

# “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı” ile “Kötü Muamele Yasağı” Karşısında Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi

## *The Use of the Power of the Police Versus the Right of Meeting and Demonstration Marches and Prohibition of Mistreatment*

Eren SOLMAZ<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Öğr. Gör., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Adalet MYO, İstanbul, Türkiye

### ÖZ

Bu çalışma, idare tarafından kamu düzeninin sağlanması gerekçesiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemelerinin yasaklanmasına rağmen bazı sivil toplum kuruluşlarının öncülüğündeki bir grubun izinsiz olarak eylem yapması sonucu ortaya çıkan ihtilafların, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru yolundaki süreç ve sonuçları üzerine bir değerlendirmeyi içermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen Bireysel Başvuruda, izinsiz olarak düzenlenen ve kolluk güçleri tarafından sonlandırılmaya çalışılan eylemler esnasında yaşanan arbedelerde yaralanan bazı göstericilerin, kötü muameleyle maruz kaldıkları ve toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarının ihlal edildiği iddiaları gündeme gelmektedir. Bazı göstericiler tarafından yaşanan olaylara ilişkin dava açılmış ancak ilgililer hakkında soruşturma izni verilmediğinden dolayı uyumsuzluğun esası hakkında bir yargılama yapılamamıştır.

Bunun üzerine Anayasa Mahkemesine başvuru yapan göstericiler, Kolluk güçlerinin orantısız güç kullandığını ve bunlar hakkında etkin bir soruşturma yapılmadığını iddia ederek Anayasal bir hak olan kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, düşünce ve kanaat hürriyeti ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin gösteriler esnasında işlemiş oldukları fiiller üzerinden bir değerlendirme yapmak suretiyle karar vermiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme, bazı göstericiler hakkında kolluk güçlerine karşı mukavemet gösterdiklerinden bahisle bir hak ihlali oluşmadığı kanaatine varırken bazıları hakkında ise kolluk güçlerinin müdahalesini gerektiren bir eylemlerin bulunmadığı gerekçesiyle hak ihlali olduğuna karar vermiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Toplantı ve gösteri, güç kullanma, kötü muamele

### ABSTRACT

This study includes an assessment of the process and consequences of the Constitutional Court Individual Application for conflicts arising as a result of the unauthorized action of a group of non-governmental organizations, despite the ban on the organization of meetings and demonstration marches on the grounds of provision of public order by the administration.

The Individual Applicant before the Constitutional Court alleged that some demonstrators, who were injured in a brawl during unauthorized activity that law enforcement officers attempted to control, were exposed to ill-treatment and violations of their rights to meetings and demonstration marches. Some demonstrators have been sued against the law enforcement officials for events that have experienced, but there has been no trial to address the dispute because they are not allowed to investigate the persons concerned. In addition, the demonstrators who applied to the Constitutional Court claimed that the law enforcement officers used disproportionate force and that an effective investigation has not been held. The protection of the rights of the person's pecuniary and non-pecuniary integrity with a constitutional right, the freedom of thought and faith, and the right to meeting and demonstration marches, were violated.

The Constitutional Court made their decision by assessing the applicants' actions during the demonstrations. In actual fact, the Supreme Court believed that some demonstrators resisted the law enforcement officers and that there were no violations of their rights in the beatings, while other demonstrators were entitled to no such intervention of law enforcement forces and it was a violation.

**Keywords:** Meetings and demonstration, the use of power, prohibition of mistreatment

**Date of receipt:** 03.10.2017 • **Date of acceptance:** 29.11.2017

**Corresponding author:** Eren Solmaz, E-mail: erensolmaz7@gmail.com

**Citation:** Solmaz E, 'Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ile Kötü Muamele Yasağı Karşısında Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi' (2018) 6(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 73.

## EXTENDED ABSTRACT

The Constitutional Court has addressed the file “prohibition of mistreatment” and “the right of meeting and demonstration marches,” which preceded the alleged infringement of a claim. The violation of these rights was assessed by the boundaries of the principle of moderation over concrete events. In this regard, the Supreme Court chose to show the reasons for the European Convention on Human Rights (ECHR) decisions as a reference.

However, in our opinion, the Constitutional Court should be dealt with as part of the effective investigation and prosecution, whether or not other rights are violated or infringed by these rights. The principle of moderation could be assessed. However, it is more important to determine whether an effective and complete investigation and prosecution is being prosecuted. Indeed, regarding the distribution of persons who use the right to conduct meetings or hold demonstration marches, the investigation into the ill-treatment should be independent and impartial and must be conducted publicly.

It was not possible to investigate the incident of the police officers who intervened with the demonstrators. Effective conduct of the investigation will ensure that the provision is fair. The ECHR has often chosen to violate the state’s competent authorities due to an adequate and effective investigation. The ECHR resolutions emphasized that the competent authorities should act as carefully and quickly as they can demonstrate, and ensure that the principals are identified and punished.

Accordingly, while examining the individual application of the Constitutional Court, it was necessary to investigate whether the judicial arm held an effective investigation, because those conducting the investigation into the actions of the law enforcement officers and collecting the evidence are located in the same organization. As a matter of fact, law enforcement is not considered independent of the prosecution’s position in this investigation. For these reasons, the Constitutional Court had to determine whether an effective investigation was held under the right of fair trial before evaluating the violation of the ban on the prohibition of abuse or meeting and demonstration marches. In the event of an effective investigation, it should be addressed in terms of infringement of rights, such as freedom, the principle of fair judgment, or equality of arms.

Indeed, the ECHR is entitled “The obligation of respect for human rights” Edge 1. The article states, “The High Contracting Parties shall recognize the rights and

freedoms described in the first part of this agreement to everyone in their jurisdiction.” According to the ECHR, to be able to describe an investigation as effective and complete, the investigation must be conducted by an independent body, which is not involved in the crime. This ensures the participation of the applicants, thorough and meticulous conduct, public control, responsibility for the determination, and punishment of the violators as necessary. In addition, the necessary momentum and care should be taken in the investigation to protect the public’s trust and avoid any undue tolerance in the opinions or complicity regarding illegal acts. The ECHR also decided as a requirement for the Convention that the competent authorities of the State should conduct an adequate and effective investigation, and that the Convention has not complied with the right to infringement. Therefore, the Constitutional Court on the individual application avenue, which was ordered to function as a safety valve against the application of the ECHR, is considered to be aware of the criteria of the ECHR. Otherwise, these and similar applications will inevitably be preceded by the ECHR and could lead to increased compensation due to the emergence of the long-lasting nature of the trial.

After the Supreme Court made this assessment, it was appropriate for law enforcement officers to assess the extent of the force they applied to the demonstrators in proportion to the principle of moderation. when it comes to this stage;

To ensure the public order of law enforcement personnel, it is necessary to determine how the force implemented to the demonstrators will be subject to a sanction if it exceeds the limits of conformity to the law. In this regard, the Criminal Code includes provisions entitled “torture crime” and “exceeding the limit on the difficult use authority”. However, to form a crime of torture, the presence of actions that are not associated with human dignity is sought systematically and within a certain process. Among the qualified elements of this crime are those sought on the elements of deliberately injuring; on the other hand, it is necessary for law enforcement to intentionally act on the “crime of overcoming the limit of the difficult use authority,” but the public official may have been authorized to implement a force in line with the “principle of moderation” to provide public order.

In other words, torture crime is the use of force when the public servant is conducting an activity that should not use force in any way. “Overcoming the difficult use of authority” is permitting an activity that can be used to force a certain limit if a crime crosses specific boundaries. Therefore, the subject of the individual application

and the Supreme Court is expected to conduct a breach of the “exceeding the limit on the difficult use authority” clause in the Turkish Criminal Code. However, when the Constitutional Court verdict is examined, it is observed that the reasons put forth by the Supreme Court are mostly the arguments for the crime of torture. While the same direction has many ECHR resolutions and theoretical knowledge in the doctrine, it is not accurate to assess the point of gravity through the crime of torture.

At the very least, as of the date of the application decision we are examining, such deficiencies can be reasonably met due to the Constitutional Court’s individual application path as a new judicial authority. However, the determination and criticisms made over this decision are expected to have a positive impact on the decisions to be given by Constitutional Court in the forthcoming period. The Constitutional Court’s alleged infringement assessments should accurately determine which rights should be assessed in terms of infringement, and focus on concise and shorter written decisions. In the case of the applicant’s preference to the subject of the event, and referring to its own decisions, it is important to mention the first source of the attribution.

## 1. İrdeleme Konusu Olay

A- Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru yoluna konu 2013/3924 numaralı “*Ali Rıza Özer ve Diğerleri*”<sup>1</sup> başvurusunun sebebi olan olaylar; TBMM’de ilköğretim alanında sistem değişikliği öngören bir kanun teklifinin görüşülmeye başlanması üzerine eğitim sektöründe örgütlenmiş bazı sendika, dernek ve platform yapısı altındaki çeşitli grupların söz konusu kanun teklifini protesto etmek amacıyla Ankara’da toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmayı planlamasından kaynaklanmaktadır. Ancak Valilikçe, kamu düzeninin bozulması gerekçesi ile her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü ile benzer eylemler yasaklanmıştır. Ayrıca İçişleri Bakanlığı tüm il valiliklerine yazı göndererek, Ankara’da yapılması planlanan olası bir eyleme katılmak isteyen grupların şehirlerden çıkışlarına izin verilmemesi yönünde karar almıştır. Fakat bu kararlara rağmen İzmir’de izinsiz olarak toplanıp Ankara’ya gitmek isteyen bir grup ile kolluk güçleri arasında yaşanan olaylar neticesinde göstericilerden bazıları toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

1 Ali Rıza Özer ve Diğerleri App no 2013/3924 (AYM, 6 January 2015)  
<<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/8f680799-94b4-4f13-bf22-fe1b7c169346?wordsOnly=False>> accessed 10 June 2018

**B-** Göstericiler ile kolluk güçleri arasındaki olaylar iki ayrı günde cereyan etmiş, birbirinin devamı niteliğindeki fiillerden oluşmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme de söz konusu başvuruyu incelerken, gelişmeleri birinci eylem ve ikinci eylem şeklinde nitelendirmiştir.

**C-** Bu minvalde, *Birinci eylem;*

Sendika ve diğer sivil toplum kuruluşlarının İzmir'deki mensupları 27.03.2012 tarihinde saat 22.00 sıralarında bir araya gelerek Ankara'ya gitmek istemişlerdir. Ancak daha önce tedbir alan kolluk güçleri, topluluğu Ankara'ya götürecek otobüslerin gerekli evraklarının eksik olduğu gerekçesiyle grubun şehirden çıkışını engellemiştir. Bunun üzerine başka otobüslerle Ankara'ya gitmek isteyen grup yine kolluk güçleri tarafından engellenmiştir. Bu gelişmeler üzerine, gösterici grup buldukları yolu trafiğe kapatmıştır. Kolluk güçleri, yolun trafiğe açılması için grubu ikaz etmesi üzerine yaklaşık 20 dakika trafiğe kapalı kalan yolun bir kısmı trafiğe açılmıştır. Topluluk daha sonra Ankara'ya yürüyerek gitmeye karar vermiş ve yol üzerinden Konak Meydanına doğru yürüyüşe geçmiştir. Bunun üzerine kolluk güçleri, defalarca, yapılan yürüyüşün yasadışı olduğu ikazında bulunmuştur. İkaza rağmen yürüyüşün devam etmesi üzerine polis ile göstericiler arasında kısa süren bir arbede yaşanmış ve bu sırada polis biber gazı ve cop ile göstericilere müdahalede bulunmuştur. Bunun üzerine göstericiler yürüyüşü durdurmuştur. Bu sırada bir polis memurunun bileği kırılmıştır. Bir sendika yöneticisi tarafından eylemin iki gün daha devam edeceğinin duyurulması üzerine topluluk bir süre daha bekledikten sonra, ertesi gün buluşmak üzere, dağılmıştır.

**D- İkinci Eylem:** 28.03.2012 tarihinde sendika üyeleri, protestoya devam etmek için Konak Meydanında toplanmışlardır. Eylem yapılacağından önceden haberdar olan güvenlik güçleri ise gerekli güvenlik tedbirlerini almışlardır. Grup, yürüyüş düzeni alarak ellerinde pankartlarla basın açıklaması yapmak üzere Valilik binasına doğru yürüyüşe geçmiştir. Kolluk güçleri, Valilik binasına doğru yürüyüşe izin verilmeyeceği ve yürüyüşün durdurulması gerektiğini bildirmiştir. Ancak göstericiler ikazları dinlememiş ve kolluk güçlerini itekleyerek ellerindeki sopalarla bariyerleri yıkmaya başlamıştır. Çevik kuvvet polisi önce kalkanlar ile barikat oluşturarak grubu engellemeye çalışmış, ancak gruptan bazı kişilerin cam parçaları, parke taşları ve su dolu şişeler atması üzerine, saldıran gruba müdahaleye başlamıştır. Polis tazyikli su, boyalı su, biber gazı ve toplumsal olaylara müdahale aracı ile göstericilere müdahale etmiştir. Bu esnada bir polis memuru ayağından yaralanmıştır.

E- Aynı esnada, diğer bir grup da başka bir yoldan Valilik binası önüne geçmeye çalışmıştır. Ancak grubun Valilik binası önüne geçişine karşı önlem alan polis alternatif güzergâh göstererek iki grubu birleştirmiştir. İki bin kişiye ulaşan grup oturma eylemi başlatmıştır. Gösteriyi düzenleyen sendika temsilcileri ile güvenlik güçleri arasında yapılan müzakere sonucunda polis barikatı 50 metre geri çekilerek göstericilerin basın açıklaması yapmasına izin verilmiştir. Saat 16.30 sıralarında gösteriye katılanlar kendiliğinden dağılmıştır. Olaylara müdahale esnasında başvuruçular yaralanmış veya biber gazına maruz kalmıştır<sup>2</sup>.

## 2. İrdeme

### 2.1. Çözümü Gereken Hukuki Sorun

Yukarıda belirtilen uyuşmazlık konusu olaylardan anlaşıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruya konu hak ihlali iddiaları birden fazla hususta toplanmaktadır. AYM başvuruyu “*kötü muamele yasağı*” ve “*toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı*” ihlalleri bakımından değerlendirmeyi uygun görmüştür. Kanaatimizce, başvurunun konusu esasen *kötü muamele yasağı* ile *toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının* ihlali gibi görünse de, *hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği* gibi hususlara da temas etmektedir.

Ancak irdelenmesi ve çözüme kavuşturulması gereken konu, sadece, bu haklardan hangisinin ihlal edildiği odağında toplanmamaktadır. Aslolan bu haklardan birinin veya bir kaçının ihlaline yol açan sebeplerin de tespit edilmesidir. Dolayısıyla başvuru konusu uyuşmazlığın yargı kolundaki safhalardan başlayarak sorun tespiti yapmak gerekir. Bu hususta, ceza yargısına konu olan uyuşmazlığa ilişkin etkili bir yargılama sürecinin cereyan edip etmediği tespit edilmelidir. Gerek soruşturma evresinde ve gerekse kovuşturma aşamasında uyuşmazlığı hakkaniyete uygun bir şekilde değerlendirecek incelemelerin yapılıp yapılmadığı önem arz etmektedir. Başka bir

- 2 Başvuruçucu Ali Rıza Özer'in 28.03.2012 tarihli adli muayene raporunda yaralandığı ancak hayatı tehlikesinin olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca başvuruçuya toplam dokuz günlük iş göremezlik raporu verilmiştir. Başvuruçucu Özcan Çetin'in 28.03.2012 tarihli adli muayene raporunda gözüne biber gazı geldiği, gözde yanma ve batma olduğu, gözde kızarıklık olduğu ve ilaç verildiği belirtilmiştir. Başvuruçucu Orhan Bayram'a 28.03.2012 tarihinde düşme sonucu sağ omuzda ağrı şikâyeti üzerine iki günlük iş göremezlik raporu verilmiştir. Başvuruçucu Veli İmrak'ın 28.03.2012 tarihli geçici adli muayene raporunda, hayatı tehlikesi olmadığı, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralandığı belirtilmiştir. Başvuruçucu Tunay Özaydın'ın 28.03.2012 tarihli tek hekim raporunda sağ el bileğinde travma olduğu ve üç gün istirahat etmesinin uygun olduğu belirtilmiştir. Başvuruçucu Deniz Doğan'ın 28.03.2012 tarihli adli muayene raporunda burun sırtının sol tarafında 0,5 cm.lik cilt kesisi, ekimoz ve yumuşak doku şişliği olduğu belirtilmiştir.

ifadeyle, AYM Bireysel Başvuru yoluna konu olan uyuşmazlığa ilişkin bir hak ihlalinin meydana gelip gelmediğini tespit edebilmek için **etkin bir soruşturma ve kovuşturma** yapılıp yapılmadığını ortaya koymak gerekmektedir.

Nitekim toplantı veya gösteri yürüyüşleri hakkını kullananların dağıtılmasında kötü muamelede bulunanlara yönelik soruşturmanın bağımsız ve tarafsız olmasını ve kamuya açık şekilde yürütülmesi gerekmektedir<sup>3</sup>. AİHM ise aynı doğrultuda, yetkili makamların, örnek gösterilebilecek derecede özenli ve hızlı hareket etmesi<sup>4</sup> gerektiğine ve sorumluların tespit edilebilmesi ve cezalandırılmasını sağlamasına vurgu yapmaktadır<sup>5</sup>. Ayrıca AİHM, bir kamu görevlisinin AİHS'in 3. maddesinin ihlaline sebep olan suçlarla itham edildiği hallerde, gerçekleştirilen ceza yargılamaları ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramaması ve genel af veya af çıkarma gibi tedbirlere müsaade edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>6</sup>.

AYM'nin önüne gelen söz konusu uyuşmazlığa ilişkin yargısal süreçlere bakıldığında ise, başvuruçuların iddia ettikleri fiilleri gerçekleştiren kolluk görevlileri hakkında soruşturma izni verilmediği ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Dolayısıyla kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın isabetli olup olmadığı ve etkin bir soruşturma yapılıp yapılmadan verildiğinin irdelenmesi gerekir. Nihayetinde, AYM etkili ve eksiksiz bir soruşturma yapılıp yapılmadığını ve buna bağlı olarak kovuşturmaya yer olup olmaması gerekliliğini tartışarak hak ihlalinin varlığını ortaya koymalıdır.

Diğer taraftan, başvuruya konu olan uyuşmazlığa zemin hazırlayan fiiller ve sonraki aşamada gerçekleşen yargısal süreçlere bakıldığında çözümü gereken hukuki sorunun birçok hususa daha temas ettiği anlaşılmaktadır. AYM kararında "*ilgili hukuk*" başlığı altında yer verilen mevzuat hükümlerinin dar kapsamda kaldığı söylenebilir. AYM, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, İçişleri Bakanlığı'nın "Toplumsal Olaylarda Görevlendirilen Personelin Hareket Usul ve Esaslarına Dair Yönergesi, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün "Göz Yaşartıcı Silahları ve Mühimmatları Kullanım Talimatı"

3 Hüseyin İnce, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Altında Barışçıl Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması' (2015) 5 UMD <<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000145783/5000133111>> accessed 10 June 2018

4 Çelik and İmret v. Turkey, App no 44093/98 (ECHR 26 October 2004)

5 Orhan Kur v. Turkey App no 32577/02 (ECHR 29 September 2008)

6 Yaman v. Turkey App no 32446/96 (ECHR 02 February 2005)

ile Birleşmiş Milletler<sup>7</sup> ve Avrupa Birliği'nin<sup>8</sup> raporlarının bazı hükümlerine yer vermiştir.

Kanaatimizce, uyuşmazlık konusu fiillerin ceza hukuku kapsamında olması itibarıyla hak ihlali değerlendirmesi yapıldığında, olayın tahkimine etki edecek Ceza Kanunu'ndaki hükümlere de yer verilmesi gerekliliğidir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması” başlıklı 256. maddesi ile aynı Kanun'un “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme” Başlıklı 265. maddesinin, AYM kararındaki “İlgili hukuk” bölümünde yer alan referanslar arasında olması gerekirdi.

## 2.2. Mercilerin Problemi Çözüm Tarzları

Birinci eylem ile ilgili olarak başvurulardan Ali Rıza Özer, Özcan Çetin ve Orhan Bayram ile diğer bazı katılımcıların, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından şüpheli sıfatıyla beyanları alınmıştır. İkinci eylem ile ilgili olarak başvurulardan Ali Rıza Özer, Özcan Çetin ve Orhan Bayram ile diğer bazı katılımcıların, 2911 sayılı Kanun'a muhalefet ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından şüpheli sıfatıyla beyanları alınmıştır.

Başvurucular ise 27-28 Mart 2012 günü meydana gelen iki ayrı olay için demokratik haklarının engellenmesi, *orantısız güç kullanarak görevi kötüye kullanma* ve *kasten yaralama* suçlarından şikâyetçi olmuşlardır. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca, başvuru sahiplerinin şikâyetine ilişkin olarak *zor kullanma yetkisinin sınırlarının aşılması* ve *görevi kötüye kullanma* suçlarından iki ayrı soruşturma yürütülmüştür.

İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 2012/31529 sayılı soruşturma dosyasında, İzmir İl Emniyet Müdürü ve İl Emniyet Müdürlüğünün diğer görevlileri hakkında görevi kötüye kullanma suçundan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında soruşturma izni talep edilmiş ancak İzmir

7 \* Chemical Weapons Convention (adopted 3 September 1992, entered into force 29 April 1997) 1975 UNTS 4 (CWC)

\* Eighth United Nations Congress On The Prevention Of Crime And The Treatment Of Offenders (Havana, 27 August-7 September 1990, A/CONF.144/28/Rev.1)

\* Report Of The Special Rapporteur On The Rights To Freedom Of Peaceful Assembly And Of Association (A/HRC/20/27, 21 May 2012)

8 European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) (CPT/Inf (2009) 25).



Valiliğince bu talep reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde “*iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açısından suç oluşturan ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı*” belirtilmiştir. Başvurucuların anılan karara yaptığı itiraz, İzmir Bölge İdare Mahkemesinin 16.10.2012 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Bunun üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı, 26.11.2012 tarihinde usulüne uygun soruşturma izni bulunmadığından ve soruşturma şartı gerçekleşmediğinden şikâyet edilenler hakkında inceleme yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Başvurucular, polisin uyguladığı orantısız güçten kaynaklanan yaralanmalarına ilişkin İzmir İl Emniyet Müdürlüğü görevlileri hakkında *zor kullanma yetkisinin sınırların aşılması* suretiyle yaralama suçundan şikâyette bulunmuşlardır. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının başlattığı 2012/43793 sayılı soruşturma kapsamında hazırlanan 11.12.2012 tarihli bilirkişi raporuna<sup>9</sup> dayanarak güvenlik güçlerinin müdahalesinin yasal zor kullanma yetkisi kapsamında kaldığının kabulü ile 01.03.2013 tarihinde kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Bilirkişi raporunda başvurulardan Veli İmrak, Tunay Özaydın ve Deniz Doğan hakkında ise bir tespit yapılmamıştır. Ancak Özcan Çetin’in birinci eylemde trafiğin aksamasına neden olduğu, ikinci eylemde grubu yönlendirdiği, Ali Rıza Özer’in birinci eylemde trafiğin aksamasına neden olduğu, ikinci eylemde bariyeri zorladığı, Orhan Bayram’ın birinci eylemde trafiğin aksamasına neden olduğu, ikinci eylemde elinde bulunan bayrak sopasıyla çevik kuvvet personeline vurduğu ve daha sonra sopayı polise fırlattığı tespit edilmiştir. Bilirkişi raporunda ve anılan Cumhuriyet Başsavcılığının kararında başvurulardan yaralanmasının nasıl olduğuna dair bir değerlendirme yapılmamış, raporda ve kararda polisin orantılı güç kullandığı belirtilmiştir. Anılan karara yapılan itiraz Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.04.2013 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

Diğer taraftan, polisin hazırladığı fezleke kapsamında başvurulardan Ali Rıza Özer, Özcan Çetin ve Orhan Bayram’ın da aralarında bulunduğu 68 kişi hakkında İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 02.04.2013 tarih ve 2012/43840 soruşturma numaralı iddianamesi ile ikinci eylem kapsamında “Kanuna Aykırı Toplantı ve Yürüyüşlere Silahsız Katılarak İhtara Rağmen Kendiliğinden Dağılmama” suçundan cezalandırılmaları talebiyle İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. Mahkeme 09.12.2013 tarihli kararı ile 2911 sayılı Kanun’un 32. maddesinin

9 For the contents of the report; <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/8f680799-94b4-4f13-bf22-fe1b7c169346?wordsOnly=False>> accessed 10 June 2018

üçüncü fıkrasının son cümlesi gereğince (CMK'nun 223/4/d-son cümlesine göre) ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 09.08.2012 tarih ve 2012/56697 soruşturma no.lu iddianamesi ile başvurulardan Orhan Bayram ve Ali Rıza Özer'in de aralarında bulunduğu 35 kişi hakkında görevi yaptırmamak için direnmek suçundan cezalandırılmaları için İzmir 2. Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde kamu davası açılmıştır. Mahkeme, "sanıkların müsnet suçu işlediklerine dair kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği" gerekçesiyle beraat kararı vermiştir.

Bu safhaların ardından Bireysel Başvuru yoluna gidilmiştir. Esasen, Bireysel Başvuruya konu olaya ilişkin yargı kolunda yeterli bir muhakeme yapılmadığını ifade etmek mümkündür. Nitekim kolluk kuvvetlerinin orantısız güç kullanarak kasten yaralama suçunu işleyip işlemediklerinin tespitine ilişkin soruşturma izni verilmemesinden dolayı herhangi bir yargılama yapılamamıştır. Diğer taraftan, aralarında başvuruolarının da bulunduğu göstericilerin, kanuna aykırı gösteri düzenlemek ve katılmak suretiyle kamu görevini yaptırmamak için direnme suçunu işleyip işlemediklerine ilişkin davalar yeterli ispat aracı olmadığından beraatla sonuçlanmıştır. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'ye, bireysel başvuruya konu hak ihlaline yol açan bir yargı kararının varlığından öte bir değerlendirme kalmıştır.

AYM Bireysel Başvuru yoluna müracaatlar, genellikle bir yargı kararının ilgililerin hukuki statülerinde hak ihlaline yol açtığı iddiası ile gündeme gelmektedir. Ancak söz konusu başvuruda böyle bir durumdan söz etmek mümkün değildir. Çünkü başvuru konusu olaya ilişkin yargı kolunda esasa ilişkin bir yargılama safhası gerçekleşmemiştir. Her ne kadar Bireysel Başvuru sonucunda bir hak ihlalinin oluştuğu kanaati oluşmuş ve yeniden yargılama imkânı doğmuş olsa da, uyumsuzluğun esasına ilişkin bir değerlendirme ilk olarak bu safhada yapılmıştır.

AYM, başvurunun esasına ilişkin değerlendirmeyi, iki başlık altında, "*kötü muamele yasağının ihlali*" ve "*toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlali*" şeklinde iki hak bakımından ele almıştır. Bu hakların ihlalini kolluk görevlilerinin yapmış olduğu müdahalenin orantılılığı kapsamında incelemiştir. Ancak her iki hak bakımından yapmış olduğu değerlendirmelerde farklı alt başlık usulleri tercih etmiştir. Kötü muamele yasağının ihlali iddiasını Anayasa'nın 17. maddesinin maddi boyutunun ve usul boyutunun ihlali bakımından iki başlık altında irdelemiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlalini ise daha kapsamlı ele alarak (genel

ilkeler, genel ilkelerin uygulanması, müdahalenin mevcudiyeti hakkında, müdahalenin haklı sebeplere dayanması hakkında, müdahalenin kanuniliği, meşru amaç, demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük) incelemiştir.

### 2.3. Kötü Muamele Yasağının Hukuki Niteliği

#### 2.3.1. Genel Olarak

İşkence zalimane, insani olmayan, haysiyet kırıcı muamelelerin en şiddetlisi, insan haklarını ihlal eden en ciddi bir hukuksuzluktur<sup>10</sup>. Bir başka deyişle, işkence, uzun süreli ve tekrarlanarak sistematik biçimde uygulanan fiziksel ve ruhsal acı veren davranışlardan oluşmaktadır<sup>11</sup>. Bir fiilin işkence sayılması için; (i) kuvvetli bedensel veya ruhsal acı ya da ıstıraba yol açması, (ii) failin resmi sıfatla hareket eden bir kimse olması veya bu sıfatı haiz bir kimsenin, üçüncü kişileri kullanmak suretiyle dolaylı olarak hareket etmesi, (iii) işkence görenin geçici veya sürekli olarak üçüncü kişinin himayesi altında bulunması, (iv) acı ve ıstırap veren hareketlerin belirli bir amaca yönelik ve kasıtlı olarak yapılması gerekir<sup>12</sup>.

Ancak kavramsal olarak, işkencenin diğer kötü muamelelerden ayrı bir özellik barındırdığı ileri sürülmektedir<sup>13</sup>. Dolayısıyla işkenceyi dar ve geniş anlamda olmak üzere iki biçimde kullanmak ve işkence dışında kalan muameleleri geniş anlamda işkence tabiriyle karşılamak daha uygun bir yaklaşım olacaktır<sup>14</sup>. Böylelikle bir yandan diğer muamelelerin esnetilebilmesi, sıradanlaştırılabilmesi riskinin önüne geçilebilecek; diğer yandan da aralarında şu ya da bu şekilde bir farklılık olduğu imajı ilk bakışta verilebilecektir<sup>15</sup>.

Ancak hukukumuz bakımından bu ayırım yasal düzenlemelerde dikkate alınmamıştır. Gerek AİHS’de gerekse Anayasamızda ve Türk Ceza Kanunu’nda “işkence” kavramı tercih edilmiştir.

Anayasa’nın 17. maddesi kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı

10 Sulhi Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984) 132

11 Nur Centel and Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4<sup>th</sup> edn, Beta Yayınevi, İstanbul 2006) 224

12 İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu* (Turhan Kitabevi, Ankara 2003) 10, 12

13 “İşkencenin kötü muameleler arasında özel ve ağırlıklı bir yeri olması nedeniyle işkence kavramı kötü muamelelerin jeneriği olarak görülmekte ve bu nedenle de kenar başlık olarak kötü muamele değil işkence kavramı kullanılmaktadır.” Ömer Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı* (2008) XII 1-2 **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 425

14 “İşkenceye bitişik diğer muameleler de işkence kavramı içerisinde kullanılsa bile işkencenin her zaman diğerlerinden ayrı bir ağırlık ve konununun olduğu unutulmamalıdır.” *Anayurt*, (n13) 424

15 *Anayurt*, (n 13) 425

altında, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağını, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağını düzenlemektedir.

Aynı zamanda AİHS'in "İşkence Yasağı" başlıklı 3. maddesinde<sup>16</sup> de, hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5. maddesinde<sup>17</sup> ve işkencenin önlenmesine dair bazı uluslararası sözleşmelerde<sup>18</sup> de benzer hususlar güvence altına alınmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 94 ve 95. maddelerinde "işkence" suçu düzenlenmiştir. 94. maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere işkenceye ilişkin iç hukukumuzdaki düzenlemeler uluslararası mevzuata atıfta bulunmak üzere aynı minvalde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde dikkat çeken bir husus ise, işkence suçunu işleyen kamu görevlilerinin bazen üstlerinden aldıkları emirleri uygulamak suretiyle işkence suçunu işledikleridir. Bu gibi durumlarda amirler de işkence suçu işlemiş gibi cezalandırılmaktadır<sup>19</sup>.

Diğer taraftan, Türk Ceza Kanunu'nun 256. maddesinde "zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" başlıklı bir suç tipi düzenlenmiştir. Bu hüküm kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlardan biri olarak ihdas edilmiş olmakla birlikte kamu görevlisine, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçüde kuvvet kullanılması yetkisi vermektedir. Kullanılacak kuvvetin derecesinin takdiri hususunda kolluk görevlisine bir yetki tanındığı söylenebilir. Ancak toplu kuvvet olarak müdahale gerektiren durumlarda yetki ve sorumluluk kolluk amirine bırakılmıştır<sup>20</sup>.

### ***2.3.2. "Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırının Aşılması" ile "İşkence Suçu" Arasındaki Farklılık***

Zor kullanma yetkisi, kanunla verilen yetkiye dayanılarak usulüne uygun güç kullanılmasıdır. Kanun koyucu, bu amaçları gerçekleştirmek için bazı kamu

16 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR) art 3

17 Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR) art 5

18 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) UNGA 27 (1); European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT/Inf/C (2002) 1); Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 18 December 2002, entered into force 22 June 2006) UNGA (A/RES/57/199)

19 Adem Sözüer, *Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı* (Alfa Basım, İstanbul 2013) 216

20 "...toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda "amirin emri" kurumu gündeme gelecek ve kolluk görevlileri tarafından işlenen fiiller bu kapsamda değerlendirilecektir." Muhammed Demirel, *Amirin Emri* (Onikilevha Yayıncılık, 2014) 170

görevlilerine zor kullanma yetkisi vermiştir. 2559 sayılı Polis Vazife Salahiyet Kanununda kolluk görevlilerine zor kullanma yetkisi tanınmıştır. Kanunun "*Zor ve silah kullanma*" başlıklı 16. maddesinde, "*Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kiracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. 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*" denilmektedir.

AİHM de, bir müdahalenin "kanunla öngörülmesi", AİHS'in 11. maddesi uyarınca bir ya da daha fazla "meşru hedefi" yerine getirmeye yönelik olması ve bu hedeflere ulaşılmasının "demokratik bir toplum açısından gerekli" olması koşullarını aramakta; aksi takdirde 11. maddenin ihlal edileceğini ifade etmektedir<sup>21</sup>. Zor kullanma yetkisi ile donatılan kamu görevlileri, görevlerini ifa ederlerken kişiler üzerinde görevlerinin gerektirdiği ölçünün dışında kasten zor kullanmaları durumunda "zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" suçu kapsamında soruşturma ve kovuşturmayaya tabi olmalıdır.

İşkence suçu ise, bir kişiye karşı sistematik olarak ve belirli bir süreç içerisinde insan onuruyla bağdaşmayan "bedensel veya ruhsal yönden acı veren" veya "algılama veya irade yeteneğini etkileyen" veya "aşağılayıcı" hareketlerde bulunmak suretiyle oluşur<sup>22</sup>. "İşkence" hiçbir istisnası olmaksızın bir suçu ifade etmektedir.

Kanaatimizce bu iki husus tamamen birbirinden ayrılmaktadır. "İşkence" bütünüyle bir suçu ifade etmektedir. Dolayısıyla işkence yapmak hukuki temelden yoksun eylemde bulunmak anlamına gelir. Diğer taraftan zor kullanma yetkisinin aşılması, ölçülülük ilkesi kapsamında belli bir aşamaya kadar güç kullanmayı meşru kılan ancak bu sınırın aşıldığı takdirde bir suçun oluşması anlamına gelen eylemlerdir.

Başka bir ifadeyle, zor kullanma yetkisi hukuka uygun bir şekilde doğmakta iken işkence için hiçbir şekilde hukuka uygunluktan bahsedilemez. İşkencenin tanımından yola çıkıldığında da farklılıkların olduğu anlaşılmaktadır. İşkence suçu bir kişiye karşı sistematik olarak ve belirli bir süreç içerisinde insan onuruyla bağdaşmayan "bedensel veya ruhsal yönden acı veren" veya "algılama veya irade yeteneğini

21 Disk and Kesik v. Turkey, App no 38676/08 (ECHR, 27 November 2012)

22 Mehmet Emin Artuk and Ahmet Gökçen and A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (14<sup>th</sup> edn, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014) 174; Timur Demirbaş, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu* (AÜ Basım Evi, Ankara 1992) 5; Üzülmüş, (n12) 15

etkileyen” veya “aşağılayıcı” hareketlerde bulunmak suretiyle oluşur<sup>23</sup>. Ancak zor kullanma yetkisi kamu görevlisine görevini yaptığı sırada ve görevin gerektirdiği ölçüde kuvvet kullanabilmesinin mevzuatla tanınmış olmasıdır<sup>24</sup>. Bu yetkinin gerektirdiğinden fazla kuvvet uygulandığı takdirde bir suç oluşmaktadır. Dolayısıyla işkence suçu ile zor kullanma yetkisinin aşılmasını aynı potada eriterek değerlendirme yapmak isabetli olmayacaktır.

Zor kullanma yetkisinin aşılması suçu ile işkence suçu bir suç tipi olarak nitelik bakımından birbirinden ayrı zemine sahiptir. AYM'nin de hak ihlali iddiasına konu başvuruda bu ayırımı dikkat etmesi gerekirdi. Çünkü başvuru konusu olayda kolluk görevlilerinin kamu düzenini sağlamak üzere, hukuka aykırı yapılan bir gösteriyi sonlandırmak amacıyla yaptıkları bir müdahale söz konusudur. Burada işkence söz konusu değildir.

### **2.3.3. Anayasa Mahkemesi'nin Gerekçeleştirme Metodu ve Kullandığı Referans İçtihatlar**

AYM Bireysel Başvuru incelemesinde uyumsuzluğun kötü muamele yasağının ihlalinin maddi boyutunu değerlendirirken çoğunlukla “işkence” suçuna ilişkin hukuki argümanları kullanmıştır. Bu kapsamda hem AİHM'nin daha önce vermiş olduğu çeşitli kararlardan ve önceki Bireysel Başvuru kararlarından alıntılar yapmak suretiyle bir gerekçeleştirme metodu izlemiştir.

Şöyle ki AYM, söz konusu Bireysel Başvuru kararının;

72. paragrafında Anayasa'nın 17. maddesini ifade ederken önceki bir kararına atıfta bulunmuştur<sup>25</sup>. Ancak zaten anayasal hüküm olan bir kuralı ifade ederken önceki bir kararına atıfta bulunmak gereklilik arz etmemektedir. 78. paragrafta ise Yüksek Mahkemenin atıfta bulunduğu 2012/969 no'lu *Tahir Canan* başvurusu, bir mahkûma karşı infaz koruma memurunun kasten yaralama ve hakaret suçu işlemesi ile ilgilidir<sup>26</sup>. 78. paragrafta yapılan bir başka atıftaki, AİHM'nin 5310/71 başvuru

23 Artuk and Gökçen and Yenidünya (n 22) 15

24 Artuk and Gökçen and Yenidünya, (n 22) 984

25 “72. Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye “işkence” ve “eziyet” yapılamayacağı, kimsenin “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı belirtilmiştir” *Cezmi Demir v Diğerleri* App no 2013/293 (AYM, 17 July 2014) 80

26 *Tahir Canan* App no 2012/969 (AYM, 18 September 2013)

no'lu İrlanda/birleşik Krallık kararı ise gözaltı süresi ile ilgilidir<sup>27</sup>. Keza 78. paragrafta bir başka referans olan AİHM'nin 30873/96 başvuru no'lu *Eğmez/Kıbrıs* kararı, polisin yakalama anındaki kötü muamelesi ile ilgilidir<sup>28</sup>. 79. paragrafta 2013/293 başvuru no'lu *Cezmi Demir ve D.* kararı hırsızlık şüphelilerinin gözaltında maruz kaldıkları işkence ve kötü muamele ile ilgilidir<sup>29</sup>. Ayrıca 99. paragrafta atıfta bulunulan, 2012/752 numaralı bireysel başvuru kararının 51. paragrafına<sup>30</sup> bakıldığında, bu paragrafın AYM'nin, E.1999/68-K.1999/1, E. 2005/151-K. 2008/37 ve E.2010/58-K.2011/8 sayılı iptal kararlarından alıntı olduğu görülmektedir. Kanaatimizce bu hususlar eleştirilmeye değerdir.

AYM hak ihlali incelemelerinde elbette AİHM'in ve kendisinin daha önce vermiş olduğu kararları gerekçe olarak kullanmalıdır. Hatta esasları farklı olan uyuşmazlıklardaki referansları da pek tabii ki kullanabilir. Ancak bu başvuruda dikkati çeken husus kötü muamele yasağı kapsamında birbirinden farklı esasları olan uyuşmazlıklarda ortaya çıkan işkence ve benzeri uygulamaların referans gösterilmesidir. Hâlbuki bu başvuruya konu olayda işkence suçundan öte zor kullanma yetkisinin aşılması tartışması söz konusudur.

Hemen belirtmek gerekir ki, AYM başka paragraflarda daha uygun gerekçeler de tercih etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme tekrarlara düşmekle birlikte uzun bir metin halinde karar yazmayı tercih etmiştir. Esasen daha kısa bir metin halinde uyuşmazlığın özüne dokunur gerekçeleri özetlemek suretiyle bir karar yazımı tercih edilebilirdi.

Nihayetinde AYM Anayasa'nın 17. maddesinin maddi boyutunun ihlalini bu şekilde etraflıca değerlendirdikten sonra yine aynı argümanlarla, kolluğun gerektiği kadar güç kullanabileceğini, bunun kötü muamele sayılmayacağını ancak ölçülülük kapsamında orantılı olması gerektiğini belirterek maddi vakıya üzerinden somut olayı değerlendirmek suretiyle karar vermiştir.

Nitekim Yüksek Mahkeme, başvuru sahiplerinin da tutum ve davranışlarını ele alarak bir

27 Ireland v. the United Kingdom App no 5310/71 (ECHR, 20 March 2018)

28 Egmez v. Cyprus App no 30873/96 (ECHR 21 December 2000)

29 Cezmi Demir v Diğerleri App no 2013/293 (AYM, 17 July 2014)

30 "51. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında, ... devlet, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü altındadır (AYM E.1999/68, K.1999/1, K.T. 6/1/1999). Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür (AYM, E.2005/151 K.2008/37, K.T. 3/1/2008; E.2010/58, K.2011/8, K.T. 6/1/2011)" Serpil Kerimoğlu v diğerleri, App no 2012/752 (AYM 17 September 2013)

kısmı bakımından hak ihlaline hükmederken bir kısmı için ihlal oluşmadığına kanaat getirmiştir. Bu değerlendirmeyi yaparken bayrak sopasıyla polise vurmak, barikatları zorla geçmeye çalışmak ve kamu düzenini tehlikeye sokacak fiillerde bulunmak gibi somut olay değerlendirmeleri yapmıştır.

## 2.4. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Hukuki Niteliği

### 2.4.1. Genel Olarak

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, diğer birçok modern hak gibi, belli bir çatışmanın sentezi olarak, vatandaşların sorunlarını kamuoyunda tartışma, egemenlik kurumlarıyla paylaşma, talep ve isteklerini temsilcilerine iletme arzularının bir ürünüdür<sup>31</sup>. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ifade özgürlüğünün toplu ve özel bir şekilde kullanılması anlamına gelmektedir<sup>32</sup>.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, demokratik devlet için<sup>33</sup> temel haklardan biri olup, demokratik toplumun kurucu unsurlarındandır<sup>34</sup>. Gösteri, belli bir isteği veya isteksizliği, bu eylemi gerçekleştiren öznelerin varlığı veya jestleri ya da sesleri veya sessizlikleriyle açıklamaktadır<sup>35</sup>. Gösteri nutukla birlikte yapıldığında toplantıya dönüşmektedir<sup>36</sup>. Toplanma kavramıyla gerçek kişilerin bir araya gelmesi kastedilmektedir<sup>37</sup>. Toplanma belirli bir amaç için olduğunda toplantı sayılır. Ne var ki, belirli bir amacın bulunması da, bir insan topluluğunun toplantı sayılmasına yetmez. Ayrıca, bu toplantının örgütlenmiş olması da gerekir<sup>38</sup>. Toplantı ve gösteri

31 Martin Quilisch, *Die Demokratische Versammlung: Zur Rechtsnatur der Ordnungsgewalt des Leiters öffentlicher Versammlungen. Zugleich ein Beitrag zu einer Theorie der Versammlungsfreiheit* (1970) Duncker & Humblot 40; trans; Tolga Şirin, *30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı* (Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2013) 13

32 "...toplantı ve gösteri yürüyüşünün amacı, bir yandan kişilerin bir konu hakkındaki düşüncelerinin başkaları tarafından bilinir hale gelmesi, diğer yandan bu düşüncelerin benimsetilmesi için genel olarak karar organlarına baskı kurma hedefi var. Bu amaçlara ulaşılabilmesi için de öncelikle toplantının veya gösteri yürüyüşünün kamuoyu tarafından fark edilmesini sağlayacak koşulların oluşması gerekiyor ki bunun ön koşulu da uygun yer ve zaman seçimi olarak karşımıza çıkıyor." Nur Zeliha Kaman, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin Hukuksal Çerçeve* (2014) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı, 25

33 "Özgür bir ülkede yaşayanlar, ellerindeki hakları koruyabilmek için serbestçe toplanabilmeli, düşüncüklerini birbirlerine aktarabilmelidir. Yöneticileri seçimle iş başına gelen ülkelerde toplanabilmenin önemi daha bir açıklıkla gösterir kendini." İlhan F. Akın, *Toplanma Özgürlüğü* (1964) İÜHFİM C30 S3-4 545,567

34 Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü* (2006) TBBD S64 39,69 43

35 Ömer Anayurt, *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti* (Kazancı Yay., İstanbul 1998) 18

36 Şirin, (n31) 13

37 Şirin, (n31) 18

38 Akın, (n33) 546



yürüyüşü hakkının kullanılması için en az kaç kişinin bulunması gerektiği ise tartışmalıdır. AİHM'e göre bir kişinin tek başına bile bu hakkı kullanması mümkün iken, Avrupa ülkelerinde ve Türkiye'de bu hakkın kullanılması için en az iki veya üç kişinin varlığı aranmaktadır<sup>39</sup>.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, hem uluslararası hukuk metinlerinde hem de ulusal düzenlemelerde anayasal düzeyde korunan bir hak olarak güvence altına alınmıştır. Türk hukukunda ise bu hak, Anayasa'nın 34. maddesinde kaleme alınmıştır. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile de hakkın kullanılmasına ilişkin gerekli düzenlemeler yapılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 34. maddesine göre, *Herkes, önceden izin almadan, silahlı ve silahlı olmayan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. Ancak Anayasa'nın 34. maddesinin devamında, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği* düzenlenmiştir. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun<sup>40</sup> 3. maddesinde ise; herkesin önceden izin almaksızın, şiddet veya silah kullanmadan gösteri veya toplantı yapabileceği hüküm altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü" başlıklı 11. maddesinde de; "Herkes, asayiş bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir" şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak AİHS ve AİHM toplantı ve gösteri yürüyüşünün şekline ilişkin kesin kriterler koymamıştır. Nitekim bu nitelikteki toplantıların dinamik bir şekilde, yani bir yürüyüş şeklinde ya da statik biçimde veya oturma eylemi şeklinde olabileceği ve bunları belli bir liste ile sınırlandırmanın da mümkün olmayacağı ifade edilmektedir<sup>41</sup>.

AİHS'in 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre de; "Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak milli güvenliğin, kamu

39 See for details; Şirin, (n31) 18

40 Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde toplantının; "belli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişiler tarafından bu kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantılarını", gösteri yürüyüşünün; "belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişiler tarafından kanun çerçevesinde düzenlenen yürüyüşü" ifade ettiği açıklanmıştır.

41 David Mead, 'The Right to Peaceful Protest under the European Convention on Human Rights-A Content Study of Strasbourg Case Law' (2007) 4 EHRLR 345,350

emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla<sup>42</sup> sınırlanabilir. Maddede, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir” şeklinde sınırlama öngörülme suretiyle, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırsız olmadığı ortaya konulmuştur.

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri, çoğulcu demokrasinin kurulması, farklı kültürel, dini, siyasi, sanatsal ve benzeri fikirlerin oluşabilmesi ve bir arada yaşayabilmelerinin içselleşmesi açısından önemlidir<sup>43</sup>. Nitekim toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullananlara karşı, karşıt göstericilerin de gösteri yapanları protesto etmesinin, 11. maddenin güvencesi altında bir toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı olduğu ileri sürülmektedir<sup>44</sup>.

Görüldüğü gibi gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve gerekse AİHS, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ancak “demokratik bir toplumda gerekli olma” kriteri gözetilmek şartıyla, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte soyut kamu düzeni ve kamu güvenliği tehlikesine dayanarak toplantı ve gösteri yürüyüşü yasaklanmamalı, göstericilerin saldırgan ve tehdit edici herhangi bir davranış sergileyip sergilemedikleri tespit edilmelidir<sup>45</sup>.

AİHM’e göre ise, önceden belirtilmiş bazı durumlarda güç kullanımının mahsuru yoktur. Ancak söz konusu gücün kullanılması, “kaçınılmaz olması halinde” ve “aşırı olmamak kaydıyla” olabilir<sup>46</sup>. Dolayısıyla somut olayda, fiziksel güç kullanımına başvurmanın muhakkak gerekli olup olmadığının ve kullanılan gücün orantılı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir<sup>47</sup>.

AİHM’e göre, gösteri yürüyüşüne katılanlara yönelik yapılan müdahale sonucunda, katılımcıların vücutlarının çeşitli yerlerinde ciddi şekilde ezik, sıyrık ve şişlik tespit

42 “Yasayla sınırlandırma yazılı veya yazılı olmayan bir kanun hükmü ile olabilir.”, Francis G. Jacobs and Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, (Clarendon Press, Oxford 1996) 224

43 Case, Yargıtay CGK, E. 2014/9-147, K. 2014/376, T. 16.9.2014, KBB.

44 D. J. Harris and others, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, Oxford 2009) 517

45 Case Yargıtay CGK, E. 2015/9-111, K. 2015/381, T. 10.11.2015, KBB.

46 Rehbock v. Slovenia, App no 29462/95 (ECHR 28 November 2000)

47 Subaşı and Çoban v. Turkey, App no 20129/07 (ECHR 09 July 2013)

edilmesi, biber gazı sebebiyle mide bulantısından mağdur olmaları ve bunalım belirtileri göstermeleri, AİHS'in 3. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir<sup>48</sup>.

AYM ise, bireysel başvuru yolu ile önüne gelen uyuşmazlıkta gösterilerin "**barışçıl**" niteliğine sıklıkla vurgu yapmıştır. Bu minvalde, yapılan eylemlerin, "*barışçıl yöntemlerle*", "*barışçıl amaçlarla*" ve "*barışçıl bir şekilde*" yapıldığına işaret edilmiştir. Ayrıca "*barışçıl toplantı hakkı*" ve "*toplantı hakkının barışçıl niteliği*" gibi kavramları da aynı doğrultuda kullanmıştır. Barışçıl olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, ifade özgürlüğünün bir başka görünümü olarak değerlendirilir ve bu çerçevede demokratik bir toplum bakımından temel hak niteliğindedir<sup>49</sup>.

AİHM de, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile ilgili olarak; "*Kamuya açık alanda düzenlenen gösteriler, trafiği aksatmak gibi etkilerle günlük yaşam düzenini bir derece bozabilir. Göstericiler şiddet içeren hareketlerde bulunmadıkları sürece, resmi makamların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi kapsamında güvence altına alınan toplantı hakkının özüne hâle gelmemesi için barışçıl nitelikteki toplantılara belirli derecede hoşgörü göstermesi gerekmektedir.*" şeklinde değerlendirme yapmaktadır<sup>50</sup>. Hatta toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının diğer kimselere rahatsızlık vermesi halinde dahi bu hakkın barışçıl bir şekilde kullanılmasıyla bertaraf edilebileceği ileri sürülmektedir<sup>51</sup>.

#### **2.4.2. Anayasa Mahkemesinin Gereçlendirme Metodu**

AYM, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlal edilip edilmediğini etraflı bir şekilde incelemekle birlikte bu hakkın *demokratik bir toplumda gerekli olmasına* değinmiştir. Bu kapsamda idarenin hakkın kullanılmasını engelleyen önlemlerinin *ölçülülük* ilkesi kapsamında olup olmadığının tespitini yapmıştır.

Yüksek Mahkeme, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ihlalini, hakkın bireysel bir hak olması itibarıyla<sup>52</sup>, kişiler ve davranışları bakımından ayrı ayrı değerlendirmek

48 Subaşı and Çoban v. Turkey

49 Osman Doğru and Atilla Nalbant, '*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama Ve Önemli Kararlar*', C2 430 <<http://www.insanhaklarihukuku.com/wp-content/uploads/2016/01/%C4%B0HAS-A-%C3%A7%C4%B1klama-ve-%C3%96nemli-Kararlar-cilt-2-Do%C4%9Fru-Nalbant.pdf>> accessed 10 June 2018

50 Disk and Kesk v. Turkey

51 Ziya Çağa Tanyar, '*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı*' (2011) AÜHFD, S 60(3) 593,634 608

52 "Bireysel özgürlük olan düşünce özgürlüğü, çoğu kez kolektif özgürlük olan toplantı ve gösteri özgürlüğü ile eşzamanlı olarak kullanılır. Daha doğrusu demokratik sistemin bütünlüyci birer parçasını oluşturan toplantı ve gösteriler, çoğu zaman bir düşünce ve kanaatin açıklanması ve yayılmasına hizmet ederler" Ali İlgören, *Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri*, (2<sup>th</sup> edn, Seçkin Yayınevi Ankara 2011) 62

suretiyle, kolluk görevlilerinin müdahalesinin orantılı olup olmadığına karar vermiştir. Nitekim bazı göstericilerin polis bariyerlerini yıkmaya çalışmaları ve buna karşılık savunma amacıyla yapılan polis müdahalesi ölçülülük ilkesi kapsamında mütalaa edilmiş ve bir hak ihlali oluşmadığı belirtilmiştir. Ancak bazı göstericilerin kolluğun müdahalesini gerektirecek bir davranışta bulunmaması karşısında polis müdahalesi sonucu yaralanmış olmaları orantılı bir müdahale olarak kabul edilmemiş ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlaline yol açtığı ifade edilmiştir.

AİHM de aynı hassasiyeti göstermektedir. AİHM kararlarında önceden izin alınmamış olsa bile barışçıl bir şekilde yapılan gösterilerde kolluğun bir miktar tolerans göstermesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>53</sup>. Hatta doktrinde, ifade özgürlüğü ve dolayısıyla toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma özgürlüklerinin belirli bir ölçüde abartmayı hatta tahrik etmeyi de kapsadığı ileri sürülmektedir<sup>54</sup>. Kanaatimizce bu özgürlüklerin ve toleransların, kamu düzeninin bozulmasına yol açmayacak oranda kullanılması gerekmektedir. Aksi takdirde tersi bakımından ölçülülük ilkesi aşılmış olur.

Esasen, en nihayetinde, AYM toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlalini de kötü muamele yasağının varlığına, başka bir ifadeyle zor kullanma yetkisinin aşılmasına bağlamıştır. Dolayısıyla bu değerlendirmeleri tek bir eksende toplayarak yapmak mümkün olabilirdi. Nitekim önceki bölümde olduğu gibi bu bölümde de somut olay üzerinden bir ölçülülük değerlendirmesi yapılarak hak ihlalinin oluşup oluşmadığına karar verilmiştir.

### 3. Değerlendirme

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde aşama aşama açıklanmak suretiyle irdelenmeye çalışılan olayda; AYM bir hak ihlali iddiasıyla önüne gelen dosyayı *kötü muamele yasağı ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı* kapsamında ele almıştır. Bu hakların ihlalini ise somut olaylar üzerinden ölçülülük ilkesinin sınırları bakımından değerlendirmiştir. Bu hususta AİHM, kararlarındaki gerekçeleri de referans olarak göstermeyi tercih etmiştir.

Ancak kanaatimizce AYM, gerek yukarıda belirtilen hakların gerekse başka hakların da ihlal edilip edilmediğini öncelikle *etkin soruşturma ve kovuşturma* kapsamında ele almalıydı. Bunun haricinde yine ölçülülük ilkesi değerlendirmesi

53 See for details, Oya Ataman v. Turkey, App no 74552/01 (ECHR 5 December 2006)

54 Doğru and Nalbant, (n49) 430

yapılabilirdi. Fakat başvuruya konu uyuşmazlıkta etkili ve eksiksiz bir soruşturma ve kovuşturma yapılıp yapılmadığının tespiti daha fazla ehemmiyet arz etmektedir. Nitekim toplantı veya gösteri yürüyüşleri hakkını kullananların dağıtılmasında kötü muamelede bulunanlara yönelik soruşturmanın hızlı bir şekilde yapılması, bağımsız ve tarafsız olması ve kamuya açık şekilde yürütülmesi<sup>55</sup> gerekmektedir.

Olayda, göstericilere müdahalede bulunan kolluk görevlileri hakkında soruşturma izni verilmemiştir. Etkili soruşturma kavramı, Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamındaki soruşturma kavramıyla sınırlı olmayıp soruşturma izni verilmesine ilişkin yapılan ön inceleme, soruşturma ve kovuşturma aşamalarının tamamını kapsamaktadır. Devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüğün bir de usule ilişkin boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde Devlet, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvence altına almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda bunların, sorumlulukları altında meydana gelen olaylar nedeniyle hesap vermelerini sağlamaktır<sup>56</sup>. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların ölüm ya da yaralama olayına ilişkin hesap vermelerini sağlamaktır<sup>57</sup>.

Ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir<sup>58</sup>. Dolayısıyla kötü muamele iddialarının gerektirdiği soruşturma; bağımsız, hızlı ve derinlikli bir şekilde yürütülmelidir. Bu bağlamda soruşturmanın derhâl başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir. Kamu görevlileri tarafından

55 İnce, (n3) 23

56 Case of Jasinskis v. Letonya, App no 45744/08 (ECHR 21 December 2010)

57 Serpil Kerimoğlu v diğerleri, App no 2012/752 (AYM 17 September 2013)

58 Batı and Others v. Turkey App no 33097/96 (ECHR 3 June 2004) and De Souza Ribeiro v. France 57834/00 (ECHR 03 June2004)

yapılan işkence ve kötü muamele iddiaları hakkında yürütülen soruşturmanın<sup>59</sup> etkili olması için soruşturmada sorumlu olan ve tetkikleri yapan kişiler olaylara karışan kişilerden bağımsız olmalıdır.

Soruşturmanın etkin bir şekilde yapılması, verilecek hükmün adil olmasını sağlar<sup>60</sup>. AİHM de Devlet'in yetkili makamlarının yeterli ve etkili bir soruşturma yürütememesi sebebiyle, çoğu kez hak ihlali kararı vermiştir<sup>61</sup>. AİHM, yetkili makamların, örnek gösterilebilecek derecede özenli ve hızlı hareket etmesi<sup>62</sup> gerektiğine ve sorumluların tespit edilebilmesi ve cezalandırılmasını sağlamasına vurgu yapmaktadır<sup>63</sup>. Ayrıca AİHM, bir kamu görevlisinin AİHS'in 3. maddesinin ihlaline sebep olan suçlarla itham edildiği hallerde, gerçekleştirilen ceza yargılamaları ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramaması ve genel af veya af çıkarma gibi tedbirlere müsaade edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>64</sup>.

Dolayısıyla AYM'nin de Bireysel Başvuruyu incelerken adli kolluğun etkin bir soruşturma yapıp yapmadığını irdelemesi beklenirdi. Çünkü müdahaleyi yapan kolluk görevlileri ile soruşturmayı yürüten, delil toplayan ve inceleme yapan kişiler aynı teşkilat içerisinde yer almaktadır. Nitekim kolluk, soruşturmadaki konumu gereği, savcılık kurumundan bağımsız olarak düşünülemez. Bu sebeptir ki, AYM kötü muamele yasağının veya toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlalini değerlendirmeden önce adil yargılanma hakkı kapsamında **etkin soruşturma** yapıp yapılmadığını tespit etmeliydi. Etkin soruşturma yapılmadığının tespiti halinde ise başvuruyu hak arama hürriyeti, adil yargılama ilkesi ve silahların eşitliği gibi hakların ihlali bakımından ele almalıydı. Nitekim AİHS'in "İnsan haklarına saygı yükümlülüğü" kenar başlıklı 1. maddesinde, "*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki*

59 "Bir dönem Türkiye'de, ...Ceza Kanunu'nda öngörülen korumanın etkinliğinin zayıflatılmasının yapılan soruşturma sisteminde boşluklar yarattığı, bunun da güvenlik güçleri mensuplarının fiillerinin hesabını vermeme, hatta bu durumdan yararlanma imkânı verdiği ifade edilmiştir...

Görülüyor ki, memurlar açısından getirilen özel yargılama kuralları, ... , maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin bir sonucu olarak etkin bir soruşturma yapılmasını engellediği için birçok olayda Türkiye'nin mahkûm edilmesi sonucuna yol açmıştır." Bahri Öztürk, '*Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)*', (2003) İKÜHFD, 43

60 Sesim Soyer Güleç, '*Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi*', (2013) C15 DEÜHFD 1393,1464 1427

61 "Etkin bir soruşturma için, soruşturmanın suça karışmış olma ihtimali olan kişilerden bağımsız olarak yürütülmesi, resmi bir soruşturmanın yapılması, soruşturmanın ivedilikle ve makul sürede yapılması ve soruşturmanın kamunun denetimine açık olması gerekmektedir." Se efor details, Burak Bilge, '*AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*', (2014) C5 S2 İÜHFD

62 Çelik and İmret v. Turkey, App no 44093/98 (ECHR 26 October 2004)

63 Orhan Kur v. Turkey App no 32577/02 (ECHR 29 September 2008)

64 Yaman v. Turkey App no 32446/96 (ECHR 02 February 2005)

alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar" hükmü yer almaktadır. AİHM'e göre, etkili ve eksiksiz bir soruşturmada söz edilebilmesi için soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından, başvuruların katılımı sağlanarak yürütülmesi<sup>65</sup>, eksiksiz ve titiz bir şekilde yapılması, kamu denetimine açık olması, ihlalden sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılması konularında sonuca götürebilecek nitelikte olması gereklidir<sup>66</sup>. Ayrıca kamuoyunun güvenini korumak ve yasadışı eylemlere göre her türlü hoşgörü ya da suç ortaklığı izleniminden kaçınmak amacıyla soruşturmada gerekli olan ivedilik ve özen gösterilmelidir<sup>67</sup>. AİHM de Devletin yetkili makamlarının yeterli ve etkili bir soruşturma yürütmesi gerektiğini Sözleşmenin gereği olarak görmekte ve buna riayet edilmediği gerekçesiyle hak ihlali kararı vermektedir<sup>68</sup>. Dolayısıyla AİHM'e yapılacak başvurulara karşı bir emniyet supabı işlevi görmesi amacıyla ihdas edilmiş olan AYM Bireysel Başvuru yolunda AİHM'in kriterlerine dikkat edilmesi isabetli olacaktır. Aksi takdirde bu ve benzeri başvuruların AİHM'in önüne gitmesi kaçınılmaz olacaktır<sup>69</sup>. Böylece yargılamaların uzun sürmesinin de yol açacağı hak ihlalleri ile birlikte Devlet artan miktarda tazminatlarla mahkûm olacaktır.

Yüksek Mahkeme bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra kolluk görevlilerinin göstericilere müdahale ederken uygulamış oldukları kuvvetin orantılı, gerekli ve elverişli olup olmadığını ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirmesi yerinde olurdu. Bu aşamaya gelindiğinde ise;

Kolluk personelinin kamu düzenini sağlamak amacıyla göstericilere kuvvet uygulaması hukuka uygunluk sınırlarını aşması halinde bunun nasıl bir yaptırıma tabi olacağını belirlemek gerekir. Buna ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçu ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması başlıklı hükümler yer almaktadır. Ancak

65 AİHM; "Etkili hukuk/giderim yolu" kavramı, "tazminat ödenmesine" ek olarak, Devlete eylemden "sorumlu olanların tespiti ve cezalandırılmasına elveren nitelikte düzgün ve etkili soruşturma yapması" ve şikâyetçinin soruşturma usulüne etkin katılımını/erişimini sağlaması" yükümlülüklerini yükler. M. Semih Gemalmaz, *AİHS (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi* (Ankara Barosu, Ankara 2006) 385

66 Serkan Cengiz and others, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları* (TBB, Ankara 2008) 10

67 Cengiz and others (n66) 10

68 Meryem Çelik and Others v. Turkey, App no 3598/03 (ECHR 16 April 2013)

69 "Türkiye Cumhuriyeti, insan hakları ihlallerini soruşturmama konusunda hayli deneyimli. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bugüne kadar ölüm şikâyetleriyle ilgili 32 davada, işkence ve kötü muamele şikâyetleriyle ilgili 51 davada Türkiye'nin **soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiğine** karar verdi. Bu kararlardan anlıyoruz ki devlet, nasıl **etkili soruşturma** yapılmaz sorusunun cevabını kendi deneyimleriyle çok iyi biliyor." Osman Doğru, '*Soruşturma(ma)*', Radikal Gazetesi, 14 Temmuz 2013, <<http://www.radikal.com.tr/radikal2/sorusturmama-1141905/>> accessed 10 June 2018

işkence suçunun oluşabilmesi için *sistemik olarak ve belirli bir süreç içerisinde insan onuruyla bağdaşmayan* hareketlerin varlığı aranmaktadır. Bu suçun nitelikli unsurları arasında kasten yaralama suçuna ilişkin unsurlarda aranmaktadır. Diğer taraftan zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunda da kasten hareket etme gerekliliği aranmakla birlikte kamu görevlisine kamu düzeninin sağlanması amacıyla ölçülülük ilkesi sınırlarında bir kuvvet uygulama yetkisi verilmiştir.

Başka bir deyişle, işkence suçu<sup>70</sup> kamu görevlisinin hiçbir şekilde kuvvet kullanmaması gereken bir faaliyeti yürütürken kuvvet kullanması şeklinde iken zor kullanma yetkisinin aşılması belli bir sınıra kadar kuvvet kullanılabilen bir faaliyete ilişkin söz konusu sınırın aşılmasından sonra suçun oluşmasıdır. Dolayısıyla bireysel başvuruya konu olayda Yüksek Mahkeme'nin TCK'da yer alan zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması hükmü üzerinden de ihlal değerlendirmesi yapması gerekirdi. Ancak AYM kararı incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin gerekçelerinde çoğunlukla işkence suçuna ilişkin argümanlara yer verdiği görülmektedir. Hâlbuki aynı minvalde birçok AİHM kararı ve doktrinde teorik bilgi mevcut iken konunun ağırlık noktasını işkence suçu üzerinden değerlendirmek isabetli olmamıştır.

Diğer taraftan, görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşması cebir veya tehdit kullanılmasını gerektirmektedir. Bu suçun oluşması için kullanılan cebrin kasten yaralama suçunun temel şekli veya daha az cezayı gerektiren hali kapsamında değerlendirilebilecek boyutta olması gerekir. Dolayısıyla eylem yapılırken kamu görevlisine karşı gösterilen cebrin bu kapsamda ele alınması gerekir.

Ayrıca 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu'nun 32. maddesinde, *kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtar ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*, denilmektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere hukuka aykırı bir eylem yapılırken eylemin sonlandırılması için zor kullanmak gerekebilir ve bu kuvvetin sınırının aşıp aşılması ile eyleme katılanların söz konusu 32. maddeye göre cezalandırılması ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

En nihayetinde, incelemekte olduğumuz başvuru kararının verildiği tarih itibarıyla, AYM Bireysel Başvuru yolunun henüz yeni bir yargısal merci olması

70 “İşkence ve eziyet teşkil eden fiiller, aslında müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. Aslında bu fiillerin suç açısından arz ettiği özellik, ... bunların belli bir amaç doğrultusunda işlenmiş olmalarıdır.” İzzet Özgenç and Cumhur Şahin ‘İşkence Suçu’, (2000) S1 GÜHFD 11



sebebiyle bu tür eksiklikler makul karşılanabilir. Ancak bu karar üzerinden yapılan tespit ve tenkitlerin önümüzdeki dönemde AYM tarafından verilecek kararlar üzerinde olumlu bir etki oluşturması beklenmektedir.

Bu minvalde, AYM'nin hak ihlali değerlendirmelerinde, ihlal iddiasının hangi hak bakımından değerlendirilmesi gerektiğini isabetli bir şekilde tespit etmesi, AYM'nin karar yazımında tekrara düşmeden daha özlü ve kendine münhasır nitelikte kararlar yazması, gerekçelerinde başvuru konusu olayın özüne yakın örnek içtihatlar tercih etmesi ve kendi kararlarına atıfta bulunurken atfın ilk kaynağını da belirtmesi önem arz etmektedir.

## Kaynakça

- Adem Sözüer, *Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı* ( Alfa Basım, İstanbul 2013)
- Ali İşgören, *Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri*, (2th edn, Seçkin Yayınevi Ankara 2011)
- Bahri Öztürk, '*Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)*', (2003) İKÜHFD
- Burak Bilge, '*AIHM İchtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*' (2014) C5 S2 İÜHFD
- David Mead, '*The Right to Peaceful Protest under the European Convention on Human Rights-A Content Study of Strasbourg Case Law*' (2007) 4 EHRLR 345,350
- D. J. Harris and others, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, Oxford 2009)
- Francis G. Jacobs and Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, (Clarendon Press, Oxford 1996)
- Hüseyin İnce, '*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatları Altında Barışçıl Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması*' (2015) 5 UMD <<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000145783/5000133111>>accessed 10 June 2018
- İlhan F. Akin, '*Toplanma Özgürlüğü*' (1964) İÜHFM C30 S3-4 545,567
- İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu* (Turhan Kitabevi, Ankara 2003)
- İzzet Özgenç and Cumhur Şahin '*İşkence Suçu*', (2000) S1 GÜHFD
- Martin Quilisch, '*Die Demokratische Versammlung: Zur Rechtsnatur der Ordnungsgewalt des Leiters öffentlicher Versammlungen. Zugleich ein Beitrag zu einer Theorie der Versammlungsfreiheit*' (1970) Duncker & Humblot
- Mehmet Emin Artuk and Ahmet Gökçen and A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (14th edn, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014)
- Muhammed Demirel, *Amirin Emri* (Onikilevha Yayıncılık, 2014)
- M. Semih Gemalmaz, *AIHS (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi* (Ankara Barosu, Ankara 2006)
- Nur Centel and Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4th edn, Beta Yayınevi, İstanbul 2006)
- Nur Zeliha Kaman, '*Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin Hukuksal Çerçeve*' (2014) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı
- Osman Doğru and Atilla Nalbant, '*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama Ve Önemli Kararlar*', C2 430
- Osman Doğru, '*Soruşturma(ma)*', Radikal Gazetesi, 14 Temmuz 2013, <<http://www.radikal.com.tr/radikal2/sorusturmama-1141905/>> accessed 10 June 2018
- Osman Doğru, '*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü*' (2006) TBBD S64 39,69

- Ömer Anayurt, *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti* (Kazancı Yay., İstanbul 1998)
- Ömer Anayurt, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı' (2008) XII 1-2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 425
- Serkan Cengiz and others, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları* (TBB, Ankara 2008) 10
- Sesim Soyer Güleç, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi', (2013) C15 DEÜHFD 1393,1464
- Sulhi Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984)
- Timur Demirbaş, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu* (AÜ Basım Evi, Ankara 1992)
- Tolga Şirin, *30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı* (Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2013)
- Ziya Çağa Tanyar, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı' (2011) AÜHFD, S 60(3) 593,634