

AIHM KARARLARINDA TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKI VE KOLLUĞUN ZOR KULLANMA YETKİSİ

*Freedom of Assembly and Law Enforcement Powers to Use Force in
Decisions of The ECHR*

H. Gökçe ZABUNOĞLU*

ÖZ

Düşünce özgürlüğünün bir uzantısı olarak kamusal alanda kamuoyunun dikkatini çekmek için toplantılar, gösteriler ve yürüyüşler düzenlenmektedir. Demokratik ülkelerde bunlar temel haklar içerisinde kabul edilen toplantı özgürlüğü içinde güvence altına alınmaktadır. Bu hakkın kullanımı esnasında devlet müdahaleleri söz konusu olmaktadır. Devletin güvenlik bürokrasisi ile toplumsal olaylara müdahalesinde kullandığı zor kullanma yetkisi ve tekniği ulusal ve uluslararası normlar ile düzenlenmiştir. Buna rağmen müdahalenin hangi ölçüde olması gerektiğine ilişkin tam bir uygulama standardı bulunmamaktadır. Gerek uygulamada ve gerek mevzuatta ilgili hakka ilişkin pek çok sıkıntı ile karşı karşıya olunduğu bir gerçektir. Türkiye’de gerçekleşen eylemlerde sıklıkla kolluğun güç kullanma yetkisini aştığı iddia edilmektedir. Yine kanunda hakkın kullanımı için aranan bildirim şartının izin verme biçiminde uygulanması da bu hakkın kullanımında ortaya çıkan sorunların başında gelmektedir. Bu çalışmada toplumsal olaylarda kolluk kuvvetlerinin zor kullanma yetkisinin sınırları AIHM içtihatları ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Düşünce Özgürlüğü, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Zor kullanma yetkisi, Kolluğun güç kullanması.

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.
Makalenin geliş tarihi: 12.06.2017 Makalenin kabul tarihi: 04.12.2017

ABSTRACT

As an extension of freedom of thought, meetings, demonstrations, and walks are organized for the public attention to public attention. In democratic countries, these are guaranteed within the freedom of assembly, which is recognized in fundamental rights. State interventions during the exercise of this right is concerned. The state's right to use force and security bureaucracy is regulated by national and international norms. Yet there is no exact standart for what extent the intervention should be. It is often claimed that the police are empowered to use force in Turkey. The application of notification condition in the form of permission in practice is another question about this right. In this study the limits of the police force's use of force in social events were assessed under the ECHR's judgement.

Keywords: Freedom of thought, Freedom of assembly, European Court of Human Rights, Power to use force, Use of armrest power

GİRİŞ

Düşünce özgürlüğünün olmazsa olmaz sonucu, insanların düşündüklerini başkalarının da dikkatini çekmesi istemidir. Bu istemin doğal bir uzantısı olarak kamusal alanda diğerlerini etkilemek için dünyanın demokratik olan veya olmayan her yerinde toplantı, gösteri ve yürüyüşler düzenlenir. Demokratik olma iddiasındaki sistemlerce tanınan bu özgürlüğün içeriğine ve sınırlarına yönelik birçok tartışma devam edegelmektedir. Anılan hakkın kullanım sınırları belirlenerek bu sınırları aştığı düşünülen toplumsal olay ve etkinliklere devlet müdahalesinin gerekliliği ve yöntemi sürekli eleştiri konusu olmuştur.

Devletin güvenlik bürokrasisi ile toplumsal olaylara müdahalesinde kullandığı zor kullanma yetkisi ve tekniği ulusal ve uluslar arası normlar ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere rağmen birçok ülkede bazı temel hakların kullanımını ya da dokunulmazlığını etkileyen müdahalelerin hangi oran ve ölçüde olması gerektiğine ilişkin herhangi bir uygulama standardı bulunmamaktadır. Bu durum, yapılacak müdahalelerde kolluk görevlilerinin davranışlarında çeşitli gayelerle keyfilik yaratabilecek ya da organizasyon hatalarına sebep olabilecektir. Günümüzdeki zor kullanma yetkisini tekelinde bulunduran, kurumsallaşmış devletin bulunmadığı zamanlardaki keyfi müdahaleleri, kişilerin yaşam hakkını hatta işkence ve kötü muameleye maruz kalmama haklarını ihlal edebilecek riski bünyesinde taşımaktadır.

Bu çalışmada toplumsal olaylarda kolluk kuvvetlerinin zor kullanma yetkisinin sınırları AİHM içtihatları ışığında değerlendirilecektir. Bunun için öncelikle toplumsal olay ve etkinliklere müdahalenin gerekli olup olmadığı hususu toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma özgürlüğünün sınırları ile birlikte tespit edilmeye çalışılacaktır.

1. TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜ

İnsanın duygu ve düşüncelerini dış dünyaya aktarma arzusu bireysel ifade şeklinde görünebileceği gibi ortak bir amaç doğrultusunda başka insanlarla bir araya gelerek kolektif bir hareket olarak da tezahür edebilir. *Sosyal bir varlık* önermesiyle bilinen insanın duygu ve düşüncelerini kendisi gibi düşünenlerle birlikte ifade etme isteğinin arkasında yatan temel psikolojinin düşüncenin ifade edilmesinde yalnız olmamanın verdiği güven, tatmin ve haz duygularının yanı sıra toplantı ve gösterilerin yapılmasıyla kamuoyunun dikkatinin daha güçlü ve etkili bir şekilde çekme çabasıdır. Neredeyse tüm demokratik toplumlarda teminat altına alınmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının olağan kabul sebebi de insanın doğasında bulunduğu varsayılan toplanma içgüdüsüdür.

En popüler toplanma amaç ve konusu genellikle, kişilerin yarattıkları “*hizmetkâr devlet*” mekanizmasının faaliyetleri ya da eylemsizliğine ilişkindir. Her ne kadar toplanma hakkının kamuoyunun dikkatinin çekilmesi amaçlanan konu kapsamının yalnızca siyasi sebeplerle sınırlı olmaması gerektiğini savunan “*geniş yorum taraftarı görüş*”¹ tarafımızca da benimsenmekte ise de ilgili hakka yönelik müdahalelerin en çok göze batanı ve tartışılanı siyasi amaçlarla yapılan toplantı ve gösterilerdir.

Demokratik seçimler dışında siyasi iradeyle doğrudan diyalog yollarının sınırlı ve etkisiz olduğu düşünüldüğünde bu hakkın kullanımının önemi yadsınmamalıdır. Bu bağlamda demokrasinin yalnızca “*sandık*” ile sağlanamayacağı gerçeğini göz önüne aldığımızda demokratik düzenin belirleyici ölçütlerden birisi de toplanma hakkının ne ölçüde etkin şekilde kullanılabilirdiği sorusuna verilen cevap olacaktır. Hakkın süjesi olan topluluklar, seslendirmeye çalıştıkları konuyla ilgili güçleri ve etkileri dolayısıyla siyasi iktidarlar için her zaman potansiyel anlamda bir tehdit olacaklardır². İşlevselliği bakımından eleştirmek ve karşı durmak olarak bilinen muhalefet partileri yerine doğrudan halktan gelen kitlesel tepkiler yöneten üzerinde şüphesiz daha etkili bir baskı aracı olacaktır.

¹ Atalay E., *Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 65, İzmir, 1995, s. 49 vd.

² Kaboğlu İ. Ö., *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 129

Hiçbir hak ve özgürlüğün sınırsız bir şekilde kullanılması düşünülmemesi toplanti ve gösteri yürüyüşü hakkı için de kötüye kullanımları önlemek ve kamu düzenini sağlamak amacıyla sınırlamalar öngörülmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu ikisi arasında bir kesişme noktası bulmak gerekmektedir³. Aksi düşünülürse sınırsız özgürlük ile ortaya çıkacak kaotik ortamda hiçbir özgürlüğün teminatı bulunmayacağından kullanımı da mümkün olmayacaktır. Bunun tam tersinden hareketle, düzenin korunması veya sağlanması uğruna hak ve özgürlüklere yapılacak ölçsüz müdahaleler durumunda birincisi ikincisinin mezar kazıcısı olmaktan öteye gidemeyecektir⁴.

Ayrıca toplanti özgürlüğünü benzerliği itibariyle *düşünce özgürlüğünden*, *dernek özgürlüğünden* ve *sivil itaatsizlikten* kısaca ayırt etmekte fayda vardır. Zira her hak ve özgürlük için sınırlama sebepleri farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, toplanma özgürlüğünün yapılış amacı genellikle bir düşünceyi ifade etme amacı taşır. Ancak nadiren de olsa her toplanma faaliyeti düşünceyi ifade etme şeklinde görülmeyebilir. Ya da dernek kurma özgürlüğünde kalıcı bir amaç doğrultusunda bir araya gelme söz konusuysa toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünde geçici bir birliktelik söz konusudur. Sivil itaatsizlik eylemleri yasal olmayan fakat müsamaha gösterilebilir bir eylem iken toplanma ve gösteri yürüyüşü bir haktır. Ayrıca tek bir kişinin bile gerçekleştirebileceği bu eylem yalnızca kolektif olarak kullanılabilen toplanti özgürlüğünden ayrılır. Toplantı özgürlüğü ile benzerlik gösteren hak ve özgürlüklerin iç içe geçtiği durumlarla karşılaşılabılır. Böyle bir durumda ilk akla gelecek soru, müdahale gerekip gerekmediği değerlendirmesi yapılırken hangi hakkın sınırlama sebebinin göz önünde bulundurulacağıdır. Bu konuda çeşitli görüşler bulunmakla birlikte, her fiilin hangi hak ve özgürlüğün kapsamında olduğunun tespitiyle ona uygun sınırlama sebeplerini belirlemek kanaatimizce rasyonel bir çözüm olarak benimsenebilir⁵.

1.1. Toplanma Özgürlüğünün Sınırlandırılma Amacı

İnsanların kalabalıklar oluşturarak bir araya gelmesinin toplanti özgürlüğündeki amacı ve siyasi iktidarlar üzerindeki etkisinin önemi bilinmekle birlikte kişilerin yalnızlığını, sorumluluk duygusunu ve mantığını yitirerek yönlendirilebilir tehlikeli bir yığılı oluşturmuş olmaları ihtimali mümkün görülebilmektedir. Genel olarak gözlemlendiğinde her hangi bir grup içinde iken insanın birey olarak davranmaktan çıkıp o topluluğun bir

³ Anayurt Ö., *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 134

⁴ Anayurt, s. 134

⁵ Benzer görüş için bkz., İşören A., *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 62-65

üyeyi olarak davrandığı görülmektedir. Kişiler, topluluğu bir araya getiren etkenlerin etkisiyle tek başına hiçbir zaman yapmayacakları davranışlar topluluk içindeyken gösterebilir. Hatta bazen bu davranışların o kişinin kişilik özelliklerine, örneğin tahsil düzeylerine, terbiye ve ahlak geçmişlerine veya ruhsal özelliklerine taban tabana zıtlık oluşturması mümkün olabilecektir. Başka bir ifadeyle akılcı ve bilinçli bir varlık olduğu kabul edilen bireyin, kitle içinde akıl dışı ve kolayca yönlendirilebilir bir karakter kazandığı söylenebilecektir⁶.

Gerçekten de gözlemlendiğinde bireylerin artık kolektif bir niteliğe bürünmüş olan duygularla hareket ettiğini anlaşılacaktır. Hatta bu güçlü etki sosyal psikolojinin çalışma alanında kimi kalemlerce tespit edildiği gibi “*elit*” olarak bilinen kimseleri bile ilkelletirecek ve onların davranışlarını bu etkilerden kurtaramadıkları görülecektir⁷. Böyle kaotik ortamlarda topluluk psikolojisinin bu hassasiyetini bilen kişiler, insanoğlunun bu doğal refleksini istismar etmek isteyebilirler. İşte bu gibi nedenlerle toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin kamu düzenini bozmaya en elverişli ortamlardan biri olduğu söylenebilir⁸. Dolayısıyla anılan hak ve özgürlük bu ön kabullerle Türkiye’de olduğu gibi diğer devletlerce de birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur⁹.

Oysa, insanın yalnızlıktan kalabalıklar içine girmekle düşünme kabiliyetini yitirmiş bir hayvan olarak değerlendirilmesi sonucuna varan klasik sosyal psikoloji anlayışı, içgüdülerinde toplumsallığı barındıran insanı yalnızca çok dar bir sahada, bireysel yaşam alanında mantıklı hareket eden bir canlı olarak kabulü sonucunu çıkarmaktadır. Bu genelleme, kolektif olan birçok hak ve özgürlük için katı bir sınırlandırma tehlikesi barındırma potansiyelini taşımaktadır. Bireyler, demokratik bir düzende sahip oldukları temel hakların ciddi oranlarda sınırlandırılmasına gösterilen gerekçelerden biri olan bu olumsuz psikolojinin kaçınılmaz olmadığını bilmek ve söz konusu tehlikelerle ilgili algı ve farkındalıklarını arttırmak zorundadır. Böyle bir soğukkanlılıkla kullanılan toplantı ve gösteri özgürlüğü kısıktırma ya da benzer niyetler içeren davranışlardan açıkça ayrışabilecektir.

⁶ Aytaç A. M., **Kitle ve Siyaset: Kalabalıkların Yönetimi**, Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 121. Kalabalıklarda bilinç kaybının sebepleri ile ayrıntılı tespitler için bkz. Yarsavut D., **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti**, İstanbul, 1968, s. 43-46.

⁷ *Anayurt*, s. 135

⁸ *Kaboğlu*, s.130 vd, *Anayurt* s.134-137.

⁹ Belçika Anayasası: md. 26, Danimarka Kraliyet Anayasası: md. 79, Federal Almanya Anayasası: md.8/2, İtalya Anayasası: md. 17/3, Hollanda Krallığı Anayasası: md. 9, İspanya Anayasası: md.21, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/anayasalar.htm>

1.2. Toplanma Özgürlüğünün Sınırları

1.2.1. Ulusal Düzenlemeler ve Türkiye Uygulaması

Türkiye’de 1970lerde yaşanan kaotik döneme sebep olarak 1961 Anayasasının otorite ve özgürlük ikileminde (şeklen de olsa) özgürlükçü yapısı gösterilmişti. Bu dönemin tekrarlanmaması için haklara yönelik ciddi kısıtlamalar getiren 1982 Anayasasının 13. maddesinde Anayasa tarafından özel sınırlama nedenleriyle birlikte güvence altına alınan tüm haklar için etkili olabilecek nitelikte olan genel sınırlama nedenleri de benimsenmişti¹⁰. Ulusüstü bir etki ile değişen konjonktür sayesinde özgürlükçü anlayışa doğru yeni bir ivme yaşanmış ve bu etki hak ve özgürlüklerin kullanımlarıyla ilgili yapılacak değişiklikleri zorunlu hale getirmiştir¹¹. Bu doğrultuda 2001 Anayasa Değişikliği ile 13. maddenin ilk halinde yer alan genel sınırlama sebepleri kaldırılmış ve her hak ancak hakkın düzenlendiği maddelerde düzenlenmiş sebeplerle sınırlanabilir hale getirilmiştir.

Söz konusu değişiklikleri yapan 4709 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği, 34. maddede güvence altına alınmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkında da birtakım değişiklikler yapmıştır. İdarece şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla gösteri yürüyüşünün yapılacağı yerin ve güzergâhın tespit edilebileceği, bazı durumlarda toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklanabileceği veya ertelenebileceği, derneklerin, vakıfların, sendikaların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemeyeceklerine ilişkin hükümler ilga edilmiştir. Değişiklikten sonra toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ancak millî güvenlik, kamu düzeni vb sebeplerle 13. maddedeki değişikliğe uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şart ve usullerin de kanunda gösterileceği düzenlemesiyle 06.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’na atıf yapılmıştır. Ancak anılan hakla ilgili yapılan tüm bu değişikliklerin çok daha özgürlükçü bir tablo sunduğunun ileri sürülmesi kanımızca da güçtür¹². Gerçekten de kaldırılan sınırlama sebeplerinin aynısının ya da benzerlerinin 2911 sayılı Kanunda zaten mevcut olduğu görülecektir. Gözler’in değindiği gibi, dernek ve vakıflar

¹⁰ “Sınırlama Sistemleri” için bkz., *Atalay*, s. 70-74.

¹¹ Ayrıntı için bkz., *Fendoğlu H. T., 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması*, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf , Ayrıca bkz., *Kaboğlu İ. Ö., 2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye*, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf

¹² Aynı yönde bkz., *Gözler K., 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği*, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kozler.pdf

“*ihtisas ilkesi*” gereği belirli amaçları dışında faaliyet gösteremeyeceklerinden ilgili fıkranın mülgası öncekiler gibi şekli bir değişiklikten öteye gitmeyecektir¹³.

Hem uluslararası düzenlemelerde hem de ulusal hukukta kabul gören bir gerçek var ki o da toplantı ve gösteri hakkının “*silahsız ve saldırısız*” bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Hem 1982 Anayasası hem de 2911 sayılı Kanun hükümleri “*silahsız ve saldırısızlık*” durumunu izah etme gereği bile duymamış, söz konusu özgürlüğün korunma şartını “barışçıl” olması ön koşuluna bağlamıştır. Ayrıca Sözleşme’nin 11. maddesi de “*Herkes barışçıl olarak toplanma (...) hakkına sahiptir.*” düzenlemesiyle bu hakkın kullanımını şiddet içermeyen bir faaliyet olarak tanımıştır. Ancak “*barışçıl*” terimini anılan hakka her şeyin yolunda olduğu, deyim yerindeyse toz pembe zamanlarda ihtiyaç duyulmadığını göz önünde bulundurarak yorumlamak gerekmektedir. Bu nedenle “*barışçıl toplantı ve gösteri*” tabiri bir kesim üzerinde öfke uyandıran veya gücendirici bir davranış, hatta geçici olarak üçüncü kişilerin faaliyetlerini engelleyebilecek nitelikte geniş yorumlanmalıdır¹⁴. Ayrıca 1982 Anayasası’nda bir ek güvence olarak toplantı ve gösterilerin izne tabi olmayacağı durumu düzenlenmiştir. Ancak maddenin üçüncü fıkrasına göre anılan hakkın kullanılma şekil, şart ve usullerinin kanunla düzenleneceği ifade edilerek ön bildirim rejiminin benimsendiği 2911 sayılı Kanun tarafından bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Her ne kadar buradaki ön bildirim usulünü önleyici sistemlerdeki izin usulünden ayırt etmek gerekirken ise de Kanun’da idareye tanınan geniş erteleme ve yasaklama yetkisi, ikisi arasındaki farkı anlamsız hale getirebilecektir¹⁵. Yapılacak bildirim 2911 sayılı Kanun’un değişik 10. maddesi gereğince toplantı başlamadan en az kırk sekiz saat¹⁶ önce ve çalışma saatleri içinde mülki idari amirliğe yapılmalıdır.

Ekleme gerekir ki, 1982 Anayasasında ve 2911 sayılı Kanunda toplantı ve gösteri yürüyüşüyle ilgili yalnızca düzenleme hakkı tanınmış, özgürlüğün çerçevesi planlı toplantı ve gösterilerle sınırlandırılmıştır. Başka açıdan bakıldığında, spontane ya da aniden yapılan barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşleri ön bildirim şartını gerçekleştirilmeyeceğinden kapsam dışında kaldığı görülmektedir. Gerçekten de demokratik bir tepki olarak bu özgürlüğün kullanımına kamu düzeni ve güvenliği yahut başkalarının hak ve

¹³ *Gözler.*, s. 4-6.

¹⁴ **Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly**, Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg 2010, s. 15, para. 1.3; s. 33, para. 26

¹⁵ Aynı yönde bkz., *Kaboğlu*, s. 127-129; *Anayurt*, s. 95 :Yazar eserinde önceden bildirim rejimini, sonuçları itibarıyla liberalizm maskesi takmış izin rejimi olarak tanımlamaktadır.; *İşören*, s. 105

¹⁶ İlgili maddede 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, bildirim süresi en az yetmiş iki saat olarak belirlenmişti.

özgürlüklerine hanel gelmemesi amacıyla getirilen sınırlamalar her durumda katı bir şekilde uygulanmalı mıdır? 2911 sayılı Kanunda düzenlenen sınırlamalara rağmen Yargıtay'ın konuyla ilgili bazı kararlarında hakkın kapsamı kanunun lafzından farklı olarak geniş bir şekilde yorumlandığı görülmektedir. Buna göre:

Yargıtay bir kararında, “*sanığın, yönetim kurulu üyesi bulunduğu (...) partisi (...) il başkanlığı binası önünde bazı uygulamaları protesto etmek amacıyla olay günü elli kişilik bir grup önünde eleştiri mahiyetindeki kısa bir basın açıklamasından sonra yapılan oturma eylemi sırasında güvenlik güçlerinin uyarısı üzerine, grup içerisinde bazı kişilerin sanığın herhangi bir yönlendirmesi ve talimatı olmaksızın bazı sloganlar atarak dağıldıklarının anlaşılması karşısında, sanığın kanıtlanan eyleminde atılı suç unsurlarının bulunmadığı gözetilmeyerek yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi*”¹⁷ nin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Diğer bir kararda, “*11.12.2000 günü (...) İlinde Çevik Kuvvet Şube Müdürlüğü otobüsünün silahla taranması sonucunda iki çevik kuvvet polis memurunun şehit edilmeleri ve bu olayın diğer illerde de emniyet mensuplarınca protesto edilmesi üzerine, sanıkların da olayı protesto etmek amacıyla İzmir ilinde Bozyaka'da bulunan hizmet binasından Konak meydanına kadar suç teşkil etmeyen sloganlar atarak yürüyüp, Konak meydanında şehit polis memurları anısına saygı duruşunda bulunarak, İstiklal Marşı'nı okumaları ve daha sonra görevlerine dönmeleri biçimindeki güvenlik güçlerine yapılan olaylara karşı seslerini duyurmak amacıyla yaptıkları eylemlerinin içinde buldukları üzüntü nedeniyle demokratik tepki niteliğinde olduğu ve 2911 sayılı Yasada belirtilen suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanıkların beraatları yerine yazılı biçimde mahkûmiyetlerine karar verilmesi*”¹⁸ nin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Başka bir kararda ise, “*Sağlık Emekçileri Sendikası başkanı ve üyeleri olan sanıkların 8 Mart Dünya Kadınlar Gününü kutlamak amacıyla Valilikten izin verilmemesi üzerine Sendika binasından İlhan Koman Parkına kadar trafiği aksatmadan yolun kenarından yürüyerek şiir okuduktan ve bildiri dağıttıktan sonra kendiliklerinden dağılmaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinin 2911 sayılı Yasanın 28. maddesinde tanımlanan suçu oluşturmayacağı gözetilmeden, yazılı*

¹⁷ Yargıtay 8. C.D., 19.9.2006 tarih, Esas No :2005/3245, Karar No : 2006/6775

¹⁸ Yargıtay 8. C.D., 7.12.2006 tarih, Esas No : 2006/2438, Karar No : 2006/9022

şekilde mahkûmiyet karar verilmesi,¹⁹ nin bozmayı gerektirdiği değerlendirilmiştir.

Daha yeni tarihli bir kararda ise, “*Oluş ve tüm dosya içeriğinden, (...) Yasa Tasarısını protesto etmek ve sırf demokratik tepki ortaya koymak için basın açıklaması yapmak üzere Ankara Üniversitesi Cebeci Kampüsünde toplanan yaklaşık 100 kişilik grubun, ellerinde suç oluşturmayan bazı pankartlar taşıyarak marşlar ve sloganlar eşliğinde kaldırım üzerinden Kolej kavşağına kadar yürüdüğü, kavşakta ellerindeki pankart ve flamaları açıp Kızılay istikametine yürüyüşe geçtikleri sırada güvenlik güçlerinin grubu barikat içine alıp dağılmaları yönünde ihtarda bulunmasına rağmen makul süre tanıyıp dağılmalarına fırsat vermeden grubu gözaltına almaya başladığı anlaşılmakla; sanığa yüklenen 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 32. maddesinde tanımlanan suçun maddi ve manevi unsurlarının oluşmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde mahkûmiyet hükmü kurulması*”²⁰ nın hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır²¹.

Görüldüğü gibi toplantı hakkı sadece bildirim şartı yerine getirilmediği için ya da ani yapıldığı için veya düzenleme şartı yerine getirilmediği için sınırlandırılmamaktadır. Toplantı hakkının düzenlenmesine ilişkin planlı toplantılar esas alınarak düzenlenmiş olsa da ani yapılan toplantılar toplumsal bir gerçekliktir. İnsanın doğasından kaynaklı “*ani tepki ve toplumsal refleks*”²² lere dayalı toplantılarda bu hakkın yok sayılması, kendiliğinden ve aniden oluşan toplulukların anayasal korunmadan yararlanamayacağını ileri sürmek hiç de adil olmayacaktır²³. Hakkın evrensel olarak tanınan kapsamına göre, ani toplantılar barışçıl olduğu müddetçe, spontane toplantılar ise başka bir toplantı ile aynı yer ve zamanda makul bir şekilde yer alması mümkün olmadığı müddetçe sınırlamaya maruz kalmamalıdır²⁴. Türkiye’nin de taraf olduğu AİHS’ in 11. maddesinde toplanma özgürlüğü örgütlenme özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiştir. Çalışmamızda maddenin sadece toplantı hakkıyla ilgili yönünü bir de Strazburg kararları ışığında ele alarak inceleyeceğiz.

¹⁹ Yargıtay 8. C.D. 11.12.2006 tarih, Esas No: 2006/1660, Karar No: 2006/9142

²⁰ Yargıtay 8. C.D., 9.2.2010 tarih, Esas No: 2007/9352, Karar No: 2010/1550

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Aktan H. Y., **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü ve Özgürlüğü ile İlgili Değişiklikler ve AİHM ve Yargıtay Uygulaması**, Türkiye Barolar Birliği İHAUM Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2004, s.531 <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-halari-avrupa-sozlesmesi-ve-adli-yargi.pdf>

²² Yargıtay’ca ilk kez bir kararda bu kavramlara dayanılmıştır: Yargıtay 8. C.D., 27.6.2002 tarih, Esas No: 2002/949, Karar No: 2002/7518

²³ Aynı yönde bkz., Aktan, s. 533, İşgören, s. 68-69

²⁴ Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, s. 18, para. 4.2, 4.3

1.2.2. AİHS 11. Madde ve AİHM Uygulamaları

Sözleşmenin 11. maddesi barışçıl toplanma özgürlüğünü toplumsal ya da kişisel, hangi amaçlarla kullanılıp kullanılmadığına bakmaksızın temel bir hak olarak korumaktadır. AİHS uygulamalarına göre toplantı hakkı yürüyüş ve gösterilerle birlikte *Cissé/Fransa* kararında kilisenin uzun süreli işgalinde görüleceği gibi oturma eylemlerini de içeren toplantıları kapsamaktadır. Toplu yürüyüşlerinin, halka açık toplantıların, protesto gösterilerinin ve kortej halinde yürüyüş şeklinde gösterilerin düzenlenmesinin Avrupa devletlerinin siyasi tarihlerinde önemli bir yer tuttuğunu ve bu hakkın kullanımıyla amaçlanan bilincin oluşturulmasının ciddi bir rol oynadığını belirtmek gerekmektedir²⁵. Belki de bu sebeple bu hakkın kullanımında objektif sınırları belirlemek gibi bir standart arayışında bize en yakın referans AİHS metni ve AİHM uygulamaları olacaktır.

AİHM, toplanma özgürlüğü ile amaçlananın genellikle bir düşünce veya talebi dile getirmek olduğundan toplantıyı düzenleyenlerin vermeyi planladıkları mesajın içeriğinin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde benzeri bir korumadan yararlanması gerektiğini belirtmiştir.²⁶ Buna göre Mahkemenin ifade özgürlüğünde benimsediği gibi toplantı ve gösterilerin aktarmak istediği düşünceye veya talebe muhalif olan kişileri rahatsız edebilecek veya gücendirebilecek gösterilerin de korunması gerektiği belirtilmiştir²⁷. AİHM *Öllinger/Avusturya* kararında da toplanma özgürlüğünün ifade özgürlüğü benzeri bir korumadan yararlandığını benimsemektedir. Bu iki temel hak arasındaki bu dolaylı bağdan hareketle, toplanma özgürlüğünün belirli ölçüde abartmayı, hatta tahrik etmeyi de kapsadığı kabul edilmektedir²⁸. Gerçekten de profesyonel yönetimlerin farklı ya da daha açık haliyle muhalif fikirlere karşı samimi bir hoşgörü gösterecek zihniyete sahip olabildikleri ölçüde demokrasiden o denli söz edilebilecektir²⁹.

Bununla birlikte toplantının barışçıl olması şartı yanında herhangi bir biçimsel sınırlama bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, barışçıl niyet ve tavırla yapılan toplantı ve gösteriler kanunsuz olsa dahi Strazburg'a göre tolere edilebilmelidir. AİHM'in bu hususla ilgili en meşhur kararlarından biri olan 2002 tarihli *Cissé/Fransa* kararında bir kilise binasının *işgal edilmesi*³⁰

²⁵ Harris D.J., O'Boyle M.; Bates E..P., Buckley C.M., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi, 2013, (Türkçe birinci baskı), s. 532.

²⁶ *Öllinger/Avusturya*; para. 38, aktaran Doğru O., Nalbant A., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 2.Cilt*, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara, 2013, s. 430

²⁷ "Ärzte für das Leben" Platformu/Avusturya, para. 32, çeviren Doğru/Nalbant, s. 467

²⁸ *Öllinger/Avusturya*, para. 38

²⁹ Doğru/Nalbant, s. 430

³⁰ Kararın İngilizce metninde "occupation" yani "işgal" tabiri kullanılsa da bu tabirin şiddeti çağrıştırdığı düşüncemizi belirtmiş olalım.

gerçekleşmektedir. Karara konu olayda özetle, Fransa’da kalabilmek için gerekli belgelere sahip olmayan iki yüz kadar yabancı, yasadışı göçmenlerin sorunlarına ve göçmenlik statüsü incelemesindeki güçlüğü dikkat çekmek için Paris’teki St. Bernard adlı bir kiliseyi iki ay boyunca işgal etmektedir. Ayrıca on kişi de açlık grevine başlamıştır. Nihayet, bir ibadethanenin bu amaçla kullanılmayan bir toplantı sonucu ciddi bir şekilde bozulan sağlık koşullarına ev sahipliği yapması ve kamu düzeninin önemli ölçüde bozulmaya başladığı gerekçeleriyle tahliyesine karar verilmiştir. Ertesi gün yetkili makamların emriyle kolluk güçleri tarafından zor kullanılarak toplantıya müdahalede bulunulmuş ve başvuru dâhil diğer göstericiler hakkında idari gözaltına alma kararı ile sınır dışı etme kararı verilmiş, iki ay hapis cezası verilerek ertelenmiş ve belli bir süre Fransa topraklarına girme yasağı getirilmiştir. Mahkeme 11. madde ihlali dolayısıyla yapılan başvuru neticesinde söz konusu eyleme karşı yapılan müdahaleyle alakalı olarak ihlal kararı verilmemesine rağmen yapılan toplantının barışçıl olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Oya Ataman/Türkiye kararında ise iç hukuka göre açıkça aykırı bir şekilde ön bildirim olarak gerçekleştirilen bir toplantı ve gösteri yürüyüşü söz konusudur. Başvurucu İnsan Hakları Derneği’nin bir üyesi ve bir avukattır. Başvurucu bu sıfatla F tipi cezaevlerini protesto etmek için İstanbul Sultanahmet Parkı’nda yapılacak basın açıklamasıyla son bulacak bir yürüyüşe katılmıştır. Gündüz vakti, yaklaşık 40–50 kişiden oluşan ellerinde pankartlarla yürüyüşe geçen bu gruba kolluk güçlerince bildirimsiz gösteri yaptıkları ve kamu düzenini bozdukları gerekçeleriyle dağılma uyarısında bulunulmuştur. Uyarıları dinlemeyen grup yürüyüşe devam etmiştir. Bunun üzerine güvenlik güçlerince “*biber gazı*” kullanılarak gruba müdahalede bulunulmuş ve aralarında başvuru kişinin de bulunduğu yaklaşık 39 gösterici gözaltına alınmışlardır. Başvurucu gösteri yürüyüşünün ve sonrasında yapılması planlanan basın açıklamasının güvenlik görevlilerinin müdahalesiyle engellenmesinin ifade ve toplantı özgürlüğünü ihlal ettiğini öne sürmüştür. Türk Hükümeti, yapılan gösterinin kamuya açık olarak yapıldığından kamu makamlarına gösteri öncesinde gerekli tedbirleri alma imkânını veren bildirim şartının gerçekleşmediği ve bu usulün “*izin rejimi*”nden farklı olduğu şeklinde savunma yapmıştır. Strazburg daha önce benzer olaylarda olduğu gibi burada da bir gösterinin sadece mevzuata uygun olmamasını barışçıl şekilde toplanma özgürlüğünün kullanılmasına müdahale edilmesini haklı kılmayacağı kanaatini ifade etmiştir³¹. Ayrıca Mahkemece gösterinin trafikte karışıklık yaratması dışında kamu düzeni için herhangi bir tehlike arz ettiğini gösterir bir delil bulunmadığı ve elliye yakın kişinin

³¹ *Oya Ataman/Türkiye*

kamuoyunun dikkatini güncel bir soruna çekmek istemiş olmasının odaklanılması gereken ana unsur olduğu ifade edilmiştir.

Daha önce değindiğimiz gibi toplantı ve gösteriler doğası gereği içinde şiddet eğilimli davranışları barındırma riskini yüksek oranda taşımaktadır. Ancak Strazburg, salt bu nedenle kısmen barışçıl olma özelliğini yitirmiş bir toplanmada özgürlüğün sınırlandırılması gerektiğini kabul etmemektedir. *Ezelin/Fransa* davasına konu olayda başvuru, yargı kararlarını protesto etmek amacıyla düzenlenen bir gösteriye katılmıştır. Bu gösteride yer yer şiddet hareketleri baş göstermiş, kamu binalarının duvarlarına kararları veren hâkimlere yönelik küfürler yazılmıştır. Mesleği avukatlık olan başvuru hakkında gösterilere katıldığı gerekçesiyle savcılık tarafından baroya şikâyetle bulunularak uyarma cezası uygulanması talebinde bulunulmuştur. Baro tarafından yapılan inceleme neticesinde herhangi bir disiplin cezası uygulanmasına gerek görülmemiştir. Ancak bu karara karşı yapılan itiraz neticesinde mahkemece başvuru hakkında uyardan daha ağır olan kınama cezası verilmiştir. Başvurucunun anılan şiddet eylemleriyle birlikte adliye binası üzerine yazılan tehdit ve hakaret içerikli yazıları yazılması eylemine katıldığına yönelik bir delil bulunmamasına rağmen bu aşırılıkları onaylamadığını hiçbir şekilde göstermediğini veya kendisini bu cezai eylemlerden soyutlamak için yürüyüş alayını terk etmediği gerekçeleriyle bu karar verilmiştir. Başvuru, kendisine verilen disiplin cezasının, ifade özgürlüğüne ve toplanma özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle AİHM'e başvuruda bulunmuştur. Yapılan yargılama neticesinde AİHM, "...barışçıl bir toplantıda -mevcut olayda yasaklanmamış bir gösteride- yer alma özgürlüğü öylesine önemlidir ki, ilgili kişinin bizzat kendisi hadiseler sırasında cezalandırılabilir (reprehensible) bir fiil işlemedikçe, bir avukatın bile bu özgürlüğü herhangi bir şekilde kısıtlanamaz."³² diyerek 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kanımızca anılan kararda toplantı ve gösterinin bildirim usulüne uygun bir şekilde yapılmamış olması varsayımında dahi sonuç değişmemelidir.

Buna göre düzenlenen bir toplantının belirli bir süreyle sınırlı olarak kargaşaya yol açması, o toplantıyı barışçıl olmayan bir hale getirmezken, düzenleme amacı kargaşa çıkarmak olan bir toplantı ise 11. madde tarafından korunmayacaktır³³. Bu iki durum arasındaki farkın belirlenmesi zor da olsa hayati önemde bir zorunluluk oluşturduğu görünmektedir. Bu belirlemenin keyfi bir niyet okuyuculuğuna dönüşmemesi için ise değerlendirmeler her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı yapılmalıdır. Anlaşıldığı üzere bu

³² Kararın Türkçe çevirisi için bkz., <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=263>

³³ Harris vd., s.533.

ayrımında esas alınacak temel ölçüt, şiddet hareketlerinin toplantı ve gösterilerin genel olarak barışçıl karakterini ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususudur³⁴.

Diğer yandan, AİHM'e göre devlet yetkililerinin toplanma özgürlüğünü kullanan kişileri barışçıl olmayan karşıt göstericilerin saldırılarından da korumak gibi bir pozitif yükümlülüğü mevcuttur. Böyle bir karşıt gösteri durumu dahi bir toplantı veya gösteriyi yasaklamak için tek başına haklı bir sebep teşkil etmeyecektir. Bu yükümlülük 11. madde kapsamında yer alan toplanma özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılmasının güvence altına alınması için getirilmiştir³⁵. *United Macedonian Organization Ilinden ve Ivanov/Bulgaristan* kararına konu olayda Bulgaristan'daki Makedon azınlığın haklarını korumayı amaçlayan bir dernek 12 Eylül 2002 tarihinde bir Makedon şaire ait anıta doğru yürüyüşe geçmişler fakat anıtın çevresi 30 kişilik bir grup tarafından çevrildiği için yürüyüşü tamamlayamamışlardır. Bu grup tarafından dernek üyelerine karşı önce küfür, tehdit ve hakaret içerikli sözlü saldırıda bulunulmuş daha sonra ise ellerindeki bayrağa el konulması, posterin yırtılması ve kameranın tahrip edilmesi gibi fiziksel saldırılarda bulunulmuştur. Ayrıca dernek başkanının anıt çevresinde konuşma yapmak istemesi de engellenmiştir. İlerleyen aşamalarda iki gösterici grup arasında gerekli önlemleri alan kolluk güçlerinin anılan olayların meydana gelmesini önlemek konusunda yetersiz kalmıştır. Strazburg'a göre, yetkili devlet makamlarının dernek üyelerinin düzenlemiş olduğu toplantı ve gösteri yürüyüşünün karşıt görüşlü göstericilerden korunmasında bir ölçüde isteksiz olduğunu ve gerekli önlemleri alma konusunda erken davranmadığını belirtmiştir. Bu şartlar altında mahkeme oybirliği ile yetkili makamların hukuka uygun davranan göstericilerin barışçıl bir şekilde gösterilerine devam etmelerini sağlayacak makul ve uygun önlemler almaya yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁶.

Öllinger/Avusturya davasında ise bir milletvekili tarafından düzenlenen, Salzburg mezarlığında Azizler Günü'nde yapılması gereken küçük bir toplantı, İkinci Dünya Savaşı'nda öldürülen SS askerlerini anmak için bir grup tarafından düzenlenen bir tören ile aynı zamana rastladığı için yerel makamlarca tamamen yasaklanmıştır. Başvurucunun düzenlediği toplantının amacı, SS tarafından işlenen suçları hatırlamak ve SS üyelerince öldürülen Yahudileri anmaktır. Toplantı sessiz biçimde toplantıya gelecek kişilerin giysilerine iliştirilmiş mesajlarla ve herhangi bir slogan atılmaksızın veya

³⁴ *Doğru/Nalbant*, s. 432

³⁵ *Harris vd.*, s.533.

³⁶ Aktaran bkz., *Doğru/Nalbant*, s. 436.

pankart kullanılmaksızın gerçekleştirilecektir. Daha önce de aynı güne rastlayan törenlerde gruplar arasında öfkeli tartışmalar yaşanmıştır. Burada dikkat çeken toplanma özgürlüğü çerçevesinde karşıt anmayı düzenleyenlerin menfaatleri ile mezarlığa dini inancını açığa vurmak için gelen kişilerin din ve vicdan özgürlüğü arasında denge kurulması konusu gündeme gelmektedir. Karışıklığın önlenmesi için güvenlik önlemlerinin bulunması, bu konuda devletin sahip olduğu geniş takdir alanına rağmen yasağın menfaatler arasında adil bir denge kurmaması ihlal kararı verilmesine neden olmuştur. Strazburg bu kararında bir hakkın diğerinden üstün tutulmasından ziyade, iki hak arasında uzlaşma sağlamak için çaba gösterilmesi gerektiğini açıkça benimsemektedir³⁷.

Görüldüğü üzere bu tür bir durumda kolluk güçlerinin alması gereken önlemler, sorun yaratan gruba uyarıda bulunmak ve gerekiyorsa devamında şiddet uygulayan kişileri yakalamak olacaktır. Karşıt görüşlü kişilerden kaynaklanan düzensizlik tehdidi, toplantı ve gösterilere müdahale edilmesini tek başına haklı kılmaz. Bazen gerçekten de tehdidin etkisiz hale getirilmesi için tek çare yasaklama ve müdahale olabilir. Görüldüğü gibi bu pozitif yükümlülüğün gerekleri yetkili makamlara bir hayli geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle AİHM, karşıt gösteri ile ilgili önleyici tedbirler almak yerine bu gösteri nedeniyle diğer gösteriye mutlak bir yasak getirilmesine ilişkin yetkili makamlarca öne sürülen gerekçelerin daha dikkatli bir incelemeye tabi tutulacağını ve son çare olarak yasaklamanın ise “*özel bir gerekçelendirme*”³⁸ gerektirdiğini ifade etmiştir.

Hem iç hukukumuzdan hem de AİHM’nde genel yaklaşımından anlaşılmaktadır ki, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınıрыyla ilgili genel geçer ve kapsayıcı bir tanım yapılması mümkün değildir. Her somut olayın özellikleri kendi içinde değerlendirilerek hakkın kapsamı içinde veya dışında bir sonuca ulaşılmalıdır. Konuyla ilgili üzerinde tartışma bulunmayan ya da genel bir ilke olarak kabul edilen husus toplantı ve gösteri yürüyüşünün barışçıl nitelikte olması gerekliliğidir. Saldırısız ve barışçıl olarak kullanılan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bildirim ya da izin ön koşulu sağlanmamış olsa dahi korumadan yararlanmalı, sırf bu sebeple yasadışı hale geldiği varsayılmamalıdır. Hatta bununla birlikte toplantı ve gösteriler esnasında içerden ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelere karşı devletin barışçıl hak sahiplerini koruma ödevi bulunmaktadır. Gösterilecek hoşgörü toplanmanın kamusal tartışmaya katkısı ve önemi, verilen süre içerisinde mesajın verilir verilmeyeceği, toplantının devamının başka kişilerin hak ve özgürlüklerine etkisi gibi ölçütler göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.

³⁷ Harris vd., s.533.

³⁸ Öllinger/Avusturya, para. 44

Ayrıca AİHM, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kullanımına getirilecek kısıtlamaların kanuni olması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre yapılacak müdahalelerin yasayla öngörülebilir olması gerekmektedir. Aslında burada da ifade özgürlüğü davalarında uygulanan “*kanun tarafından öngörülmüş olma*” şartıyla alakalı genel prensipler uygulama alanı bulmaktadır. Özgürlüğe getirilecek kısıtlamanın kanun tarafından öngörülmüş olması yeterli değildir. Düzenleme anlaşılabilir bir şekilde kaleme alınmış olmalı ve bunu okuyanlara gelecekteki hareketlerini buna göre ayarlama imkânını sağlamalıdır³⁹.

Djavit An/Türkiye davasında Kuzey Kıbrıs'ta oturan başvuruçunun, hattı geçip Güney Kıbrıs'ta iki topluluğun ortak düzenlediği bir gösteri yürüyüşüne katılmasının engellenmesi, bu engelleme hiçbir kanun tarafından öngörülmemiş olduğundan Türkiye aleyhine ihlalle sonuçlanmıştır. Kararda, kişiler, ihtiyaç halinde uygun hukuki yardımdan faydalanarak bir olayın kendi şartları içerisinde makul bir derecede hareketinin neticelerini öngörebilmesi gerekir demektir⁴⁰. Görüldüğü gibi AİHM gittikçe kanun tarafından öngörülmüş olma kriterini geniş bir şekilde uygulamakta ve kısıtlamayı öngören hukuki düzenlemenin anlaşılabilir olmasına önem vermektedir.

AİHM'in 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, “*demokratik bir toplumda gerekli olma*” kriteri gözetilmek şartıyla kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlamalara tabi tutulabilir. Özgürlüğe getirilen kısıtlamaların hangi hallerde “*demokratik toplumda gerekli olma*” kriterine uygun olacağı sözleşme metninden anlaşılmamaktadır. İşte bu kriterin ne şekilde uygulanacağını da AİHM içtihatları ortaya koymuştur.

Strazburg özgürlüğün kısıtlanmasının gerçekten “*acil sosyal bir ihtiyaca*” cevap verip vermediğini ve kısıtlamanın, kısıtlamayla ulaşılmak istenen amaca orantılı olup olmadığı sorusuna cevap bulacaktır. Bu orantılılığın kontrolünde AİHM'in görevi aslında, göstericilerin fikirlerini toplantı ve gösteri yürüyüşü yoluyla ifade etme hakları ile 11. maddenin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçlar arasında bir dengeleme kurmaktır⁴¹. Mahkeme'nin genel içtihadına göre kamuya açık alanlarda yapılan her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü şu veya bu şekilde gündelik hayatı ister istemez etkileyecek, mesela şehir trafiği normal olarak işleyemeyecektir. Bunların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasının birer doğal sonucu

³⁹ “*Hukuken öngörülebilirlik*” ilkesi için bkz., *Sunday Times/Birleşik Krallık* kararı

⁴⁰ *Djavit An/Türkiye* para. 65, kararın Türkçe çevirisi için bkz., *İşören*, s.224

⁴¹ *Tanyar Z. Ç.*, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, *AÜHF*, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, s.625

olduğu söylenebilir. Otoritelerin bu gibi durumlarda gerçek bir hoşgörü göstermeleri ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunmamaları gerekmektedir⁴².

Konuyla ilgili anlatılanların ışığında ihlal kararları çıkmadan AİHM kararlarıyla benimsenen ilkelerin ulusal mevzuatın üstünde göz önünde bulundurulması gerektiği değerlendirilebilir. 1982 Anayasası'nda 2004 yılında gerçekleştirilen anayasa reformu çerçevesinde değiştirilen 90'ıncı madde "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla (ulusal) kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmünü ifade etmektedir. Bu durumda ana referans olarak AİHS'in bir yorumu olan AİHM içtihatlarını esas almamız gerektiği söylenebilir⁴³. Aslında 1982 Anayasası'nın 34. maddesiyle AİHS'in 11. maddesi düzenlemeleri arasında bir uyumsuzluk değil, aksine örtüşme olduğu söylenebilir. Uyumsuzluk, Türkiye'de toplantı hakkının kullanımını düzenleyen 2911 sayılı yasa nedeniyle beliriyor. Toplanma hakkının kullanılmasına "şekil, şart ve usul" bakımından pek çok sınırlama getirerek, kamu otoritesine bu araçlar üzerinden çok geniş bir takdir yetkisi tanıyan bu kanun bugün Türkiye'nin uymayı taahhüt ettiği ve kendi yasalarının üzerinde tuttuğu AİHM içtihatlarının önemli ölçüde gerisinde kalmıştır. Strazburg içtihatları ile Türkiye'de "12 Eylül" sonrası militer yönetimin bir ürünü olan 2911 sayılı Kanun, farklı paradigmaları temsil ettiğinden hukuken açıkça çatışmaktadır. Bu ulusal ve uluslararası mevzuat arasındaki çelişki giderilirken Anayasa'nın 90. maddesinin esas alınarak AİHM içtihatlarının üstünlüğünü kabul etmek gerekmektedir. Zira her zaman "kusursuz" kararlar verebilme kabiliyetine sahip olmayan Strazburg'un konuyla ilgili olarak, Türkiye iç hukukunun aksine, insan haklarına yönelik evrensel olarak kabul görmüş olan anlayışı benimsediğini söyleyebiliriz.

2. MÜDAHALEDE SON ÇARE: ZOR KULLANMA

2.1. Ulusal Mevzuat

2911 sayılı Kanununun 24. maddesi ve bu Kanunun uygulanmasına dair Yönetmelik⁴⁴'in 16. maddesi düzenlemelerine göre kolluk güçlerinin yasadışı olan toplumsal olaylara zor kullanarak müdahale etme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin kullanımı kolluk tarafından kural olarak ihtarın yapılması ve

⁴² İbid.

⁴³ Aynı yönde bkz., Altıparmak K., **Gezi'nin Hatırlattığı Hak: Barışçıl Toplantı** <http://bianet.org/bianet/bianet/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplanti>

⁴⁴ Toplantı Ve Gösteri Yürütüşleri Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 08.08.1985 Resmi Gazete Sayısı: 18836

makul sürenin tanınması gibi bazı prosedürlerden sonra gündeme gelebilecektir. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri mevzuatında güvenlik güçlerinin hangi hallerde zor kullanabileceği belirtilmekle birlikte bunun teknik ve yöntemiyle ilgili herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Güvenlik güçleri karşılaştıkları çeşitli durumlar karşısında zor kullanma yetkisine sahiptirler. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16. maddesi ifadesiyle “*polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direniş kırma amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir*”.

PVSK'nın 16. maddesinin 2. fıkrasında “Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette *bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.*” hükmü düzenlenmiştir. Buna göre kolluk güçlerinin toplumsal olaylara müdahalesi esnasında zor kullanmanın şartları oluştuysa sayıldığı gibi aşamalı bir yol izlenmesi gerekecektir. Ayrıca maddenin devam eden fıkralarında, bu yetkinin kullanılması durumunda direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacak araç ve gereç ile “zor”un derecesinin polisçe takdir edileceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun böylesi özel bir takdir yetkisinin kolluğa tanınmasındaki beklentisinin önemli bir düzeyde olduğu çıkarımını yapmak mümkündür. Toplumsal olaylarda müdahale gerektiren durumlarda toplu kuvvet kullanmayı gerektirecek zamanlarda ise zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir denmiştir.

Bu maddeye dayanarak toplu kuvvet kullanmaya yönelik müdahale emri almış bir polisin, eylemin kötü muamele veya işkence gibi suçları oluşturma ihtimaline binaen, 1982 Anayasası'nın 137/2 ve buna paralel 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24/3 hükümleri gereği konusu suç teşkil eden emri yerine getirmemesi gerekecektir. Aksi halde emri veren amirin ve zor kullanan polisin sorumluluktan kurtulamayacağı açıktır.

Toplumsal olaylara zor kullanmak suretiyle müdahale edilmesi yetkisi, birey ile devletin karşı karşıya geldiği hassas anlardan biridir⁴⁵. Tam da bu noktada özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin çok iyi saptanması gerekmektedir. Kolluk güçleri devletin pozitif yükümlülüğü konusunda değindiğimiz üzere hakkı barışçıl olarak *kullanan* kişileri, “hasım dinleyici”⁴⁶ konumunda bulunan kişilerin eylemlerinden izole etmek yükümü altındadır. Ancak tüm çabalara rağmen toplantı ve gösterilere sızmış bulunan kişiler dolayısıyla kötü niyet, şiddet eğilimi, provokasyon ya da vandallık içeren

⁴⁵ İşgören, s. 135

⁴⁶ Güran S., *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1969, s. 314

eylemlere mani olunması kaçınılmaz duruma geldiyse bu noktada zor kullanarak dağıtma yetkisine başvurulmalıdır. AİHMnin *Cissé/Fransa* kararında iki ay boyunca barışçıl bir şekilde sürdürülen bu işgalin zor kullanılarak durdurulması, kilisede sağlık koşullarının risk içerecek düzeyde bozulduğu ve açlık grevinde olanların durumlarının kötüleşmeleri nedeniyle haklı görülebilir demektir.

Zor kullanma yetkisinin geniş takdir yetkisi ve inisiyatif içermesinden dolayı uygulamadan dolayı birçok sorun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Toplumsal olaylar sırasında toplantı ve gösteri özgürlüğünün sınırları aşıldığında kolluğun zor kullanma yetkisi gündeme gelebilecek ve orantısız güç kullanımı dolayısıyla başka bir ihlal türü de ortaya çıkabilecektir. Güvenlik güçlerinin orantısız güç kullandığı iddiası sıklıkla, yakalama ile toplantı ve gösterilerin dağıtılması sırasında gündeme gelmektedir. Yüzeysel bir yorumla bu tür müdahalelerin insan hakları hukukunda, işkence dışındaki kötü muameleler kapsamında değerlendirildiği yorumu yapılabilir. Tam da bu esnada konuyla ilgili Strazburg içtihatlarına değinmek faydalı olacaktır.

2.2. AİHM'in Yaklaşımı

AİHM, kolluğun orantısız güç kullandığı iddia edilen birçok davada Sözleşme'nin işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan 3. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, "*Özgürlüğünden mahrum edilen bir kişiye ilişkin olarak, kişinin kendi davranışı nedeniyle kesin bir zorunluluk olarak başvuru dışındaki her türlü fiziksel güç kullanımı insan onurunu zedeler ve kural olarak 3. maddede korunan hakkın ihlâline sebep olur.*"⁴⁷

Polisin, yasadışı gösteri yapanları dağıtmak için aşırı güç kullandığı ve başvuruçunun bir parmağının kırıldığı, vücudunun çeşitli yerlerinde ekimoz ve ezilmelerin olduğu *Güler/Türkiye* kararında Mahkeme, yasadışı bir toplantıyı dağıtmanın bu derece yoğun ve şiddetli bir güç kullanımını mazur gösteremeyeceğini saptamıştır⁴⁸. Barışçıl toplanmadan bahsederken değindiğimiz gibi, bir eylemin yasadışı olması ona mutlaka şiddetle cevap verileceği anlamına da gelmez. *Samüt Karabulut/Türkiye* davasında, başvuruçucu 2911 sayılı Kanun uyarınca önceden bildirimde bulunmadan yürüyüş yapan bir grup içerisinde yer almıştır. Grup polisin uyarıları sonrasında dağılmış ancak başvuruçucu ve bir başka gösterici slogan atmaya devam etmiştir. Ancak başvuruçunun şiddete başvurduğunu veya fiziksel direnç gösterdiğini ortaya koyan bir delil bulunmamaktadır. AİHM bu şartlar

⁴⁷ Altıparmak K., "İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye'de Orantısız Güç Kullanma Sorunu", **Toplum ve Bilim**, sayı:115, Birikim Yayınları, İstanbul 2009, s. 138 vd.

⁴⁸ *Güler/Türkiye*, para.46.

altında başvuru başında yaralanmaya neden olan müdahalenin orantısız olduğuna karar vermiştir⁴⁹. Diğer bir deyişle, kanunsuz olsa bile barışçıl olan bir toplantıya fiziksel müdahalenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlâl edebileceği ihtimalinden söz edilebilecektir. Gerçekten de şiddet içermeyen toplumsal olaylara karşı yapılacak kolluk müdahaleleri insan hakları hukukunca pek de kolay tolere edilemeyecektir⁵⁰.

Bu bağlamda, Strazburg'un toplanma özgürlüğünün sınırlandırılması eylemlerini AİHS 3. madde bakımından ihlâl ettiği görüşünde olduğu bazı kararlarından bahsetmeden önce genel olarak "işkence ve kötü muamele" kavramlarına değinmek yerinde olacaktır. Çalışmamızda işkence ve kötü muameleyle ilişkin her unsurun tek tek incelenmesi yerine özellikle kolluk görevlilerinin zor kullanma yetkilerinin kullanılmasında ortaya çıkması muhtemel hak ihlalleri yönünden bize yardımcı olacak yönlerine değinmeye çalışacağız.

3. YETKİSİZ MÜDAHALE: İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI

3.1. İşkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Ceza

3.1.1. Uluslararası Düzenlemeler

Evrensel bir suç olarak kabul edilen işkenceyle ilgili uluslararası ve ulusal hukuktaki tanımlamaların birbiriyle büyük bir farklılık oluşturmadığını belirtmek gerekmektedir. İşkence tanımına yer veren temel uluslar arası belgelerin başında 10 Aralık 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁵¹ (İKS) gelmektedir. İKS' nin 1. maddesi işkenceyi:

"1. Bu Sözleşmenin amaçları bakımından "işkence" terimi, bir kimseye kendisinden ya da üçüncü bir kişiden bir bilgi ya da itiraf sağlamak, kendisinin ya da üçüncü bir kişinin işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden ötürü onu cezalandırmak, kendisine ya da üçüncü bir kişiye gözdağı vermek ya da onları zorlamak amacıyla ya da herhangi bir ayrımcılığa dayalı bir nedenle bir resmi görevli ya da resmi sıfatla davranan bir başkası tarafından ya da onun kışkırtması ya da oluru ya da izniyle bilerek maddi ya da manevi ağır acı vermek ya da eziyette bulunmaktır.

⁴⁹ Samüt Karabulut/Türkiye, para. 43-44

⁵⁰ Pákozdy C., "The power of state versus freedom of assembly in the light of the case-law of the European Court of Human Rights and the Hungarian jurisprudence", **Miskolc Journal of International Law** VOLUME 4. (2007) No. 2. s. 46.

⁵¹ Türkçe çevirisi için bkz., Çeçen A., **İnsan Hakları Rehberi**, Bilim Yayıncılık, Ankara, 1999, s.195-208

Niteliği gereği ya da salt yasal yaptırımlardan doğan acı ya da eziyet işkence sayılmaz.

2. Bu madde, daha kapsamlı bir uygulamayı içeren ya da içerebilecek olan uluslar arası bir belge ya da ulusal düzenlemeyi zedelemeyiz.”

şeklinde tanımlanmaktadır.

İKS'den daha önce, 9 Aralık 1975 tarihli Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildirge (İKB)'de yapıldığını görmekteyiz. İKB'nin 1. maddesinin 2. fıkrasında işkencenin bu tür muamele ya da cezaların ağır ve kasıtlı işlenen bir türü olduğu belirtilmektedir⁵². İşkence ve kötü muameleyle ilişkin hemen hemen benzer tanımlar içeren uluslararası düzenlemelerin bulunduğu başlıca diğer belgeler ise Amerikalılararası İşkenceyi Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi, 17 Temmuz 1998 tarihli Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, İstanbul Protokolü olarak bilinen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin Kılavuz'dur. İşkence yasağı, çalışmada esas alacağımız temel belgelerden biri olan AİHS'in 3. maddesinde “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz” şeklinde düzenlenmiştir.

Adı geçen düzenlemelerin neredeyse hiçbirinde “kötü muamele” diye isimlendirdiğimiz “zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza” eylemleri ayrı ayrı tanımlanmamıştır. Bununla birlikte işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımın da kesin çizgilerini tespit etmek genellikle zordur. Bunun saptanabilmesi için işkence ve kötü muamele arasındaki çeşitli yapısal ilişkilerden birinin benimsenmesi gerektiği söylenebilir⁵³. Bunlardan birincisi acı ve ızdırabın yoğunluğuna bağlı ilişkidir. Buna göre, bir davranış kademeli olarak aşağılayıcı, insanlık dışı veya işkence olabilir. Bu yaklaşımın ağırlık noktası acı ve ızdırabın yoğunluğudur. Bu yüzden burada işkencenin diğer kötü muamelelerle arasındaki ilişki dikey bir ilişkidir. İkincisi, işkencenin diğer kötü muamele türlerinden başka unsurlar nedeniyle ayrılmasıdır. Bu yaklaşım, işkenceyi diğer kötü muamele türlerinden araç olduğu mekanizmanın niteliğiyle ayırmaktadır. Buna göre, bir yaşlının bir huzurevinde çektiği acı ve ızdırıp ne kadar yüksek olursa olsun verilen acı ve ızdırıp, hukuk metninde sayılan özel amaçlardan biri nedeniyle yapılmamışsa, bu kişinin işkence gördüğü söylenemez. Çünkü her iki davranış birbirinden ayrı kategorilerdir ve bu farklılığı belirleyen ölçüt acı ve ızdırabın

⁵² Türkçe çevirisi için bkz., Gemalmaz M. S., *İşkence Yasağına İlişkin Ulusüstü Belgeler*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s. 28-30

⁵³ Altıparmak, “İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz?”, s. 138 vd.

ağırlığı değildir. Üçüncü ölçüt ise, diğer iki ölçütün birlikte dikkate alındığı karma durumdur. Buna göre, bir davranışın işkence olarak nitelenip nitelenemeyeceğini saptamak için önce yatay ilişki ölçütü uygulanacak, eğer amacı açısından işkence olması mümkün olmayan bir muamele söz konusu ise bunun zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olduğu saptanacaktır. Eğer diğer unsurlar açısından işkence olarak tanımlanma potansiyeli taşıyorsa bu kez dikey ölçüte göre muamelenin işkence sayılacak derecede yoğun olup olmadığına bakılacaktır. Bu üçüncü yaklaşım, işkence dışı kötü muamele türlerini işkence olarak nitelenebilir ve işkence olarak nitelenemez olarak ikiye ayırmayı gerektirecektir.

3.1.2. AİHM Uygulaması

AİHM'in de işkence kötü muamele arasındaki ayrımı İKB'nin 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki anlayışı benimseyerek yaptığı kararları mevcuttur⁵⁴. Bunun yanında birçok kararında bu ayrımın zor olduğunu belirterek farklı davalarda uygulanan muamelenin mahiyetine, amacına, şiddet derecesine, olayın özelliğine ve mağdurun kişiliğine göre farklı kararlar vermekte olduğu görülmektedir. Örneğin *Selmouni/Fransa* kararında, geçmişte işkence olarak kabul edilmeyip insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilen bazı eylemler AİHM'e göre gelecekte farklı tanımlanabilecek, işkence olarak değerlendirilebilecektir. Strazburg'a göre kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında benimsenmesi gereken standartların oldukça yüksek olması gerekir ve demokratik toplumun temel değerlerinin çiğnenmesi karşısında oldukça sağlam bir tavır sergilenmelidir⁵⁵. Yine *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında da kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için asgari düzeyin değerlendirilmesinin olayın niteliğine göre değişeceği belirtilmiştir. Bu asgari düzeyin, olayın bütün şartlarına bağlı olduğu vurgusu yapılarak, kötü muamelenin işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele kapsamına girebilmesi için asgari bir yoğunlukta olması gerektiğini ve bu asgari düzeyin birçok şarta göre değiştiğini ifade edilmektedir⁵⁶. İşkence ve kötü muamele eylemlerinin açık bir tanımının bulunmaması ve aralarındaki ayrımın kolay bir biçimde yapılamamasının devletin ihlallerin önüne geçebilmek için her iki yasak bakımından da göstermesi zorunlu olan hassasiyeti değiştirmemektedir. Aksine böyle bir tanım boşluğunun bulunmasının daraltıcı yorumlar yapılarak uygulamada sorunlar yaşanmasının önüne geçeceği düşüncesi de ileri sürülebilecektir⁵⁷.

⁵⁴ *Dikme/Türkiye kararı, para. 93*

⁵⁵ Gemalmaz M. S., *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006, s. 446

⁵⁶ Benzer kararlar için bkz., *Veznedaroğlu/Türkiye, Taştan/Türkiye, Uyan/Türkiye, Price/Birleşik Krallık* kararları.

⁵⁷ Doğan İ., Kaya M., *İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi*, Adalet Yayınları, Ankara 2011, s. 9

Her ne kadar her somut olayda işkence ve kötü muameleyi birbirinden ayırt etmek zor bile olsa yapılan tanımlardan üzerinde genel olarak uzlaşıldığı kadarıyla işkence ve kötü muamelenin unsurlarını kategorize edebiliriz. Buna göre işkencenin: (1) Fiilin objektif unsuru olan fiziksel ve ruhsal ağır acı ve ızdırapların uygulanması, (2) Fiilin sübjektif unsuru olan kasıt ve belirli bir niyetin olması (3) failin devlet gücüne dayanması şeklinde üç temel unsuru olduğu söylenebilir. Bununla birlikte en azından işkenceye göre acı ve ızdırap oranının daha az olduğu söylenebilecek kötü muamelelerin unsurları ise: (1) Kasti olarak önemli ölçüde zihinsel ve fiziki acı ya da ızdıraba maruz bırakmak, (2) Bunun kamu görevlilerinin rızası veya muvafakati ile yapılması, (3) Sınıflandırılmamış ya da sınıflandırılması bir çırpıda mümkün olmayan fiiller şeklinde sıralanabilir⁵⁸. Strazburg'un oturmuş içtihatlarından anlaşılacağı üzere AİHS 3. madde korumasından yararlanabilmek için davaya konu davranışın en az belli bir düzey ve ağırlıkta olması gerekmekte olduğunu ifade etmekte fayda bulunmaktadır⁵⁹. Bu “*asgari eşik*” işkence ve kötü muamelenin ilk unsuru olan acı ve ızdırabın yoğunluğunda belirleyicilerden birisi olarak göz önünde bulundurulur. Hem işkence hem de kötü muamelede aranan kasıt unsuru işkence ve kötü muamelenin aynı zamanda amaç unsurudur. İşkencenin amaç unsurunu genelde ceza soruşturmasıyla ilgili konular oluşturmaktadır. Oysa işkencenin, iktidarların kendine muhalif olanları sindirmenin ve cezalandırmanın bir aracı olarak kullandığı olaylarda gerçek amacın sadece bir ceza muhakemesi aracı olmadığı da bilinmektedir⁶⁰. Buradan hareketle belli bir siyasi görüşü, etnik veya dinsel grubu cezalandırmak amacıyla polisin toplumsal olaylara müdahalesinde aşırı güç kullanması, amaç unsurunun gerçekleştiği öne sürülebilir⁶¹.

Bunun yanında belirtmek gerekmektedir ki, hukuka uygun yaptırımların uygulanmasından doğan, bu yaptırımların doğasında var olan veya geçici biçimde oluşan acı ve ızdırap işkenceyi oluşturmayacaktır⁶². Söz gelimi, Türkiye uygulamasında barışçıl olma niteliğini tamamen kaybetmiş bir toplantı veya gösteriye kolluğun PVSK gereği orantılı ve ölçülü bir şekilde zor kullanması durumunda böyle bir tartışma söz konusu olamayacaktır. Ancak zor kullanma yetkisinin bulunmadığı veya hukuka aykırı yaptırımların uygulandığı durumlarda aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu şekilde yetkisiz zor kullanma durumlarında neredeyse evrensel olarak kabul görmüş olan mutlak işkence yasağı devreye girecektir.

⁵⁸ Doğan/Kaya s. 10

⁵⁹ Önok R. M., *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 175

⁶⁰ Burgers J. H., Danelius H., ‘tan aktaran Altıparmak, “İşkenceyi Nasıl Bilirdiniz?”, s. 138 vd.

⁶¹ Altıparmak, *Toplum ve Bilim*, sayı: 115, Birikim Yayınları, İstanbul 2009, s. 138 vd.

⁶² Nevruz Koç/Türkiye, para. 44, Soner ve Diğerleri/Türkiye, para. 40, Güler/Türkiye, para. 41

Çalışmamızın başında toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin provoke edilmeye müsait ortamlardan biri olduğuna ve kolluğun görevlerinden birisinin de barışçıl toplanmalarda şiddet eğilimli olan kimselere yönelik tedbirler alınması gerektiği konusuna değinmiştik. Bu şekilde gösteri ortamlarına sızan kişilerden gerçek hak sahiplerini korumak da devletin yükümlülüğüdür. Bu şekilde davranan kısıktıcı ya da şiddet eğilimli eylemcilerin tamamen kontrol altına alındıktan sonra örneğin dövülmesi şüphesiz yetki dışında kalacaktır. Dolayısıyla işlediği fiil ne olursa olsun kontrol altına alınmış bir kişi üzerinde uygulanan şiddetin orantısından bahsetmek mümkün değildir. Tam tersi bir bakış açısıyla zor kullanma yetkisinin söz konusu hallerde müdahalenin orantılı mı orantısız mı yapıldığı değerlendirilebilecektir. Yetkide sınırın aşılması halinde ise kötü muamele ortaya çıkacaktır. Oysa bu yetkinin hiç bulunmadığı anlarda yapılan müdahale diğer bazı şartların oluşması durumunda işkence oluşturabilecektir. Bu düşüncede ana dayanak noktası mutlak yasağın tanındığı bir eylem açısından orantılılık değerlendirmesinin söz konusu olamayacağı durumudur. Bu düşünceye göre tamamen barışçıl bir toplanmada yetkisiz bir müdahalede zor kullanmaya başvurulduğunda daha az acı vermeyi meşru bir sebeple açıklamak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla profesyonel olarak eğitim almış olmakla birlikte organize güç kullanabilme araç ve gereçlerine sahip güvenlik güçlerinin karşısında, genel olarak barışçıl olma özelliğini yitirmemiş bir toplanma ve gösteri eyleminde, bireylerin tamamen kontrol altında olduğunu söylemek kanımızca hatalı görünmemektedir. Böyle bir andan itibaren yapılacak yetkisiz müdahalelerde acı ve ızdırabın yoğunluğundan artık bahsedilemeyecektir. Zira böyle bir durum uygulanacak şiddetin meşruluğunu baştan kabul etmek olacaktır⁶³.

Ayrıca, hem ulusal mevzuatın (TCK 94. madde), hem de İKS ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin işkence tanımına⁶⁴ göre işkence suçunun işlenmesi için bir resmi mekânda ya da özgürlüğün resmi şekilde kısıtlanmış olması şartı aranmamaktadır. Önemli olan, alıkoyan kişinin alıkonan üzerinde fiziki bir hâkimiyet kurmuş olmasıdır. Bu şartın, kolluk görevlilerinin kişinin karşı koymasının polis sayı ve gücüne bağlı olarak bir anlam ifade etmeyeceği durumlarda açıkça gerçekleştirilebileceği ileri sürülebilecektir⁶⁵.

⁶³ Altıparmak, "İşkenceyi Nasıl Bilirdiniz?", s. 138 vd.

⁶⁴ Kurşun G., **101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011, s. 27

⁶⁵ Altıparmak, "İşkenceyi Nasıl Bilirdiniz?", s. 138 vd.

3.2. Bir Zor Kullanma Yöntemi Olarak ‘Biber Gazı’ Kullanımı AİHS 3. Madde İhlali Mi?

İç hukukta Kanun tarafından öngörülen aşamalı müdahalede maddi gücün yöntemine ilişkin PVSK’nın 16. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi düzenlemesinde şöyle denmiştir: “*Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder.*”

Polisin zor kullanma teknikleri her zaman tartışmalara neden olmuştur. Bunlardan “biber gazı” olarak bilinen göz yaşartıcı gazlar uygulamada yoğun olarak kullanılmaktadır. Biber gazının kullanıma yöntemine ilişkin yasal dayanaklara, içerdiği kimyasallara ya da sağlık üzerindeki etkileri ayrı bir çalışmayı gerektirdiğinden⁶⁶, AİHM’in bu tekniğe, ele almaya çalıştığımız işkence ve kötü muamele yasağı bakımından, nasıl yaklaştığına kısaca değinmenin faydalı olacağı kanısındayız.

Oya Ataman/Türkiye kararında 22.04.2000 tarihinde F tipi hapisaneleri protesto etmek üzere toplanan başvurunun da içinde bulunduğu grup biber gazı kullanılmak suretiyle dağıtılmış ve başvuru da dâhil olmak üzere 39 gösterici göz altına alınmıştır. Başvurucu gösteri yürüyüşünün dağıtılmasında kullanılan biber gazının göz yaşarması ve nefes alıp vermede zorlanma gibi fiziksel rahatsızlıklara yol açmasından dolayı AİHS’in 3.maddesinin ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Strazburg öncelikle biber gazının Avrupa Konseyi üyesi bazı devletlerde gösterileri denetim altında tutmada ve denetimden çıkmaları halinde dağıtılmalarında kullanıldığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra biber gazının Kimyasal Silahlar Sözleşmesi’nin Ek’inde sayılan zehirli kimyasallar içinde bulunmadığını kabul etmekle birlikte, kullanılmasının solunum sorunları, bulantı, kusma, göğüs ağrısı, gözlerde ve deride rahatsızlıklara yol açabileceğine işaret etmiştir. Ancak başvurunun söz konusu gaza maruz kalmasından dolayı ortaya çıkan rahatsızlıklarına ilişkin herhangi bir tıbbi rapor sunmamış olmasından dolayı Mahkeme, 3. maddeye aykırı muamele iddiasını destekleyen delil bulunmadığını ve buna dayanarak da ihlalin bulunmadığına hükmetmiştir.

Daha önce barışçıl toplanmalar (11. madde) bakımından ihlal tespit edilen kararda bu defa gösteri yürüyüşlerinin dağıtılmasında biber gazı kullanılmasının işkence ve kötü muamele yasağının ihlali olabileceğinin ilke olarak kabul edilmiş olduğu tespitini yapmak mümkün görünmektedir.

⁶⁶ “*Biber Gazı*”nın insan sağlığı üzerindeki etkilerine ilişkin bkz., *Osmanoğlu K.*, “Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri ve Hukuki Statüsü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, Yıl: 2011, s. 65-91.

Verilen kararda kişinin katılmış olduğu gösteri yürüyüşünün biber gazı kullanılması suretiyle dağıtılması durumunda 3. maddenin korumasından yararlanabileceği sonucu açıkça çıkarılabilecektir. Çünkü Strazburg, ihlal tespitinde bulunulmamasının gerekçesi olarak ispat konusunu işaret etmiştir⁶⁷. Mahkemenin başvurucuya biber gazıyla müdahalede bulunulmuş olmasının işkence ve kötü muamele yasağı çerçevesinde bir etki oluşturduğunu ispat edecek delilleri ortaya koyamadığı değerlendirmesinin zıt yorumuyla bunun ispatı halinde biber gazı tekniğinin işkence ve kötü muamele yasağını ihlal edebilecek nitelikte olabileceği sonucu çıkarılabilecektir.

Ali Güneş/Türkiye kararı⁶⁸'nda ise, başvurucu 28.06.2004 tarihinde İstanbul'da gerçekleşen bir NATO toplantısı protestosuna katılmış ve söz konusu protesto eylemi sırasında gözaltına alınmıştır. Başvurucu iki polis memuru tarafından kollarından tutulurken bu memurlardan biri tarafından, yakın mesafeden burnuna ve ağızına sprej sıkılma anını görüntüleyen bir fotoğraf ulusal bir gazetede yayınlanmıştır. Başvurucunun iddialarına göre kendisiyle birlikte diğer göstericiler de biber gazının yanı sıra fiziksel şiddete maruz kalmışlardır. Başvurucu söz konusu olgular çerçevesinde AİHS'in 3. maddesince koruma altına alınmış olan işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun söz konusu iddiaları gazete fotoğrafının yanı sıra hekim raporlarına da yansımıştır. Gözaltı prosedürü gereği yerine getirilen tıbbi muayenelerle de tespit edilmiştir. Başvurucu maruz kaldığını ileri sürdüğü muameleye karşı Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunmuş ancak takipsizlik kararı verilmiş olduğunu öğrenmiştir. AİHM ilk olarak başvurucunun kötü muamele iddialarının polis memurları tarafından gerçekleştirilen biber gazı sıkılması ve fiziksel şiddet uygulanması şeklinde iki ayrı değerlendirmeye tabi tutmuştur. Strazburg, biber gazı kullanılmasına ilişkin olarak Avrupa Konseyi bünyesinde faaliyet gösteren İşkence ve Kötü Muameleyi Önleme Komitesi (CPT) standartlarına göndermede bulunmuş ve *"kolluk kuvvetleri tarafından kontrol altına alınmış olan bireye karşı bu tür gazların kullanılmasının hiçbir haklı nedeni olamayacağını"* ifade etmiştir⁶⁹.

AİHM bu kararında özet olarak yüze karşı hukuki dayanağı olmayan gaz sıkma eyleminin, bu gazın sağlık üzerinde ortaya çıkardığı etkiler ve potansiyel sağlık risklerini dikkate alarak, başvurucuda yoğun fiziksel ve ruhsal acıya yol açtığı ve başvurucuyu küçük düşürecek ve alçaltacak korku, elem ve aşağılanma duygularına neden olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla

⁶⁷ *Gemalmaz, İşkence Yasağı*, s. 337-372.

⁶⁸ *Ali GÜNEŞ/Türkiye* kararı

⁶⁹ *Ali GÜNEŞ/Türkiye* kararı, para. 41.

da başvurucuya gaz sıkılmasının 3. madde anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğuna hükmetmiştir⁷⁰. AİHM'in konuyla ilgili esas aldığı genel standart "bir cezanın veya muamelelerin "insanlık dışı" veya "aşağılayıcı" sayılabilmesi için, içerdiği acı veya aşağılanmanın her halükarda meşru bir cezanın kaçınılmaz olarak doğurduğu acı veya aşağılanmanın ötesine geçmesi gerekir"⁷¹ görüşündedir.

AİHM tarafından konuyla ilgili verilen son karar olan *Abdullah YAŞA ve Diğerleri/Türkiye* kararı⁷², 14 PKK üyesinin meydana gelen bir silahlı çatışma sonucu ölümü üzerine Diyarbakır'da gerçekleşen ve barışçıl nitelikte olmayan toplumsal eylemlerde biber gazı kapsülünün kollukça ateşlenerek 13 yaşındaki başvurucunun yüzünde yaralanmaya sebep olmasına ilişkindir. Karar, Türkiye'de biber gazı tekniğinin nasıl kullanıldığına ilişkin ciddi tespitler yapmış ve nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin ise ilkeler kabul etmiştir. Mahkeme kararında ulusal mevzuatta gösteriler esnasında göz yaşartıcı bomba kullanımını düzenleyen spesifik hükümler bulunmadığı gibi kullanım sekline ilişkin herhangi bir talimatın da yer olmadığını gözlemlemektedir. 28 ve 31 Mart 2006 tarihlerinde Diyarbakır'da meydana gelen olaylar esnasında iki kişinin göz yaşartıcı bomba atılması sonucu ölümü ve başvuranın da bu nedenle yaralanması olguları dikkate alındığında, polis memurlarının büyük bir özgürlükle hareket ettikleri ve düşüncesizce inisiyatif aldıkları sonucunun çıkarılabileceği düşünülmektedir. Müdahalede bulunan polis memurlarının eğitim alıp, uygun talimatlarla yönlendirilmiş olmaları durumunda, muhtemelen böyle bir olayın gerçekleşmeyeceği değerlendirilerek 3. madde dolayısıyla ihlal kararı verilmiştir⁷³.

Görüldüğü gibi esas sorun polisin toplumsal olaylara müdahalesinde takındığı tavır olarak belirlemektedir. Son zamanlarda uluslararası düzeyde biber gazının kimyasal silah olarak kabul edilip edilmemesi tartışmalarını bir tarafa bırakırsak kolluk görevlilerinin toplanma özgürlüğünün güvenli bir şekilde temin etmenin ötesinde karışıklık yaratanları ya da katılanları cezalandırıcı bir amaç güttüğü görülmektedir. Polisin zaman zaman yetkisiz veya orantısız güç kullanmasında ısrarcı tavrı işkence ve kötü muamele yasağının sistematik olma unsurunu yerine getirebileceği ihtimalini de göz ardı etmemek gerekir. Kaldı ki diğer yönden bu aşırılık toplantı ve gösterilerde polisin olayların herhangi bir tarafı olduğu sanısını arttırabilecek ve vatandaşın kendi güvenlik güçlerine güvenmediği bir ortam yaratabilecektir.

⁷⁰ Ali GÜNEŞ/Türkiye kararı, para. 43.

⁷¹ Gemalmaz, İşkence Yasağı, s. 213., ayrıca bkz., Soering/Birleşik Krallık, para. 100,

⁷² Abdullah YAŞA ve Diğerleri/Türkiye kararı

⁷³ Abdullah YAŞA ve Diğerleri/Türkiye kararı, para. 49, 50, 51.

3.3. Usulî İhlal

Yine *Ali GÜNEŞ/Türkiye* kararında AİHM, başvuranın iddialarına ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmemesinin de 3. maddeyi “*usuli*” olarak ihlal ettiği değerlendirmesini yapmıştır⁷⁴. Devletin işkence ve kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumu Türkiye için alışlageldik bir tablodur. Bu sorunların ışığında cezasızlık, yetersiz bir mevzuat kadar, mevzuatla sık sık çelişen uygulamalar aracılığıyla da sistemin bütün unsurlarına nüfuz eden, yerleşik bir zihniyetin ürünü olarak ön plana çıkmaktadır⁷⁵. Devletin yüksek ve kutsal çıkarlarının her koşulda korunması esasına dayanan bu anlayış Strazburg’un ihlal kararlarından da önce toplumda açık bir vicdani rahatsızlık yaratmaktadır. Ancak bu genel rahatsızlığa rağmen devletin soruşturma izni vermeye yetkili amirinden soruşturmayı yürütecek savcılara ve hatta kovuşturmayı yapan hâkimlere kadar bu kronik bilinçli ihmali tutum ısrarla sürdürülmektedir.

3.4. “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu” Peçesi

Ulusal hukukta dikkat çeken bir diğer husus işkence suçunu oluşturan davranışlarla kasten yaralama ya da zor kullanmada sınırın aşılması suçunu oluşturan davranışlar arasında kesin bir fark olmaması durumudur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 256. maddesinde düzenlenmiş olan “*Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması*” suçuna vücut verecek kimi fiiller, işkencenin önlenmesine dair sözleşmelerde geçen zalimane ve insanlık dışı davranışlar olabilecektir. Değınmeye çalıştığımız Strazburg kararlarından ortaya çıkan ilkelerden hareket edecek olursak zor kullanmada sınırın aşılması suçunun işkence suçunu oluşturmasının mümkün olduğu söylenebilecektir. Ancak kanun koyucunun ayrı bir suç tipi öngörerek işkence ve kötü muamele oluşturabilecek kadar ağır olmayan eylemleri bu suç kapsamında görmeye yönelik bir düşünce içinde olduğu söylenebilir. Toplanma özgürlüğüne yönelik zor kullanmada yetkisizlik halinde yapılacak müdahalenin orantısından söz edilemeyeceğine değınmiştık. Böyle bir suç tipi işkencenin istisnasızlığına aykırı bir şekilde yetkisiz olarak daha az yoğunlukta acı ve ızdırap verilerek müdahale edildiğinde devreye girecektir. Aslında uluslararası eğilimin de açıkça işkence ve kötü muamele saydığı fiiller zor kullanmada sınırın aşılması suçunun varlığıyla adeta peçelenecektir. Böyle bir suç tipi daha önce bahsettiğimiz usuli ihlal sebebi olan cezasızlık sorununun devam etmesine yönelik temel dayanaklardan biri olabilecektir.

⁷⁴ *Ali GÜNEŞ/Türkiye* kararı, para. 46

⁷⁵ Aynı yönde bkz., Atılın M., Işık S., *Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye’de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri*, Tesev Yayınları, İstanbul 2011, s.78

SONUÇ

İç hukukta toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olarak tanımladığımız toplanma ve gösteri yapma özgürlüğünü bu dar anlamından kurtarmak gerekmektedir. Nitekim bu durumun aksi, insanın doğasında bulunan toplanma güdüsünün ve ifade hürriyetinin bir farklı türü olan bu insani refleksin sınırlandırılması anlamına gelebilecektir. “Düzenleme” tabiriyle anılan özgürlüğün sadece organize bir şekilde planlanarak kullanılacağı anlaşılmaktadır. Oysa kendiliğinden ve ani gerçekleşen toplanmaların da bu özgürlük içinde anlaşılması gerekir.

Bir toplantı veya gösterinin güvence altına alınan özgürlüğün kapsamında düşünülmesi için gerçekleştirilen eylemin en azından asli unsurları tarafından barışçıl tarzda icra edilmesi gerekmektedir. 2911 sayılı Kanun’un yapıldığı dönemin korku ve paranoyalarını taşıyan ve bu uğurda güvenlik-özgürlük ikileminden güvenlik safında yer alan bir anlayışı benimsemesi nedeniyle Strazburg’un dayandığı felsefi zemin bakımından ciddi oranda çeliştiği açıktır. Toplanma ve gösteri yapma özgürlüğünün kimsenin ilgisini çekmeyen bir şekilde yapılması hakkın amacıyla bağdaşmayacaktır. Kötü belediye hizmetleri sebebiyle suların kesilmesi, çarpık kentleşmeye karşı -belki de bilinçli siyasi nedenlerle- yeterli derecede önlemler alınmadığından sokaklara giremeyen itfaiye araçları ve bunun sonucu olarak küçük bir kıvılcımla başlayıp tamamı yanan tarihi yapılar, yine yol, köprü, toplu taşıma gibi kamusal hizmetleri yeterli şekilde yerine getirilmemesi dolayısıyla saatlerce akmayan trafik ve geciken ambulanslar... Bahsedilen aksaklıkların normal karşılandığı bir toplumda sorumluluğun büyük ölçüde amacı bireye hizmet olan devlete ait olduğu açıkken, bir arada yaşama sözleşmesi yapmış olan insanların doğasında bulunan bu özgürlüğün peşinen kamu düzenini bozduğu düşüncesinin kabulü mümkün olmamalıdır. Söz konusu özgürlüğün kimsenin keyfini kaçırmayacak bir şekilde yapılması yerine bir arada yaşamının komplikasyonlarından biri olarak kabulü daha akılcı olacaktır. AİHM’yle uyumlu olarak ifade hürriyetiyle neredeyse aynı karaktere sahip olan bu hakkın sınırlarını geniş yorumlayarak toplanmaların asli katılımcılarının büyük ölçüde ve genel olarak barışçıl niteliği kaybetmemiş olma ölçütü esas alınmalıdır.

Şiddet çağrısı ve hareketleri içeren, genel olarak barışçıl tutum içermeyen toplumsal olaylarda dahi kolluk güçlerinin güç kullanmasına ilişkin, başta gereklilik ve orantılılık olmak üzere, ulusüstü insan hakları hukuku standartlarına uygun davranmaları gerekmektedir. Geniş çaplı toplumsal olaylarda toplanma ve gösteri özgürlüğü karşısında şaşkınlık geçiren profesyonel (!) devlet yöneticilerinin içinde bulunduğu telaş ve panikle hareket etmesi hiçbir durumda mazur görülemeyecektir. Her toplanma ve

gösteride provokatif eylemcilerin olması durumunun eşyanın tabiatı gereği olduğu kabulüyle bu unsurların ayıklanması görevinin anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle de ideolojik duygularına yenik, taraf haline gelmiş geleneksel kolluk zihniyetinin değiştirilerek profesyonel⁷⁶ bir kolluk eğitiminin ciddiye alınması gerekmektedir. Cebir kullanma tekeli elinde bulunduran devletin kolluk görevlilerinin mesleki eğitimi vatanseverlik(!) anlayışından ziyade öfke kontrolü ve soğukkanlılığın sağlanması üzerine kurulmalıdır. Bu eğitimde psikolojik ve fiziki bir donanımın yanında zor kullanma yetkisinin uygulamasına yönelik evrensel insan hakları standartları eğitiminin verilmesi uygulamada yer alan aksaklıkların çözümü noktasında büyük fayda sağlayacaktır⁷⁷.

AİHM'in Türkiye hakkında verdiği *Oya ATAMAN, Ali GÜNEŞ* ve *Abdullah YAŞA* kararlarında biber gazı kullanımının normatif ve içtihadî standartları açıkça ifade edilmiştir. İnsan haklarına yönelik daha fazla ihlal yaşanmaması için uluslararası toplumda "kimyasal silah" olma yönü tartışılan biber gazı uygulaması yeniden masaya yatırılmalı ve bu yöntemden vazgeçilemeyecekse kullanımında Strazburg içtihatları ve diğer evrensel standartlar benimsenmelidir.

982 Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca AİHS düzenlemeleri ve bunun açık bir yorumu niteliğinde olan AİHM kararları çağın genel beklentisine cevap vermeyen ulusal düzenlemelerden açıkça üstün kabul edilip ortaya uyumsuzluk çıkmadan anılan özgürlüğün sınırları idarelerce yeniden belirlenmelidir. Bu ön kabulde yasadışı olduğu nitelemesi yapılamayacak bir toplanmaya devletin güvenlik güçlerince yapılacak yetkisiz müdahaleler işkence ve kötü muamele yasağı gibi mutlak olarak korunan bir diğer temel hakkın ihlaline neden olabileceğinin kabulü gerekmektedir. 5237 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınmış olan zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun oluşabilmesi için zor kullanma yetkisinin varlığı ön şartı aranırken AİHM içtihatları ışığında değerlendirme yapılmalıdır. Zor kullanma yetkisinin şeklen var olduğunun kabulü kolluğun esasen işkence veya kötü muamele oluşturan eylemlerinin daha masum görünen bir suçun peçesi ardında kalmasını sağlayacaktır. Türk Ceza Kanunu'nda zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması ile işkence suçlarının soruşturulma usulleri ile yaptırımları arasındaki fark, birincisinin ikincisinin koruma kalkını olarak kullanılmasının nedenini ortaya koymaktadır.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., http://www.pa.edu.tr/APP_DOCUMENTS/D478B2AD-3813-4555-9629-6332F8CF8D33/cms_statik/_dergi/2004/3-4/115-130.pdf

⁷⁷ Osmanoğlu M. K., "Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt-XVII, Yılı: 2013, Sayı 1-2, s. 1582

Kolluk güçlerinin genel olarak toplumsal olaylara haksız müdahaleleri sonucunda suç şüphesi oluşturan fiillerinin yeterince soruşturulmaması cezasızlık olgusunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yetkisiz veya orantısız ve ölçüsüz müdahalelere karışmış kolluk görevlilerinin soruşturmaları sonucunda -neredeyse kural haline gelmiş olan- takipsizlik kararları işkence ve kötü muamele yasağı bakımından usuli ihlallerin ana nedeni olarak görülmektedir. Cezasızlık olgusunun ortaya çıkmasına Türkiye’de genel olarak devlet organlarının bireyler karşısındaki üstünlüğü anlayışına dayanan, bunun uzantısı olarak da kamu görevi mensupları arasındaki korumacı ve dayanışmacı refleksin sebep olduğu kanaatimizce söylenebilir.

Temeldeki asıl sorun, son yarım asırda Türkiye’nin esas almak istediği özgürlükçü batılı insan hakları sistemi ile eski bir alışkanlık olarak totaliter devlet anlayışının kendi takdir ettiği kamu düzeninin sağlanması için kullandığı sorgulanamaz, üstün ve kutsal yetkilerin oluşturduğu paradokstur. Türkiye’de Devletin ve organlarının öncelikle güvence altına alınan hakları gerçekten birer temel hak, insan hakkı olarak değerlendirmesi ve adalet anlayışını buna göre konumlandırması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ALTIPARMAK Kerem;** İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu, Toplum ve Bilim, sayı:115, Birikim Yayınları, İstanbul 2009, s.138 vd.
- ANAYURT Ömer;** Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998
- ATALAY Esra;** Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 65, İzmir, 1995
- ATILGAN Mehmet / IŞIK Serap;** Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye’de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri, Tesev Yayınları, İstanbul 2011
- AYTAÇ Ahmet Murat;** Kitle ve Siyaset: Kalabalıkların Yönetimi; Doktora Tezi, Ankara 2009
- ÇEÇEN Anıl;** İnsan Hakları Rehberi, Bilim Yayıncılık, Ankara, 1999
- DOĞAN İlyas / KAYA Mehmet;** İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Yayınları, Ankara 2011
- DOĞRU Osman / NALBANT Atilla;** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara, 2013
- GEMALMAZ Mehmet Semih;** İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002
- GEMALMAZ Mehmet Semih;** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Analizi (Madde3/İşkence Yasağı), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006
- Guidelines on FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY;** Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg 2010
- GÜRAN Sait;** İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969
- HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M.;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, 2013.
- İŞGÖREN Ali;** Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011
- KABOĞLU İbrahim Ö. ;** Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989
- OSMANOĞLU M. Kerem;** Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri ve Hukuki Statüsü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Yıl: 2011, s. 65-91.

OSMANOĞLU M. Kerem; Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt-XVII, Yılı: 2013, Sayı 1-2

ÖNOK R. Murat; Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2006

TANYAR Ziya Çağa; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, AÜHFD, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, s. 593-634.

YARSUVAT Duygun; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti, İstanbul, 1968

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

AKTAN Hamdi Yaver; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü ve Özgürlüğü ile İlgili Değişiklikler ve AIHM ve Yargıtay Uygulaması, Türkiye Barolar Birliği İHAUM Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2004, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-halari-avrupa-sozlesmesi-ve-adli-yargi.pdf>

ALTIPARMAK Kerem; “Gezi’nin Hatırlattığı Hak: Barışçıl Toplantı” <http://bianet.org/bianet/bianet/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplanti>

FENDOĞLU H. Tahsin; 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf

GÖZLER Kemal; 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf

KABOĞLU İbrahim Ö; 2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf

KURŞUN Günal; 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011, http://www.iccnw.org/documents/101_questions_on_the_ICC_Gunal_Kursun_Sept_2011_BOOK.pdf

PÂKOZDY Csaba; The power of state versus freedom of assembly in the light of the case-law of the European Court of Human Rights and the Hungarian jurisprudence, Miskolc Journal of International Law VOLUME 4. (2007) No. 2. pp. 46-53. (<http://heinonline.org>)

<http://www.adalet.gov.tr>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<http://ihami.anadolu.edu.tr>

<http://www.pa.edu.tr>