

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞINDA KOLLUK FAALİYETLERİNİN DENETİMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ^(*)

Dr. Öğr. Gör. Alkım AKTAŞ İNAM^(**)

Öz

Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasası tarafından güvence altına alınmış, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılan denetim ölçütlerinden birisidir. Kolluk eylem ve işlemleri ise çoğu zaman doğrudan temel hak ve hürriyetler ile ilişkilidir. Belirtilen faaliyetler, temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı nitelikte olup, hak doğurmamaktadır. Bu sebeple kolluk faaliyetleri, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Mahkeme kararları dikkate alındığında ölçülülük ilkesinin kolluk faaliyetleri için çok önemli bir denetim aracı olduğu göze çarpmaktadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kolluk faaliyetlerine yönelik incelediği dosyaların sayısı yadsınamayacak çoğunluktadır ve kararlarında kimi durumlarda ölçülülük ilkesinin ihlaline karar verebilmektedir. Kolluk faaliyetlerinde ölçülülük ilkesinin aşılması, sorumluluğu beraberinde getirmektedir. Kolluk faaliyetleri ve ölçülülük ilkesi arasındaki bağ dolayısıyla ilke, kolluk yetkilerinin dayanaklarını oluşturan mevzuatta yerini almıştır. Ancak özellikle takdir yetkisinin kullanıldığı durumlarda ölçülülük ilkesinin sınırları aşılabilmektedir. Bu sebeple, ulusal mahkeme kararları başta olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararları göz önünde bulundurularak mevzuat gözden geçirilerek ölçülülük ilkesinin kapsamının tüm alt ilkeleri ile birlikte yeniden düzenlenmesi, hem kolluğun kullandığı yetkilerin çerçevesinin hukuka uygunluk sınırı içerisinde kalmasını sağlayacak hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının sayısını azaltacaktır. Bu şekilde ulusal mahkemeler aracılığı ile de ölçülülük ilkesine bağlı olarak yapılan denetimin etkinliği kuvvetlendirilecek, Anayasa'nın ve tarafı bulunduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sınırlamada dikkate aldığı aracı amacı gerçekleştirmek için elverişli olması, demokratik toplum düzeninde gereklilik arz etmesi ve aşırılığa kaçmaması hususları, kolluk uygulamalarında temel hakları ihlal eden uygulamaların büyük ölçüde azalmasını sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kolluk, Ölçülülük İkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İdare, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 12.06.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 18.09.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1313144.

^(**) Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Hukuk Bilimleri Bölümü / Ankara, Türkiye.
E-posta: alkmaktas@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4277-9086>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN SUPERVISION OF LAW ENFORCEMENT IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

The principle of proportionality, guaranteed by the 1982 Constitution, is one of the control criteria used in restriction fundamental rights and freedoms. Law enforcement actions and transactions are most of the time directly related to fundamental rights and freedoms. The aforementioned activities restrict fundamental rights and freedoms and do not give rise to rights. For this reason, law enforcement activities result in the restriction of fundamental rights and freedoms. When court decisions are taken into consideration, it is striking that the principle of proportionality is a very important control tool for law enforcement activities. The number of files examined by the European Court of Human Rights on law enforcement activities is undeniably high. And the court may decide in some cases that the principle of proportionality is violated in its decisions. Exceeding the principle of proportionality in law enforcement activities brings responsibility. Due to the link between law enforcement activities and the principle of proportionality, the principle has also taken its place in the legislation that forms the basis of law enforcement authorities. However, especially in cases where the discretion of the administration is used, the limits of the principle of proportionality can be exceeded. For this reason, the scope of the principle of proportionality in the legislation should be re-evaluated together with all its sub-principles, taking into account the violation decisions given by the European Court of Human Rights, especially the national court decisions. In this way, it will be ensured that the powers used by the law enforcement officers remain within the limits of legality and the number of violation decisions given by the European Court of Human Rights will decrease. Accordingly, the effectiveness of the supervision carried out in accordance with the principle of proportionality through national courts will be strengthened. And the fact that the tool evaluated by the Constitutional Court and the European Court of Human Rights is suitable for realizing the purpose, is necessary for a democratic social order and does not go to extremes will reduce the practices that violate fundamental rights in law enforcement activities.

Keywords

Law Enforcement, Principle of Proportionality, European Court of Human Rights, Administration, Restriction of Fundamental Rights and Freedoms.

Extended Abstract

The principle of proportionality took its place in the 13th and 15th articles of the 1982 Constitution and was directly regulated in the 13th article. The aforementioned article contains regulations on the restriction of fundamental rights and freedoms. According to the article, restrictions; "It cannot be contrary to the word and spirit of the Constitution, the requirements of the democratic social order and the secular Republic, and the principle of proportionality". The principle of proportionality was included in Article 13 of the Constitution with the 2001 amendment. However, it should be noted that before the aforementioned amendment, the principle was being evaluated by the Constitutional Court since it is a universal principle. Similar to Article 13 of the Constitution, the principle of proportionality is also included in the first paragraph of Article 15, titled Suspending the Use of Fundamental Rights and Freedoms, with the expression to the extent required by the situation.

Law enforcement activities have a direct connection with fundamental rights and freedoms. As it can be understood from the regulation of the principle of proportionality, the mentioned principle appears as a principle that ensures the lawfulness of law enforcement activities. Therefore, the principle of proportionality continues to exist as the most important tool in the supervision of law enforcement activities. It is of great importance that the law enforcement, which has the capacity to make changes in the legal status of individuals, is supervised through the principle of proportionality.

The mentioned principle is frequently the subject of the decisions of the European Court of Human Rights, as in many court decisions in our domestic law, within the scope of activities related to law enforcement. In order to ensure compliance with the principle of proportionality in law enforcement activities, fundamental rights and freedoms should not be interfered with more than necessary, and it is also important to terminate law enforcement activities if

public order is maintained. It is not possible for restrictions that restrict fundamental rights and freedoms by touching their essence, to be compatible with a democratic state of law. For this reason, the principle of proportionality appears as an indispensable element of the rule of law.

Whether a law enforcement activity is of a judicial or administrative nature, it must comply with all sub-elements of the principle of proportionality. For this reason, a law enforcement activity to be carried out should primarily serve to ensure the purpose of the law enforcement activity, that is, it should be convenient. Then, whether the activity is necessary for a democratic society, that is, the element of necessity, should be evaluated. Finally, it is necessary to find a fair balance between the fundamental right intervened through law enforcement activities, and this element appears as fair balance.

All sub-principles of the proportionality principle should be evaluated for law enforcement activities. It should not be forgotten that the legislature makes regulations in accordance with the principle of proportionality. And afterwards, where the administration has discretionary power, it should be filled in a way that will involve the least interference with fundamental rights and freedoms.

In line with the explanations above, in this study, first of all, the principle of proportionality and law enforcement activities are explained in order to better understand the subject and to identify the problems in practice. Then, within the scope of convenience, necessity and fair balance, which are the sub-elements of the principle of proportionality, the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court are evaluated. And finally, important issues taken into consideration in the audit of compliance with the proportionality principle of law enforcement activities are included.

GİRİŞ

Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde doğrudan "ölçülülük ilkesi", 15. maddede ise "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesi kullanılmak suretiyle düzenlenmiştir. Söz konusu 13. madde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler içermekte olup, buna göre, sınırlandırmalar; "Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". Ölçülülük ilkesi, Anayasa'nın 13. maddesine 3 Ekim 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile dahil edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu değişiklikten önce de ilke, evrensel bir ilke olması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yer almasından ötürü Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarında değerlendirilmekte idi. Anayasa'nın 13. maddesine benzer şekilde, ölçülülük ilkesine dolaylı olarak "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesi ile "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması" başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasında da yer verilmiştir.

Kolluk faaliyetleri temel hak ve hürriyetler ile doğrudan bir bağlantıya sahiptir. Ölçülülük ilkesinin düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, adı geçen ilke, kolluk faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu sağlayan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, kolluk faaliyetlerinin denetlenmesindeki en önemli araç olarak varlığını sürdürmektedir. Zira kişilerin hukuki durumlarında kısıtlayıcı değişiklik yapabilme ehliyetine sahip olan kolluğun, ölçülülük ilkesi vasıtası ile denetlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Söz konusu ilke iç hukukumuzda birçok mahkeme kararında olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına da sık sık kolluk ile ilgili faaliyetler kapsamında konu olmaktadır. Kolluk faaliyetlerinde ölçülülük ilkesine uygunluğun sağlanması için temel hak ve özgürlüklere olması gerekenden fazla

müdahale edilmemesi gerekmekte olup, kamu düzeninin sağlanması halinde kolluk faaliyetine son verilmesi de önem teşkil etmektedir. Temel hak ve hürriyetleri özüne dokunarak kısıtlayan sınırlandırmaların, demokratik bir hukuk devleti ile bağdaşması mümkün değildir. Bu nedenle ölçülülük ilkesi hukuk devletinin de olmazsa olmaz unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada konunun iyi anlaşılması ve uygulamadaki sorunların tespit edilmesi adına öncelikle ölçülülük ilkesi ve kolluk faaliyetleri açıklanmış, daha sonra ise AİHM ve AYM kararları doğrultusunda kolluk faaliyetlerinde ölçülük ilkesi denetiminde uygulanan sınırlara yer verilmiştir.

I. ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI

Ölçülülük ilkesi, bireylerin temel haklarına önemli müdahaleler içeren uygulamalar sonrasında 19. Yüzyıldan itibaren ilk olarak idare hukuku alanında¹, 20. Yüzyıl ortalarından itibaren ise Anayasa hukuku alanında Almanya’da ortaya çıkan², devletin temel hak ve özgürlüklere hukuka uygun bir şekilde müdahale edebilmesini sağlayan, çerçeve niteliği taşıyan bir ilke olarak kendisini göstermektedir³. Hukuk devleti ilkesi ile gelişen ilke, birçok yasal düzenleme içerisinde de yerini almaya başlamıştır⁴.

Ölçülülük ilkesinin mevzuatımızda doğrudan tanımı bulunmamaktadır. Ancak kısaca ölçülülük ilkesi, hedeflenen sonuç yani amaç ile, söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların orantılı, elverişli ve gerekli olması anlamına gelmektedir. Bir başka ifade ile ölçülülük, bir önlem ile bu önlemi gerektiren durumların arasında yoğunluk açısından bir uyum olması anlamına gelmektedir⁵. Ölçülülük ilkesine farklı bir yorum ise, İsviçreli hukukçu Fleiner tarafından getirilmiştir. Yazara göre; bireysel özgürlüğün kısıtlanması kesinlikle gerekli olanı aşmamalı ve polis, serçelere topla ateş etmemelidir, aksi durumda ölçülülük ilkesi tehlike altına girecektir⁶.

¹ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *SDÜHFD* 7, S. 1 (2017): 20; Kolluk tedbirlerinin uygun ve yerinde olması fikri 19. Yüzyılın başlarında dahi düşünülmekte idi; Ulrich Jan Schröder, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, *Ad Legendum*, S. 4 (2015): 331, Erişim Tarihi: Nisan 20, 2023, <https://ulrichjanschroeder.files.wordpress.com/2018/08/grundsatz-der-verhaeltnismaessigkeit.pdf>.

² Federal Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini ilk kez 1968’de tüm alt unsurları ile birlikte değerlendirerek formüle etmiş ve buna bağlı olarak inceleme gerçekleştirmiştir; Schröder, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, 330.

³ Rıdvan Değirmenci, “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, S. 2 (2015): 105, Erişim Tarihi: Ocak, 10, 2023, <https://doi.org/10.32002/ombudsmanakademik.439089>.

⁴ Örnek olarak bkz. Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu 16. madde.

⁵ Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020), 427.

⁶ Fritz Fleiner, *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 1913), 376; benzer çeviriler için bkz. Metin, “Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, 17; Mehmet Hatipoğlu, “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, *TBB Dergisi*, S. 143 (2019): 185.

Temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek bir sınırlamanın mutlaka ölçülü olması anayasal bir zorunluluktur. Söz konusu sınırlandırmada başvuru araç, amacı gerçekleştirmek için elverişli ise; kullanılan araç, amaç için zorunlu ise ve araç ile amaç arasında orantılılık bulunmakta ise ölçülülük ilkesine uygunluk sağlanmış kabul edilmektedir⁷. Sınırlama ise; bir temel hak ve hürriyetin özüne dokunulmadan yapılan her müdahale olarak ifade edilebilecektir⁸. Her temel hak ve hürriyetin sınırsız bir şekilde kullanılması pek mümkün değildir. Kamu yararının gerektirdiği durumlarda Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler de dikkate alınarak, kanunlardaki düzenlemelere uygun olarak, idare aracılığı ile sınırlandırma yapılması mümkün olacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, sınırlandırmanın sınırsız olmaması ve hesap verilebilir nitelikte olmasıdır. Hukuk devletinin bir zorunluluğunu teşkil eden ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken mutlaka dikkate alınmalıdır⁹.

Ölçülülük ilkesi, pozitif hukuk kurallarının üzerinde yer alan hukukun genel ilkeleri arasındadır¹⁰. Söz konusu ilke olması gerekeni ifade eden doğal hukukun bir parçası olarak, pozitif hukuk kurallarımızı da etkilemektedir. Belirtilen ilke Anayasa dahil, kolluk faaliyetlerinin dayanağını teşkil eden Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK) gibi birçok kanunda yerini almıştır.

Anayasal düzenlemelerimiz göz önünde bulundurulduğunda, bir temel hak ve hürriyet ister olağan dönemde ister olağanüstü dönemde sınırlandırılınsın, sınırlandırmanın anayasal kural olarak mutlak bir şekilde ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

İdare hukukunda ise ölçülülük ilkesi; idarenin kullandığı araçların, elde etmek istediği amaçlara uyarlanması olarak ifade edilmektedir¹¹. Belirtmek gerekir ki, idarenin işlem ve eylemlerinde ölçülülük ilkesine uygun hareket etmesi anayasal bir zorunluluk olsa dahi, ilkenin düzenlenmesi zorunluluk taşıyan İdari Usul Yasası ve mevcut İdari Yargılama Usulü Kanunu içerisinde yerini alması önem taşımaktadır. Bu yönde yapılacak bir düzenleme ile, idari yargı mercileri tarafından idari faaliyetlere ilişkin hukuka uygunluk denetimi yapılırken, ölçülülük ilkesi ile denetimin etkinliği arttırılacak ve idarenin hesap verilebilirliğinin sağlanması ile takdir yetkisinin kötüye kullanılması halinin önüne geçilmesine katkı sağlanacaktır.

⁷ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 114; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2017), 598.

⁸ Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996), 48.

⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, 112.

¹⁰ Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 108; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 54.

¹¹ Oğurlu, "Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi", 21; Ramazan Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 166.

II. KOLLUK FAALİYETLERİ

Kolluk faaliyetleri, ülkenin sükûn ve güvenliğini, sağlık ve düzenini sağlayan, kişilerin şahsına veyahut mallarına gelecek saldırıların önüne geçmeyi amaçlayan idare tarafından ortaya konulan, uyulmadığı takdirde yaptırımlar doğuran tedbir ve hizmetlerin bütünü¹² ve bunun yanında bir suçun vuku bulması halinde suçluların yakalanması, delillerin toplanması ve suçluya cezasının çektirilmesini sağlama faaliyetleri olarak ifade edilebilecektir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kolluk kendi içerisinde adli ve idari olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹³.

İdari kolluk faaliyetleri, genel olarak kamu düzeninin sağlanması amacı ile idare tarafından yürütülen faaliyetler olarak tanımlanabilecektir. İdari kolluk faaliyetleri suç ortaya çıkmadan önce, suçun önlenmesi amacıyla dayanan önleyici kolluk olarak karşımıza çıkmakta iken¹⁴, adli kolluk suç işlendikten sonra devreye giren kolluk türüdür. İdari kolluk faaliyetleri, soyut, genel, bir defa uygulanmakla tükenmeyen, kamu düzenini korumak amaçlı kolluk makamları tarafından yerine getirilen yönetmelik, genel emir gibi düzenleyici idari işlemler ile yerine getirilebileceği gibi, bu düzenleyici kolluk işlemlerinin uygulanması anlamına gelen idari para cezası, faaliyetten men, ruhsat iptali gibi çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilen bireysel kolluk işlemleri ile de yerine getirilebilmektedir¹⁵. Ancak adli kolluk faaliyetleri düzenleyici işlemler ile yerine getirilememekte, bu alanda kişiye özel bireysel işlemler yapılmaktadır¹⁶.

İdari kolluk faaliyeti, genel olarak, kamu düzeninin korunması ve güvenli bir ortamda bireylerin hayatlarını idame ettirmelerini sağlamak için yürütülen kamu hizmetidir¹⁷. Kolluk faaliyetinin amacını oluşturan kamu düzeninin keskin sınırlar içeren bir tanımını yapmak zor olsa da kısa bir tanım ile; kişilerin, güven, huzur ve barış içerisinde hayatını sürdürmesi¹⁸ olarak ifade edilebilecektir. İdarenin kamu düzenini korumak dışında bir başka amaç güderek kolluk faaliyeti yerine getirmesi halinde, idari işlemin amaç bakımından sakatlığı hususu gündeme gelebilecektir.

¹² Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, C. III, 1966), 1476.

¹³ "Polis, jandarma ve sahil güvenlik personelinin idari kolluk faaliyetleri çerçevesinde emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlama, suç işlenmesini önleme görevlerinin yanı sıra adli kolluk faaliyetleri çerçevesinde, işlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapma ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirme görevleri bulunmakla...", AYM Kararı, 13.12.2017, E. 2016/32, K. 2017/168.

¹⁴ "Önleyici kolluğun görev alanı suçun işlenmesini engellemeye yönelik olup ceza hukukunun genel prensipleri gereğince idari para cezası ile cezalandırılması hukuk sistematığının gereğidir. Kaldı ki mevcut düzenlemeler de bu yolda olup bunun tipik örneği 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile getirilen yaptırımlardır", AYM Kararı, 07.06.2005, E. 2004/28, K. 2005/34.

¹⁵ Sururi Aktaş ve Sencer Abdullah Akkoyunlu, "İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri", *EÜHFD*, 20, S. 1-2 (2016): 3.

¹⁶ Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, 42.

¹⁷ AYM Kararı, 01.06.2022, E. 2020/97, K. 2022/62.

¹⁸ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 249.

Kamu düzeninin korunması amacı ile yerine getirilen idari kolluk faaliyetleri, kişilerin haklarını sınırlayıcı emir ve yasaklar ile icra edilmektedir. Söz konusu faaliyetler hak doğurucu nitelikte olmayan faaliyetlerdir. İdare, kişilerden yasaklara ve emirlere uyulmasını beklemekte olup uyulmadığı takdirde yaptırım uygulayarak ve hatta gerektiğinde kuvvet kullanarak kamu düzeninin korunmasını sağlamakla yükümlüdür¹⁹.

İdari kolluk faaliyetleri, kamu gücüne dayandığı için; söz konusu faaliyetler bildirim, izin, yaptırım uygulama gibi usullere tabi tutularak idarenin tek taraflı işlemleri ile yerine getirilmektedir²⁰. Dolayısıyla idare, bir faaliyetin yerine getirilmesi için izin verebilir; söz konusu faaliyeti yalnızca bildirim tabi tutabilir; hukuka aykırı yerine getirilen faaliyet hakkında yaptırım uygulayabilir. Belirtilen usuller de aslında kolluk faaliyetlerinin temel hak ve hürriyetler açısından kısıtlamalar doğurduğunu göstermektedir. Mesela toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının bildirim usulüne tabi tutulması aslında bir kısıtlama içermektedir. Zira bildirim usulü öngörülmemiş olsaydı, Anayasa'da yer alan hak hiçbir bilgi verilmeden doğrudan düzenlenebilecekti. Ancak kamu düzeninin sağlanması için kanun ile belli başlı sınırlandırmalar getirilmiş ve bu şekilde kolluk faaliyetleri ile temel hakkın hangi usulle kullanılacağı düzenleme altına alınmıştır.

Adli kolluk faaliyetleri adli makamların emrinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'na dayanarak yerine getirilen, suç oluştuktan sonra fail ve delillerin tespit edilmesi ve akabinde yargı makamlarına teslim edilmesi ile devam eden süreçtir²¹. Yakalama, gözaltına alma, arama gibi faaliyetleri içeren adli kolluk faaliyetleri, idari kolluk faaliyetlerinden daha etkili olarak temel hak ve hürriyetlere müdahale içermektedir.

Hem adli hem de idari kolluk faaliyetleri, temel hak ve hürriyetleri etkiler nitelikte olduğu için mutlaka kanuni dayanağa sahip olmalıdır. Aksi durum, anayasal ilkelere aykırılık teşkil edecektir²². İfade etmek gerekir ki, adli kolluk faaliyetleri, idari kolluk faaliyetlerinden daha fazla kişi haklarına müdahale içerdiği için kanunilik ilkesinin adli kolluk faaliyetleri bakımından daha sert bir şekilde uygulanması bir gerekliliktir²³.

İdari kolluk ve adli kolluk faaliyetleri aynı teşkilat, aynı personel tarafından yerine getirilmektedir. Bu sebeple organik anlamda her iki kolluk arasında farklılık mevcut değildir. Örnek olarak bir trafik polisinin trafiğin aksamadan devam etmesi ve kişilerin tehlikesiz bir şekilde araçlarını kullanmalarını sağlamak için

¹⁹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 249.

²⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 586.

²¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 586.

²² Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleme altına alan Anayasa'nın 13. maddesinde, sınırlandırmanın ancak kanun ile yapılabileceği belirtilmiştir.

²³ Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 348.

yerine getirdiği faaliyet, idari kolluk faaliyeti iken, trafikte bir ölümlü kaza olması sonucunda durumu yetkili adli mercilere bildirerek ilgileri sevk etmesi, adli kolluk faaliyeti olacaktır²⁴. Dolayısıyla idari kolluk ve adli kolluk organik olarak değil, yukarıda belirtildiği gibi, işlevsel olarak birbirinden ayrılmaktadır.

III. KOLLUK FAALİYETLERİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere müdahale ile ilgili her alanda karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu alan, kimi zaman bir yasama faaliyeti; kimi zaman bir kamu görevlisine disiplin cezası verilmesi veyahut da kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi gibi durumlardan kaynaklı olarak farklı şekillerde karşımıza çıkabilecektir. Zira ölçülülük ilkesi kişilerin hukuki durumuna etki eden her durumda dikkate alınmalıdır.

Kolluğun bireylerin faaliyetleri hakkında eylem ve işlemlerde bulunması, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması anlamına gelmektedir²⁵. Her kolluk faaliyeti, anayasal güvence altına alınan temel haklar ile bağlantılı durumdadır. Örneğin, kolluğun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesine ilişkin tedbirleri, söz konusu hakka; silah ve zor kullanma hakkı kimi zaman yaşam hakkına; yakalama, kişi hürriyetine veyahut yıkım kararı, mülkiyet hakkına sınırlandırma getirmektedir.

Temel hak ve hürriyetler ile sıkı bir bağ içerisinde olan kolluk faaliyetlerinin hukuka uygunluk şartını sağlayabilmesi için Anayasa'nın 13. maddesine uygun şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Belirtilen maddeye göre, temel hak ve özgürlüklere yapılabilecek bir sınırlama kanun aracılığı ile, Anayasa'nın ilgili maddesinde yer alan sebeplere uygun olarak özlerine dokunulmadan, laik Cumhuriyet ve demokratik toplumun gereklerine uygun olacak şekilde ve ancak ölçülü olmak kaydı ile yapılırsa hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir. Kolluk faaliyetlerinin ölçülülüğü, söz konusu faaliyetlerin hukuka uygunluğunu denetlemek adına oldukça önemlidir. Zira belirtilen faaliyetler niteliği gereği temel hak ve hürriyetlere müdahale içermektedir. Kolluk faaliyetleri ile müdahalenin haklı kabul edilebilmesi için öncelikle kolluk faaliyetinin kanuni dayanağa sahip olması ve daha sonra da ölçülü olması yani aşırıya kaçmaması gerekmektedir.

Kolluk faaliyetlerinde ölçülülükten bahsedebilmek için, faaliyetlerin temel hak ve özgürlüklere olması gerekenden fazla müdahale teşkil etmemesi; bu kapsamda idari kolluk için, kamu düzeninin sağlanması amacına ulaşıldığı takdirde faaliyete son verilmesi²⁶, adli kolluk için ise maddi geçeğin ortaya çıkarılması

²⁴ Örnek için bkz. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 251; benzer örnek için bkz. İlhan Özay, *Günışığında Yönetim*, (İstanbul: Alfa Yayınevi, 2002), 494.

²⁵ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 598.

²⁶ Aktaş ve Sencer, "İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri", 2.

için, failerin belirlenmesi, delillerin toplanması gibi faaliyetlerin yerine getirilmesi ile yapılan müdahalenin son bulması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, her temel hak ve özgürlük sınırlandırmaya elverişli değildir. Din ve vicdan, düşünce hürriyeti gibi haklar sınırlandırma yapıldığı takdirde özüne dokunulabilecek haklar olup, söz konusu haklara müdahale edilmesi hakkın niteliğine uygun düşmeyecektir²⁷. Bu sebeple her hak için kolluk faaliyetleri dolayısıyla sınırlandırılma yapılması mümkün olmayacak, sınırlandırmanın niteliğe aykırı düştüğü haklar için kolluk faaliyetinde bulunulması halinde ölçülülük ilkesi doğrudan aşılabacaktır.

Unutmamak gerekir ki ölçülülük ilkesine uygun hareket etme gereği, kanun koyucu ile başlamaktadır²⁸. Kanunların ölçülü olmadığı bir durumda, uygulayıcı konumunda olan kolluğun ölçülü hareket etmesi beklenemeyecektir. Bu sebeple ölçülülük ilkesine uygunluğun yasama organında başladığı kabul edilmeli ve bu konuda yasama organına ciddi bir yükümlülüğün düştüğü ifade edilmelidir. Kolluk faaliyetlerinin dayanağını oluşturan mevzuat düzenlemelerinin ölçülülüğe uygun olmaması halinde, mevzuata uygun yapılan bireysel işlem ve eylem, mevzuat kapsamında hukuka uygun kabul edilecek ancak böyle bir durumda ölçülülük ilkesinin ihlali söz konusu olabilecek ve tam anlamıyla bir hukuka uygunluktan bahsetmek mümkün olmayacaktır. İç hukuk düzenlemelerimize bakıldığında, kolluk faaliyetlerinin çeşitli kanunlarda düzenleme altına alındığı görülmektedir. İlk olarak kolluğun asıl dayanağını oluşturan PVSK incelendiğinde ölçülülük ilkesine aynı isimle olmasa da birçok maddede yer verildiği görülmektedir. Örneğin, Kanun'un 4/A maddesinde "durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz" ifadesi, ölçülülük ilkesinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer şekilde 16. maddenin ilk fıkrasında zor kullanma yetkisinin yalnızca direnişi kırmak amaç ve ölçüsüyle yapılması gerekliliği anayasal ilke olan ölçülülük ilkesinin Kanun'daki ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir direnişi kırmak amacından yoksun bir şekilde zor kullanılması veyahut direnişe son verildikten sonra zor kullanmanın devam etmesi, gerekli olmadığı gibi orantılı da olmayacak ve ilkenin ihlaline sebebiyet verecektir. Yine Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 11. maddesinde silah kullanma yetkisi düzenlenmiş olup, düzenlemede yer alan hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği çerçevesinde silah kullanma yetkisi, ölçülülük ilkesine dolaylı bir atıf anlamı taşımaktadır. Benzer şekilde Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin de birçok maddesinde ölçülülük

²⁷ Yücel Oğurlu, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi", *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, (2001): 493, Erişim Tarihi: Şubat 7, 2023, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Y.Ogurlu-10.pdf>.

²⁸ Aktaş ve Akkoyunlu, "İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri", 2.

ilkesinin varlığı hissedilmektedir. Örneğin Yönetmeliğin “durdurma ve kimlik sorma yetkisi” başlıklı 46. maddesinin 4. fıkrasında, zorunlu olan sürenin aşılmasına ilişkin düzenleme, ilkenin mevzuatta dikkate alındığını göstermektedir.

Bilindiği üzere idarenin işlemlerini kamu yararına uygun bir şekilde yürütmesi için belli durumlarda idareye takdir yetkisi verilmiştir. İdareye takdir yetkisi verilen durumlarda, yasama faaliyetlerinin orantılı olması tek başına yeterli değildir. Kanunlar aracılığı ile idareye takdir alanı bırakıldığında, yasal takdir hakkının ikinin ölçülülük ilkesine uygun olarak doldurulması gerekmektedir²⁹. Aksi durum idarenin aşırılığına sebep olacaktır. Bir örnek ile açıklamak gerekirse, yürürlükten kaldırılan, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 38. maddesinin 4. fıkrasında; “toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda; zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gerecin seçimi öncelikle, kuvvetin başındaki komutana aittir” ifadesi takdir yetkisi içermekte idi. Bu sebeple bir ihlale sebebiyet vermemek için, uygulama kısmında takdir hakkının ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılması önem arz etmekte idi.

Bir kolluk faaliyetinin ölçülü olduğunu kabul edebilmek için, faaliyetin kamuya ve kişilere vereceği zararlar ile sağlamayı amaçladığı yararların değerlendirilmesi gerekmekte olup, zararların fazla olması durumunda ilkenin olması gerektiği gibi uygulandığını kabul etmek mümkün olamayacaktır³⁰.

Kolluk faaliyetinin amacı, kamu düzeninin sağlanmasıdır. Söz konusu amaç, alınacak daha hafif tedbirler ile gerçekleştirilebilecek iken, kişiler açısından daha ağır sonuçlar doğuran bir faaliyetin yerine getirilmesi halinde ölçülülük ilkesinin sınırları aşılmış olacaktır. AİHM de bir kararında, ölçülülük ilkesini, varılmak istenilen amaç ile kullanılan araçlar arasında bir denge olması olarak ifade etmiştir³¹. Dolayısı ile kamu düzenini bozabilecek bir durumun ortadan kaldırılması amacıyla temel hak ve hürriyetlere gereğinden fazla dokunulması ölçülülük ilkesini sekteye uğratacaktır³². Kolluk faaliyetlerindeki ölçülülük denetiminde dikkate alınacak en önemli husus, kamu düzeninin veya kamu güvenliğinin bozulması yönünde tehdit bulunmasıdır. Kamu düzeninin bozulması konusunda herhangi bir ihtimal dahi bulunmazken kolluk yetkileri kullanılmış ise, idari işlemin sebep unsuru bakımından sakatlık meydana gelecek ve ölçülülük ilkesine de riayet edilmemiş olunacaktır³³. Ayrıca belirtilen durumun işlemin diğer unsurlarını da etkileyeceği göz ardı edilmemelidir.

²⁹ Schröder, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, 328.

³⁰ Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 6, S. 12(2007), 52.

³¹ AİHM Kararı, Başvuru No: 16664/07, 15.10.2015.

³² Oğurlu, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, 486.

³³ Oğurlu, “Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi”, 72.

Kolluk faaliyetlerinin amacı kamu düzeninin sağlanması ve kamu yararının gerçekleştirilmesi olduğu için, söz konusu faaliyetler yararlandırıcı değil yükümlendirici, hak yaratıcı değil, sınırlandırıcı faaliyetler olarak karşımıza çıkmaktadır. Kolluk faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun sınırı olan kamu hizmeti ve kamu yararı amacı, özünde temel hakların sınırlandırılması sebepleridir. Kamu yararı dolaylı, kamu hizmeti ise doğrudan bir sınırlama sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁴. Sınırlama sebeplerine uygun davranmak, hukuka uygunluk için yeterli olmayacak ve aynı zamanda ölçülülük ilkesine de uygun davranılması gerekecektir. Söz konusu faaliyetlerin ölçülülük ilkesine uygun olarak icra edilmesi, hukuka uygunluğun sağlanması açısından zorunluluk taşımaktadır. Bir temel hak ve özgürlük, kolluk faaliyeti ile daha az sınırlandırılabilirken daha fazla sınırlandırılmış ise, ölçülülük ilkesine uygunluk söz konusu olmayacaktır. Konuya ilişkin örnek vermek gerekirse; düzenlenecek bir toplantı ve gösteri yürüyüşü için yalnızca erteleme yapılması kamu düzeninin sağlanması açısından yeterli iken, bunun yerine yürüyüşün yasaklanması ölçülülük ilkesine uyulmadığını gösterecektir³⁵. Veyahut da umuma açık bir eğlence yerine idari para cezası uygulanmakla düzeltilebilecek bir ihlalin yerine doğrudan ruhsatın iptali yaptırımının uygulanması ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Kısaca kolluk faaliyetlerinde ölçülülük ilkesine uyulması için öncelikli olarak kişilerin uyarılması, hukuka uygun davranmaları için kendilerine fırsat verilmesi ve süre tanınması, uyarıya uygun davranmayan kişiler için ise en hafiften en ağıra doğru bir önlem sıralamasının takip edilmesi gerekmektedir³⁶. Aksi durum idari kolluk işlemlerini, idari işlemin unsurları bakımından sakat hale getirecek, idari kolluk eylemleri hukuka aykırılık teşkil edecek ve yine aynı şekilde adli kolluk faaliyetleri de amacına aykırı olarak kullanılmış olacaktır.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UNSURLARI

AİHS’te ölçülülük ilkesi, kolluk açısından doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak söz konusu ilkenin Sözleşme’nin geneline hâkim olduğu kabul edilmektedir³⁷. Ayrıca Sözleşme’nin 15. maddesinde, “durumun kesinlikle gerektirdiği” ifadesi ile ve 18. maddesinde “kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz” ifadesi ile anlatılmak istenen özünde ölçülülük ilkesidir.

³⁴ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetim Hukukunda İnsan Hakları”, *Yeni Türkiye*, İnsan Hakları Özel Sayısı II, S. 22 (1998), 1278; Oğurlu, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması*, 498.

³⁵ D10.D, 15.09.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084; Benzer örnek için bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2020), 210.

³⁶ Özay, *Günüşişğinde Yönetim*, 511; Oğurlu, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması*, 500.

³⁷ Aktaş ve Akkoyunlu, “İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri”, 14.

Ölçülülük ilkesinin unsurları, ulusal mahkemelerimiz tarafından da tıpkı AİHM'nin öngördüğü şekilde benimsenmektedir³⁸. AYM'ye göre; ölçülülük ilkesi üç alt ilkedен oluşmaktadır ve bunlardan elverişlilik ilkesi, tedbirin gerçekleşmesi istenilen amaç için uygun olması; gereklilik ilkesi, tedbirin amaç bakımından zorunluluk teşkil etmesi; orantılılık ilkesi ise, tedbir ve amaç arasında denge olması anlamına gelmektedir³⁹.

Unsuruları kapsayacak şekilde bir tanım yapmak gerekirse, ölçülülük ilkesi; temel hak ve hürriyete getirilen sınırlandırmanın, sınırlandırma amacını sağlama konusunda elverişli olması, mutlak zorunlu olması ve belli bir oran dahilinde olması anlamına gelmektedir⁴⁰. Belirtilen unsurlar arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Araç, amacı gerçekleştirmek için uygun olmadığı takdirde orantılılıktan bahsetmek mümkün olmayacağı gibi, böyle bir durumda gereklilik unsurunun da sağlandığını ifade etmek mümkün olmayacaktır⁴¹.

Konumuzun AİHM kararlarında ölçülülük ilkesi olması sebebiyle, tüm unsurları, Yüksek Mahkeme'nin kararları ışığında kolluk faaliyetlerini kapsayacak şekilde değerlendirmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

A. ELVERİŞLİLİK İLKESİ

Kolluk faaliyetlerinde ölçülülük unsurunun sağlanması için, amacın gerçekleştirilmesi konusunda yerine getirilecek kolluk faaliyetinin elverişli olması gerekmektedir. Elverişlilik aslında aracın amaca ulaşma bakımından etkinliği anlamına gelmektedir⁴². Bilindiği üzere kolluk faaliyetlerinin genel amacı kamu düzenini korumaktır. Söz konusu genel amacın yanında kolluğun unsurları olan, kamu güvenliği, dirlik ve esenlik, genel ahlak ve genel sağlık olarak özel amaçları da bulunmaktadır. İfade etmek gerekir ki, kolluk faaliyetinde bulunma yetkisi, özel amaçlardan birisi için verilmiş iken, başka bir amaç için kullanılır ise yetki saptırması yaptırımının yanında⁴³, ölçülülük ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.

³⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 114; Alman Hukukundaki uygulamalar için bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, 112; Matthias Klatt ve Moritz Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", *JUS*, 54, S. 3(2014), 194; Matthias Jestaedt ve Oliver Lepsius, editör, *Verhältnismäßigkeit*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), 63; Alman hukukunda ölçülülük denetimi yapılırken öncelik elverişlilik unsuruna yer verilmekte iken ardından gereklilik ve dar anlamda ölçülülük olan orantılılık unsuru denetimi yapılmaktadır; Philip Kunig, "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi", çev. Burak Çelik, Gökçen Dogan ve Ahmet Çağrı Yıldız, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2019): 161.

³⁹ AYM Kararı, 14.1.2010, E. 2007/68, K. 2010/2; Başvuru No: 2012/1246, 06.02.2014.

⁴⁰ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 114.

⁴¹ Mike Wienbracke, "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2(2013): 148.

⁴² Klatt ve Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 195.

⁴³ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 601.

Elverişlilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmanın istenilen amaca ulaşmak için katkı sağlaması anlamına gelmektedir⁴⁴. Bir başka ifade ile, “*aracın yardımıyla istenilen neticeye yaklaşılabiliyorsa, araç elverişlidir*”⁴⁵. Amacın tamamen gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır. Amacın kısmen dahi olsa gerçekleşmesi aracın elverişli olması için yeterli olacaktır. Örnek olarak sürücü ehliyeti alınmadan kişilerin araç kullanmasının yasaklanması elverişlilik unsuruna uygun iken, sürücü ehliyeti için belli bir boy aralığı şartının konulması trafik güvenliğini sağlamak açısından önemli olmadığı için elverişli kabul edilemeyecektir⁴⁶. Belirtmek gerekir ki, amaç bakımından elverişli olmak ölçülülük ilkesinin en başta denetlenmesi gereken unsurudur. Zira araç, amacı gerçekleştirmeye uygun değil ise her zaman aşırı olduğunu kabul etmek gerekecektir⁴⁷. Aynı zamanda söz konusu aracın gerekli olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır.

AİHM, elverişliliği amaca uygunluk olarak değerlendirmekle birlikte hürriyetten yoksun bırakmaya ilişkin değerlendirme yaptığı birçok kararında, elverişlilik için ulusal mevzuata uygunluğun yeterli olmadığını, keyfiliğe karşı kişinin korunmasının elverişlilik unsurunun sağlanmasında zorunlu olduğunu ifade etmiştir⁴⁸. Örnek olarak, adli kolluk faaliyetlerinden olan tutuklama kararının uygulanmasının Sözleşme’ye uygun kabul edilebilmesi için, öncelikli olarak ulusal mevzuatlara uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Ancak ulusal mevzuatın keyfi tutuklamalara izin vermesi durumlarında Sözleşme’ye uygunluk söz konusu olmayacaktır⁴⁹. Mahkeme’ye göre bir tedbirin Sözleşme’ye uygun kabul edilebilmesi için iyi niyetli olarak, tutuklama sebebine tamamen bağlı kalınarak, tutuklama yeri ve zamanına dikkat edilerek ve son olarak tedbir süresinin amaca ulaşması için gerekli olan süreyi aşmayarak uygulanması gerekmektedir⁵⁰.

B. GEREKLİLİK İLKESİ

Kamu düzeninin bozulması konusunda herhangi bir tehdit bulunmadan kolluk önlemlerine başvurmak, gereklilik ilkesine uygun olmayacaktır⁵¹. Benzer şekilde herhangi bir suça yönelik eylem bulunmadığı halde adli kolluk tedbirlerini uygulamak ilkeye aykırılık oluşturacaktır. Gereklilik ilkesi, güdülen amacı ger-

⁴⁴ Uçar ve Yereli, “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak “Ölçülülük” İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, 580.

⁴⁵ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, 9.

⁴⁶ Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, 166.

⁴⁷ Wienbracke, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, 150.

⁴⁸ AİHM Kararı, Başvuru No: 6301/7324, T. 24.10.1979, (37) §; Başvuru No: 11364/03, T. 09.07.2009, (72) §.

⁴⁹ AİHM kararı, Başvuru No: 13229/03, 29.01.2008, (67) §.

⁵⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 3455/05, 19.02.2009.

⁵¹ Oğurlu, *Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi*, 78.

çekleştirmeye elverişli birden fazla kolluk tedbiri bulunmakta ise, temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale oluşturan tedbirin seçilmesini zorunlu kılmaktadır⁵². Dolayısıyla birden fazla seçenekli kolluk tedbiri ile kamu düzeninin sağlanması mümkün olduğu takdirde, en az sınırlandırma hangisi ile yapılacaksa onun seçilmesi gereklilik unsuru açısından şarttır. İfade etmek gerekir ki; sınırlandırmada kullanılan araç, amacı gerçekleştirme elverişli ise, gerekli olup olmadığı incelemesi yapılabilecektir. Zira elverişli olmayan bir aracın gerekli olması mümkün değildir⁵³. Amaca ulaşma konusunda elverişli olan yalnızca bir tedbir bulunmakta ise, söz konusu tedbirin gerekli olmadığı söylenemeyecektir. Birden fazla araç kullanılarak aynı amaca ulaşılma ihtimali olması halinde, en keskin araç, her zaman son çare olarak değerlendirilmelidir⁵⁴.

Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına genel olarak erteleme şeklinde bir sınırlandırma getirilebilmesi, ancak daha hafif tedbirler ile kamu düzeninin korunmasının mümkün olmaması konusunda bir tehlikenin mevcut olmasına bağlanabilecektir⁵⁵. Kısacası gereklilik ilkesi, kolluk faaliyeti dolayısıyla alınacak önlemin, aynı başarı şansına sahip, sonuçları daha yumuşak olan başka bir önlemlerle değiştirilip değiştirilemeyeceğinin değerlendirilmesidir⁵⁶.

Düzenlenen bir toplantıya kolluk kuvvetlerinin müdahalesini değerlendirdiği birçok kararında Mahkeme, tedbirlerin ve güç kullanımı içeren müdahalelerin gerekli olabilmesi için kişilerin kolluk kuvvetlerine saldırı içeren eylemlerde bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Kişiler, önceden bilgi vererek barışçıl yollardan haklarını kullanmakta ise, söz konusu gösteride güç kullanılmasının demokratik bir toplum için zorunluluk teşkil etmediği, bu kişilere aşırı güç kullanılmasının ve devamında savcılığa sevk edilmelerinin gereklilik ilkesi ile bağdaşmayacağı, Mahkeme kararlarında vurgulanmaktadır⁵⁷.

AİHM'nin kararları genel olarak değerlendirildiğinde, gereklilik konusunda mutlak zorunluluk olup olmadığının dikkate alındığı görülmektedir⁵⁸. Kolluk

⁵² Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 600; Klatt ve Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 195; benzer görüş için bkz. YCGK Kararı, 25.11.2014, E. 2013 / 9-841, K. 2014 /513.

⁵³ Wienbracke, "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", 151.

⁵⁴ Fleiner, *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*, 377.

⁵⁵ AİHM kararı, Başvuru No: 8029/07, 18.06.2013.

⁵⁶ Matthias Klatt ve Moritz Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 67.

⁵⁷ "Güvenlik güçlerinin sert müdahale etmelerinin ve göz yaşartıcı mühimmatların aşırı kullanımının, başvuruları ve diğer sendika üyelerini kendi menfaatlerini savunmak amacıyla barışçıl gösterilere yasal olarak katılmaktan caydıracak nitelikte olduğu kanaatine varmaktadır. Bu anlamda, Mahkeme, bu türden sert bir müdahalenin, genel olarak vatandaşlar tarafından gösteri yapma haklarının kullanılması üzerinde "caydırıcı bir etki" yarattığı kanısına varmaktadır", AİHM kararı, Başvuru No: 42757/09, 24.02.2015, 28 Ş; Başvuru No: 22729/08 ve 10581/09, 04.02.2020.

⁵⁸ "Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin lafzının, bütünüyle değerlendirildiğinde; 2. fıkrada, öncelikle, kişinin kasten öldürülmesine izin verilen durumların belirtilmediğine, ancak taksirle ölüme yol açabilecek şekilde "güç kullanımının" mümkün olduğu koşulların tarif edildiğine işaret ettiğini hatırlatmaktadır.

kuvvetlerinin silah kullanma yetkisini incelediği bir kararında Mahkeme, olayın sıcıağı ile karşılık vermek zorunda kalan kolluk personelinin bu durumlarının dikkate alınması gerektiğini aksi durumun, kolluk üzerinde olmaması gereken bir yük doğuracağını ve hayatlarını tehlike altına sokacağını belirtmiştir⁵⁹. Ölçülülük ilkesi, kolluk personelinin görevlerini yerine getirmesine engel olarak yorumlanmamalıdır. Değınilen karar ise, aslında söz konusu problemi vurgulamaktadır. Bir kolluk faaliyetinin gerekli olup olmaması hususunda, kolluk personelinin tehlike altına giren hayatı da dikkate alınmalı, hayatını hiçe sayacak bir külfet kendisine yüklenmemelidir.

Mahkeme başka bir kararında ise, mutlak surette gerekli olmanın, demokratik toplumda zorunlu bir tedbir olup olmadığının belirlenmesi ile ortaya konulacağını ifade ederek, söz konusu belirleme yapılırken kolluk personelinin güç kullanarak istem dışı ölüme sebebiyet vermesi halinde, mücbir bir zorunluluk olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁰. AİHS'nin 2. maddesine göre yaşam hakkı koruma altına alınmıştır. Belirtilen maddenin 2. fıkrasında ise; yasa dışı şiddete karşı koruma, usule uygun şekilde kişinin yakalanması veya tutulu olan kişinin kaçmasını önleme ve son olarak da ayaklanma ve isyanın usule uygun olarak bastırılması hallerinde zorunlu olan güçten fazlası kullanılmadığı halde ölüm meydana gelmişse yaşam hakkına müdahale oluşmayacağı kabul edilmiştir. Adı geçen maddeden de anlaşılacağı üzere, Mahkeme kolluk kuvvetlerinin güç kullanması dolayısıyla yaşam hakkına yapılan müdahalenin belirli şartlar halinde ihlal sayılmayacağını kabul etmektedir. Ancak ihlal değerlendirilmesi yapılırken mutlak zorunlu olan gücün aşılması gerektiği, maddede belirtilen amaçlar ile müdahalenin aynı oranda olması gerektiği dikkate alınmaktadır⁶¹. Söz konusu ifade ise, gereklilik ilkesinin bir uzantısı şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Benzer şekilde AİHM'nin değerlendirilmesine tabi tutulan bir başvuruda, başvuruçunun kardeşi kolluk personeli tarafından yürütülen operasyonda vurulmuştur. Mahkeme ihlali değerlendirirken öncelikli olarak gereklilik unsurunun operasyonun ölüme sebebiyet verme riskini en aza indirgeyecek şekilde olması gerektiğini vurgulamaktadır⁶². Mahkeme'ye göre mutlak bir zorunluluk olduğu-

Bununla birlikte, a), b) veya c) bentlerinde belirtilen amaçlardan birine ulaşmak için güç kullanımının "mutlak zorunlu" olması gerekmektedir., AİHM kararı, Başvuru No: 50275/08, 22.07.2014; Benzer kararlar için bkz. Başvuru No: 43577/98, 29.03.2011; Başvuru No: 23038/07, 05.06.2012.

⁵⁹ "AİHM, polislerin ölüme sebebiyet verici güç kullandığı benzer operasyonlar için Türkiye hakkındaki açılan davalarla ilgili birkaç kararında, olay hakkındaki değerlendirmesini, olaydan kopuk bir bakış açısı ile, olayın sıcıağıyla karşılık vermek zorunda kalmış memurların değerlendirmesinin yerine koyamayacağına hükmetmiş, başka türlü bir hükme varmanın Devletler ve görevini ifa etmekte olan kolluk kuvvetleri üzerine gerçekçi olmayan bir yük getirmek, belki de bunların ve diğerlerinin hayatını tehlikeye atmak anlamına geleceğini değerlendirmiştir", AİHM kararı, Başvuru No: 28226/02, 14.10.2008; Başvuru No: 57049/00, 15.02.2007; Başvuru No: 50739/99, 28.03.2006.

⁶⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 22729/08 ve 10581/09, 04.02.2020.

⁶¹ AİHM kararı, Başvuru No: 18984/91, 27.09.1995.

⁶² AİHM kararı, Başvuru No: 50385/99, 20.12.2004.

nu kanıtlama yükü kuvvet kullanan kolluk personeline aittir⁶³. Söz konusu ispat sağlanamadığı takdirde gerekliliğin oluşmaması dolayısıyla ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş kabul edilmektedir.

Kamu düzeninin sağlanması ve korunması hakkında değerlendirme, AİHM tarafından özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını konu edinen başvurularda sıklıkla yapılmaktadır. Genel olarak belirtmek gerekirse, Mahkeme toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale ve bu hakkı kullanan kişilerin cezalandırılması konusunda gereklilik ilkesine çoğu kararında yer vermektedir. Belirtilen kararlardan birisinde Mahkeme, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, barışçıl yollar ile yerine getirilmekte ise, bu hakkı kullanan kişilere para cezası verilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ifade etmiştir⁶⁴. Mahkeme'nin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı konusunda verdiği kararlar genel olarak değerlendirildiğinde, kamu yararı ile hak arasında adil denge kurulması gerekliliği dikkat çekmekte olup, kararlarda, barışçıl yollardan haklarını kullanan kişilere bir sınırlandırılma getirilmemesi gerektiği⁶⁵, müdahalenin mutlaka zorunlu sosyal ihtiyaca cevap vermesi gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁶. Müdahalenin gerekli olup olmadığı belirlenirken kamu düzeni için tehlike oluşturan bir durumun varlığı tespit edilmelidir. Kamu düzenine tehlike arz eden bir husus bulunmadığı takdirde kolluk kuvvetlerinin bir toplantı veya gösteri yürüyüşüne müdahalede bulunması dahi gereklilik oluşmadığı için ölçülülük ilkesinin aşılmasına sebep olabilecektir⁶⁷.

Bilindiği üzere dernek kurma hakkının denetlenmesi de kolluk faaliyetlerinin içerisinde yer almaktadır. AİHM, dernek kurma hakkına sınırlandırma getiren bu durumlarda müdahale gerekliliğinin ortaya konulması için derneklerin program ve statülerinin kamu düzenine aykırı amaç taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerektiği görüşünde olup bunun da yeterli olmayacağını, içeriğin eylem ve tutumlar ile karşılaştırılması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁸. Bu şekilde Mahkeme, amaçlar ile faaliyetlerin bağdaşmadığı durumlarda söz konusu derneklere veyahut benzer şekilde siyasi partilere müdahale edilmesinde gereklilik unsurunun gerçekleştiğini kabul etmektedir⁶⁹. Yunanistan aleyhine verilen bir ihlal kararında Mahkeme, belirtilen denetimleri gerçekleştirmiş ve derneğin adında “Türk” ibaresinin bulunması ve Mustafa Kemal Atatürk'ün ilkelerine yer verilmesinin kamu düzenine

⁶³ AİHM kararı, Başvuru No: 10036/03, 20.04.2010.

⁶⁴ AİHM kararı, Başvuru No: 28495/06 ve 28516/06, 17.05.2011, 43 §.

⁶⁵ AİHM kararı, Başvuru No: 11800/85, 26.04.1991, § 53; Başvuru No: 23018/04, 23034/04, 23042/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04, 23676/04, 17.07.2008; Başvuru No: 8029/07, 18.06.2013.

⁶⁶ AİHM kararı, Başvuru No: 2008/56395, 09.06.2015; Başvuru No: 44158/98, 17.02.2004.

⁶⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 26656/04, 31.01.2012; Başvuru No: 44920/04, 23.02.2010.

⁶⁸ AİHM kararı, Başvuru No: 26482/95, 12.11.2003; Başvuru No: 59491/00, 19.01.2006.

⁶⁹ AİHM kararı, Başvuru No: 26695/95, 10.07.1998, 46 §.

herhangi bir aykırılık oluşturmayacağını, derneğin amacının Batı Trakya Türklerinin kültürünü tanıtmaya ilişkin olduğunu ve bunun faaliyetler ile desteklendiğini, kamu düzeninin bir kültürün tanıtılması amacını edinmiş bir dernek ile tehdit edilemeyeceğini ifade ederek, söz konusu derneğin şiddet, ayaklanma veya başka demokratik ilkeleri reddetme çağrısında buldukları⁷⁰ görülmediğinden derneğin kapatılmasının, dernek kurma hakkına ihlal oluşturduğuna karar verilmiştir⁷¹. Mahkeme'nin söz edilen kararı ile dernek ve siyasi örgütlere ilişkin diğer kararları dikkate alındığında barışçıl yollar ile hakkın kullanılması durumunda, hakka yapılacak müdahalenin demokratik toplumdaki çoğulculuk, hoşgörü gibi temel ilkelere uygun olması gerektiği görüşünde olduğu ortaya çıkmaktadır⁷².

C. ORANTILILIK İLKESİ

Orantılılık ilkesi, adil denge anlamına gelmektedir. Söz konusu ilke, Danıştay ve AYM kararlarında da değerlendirilmektedir. Ancak mahkemeler, ölçülülük ilkesinin alt ilkesini oluşturan orantılılığı, çoğu zaman ölçülülük ilkesi ile aynı anlama gelecek şekilde değerlendirmektedirler⁷³. Oysaki, orantılılık ilkesi, temel hak ve özgürlüğü sınırlanmış kişiye yüklenen külfet ile topluma sağlanan fayda arasında adil bir denge bulunması anlamına gelmektedir⁷⁴. Orantılılık ilkesine göre, temel hakka müdahale ne kadar yoğun ise, müdahaleyi haklı çıkaracak sebebin de aynı şekilde önemli olması gerekmektedir⁷⁵. Orantılılık ilkesine uygunluk belirlenirken somut olaydaki özellikler değerlendirilmeli, kişilere yüklenen külfet onlardan hiç beklenemeyecek kadar ağır olmamalıdır. Bir örnek ile, kolluk personelinin ölüm konusunda yakın tehlike içerisinde bulunduğu bir halde silahını kullanmasının önüne geçilmesi, görevini yerine getirmemesi ve kendi hayatını hiçe sayması anlamına geleceği için bu durumun orantılılık ilkesinin bir zorunluluğu olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

İlkenin sağlanması için öncelikle müdahalenin yoğunluğuna bakılması, daha sonra amacın öneminin dikkate alınması ve amacın öneminin aracı haklı kılıp kılmayacağına değerlendirilmesi gerekmekte olup, bu şekilde orantılılık ilkesinde problem oluşmasının önüne geçilecektir⁷⁶.

⁷⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 23885/94, 08.12.1999.

⁷¹ AİHM kararı, Başvuru No: 26698/05, 27.03.2008.

⁷² AİHM kararı, Başvuru No: 74989/01, 20.10.2005, 42 §.

⁷³ "Bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması zorunludur", AYM kararı, Başvuru No: 2013/1614, 03.04.2014; Oğurlu, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi", 497.

⁷⁴ Onur Uçar ve Ahmet Burçin Yereli, "Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak "Ölçülülük" İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi", *Maliye Dergisi*, 176 (2019): 582.

⁷⁵ Klatt ve Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 196.

⁷⁶ Klatt ve Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 196.

Kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında orantısız güç kullanılıp kullanılmadığı orantılılık unsurunu değerlendirmeyi sağlamaktadır. Özellikle kolluk kuvvetlerinin güç kullanması sonrasında ölümün meydana geldiği hallerde AİHM, orantılılık unsurunu değerlendirme altına almaktadır. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus kanaatimizce, kolluk personelinin görevlerini yerine getirirken kendisi veya başkasının hayatını riske atmasının beklenmemesi gerekliliğidir. Nitekim Mahkeme de bir kararında söz konusu durumu; “*AİHM ayrıca aksi yönde karar vermenin, devletlere ve emniyet güçlerine, görevlerini yerine getirirken, belki de kendilerinin ve diğerlerinin hayatlarına zarar verecek şekilde, gerçekçi olmayan bir yük yüklemek olacağı kanısına varmıştır*”⁷⁷ ifadeleri ile aktarmaktadır. Aksi bir denetim içerisine girmek kolluk personelinin meşru müdafaaada bulunma imkanının dahi ortadan kalkmasına sebep olabilecektir⁷⁸. Zorunlu kılınmadığı sürece fiziksel güç kullanılması orantılılık unsuru ile çelişse dahi⁷⁹, kolluk faaliyeti sırasında kişilerin kendi hayatlarını koruması yaşam hakkı ihlalini oluşturmayacaktır. Fiziksel güç kullanılması halinde bunun mutlak bir tehlikeyi önlemek için gerekli olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Aksi durumda Mahkeme kararlarına konu olan bir olayda olduğu gibi, kişiye sorgu sırasında fiziki güç kullanılması ve kişinin yaralanmasının kendi davranışı için gereklilik arz ettiğinin kanıtlanamaması halinde, ihlal kararı verilebilmektedir⁸⁰. Buradaki ispat yükümlülüğünün, kolluk kuvvetleri üzerinde olduğu ise unutulmamalıdır.

Bu yönde verilen bir kararında Mahkeme; toplantı ve gösteri yürüyüşü meydana geldiği sırada kolluk personelinin kaçmaya çalışan ve yere düşen kişilere müdahalede bulunmasını ve rastgele göz yaşartıcı gaz kullanmasını orantılı kabul etmemiş ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁸¹. Mahkeme kişinin davranışından dolayı zorunlu olmadığı durumlarda fiziksel güç kullanılmasının orantılılık ilkesine uygun olmadığı görüşündedir⁸². Mahkeme’ye göre silahsız ve saldırsız ifa edilen bir toplantı gösteri yürüyüşünde kişilere karşı yapılan muamelenin orantılı olup olmadığını değerlendirmek önemli olup, gösterinin dağıtılması amacı gösterilerek kişilerin yüzüne ve başına vurulan darbeler orantılılık ilkesine uygun düşmemekte, yapılan müdahaledeki gücün aşırı olmadığıının kolluk tarafından kanıtlanması gereklilik arz etmektedir⁸³.

Buraya kadar değinilen kararlarından anlaşılacağı üzere Mahkeme genel olarak, fiziki gücün zaruri olmayan ve kişinin davranışına doğrudan karşılık gelme-

⁷⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 25052/94, 09.10.1997.

⁷⁸ AİHM kararı, Başvuru No: 28226/02, 14.10.2008.

⁷⁹ AİHM, kararı, Başvuru No: 12850/87, 27.08.1992; Başvuru No: 18896/91, 04.12.1995.

⁸⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 44256/06, 10.03.2009; Başvuru No: 43579/98, 06.07.2005.

⁸¹ AİHM kararı, Başvuru No: 42606/05, 23.07.2013.

⁸² AİHM kararı, Başvuru No: 29768/03, 16.12.2008.

⁸³ AİHM kararı, Başvuru No: 49391/99, 10.01.2006; Başvuru No: 73792/01, 17.10.2006; Başvuru No: 23708/05, 21.09.2010.

yen hallerde kullanılmasına karşıdır. Ancak fiziki gücün kullanılmasını zorunlu kılan durumlar ve hatta ölüme sebep olacak eylemlerin uygulanmasının gerekli olduğu haller bulunmaktadır. Söz konusu durumlar orantılılık ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Keza Mahkeme de benzer görüş içeren bir kararında, belli şartlarda kolluğun ölümcül güç kullanmasının mümkün olduğunu, ancak bunun için keyfi uygulamaları ortadan kaldıracak şekilde sınırları belli olan yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir⁸⁴. Söz konusu karardan da anlaşılacağı üzere kolluk kuvvetlerinin güç kullanması doğrudan bir ihlal anlamına gelmemektedir. Ancak güç kullanımı doğrudan ulusal mevzuat ile sistematik bir şekilde kapsamlı olarak düzenlenmelidir. Aksi durum kolluğun görevini yerine getirirken tereddütte kapılmasına veyahut keyfi uygulamalara sebebiyet verebilecektir⁸⁵.

Ateşli silahların kullanılmasını değerlendirdiği bir kararında Mahkeme, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 22. maddesini değerlendirme altına almış ve maddede geçen ““dur” uyarısında bulunulmasına rağmen bu uyarıya uymaması halinde, havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Ancak silâhla karşılığa yeltenilmesi ve sair surette meşru müdafaa durumuna düşülmesi halinde, yetkili memurlar saldırıyı etkisiz kılacak oranda doğrudan hedefe ateş edebilir” düzenlemesinin orantılılık ilkesine uygun yasal bir iyileştirme olduğunu ifade etmiştir⁸⁶. Düzenleme dikkate alındığında kontrolsüz bir yetki verilmediği, gerçekten amacın doğrudan yaşam hakkına bir müdahale değil kolluk kuvvetinin kendisini koruması olduğu dikkat çekmektedir. Bu tür bir yetki verilmediği takdirde kolluk personelinin görevini tereddüt etmeden yerine getirmesi mümkün olamayacaktır.

AİHM toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına bir müdahale olup olmadığını değerlendirdiği bir kararında, kolluk usulleri arasında bulunan izin ve bildirim usulü üzerinde durmuş ve bir toplantı düzenlenmesinin ön izne tabi tutulmasının doğrudan bir ihlale sebep olmadığını vurgulamıştır⁸⁷. Ancak Mahkeme söz konusu kararın devamında ve toplantı ve gösteri yürüyüşüne karşı yapılan müdahaleleri değerlendirdiği birçok kararında kişilerin hemen tepki vermesini gerektiren durumlar baş gösterdiğinde ve silahsız saldırısız eylem gerçekleştirildiğinde bu eylemin önceden bildirilmemesinin doğrudan dağıtılmasını gerektirmediği, aksi durumun orantısız bir kısıtlamaya sebebiyet vereceği görüşünde olduğunu belirtmiştir⁸⁸. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre kamu düzeni ihlalinin söz

⁸⁴ “Bazı şartlar altında kolluk güçlerinin ölümcül güç kullanabilirler. Ancak, kolluk güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonların ulusal hukuk tarafından öngörölmüş olması gerektiği gibi, keyfi davranış ve istismlara ve hatta önlenemez kazalara karşı geliştirilmiş uygun ve etkili bir güvence sistemi geliştirmek suretiyle bu hukuk tarafından sınırları iyice çizilmelidir”; AİHM kararı, Başvuru No: 50385/99, 20.12.2004.

⁸⁵ AİHM kararı, Başvuru No: 50385/99, 20.12.2004, 57-59 §.

⁸⁶ AİHM kararı, Başvuru No: 30304/02, 13.01.2009.

⁸⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 8191/78, 10.10.1979.

⁸⁸ AİHM kararı, Başvuru No: 8191/78, 10.10.1979; Başvuru No: 74552/01, 05.12.2006; Başvuru No: 20347/07, 05.07.2016; Başvuru No: 10346/05, 07.01.2009.

konusu olmadığı durumlarda kolluk kuvvetlerinin silahsız saldırısız yerine getirilen toplantılar için hoşgörölü olması gerekmekte olup, aksi durumun kolluk faaliyetlerinde orantısızlığa sebebiyet verdiği kabul edilmektedir⁸⁹. Bu sebeple kanaatimizce AİHM kararları doğrultusunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu'nun katı bir şekilde uygulanması ihlallere yol açabilmektedir. Bu konuda barışçıl yollarla yapılacak ani toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlenmesine ilişkin yeni hükümler getirilene kadar, kolluk görevlilerinin bu konuda kişi hakları lehine kolluk faaliyetlerini yerine getirmeleri, orantılılık ilkesinin ihlalinin önüne geçilmesinde yardımcı olacaktır. Ayrıca haklarını barışçıl yollardan yerine getiren, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını kullanan kişilerin sırf bu sebeple para cezasına çarptırılmasının kişilerin korkuya kapılarak haklarını kullanmaktan çekinmelerine sebep olacağı için orantılılık ilkesi ihlaline sebep olduğu Mahkeme tarafından belirtilmekte⁹⁰ olup, bu konuda da kişilerin temel hakları ile kamu düzeni arasında denge kurulması önem arz etmektedir.

İdari kolluk faaliyetleri içerisinde bulunan hasarlı binaların yıkılması konusunda verilen bir AYM kararında ise, Mahkeme tarafından, onarılabilir durumda bulunan bir binanın yıkılmasının mülkiyet hakkına bir müdahale olduğu ve kişinin gerçek zararı karşılanmadığı için orantısızlık sebebi ile ölçülülük ilkesine aykırı kolluk faaliyeti gerçekleştirildiği ifade edilmiştir⁹¹. Orantılılık unsurunu kanaatimizce oldukça iyi bir şekilde aktaran AYM'nin bir kararında ise; *“uygulanan güç hiçbir biçimde direncin kırılması amacının ötesine taşmamalı ve direnen kişiye eza verdirmeye yönelmemelidir. Bu bağlamda direncin kırılması amacının sağlanması için gereken ölçünün üzerinde kullanılan maddi gücün artık amacından saptığı ve salt fiziksel acı vermeyi hedeflediği sonucuna ulaşılması mümkündür”*⁹² ifadelerine yer verilmiştir. Kanaatimizce de, orantılılık ilkesinin denetiminde asıl olarak kolluk faaliyetinin amacına bakılması gerekmektedir. Güç kullanımı gerçekleştiren bir kolluk faaliyetinde, amaç karşıdaki kişinin tehlikesiz hale getirilmesini sağlamayı aştığı sürece orantılılık ilkesi tehlike altına girmektedir. Belirtilen kararın devamında, Mahkeme, kolluk kuvvetlerinin biber gazı kullanmasını değerlendirmiş ve söz konusu gazın kullanılmasının ciddi sağlık problemlerine sebebiyet verebilmesi nedeni ile ancak başka şekilde kişinin direncinin kırılmasının mümkün olamayacağı durumlarda, orantılı bir güç kullanımı olabileceğini ifade etmiştir⁹³.

⁸⁹ AİHM kararı, Başvuru No: 25691/04, 17.07.2007.

⁹⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 56395/08 ve 58241/08, 09.06.2015.

⁹¹ AYM kararı, Başvuru No: 2013/6880, 23.03.2016.

⁹² AYM kararı, Başvuru No: 2019/36978, 26.05.2022.

⁹³ *“Yukarıda belirtilen olası etkileri gözetildiğinde bu tür gazların kullanılması, direncin kırılması için elverişli olan diğer araçların öncelikle denemesi ve bunlardan bir sonuç elde edilememesi veya bir sonuç alınamayacağının somut olayın şartlarında açıkça anlaşılabilir olması koşuluyla hukuka uygun görülebilir”*, AYM kararı, B. No: 2019/36978, 26.05.2022.

SONUÇ

Kolluk faaliyetleri doğrudan temel hak ve özgürlükler ile ilişkisi olan, hatta bu haklara geniş bir şekilde dokunma yetkisi veren faaliyetlerdir. Bu sebeple, söz konusu faaliyetlerin denetimin çok iyi bir şekilde yapılması gerekmektedir. Kolluk faaliyetlerinin denetiminde, idari kolluk faaliyetleri bir idari işlem veya eylem ile yerine getirileceğinden denetimin, idari yargı tarafından yapılması gerekmektedir. Yapılan denetim sırasında, bir işlem söz konusu ise, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olan idari işlem unsurlarına dikkat edilmesi gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin aşılması halinde, amaç unsuru başta olmak üzere işlemin diğer unsurları da tehlike altına girecektir ve devamında idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Kolluk faaliyeti bir eylem ile yerine getirilmiş ise, ölçülülük ilkesinin aşılması sebebiyle doğrudan idarenin hizmet kusuru ortaya çıkabilecektir. Adli kolluk faaliyetleri ise bireysel işlemler ve maddi eylemler aracılığı ile yerine getirilmektedir ve denetim ise, adli makamlar tarafından yapılmaktadır.

İster adli ister idari kolluk faaliyeti olsun, yapılacak denetim sırasında özellikle ölçülülük ilkesi büyük ehemmiyet göstermektedir. Ölçülülük ilkesine uyma zorunluluğu, temel hak ve özgürlüklere yapılacak bir müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaktadır. Kısaca, bir kolluk yetkisinin meşru olması yani yasal dayanağının bulunması, hukuka uygunluğun sağlanması açısından yeterli değildir. AYM ve AİHM kararları da değerlendirildiğinde, çoğu zaman kolluk faaliyetlerinin meşruluğu konusunda bir problem olmadığı, yasal dayanaklarının bulunduğu göze çarpmaktadır. Oysaki kolluk yetkileri konusunda AİHM tarafından incelenen uyuşmazlıklar, yasal dayanakların mevcudiyetine rağmen ihlal kararı ile sonuçlanabilmektedir. Söz konusu olumsuz durumdaki en büyük etken ise, ölçülülük ilkesine uyum gösterilmemesidir. Alınacak bir kolluk tedbirinde, söz konusu tedbirin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı, amaca ulaşma konusunda elverişli olup olmadığı, aynı şekilde tedbir sonucu ortaya çıkacak durum ile tedbirin amacı arasında bir denge olup olmadığı değerlendirilmektedir. Adı geçen ilkeler ise, ölçülülük ilkesinin unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır. Kolluk yetkileri kullanılırken mutlaka ölçülülük ilkesinin alt unsurlarına sadık kalınmalı, tedbir gerekli değilse uygulanmamalı, amaca ulaşma konusunda uygulanabilecek birden fazla tedbir varsa temel hak ve hürriyetlere en az dokunan kolluk tedbirinin uygulanmasına dikkat edilmelidir. Aksi durum hukuka uygunluğun bertaraf edilmesine sebep olacaktır.

Kanaatimizce kolluk faaliyetleri temel hak ve hürriyetleri doğrudan ilgilendirdiği ve hatta idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçmekte önemli bir engel olduğu için özellikle kolluğa ilişkin düzenlemelerde ölçülülük ilkesinin alt unsurlarıyla birlikte açıkça düzenlenmesi ve temel haklara getirilecek sınırlandırmalarda takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kullanılması sağlanmalıdır. Temel haklara müdahale içeren düzenlemelerin ilkeye aykırı uygulamalara

sebebiyet vermemesi için kolluk personelinin sınırlarını kesin olarak kavrayabileceği şekilde yeniden ele alınması uygun olacaktır. Buna ek olarak denetimin etkili bir şekilde yürütülmesi açısından İdari Yargılama Usulü Kanunu'na, denetim sırasında ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkeleri ile birlikte değerlendirileceği ifadesinin eklenmesi, ölçülülük ilkesinin etkinliğini arttıracak ve uyuşmazlığa bakan hakim, idarenin yaptığı idari işlem ve eylemlerin denetiminde ölçülülük ilkesini daha sıkı bir şekilde denetlemesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. “Yönetim Hukukunda İnsan Hakları”, *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı II*, 22(1998): 1278-1283.
- Aktaş, Sururi ve Akkoyunlu, Sencer Abdullah. “İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri”, *EÜHFHD* 20, 1-2 (2016): 1-25.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Atay, Ender Ethem. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.
- Bilgen, Pertev. *İdare Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996.
- Çağlayan, Ramazan. *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Değirmenci, Rıdvan. “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2 (2015): 103-120.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Fleiner, Fritz. *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen: Mohr, 1913.
- Gören, Zafer. “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 6, 12 (2007): 39-59.
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2017.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2020.
- Hatipoğlu, Mehmet. “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, *TBB Dergisi*, S. 143 (2019): 181-220.
- Klatt, Matthias ve Meister, Moritz. “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *JUS* 54, 3 (2014): 193-199.
- Kunig, Philip, “Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, çeviren. Burak Çelik, Gökçen Dogan ve Ahmet Çağrı Yıldız. *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 1 (2019): 159-178.
- Metin, Yüksel. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *SDÜHFHD*, 7, 1(2017): 1-74.
- Oğurlu, Yücel. “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan*, (2001): 485-522.
- Oğurlu, Yücel. *Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özay, İlhan. *Günüşiğında Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınevi, 2002.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Reimer, Philipp. “Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, Ein eterogenes Konzept”, *Verhältnismäßigkeit*, editör. Matthias Jestaedt ve Oliver Lepsius, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, 60-76.

- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- Schröder, Ulrich Jan. “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, *Ad Legendum*, 4 (2015): 327-333, Erişim Tarihi: Nisan 20, 2023. <https://ulrichjanschroeder.files.wordpress.com/2018/08/grundsatz-der-verhaeltnismaessigkeit.pdf>.
- Uçar, Onur ve Yereli, Ahmet Burçin. “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak “Ölçülülük” İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, 176 (2019): 575-598.
- Wienbracke, Mike. “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2(2013): 148-155.