

Türk Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesini Konu Edinen Başat Kurallar (Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Bir Değerlendirme)

Onur UÇAR (<https://orcid.org/0000-0002-2294-2168>), Department of Economics, Osmaniye Korkut Ata University, Turkey; e-mail: onurucar@osmaniye.edu.tr

Ahmet Burçin YERELİ (<http://orcid.org/0000-0002-8746-6756>), Department of Public Finance, Hacettepe University, Turkey; e-mail: aby@hacettepe.edu.tr

The Main Rules Subjecting the “Proportionality” in Turkish Jurisprudence (An Historical Overview from the Ottoman Time to Present)

Abstract

This study aims to conduct analysis on some important aspects of the principle of proportionality, which has essential importance for legislative and executive bodies as well as for national and international law. It also plays an essential role in determining compliance with the law of legal arrangements and/or practices based on these legal arrangements to take hold in the system that has been transferred from the Ottoman Empire to the present. In order to understand in depth how the principle of proportionality has been executed from past to present, the archives of higher judicial bodies have been analyzed sentence by sentence and the literature has been reviewed. Accordingly, certain regulations that form the basis of proportionality either by being existing in the roots of the Turkish law or by integration from outside are brought to the reader's attention along with their effects on daily practice.

Keywords : Proportionality, Turkish Jurisprudence, Ottoman Era, Ottoman Code of Civil Law, Constitution, Constitutional Court, State Council.

JEL Classification Codes : K10, K15, K33, K38, K42.

Öz

Bu çalışma gerek yasama ve yürütme ve gerekse ulusal ve uluslararası yargı açısından büyük önem taşıyan yasal düzenlemelerin ve/veya bu düzenlemelere göre yapılan iş ve işlemlerin hukuka uygunluğu bağlamında belirleyici rolü olan ölçülülük ilkesini ele almaktadır. Ölçülülük ilkesinin geçmiştten günümüze nasıl uygulandığını anlayabilmek için öncelikle bir literatür taraması yapılmış ve yapılan değerlendirmelere dayanak teşkil etmesi amacıyla yüksek yargı organlarının karar arşivleri taranarak ilgili kararlar derinlemesine incelenmiştir. Böylece Türk hukuk sisteminin kökeninde var olan ya da sisteme dışarıdan ithal edilen ve ölçülülük ilkesine temel oluşturan belli başlı kurallar ortaya konulmuş ve bunların günlük yaşamdaki etkisi analiz edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler : Ölçülülük İlkesi, Türk Hukuk Sistemi, Osmanlı Dönemi, Mecelle, Anayasa, Anayasa Mahkemesi, Danıştay.

1. Giriş

Yönetim biçimlerinin birbirlerinden taban tabana zıt olması ve vatandaşların benimsediği sosyal, kültürel ve inanç değerleri tamamen farklı olmasına rağmen, dünya üzerindeki ülkelerin hiçbirinde, hak ve hürriyetlerin sınırsızca kullanılması söz konusu değildir. Her ülke, kendine özgü nitelikleri ve değerleri ekseninde oluşturduğu hukuk sistemi marifetiyle hak ve hürriyetlerin sınırlarını belirlemektedir. Sınırsız özgürlüğün ütöpik bir varsayımdan ibaret olduğu kabul edilmekle beraber; bazı ülkelerde bu sınırlamalar çok dar kapsamlı tutulurken; bazılarında ise o denli geniş olur ki sınırlama asıl; özgürlük istisnai hale gelebilir. Bu nedenle, sınırlamanın sınırını teşkil eden ölçülülük ilkesi, özellikle bireylerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetlere olan müdahalenin azami sınırını belirleyerek onları koruma altına alır. İlkenin, bir üst norm olarak, genellikle anayasalarda düzenlenmesi de kendisine verilen önemi ortaya koymaktadır (Oğurlu, 2002: 17).

1982 Anayasası kabul edildikten sonra zaman zaman Anayasa reformu tartışmaları sonucunda üzerinde bazı değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler daha demokratik ve daha müreffeh bir toplum idealini gerçekleştirdiği gerekçesiyle hayata geçirilmiştir (Yereli, 2009: 225-237). Nitekim 2001 yılında 4709 Sayılı Kanun’un 2. maddesi ile yapılan Anayasa değişikliği sonucunda Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 13. maddesi yeniden düzenlenmiş¹ ve Türk hukuk sisteminde ölçülülük ilkesi anayasal hukuk normu haline gelmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtayın kararları incelendiğinde, ölçülülük ilkesinin Anayasada yer almadan önce de yüksek yargı organlarının kararlarına yön verdiği tespit edilmiştir (Uçar & Yereli, 2019: 575-598). Bunun nedeninin ise Türkiye’nin de kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olduğu düşünülmektedir. Bugün evrensel bir hukuk normu niteliği taşıyan ölçülülük ilkesi, her ne kadar AİHS’nin ilk imzalandığı halinde somut bir şekilde yer almasa da 20 Mart 1952’de Paris’te imzalanan ve 18 Mayıs 1954’de yürürlüğe giren “*İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek Protokol*” isimli Ek 1 No’lu Protokolün 1. maddesinde geçen mülkiyet hakkının korunmasına dair hükümlerle AİHS’ye girmiş ve nihayetinde AİH’ye taraf olan ülkelere uygulanması kaçınılmaz bir hukuk kuralı haline gelmiştir.

Bu çalışma, başta AİHS’nin ve Anayasanın ilgili hükümleri olmak üzere, ölçülülük ilkesinin Türk hukuk sistemine intikalini sağlayan koşulları ve ilkenin yüksek yargı organlarıyla daha da somutlaşan temel esaslarını dikkatlere sunmayı amaçlamaktadır. Bu amacın yanında hatta ötesinde üzerinde durulacak bir diğer husus ise Osmanlı hukuk sistemindeki ölçülülük ilkesine dair esasların gün yüzüne çıkartılmasıdır. Nitekim Türk hukuk sisteminin selefi konumundaki Osmanlı Hukuk sisteminde yer alan pek çok kurum tarihsel evrim sürecinde değişime uğrayarak günümüze kadar etkisini sürdürmüştür. Ölçülülük ilkesi de bunlardan bir tanesidir. Bu bağlamda, Osmanlı yargılama usulünün

¹ “Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

belirleyici kitabı ve ilk medeni kanunu olarak bilinen, kısaca “*Mecelle*” olarak addedilen “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*”de düzenlenen hükümler ele alınmıştır. 1851 maddeden oluşan *Mecelle*, ölçülülük ilkesi açısından, günümüzün Türk hukuk sisteminde benimsenen esaslarla örtüşmektedir. Bu doğrultuda çalışmada, öncelikle ölçülülük ilkesinin tanımına yer verilmiş, sonrasında unsurlarına değinilmiş; ölçülülük ilkesi ile ilgili olarak Türk hukuk sisteminde benimsenen kurallara ve uygulamalara dair bilgilendirmelerde bulunulmuş; Osmanlı hukuk sisteminden ölçülülük ilkesiyle ilişkili bazı örneklere yer verilmiştir.

2. “Ölçülülük” İlkesi

“Ölçülülük” bir yönüyle ekonomi ve bir yönüyle de hukuk bilimi ile yakından ilişkili olup özellikle Hukuk ve Ekonomi (Law and Economics) yaklaşımı çerçevesinde üzerinde ciddi tartışmalar yürütülen bir kavramdır. Tarihin en eski dönemlerinden bu yana yapılan hukuki düzenlemelerin ya da yargı kararlarının ekonomik yönü hep tartışılmıştır. Eski Yunan’da, Atina Sitesinin içine düştüğü ekonomik bunalımdan çıkmak için iş başına getirilen Solon (M.Ö. 640-559) çeşitli ekonomik tedbirler almıştır. Bu tedbirlerden biri aylık faiz oranının %10, yıllık faiz oranının ise %120 olarak belirlenmesi (yükseltilmesi) olmuştur (Yereli, 2003: 10-11). Tarihe Solon Kanunları olarak geçen bu uygulamalar farklı pek çok ekonomik düzenlemeyi içermektedir. Bu düzenlemelerin hangi ölçüye göre yapıldığı yazılı kaynaklarda yer almasa da Eski Yunan’da bu tür konuların enine boyuna tartışılmadan ve gerçekleştirilmeden halka kabul ettirilemeyeceği de bir gerçektir. Faiz konusu Osmanlı Devleti’nde de tartışmalı bir konudur. Faiz, Osmanlı hukukunun esasını oluşturan İslam Şeriatında “*Haram*” sayılmıştır. Ancak zaman içinde bazı yargı kararlarında mahkemeler, belli ölçülerde faizi uygun bulmuşlardır. (Yereli vd., 2017: 33-42).

Gerek Solon Kanunları gerekse Osmanlı Kadı Sicilleri incelendiğinde verilen bazı kararların ciddi ölçülere dayandığı ve insanlar arasında adaletin tesis edilebilmesi ya da ekonomik refahın sağlanabilmesi adına olumlu sonuçları olduğu görülmektedir. Özellikle Osmanlı döneminde vergi ödeme gücüne dair Kadı Sicillerinde yer alan mahkeme kararları, ölçülülük ilkesinin yargılamanın önemli bir müessesesi olduğuna işaret etmektedir (Yereli vd. 2017: 209-221). Türk örfü açısından önemli eserlerden biri olarak kabul edilen Mukaddimedede İbn-i Haldun vergilemenin, tebaanın katlanabileceği düzeyde olması ya da başka bir deyişle bireylerin ödeme güçlerini referans alması gerektiğini savunmaktadır (İbn-i Haldun, 2009: 578). Vergileme dışında diğer pek çok ekonomik uyuşmazlığın çözümünde kadıların “Ölçülülük” ilkesine azami özen gösterdikleri ve bunlar ile ilgili hesaplamalar dâhil kararların gerekçelerini uzun uzun kayıt altına aldıkları görülmektedir (Uçar & Yereli, 2017: 109-115).

Ölçülülük ilkesinin modern anlamdaki kökeninin Alman hukuk sistemine (19. yy) dayandırılmaktadır. Zira ilke ile ilgili ilk uygulamalar o zamanki adıyla Prusya Yüksek İdare Mahkemesinin polis hukuku alanında verdiği kararlarda görülmüştür. Prusya Yüksek İdare Mahkemesi ölçülülüğe dair ilk kararını 1882’de vermiş ve bu karar ölçülülük ilkesinin modern hukuk sistemindeki ilk örneği olarak kabul edilmiştir. Söz konusu davada Mahkeme, polisin aldığı önlemlerin, bu önlemlerle ulaşılmaya hedeflenen gayeye nispetle orantılı olup olmadığını değerlendirme yoluna gitmiş; değerlendirme neticesinde polis tarafından alınan

tedbirlerin kamu düzeninin korunması için zorunlu olduğunun kabulü yanında, haddi aşar nitelikte önlemlerin polis görev tanımı içinde kabul edilemeyeceği kanaatine varmıştır (Schwarze, 2006: 685-686; Emiliou, 1996: 23).

2.1. Ölçülülük İlkesinin Tanımı

Literatürde ve yargı kararlarında ölçülülük ilkesine dair pek çok tanım ve açıklama mevcuttur. Bunlar kapsam itibarıyla farklı olsalar da öz olarak ilkenin temel unsurlarına sıkı sıkıya bağlıdır. Ölçülülük ilkesi, bir özgürlüğe veya hakka getirilen sınırlandırmada kullanılan aracın, sınırlandırma ile elde edilmesi arzulan amacın gerçekleştirilmede elverişli olması; amaca ulaşmada gerekli olması ve araç ile amaç arasında makul bir oranın bulunmasıdır (Özbudun, 2011: 114). Görüldüğü üzere, ölçülülük ilkesinden sözedilebilmesi için sınırlandırmada kullanılacak olan aracın elverişli, zorunlu ve gerekli olması aranırken; sınırlandırmayla hedeflenen gaye ile sınırlandırma aracının da orantılı olması beklenir. İsviçreli hukukçu Fritz Fleiner ölçülülük ilkesine dair “*serçelerin topla vurulmaması*” şeklinde (Aktaran: Kanadoğlu, 2002: 164-165); Fransız hukukçu Guy Braibant da “*sineğin çekiçle ezilmemesi*” biçiminde benzetmelerde bulunmuşlardır. Bu benzetmeler araç ile amaç arasında aranan uygun oranı çarpıcı bir şekilde ön plana çıkarmaktadır (Aktaran: Metin, 2001: 20). Söz konusu oranı “*sinek sıklet boksöre ağır sıklet rakip tayin edilmemesi*” şeklinde düşünebiliriz.

Ölçülülük ilkesini, bir temel hak ya da hürriyeti sınırlama amacı ile sınırlamada kullanılacak araç/araçlar arasındaki ilişkinin uygunluğunun denetiminde kullanılan hukuka uygunluk kriteri biçiminde de tanımlamak mümkündür. Bu ölçüte göre, özlerine dokunulmaksızın, bir temel hak ya da hürriyete getirilecek sınırlamaların Anayasada belirtilen sebeplere bağlı ve kanun marifetiyle gerçekleştirilmesi kâfi gelmemekte; o sınırlamanın ölçülülük ilkesine de uygun olması gerekmektedir. İlke denetimi yapılırken de sınırlamada kullanılacak yasal aracın/araçların sınırlama ile hedeflenen amacın gerçekleştirilmede elverişli ve sınırlama aracının amaca erişimde gerekli olup olmadığının yanında; amaç ile araç arasında uygun bir oranın varlığı da araştırılmaktadır. Söz konusu üç unsur karşılayan araç, ölçülülük ilkesi bağlamında Anayasaya uygunluk teşkil ederken; aksi durumlar Anayasa Mahkemesi nezdinde iptale konu olabilmektedir.

2.2. Ölçülülük İlkesinin Unsurları

Ölçülülük ilkesi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesince alınan bir kararda ilkenin unsurları da ortaya konulmaktadır. Buna göre ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere birbirini tamamlayan üç unsurdan meydana gelmektedir. Söz konusu kararda: “...*itiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili ‘ölçülülük ilkesinin’ unsurları olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu*

nedenle yerinde bulunmamıştır” denilmektedir². Ölçülülük ilkesinin unsurları birbirleriyle bağlantılı ve birbirlerini tamamlar niteliktedir. Haliyle yapılan bir düzenlemenin hukuken geçerli sayılması, diğer bir ifade ile iptale konu olmaması söz konusu düzenlemenin, ilkenin her bir unsurunu ayrı ayrı tatmin etmesi ile mümkün olabilmektedir (Singh, 2010: 163).

2.2.1. Elverişlilik Unsuru

Elverişlilik unsuru, alınan sınırlayıcı nitelikteki önlemin, hedeflenen meşru amaç için uygun olması ya da amaca ulaşmaya katkı sağlayıcı nitelikleri taşımasıdır (Xiuli, 2006: 234). Zira söz konusu önlem, amaca ulaşmada etkisiz kalıyor ya da amaca ulaşmayı güçleştiriyorsa elverişsiz olarak nitelendirilirken (Metin, 2002: 26); önlemin hedefi bütünüyle gerçekleştirmeye yetmemesine rağmen kısmen gerçekleştirmeye katkı sağlıyor olması elverişli sayılması için yeterli görülmektedir (Xilui, 2007: 636-637).

Türkiye’de yüksek yargı organlarının ölçülülük ilkesi denetiminde bulunurken, sıklıkla olmasa da elverişlilik unsurunu dikkate aldığı görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında elverişliliği, hukuki önlemin sınırlamadan beklenen amacın sağlanmasında elverişli olup olmaması biçiminde tanımlamıştır³. Anayasa Mahkemesinin elverişlilik unsurunu dikkate aldığı bir diğer kararında ise, küçükler için zararlı içerik teşkil eden yayınların satış bedellerinin belli oranının Toplu Konut Fonuna aktarılmasını düzenleyen yasal önlemi, fonda toplanan meblağın küçüklerin korunmasına katkı sağlayacağı gerekçesinden ötürü elverişli olarak nitelendirmiştir⁴. Elverişlilik ilkesinin, gereklilik ve orantılılık ilkesiyle birlikte değerlendirildiği bir diğer Anayasa Mahkemesi kararında ise, hak ve özgürlükler üzerinde uygulanan sınırlama aracının, amacın sağlanması için elverişli ve gerekli olmasının yanında, kullanılan sınırlama aracı ile güdülen amaç arasında makul bir ölçünün gözetilmesi gerektiğine hükmedilmiştir⁵.

2.2.2. Gereklilik Unsuru

Gereklilik unsurundan sınırlandırma aracı olarak en uygun ve en yumuşak, elverişli aracın seçilmesi anlaşılmaktadır (Rumpf, 1993: 30; Sağlam, 1982: 115). Diğer bir ifade ile gereklilik unsuru, aynı sonuçlara ulaşmayı sağlamakla birlikte daha az kısıtlayıcı bir önleme aracı mevcut ise o aracın seçilmesini uygun görmektedir (Steward, 1998: 130-131). Gereklilik unsuru, elverişlilik unsuru denetiminin ardından dikkate alınmaktadır. Haliyle, gereklilik unsurunun tespiti için birden çok ve elverişli olarak nitelendirilebilecek önleme aracının varlığı şarttır. Elverişlilik unsurunda gözetilen amaç - araç ilişkisinden kaynaklı

² *AYM*, 23.06.1989 gün, *E.1988/50, K.1988/27, RG.20302, 4.10.1989*.

³ *AYM.*, 23.6.1989 gün, *E. 1988/50, K.1988/27, RG. 20302, 4.10.1989*.

⁴ *AYM.*, 11.2.1987 gün, *E. 1986/12, K.1987/4, AMKD.*, S. 27/1, s. 27 vd.

⁵ *AYM.*, 10.1.1991 gün, *E. 1990/25, K.1991/1, AMKD.*, S. 27/1, s. 97.

nitelik ilişkisi, gereklilik unsurunda aynı niteliği sahip (elverişli) araçlar arasında seçimin yapılmasını sağlayan nicelik ilişkisine dönüşmüştür.

Ölçülülük ilkesinin kaynağı kabul edilen Alman hukuk sisteminin en önemli kurumlarından olan Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAAM) bir kararında, “amaca ulaşmak amacıyla tatbikine karar verilen önleme aracının, eş değerde etkili olan diğer önleme aracına/araçlarına kıyasla; temel hak ve özgürlükler üzerinde daha az kısıtlamaya sebebiyet veriyorsa gerekli olduğuna” hükmederken; bir diğer kararında, “seçilen araç dikkate alındığında, amaca ulaşmada eş değer etkiye sahip ve bireyler üzerinde daha az külfet yükleyen başka bir araç mevcut değilse söz konusu aracın gerekli olduğu” kanaatine varmıştır (Poto, 2007: 849; Aktaran: Metin, 2002: 31). Ayrıca, gereklilik ilkesi, güdülen amaca ulaşmada, elverişlilik ilkesine uygun tedbirlerden en yumuşak olanının uygulanmasını zorunlu kılarken; uygulanmasına karar verilen tedbirin, amaca ulaşmada yetersiz kalması durumunda ise yeni tedbirin, öncekine nazaran bir derece ağır olanlar arasından belirlenmesi makbul görülmektedir. Zira FAAM’nin bu bağlamdaki bir kararında, “olası bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla, kanun koyucunun daha yumuşak önleme araçlarına başvurmaksızın; genel yasaklama yoluna gitmesini, ölçülülük ilkesinin ihlali” olarak değerlendirmiştir (Serozan, 1970: 244).

Çalışmada belirtilen kanaate göre gereklilik unsuru, yasal amacın gerçekleştirilmesi için özdeş etkiyi haiz elverişli önleme araçlarından, temel hak ve özgürlükleri asgari düzeyde kısıtlayan aracın tatbik edilmesini işaret eden ölçülülük ilkesi unsuru iken; Lerche unsuru, güdülen amaca erişimde kullanılan elverişli araçlardan, sadece en az müdahale gerektirenin tercih edilmesini zorunlu kılan hukuka uygunluk ölçütü biçiminde tanımlama yoluna gitmiştir (Aktaran: Metin, 2002: 31). Sağlam gereklilik unsurunu, sınırlandırmayla elde edilmek istenen amaca erişebilmek amacıyla sınırlandırmaya tabi tutulacak temel hak ve özgürlükler için en yumuşak aracın seçilmesi hususunda yönlendirici etkiyi haiz ölçülülük ilkesi unsuru olarak tanımlarken (Sağlam, 1986: 115); Onar ise idare hukukunu baz alarak, gereklilik unsuruna dair şu açıklamada bulunmuştur: “*Vasıta bakımından mevcut ikinci tahdit de maksatla vasıta arasındaki mutabakattır: Maksada varmak için daha hafif bir tedbir ve vasıta kâfi iken daha ağır bir vasıtaya başvurulamaz, bu takdirde fiil gene idari mahiyetini kaybederek haksız fiile veya suça inkılap etmiş olur*” (Onar, 1966: 1510).

Elverişlilik unsuru denetiminde, kanun koyucuya, güdülen amacın tayininde serbestlik tanınmasına rağmen gereklilik unsuru denetiminde ancak eş değerde elverişli olan araçlar arasından seçme hakkı öngörülmekte ve söz konusu araçlardan da en yumuşak olanın seçilmesi beklenmektedir.

2.2.3. Orantılılık (Dar Anlamda Ölçülülük) Unsuru

Ölçülülük ilkesi denetiminin tam olarak yerine getirilebilmesi için sacayaklarının sonuncusu olarak tabir edilebilecek nitelikteki orantılılık unsurunun da sağlanmış olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin unsularının sonuncusunu teşkil eden ve ölçülülük ilkesi ile eşitlik ilkesi arasında bağlantı vazifesi gören bu unsur, hukukun genel ilkelerinden biri olarak nitelendirilmekte ve haliyle hukuk devleti modelinin olmazsa olmaz sonucu olarak

kabul görmektedir (Fendoğlu, 2000: 369). Anayasa Mahkemesi bir kararında, orantılılık unsurunu, "güdülen amaç ve bu amaca ulaşmada kullanılacak aracın, ölçüsüz bir oranı içerip içermediğinin ve bireye getirilen yükümlülükleri ölçüsüz olup olmadığının belirleyicisi" olarak açıklamıştır⁶.

Orantılılık unsuru, alınan önlemin ilgilisi olduğu bireye yüklediği külfet ile toplumun geri kalanının o önlem sayesinde elde ettiği kazanç arasında makul bir dengenin sağlanmasını gerekli kılmaktadır (Emiliou, 1996: 32; Aktaran: Singh, 2010: 164). Gereklilik unsurunda amaca ulaşmak uğruna, uygulanacak olan elverişli araçlar arasında kıyaslama yapılırken orantılılık unsurunda kıyasa konu edilenler amaç ile araçtır. Diğer bir ifadeyle, amaç ve araç olmak üzere iki değişkenin karşılıklı ilişkisi değerlendirilmektedir (Metin, 2002: 130). Bu doğrultuda orantılılık unsuru, önleme aracı ile güdülen gayenin orantısız bir ilişki içinde bulunmaması yani, önleme aracının, güdülen gaye ile makul oranda bir ilişki içinde olmasının gerekliliği anlamına gelmektedir (Aktaran: Sağlam, 1982: 116).

Orantılılık unsuruna göre, sınırlama sonucu kişiye yüklenen yükümlülüklerin, onun için katlanılamaz boyuta ulaşmaması gerekir. Kullanılan sınırlama aracının yarattığı kayıp ile sınırlandırmadan beklenen fayda arasında bir denge kurulmalıdır. Böyle bir denge söz konusu değilse başvuru araç orantısızdır. Sınırlayıcı nitelikte bir karar verilmeden önce, söz konusu kararın verilmesini gerekli kılan olayın ağırlık derecesi ile ilgililerin bu karar neticesinde uğradıkları veya uğramaları muhtemel zararlar ve kısıtlamalar arasındaki dengenin gözetilmesi zorunludur (Erkut, 1996: 107).

Orantılılık ilkesine dair literatürde ve yargı içtihatlarında yer alan tanımlardaki ortak payda, amaç ve amaca ulaşmada kullanılacak aracın bariz bir orantısızlık içinde olmaması; diğer bir ifade ile amaç ve araç arasında makul ölçüde bir oranın olmasının gerekliliğidir. Buradan orantılılık unsurunu alınan bir önlemin ilgililere ölçüsüz bir yükümlülük yüklememesi, onlar için katlanılamaz nitelikte olmaması şeklinde tanımlamak mümkündür (Metin, 2002: 130). Bireye yüklenen zararın ağırlığı ile toplumun o zarar karşılığında sağladığı faydanın büyüklüğü kıyaslandığında, birey aleyhine bariz bir orantısızlık söz konusu ise alınan önlemin orantılılık unsuruna ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilecektir (Kanadoğlu, 2000: 165; Atakan, 2006: 62).

Vergiyi açıklayan fayda yaklaşımının özünde de orantılılık unsurunun esasları yer almaktadır. Nitekim fayda yaklaşımına göre kişiler, kamu hizmetlerinden belli bir tatmin elde etmedikçe bunların maliyetine katlanmamalıdır. Vergilemede adalet, devlet tarafından sunulan mal ve hizmetlerin maliyetinin kullanıcılar arasında paylaştırılması ile olur. Bu bağlamda fayda yaklaşımı, kişilerin belli bir hizmetten faydalanmadıkları halde o hizmetin maliyetine ortak olmalarını adalet ile bağdaştırmaz (Yereli & Ata, 2011: 29). Görüldüğü üzere fayda yaklaşımı vergilemenin felsefi temellerini orantılılık üzerine

⁶ *AYM.*, 23.6.1989 gün, E.1988/50, K.1988/27, RG.20302, 4.10.1989.

kurulamaktadır. Günümüzde “Vergiler Karşılıksız Olarak Alınır” anlayışı üzerine inşa edilen vergi sistemleri mükellefler nezdinde adil olarak görülmemekte vergi kaçırma ya da vergiden kaçınma toplumda olağan kabul edilen bir davranış haline gelebilmektedir. Sistemin en baştan kurulması aşamasından, uyumsuzlukların çözümü aşamasına kadar geçen her safhada orantılılık hususuna önem verilmesi vatandaşlar ya da mükellefler nezdinde daha adil bir yapının mevcudiyetine olan inancı güçlendirecektir (Yereli, 2011).

3. Türk Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesinin Yeri ve Gelişimi

Ölçülülük ilkesi, anayasal bir norm haline gelmeden önce AİHS marifetiyle Türk hukuk sistemine nüfuz edip Anayasa Mahkemesi kararlarına yön vermiştir. Cumhuriyet dönemi Türk hukuk sisteminde, muhtelif Avrupa ülkelerinden tercüme edilip uyarlanan ve yaşanan dönemin şartlarına göre revize edilen kanunlar önemli yer tutmakla birlikte belli bazı müesseselerin Osmanlı hukuk sisteminden devralındığı da görülmektedir. Ölçülülük ilkesi de bunun örneklerinden biridir. Bu hususta, Osmanlı Devleti’nde yargılama faaliyetlerinin icrasında esas alınan kurallar dizini olan ve kısaca “*Mecelle*” olarak bilinen “*Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*” hükümlerinin incelenmesinde fayda bulunmaktadır. 1851 maddeden oluşan ve cumhuriyetin ilk yılları da dâhil olmak üzere 1926 yılına kadar uygulanan, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi (Mülga) ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu (Mülga) yürürlüğe girdikten sonra Türk hukuk sistemindeki etkinliği sona eren Mecellenin ölçülülük ilkesine dair hükümlerinin bugün dahi güncelliğini koruduğu söylenebilir.

3.1. Osmanlı Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesi

Mecellenin, ölçülülük ilkesi esaslarının göz önünde tutulmasını öngördüğü kurallarından ilki; zaruret halinde verilebilecek zarar ve bu zararın tazmini hususundadır. Mecelle, kişinin zorunluluk halinde, maddi menfaatlerini koruma gayesiyle, başkasının malindeki mallara tecavüz edebilmesine icazet vermekle birlikte; sebep olunan zararın tazmininin mecburiyet arz ettiğine hükmetmektedir. Fakat daha az kıymetli bir malı müdafaa etmek gayesiyle yüksek kıymetli bir mala zarar vermeyi de gayrimeşru kabul ederek yasaklamıştır (Yıldırım, 2001: 83; Berki, 1978: 21). Söz konusu durum değerlendirildiğinde, zaruret halinde dahi olsa zarar vermek suretiyle sebep olunan ve zarar gören maldan mahrum olma şeklinde gerçekleşen kısıtlamanın meşruiyetinin ancak ölçülülük ilkesine -bilhassa orantılılık unsuruna- riayetle mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Mecellenin bu kaidenin tazmin yükümlülüğünün icrası aşamasında da dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir. Buna göre, zarurettten mütevellit az kıymetli bir mala verilmiş olan zararın tazmin edilebilmesi için çok daha kıymetli bir malın bu uğurda sarf edilmesinin meşru görülmemesi gerekmektedir⁷.

⁷ Ölçülülük ilkesinin menşei kabul edilen Almanya’da Alman Federal Temyiz Mahkemesinin de bu yönde bir kararı mevcuttur. Buna göre, başvuranın ödeyemediği 500 marklık borcu için ipotek edilmiş olan arazisinin 60

Ölçülülük ilkesi denetimine dair Mecellede yer alan bir diğer hükümde: toplumdaki bir kişiye veya birkaç kişiden oluşan gruplara ait menfaatlerin zedelenmesi pahasına, o toplumdaki herkesi etkileyen bir zararın bertaraf edilmesi maksadıyla alınmış / alınacak olan önlemler meşru kabul edilmektedir (Berki, 1978: 21; Yıldırım, 2001: 85). Elbette ölçülülük ilkesi, ceza hukuku ile bağdaşmış ve suç ile o suça verilen ceza arasındaki ilişkinin meşruluğunun tespitinde kullanılması alışıl gelmiş bir hukuka uygunluk ilkesidir. Ancak ilkenin, Mecellenin bahsi geçen hükmü açısından da denetime konu edilebileceği düşünülmektedir. Zira Mecellenin bu kaidesinde, genel zararın bertaraf edilmesi için getirilecek sınırlamaların öncelikle elverişlilik ve gereklilik ilkelerine uygun olması esastır. Örneğin, yıkılmaya yüz tutmuş bir evin, yoldan geçenlerin can güvenliği açısından yarattığı tehlikenin ortadan kaldırılması maksadıyla yıkılması, elverişlilik ilkesi bakımından uygunluk arz ederken; evin tadilatla onarılamayacak nitelikte oluşu ve tehlikenin ortadan kaldırılması için yıkılmasının tek çözüm olması da gereklilik ilkesini karşılamaktadır. Kural gereği; fiilin icrasından evvel sahibinin rızasının aranmasına lüzum görülmemekte ya da rızasının olmaması icraya engel teşkil etmemektedir. Nitekim tehlike arz eden bir evin yıkılması o toplumdaki herkesin faydasına iken; söz konusu eylemden doğan zarar, yalnızca malikine yüklenebilecektir. Malikin gerekli tedbirleri almayarak; evinin, toplum için tehlike arz edecek niteliğe gelmesine sebep olması suç fiilini; yıkma eyleminin ise cezasını teşkil ettiği varsayıldığında ve söz konusu cezadan, ilgisinin uğrayacağı zarar ile toplumun istifade edeceği yarar dikkate alındığında; alınan önlemin orantılılık ilkesi açısından da uygunluk arz ettiği kanaatine ulaşmak mümkündür. Böylece yapılan eylem, mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelse de ölçülülük ilkesi açısından meşru olduğu sonucuna varılmaktadır⁸.

Başka bir Mecelle hükmünde, toplum sağlığının korunması gerekçesiyle, doktorluk mesleğini ehliyetsiz icra edenlerin meslekten men edilmesi emredilmektedir. Bu hükmün öğretmenlik, gazetecilik, akademisyenlik gibi toplumun tamamını etkileme potansiyelini haiz tüm meslek grupları için geçerli olduğu düşünülebilir. Zira halk sağlığı için tehlike arz eden ehliyetsiz doktorun meslekten men edilmesi ne denli gerekli ise öğrencilere verdikleri eğitimle ya da kamuoyuna yaptıkları açıklamalarla topluma yön verici statüyü haiz olan öğretmen, gazeteci gibi meslek erbaplarının da ehil olmalarının, belirli yeterliliklere sahip olmalarının; aksi takdirde görevlerinden uzaklaştırılmalarının toplumun geleceği için o denli önemli olduğu aşikârdır. Nitekim günümüz şartlarında bu mesleklerin icra edilebilmesi için

bin mark değere sahip olan kısmının icra yoluyla satışa çıkarılmasına dair ilk derece mahkemesinin kararı, ilgiliye makul olmayan bir külfet yükleyeceği gerekçesiyle bozulmuştur (Aktaran: Emiliou, 1996: 37-39).

⁸ *Anayasa Mahkemesinin, vergilendirmeye dair işlemleri konu eden ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin meşruluğunun tespitinde ölçülülük ilkesine denetimini gerçekleştirdiği, aynı kişi tarafından farklı tarihlerde yapılan anayasal şikayetlere dayanan iki kararı (AYM, BBY, Başvuru No: 2013\1993, KT.06.05.2015. RG. 27.06.2015-29399 ve AYM, BBY, Başvuru No: 2013\6361, KT.06.05.2015), Mecellenin söz konusu hükmüyle bağdaşmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, bireylerin mülkiyet hakkından ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde mahrum bırakılmasının sebep olduğu kişisel zarar ile bu fiil neticesinde elde edilen toplumsal yarar arasında, adil bir dengenin sağlanmadığı sonucuna vararak, hak ihlalinin varlığı yönünde karar kılmıştır.*

kendilerine özgü bir takım lisans ve/veya sertifika şartı aranmaktadır (Yıldırım, 2001: 85; Berki, 1978: 21). Mecellenin bu düzenlemesi, her ne kadar kendisine aykırılık teşkil eden olayların öznesi konumundaki kişilerin şahsi menfaatlerine zarar verici nitelik taşısa da toplumun tamamının faydasına yöneliktir. Bununla beraber; bir önceki paragrafta yer alan görüşe paralellik arz edecek şekilde; mesleğin ehliyetsiz/lisanssız icrasının suç fiilini teşkil ettiği; meslekten menin ise o suçun cezası olduğu varsayıldığında, suç ve ceza arasında orantılılık ilkesine uygun bir ilişkinin mevcudiyetinden söz etmenin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Mecellenin ölçülülük ilkesiyle ilişkili olduğu düşünülen bir başka kuralı “*ehven-i şerreyn ihtiyar olunur*” hükmünü ihtiva etmektedir. Söz konusu hüküm bir üçüncü seçeneğin olmadığı durumlarda, iki şerden en ehveni olanının; daha açık bir ifade ile zarar verici nitelikteki iki eylemden daha az zarar verici niteliktekinin tercih edilmesini öngörmektedir. Söz konusu kural, bünyesinde, hafif olan zararın yeğlenerek diğerinin önlemesi ya da bertaraf edilmesi için tedbir alınması yoluna gidilmesi hükümlerini barındırsa da bu husus Mecellede münferit bir kaide⁹ olarak ayrıca yer almaktadır (Berki, 1978: 21; Yıldırım, 2001: 89). Bahse konu her iki hükümde de ölçülülük ilkesi, bilhassa gereklilik unsuru bağlamında denetime konu edilmektedir. Nitekim alınan önlemin, yani tercih edilen zararın meşruluğu, gereklilik ilkesine uygunluğundan ileri gelmektedir. Öte yandan ağırlıkları farklılık arz etse de aynı niteliği haiz iki durumun varlığı elverişlilik unsuru denetimini manasız kılarken; sağlanacak fayda ya da uğranacak zarar toplumun tümünü ilgilendirdiğinden ve bu durumun da kamusal fayda ve özel fayda bağlamında kıyasa imkân tanımadığından teorik anlamda orantılılık unsuru denetimi de gerçekleştirilemeyecektir.

3.2. Cumhuriyet Döneminde Ölçülülük İlkesi

Türk hukuk sistemde hukuka uygunluk denetiminin başat kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi, henüz anayasal bir norm haline gelmeden önce dahi Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınan bir kurallar bütünüdür. Gerek kamu hukukunun gerekse özel hukukun tüm alanlarına sirayet etmiş olan ilkenin hukuk ve yargı sistemi içindeki yeri ve gelişimi çalışmanın kapsamı gereği Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararları bağlamında ele alınmıştır. Anayasa hukuku ve anayasa yargısı kapsamındaki değerlendirmeler norm denetimi ile sınırlandırılmıştır. Ölçülülük ilkesinin sıklıkla işletildiği anayasal şikâyetler başka bir çalışma konusu olarak ele alınacağı için değerlendirme dışı tutulmuştur. Ayrıca, ölçülülük ilkesinin Türk hukuk sistemine dâhil edilmesinde büyük önem taşıyan AİHS hükümleri de değerlendirmeye dâhil edilmiştir.

⁹ “iki fesat tearuz ettikde ehaffi irtikab ile a'zamin çaresine bakılır”.

3.2.1. Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin Anayasada açıkça düzenlemediği dönemlere dair Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde; ilkenin anayasal temel haklar içinde yer almamasına rağmen mahkeme içtihatlarında dikkate alınan bir ilke olduğu görülmektedir.

2001 Anayasa değişikliği ile anayasal norm haline gelen ölçülülük ilkesi, değişiklik öncesinde Anayasanın 13/2.¹⁰ ve 15/1.¹¹ madde hükümleri dikkate alınarak işletildiği düşünülmektedir. Bu doğrultuda, yapılacak sınırlamalar için Anayasanın 13/2. maddesinde belirtilen "*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*" ve "*öngördükleri amaç dışında kullanılmama*" hükümlerinin, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin anayasal sınıırı teşkil ettiği; diğer bir ifade ile sınırlandırmanın azami düzeyini belirlediği ileri sürülmektedir (Uygun, 1982: 163). Zira uygulanacak sınırlandırmanın, sınırlandırma amacı dışında kullanılmaması hükmünün ölçülülük ilkesini andırdığı iddia edilerek; değişiklik öncesi, ilkeye pozitif bir temel oluşturduğu savunulmaktadır (Hakyemez, 2001: 1307). Öte yandan, yapılan Anayasa değişikliği ile "*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*" hükmü metin içinde varlığını korurken; AİHS'ye de uygun olmasına ve temel hak ve özgürlüklerin muhafazasında, münasip koşullar yarattığını savunan görüşlerin varlığına rağmen, "*öngörülükleri amaç dışında kullanılmama*" hükmü ilgili madde metninden çıkartılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin değişiklik sonrası dönemde ölçülülük ilkesi denetimini işlettiği kararları incelendiğinde, ilkenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda müracaat edilmesi gereken bir ölçüt olduğuna değinilmiş ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesinden müstakil bir şekilde düzenlenmiş olsa dahi söz konusu iki ilke arasında sıkı bir ilişki olduğu belirtilmiştir. Mahkemeye göre, temel hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için lüzum gösterip göstermediğinin yanında; temel haklara en az müdahaleye imkân veren ölçülü bir sınırlama niteliğini haiz olup olmadığının da araştırılması gerekmektedir¹².

Anayasanın 2001 değişikliğinden önceki 13. maddesinin gerekçesi¹³, ölçülülük ilkesinin bütün unsurlarına yer vermesine karşın, madde metninde ilkenin kendisi mevcut

¹⁰ 2001 Değişikliği öncesi, Anayasanın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınrlanması" başlıklı bölümün 13/2. maddesi "*Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz*" şeklindeydi.

¹¹ Anayasanın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması" başlıklı bölümün 15/1. maddesi "*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*" şeklinde olup, söz konusu hüküm değişikliğe uğramamıştır.

¹² Örnek teşkil eden AYM kararı için bakınız: AYM 12.7.2017 gün E.2017/27, K.2017/117, RG. 22.9.2017, 30188.

¹³ "...Maddenin ikinci fıkrası, son satırı, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlandırılmayacak; yahut meşru

değildi. Öte yandan, AİHS ile 1982 Anayasasında düzenlenen temel hak ve özgürlüklere dair düzenlemeler gerekçeleriyle birlikte mukayese edildiğinde, Anayasanın, AİHS’de yer alan ilgili maddeleri neredeyse birebir olarak ihtiva ettiği hatta bazı ek sınırlamalara da yer verdiği görülmektedir (Oğurlu, 2002: 41)¹⁴.

Ölçülülük ilkesi ile bağdaştırılabilecek bir diğer Anayasa maddesi olan ve olağanüstü dönemlerde hak ve özgürlüklerin kullanılmasını düzenleyen 15. maddesi, söz konusu dönemlerde¹⁵ dahi sınırlamanın ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihmal edilmeyecek şekilde yapılmasına hükmetmektedir (Sağlam, 1988: 436). Bu hükmün, ilgili maddede geçen “*durumun gerektiği ölçüde*” ibaresinden kaynaklandığı söylenebilir. Bu yönü ile söz konusu maddenin, ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan orantılılık ve gereklilik unsurları ile bağdaştığı kabul edilmekle birlikte; ilkeyi tam manasıyla karşılamadığı da düşünülmektedir (Oğurlu, 2002: 42).

Anayasa Mahkemesinin değişiklik öncesi kararları dikkate alındığında, ölçülülük ilkesi denetiminin, kimi zaman ilkenin tüm unsurlarının kimi zaman da sadece bir unsurunun dikkate alınarak yapıldığı görülmektedir. Değişiklik öncesi, 1982 Anayasasında olduğu gibi 1961 Anayasasında da ölçülülük ilkesini düzenleyen herhangi bir norm yer almamakta, ilkenin anayasal düzeyde temeli bulunmamaktaydı. Ancak 1961 Anayasası döneminin Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, ölçülülük ilkesinin nadiren de olsa dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Bu durum ilgili dönemde ilkenin içtihat yoluyla benimsendiği ve geliştirilmeye çalışıldığı ancak gelişim gösteremediği, uygulamaların somut olaylar bazında kaldığı şeklinde yorumlanmıştır (Oğurlu, 2002: 43). Örneğin, Anayasa Mahkemesinin 1971 yılında verdiği “insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza yaptırımını konulması olanağı yoksa da bu ilkenin hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımının, suçun ağırlığı ile orantılı olarak belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından kesin bir sınır teşkil edeceği düşünülemez” şeklindeki kararında (AYM 12.8.1971 gün, E.1970/22, K.1971/20, AMKD, S. 10: 18) ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuru esas alınmıştır. Ölçülülük ilkesinin Anayasaya dâhil edilmesi ile birlikte uygulanmasına dair tereddütler bertaraf edilmiş; temel hak ve

amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amaçın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır (...) (Akad & Dinçkol, 1998: 72).

¹⁴ Ancak AİHS’nin uygulanması esnasında, ölçülülük ilkesinin göz önünde bulundurulmasına ve 13. maddenin gerekçesinin, ilkenin tüm gereklerine yer vermesine rağmen; Anayasa’da, ölçülülüğe dair somut bir düzenleme mevcut değildi. Nihayetinde, yapılan Anayasa değişikliği neticesinde, söz konusu maddenin metni ile gerekçesi arasında tutarlılık da sağlanmış olmaktadır.

¹⁵ Anayasanın 15. maddesinin olağanüstü dönemlerde getirilecek olan sınırlamaların sınırının belirlenmesi ile ilgili olması veya maddenin olağan dönemde uygulanabilmesi şeklinde literatürde iki ayrı görüş ortaya çıkmıştır. Bir kısım yazarlar, olağanüstü dönemde yapılabilecek sınırlamaların sınırını teşkil eden ölçülülük ilkesinin, olağan dönemlerde de öncelikle uygulanması gerektiğini savunurken (Özbudun, 2011: 114; Fendoğlu, 2002: 131); bir kısım yazarlar ise söz konusu maddenin sadece olağanüstü dönemlere özgü olduğunu, olağan döneme özgü hususların Anayasada açıkça düzenlenmemiş olmasının, Anayasanın başat kurallarından olan “maddi varlık” şartının sağlanmamasına sebebiyet verdiğini, bundan dolayı da olağan dönemlerde madde 15 esas alınarak ölçülülük ilkesinin denetiminin yapılamayacağını savunmaktadırlar (Gözler, 2009: 200).

ölgülüklerin yasada yer almasının önemini vurgulayan ve getirilen sınırlamaların kullanımlarını engellemekten çok kolaylaştırır nitelikte olduğunu savunan hâkim görüşü uygun olduğu anlaşılmaktadır (Bilgen, 1996: 48).

Ölgülülük ilkesine anayasal norm kimliğini kazandıran anayasa değışikliğı sonucu ilgili maddeye eklenen "öze dokunma yasağı" kıstası¹⁶, değışiklik öncesinde de var olan "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" hükümleriyle birlikte güçlü bir denetim altyapısı oluşturmuştur. Nitekim temel hak ve özgürlüklere müdahalenin azami sınır düzeyini belirleyen bu kıstaslar, ölgülülük ilkesinin de aranacağı en son sınırını teşkil eder hale gelmişlerdir. Ölçülülük ilkesi, Alman öğretisinde ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihadında düşmanın son hatta gelmeden, ilk hatta durdurulması olarak nitelendirilmekte ve sınırlamanın hakkın özünden önceki bir alana uygulanmasını esas almaktadır (Sağlam, 1988: 145). Nitekim Anayasa Mahkemesi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölgülülük ilkesine uygun olup olmadığının denetlenmesi için öncelikle ilgili düzenlemenin hakkın özüne dokunmamış olması gerektiğini belirtmektedir. Öyle ki Anayasa Mahkemesine göre öze dokunur nitelikteki bir sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölgülülük ilkesine öncelikle aykırı olacağından söz konusu ilkeler bakımından ayrıca bir denetim yapmaya gerek olmayacaktır¹⁷. Söz konusu Anayasa değışikliğı teklifinin gerekçesi incelendiğinde ise temel hak ve hürriyetler hususunda AİHS'nin esas alındığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, Anayasanın 13, 14, 19, 20, 21, 26, 31, 34, 36 ve 38. maddelerinin değışiklik gerekçelerinin temelinde de yine AİHS veya eklerinin yer aldığı vurgulanmıştır. Hatta değışiklik öncesi döneme tekabül eden ve ölgülülük ilkesini çağrıştıran düzenlemeler dikkate alındığında söz konusu düzenlemelerin de AİHS'ye ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına uyum gösterdiği sonucu ortaya çıkmaktadır (Oğurlu, 2002: 45)¹⁸.

¹⁶ *Literatürde, değışiklik öncesi 1982 Anayasasının öze dokunmama kriterini ihtiva etmemiş olmasına rağmen, temel hak niteliğinde olan öze dokunmama ölçütünün yok sayılamayacağı görüşü de mevcuttu (Uygun, 1992: 187). Üstelik AYM, değışiklik öncesi verdiği bazı kararlarda (AYM 23.06.1999 gün, E:1999/33, K:1999/51, RG. 29.06.2000-24094 ve 19.07.2001 gün, E:2001/303, K:2001/333, RG. 15.09.2001-24524) "...Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaştığı kabul edilemez" hükmüyle, 2001 öncesi Anayasada öze dokunma yasağına verilmemiş olmasına rağmen bu ölçütü demokratik toplum düzeninin vazgeçilmez unsuru olarak görmüştür.*

¹⁷ *İlgili AYM kararları için bkz. AYM 15.03.2017 gün, E.2016/165, K.2017/76, RG. 13.04.2017-30037; AYM 14.12.2016 gün, E.2016/36, K.2016/187, RG. 13.1.2017, 29947; AYM 10.02.2016 gün, E.2015/96, K.2016/9, RG. 23.02.2016, 29633.*

¹⁸ *Anayasanın değışiklik öncesi 13. maddesi devletin, ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, milli güvenliği, kamu düzenini, genel asayişii, kamu yararını, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması hususlarını içeren ve haliyle tüm temel hak ve özgürlükler için uygulanacak olan bir kısım genel nitelikli sınırlandırma gerekçelerini içermekteydi. Yapılan değışiklik ile söz konusu genel sınırlama nedenleri ilgili maddeden çıkarılarak yerine "Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir" ibaresi eklenmiştir. Böylece, değışiklik öncesi kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın korunması gibi genel gerekçelerle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilceğine*

AİHS’nin 8 ile 11. maddelerinin ikinci fıkraları, AİHS’de öngörülen hak ve hürriyetlerin “*demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ilkesi*” ile uyumluluk gösterecek şekilde ve ancak kamu yararının gerektirdiği durumlarda kısıtlanabileceğine hükmederek; ölçülülük ilkesine hukuksal dayanak teşkil etmektedir. Zira AİHM yapılan sınırlamanın demokratik bir toplumda olması gerektiği kadar olup olmadığının denetimini ölçülülük ilkesine müracaat ederek gerçekleştirmektedir. Buna göre söz konusu haklara getirilecek sınırlandırmaların meşru bir amaca dayandırılması tek başına yeterli olmamakta; hedeflenen gayeye ulaşmada, gereken nispetten fazla olmamasını da zorunlu kılmaktadır. Diğer bir ifade ile sınırlamaların meşru ve zorunlu olması durumunda dahi bunların ulaşılmak istenen meşru amaç ile orantılı olması gerekmektedir (Metin, 2002: 82).

Türk anayasa yargısı uygulamalarında ölçülülük ilkesinin varlığı, “*hakkın özü (öze dokunma yasağı)*” ilkesinden sonra “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ölçütlerinden önce aranmaktadır. Burada, “*hakkın özü*”, sınırlandırmanın nihai sınırının belirlenmesinde esas ölçüt olup dokunulamaz nitelikteki alanın belirleyicisidir. “*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ölçütü ise ölçülülük ilkesinden önce devreye giren bir ilkedir (Sağlam, 1987: 111; Uygun, 1995: 167). Anayasa Mahkemesi de ancak hakkın özüne dokunulmaksızın, yani öze dokunma yasağına riayet edilerek hayata geçirilmiş bir düzenlemeyi, ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurları açısından denetime tabi tutmaktadır. Anayasa Mahkemesi, hakkın özüne dokunan -hakkı ve özgürlüğü kullanılmaz hale getiren- sınırlamaları ölçülülük ilkesi açısından denetlemeye gerek bile görmeden hem hakkın öze dokunma yasağını hem de ölçülülük ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir¹⁹. Hakkın özüne müdahale eden bir düzenleme doğrudan Anayasaya aykırı olacağından; o düzenlemenin ayrıca ölçülülük ilkesi denetimine konu edilmesi, ilkeden beklenen faydanın sağlanamayacağı boş bir girişimden öteye gidemeyecektir. Anayasa Mahkemesi kararında²⁰ görüldüğü üzere, sınırlandırmaların Anayasaya aykırılığını denetlenirken, öncelikle öze dokunma yasağı dikkate alınmakta; söz konusu sınırlama, hakkın özüne müdahale eder nitelikte değil ise ilgili düzenleme ölçülülük ilkesinin tüm unsurlarıyla birlikte denetime tabi tutulmaktadır (Uygun, 1995: 167).

3.2.2. İdare Hukuku ve Danıştay Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin işlevsel açıdan en yoğun kullanıldığı alanların başında idare hukuku gelmektedir. Zira idari faaliyetlerin hukuka uygunluk şartı ve idarenin kanuniliği ilkesi idareyi, kanunlar ve diğer hukuksal düzenlemeler çerçevesinde hareket etmeye zorlamaktadır. Üstelik kanunların yasama organınca çıkartılıyor olması, idarenin tabi olduğu

hükmedilirken; değişiklik sonrasında, Anayasanın temel hak ve hürriyetleri esas alan 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 34. maddelerine atfıta bulunularak sınırlandırma gerekçeleri genel nitelikli olmaktan çıkarılıp özel nitelikli hale getirilmiş ve en nihayetinde sınırlandırma ilkeleri meydana gelmiştir (Vuraldoğan, 2007: 58; Fendoğlu, 2002: 135; Aliefendioğlu, 2002: 143-144).

¹⁹ AYM 1.10.1991 gün, E.1990/40, K.1991/33, RG. 7.2.1992-21135.

²⁰ AYM 1.10.1991 gün, E.1990/40, K.1991/33, RG. 7.2.1992-21135.

bir takım düzenleyici işlemlerin, kendi dışında şekillenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, idari işlemleri görünüşte hukuka uygun kılsa da her idari işlemin her zaman ölçülü olacağı anlamına da gelmemektedir. Kısaca idari işlemler her zaman hukuka uygunluk kriterinin bir türü olan ölçülülük ilkesine uygun olmayabilmektedir. Ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eden idari düzenlemelerin de Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi gerekmektedir (Oğurlu, 2002: 55)²¹.

Türk hukuk sistemi açısından ölçülülük ilkesi, anayasal bir norm niteliğini almadan önce, genel bir hukuk ilkesi idi. Bu niteliği ile hayatın belirli bir kısmını düzenleyen hukuki bir norm olarak değil; yalnızca öteki normlar yorumlanırken normatif olarak kapsamının tespitinde başvurulmuş kurallar diziniydi. Ölçülülük ilkesinin bu hali, bir temel hak ve o temel hakka müdahalede bulunacak olan idarenin, müdahale sınırının tespitinde başvurulmuş ve yasa koyucu ile idareyi yönlendirici niteliği haiz tali bir ölçütten ibaretti. Ancak ilke, anayasal bir norm haline almakla; bireylere, idare karşısında da objektif koruma sağlayan üst düzey bir kural hüviyetine bürünmüştür (Rumpf, 1993: 46-47).

Ölçülülük ilkesinin, İdari Yargılama Usulü Kanununa işlenmemiş olmasına rağmen, Anayasada ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olması, uygulanmasındaki tereddütleri ve belirsizlikleri bertaraf etmek için yeterli olduğu görüşünü doğurmuştur. Nitekim bu görüşü savunanlara göre: ölçülülük ilkesi Anayasada yeterince açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlendiğinden, kanunlarda da ayrıca yer alması, kanun yapma tekniği bakımından yerinde bir uygulama olmayacaktır. Üstelik ilgili düzenlemenin açık olmadığı varsayılsa dahi; anayasa yargısının ve Danıştayın değişikliğinin çok öncesinden beri ilkeyi uyguluyor olması ve bunun sonucunda elde edilen deneyim ve oluşan içtihadın, ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç bırakmadığı düşünülmektedir. Lakin söz konusu durumların, ilkenin uygulanmasına dair çözüm sunsa da sunulan çözümün ancak geçici nitelikte olacağı; asıl olanın ise yapılan Anayasa değişikliğinin yasal düzenlemelere işlenmesi olduğu yönünde karşıt savlar da ileri sürülmektedir (Oğurlu, 2002: 96)²².

²¹ Ölçülülük ilkesinin bireye, idari yargı aşamasında olduğu gibi idari başvuru aşamasında da koruma sağlayacağı kanaati hakimdir. Nitekim bir idari işlemdeki ölçüsizliğünün yargı yoluna gitmeden, idari başvuruya konu edilmesine mâni bir durumun olmadığı ve bu haliyle de uygulamanın, idari yargı öncesi bir öndenetim görevini üstleneceği düşünülmektedir (Bilgen, 1996: 48).

²² Belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesinin Anayasada yer almasıyla anayasal temel haklar rejiminin zenginlik kazandığı ancak bu hususta, ayrıca kanuni temel haklar rejiminin oluşturulmasına da ihtiyaç olduğunu düşünen görüşler; kanun bazında uygulamanın lüzumsuzluğunu savunanlara nazaran ağırlıktadır. Söz konusu görüşlere göre: ölçülülük ilkesine dair düzenlemenin anayasal statüde ve haliyle üst bir norm niteliğinde oluşunun bireye sağlayacağı koruma aşikâr olmakla birlikte; kanun bazında düzenlemeye gidilmesi durumunda anayasal statüdeki bu norm nispeten somutlaşmış olacaktır. Zira kanuni temel haklar rejiminin oluşturulması ile sahip olunan temel hak ve özgürlüklerin kullanımına dair usuller belirtilecek ve bireyler; temel hak ve özgürlüklerine yapılan ihlallere ve tecavüzlere karşı daha belirgin bir korumaya sahip olacaklardır (Bilgen, 1996: 48). Kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan bu tür müdahaleler, diğer bireylerden gelebileceği gibi idarenin kendisinden de kaynaklanabilmektedir. Haliyle ölçülülük ilkesinin, yasama organı kadar, günlük hayatın her

Ölçülülük ilkesinin, anayasal bir norm haline gelmeden önce ve anayasal statüye kavuşmasından sonra da dikkate alınmıyor olması ve her iki dönemde de Anayasa Mahkemesi kararlarında doğrudan doğruya ölçü norm olarak kullanılması hallerinin gerek idare hukuku ve gerekse idare yargısı üzerinde etkisi olduğu söylenebilir. Danıştay 5. Dairesinin 14.4.1988 tarihinde Anayasanın 13. maddesi ve gerekçesine dayanarak aldığı bir karar, söz konusu duruma örnek teşkil etmektedir. İlgili kararda, bu görüşün desteklendiği kısım ise: “...anılan hükme göre, hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar demokratik toplum düzenine aykırı olmayacak; uluslararası sözleşmeler de ve bildiriler de bu konuda bir ölçü olarak kabul edilen ‘demokratik rejim’ anlayışı ile uzlaşılabilir bir nitelik taşıyacaktır. Getirilecek sınırlamalar öngörülen amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır.” hükmüdür.

Anayasaya egemen olan ilkeler olarak sayabileceğimiz sosyal devlet, hukuk devleti gibi ilkeler gerek idarenin gerekse idare hâkiminin kanaatlerinde belirleyici rolü olan Danıştay kararlarını hem zenginleştirmekte hem de adil olması hususunda yönlendirici olmaktadır. Ölçülülük ilkesinin de bilhassa denetim açısından vereceği katkı sayesinde benzer bir rol üstlendiği düşünülebilir. Örneğin, idarece uygulanan yaptırım, daha önce belirlenen yasal sınırları aşacak derecede kısıtlama doğurmuşsa, buna sebebiyet veren idari işlem, sebep ve konu açılarından sakatlanırken; ölçülülük ilkesi de zedelenmiş olacak, hatta bu durumlarda ilke denetimine ihtiyaç dahi duyulmayacaktır. Ancak yaptırım, yasal sınırlar içerisinde kalmış olmasına rağmen üst sınırdan uygulanmış ise uygulama gerekçesini belirtmek zaruridir. Nitekim böylece ölçülülük ilkesi denetimin işletilmesine imkân ve kolaylık sağlanmış olunmaktadır. Zira kamu düzeninin muhafazasında ve/veya sağlanmasında alt sınırdan ceza verilmesi yeterli olduğu durumlarda: cezanın üst sınırdan verilmesi kanunen yerinde olmakla beraber ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuru açısından iptale konu olabilmektedir (Oğurlu, 2002: 97-98). Belirtmek gerekir ki öngörülen en ağır cezanın verilmesi yasallık ilkesine uygun olsa da adaletin daha sağlam tecelli edebilmesi, yasallık denetiminden ziyade ölçülülük ilkesi denetimi ile mümkündür.

Ölçülülük ilkesinin anayasal bir kural niteliği taşımamasına rağmen, evrensel bir hukuk normu olarak Anayasa Mahkemesi kararlarına tesir etmiş olması ilkenin, idari yargıda ve idare hukukunda kullanılmasını yüreklendirmiştir. İdari yargının üst mercii konumunda olan Danıştayın Anayasa değişikliği öncesi döneme ait kararları incelendiğinde ise tam anlamıyla olmasa da bir ya da iki unsuru bazında ölçülülük ilkesi denetimine başvurduğu görülmektedir. Bu dönemlerde Danıştayın, özellikle orantılılık unsuru denetimine sıklıkla müracaat ettiği ve ölçülülük ilkesi olarak addetmese de içerik itibarıyla ilke denetimini kısmen gerçekleştirdiği ortaya çıkmaktadır²³. Öyle ki Danıştayın ölçülülük ilkesine dair ilk

noktasına sirayet eden ve aldığı kararla yönlendirmelerde bulunan idare tarafından da benimsenmesi beklenmektedir. (Tanör, 1990: 253).

²³ Örnek teşkil eden Danıştay kararları için bakınız: Danıştay 11. Daire, 24 Aralık 1970 Tarih ve E.1970/2401, K.1970/3088 Sayılı Karar; Danıştay 8. Daire, 5 Şubat 1990 Tarih ve E.1988/820, K.1990/1445 Sayılı Karar; Danıştay 12. Daire, 23 Şubat 2017 Tarih ve E. 2016/8855, K. 2017/461 Sayılı Karar; Danıştay 12. Daire, 26

kararlarında ilkenin, diğer unsurları olan gereklilik ve elverişlilik unsurlarına müracaat etmeden sadece orantılılık denetimini uygulaması, ölçülülük ilkesi ile unsuru olan orantılılık (dar anlamda ölçülülük) ilkesinin bir tutulduğu, denetimin dar bir alanda, orantılılık adıyla gerçekleştirilmeye çalışıldığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır (Oğurlu, 2002: 123-126).

Danıştay, bir kararında ölçülülük ilkesi denetiminin, sınırlama amacı ile bu uğurda kullanılan araç arasındaki ilişkinin aynı zamanda ilkenin unsurlarını da teşkil eden üç aşamada gerçekleştirildiğini açıklamıştır. Buna göre: tatbikine karar kılınan yasal önlemin, sınırlama amacına erişilmesinde elverişli olup olmadığının belirlenmesi (elverişlilik unsuru); sınırlamada kullanılan aracın, amaca ulaşma ve demokratik toplum düzeninin gerekleri açılarından zorunlu olup olmadığının tespiti (gereklilik unsuru) ve araç ile amaç arasında ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığıyla ilgisine / ilgililerine ölçüsüz bir yük getirip getirmediğinin saptanması (orantılılık unsuru) eylemlerinin bütününe ölçülülük ilkesi denetimini meydana getirdiğini ve sınırlamanın ölçülü olduğu sonucuna varabilmek için de tüm unsurlara uygunluğunun sağlanması gerektiğini belirtmiştir²⁴.

Danıştay kararları incelendiğinde öne çıkan suç ile ceza arasında aranması beklenen “*makul ölçü*” ile “*adil oran*” kavramlarıdır. Genel olarak ölçülülük ilkesinin (orantılılık unsuru bazında) dikkate alındığı ve ilkeye aykırılık teşkil eden idari işlemlerin hukuka aykırı bulunarak iptal edildiği görülmektedir. Danıştayın ölçülülük ilkesinin diğer iki unsurunu göz ardı ederek ilke denetimini orantılılık unsuru ekseninde gerçekleştirmesi durumunun da denetimi eksik bıraktığı yönünde savlar mevcuttur.

3.2.3. Türk Ceza Kanunu (TCK) ve Yargıtay Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi ceza hukuku alanında da sıklıkla başvurulanan bir hukuka uygunluk kriteridir. Yargıtay kararlarında, özellikle ceza hukuku kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümünde ölçülülük ilkesi denetimine sıklıkla başvurulmaktadır²⁵. TCK’nın 3/1. maddesinde düzenlenen “*işlenen fiilinin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmolunur*” kuralı, hem somut olay bazında cezayı tayin edecek olan yerel mahkeme hâkimine yol göstermekte hem de uyuşmazlığın yüksek yargıya intikal etmesi durumunda Yargıtaya ölçülülük ilkesi denetiminin gerçekleştirmesi için hukuki zemin hazırlamaktadır. Nitekim Yargıtay, cezanın tayininde takdir yetkisini haiz olan hâkimin, suç için kanunda

Aralık 2006 Tarih ve E. 2003/3174, K. 2006/6690 Sayılı Karar; Danıştay 12. Daire, 21 Ocak 2016 Tarih ve E. 2012/5262, K. 2016/159 Sayılı Karar; Danıştay 12. Daire, 16 Nisan 2014 Tarih ve E. 2013/3112, K. 2014/2759 Sayılı Karar; Danıştay 8. Daire, 11 Aralık 1997 Tarih ve E. 1995/3680, K. 1997/3928 Sayılı Karar; Danıştay 10. Daire, 15 Eylül 2008 Tarih ve E. 2006/946, K. 2008/6084 Sayılı Karar.

²⁴ Danıştay 10. Daire, 15 Eylül 2008 Tarih ve E. 2006/946, K. 2008/6084 Sayılı Karar.

²⁵ Adli ve idari yargı kolları üçer derecedir. Bidayet mahkemeleri ile üst derece mahkemeleri arasında ara derece veyahut istinaf mahkemeleri olarak addedilen bölge adliye mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri yer almaktadır. Lakin 20.07.2016 tarihinde faaliyete geçen bu mahkemelerin Türk yargı sistemindeki yeri yenidir. Söz konusu mahkemelerin ölçülülük ilkesini konu etmiş olan kararlarının sayısı ve bu kararlara ulaşım hususlu çalışma konusunun tutarlılığını tehlikeye düşüreceği kaygısıyla ara derece mahkemeleri göz ardı edilmiştir.

öngörölmüş olan azami ve asgari sınırlar dâhilinde verdiği cezanın, hukuka uygunluğu hakkındaki kararını ölçölülük ilkesi denetimi vasıtasıyla vermektedir.

Kanunlar nezdinde ölçölülük ilkesine özgü bir düzenlemeye henüz gidilmemiş olsa da 2001 yılı sonrasında ceza hukukunu ilgilendiren bir takım kanun değışikliklerinin bu yönde yapıldığı düşünölmektedir. Nitekim bir önceki paragrafta geçen ve ölçölülük ilkesi ile ilişkilendirilen madde 3/1 hükmü, 765 Sayılı TCK’da²⁶ yer almazken 2004 yılında yürürlüğe giren 5327 Sayılı TCK ile getirilmiştir. Aynı amaçla bazı hükümlerin mülga kanuna nazaran daha ayrıntılı ve kapsamlı bir şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Cezaların belirlenmesinde, faile özgü durumların dikkate alınması gerektiğini ve söz konusu durumların neler olduğunu düzenleyen madde 61’in, bahsi geçen durum için örnek teşkil ettiği söylenebilir.

TCK 61. maddesi de 3/1. maddesi gibi Yargıtaya intikal eden uyuşmazlıkların çözümünde, ölçölülük ilkesi denetimine dayanak oluşturmaktadır. Zira failin yaşı, akli durumu, sabıkalılık hali gibi durumlar, cezadan beklenen amaca ulaşıp ulaşamayacağı ve failin ıslah olup olmayacağı hususlarında belirleyicilik arz ederken; aynı zamanda, ölçölülük ilkesinin unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarına uyumun sağlanmasında da etkili olmaktadır. Örneğin, Kanununun 142. maddesi nitelikli hırsızlık suçu için üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Nitelikli hırsızlık suçundan yargılanan iki kişiden biri, söz konusu suçu ilk kez işlemekte ve bundan dolayı pişmanlığını bildirmekte iken diğeri defalarca aynı suçtan hüküm giymiş ise, failin ıslahı ve suça yeniden yönelmesinin engellenmesi maksadıyla, her iki fail için de elverişlilik arz eden hapis cezasının miktarı, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun olup olmadığı bağlamında fail nazarından değışiklik gösterebilecektir.

Yargıtay bir başka kararında²⁷; yerel mahkeme hâkiminin hırsızlık suçu için takdir ettiği ceza temyizen incelemiştir. Buna göre: “5237 Sayılı TCK’nin “Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 3. maddesinde “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” denilmek suretiyle “Suç ve Cezada Orantılılık ve Ölçölülük İlkesi” benimsenmiştir.” şeklindeki ifade, madde 3/1’in ölçölülük ilkesi denetiminin gerçekleştirilmesi maksadıyla Anayasanın 13. maddesiyle bağlantıyı sağlayan bir köprü vazifesi gördüğü kanaatini göstermektedir. Karar metninde, ölçölülük ilkesi denetiminin TCK’daki alt yapıyı oluşturan madde 3/1’in, ilke denetimin tam manasıyla sağlanması için bir tür tamamlayıcısı konumundaki madde 61’e de atıfta bulunarak; suç konusunun önem ve değerinin, temel cezanın tayininde kabul gören önemli kriterlerden olduğunu belirtmiştir²⁸.

²⁶ 765 Sayılı TCK (Mülga), (1926). T. C. Resmi Gazete, 320, 1 Mart 1926.

²⁷ Yargıtay On Üçüncü Ceza Dairesi, 12 Mart 2015 Tarih ve E.2014/36959, K.2015/4452 Sayılı Karar.

²⁸ Yargıtay, aynı karar metninde, itiraza konu olaya özgü olarak; TCK’nın “Malın Değerinin Az Olması” başlıklı 145. maddesine de atıfta bulunmuş ve ilgili madde metninin; hırsızlık suçuna konu olan malın değerinin az

Örneğin, Yargıtaya intikal eden bir olayda, hırsızlık suçunun konusunu teşkil eden mal; 80.- TL değere sahip bir bisiklet olsa da failin suçu işleme şekli ve özellikleri itibariyle yerel mahkemenin ceza vermeden vazgeçmeme yönündeki kararı Yargıtay tarafından uygun bulunmuştur. Ancak, malın değerinin az olmasından ötürü, TCK’nın 145. maddesi uyarınca sanığa verilen cezadan orantılılık ilkesiyle bağdaşır nispette ve makul bir oranda indirim yapılmamış olmasını yasaya ve haliyle hukuka aykırı bulan Yargıtay, ilgili mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir²⁹.

3.2.4. AİHS ve AİHM Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Avrupa Konseyi üyesi olarak Türkiye’nin de imzaladığı AİHS ve ek protokolleri, Türk hukuk sisteminin bağlayıcı kaynakları arasındadır. Nitekim, Anayasanın 90/5. maddesinde düzenlenen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 Md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” hükmü hem uluslararası anlaşmaların kanun nezdindeki üstünlüğünü düzenlemek hem de kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında, ulusal bazda işletilen mekanizmalar yetersiz kaldığında, Anayasaya aykırılığı dahi ileri sürülemeyen uluslararası anlaşmalarca sağlanan koruma mekanizmalarının işletilmesinin teminatını oluşturmaktadır. Ek 1 No’lu Protokol’ün ihdası ile mülkiyet hakkının muhafazasını da kapsama alan AİHS, temel hak ve hürriyetlerin korunmasında önemli bir ulusal üstü konuma kavuşmuştur.

AİHS’nin 15 ile 18. maddelerinde dolaylı da olsa ölçülülük ilkesine yer verilerek yasama ve yürütme başta olmak üzere, AİHS’ye taraf devletlerin tüm organlarının yapacakları düzenlemelerde ve hayata geçirecekleri uygulamalarda ilkeye dair kurallara riayet etmeleri beklenir olmuştur. Söz konusu maddelerin içeriğine bakıldığında: 15. maddede düzenlenen savaş ve ulusun varlığına halel getirici nitelikte başkaca genel tehlikelerin mevcudiyetinde, AİHS’ye taraf devletlerin, uluslararası hukuktan ileri gelen diğer yükümlülüklerine tezat oluşturmayacak şekilde ve madde metninde yer aldığı şekilde “*durumun gerektirdiği nispette*” AİHS’de belirtilen yükümlülüklerle aykırı önlemler

olması durumunda; cezada indirim yapılabileceği gibi; suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önüne alınarak cezalandırılmadan tamamen vazgeçilebileceğine hükmettiğine yer vererek; hakimin, indirime gidebilmesi için malın değerinin az olmasının yeterli olduğunu ancak indirim miktarını tespit ederken, madde 3 hükümlerini dikkate alması gerektiğini; cezadan vazgeçme kararına hükmedecek ise malın değerinin az olması halinin tek başına yeterli olmadığını; buna ilaveten suçun işleniş şeklinin gözden uzak tutulmamasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Yargıtaya göre TCK 145. maddesi, her ne kadar hâkime takdir yetkisi öngörse de hâkim bu yetkisini keyfiliğe kaçmadan, somut olaya uygun şekilde, orantılı, yasal ve gerekece göstererek yapmalıdır.

²⁹ Yargıtay On Üçüncü Ceza Dairesi, 12 Mart 2015 Tarih ve E.2014/36959, K.2015/4452 Sayılı Karar. Yargıtayın aynı mahiyette diğer kararları için bkz.: Yargıtay On Yedinci Ceza Dairesi, 3 Mayıs 2017 Tarih ve E.2015/23013, K.2017/5233 Sayılı Karar; Dördüncü Ceza Dairesi, 11 Şubat 2014 Tarih ve E.2012/36256, K.2014/4199 Sayılı Karar.

alabileceğine dair kural; olağanüstü hallerde yapılacak sınırlamaların dahi ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına hükmederek, ilke için açık hukuksal dayanak niteliğini almıştır. AİHM de söz konusu hal ve şartların sebep gösterilerek AİHS’de tanınan hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, durumun gerektirdiği nispette olup olmadığını ölçülülük ilkesi denetimi yaparak belirlemektedir (Hakyemez, 2001: 1301)³⁰. Buna göre alınacak tedbirlerin en şiddetlilerine başvurmadan; daha yumuşak nitelikte olanlarıyla çözüme kavuşmak mümkünse ve buna rağmen tercih daha şiddetli olandan yana ise ölçülülük ilkesine aykırı hareket ediliyor demektir (Gemalmaz, 1990: 225).

AİHS’nin 18. maddesi muhafaza ettiği temel hak ve hürriyetlerin öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacağını hüküm altına almaktadır. Ölçülülük ilkesinin unsurları dikkate alındığında “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*” ifadesi ölçülülük ilkesi denetiminin uygulanmasının hukuksal zemidir. Örneğin, kural olarak kamu yararı amacı taşıması gereken bir kamulaştırmanın, yasal amaçlar dışında (örneğin idari yaptırım olarak, idareye gelir sağlamak amacıyla ya da yasada öngörülmemiş bir amaçla mülkiyet hakkının kısıtlanması) kullanılması, öngörülen yasal amaç dışında kullanıldığı sonucunu doğuracağı gibi gereklilik ve elverişlilik unsurları bazında da ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Sonuç olarak “*öngörülen amaç*” ifadesi gereklilik unsurunun dolaylı da olsa bir göstergesi olmakta ve bu durum, AİHS’nin ilgili maddesinin ölçülülük ilkesi için hukuksal bir dayanak oluşturduğu kanaatini doğurmaktadır (Oğurlu, 2001: 515; Oğurlu, 2002: 159).

AİHS’nin 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkraları, AİHS’de öngörülen hak ve hürriyetlerin “*demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ilkesi*” ile uyumlu olacak şekilde ve ancak kamu yararının gerektirdiği durumlarda kısıtlanabileceğine hükmederek; ölçülülük ilkesine hukuksal dayanak oluşturmaktadır. Zira AİHM de yapılan sınırlamanın demokratik bir toplumda olması gereken kadar olup olmadığını denetimini ölçülülük ilkesine başvurarak gerçekleştirmektedir. Bu haklara getirilecek sınırlamaların meşru bir amaca dayandırılması tek başına yeterli olmamakta; hedeflenen gayeye ulaşmada, sınırlamaların gereken nispetten fazla olmamasını da zorunlu kılmaktadır. Diğer bir ifade ile sınırlamaların yasal ve zorunlu olması durumunda dahi bunların ulaşılmak istenen meşru amaç ile orantılı olması gerekmektedir (Metin, 2002: 82).

AİHS’nin, ihtiva ettiği hak ve hürriyetlerden objektif ve mantıksal bir gerekçeye dayanmadığı sürece; hiçbir ayrıma tabi tutulmadan, eşitlik/ayrımcılık yasağı ilkesi gereği herkesin istifade edebilmesini düzenleyen 14. maddesinin de ölçülülük ilkesine hukuki dayanak teşkil ettiği düşünülmektedir³¹. Nitekim AİHM’nin 1968 tarihli Belçika Dil

³⁰ AİHM, denetimini icra ederken 15. maddede düzenlenen “kamusal tehlike” ibaresine özellikle dikkat etmekte ve vatandaşların veyahut organize olmuş bir toplumun, yapısını etkiler nitelikteki “olağanüstü, istisnai ve yakın tehlike” oluşturacak hallerde, hayata geçirilecek kısıtlamaların ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını gözetmekte ve yapılan kısıtlamanın aşırı ve abartılı olmaması beklentisindedir (Aktaran: Oğurlu, 2001: 504).

³¹ Esasında “ölçülülük ilkesi” ile “eşitlik ilkesi” farklı şeyler olsa da AİHM’nin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden durumların aynı zamanda ölçülülük ilkesi için de aykırı olduğu biçiminde ve bu iki kavramı birbiriyile

Davasında verdiği "*Kullanılan araç ve güdülen amaç arasında ölçüsüz bir orantı olduğu tartışmasız tespit edilirse, bu halde 14. madde de ihlal edilmiş olur.*" hükmü söz konusu maddenin ilke için dayanak oluşturduğu görüşünü somut olarak ortaya koymaktadır (Doğru & Nalbant, 2013: 625).

AİHS'nin "*İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek Protokol*" isimli 1. Ek Protokolünün 1. maddesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusunda meydana gelen uyumsuzluklarda, kamu yararının gerekleri ile temel hak ve hürriyetlerin korunmasının zorunluluğu arasındaki uyumun sağlanması üzerinedir. Türkiye açısından, söz konusu sınırlamanın çerçevesi Anayasanın 35. maddesinde düzenlenmiştir³². Buna göre mülkiyet hakkına kısıt getirecek bir düzenlemenin kanun yoluyla ihdas edilmiş ve toplum menfaatine yönelik olması gereklidir. Ancak söz konusu kriteri taşısa da böyle bir düzenlemenin hukuken varlığını sürdürebilmesi için başka bir ilkenin varlığı daha aranmaktadır: ölçülülük ilkesi. Nitekim mülkiyet hakkı temel hak ve özgürlük olduğu için, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemenin, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasanın 13. maddesine de uygun olması gerekir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında geçen "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeple bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir...*" hükmü, Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesiyle birlikte dikkate alındığında hem bu madde hükümlerini karşıladığı hem de Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesi hükümleri ile uyumluluk gösterdiği anlaşılmaktadır. Anayasanın 13. maddesinin devamında geçen "*...Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" hükmü ile Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesinde yer alan ve kişinin mal ve mülkünden yoksun bırakılabilmesi şartlarının sonucunu teşkil eden "*uluslararası hukukun genel ilkelerine aykırı olmama*" kriteri, kanun marifetiyle mülkiyet hakkına; kamu menfaati gözetilerek yapılan sınırlamanın hukuken geçerli olabilmesinin nihai şartını müştereken ortaya koymaktadırlar. Buna göre, söz konusu nitelikleri haiz bir düzenlemenin gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM nezdinde meşru kabul edilebilmesi için ölçülülük ilkesine uygun olması bir zorunluluktur³³.

Son olarak; AİHS'nin 17. maddesinde öngörülen insan hakları ve demokrasi standartlarının, asgari düzeyde yerine getirildiği durumlarda, AİHS'ye taraf olan devletlerin, olağanüstü dönemlerde dahi öngörülen bu güvencelerden daha az bir güvence alanı

ilişkilendiren kararlarından ötürü, söz konusu maddenin ölçülülük ilkesine dayanak oluşturduğu ileri sürülmektedir (Aktaran: Oğurlu, 2002: 150). Ancak belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesi ile ayrımcılık yasağının bağdaştırılması kuramsal açıdan kuşku ile karşılanmış bir durumdur (Rumpf, 1993: 31).

³² *İlgili madde hükmü: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* şeklindedir.

³³ *Bu durum için örnek teşkil edebilecek bir kararında AİHM, kişiyi mülkiyet hakkından mahrum bırakan tedbirin, kanun marifetiyle ihdas edilip; kamunun menfaatine yönelik olmasının yeterli olmadığını; bunlara ilaveten, tedbir maksadıyla kullanılmasına karar kılınan araç ile hedeflenen amaç arasında adaletli dengenin mevcudiyetinin aranması gerektiğini belirtmektedir (Aktaran: Dinç, 2004: 140).*

sağlayamayacağı; aksi duruma neden olan işlem ve eylemlerin uygulanması durumunda ise bunların ölçüsüz olarak nitelendirileceği kabul edilmektedir. Bu yönüyle bahse konu madde de ölçülülük ilkesi için hukuki bir dayanak olmaktadır (Hakyemez, 2001: 1302).

4. Sonuç

Avrupa hukuk sisteminde 19. yüzyılın sonlarından günümüze doğru evrimin sürdüren “ölçülülük” ilkesinin Türk hukuk sisteminde daha eskiye giden bir geçmişi olduğu görülmektedir. Günümüz hukukunda AİHS ve 1954 yılında yürürlüğe giren Ek 1 No’lu Protokol ile birlikte ilke daha kurumsal bir yapıya kavuşmuş, kendine gerek ulusal ve gerekse uluslararası hukukta önemli bir yer edinmiştir.

Türkiye’de 2001 Anayasa değişikliği ile anayasal bir norm haline gelen “ölçülülük” ilkesi esasen 2001 öncesi dönemde de dikkate alınan bir hukuka uygunluk ölçütü olmuş ve gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse Danıştay kararlarında üstü kapalı olarak belli unsurları itibarıyla uygulanmıştır. Esasen AİHS normları, ölçülülük ilkesinin Türk hukuk sistemindeki ilk etkisi olarak değerlendirilmektedir. Ancak Türk hukuk sisteminin Osmanlı hukuk sisteminin halefi olduğu gerçeği ile beraber, ilkeye dair uygulamaların çok daha eskilere dayandığı görülmektedir. Nitekim Mecelle, 4 Ekim 1926 yılında yürürlüğe giren 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisine kadar, Cumhuriyetin ilk yıllarında da geçerliliğini sürdürmüş; Mecellede düzenlenen ve çalışmada değinilen kuralların özünde de bugünkü anlamıyla (en azından bazı unsurları itibarıyla) ölçülülük ilkesine ait izlerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Ölçülülük ilkesi, kanunların hazırlanmasından uygulanmasına; uyuşmazlıkların çözümünden cezai yaptırımlarının icrasına kadar, etkisi hukuk sisteminin tamamına yayılarak adaletin tecellisine katkı sağlamaktadır. Son dönemde Türk hukuk sistemine yeni bir müessese olarak getirilen Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkına bağlı olarak yapılan itirazlarda da ölçülülük ilkesinine aykırılık iddiasına bağlı şikâyetlerin sayıca fazla olduğu görülmektedir.

Ekonomi ve Hukuk Yaklaşımı çerçevesinde konu ele alındığında, hukukun ekonomik analizi açısından “ölçülülük” son derece önemli bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle yargı denetiminde ve yasamanın işletilmesinde önemli bir norm ve bir ölçüt olan ölçülülük, konuya her yönüyle hâkim hukukçuların ve yasa koyucuların varlığını gerekli kılmaktadır. Hukuk eğitiminde, kendi hukuk tarihimize dair tespitlere muhakkak yer verilmeli, Kadı Sicilleri ile Mecelle konusunda derinlemesine tahliller yapılmalı, yargı kararlarının ve yasama metinlerinin ekonomik ve sosyolojik gerekçeleri iyi analiz edilmelidir. Sadece Türk hukuk sistemini değil, daha pek çok ekonomik ve sosyolojik müesseseyi Batıya ya da sair dış etkilere bağlayan veya çıkış noktası olarak gösteren yaklaşımlar her zaman doğru olmayabilmektedir. Bu tür yanlış yaklaşımların temel nedeni ise tarihsel açıdan ekonomik ve sosyolojik tahlillerin genelde yabancı dilden çeviri eserlere dayanması, kendi tarihimize dair bilgi ve belgelerin bilerek veya bilmeyerek göz ardı edilmesidir.

Kaynaklar

- Akad, M. & A. Dinçkol (1998), *1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul: Alkım Yayınevi.
- Aliefendioğlu, Y. (2002), “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, *Anayasa Yargısı*, 19(1), 141-176.
- Atakan, A. (2006), “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırnı Oluşturan Ölçütler”, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- Berki, A.H. (1978), *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, İstanbul: Hikmet Yayınları.
- Bilgen, P. (1996), *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Doğru, O. & A. Nalbant (2013), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt: 2*, T.C. Yargıtay Başkanlığı ve Avrupa Konseyi, Ankara.
- Emiliou, N. (1996), *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London: Kluwer Law International.
- Erkut, C. (1996), *Hukuka Uygunluk Bloku İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, İstanbul: Kavram Kitapevi.
- Fendoğlu, H.T. (2002), 2001 “Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Anayasa’nın 13. Maddesi)”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(1), 111-149.
- Gemalmaz, M.S. (1990), “Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-e Jura Ayrımı”, içinde: *Cahit Talas’a Armağan*, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını.
- Gözler, K. (2009), *Kısa Anayasa Hukuku*, Ekin Kitapevi: Bursa.
- Hakyemez, Y.Ş. (2001), “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi”, içinde: *Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt - Özel Hukukun Diğer Dalları ve Kamu Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1287-1337.
- İbn, H. (2009), *Mukaddime (Cilt 2)*, (S. Uludağ, Dü.) İstanbul: Dergah Yayınları.
- Kanadoğlu, O.K. (2000), *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, İstanbul: Palme Yayıncılık.
- Metin, Y. (2002), *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Oğurlu, Y. (2002), *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Onar, S.S. (1966), *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaa ve Kitapçılık Müesseseleri.
- Özbudun, E. (2011), *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Poto, M. (2007), “The Principle of Proportionality in Comparative Perspective”, *German Law Journal*, 8(9), 835-870.
- Rumpf, C. (1993), “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, 10(1), 25-48.
- Sağlam, F. (1982), *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- Sağlam, F. (1988), “1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, içinde: *Bahri Savcı’ya Armağan*, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları.

- Serozan, R. (1970), “Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 3(6), 243-253.
- Singh, M.P. (2010), *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin; New York: Springer.
- Steward, E.T. (1998), “The Proportionality Principle Post-Apartheid South Africa”, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 8(113), 113-139.
- Tanör, B. (1990), *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul: BDS Yayınları.
- Uçar, O. & A.B. Yereli (2017), “Economic Regulation by Judiciary during the Ottoman Era: Samples from Istanbul Courts between 17th and 18th Centuries”, *Int. J. of Economic Policy in Emerging Economies*, 10(1), 109-115, DOI: 10.1504/IJEPEE.2017.083898.
- Uçar, O. & A.B. Yereli (2019), “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak ‘Ölçülülük’ İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, Ocak-Haziran, 176, 575-598.
- Uygun, O. (1992), *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.
- Vuraldoğan, K. (2007), *2001 Anayasa Değişikliği Işığında 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınrlanması*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Xiuli, H. (2006), “Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration”, *James Cook University Law Review*, 13(1-2), 233-258.
- Yereli, A.B. & A.M. Köktaş & A.G. Gölçek & B. Göde (2017), “Osmanlı Kadı Sicillerinde Faiz Uygulamaları: Örnek Kararlar Üzerinden Bir İnceleme”, *4. Uluslararası Türk Dünyası Araştırmaları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Cilt 1*, Ömer Halisdemir Üniversitesi & Kazak Devlet Kızlar Pedagoji Üniversitesi & M. Akmulla Başkurt Devlet Pedagoji Üniversitesi & Bakü Avrasya Üniversitesi, 26-28 Nisan, Niğde, 33-42.
- Yereli, A.B. & A.Y. Ata (2011), “Vergi Adaletine Ulaşma Yöntemleri Çerçevesinde Fayda İlkesinin Teorik Açından Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, Temmuz-Aralık, 161, 21-32.
- Yereli, A.B. (2003), *Ekonomik Özgürlükler ve Türkiye’de Devlet-Birey İlişkisi*, Gazi Kitabevi, Ekim, Ankara.
- Yereli, A.B. (2009), “Basic Principles of Having More Liberal Constitution in Turkey”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, Kırgızistan-Türkiye MANAS Üniversitesi, 9(22), 225-237.
- Yereli, A.B. (2011), “Hukuk ve İktisat Yaklaşımı Çerçevesinde Yeni Anayasa’nın Felsefi Temelleri”, *Milli Anayasa Şûrası: Bürokratik Anayasadan Demokratik ve Adil Anayasaya, Tebliğler ve Teklifler*, ESAM - Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Merkezi, 21-22 Ekim, Ankara, 187-194.
- Yıldırım, M. (2001), *Mecelle’nin Külli Kaideleri*, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları: İzmir.