



ROBERT ALEXY’NİN İLKELER TEORİSİNE GENEL BİR BAKIŞ

An Overview of the Principle Theory of Robert Alexy

Dr. iur. Güneş ÇAP*

ÖZ

Alman anayasa hukukunda dikkat çeken önemli çalışmalardan biri olan Robert Alexy tarafından kaleme alınan “*Temel Haklar Teorisi*” sadece anayasal hakların çerçevesini ve sınırlarını belirlemeye değil aynı zamanda anayasal hakların tanımı ve normatif yapısını açıklamaya da çalışır. Kural ve ilkeleri birbirinden ayıran ve tartımı ilkelere özgü bir uygulama olarak gören ilkeler teorisi, Alexy’nin temel haklar teorisinin normatif temelleri açısından başlangıç noktasını oluşturur. Alexy; bu eserinde sadece anayasal hakların tanımı, yapısı ve çerçevesi ile ilgili analizlerde bulunmamakta aynı zamanda teorisinin temelini oluşturan ilkeler teorisinin de ana hatlarını çizmektedir. Bu çalışma, Alexy’nin anayasal haklar teorisinin bu temel argümanlarını mercek altına almakta ve özellikle ilkeler teorisinin temel kabullerini değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Robert Alexy, ilkeler teorisi, ölçülülük, tartım, temel haklar.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi, gunes.cap@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8374-857X.

ABSTRACT

“A Theory of Constitutional Rights”, which is one of the prominent works in German constitutional law, written by Robert Alexy, tries not only to determine the limits and scope of constitutional rights, but also to explain the definition and the normative structure of constitutional rights. Principle theory, which distinguishes rules and principles and declares balancing as the legal application of principles, serves as the starting point for the norm-theoretical foundation of Alexy’s theory of constitutional rights. In his work, Alexy not only analyses the definition, the structure and the scope of the constitutional rights, but also outlines the principle theory forming the basis of his constitutional rights theory. This work peruses these basic arguments of Alexy’s theory of constitutional rights and especially aims to evaluate the basic assumptions of the principle theory.

Keywords: Robert Alexy, principle theory, proportionality, balancing, basic rights.

GİRİŞ

Türk anayasal düzeninde 2001 anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklerin genel nedenlere bağlı olarak sınırlandırılmasının kaldırılması ve devamında 2010 değişikliği ile belirli bir küme haklar bakımından bireysel başvuru yolunun tanınması temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının anayasal denetimi açısından yeni bir kapı aralamıştır. Temel hak ve özgürlüklerin anayasaya uygun bir şekilde sınırlandırılmasında temel alınan ölçülülük ilkesi, bu doğrultuda etkili bir şekilde uygulanma imkânı kazanmıştır. Söz konusu bu değişiklikler özellikle Türk ve Alman temel haklar rejimleri arasındaki paralelliği güçlendirmiş; 1969 yılından beri süregelen Alman bireysel başvuru sistemi¹ ve bu sistem için geliştirilen teoriler, Türkiye'deki bireysel başvuru sisteminin gelişimi açısından da uğrak noktalarından biri olmuştur².

Bu çalışmada, temel haklar teorisi bağlamında Almanya'nın önde gelen isimlerinden biri olan Robert Alexy'nin temel haklar doktrinin temellerini oluşturan norm teorisi ile ilgili görüşleri ele alınacaktır. Böylesi bir tercihin tek sebebi sadece Türk ve Alman temel haklar rejimlerinin paralellik taşıması değil aynı zamanda Alexy'nin pozitif hukuk düzenlemelerinden bağımsız olarak bir ilkeler teorisi ortaya koyma iddiasını taşıyor olmasıdır. Alexy'nin bu iddiası, ilkeler teorisi yaklaşımını Türk hukuk sistemi açısından da tartışabilmeye imkân sağlamaktadır. Alexy'nin ilkeler teorisinde öne sürdüğü ilke ve kural ayrımı, hukuk normlarının çatışması ve bu çatışmaların hukuken nasıl çözülmesi gerektiği gibi normatif argümanlarının ve bu argümanlara yöneltilen eleştirilerin incelenmesinin, Türk hukukunda temel hak normlarının uygulanması bağlamında yürütülecek olan normatif tartışmalara da katkı sunacağı söylenebilir. Bir diğer önemli sebep ise

¹ Bu konuda bkz. Rudolf Mellinghof, Federal Alman Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/rudolfmellinghof.pdf (Erişim Tarihi: 1/6/2016). Karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Göztepe, E., Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, Bildiri Metni, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZ TEPE222.pdf (Erişim Tarihi: 2/6/2016).

² Türk Anayasa Mahkemesinin yer yer kararlarında Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yapıyor olması da bu kanıyı desteklemektedir. Örneğin, sigara yasağı ile ilgili bir bireysel başvuru kararında Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararına atıf yapıldığı görülebilmektedir. Bu karar için bkz. AYM, E.2010/58, K.2011/8, 26/2/2011, Karşı Oy Yazısı - Osman Alifeyyaz Paksüt. (Karşı Oy yazısında ilgili Alman Anayasa Mahkemesi kararı sadece yıl olarak belirtilmiştir. Bu karar için bkz. BVerfGE 121, 317.

hukukun ilkeleri teorisinin Almanya özelinde hala güncel oluşunun ve yeni tartışmalar ile sürekli revize ediliyor olmasının, Türkiye'deki anayasa hukukçuları ve hukuk teorisyenleri için güncel bir çalışma alanı yaratıyor olmasıdır.

Alman anayasa hukukçusu ve hukuk felsefeci Robert Alexy'nin³ *Theorie der Grundrechte* (Temel Haklar Teorisi)⁴ adıyla geliştirdiği temel haklar modeli, Almanya başta olmak üzere birçok ülkede adından çokça söz ettirmiştir. Alexy'nin temel haklar teorisi temelde iki aşamadan oluşur. Teorinin birinci adımda normatif bir teori olarak ilkeler teorisi karşımıza çıkar. İkinci adımında ise ilkeler teorisinin bir uygulama alanı olan temel haklar modeli yer alır. Alexy'nin temel haklar teorisi esasında, temel hakların birer "ilke (Prinzip)" olduğu ön kabulüne dayanır⁵. "Hukukun ilkeleri teorisi (Prinzipientheorie des Rechts)" adını verdiği norm teorisi, bu nedenle temel haklar modelinin temellerini ortaya koyduğu 1994 yılında ilk baskısını yapan *Theorie der Grundrechte* isimli eserinde yer alır. Alexy, ilkeler teorisini günümüze kadar çeşitli eserlerinde kendisine yöneltilen eleştirileri⁶ de dikkate alarak güncellemiştir. Ancak temel

³ Prof. Dr. Dr. hc. mult. Robert Alexy, Kiel Üniversitesi Anayasa Hukuku ve Hukuk Felsefesi A.B.D. Robert Alexy'nin akademik çalışmaları için bkz. https://www.alexey.jura.uni-kiel.de/de/schriftenverzeichnis/schriftenverzeichnis/at_download/file (Erişim Tarihi: 4/6/2020).

⁴ Alexy, R. (2006). *Theorie der Grundrechte*, 5. Baskı, Frankfurt am Main: Suhrkamp (İngilizce dilinde ayrıca bkz. Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, J. (Çev.), Oxford: Oxford University.

⁵ Alexy için temel hakları anlamak, esasında ilkeleri anlamaktan geçer. Bunun bir anlamı da Alexy'nin ilkeler teorisine getirilecek bir eleştirinin dolaylı olarak Alexy'nin temel haklar teorisine de yöneltebilecek olmasıdır.

⁶ Alexy'e yöneltilen eleştirileri iki grupta toplamak mümkündür. İlk grupta Alexy'nin ilkeler teorisinde temel aldığı varsayımları reddeden isimler yer almaktadır: Bu isimlerin en başında, ilkeler teorisinin kendi konusunu ortaya koymaktan aciz "aslî olmayan bir teori" olduğunu düşünen, Ralf Poscher sayılabilir. Poscher, R. (2007). Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, Sieckmann, J.-R. (Der.), *Prinzipientheorie der Grundrechte* (ss. 59–79), Baden-Baden: Nomos; Poscher, R. (2010). "Theorie eines Phantoms: Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand", *Rechtswissenschaften*, S. 4, ss. 349–372. Bu gruptaki diğer isimler için bkz. Jestaedt, M. (2007). Die Abwägungslehre—ihre Stärken und ihre Schwächen, Depenheuer, O., Heintzen, M., Jestaedt, M., Axer, P. vd. (Der.), *Staat im Wort: FS für Josef Isensee* (ss. 253–276), Heidelberg: C.F. Müller; Klement, J. H. (2008). "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", *Juristische Zeitung*, C. 15, ss. 756–763; Aarnio, A. (1990). "Taking Rules Seriously", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 42, ss. 180–192; Steiff, J. (2006). *Rechtsfindung im Umweltrecht*, Baden-Baden: Nomos, ss. 1–250; Jakab, A. (2009). "Concept and Function of Principles: A Critique of Robert Alexy", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 119, ss. 145–160; Hong, M. (2019). *Abwägungsfeste Rechte*, Tübingen: Mohr Siebeck. İkinci grupta ise "Kiel Okulu (Kieler Schule)" nun, başka bir deyişle Alexy'nin öğrencilerinin ve ilkeler teorisinin diğer taraftarlarının eleştirileri yer almaktadır. Bu eleştirilerin ortak özelliği, Alexy'nin ilkeler teorisini benimsemeleri ve teorinin eksik kalan ve/veya sorunlu olan yönlerine dikkat çekerek teoriyi geliştirme amacı taşımalarıdır. Bu grupta örnek niteliğinde şu isimler sayılabilir: Sieckmann, J. R. (1990). *Regelmodelle und*

haklar modeline dayanaklık eden temel argümanlarının hâlâ geçerliliğini koruduğunu söylemek yanlış olmaz.

Bu çalışmanın konusunu Alexy'nin temel haklar doktrininde sıklıkla atıfta bulunduğu ilkeler teorisi oluşturmaktadır. Bu kapsamında öncelikle ilkeler teorisinin çıkış noktası olan kural ve ilke ayrımına değinilecek, devamında Alexy'nin ilke kavramlaştırmasına esas teşkil eden *optimizasyon tezi* ve *çakışma yasası* ele alınacaktır. Son olarak Alexy'nin ilkelerin nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin iddialarına yer verilecektir. Alexy'nin bu bağlamda ileri sürdüğü *tartım yasası* ve *ağırlık formülü* incelenecektir. Ayrıca ilkeler teorisine açıklık getirmek adına yeri geldikçe Alexy'nin açıklamalarında yer verdiği Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarından bazı örneklere değinilecektir.

I. KURAL - İLKE AYRIMI

Alexy'nin hukukun ilkeleri teorisi, temel olarak “kural (*Regel*)” ve “ilke (*Prinzip*)” kavramlarının kesin bir ayrımına⁷ dayanmaktadır. İlkeler teorisinin çıkış noktasını oluşturan Alexy'nin kural ve ilke ayrımı ile ilgili görüşleri en yalın hâliyle Ronald Dworkin'in tezleri üzerine yaptığı yorumlarda karşımıza çıkar⁸. Alexy, ilkeler teorisinin temelini oluşturan ilke kavramını öncelikle kural kavramından ayırarak yani *kural olmayan*

Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden: Nomos; Borowski, M. (2018). *Grundrechte als Prinzipien*, 3. Baskı, Baden-Baden: Nomos; Klatt, M., Schmidt, J. (Der.). (2010). *Spielräume im öffentlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck; Klatt M. (2014). *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, Tübingen: Mohr Siebeck; Afonso da Silva, V. (2003). *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos; Badenhop, J. (2010). *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden: Nomos; Portocarreto Quispe, J. A. (2014). *Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung*, Baden-Baden: Nomos; Kallmeyer, C. (2016). *Ideales Sollen*, Baden-Baden: Nomos; Azevedo Palu, G. A. (2019). *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen*, Baden-Baden: Nomos.

⁷ Kural ve ilke ayrımı ile ilgili olarak üç farklı görüşün bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, Ronald Dworkin ve Robert Alexy'nin savunduğu *katı ayrım görüşü*dür. Bir diğer görüş ise *esnek ayrım görüşü*dür. Katı ayrım görüşünün aksine bu görüş, kural ve ilkelerin niteliksel değil, ancak niceliksel bir ayrıma tabi olabileceğini ileri sürer. Esnek ayrım görüşünün ana temsilcisi Joseph Raz'dır. Ayrıntı için bkz. Raz, J. (1972). “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, C. 81, S. 5, ss. 823–854. Üçüncü ve son görüş ise *uzlaşım görüşü* olarak adlandırılabilir. Bu görüşe göre kural ve ilkeler birbirinden ayrılmazlar. Bu görüş için bkz. Aarnio, A. (1990). “Taking Rules Seriously”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 42, ss. 180–192; Günther, K. (1988). *Der Sinn für Angemessenheit – Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, ss. 269–276.

⁸ Alexy, R. (2006). s. 77. Aynı şekilde bkz. Alexy, R. (2003b). *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, Alexy, R., Koch, H.-J., Kuhlen, L., Rüßmann, H. (Der.). *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden: Nomos, ss. 217–233; Alexy, R. (2000). *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, Schilcher, B., Koller, P., Funk, B. C. (Der.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (ss. 31–52), Wien: Österreich.

olarak ortaya koyar⁹. Bu, Dworkin'in ilke ve kuralların farklı mantık yapılarına sahip oldukları düşüncesi ile örtüşmektedir¹⁰. Tıpkı Dworkin gibi Alexy de kuralların çatışmasının ilkelerin çatışmasından farklı olduğunu ileri sürmektedir. Ancak Alexy, Dworkin'in kuralların ilkelerden farklı olarak "ya hep ya hiç (*all-or-nothing*)"¹¹ özelliği taşıdıkları iddiasına tamamen katılmaz¹². Dworkin'in görüşlerini bir adım daha öteye taşıyan Alexy, kuralların aksine ilkelerin *optimizasyon gereklilikleri* olarak *tartıma muhtaç* olduklarını öne sürer¹³.

II. KURALLARIN ÇATIŞMASI - İLKELERİN YARIŞMASI

Kurallar ya uygulanır ya da uygulanmazlar¹⁴. Bu bakımdan *ya hep ya hiç* uygulanabilir olma özelliğine sahiptirler. Alexy "kuralların çatışması (*Regelkonflikte*)" ile ilgili olarak Dworkin'in görüşlerine bu noktada katılmaktadır. Bir kuralın verili olması, o kuralın talep ettiği şeyin kesin olarak yerine getirilmesidir. Bu nedenle, bir kural çatışması durumunda söz konusu kural sıklıkla bir istisna şartına bağlanır¹⁵. Fakat bu çözüm, iki kuralın belirli bir hukuki nedene iki farklı hukuki sonuç öngördüğü durumlarda geçerli değildir. Alexy'e göre kural çatışmaları iki şekilde çözülür. Birinci durumda birbiriyle çatışan iki kural arasında bir kural-istisna ilişkisi ortaya konurken, ikinci durumda iki kuraldan biri geçersiz olarak kabul edilir. Kural-istisna ilişkisi kurma hâlinde çatışma somut olaya özgü çözülürken, kurallardan birinin geçersiz ilan edilmesi durumunda çatışma "*lex posterior derogat legi priori*"¹⁶, "*lex superior derogat legi inferiori*"¹⁷ veya "*lex specialis derogat legi generali*"¹⁸ gibi çatışma kuralları ile sona erdirilir¹⁹. Kurallardan birinin geçersiz ilan edilmesi

⁹ Alexy ve Dworkin'in görüşlerinin bir karşılaştırması için bkz.; Heinold, A. (2011). *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot.

¹⁰ Dworkin, R. (1967). "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, C. 35, s. 25.

¹¹ *Ya hep ya hiç olma* özelliği, bir kuralın *ya geçerli ya da geçersiz olması* şeklinde *ya hep ya hiç* bir özellik taşımasını ifade eder. "Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision". a.g.e. s. 25.

¹² Alexy, R. (1995a). Zum Begriff des Rechtsprinzips, Alexy, R. (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 177–212), Frankfurt am Main: Suhrkamp, s. 182 vd.

¹³ Bkz. aşağıda III.

¹⁴ Alexy, R. (2006). s. 75.

¹⁵ a.g.e. s. 77.

¹⁶ Yeni kural eski kuralı geçersiz kılar.

¹⁷ Üsteki kural alttaki kuralı geçersiz kılar.

¹⁸ Özel kural genel kuralı geçersiz kılar.

¹⁹ Alexy, R. (2006). s. 78.

durumunda geçersiz ilan edilen kural, hukuk sisteminde artık yer almaz ve uygulanma imkânını kaybeder²⁰. Alexy bunu kural çatışmalarının kuralların geçerliliği sorunuyla ilgili olması ve birbiriyle çatışan iki kuralın eş zamanlı aynı hukuk sisteminde var olamaması ile açıklar²¹. Bu nedenle de kural çatışmalarının hukuki geçerlilik kavramı ile yakından ilgili olduğunu söyler.

Diğer taraftan Alexy'e göre "ilkelerin çakışması (*Prinzipienkollision*)"²² durumunda, sorunun çözümü için bir istisna şartının aranması ya da ilkelerden birinin geçersiz kılınması mümkün değildir. İlkelerin çakışmasının söz konusu olduğu durumlarda en az iki ilke eş zamanlı geçerlilik ve öncelik talep eder. Somut çakışmanın çözümü için bir öncelik-sonralık ilişkisinin tesis edilmesi gerekir²³. Alexy, bunun nedenini ilkelerin optimizasyon gerektiren karakterleri ile açıklar. İlkelerin çakışması durumunda bir ilkenin diğer bir ilkeyi geçersiz kılmasından değil bir ilkenin diğerine öncelikli olmasından söz edilir.

Alexy'nin teorisine göre kuralların *ya hep ya hiç* uygulanabilir olma özelliğini taşıması, optimizasyon karakterinin sadece ilkelere özgü olduğu anlamına gelir. İlkeler teorisi için bir hukuk normunun ya kural ya da ilke olduğu -üçüncü bir ihtimalin ise yok olduğu- hatırd tutulacak olursa, hukuk normu ile ilgili uyuşmazlıkların da *kuralların çatışması* ve *ilkelerin çakışması* olmak üzere iki farklı şekilde ele alınmasını zorunlu kılar²⁴.

III. OPTİMİZASYON TEZİ

Değindiğimiz gibi kurallar ya uygulanır ya da uygulanmazlar²⁵. Bu bakımdan *ya hep ya hiç* uygulanabilir olma özelliğine sahiptirler.

²⁰ a.g.e. s. 78.

²¹ a.g.e. s. 78.

²² Almanca *Kollision* kavramını Türkçeye *çarpışma*, *çakışma*, *ihtilaf* gibi kelimelerle çevirmek mümkündür. Terimin ilkeler teorisi anlamında *Konflikt* teriminden farkını ortaya koymak bu noktada yerinde olacaktır. *Konflikt* terimi Alexy terminolojisinde kurallara özgü bir kavram olup kuralların geçerliliği ile ilgili bir uyuşmazlığa karşılık gelmektedir. *Kollision* terimi ise ilkelere özgü bir kavram olup ilkelerin birbirini geçersiz kıldığı durumları değil, birbirleriyle yarıştığı durumları ifade eder. Bu nüansı dikkate alarak ilkelerin *çatışmasından* söz etmenin ilkeler teorisi ile örtüşmeyeceği ve bu nedenle *Kollision* kavramını Türkçeye *çakışma* olarak çevirmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

²³ Alexy, R. (2006). s. 79; Alexy, R. (2000). s. 33 vd.

²⁴ Alexy R. (1995b). *Rechtssystem und praktische Vernunft*, Alexy, R. (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 213–231), Frankfurt am Main: Suhrkamp, s. 216. Ayrıca bkz. Alexy, R. (2009a). *Ideales Sollen*, Clérico, L., Sieckmann, J.-R. (Der.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (ss. 21–38), Baden-Baden: Nomos, s. 29.

²⁵ Alexy R. (2006). s. 75.

Alexy için kural-ilke ayrımının esası, ilkelerin yapısal farklılıklarına, yani ilkelerin *optimizasyon gereklilikleri* (*Optimierungsgebote*)²⁶ olmalarına dayanır. Kurallardan farklı olarak ilkeler, farklı ağırlık derecelerinde yerine getirilebilirler. İlkeler, “*hukuken ve fiilen en yüksek oranda gerçekleştirilme potansiyeline sahip optimizasyon gereklilikleridir*”²⁷. Bu tanım, ilkelerin sadece farklı ağırlık derecelerinde uygulanabilmesine imkân tanıyan bir norm yapısına sahip olduklarını değil aynı zamanda bu ağırlık derecelerinin hem somut olaya özgü (*fiilî*) olasılıklara hem de yarışan ilke ve kurallarca belirlenen *hukuki* olasılıklara bağlı olduklarını anlatır²⁸. Optimize edilebilir olma özelliği ilkelere fiilî ya da hukuki olasılıklar dâhilinde mümkün olduğunca en yüksek oranda yerine getirilebilme imkânını sağlar. Bir ilkenin başka bir ilke ile çakışması durumunda, hangisinin diğerine öncelikli olduğuna karar vermek için bir *tartım* yapmak zorunludur²⁹.

Daha yeni çalışmalarında Alexy kural ve ilkelerin farklı norm yapılarına sahip oldukları iddiasını daha ayrıntılı açıklar. Kuralların *reel bir gereklilik* (*reales Sollen*) ifade ederken, ilkelerin ise *ideal bir gereklilik* (*ideales Sollen*)³⁰ ortaya koyduklarını öne sürer³¹. İlkeler açısından bu niteleme, ampirik ya da normatif dünyanın sınırlı imkânları ile henüz ilişkilendirilemeyen bir ideale, birbirine koşut olan hak ve ödevlerin bir soyutlamasına karşılık gelir³². Bir ilkenin uygulanmasının anlamı, ideal bir gerekliliğin somut bir olayda reel bir gerekliliğe dönüştürülmesidir³³.

Alexy'nin ilke tanımına yakından baktığımızda; ilkelerin ideal gereklilikler, başka bir ifade ile “*birbirine koşut olan hak ve ödevlerin bir soyutlaması*” olarak kavramlaştırıldığı yani ilkelerin temelde *meta düzeyde* kurulduğu sonucuna varabiliriz. Meta düzeyde herhangi bir uyumsuzluk durumundan söz edilemeyeceğinden aynı zamanda bu, herhangi iki ilkenin birbirine koşut olmasının asla mümkün olamayacağı anlamına

²⁶ Bir ilkenin optimize edilmesi (*Optimierung*), bir ilkenin mümkün olduğunca en yüksek oranda yerine getirilmesi anlamına gelmektedir.

²⁷ Alexy, R. (1995a). s. 204; Alexy, R. (2006). s. 75 vd.; Alexy, R. (2000). s. 32 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

²⁸ Alexy, R. (2006). s. 76.

²⁹ a.g.e. s. 79 vd.

³⁰ Alexy bunu, şu şekilde formüle eder: $O \text{Opt} \text{Op} \dashv \text{Op}$. Burada ideal gereklilik O-Operator “i” ile gösterilmektedir.

³¹ Alexy R. (2009a). s. 25 vd.

³² Alexy R. (2009a). s. 23.

³³ Alexy R. (2009a). s. 31.

da gelecektir. Alexy, ilke tanımındaki bu tutarsızlığı gidermek amacı ile yer yer ilkelerin “tartım nedenleri (*Abwägungsgründe*)” olduklarını da dile getirir³⁴. Fakat bu çabası “birbirine koşut olan hak ve ödevlerin bir soyutlaması” olan ilkelerin, somut bir çakışma durumunda -başka bir deyişle, farklı tartım nedenlerinin karşılıklı uyuşmazlığı durumunda- nasıl aynı zamanda tartım nedenleri olabildiklerini açıklayamamaktadır³⁵. Alexy, ilkelerin yer yer *ideal gereklilikler* yer yer *tartım nedenleri* olduklarını ileri sürerek tatmin edici bir ilke kavramı sunamamaktadır³⁶.

IV. ÇAKIŞMA YASASI

Alexy'nin ilkeler teorisine ilkelerin çakışmasında koşulsuz bir öncelik-sonralık ilişkisinin tespiti mümkün değildir. Bunun sebebi koşulsuz bir öncelik-sonralık ilişkisinin ilkelerin birbirleri ile yarışması durumuna değil bir *istisna kuralına*³⁷ karşılık gelmesidir. İlkelerin çakışmasının çözümü ise daha çok somut olaya ilişkin yararların (çıkarların) ağırlıklarının incelenmesini gerektirdiğinden *koşullu* bir öncelik-sonralık ilişkisinden söz edilir. Bu ilişki, aşağıdaki şekilde formüle edilebilir:

“Eğer ilke P_1 C durumunda ilke P_2 ye karşı önceliğe sahipse: (P_1 P P_2)
 C , ve ilke P_1 C durumunda R hukuki sonucunu doğuruyorsa; o zaman,
 C 'nin hukuki sebep ve R 'nin hukuki sonuç olduğu kural şu şekildedir:
 $C \rightarrow R$ ³⁸”

“Çakışma yasası (*Kollisionsgesetz*)”, ilkelerin tartıma muhtaç³⁹

³⁴ Alexy, R. (2006). s. 88. Benzer şekilde bkz. Alexy R. (2009a). s. 28.

³⁵ Buradaki eleştiri özetle, Alexy'nin normun kendisinin optimize edilmesi ile normun içeriğinin optimize edilmesi arasındaki ayrımı ortaya koyduğu açıklamaların tahmin edici olmaması ile ilgilidir.

³⁶ Bu ikna edici olamama hâli kendini en belirgin şekliyle ilkelerin ideal gereklilikler olarak O-Operator ile sembolleştirilmesinde karşımıza çıkar. Bunun için bkz. yukarıda dn. 30. Alexy'nin ideal gereklilikler sembolleştirilmesinde soyut ideal gereklilik ve somut ideal gereklilik ayırımına gitmemiş olması, ilkeler kavramlaştırmasını ikna edici olmaktan uzaklaştırmaktadır. Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Sieckmann, J. R. (2011). “Prinzipien, ideales Sollen und normative Argumente”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 97, S. 2, s. 184; Poscher, R. (2007). s. 68 vd.; Poscher, R. (2010). s. 354 vd. Ayrıca bkz. Kallmeyer, C. (2016). s. 217 vd.

³⁷ Bkz. yukarıda II.

³⁸ Bu yasada, P sembolü “ilke (*Prinzip*)”, C sembolü “durum/şart (*Tatbestand*)”, R sembolü ise “hukuki sonuç (*Rechtsfolge*)” anlamına gelir. Çakışma yasasının Almanca karşılığı şu şekildedir: “Wenn das Prinzip P_i dem Prinzip P_j unter den Umständen C vorgeht: (P_i P P_j) C_i und wenn sich aus P_j unter den Umständen C die Rechtsfolge R ergibt, dann gilt eine Regel, die C als *Tatbestand* und R als *Rechtsfolge* enthält: $C \rightarrow R$.” Bkz. Alexy, R. (2006). s. 83 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

³⁹ Burada dikkat edilmesi gereken, Alexy'nin ilkeleri “tartılabilir (*abwägungsfähig*) normlar” olarak değil, “tartıma muhtaç (*abwägungsbedürftig*) normlar” olarak tanımlamasıdır. Bu

karakterlerini yansıtmaları ve ilkelerin birbirleri arasında mutlak bir öncelik-sonralık ilişkisinin olmadığını ortaya koymasından dolayı Alexy'nin ilkeler teorisinin temelini oluşturur⁴⁰.

V. TARTIM YÖNTEMİ

A. TARTIM YASASI

Temel haklara müdahalenin derecesinin ve bu müdahaleyi meşru kılan sebeplerin ağırlıklarının birbiriyle olan ilişkisini ifade eden "tartım yasası (*Abwägungsgesetz*)" Alexy'e göre tartımın özünü oluşturur. Bu formül, temel haklara müdahale ve bu müdahaleyi haklı kılan sebeplerin "ne kadar... ne kadar" bağlacı yardımıyla ilişkilendirilmesi ile elde edilir. Alexy, bu formülü şu şekilde ortaya koyar:

"Bir ilkenin yerine getirilmemesi ya da ihlal edilmesinin derecesi ne kadar yüksekse, diğer ilkenin yerine getirilmesinin önemi o kadar büyük olacaktır⁴¹."

Tartım yasası üç aşamalı bir araştırmayı içerir⁴²: Birinci aşama, [I.] bir ilkenin ihlalinin veya yerine getirilmemesinin tespiti aşamasıdır. Bu aşamayı, [II.] müdahalenin boyutunun, diğer bir deyişle saldırının yoğunluğunun tespiti aşaması izler. Bu aşamada, söz konusu ilkeye koşut diğer ilkenin yerine getirilmesinin önem derecesi ortaya konmaktadır. Bunu takiben [III.] söz konusu ilkenin uygulanmasının gerekliliği yani karşıt ilkenin ihmal edilmesinin/uygulanmamasının haklılığı tartışılır.

Bir ilkenin uygulanmasının (veya diğer ilkenin göz ardı edilmesinin) nedenlerine ilişkin incelemede olası üç sonuca ulaşılabilir⁴³. Bir neden ya diğer bir nedene göre [I.] *daha ağır* veya [II.] *daha hafif* olabilir. Üçüncü bir olasılık ise bu nedenlerin [III.] *eşit ağırlıkta* olmasıdır. Alexy, nedenlerin ağırlık derecelerinin kıyaslandığı bu değerlendirmenin rasyonel bir şekilde yapılabileceğini iddia etmektedir. "Derecelendirilmiş üçlü model (*die triadische Skalierung*)" olarak adlandırdığı bu inceleme, *hafif-*

tanımlamadan çıkartılabilecek sonuç, Alexy'e göre ilkelerin tek uygulanma yönteminin tartım olduğudur. Alexy R. (1995b). s. 216.

⁴⁰ Alexy, R. (2006). s. 84.

⁴¹ a.g.e. s. 146 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

⁴² Alexy, R. (2009b). "Konstruktion der Grundrechte", Clérico, L., Sieckmann, J. R. (Der.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (ss. 9-19), Baden-Baden: Nomos, s. 15.

⁴³ Bodo, P., Schlink, B. (2001). *Grundrechte*, 17. Baskı, Heidelberg: C.F. Müller, Rn. 293.

orta-ağıır⁴⁴ olarak kademelendirilebilen bir değerlendirme sistemine dayanmaktadır⁴⁵.

Alexy, nedenlerin ağıırlıklarının eşit olmaması durumunda bağlayıcı bir yanıtı ulaşılabilceğini söylemenin çok zor görünmediğini dile getirir. Derecelendirme sonucunda bir eşitliğin elde edilememesi, Alexy'e göre Anayasada belirli bir karar yönünde netliğin olmasından kaynaklanır. Bunun aksine eşit ağıırlıktaki ilkelerin tartımının gerekli olduğu durumlarda ise *yapısal bir takdir yetkisi*⁴⁶ söz konusudur⁴⁷. Yapısal takdir yetkisi ile ilgili en önemli nokta, anayasaların bir ilkenin diğer bir ilke ile eşit ağıırlıkta olduğu durumlar (*patt* durumları) için yanıtız kalmalarıdır. Alexy, yapısal takdir yetkisinin iki boyutu olduğunu söyler. Bunlar, eşit durumlarda eşitlik ve eşitler arasında eşitlik⁴⁸. Bu çift karakterli tartıma, takdir yetkisinin özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması ve kısıtlanması arasındaki ilişki açısından önemli olduğunu gösterir.

Alexy'e göre tartımda takdir yetkisi, varlığını temelde geniş bir derecelendirmeye izin veren yapısına borçludur. Ne kadar hassas bir derecelendirme yapılırsa o kadar az eşitlik (*patt*) durumlarıyla

⁴⁴ Alexy, ilkesel olarak derecelendirme sayısını açık bırakır. O'na göre gündelik hayat ve hukuk pratiği temelde üçlü olan fakat daha ayrıntılı olarak da tasvir edilebilecek olan bir sisteme de izin verir. Şöyle ki, üçlü derecelendirme sisteminin her bir basamağına bir o kadar daha eklenerek dokuz basamaklı bir *çift-üçlü modele* de ulaşılabilir. Böylece örneğin, *ağıır-çok hafif bir müdahaleden* de söz edilebilir. Alexy, R. (2003a). s. 783.

⁴⁵ a.g.e. s. 783.

⁴⁶ Alexy'e göre takdir yetkisi genel anlamda "*yapısal takdir yetkisi (das strukturelle Spielraum)*" ve "*epistemik takdir yetkisi (das epistemische Spielraum)*" olmak üzere ikiye ayrılır. Yapısal takdir yetkisi Anayasanın sınırları içinde tanınmış bir serbestidir. Bu takdir yetkisinin üç çeşit görümü vardır: [1] Amaç veya sebep kuran takdir yetkisi, [2] araçların seçiminde takdir yetkisi ve son olarak [3] tartımda takdir yetkisi. Epistemik takdir yetkisi ise tamamen bunlardan farklıdır. Bu takdir yetkisi, Anayasanın izin ve yasaklarının sınırında gerçekleşmez. Epistemik takdir yetkisi, Anayasanın yasakladığı veya izin verdiği durumları veya ne yasakladığı ne de izin verdiği yani serbesti tanıdığı durumları bilme yeteneğinin sınırı ile ilgilidir. Bu nedenle, bu takdir yetkisinin Anayasanın sınırlarını tanıma veya bilme yetisinden doğduğunu söylemek yerinde olacaktır. Başka bir deyişle; anayasal ilkeleri gözetmek zorunda olan anayasa yargısının görevi, epistemik takdir yetkisinin başladığı noktada son bulur. Epistemik takdir yetkisi, bu nedenle yasa koyucuya tanınmış bir takdir yetkisidir. Bu iki takdir yetkisini ayıran başka bir nokta da uygulamaya ilişkindir. Yapısal takdir yetkisinde hukukun işlevselliği ile ilgili görüşler ve usulü ilkeler rol oynamazken, epistemik takdir yetkisine ilişkin bir problem hukukun işlevselliği ile ilgili görüşler ve usulü ilkeler olmaksızın çözülemez. İlkeler teorisinde "*usule ilişkin ilkeler (formelle Prinzipien)*" için bkz. Alexy, R. (2014). "Formal Principles: Some Replies to Critics", *Int. J Constitutional Law*, C. 12, S. 3, ss. 511–521. Ayrıca bkz. Klatt, M., Schmidt, J. (2010). ss. 57–70; Portocarreto Quispe, J. A. (2014). ss. 165–260; Azevedo Palu, G. A. (2019). s. 265 vd.

⁴⁷ Alexy, R. (2002b). "Verfassungsrecht und einfaches Recht–Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichts-barkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, C. 61, s. 16 vd.

⁴⁸ a.g.e. s. 16.

karşılaşılabileceği⁴⁹. Fakat bu, her durumda kesin bir sonuca ulaşılabileceği anlamına da gelmez. Keza Anayasa net bir biçimde dökümü yapılabilecek malzemeler sunmadığından eşit durumların veya başka bir deyişle takdir yetkisinin ortadan kaldırılabilmesinden söz etmek mümkün değildir⁵⁰.

Son olarak Alexy'nin eşitlik durumunu örneklendirmek için yer verdiği Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına⁵¹ değinmek yerinde olacaktır. Söz konusu kararın konusunu, soruşturma dosyalarının gizliliğinin ihlal edilmesi halinde cezai müeyyide öngören hükmün (§353d Nr. 3 StGB) anayasaya uygunluk denetimi oluşturmaktadır. Olayda "Flick-Parti Yardımı Skandalı (*Flick-Spendenaffäre*)" ile ilgili ilk duruşmadan önce Bonn Cumhuriyet Savcısı tarafından kaleme alınan soruşturma dosyasından doğrudan alıntı yapan bir haberin soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiği ileri sürülmüş ve dava Hamburg Yerel Mahkemesinin önüne gelmiştir. Bunun üzerine Hamburg Yerel Mahkemesi, iddiaya dayanak olan hükmün anayasaya aykırılığının incelenmesi için dosyayı Alman Federal Anayasa Mahkemesine sevk etmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ilgili yasağın soruşturmanın muhatabının kişiliğini *düşük* oranda koruduğuna ve Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrası ile korunan basın özgürlüğünü ise *önemli oranda ihlal etmediğine* hükmetmiştir⁵².

Yukarıdaki karar hakkındaki yorumunda Alexy, Anayasa Mahkemesinin söz konusu olayda müdahalenin yoğunluğunu ve müdahaleyi haklı kılan sebebi *hafif* olarak derecelendirdiğini, bu değerlendirmenin de daha önce bahsi geçen *eşitlik (patt)* durumuna karşılık geldiğini dile getirir. Alexy'e göre böyle bir eşitlik durumunda yasa koyucu müdahalede bulunabilir. Ancak yasa koyucunun bu müdahalesi bir zorunluluğa değil, takdir yetkisine dayanır⁵³.

⁴⁹ a.g.e. s. 25.

⁵⁰ Bu noktada "Asgari Ölçü Tezi (*Mindestmaßthese*)"ne değinilebilir. Ölçülülük ilkesinin uygulanmasında tartım yönteminden kaçınmak için ortaya atılan *Asgari Ölçü Tezi*, yasa koyucunun eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi ile ilgili olarak temel haklar hukukunda asgari ölçütlerin neler olabileceği ile ilgili görüşlere dayanır. Tartım yönteminin eleştirisini içeren *Asgari Ölçü Tezi* ile ilgili olarak örneğin bkz. Hain, K.-E. (1999). *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Baden-Baden: Nomos, s. 188 vd.

⁵¹ Karar için bkz. BVerfGE 71, 206.

⁵² "*Düşük oranda koruma*" ve "*önemli oranda ihlal etmeme*" ifadeleri Alexy terminolojisinde, üçlü derecelendirme skalasında *hafif* derecesine karşılık gelir. Alexy, *hafif - orta - ağır* derecelendirmelerinin bir nevi bir statüye karşılık geldiğini; örneğin, *hafif* yerine *düşük*, *ağır* yerine *yüksek* gibi ifadelerin de kullanılabileceğini dile getirir. Bkz. Alexy, R. (2002b). s. 21, dn. 86. Kararın ilgili bölümü için ayrıca bkz. BVerfGE 71, 206 (219 vd.).

⁵³ Alexy, R. (2002b). s. 24.

B. AĞIRLIK FORMÜLÜ

Alexy'nin "ağırlık formülü (*Gewichtsformel*)" olarak adlandırdığı, iki ilkenin çakışması durumunda söz konusu bu iki ilkenin ağırlıklarının tartım yoluyla nasıl hesaplanabileceğini göstermeye çalıştığı formül, şu şekildedir⁵⁴:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n}$$

Bu formülde $G_{i,j}$, P_i ve P_j ilkelerinin çakışması sonucunda elde edilen somut ağırlığa karşılık gelir. I_j , P_i ilkesinin yerine getirilmemesinin ya da ihlalinin yoğunluğunu, I_j ise P_j ilkesinin yerine getirilmesinin değerini sembolize eder. G_j , P_i ilkesinin (aynı doğrultuda G_j , P_j ilkesinin) soyut ağırlığını, S_j , P_i ilkesinin (aynı doğrultuda S_j , P_j ilkesinin) epistemik kesinlik derecesini gösterir⁵⁵. Bu bağlamda S , tartım kararında esas alınan *ampirik* (S^e) ya da *normatif* (S^n) öncüllerinin kesinlik derecesine işaret eder⁵⁶.

C. TARTIM

Alexy'e göre *optimizasyon gereklilikleri* olarak ilkelerin, *filî* ve *hukuki* olasılıklar dâhilinde mümkün olduğunca en yüksek oranda yerine getirilebilir olduklarına yukarıda değinmiştik.⁵⁷ Alexy'nin bu düşüncesinin 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde de yer alan ölçülülük ilkesinin geniş anlamı ile de uyumlu olduğu söylenebilir. Alexy'nin ilke tanımında belirttiği *filî* olasılıkların yerine getirilmesinden kasıt, ölçülülük testinin unsurlarından olan *elverişlilik* ve *gereklilik* şartlarına

⁵⁴ Bu formülde G sembolü "ağırlık (*Gewicht*)", I sembolü "yoğunluk (*Intensität*)", S sembolü ise "kesinlik (*Sicherheit*)" kelimeleri yerine kullanılmıştır. Alexy, zaman içinde birkaç kez ağırlık formülünü güncellemiştir. Bu çalışmada Alexy'nin "genişletilmiş" olarak adlandırdığı, ağırlık formülünün bu son haline yer verilmiştir. Bu formül için bkz. Alexy, R. (2014). s. 514; Alexy, R. (2003a). Die Gewichtsformel, Jickeli, J., Kreutz, P., Reuter, D. (Der.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (ss. 771–792), Berlin: De Gruyter.

⁵⁵ Bu bağlamda Alexy, ikinci bir yasadan bahseder. "Epistemik tartım yasası (*das epistemische Abwägungsgesetz*)" olarak isimlendirdiği bu yasayı ise şu şekilde formüle eder: "Bir temel hakka müdahale ne kadar ağırsa, müdahaleyi gerekli kılan öncüllerin kesinliği o kadar yüksek oranda olmak zorundadır". Alexy, R. (2002b), s. 28 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

⁵⁶ Bilmeye ilişkin sınırlılık, *ampirik* olabileceği gibi *normatif* bir özellik de gösterebilir. Ampirik bilgiye ilişkin sorun, karara konu olayın önkoşullarının veya sonuçlarının muğlaklığına dayanırken; normatif bilgiye ilişkin sorun, Anayasada neye izin verildiği, neyin yasaklandığı ya da serbest bırakıldığı konusu ile ilgilidir. Alexy, R. (2002b). s. 27 vd.

⁵⁷ Bkz. yukarıda III.

uygun şekilde bir değerlendirmenin yapılmasıdır⁵⁸. Hukuki olasılıkların gerçekleşmesi ise ölçülülük ilkesinin dar anlamına karşılık gelmektedir⁵⁹. Alexy'e göre dar anlamda ölçülülük ilkesine uygunluğun tespiti ise, yukarıda ele alınan *çakışma yasasına* göre bir tartmayı (*Abwägung*)⁶⁰ gerekli kılar⁶¹. Birbirine koşut olan iki ilkenin çakışmasının gerçekleştiği koşullara göre bir tartımın yapılması, ilkelerin *hukuken* yerine getirilmesi anlamına gelir⁶².

Tartımın rasyonel bir uygulamaya dayandığını ileri süren Alexy⁶³, bu iddiasını *hafif - orta-ağır* olarak formüle ettiği *üçlü derecelendirme*⁶⁴ yöntemi ile ispatlamaya çalışır. Bu derecelendirme, bir ilkeye müdahalenin yoğunluğu ile çakışan diğer bir ilkenin yerine getirilmesinin önem derecesinin birbiri ile ilişkilendirilmesi yolu ile elde edilir. Bu, üçlü derecelendirmenin somut olayın özellikleri göz önüne alınarak elde edilmesidir. Alexy, *hafif -orta-ağır* olarak ortaya koyduğu bu

⁵⁸ Alexy, R. (2003a). s. 772.

⁵⁹ Alexy, R. (2006). s. 100; Alexy, R. (2000). s. 36.

⁶⁰ Almanca *Abwägung* kavramı, Alexy'nin İngilizce kaleme aldığı eserlerinde *balance* kavramı olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle de Alexy'nin İngilizce metinlerine atf yapan Türkçe eserlerde bu kavram hatalı bir şekilde *dengeleme* olarak çevrilmiştir. Ancak Alexy'nin tartım ile ilgili açıklamalarına bakıldığında tartım uygulamasının herhangi bir aşamasında dengeleme işleminin ya da aşamasının yer almadığı açıkça görülebilir. Alexy arasında İngilizce *balance* kavramını *dengeleme* anlamında değil *ölçme/tartma* yani *terazi* anlamında kullanır (Ancak kavramın dengeleme ile hiçbir ilgisinin olmadığını söylemek de yanlış olacaktır. Kefeli bir terazide ağırlığın tespit edilebilmesi için bir *dengeleme* yapmak gerekir. Ancak bu, terazinin asıl işlevinin *dengeleme* olduğu anlamına gelmez. Terazi ile yapılan esasında ağırlık ölçümü yani *tartımdır*). Bu nedenle, kavramın Türkçeye *tartım* olarak çevrilmesinin, ilkelerin ağırlıklarının derecelendirilebilmesini içeren anlamı ile daha uyumlu olduğu söylenebilir.

⁶¹ Bkz. yukarıda IV.

⁶² Alexy, R. (2006). s. 100.

⁶³ Tartımın rasyonelliğine yöneltilen eleştiriler için özellikle bkz. Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, s. 309 vd.; Schlink, B. (2001). *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, FS 50 Jahre BVerfG (ss. 445–465), C. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 445 vd.; Jestaedt, M. (2007). *Die Abwägungslehre-ihre Stärken und ihre Schwächen*, Depenheuer, O., Heintzen, M., Jestaedt, M., Axer, P. (Der.), *Staat im Wort: FS für Josef Isensee* (ss. 253–276), Heidelberg: C.F. Müller, s. 265 vd. Ayrıca bkz. Windisch, F. (2013). "Abwägung: Total, formal oder strukturiert? Ansätze einer Methodik rechtsgebundener Wertzumessung", *Rechtstheorie*, C. 44, ss. 61–102; Camilo de Oliveira, R. (2013). *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot; Hwang, S. P. (2008). "Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume? Zugleich eine Kritik der Alexyschen formellen Prinzipien", *Archiv des öffentlichen Rechts*, C. 133, ss. 606–628; Schilcher, B. (2000). *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*, Schilcher, B., Koller, P., Funk, B. C. (Der.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (ss. 153–192), Wien: Österreich; Hain, K. E. (1999). s. 136 vd.; Leisner, W. (1997). "Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat", *Neue Juristische Wochenschrift*, S. 10, ss. 636–639.

⁶⁴ Bkz. yukarıda V, A.

derecelendirmeyi matematiksel olarak sırasıyla $2^0-2^1-2^2$, yani 1-2-4 değerleri ile nitelendirilir. *Epistemik kesinlik* derecelendirmesini ise *kesin-makul-kesin olarak yanlış olmama*⁶⁵ şeklinde ortaya koyan Alexy, bu epistemik derecelendirmenin matematiksel karşılığını ise $2^0-2^{-1}-2^{-2}$, yani $1-1/2-1/4$ olarak belirtir⁶⁶.

Alexy, tartımın nasıl rasyonel bir şekilde uygulanabileceğini anlatmak için Alman Federal Anayasa Mahkemesinin TITANIC kararından⁶⁷ faydalanır. Alexy'nin teorisinin anlaşılması adına, çalışmamızda bu karara ve Alexy'nin teorisini bu karara nasıl uyguladığına yer vermeyi yerinde buluyoruz. Kararda geçen şikâyet konusu olayda, TITANIC dergisinin 1988-Mart sayısında yer alan "Yedi En Utanç Verici Kişilik" başlıklı yazıda şikâyet edenin isminin başına parantez içinde "*katil doğan (geb. Mörder)*" ifadesi konduğu ve buna ek olarak sakat bir yedek subayın askere gitmek zorunda olmadığı hâlde bu hizmete gönüllü olmasının, askerlik hizmetinin katil olma arzusunu tatmin eden doğası ile açıklandığı görülmektedir⁶⁸. İlgili Yüksek Eyalet Mahkemesi, adı geçen dergi aleyhine söz konusu yazı ile ilgili 12.000 Mark oranında bir manevi tazminata hükmetmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bu karar ile ilgili bireysel başvuruda ise Alman Federal Anayasa Mahkemesi başvuru TITANIC dergisi aleyhine manevi tazminata hükmedilmiş olmasının, Alman Anayasası'nın 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca bir temel hakkın ihlali sonucunu doğurup doğurmadığını karara bağlamıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu kararında öncelikle adı geçen derginin ilgili yazısının "*hiciv (Satire)*" içerip içermediğini, olayda Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamında bir *sanat* faaliyetinin söz konusu olup olmadığı sorusu ile birlikte değerlendirmiştir. Bu değerlendirmesinde *hicvin sanat olabileceği fakat her hicvin sanat sayılamayacağına* vurgu yapmıştır⁶⁹. Hiciv içeren eserlerin Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini dile getiren Anayasa Mahkemesi, söz konusu ifadelerin somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak hiciv içerdiğini ve bu ifadelerin *hafif* derecede bir müdahaleye neden

⁶⁵ Alexy, R. (2003a). s. 789.

⁶⁶ a.g.e. s. 790.

⁶⁷ Kararın tamamı için bkz. BVerfGE 86, 1.

⁶⁸ BVerfGE 86, 1 (6 vd.).

⁶⁹ BVerfGE 86, 1 (32).

olduğunu ifade etmiştir⁷⁰. Bu tespitini gerekçelendirirken Anayasa Mahkemesi, çakışan iki ilkeye (derginin ifade özgürlüğüne ve söz konusu felçli kişinin kişilik hakkına) atıfta bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ayrıca aynı derginin Temmuz sayısındaki başka bir eseri de bu bağlamda incelemiş ve bu eser ile ilgili olarak da sakat bir yedek subayın -neredeyse hiçbir şekilde- hicve yer verilmeyerek “kötürüm (*Krüppel*)” olarak resmedilmesini⁷¹ ilgili kişinin kişilik hakkının ağır derecede bir ihlali olarak nitelendirmiştir⁷².

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile ilgili yorumunda⁷³ Alexy, ifade özgürlüğünü bir izin normu (*Erlaubnisnorm*) olarak şu şekilde formüle eder: $\forall x (T_1x \rightarrow P_iRx)$ ⁷⁴. Bu formül uyarınca, “katil doğan” ifadesinin (a) bir ifade açıklaması olarak nitelendirilmesi durumunda, T_1a 'nın geçerli olacağını ve bu takdirde P_iRa sonucuna ulaşılabileceğini ifade eder⁷⁵. Bir sonraki adım olarak Alexy, ifade özgürlüğü ilkesinin (P) Alman Anayasası'nın 2. maddesine göre kişilik hakkının korunması ilkesi ile yarıştığını ve bu nedenle de mantıksal açıklamanın şu şekilde olması gerektiğini belirtir: $\forall x (T_2x \rightarrow \neg P_iRx)$ ⁷⁶. Bu formül uyarınca, “katil doğan” ifadesinin (a) kişilik hakkının bir ihlali olarak nitelendirmesi durumunda ise T_2a 'nın geçerli olacağını ve bu takdirde $\neg P_iRa$ hukuki sonucuna ulaşılabileceğini dile getirir⁷⁷. Böylelikle birbirine zıt olan iki hukuki sonuca ulaşılmış olunacağını ortaya koyar: $P_iRa \wedge \neg P_iRa$.

Alexy, bir ilke tarafından yasaklanan şeyin diğer bir ilke tarafından izin verildiği böylesi durumlarda tartım yolu ile rasyonel bir değerlendirmenin yapılabileceğini iddia eder⁷⁸. Tartım yönteminde hafif, orta veya ağır olarak derecelendirme yapılabileceğini, somut bir olaya ilişkin olarak Anayasanın neyi yasakladığının, neye izin verdiğinin ya

⁷⁰ BVerfGE 86, 1 (12).

⁷¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi ayrıca Yüksek Eyalet Mahkemesinin bu ifadeyi, hakaret içeren bir ifade olarak değerlendirdiğini de kararında belirtmiştir. BVerfGE 86, 1 (45).

⁷² BVerfGE 86, 1 (13).

⁷³ Başka bir örnek karar için bkz. BVerfGE 95, 173 (*Tütün kararı*).

⁷⁴ Bu formül şu şekilde özetlenebilir: “Her bir x için geçerli olmak üzere eğer x bir düşünce açıklaması (T_1) ise o takdirde *prima facie* olarak izin verileceğinden (P), x (R) hukuki sonucunu doğurur.” Alexy, R. (2009a). s. 27.

⁷⁵ a.g.e. s. 27 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

⁷⁶ Bu formül şu şekilde özetlenebilir: “Her bir x için geçerli olmak üzere; eğer x kişilik hakkının ihlali (T_2) ise o takdirde *prima facie* olarak izin verilmeyeceğinden ($\neg P$), x (R) hukuki sonucunu doğurur.” Alexy, R. (2009a). s. 27 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

⁷⁷ a.g.e. s. 27.

⁷⁸ Alexy, R. (2002b). s. 21.

da neyi serbest bıraktığının tespiti açısından rasyonel bir değerlendirme imkânı olarak görür. Alexy; yukarıda bahsedilen kararda mahkemenin “katil doğan” ifadesi ile fikir özgürlüğüne (P_i) yapılan müdahalenin yoğunluğunu ağır, ilgili kişinin kişilik hakkının korunmasının (P_j) önem derecesini ise orta olarak değerlendirmesini matematiksel bir anlatımla sırası ile $P_i(G_{i,j})$ 4/2 yani 2 ve $P_j(I_{i,j})$ 2/4 yani 1/2 şeklinde ortaya koyar⁷⁹. Bu şekilde, söz konusu olayda P_i ilkesinin P_j ilkesine göre öncelikli olduğunun rasyonel bir yöntemle tespit edilebileceğini göstermeye çalışır. TITANIC dergisinin para cezası ödemesi gerektiğini öngören yerel mahkeme kararına karşı açılan bireysel başvurunun da bu nedenle dergi aleyhine bir karar ile sonuçlanması gerektiğini belirtir⁸⁰.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Son olarak çalışmamız kapsamında Alexy'nin ilkeler teorisinin kısa bir değerlendirmesini yapmayı yerinde görüyoruz⁸¹. Alexy'nin ilkeler teorisi temelde iki varsayıma dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, normların ilke ve kural olmak üzere ikiye ayrıldığıdır⁸². Normların bu ikili ayrımı öncelikle bir normun ilke olmadığı takdirde kural olması gerektiği ya da *vice versa* bir normun kural olmadığı takdirde ilke olması gerektiği anlamına gelir. Alexy, kural ile ilke arasındaki farklılığın bu iki norm türünün yapısal farklılığından kaynaklandığını iddia eder⁸³. Ancak norm yapıları arasındaki bu farklılığı açık bir şekilde ortaya koymaz. Daha çok kural ile ilke arasındaki farkı, kural ile ilkenin farklı şekillerde uygulanmayı gerektiren normlar olma özellikleri ile açıklar. Alexy'nin ikinci varsayımı ise kurallar ile ilkelerin hukuken farklı şekillerde uygulandığıdır⁸⁴. Bu varsayıma göre kurallar altakoyma (*Subsumtion*) yöntemine, ilkeler ise tartım (*Abwägung*) yöntemine tabidir. Alexy terminolojisinde bir normun ilke olduğunu söylemek, aynı zamanda o normun tartım yöntemine tabi olduğunu söylemek anlamına gelir.

⁷⁹ Alexy, R. (2009b). s. 18.

⁸⁰ Ayrıca Alexy, “kötürüm (*krüppel*)” olarak resmedilme durumunda ilgili kişinin kişilik haklarının ihlalinin derecesini mahkemenin ağır olarak derecelendirmesinin bir eş değerlilik (*pat*) yarattığını ifade eder.

⁸¹ Çalışmamızın kapsamı uyarınca Alexy'nin ilkeler teorisine ilişkin değerlendirmemiz özet bir biçimde sunulmuştur. Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çap, G. (2021). *Die Strukturprinzipien der türkischen Verfassung von 1982 im Lichte der Prinzipientheorie des Rechts von Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot, s. 99 vd. ve s. 334 vd.

⁸² Bkz. yukarıda I.

⁸³ Bkz. yukarıda III.

⁸⁴ Bkz. yukarıda II.

Alexy'nin ilke tanımlamasına yakından baktığımızda, ilkeleri kurallardan yola çıkarak *kural olmama* ve *optimizasyon gereklilikleri olma* şeklinde yaptığını görürüz⁸⁵. Alexy'nin ilke tanımlaması bu hâliyle, ilkelerin norm olarak yapısal anlamda kurallardan farklı olduğuna dair bir kanıt sunmaktan çok, esasında bize ilkelerin uygulanma yöntemleri ile ilgili bir şey söyler. Bu da bizi, Alexy'nin ilkeler teorisinin temelinde yer alan ikinci varsayıma götürür. Alexy'nin şu şekilde bir mantıksal akıl yürütme yaptığını görürüz:

[1] Tartımın uygulanması gerekli olduğu için bir ilkeden söz edilir.

[2] Bir ilke söz konusu olduğu için tartım yöntemi uygulanmak zorundadır.

Alexy'nin bu argümanları esasında *döngüsel*⁸⁶ bir akıl yürütmeye dayandığı için ikna edici olmaktan uzaktır⁸⁷.

Bu açıklamalardan yola çıkarak ilkeler teorisinin *ikili norm tezine* dayandığı söylenebilir. İkili norm tezi, sadece bir normun ya ilke ya da kural olduğu (başka bir deyişle üçüncü bir ihtimalin olmadığı) iddiasına dayanmaz, aynı zamanda ikili bir norm uygulaması yöntemi kabulünü de içerir. Buna göre, ilkeler tartım yöntemi ile kurallar ise altakoyma yöntemi ile uygulanma imkânı bulur.

Alexy'nin bahsi geçen ikili yapı tezini şu örnekle çürütmek mümkündür: A kişinin x ifade açıklamasının, 1982 Anayasası'nın 24. maddesi anlamında din ve vicdan özgürlüğü kapsamında mı yoksa 1982 Anayasası'nın 26. maddesi anlamında ifade özgürlüğü kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir hukuki sorunu ele alalım. 1982 Anayasası'nın 24. ve 26 maddelerinde yer alan temel hak normlarının, Alexy'nin ilkeler teorisi anlamında ilke-normlar olarak değerlendirileceğine kuşku yoktur. Bu tespitin ilkeler teorisine göre bir diğer anlamı da bu normlar ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde tartım yönteminin uygulanacak olmasıdır. Peki, örneğimizdeki hukuki sorun gerçekten de tartım yöntemi ile mi çözülecektir? Hangi normun uygulanması gerektiğine ilişkin sorun, esasında temel hak normlarının

⁸⁵ Bkz. yukarıda I. ve III.

⁸⁶ "X doğrudur, çünkü Y doğrudur; Y doğrudur çünkü X doğrudur" şeklinde özetlenebilecek bu döngüsellik *Münchhausen* üçlemesinde geçen *döngüsel argümanları* hatırlatmaktadır. Bkz. Albert, H. (1991). *Traktat über kritische Vernunft*, 5. Baskı, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 13 vd.

⁸⁷ Benzer bir eleştiri için bkz. Steiff, J. (2006). *Rechtsfindung im Umweltrecht*, Baden-Baden: Nomos, s. 187; Jestaedt, M. (2007). s. 263.

çakışması (*Kollision*) sorununa karşılık gelmez. Alexy'nin ilkelerin yalnızca çakıştıklarına ilişkin iddiasının kabulü bu nedenle makul görünmemektedir. Çünkü bir norm tarafından yasaklanan durumun başka bir norm tarafından izin verilmesi yani birbiri ile uyumlu olmayan iki farklı hukuki sonucun ortaya çıkması durumu örneğimizde söz konusu değildir. Örneğimizde yer alan iki norm arasındaki hukuki ilişkide bir *karşıtlık* ilişkisi değil esasında bir *genellik-özellik* ilişkisidir. Böylesi bir hukuki sorun da Alexy'nin sadece kural çatışmalarına özgülediği "özel normun önceliği (*lex specialis derogat legi generali*)⁸⁸" kuralına göre çözümlenmelidir. Bu da bizi, ilkelerin sadece tartıma muhtaç normlar olduklarına ilişkin iddianın doğru olmadığı sonucuna götürür.

Alexy'nin ikili norm tezine eleştiri olarak başka bir örnek, temel özgürlüklerinin (*din özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, düşünce özgürlüğü* vb.) çetin dava kapsamı dışında kalan gerçekleştirme biçimleri ile ilgili olarak verilebilir. Söz gelimi, Sanatsever S'nin haftada bir kez J Sanat Atölyesi'ne giderek resim yapmasının 1982 Anayasası'nın 27. maddesi uyarınca sanat özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine bakalım. Örneğimiz sanat hakkı yani bir ilke-norm ile ilgilidir. Söz konusu hukuki sorunun yanıtı şu şekilde verilebilir:

[1] (x) RHx → Px Her x için geçerli olmak üzere, x bir sanatsal faaliyet ise x'e izin verilir.

[2] RHs Resim yapmak bir sanatsal faaliyetidir.

[3] Ps O halde resim yapmaya izin verilir.

Görüldüğü gibi örneğimizdeki hukuki sorun, Alexy'nin sadece kural-normlara atfettiği altakoyma yöntemi ile pekâlâ çözülebilmektedir. Hukuki sorunun çözümü için ayrıca bir tartma yöntemine gerek kalmamaktadır. Optimizasyon esasen en az iki ilkenin varlığını gerektirdiğinden, örneğimizde de görüldüğü gibi optimizasyona başvurmadan da pekâlâ ilkelerin uygulanmasından söz edilebilmektedir.

Normlara ilişkin uyumsuzlukların çeşitliliği göz önüne alındığında Alexy'nin ikili norm tezinin, norm ve normun uygulanması ile ilgili açıklamalarının yetersiz kaldığı söylenebilir.

⁸⁸ Bkz. yukarıda II.

Alexy'nin kural-ilke ikiliğine dayanan ilkeler teorisinin bir diğer sorunlu noktası ise ilkelerin neden optimize edilmesi gerektiği sorusunu yanıtızsız bırakmasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi ilkelerin ideal gereklilikler oldukları iddiası, bir girdi-çıkı sorununa yol açtığı için tatmin edici olamamaktadır⁸⁹.

Son olarak Alexy'nin tartım yönteminin rasyonelliği ile ilgili görüşlerinin, tartımın matematiksel bir biçimde ifade edilmesi esasına dayandığına vurgu yapmak yerinde olacaktır⁹⁰. Alexy'nin rasyonellik iddiası, tartımın en sorunlu kısmı olan *bir temel hakkın uygulanmasının önem derecesinin ya da bir temel hakka müdahalenin derecesinin hangi ölçüte göre hafif, orta veya ağır olarak nitelendirilmesi gerektiği* ile ilgili rasyonel bir netlik sunmaz. Rasyonellik ile ilgili açıklamalarında Alexy, hâlihazırda *hafif, orta veya ağır* şeklinde yapılmış olan bir nitelendirmenin esasında sadece matematiksel karşılıklarını ortaya koyar. Alexy'nin tartım formülü, örneğin bir *x* ifadesinin bir *A* kişinin kişilik hakkını neden *ağır* değil de *orta* derecede ihlal etmiş veya edecek sayılması gerektiğine dair temelde rasyonel bir ölçüt sunmaz⁹¹. Bu türden bir ölçütün yokluğu, tartım uygulamasının özünde *değer yargılarına* dayanmasına neden olmaktadır. Kanımızca, *değer yargılarına* dayanmayı tamamen ortadan kaldıramayan bir modelin rasyonelliğinden söz etmek pek de mümkün görünmemektedir.

⁸⁹ Bkz. yukarıda III.

⁹⁰ Bkz. yukarıda V. C.

⁹¹ Böylesi bir ölçütün rasyonel olarak verilebilir olup olmadığı da elbette tartışmaya açıktır. Ancak bu tartışma, başka bir araştırmanın konusunu oluşturur.

KAYNAKÇA

- AARNIO, Aulis (1990). "Taking Rules Seriously", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 42, ss. 180–192.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio (2003). *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos.
- ALBERT, Hans (1991). *Traktat über kritische Vernunft*, 5. Baskı, Tübingen: Mohr Siebeck.
- ALEXY, Robert (1995a). Zum Begriff des Rechtsprinzips, Alexy, Robert (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 177–212), Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEXY, Robert (1995b): Rechtssystem und praktische Vernunft, Alexy, Robert (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 213–231), Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEXY, Robert (1995c). Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Alexy, Robert (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 262–287), Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEXY, Robert (2000). Zur Struktur der Rechtsprinzipien, Schilcher, Bernd, Koller, Peter, Funk, Bernd-Christian (Der.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (ss. 31–52), Wien: Österreich.
- ALEXY, Robert (2002a). Postscript, Alexy, Robert (Der.), *A Theory of Constitutional Rights* (ss. 388–425), Rivers, Julia (Çev.), Oxford: Oxford University.
- ALEXY, Robert (2002b). "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, C. 61, ss. 7–33.
- ALEXY, Robert (2003a). Die Gewichtsformel, Jickeli, Joachim, Kreuzt, Peter, Reuter, Dieter (Der.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (ss. 771–792), Berlin: De Gruyter.
- ALEXY, Robert (2003b). Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, Alexy, Robert, Koch, Hans-Joachim, Kuhlen, Lothar, Rüßmann, Helmut (Der.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre* (ss. 217–233), Baden-Baden: Nomos.
- ALEXY, Robert (2006). *Theorie der Grundrechte*, 5. Baskı, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- ALEXY, Robert (2009a). *Ideales Sollen*, Clérico, Laura, Sieckmann, Jan-Reinhard (Der.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (ss. 21–38), Baden-Baden: Nomos.
- ALEXY, Robert (2009b). *Konstruktion der Grundrechte*, Clérico, Laura, Sieckmann, Jan-Reinhard (Der.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (ss. 9–19), Baden-Baden: Nomos.
- ALEXY, Robert (2012). *Comments and Responses*, Klatt, Matthias (Der.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (ss. 319–356), Oxford: Oxford University.
- ALEXY, Robert (2014). “Formal Principles: Some Replies to Critics”, *Int. J Constitutional Law*, C. 12, S. 3, ss. 511–521.
- ALEXY, Robert (2015). “Grundrechte, Demokratie und Repräsentation”, *Der Staat*, C. 54, ss. 201–212.
- AZEVEDO PALU, Guilherme Augusto (2019). *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen*, Baden-Baden: Nomos.
- BADENHOP, Johannes (2010). *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden: Nomos.
- BODO, Pieroth, SCHLİNK, Bernhard (2001). *Grundrechte*, 17. Baskı, Heidelberg: C.F. Müller.
- BOROWSKI, Martin (2018). *Grundrechte als Prinzipien*, 3. Baskı, Baden-Baden: Nomos.
- CAMILO DE OLIVEIRA, Renata (2013). *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot.
- ÇAP, Güneş (2021). *Die Strukturprinzipien der türkischen Verfassung von 1982 im Lichte der Prinzipientheorie des Rechts von Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot.
- DWORKIN, Ronald (1967). “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, C. 35, ss. 14–46.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2009). “Abwägung versus normative Auslegung? Kritik der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Mittel juristischer Methodik”, *Rechtstheorie*, C. 40, S. 1, ss. 1–42.
- GÜNTHER, Klaus (1998). *Der Sinn für Angemessenheit – Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- HABERMAS, Jürgen (1992). *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HAIN, Karl-E. (1999). *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Baden-Baden: Nomos.
- HEINOLD, Alexander (2011). *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot.
- HONG, Mathias (2019). *Abwägungsfeste Rechte*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- HWANG, Shu-Perng (2008). "Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume? Zugleich eine Kritik der Alexyschen formellen Prinzipien", *Archiv des öffentlichen Rechts*, C. 133, ss. 606–628.
- JAKAB, András (2009). "Concept and Function of Principles: A Critique of Robert Alexy", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 119, ss. 145–160.
- JESTAEDT, Matthias (2007). Die Abwägungslehre-ihre Stärken und ihre Schwächen, Depenheuer, Otto, Heintzen, Markus, Jestaedt, Matthias, Axer, Peter (Der.), *Staat im Wort: FS für Josef Isensee* (ss. 253–276), Heidelberg: C.F. Müller.
- KALLMEYER, Christoph (2016). *Ideales Sollen*, Baden-Baden: Nomos.
- KLATT, Matthias (Der.) (2013). *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- KLATT, Matthias (2014). *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- KLATT, Matthias, SCHMIDT, Johannes (Der.) (2010). *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- KLEMENT, Jan Henrik (2008). "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", *Juristische Zeitung*, S. 15, ss. 756–763.
- LEISNER, Walter (1997). "Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat", *Neue Juristische Wochenschrift*, S. 10, ss. 636–639.
- PORTOCARRETO QUISPE, Jorge A. (2014). *Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung*, Baden-Baden: Nomos.
- POSCHER, Ralf (2007). Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, Sieckmann, Jan-Reinard (Der.), *Prinzipientheorie der Grundrechte* (ss. 59–79), Baden-Baden: Nomos.

- POSCHER, Ralf (2010). "Theorie eines Phantoms: Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand", *Rechtswissenschaften*, S. 4, ss. 349–372.
- RAZ, Joseph (1972). "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, C. 81, ss. 823–854.
- SCHILCHER, Bernd (2000). Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens, Schilcher, Bernd, Koller, Peter, Funk, Bernd-Christian.(Der.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (ss. 153–192), Wien: Österreich.
- SCHLINK, Bernhard (2001). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Badura, Peter, Dreier, Horst (Der.), *FS 50 Jahre BVerfG* (ss. 445–465), C. 2, Tübingen: Mohr Siebeck.
- SIECKMANN, Jan-Reinard (1990). *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos.
- SIECKMANN, Jan-Reinard (2011). "Prinzipien, ideales Sollen und normative Argumente", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 97, S. 2, ss. 178–197.
- STEIF, Jakob (2006). *Rechtsfindung im Umweltrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- WINDISCH, Florian (2013). "Abwägung: Total, formal oder strukturiert? Ansätze einer Methodik rechtsgebundener Wertzumessung", *Rechtstheorie*, C. 44, ss. 61–102.

İnternet Kaynakları

- GÖZTEPE, Ece, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", Bildiri Metni, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf (Erişim Tarihi: 02/06/2016).
- MELLINGHOF, Rudolf, "Federal Alman Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/rudolfmellinghof.pdf (Erişim Tarihi: 01/06/2016).

Anayasa Mahkemesi Kararı

AYM, E. 2010/58, K. 2011/8, 26/2/2011.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 71, 206.

BVerfGE 86, 1.

BVerfGE 95, 193.

BVerfGE 121, 317.