

# İDARİ KOLLUK FAALİYETLERİNİN TEMEL ANAYASAL SINIRLARI OLARAK KANUNİLİK VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKELERİ\*

*Prof. Dr. Sururi AKTAŞ\*\**

*Arş. Gör. Sencer Abdullah AKKOYUNLU\*\*\**

## I- Giriş

Kanunilik ve ölçülülük ilkeleri idari kolluğu bağlayan temel anayasal ilkelerdir. İdari kolluğun bu ilkelerle ilişkisi temel hak ve özgürlüklere müdahale ediyor olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasaya göre “*temel hak ve hürriyetler...ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar ...ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” (m.13). İdari kolluk bakımından kanunilik ilkesi, idari kolluğun temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisinin varlığını ve bu yetkinin sınırlarını ortaya koyan ilkedir. Çünkü idari kolluk faaliyetleriyle temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmaz. İdari kolluk temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisini ve bunun sınırlarını kendisi tayin edemez. Temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilirdiğinden, idari kolluğun temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisi kanunun varlığına bağlıdır. İdari kolluğun müdahale yetkisini belirleyen kanun, kolluğun yetkisinin sınırlarını da belirler. İdari kolluk bu sınırların dışına çıkamaz. İdari kolluğun temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisinin kanunla belirlenmesi, bu yetkilerin sınırlarının kanunla çizilmesi ve idari kolluğun bu sınırların dışına çıkamaması temel hak ve özgürlükler bakımından önemli bir güvence

---

\* Bu makale, 25 Temmuz 2017 tarih ve 30134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Erzincan Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 51. maddesinin 3. fıkrası gereği olarak yukarıdaki yazarlar (danışman hoca ve doktora öğrencisi) tarafından doktora tez konusuyla ilgili olarak yazılmıştır.

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

\*\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

teşkil eder. Dolayısıyla kanunilik ilkesi idari kolluk faaliyetleri bakımından ayrıca üzerinde durulması gereken bir ilkedir.

Ölçülülük ilkesi idari kolluğun faaliyetlerinde aşmaması gereken ölçüyü, dolayısıyla idari kolluk faaliyetlerin sınırlarını gösteren ilkedir. İdari kolluk faaliyetlerinin hukuka uygun olabilmesi için idari kolluğun kanunla yetkilendirilmesi yeterli değildir. İdari kolluk faaliyetlerinin ölçülülük ilkesine de uygun olması gerekir. Ölçülülük ilkesi öncelikle kanun koyucu tarafından uyulması gereken ilkedir. İdari kolluk faaliyetlerinin dayanağını oluşturan kanunların ölçülü olması gerekmektedir. Aksi takdirde kanunların uygulanmasına ilişkin idari faaliyetler de ölçüsüz olacaktır. İdari kolluk faaliyetlerinin ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için bu faaliyetlerin kamu düzenini korumak için temel hak ve özgürlüklere gereğinden fazla müdahale etmemesi, idari kolluğun amacına ulaştığında artık faaliyetlerini sonlandırması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin idari kolluk alanındaki önemi, esas itibariyle idari kolluğun zor kullanma yetkisinden kaynaklanmaktadır. İdari kolluğun özellikle kalabalıklara zor kullanmak suretiyle müdahale ederken ölçülülük ilkesine uygunluğu tartışmaları hiçbir zaman güncelliğini yitirmemektedir. Bu bağlamda ölçülülük, idari kolluk faaliyetleriyle ilgili olarak ayrıca incelenmesi gereken bir ilkedir.

## II- İdari Kolluk Faaliyetleri

İdari kolluk faaliyetlerini bu faaliyetlerin amacı üzerinden tanımlamak doğru olacaktır. Çünkü idare tarafından yürütülen bir faaliyetin kolluk faaliyeti olup olmadığını bu faaliyetin amacı belirlemektedir. Nitekim idari kolluğun amacı kamu düzenini korumaktır.<sup>1</sup> İdari kolluk, kamu düzeninin korumak için faaliyette bulunmaktadır.<sup>2</sup> Önleyici kolluk olarak da adlandırılan idari kolluk faaliyetleri, kamu düzeninin bozulmasını engellemeye yönelik faaliyetlerdir.<sup>3</sup> İdari kolluk faaliyetlerinden başka bir de adli kolluk

---

<sup>1</sup> Özey, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi Yayını, İstanbul 2004, s. 723.

<sup>2</sup> Gözübüyük, A. Şeref /Tan, Turgut, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, Turhan Kitabevi, C. I, 9. Bası, Ankara, 2013, s. 652.

<sup>3</sup> Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 250-251; Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 18. Baskı, Ekin Yayınevi, 2016, s. 580.

faaliyetleri vardır. Bunlar birbirinden farklı faaliyetlerdir. Adli kolluk faaliyeti suç faillerini yakalayıp, suç delillerini elde edip adli makamlara teslim etmek için yerine getirilen faaliyettir.<sup>4</sup> Adli kolluğun işlenmiş bir suçtan sonra harekete geçtiği, idari kolluğun ise suçların işlenmesini önlediği ifade edilmektedir.<sup>5</sup> Dolayısıyla adli kolluk faaliyetinin suç işlendikten sonra, idari kolluk faaliyetlerinin ise suç işlenmeden önce, suçu önlemek üzere yerine getirildiği ortaya konulmaktadır.

İdari kolluk faaliyetleri, düzenleyici kolluk faaliyetleri ve bireysel kolluk faaliyetlerinden meydana gelmektedir. Düzenleyici ve bireysel kolluk faaliyetleri kolluk makamları<sup>6</sup> tarafından yerine getirilmektedir. Düzenleyici kolluk faaliyetleri, idarenin düzenleyici işlemlerindedir. Düzenleyici işlemler soyut, nesnel, herkesi kapsayan, genele yönelik, süreklilik arz eden ve muhatapları bakımından bağlayıcı olan işlemlerdir.<sup>7</sup> O halde düzenleyici kolluk faaliyetleri de kolluk makamları tarafından kamu düzeninin korunması amacıyla tesis edilen soyut, nesnel, sürekliliğe sahip, herkesi kapsayan, bir kez uygulanmakla son bulmayan bağlayıcı işlemlerdir. İdari kolluğun düzenleyici faaliyetleri kolluk makamının tesis etmeye yetkili olduğu işlemlerin farklılık göstermesi bakımından tüzük, yönetmelik, genel karar, genel emir ve diğer düzenleyici işlemlerden meydana gelmektedir.

Bireysel kolluk faaliyetleri, kolluk makamının kolluğa ilişkin kanunlara ve düzenleyici işlemlere dayanarak kişiler hakkında aldığı kararlardır.<sup>8</sup> İdari kolluk çok çeşitli alanlarda faaliyet gösterdiğinden bireysel kolluk faaliyetleri de çeşitlilik arz etmektedir. Nitekim bireysel

---

4 Duran, s. 250.

5 Bkz. Fendoğlu, Hasan T., “Adli Kolluk Üzerine”, *Yargıtay Dergisi*, C. 23, S. 3, Temmuz-1997, s. 235.

6 Kolluk makamı, gerek kamu düzeninin korunmasında gerekse de kamu düzeninin sağlanmasında bireysel ve düzenleyici işlemler yapma yetkisine sahip olan idari makamdır (Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2011, s. 297).

7 Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 6. Basım, İstanbul, Kasım 2013, s. 217.

8 Gözübüyük/Tan, s. 665.

kolluk faaliyetleri izin, faaliyeti erteleme, faaliyetten men, kapatma, yıkma, önleme araması, el koyma, koruma altına alma faaliyetleri ile daha burada saymadığımız birçok faaliyetten meydana gelmektedir.

### III- İdari Kolluk Faaliyetlerinin Amacı Olarak Kamu Düzeni

İdari kolluk ile kamu düzeni arasında sıkı bir ilişki vardır. Zira idari kolluğun amacı, kamu düzenini sağlamaktır.<sup>9</sup> Kamu düzeni sağlanırken hak ve özgürlüklere müdahale edilmektedir. Hürriyetlerin sınırlandırılması kamu düzeninin sağlanması için bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>10</sup> Böylece idari kolluk kamu düzenini sağlamak amacıyla hürriyetleri sınırlandırıcı faaliyetlerde bulunmaktadır. Kamu düzeni, idari kolluk faaliyetlerinin ortaya çıkışında ve çeşitlilik arz etmesinde belirleyici faktördür. Kamu düzeni anlayışı zaman içinde gelişmekte ve değişime uğramaktadır. Kolluğun faaliyet alanı da bu değişim ve gelişimden etkilenmektedir. Kamu düzeninin geleneksel unsurları, *güvenlik, genel sağlık ve dirlik ve esenlik* şeklinde gösterilirken,<sup>11</sup> modern anlayışta, *genel ahlak, kamusal estetik gibi bazı önemli alanlar da* unsurlar arasında gösterilmektedir.<sup>12</sup> Kamu düzeninin unsurlarından güvenlik, asayiş olarak da tarif edilen<sup>13</sup> ülkenin iç güvenliğidir. Bu bağlamda güvenliğin kapsamına, vatandaşların can ve mallarının her türlü tehlike ve zararlardan korunması girmektedir.<sup>14</sup> Genel sağlık ise toplumun salgın ve bulaşıcı her türlü hastalıktan korunmasını ifade etmektedir.<sup>15</sup> Dirlik ve esenlik de toplumun gürültü ve

9 Günal, H. Yılmaz, “İdare Amirlerine Tanınan Zabıta Selâhiyetlerinin Kullanılma Şekilleri ve Tahdidi”, *A.Ü.S.B.F.D.*, C. 14, S. 2, 1959, s. 122

10 Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 121.

11 Özay, Günışığında, s. 728-729; Günday, s. 292-293.

12 Gözler/Kaplan, s. 579; Akgül, Aydın, *Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 23.

13 Günday, s. 292.

14 Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 566; Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 281; Akgül, s. 24.

15 Duran, s. 255; Çağlayan, 282; Akgül, s. 26; Özay, Günışığında, s. 729.

duman gibi rahatsız edici her türlü huzursuzluktan korunması demektir.<sup>16</sup> Kamu düzeni genel olarak toplumun *dış ve maddi düzeni* olarak algılanmaktadır.<sup>17</sup> Kural olarak idari kolluk, ahlâkla ilgilenmeyip, toplumun dış ve maddi düzenini korumayı amaçlasa da, toplumun maddi düzenini bozacak bazı ahlâki alanların düzenlenmesini ve korunmasını da üstlenmektedir.<sup>18</sup> Kamu düzeni ile ilgili yeni yaklaşımlarda, belirli alanlarda kamusal estetiği sağlamak için de idari kolluk faaliyetlerinin yerine getirilebileceği benimsenmektedir.<sup>19</sup> Belirli bir tarihi dokuyla tutarlı olmak için, o yerdeki evlerin aynı mimariyle yapıma zorunluluğu getirilmesi kamusal estetiğe örnek gösterilebilir<sup>20</sup>.

Kamu düzeni zaman içinde genişleyip, kendisine başkaca unsurlar eklenebileceği gibi, mevcut unsurlarında değişiklikler de meydana gelebilir. Kamu düzeni hangi unsurlardan meydana gelirse gelsin, kendisini oluşturan bu unsurların korunması idari kolluk faaliyetlerini gerektirir. Bu faaliyetler temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektirebileceği için hem olağan dönemlerde hem de olağanüstü dönemlerde hukuki zeminde kalmalıdır.

#### **IV- İdari Kolluk Faaliyetlerinin Sınırları**

İdari kolluk faaliyetleriyle temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmektedir. Örneğin idari kolluk faaliyeti olarak önleme araması yapıldığında ve bu kapsamda kişilerin üzerleri arandığında onların özel hayatlarının gizliliğine (m.20), hatta kişi (m.19) ve seyahat (m.23) hürriyetlerine müdahale edilmektedir. Dolayısıyla idari kolluk faaliyetlerinin sınırlarının tespit edilmesi ve idari kolluk faaliyetlerinin bu sınırlar içerisinde tutulması gerekmektedir. İdari kolluk faaliyetlerinin sınırları her şeyden önce Anayasadan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle önce idari kolluk faaliyetlerinin Anayasal sınırlarına bakmak

---

16 Özay, Günışığında, s. 729; Akyılmaz/Sezginer/ Kaya, s. 566; Akgül, s. 25.

17 Akgül, s. 18; Günday, s. 290.

18 Duran, s. 255; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 567.

19 Gözler/Kaplan, s. 579.

20 Ayrıca bkz. Akgül, s. 21.

gerekmektedir. İdareden önce kanun koyucuya hitap eden bir sınır olmakla birlikte idari kolluk faaliyetlerinin Anayasanın 13. maddesinde ve ilgili oldukları temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri maddelerde öngörülen sınırlara saygılı olmaları gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden idari kolluk faaliyetlerinin başkaca sınırları da bulunmaktadır. Bu sınırlar faaliyetin kendi özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Her şeyden önce idari kolluk faaliyetlerinin kamu düzenini koruma amacı dışında bir amaçla yerine getirilmemesi gerekmektedir. Örneğin idareye gelir sağlamak veya sırf kişiler üzerinde baskı kurmak amacıyla idari kolluk faaliyetlerinin zorlayıcı gücünden yararlanılmamalıdır. Ayrıca idari kolluk faaliyetleri kamu düzeninin tehlikeye girmesi üzerine yürütülen faaliyetler olduğundan, tehlikenin varlığına ilişkin tespitlerin iyi yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda uzak bir tehlike karşısında, daha az sınırlayıcı kolluk tedbirlerine başvurmak yeterliken daha fazla sınırlayıcı faaliyetlere girişilmekten kaçınılmalıdır. İdari kolluğun önleyici faaliyetlerinde daha az sınırlayıcı olabilmesi için tehlikeleri zamanında öngörebilmesi büyük önem arz etmektedir.

İdari kolluk faaliyetleriyle kamu düzeninin unsurları arasındaki ilişki bu faaliyetlerin sınırlarında belirleyici olabilmektedir. İdari kolluk faaliyetlerinin müdahale düzeyi bu faaliyetlerin ilgili oldukları unsura bağlı olarak değişebilmektedir. İdari kolluk faaliyetinin yöneldiği unsurun önem düzeyine göre bu faaliyetin sınırları farklılık arz edebilmektedir. Dolayısıyla idari kolluk faaliyeti daha az veya daha fazla sınırlandırıcı olabilmektedir. Nitekim kamu düzeninin, örneğin *güvenlik, sağlık ve dirlik - esenlik* gibi unsurlarının kamu düzeninin sağlanmasındaki ağırlıkları birbirinden farklıdır. Dolayısıyla kamu güvenliğini (iç güvenliği) sağlamak için gerçekleştirilen idari kolluk faaliyeti ile dirlik ve esenliği sağlamak için gerçekleştirilen idari kolluk faaliyeti, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcılık bakımından farklı derecelere sahip olabilmektedir. Örneğin koşulları oluştuğunda bir yerde güvenliği sağlamak için son derece ağır bir tedbir olarak sokağa çıkma yasağı ilan edilebilmektedir. Ancak dirlik ve esenliğin korunması için böyle bir yasağa başvurulması mümkün değildir.

## **V- İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Sınırı Olarak Anayasal Hükümler**

İdari kolluk faaliyetlerinin en başta Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçütlere uygun olması gerekmektedir. Bu ölçütler önce kanun koyucuya, daha sonra da bu kanunların uygulayıcısı konumunda bulunan idari kolluğa hitap etmektedir. Anayasanın 13. maddesine baktığımızda sınırlama koşullarının “*temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmamak, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere (sınırlama sebeplerine) bağlı kalmak, ancak kanunla sınırlamak, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak*” şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Çalışmamızı idari kolluk faaliyetlerinin anayasal sınırları olarak kanunilik ve ölçülülük ilkeleriyle sınırlı tuttuğumuzdan Anayasada sayılı bulunan diğer sınırlama sebeplerine ayrıca değinilmeyecektir.

Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin getirilen sınırlamalar daha çok kanun koyucuya hitap etmektedir. Ancak, duruma göre 13. maddedeki sınırlamalar idareyi de ilgilendirebilir. Örneğin, sınırlamanın kanunla olması gereği ile ölçülülük ilkesi idareye de hitap etmektedir. İdare olağan dönemlerde temel hak ve özgürlükleri düzenleyici işlemlerle sınırlayamayacaktır. Aynı zamanda idare kanunların kendisine verdiği kolluk yetkilerini kullanırken, kanunda yer almasa bile Anayasa gereği ölçülü olmak durumundadır. Örneğin idare kendisine kanunlarla verilen idari para cezası verme yetkisi bakımından kanunun öngördüğü alt ve üst sınırı içinde kalarak, kabahatin işleniş biçimi ve haksızlığıyla orantılı bir idari para cezası vermek durumundadır.

İdari kolluk faaliyetlerinin Anayasanın 13. maddesinde yer alan genel sınırları yanında, yine Anayasadan kaynaklanan özel sınırları da bulunabilmektedir.<sup>21</sup> Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasanın 13. maddesi dışındaki maddelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Ek güvence<sup>22</sup> niteliğindeki hükümlerin

---

<sup>21</sup> Bkz. Günay, s. 312.

<sup>22</sup> Bkz. Günay, s. 312-313.

yer aldığı bu maddeler idari kolluk faaliyetlerinin anayasallık sınırını çizmektedir. Anayasal sınırlar kanun koyucuya ve idari kolluğa karşı güvence oluşturmaktadır.<sup>23</sup> Zira kanun koyucu Anayasada değişiklik yapmadıkça, bu güvenceye aykırı kanun çıkaramayacağı gibi, kanun olmayan alanda temel hak ve özgürlüklere müdahale edemeyen idari kolluk da bu güvenceye aykırı faaliyetlerde bulunamayacaktır. Anayasada, ilgili oldukları temel hak ve özgürlükler için ek güvence oluşturan çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Örneğin Anayasa (m.33/5) gereğince dernekler kamu düzenine aykırı faaliyetleri nedeniyle doğrudan idari kolluk tarafından faaliyetten alıkonulamazlar. Anayasaya<sup>24</sup> göre dernekler kural olarak hakim kararıyla faaliyetten alıkonulur. İdari kolluk dernekleri ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkilendirilmesi durumunda faaliyetten men edebilir. Ayrıca, kanunla yetkilendirilmiş olsa da idari kolluğun faaliyetten men kararını yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunması gerekir. Hakim kararını kırksekiz saat içinde açıklamadığı takdirde idari kolluğun faaliyetten men kararı kendiliğinden son bulur. Buna göre derneklerin faaliyetten men edilmeleri bakımından birden fazla ek güvence bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kanun koyucunun idari kolluğu hakim kararı aranmaksızın dernekleri faaliyetten men etmekle yetkilendirememesi ve dolayısıyla idari kolluğun dernekleri doğrudan faaliyetten men edememesi, ikincisi idari kolluğun kanunla yetkilendirilmiş olduğu hallerde faaliyetten men yetkisini ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kullanabilmesi, üçüncüsü ise idari kolluğun faaliyetten men kararı aldığı anda bunu hakimın onayına sunmak zorunda olması ve hakimın kararını belli bir sürede açıklamaması halinde kararın kendiliğinden kalkmasıdır.

Anayasal sınır olarak idari kolluğun kişilerin belli bir faaliyetine ilişkin olarak izin yetkisini kullanamayacağı öngörülebilir. Nitekim

---

<sup>23</sup> Günday, s. 312.

<sup>24</sup> Anayasal düzenleme şöyledir: “Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar” (m.33/5).



Anayasada süreli ve süresiz yayın hakkı bakımından idari kolluğa böyle bir sınırlama getirilmiştir.<sup>25</sup> Anayasaya göre “*Süreli veya süresiz yayın önceden izin alma...şartına bağlanamaz*” (m.29/1). Çıkarılacak bir kanunla süreli ve süresiz yayınlar için önceden idari kolluktan izin alınacağı öngörülemez. Çünkü Anayasada öngörülen güvence mutlaktır. İzin koşulu bakımından herhangi bir ayrık duruma yer verilmemiştir. İzin koşulu getiren bir kanun çıkarılamayacağına göre idari kolluk da kişilere karşı faaliyetlerinden önce kendisinden izin alma koşulu ileri süremez.<sup>26</sup> Kişiler idari kolluğun müdahalesi olmaksızın faaliyetlerine başlama güvencesine sahiptirler. Anayasada ayrıca gösterilmediği için idari kolluğa gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi böyle bir yetki verilemez.

Kanunların ve bunlara dayanılarak gerçekleştirilen idari kolluk faaliyetlerinin milletlerarası andlaşmalarda yer alan hükümlere de uygun olması gerekmektedir. Bu, anayasal bir zorunluluktur. Anayasanın 90. maddesinin “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” biçimindeki düzenlemenin gereği olarak aynı konuda kanun hükmü ile andlaşma hükmü arasında farklılık bulunmaması halinde kanun hükmü uygulanacaktır. İki arasında farklılık bulunması halinde ise kanun hükmü değil, milletlerarası andlaşma hükmü uygulanacaktır.

Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, en önemli uluslararası metinlerdendir. Dolayısıyla Sözleşmenin uygulayıcısı konumunda bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları çalışmamızda dikkate alınmaktadır.

## **VI- İdari Kolluk Faaliyetleri ve Kanunilik İlkesi**

İdare, kolluk alanında neredeyse her eylem ve işlemiyle, yani her faaliyetiyle hak ve özgürlükler üzerinde etki meydana getirmektedir. Çünkü kamu gücü kendisini en somut haliyle kolluk faaliyetleriyle

---

<sup>25</sup> Bkz. Günay, s. 312.

<sup>26</sup> Günay, s. 312-313.

göstermektedir.<sup>27</sup> Kamu gücünü kullanan ve temel hak ve özgürlüklere müdahale eden idari kolluğun kanunlara uyma gereği önemli bir güvence oluşturmaktadır. Hürriyetlerin sınırlandırılmasının kanunla yapılmasının demokratik hukuk devletlerinde öteden beri yerleşmiş bir kural olduğu ifade edilmektedir.<sup>28</sup> Dolayısıyla Anayasa (m.13) gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Yani idari kolluk kanunla sınırlandırılmayan temel hak ve özgürlüklere müdahale edemez. İdari kolluk temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken kendisine getirilen sınırlamalara uymak mecburiyetindedir. İdari kolluk temel hak ve özgürlüklere kanunla yetkilendirildiği hallerde, kendisine verilen yetkinin çizdiği çerçevenin dışına çıkmamak kaydıyla müdahale edebilir.<sup>29</sup>

Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılmasının öngörülmesi önce kanun koyucuya, sonra da idareye yönelik bir ilkedir. Ancak Anayasada doğrudan idarenin kanuna bağlılığını ortaya koyan bir düzenleme de vardır. Bahsi geçen düzenleme idarenin kanuna bağlılığını ortaya koyarak temel hak ve özgürlükleri kanunla sınırlama gereğini ayrıca göstermektedir. Nitekim Anayasaya göre “*İdare, kuruluş ve görevleriyle...kanunla düzenlenir*” (m.123/1). Bu düzenlemeye göre idarenin varlığı ve görevleri kanundan kaynaklanır. İdari kolluğa kamu düzenini koruması için verilen görevler kanunla belirlenir. İdari kolluğa görevleri kanunla verilirken kamu düzenini sağlamak için kullanacağı yetkiler de verilir.

İdareye kamu düzenini korumak ve yeniden sağlamak için hak ve özgürlüklere müdahale etme yetkisi veren kanunlara “kolluk kanunları” denilmektedir.<sup>30</sup> İdari kolluk alanına ilişkin temel hak ve özgürlükler kolluk kanunlarıyla sınırlandırılabilir. İdari kolluğun yetkisi bu kanunları uygulamaktan ibarettir. İdari kolluk ancak hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunları uygulayarak hak ve özgürlüklere müdahale

---

<sup>27</sup> Özay, İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri,” *Anayasa Yargısı-19* (Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26 Nisan 2002), s. 275.

<sup>28</sup> Kalabalık, s. 122.

<sup>29</sup> Kalabalık, s. 124.

<sup>30</sup> Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 1147.

edebilmektedir.<sup>31</sup> İdari kolluğun bu sınırlı yetkisi hem düzenleyici hem bireysel işlemleri bakımından geçerlidir. Buna göre idari kolluk, hak ve özgürlükler alanını doğrudan düzenleyemez; bu alanda doğrudan faaliyette bulunamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kolluğun yetkilerinin kanunla öngörülmesini ve sınırlarının belli edilmesini gösteren şu noktalara temas etmektedir: “... *Mahkeme, polis veya jandarma gibi kolluk görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken, ister planlanmış bir operasyon dâhilinde ister tehlikeli olduğu düşünülen bir kişinin anlık takibi sırasında, yasal dayanaktan yoksun bırakılmaması ve kolluk görevlilerinin güç ve ateşli silah kullanabilecekleri durumları, bu anlamda geliştirilen uluslararası standartlar ışığında tanımlayan yasal ve idari bir çerçevenin oluşturulması gerektiğini hatırlatmaktadır...*”<sup>32</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yetkinin kanunla verilmesini tek başına yeterli görmemektedir. Mahkeme kanunların aynı zamanda kesin, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmekte, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasının şart olduğunu belirtmektedir. Buna göre “... *Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan 'kanunla öngörülme' ifadesinin, sadece ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta yasal bir dayanağının bulunmasını gerektirmediğini, aynı zamanda bu dayanağın kanun kavramının niteliklerini taşımasına atıf yaptığını vurgulamaktadır. Kanun ilgili kişiler tarafından erişilebilir olmalı ve kişilerin belirli bir eylemin doğurabileceği sonuçları, şartların izin verdiği ölçüde öngörebilmelerini ve davranışlarını düzenlemelerini, gerekirse uygun tavsiyeler ile birlikte sağlayacak şekilde yeterli kesinlikte formüle edilmiş (olmalıdır) olmasını gerektirmektedir... Ayrıca, yasal normların hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşması gerekmektedir...*”<sup>33</sup>

---

31 Günday, s. 310.

32 AİHM, İzci-Türkiye, 42606/05, 23.07.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

33 AİHM, Gülcü-Türkiye, 17526/10, 19.01.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararında da belirtildiği üzere kanunların öngörülebilir olması şart olmakla birlikte, kanun hükümleri bazen yeterince belirli olmadığından öngörülebilirlik düzeyi de azalmaktadır. Kolluk alanında kararların alınmasında bazen bu böyle olmakta, yetkiye ilişkin olarak genel ifadelerin kullanıldığı kolluk kanunlarında bir zorunluluğun gereği olarak kolluğun yetkileri yorum yoluyla tespit edilmektedir. Nitekim kolluğa yetki veren kanunlarda yetkili makam için örneğin “*kamu düzenini sağlayacak tedbirleri alır*” veya “*kişilerin can ve mal güvenliğini korur*” şeklinde ifadeler kullanılarak yetkinin içeriğinin tespiti yorum yoluyla sağlanmaktadır. Örneğin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu gereğince “*Vali... suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri*” alır (m.11/A). Ayrıca il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerinden olup, vali bunları sağlamak için “*gereken karar ve tedbirleri*” alır (m.11/C). Görüldüğü gibi yukarıdaki hükümlerde, alınması gereken karar ve tedbirlerin neler olacağı gösterilmemektedir. Ancak kolluğun yetkilerinin genel ifadelerle gösterilmesi bir eksiklik olarak görülmemektedir. Nitekim idareye kanunla kamu güvenliğini ve sağlığını koruma görevi verilmesi üzerine bu kavramlarda saklı bulunan, bunlara sıkı şekilde bağlı olan işlemlerin içeriklerinin de tespit edildiği belirtilmektedir.<sup>34</sup> Ayrıca kanunda açıkça gösterilmese bile, bazı hallerde saklı yetkinin varlığının kanunun ruhundan anlaşılacağı ortaya konulmaktadır.<sup>35</sup> Ancak saklı yetki, kanunda düzenlenen yetkinin yorumlanması suretiyle belirlenirken bu yetkinin tespitine ilişkin genel kuralların bulunmadığı, bu tespitin her olayda hakim tarafından yapıldığı ifade edilmektedir.<sup>36</sup>

Olağan dönem içerisinde valiler tarafından alınan sokağa çıkma yasağı kararları yorum yoluyla çıkarılan yetki kullanıma örnek teşkil etmektedir. Kolluk kanunlarında olağan dönemlerde valiye bu yetkiyi

<sup>34</sup> Bkz. Güneş, Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965, s. 140.

<sup>35</sup> Bkz. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s. 1267.

<sup>36</sup> Bkz. Akıllıoğlu, Tekin, “Saklı Yetki Kavramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, S. 11/3, Y. Eylül/1978, s. 76.

veren açık bir düzenleme bulunmamasına karşın valiler, il düzeyinde kamu güvenliğini sağlama yetkileri kapsamında bu yetkiyi kullanmaktadırlar. İlde kamu güvenliğini sağlama görevinin içeriğine hangi faaliyetlerin girebileceği tespit edilirken başka seçeneği kalmayan valinin bu yetkiye sahip olduğunu düşünmekteyiz. Bu yetkiyi 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu gereğince valinin suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenliğini korumak için *gereken tedbirleri alabileceği* (m.11/A) ve il sınırları içinde huzur ve güvenliği, kişi dokunulmazlığını sağlamak için *gereken karar ve tedbirleri alabileceği* (m.11/C) ifadelerinden yorum yoluyla çıkarmaktayız. Başka bir ifade ile valilerin sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisinin, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun m. 11/A ve m. 11/C hükümlerinde saklı olduğunu kabul etmekteyiz. Çünkü bu hükümler, valilere söz konusu yetkiyi ve sorumluluğu yüklemektedir. Ancak söz konusu Kanun hükümlerinin valilere bu yetkiyi zımnen verdiğini kabul etsek de, bu hükümlerin Anayasaya uygunluğu tartışmaya açıktır.

Kanunda açıkça yazılı bulunmayan, hak ve özgürlükleri sınırlayıcı kolluk faaliyetlerinin kanunilik ilkesine uygunluğu bakımından, bu ilkenin suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gibi dar anlamda mı, yoksa daha esnek şekilde, geniş anlamda mı anlaşılacağı tartışması yapılabilir. Kanaatimizce buradaki kanunilik ilkesi daha esnek, yani geniş anlamda kanunilik olarak anlaşılmalıdır. Çünkü hayatın akışı ani tedbirlerin alınmasını zorunlu kılabilir. Dolayısıyla kolluğa kanunla verilen çerçeve niteliğindeki yetkilerde, bu yetkilerin tabii uzantısı olan yetkilerin de saklı olduğu kabul edilmelidir.<sup>37</sup> Bu, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir durumdur. Ancak önceden öngörülebilir nitelikte olmakla birlikte öngörülemeyen ve idareye verilen yetkilerin tabii uzantısı sayılmayan yetkilerin önceden düzenlenmesi gerekmektedir. Düzenleme yapılmamışsa, idare kamu düzenini sağlamak amacıyla bu tür yetkileri ancak ıztırar halinde kullanabilecektir. Iztırar hali varsa, örneğin başkalarının can güvenliği tehlike altındaysa idarenin kanunla verilmesi gereken, ancak verilmeyen yetkileri kullanabileceğini düşünmekteyiz. Zira ıztırar hali hukukun evrensel bir ilkesidir.

---

<sup>37</sup> Tartışmalar için bkz. Güneş, s. 134-140.

## VII- İdari Kolluk Faaliyetleri ve Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi idari kolluk faaliyetlerinde uyulması gereken anayasal bir ilkedir.<sup>38</sup> Nitekim bu ilke temel hak ve özgürlükleri koruyucu bir işlev görerek idari kolluk faaliyetlerini sınırlandırmaktadır.<sup>39</sup> Ölçülülük ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açıkça yer almamakla birlikte,<sup>40</sup> bu ilkenin Sözleşmenin tümünde zımnen yerleşik bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>41</sup> Her şeyden önce bu ilke, pozitif hukukun üstünde bir doğal hukuk ilkesidir. Ölçülülük ilkesi insan aklının ve eşyanın doğasının gereğidir.

Ölçülülük ilkesine öncelikle kanun koyucu uymalıdır. Kanun koyucu kolluk kanunlarını ölçülülük ilkesine aykırı olarak düzenlememelidir. Kolluk kanunlarıyla temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken ölçülü olunmalıdır. Nitekim Anayasaya göre “...sınırlamalar...ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” (m.13). Kamu düzenini sağlamak amacıyla tedbirler alınabilecek olmakla birlikte ölçülülük sınırı aşılmamalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre “...Kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının korunması ve ortaya çıkması kuvvetle muhtemel bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yasa koyucu tarafından idari önlemler öngörülebileceği açıktır. Bununla birlikte, idari önlemlere başvurulabilmesi bu önlemler bakımından sınırsız bir yetkiye sahip olunması anlamını taşımamaktadır. İdari önlemlerin, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan “ölçülülük ilkesine” uygun olması gerekmektedir...”<sup>42</sup>

38 Ölçülülük Anayasada yer almasa bile, yine de kolluğun bu ilkeye aykırı hareket etmemesi gerekir. Çünkü ölçülülük herkesin yerine getirmesi gereken genel bir davranış kuralıdır. Dolayısıyla kolluk da faaliyetlerinde ölçülü olmalıdır. Ayrıca ölçülülük, hukukun genel ilkeleri arasında yer almaktadır (Oğurlu, Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 25).

39 Kalabalık, s. 135.

40 Wade, H.W.R./Forsyth, C.F., *Administrative Law*, Eleven Edition, Oxford University Press, 2014, s. 305.

41 Christoffersen, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity In The European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2009, s. 31

42 AYM, 14.1.2010, E. 2007/68, K. 2010/2, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

Kanun koyucu temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken ölçülü olsa bile kolluk kanunlarının uygulayıcısı olan idari kolluk, faaliyetlerinde ölçsüz davranabilir. Bunun gerçekleşmemesi için ölçülülük ilkesine uygun olarak çıkarılan kanunların yine bu ilkeye uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Yani idari kolluk da faaliyetlerinde bu ilkeyi göz ardı etmemelidir. Aksi durumda uygulama faaliyeti olarak idari kolluk faaliyeti hem kolluk kanununa hem Anayasaya aykırı olacaktır. Örneğin 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda polise zor kullanma yetkisi verilmiştir. Ancak aynı Kanunla polise zor kullanma yetkisini kullanırken ölçülü olması için sınırlamalar da getirilmiştir. Polis, Kanunda öngörülen sınırlamalara uymadığı, yani önce daha şiddetli zor kullanma aracına başvurduğu takdirde faaliyeti ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Nitekim PVSK'ya göre “Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir” (m.16/2).

Ölçülülük idari kolluğu bağlayan bir ilke olmakla birlikte, onu tamamen hareketsiz kılmayı amaçlayan bir ilke değildir. Zira idari kolluk faaliyetleri hak ve özgürlükler için aynı zamanda güvence teşkil etmektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi hak ve özgürlükler ile sınırlayıcı faaliyetler arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır.<sup>43</sup> Ölçülülük ilkesinin temel işlevi dengeyi sağlamaktır.<sup>44</sup> Dengenin sağlanmasında bazen hak ve özgürlüğün koruyucu işlevine, bazen de onun karşısındaki hukuki menfaatin sınırlayıcılık işlevine ağırlık verildiği ifade edilmektedir.<sup>45</sup> Yani iki menfaat arasında tam bir denge halinin

43 Danıştay'a göre “...Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi..; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir...” (D.10.D, 15.9.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

44 Oğurlu, s. 23.

45 Bkz. Rumpf, Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 10, 1993, s. 45.

sağlanması gerekmektedir. O halde önemli olan, her iki menfaati de tamamen feda etmeden bir denge oluşturmaktır.

Ölçülülük ilkesi, sınırlama amacını gerçekleştirmek için hak ve özgürlüklere hangi ölçüde müdahale etmenin yeterli olacağını göstermektedir.<sup>46</sup> Bu ilke gereklilik, elverişlilik ve orantılılık şeklinde alt ilkelere ayrılmakta,<sup>47</sup> alt ilkeler ölçülülüğün unsurları olarak kabul edilmekte<sup>48</sup> ve bu unsurlardan sadece birisinin ihlali bile ölçüsüz bir faaliyete neden olmaktadır.<sup>49</sup> Buna göre sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olduğunu kabul edebilmek için sınırlamada kullanılan aracın amacı gerçekleştirmek için elverişli, amaca ulaşmada gerekli olması ve araçla amaç arasında ölçülü bir oranın bulunması lazımdır.<sup>50</sup> Anayasa Mahkemesine göre “...Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, 'elverişlilik ilkesi', başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik ilkesi' başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık ilkesi' ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir...”<sup>51</sup>.

Ölçülülük ilkesi, yukarıda değindiğimiz üzere gereklilik, elverişlilik ve orantılılık alt ilkeleriyle açıklanmaktadır. Ancak ölçülülük ilkesinin başka unsurlara ayrılarak da ortaya konulması mümkündür. Nitekim Wade ve Forsyth, ölçülülük ilkesini, proportionality (orantılılık) sözcüğü ile aynı anlamda kullanmakta ve “yapılandırılmış test” (structured test) adını verdikleri bir testle ölçülülük ilkesinin varlığını şu dört koşulun bir araya gelmesine bağlamaktadır<sup>52</sup>:

---

46 Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 194.

47 Oğurlu, s. 36.

48 Oğurlu, s. 36 v.d.

49 Oğurlu, s. 231.

50 Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2014, s. 116; Oğurlu, s. 21.

51 AYM, 14.1.2010, E. 2007/68, K. 2010/2, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

52 Wade/Forsyth, s. 307.



a) “Temel bir hakkı sınırlamayı haklılaştırmaya dönük yasa (kural) koyma faaliyetinin amacının yeterli derecede önemli olup olmadığı, b) Yasanın amacını karşılamaya dönük tedbirlerin rasyonel olarak ona bağlanıp bağlanamayacağı, c) Hak ve özgürlükleri sınırlayan araçların, öngörülen amacı gerçekleştirmek için gerekli olandan fazla olup olmadığı, d) Bireysel haklarla toplumsal yarar arasında adil bir dengenin bulunup bulunmadığı”<sup>53</sup>.

Gereklilik ilkesine göre alternatif, yani birbirine muadil elverişli araçlardan en yumuşağı, en hafif olanı seçilmelidir.<sup>54</sup> Yani hak ve özgürlükleri en az etkileyecek yöntemler izlenmelidir. Nitekim AİHM'nin araçlar arasından en hafif olanı tercih etme gerekliliğini ortaya koyan bir kararında şu ifadeler yer almaktadır: “...gösterilerin genel anlamda yasaklanması, ancak gösterilerin diğer daha az sert tedbirlerle önlenemeyecek nitelikte karışıklıklara yol açabileceği konusunda gerçek bir tehlikenin mevcut olması halinde haklı gösterilebilmektedir...”<sup>55</sup>

Tercihe konu faaliyetlerin birbirlerinin alternatifi olabilmeleri için bu faaliyetlerin amaca ulaşmada aynı etkiye sahip olmaları gerekmektedir.<sup>56</sup> Yani araçların hepsi amaca ulaşmak için yeterli olmalıdır. Araçlardan birisi bu yeterliğe sahip değilse, birbirlerine alternatif araçların varlığından söz edilemez. Ancak bu durum idari kolluğun sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü alternatif araçların önceden hazır hale getirilmesi idari kolluğun sorumluluğundadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında şunları dile getirmektedir: “...Jandarmalar, çok güçlü bir silah kullanmışlardır, çünkü copları, koruyucu kalkanları, su topları, plastik mermileri veya göz yaşartıcı gazları yoktur. Bu malzemelerin olmaması, tamamen anlaşılabilir ve kabul edilemezdir, çünkü...ili, Hükümet'in de belirttiği üzere, olağanüstü

---

53 Wade/Forsyth, s. 307.

54 Metin, s. 30-31.

55 AİHM, Gün ve Diğerleri-Türkiye, 8029/07, 18.06.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

56 Metin, s. 34.

halin ilan edildiği bir bölgedir, söz konusu tarihte her türlü kargaşanın çıkması olasıdır...”.<sup>57</sup>

Elverişlilik ilkesi sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını sağlamaya kısmen de olsa katkıda bulunması demektir.<sup>58</sup> Aracın en elverişli araç olması şart değildir; fayda sağlaması yeterlidir.<sup>59</sup> Başvuru aracının ancak amacın gerçekleştirilmesini zorlaştırdığında veya hiçbir faydası bulunmadığında elverişsiz kabul edilmektedir.<sup>60</sup> Bu kapsamda kolluğun elverişsiz araçları tercih etmesi gereksiz ve orantısız müdahalelerde bulunmasına neden olabilmektedir. Zira kolluğun elverişsiz araçlar arasından yapacağı bir seçim, gereklilik ilkesine aykırı bir faaliyette bulunmasına neden olabileceği gibi, bu seçimi zor kullanma düzeyini artırmasıyla orantılılık ilkesini ihlal etmesine de sebebiyet verebilecektir.

Orantılılık ilkesi, amacı gerçekleştirmek için başvuru aracının amaçla orantısız olmamasına, ilgilileri bakımından tahammül edilebilir nitelikte olmasına ilişkin ilkedir.<sup>61</sup> Dolayısıyla bu ilke kolluğa, kişilere ve başka şeylere amacın gerçekleşmesini sağlayacak kadar müdahalede bulunmasını, bunu aşacak hareketlerden kaçınmasını emretmektedir. Kolluk, somut olayın özellikleri doğrultusunda düzeni koruma ve yeniden temin etme amacına yönelik uygun yöntemleri yeterli düzeyde kullanmalı, bunun dışında kalan yöntemlerden uzak durmalıdır.<sup>62</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında olayları analiz ederek kolluğun gereksiz yere ve orantısız şekilde güç kullandığına işaret etmiştir.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> AİHM, Güleç-Türkiye, 54/1997/838/1044, 27.07.1998, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>58</sup> Oğurlu, s. 36.

<sup>59</sup> Metin, s. 188.

<sup>60</sup> Metin, s. 27.

<sup>61</sup> Metin, s. 36.

<sup>62</sup> Özay, İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 45, S. 1-4, 1979-1981, s. 316.

<sup>63</sup> “...Mahkeme, Hükümet tarafından ibraz edilen, olaylarla ilgili video görüntüsünü incelemiş...ve polis memurlarının sert yöntemlere başvurduklarını kaydetmiştir. Polis memurlarının olay yerinden kaçmaya çalışan, yere düşen ve polisten saklanan göstericilere saldırdıkları ve ayrıca rastgele göz yaşartıcı gaz sıkıtlıkları ve sıkılan

### VIII- Olağanüstü Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında İdari Kolluk Faaliyetleri

İdari kolluk faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun tespitinde içinde bulunulan hukuki rejimin büyük etkisi bulunmaktadır. Zira idarenin olağan dönemlerdeki yetkileri ile olağanüstü dönemlerdeki yetkileri birbirinden farklıdır. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması daha kolay hale geldiğinden, idari kolluğun yetkileri böyle dönemlerde genişlemektedir. Bu genişlemeye bağlı olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin güvenceler olağanüstü dönemlerde değişime uğramaktadır. Değişim kendisini en başta Anayasanın 15. maddesinin uygulanmasıyla göstermektedir. Bu dönem içerisinde çıkarılabilen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine karşı yargısal denetim yolunun kapatılmasıyla güvenceler iyice zayıflamaktadır. Dolayısıyla idari kolluk faaliyetlerinin hukukiliği meselesinin olağan ve olağanüstü dönemlerde farklı ele alınması gerekmektedir.

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlükler durdurulabilmekte ve bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmektedir. Nitekim Anayasanın 15. maddesine göre “*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde... temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*” (m.15/1). Dolayısıyla olağanüstü hallerde, Anayasanın 15. maddesine uygun olmak kaydıyla Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlükler için öngörülen güvencelere ve temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri maddelerde yer alan ek (özel) güvencelere aykırı tedbirlere başvurulabilir.

---

*gazdan sadece göstericilerin değil çevredeki olayla ilgisi olmayan kişilerin de etkilendiğini gösteren video görüntüsünü inceleyen Mahkeme, Hükümet'in, polis memurları tarafından kullanılan gücün orantılı olduğu yönündeki beyanlarını inandırıcı bulmamaktadır...Mahkeme, kolluk görevlileri tarafından yersiz göz yaşartıcı gaz kullanılmasının, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında yer alan kötü muamele yasağına aykırı olduğunu vurgulamaktadır..."* AİHM, İzci-Türkiye, 42606/05, 23.07.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Anayasanın 15. maddesi gereğince olağanüstü dönemlerde Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabildiğinden, bu dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması/durdurulması kanunla olmak zorunda değildir. Böyle dönemlerde Anayasada (m.13) öngörülen bir güvence olarak temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak yetki kanununa ihtiyaç duymaksızın<sup>64</sup> ve olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri için öngörülen konu sınırlaması olmaksızın,<sup>65</sup> olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri çıkarabilmekte ve bu kararnamelere karşı yargı yoluna gidilememektedir. Nitekim Anayasaya göre *“Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir...”* (m.121/3).<sup>66</sup> Anayasaya göre

<sup>64</sup> Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bası, İstanbul, Ekim 2012, s. 419.

<sup>65</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 422. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri her konuda çıkarılamamaktadır. Anayasada buna sınır getirilmiştir. Nitekim Anayasaya göre *“...sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez”* (m.91/1). Olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler bakımından ise böyle bir sınıra yer verilmemiştir. Nitekim m.91/1’de olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerine konu sınırlaması getirildikten sonra *“sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere”* denilerek olağanüstü dönemlerde böyle bir sınırlamanın getirilmeyebileceği gösterilmiştir. Nitekim Anayasada olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin düzenlendiği maddelerde de böyle bir sınıra yer verilmemiştir. Düzenlemeler şu şekildedir: *“Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir...”* (m.121/3). Ayrıca *“Sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir”* (m.122/2).

<sup>66</sup> 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 18. maddesinin (a) bendi gereğince birlikte yapılan TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanı göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecek olan ve bu Kanunla değiştirilen Anayasanın 119. maddesinin 6. fıkrasında da, Cumhurbaşkanı konu sınırlaması olmaksızın olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle temel hak ve özgürlükler konusunda düzenleme yapma yetkisi verilmektedir.

“...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz” (m.148/1).

Olağanüstü dönemlerde, kanun hükmünde kararnamelere karşı iptal davası açılmazsa da, bunun dışındaki idari faaliyetlere karşı kişiler idari yargıda iptal ve/veya tam yargı davası açabilirler<sup>67</sup>. Ancak bu dönemlerde çıkarılan ve idareye yetki veren kanun hükmünde kararnamelerin görülmekte olan bir davada Anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğünde davayı görmekte olan mahkemenin bu iddiayı Anayasa Mahkemesinin önüne taşıma yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü kararnamelere karşı yargı yolu kapalıdır. Yargı yolu açık kanunlar ve olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri bakımından böyle bir kısıtlama bulunmamaktadır. Anayasaya göre “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır” (m.152/1). Ancak kişiler kararnamenin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmeyip, kendilerine hatalı uygulandığı veya hiç uygulanmadığı iddiasıyla idari yargıda iptal ve/veya tam yargı davası açtıklarında bir netice elde edebilirler.

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlükler kanun hükmünde kararnamelerle sınırlandırılabilmeyle birlikte, bu dönemlerde de yasama organı ve idare ölçülülük ilkesine uygun hareket etmelidir. Zira Anayasanın 15. maddesi gereğince temel hak ve hürriyetlerin durdurulması veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması “durumun gerektirdiği ölçüde” mümkündür. Dolayısıyla “ölçülülük ilkesi”nin 15. maddede de tekrarlandığı açıktır.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Sıkıyönetim komutanının idari işlemlerine karşı dava açmak mümkün değildir. Zira 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa göre “Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez” (Ek Madde 3).

<sup>68</sup> Bkz. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 16. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 136.

Buna göre ölçülülük ilkesine uygun hareket etme zorunluluğu olağanüstü dönemlerde de devam etmektedir. Böyle dönemlerde kanunların, kanun hükmünde kararname ve idarenin her türlü eylem ve işleminin ölçülü olması gerekmektedir. Örneğin idari bir faaliyet olarak olağanüstü dönem içerisinde kamu güvenliğini sağlamak amacıyla kişilere kimlik belirleyici belge taşıma mecburiyeti koymak ve kimlik bilgilerini sormak yeterliyse onların üstü, araçları veya eşyaları aratılmamalıdır. Buna rağmen arama yapılması halinde ölçüsüz bir kolluk tedbirine başvurulmuş olacaktır.

Olağanüstü dönemlerde ölçülü olma gereğinin yanı sıra milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere uyma gereği de yasama ve yürütme organı ile idari kolluğu bağlamaktadır. Buna göre idari kolluk faaliyetlerinin milletlerarası hukuka aykırı olmaması gerekmektedir. Anayasaya göre “*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla...temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*” (m.15/1). Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi önemli bir metindir. AİHS’ye göre “*Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir*” (m.15/1). Görüldüğü gibi düzenleme Anayasanın 15. maddesiyle aynı çizgidedir. Anayasanın 15. maddesinden farklı olarak “kesinlikle” ibaresine yer verilerek ölçülülük ilkesine daha kuvvetli bir vurgu yapılmaktadır.

Anayasamız olağanüstü dönemlere ilişkin olarak getirdiği hükümlerle dokunulmayacak, çekirdek bir alan oluşturmak istemiştir. Anayasaya göre “*...savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*” (m.15/2). Örneğin, Anayasanın bu hükmüne göre, olağanüstü dönemlerde dahi kişilerin düşünce ve kanaatlerini

açıklamaya zorlayan bir kanun çıkarılamaz; buna yönelik herhangi bir kolluk faaliyeti gerçekleştirilemez.

### **IX- Sonuç**

İdarenin faaliyetlerinin hukuk içinde kalması hukuk devleti idealinin bir gereğidir. Bunun için idari kolluk faaliyetlerinin, hak ve özgürlükler bakımından güvence oluşturan sınırları aşmaması önemlidir. Ancak idari kolluk faaliyetlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahalesi kanunun varlığına bağlı olduğundan önce kanun koyucunun bu sınırlara saygı göstermesi gerekmektedir. Yani kanun koyucu, Anayasanın 13. maddesinde ve temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri maddelerde öngörülen güvenceleri kanun yaparken ihlal etmemelidir. İdari kolluk da anayasal güvencelere uygun olarak faaliyette bulunmalıdır. Bunun için önce temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale etmekten çekinmelidir. Çünkü Anayasa (m.13) gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilmektedir. Ayrıca idari kolluk, temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisi verilse bile, ölçülülük ilkesine uygun olarak faaliyette bulunmalıdır. Anayasal güvenceler içerisinde kanunilik ve ölçülülük ilkesi idari kolluk faaliyetlerinin sınırlarını oluşturması bakımından ayrıca üzerinde durulması gereken temel ilkelerdir.

Temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılması idari kolluk faaliyetlerinde özel önem arz etmektedir. Çünkü idari kolluk faaliyeti, kamu hizmetinden farklı olarak bir hizmetin sunumundan ibaret bir faaliyet değildir. Kamu hizmetlerinin sunumunda da, idare bazen hak ve özgürlükler alanına girmektedir. Mesela yol yapımı için bir taşınmazın kamulaştırılmasında mülkiyet hakkına müdahale etmektedir. Ancak idare esas itibariyle kolluk faaliyetleriyle hak ve özgürlükler alanına girmektedir. İdare kolluk faaliyetlerine girdiğinde, örneğin kişilerin faaliyetlerini yasakladığında veya ertelediğinde, kişileri kimlik bilgilerini öğrenmek üzere durdurduğunda, yakaladığında, arama yaptığında, eşyaya el koyduğunda, zor kullanma yoluna gittiğinde hep temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla idari kolluğa bu yetkiler kanunlarla tanınmaktadır. Kolluk alanında temel kanunlar olarak başta 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu olmak üzere 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve

Yetkileri Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili diğer kanunlar kamu düzeninin korunmasına ve temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesine ilişkin yetkileri içermektedir.

İdari kolluğa verilen sınırlayıcı yetkiler bakımından kanunilik ilkesini ceza normlarında olduğu gibi dar anlamda bir kanunilik olarak görmemekteyiz. İdari kolluk faaliyetlerinde kanuniliği daha esnek bir kanunilik olarak kabul etmekteyiz. İdarenin önceden öngörülemeyen, ancak kendisine verilen yetkilerin tabii uzantısı niteliğindeki yetkileri de kullanabileceğini düşünmekteyiz. Çünkü idare, kamu düzenini sağlamak zorunda kaldığında, mevcut yetkilerinin genel çerçevesi içinde sayılabilecek, bunların tabii uzantısı niteliğindeki yetkilere de gereksinim duyacaktır. Bu, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir durumdur. Ancak önceden öngörülebilir ve idareye verilen yetkilerin tabii uzantısı sayılmayan yetkilerin önceden düzenlenmesi gerekmektedir. Eğer düzenlenmemişse, idare kamu düzenini sağlamak için bu tür yetkileri ancak ıztırar halinde kullanabilecektir. İztırar hali varsa, örneğin başkalarının can güvenliği tehlikede ise idarenin kanunla verilmesi gereken, ancak verilmeyen yetkileri kullanabileceğini düşünmekteyiz. Çünkü ıztırar hali hukukun evrensel bir ilkesidir.

İdare kolluk faaliyetlerinde ölçülü de olmak zorundadır. Ölçülülük ilkesi, pozitif hukukun üstünde yer alan bir doğal hukuk ilkesidir. İnsan aklının ve eşyanın doğasının gereği olan bu ilke, Anayasada düzenlenen ilkelerden birisidir. Anayasa açısından gerek olağan dönemlerde gerekse olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde (sınırlanmasında AY. m. 13 ve durdurulmasında AY. m. 15) gözetilmesi gereken bir ilkedir. Dolayısıyla Anayasada, ölçülülük ilkesinin göz ardı edilecek istisnalarına yer verilmemiştir.

Kamu düzeninin korunması önemli bir menfaat olmakla birlikte, bu uğurda temel hak ve özgürlükler gerektiğinden fazla sınırlandırılmamalıdır. İdare kolluk faaliyetlerinde bu ikisi arasındaki dengeyi koşullar elverdiği ölçüde iyi sağlamalıdır. Aksi takdirde kamu düzenini sağlamak uğruna hak ve özgürlüklerinden yararlanamayan, hareket sahası kısıtlanmış bir toplum yaratmış olur. Şüphesiz idarenin bu nitelikteki faaliyetleri yargı yerleri tarafından denetlendiğinde hukuka aykırılıkları tespit edilecektir. Ancak bunlar iptal edilinceye veya



yürütmeleri durduruluncaya kadar etkilerini devam ettirecektir. İdarenin aksi bir tutum izlemesi, yani faaliyette bulunmaması halinde ise kamu düzeni bozulacak veya tehlike altına girecektir. Böylece idarenin hizmet kusuru doğabilecektir. Dolayısıyla idarenin kolluk faaliyetlerinde, koşullar doğrultusunda dengeyi her zaman gözetmesi, faaliyetlerini bu gerekliliğe uygun şekilde yerine getirmesi gerekmektedir.