

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ

ON POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATES REGARDING THE FREEDOM OF ASSEMBLY AND DEMONSTRATION

Çiğdem ÇIMRIN*

Özet: Devletlerin barışçıl olan toplantı ve gösteri yürüyüşlere ilişkin pozitif sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sorumluluklar uluslararası insan hakları sisteminde ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları kapsamında temellerini bulmaktadır. Türkiye Anayasası kapsamında, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü açısından uluslararası kabul gören bu pozitif yükümlülükler üstlenilmiştir.

Pozitif yükümlülük kavramı devletlerin kendi egemenlikleri altındaki kişileri koruma görevleri üzerine oturmaktadır. Devlet-birey arasında dikey bir ilişki bulunur; ancak pozitif yükümlülüklerin aynı zamanda yatay bir boyutu da bulunmaktadır. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan hakların bireylerin kendi arasındaki ilişkiler açısından da devletler tarafından etkin bir şekilde korunmasının sağlanması gerekir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü alanında hem dikey hem de yatay ilişkiler bakımından devletlerin pozitif yükümlülüklerinin hukuki değerlendirilmesi ve bu bağlamda da Türkiye'deki düzenlemeler ve uygulamasının, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve içtihatları ve sonrasında da Anayasa'ya uygunluk değerlendirilmesini yapmak gerekir.

Anahtar Kelimeler: Devletin Pozitif Yükümlüğü, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 11, Pozitif Yükümlülüğün Yatay Etkisi, İnsan Hakları, Anayasa madde 13, Karşı Gösteri, Olağanüstü Hallerde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü.

Abstract: The states have positive obligations regarding the freedom of assembly and demonstration provided that such freedom is exercised in a peaceful manner. These obligations find their grounds under the international human rights system and particularly in the European Convention on Human Rights and its precedents. These – internationally accepted – positive obligations of the states with respect to the freedom of assembly and demonstration were also assumed by Turkey under its Constitution.

* İstanbul Barosu Avukatı ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

The concept of the positive obligation sits on the state's duty of protection of people who are subjects of the state's sovereignty. It should be noted that there is a horizontal relationship between the state and the individual; however, the positive obligation of the state extends to the relations of individuals as well. Indeed, the state has to procure the effective protection of rights, which are guaranteed under the European Convention of Human Rights, in between individuals who are entitled to enjoy similar freedoms.

Together with a legal analysis which should be made with respect to states' positive obligations on both horizontal and vertical relations in the field of the freedom of assembly and demonstration, a compliance study on Turkish regulations and practice should be conducted by taking into consideration of the European Convention of Human Rights and relevant precedents and the Turkish Constitution.

Keywords: Positive Obligations of the States, Freedom of Assembly and Demonstration, Article 11 of European Convention of Human Rights, Vertical Effect of Positive Obligations, Human Rights, Article 13 of the Constitution, Counterdemonstration, Freedom of Assembly and Demonstration under State of Emergency.

Giriş

Bireysel bir hak olan ifade özgürlüğünün toplu kullanımı niteliğinde olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının aslında ifade özgürlüğü örneğinde diğer tüm bireysel hakların bir tamamlayıcısı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") 11. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 34. maddesi kapsamında da korunan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmak isteyen insanlar kalabalıklar oluşturarak toplu bir şekilde seslerini duyurmak ve genelde siyasi iktidar üzerindeki etkilerini arttırmak amacını gütmektedirler. Bu kimselerin o kalabalıklar içinde bireyselliğinden sıyrılarak o topluluğun bir üyesi olarak davrandığı gözlemlenmeye başlanır. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin içinde bulunan kişilerin topluluk içindeyken, topluluğu bir araya getiren etkenlerin etkisiyle tek başına hiçbir zaman yapmayacağı davranışlar sergilemesi de mümkündür.¹ İşte bu ihtimal karşısında Türkiye'de olduğu gibi birçok ülke hukuk sisteminde toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkı bir-

¹ Engin Fırat, Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları – Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS Madde 3 Kapsamında Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl:5 Sayı:19, 2014, s. 751.

takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Fakat bu sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) içtihatları kapsamında değerlendirildiğinde asla hakkın özüne dokunur nitelikte olmaması gerektiği açıktır. Bu bağlamda bu makalenin de konusu olan devletlerin pozitif yükümlülükleri büyük önem taşımaktadır. Gerçekten de toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkı Birleşmiş Milletler Özel Raportörünün de belirttiği gibi uluslararası insan hakları hukuku kapsamında devletlerin hem etkin bir şekilde barışçıl toplantıları korumaya yönelik hem de barışçıl toplanma özgürlüğünü gerçekleştirmeyi kolaylaştırıcı pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.²

Bu çerçevede Özel Raportör tarafından devletlerin (i) barışçıl toplanma hakkını, ifade özgürlüğü ile örgütlenme hakkını kullanmakta olan bireylere karşı fazla güç kullanımı gibi ihlâl e yola açıcı davranışlardan kaçınma; (ii) bu hakları kullanmakta olan bireyleri devlet dışı aktörlerin suistimalinden koruma ve (iii) ihlâllerin gerçekleşmesini önleyici pozitif önlemler olarak bu hakları uygulamak ve böylelikle herkesin özgürce ve etkin bir şekilde bu haklardan faydalanmalarını sağlamaları gerekliliğine işaret edilmiştir.³ Diğer bir anlatımla, Özel Raportör her hakkın getirebileceği üç tür yükümlülüğü yani devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlâlde bulunmamasını gerektiren ‘saygı gösterme yükümlülüğünü’, devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve failerin cezalandırılmasını gerektiren ‘koruma yükümlülüğünü’ ve son olarak hakkın tümünden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren ‘uygulama yükümlülüğünü’ ifade etmiştir.

Benzer şekilde İnsan Hakları Konseyi 2013 yılında aldığı kararında “devletlerin insan haklarını koruma ve destekleme ve insan hakları ihlâllerini önlemekle yükümlü” oldukları belirtilerek tüm Birleşmiş Milletler üye devletlerini egemenliklerinde bulundurdıkları birey ve gruplara barışçıl toplantı özgürlüklerinden en iyi ölçüde faydalanmaları için güvenli ve uygun bir çevrenin sağlanması ile iç hukuk ve

² Maina Kiai, Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and association, UN document A/HRC/23/39, 24.04.2013, §49.

³ Maina Kiai, Summary of the Human Rights Council panel discussion on the promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN document A/HRC/19/40, 19.12.2011, §14.

uygulamalarının da bu bahsedilen insan hakları yükümlülükleri ve taahhütlerine uygun şekilde gerçekleştirme gerekliliğinin altı çizilerek⁴ aslında AİHS'te benimsenen yaklaşıma paralel bir duruş sergilenmiştir. Gerçekten de AİHM'in AİHS'de yer alan haklara sağlanacak korumayla alakalı ortaya koymuş olduğu genel ilkeye göre AİHS'in ana amacı haklara teorik veya farazi değil somut ve etkin bir koruma sağlamaktır.⁵

İşte yukarıda örnekleri verilmiş uluslararası kurumların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı özelinde devletlere yükledikleri pozitif sorumlulukları bu makale çerçevesinde hem AİHS hem de Türk hukuku uygulamaları açısından değerlendirilecek ve son dönemlerde ülkemizde olduğu gibi çeşitli Avrupa ülkelerinde uygulama bulan olağanüstü hâllerin bu hakkın kullanılmasına ilişkin etkisine de kısaca değinilecektir.

A. Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri

(a) Genel Olarak Pozitif ve Negatif Yükümlülüklerin Değerlendirilmesi

AİHS gibi insan haklarının şekillendirilip temele oturtulduğu uluslararası belgelerin en önemli amacı bu hakların muhatapları tarafından etkili bir biçimde kullanılabilir olmasını sağlamaktır. AİHS'in benzer nitelikteki insan hakları belgelerinden ayıran en önemli özelliği insan haklarını beyan etmekle kalmayıp aynı zamanda bu hakların gerçekten etkin kullanılması için devlet organlarının söz konusu hakların kapsamları çerçevesinde ne gibi sorumluluklarının olduğunun belirlenmesi hususunda AİHM aracılığıyla AİHS'in yorumlanması suretiyle içtihatlarında devletlerin yükümlülüklerinin belirlenmiş olmasıdır. Bu bağlamda AİHM devlet yükümlülüklerini iki kategoride toplayan bir yaklaşımı seçmiştir: (a) negatif yükümlülükler ve (b) pozitif yükümlülükler.⁶ Devletlerin, hakların kullanılmasına müdahale etmemesini gerektiren negatif zorunlulukların AİHS'in özünden kay-

⁴ "The promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests", Human Rights Council, Resolution 22/10, 21.03.2013, §2 ve §3.

⁵ Örneğin, Komisyon Kararı, Artico/İtalya, 13.05.1980, Başvuru No. 6694/74, §33.

⁶ Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hakkında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

naklandığı kabul edilse de pozitif yükümlülükler açısından durum biraz farklıdır. Bu demek değildir ki pozitif yükümlülükler AİHS metninin içinde yer almamaktadır, elbette sözleşmenin lafzında açık açık pozitif yükümlülükler şeklinde belirtilmese de pozitif yükümlülük olarak yorumlanabilecek devletlerin saygı göstermesini söyleyen hükümler yerlerini almıştır; ancak bu kavram aslen 1968 yılında *Belçika dil hakları davasında* ortaya çıkmıştır.⁷ Bu kararda AİHM'e göre '1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesindeki 'Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz' cümlesinde hak kelimesi kullanıldığı için, hüküm içinde eğitim hakkından ve 1 No'lu Ek Protokol'ün Başlangıç kısmında 'bu hak ve özgürlükleri birlikte yerine getirmekten' söz edildiği için bu maddenin bir hakkı içerdiğinden kuşku yoktur. Maddenin negatif ifade tarzına rağmen, devletin eğitim hakkını sağlamada pozitif bir yükümlülüğü bulunmadığı sonucu çıkarılamaz; bir hak var olduğunda, Sözleşme'nin 1. maddesine göre devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için bu hak güvence altına alınmalıdır'. Bu kararın ardından AİHM özellikle pozitif yükümlülüklerinin net ve sınırlayıcı bir tanımını yapmaktan kaçınarak ama önüne gelen davada dikkate aldığı olaylar ışığında bu yükümlülüklerin kapsamına yeni unsurlar ekleyerek yorumlamasına devam etmiştir. Bu halde de hakların korunması bağlamında devletlerin yerine getirmeleri gereken şartların genişlediği gibi bir durum ortaya çıktığı söylenebilir.

Bu yükümlülüklerin hukuki temellendirmelerinin iyi yapılması önem arz etmektedir. Gerçekten de AİHM, pozitif yükümlülük kuramını yukarıda değinilen Belçika dil hakları davasında yapmaya başladığı gibi, AİHS 1. maddesinin devletlere yüklediği '*kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak*' görevini, AİHS'in diğer ilgili maddeleriyle birlikte okuyarak geliştirmiş olduğunu görmekteyiz.

Her ne kadar AİHM sınırlayıcı bir tanım yapmaktan kaçınmış olsa da pozitif yükümlülükler kavramı, karşı oy yazıları ile doktrinde tanımlanmaya çalışılmıştır. Yargıç Mantens, *Gül/İsviçre* davasında yazdığı karşı oy yazısında pozitif yükümlülük '*taraf devletlerin harekete*

⁷ Komisyon Kararı, Belçika'da Eğitim Dili Davası/Belçika, 23.07.1968, Başvuru No. 1474/62.

geçmesi gereken durumlar' şeklinde tanımlarken,⁸ doktrine bakıldığında Harris, O'Boyle ve Warbrick tarafından biraz daha geniş ama paralel anlama gelecek şekilde, sosyal gerçeklikte insan haklarının etkinliğini sağlamak, temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesini önlemek ve haklardan etkili şekilde yararlanabilmek için devlet tarafından alınması gereken önlemler olarak tanımlanmıştır.⁹

AIHM'in bugüne kadar verdiği kararlar göstermektedir ki, AIHM, devletin olumlu bir edimde bulunmasına veya AIHS'de yer alan bir hakkın doğrudan devletin eylemiyle ihlâli söz konusu olmasa bile, o hakkın norm alanıyla ilişkili durumlara yönelik her türlü talebi pozitif yükümlülük olarak değerlendirmektedir.¹⁰ Kavram bu şekilde taraf devletlerin aktif tavır almasını gerektiren bütün durumları ifade edecek şekilde olunca, pozitif yükümlülükler, üçüncü kişilerden ya da dışarıdan gelecek tehlikelere karşı koruma tedbirleri alma, bazı olanaklar sağlama, bilgilendirme, tercüman sağlama, meydana gelen hak tecavüzlerini etkin bir şekilde araştırma ve failleri cezalandırma gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir.¹¹ Bu konuyla ilgili olarak pozitif yükümlülüklerin yatay etkisi aşağıda anlatılacaktır; ancak ilk etapta şunu da düşünmek doğru olacaktır: Devletin aktif müdahalesini gerektiren pozitif yükümlülüklerde AIHS tahtında ihlâl hali pasiflikten yani eylemsizlikten de kaynaklanamaz mı? Eylemsizlik halinde AIHS ihlâli durumu özellikle bu makalenin de konusu olan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kullanılırken karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki izinsiz veya izinsiz şekilde gerçekleştirilen barışçıl bir gösteri sırasında ortaya çıkan bir grup karşı gösterici tarafından bu gösteriye katılan bir kişinin dövülüp öldürülmesi olayında devletlerin pozitif yükümlülükleri gereği gerçekleştirilmesi gereken koruma önlemlerini almayıp pasif kalmaları AIHS kapsamında ihlâl durumu ortaya çıkarabilecektir.

AIHM'in de belirttiği gibi devletlerin bazı haklar kapsamındaki

⁸ AIHM Kararı, Gül/İsviçre, 19.02.1996, Başvuru No:23218/94.

⁹ Aktaran Cordula Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin, Springer Verlag, 2003, s.4-5.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Alastair Monbray, The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by European Court of Human Rights, Oxford, Hart Publishing, 2004, s.2.

pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki sınırı kesin olarak tanımlamak mümkün olmamaktadır.¹² Diğer bir ifade ile bir eylemsizlik durumu ne negatif ne de pozitif yükümlülükler bağlamında yorumlanabilecektir. Örneğin *Powell/İngiltere* davasında,¹³ Londra Heathrow havalimanı yakınlarında yaşayan başvuruçular 8. maddede güvence altına alınan özel hayat hakkının ihlâli anlamına geldiğini düşündükleri gürültü seviyesinden şikâyetçi olmuşlar ve bundan dolayı devletin sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM bu davada başvuruçuların bir pozitif yükümlülüğün mü yoksa negatif yükümlülüğün ihlâlinden mi şikâyetçi oldukları hakkında bir karar vermeyerek ‘söz konusu dava ne devletin uygun ve makul tedbirler alarak başvuruçuların 8. maddenin birinci fıkrası kapsamındaki haklarını güvence altına alma yönündeki pozitif yükümlülük açısından değerlendirilebilir ne de bir kamu makamı tarafından müdahale ile ilgili olarak ikinci fıkra uyarınca haklı gösterilebilir, uygulanacak ilkeler çok geniş şekilde benzerdirler’ demiştir. Burada altını çizmek istediğim husus bir pozitif yükümlülüğün ihlâli için devletin mutlaka tümünden pasif olması gerekli değildir, devlet müdahale etmiş olabilir fakat yeterli önlemleri almamışta olabilir.¹⁴ Bu durumda devleti pozitif yükümlülükler açısından sorumlu kılan ‘kısmi bir yerine getirmeme eylemi’ olacaktır.¹⁵

(b) Pozitif Yükümlülük Türleri

Pozitif yükümlülükler bakımından AİHM’in kararlarında bazı ayrımlar yaptığını görmekteyiz. Bu bağlamda ‘*Usulü*’ pozitif yükümlülükler ile ‘*Esasi*’ pozitif yükümlülükler değerlendirilecektir.

AİHM, ilk olarak Öneriyıldız davasına ilişkin olarak Büyük Daire kararında, usulü yükümlülükler ile esasi yükümlülükler arasında açıkça ayırım yapmıştır. Buradaki ayırımın altını çizen ölçüt devletten beklenen eylemin esasında yatmaktadır. Güvence altına alınan hakların tam olarak kullanılabilmesi için gerekli tedbirler, örneğin polis müdahalesini düzenleyen uygun kurallar koymak, kötü muamele veya zorla çalıştırmayı yasaklama, cezaevlerinin donatılması, trans-

¹² Örneğin, AİHM Kararı, Keegan/İrlanda, 19.04.1994, Başvuru No. 16969/90, §49.

¹³ Komisyon Kararı, Powell ve Rayner/İngiltere, 24.01.1990, Başvuru No. 9310/81.

¹⁴ Bknz. AİHM Kararı, Hatton ve diğerleri/İngiltere, 08.07.2003, Başvuru No. 36022/97.

¹⁵ Jean-François Akandji-Kombe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları No.7, 2008, s.13.

seksüellerin hukuki statüsünü resmen tanımak, AIHS kurallarını evlat edinme prosedürüne veya daha geniş bir şekilde aile hukukuna vb. dâhil etmek gibi alınması gereken aslında esasi yükümlülüklerdir. Usulü yükümlülükler kişilerin daha iyi bir şekilde korunması için iç hukuk prosedürlerin düzenlenmesini gerektiren ve nihayetinde hakların ihlallerine karşı yeterli hukuk yollarını öngören yükümlülüklerdir. Bu durum (haklarının ihlâl edildiğini ileri süren) bireylerin etkili bir soruşturma hakkının ve daha geniş bir bağlamda, devletin hem etkili hem de caydırıcı cezai mevzuat çıkarmak gibi görevine karşı bir arka plan sağlamaktadır.¹⁶

Pozitif yükümlülükler alanı içinde, şekli ve esasi yükümlülükler birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Usulü garantiler, devletlerin iradesi üzerinde küçük bir bozucu etki yapmasının yanı sıra, bireye asgari bir garanti sağlama avantajına da sahiptir. Esasi yükümlülükler ise, usulü garantilere anlam kazandırır ve bazen tamamlayıcı rol oynayarak onu daha ileri bağımsız bir yükümlülüğe dönüştürür.¹⁷

(c) Pozitif Yükümlülüklerin Yatay Etkisi

İnsan hakları hukuku sistematik olarak genelde bireyi devlet müdahalesinden koruma üzerine şekillenmiş bir alandır ve bu açıdan da ana odağını devlet-birey ilişkisi oluşturur. Devlet-birey arasındaki münasebet dikey bir ilişki şeklinde vuku bulur.

Pozitif yükümlülük kavramı yukarıda aktarıldığı üzere devletlerin kendi hâkimiyetleri altında bulunan kişileri koruma görevleri üzerine oturmaktadır. Bu bağlamda gerçek bir korumanın sağlanabilmesi ancak klasik dikey ilişki kuramının aşılması AIHS’te güvence altına alınan hakların bireyler arasındaki ilişkiler açısından da devletler tarafından etkin bir şekilde uygulanabilir olmasını sağlama yükümlülüklerinin varlığı durumu söz konusu olabilecektir.

AIHS’in kapsamının bireyler arasındaki özel ilişkileri kapsayacak şekilde genişletilmesi yönündeki genel eğilim “yatay etki”nin varlığını doğurmuştur. Burada devletler, özel kişiler arasındaki ilişkiye dolaylı da olsa etkide bulunmak üzere üçüncü bir kişinin davranışına engel

¹⁶ Ibid., s.16-17.

¹⁷ Cordula Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin, Springer Verlag, 2003, s.389.

olmak için faaliyete geçmektedir. Burada AIHS hükümlerinin ya da altında tanınan hakların özel kişiler arasındaki hukuki ilişkilere doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır.¹⁸ Bu daha ziyade devletlerin yatay koruma yükümlülüğü şeklinde tanımlanması gereken ve devletlerin üçüncü kişilerin başkalarının haklarına müdahalesi söz konusu olduğunda faaliyete geçmekle yükümlü olduğunu bildiren bir kurumdur.¹⁹ Şöyle ki ihlâl sonucunu doğurabilecek ve devlete isnat edilebilecek olan davranış devletin hukuken veya maddî olarak bireylerin haklarının ihlâl edilmesini önleyememesinden dolayı ya da devletin faillerin cezalandırılmasını mümkün kılmamış olmasından dolayı ortaya çıkmış olabilir.²⁰ Zira üçüncü kişiler kendilerinin yol açtığı ihlâlden ötürü sorumlu tutulmaz ise teknik bakımdan böyle bir durumda insan haklarını ihlâl eden taraf yine devlet olacaktır.

AIHS ile ilgili yatay boyut, AIHM tarafından ilk olarak *Young, James ve Webster/İngiltere* davasında üstü kapalı olarak ele alınmıştır.²¹ Bu davada başvuru, çalıştıkları kurumdaki iki sendikadan birine girmeye zorlanmalarının ve iki sendikaya da girmemeleri üzerinde işveren tarafından açık yasa hükmüne dayanarak işten çıkarılmalarının AIHS 11. maddesine aykırılığını iddia etmişlerdi. AIHM, işverene sendikaya girmede için işçiyi işten çıkarma yetkisini veren yasayı AIHS'e aykırı bulmuştu, çünkü iç hukuk, başvurunun yapıldığı sırada şikâyet konusunu hukuka uygun kılmaktadır. AIHM bunu ortaya koyduktan sonra şikâyet konu olan işverenin kamuya mı yoksa özel sektöre mi ait bulunduğunu incelemeyi gereksiz bularak, şikâyet konu olan işverenin özel sektör kuruluşu olduğu bile varsayılacak olsa sorumluluğunun özel sektör işverenlerinin davranışlarını kontrol etmek zorunda olup bundan imtina eden devletin pozitif yükümlülüğünden kaynaklanacağı kabul etmişti. AIHM'e göre bu pozitif yükümlülüklerin temeli AIHS'in 1. Maddesi'ydi ve ihlâlin devletlerin bu madde

¹⁸ Durmuş Tezcan, Mustafa R. Erdem ve Oğuz Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s.68.

¹⁹ Yüksel Metin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile ilgili Olarak Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler*, Uluslararası İlişkiler, Cilt 7, Sayı 27 (Güz 2010), s.115.

²⁰ Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, İnsan Hakları El Kitapları No.7, 2008, s. 15.

²¹ AIHM Kararı, *Young, James ve Webster/İngiltere*, 13.08.1981, Başvuru No. 7601/76.

altındaki yükümlülüklerine uymamasından ötürü meydana gelmesi halinde o devletin sorumluluğu mümkün olabilecektir.²²

AIHM daha sonra *X ve Y/Hollanda* davasında yatay etki kuramını ilk kez açık bir şekilde ortaya koymuştur.²³ Bu olayda başvurulardan Y, zihinsel özürlü olup yatılı kaldığı kuruluştaki, kuruluştaki yöneticinin damadı tarafından cinsel istismara uğramıştır. Hollanda'nın o dönemdeki iç hukuku zihinsel özürlü bir kişinin ceza hukuku açısından hakkını arayabilmesi için yeterli düzenlemeler öngörmemekteydi. Nitekim Y'nin babası olan X'in yaptığı girişimler sonuçsuz kalmış ve savcı tarafından fail hakkında bir ceza davasının açılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Bu karar, ilgili iç hukuk organlarıca onaylamıştır. Başvurucular, faile karşı cezai girişimlerde bulunmanın imkânsız olmasının AIHS 8. maddesini ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. AIHM önce 8. maddenin negatif yükümlülüklerinin yanında pozitif yükümlülükler de içerdiğini belirtmiş sonra da açıkça pozitif yükümlülüklerin bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerli olduğunu hükme bağlamıştır.²⁴

Yatay etkinin bu makalenin konusunu oluşturan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bakımından önemli bir yeri bulunmaktadır. Gerçekten AIHM tarafından *Platform Arzte Für Das Leben/Avusturya* davasında²⁵ AIHS 11. Maddesiyle ilgili olarak silahsız ve saldırısız toplantı hürriyetinin devletin müdahale yasağını gerektirmenin yanı sıra ilgili maddenin amacının kişiler arasındaki ilişkilerde de devletin pozitif yükümlülüğünün olduğu belirtilerek toplantılara üçüncü kişilerin müdahalesini engelleme yükümlülüğünün de devlete ait olduğu sonucu çıkarılmıştır.²⁶

Bu başlık altında bahsedilmesi gereken önemli bir husus ise yatay etkinin devlete bir tür "şizofrenlik görevi" yükleyip, devletin ihlalleri önlemek için tedbir alma veya kendi görevlileri, temsilcileri veya eylemleri tarafından meydana getirilen ihlalleri cezalandırma görevi ile

²² Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisi-ne Giriş*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 97-98.

²³ Komisyon Kararı, *X ve Y/Hollanda*, 26.03.1985, Başvuru No. 8978/80.

²⁴ Ibid., §23.

²⁵ AIHM Kararı, *Platform Arzte Für Das Leben/Avusturya*, 21.06.1988, Başvuru No.10126/82.

²⁶ Naz Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri*, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt:14, TODAİE, 1992, s. 142.

bağlı olmasıdır. Ancak böyle durumlarda pozitif sorumluluk teorisine başvurmanın ne kadar gerekli olacağı şüphelidir zira kamu gücünü kullananlar tarafından herhangi bir ihlâl durumu ortaya çıktığında neticede bu devletin müdahalesinin bir sonucu olacaktır. Bu bağlamda AİHM, *Assanidze/Gürcistan* davasında şu hususa vurgu yaparak konuyu açıklığa kavuşturmuştur: “Sözleşme sadece Yüksek Sözleşmeci Devletleri Sözleşmenin somutlaştırdığı insan hak ve özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü kılmamaktadır; ayrıca sonuç olarak, bu hak ve özgürlüklerin kullanımının güvence altına alınması için bu makamların herhangi bir ihlâlî ilk aşamada engellemesi veya bunlara karşı hukuk yolu oluşturması gerekmektedir. Devletin yüksek makamları altlarından Sözleşmenin yerine getirilmesini isteme görevine sahiptirler ve bu konuda bunu güvence altına alamama ehli-yetsizliğinin arkasına sığınmazlar”.²⁷

B. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğünün Pozitif Yükümlülükler Kapsamında Değerlendirilmesi

(a) İfade Özgürlüğü ile Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü İlişkisi

İnsanların duygu ve düşüncelerini dış dünyaya aktarma arzusu bireysel ifade şeklinde görülebileceği gibi ortak bir amaç doğrultusunda başka insanlarla bir araya gelerek kolektif bir hareket olarak da tezahür edebilir. Tek başına yapılan aktarma daha ziyade ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bakımdan aslında AİHS’nin dernek kurma ve toplantı özgürlükleriyle alakalı 11. maddesi, AİHS 10. madde altında koruma altına alınan ifade özgürlüğü ile iç içedir ve ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir.²⁸ Toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakları ve ifade özgürlüğü arasındaki bu bağ Öllinger/*Avusturya* davasında şu şekilde ifade edilmiştir: “Kendine has otonom rolüne ve özel uygulama alanına rağmen, 11. maddede düzenlenen haklar aynı zamanda 10. maddenin ışığında değerlendirilmelidir. Fikirlerin korunması ve bunları ifade etme özgürlüğü, 11. madde tarafından garanti altına alınmış hakların amaçları arasında yer alır. Bu bakımdan 10. maddenin siyasi ve genel çıkarı ilgi-

²⁷ AİHM Kararı, *Assanidze/Gürcistan*, 08.04.2004, Başvuru No. 71503/01.

²⁸ Michele de Salvia, *Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative a la Convention europeennes des droits de l’Homme*, Vol.1 – *Jurisprudence 1960 a 2002*, ed. N.P. Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, VA, 2003, s.532.

*lendiren konularda kısıtlamalara elverişli olmadığını akılda tutmak gerekir”.*²⁹

Ayrıca, ifade özgürlüğünde olduğu gibi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları sadece toplumun geneli tarafından savunulan ve kabul gören düşünce ve fikirleri korumakla yetinmez, toplumun genelini rahatsız edebilecek, endişelendirecek, hatta şok edecek veya onların belirli düzeyde tepkilerini çekebilecek bazı fikirleri savunma amacıyla da toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenebilir. Belirtmek gerekir ki AİHM ifade özgürlüğüyle alakalı kararlarında altını çizdiği ‘çoğulculuk’ kavramının sağlanabildiği ve hem vatandaşların hem de devletin farklı fikirlere karşı hoşgörü gösterebildiği ölçüde o ülkede “demokrasiden” söz edilebiliyor olacaktır ve bunların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı alanında da uygulanması gerekmektedir.³⁰ Zira toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları sadece çoğunluğun kabul ettiği fikirleri kapsamaz, özellikle azınlıkta kalan fikirleri garanti altına almaya yönelir.³¹

Barışçıl olarak toplanma özgürlüğü, AİHM tarafından da “demokratik bir toplum bakımından temel bir hak ve ifade özgürlüğü hakkında olduğu gibi toplumun temelini oluşturan bir özgürlük” şeklinde tanımlanmıştır.³² Bu bakış açısıyla devletin protesto gibi toplanma özgürlüğü kapsamında değerlendirilen hareketleri kolaylaştırıcı veya zorlaştırıcı tavrı o devletin demokratik olgunluğu açısından da belirleyici bir unsur olarak karşımıza çıkar. Gerçekten de toplanma özgürlüğünün korunması farklı inanç, yapı ve görüşlere sahip toplulukların bir arada yaşayabildiği, toleransı yüksek ve çoğulcu toplumların yetişmesine olanak sağlarken demokratik olarak nitelendirilebilecek bir toplumun da olmazsa olmaz unsurudur.

(b) AİHM İçtihatları Çerçevesinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkının Değerlendirmesi

Bir eylemin toplantı ve gösteri yürüyüşü sayılması ve dolayısıyla AİHS 11. Maddesinin kapsamına girebilmesi için hangi şekilde yapılması gerektiği konusunda AİHM’in kesin kriterler veya şekil şartı or-

²⁹ AİHM Kararı, Öllinger/Avusturya, 20.06.2006, Başvuru No. 76900/01, §38.

³⁰ Ziya Çağa Tanyar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, *AÜHFD* 60(3), 2011, s.600.

³¹ Bknz. AİHM Kararı, Barankevich/Rusya, 26.07.2007, Başvuru No. 10519/03.

³² AİHM Kararı, Djavit An/Türkiye, 20.02.2003, Başvuru No. 20652/92, §56.

taya koymadığını görüyoruz. Genel ve en basit anlamda eğer bir tanım yapılması gerekirse toplanma eylemini, birden fazla kişinin kamusal bir alanda ortak ifade etmek istedikleri bir amaç için kasti ve geçici şekilde varlık göstermeleri şeklinde tanımlamak mümkündür.³³ Bu bağlamda, üç unsura dikkat edilmesi gerekir:

- **Kişi Sayısı:** Toplanma eyleminin gerçekleşebilmesi için en azından iki kişinin bu eylem için hazır bulunması gerekmektedir;³⁴ zira 11. madde altında korunan bireysel bir hak olmakla birlikte bunun güçlü etkisi bu hakkın kolektif olarak kullanılmasından doğmaktadır.³⁵ Aksi takdirde bunun ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

- **Geçicilik:** Her bir durum için geçicilik kriterinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de AİHM'nin göstericilerin kendi görüşlerini ortaya koyabilmek için onlara yeterli sürenin tanınması gerektiğini belirterek geçiciliğin kesin bir tanımını vermekten kaçındığı gözlemlenmiştir.³⁶

- **Kamusal Alan:** Herkesin kullanımına açık kamusal alanların makul bir süreliğine toplanma özgürlüğü kapsamında kullanılması mümkün olması gerektiği ve kamu otoriteleri tarafından da bu toplantılara karşı belli bir toleransın gösterilmesi AİHS 11. madde açısından önemlidir.³⁷

Bu özgürlüğün korunması için yapılan toplantının “barışçıl” olması şarttır. AİHM, bir toplantı veya gösterinin barışçıl olup olmadığının tespiti için hakkı kullanmak isteyenlerin öncelikle niyetine bakılması gerektiğine işaret eder.³⁸ Hakkı kullanacak olan kişi veya örgütün o aşamaya kadar olan tutum ve açıklamaları burada belirleyici olmaktadır. Daha sonra da toplantı ve gösteri hakkının kullanımı

³³ Ziya Çağa Tanyar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, *AUHF* Cilt:60, Sayı:3, 2011, s.601-602.

³⁴ Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg, 04.06.2010, s.29.

³⁵ Jean Raymond, La Liberte de Manifester selon la Convention europeenne des droits de l'Homme, *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, annee 1er, No.4, 1990, s.332.

³⁶ AİHM Kararı, Balcik ve diğerleri/Türkiye, 29.11.2007, Başvuru No. 25/02.

³⁷ Ibid., §52.

³⁸ AİHM Kararı, Stankovand the United Macedonian Organisation/Bulgaristan, 02.10.2001, Başvuru No. 29221/95, §77.

sırasındaki tutum ve davranışlar, toplantı ve gösterinin “barışçıl” olup olmadığını belirlemektedir. Eğer hakkı kullananların tutum ve davranışları gerek toplantı ve gösterinin hemen başından itibaren, gerekse toplantı ve gösterinin belirli bir aşamasından sonra şiddet içeriyorsa AİHM bu durumda barışçıl bir toplantı ve gösteri hakkının kullanımı olmadığı gerekçesi ile hakka getirilen sınırlamaların artık bir ihlâl aracı olmayacağı varsayımıyla incelemeye tabi tutmamaktadır.³⁹

“Barışçıl olma” içinde başkalarını rencide edebilme veya kızdırma ihtimali olan davranışları da içerir; dolayısıyla, karşıt içerikteki protestoların şiddet içerdiği ve barışçıl olmamakla itham edilmesi doğru olmadığı gibi yapılan protesto içinde küçük bir grubun huzursuzluk çıkartarak şiddet eğilimi göstermeleri halinin de o an kullanılmakta olan toplantı özgürlüğünü barışçıl olmaktan çıkartıldığı iddiası da doğru olmayacaktır.⁴⁰

Urcan/Türkiye davasında da⁴¹, AİHM, sözü edilen ulusal eylem gününün ulusal yetkililere önceden bildirildiğini tespit etmekte, bu bağlamda, toplanma özgürlüğü ve görüşlerini bu özgürlük vasıtasıyla ifade etme hakkının demokratik bir toplumun temel değerlerinin bir parçası olduğunu dile getirmektedir. AİHM’e göre demokrasinin esasında meselelerin halka açık olarak tartışılarak çözülmesi yeteneği bulunmaktadır. Bu nedenle gerçekleştirilen eylemler, şiddete teşvik etme ve/veya demokratik ilkelerin reddini içermediği sürece, toplanma ve ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir. AİHM, bu kararda da barışçıl toplantı ve gösterilere yaklaşımını net bir biçimde ortaya koymuş, hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda, yerleşik düzene karşı çıkan ve barışçıl yöntemlerle hayata geçirilmesi savunulan siyasi düşüncelerin toplanma özgürlüğü veya başka yasal yollarla dile getirilebilmesine imkân tanınması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, kararda: “(...) göstericilerin şiddet eylemlerinde bulunmadığı durumlarda, AİHS’in 11. maddesi ile güvence altına alındığı şekilde toplantı özgürlüğünün içeriğinin boşaltılmaması için, yetkili

³⁹ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, Beta Yayınları, İstanbul, s.383.

⁴⁰ AİHM Kararı, Ali Güneş/Türkiye, 10.04.2012, Başvuru No.9820/07, §41.

⁴¹ AİHM Kararı, Urcan ve diğerleri/Türkiye, 17.07.2008, Başvuru No. 23018/04, 23042/04, 23034/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04 ve 23676/04.

mercilerin barış yanlısı toplanmalara hoşgörüyle yaklaşması önem arz etmektedir” denilmektedir.⁴²

Barışçıl bir gösteriye katılmak için izin almak gerekmemekle birlikte izne bağlanmış bir toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının başlı başına AİHS 11. maddesine aykırılık oluşturduğunu iddia etmek doğru olmayacaktır.⁴³ Bildirim ve/veya izin prosedürü devletin yükümlülüğünün değerlendirilmesi konusunda iki yönüyle önemlidir: ilk olarak bu prosedür, devlete ve devlet makamlarına bir gösteri yürüyüşünün barışçıl olduğu konusunda teminat vermektedir. İkinci olarak, bu prosedür devlet makamlarına, toplantı ve gösteri yürüyüşünün sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri alma imkânı vermektedir. Başka bir deyişle, izin alındıktan sonra devletin, toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale etmeme negatif yükümlülüğü ile birlikte, bu toplantı ve gösteri yürüyüşünün sağlıklı yapılması için gerekli tedbirler alma pozitif yükümlülüğü oluşmaktadır.⁴⁴

AİHM de izne bağlanmış bir toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kamu düzeni ve ulusal güvenlik nedenleriyle böyle bir izin prosedürüne devletlerin ihtiyaç duyabileceğini dikkate almaktadır.⁴⁵ Fakat toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izne bağlandığı durumlarda bu izin mekanizmalarının hakkın kullanılmasına engel olacak şekilde işletilmiyor olması gerekmektedir. İzin ve/veya bildirim açısından iki konu AİHM içtihatları çerçevesinde önem taşımaktadır. Bunlar iznin verilmemesi halinde göstericilerin barışçıl şekilde bu haklarını pratik etmeleri durumu ile iznin alınmasının imkânsız olduğu veya kamuoyunun dikkatini çekmek için güncel konularda acil bir şekilde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesi gerektiği hallerdir. Bunlar tahmin edileceği üzere devletler bakımından AİHS 11. maddesi çerçevesinde bazı sorunlar doğurabilmektedir. Örneğin, *Oya Ataman/Türkiye* davasında iç hukuka açıkça aykırı bir şekilde ön bildirimsiz olarak gerçekleştirilen bir toplantı ve gösteri yürüyüşü söz konusu olmuştur. Baş-

⁴² Engin Fırat, Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları - Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS Madde 3 Kapsamında Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl:5 Sayı:19, 2014, s. 765.

⁴³ Bknz. AİHM Kararı, Skiba/Polonya, 07.07.2009, Başvuru No. 10659/03 (kabul edilmezlik kararı).

⁴⁴ Ümit Kılınç, Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri, TBB Dergisi 2014 (110), s.287.

⁴⁵ AİHM Kararı, Gün ve diğerleri/Türkiye, 18.06.2003, Başvuru No. 8029/07, §80.

vurucu Oya Ataman İnsan Hakları Derneği üyesi olan bir avukattır. Başvurucu bu sıfatla F tipi cezaevlerini protesto etmek için İstanbul Sultanahmet Parkı'nda yapılacak basın açıklamasıyla son bulacak bir yürüyüşe katılmıştır, kolluk güçleri bildirimsiz gösteri yapıldığını fark edince grubun kamu düzenini bozdukları gerekçesiyle dağılması uyarısında bulunmuştur. Uyarıyı dinlemeyen gruba polis biber gazı kullanmış ve aralarında başvurucunun da bulunduğu 39 göstericiyi gözaltına almıştır. Başvurucu, bu gözaltı ile Türkiye'nin kendisinin ifade ve toplantı özgürlüklerini ihlâl ettiğini iddia etmiş ve konuyu AİHM'e taşımıştır. AİHM, bir gösterinin mevzuata uygun olmamasının barışçıl şekilde toplanma özgürlüğünün kullanılmasına müdahale edilmesini haklı kılmayacağını ifade etmiş ve elliye yakın kişinin kamuoyunun dikkatini güncel bir soruna çekmek istemiş olmasının odaklanılması gereken ana unsur olduğunu ifade ederek ihlâl kararı vermiştir.⁴⁶ Gündemin hızlı bir şekilde değiştiği bu zamanlarda seslerini duyurmayı isteyen barışçıl topluluklara sırf izin veya bildirim zorunluluğuna uymadıkları için kamu düzenini bozdukları iddiasıyla kolluk tarafından müdahaleye maruz kalmalarının AİHM tarafından kabul görmediği söylenmelidir.

Toplanma ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve barışçıl olmayan karışık gösterici saldırılarından korunması için devlet makamları tarafından bir koruma mekanizmasının oluşturulması gerekmektedir. *Ilinden Birleşik Makedonyalılar Derneği ve Ivanov/Bulgaristan* davası bu açıdan devletlerin pozitif yükümlülüklerini tespit edici önemli bir yanı bulunmaktadır. Makedon azınlığın haklarını korumayı amaç edinmiş bir derneğin bir anıt önünde gösteri yapmak üzere başladıkları yürüyüşlerine karşı bir grup kişinin sözlü ve fiziksel saldırıda bulunmasıyla ortaya çıkan karmaşaya polisin müdahale etmekte yetersiz kaldığı olayda AİHM, karışık göstericilerin saldırılarını engellemek amacıyla polisin daha erken harekete geçmesi ve gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirterek AİHS 11. maddenin ihlâli sonucuna varmıştır.⁴⁷

⁴⁶ AİHM Kararı, Oya Ataman/Türkiye, 05.12.2006, Başvuru No.74552/01.

⁴⁷ AİHM Kararı, *Ilinden Birleşik Makedonyalılar Derneği ve Ivanov/Bulgaristan*, 02.10.2001, Başvuru No. 44079/98.

Bu varılan sonucun tam tersi, 1980'li yıllarda verilen kararlarda bir gösteriyi protesto amacıyla bir karşıt gösterinin düzenlenmesi ve olası şiddet hareketleri her iki gösterinin de yasaklanması için yeterli sebep sayılırken, daha yeni kararlarda AİHM karşıt gösteri düzenlenmesinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ortadan kalkması anlamına gelmeyeceğinin altını çizdikten sonra, böyle durumlarda kolluğun, toptan yasaklama yerine, şiddet hareketlerini engelleyecek daha yumuşak tedbirler alarak hakları güvenceye alması gerektiği üzerinde durmaktadır.⁴⁸ 2006 tarihli *Öllinger/Avusturya* kararı⁴⁹ bu bakımdan önemlidir. Karara konu olan olayda Yeşiller Partisi'ne mensup bir milletvekili, 1 Kasım 1998'de bir dini bayramda, İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi askerleri tarafından öldürülen Salzburg Yahudilerini anmak için Salzburg mezarlığında bir merasim düzenlemek ister; ancak her yıl 1 Kasım tarihinde, aynı mezarlıkta, eski Nazi kuvvet mensupları ve bunların yakınları da bir merasim düzenlemekte ve İkinci Dünya Savaşı sırasında ölen Nazi subaylarını anmaktadırlar. Yeşiller Partisi milletvekilinin asıl amacı, aynı zaman ve yerde öldürülen Yahudileri anma toplantısı düzenleyerek, bir miktar Nazi merasimini protesto etmek, yani karşıt bir gösteri düzenlemektir. Avusturya otoriteleri arbede çıkmasını önlemek ve o tarihte mezarlığa gelen ziyaretçilerin rahatsız olmamasını sağlamak için Yeşiller Partisi milletvekilinin merasim talebini reddederler. AİHM söz konusu olayda, Yeşiller Partisi milletvekilinin 11. madde ile korunan hakkının ihlâl edildiğine karar vermiş ve Avusturya'yı mahkûm etmiştir. AİHM'in gerekçesine göre:⁵⁰

- Yeşiller Partisi milletvekilinin düzenlemek istediği merasimin amacı özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazilerin işlemiş olduğu suçları protesto etmektir. Dolayısı ile bu merasimin Nazi subaylarını anma toplantısıyla aynı zamana ve yere denk getirilmesi, bu merasimin vermek istediği mesaj için son derece önemlidir.

- Milletvekilinin yapmak istediği gösteriyi yasaklamak yerine, otoriteler merasimin yapılacağı mekâna emniyet mensuplarını yollayıp, iki grup arasında bir kordon oluşturarak bunların birbirlerine

⁴⁸ Ziya Çağa Tanyar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, AUHFD Cilt:60, Sayı:3, 2011, s.615.

⁴⁹ AİHM Kararı, *Öllinger/Avusturya*, 29.06.2006, Başvuru No. 76900/01.

⁵⁰ Ibid.

karşı şiddet hareketlerinde bulunmalarını engelleme imkânları bulunurken otoriteler en uç önlemi almış ve başvurucunun gösterisini tamamen yasaklamışlardır.

- Bu yasak demokratik toplumda gerekli bir önlem değildir çünkü eğer karşıt göstericiler arasında bazı şiddet hareketlerinin ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu her durumda otoriteler toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklarsa, toplumun farklı görüşler üzerine bilgi alma hakkı sekteye uğrayacaktır.

AIHM'in yukarıda belirtilen gerekçesinde yer verilen “*demokratik 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 toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı sınırlandırılabilir. AIHM bu sınırlamaları göz önünde bulundururken, söz konusu kısıtlamanın toplumda acil bir ihtiyaca cevap verip vermediği ile kısıtlamayla ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık değerlendirmesini yapmaktadır. Gerçekten de devlet yetkililerinin koruma önlemi alırken dikkate almaları gereken eldeki spesifik durumun gereklilikleri ile şiddet hareketlerini önleyici oranda aşırıya kaçmadan müdahalede hususlarıdır. Burada pozitif yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini anlamamıza yardımcı olan en önemli konu, koruma önlemleri sonucunda ortaya çıkacak olan sonuçtan ziyade kullanılan yöntemlerdir. Bu açıdan da AIHM'in *Plattform Ärzte für das Leben/Avusturya* kararında yer alan makul ve yeterli önlemlerin ilgili durumda mevcudiyetinin tespitinin yeterli olduğunu ve bu önlemleri alırken uyguladıkları taktiklerin pozitif yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini tespiti bakımından önem taşımadığı belirtilmiştir.⁵¹

AIHM'in genel içtihadına göre kamuya açık alanlarda yapılan her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü şu veya bu şekilde gündelik hayatı ister isteme etkileyecek, mesela şehir trafiği normal olarak işlemeyecektir. Bunların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılması- nın birer doğal sonucu olarak görünmesi ve ilgili otoritelerin bu gibi durumlarda gerçek bir hoşgörü göstermeleri ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunmamaları gerekmektedir.⁵² Sonuç ola-

⁵¹ AIHM Kararı, *Plattform Ärzte für das Leben/Avusturya*, a.g.k., §34.

⁵² Ziya Çağrı Tanyar, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve*

rak *Disk ve Kesk/Türkiye* kararında AİHM'in de belirttiği gibi göstericiler şiddet içeren hareketlerde bulunmadıkları sürece, resmi makamlar 11. Madde kapsamında güvence altına alınan toplantı hakkının özüne hâlel gelmemesi için, barışçıl nitelikteki toplantılara belirli derecede hoşgörü göstermelidir.⁵³

(c) Türkiye Uygulamasına Genel Bir Bakış

2001 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik ile tüm haklara etkili olabilecek genel sınırlama nedenleri öngören 13. maddenin içinde yer alan dokuz genel sınırlama sebebi kaldırılarak her bir hakka ilişkin olarak ancak ilgili madde de yer alan sebeplerle sınırlama getirilebilecek bir çerçeve oluşturulmuştur. Bu bağlamda Anayasa'nın "toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü" düzenleyen 34. maddede de bir takım değişiklikler yapılarak bu hakkın milli güvenlik, kamu düzeni vb. sebeplerle 13. maddeye uygun olarak ve ancak kanunla sınırlanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Kanunla sınırlama çerçevesinde de makalenin bu kısmında değinilecek olan 06.10.1983 tarih ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na ("**TGY Kanunu**") atıf yapılmıştır. Anayasa'da yapılan bu değişikliklerin hiçbiri beklenen etkiyi yaratmadığı, diğer bir ifade ile daha özgürlükçü bir tablonun oluşturulmasında aciz kaldığı TGY Kanunu kapsamında 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan düzenlemeyle kaldırılan tüm kısıtlamalar zaten hâlihazırda mevcut olması ve bunların üzerinde herhangi bir değişikliğin bugüne kadar gerçekleşmemiş olmasından görülebilir.⁵⁴

Türkiye uygulamasını ve dolayısıyla da TGY Kanunu'nda yer alan düzenlemelerden bahsederken daha ziyade AİHS 11. maddesi kapsamında yukarıda üzerinde durulan hususlar dikkate alınacaktır. Bu bağlamda ilk olarak toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin "barışçıl" olması gerekliliğine değinilecektir. Venedik Komisyonu'nun da altını çizdiği toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin genelde her şeyin yolunda olduğu zamanlarda yapılmadığını dolayısıyla bu özgürlük bir kesim tarafından pratik edilirken başka bir kesimin öfke duyması veya gü-

Gösteri Yürüyüşü Hakkı, AÜHFD Cilt:60, Sayı:3, 2011, s.625.

⁵³ AİHM Kararı, *Disk ve Kesk/Türkiye*, 27.11.2012, Başvuru No.38676/081.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Kemal Gözler, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf (Erişim Tarihi:22.12.2015)

cenmesinin beklenebilir olduğu ve hatta toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında üçüncü kişilerin faaliyetlerini engelleyebilecek bir boyutta olabileceğini unutmadan “barışçıl” olma konusunda geniş bir yorum benimsenmesi gerekir.⁵⁵ Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşleri barışçıl şekilde gerçekleştiği müddetçe bu toplantı ve/veya gösteri yürüyüşünün ne amaçla yapıldığının herhangi bir önemi olmaması gerekir.

Hem Anayasa hem de TGY Kanunu söz konusu özgürlüğün korunma şartını “silahsız ve saldırısız” olması ön koşuluna bağlayarak AİHS 11. maddesinde yer alan “barışçıl” olma koşuluna paralel bir şart kabul etmiş olduğu gözlemlenmektedir. Barışçıl olmayı Venedik Komisyonu’nun öngördüğü gibi geniş yorumlamayı bir yana koyalım Türkiye’de TGY Kanunu’yla getirilen birçok kısıtlama ve bunların uygulanış biçimindeki aşırı sıkılık yapılmak istenen toplantı ve gösteri yürüyüşlerini oldukça zorlaştırmaktadır. Bakıldığı zaman TGY Kanunu’nda yer alan ön bildirim rejimi altında öngörülen kırk sekiz saat öncesinden ve çalışma saatleri içinde ilgili mülki idari amirliğe bildirim yükümlülüğü kendiliğinden ya da aniden gelişen barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerini neredeyse imkânsız kılmaktadır. Kaldı ki bu şekilde gerçekleşen toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasadışı sayılması da kanun kapsamında mümkün kılınmıştır.

Demokratik bir tepki olarak anılan özgürlüğün kullanımına kamu düzeni ve güvenliği yahut başkalarının hak ve özgürlüklerine halel gelmemesi amacıyla kanunla getirilen sınırlamalar her durumda katı ve pozitivist bir yorumla mı uygulanmalıdır?⁵⁶ Bu soruya ilişkin olarak Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi’nin cevapları hayır şeklinde olacaktır: Ani toplantılar barışçıl olduğu sürece söz konusu özgürlük sınırlamaya maruz kalmamalıdır şeklinde geniş bir yorum yolu tercih etmişlerdir. Gerçekten de Yargıtay 2010 tarihli bir kararında: “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 oluşturmeyen bazı pankartlar taşıyarak marşlar ve sloganlar eşliğinde kaldırım üzerinden Kolej kavşağına kadar yürüdüğü, kavşakta ellerindeki pankart ve flamaları açıp Kızılay istikametine

⁵⁵ Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg, 04.06.2010, s.33.

⁵⁶ Engin Fırat, Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları – Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS Madde 3 Kapsamında Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl:5 Sayı:19, 2014, s. 756.

yürüyüşe geçtikleri sırada güvenlik güçlerinin grubu barikat içine alıp dağılmaları yönünde ihtarda bulunmasına rağmen makul süre tanıyıp dağılmalarına fırsat vermeden grubu gözaltına almaya başladığı[nın]... hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır".⁵⁷ Keza Anayasa Mahkemesi de başvurunun arkadaşlarıyla birlikte Aydınlık Gazetesi ve üyesi olduğu İşçi Partisinin bazı yöneticilerinin gözaltına alınmasını protesto etmek için ABD Büyükelçiliği önünde basın açıklaması yapmak istemelerinin engellenerek gözaltına alınması ve yasadışı gösteriye katılmak suçundan hapis cezasına mahkûm edilmesi nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlâl edildiğini ileri sürdüğü bir bireysel başvuruyla alakalı olarak çok yeni verdiği bir kararında şöyle bir yorum yaparak ihlâl kararı vermiştir: "Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanırken katılımcıların yürürlükteki mevzuata uygun olarak hareket etmesi gerekir. Yasal düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün barışçıl olsa dahi dağıtılmasının toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kural olarak ihlâl ettiği söylenemez. Ancak polisin makul ve itidalli davranışıyla yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşünü sonlandırması ve yasadışı barışçıl gösteriye derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılması ise barışçıl toplantı hakkına ölçsüz bir sınırlama olarak değerlendirilebilmektedir".⁵⁸

Yine Anayasa Mahkemesi, eğitim sisteminde değişiklikler getiren kanun teklifine karşı kitlesel basın açıklaması yapmak için Ankara'da yapılacak olan toplantıya katılmaları polis tarafından engellenen ve bu engellemeye karşı aynı gün İzmir Konak Meydanında ve ertesi gün yine aynı meydanda basın açıklaması ve yürüyüş yapmak isteyen başvuruçular kolluk tarafından izin verilmemesi ve orantısız güç kullanılarak başvuruçuların yaralanmalarına neden olunmasını ihlâl olarak tespit ederken "toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanması, bu usullerin amacının, her türlü toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilen düzgün şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkânı sağlamak olduğu sürece, genel olarak hakkın özüne dokunmayacağını ve bu kapsamda, izin ve bildirim usul-

⁵⁷ Yargıtay 8. C.D., 09.02.2010 tarih, Esas No.2007/9352, Karar No.2010/1550.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvurunu No. 2013/2394, Karar Tarihi: 25.03.2015.

lerinin uygulanması toplanma hakkının etkin kullanılması imkânını sağlamak için var olduğunu” belirterek “derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bu tür bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılması barışçıl toplantı hakkına ölçsüz bir sınırlama olarak” değerlendirmiştir.⁵⁹

Türkiye’de kolluk güçleri ile ilk derece yargı mercilerinin katı ve pozitivist yaklaşımlarının aksine hem Yargıtay’ın hem de Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımlarının bu makalenin konusunu oluşturan devletlerin pozitif yükümlülükleri açısından daha yerinde bir uygulama benimsediklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında sözleşmesel hakları koruma ile sözleşmesel hakların etkili bir şekilde kullanılmasını sağlayıp sağlayamadığı, başka bir deyişle, gerçekleştirme yükümlülükleri yer almaktadır. Bu bağlamda hem Yargıtay hem de Anayasa Mahkemesi, hakkın muhataplarının hakkı etkili bir şekilde kullanabilmelerinin sağlanması için durumun vahametiyle bildirim ön koşuluna riayet edilmeden gerçekleştirilen barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerine yönelik amaçsal ve geniş bir yorumla cevap verme yoluna gitmişlerdir. Bu yaklaşımları AİHM’in anlayışıyla uyumludur.

Pozitif yükümlülüklerin çerçevesi çizilirken karşıt gösteri örneğinde daha çok görünür hale gelen devletlerin koruma sorumluluğunun da bulunduğu belirtilmişti. AİHM içtihatları da koruma sorumluluğu tasdikler nitelikte olduğu halde ve Anayasa’da 34. madde ile 13. madde birlikte ele alındığında bu tür kısıtlamaları gerektiren bir yaklaşım bulunmamakla birlikte – hatta hakkın özüne dokunulmamasının esas olduğu bir anlayış kapsamında tam aksinin düşünülmesi gerekirken – TGY Kanunu kapsamında aynı alan içinde birden fazla toplantı ve gösteri yürüyüşünün gerçekleştirilemeyeceği şeklinde düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin altında demokratik çok sesliliği sekteye uğratan bir yaklaşım bulunmaktadır.

AİHM içtihatlarına da çeşitli defalarda konu olduğu üzere bazı önemli hususlarda göstericilerin karşı karşıya gelmeleri toplantı ve gösteri hakkının kullanılması için önemlidir.⁶⁰ Burada devletlerin üye-

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvurunu No. 2013/3924, Karar Tarihi: 06.01.2015.

⁶⁰ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, Beta Yayınları, İstanbul, s.394.

rine düşen gösterileri topluca veya herhangi birisine izin vermemek değil, aksine pozitif yükümlülükleri çerçevesinde her iki gösterinin de birlikte yürütülmesine olanak sağlayacak güvenlik önlemlerini almaktır. Böylece her iki grubun toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarını etkili bir şekilde kullanmaları sağlanabilecektir ve demokratik bir toplumda çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik kavramları fiilen işlerlik kazanabilecektir. Bu bağlamda, TGY Kanunu'nun yeniden değerlendirilip düzenlenmesi gerekir.

(d) Toplumsal Barış Ortamının Tekrar Sağlanması Amacıyla Başlatılan Olağanüstü Yönetim Süreçlerinin Genel Etkisi ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü

Buraya kadar aktarılan bilgilerin hepsi olağan yönetim süreci açısından geçerlidir. Son dönemlerde küreselleşme dinamiklerinin de yol açtığı güvenlik sıkıntılarıyla karşı karşıya kalan devletlerin kamu düzeninin tekrar sağlamak veya toplumsal barış ortamına geri dönebilmek için olağan yönetimden sapma kararı aldığı gözlemlenmektedir. Bu sapmalar ya kamu makamlarının veya kolluk güçlerinin yetkilerinin arttırılmasıyla ya da düzeni sağlama görevinin askeri makamlara geçirilmesiyle geçici olarak hayata geçirilmektedir. Bu süreçte, hak ve özgürlükler daha çok kayıtlanır, kullanım alanı daraltılır, kayıtlama süreleri uzun tutulur, hatta kimi zaman askıya alınır, kullanımı durdurulur.⁶¹ Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, olağanüstü rejimlerde hak ve özgürlüklerin daha çok sınırlandırılmasına karşın, bu uygulamaların “keyfi” değil, birer hukuk rejimi olmaları gereğidir yani yönetim makamlarının genişletilmiş yetkilerinin yine anayasa ve diğer hukuk kuralları çerçevesinde kullanması ve özgürlük/güvenlik dengesinin gözetmesi zorunluluğundandır.⁶²

Anayasa'nın 15. maddesinde “(...) milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” denilerek olağanüstü hâl rejimleri düzenlenmiştir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında da olağanüstü hâl durumunda bile “(...) kişinin yaşama

⁶¹ İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.272.

⁶² Ibid.

hakkına, maddî ve maneî 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” denilmek suretiyle geçici olması öngörülen yönetim biçiminde bu fıkrada sayılan hak ve ilkelerden oluşan çekirdek alana dokunma yasağı getirilmektedir. Bu madde ışığında Türk Anayasal sisteminde olağanüstü hallerde özgürlüklerin kısıtlanmasının sınırı olarak üç ilkenin çıkarımını yapmak gerekecektir: (a) temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulması veya Anayasal güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi; (b) ölçülülük ilkesi ve (c) çekirdek alana dokunma yasağı.

İlk ilke olan milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin kapsamına öncelikle uluslararası hukukun genel prensipleri sonra da Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler girmektedir.⁶³ Bu sözleşmelerin başında ise AİHS yer almaktadır. AİHS olağanüstü hâllerde hak ve özgürlükler rejiminden sapma olanağı tanıdığı 15. maddesinde “(...) *durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbir alabilir*” demek suretiyle taraf devletlerin sapma haklarını kullanabilecekleri hukuki çerçeveyi çizmiştir. Bu bağlamda, AİHS 15. maddesinde “ölçülülük ilkesi” ve “uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle uygun hareket etme zorunluluğunu[n]” Anayasa 15. maddeye benzer biçimde ortaya konulduğunun altını çizmek gerek.

Ölçülülük ilkesi olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin ancak “durumun gerektirdiği ölçüde” sınırlandırılmasını öngörürken sınırlandırmada başvuru alanının sınırlandırma amacını gerçekleştirme-ye elverişli olması, bu aracın sınırlandırma amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın arasında ölçüsüz bir oran bulunmamasını ifade etmektedir.⁶⁴ Gözler, Türkiye açısından amacın Anayasa 120. madde⁶⁵

⁶³ Çağlar Bakır, *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s.163.

⁶⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1986, s.86.

⁶⁵ Madde 120: “Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, (...)”

ve 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'nun 1. maddesinin (b) bendi⁶⁶ kapsamında belirlendiğini belirtmiştir. Dolayısıyla her bir olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan KHK'lar çerçevesinde düzenlenerek başvuru- rulan tedbirlerin bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığına, alınan tedbirlerden güdülen amacı gerçekleştirmek açısından temel hakkı en az sınırlayıcı olanının seçilip seçilmediğine ve son olarak da sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru- lan tedbirin ölçsüz bir oran içinde bulunup bulunmadığına bakmak gerekmektedir.

Çekirdek alana dokunma yasağı ise Anayasa 15. maddenin ikinci fıkrası kapsamında sayılan ve mutlak olarak korunması gereken hak ve ilkelere müdahale edilmemesini korumaktadır. Böylece olağanüs- tü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edil- memek kaydı ve ölçülülük ilkesine uyulmak şartıyla, ikinci fıkrada sayılmayan hak ve özgürlükler, örneğin toplantı ve gösteri, grev ve lokavt hak ve özgürlükleri sınırlandırılabilir, hatta bu hak ve özgür- lüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilmektedir.⁶⁷ Bu bağlamda, 1982 Anayasası'nın tartışma yaratan ve Kabaolu ve Özbud- dun gibi kimi yazarlar tarafından içinde "istisna anayasa" adı verilen ikinci bir anayasa barındırdığı iddiasına yol açan Anayasa'nın "olağa- nüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz" şeklindeki 148. Maddesinin bi- rinci fıkrasında KHK'lara ilişkin yargı denetimi devre dışı bırakılarak Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yukarıda bahsedilen ilkeler ışı- ğında bir değerlendirmenin ulusal yargı mercileri düzeyinde yapıla- mayacağı çıkarımında bulunmak gerek. Ancak, AİHM olağanüstü hâl ilanını taraf devletlere açık bir çek olarak görmemekte ve her somut olay yönünden katı bir değerlendirmeye tabi olacak geçici bir istisna durumu olarak yorumlama yoluna gitmektedir. Gerçekten de AİHM önüne gelen davada öncelikle "ulusun varlığını tehdit eden başka bir

⁶⁶ Madde 1(b): "(...) Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması (...)"

⁶⁷ Kemal Gözler, Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sis- temi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, *An- kara Barosu Dergisi* 1990(4), s.578.

genel tehlike durumunun” varlığını tespit çalışmasını yaparak davalı devletin olağanüstü hâl ilan etmesinin haklı olup olmadığını değerlendirip ve bu bağlamda da ilgili devletin AİHS’te öngörülen yükümlülüklerine aykırı tedbirler almasına imkân veren AİHS 15. maddesinin her bir dava için uygulanabilirliğinin olup olmadığı hakkında karar vermektedir.⁶⁸ Uygulanabilir bulduktan sonra ise olağanüstü hâl ilânıyla kayıtlanan hak ve özgürlüklerin “sınırlama sınırlarını” aşp aşmadığını yukarıda belirtilen ilkeler ışığında incelemektedir.

Bu makalede ele alınan toplantı ve gösteri yürüyüşleri yapma özgürlüğünün öncelikli olarak hem ilgili Anayasa hükümleri altında hem de AİHS 15. madde kapsamında istisna tutulan çekirdek haklardan (yaşam hakkı (Anayasa 17. madde ve AİHS 2. madde), işkence yasağı hakkı (Anayasa 17. madde ve AİHS 3. madde) vb.) sayılmadığının altının çizilmesi dolayısıyla olağanüstü hâl kapsamında çeşitli sınırlamalara tabi olabileceğini belirtmek gerekmektedir.

2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu 11. maddesinde “(...) genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla [9. Maddede] öngörülen tedbirlere ek olarak (...)” (m) bendi altında “*Kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı yer ve zamanı tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağladığı her türlü toplantıyı izletmek, gözetim altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak*” hükmü yer almaktadır. Bu bağlamda, toplantı ve gösteri yürüyüşleri yapma hakkıyla ilgili müdahalelerin “ek” bir tedbir olarak düzenlendiği, dolayısıyla özellikle ölçülülük ilkesi kapsamında bu özgürlüğe ilişkin tedbirlerin gerçekten olağanüstü hâl ilânıyla ulaşmak istenen amaca doğrudan hizmet etmesi durumunda alınmasının AİHM tarafından kabul görebileceği düşüncesindeyim. Aksi takdirde, davalı devlet ölçülülük ilkesine riayet etmediği ve dolayısıyla aldığı bu tedbirlerin keyfi uygulamalar olduğu şeklinde bir değerlendirmeye karşı karşıya kalacaktır.

Kaldı ki, bu makalenin konusu olan devletin toplantı ve gösteri yürüyüşleri bağlamındaki pozitif yükümlülüğü yukarıda da anlatılmaya çalışıldığı üzere devlete söz konusu hakkın üçüncü kişiler tara-

⁶⁸ Aynı yönde bkz. AİHM Kararı, Lawless/İrlanda, 01.07.1961, Başvuru No.332/57.

fından ihlâlini önlemek ve etkili kullanımını sağlayabilmek gibi bir edim borcu yüklemektedir. Bu edim borcunun söz konusu hakkını kullananların işkence veya kötü muamele görmelerinin önüne geçilmesi ve hatta yaşam haklarının korunmasına kadar uzayan bir boyutu vardır. Dolayısıyla, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı AİHS 15. Madde kapsamında çekirdek haklardan biri olarak sayılmamışsa da ve buna istinaden olağanüstü hâllerde bu hak sınırlandırılmış veya tamamen yasaklanmış olsa dahi, hakkı kullananlar açısından devletin pozitif yükümlülüklerinin devam etmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu açıdan, AİHM tarafından yukarıda sayılan ilkeler kapsamında yapılacak bir değerlendirme sırasında şayet başvurucunun yaşam hakkı veya işkenceye maruz kalmama hakkının ihlâlini oluşturan bir durumun mevcudiyetinde, AİHM'in çekirdek hak olarak sayılmayan toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi haklar bağlamında da ihlâl kararı vermesi olasıdır.

C. Sonuç Yerine

Bu makale kapsamında göz önünde bulundurulan 2013 Mayıs'ından 2016 Temmuz'una⁶⁹ kadar olan süreçte toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkıyla ilgili getirilen kısıtlamaların yukarıda sunulmaya çalışılan AİHM pratikleri çerçevesinde uluslararası insan hakları yükümlülükleri bağlamında ciddi problemler oluşturduğunun tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

AİHM ve Türkiye üst yargı mercileri tarafından kabul gören barışçıl gösterilere müdahale edilmemesi, hakkın etkin bir şekilde kullanımının sağlanması için devletin sorumluluklarını yerine getirmesi ve kişilerin toplantı ve gösteri yürüyüşleri haklarına saygı gösterilmesi anlayışı demokrasi iddiası taşıyan tüm devletler gibi Türkiye'nin de uygulamaya geçirmesi gereken bir görevdir. Dolayısıyla olağan dönemde olduğu kadar olağanüstü süreçlerde de hakkın özüne dokunmayan ve demokratik bir toplumda gereklilik kriterlerine uygun uygulamaların benimsenmesi ülkemiz için en doğru ve faydalı olanıdır.

⁶⁹ Olağanüstü hâlin ilânı.

Kaynakça

İçtihat

- Komisyon Kararı, Belçika'da Eğitim Dili Davası/Belçika, 23.07.1968, Başvuru No. 1474/62.
- AİHM Kararı, Gül/İsviçre, 19.02.1996, Başvuru No:23218/94.
- AİHM Kararı, Airey/İrlanda, 09.10.1979, Başvuru No.6289/73.
- AİHM Kararı, Keegan/İrlanda, 19.04.1994, Başvuru No. 16969/90, §49.
- Komisyon Kararı, Powell ve Rayner/İngiltere, 24.01.1990, Başvuru No. 9310/81.
- AİHM Kararı, Hatton ve diğerleri/İngiltere, 08.07.2003, Başvuru No. 36022/97.
- AİHM Kararı, Young, James ve Webster/İngiltere, 13.08.1981, Başvuru No. 7601/76.
- AİHM Kararı, X ve Y/Hollanda, 26.03.1985, Başvuru No. 8978/80.
- AİHM Kararı, Platform Arzte Für Das Leben/Avusturya, 21.06.1988, Başvuru No.10126/82.
- AİHM Kararı, Assanidze/Gürcistan, 08.04.2004, Başvuru No. 71503/01.
- AİHM Kararı, Öllinger/Avusturya, 20.06.2006, Başvuru No. 76900/01, §38.
- AİHM Kararı, Barankevich/Rusya, 26.07.2007, Başvuru No. 10519/03.
- AİHM Kararı, Djavit An/Türkiye, 20.02.2003, Başvuru No. 20652/92, §56.
- AİHM Kararı, Balcık ve diğerleri/Türkiye, 29.11.2007, Başvuru No. 25/02.
- AİHM Kararı, Stankovand the United Macedonian Organisation/Bulgaristan, 02.10.2001, Başvuru No. 29221/95, §77.
- AİHM Kararı, Ali Güneş/Türkiye, 10.04.2012, Başvuru No.9820/07, §41.
- Komisyon Kararı, Artico/İtalya, 13.05.1980, Başvuru No. 6694/74, §33.
- AİHM Kararı, Skiba/Polonya, 07.07.2009, Başvuru No. 10659/03 (kabul edilmezlik kararı).
- AİHM Kararı, Gün ve diğerleri/Türkiye, 18.06.2003, Başvuru No. 8029/07, §80.
- AİHM Kararı, Urcan ve diğerleri/Türkiye, 17.07.2008, Başvuru No. 23018/04, 23042/04, 23034/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04 ve 23676/04.
- AİHM Kararı, Oya Ataman/Türkiye, 05.12.2006, Başvuru No.74552/01.
- AİHM Kararı, Ilinden Birleşik Makedonyalılar Derneği ve Ivanov/Bulgaristan, 02.10.2001, Başvuru No. 44079/98.
- AİHM Kararı, Disk ve Kesk/Türkiye, 27.11.2012, Başvuru No.38676/081.
- AİHM Kararı, Öllinger/Avusturya, 29.06.2006, Başvuru No. 76900/01.
- AİHM Kararı, Lawless/İrlanda, 01.07.1961, Başvuru No.332/57.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvurunu No. 2013/2394, Karar Tarihi: 25.03.2015.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvurunu No. 2013/3924, Karar Tarihi: 06.01.2015.
- Yargıtay 8. C.D., 09.02.2010 tarih, Esas No.2007/9352, Karar No.2010/1550.

Makaleler

- Çavuşoğlu Naz, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt:14, TODAİE, 1992.
- Dröge Cordula, “Summary: Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention”, Beitrage zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 159, 2003, <http://phl.de/shared/data/pdf/beitr159.pdf> (Erişim Tarihi: 22.12.2015).
- Fırat Engin, “Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları – Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS madde 3 Kapsamında Değerlendirilmesi”, TAAD, Yıl:5 Sayı:19, 2014.
- Gözler Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi* 1990(4), s.561-590.
- Gözler Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf (Erişim Tarihi:22.12.2015)
- Kılınç Ümit, “Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri”, *TBB Dergisi* 2014 (110), s.287.
- Metin Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile ilgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 7, Sayı 27 (Güz 2010).
- Tanyar Ziya Çağa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, *AÜHFD* 60(3), 2011.

Kitaplar

- Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.
- De Salvia Michele, *Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative a la Convention europeennes des droits de l’Homme*, Vol.1 – *Jurisprudence 1960 a 2002*, ed. N.P. Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, VA, 2003.
- Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hakkında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hakkında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Gemalmaz Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Inceoğlu Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Kaboğlu İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Kombe Jean-François, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, İnsan Hakları El Kitapları No.7, 2008.
- Monbray Alaistair, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1986, s.86.
- Raymond Jean, La Liberte de Manifester selon la Convention europeenne des droits de l'Homme, Revue trimestrielle des droits de l'Homme, annee 1er, No.4, 1990.
- Tezcan Durmuş –Erdem, Mustafa R. – Sancaktar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

Diğer

- Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg, 04.06.2010.
- Kiai Maina, Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and association, UN document A/HRC/23/39, 24.04.2013, §49.
- Kiai Maina, Summary of the Human Rights Council panel discussion on the promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN document A/HRC/19/40, 19.12.2011.
- Olağanüstü Hal Kanunu, Kanun No.2935, Kabul Tarihi: 25.10.1983.
- The promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests, Human Rights Council, Resolution 22/10, 21.03.2013.
- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Kanun No.2911, Kabul Tarihi: 06.10.1983
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No.2709, Kabul Tarihi: 07.11.1982.