

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TOPLANMA VE ÖRGÜTLENME
ÖZGÜRLÜĞÜ KARARLARINA YÖNELİK ELEŞTİREL BİR
DEĞERLENDİRME
30 HAZİRAN 2015**

Dr. Tolga Şirin()*

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi (AYM), 23.09.2012 tarihinden bu yana anayasa şikâyeti¹ kararları vermektedir. Büyük çoğunluğu kabul edilemezlik kararı niteliğinde olan bu kararların bir kısmı toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ile ilişkilidir. Bu kararlar, tüm kararlar içinde az sayıdadır. Fakat kararların ve ihlal sayısının az olması, Türkiye’de bu konularda sorun olmadığı anlamına gelmemektedir. Hatta uluslararası raporlar göstermektedir ki bu alan, Türkiye’deki en güncel sorun alanlarından biridir.² Öyle ki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi verdiği ihlal kararlarına³ rağmen Hükümet’in hiçbir adım atmaması, hatta ihlali derinleştirmesi karşısında; *İzci v. Türkiye* kararında, artık bir adım daha ileri gitmiş ve 40’tan fazla kararda, kolluk görevlilerinin gösterilerdeki sert müdahalelerinin veya barışçıl göstericilere karşı açılan ceza davalarının Sözleşme’nin 3 ve 11’nci maddelerini ihlal sonucuna ulaşıldığını, 20’den fazla kararda kolluk güçlerinin cezasız bırakıldığını ve hâlihazırda 130 başvurunun incelenmeyi beklediğini kaydederek, Sözleşme’nin 46’ncı maddesi çerçevesinde karar vermiştir.⁴ Kolluk güçlerinin göz yaşartıcı gaz kullanımına ilişkin yetkilerinin spesifik hale getirilmediğinin, bu bağlamda öngörülebilir ve ulaşılabilir bir hukukun bulunmadığının söylendiği *Abdullah Yaşa v. Türkiye*⁵ kararında da aynı şekilde 46’ncı madde hükmüne dayanılmıştır. Mahkeme, *Ataykaya v. Türkiye* kararında ise bir adım daha ileri giderek, göz yaşartıcı gaz kullanımından kaynaklanan ölüm ve yaralanma riskinin en aza indirilmesi amacıyla, göz yaşartıcı silahların kullanımına ilişkin güvencelerin, hiç geciktirilmeden güçlendirilmesine ihtiyaç bulunduğunu vurgulamıştır.⁶

Büyük ihtimalle prosedürel nedenlerle bu sorunlu alan AYM kararlarına (henüz) yansımış değildir. Fakat gözlemlerimiz ve objektif veriler, bu konunun, AYM’nin önümüzdeki dönemki faaliyetlerinde niceliksel ve niteliksel olarak epeyce yer edineceği yönündedir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

¹ ‘Bireysel başvuru’ yerine ‘anayasa şikâyeti’, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ yerine ‘İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ kavramlarının kullanılması nedenleri için bkz. Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti*, İstanbul: XII Levha Yay., ss. 2-3, dn. 6.

² Örneğin bkz. Human Rights Watch, *Protestoyu Terör Suçu Saymak: Göstericileri Yargılamak ve Hapsetmek İçin Terörle Mücadele Yasalarının Keyfi Kullanımı*, Berlin: HRW, 2010. Amnesty International, *Gezi Parkı Eylemleri: Türkiye’de Toplanma Özgürlüğü Hakkı Şiddet Kullanılarak Engelleniyor*, London: Uluslararası Af Örgütü Yay., 2013.

³ *Ali Güneş v Turkey*, ECtHR, 9829/07, 10.04.2012.

⁴ *İzci v Turkey*, ECtHR, 42606/05, 23.07.2013, §§ 95-97.

⁵ *Abdullah Yaşa v Turkey*, ECtHR, 44827/08, 16.07.2013.

⁶ *Ataykaya v. Turkey*, ECtHR, 50275/08, 22.07.2014, §73.

Bu çalışmada AYM'nin anayasa şikâyeti usulü yürürlüğe girdikten sonraki kararları analiz edilmeye çalışılacaktır.

Öncelikle AYM'nin İHAM kararlarını takip ettiği noktalarda olumlu bir seyir içinde olduğu peşinen kaydedilmelidir, fakat bu analizde olumlu noktalardan çok, içtihadı katkı sunmak adına, kararlardaki sorunlara işaret edilmeye çalışılacaktır.

“Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü” şeklindeki kalıp, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 11'inci maddesinden mülhemdir.⁷ Bu madde, bünyesinde ‘barışçıl toplantı hakkı’ ve ‘örgütlenme özgürlüğü hakkı’ olmak üzere iki farklı hakkı barındırmaktadır.⁸ Aslında bu özgürlüklerin üstünü kazıyacak olursak altından ‘ifade özgürlüğü’ çıkacaktır.⁹ Fakat bunları ifade özgürlüğünden ayıran ve ikisini aynı potaya sokan nokta, bireylerin menfaatlerini ifade edip koruyabilmeleri için bir araya gelmelerini güvence altına almalarıdır. Başka bir deyişle, biri tekil olmaktan çok ‘toplu şekilde’ ifade özgürlüğü kullanımını, diğeri ise bu kullanımın ‘kurumsal’ hale gelmesini güvence altına alan bu iki hak, kolektif¹⁰ olmak bakımından hem bireysel ifade özgürlüğünden ayrılmakta, hem de kendi aralarında ortaklaşmaktadır. Özgürlüğün kolektif niteliği itibariyle üst başlıkta ortaklaşma yapılmış olsa da analiz bakımından bu ikilikten yararlanarak, konuyu “toplama özgürlüğü kararlarının analizi” ve “örgütlenme özgürlüğü kararlarının analizi” şeklinde iki başlıkta ele alabiliriz.

I. TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜ KARARLARININ ANALİZİ

Bilindiği gibi Anayasa'nın 148'inci maddesi gereğince anayasa şikâyetinin konusu “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri*”dir. Bu bakımdan öncelikle anayasa şikâyetine konu edilecek hakkın koruma alanının belirlenmesi gerekmektedir.

Toplanma özgürlüğü, 1982 Anayasası'nın 34'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*herkes önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.*” Hemen fark edileceği gibi bu düzenleme, İHAS'ın “*herkes barışçıl olarak toplanma (...) hakkına sahiptir*” hükmünden biraz farklıdır. Şüphesiz ki iki farklı iradenin ürünü

⁷ Türkçe çalışmalar içinde İHAM ve Anayasa karşılaştırması bağlamında bkz. Olgun Akbulut, “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, in Sibel İnceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İstanbul: Beta Yay., 2013, ss. 381-423. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 12'nci maddesi de ‘toplantı ve örgütlenme özgürlüğünü’ güvence altına almıştır. Aslında Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi (*Court of Justice of European Union*), Şart yürürlüğe girmeden önce de, İHAS'ın 11'inci maddesine ve İHAM kararlarına atıf yapmak suretiyle bu özgürlüğün ‘topluluk hukuku’ güvencesi altında olduğunu söylemişti. Topluluk hukukundaki ‘malların serbest dolaşımı ilkesine’ aykırı olduğu iddia edilen otobanı kapatan bir gösteri, Avrupa Mahkemesi'ne göre toplantı ve örgütlenme özgürlüğü güvencesi altında idi. Bkz. Case C-112/00, Schmidberger (12/6/2003) [2003] ECR I-05659, par. 71 vd.

⁸ BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde toplanma özgürlüğü (md. 21) ve örgütlenme özgürlüğü (md. 22) ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Bu mekanizma bakımından değerlendirmeler için bkz. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl:N.P. Engel, 2005, ss. 481-512.

⁹ Anı yönde bkz. *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, AYM, 2013/3924, 6/1/2015, § 116.

¹⁰ Fransızca doktrinde bunlar ‘kolektif özgürlükler’ olarak ifade edilmektedir. Türkçe literatürde bkz. İbrahim Özden Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Yay, 1989.

olan bu metinlerde farklılık olması doğaldır. Söz konusu farklılığı netleştirmek, AYM'nin işidir.¹¹ Konuyla ilgili ilke kararlarına bakıldığında ise AYM'nin bu netleştirmeyi henüz sistemli bir şekilde gerçekleştiremediği gözlemlenmektedir. AYM'nin toplanma özgürlüğü konusundaki kararlarına geçmeden önce bu noktanın üzerinde durmak gerekmektedir.

A. Anayasa ve İHAS Metni Arasındaki Farklılık Sorunu

Toplanma özgürlüğü bakımından Anayasa ve İHAS metni arasındaki farklılık sorunu, biri 'önceden izin alma şartı yönünden', diğeri 'silahsız ve saldırsız sözcükleri yönünden' olmak üzere, iki noktada ortaya çıkmaktadır.

1. Önceden İzin Alma Yasağı Şartı Yönünden

İki metin arasındaki ilk farklılaşma, İHAS metninde olmayıp Anayasa'da yer alan, "önceden izin almadan" ifadesinden kaynaklanmaktadır. İHAS'ta anılan şekilde bir ifade yoktur. Toplanma özgürlüğünün kullanılması için, Sözleşme'ye taraf devletlerin bazılarında izin, bazılarında ise bildirim şartı öngörülmüştür; yani bu konuda ortak bir Avrupa mutabakatı bulunmamaktadır. Hal böyle olunca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), toplanma özgürlüğünün izin veya bildirim şartına bağlanmasını tek başına bir sorun olarak görmemektedir.¹² İHAM, toplanma özgürlüğüne yönelik getirilen bu kayıt ile değil; izin ve/veya bildirim şartının, her bir somut olayın kendi bağlamında, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmayan gizli bir yasaklama anlamına gelip gelmediği ile ilgilenmektedir.¹³

Fakat Türkiye anayasa hukuku bakımından durum farklıdır, farklı olmalıdır. Anayasa'nın lafzı, açıkça toplanma hakkının önceden izin şartına bağlanamayacağını söylemektedir. Öte yandan AYM'nin, gözetmesinin gerekli olduğu, 'Avrupa mutabakatı' benzeri bir mutabakat da yoktur.¹⁴ Şu halde, eğer bir yasa, toplanma hakkını 'izin' şartına bağlarsa; o yasa, İHAS'a aykırı olmaz ama Anayasa'ya aykırı olur.¹⁵ Çünkü bu tür ek güvenceler, sınırlama sınırdır ve "normatif etkileri bakımından öz güvencesinden hiçbir farkları yoktur."¹⁶ Ayrıca İHAS md. 53 gereğince Sözleşme hükümleri, ulusal düzeydeki insan hakları güvencelerinin geriletilmesinde kullanılamaz.¹⁷

Mesele bu kadar açık olmasına rağmen AYM, ilk ilke kararında, İHAM'ın çeşitli içtihatlarına atıf yaparak, bu hakkın Anayasal referanslarını göz önünde tutmayarak, Strazburg içtihadını iç hukuka birebir aktarmıştır:

¹¹ İHAS kapsamındaki anayasal haklar listesi için bkz. Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: Legal, 2012, ss. 5-68.

¹² *Rassemblement jurassien et Unité jurassienne v. Switzerland*, 8191/78, 10.10.1979.; *Ziliberg v. Moldavia*, 61821/00, 05.04.2004. Yine de bu özgürlüğün korunması için tek şart barışçıl olmasıdır. Doğru, *op. cit.*, s. 50.

¹³ *Oya Ataman v. Turkey*, ECtHR, 74552/01, 05.12.2006, §§ 38-39; *Balçık and others v. Turkey*, ECtHR, 25/02, 29.10.2007, § 49. *Samiüt Karabulut v. Turkey*, ECtHR, 16999/04, 27.01.2009, § 35.

¹⁴ Zaten bu nedenledir ki AYM, İHAM'ın takdir marjı doktrinini de birebir uygulayamaz. Daha başka nedenler için bkz. Tolga Şirin, 'Takdir Marjı Doktrini (Margin of Appreciation) ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı', *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.2, S.4, 2013, ss. 363-405.

¹⁵ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF, 1982, s. 157.

¹⁶ *Ibid.*, s. 159. Ayrıca bkz. AYM, E. 1976/27, K. 1976/51, 18 ve 22.11.1976.

¹⁷ Ayrıca UÇÖ Anayasası md. 19/8 yönünden paralel sonuç için bkz. Mesut Gülmez, *Uluslararası Sosyal Politika*, Güncelleme Notlarıyla 3. Baskı, Ankara: Hatiboğlu Yayını, Eylül, ss. 252-256.

“Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanması, bu usullerin amacının, her türlü toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilerin düzgün bir şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkânı sağlamak olduğu sürece, genel olarak hakkın özüne dokunmaz.”¹⁸

Yani AYM'nin bu içtihadına göre toplantı ve gösteri yürüyüşleri, belli şartları taşıyor ise, ‘önceden izin alınarak’ yapılacaktır. Oysa yinelemek gerekir ki Anayasa'nın 34'ncü maddesi, bu hakkın “*önceden izin almaksızın*” kullanılacağını söylemektedir. Burada Anayasa'nın sözünden ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. Çünkü “*önceden izin almaksızın*” ifadesi tam ve açık anlamlı bir ifadedir. Bu anlam, ne Anayasa'nın sistematığı ile ne de normun getirilme amacı ile çelişmektedir. Bu bakımdan yorum faaliyetlerinin dış sınırını da oluşturan sözel anlamdan, hak ve özgürlüğü daha güvencesiz hale getirecek şekilde ayrılmaya gerek bulunmamaktadır.¹⁹ Zira AYM'nin de dediği gibi “*(...) açıklık ve kesinlik bulunan yerlerde bu çeşit hükümleri, uygulanma alanlarını aşacak şekilde destek yaparak, yeni yorum ve manalandırmalara gidilmesi caiz görülecek bir davranış olmaz.*”²⁰

Öte yandan tarihsel yorum da izin şartından vazgeçmeyi mümkün kılmamaktadır. Madde gerekçesine bakıldığında bu güvencenin getirilme sebebinin şu cümlelerle gerekçelendirildiği görülmektedir: “*(...) toplantı hürriyetinin ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının, önceden izin şartı ile baltalanması ihtimali giderilmiştir.*”²¹

Keza, Osmanlı devletinde yayımlanan Genel Toplanma Kanunu'nda (*İçtimaat-ı Umumiye Kanunu*) dahi önceden izin alma şartının bulunmadığı bilinmektedir.²²

Anılan nedenlerle önceden izin almama şeklindeki güvencenin daraltılması uygun değildir. Bunun, anayasa şikâyeti davalarında teknik bir önemi vardır. Şöyle ki ‘12 Eylül hukukunun’ günümüze kadar gelen metinlerinin bir kısmında toplanma özgürlüğünün izne bağlandığı görülmektedir. Mesela 2911 sayılı kanun md.3/2'de yabancıların toplanma özgürlüğü, “*İçişleri Bakanı'nun iznine*” bağlanmıştır. Yine Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği md. 9/u'da öğretim elemanlarının, Yüksek Öğretim Öğrenci Disiplin Yönetmeliği md. 6/f'de ise üniversite öğrencilerinin toplanma özgürlükleri üniversite yöneticilerinin “*iznine*” tabi kılınmış ve izin alınmaması disiplin cezası sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu hükümler Anayasa'ya

¹⁸ Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı, § 123.

¹⁹ Bkz. Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, München: C.H. Beck, 2005, ss. 51 vd. Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yay., 2008, ss. 46 vd.; Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma*, İstanbul: Beta Yay., 2010, ss. 38 vd.

²⁰ AYM, E. 1964/5, K. 1966/45, T. 8/12/1966.

²¹ Kazım Öztürk, *İzahlı, Gerekçeli Anabergeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, C. II, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1966, s. 1590. Maddeye, temsilciler meclisi üyesi Sırrı Atalay “haber vermeksizin” şeklinde; Şevket Asbuzoğlu ise “en büyük mülkî amire haber vermek kaydıyla” şeklinde bir ifade eklemek istemiş ancak ikisi de reddedilmiştir. Tutanaklara yansıdığı kadarıyla, önceden izin almama güvencesinin anayasada korunması fakat, diğer noktaların kanuna bırakılması yönünde mutabakata varılmıştır. *Ibid*, ss. 1591-1605.

²² Ömer Anayurt, *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, İstanbul: Kazancı Yay., 1998, s. 104 vd.

aykırıdır. Eğer bu düzenlemeler, toplanma özgürlüğüne yönelik müdahalelerin ‘hukuksal’ dayanağı olur ise, AYM, ‘meşru amaç’ (nedensellik), ‘demokratik toplum düzeninin gereklilikleri’, ‘orantılılık’ noktalarından denetime dahi geçmeden, daha hemen başta, ‘kanunilik’ koşulunu taşımayan bir müdahale bulunduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermelidir.

AYM’den, bundan sonraki ilke kararlarında, bu noktanın üzerinde durması beklenir. Aksi halde sınırlamalarda Anayasa’nın sözüne uygunluk kriterinden ve Anayasa’nın üstünlüğü ilkesinden ödün verilmiş olacaktır.

2. “Silahsız” ve “Saldırısız” Sözcükleri Yönünden

Anayasa ve İHAS metinleri arasındaki farklılık, önceden izin alma koşuluyla sınırlı değildir. Toplanma özgürlüğü Anayasa’da “*silahsız ve saldırısız*” sözcükleri ile nitelendirilmişken; İHAS’ta “*barışçıl*” sözcüğü ile nitelendirilmiştir. AYM, ilk ilke kararında, bu iki ifade arasındaki farkın üzerinde de durmamıştır. AYM, kararında “*Anayasa’nın 34. maddesi fikirlerin silahsız ve saldırısız, başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konulabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almıştır*”²³ şeklinde bir tespiti yer vermiştir. Mahkeme, bu tespiti takiben, bütün değerlendirmelerini ‘barışçıl’ sıfatına göre yapmıştır. Dolayısıyla AYM açısından iki ifade arasında bir fark görülmediği sonucuna ulaşıyoruz.

Gerçekten de, *prima facie*, iki niteleme tercihi arasında bir çakışma bulunduğu söylenebilir, çünkü “barışçıl” ifadesi, “silahsız ve saldırısız” ifadesini kapsar²⁴ veya karşılar²⁵ görünmektedir. Fakat karşılaştırmalı hukukta ve öğretilerde bu terminolojik tercihler arasındaki farkın tartışma yarattığı görülmektedir.²⁶ Söz konusu tartışma, ‘silahsız’ ifadesinde yoğunlaşmaktadır. Doktrinde, hak öznelerinin ‘silah’ kullandığı toplanmaların ‘barışçıl’ sayılmayacağı noktasında herhangi bir ihtilaf yoktur. İhtilaf, ‘silahsızlık’ ifadesinin ‘silah kullanılmaz’ şeklinde mi, yoksa ‘silah taşınamaz’ şeklinde mi anlaşılacağı noktasında toplanmaktadır.²⁷ Başka bir deyişle, hak öznelerinin üzerlerinde silah bulunduruyor olması, o silah kullanılmasa veya görünür kılınmasa bile toplanmayı barışçıl olmaktan çıkaracak mıdır? BM İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu ve İHAS’ın hazırlık metinlerine (*Travaux Préparatoires*) kadar giden bu tartışma²⁸, özellikle ‘silah kavramının teknik olmayan geniş anlamı’ (sapan, pankart sopası, asitli içecek şişesi, vs.) ve ‘pasif silahlar’ (koruma kaskı, gözlük, plastik koruma edevatları vs.)

²³ Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı, § 119.

²⁴ Tolga Şirin, *30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü*, İstanbul: XII Levha Yay., 2013, s. 39.

²⁵ Doğru, *op. cit.*, s. 50.

²⁶ Bu tartışmalar için bkz. Stefan Ripke, *Europäische Versammlungsfreiheit: Das Unionsgrundrecht der Versammlungsfreiheit im Grundrechtsschutzsystem aus Grundrechtecharta, EMRK und gemeinsamer Verfassungsüberlieferung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, ss. 201 vd.

²⁷ Erken dönem tartışmalar için bkz. Friedrich W. Wachinger, *Das Versammlungsrecht nach der Europäischen Menschenrechtskonvention*, München: Druck Schön, 1975, s. 97 vd.

²⁸ III. Genel Kurul Komisyonunda ‘barışçıl’ ifadesi üzerine çalışmalarda Uruguay temsilcisi ‘barışçıl’ terimini “(...) without the use of arms” yani “*silah kullanmaksızın*” şeklinde kullanmıştır, bu söylem Fransızca metinlere “(...) et sans armes” yani “silahsız” şeklinde aktarılmıştır. Doktrinde bu veriler dahi ihtilaf konusu olmuştur. Karş. Karl Joseph Partsch, *Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, ss. 208 vd. Ayrıca bkz. İngilizce’de bkz. Nowak, *op. cit.*, ss. 486-487.

yönünden özel bir değer kazanmaktadır.²⁹ Yakın bir gelecekte, gündemdeki ‘iç güvenlik yasası’ bakımından böyle bir tartışmanın Türkiye’de de güncel hale geleceği düşünülebilir. AYM, konuyla ilgili ilke kararı vermiş olmakla birlikte iki metin arasındaki lâfzî ayrılığı görmezlikten gelmiştir. Bu konuda anılan tartışmanın da farkında olarak bir açıklama getirilmesi teknik bakımdan yerinde olacaktır.

B. Toplanma Özgürlüğü Kararlarındaki Sorunlu Noktalar

AYM’nin hâlihazırda toplanma özgürlüğü ile doğrudan ilgili sayılabilecek üç farklı karar verdiği görülmektedir.³⁰ Bunlar Türkiye’nin de yakın geçmişinde iz bırakan ‘1 Mayıs 2014’, ‘Ali İsmail Korkmaz Cinayeti’ ve ‘4+4+4 Eğitim Reformu’ protestolarıyla ilgilidir. Bu kararları kronolojiye uygun olarak ele alabiliriz.

1. Bir Mayıs 2014 Protestosu

Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı, 22/4/2014 tarihinde basına, 1 Mayıs’ta Taksim Meydanı’nda kutlama yapılmasına izin verilmeyeceği yönünde açıklamalarda bulunmuştur. Bu açıklamayı müteakiben, dönemin İstanbul Valisi de basına; Taksim Meydanı’nın, 2911 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesi gereğince belirlenen miting alanlarından biri olmadığı yönünde açıklamalarda bulunmuştur. Bu açıklamalar üzerine başvuru, 1 Mayıs’tan yaklaşık bir hafta önce, 24/4/2014 tarihinde, İHAM’ın *DİSK ve KESK v. Türkiye* kararında “1 Mayıs’ta Taksim Meydanı’nda kutlama yapılmasına izin verilmemesi nedeniyle ihlal kararı verilmiş olduğunu” söyleyerek ve “başvuru konusu işleme karşı idare mahkemesine başvurunun etkin bir yol olmadığını” belirterek, “uygulamanın durdurulmasına karar verilmesi” talebiyle doğrudan AYM’ye başvurmuştur.³¹ Bu başvuru üzerine AYM özetle;

(i) *DİSK ve KESK v. Türkiye* kararında, Taksim Meydanı’nda kutlama yapılmasının engellenmesinden dolayı değil, polisin orantısız şiddetinden dolayı ihlal kararı verildiğini vurgulamış,

(ii) Yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine yönelik başvuru yollarının tüketilmediği ve anılan kuralın istisnalarını oluşturan hallerin mevcut olmadığı gerekçesiyle şikâyeti reddetmiştir.

Birinci olarak- Kararda dikkat çekici olan nokta AYM’nin, *DİSK ve KESK* kararının ne anlama geldiği konusunda bir açıklama yapma gereği duymasındadır. AYM’nin atıf yapma biçimi bize *DİSK ve KESK* kararının sadece “polis yaptığı müdahalenin orantısızlığına ilişkin değerlendirmelerden” ibaret bir karar olarak kavrandığı sonucuna ulaştırmaktadır. AYM’nin bu yaklaşımı kısmen doğru olsa da, eksiktir.

AYM’nin yaklaşımı nispeten doğrudur: İHAM, bu davada mekâna değil, göstericilere yönelik kolluk müdahalelerin orantısızlığına odaklanmıştır, çünkü İHAM’dan “gösterinin yapılacağı yer tercihi hakkında veya Taksim Meydanı’nda

²⁹ Ripke, op. cit., ss. 202-203.

³⁰ 2911 sayılı kanunla bağlantılı başkaca kararlar olsa da bu kararlar toplanma özgürlüğü ile ilgili değil, bu konudaki yargılamanın adil olup olmadığı noktasıyla ilgilidir. Örn. bkz. *Ayhan İlhan kararı*, AYM, 2014/2528, 17/11/2014; *İsa Yıldırım kararı*, AYM, 2013/7813, 23/6/2014.

³¹ *Sedat Vural kararı*, AYM, 2014/5559, 25/4/2014.

gösteri düzenlenmesi durumunda bunun, hükümetin iddia ettiği gibi bir güvenlik riski oluşturup oluşturmadığına dair fikir beyanında bulunması istenmemiştir”, zira “polis müdahalesi, 1 Mayıs 2008 tarihinde, gösterinin başlamasından daha önce sabahın erken saatlerinde gerçekleşmiştir.”³²

Öte yandan AYM'nin yaklaşımı nispeten doğru olmakla birlikte eksiktir, çünkü İHAM, söz konusu kararda toplanma özgürlüğünün mekânsal boyutuna ilişkin bazı göndermelerde ve kayıtlarda bulunmuştur. Mekân ile bağlantılı olarak öncelikle “1977 yılında İşçi Bayramı kutlamaları sırasında yaşanan kargaşada 37 kişinin hayatını kaybettiğini”, “bunun sonucunda Taksim Meydanının bu trajik olayın sembolü haline geldiğini”³³ kaydetmiştir. İkinci olarak 1 Mayıs'ın “2010 yılından itibaren Türkiye’de ulusal bayram olarak kutlandığını ve bu tarihten itibaren Taksim Meydanı’nda kutlamalar yapılmasına izin verildiğini”³⁴ de kaydetmiştir. Bilinmelidir ki geleneksel olarak Strazburg organlarının içtihadında bu tür kayıtlar, özellikle ‘demokratik toplumda gereklilik’ testinde kullanılmaktadır. Yani İHAM’ın mekân yönünden bir değerlendirme yapması gerekseydi bu veriler kullanılacaktı. İHAM kararlarını takip eden herhangi biri, İHAM’ın mekâna yönelik yapmış olduğu tespitlerin, hangi bağlamda ne şekilde kullanılabileceğini rahatlıkla öngörebilir.

Eğer İHAM’ın, kararda Taksim Meydanı yönünden de spesifik bir değerlendirme yapması gerekseydi;

(i) tarihsel ve mekânsal açıdan sembolik önemi kaydedilen Taksim Meydanı’na yönelik gösteri yasağı için ‘zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın’ mevcut olup olmadığını sorgulayacaktı.

(ii) 2010 yılından beri yapılan gösterilerde herhangi bir güvenlik sorunu yaşanmadığı sabit olmasına rağmen, 2014 yılında burada gösteri yapılmasına izin vermek şeklindeki pratikten ayrılmayı gerektirecek nedenleri sorgulayacaktı.

Bu sorgulamada ise hükümet tarafından sürpriz bir gerekçe ileri sürülmedikçe ihlal kararı verilecekti. Zira kararda “Taksim Meydanı’nu şehrin kalbinde yer aldığı ve büyük ölçekli bir gösterinin kamu düzenini aksatabileceği”³⁵ yönündeki kayda yer verilmiş olmakla birlikte, “kamuya açık bir alanda yapılan gösterilerin trafiğin aksamaması şeklinde günlük hayatın işleyişini bir miktar bozucu etkisi olsa da, kamu yetkililerinin Sözleşmenin 11. maddesinde güvence altına alınan barışçıl gösteri hakkının özünün zarar görmemesi amacıyla barışçıl toplantılara bir miktar hoşgörülle yaklaşmaları gerektiğinin”³⁶ vurgulanmış olması ve gösterilere gösterilecek hoşgörünün mekândan çok barışçıl olma özelliğine dayanılarak temellendirilmiş olması bizi toplantı özgürlüğünün özünde, (kural olarak) gösteri yapılacak yeri belirleme özgürlüğün de yer aldığı sonucuna

³² *DİSK and KESK v. Turkey*, ECtHR, 38676/08, 27/11/2012, § 32.

³³ *Ibid.*, § 31.

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ *Ibid.*, § 29.

³⁶ *Loc. cit.*

ulaştırabilir.³⁷ Bu sonuç, bunu açıkça ortaya koyan ve çoğu kez içtihatlarıyla İHAM'ı besleyen Almanya AYM'sinin kararlarında da gözlemlenebilmektedir.³⁸

AYM'nin esasa yönelik değerlendirmelerinde bu tür bir yaklaşım içinde olması beklenir. Gösterilerin belli bir yerde yapılmasının hassas süreçlere zarar vermesi³⁹ gibi çok kritik nedenler olmadıkça, özellikle sembolik önem arz eden ve geçmişte barışçıl gösterilere sahne olmuş mekânlarda toplanma yasaklarının, toplanma özgürlüğünün özüne zarar vereceği, AYM içtihadına açıkça aktarılmalıdır.

Bu asgari standardın ötesinde, özellikle yerel ögeler içeren konularda AYM'nin İHAM'dan daha hassas bir değerlendirme içinde olması beklenir. Daha hukuki olarak ifade etmek gerekirse; İHAM'ın taraf devletlerin takdir marjına bıraktığı noktalarda, uluslararası bir kurum olan İHAM'a nazaran yerel değerlendirmeleri daha iyi yapabilecek olan AYM'nin, İHAM'ın bıraktığı takdir yetkisini kullanması ve sembolik mekânlardaki gösterilerin/yasakların kamusal etkilerini değerlendirmesi gerekir.

Bu bakımdan hatırlatmak gerekir ki 1 Mayıs ve Taksim Meydanı, 2007 yılından bu yana ülke kamuoyunu meşgul etmektedir. 2007 yılında 1977 olaylarının 30'uncu yılının anma girişimine uygulanan ağır polis şiddeti neticesinde çok sayıda kişi yaralanmış, yüzlerce protestocu kişi gözaltına alınmıştır. Benzer tutum 2008 yılında da sürdürülmüş ve *DİSK ve KESK v. Türkiye* kararına konu olan kolluk güçlerinin ağır şiddeti neticesinde onlarca kişi yaralanmış ve yine yüzlerce kişi gözaltına alınmıştır. Aynı durum 2009 yılında düşük yoğunlukla devam etmiştir. 1 Mayıs'ın tatil ilan edilmesinden sonraki 2010, 2011 ve 2012 yıllarında herhangi bir olay yaşanmazken, 2013 yılında Taksim Meydanı'nın kutlamalara kapanması üzerine yeniden şiddet olayları baş göstermiştir. Yani bazı emek örgütleri, 2007 yılından bu yana, kendileri açısından tarihsel ve mekânsal açıdan sembolik bir anlam taşıyan Taksim Meydanı'nda kutlama yapma iradesi içinde olmuşlardır. Taksim Meydanı'nda kutlamaların yapılmasına izin verildiği yıllarda, yaygın insan hakları ihlallerine rastlanmazken, yasaklamaya gidilen yıllarda yüzlerce insanın yaralanmasına ve gözaltına

³⁷ İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, *Soru ve Cevaplarla Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı: Özel Broşür*, İstanbul: Ege Basım, 2014, s. 6.

³⁸ Yakın zaman önce bu noktaya yeniden atıf yapılmıştır. Bkz. 1 BvR 699/06, 22/02/2011. Bkz. 'Reichweite und Grenzen der Demonstrationsfreiheit im allgemein zugänglichen Bereich eines Flughafens (Frankfurt/Main)', in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)*, 2011, 38 Jg., Heft 5-7, s. 152.

³⁹ *Rai, Allmond and Negotiate Now! v. UK (25522/94, 6/4/1995)* isimli kararda Komisyon, Londra'da Trafalgar meydanında gösteri yapılmasının yasaklanmasını toplanma özgürlüğüne aykırı görmemişti. Çünkü Komisyon'a göre gösterinin Birleşik Krallık ile IRA arasındaki barış süreci müzakerelerinin hassas günlerinde yapılmak istenmesi ve ayrıca bu bağlamda alternatif bir alanda gösteri yapılmasına izin verilmiş olması da müdahaleyi haklılaştırmaktaydı. Komisyon'un salt bu karardan hareket edilecek olursa, devletlerin nerede gösteri yapılmasına izin verileceğine karar vermek konusunda takdir marjından yararlandıkları yönünde bir sonuca ulaşılabilir. Ancak öğretide de haklı bir şekilde altı çizildiği üzere takdir marjı doktrini uluslararası bir doktrindir ve bu doktrinin dayandığı parametrelere ulusal yargıçlar dayanamazlar. Bu bakımdan özellikle toplanma özgürlüğünün mekânsal sınırları konusundan uluslararası yargıçlardan daha iyi pozisyonadılar ve özgün bir değerlendirmeye gidebilirler. Karş. Helen Fenwick, "The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation", 62:4 *Modern Law Review*, 1999, s. 500 ve 512 vd. Ayrıca bkz. Şirin, "Takdir Marjı Doktrini...", *op. cit.*

alınmasına neden olan olayların baş gösterdiği görülmektedir. Dolayısıyla AYM'nin mekânsal yasaklarla ilgili olarak önüne gelen vakalarda, geçmişte herhangi bir güvenlik sorunu yaşanmadığı tecrübe edilen mekânlara yasak getirilmesi için gerçekten de meşru bir amacın olup olmadığını, öte yandan bu yönde zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın olup olmadığını test etmesi gerekir.

İkinci olarak- AYM'nin "1 Mayıs kararında" dikkat çeken diğer bir nokta da AYM'nin başvuruyu, hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmasıdır. Kabul edilemezlik kararında başvurunun gerçekte hangi hukuksal yollara başvurusu gerektiği açıkça ifade edilmemiştir. Bu bakımdan Anayasa'nın 40/2'nci maddesine 2001 yılında eklenen, fakat devlet organlarının faaliyetlerinde karşılık bulamayan "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*" şeklindeki hüküm AYM tarafından da görmezlikten gelinmiştir. AYM'nin prensip itibarıyla bu ve benzer tüm kararlarda başvuruculara, hangi hukuk yollarına başvurusu gerektiğini göstermesi gerekmektedir. Somut olayda AYM, yine *DİSK* ve *KESK* kararına atıf yapmakla yetinmiştir.⁴⁰ Altı çizilmelidir ki *DİSK* ve *KESK* kararında suç duyurusu şeklindeki hukuk yollarına başvurulmuş, suç duyurusunda bulunulan bazı kişiler hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş, bazı kişiler hakkında ise kovuşturma izni verilmemesinden dolayı soruşturma yapılamamıştır.⁴¹ Açık ki 1 Mayıs gününe bir haftadan az süre kala savcılığa, görevi kötüye kullanma suçuna dayalı bir suç duyurusunda bulunulması, somut olayda toplanma özgürlüğüne yönelik ihlali ortadan kaldıracak, etkili ve yeterli bir yol olarak görülemez.

AYM işaret etmemiş olsa da, böyle bir durumda başvurulması düşünülebilecek hukuk yolu olsa olsa idari yargıdır. Başvurucunun, İstanbul idare mahkemelerinde valilik kararı aleyhine yürürlüğü durdurma talepli olarak bir iptal davası açması, ihlali gidermeye yönelik bir yol olarak düşünülebilir. Eğer bu yol ihlali gidermeye elverişli olmasaydı, bu durumda AYM'nin hızla devreye girip karar vermesi gerekebilirdi. Almanya'da bu gibi haller 'AYM önündeki acele usul' (*Eilverfahren vor dem BVerfG*) olarak ele alınmaktadır.⁴² Alman AYM Yasası'nda (md. 90/2) da düzenlemeye konu edilen bu gibi hallerde eğer bir şikâyet, genel bir önem taşıyor ise veya olağan hukuk yolunun nihayete ermesinin beklenmesi şikâyetçi yönünden ağır ve telafi edilemez bir zarar oluşturacak ise AYM, hukuk yollarının tüketilmesini beklemeden *derhal* karar verir.⁴³

1 Mayıs kararında 24/04/2014 tarihinde yapılan başvurunun 25/04/2014 tarihinde gündeme alınıp görüşülmesi oldukça yerindedir. Somut olayda AYM, kendi yetkisini idare mahkemesinin yargı yetkisine ikame etmemiştir. Bu açıdan da bir sorun yoktur. Zira başvuru idare mahkemesine giderek, ihlal iddiasına karşı başvuru yapabilir. Başvurucu bunu yapmadığı için AYM'nin devreye girmesi yerinde olmazdı. Ne var ki bazı hallerde idare mahkemesine başvurulmuş olsa da

⁴⁰ *Sedat Vural kararı*, § 25.

⁴¹ *DİSK and KESK v. Turkey*, §§ 12-13.

⁴² Katrin Gaßner, *Die Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit im internationalen Vergleich: Eine Analyse anhand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, des EGMR, des EuGH, der Obersten Gerichtshöfe der Russischen Föderation und des U.S. Supreme Courts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, ss. 138 vd.

⁴³ AYM de *Laura Alejandra Caceres kararında* bu yaklaşımı içtihadına dahil etmiştir. Bkz. *Laura Alejandra Caceres kararı*, AYM, 2013/1243, 16/4/2013, par. 24.

AYM'nin bu başvurunun neticelenmesini beklemesi gerekmez. Şöyle ki; Taksim Meydanı'nda gösteri düzenleme talebinin reddedilmesi ve bu ret kararına karşı yürütmeyi durdurma talepli olarak İstanbul idare mahkemelerine iptal davası açılması durumunda, eğer bir ihlal söz konusu ise idari yargı organlarının Valilik kararını iptal etmesi, eğer buna zaman yoksa yürütmeyi durdurma kararı vermesi mümkündür. Bu yöndeki kararlar, kural olarak ihlali gidermeye yönelik 'etkili' nitelikte görülmektedir.

Ancak aksi olasılık da mümkündür. Aksi olasılık şu şekilde cereyan eder: Başvurucu, toplanma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla idari yargıya başvurur, gösteriye çok az bir süre kalmasına rağmen idare mahkemesi, yürürlüğü durdurma talebine ilişkin veya davanın esasına yönelik bir karar vermez. İşte böyle durumlarda AYM'nin devreye girip karar vermesi gerekmektedir. Almanya'da bu gibi haller, çift-şeritli hareket edilmesi (*zweispuriges Vorgehen*) şeklinde ifade edilen⁴⁴ bir yöntemle çözümlenir. Bu usulde başvuru olağan hukuk yoluna başvurur, bu hukuk yolunun etkili olup olmadığı daha baştan belli değildir, yargılama sürecinde belli olacaktır. Bu nedenle şikâyetçi AYM'ye de başvuruda bulunur ve durumu açıklar. AYM, başvuruyu askıda bekletir, eğer ilgili hukuk yolu etkinlik gösterebilmiş ise AYM başvuruyu reddeder. Eğer söz konusu hukuk yolu etkili olmaktan çıkmışsa AYM devreye girerek karar verir. Bu bakımdan, örneğin gösteriden çok az bir süre önce gündeme gelen bir gösteri yasağına karşı hem derece mahkemesine, hem de AYM'ye aynı anda başvuru yapılabilir. AYM böyle durumlarda derece mahkemesini beklemeli, ancak makul bir süre geçmesine rağmen, derece mahkemesince müdahaleye yönelik bir karar verilmemesi halinde, ilgili hukuk yolunun etkili olmaktan çıktığını düşünerek devreye girmelidir.⁴⁵

Bunun dışında, eğer işin esasına girecek kadar zaman yok ise ve gerekli şartlar da bulunuyor ise AYM'nin geçici tedbir kararı vermesi mümkündür.⁴⁶ Bu noktada ise başka bir sorun daha söz konusudur. Bilindiği gibi geçici tedbir kararları uluslararası insan hakları hukukunda içtihat yoluyla geliştirilmiş ve oldukça etkili bir şekilde kullanılan bir karar türüdür.⁴⁷ Türkiye'de ise bu karar türü AYM Yasası'nın md. 49/5 hükmü ile açıkça hukukumuzda dâhil edilmiştir. Yasa'da, anayasa şikâyeti bağlamında verilecek tedbir kararları için konu yönünden bir sınırlama yoktur. Fakat AYM, bizzat çıkardığı İçtüzük'te paradoksal bir şekilde "*başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılması üzerine*" tedbir kararı verileceğini (md. 73/1) düzenlemek suretiyle yetkisini sadece Anayasa'nın 17'nci maddesi kapsamındaki durumlarla sınırlamıştır. AYM'nin AYM Yasası'nın lafzı

⁴⁴ Michael Kleine-Cosack, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Auflage, 2013, ss. 487 vd.

⁴⁵ Kaydedilmelidir ki AYM'nin, farklı bir konuyla ilgili *Sadık Koçak ve diğerleri* kararındaki yaklaşımı, buna uygun görünmektedir. Bu olayda başvuru olağan başvuru yolu tükenmeden önce anayasa şikâyetinde bulunmuş, fakat olağan başvuru yolundaki süreç, AYM henüz kabul edilebilirlik hakkında karar vermeden önce sonuçlanmıştır. AYM, anayasa şikâyetinin yapıldığı zamana değil, kabul edilebilirlik incelemesi sırasındaki durumu dikkate almıştır. Bkz. *Sadık Koçak ve diğerleri kararı*, AYM, 2013/841, 23/1/2014, par. 64.

⁴⁶ Gaßner, *op. cit.*, s. 139.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Tedbir Kurumu", *Türkiye'de ve Ulusüstü Hukukta Bireylerin Geçici Yargısal Korunması*, Zehreddin Aslan (ed.), İstanbul: Alfa Yayınları, 2004, ss. 97-141.

hilafına, geçici tedbir yetkisini kendi hazırladığı İçtüzüğü ile daraltması kabul edilemez olduğu kadar, serbest seçim hakkı, toplanma özgürlüğü, grev hakkı gibi telafisi mümkün olmayan zararların söz konusu olabileceği⁴⁸ alanları güvencesiz bırakmaktadır. İçtüzük'teki AYM Yasası'na aykırı bu hükmün ivedilikle değiştirilmesi gerekmektedir.⁴⁹

2. Ali İsmail Korkmaz Protestosu

AYM'nin toplanma özgürlüğü ile ilgili ikinci kabul edilemezlik kararı Gezi Parkı protestoları sırasında öldürülen üniversite öğrencisi Ali İsmail Korkmaz'ın anısına yapılan bir gösteri ile ilgilidir.⁵⁰ Bu vakada başvuruca, 15/9/2013 tarihinde katıldığı gösteri yürüyüşü sırasında yolun araç trafiğine kapanmasına sebebiyet verdiği gerekçesiyle, Karayolları Trafik Kanunu'nun 14'üncü maddesi uyarınca para cezası verilmiştir. Başvurucu, gösteri yürüyüşü sırasındaki bazı eylemlerine binaen aleyhine ceza kesilmesinin toplanma özgürlüğüne müdahale anlamı taşıdığını ve toplanma özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu yanıyla vaka, tipik bir gösteri özgürlüğü vakasıdır. Ancak AYM son derece tartışmalı nedenlerle, aynı kanaate ulaşmamıştır.

Somut olayda başvuruca, olağan kanun yollarını tüketmiş ve bu yollarda, toplanma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını ileri sürmüştür. Derece mahkemesi (Eskişehir 3. Sulh Ceza Mahkemesi) başvuruçunun iddialarını, insan hakları hukuku yönünden çok sayıda hatalı tespit içeren kararında, şu ifadelerle yer vermek suretiyle reddetmiştir:

“Muterizin işlediği fiil açıkça 2918 sayılı yasanın 14. Maddesindeki düzenlemeye uygun şekilde trafik akışını engellemektir. Bu durum Anayasanın teminatı altında olan toplantı ve gösteri hakkının kullanılması olarak kabul olunamaz. Gerek hukukun evrensel ilkelerine ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki düzenlemeye göre; bir hakkın kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez ve toplantı ve gösteri hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki diğer hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik bir şekilde veya bu amaçla kullanılamaz. Olayımızda da merhum bir şahsın anılması adı altında açık bir şekilde trafiğin akışı muteriz ve yanındakiler tarafından kasıtlı olarak engellenmektedir. Gerçekte böyle bir anma töreni trafik akışı engellenmeden de yapılabileceğinden mahkememiz bu hali belirtildiği şekilde hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir ve diğer şehir sakinlerinin ulaşım hakkının açıkça ihlal edilmesi sonucunu doğuran bu durum toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılması olarak kabul olunamaz.”⁵¹

Vaka, anayasa şikâyetine konu edildiğinde ise AYM, daha da hatalı bir yaklaşımla *“başvuruçunun iddialarının özünün, mahkeme kararının hatalı değerlendirmeye dayalı olarak yanlış olduğuna yönelik olduğunu”* tespit etmiştir. Başvurucu, toplantı özgürlüğünü kullandığını ve bu özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüş olmasına rağmen AYM, şikâyeti, toplantı özgürlüğü yönünden değil,

⁴⁸ Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, München: C.H. Beck, 4. Auflage, 2013 ,ss. 364-370, §§ 941-946.

⁴⁹ Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, ss. 613-615. Anayasa'nın 125'nci maddesi gereğince idarenin her türlü eylem ve işlemleri yargı denetimine tabidir. AYM'nin İçtüzük çıkarması maddi anlamda idari işlemdir. Bu nedenle söz konusu İçtüzük aleyhine idari yargıda dava açılması da mümkündür.

⁵⁰ Rıza Gökcan Erus kararı, AYM, 2014/2040, 24/12/2014.

⁵¹ *Ibid.*, § 5.

adil yargılanma hakkı yönünden incelemeye karar vermiş, yani doğru temellendirilmiş bir başvuruyu re'sen bozmuş, sonra da başvuruyu, davanın adil yargılanma hakkıyla ilişkisi olmadığı ve açıkça dayanaktan yoksun nitelik taşıdığı gerekçesiyle kabul edilemezlikle sonuçlandırmıştır.

Üzülerek söylemek gerekiyor ki söz konusu karar, AYM'nin iki buçuk yıllık pratiği içinde teknik olarak en sorunlu kararlardan biridir. Olaydaki sorun, derece mahkemesi kararında başlamış, AYM ise sorunu derinleştirmiştir.

İki aşamada değerlendirme yapacak olursak; öncelikle (AYM'nin de alıntı yaptığı) derece mahkemesinin karar gerekçesiyle başlayabiliriz. Söz konusu gerekçe çok sayıda bilgi eksikliği ile maluldür. Şöyle ki derece mahkemesi, Türkiye yargı pratiğinde ve kimi zaman öğretilerde çok yaygın bir hataya düşmüştür. Bir ifade veya eylemin 'sınırlandırılabilir olması' ile 'bir özgürlüğün kapsamında olmaması' farklı şeylerdir. Birincisi; İHAS'ın 11'nci maddesinin, Anayasa'nın ise 34'ncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen 'toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün sınırlama nedenleri' ile ilgili iken; ikincisi İHAS'ın 17'nci ve Anayasa'nın 14'ncü maddesinde düzenlenen 'hakkın kötüye kullanılması yasağı' ile ilgilidir. Olağan şartlarda bir hak ve özgürlük kullanımına yönelik müdahaleler, kural olarak İHAS md. 11/2'de (Anayasa md. 34/2'de) sayılan sınırlandırma nedenlerinden birine dayandırılarak haklılaştırılır. Bu bakımdan; mesela bir gösteri yürüyüşünün trafiği aksatmasına izin verilmemesi ve bu amaçla gösteriye müdahalede bulunulması 'başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması' ve/veya 'kamu düzeninin korunması' gibi amaçlarla meşru görülür. 'Hakkın kötüye kullanılması' ise belli ifade ve eylemlerin kategorik olarak Sözleşme/Anayasa dışı sayılmasını ifade eder. Burada söz konusu eylemin, başkalarının subjektif hak ve özgürlüklerine yönelik bir etki doğurmasından ziyade, hak ve özgürlüklerin manipüle edilmesi yoluyla İHAS'ı/Anayasa'yı ortadan kaldırmaya, başka bir deyişe objektif temel hak ve özgürlükler düzenini yok etmeye 'kalkışması' söz konusudur.⁵² İkinci durum oldukça istisnadır, dolayısıyla kötüye kullanma yasağı kuralları, prensip itibarıyla Holokost inkârına, nefret söylemlerine ve faşist pratiklere yönelik kullanılmaktadır.⁵³ Bu genel ilkenin, kolektif özgürlük kullanımlarına uyarlandığı haller, kural olarak, ülkeyi totaliter bir rejime sürükleyecek örgütlenmelere ilişkindir. Böyle durumlarda dahi "açık ve yakın bir tehlike"⁵⁴ söz konusu olmadıkça bu ilkenin uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla 'başkalarının hak ve özgürlüklerine müdahale etmek' ile 'başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmak' arasında dikkate değer önemde bir fark

⁵² İfade özgürlüğü, yaygın şekilde "fikirler piyasası" "demokrasi" ve "bireysel özerklik" argümanları ile temellendirilir. Demokrasi argümanı Avrupa'da, bireysel özerklik argümanı ise ABD'de yankı bulur. Bu bakımdan ABD'de hakkın kötüye kullanılması ilkesi de, kişi özerkliği (subjektif hak ve özgürlükler) temelinde ele alınırken, Avrupa sistemlerinde demokrasi (objektif düzen) temelinde ele alınmaktadır. İfade özgürlüğünün temellendirilme argümanları için bkz. Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, New York: Cambridge University Press, 1982. İki gelenekte farklı yaklaşımlar hakkında bkz. Georg Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, ss. 21-83.

⁵³ Pieter van Dijk/ Fried van Hoof *et. al*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, s. 1084.

⁵⁴ ABD yargısında geliştirilen bu kriterin (*Brandenburg* kriterinin) aynısı olmasa da benzerini İHAM da kullanılmaktadır. Refah partisi temelinde değerlendirme için bkz. Stefan Sottiaux, "The 'Clear and Present Danger' Test in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 63, 2003, s. 678.

bulunmaktadır. Birincisi herhangi bir hak ve özgürlüğün olağan kullanımında karşılaşılan sınırlama haline ilişkindir; ikincisi ise oldukça uç hallerde gündeme gelmektedir.

Somut olayda kararını anayasal temelde gerekçelendirmeye çalışan derece mahkemesinin, başvurucunun trafik akışını engelleyen eylemlerini, Anayasal düzeni ortadan kaldırmak düzeyinde bir dozajı ifade eden, “başkalarının *hak ve özgürlüklerini yok etme*” pratiği olarak görmesi yanlıştır. Normal şartlarda bu gibi hallerde yapılması gereken şey, bu tür eylemlere yapılan müdahalenin “başkalarının *hak ve özgürlüklerinin korunması*” veya “*kamu düzeninin korunması*” gibi nedenlerle meşrulaştırılıp meşrulaştırılmadığına odaklanmak olmalıdır. Bu ihtimalde ise kanuni dayanağı (kanunilik) ve meşru amacı (nedensellik) bulunan müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığını tartışmak gerekecektir. Böyle bir ihtimalde ise İHAM’ın şu tespiti görmezlikten gelinemeyecektir:

“Kamuya açık bir alanda yapılan gösterinin trafiğin aksaması şeklinde günlük hayatın işleyişini bir miktar bozucu etkisi olsa da, kamu yetkililerinin Sözleşme’nin 11. maddesinde teminat altına alınan barışçıl toplantı hakkının özünün zarar görmesini engellemek amacıyla, barışçıl toplantılara bir miktar hoşgörü ile yaklaşımları gereklidir”⁵⁵

Ayrıca *Oya Ataman v. Türkiye* kararında da işaret edildiği üzere, mahkeme, sadece ‘trafiğin aksadığı’ şeklindeki bilgiye dayanarak toplanma özgürlüğüne yönelik müdahaleyi haklı göremez; başvurucunun eylemlerinin kamu düzeni için tehlike yarattığını gösteren başkaca delillerin de mevcut olması gerekir.⁵⁶

Konuya bu bilgiler ışığında yaklaşıldığında derece mahkemesinin kararının sorunlu olduğu açıktır. Gerçi bu yadırganacak bir durum değildir. Zira derece mahkemelerinin bu tür kararları oldukça yaygındır ve anayasa şikâyeti usulü hukukumuzda tam da bu tür hatalı kararların giderilmesi için getirilmiştir. Ne var ki somut olayda AYM hatayı görememiş, üstelik yanlış değerlendirmeler yapmak suretiyle, sorunu daha da derinleştirmiştir. AYM kararı, iki nedenle yanlıştır:

Birinci olarak- AYM, eğer derece mahkemesinin görüşlerine müdahale etmek istemiyor ise kabul edilemezlik kararını benzer gerekçelerle temellendirmeli ve bu bakımdan başvurunun toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yönelik talebini “toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kötüye kullanılması” (AY md. 14) gerekçesiyle reddetmeliydi. Böyle bir karar, hatalı olsa da, mevcut karara göre daha tutarlı olurdu.

İkinci olarak- AYM, somut olayda nitelendirme yetkisini yanlış kullanmış ve birçok kararında olduğu gibi dayanaktan yoksunluk kriterinin müphemliğinden yararlanmışır.⁵⁷ Bu müphemlik, Mahkemelerin, başvurucunun tanımlamalarıyla

⁵⁵ *DİSK and KESK*, § 29.

⁵⁶ *Oya Ataman v. Turkey*, ECtHR, 74552/01, 5/12/2006, § 41.

⁵⁷ Açıkça dayanaktan yoksunluk kriterinin belirsizliği ve AYM tarafından keyfiliğe kapı aralayan şekilde kavranışı, doktrinde de kısa süre içinde dikkat çekmiştir. Bu konuda bkz. Bülent Algan, 'Bireysel Başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması', *AÜHFĐ*; 63/2, 2014, ss. 247-284.

bağlı olmadığını anlatan *jura novit curia* ilkesiyle daha da çetrefilli hale getirilmiştir.

Burada kısa bir bilgi aktarmak gerekirse *jura novit curia* ilkesi İHAM kararlarında şu şekilde ifade edilmektedir:

*“Mahkeme olayın unsurlarına ilişkin hukukun nitelendirilmesi uzmanı olduğu için kendini, başvuru veya hükümet tarafından yapılan nitelendirme ile bağlı görmez. Jura novit curia ilkesinin sonucu olarak, örneğin taraflar tarafından dayanılmayan maddeler veya paragraflar uyarınca Komisyon’un kabul edilebilir gördüğü, bir başkasında kabul edilemez bulunduğu bir konuda re’sen tanımlama yapabilir. Bir başvuru, sadece dayanılan hukuki temeller ve argümanlarla değil, ileri sürülen olaylarla nitelendirilir.”*⁵⁸

AYM, işte bu ilkeyi içtihadına aktarmıştır. Dolayısıyla başvuruların nitelendirmesiyle bağlı kalmayıp, başvuruyu re’sen nitelendirebilmektedir. Ali İsmail Korkmaz protestosu ile ilgili kararda ise AYM, bir gösteri sırasında trafik akışını bozan göstericiye yönelik müdahaleyi toplanma özgürlüğü ile ilgili değil, davaya bakan mahkemenin önünde adil yargılanma hakkı ile ilgili görmüştür.⁵⁹

Oysa trafik akışının ihlal edilmesi, toplantı ve gösteri yürüyüşüyle o kadar ilgilidir ki toplantı özgürlüğü ile ilgili farklı ülkelerde veya farklı yargı kollarındaki⁶⁰ içtihatlarda mutlaka bu konuyla bağlantılı bir toplanma özgürlüğü kararıyla karşılaşılmaktadır. Örneğin Makedonya AYM’sinin bir süre önce verdiği bir norm denetim kararında, dava konusu tam olarak budur:

*“Eğer gösteri ile açık bir mesaj iletilmek isteniyorsa veya örneğin şehrin diğer sokaklarının kullanılabilmesi mümkün ise; ister sabit bir toplanma şeklinde, ister yürüyüş şeklinde de olsun, bir sokakta birkaç saat için trafiğin engellenmesi, hareket özgürlüğü üzerinde zorunlu olarak bir sınırlandırma yaratmaz. Trafik hafifçe engellendiğinde bile yetkili makamların, trafik düzenlemelerinden dolayı 1.a maddesini hareket özgürlüğü üzerindeki sınırlandırmaları haklılaştırmak için kullanmaları bir tehlike oluşturmaktadır. Bu norm, nitelikli kriterler veya gösterilerin sınırlandırılması için gereklilik konusunda bir direktif içermemektedir.”*⁶¹

Başkaca örnekler vermek gerekirse, mesela Avusturya AYM’si bir kararında, *“karayolu üzerinde spontane şekilde organize edilen bir gösteri, karşıdan karşıya geçebilen yayalar ve kısa bir süre beklemek zorunda alan sürücüler üzerinde asgari düzeyde etki yaratmıştır”*⁶² şeklinde bir gerekçeyle, Çek Cumhuriyeti AYM’sinin ise *“somut olayda yetkili otoritelerin dava konusu*

⁵⁸ *Scoppola v. İtaly* (2), ECtHR, 10249/03, 17/09/2009, § 54.

⁵⁹ *Rıza Gökcan Erus kararı*, § 15.

⁶⁰ Yargıtay da bir kararında karayolunu kapatıp, kasalarındaki domatesleri yola döken göstericilerin eyleminin 2911 sayılı kanuna muhalefet sayılamayacağını söylediği kararı da buna örnek gösterilebilir. Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 1997/10518, K. 1997/11621, T. 09.09.1997.

⁶¹ Sluzben vesnik na Republika Makedonija (Official Gazette), 119/2006, 17.11.2006. Akt: CODICES, MKD-2006-3-006. Bkz. <http://tinyurl.com/oquglc> (E.T.: 23/03/2015)

⁶² App. no. 19528, B 877/10, 06.10.2011. Akt. Euro-Mediterranean Human Rights Network, *Regional Study: The Rights to Freedom of Assembly in the Euro-Mediterranean Region*, Copenhagen: Euro-Mediterranean Human Rights Network, 2013, s. 152.

gösterinin trafiğin akışını önemli ölçüde olumsuz etkilediğini kanıtlayamadığı”⁶³ gerekçesiyle ana yollardaki yapılan gösterilerde, toplanma özgürlüğü lehine kararlar verdiği bilinmektedir. Yine İspanya AYM’sinin veciz bir şekilde ifade ettiği “*demokratik bir toplumda kentsel mekân sadece hareket alanı değil, aynı zamanda bir katılım mekânıdır*”⁶⁴ tespiti de toplanma özgürlüğü ile trafik akışını engelleme meselesinin ne kadar bağlantılı olduğunun göstergesidir.

AYM’nin bu kararda meseleyi toplanma özgürlüğü ile ilgisiz görmesi sorunludur.

3. 4+4+4 Eğitim Reformu Protestosu

AYM’nin toplanma özgürlüğüne ilişkin ilk ihlal kararı⁶⁵, kamuoyunda 4+4+4 yasası olarak bilinen eğitim reformu yasasına⁶⁶ karşı gerçekleştirilen bir protesto ile ilgilidir. Uzun ve karmaşık nitelik arz eden bu kararın daha sistemli değerlendirilmesi için önce olayın, sonra da AYM’nin kararının değerlendirilmesinin ortaya konması gerekmektedir.

a. Dava Konusu Olaylar

Bu vakada KESK’e bağlı Eğitim-Sen üyesi olan başvurucular, mensubu buldukları sendikanın, diğer birçok sendika, siyasi parti, dernek, platform, öğrenci grupları ile birlikte 28-29/03/2014 tarihinde Ankara’da yapma kararı aldığı protesto gösterisine katılmak istemişlerdir. Ne var ki Ankara valiliği 26/03/2014 tarihinde, söz konusu “*protesto gösterilerinde provokatif amaçlarla güvenlik güçleri ile göstericiler arasında çatışma ortamının oluşturulacağı*” kanaatine binaen, kamu, güvenliği ve düzenini sağlamak iddiasıyla söz konusu tarihlerdeki her türlü eylemi kategorik olarak yasaklamıştır.⁶⁷

Ankara Valiliği’nin yasaklama kararı uyarınca İçişleri Bakanlığı, söz konusu protesto gösterisine katılmak isteyen grupların illerden çıkışlarına izin verilmemesi için tüm valilere yazı yazmıştır. İzmir Valiliği, 27/03/2014 tarihinde, başvurucuların da üyesi olduğu Eğitim-Sen’in İzmir şubelerine durumu bildirmiş, Ankara’ya gitmelerine “*izin verilmeyeceğini ve bu kapsamda yapılan organizasyonlar iptal edilmediği takdirde yasal işlem yapılacağını*” tebliğ etmiştir.⁶⁸

Bu karara rağmen Ankara’da yapılacak eyleme katılacak sendika ve diğer demokratik kitle örgütleri, gece 22:00 sıralarında bir araya gelerek otobüslerle İzmir’den Ankara’ya gitmek istemişler, fakat polis, “*otobüslerin yasal olarak zorunlu evraklarının eksik olduğundan bahisle*” başvurucuların ve diğer katılımcıların İzmir’den çıkışlarını engellemiştir.⁶⁹ Buna tepki gösteren

⁶³ Constitutional Court of the Czech Republic, 1 As 30/2009 – 70, Judgment of 15 April 2009. Akt. Loc. cit.

⁶⁴ Spanish Constitutional Court, judgment STC 193/2011, of 12 December, 2011. Akt. Loc. Cit.

⁶⁵ *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, AYM, 2013/3924, 06/01/2015.

⁶⁶ AYM söz konusu yasanın Anayasa’ya uygun olduğu kanaatindedir. İHAM ise yakın zaman önce verdiği bir kararda bu reform yasınının İHAM kararlarını tatmin edici olmadığını tespit etmiştir. Bkz. AYM kararının eleştirisi için bkz. Kerem Altıparmak, ‘Anayasa Mahkemesi ve 4+4+4: Özgürlük Hanesinde Elde Var Sıfır’, *Bianet*, 24/04/2013.

⁶⁷ *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 10.

⁶⁸ *Ibid.*, § 11.

⁶⁹ *Ibid.*, § 12.

katılımcılar, Ankara'ya gitmelerinin engellenmesini protesto etmek için 20 dakika süreyle trafiği kapatmışlar, daha sonra yürüyerek Ankara'ya gitmek üzere yol üzerinden Konak meydanına yönelmişler, fakat bu yönelimleri polislin biber gazı ve cop ile müdahalesiyle karşılanmıştır. Grup bir süre daha oturma eylemi yaptıktan sonra sabaha karşı, ertesi gün öğle saatlerinde yeniden toplanmak üzere dağılmıştır.⁷⁰

28/03/2015 tarihinde İzmir Büyükşehir Belediyesi binası önünde yeniden toplanan, aralarında başvuruların da olduğu göstericiler, hem Yasa'yı hem de Valilik kararını protesto etmek için Valilik Binası'na doğru yürümek istemişlerdir. Polislin buna izin vermemesi nedeniyle yeniden göstericiler ve polis arasında çatışma çıkmış ve eylem SGK binası önünde basın açıklaması yapılması şeklinde neticelenmiştir. Söz konusu çatışmada başvurulardan Ali Rıza Özer'in burunda kemik kırığı, dudağında kesi ve eskimoz, kulak zarında yırtık gibi hasarlar oluşmuştur. Diğer başvurulardan Orhan Bayram omzunda, Veli İmrak'ın kafasında, Tunay Özaydın'ın el bileğinde, Deniz Doğan'ın burnunda bir takım hasarlar oluşmuştur. Özcan Çetin'in ise biber gazından etkilenmiş olduğu tespit edilmiştir.⁷¹

Ayrıca başvurulardan bir kısmı hakkında polis fezlekesi kapsamında, "kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlere silahsız katılarak ihtarla rağmen kendiliğinden dağılmama" suçundan, diğer bazıları hakkında ise görevi yapturmamak için direnmek suçundan soruşturma açılmış, birincisi yönünden "yetki sınırı aşılarak toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin dağıtılmasına" karşı direndiği ve bu bakımdan işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığına dayanılarak "kovuşturmaya yer olmadığı", ikincisi yönünden ise açılan dava sonunda "sanıkların müsnet suçu işlediklerine dair kesin ve inandırıcı delil elde edilmediği" gerekçesiyle beraat kararı verilmiştir.

Başvurucular;

(i) Ankara'ya gitmelerine izin verilmemesi ve ertesi gün de Belediye önündeki yürüyüşlerine müdahale edilmesi yönünden; İzmir valisi, İzmir il emniyet müdürü ve İl emniyet müdürlüğünün diğer görevlileri hakkında görevi kötüye kullanma suçuna dayanarak;

(ii) Polislin uyguladığı orantısız güçten kaynaklanan yaralanmalar yönünden ise il emniyet müdürlüğü görevlileri hakkında zor kullanma yetkisinin sınırların aşılması suretiyle yaralama suçuna dayanarak savcılığa şikâyette bulunmuşlardır.

İzmir Valisi ve İzmir İl Emniyet Müdürü hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında kanuna dayanılarak soruşturma izni verilmemiştir. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı, il emniyet müdürlüğü görevlileri hakkında ise, söz konusu polis şiddetini "yasal zor kullanma yetkisinin kullanılması kapsamında" gördüğü için kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir.

⁷⁰ *Ibid.*, §§ 13-15.

⁷¹ *Ibid.*, §§ 18-24.

AYM bu vakada, tıpkı İHAM gibi, şikâyet konusu olan olayların tamamını bir bütün olarak ele alarak yapılan suç duyurularını, özel bir ayrıma girmeden, her bir iddia için ‘olağan hukuk yollarının tüketilmesi’ olarak görmüştür.⁷² Bu bakımdan kabul edilebilir bulunan başvuru en önce ‘toplanma özgürlüğü’ ile ‘kötü muamele yasağı’ yönünden ikiye ayrılmıştır.

b. Kötü Muamele Yasağı Yönünden Değerlendirme

Toplanmalara yönelik polis müdahalelerinin, duruma göre, kötü muamele yasağı kapsamında inceleneceğini düşünen AYM, Anayasa’nın 17’nci maddesinin maddi boyutu kapsamında yaptığı değerlendirmede, büyük ölçüde İHAM’ın Sözleşme’nin 3’üncü maddesine yönelik tespitlerini içtihadına aktarmış, İHAM’ın en sertten yumuşağa doğru ‘işkence’, ‘insanlık dışı muamele’ ve ‘aşağılayıcı muamele/ceza şeklinde yaptığı üçlü ayrımı, “işkence”, “eziyet” ve “insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muamele” şeklinde kavramlaştırmış ve İHAM’ın “özerk kavramlar doktrinini” AYM içtihadına aktaran çok yerinde bir tespitle Anayasa’daki bu ifadelerin TCK’deki işkence, eziyet ve hakaret suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığını ortaya koymuştur.⁷³

AYM, bu tasnifinin peşi sıra, İHAM’ın kötü muamele konusundaki tespitlerini, kendi içtihadına birebir aktarmıştır. Bu tutum, AYM’nin yönelimi bakımından olumlu olmakla birlikte, söz konusu ilkeler somut olaya uyarlanmadığında değerini yitirmektedir. Somut vakada, ilkeler bazı başvuruçular açısından gerektiği gibi uyarlanmış, fakat bazı başvuruçular yönünden hatalı şekilde uygulanmıştır.

Örneği polise saldırmadığı ve hakkında herhangi bir yakalama ve gözaltı işlemi de yapılmadığı kabul edilen başvuruçular **Ali Rıza Özer**’in, yine polis müdahalesi neticesinde ortaya çıktığı kabul edilen burun kırığı ve işitme kaybı gibi yaralarının “eziyet” olarak tespit edilmesi⁷⁴ -birazdan değinilecek bazı noktalar yönünden eleştiriler saklı kalmak şartıyla- İHAM içtihatları ile tutarlı sayılabilir. Buna karşın, diğer başvuruçular açısından aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir, çünkü diğer başvuruçular yönünden, İHAM’ın kullandığı ilkeler somut olayda gerektiği gibi uygulanamamıştır.

(1) Fiziksel Güç Kullanan Gösterici Yönünden

AYM, AY md. 17 ve İHAS md. 3 yönünden çıkardığı genel ilkelerde kullanımının kaçınılmaz olması ve asla aşırı olmaması kaydıyla birinci olarak “yakalamayı gerçekleştirmek için”, ikinci olarak ise “kişinin kendi davranışlarından veya tutumundan dolayı” fiziksel güce başvurulabileceğini tespit etmiştir.⁷⁵

Bu ilkeleri tespit ettikten sonra, somut olaydaki durumu ortaya koyan AYM’ye göre başvuruçulardan **Orhan Bayram**’ın “*polis barikatını aşmak için elindeki bayrak sopasıyla görevli çevik kuvvet polislerine vurduğu ve daha sonra flama sopasını polise karşı fırlattığı bilirkişi raporu ve izlenen kamera*

⁷² *Ibid.*, §§ 59-63.

⁷³ *Ibid.*, § 77. Bu yöndeki ilk vurgu için bkz. *Cezmi Demir ve diğerleri kararı*, AYM, 2013/293, 17/7/2014, §84.

⁷⁴ *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 96.

⁷⁵ *Ibid.*, § 82.

kayıtlarından tespit edilmiştir. Bu durumda, kendisine karşı şiddet uygulayan kişilere karşı polisin müdahale etmesi kabul edilebilir."⁷⁶

Yani AYM'nin üç basamaklı akıl yürütme biçimine göre; (i) bir kişinin fiziksel güç içeren kendi davranışları, kendisine şiddet uygulanmasına neden olabilir; (ii) başvuru Orhan Bayram, kolluk mensuplarına fiziksel güç uygulamıştır; (iii) o halde Orhan Bayram'a karşı şiddet uygulanabilecektir.

Bu akıl yürütme biçimi soyut olarak doğrudur. Ne var ki kolluk mensuplarının uyguladığı fiziksel güç, soyut olarak haklılaştırılmaz. Güç kullanımının elverişli araçlarla, gerekli şekilde ve orantılı nitelikte olup olmadığı, somut ve tutarlı bir değerlendirmeyi gerekli kılar.⁷⁷ Söz konusu olayda Orhan Bayram'ın "yaralanmasına esas polis müdahalesinin nerede olduğu başvuru formunda ve yapılan Cumhuriyet savcılığının soruşturmasında açık olarak belirtilmemiştir."⁷⁸

AYM, bu belirsizlik karşısında, Orhan Bayram'ın yaralanışına ilişkin bir varsayım kurmuştur: "İzlenen kamera kayıtlarında polisin Orhan Bayram'a müdahalesinin TOMA araçlarından tazyikli su sıkma suretiyle meydana gelebileceği tespit edilmiştir."⁷⁹ Bu varsayımdan hareketle değerlendirme yapan AYM, gerçekte var olduğundan kendisinin dahi emin olmadığı su sıkma müdahalesinin "orantılı olduğu" sonucuna ulaşmıştır.

AYM'nin yaklaşımını değerlendirmek için Mahkeme'nin dikkate aldığı iki veriye odaklanmak yerinde olacaktır. AYM ölçülülük sonucuna ulaşırken iki veriden hareket etmektedir:

- Başvurucu çevik kuvvet polislerine vurmuş ve sopa fırlatmıştır.
- Başvurucu, TOMA araçlarından sıkılan tazyikli su ile yaralanmıştır.

Bu iki veriye dayanan değerlendirmede de iki noktada sorun bulunmaktadır.

Birincisi bu veriler, yeterli kesinliğe sahip değildir. Başvurucunun bu eylemleri gerçekleştirdiği, herhangi bir mahkeme kararıyla sabit değildir. Başvurucu hakkında açılan davalarda beraat ve kovuşturmayaya yer olmadığı kararları verilmiştir. AYM, başvurunun çevik kuvvet polislerine vurduğu ve sopa fırlattığı şeklindeki veriyi, bilirkişi raporuna ve izlenen kamera kayıtlarına dayandırmaktadır.

Öte yandan başvurunun TOMA araçlarından sıkılan tazyikli su ile yaralandığı da tamamen bir varsayımdır. AYM bu konuda herhangi bir mahkeme kararına veya bilirkişi raporuna bile dayanmamaktadır. AYM'ye göre izlenen kamera kayıtlarında başvurucuya su sıkılması suretiyle gerçekleşmesi olasılık

⁷⁶ *Ibid.*, § 89.

⁷⁷ Matthias Klatt/Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford: OUP, 2014, ss. 8 vd. Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yay., 2002, ss. 123 vd. Fazıl Sağlam, *op. cit.*, ss. 113 vd.

⁷⁸ *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, par. 90.

⁷⁹ *Ibid.*

dâhilindedir, ancak yaralanmanın burada gerçekleşip gerçekleşmediği maddi kesinlikten yoksundur.⁸⁰

İkincisi yeterli kesinliğe sahip olmayan bu iki veri arasında zamansal ve mekânsal illiyet bağı ortaya konmamıştır. Yani başvurucunun çevik kuvvet polislerine uyguladığı varsayılan fiziksel gücün, ne zaman ve nerede olduğu, keza başvurucuyu yaraladığı varsayılan TOMA araçlarından sıkılan suyun ne zaman ve nerede sıkıldığı ortaya konmamıştır. Hal böyle olunca AYM'nin ilke kararından şöyle bir provokatif sonuca ulaşılmaktadır: Bir defa fiziksel güce başvuran bir göstericiye, zamandan ve mekândan bağımsız olarak, belli sınırlar çerçevesinde fiziksel güç uygulanabilir. Somut olayda başvurucu, polise fiziksel güç uygulamıştır, o halde kendisine karşı da belli bir eşiğe kadar fiziksel güç uygulanabilecektir, bunun nerede ve ne zaman olduğu tali bir konudur.

Böyle bir sonucun kendisi ölçüsüzdür. Çünkü kolluk güçlerine, bir defa fiziksel güce başvurmuş olan göstericilere karşı belli ağırlık düzeyine kadar şiddet uygulama konusunda adeta açık çek verilmektedir. Oysa barışçıl olmaktan çıkan göstericilere karşı fiziksel güç, mekânsal ve zamansal bir gereklilikle ve bu gerekliliğe bağlı elverişli araçlarla, orantılı bir şekilde uygulanmalıdır. Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık (dar anlamda ölçülülük) unsurlarına dayanmayan, yani sadece fiziksel gücün ağırlığına dayanan (somut olayda başvurucunun az yaralanmasına odaklanılmıştır) bir ölçülülük değerlendirmesi çok tehlikelidir.

(2) Fiziksel Güç Kullanmayan Gösterici Yönünden

AYM'nin sorunlu yaklaşımı, herhangi bir fiziksel güç kullanmayan, barışçıl göstericiler için de uygulanmıştır. Aslında AYM toplanma özgürlüğüne ilişkin genel ilkeler ortaya koyarken, toplantıya katılanların bir kısmının şiddete başvurmalarının diğerleri açısından bu hakka müdahaleyi meşru kılmadığını ifade etmişti. Ne var ki kötü muamele yasağı kapsamındaki incelemesinde bu tespiti ile çelişkili bir sonuca ulaşmıştır. AYM'ye göre başvuruculardan **Veli İmrek**'in barışçıl davranmadığına yönelik herhangi bir veri olmamasına rağmen;

“Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde polisin müdahalesi esnasında ortaya çıkan panik ve karmaşada gösteriye katılan ancak müdahale edilmesi gerekmeyen kişilerin de müdahaleden etkilenmesi mümkündür. Bu durumda polisin kontrollü hareket etmesi ve müdahaleyi gerektiren durumu yaratan kişiler dışındakilerin müdahaleden etkilenmemesi için gerekli tedbirleri alması beklenir. Ancak müdahalenin oluşturduğu karmaşa ve panik ortamında bu tedbirlerin polis tarafından mutlak olarak uygulanmasının zorluğunu da kabul etmek gerekir. Başvurucunun katıldığı gösteride polisin sadece barikatları aşmaya çalışan kişilere müdahale ettiği başvurucunun bu esnada yaralanmış olabileceği ve yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olduğu gözetildiğinde başvurucunun yaralanmasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında asgari ağırlık eşiğini aştığı söylenemez.”⁸¹

⁸⁰ Üye Serdar Özgüldür bu kesinliğin olmaması sorununun, soruşturma yükümlülüğünün gerektiği gibi yapılmamasının bir sonucu olarak görmemiş ve bu nedenle de ihlalin olmadığı gibi eksikliği başvurucuya yükleyen bir sonuca ulaşmıştır. Söz konusu sonucun İHAM'ın karine pratikleriyle uyumlu olduğu söylenemez. Karş. Serdar Özgüldür'ün karşı oyu.

⁸¹ Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı, § 95.

Görüldüğü gibi AYM, kolluk güçlerinin müdahale sırasındaki pozitif yükümlülüklerinden çok, başvuruçuların yaralanmalarının ağırlığına odaklanmıştır. Böyle bir odaklanma, söz konusu vakada Anayasa'nın 17'nci maddesindeki yasaklardan hangisinin uygulanacağını tespit edilmesi bakımından anlaşılır olabilir. Somut olayda AYM, başvuruçunun yaralanışının 17'nci madde kapsamında bir ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu sonucun kendisi tartışmaya açık olmakla birlikte, olağan şartlarda 17'nci madde kapsamında olmayan bir yaralanmanın hangi madde kapsamında olduğunun ortaya konması beklenir. Bilindiği gibi İHAS'ın 3'ncü maddesi kapsamına girecek ağırlıkta olmayan müdahaleler, İHAS'ın 8'nci maddesi kapsamında incelenmektedir. Oysa AYM, Anayasa'nın 17'nci maddesi için gerekli olan ağırlıkta görmediği yaralanmanın İHAS md. 8 kapsamında olup olmadığını incelememiştir.

Hal böyle olunca AYM'nin ilke kararından çıkan sonuç şu şekilde olmaktadır: Barışçıl göstericiler, Anayasallığı tartışmalı bir polis müdahalesiyle ortaya çıkan bir kargaşada, Anayasa'nın 17'nci maddesine girecek ağırlıkta olmayan yaralanmalara hazır olmak ve bunlara katlanmak durumundadırlar. Böyle bir yaklaşım sorunludur.

(3) Biber Gazına Maruz Kalan Üçüncü Kişi Yönünden

Meseleyi trajik kılan nokta AYM'nin toplanma özgürlüğünün öznelere potansiyel olarak katlanmak zorunda bıraktığı müdahalelerin sınırlarının, Türkiye'nin son beş yıldır kronik gündem maddesini oluşturan kimyasal gazlara da, özel bir kayıt dahi düşmeksizin teşmil edilmesidir. Mahkeme'nin, başvuruçunun Özcan Çetin için yaptığı değerlendirmeler bunu göstermektedir.

AYM, somut olayda, “polise karşı herhangi bir saldırıda bulunduğu tespit edilemediğini” söylediği başvuruçunun **Özcan Çetin**'in, “polis müdahalesi sırasında biber gazından etkilendiğini” kabul etmiştir.⁸² Zaten başvuruçunun müdahale günü almış olduğu adli muayene raporunda da “gözüne biber gazı geldiği, gözde yanma ve batma olduğu, gözde kızarıklık olduğu ve ilaç verildiği belirtilmiştir.”⁸³

Yani **birinci** olarak; Özcan Çetin'in barışçıl bir gösterici olmadığı söylenememektedir. **İkinci** olarak; Özcan Çetin herhangi bir şiddet eyleminde bulunmamış olmasına rağmen -adli muayene raporuyla da sabit olduğu üzere- biber gazına maruz kalmıştır.

Bu iki tespit, AYM'nin şu soruya yanıt vermesini zorunlu hale getirmiştir: Barışçıl olduğu düşünülen bir göstericinin gözünde, kendisinin neden olmadığı bir polis müdahalesi sırasında atılan biber gazından dolayı yanma, batma ve ilaç almayı gerektirecek düzeyde kızarıklık oluşması Anayasal olarak mazur görülebilir mi?

Ne yazık ki AYM bu soruya da ‘evet’ yanıtını vermiştir. Çünkü AYM'nin bu defa dört adımda özetlenebilecek spekülasyon akıllı yürütme biçimine göre (i) “biber gazının kullanılması bazı sağlık sorunlarına yol açabilir”, ne var ki (ii) ‘polis toplumsal olaylara müdahalesinde biber gazı kullanılması ulusal ve

⁸² Ibid., § 91.

⁸³ Ibid., § 24.

uluslararası mevzuatta yasak değildir'. O halde (iii) belli bir ağırlık eşğine ulaşmadıkça biber gazına maruz kalınması doğaldır. Nihayet, (iv) bir kişinin gözünde yanma, batma ve ilaç almayı gerektirecek düzeyde kızarıklık oluşması asgari ağırlık eşğinin altındadır.'

Bunlara ek olarak AYM, kötü muamele için varsaydığı asgari ağırlık eşğinin altında gördüğü biber gazı etkilerinin maddi anlamda özel yaşama saygı hakkını ihlal edip etmediğini de sınınamıştır.

Bu bakımdan AYM'nin yaklaşımına göre hukuka uygun ve barışçıl şekilde hareket eden bir kişi, eğer bir toplanmaya katılmış ise bu durumda olası bir polis müdahalesine ve bu müdahale sırasında da gözünde yanma, batma ve ilaç almasını gerektirecek düzeyde kızarıklık yaşamaya hazır olmalıdır.

İşin ilginç yanı AYM, bu gerekçesini İHAM'ın *Oya Ataman v. Türkiye* kararına atıf yaparak temellendirmeye çalışmasıdır. Ne var ki AYM'nin atıf yaptığı kararın ilgili paragraflarına bakıldığında İHAM'ın somut olayda "*başvurucu tarafından herhangi bir sağlık raporu sunulmadığını ve bu bakımdan ihlal iddiasına binaen herhangi bir delil veya delil başlangıcı oluşturabilecek bir belge bulunmadığını*"⁸⁴ söylediği dikkat çekmektedir. Oysa AYM önündeki vakada başvuru Özcan Çetin, adli muayene raporu sunmuştur. Yani iki olay, farklı nitelik taşımaktadır. İHAM kararının manipüle edilmesi ve iki olay arasındaki farkın görmezlikten gelinmesi kabul edilemez. Öte yandan kolluk kuvvetlerinin en küçük bir toplanmada dahi biber gazı kullanmak suretiyle, biberden etkilenmeyi toplanma özgürlüğünün mütemmim cüzü haline getirdiği, ayrıca protestonun parçası olmayan kişiler, mahalle sakinleri, hayvanlar ve başta gazeteciler olmak üzere diğer meslek gruplarının belirsiz bir risk altına sokulduğu Türkiye'de⁸⁵ böyle bir karar verilmesi, kolluk güçleri açısından 'eğitici etki'⁸⁶ yaratmak şöyle dursun, mevcut sorunu daha da derinleştirecektir.

Burada anılan değerlendirmelere ek olarak kaydedilmelidir ki AYM; Özcan Çetin ve Veli İmrek yönünden, söz konusu kararın başında ortaya koyduğu ilkelerin sınırlarını belirsiz şekilde aşmıştır. Hatırlanacak olursa AYM, AY md. 17 ve İHAS md. 3 yönünden "yakalamayı gerçekleştirmek için", "kişinin kendi davranışlarından veya tutumundan dolayı" fiziksel güce maruz kalabileceğini söylemekteydi. Özcan Çetin ve Veli İmrek hakkında yapılan değerlendirmelerde görüldüğü üzere toplanma özgürlüğünün öznelere, polisin müdahaleleri sırasında belli ağırlıkta yaralanmalara ve biber gazına da katlanmak durumundadır.

AYM'nin bu yaklaşımı, toplanma özgürlüğünü şiddete açık bir alana itmektedir. AYM, barışçıl göstericilerin polis müdahalesi sırasında yaralanmalarını, kolluk müdahalesinin kaçınılmaz sonucu ve bu bakımdan adeta bir teferruat olarak görmektense, kolluk güçlerinin bu tür müdahalelerde sahip olduğu pozitif yükümlülüklerine odaklanması gerekmektedir. Çünkü insan onuru ve fiziksel bütünlüğü, düşük ağırlıkta müdahaleler de dâhil olmak üzere, bir teferruat olarak görülemez.

⁸⁴ *Oya Ataman v. Turkey*, § 26.

⁸⁵ Türk Tabipler Birliği, *Kimyasal Gösteri Kontrol Ajanlarıyla Temas Edenlerin Sağlık Sorunları Değerlendirme Raporu*, TTB; 2013.

⁸⁶ Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, ss. 69 vd.

(4) Usul Yükümlülükleri Yönünden

AYM, önüne gelen anayasa şikâyetini, kolluk güçlerinin gösterilere müdahale biçimi kadar, müdahaleden sonraki süreçte kamu gücünün olayla ilgili soruşturma yükümlülükleri yönünden de incelemiştir. AYM, İHAM'ın bir soruşturmada bulunması gerektiğini söylediği beş ögeyi içtihadına aktarmıştır: *“Soruşturmanın derhal başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir.”*⁸⁷

AYM, diğer birçok kararında olduğu gibi bu kararında da İHAM kararlarına çok sayıda atıf yapmakta ve kararlarını bu ilkelerle zenginleştirmektedir. Ne var ki bu ilkeleri somut olaya uyarlamak konusunda yetersiz kalmaktadır. AYM, polis müdahalesi sonucu burunda kemik kırığı, dudağında kesi ve eskimoz, kulak zarında yırtık gibi hasarlar oluşan Ali Rıza Özer'in suç duyurusu karşısında İzmir Cumhuriyet Savcılığı'nın *“başvurucunun ayrıntılı beyanını almadığı gibi faillerin tespitine ilişkin herhangi bir çalışma yürütmeden, yapılan müdahalenin kaçınılmaz olup olmadığını ve başvurucunun polis müdahalesini gerektirecek bir eyleminin olup olmadığını araştırmadan ve bilirkişi raporunda başvurucuların polise saldırdıklarına dair bir tespit olmadan, dolayısıyla yaralanmanın nasıl meydana geldiği tespit edilmeden sadece dosya üzerinden orantılılık incelemesi yaparak takipsizlik kararı vermesini”*⁸⁸ kötü muamele yasağının usul boyutu yönünden ihlali olarak ifade etmiştir.

Yine AYM, barışçıl olmalarına rağmen fiziksel güce ve biber gazına maruz kalan başvurucular yönünden ise, yaralanmalarının AY md. 17 kapsamında bir ağırlıkta olmadığı gerekçesiyle ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. İlginçtir, maddi yönden yapılan incelemede İHAS md. 8 kapsamında değerlendirme yapılmamış olmasına rağmen, bu noktada şikâyetlerinin İHAS md. 8 kapsamında kalıp kalmayacağı değerlendirilmek istenmiş fakat bu değerlendirmede ise *“toplama hakkının kullanılması esnasında maruz kalınan ve asgari eşiği aşmayan gazdan yaralanma hususunda kişinin maddi ve manevi bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirecek herhangi bir konuya rastlanmamıştır”* şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır.

Polise fiziksel güç uyguladığı iddia edilen Orhan Bayram'ın iddialarına ilişkin soruşturmanın ise etkin olduğunu söylemekle yetinmiştir.

AYM'nin bu gerekçeleri tutarsızdır. Sondan başlayacak olursak; bir defa AYM, Orhan Bayram'ın iddialarına ilişkin soruşturmanın neden etkin olduğunu ortaya koymadığı için, bu bağlamda gerçek anlamda bir gerekçelendirme yapmamıştır. Hatırlanacak olursa AYM, **Orhan Bayram**'ın yaralanmasına neden olan kolluk müdahalesini net bir şekilde belirleyememekteydi, dolayısıyla yaralanmanın TOMA araçlarından tazyikli su sıkılması suretiyle meydana

⁸⁷ Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı, § 102. Daha önce bkz. Tahir Canan kararı, AYM, 2012/969, 18/09/2013, § 25.

⁸⁸ Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı, § 105.

gelebileceğini varsaymıştı. Oysa gerçekten yeterli bir soruşturma yapılmış olsaydı, bu konu netlik kazanabilirdi.⁸⁹

Barışçıl olmalarına rağmen fiziksel güce ve biber gazına maruz kalan başvuruçuların iddialarına dayanan soruşturmalar konusunda ise AYM, yine yeniden bu başvuruçuların yaralarının ağırlığına odaklanmış, fakat bu defa düşük ağırlığın İHAS md. 8 kapsamında olabileceğini hatırlamıştır. AYM'nin yaralanmaların ağırlığı uyarınca İHAS md. 8 kapsamında değerlendirme yapmanın gerekli olduğunu söyledikten sonra, İHAS md. 8 çerçevesinde değerlendirmeyi gerektirecek bir konuya rastlanmadığını söylemesi en yumuşak ifadeyle totoloji oluşturmaktadır. AYM, bu noktada sadece biber gazı yönünden değerlendirme yapmak suretiyle, barışçıl olduğu kabul edilen ve müdahaleler sırasında kafasından yaralanan başvuruçucu Veli İmrek'in iddialarını yeniden yok saymıştır. Yani AYM; *“müdahaleyi gerektiren durumu yaratan kişiler dışındakilerin müdahaleden etkilenmesinde”*⁹⁰, kolluk güçlerinin usul yönünden sorumluluğuna ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmamıştır.

AYM, somut olayda gösteriye yönelik müdahalelerde sadece burunda kemik kırığı, dudağında kesi ve eskimoz, kulak zarında yırtık gibi hasarlar oluşan **Ali Rıza Özer** yönünden kötü muamele hakkının usul yönünden ihlaline karar vermiştir. Bu, doğru bir karar olmasına rağmen, AYM'nin kararın başında ortaya koyduğu ilkelerin somut olaya uyarlanması ve bu bakımdan gerekçelendirilmesi yönünden eksiktir. AYM, bu yöndeki ihlal kararında tek paragraflık bir gerekçe ortaya koymuştur. AYM'nin kararında tazminata hükmedilmediği ve gereğinin yapılması için kararın İzmir Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilmesine hükmedildiği dikkate alındığında, söz konusu kararın en kritik yeri bu kısımdır. Burada ise AYM'nin İzmir Cumhuriyet Savcılığı'na nasıl bir soruşturma yapması gerektiği konusunda yeterince yol gösterdiği söylenemez.

AYM, savcılığın soruşturmasının etkili olmadığını söylemiştir. Oysa somut olayda AYM'nin de ortaya koyduğu soruşturma için zorunlu olduğu düşünülen beş kriterden etkililikten önce bağımsızlık sorunu üzerine odaklanması gerekirdi. Çünkü kararda izlenen verilere göre savcılık, kolluk hakkındaki soruşturmasını *“dosya üzerinden yapmıştır”*. Yani Türkiye'deki savcılık pratikleri de dikkate alındığında, İzmir Savcılığı büyük ihtimalle kolluk şiddetine ilişkin soruşturmasını sadece polis fezlekelerini dikkate alarak tamamlanmıştır. AYM'nin bu noktadaki soruna dikkat çekmesi gerekirdi. Öte yandan soruşturma sonucunda cezasızlık sorununun ortaya çıkmaması için, başvuruçuyu mağdur eden kolluk görevlisi/görevlileri hakkında caydırıcı bir ceza maddesinden soruşturma yapılması gerektiğinin gözden uzak tutulması da, Türkiye yargı pratiğindeki yapısal sorunların çözülmesine yardımcı olmamaktadır.

Son olarak karardaki esaslı bir ihmal de AYM'nin İzmir İl Emniyet Müdürü ve İl Emniyet Müdürlüğü diğer görevlileri hakkında valiliğin soruşturma izni vermemesi ve valiye bu yetkiyi tanıyan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un belirli nitelikleri taşımayan ihbar

⁸⁹ Başvuruçunun nasıl yaralandığının tespit edilememiş olması, kararda bir AYM üyesinin karşı oy yazmasına dahi neden olduğu dikkate alındığında, AYM'nin Orhan Bayram'ın iddialarına ilişkin soruşturma hakkında daha fazla odaklanması beklenirdi.

⁹⁰ *Ibid.*, § 95.

ve şikâyetlerin Cumhuriyet başsavcılar ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağını belirten ve bu karara karşı da bir itiraz yolu öngörmeyen hükmü (md. 4/son) çerçevesinde bir değerlendirme yapmamış olmasıdır. AYM'nin geçmişte verdiği kararlarda da karşısına çıkan ve "etkili soruşturmayı etkisiz kıldığına"⁹¹ kanaat getirilen bu norm hakkında yarı-pilot (*quasi-pilot*) nitelikte bir karar verilmesi gerekirdi.⁹²

c. Toplanma Özgürlüğü Konusundaki İlkeler

Toplanma özgürlüğüne ilişkin ihlal içeren ilk ilke kararı olma niteliği taşıyan bu vakada AYM, İHAM'ın konuyla ilgili temel prensiplerinin bir kısmını kendi içtihadına aktarmıştır. AYM bu kararda, İHAS'tan farklı olarak Anayasa'da söz konusu hakkın "önceden izin almama" şartına bağlandığını (İHAS kapsamındaki hak ve özgürlükler ibaresini yorumlama biçiminden dolayı) göz ardı etmesine rağmen, özellikle, az önce değinilen Ali İsmail Korkmaz protestosuna ilişkin kabul edilemezlik kararının aksine, bu defa halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve düşmanca tepkilere yol açabileceği, ancak bunun toplanma özgürlüğünün ihlal edilmesini haklılaştırmayacağını söylemiştir.

Yine bu kararda, muhalif ve azınlıkta kalan fikirlerin, çoğunluğun fikirleri nazarında kışkırtıcı ve rahatsız edici olması durumunda dahi korunacağına yapılan vurgu, bu vurgunun uygulamada da dikkate alınması kaydıyla, Türkiye gibi siyasal hoşgörünün sınırlarının oldukça daraldığı bir ülkede, oldukça değerlidir.

AYM'nin tespit ettiği genel ilkelerden önem taşıyan bir diğeri ise, daha söz konusu kararda bizzat AYM tarafından gerektiği gibi uygulanamamış olsa da, toplantıya katılanların bir kısmının şiddete başvurmalarının diğeri açısından bu hakka müdahaleyi meşru kılmadığı yönündeki ilkedir. (Bu ilkeye birazdan kötü muamele yasağı bağlamında yeniden dönülecektir.)

Kararda dikkat çeken ilk nokta AYM'nin vakayı değerlendirirken, şikâyet konusu olayların iki farklı eylemden oluştuğu kanaatine varmasıdır. AYM'ye göre;

- Birinci eylem; Ankara'ya gitmek üzere yola çıkan başvuruçuların İzmir'den Ankara'ya gitmelerine "değişik yasal gerekçelerle" engel olunması ve beklenmedik şekilde engellenen başvuruçuların bu durumu protesto etmek amacıyla yapmak istedikleri trafiği kapatma ve gösteri yürüyüşünün polis tarafından dağıtılmasıdır.
- İkinci eylem; yaşanan olayları müteakiben ertesi gün Valilik binası önünde basın açıklaması yapılmasının engellenmesidir.

(1) Birinci Eylem Yönünden

⁹¹ Ramazan Aras kararı, AYM, 2012/239, 2/7/2013, § 85.

⁹² Kerem Altıparmak, *Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Otelı Kararı*, İstanbul: TESEV Yay., 2013, s. 10.

Konu hakkında bilgi için bkz. Philip Leach/ Helen Hardman/ Svetlana Stephenson/ Brad K. Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Antwerp: Intersentia, 2010, ss. 24 vd.

AYM'nin "birinci eylem" olarak tasniflediği olayların gerçekten de tek bir eylem olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Çünkü başvurucuların otobüslerinin durdurulup, Ankara'ya gitmelerine izin verilmemesi ile bu otobüsün engellenmesine karşı spontane şekilde gerçekleştirilen protestoya müdahale, farklı iki müdahale niteliğindedir. AYM her ikisini tek bir eylem olarak görmüş ve bu eyleme yönelik müdahalenin kanuni dayanağı olarak da 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun zamansal açıdan gece gösteri yapılamayacağını söyleyen 7'nci maddesi, mekânsal açıdan genel yollarda gösteri yapılamayacağını söyleyen 22'nci maddesi ve toplanmaların nasıl dağıtılacağını söyleyen 24'ncü maddesi ile Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun polise silah ve zor kullanma yetkisi veren 16'ncı maddesi gösterilmiştir.

Dikkat edilirse, söz konusu maddeler başvurucuların araçlarının durdurulmasından sonra gerçekleştirdikleri spontane gösteriye yönelik müdahalelerin gerekçesi olacak kanun hükümleridir. Bu hükümlerden hiçbiri kolluk güçlerine, İzmir'den otobüse binen göstericilerin Ankara'ya gitmelerine engel olacak bir hukuksal yetki tanımamaktadır.

Başvurucuların iddiasına göre Ankara Valiliğinin kitlesel basın açıklaması ve gösteri yürüyüşü yapılmasını yasaklaması üzerine İzmir'de görevli güvenlik güçleri, otobüslerin kalkmasına izin vermemiştir. AYM'nin de kendisi de olayları özetlerken "[Ankara Valiliği'nin] (...) Ankara'da her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü ile benzeri eylemleri yasaklamıştır. İçişleri Bakanlığı da anılan yasak üzerine tüm il valiliklerine resmi yazı yazarak toplantıya katılacak grupların illerden çıkışının engellenmesi talimatını verdiğini" ve "bunun üzerine İzmir Emniyet Müdürlüğündeki görevliler, başvurucuların Ankara'ya gitmelerini engellemek için otobüslerin evrak eksikliğini bahane ettiklerini"⁹³ aktarmıştır.

O halde başvurucuların Ankara'ya gidişlerinin engellenmesine ve buna bağlı olarak bir dizi sorunun ortaya çıkmasına neden olan olaylar silsilesini başlatan esas öge, İçişleri Bakanlığı'nın talimatı ve bunun üzerine kolluk güçlerinin ileri sürdüğü evrak eksikliği bahanesidir. AYM, bu noktayı kolaylıkla gözden kaçırmıştır. Oysa yapılması gereken şey, İçişleri Bakanlığı'nın talimatının ve kolluk güçlerinin aracı durdurup, yola devamını engelleyen faaliyetlerinin öngörülebilir ve kesin bir kanuni dayanağının olup olmadığını incelemek olmalıydı. Çünkü gösteri yapmak için yola çıkan bir aracın yola devam etmesine engel olmak gösteri yürüyüşüne yönelik bir sınırlamadır⁹⁴ ve bu sınırlama, Anayasa'nın 13'ncü maddesi gereğince ancak öngörülebilir, ulaşılabilir ve kesinlik taşıyan⁹⁵ bir kanunla yapılabilir.

Ne var ki AYM, otobüslerin durdurulması ile buna karşı gelişen spontane gösterileri tek bir vaka olarak görmüş ve spontane yapılan gösterilere yönelik müdahaleye odaklanarak, ilk sınırlandırmanın kanuniliğini test etmemiştir. Türkiye'de on yıllardır merkezi mitingler için Türkiye'nin farklı yerlerinden yola

⁹³ Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı, § 126.

⁹⁴ Benzeri vakalar, eğer şartları bulunuyor ise seyahat özgürlüğü ile kişi özgürlüğü yönünden de ihlallere neden olabilir. Özgün bir bağlamda bkz. *Gillan and Quinton v. UK*, ECtHR, 4158/05, 12/01/2010.

⁹⁵ Sibel Inceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", in Inceoğlu (ed.), *op. cit.*, ss. 23-25. Regina Weiß, *Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker&Humblot, 1996, ss. 117 vd.

çıkan araçların durdurulması, göstericilerin kolluk güçlerince taciz edilmesi ve araçlarında “ceset torbası” vb. edevat bulunmadığı yönündeki keyfi gerekçelerle saatlerce bekletilmesi şeklinde bir idari pratik süregelmektedir.⁹⁶ AYM’nin bu keyfi muamelenin üzerinde durmamış olması, gelecekte benzeri keyfi müdahalelere kapı aralayacaktır. AYM’nin kararına göre, eğer kolluk güçleriyle göstericiler arasında bir çatışma çıkmaz ise ortada sorun yoktur. Oysa gösteri için yola çıkan araçların durdurulmasının Anayasa’nın aradığı anlamda yasal dayanağı bulunmamaktadır ve bu nedenle aslında bir Anayasa’ya aykırılık sorunu vardır. Bu noktadaki anayasaya aykırılık, kararda açıkça tespit edilmeliydi.

AYM, araçların durdurulmasını kanunilik testine tabi tutmamış olmasına rağmen, aracın durdurulması ve gelişen spontane eylemi nedensellik (meşru amaç) testine sokmuştur. Birçok kararda müdahalenin meşru amacının, söz konusu hakkın Anayasa’daki özel sınırlama nedenlerinden birine girip girmediğini sınınamaktan imtina eden AYM, bu kararda sınırlama sebepleri yönünden İHAS metnini değil İHAS’taki sınırlama sebeplerinden “kamu güvenliği” şeklindeki sınırlama nedenini içermeyen Anayasa hükmünü dikkate almıştır. Bu yaklaşımın rastlantısal değil, iki metinden daha az sınırlama nedenine yer veren metnin esas alınması şeklinde bir ilke olarak kurumsallaştırılması arzu edilir.

Son olarak Ankara’ya gitmek isteyen göstericilerin engellenmesine dayanak olan Ankara valiliğinin yasaklama kararını, demokratik toplum düzeninde gereklilik testine sokan AYM, bu noktada çok yerinde bir tespitle “düzenleme kanunlaştıktan sonra yapılacak protestoların Meclis nezdinde beklenen etkiyi doğurmayabileceği de gözetildiğinde güvenlik riskleri de değerlendirilerek gösteri yapacak gruplara uygun yer gösterilmesi yerine toptan yasaklayıcı karar alınması ve bu kararın da başka yasal gerekçeler ile dolaylı olarak uygulanması demokratik bir toplumda mazur görülmeceğini”⁹⁷ ifade etmiştir. Bu sonuç yerindedir, ancak daha önce de ifade edildiği üzere, ihlalin araçların durdurulması şeklindeki müdahalenin kanuni dayanağı olmadığı gerekçesiyle verilmesi daha doğru olurdu.

Bundan başka, göstericilerin, araçlarının durdurulması karşısında gerçekleştirdikleri spontane eylem, AYM tarafından “birinci eylem” şeklinde ifade edilen kategorinin içinde kaynaştırılmış olsa da, aslında bağımsız bir eylemdir. Kolluk güçlerinin müdahalesine ilişkin AYM’nin şu değerlendirmesi oldukça önemlidir:

“2911 sayılı Kanun kapsamında yasak kabul edilen yerlerde gösteri yürüyüşü yapmaları hususunda bildirimde bulunmamaları eylemi yasadışı hale getirirse de bu sebeple ani gelişen olaylar karşısında yapılan barışçıl amaçlı eyleme müdahale ölçülü olarak değerlendirilmemelidir.”⁹⁸

AYM, bu içtihadı ile Almanya AYM’sinin spontane toplanma (*Spontanversammlung*) olarak ifade ettiği gösterilere ilişkin içtihadı ile paralellik kurmuştur. Bu içtihadın spontane olmayan, fakat 2911 sayılı kanunun öngördüğü bildirim süresinden daha az süre kala organize edilen acil gösterilere

⁹⁶ Bkz. “KESK eylemcilerine sert müdahale”, 28/03/2012, T24. <http://t24.com.tr/haber/kesk-uyelerine-polisten-ankara-engeli.200404>

⁹⁷ Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı, § 136.

⁹⁸ Ibid., § 137.

(*Eilversammlungen*) de teşmil edilmesi yerinde olacaktır.⁹⁹ AYM'nin bu kararının tek cümlelik mesajı “barışçıl bir gösterinin yasadışı olması, tek başına müdahale sebebi olamaz” şeklindedir. Bu mesajın, kolluk güçlerinin eğitiminde daha yaygın şekilde dillendirilmesi lazım gelmektedir. Bu bakımdan kararın örneğinin; AYM'nin kararının eğitici etkisinin artırılması ve benzeri vakaların AYM önüne gelmemesi, dolayısıyla iş yükünün azalması için, İl Emniyet müdürlüğüne gönderilmesine karar verilmesi vb. pratiklere girişilebilir.

(2) İkinci Eylem Yönünden

AYM, ilk günkü olayları takip eden günün akşamüstü Valilik binası önünde yapılmak istenen gösterileri, “ikinci eylem” olarak tarif etmiştir. AYM, bu eyleme yönelik genel değerlendirmesinde, polisin müdahale biçiminin yanında mekânsal analizlerde de bulunmuştur. Somut olayda Sümerbank önünde toplanan göstericiler Valilik binası önünde basın açıklaması yapmak için yürüyüşe geçmiş, fakat kolluk güçleri, bunun güvenlik riski oluşturduğu veya başkalarının haklarına müdahalede bulunulacağı gerekçesiyle göstericilerin önüne bariyer çekmiştir. Aralarında bazı başvuruçuların da olduğu kişiler bariyeri aşmak için fiziksel güç kullanmış, buna karşılık polis tazyikli su, boyalı su, biber gazı ve TOMA ile göstericilere müdahale etmiştir. Bu müdahaleden sonra yapılan müzakereler neticesinde polis barikatı geriye çekilmiş¹⁰⁰ ve göstericiler, İzmir Büyükşehir Belediyesi önünde basın açıklaması yaparak dağılmışlardır.¹⁰¹

AYM, bu olayda bariyeri aşmaya çalışanlar dışındaki gösteriye katılanların ve çoğunluğu oluşturanların barışçıl bir şekilde toplanma hakkını kullanabildiği ve bu yönden Anayasa'nın 34'üncü maddesine aykırılığın olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁰²

Kararda dikkat çeken nokta, AYM'nin ikinci eylem yönünden kanunilik, nedensellik ve demokratik toplum düzeninde gereklilik testlerini yapmamış olmasıdır. AYM, göstericilerin öyle veya böyle basın açıklaması yapabildiği olmasına kritik bir değer atfetmiş ve gösterinin yapılma bağlamına yönelik esaslı bir değerlendirmeye girişmemiştir.

Oysa kararda **birinci olarak** kolluk güçlerinin basın açıklamalarının nerede yapılacağına ucu açık bir şekilde karar verme yetkisine sahip olup olmadığı, böyle bir yetki tanıyan kanuni dayanağın olup olmadığı, eğer varsa söz konusu kanunun öngörülebilirlik, kesinlik, ulaşabilirlik kriterlerini karşılayıp karşılamadığı incelenmeliydi.

İkinci olarak, somut olayda valilik önünde basın açıklaması yapılmasının güvenlik riski oluşturduğu veya başkalarının haklarına müdahalede bulunulacağı şeklindeki kabulün sorgulanmaksızın benimsendiği gözlemlenmektedir. Oysa bu noktada AYM'nin, Konak meydanının bir köşesindeki basın açıklamasının valilik binasında güvenlik ve başkalarının haklarına müdahale edilmesi riski yaratabilecek

⁹⁹ Bu konuda bkz. Mert Duygun, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Kullanılmasında Bir Bilinmeyen: Spontane ve Acele Eylemler”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2014, C. 3, S. 6, 2014, ss. 221-ss. 133-161.

¹⁰⁰ Bu durum dahi ilk barikatın kurulmasının zorunlu olmadığını göstermektedir.

¹⁰¹ *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 127.

¹⁰² *Ibid.*, § 140.

iken, Konak meydanının bir diğer köşesindeki Büyükşehir belediyesi binası önünde yapıldığında neden risk yaratmadığını sorgulaması gerekirdi. Öte yandan Valilik'in "yetki genişliği" gereği, söz konusu müdahalenin siyasi sorumlusu olan İçişleri Bakanlığı'nın hiyerarşik altı olduğu, buna karşın Büyükşehir Belediyesi başkanının ana muhalefet partisine mensup olduğu dikkate alındığında, bu sorgulama çok daha önemli bir yere taşınırdı. AYM eğer, İHAM içtihadından birebir aktardığı "*muhalif ve azınlıkta kalan fikirlerin, çoğunluğun fikirleri nazarında kışkırtıcı ve rahatsız edici olması durumunda dahi korunacağına*"¹⁰³ yönündeki ilkeyi kararına uyarlamış ve dolayısıyla anılan hususları dikkate almış olsaydı gösterinin Valilik binası önüne yerine "*Valilik binasına çok yakın, şehrin merkezinde kabul edilecek (...) İzmir Büyükşehir binası önünde*"¹⁰⁴ yapılmasının "*toplanma amacını etkisiz kılmayacağı*" sonucuna ulaşmayabilirdi.

II. ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ KARARLARININ ANALİZİ

Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti incelemesine başladığı ilk iki buçuk yıllık faaliyetinde, örgütlenme özgürlüğü konusundaki kararlarına bakıldığında, söz konusu kararların ulaşılabilir olanlarının tamamının çalışma yaşamıyla ilgili olduğu, bunların içinde ise grev hakkıyla bağlantılı vakaların çoğunlukta¹⁰⁵ olduğu gözlemlenmektedir. Bu bağlamda AYM'nin yaklaşımına ilişkin önemli izler taşıyan bu kararlar, akılda kalıcı olması bakımından "Eğitim-Sen'in Uyarı Grevi Vakası", "Bem-Bir-Sen'in Toplu Sözleşme Vakası", "Hava-İş'in THY Grevi Vakası" ve "Kristal-İş'in Şişecam Grevi Vakası" olarak kategorize edilecektir. Bu vakalara odaklanmadan önce ise AYM'nin "örgütlenme" kavramını tanımlama biçimi üzerinde durmak yerinde olacaktır.

A. Örgütlenme Kavramının Anlamı

AYM, örgütlenme kavramının anlamını¹⁰⁶ ilk kez Eğitim-Sen'in uyarı grevi vakasına ilişkin bir kararında açıklamıştır. Somut olayda başvuru, sendika üyesi bir gerçek kişi olmasına rağmen AYM, konuyla ilgili ilk kez ilke kararı verecek olduğu için bu kavramın anlamını ortaya koyma gereği duymuş ve şu şekilde bir tespitte bulunmuştur:

"Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum meydana getirerek bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmektedir. 'Örgütlenme' kavramının anayasa çerçevesinde özerk bir anlamı vardır ve bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde, yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir 'örgüt', devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. İstihdam alanında kendi üyelerinin

¹⁰³ Ibid., § 117.

¹⁰⁴ Kararın bir yerinde (par. 22) SGK binası önünde, bir başka yerinde (par. 140) ise Büyükşehir Belediyesi binası önünde eylem yapıldığı söylenmektedir.

¹⁰⁵ Sorun arz etmediğinden dolayı özel bir değerlendirmeye konu edilmeyen kararlardan "Türk-Metal Sen'in Toplu Sözleşme Vakası" için bkz. *Türk Metal Sendikası kararı*, AYM, 2013/722, 25/7/2014. Ayrıca *Yasemin Ekşi kararı*, AYM, 2013/5486, 4/12/2013, §§ 66 vd.

¹⁰⁶ İHAM yaklaşımı hakkında bkz. Doğru, *op. cit.*, s. 48.

menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır.”¹⁰⁷

AYM, içtihadında böyle bir tespite yer vermekle, İHAM’ın “otonom kavramlar doktrinini”¹⁰⁸ Türkiye hukukuna uyarlamıştır. Bu, Almanya AYM’sinin yaklaşımı ile de paraleldir. Zira Alman AYM’sine göre de usuli özerklik (*Verfahrensautonomie*) ilkesi gereği anayasa yargısında kavramlara anlamını, “bu uygulamanın efendisi” (*Herr der Vollstreckung*) olan Anayasa Mahkemesi verecektir.¹⁰⁹ Bu bakımdan AYM, Anayasa’daki kavramları, yasaların veya derece mahkemelerinin bu kavramlara verdiği anlamdan farklı biçimde tanımlayabilecektir.¹¹⁰

Anılan karar, insan hakları yargılamasının özgün niteliğini desteklemesi bakımından olumlu ve önemlidir. Fakat ilke kararında böyle bir tespite yer verilmiş olması, AYM’nin bu konuda, gerçekten de ilkesel bir yaklaşım içinde olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme, İHAM kararının Türkçe tercümesine kararında yer vermekte, fakat bu kararın somut bir olaya uyarlanması gerektiğinde başarısız olabilmektedir.

AYM önüne geçmişte, yasal olarak “kişilik” taşıyıp taşımadığı tartışmalı özneler tarafından anayasa şikâyetleri yapılmış, nedense o şikâyetlerde bu yönde bir ilke ortaya konmamış, bu konuda bir değerlendirme yapılmamıştır. Örneğin medeni hukuk yönünden tüzel kişi sayılmayan Acarkent Site Yönetimi tarafından yapılan anayasa şikâyetinde¹¹¹ AYM, Acarkent Site Yönetimi’nin anayasa şikâyeti yapabilecek bir “kişi” olup olmadığı sorusunu yanıtsız bırakmıştır.

AYM’nin bu sorunu göz ardı etmesi, *Hasan Hüseyin Kırmızıtoprak kararında*¹¹² çok daha kritik bir sonuca neden olmuştur. Söz konusu kararda başvuru, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği 21. Olağan Genel Kurulu’nda; yönetim, denetleme ve disiplin kurulu üyelikleri seçimlerine katılmak isteyen “Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi”nin üyesidir. Söz konusu seçimde Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi’nin sunmuş olduğu aday listesi, “yeminli mali müşavir” adaylar içermeyip, sadece “mali müşavirlerden” müteşekkil olduğu için reddedilmiş ve Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi’nin grup olarak seçimlere katılmasına - diğer grupların aksine- izin verilmemiştir.

¹⁰⁷ *Tayfun Cengiz kararı*, AYM, 2013/8463, 18/9/2014, §30. Aynı şekilde bkz. *Ertan Rüstem kararı*, AYM, 2013/8517, 6/1/2015, § 31.

¹⁰⁸ Doktrinde bir görüş bütün kavramların otonom bir anlamı olduğunu savunmaktadır. Bkz. George Lestas, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 2, 2004, ss. 279-305.

¹⁰⁹ Christian Hillgruber/Christoph Goos, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Müller, 2011, s. 11 vd.

¹¹⁰ Almanya AYM’si önüne gelen anayasa şikâyetlerinde, bir örgütlenmenin medeni hukuk bakımından tam ehliyetli (*Vollrechtsfähigkeit*) olarak görülüp görülmemesine belirleyici bir önem atfetmemektedir. AYM’ye göre kısmi/bölümsel hak ehliyetine (*Teilrechtsfähigkeit*) sahip olmak da, anayasal açıdan “tüzel kişi” kavramının kapsamında sayılmak için yeterlidir. Bkz. Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti*, s. 221.

¹¹¹ *Acarkent Site Yönetimi kararı*, AYM, 2013/834, 18/9/2014.

¹¹² *Hasan Hüseyin Kırmızıtoprak kararı*, AYM, 2013/8178, 23/2/2015.

Bu olayda başvuru, Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi'nin, oda yönetiminde "yeminli mali müşavirlere" ayrıcalık tanınmasına karşı bir örgütlenme olduğunu, listelerinde yeminli mali müşavirlere yer vermeleri yönündeki dayatmanın, örgütlenmelerinin varlık nedenlerine aykırı olduğunu kanaatindedir. "Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi", olağan hukuk yollarında dava ehliyetine sahip olmadığı için bu süreçleri başvuru bizzat tüketmiştir. AYM önündeki vakada ise kendisinin ve hareketlerinin örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüş olmasına rağmen AYM, bu konuda bir değerlendirme yapmamış, derece mahkemesinin kararında "açık bir takdir hatası ve keyfilik bulunmadığı" için başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Oysa somut olayda başvuru, Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi'nin "örgütlenme" niteliğine ilişkin bir değerlendirme beklentisi içinde olmuştur. Derece mahkemeleri bu konuda bir değerlendirme yapmamıştır, zaten yapmaları da mümkün değildir. Çünkü muhasebeci hareketi, derece mahkemesi önünde taraf ehliyetine sahip değildir. Böyle bir değerlendirme ancak daha önce bir kararında "bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde, yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez" diyen AYM tarafından yapılabilirdi. Fakat somut olayda AYM, böyle bir değerlendirme yapmadığı gibi, davanın esasını etkileyecek bu nokta hakkında niye yapmadığını da gerekçelendirmemek suretiyle gerekçeli karar alma hakkına aykırı hareket etmiştir. AYM'nin bu ihmali, oda seçimlerinin serbest seçim hakkı kapsamında olmaması faktörü¹¹³ de eklendiğinde, Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi'nin aday listesindeki kişilerin mağduriyetlerinin incelenmemesi gibi bir sonuca neden olmuştur. Somut olayda AYM'nin "gayri resmi ancak sürekli ve belirli bir amaca yönelik kümelenmelerin de örgütlenme özgürlüğünün kapsamına girdiğini"¹¹⁴ tespit etmesi ve -olumlu veya olumsuz- ne yönde olursa olsun, bu temelde bir sonuca ulaşması gerekirdi.

B. Eğitim-Sen'in Uyarı Grevi Vakası

AYM'nin örgütlenme özgürlüğü konusundaki ilk ilke kararı kamu çalışanlarının grev hakkı ile ilgilidir. Bu vakaların konusu, sendikalarının grev kararına uyan ve bu nedenle işe gitmeyen kamu çalışanlarının, disiplin cezasına çaptırılmaları ile ilgilidir.

Aslında ilke kararından önce de grev hakkı kullanımına bağlı disiplin cezalarına karşı anayasa şikâyetleri¹¹⁵ yapılmıştır. Ancak bu şikâyetler, olağan hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur. Anılan şikâyetlerde, mazeretsiz greve gelmeyen sendikacı çalışanlar, haklarında verilen disiplin cezalarına karşı itirazlarda bulunmuş, fakat 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) hükümlerine riayet etmemişlerdir. İYUK md. 11 gereğince 60 gün içinde cevap verilmeyen itirazlar, zımnen reddedilmiş sayılmaktadır ve başvuru sahiplerinin zımnen red tarihinden itibaren 60 gün içerisinde

¹¹³ Bu, serbest seçim hakkı yönünden Anayasa'nın değil, İHAS'ın referans alınmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. *Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi kararı*, AYM, 2014/5425, 23/7/2014, par. 34 vd.

¹¹⁴ David Harris/Michael O'Boyle/Edward Bates, *Law of the ECHR*, Oxford: OUP, 2014, ss. 724 vd.

¹¹⁵ Örn. bkz. *Hüseyin Yiğitdoğan kararı*, AYM, 2014/4758, 24/11/2014; *Fatih Kolay kararı*, AYM, 2014/5941, 11/9/2014.

dava açmaları gerekmektedir. Fakat başvurucular, somut olayda bu süreyi kaçırdıkları için AYM, olağan hukuk yollarının usulüne uygun şekilde tüketilmediği kanaatine ulaşmıştır.¹¹⁶

Bu karar, İHAM içtihatları çerçevesinde anlaşılır olsa da, Anayasa'nın 40/2'nci maddesi yönünden sorgulanmaya muhtaçtır. Şöyle ki İYUK'un 11'nci maddesinin öngördüğü "zımnen red" kurumu 1982 tarihinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 40'inci maddesine 2001 yılında eklenen "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" şeklindeki cümle, eski haliyle Anayasa'ya uygun olan İYUK md. 11'in anayasaya uygunluğunu tartışmalı hale getirmiştir. AYM'nin bu noktayı göz önünde tutmaması, örgütlenme özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin de usuli nedenlerle kolaylıkla incelenmemesine neden olmuştur.¹¹⁷

Bu soruna not düştükten sonra, ihlal kararı verilen ilke kararına dönebiliriz. İlke kararında anayasa şikâyetine konu olay, toplanma özgürlüğüne ilişkin ilk ihlal kararında da gündeme gelen 4+4+4 Yasası ile ilgilidir. Bilindiği gibi Eğitim-Sen, o vakada, Yasa'yı protesto etmek için Ankara'da protesto gösterisi kararı almıştı. Bu vaka ise yine aynı süreçte alınan "Uyarı Grevi" kararı ile ilgilidir. Başvurucu, üyesi olduğu sendikanın tüm Türkiye'de yaptığı göreve gelmeme çağrısına katılarak göreve gelmemiş fakat mazeretsiz olarak göreve gelmediği gerekçesiyle uyarı cezasına çarptırılmıştır. Bu ceza anayasa şikâyetine konu olduğunda AYM, bazı kayıtlar hariç olmak üzere "memurların bu haktan bütünüyle mahrum bırakılmayacağı"¹¹⁸, "verilen ceza hafif olsa da, başvurucu gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahip olduğu"¹¹⁹ ve "hafif bir ceza da olsa şikâyet edilen uyarma cezasının toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül etmediği"¹²⁰ gerekçeleriyle ihlal kararı vermiştir.

AYM'nin ulaştığı sonuç, Türkiye'deki ulusal makamlar yönünden bir ilk olmasa da, önem arz etmektedir. İlk değildir, çünkü geçmişte hem Danıştay¹²¹, hem de Yargıtay¹²² bu yönde kararlar vermiştir. Önemlidir, çünkü bu konudaki gelgitlere karşı anayasal bir netlik kazandırılmıştır. Zira AYM'nin de ifade ettiği gibi "idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri bulunmamaktadır."¹²³ AYM, her ne kadar daha birkaç ay önce¹²⁴ çalışanların "bu haktan bütünüyle mahrum bırakılmasına" bizzat izin

¹¹⁶ Hüseyin Yiğitdoğan kararı, §§ 8 ve 27.

¹¹⁷ Almanya'da Anayasa'ya uygun olan bir hükmün, zaman içinde Anayasa'ya aykırı gelmesi karşısında AYM, hükmü iptal etmeden anayasaya aykırılık beyanında (*Unvereinbarkeitserklärung*) bulunabildiği gibi, yasama organının güncelleme yapmasına kadar hükme uygulanma engeli (*Anwendungssperre*) de konulabilir. Bkz. Senja Kreuzberger, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a.M. et al.: Peter Lang, 2007, ss. 103 vd.

¹¹⁸ *Tayfun Cengiz kararı*, AYM, 2013/8463, 18/9/2014, § 61.

¹¹⁹ *Ibid.*, § 62.

¹²⁰ *Ibid.*, § 63.

¹²¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2009/1063, K. 2013/1998, T. 22/05/2013.

¹²² Bkz. Mesut Gülmez, "Toplu Eylem Hakkına Dahil Protesto Eylemi, Yasa Dışı Grev Değildir: Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Karar Eleştirisi", *Çalışma ve Toplum*, S. 43/4, 2014, ss. 223-255.

¹²³ *Tayfun Cengiz kararı*, § 59.

¹²⁴ AYM, E. 2013/24, K. 2013/133, T. 14.11.2013

vermiş ve bu bakımdan grev konusunda yeknesak hareket etmemiş olsa da¹²⁵, böyle bir karar vererek, somut norm denetimi yaparken takındığı tavırdan vazgeçmiş görünmektedir. Kararın, emek örgütleri ve çalışanlarında yarattığı yankıya bakıldığında; AYM kararının, grev hakkı için mücadele eden kamu çalışanlarınca olumlu karşılandığını söylenebilir. Bu durum, AYM'nin nispeten daralan meşruluğunu pekiştirici bir öge olarak kayda değerdir.¹²⁶

AYM kararı, olumlu olsa da, sorunsuz değildir. AYM, diğer ilke kararlarında olduğu gibi bu ilke kararında da İHAM kararlarından alıntılar yapmıştır. Bu alıntılar önemlidir, ancak AYM'nin alıntılacağı ilkeleri somut olaya uyarlamak konusunda etkili hareket edemediği gözlemlenmektedir. Bu sorun, AYM'nin Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki kriterler çerçevesinde yapacağı denetim tekniğini yeterince netleştirememesinden kaynaklanmaktadır.

AYM bu kararda esastan yaptığı incelemede, tıpkı İHAM gibi, başvurunun bir hakkına yönelik müdahalenin mevcut olup olmadığını değerlendirdikten sonra, kanunilik, sebebe bağlılık, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük incelemesine girişmiştir. Geçmişteki kararlarında net bir inceleme tekniği olmayan AYM'nin İHAM'ın inceleme tekniğine benzer bir denetime girişmesi yerinde olsa da¹²⁷, bu teknik eksik uygulanmaktadır.

1. Kanunilik Yönünden Sorunlar

Başvurucunun sendikal faaliyet kapsamında ülke çapında yapılan bir eyleme katılması nedeniyle cezalandırılmasını başvurunun sendika hakkına yönelik bir müdahale olarak gören AYM, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) "*Devlet memurlarının kamu hizmetlerini aksatacak şekilde memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelip de Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketlerde bulunmaları yasaktır*" şeklindeki 26/2'nci maddesi ile aynı kanunun "*Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek*" eylemine disiplin cezası öngören 125'inci maddesi olarak görmüş ve özel bir gerekçe göstermeksizin bu maddelerin "kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna ulaşmıştır.

Oysa AYM, kanunilik konusundaki önceki içtihadında, temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin dayanağının hem "şekli anlamda bir kanuna" yani TBMM tarafından çıkarılmış kanun isminde bir düzenlemeye dayanması¹²⁸, hem de "maddi anlamda kanuna", yani bu nitelikleri haiz düzenlemenin kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku

¹²⁵ Değerlendirme için bkz. Mesut Gülmez, "Sermaye Piyasasına 'Anayasal' Grev Yasağı Güvencesi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2014, C. 3, S. 6, 2014, ss198-219.

¹²⁶ Anayasa şikayatinin meşrulaştırıcı etkisi konusunda bkz. Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, ss. 82 vd.

¹²⁷ İnceleme tekniği eksikliği Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) için de söz konusuydu. Ancak Adalet Divanı'nın da bir süredir İHAM'dan etkilendiği görülmektedir. Bu bağlamda dikkate değer nokta ATAD'ın da söz konusu inceleme tekniğini uygulamada hatalara düşüyor olmasıdır. Karş. Jürgen Kühling, "Fundamental Freedoms", in Armin vom Bogdandy/Jürgen Bast (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford/Müncen: Hart Publishing/Verlag CH Beck, 2010, ss. 501. vd.

¹²⁸ Başörtülü olarak Avukatlık yapılması ile ilgili bu karar için bkz. *Tuğba Arslan kararı*, AYM, 2014/256, 25/6/2014, §§ 84-88.

bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelik taşıması¹²⁹ gerektiğini ifade etmiştir. Bunun dışında AYM, kanunilik konusundaki önceki bir başka içtihadında¹³⁰ ise Anayasa'nın 90'uncu maddesini de kanunilik değerlendirmesinin parçası kılmıştır. Söz konusu içtihadında AYM uluslararası sözleşmelerin, ilgili organların kararları çerçevesinde anlamı ortaya koyulan hükümleri ile iç hukuk düzenlemelerinin “aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varmış (...)” ve müdahalenin dayanağı olarak iç hukuk düzenlemesine dayanılmasının kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır.¹³¹

AYM'nin bu iki içtihadına bakıldığında, kanunilik incelemesinde şekli anlamda kanunilik, maddi anlamda kanunilik ve uluslararası hukuk yönünden kanunilik incelemesi yapılacağı sonucuna ulaşılabilirdi. Ancak somut olayda AYM, DMK'nin ilgili hükümleri yönünden sadece şekli anlamda kanunilik incelemesi yapmış görünmektedir. Oysa özellikle DMK'nin 26'ncı maddesinin, AY md. 90 çerçevesinde bir testten geçer not olması pek kolay görülmemektedir. Zira ilgili madde, hem İHAS hem de diğer sosyal hak sözleşmeleri ile çelişir görünmektedir. AYM'nin söz konusu kararda bir yandan “idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri bulunmadığını”¹³² söyleyip, diğer yandan kanunilik incelemesinden kaçınması anlaşılır değildir. Buna ek olarak, “sendikal eylemin tümüyle yasaklanması veya gerçekleştirilmesinin ağır koşullara bağlamasının”¹³³ yasama organının takdirine bırakılması da anlaşılabilirliği daha da derinleştirmektedir. Bu kararda AYM'nin tıpkı “kadının soyadı” kararında olduğu gibi, müdahalenin kanuniliğine odaklanması yerinde olurdu. AYM, bunu yapmayarak, “memurların grev yasağı tartışmasını” gerektiği gibi sonuçlandıramamıştır.

2. Sebebe Bağlılık Yönünden Sorunlar

Söz konusu kararda dikkat çekici bir diğer nokta ise AYM'nin müdahalenin meşru amacı konusunda da çelişkili bir tavır içinde olmasıdır. Türkiye öğretisinde “sebebe bağlılık”¹³⁴ olarak ifade edilen, İHAM uygulamasında ise “meşru amaç” olarak kavramlaştırılan bu başlık, esas olarak Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki “Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” sınırlandırılması hükmünün tezahürüdür. Türkiye hukukunda 2001 yılından beri genel bir sınırlandırma nedeni¹³⁵ olmadığı için, her bir müdahale için

¹²⁹ *Ibid.*, §§ 89-91.

¹³⁰ Kadının evlenmeden önceki soyadıyla ilgili bu karar için bkz. *Sevim Akat Eşki kararı*, AYM, 2013/2187, 19/12/2013.

¹³¹ *Ibid.*, § 47.

¹³² *Tayfun Cengiz kararı*, § 59.

¹³³ *Ibid.*, § 60.

¹³⁴ İncoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, *op. cit.*, ss. 27 vd.

¹³⁵ Avrupa Temel Haklar Şartı az sayıda sebebe yer vermekle birlikte genel bir sınırlama sistemi öngörmektedir. Bu konuda karşılaştırmalar için bkz. Christoph Grabenwarter/Thilo Marauhn, “Grundrechtseingriff und –schränken” in Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, ss. 146 vd.

ilgili maddede zikredilen sınırlandırma nedenlerinden birinin mevcut olup olmadığı incelenmesi gerekecektir.¹³⁶

Somut olayda AYM, başvurusunun müdahaleye uğrayan hakkının Anayasa'nın 51'inci maddesindeki sendika kurma hakkı ile ilgili olduğunu tespit etmiştir. Bu maddeye bakıldığında, söz konusu hakkın millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle sınırlandırılabilmesi söylenmektedir. Bu durumda AYM'nin öncelikle davacının hakkına yönelik müdahalenin bu sebeplerden hangisi amaçlanarak gerçekleştiğini tespit etmesi gerekirdi. Fakat AYM, bunu yapmak yerine, hem ilgili maddede belirtilen tüm sınırlama sebeplerinin somut olayda meşru bir amaç olabileceğini ifade etmek suretiyle müdahale nedenini spesifikleştirmemiş, hem de böyle bir tespitin gereksiz olduğunu ifade etmiştir:

“Başvurucunun mazeretsiz işe gelmemesi nedeniyle verilen disiplin cezasının Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçları hedeflediği kabul edilse bile müdahalenin gerekliliği konusunda yapılması gereken değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda müdahalenin meşruluğu sorununun çözmenin gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.”¹³⁷

AYM, bu noktada da neden bu incelemeden imtina ettiğinin gerekçelendirmemiştir. Bu inceleme eksikliği dört yönden sorunludur.

Birincisi: Eğer bir temel hakka yönelik müdahalenin, hakkın güvencelendiği maddede öngörülen sınırlama nedenlerinden birine girip girmediği incelenmeyecek ise, Anayasa'da her bir maddede farklı sınırlama nedenlerine yer verilmiş olmasının bir anlamı kalmayacaktır. AYM'nin bu tavrı, doktrinde öteden beri sürdürülen katmerli/kademeli sınırlandırma sistemi tartışmasını anlamsız hale getirdiği gibi, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğinin de içeriğini boşaltmaktadır.

İkincisi: AYM, temel hakka yönelik müdahalenin meşru amacını tespit etmemek suretiyle, müdahalenin görünen meşru amacının arkasında başka bir gizli amacın olup olmadığını da inceleyememektedir. Şöyle ki kimi hallerde kamu gücü müdahalesinin meşru amacı şeklen Anayasa'nın ilgili maddesindeki sınırlandırma nedenlerinden birine girecek olsa da, somut olaya uygun olmayabilmektedir. Mesela soyut olarak, grev hakkına “millî güvenliği korumak” gibi bir sınırlandırma nedenine dayanarak müdahale edilebilir. Fakat somut olayda, Bakanlar Kurulu, millî güvenlikle hiçbir ilgili olmayan bir sektörde gerçekleşen bir grevi ertelerse AYM'nin biçimsel bir incelemenin ötesine geçerek, müdahalenin yöneldiği amacın gerçek olup olmadığını incelemesi gerekir.

Üçüncüsü: AYM, sebebe bağlılık değerlendirmesinden kaçınmakla Anayasa'yı yorumlama ve eğitici etki yaratma işlevini de zayıflatmaktadır. Kamu

¹³⁶ AYM, Özkan Şen kararında zımni sınırlama (*inherent/implied limitation*) doktrinini uygulamıştır. Bkz. Özkan Şen kararı, AYM, 2012/791, 07/11/2013, 58. AYM, E.2010/83, K.2012/169, K.T. 1/11/2012. Doktrin konusunda bkz. John G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, NY: Manchester University Press, 1993, ss. 84 vd. Türkçe'de bkz. Sağlam, *op.cit.*, ss. 32 vd. Ayrıca bkz. Tijen Dündar-Sezer, “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.3, S. 5, 2014.

¹³⁷ *Tayfun Cengiz kararı*, § 45.

organlarının müdahalelerinde her bir maddede belirtilen sınırlandırma nedenlerinden birine dayanmasının gerekliliği ve bunun anlamı ilgili davada açıklanmamıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 13'ncü maddesindeki "Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak" sınırlandırma yapılacağı hükmünün anlamı halen belirsiz kalmaktadır.

Dördüncüsü: Kanunilik ve nedensellik incelemelerinden sonra gündeme gelen bir diğer denetim de demokratik toplum düzeninde gereklilik incelemesidir. Bu kapsamda yapılan incelemede müdahalenin ölçülü olup olmadığı incelenir. İşte bir müdahalenin ölçülü olup olmadığının belirlenebilmesi için müdahalenin amacının tespit edilmesi zorunluluktur. Bu dört adımdan oluşan ölçülülük incelemesinin ilk adımıdır.¹³⁸ Ölçülülük değerlendirmesi, belli bir amacı gerçekleştirmek için yapılan kamu gücü müdahalesinde kullanılan aracın gerekliliği, elverişliliği ve orantılılığının (dar anlamda ölçülülüğünün) değerlendirilmesidir. AYM'nin meşru amaç belirlemesi yapmadığı hallerde müdahalenin hangi amaca göre ölçülü olduğu belirlenemeyecektir. Bir müdahale genel sağlığın korunması için ölçülü olabileceken, genel ahlakın korunması için ölçsüz olabilir. Bunun her somut olayda değerlendirilmesi gerekir.

Olayda başvurucuya yapılan müdahalenin hangi amaç için verildiği tespit edilmeden ölçülülük değerlendirmesi yapılmaya çalışılmıştır. Fakat gerçek anlamda bir ölçülülük değerlendirmesi yapılamamıştır.

Aslında "meşru amaç" tespit edilmeden ölçülülük değerlendirmesi yapılamayacağı için bu durum doğaldır.¹³⁹ Gerçi AYM'nin meşru amacı re'sen değerlendirmesi zor olabilir. Böylesi sorunlar İHAM yargılamasında da gündeme gelebilmektedir. İHAM bazı kararlarında meşru amacın varlığı konusunda şüpheleri olduğunu söylüyor ama ölçülülük denetimine geçebilmek için devletin öne sürdüğü meşru amaçlardan birinin var olduğunu farz edebilmektedir. AYM'nin de zorlandığı hallerde bu tür bir tespit yapılabilmesi için tıpkı İHAM önündeki yargılamada olduğu gibi çelişmeli bir yargılamanın yapılması yerinde olacaktır. Adalet Bakanı'nın veya ilgili Bakanlığın görüş bildirme yetkisi bu tür bir yargılamaya uygun¹⁴⁰ olsa da, uygulamada bu yetkinin içinin boşaldığı görülmektedir.

C. Bem-Bir-Sen'in Toplu Sözleşme Vakası

¹³⁸ Klatt/Meister, op. cit., s.8. Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 65, Issue 1, 2006, s 178. Meşru amaç ile bağlantılı bir kavrama için bkz. Sağlam, op. cit., s. 127. Bunlar, meşru amaç, elverişlilik, gereklilik, dar anlamda ölçülülük adımlarıdır.

¹³⁹ AYM'nin ölçülülük değerlendirmesi sırasında "hakkın özü" kavramına da değindiği görülmektedir. Bkz. *Ertan Rüstem kararı*, par. 62. AYM, "hakkın özü güvencesini",¹ kişisel hakka yönelik müdahalenin ölçülülüğü değerlendirmesinde kullanmakla, bu güvenceyi objektif (herkes için anlamını yitirme kriteri) olarak değil, sübjektif (bireyin hakkına müdahale güvencesi) olarak alıyor görülmektedir. Öte yandan sınırları belli bir öz tanımı yapmamış olması da AYM'nin, sübjektif yaklaşım içindeki "mutlakçı görüşten" (yani hakkın dokunulmaz çekirdeği bulunduğu görüşten) ziyade, "görececi görüşe" (değişmez bir özün bulunmadığı, bu özün her somut olayda değerlendirileceğini savunan görüşe) yöneldiğini göstermektedir. Bu konuda bkz. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: OUP, 2002, ss. 192 vd. İHAM da hakkın özü güvencesini bu şekilde kullanmaktadır.

¹⁴⁰ Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, ss. 578 vd.

AYM'nin örgütlenme özgürlüğü ile ilgili esastan verdiği kararlardan ikincisi de kamu çalışanları ile ilgilidir.¹⁴¹ Karar, hem kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkı, hem de sendikal özgürlüklerin negatif yanıyla ilgilidir. Anayasa şikâyetine konu olayın özünde Fatih Belediyesi ile Bem-Bir-Sen arasında yapılan bir toplu sözleşme yer almaktadır. Bu toplu sözleşme gereğince, sendika üyesi kişilere “sosyal denge yardımı” adı altında bir ücret ödenmektedir. Başvurucunun yakındığı nokta, Bem-Bir-Sen üyesi olmadığı için kendisine “sosyal denge yardımı” ödenmemesidir. (Toplu sözleşme, sendikaya üye olmayanların üye aidatının iki katı ücret ödemeleri durumunda bu yardımdan yararlanmalarını öngörmektedir.)

İdari yargı organları, başvurucunun davasını, kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkı olmadığı gerekçesiyle reddetmiş, başvuru da idari yargıda adil yargılanma hakkının, Bem-Bir-Sen üyesi olmadığı için sosyal yardımdan yararlanamaması yoluyla sendikaya üye olma özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM, bu kararda adil yargılanma hakkı kapsamında yaptığı incelemede çok önemli bir adım atmıştır. AYM, somut olayda Belediye ve sendika arasında toplu sözleşme yapıldığını görmezlikten gelen ve böyle bir sözleşmenin hukuksuz olduğunu ima eden derece mahkemesinin Anayasa'nın 90'ıncı maddesini göz ardı etmesine odaklanmıştır. AYM'ye göre;

“Uluslararası sözleşmeler ve AİHM kararları dikkate alındığında, kamu görevlileri tarafından kurulan sendikalara, üyelerinin çıkarlarını korumak amacıyla toplu görüşme ve toplu sözleşme yapma hakkı verildiği, somut olayda da Sendika ile Belediye arasında "Sosyal Yardım Sözleşmesi" yapıldığı halde, Mahkemeye bu hususlar değerlendirilmemiş, anılan sözleşme ve bu sözleşmenin geçerliliği tartışılmamış, sözleşmedeki hükümlere değinilmemiş, başvurucunun iddiaları ve davalı Belediyenin savunmaları tartışılmamış, sadece Anayasa ve ilgili kanunlar göz önünde bulundurularak davanın reddine karar verilmiştir. Adil yargılanma hakkı açısından, başvurucunun sunduğu tüm deliller, Belediye tarafından yapılan savunma ve "Sosyal Yardım Değerlendirme Yönergesi", Sendika ile Belediye arasındaki sözleşme hükümleri, Belediye tarafından başvurucuya ödeme yapılmamasının temel gerekçesi tartışılarak, Sendika ile Belediye arasında sosyal yardım sözleşmeleri yapılabileceği de kabul edilmek suretiyle, tüm deliller değerlendirilerek karar verilmesi gerekir.”¹⁴²

Bu içtihatla beraber Türkiye hukukunda kamu çalışanlarının¹⁴³ toplu sözleşme hakkı Anayasa Mahkemesi kararıyla da tespit edilmiştir. Gerçi söz konusu karar, yasama organına ve devlete, tüm kamu çalışanları ile toplu sözleşme yapma yükümlülüğü getirmemektedir. Buna rağmen, kamu gücü ile sendikalar arasında toplu sözleşme yapılır ise bu sözleşmenin hukuksal bir temelini olacağı tespit edilmiştir.¹⁴⁴ Dolayısıyla kamu çalışanları ile toplu sözleşme yapılmaması Anayasa'yı ihlal etmeyecek olsa da, eğer bir toplu sözleşme yapılmış ise yargı organlarının bunun hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmesi ve

¹⁴¹ Adalet Mehtap Buluryer kararı, AYM, 2013/5447, 16/10/2014.

¹⁴² *Ibid.*, par. 54.

¹⁴³

¹⁴⁴ *Ibid.*, par. 101.

bu süreçlerde Anayasal hakları gözetmesi gerekecektir. Kararın bu noktası nispeten olumludur.

Kararda değerlendirmeye konu edilen ikinci nokta ise başvuruçunun toplu sözleşme hükmünden yararlanması için toplu sözleşmenin tarafı olan sendikaya üyeliğinin zorunlu olup olmayacağı veya ilgili yardımdan yararlanması için sendikaya aidat ücretinin iki katının ödenmesi şartının sendikaya üye olma özgürlüğünü ihlal edip etmediğidir.

Üyelerin çoğunluğuna göre söz konusu müdahalede, “yasallık” ve “meşru amaç” yönünden bir sorun yoktur. “Örgütlenmeye ve sendika üyeliğine teşvik” şeklinde meşru bir amaç taşıyan bu müdahale, “normal aidat ücretinin iki katı aidat ücreti ödenmesi” şeklinde bir araçla gerçekleştirilmek istenmektedir ve bu yönden ölçülüdür.¹⁴⁵

Çoğunluk görüşüne katılmayan Engin Yıldırım’a göre ise toplu sözleşmede sosyal yardım yapılması, memurun belli bir sendikaya üye olması veya üye olmaması halinde sendikaya üyelik aidatı ödemesi ve bu aidatın da üye olanların ödediğinden yüksek olması şartına bağlanması meşru amaç taşımamaktadır. Zira E. Yıldırım’a göre bu şartlar, kişileri söz konusu ödemeden yararlanabilmek için istemediği bir sendikaya üye olmaya zorlamaktadır.¹⁴⁶

Engin Yıldırım’ın meseleye baktığı yer, doğru; fakat gerekçelendirme biçimi tartışmaya açıktır. Şöyle ki sendika üyesi olmayan kişilerin, sendikanın imzaladığı toplu sözleşme hükümlerinden yararlanması için ücret ödemesi şartı, sosyal insan hakları hukukunda, “sendika güvenliği klozu” (*union security clause*) olarak ifade edilen bir kurumun içinde görülür. Sendika güvenliği klozları, olumlu bir olanağın oluşmasına hiç katkı sunmayan kişilerin, bu olanaktan yararlanıp yararlanamayacakları sorunu (Türkçe’de buna tereffüçü olma sorunu denilebilir. İng: *free rider problem* / Alm: *Trittbrettfahrerproblem*)¹⁴⁷ ile yakından ilgilidir.

Kaydedilmelidir ki uluslararası çalışma örgütü (ILO), sosyal güvenlik klozlarını açıkça desteklemediği gibi, bunları açıkça reddetmemiştir de. Komite, kendisine yapılan çeşitli şikâyetler üzerine hazırladığı raporlarda¹⁴⁸, ILO’nun (98 no.lu) Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi’nin hazırlık tartışmalarına¹⁴⁹ da atıf yaparak bu konuyu, ILO’nun örgütlenme konusundaki ilke ve standartlarına uygun olmak şartıyla, devletlerin kendi uygulamalarına bırakmıştır.

Hal böyleyken takdir yetkisi kullanmaya sahip bir organ olarak AYM, bu konuda özgün bir anayasal değerlendirme geliştirebilir. Engin Yıldırım’ın dayanışma aidatının meşru bir amaç taşımadığı şeklindeki yorumu da bu tür bir

¹⁴⁵ *Ibid.*, par. 101-110.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Engin Yıldırım’ın karşıoy gerekçesi.

¹⁴⁷ Elinor Ostrom, *Die Verfassung der Allmende: jenseits von Staat und Markt*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, ss. 7 vd.

¹⁴⁸ 281st Report of the Committee, Case No. 1579 (Peru), par. 64; 284th Report, Case No. 1611 (Bolivarian Republic of Venezuela), par. 337-339; 358st Interim Report of the Committee, Case No 2739 (Brazil), par. 316-318.

¹⁴⁹ Türkçe literatürde bkz. Mesut Gülmez, *Sendikal Hakların Ulusalüstü Kuralları, Oluşumu ve Uygulanması, 1919-2014* (100. Kuruluş Yıldönümü Eşiğinde UÇÖ / ILO Kuralları), Hatipoğlu Yayını, Ankara, Ağustos 2014.

özgün yorumdur. AYM üyelerinin, bu tür bir yorum yetkisine söylenecek bir söz olmaz. Ancak şu nokta göz ardı edilmemelidir: Eğer dayanışma aidatları, meşru bir amaç taşıyor ise bu durumda bu aidatların anayasallığı da tartışmalı hale gelecektir. Engin Yıldırım'ın böyle bir niyet taşıyıp taşımadığından emin değiliz. Eğer, sayın üye dayanışma aidatının değil, bu aidat miktarının sendikaya üye olmama hakkını ihlal ettiğini düşünüyor ise bu durumda söz konusu sorunu “meşru amaç” yönünden değil, ölçülülük yönünden tespit etmeliydi.

Kanaatimce Türkiye'nin durumu dikkate alındığında dayanışma aidatı ve benzeri sendikal güvenlik klozları, çoğunluk üyelerinin de ifade ettiği gibi “örgütlenmeye” ve “sendika üyeliğine teşvik” gibi meşru amaçlar taşımaktadır. Bu amaçlar md. 51/2 ile de uyumludur.

Fakat dayanışma aidatının, sendika üyelerinden iki kat fazla olması, sendikaya üye olma özgürlüğüne ilişkin ölçülülük ve hakkın özüne dokunulmazlık yönünden sorun yaratabilir. Yani nüanslı bir gerekçeyle denebilir ki; dayanışma aidatı, Anayasa'ya uygundur, fakat bu aidatın kişileri istemedikleri bir sendikaya üye olmaya zorlayacak kadar yüksek olması, sendikaya üye olmama özgürlüğünü ihlal edebilir.¹⁵⁰

D. Hava-İş'in THY Grevi Vakası

AYM'nin örgütlenme özgürlüğü ile ilgili önem arz eden diğer kararı da Türk Hava Yolları (THY) grevi ile ilgili bir vakadan kaynaklanmaktadır. Başvuruya konu olan olayda başvurusunun üyesi olduğu Hava-İş Sendikası ile THY arasında toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sürmektedir. Aynı süreçte hava iş kolunda grev yasağı öngören kanun değişikliği teklifi, TBMM'de görüşülmektedir. Bu görüşmelerden dolayı Hava-İş, üyelerine 29/5/2012 tarihinde 3:00 ilâ 24:00 saatleri arasında çalışma yapmamaları çağrısında bulunmuştur. Bunun üzerine bazı çalışanlar iş başı yapmamış, bazıları buna ek olarak havalimanındaki basın açıklamasına katılmıştır. Başvurucu ise iş bırakmanın gerçekleştiği gün için sağlık raporuna sahiptir ve o gün çalışmamıştır.¹⁵¹

Olay gününden bir süre sonra THY, başvuru da dâhil olmak üzere 305 işçinin iş akdini feshetmiştir. Fesih işlemlerine karşı açılan işe iade davalarından Yargıtay'ın 10'ncu dairesine düşen raporlu işçilerin işe iadesine, Yargıtay'ın 20'nci dairesine düşen işçilerin işe iade taleplerinin “*sendikanın, üyelerinin cep telefonlarına gönderdiği mesaj sonrası ikiyüzyetmişdokuz işçinin aynı gün rapor alması dikkate alındığında, bu raporların hastalık sebebiyle değil, eyleme iştirak amacıyla alındığı sonucuna ulaşılmaması*” ve “*iş bırakmanın mesleki bir amaca hizmet etmekten çok siyasi amaçlı grev niteliği taşıdığı ve iş bırakmaya kıyasla daha hafif diğer protesto biçimlerini tercih etmemeleri nedeniyle orantısız nitelik arz ettiği*” gerekçeleriyle reddedilmesine karar verilmiştir.¹⁵²

Başvurucu, esas olarak üç ihlal iddiasında bulunmuştur. Başvurucuya göre Yargıtay'ın farklı dairelerinin aynı konuda, özel bir gerekçe gösterilmeksizin farklı

¹⁵⁰ Aynı yönde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi İsviçre temsilci Richard Müller'in görüşü, Thirty-Fifth Ordinary Session (Third Part) 30 January-2 February 1984, Official Report of Debates, Vol. III., Strasbourg, 1984, s. 965.

¹⁵¹ *Türkan Bal kararı*, AYM, 2013/6932, 6/1/2015, §§ 7-11.

¹⁵² *Ibid.*, §§ 12-15.

sonuçlara ulaşmasının eşitlik (AY, md. 10) ve adil yargılanma (AY, md. 36) hakkını ihlal etmektedir. Sendikal nedenlerle işten çıkartılması, sendika hakkını (AY, md. 54) ihlal etmektedir. İş akdinin, işyerinde yürürlükte olan toplu sözleşme hükümlerine uyulmadan feshedilmesi çalışma (AY md. 49) ve toplu sözleşme (AY., md. 53) hakkını ihlal etmektedir.¹⁵³

AYM ise bu talepleri kendi nitelendirerek, uyuşmazlığın iki noktada toplandığını varsaymıştır. AYM'ye göre başvurunun yakındığı birinci nokta Yargıtay'ın aynı konuda çelişkili karar verdiği iddiasıdır ve bu konu adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmelidir, ikinci nokta ise başvurunun iş bırakma eylemine katıldığı gerekçesiyle iş akdinin feshine ilişkin iddiasıdır ve bu konu, grev hakkı kapsamında incelenmelidir.¹⁵⁴

AYM, adil yargılanma hakkı yönünden özel bir gerekçelendirmeden yoksun çelişkili kararların hukuki belirliliği ortadan kaldırdığı düşüncesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. AYM'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili değerlendirmelerinde de sorunlar olmakla birlikte, bu değerlendirme örgütlenme hakkıyla sınırlı olduğu için bu sorunların üzerinde durulmayacaktır.¹⁵⁵

AYM, grev hakkı yönünden ise başvurunun tüm olağan yargılamada ve AYM önünde “*eyleme katılma amacıyla değil, hastalığı nedeniyle rapor aldığını*” savına dayanması karşısında, grev hakkının ihlali iddiasının kanıtlanamadığı düşüncesiyle “açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiştir.”¹⁵⁶

Bu kararda dikkat çeken ilk nokta; AYM'nin nitelendirme yetkisini başvurunun aleyhine sonuç doğuracak şekilde kullanmış olmasıdır. Somut olayda başvurunun özel olarak grev hakkının ihlali ve toplu sözleşme hakkının ihlali şeklinde tezahür eden iki talebi de örgütlenme hakkı bağlamında incelenebilir niteliktedir. Fakat AYM, başvurunun İHAS'ın 11'inci maddesi kapsamındaki taleplerini grev hakkı başlığında eritmiştir. Başvurucu, yargılama sürecinin hiçbir aşamasında greve katılma istencinde bulunmadığı (veya bunu ileri sürdüğü) için, AYM, esastan incelemenin ön koşulu olan¹⁵⁷ müdahalenin temel hakkın koruma alanına (*Schutzbereich*) etki etmediği sonucuna ulaşmıştır. AYM'nin ulaştığı bu sonuç “grev hakkı” yönünden doğrudur. Ancak somut olayda başvurunun iddiasının özü, sadece grev hakkıyla sınırlandırılmaz. Çünkü başvurunun İHAS md. 11 kapsamında görülebilecek iki iddiası bulunmaktadır:

Birincisi; Hava-İş üyesi olduğu için işten çıkartılmıştır.

İkincisi; THY, Hava-İş ile yapmış olduğu toplu sözleşme hükümlerini tanımamaktadır.

¹⁵³ *Ibid.*, §§ 28-30.

¹⁵⁴ *Ibid.*, §§ 33-34.

¹⁵⁵ Yargıtay'ın gerekçelerinde, 2010 yılında siyasi grev yasağının Anayasa'dan çıkartılmamış gibi bir kabul hareket etmiş olmasına ilişkin bir anayasal değerlendirme yapılabilirdi. AYM, yayımlanmamış bir kararında grevin mutlaka ekonomik nedenlerle olmak zorunda olmadığını dayanışma grevi şeklinde de olabileceğini ima ettiği gözlemlenmektedir. Bu içtihatı not, olumludur. Bkz. Ertan Rüstem kararı, AYM, 2013/8517, 6/1/2015, § 59.

¹⁵⁶ *Ibid.*, §§ 41-43.

¹⁵⁷ Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, München: C.H. Beck, 2010, s. 81.

Başvurucu, anayasa şikâyet dilekçesinde bu noktaları gerektiği gibi formüle etmemiş olabilir. Fakat *iura novit curia* ilkesi tam da böyle zamanlarda devreye girmektedir.

Birinci iddia yönünden AYM, başvuruçunun sendikal nedenlerle işten çıkartılıp çıkartılmadığına odaklanmalı ve bu bağlamda peşine düşmesi gereken soru şu olmalıydı: Olay günü sağlık raporu alarak işe gelmemiş olan başvuruçucu Hava-İş üyesi olmasaydı yine de işten çıkartılır mıydı? Bu sorunun peşine düşüldüğünde, somut olayda sendikal nedenlerle ayrımcılık yapıp yapılmadığına esastan bir yanıtı ulaşılabildi. Hatta bu bakımdan Avrupa Birliği hukukunda “dolaylı ayrımcılık” biçimlerinin ortaya çıkartılmasında kullanılan tekniklere de başvurulabilirdi. Yani bu yönden bir inceleme gerekliydi. Hangi sonuca ulaşırsa ulaşılsın, böyle bir incelemenin gerekliliği dahi, bu bağlamda ileri sürülen başvuruçucu iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve iddiaların örgütlenme hakkı yönünden de incelenmeye değer olduğunu göstermektedir.

İkinci iddia yönünden ise somut olayda THY ile Hava-İş arasında yapılan toplu sözleşme hükmündeki “*İşten çıkarma cezası Disiplin Kurulu kararıyla verilir*” hükmünün yok sayılması grev hakkıyla bağlantısız görülmüştür. AYM’nin bu tespiti doğrudur, başvuruçunun bu hüküm yok sayılarak işten çıkartılması grev hakkı ile ilgisizdir. Ne var ki toplu sözleşme hükmünün ve konuyla ilgili tutarsız Yargıtay kararlarının yok sayılması, örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olan ve Anayasa’da açıkça düzenlenmiş olan toplu sözleşme hakkının ihlali olasılığını gündeme getirmektedir. AYM bu konuyu, örgütlenme hakkı yönünden de, adil yargılanma hakkı yönünden de görmezlikten gelmiştir. Kurul kararı olmadan iş akdi feshinin mümkün olup olmadığı konusunda öğretideki tartışma ve Yargıtay kararlarındaki belirsizlik karşısında AYM’nin anayasal bir ilke ortaya koyması yerinde olurdu.¹⁵⁸

E. Kristal-İş’in Şişecam Grevi Vakası

Son olarak AYM’nin verdiği kararlar dışında, özel bir değerlendirmeyi hak eden bir diğer karar da AYM’nin “sonuçlandıramadığı” bir anayasa şikâyeti ile ilgilidir.

Somut olayda Kristal-İş Sendikası ile Cam İşverenleri Sendikası arasında süren toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında Kristal-İş grev kararı almış ve 5 bin 800 cam işçisi 28/5/2014 tarihinde greve çıkmıştır. Grevin devam ettiği günlerde Bakanlar Kurulu’nun 27/06/2014 tarihli ve 2903 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan kararında bu grevin “*genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte görüldüğünden 60 gün süreyle ertelenmesi; 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Kanununun 63 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 25/06/2014 tarihinde kararlaştırıldığı*” ifade edilmiştir.

Uyuşmazlığın tarafı olan Kristal-İş, B.K. kararının iptali için Danıştay’a yürütmeyi durdurma talepli olarak dava açmış ve bu yürütmeyi durdurma talebi

¹⁵⁸ Yargıtay kararlarının tutarsızlığı ve doktrin görüşleri konusunda bkz. Murat Şen, "İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi Hükmüyle Sınırlandırılması", *AÜEHFD*, C. VII, S. 1-2, 2003, ss. 541-562.

reddedilince, konunun acil olarak görüşülmesi istemli ve geçici tedbir talepli olarak anayasa şikâyetinde bulunmuştur.¹⁵⁹

Bu şikâyeti özgün kılan nokta, AYM'nin kararını acilen vermesi gerekliliğidir. Şöyle ki B.K., grevi 60 gün süreyle (24/08/2014 tarihine kadar) ertelemiştir. 6356 sayılı Kanunun 63'üncü maddesi gereğince bu tarihe kadar taraflar arasında anlaşma sağlanamaması veya tarafların aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme götürmemesi durumunda, 01/09/2014 tarihine kadar taraflardan birinin başvurusu üzerine konu Yüksek Hakem Kurulu'na çözülecektir. Anayasa'nın 54/4'üncü maddesi gereğince ise "*Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir*" Diğer bir ifadeyle kanunun lafzındaki "erteleme" ifadesi, sonuç olarak fiili bir yasağa dönüşmektedir.

Yani somut olayda eğer AYM, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözümlenmeden önce karar vermez ise bu tarihten sonra verilecek kararın grev hakkı yönünden bir anlamı kalmayacaktı. Çünkü toplu sözleşme görüşmeleri süreci tamamlanmış olacak ve sendika grev hakkını kullanmadan toplu sözleşme süreci nihayete erecekti. Şu halde söz konusu vakada önem arz eden nokta, toplu sözleşme yapılıp yapılmaması değil, bu sözleşmenin yapılacağı tarihe kadar grev hakkının kullanılıp kullanılmayacağı idi.

AYM, toplu sözleşme sürecinin tamamlanacağı periyot içinde ne geçici tedbir talebi hakkında, ne de esastan bir karar vermiştir. Hal böyle olunca Kristal-İş sendikası, toplu sözleşme görüşmeleri sürecini grev hakkını kullanmadan geçirmiş ve sonunda taraflar arasında bu koşullarda bir toplu sözleşme yapılmıştır. AYM'nin bu aşamadan sonra vereceği karar, geriye dönük, etkili bir sonuç doğuramayacaktır. Yani AYM'ye yapılan anayasa şikâyeti yolu bu bağlamda etkisini kaybetmiştir.

Oysa AYM, söz konusu başvuruda etkin bir çözüm üretebilirdi. Eğer böyle olsaydı Bakanlar Kurulu'nun somut vakadan bir süre sonra Lastik-İş grevini de benzer gerekçelerle erteleme kolay olmaz; cam ve lastik gibi sektörlerdeki grevlerin nasıl olup da milli güvenlik tehlikesi yarattığı konusu belirsiz kalmaya devam etmezdi.

Gerçi Bakanlar Kurulu'nun 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 63'üncü maddesinin kendisine tanıdığı grev erteleme kararını keyfi kullanıp kullanmadığının AYM tarafından tespit edilmesi hala kritik önem taşımaktadır. AYM'nin grev erteleme kararlarında, gerçekten bir meşru amaç (sebebe bağlılık) incelemesi içine girilmeli ve demokratik toplum düzeninde gereklilik/ölçülülük yönünden değerlendirmelere geçmeden önce, grev ertelemenin gerçekten de "milli güvenlik" amacıyla mı, yoksa bu amacın manipüle edilmesi suretiyle gizli bir yasaklama amacıyla mı yapıldığı incelenmelidir. Zira Türkiye'de grev hakkı bir süredir kategorik olarak kullanılamaz hale gelmiş görünmektedir.

SONUÇ

Tüm bu aktarımlardan sonra toparlayacak olursak; AYM'nin toplanma ve örgütlenme özgürlüğü konusundaki kararlarının neredeyse tamamında, öyle ya da

¹⁵⁹ *Kristal-İş başvurusu*, 2014/12166

böyle eksik bir yön bulunmaktadır. AYM, özellikle Ar-İç biriminin de katkısıyla, İHAM kararlarından daha çok farkında bir görüntü çizmektedir. Bu, her bir ilke kararında çok sayıda İHAM kararına atıf yapılmasıyla görünür durumdadır. Fakat AYM'nin, kararlarında zikrettiği İHAM kriterlerini somut olaya uyarlamak konusunda başarılı olduğu söylenemez. Hal böyleyken şu noktaların dikkate alınması önerilir:

- Anayasa metni, özellikle İHAS'tan daha güvenceli hükümler yönünden kesinlikle uygulanmalıdır. Örneğin, toplanma özgürlüğü yönünden "önceden izin almama" şartının içi boşaltılmamalı, silahsız ve saldırsız ifadesinin anlamı ortaya konmalıdır.

- "Nitlendirme yetkisi" ile "açıkça dayanaktan yoksunluk" kriterinin nasıl kullanıldığı netleştirilmeli ve keyfiliğe düşmemek adına bu kriterlerin uygulandığı vakalarda daha ikna edici ve şeffaf bir gerekçelendirmeye gidilmelidir.

- Her bir müdahalenin kanuniliği ve sebebe bağlılığı özel bir başlıkta incelenmeli ve bu başlık altında yapılan incelemeler derinleştirilmelidir. Zira birçok kararda müdahalenin kanuniliği ve çok daha fazla sayıda kararda meşru amacının bulunup bulunmadığı yeterince denetlenmemiştir. Meşru amaç tespit edilmeden sağlıklı bir ölçülülük denetimi yapılmayacağı ve meşru amaç tespitinin dört adımdan oluşan ölçülülük incelemesinin ilk adımını oluşturduğu göz ardı edilmemelidir.

- Adalet Bakanlığı'nın veya diğer görüş bildirme usulleri etkin hale getirilmeli ve tıpkı İHAM gibi çelişmeli bir yargılama usulü geliştirilmelidir. Böyle bir usulün olmaması, AYM'nin etkin bir inceleme yapmasını zorlaştırır görünmektedir.

- Bazı durumlarda (örn. toplu sözleşme süreçlerindeki grevler sırasında veya özel bir anlam taşıyan protesto günlerinden çok kısa süre önce) gerçekleştirilen kamu gücü müdahalelerine karşı yapılan anayasa şikâyetleri acilen incelenmeli, bu gibi hallerde karar incelemeleri öne çekilmelidir.

- Geçici tedbire ilişkin Anayasa ve Yasa'ya aykırı olan İçtüzük hükmü değiştirilmeli ve İHAS md. 11 kapsamındaki özgürlükler yönünden de geçici tedbir kararı verilebilmesinin önü açılmalıdır.

- Verilen kararların eğitici etkisi arttırılmalı ve yetkili makamlar açısından yol gösterici tespitler ortaya konmalıdır.¹⁶⁰

Tüm bunların dışında İHAM kararları dikkate alınarak kararların gereğini yerine getirmesi için şu adımlar atılmalıdır:

- Göz yaşartıcı gaz bombalarının kullanılmasına bağlı ortaya çıkacak ölüm veya yaralanma riskini asgari düzeye çekmek için bu bombaların yerinde

¹⁶⁰ Bu konuda toplanma özgürlüğü ile ilgili öneriler yasama organına çağrı kararı niteliğinde verilebilir. Toplanma özgürlüğü yönünden yasama, yürütme ve yargı organlarının yapması gerekenler için mutlaka bkz. Başak Çalı, *Toplantı ve Barışçıl Gösteri Özgürlüğü: Ataman Gurubu/Türkiye Kararlarının Uygulanması İzleme Raporu*, İHOP Ankara: Ceket Medya, 2014, s. 30 vd. <http://www.aihmiz.org.tr/files/AtamanGrubuRapor.pdf> AYM'nin bu ve benzeri raporların farkında olması önemlidir.

kullanımına dair teminatların güçlendirildiği bir yasal çerçeve oluşturulmalıdır.

- Bu yasal çerçevede, göz yaşartıcı gaz kullanımına ilişkin açık hükümler bulunmalıdır.
- Kolluk kuvvetlerinin göz yaşartıcı gaz bombalarının kullanımı ile ilgili yeterli eğitimi alması sağlanmalıdır.
- Gösteriler esnasında gaz bombaları kullanan kolluk kuvvetleri, amirleri tarafından etkili bir şekilde kontrol edilmeli ve denetlenmelidir.
- Güç kullanımının, özellikle de barışçıl eylemcilere yönelik güç kullanımının, gerekliliği, orantılılığı ve makullüğü konularında, müdahale sonrası için bağımsız bir denetim mekanizması oluşturulmalıdır.