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normunun daha fazla yerine getirilmesini ve aynı zamanda devletin gerçekleştirme amacın yerine getirilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla burada devletin/kamu makamlarının, *N7ARG* ile *N7-SNARG* ölçülü bir ilişki kurmadığı ve bu yüzden de *N7ARG*'ın daha ağır basacağını kabul etmek gerekir.

(4) (*N7ARG* **P** *N7-SNARG*) *C3*

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normuna ilişkin normatif argümanın, *C3* koşulları çerçevesinde, anayasal hak normunun sınırlandırma ölçütüne üstün gelmesi ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normunun hukuki sonucu olan izin verme sonucunun (*Q3*) doğması gerekecektir. Ancak yukarıdaki vakanın koşullarına sağlığın korunmasını gerçekleştiren ve daha az sınırlandıran müdahale biçimi eklenir. Sözgelimi, maske ve sosyal mesafe önlemlerine uyulması ile sağlığın korunması amacının gerçekleşeceğine karar verildiğinde, bu unsur vakanın koşulları arasında yer alır. Bu çerçevede, *C3* gerçekleştiğinde *Q3*'ün gerçekleşmesi gerektiğini ifade eden bir türev anayasal hak normu meydana gelmiş olacaktır:

(5) Pandemi süreci içerisinde (*F7*), belirli aralıklarla sokağa çıkma yasağının uygulandığı fakat sokağa çıkma yasağı olmayan bir zamanda (*F8*), yaklaşık 30 kişiden oluşan bir grup insanın (*F9*) siyasal iktidarı eleştirmek için (*F10*) trafiğe kapalı geniş bir caddede (*F11*), maske ve sosyal mesafe önlemlerine uyarak (*F12*) gösteri yürüyüşü yapmasına (*C3*) anayasal olarak izin verilmiştir (*Q3*).

Diğer bir deyişle:

(6) *F7* ve *F8* ve *F9* ve *F10* ve *F11* ve *F12* → *Q3*

Hasılı, anlaşılmaktadır ki diğer yargı mercileri gibi anayasa mahkemeleri de anayasal hakları konu alan her vakada, bir kural üretmektedir. Üstelik bu kural, türev anayasal hak normu olarak, anayasal statüde bulunmaktadır. Dolayısıyla Amerikan Yüksek Mahkeme Hâkimi Charles Evans Hughes'un (1862-1948) "Biz [hakimler], bir Anayasaya tabiyiz ve fakat Anayasa, hakimler ne söylediyse odur ve yargı, Anayasa çerçevesindeki özgürlüğümüzün ve mülkiyetimizin güvencesidir." sözü[154], doğruluğunu kanıtlamıştır.

SONUÇ

Bütün bu anlatılardan sonra şu sonuçları elde ederiz:

1. Alexy'nin nihai ilke tanımı olan "optimize edilecek bir emir", ilke teorisini daha büyük bir çıkmaza sürüklemiştir. Bu haliyle karşımıza iki unsur çıkar: Bir tarafta optimize edilmesi gereken bir nesneye dönüşen ilke, diğer tarafta ise bu nesneyi optimize eden bir meta-kural. Optimize edilecek bir emir olan ilke, olgusal bir nesne haline gelir. Bu yeni haliyle ilkeden, bir norm ortaya çıkarmak mümkün değildir. Optimizasyon emrinin nesneleri, hiçbir şekilde normatif bir niteliğe sahip olamaz. Diğer taraftan, optimize emrini içeren bir meta-kural da herhangi bir normatif temelden yoksundur.[155]

2. Alexy, ilkeyi temelde, çeşitli derecelerde yerine getirilebilen ve bu yerine getirilme derecesinin hem olgusal olasılığa ve hem de hukuki olasılığa bağlı olan bir optimizasyon gerekliliği olarak tanımlar. Ancak anayasal hakların genel olarak dereceli bir şekilde uygulanması söz konusu

[154] HUGHES Charles Evans, "Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907", in HUGHES Charles Evans (ed.), **Adresses and Papers of Charles Evans Hughes**, The Knickerbocker Press, New York, 1908, s. 139.

[155] Bkz. **III 1**.

değildir. Ölçülülük ilkesinin gereklilik alt ilkesi tetiklenmedikçe, anayasal hakların dereceli bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Basitçe tekrar belirtmek gerekirse, somut koşullar çerçevesinde çatışan ilkelerden birisinin ağır basması durumunda, o ilke-normun hukuki sonucu dereceli bir şekilde uygulanmaz. Zira anayasal hakların dereceli bir şekilde uygulanması genel olarak söz konusu olmadığı gibi anayasal haklar dereceli bir şekilde uygulandığında bu hakların ilkesel karakterinden değil ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesinden kaynaklanmaktadır.[156]

3. Nihayetinde, Alexy'nin ilke teorisini ve ölçülülük ilkesinin uygulamasını objektifleştirmek ve rasyonelleştirmek için oluşturduğu ağırlık formülü, oldukça sübjektiftir. Öncelikle Alexy'nin iddiasının aksine, ağırlık formülünde ordinal derecelendirme/sıra sayısı derecelendirmesi değil aslında kardinal derecelendirme/nicelik sayı derecelendirmesi kullanılmıştır. Nitekim Alexy'nin kendisi de kardinal derecelendirme yapılmasının problemli sonuçlara yol açacağını kabul etmiştir.[157] Bu bağlamda, Alexy'nin ağırlık formülünde fark etmeksizin kardinal derecelendirmeyi kullanması, ağırlık formülünü ideal bir örnek olarak kullanılamaz hale getirmiştir.[158]

4. Anayasal hakların, sınırlandırma klozuyla, ölçütüyle veyahut diğer bir anayasal hak ile olan çatışmasında kurallara özgü klasik çatışma kuralları uygulanmaz. Anayasal hak normlarının ve onu sınırlandıran diğer anayasal değerlerle aynı anayasal düzeyde bulunması, üst normun alt normu ilga etmesini engeller. Diğer taraftan, anayasal hakların oldukça yüksek ve soyut değer ve kapsamlara sahip olması ve bunun sonucunda genel normun içerisinde yer alan bir somut menfaatin, özel normun içerisinde yer alan somut menfaatten daha yüksek bir değer içerebilmesi, özel normun genel normu ilga etmesini engeller. Son olarak anayasanın bütünlüğü ilkesi, sonraki normun önceki normu ilga etmesi ile birlikte bütün çatışma kurallarının anayasal hakların sınırlandırılmasında kullanılmasını engeller.[159]

---

156 Bkz. **III 2**.

157 **ALEXY**, 2010a, s. 99.

158 Bkz. **III 3**.

159 Bkz. **IV 1**.

5. Anayasal haklar bağlamında ilk olarak 1958 yılında, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından *Eczane* kararında uygulanmaya başlayan[160] ölçülülük ilkesinin birçok anayasal sistemde benimsenmesi[161], bu ilkenin anayasanın bütüncül bir şekilde yorumlanmasında anayasal haklar bağlamında bir bağlaç olarak kullanılması gerekliliğini ortaya koyar. Bu bağlamda bir örnek olarak anayasal hakların çatışması, bu yorumla tekrar formüle edilir:

Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan*, [veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Diğer bir örnek ise anayasal hak normları ile sınırlandırma klozu veya ölçütüyle bu şekilde yorumlanarak tekrar formüle edilir:

Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *genel yasanın gerekliliklerine [veya bu gerekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan*, [veya genel yasa ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Netice itibariyle, Alexy'nin ilke-normuna başvurmadan, anayasal hakların normatif temeli yeniden inşa edilmiştir.[162]

---

[160] *BVerfGE 7, 377* (406 vd.) - Apotheken-Urteil.

[161] **BARAK**, s. 131 vd. 180 vd.; MÖLLER Kai, **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 13-15; **SWEET/MATHEWS**, s. 68 vd.; **SAJÓ**, s. 68; COHEL-ELIYA Moshe/PORAT Iddo, "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 8, No. 2, 2010, pp. 263-286, s. 263-264. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ölçülülük ilkesini benimsediğini gösteren kararlar için bkz. *Lawless v. Ireland (No.3)*, App. No. 332/57, Judgment of 01 July 1961, para. 36-38; *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968, para. 5; *Handyside v. the United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, para. 49, 58; *Barfod v. Denmark*, App. No. 11508/85, Judgment of 22 February 1989, para. 29; *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 October 1982, para. 69. Kanada Yüksek Mahkemesinin ölçülülük ilkesini benimsediğini gösteren karar için bkz. *R. v. Oakes* [1986] 1 SCR 103. Türk Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini benimsediğini gösteren karar için bkz. *AYM, E.1988/50, K.1989/27*, Kt. 23.06.1989, RG. 04.10.1989-20302. Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini benimsediğini gösteren karar için bkz. *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] (3) SA 391, §§ 94 vd. Ölçülülük ilkesinin Asya'da kullanımı için bkz. YAP Po Jen (ed.), **Proportionality in Asia**, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. Ölçülülük ilkesinin Brezilya'da kullanımı için bkz. NETO João Andrade, **Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil**, Springer, Cham, 2018.

[162] Bkz. **IV**.

KAYNAKÇA

AARNIO Aulis, **Essays on the Doctrinal Study of Law**, Springer, Dordrecht, 2011.

AARNIO Aulis, **Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic of Legal Dogmatics**, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1997.

AARNIO Aulis, "Taking Rules Seriously", **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Supplement**, Vol. 42, 1990 pp. 180-192.

AARNIO Aulis, **The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification**, D. Reidel Publishing, Dordrecht, 1987.

ALEXY Robert, "An Answer to Joseph Raz", in PAVLAKOS George (ed.), **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Hart Publishing, Oxford, 2007.

ALEXY Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, (Çev. Julian Rivers), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010a.

ALEXY Robert, **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, 2. Edition, (Çev. Ruth Adler/Neil MacCormick), Oxford University Press, Oxford, 2011.

ALEXY Robert, "Comments and Responses", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

ALEXY Robert, "Constitutional Rights and Proportionality", **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, Vol. 22, 2014, pp. 51-65.

ALEXY Robert, "Discourse Theory and the Fundamental Rights", in MENÉNDEZ Agustin José/ ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006.

ALEXY Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 16, No. 4, 2003, pp. 433-449.

ALEXY Robert, "On Necessary Relations Between Law and Morality", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 2, No. 2, 1989, pp. 167-183.

ALEXY Robert, "On the Concept and the Nature of Law", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 21, No. 3, 2008, pp. 281-299.

ALEXY Robert, "On the Structure of Legal Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 13, No. 3, 2000, pp. 294-304.

ALEXY Robert, "Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 16, No. 3, 2018, pp. 871-879.

ALEXY Robert, "Proportionality and Rationality", in JACKSON Vicki C./TUSHNET Mark (ed.), **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017a.

ALEXY Robert, "The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 37, Issue 1, 2017b, pp. 31-47.

ALEXY Robert, **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2004.

ALEXY Robert, "The Claim Correctness, Rights, and the Ideal Dimension of Law: A Short Reply", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 33, No. 3, 2020, pp. 283-290.

ALEXY Robert, "The Construction of Constitutional Rights", **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No.1, 2010b, pp. 21-32.

ALEXY Robert, **Theorie der Grundrechte**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

ALEXY Robert, "Two or Three?", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010c.

ARIKAN Engin, **Sert Pozitivizm**, On İki Levha, İstanbul, 2019.

ÁVILA Humberto, **Theory of Legal Principles**, Springer, Dordrecht, 2007.

BARAK Aharon, **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, (Çev. Doron Kalir), Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

BATTIS Ulrich/GUSY Christoph, **Einführung in das Staatsrecht**, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2018.

BEWER-CARÍAS Allan R., "Constitutional Courts' Interference with the Constituent Power", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

BOROWSKI Martin, "Absolute Rights and Proportionality", **German Yearbook of International Law**, Vol. 56, 2013, pp. 385-424.

BOROWSKI Martin, **Grundrechte als Prinzipien**, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2018.

BOROWSKI Martin, "On Apples and Oranges: Comment on Niels Petersen", **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning, 2013, pp. 1409-1418.

BOROWSKI Martin, "The Structure of Formal Principles: Robert Alexy's 'Law of Combination'", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010.

BULGAN Birden Güngören, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha, İstanbul, 2017.

CALDWELL Peter C., **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: Theory & Practice of Weimar Constitutionalism**, Duke University Press, Durham, 1997.

CEYLAN Şule Şahin, **H. L. A. Hart'ın Hukuk Kavramı**, On İki Levha, İstanbul, 2014.

CHRISTOFFERSEN Jonas, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009.

COHEL-ELIYA Moshe/PORAT Iddo, "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 8, No. 2, 2010, pp. 263-286.

COTTERRELL Roger, **Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş**, (Çev. Saim Üye), Pinhan, İstanbul, 2018.

ÇAP Güneş, "Robert Alexy'nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış", **Anayasa Yargısı**, Cilt 38, Sayı 2, 2021, pp. 221-245.

DEVA Surya, "India", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

DETJEN Joachim, **Die Wertordnung des Grundgesetzes**, VS Verlag, Wiesbaden, 2009.

DWORKIN Ronald, **Hakları Ciddiye Almak**, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Dost Kitabevi, Ankara, 2007.

DWORKIN Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

DWORKIN Ronald, "The Model of Rules", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 35, No. 14, 1967, pp. 14-46.

EHMKE Horst, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", in **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 20, Walter de Gruyter, Berlin, 1963.

FERTELLİOĞLU Buğrahan, Anayasal Dilin Semantiği Üzerine: Anayasanın Ruhu Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

FETERIS Eveline T., **Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions**, 2. Edition, Springer, Dordrecht, 2017.

FETERIS Eveline T., **Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Pinhan, İstanbul, 2019.

FRIEDRICH Manfred, "Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 111, No. 2, 1986, pp. 197-218.

VON GERBER Carl Friedrich Wilhelm, **Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts**, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1865.

GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 16. Baskı, Ekin, Bursa, 2019.

GREER Steven, ""Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 63, No. 2, 2004, pp. 412-434.

GÜLFİDAN Osman Serkan, **Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri: Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme**, Yetkin, Ankara, 2020.

GÜLGEÇ Yahya Berkol, **Normlar Hiyerarşisi**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

GÜNTHER Klaus, **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**, State University of New York Press, Albany, 1993.

HABERMAS Jürgen, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, (Çev. William Rehg), The MIT Press, Cambridge, 1996.

HART H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 593-629.

HART H. L. A., **The Concept of Law**, 3. Edition Oxford University Press, Oxford, 2012.

HELLER Hermann, "The Essence and Structure of the State", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000.

HELLER Hermann, "The Nature and Structure of the State", (Çev. David Dyzenhaus), **Cardozo Law Review**, Vol. 18, No.3, 1996, pp. 1139-1216.

HELLER Hermann, **Staatslehre**, 3. Auflage, A. W. Sijthoff, Leiden, 1963.

HESSE Konrad, **Grundzüge des Verfassungrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 15. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1985.

HOHFELD Wesley Newcomb, **Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays**, Yale University Press, New Haven, 1923.

HUGHES Charles Evans, "Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907", in HUGHES Charles Evans (ed.), **Adresses and Papers of Charles Evans Hughes**, The Knickerbocker Press, New York, 1908.

JELLINEK Georg, **Allgemeine Staatslehre**, 3. Auflage, Julius Springer, Berlin, 1929.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KELSEN Hans, **General Theory of Law and State**, (Çev. Anders Wedberg), Transaction Publishers, New Jersey, 2006.

KELSEN Hans, **General Theory of Norms**, (Çev. Michael Hartney), Oxford University Press, Oxford, 1991.

KELSEN Hans, **Introduction to the Problems of Legal Theory**, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2002.

KELSEN Hans, "On the Borders Between Legal and Sociological Method", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000.

KELSEN Hans, **Pure Theory of Law**, (Çev. Max Knight), 5. Edition, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008.

KELSEN Hans, **Saf Hukuk Kuramı**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016.

KRESTING Wolfgang, "Politika, Özgürlük ve Düzen: Kant'ın Politika Felsefesi", (Çev. Hakan Çörekçioğlu), in ÇÖREKÇİOĞLU Hakan (ed.), **Kant Felsefesinin Politik Evreni**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

KLATT Matthias/MEISTER Moritz, **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

KOMMERS Donald P./MILLER Russell A., **The Constitutional Jurisprudance of the Federal Republic of Germany**, 3. Edition, Duke University Press, Durham, 2012.

KORIOTH Stefan, "Introduction", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000.

LABAND Paul, **Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes**, J. Guttentag, Berlin, 1871.

LABAND Paul, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Bd. 1, H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1876.

LOUGHLIN Martin, **Foundations of Public Law**, Oxford University Press, Oxford, 2010.

LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015.

MACCORMICK Neil, **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**, Oxford University Press, Oxford, 2005.

MARMOR Andrei, **Positive Law and Objective Values**, Oxford University Press, Oxford, 2001.

MARTINEZ-ZORILLA David, "Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Springer, Cham, 2018.

MEDICUS Dieter, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", **Archiv für die civilistische Praxis**, Vol. 192, No. 1/2, 1992, pp. 35-70.

MENÉNDEZ Agustin José, "Some Elements of a Theory of European Fundamental Rights", in MENÉNDEZ Agustin José/ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006.

METİN Yüksel, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın, Ankara, 2008.

MORELLI Sandra, "Colombia", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

MORESO José Juan, **Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation**, Springer, Dordrecht, 1998.

MÖLLER Kai, **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

NETO João Andrade, **Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil**, Springer, Cham, 2018.

NEVES Marcelo, **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules: Between the Hydra and Hercules**, Oxford University Press, Oxford, 2021.

ODER Bertil Emrah, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2004.

OKANDAN Recai Galip, **Umumi Amme Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

PECZENIK Aleksander, **On Law and Reason**, Springer, Dordrecht, 2008.

PETERSEN Niels, "How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law", **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning, 2013, pp. 1387-1408.

PETERSEN Niels, **Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

PIRKER Benedikt, **Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study**, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2013.

POSCHER Ralf, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 22, No. 4, 2009, pp. 425-454.

POSCHER Ralf, "Resuscitation of a Phantom?: On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 33, No. 2, 2020, pp.134-149.

POSCHER Ralf, "Theory of a Phantom: The Principles Theory's Concept of a Principle", in OLIVEIRA Júlio Aguiar de et al. (ed.), **Alexy's Theory of Law**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2015.

POSCHER Ralf, "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

PULIDO Carlos Bernal, "On Alexy's Weight Formula", in MENÉNDEZ Agustin José/ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006.

RAMIÃO Rúben, "Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Cham, 2018.

RAZ Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 81, 1972, pp. 823-854.

RAZ Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", in PAVLAKOS George (ed.) **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Hart Publishing, Oxford, 2007.

RAZ Joseph, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Oxford University Press, Oxford, 1979.

RIVERS Julian, "Constitutional Rights and Statutory Limitations", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

SACHS Michael, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994.

SAJÓ András, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", in SAJÓ András (ed.), **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**, Eleven International Publishing, Utrecht, 2006.

SARTOR Giovanni, "Consistency in Balancing: From Value Assessments to Factor-Based Rules", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Springer, Cham, 2018.

SARTOR Giovanni, "Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality", **Artificial Intelligence and Law**, Vol. 18, No. 2, 2010, pp. 175-215.

SCHLINK Bernhard, **Abwägung im Verfassungsrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

SCHLINK Bernhard, "Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer?", (Çev. Lütfullah Yasin Akbulut/Eyüp Kaan Demirkan), **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien**, Cilt 1, Sayı 1, Haziran 2019, pp. 179-192.

SCHLINK Bernhard, "German Constitutional Culture in Transition", in ROSENFELD Michel (ed.), **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**, Duke Universtiy Press, Durham, 1994.

SCHLINK Bernhard, "Grundrechte als Prinzipien?", **Osaka University Law Review**, Vol. 39, 1992, pp. 41-58.

SCHLINK Bernhard, "Proportionality (1)", in ROSENFELD Michel/SAJÓ András (ed.), **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

SCHLINK Bernhard, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?", **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 22, 2012, pp. 291-302.

SCHMITT Carl, **Verfassungslehre**, 11. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2017.

SCHMITT Carl, **Constitutional Theory**, (Çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press, Durham, 2008.

SIECKMANN Jan-R., "Alexy's Theory of Principles: The Ideal/Real Dualism", in OLIVEIRA Júlio Aguiar de et al. (ed.), **Alexy's Theory of Law**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2015.

SIECKMANN Jan-R., "The Theory of Principles: A Framework for Autonomous Reasoning", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010.

SIECKMANN Jan-R., **The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning**, Hart Publishing, Oxford, 2012.

SILTALA Raimo, **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to Post-Analytical Philosophy of Law**, Hart Publishing, Oxford, 2000.

STERN Klaus, "Die Auslegung der Grundrechte", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994.

STERN Klaus, "Die Grundrechtskollisionen", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994.

STERN Klaus, "Übermaβverbot und Abwägungsgebot," in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994.

STOLLIES Michael, **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland**, Bd. 2, C. H. Beck, München, 1992.

STOLLIES Michael, **Public Law in Germany, 1800-1914**, Bergahn Books, New York, 2001.

ŠUŠNJAR Davor, **Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.

SWEET Alec Stone/MATHEWS Jud, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach**, Oxford University Press, Oxford, 2019.

TEIFKE Nils, "Human Dignity as an 'Absolute Principle'?", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010.

TSCHENTSCHER Axel, "Interpreting Fundamental Rights: Freedom versus Optimization", in PÜNDER Hermann/WALDHOFF Christian (ed.), **Debates in German Public Law**, Hart Publishing, Oxford, 2014.

UZUN Ertuğrul, "H. L. A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk", in Kasım Akbaş et al. (ed) **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 3. Baskı, İthaki, İstanbul, 2019.

VURAL Hasan Sayim, Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

WACKS Raymond, **Understanding of Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory**, 3. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.

WACKS Raymond, **Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş**, (Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver/Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara, 2017.

WALUCHOW W. J., "Herculean Positivism", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 5, No. 2, 1985, pp. 187-210.

WEBBER Grégoire C. N., **The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

WINKLER Markus, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der "verfassungsimmanenten" Grundrechtsschranken**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

YAP Po Jen (ed.), **Proportionality in Asia**, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

YÜKSEL Saadet, **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, Alfa, İstanbul, 2015.

ZIPPELIUS Reinhold/WÜRTENBERGER Thomas, **Deutsches Staatsrecht: Ein Studienbuch**, 31. Auflage, C. H. Beck, München, 2005.

ZUCCA Lorenzo, **Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Righs in Europe and the USA**, Oxford University Press, Oxford, 2008.

AİHM Kararları

Lawless v. Ireland (No.3), App. No. 332/57, Judgment of 01 July 1961.

Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968.

Handyside v. the United Kingdom, App. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976.

Barfod v. Denmark, App. No. 11508/85, Judgment of 22 February 1989.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 October 1982.

Kaos GL v. Turkey, App. No. 4982/07, Judgment of 22 November 2016.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 1, 14 - Südweststaat

BVerfGE 2, 1 - SRP-Verbot

BVerfGE 7, 198 - Lüth

BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil

BVerfGE 17, 306 - Mitfahrzentrale

BVerfGE 20, 150 - Sammlungsgesetz

BVerfGE 28, 243 - Dienstpflichtverweigerung

BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil

BVerfGE 35, 202 - Lebach

BVerfGE 39, 334 - Extremistenbeschluß

BVerfGE 86, 1 - TITANIC/'geb. Mörder'

BVerfGE 90, 145 - Cannabis

BVerfGE 123, 267 - Lissabon

Alman Yüksek Mahkeme Kararları

BGHZ 13, 334 (338) - Veröffentlichung von Briefen

BAG, NJW, 1971, 1668 - Arbeitskampfmaßnahmen

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Kararı

S v Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] (3) SA 391.

Hindistan Yüksek Mahkeme Kararları

Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr, (1973) 4 SCC 225 AIR 1973 SC 1461.

Waman Rao and Others vs Union of India and Others, (1981) 2 SCC 362, 1981 2 SCR 1.

S.P. Sampath Kumar Etc. vs Union of India & Ors., (1987) AIR 386, 1987 SCR (1) 435.

L. Chandra Kumar vs Union of India and Others, (1997) AIR 1997 SC 1125.

Kanada Yüksek Mahkemesi Kararı

R. v. Oakes [1986] 1 SCR 103.

New York Temyiz Mahkemesi Kararı

Riggs v Palmer, 115 NY 506, (1889).

Türk Anayasa Mahkemesi Kararı

AYM, E.1988/50, K.1989/27, Karar Tarihi 23.06.1989.