

PAPER DETAILS

TITLE: TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ VE MEKÂN YASAKLARI

AUTHORS: Berke ÖZENÇ

PAGES: 87-133

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/230761>

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ VE MEKÂN YASAKLARI

Yard. Doç. Dr. Berke Özenç*

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün koruma alanında yer alan temel öğelerden biri, mekânın ve zamanın, özgürlüğü kullanmak isteyen bireyler tarafından seçilmesidir. Mekân, hem özgürlüğün kullanımına yol açan olayla ilgisi, hem de bu özgürlüğün kamuoyu yaratma işlevi bakımından önem taşır. Zamanın belirlenmesi ise hem güncel bir soruna verilecek tepkinin amacına ulaşması, hem de belirli bir tarihte gerçekleşmiş bir olayın anılması ya da kutlanması açısından toplantı ya da gösteriyi anlamlı kılan unsur haline gelir. Toplanma özgürlüğünün koruma alanında yer alan bir diğer öge, eylemler sırasında kullanılacak barışçıl, diğer bir deyişle şiddet içermeyen araçların ve ifade yöntemlerinin serbestçe belirlenmesidir. Buradaki barışçıl sıfatı, meşru şiddet tekeli devlet aygıtına özgüleyen liberal-burjuva hukuk düzenlerindeki tüm özgürlüklerin, hukuki metinlerde açıkça yazmasa dahi, ortak ve meşru kabul edilen niteliğine işaret eder. Dolayısıyla barışçıl olmayan eylemler, kapsamı ve sonuçlarına göre ya ceza hukukuna tabi olur ya da devrimci süreçlerin parçasını oluşturur ve her iki durum da bu çalışmanın konusu dışındadır.

Toplanma özgürlüğünün kapsamı içinde yer alan hakların bilhassa açık alanlardaki kitlesel kullanımı ve bu haklara yönelik müdahaleler zorlu hukuki sorunları gündeme getirmektedir. Türkiye’deki uygulama açısından ise mekân seçiminin ve mekân yasaklarının özel bir önemi bulunmaktadır. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, bir yandan park ve genel yolları kapsayan mutlak yasaklar öngörmekte, diğer yandan mülki amirlere, toplanma yeri ve güzergâhlarını belirleme yetkisi tanımaktadır. Yine aynı Kanun’a göre, öngörülen ya da belirlenen mekânlar dışında yapılan her türlü toplantı ve gösteri, barışçılık başta olmak üzere, başka herhangi bir ölçüt dikkate alınmadan kanuna aykırı hale gelmekte ve bunların dağıtılması gerekmektedir. Uygulamada, İstanbul ve Ankara örneklerinde olduğu gibi, toplanma özgürlüğüne açık sınırlı sayıda mekânın valilik kararıyla belirlenmesi, neredeyse tüm toplantı ve gösterileri kanuna aykırı bir statüye sokmaktadır. Dolayısıyla polis müdahale-

* Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, ozenc@tau.edu.tr. Bu makalenin yazım sürecinde gerçekleştirdiğimiz tartışmalardaki katkıları ve metnin bütünü okuduktan sonra paylaştığı ufuk açıcı eleştirileri için Çiğdem Vardar’a, toplanma özgürlüğüne dair mevzuatın yorumlanmasına dair çalışmaya derinlik katan görüşleri ve metnin bütününe yönelik saptamaları için Çiğdem Sever’e, İHAM içtihadına dair yönlendirici değerlendirmeleri için Gülay Arslan’a, İHAM’ın kamusal mekânları nitelendirme yöntemine dair yorumları için Prof. David Mead’e, metnin son halini okuyup, eleştirilerini benimle paylaşan Esra Yılmaz Eren’e ve Ömer Egeligi’ye ve son olarak, motive edici desteği ve Almanya’daki hukuki durumu kavrayabilmemi sağlayan yorumları için Prof. Dr. Philip Kunig’e çok teşekkür ederim.

sine ve ardından ceza yargılamasına dek giden sürecin temelinde mekân yasaklarının bulunduğu söylenebilir. Bu çerçevede, söz konusu Kanun'a dayanılarak uygulanan mekân yasaklarının, Anayasa'ya ve kanunlarla çatışması halinde esas alınması gereken İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne uygunluğunun incelenmesi büyük bir önem taşımaktadır.

Toplanma özgürlüğünün koruma alanı içinde yer alan, bireylerin mekân seçimi hakkı ile kamu otoritelerinin sınırlandırılma yetkisi arasındaki gerilim iki alanda yoğunlaşır. İlki toplanma özgürlüğünün hangi mekânlarda kullanılabileceği, ikincisi ise mekân seçimi hakkının ne dereceye kadar ve hangi gerekçelerle sınırlandırılabilirliği. Kural olarak kamusal alanlar, toplanma özgürlüğünün kullanılabileceği esas mekânları oluşturur. Fakat bu özgürlüğün tüm kamusal alanlarda, her koşulda kullanılıp kullanılamayacağı ve özel mülkiyet niteliğindeki mekânların toplanma özgürlüğünün kullanımına açık olup olmadığı tartışma yaratan konulardır.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi ve Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin bu iki soruna dair kapsamlı içtihatları, bu çalışmanın ilk bölümünün konusu oluşturmaktadır. Her iki yüksek mahkemenin içtihatları da kuşkusuz Türkiye'deki idare ve yargı organları açısından bağlayıcı nitelikte değildir. Fakat bu iki mahkemenin toplanma özgürlüğüne dair kararları incelendiğinde, birbirleri arasında açık atıflara dayanan bir etkileşimin varlığı göze çarpar. Türkiye'deki yüksek mahkemelerin, toplanma özgürlüğünün içeriğini somutlaştırırken, farklı ülkelerdeki yüksek mahkemelerin içtihadı birikiminden yararlanması önünde bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir etkileşim olanağı dikkate alınarak, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ve Venedik Komisyonu bünyesinde hazırlanan "Barışçıl Toplanma Özgürlüğüne Dair Temel İlkeler" in toplanma özgürlüğü ve mekân ilişkisi hakkındaki kısımlarına da çalışmanın ilk bölümünde yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü ise Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda yer alan mutlak mekân yasaklarının ve idareye tanınan yer ve güzergâh belirleme yetkisinin, bağlayıcı nitelikteki üst hukuk normları açısından değerlendirilmesine ayrılmıştır. Bu bölümün yoğunlaştığı konu, söz konusu yasakların, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve 1982 Anayasası'na aykırı niteliğidir. Bu noktada ilk olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin gizli engel, caydırıcı etki ve pozitif yükümlülük kavramları üzerine inşa ettiği, toplanma özgürlüğünün kapsamı ve sınırlandırma rejimine dair içtihadı incelenerek, 2911 sayılı Kanun'da yer alan yasakların ve yasaklama yetkisinin Mahkeme'nin içtihatlarına ve özellikle ölçülülük ilkesine aykırılığı tartışmaya açılmıştır. Ardından Anayasa Mahkemesi'nin, toplanma özgürlüğüne dair içtihadı birikimi bir bütünlük içinde ele alınıp sistematize edilerek, 2001 tarihli anayasa değişikliği ile anayasal dayanakları ortadan kalkan söz konusu yasakların ve yasaklama yetkisinin, toplanma özgürlüğünün özüne dokunan nitelikleri ortaya konmaya çalışılmıştır.

I. Toplanma Özgürlüğü ve Mekân İlişkisine Dair Genel İlkeler

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek, bireylerin bir araya gelmesi ile başlayan bir süreç işaret eder. Dolayısıyla belirli mekân ya da mekânlarda bir araya gelme ve hareket etme eylemlerini kapsayan bir üst başlık olarak toplanma özgürlüğü kavramı kullanılabilir. Toplanma ya da bir araya gelme, hak öznelerinin, amaçlarına ulaşmak için dayanışmayla oluşturdukları kolektif

iradenin kurucu ögesidir. Mekânın seçimi de, bu kolektif iradenin, siyasi iktidarın karar alma süreçlerine etki etmesi ve bu iradenin taleplerinin kamuoyunun ilgisini çekebilmesi açısından önem taşır.

A. Siyasi Katılım Hakkı Olarak Toplanma Özgürlüğü

Mekân ve toplanma özgürlüğü arasındaki ilişki Almanya Federal Anayasa Mahkemesi (FAM) tarafından, toplanma özgürlüğüne dair temel içtihadını geliştirdiği 1985 tarihli *Brokdorf* kararında vurgulanmıştır. Mahkeme bu ilişkiyi, devletin demokratik niteliğinden hareketle temellendirmiştir. Demokrasinin ayırt edici özelliğinin, “siyasi iradenin oluşumunun, devlet organlarından halka doğru değil de halktan devlet organlarına doğru bir seyir izlemesi” olduğunu vurgulayan Mahkeme, bunu sağlayan siyasi katılım hakkının önemine işaret eder. Siyasi katılımın araçlarından biri sandıktır, fakat katılım hakkı “sadece seçimlerde oy verme sırasında ortaya çıkmaz.” Mahkeme’ye göre siyasi katılım bir sürece işaret eder, dolayısıyla “devlet müdahalesinden azade şekilde gerçekleşmesi gereken siyasi görüşlerin oluşum sürecini etkilemek de bu katılım hakkının parçasıdır.”¹ Bu çerçevede “[y]urttaşların, toplanma özgürlüğünü kullanarak siyasi görüş ve irade oluşturma süreçlerine aktif olarak katılma hakkı, demokratik bir toplumun işleyişinin vazgeçilmez unsurları arasında yer alır.”²

FAM, toplanma özgürlüğünün, siyasi iktidarın müdahaleleri karşısında koruma sağlamayı aşan siyasi katılım hakkı niteliğini, modern demokrasinin zaafılarıyla ilişkilendirir. Bunlardan ilki, temsili demokrasilerde siyasi süreçlere katılım hakkının, seçim arası dönemde çoğunluklar için dahi referandum dışında kapalı olmasıdır. İkincisi, alınan kararların niteliğiyle ilgilidir; çoğunluğu temsil eden bir hükümet, daha sonraki seçimlerde iktidara gelen çoğunluk temsilcilerinin dahi etkilerini ortadan kaldıramayacağı kararlar alabilir.³ Üçüncü olarak, yurttaşların siyasi süreçlere katılım imkânlarının kısıtlı olmasına karşın, çeşitli iktidar odaklarının siyasi iradeyi etkileme gücü bulunmaktadır:

“Büyük örgütler, finansal olarak güçlü durumdaki bağış verenler ya da kitle iletişim araçları önemli etkiler yaratabilirken, yurttaşlar bu süreçte kendilerini daha ziyade aciz hissederler. Medyada doğrudan yer bulmanın ve böylelikle kendini ifade etme şansının az sayıda insana mahsus olduğu bir toplumda, organize bir şekilde siyasi partilere ve örgütlere katılmak dışında genel olarak bireylere kalan sadece, gösteriler için toplanma özgürlüğünü kullanmak suretiyle kolektif bir etki yaratma olanağıdır.”⁴

Bu ilkeler ışığında ve özellikle güç ilişkileri arasındaki dengesizlik nedeniyle FAM’ın, toplanma özgürlüğünü, yurttaşların demokratik katılımının en önemli araçlarından biri, belki de en önemlisi olarak nitelendirdiği söylenebilir. Gerçekten de bir katılım aracı olarak referandumun *yukarıdan* belirlenen içe-

¹ BVerfGE 69, 315, s. 346 (C.I.2.b).

² Aynı karar, s. 315. Toplanma özgürlüğünün, bir siyasi katılım hakkı olarak değerlendirilmesi gerektiği Türkiye kamu hukuku literatüründe de çok erken bir tarihte vurgulanmıştır. Bkz. Cevat Geray, “Türkiye’de Toplanma Hürriyetinin Düzenlenmesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 4, 1959, s. 100.

³ BVerfGE 69, 315, s. 347 (C.I.2.b).

⁴ Aynı karar, s. 346 (C.I.2.b).

riği karşısında, bireylerin inisiyatifiyle *aşağıdan* gelişen bir süreç sonucunda kullanılan ve siyasi etkiye sahip çeşitli iktidar odakları karşısında yurttaşların kolektif gücünü somutlaştıran toplanma özgürlüğü, devlet aygıtının, toplumsal ilişkileri etkileyen ve dönüştüren kararlarının seçimler arasındaki dönemde denetlenebilmesi açısından esaslı bir rol oynar. FAM'a göre mekân seçimi ayrıca, kamusal olarak ve medyanın aracılığı olmadan, bireyin ifade etmek istediği görüşlerin ya da yansıtmak istediği tavrın amacına ulaşması bakımından önem taşır.⁵ Bu nitelikleriyle toplanma özgürlüğü;

"[a]ynı zamanda ve öncelikle farklı düşünen azınlıkların çıkarlarını koruyan negatif bir hak olarak... hak öznelerinin; organizasyonun mekân, zaman, tarz ve biçimini özerk bir şekilde belirleme hakkını güvence altına alır ve aynı zamanda kamusal bir toplantıya katılma ya da katılmamaya dair devletin baskı yapmasını yasaklar."⁶

B. Bir Forum Olarak Kamusal Mekânlar

FAM, toplanma özgürlüğünün kapsamına dair bu temel içtihadı 1985 yılında ortaya koyarken, tarihsel kökenleri çok daha eskiye dayanan Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi (Yüksek Mahkeme), 20. yüzyılın başından itibaren toplanma özgürlüğüne dair verdiği kararlarla özellikle mekân ve özgürlük ilişkisini değerlendirme fırsatı bulmuştur. *Hague v. Committee for Industrial Organization* kararı, Yüksek Mahkeme'nin kamusal mekânlar üzerindeki devlet kontrolünü, mülk sahibinin, özel mülkiyeti üzerindeki mutlak hakkı ile özdeşleştirdiği içtihadını⁷ değiştirmesi ve halen temel aldığı görüşünü ortaya koyması bakımından önem taşır:

"Sokak ve park kategorisine giren mekânlar; kadimden (*immemorially*) bu yana kamunun kullanımına açık olagelmıştır ve insanlık hafızasının hatırladığı zamanların öncesinden itibaren (*time out of mind*) toplanma, yurttaşlar arasında düşüncelerin paylaşılması ve kamusal meselelerin tartışılması amaçlarıyla kullanılmıştır. Sokakların ve kamusal mekânların bu tarz kullanımı, Antik zamanlardan bu yana yurttaşların ayrıcalık, dokunulmazlık, hak ve özgürlüklerinin bir parçasını oluşturmuştur. Bir Birleşik Devletler vatandaşının sokak ve parkları, ulusal sorunlar hakkındaki görüşlerin aktarımı için kullanması, herkesin çıkarı adına düzenlenebilir; bu ayrıcalık mutlak değil, görecelidir, genel huzura tabi olarak, asayiş ve düzene uyumlu bir şekilde kullanılmalıdır; fakat düzenleme kisvesi altında söz konusu ayrıcalık ortadan kaldırılamaz ya da yok sayılamaz."⁸

Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımı, toplanma özgürlüğünün mekânla ilişkisini ortaya koyarken, bir yandan da Almanya Federal Anayasa Mahkemesi gibi, bu özgürlüğü, demokrasi ve demokrasinin ayrılmaz parçası olarak tanımlanan düşüncelerin kamusal alanda paylaşımıyla ilişkilendirir. Mahkeme bu noktada ilk olarak kamu malları ve özel mülkiyet konusu mallar arasında bir ayırım yapmaktadır. Mahkeme'nin yerleşik içtihadı uyarınca, Federal Ana-

⁵ Aynı karar, s. 345 (C.I.2.a).

⁶ Aynı karar, s. 342 (C.I.1.).

⁷ *Davis v. Massachusetts*, **167 U.S. 43 (1897)**, s. 47.

⁸ *Hague v. Committee for Industrial Organization*, **307 U.S. 496 (1939)**, s. 515-516.

yasa'nın Birinci Eki'nde (*First Amendment*) yer alan toplanma özgürlüğü,⁹ bu özgürlüğün özel mülkiyet üzerinde kullanım hakkını kural olarak kapsamaz. Mahkeme, alışveriş merkezlerinde toplanma özgürlüğünün kullanımına dair meselelerde, başlangıçta bu tür mekânların kamuya açık niteliğini dikkate alarak toplanma özgürlüğünün kullanımının engellenemeyeceğine hükmetmişse de¹⁰ daha sonra özel mülkiyet hakkının korunmasına ağırlık vererek, özel mülklerde gerçekleştirilmek istenen protesto ve gösterilerin Federal Anayasa'nın koruması altında olmadığına karar vermiştir.¹¹

Fakat Mahkeme, bu içtihadından yalnızca dört yıl sonra, federal ve eyalet anayasaları çatışması bağlamında konuyu tekrar ele almıştır. Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen olayda, Kaliforniya Eyaleti Yüksek Mahkemesi, toplanma özgürlüğünün Kaliforniya Anayasası'nda öngörülen kapsamının Federal Anayasa'dan geniş olduğunu dikkate alarak, özel mülkiyet niteliğindeki bir alışveriş merkezinde de bu hakkın kullanılabilmesi sonucuna ulaşmıştır. Bu kararı inceleyen Federal Yüksek Mahkeme, eyalet anayasalarının bireylere Federal Anayasa'dan daha geniş özgürlükler tanıyabileceğini kabul etmiş ve Eyalet Anayasası'nın Kaliforniya Yüksek Mahkemesi tarafından yorumlanma şeklinin, mülkiyet hakkını ihlal etmediğini tespit ederek, anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.¹²

Bu karar sonucunda, toplanma özgürlüğü ve özel mülkiyet hakkı arasındaki çatışmanın dengelenmesini esas alan bir hukuki durumun oluştuğu söylenebilir. Buna göre, Federal Anayasa, özel mülkiyet sahiplerine mülklerini, toplanma özgürlüğünü kullanmak isteyen bireylere açma ödevi yüklemeyiz. Buna karşın, eyalet anayasalarında, toplanma özgürlüğü ve özel mülkiyet hakkı arasındaki çatışmanın farklı şekillerde çözülmesi tek başına anayasaya aykırılık oluşturmaz. Federal Anayasa'nın özel mülkiyet hakkına sağladığı güvenceler ortadan kaldırılmadığı sürece eyalet yönetimleri, toplanma özgürlüğünün kapsamını, kamusal niteliği bulunan özel mülkleri içerecek şekilde genişletebilir. Daha sonra bu konu hakkında karar veren eyalet anayasa mahkemeleri, ağırlıklı olarak özel mülkiyet hakkının korunmasına öncelik tanımakla birlikte, pek çok eyalet yüksek mahkemesi, toplanma özgürlüğünün kamuoyu oluşturmaya yönelik işlevi ile alışveriş merkezlerinin bu işleve uygun niteliğini dikkate alarak, kamuya açık özel mülklerde toplanma özgürlüğünün korumasının sürdürdüğünü kabul etmiştir.¹³

Türk idare hukukunda, orta malları ve hizmet malları kategorisine giren taşınmazları kapsamına alan kamu malları açısından ise Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, yukarıda aktarılan *Hague* kararında ortaya koyduğu görü-

⁹ **Birinci Ek** - Kongre,... düşünceyi açıklama özgürlüğünü ya da basın özgürlüğünü ya da halkın barışçıl şekilde toplanma ve şikayetlerini hükümete dilekçe yoluyla iletme hakkını ihlal eden kanunlar yapamaz.

¹⁰ *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, **391 U.S. 308 (1968)**, s. 319.

¹¹ *Hudgens v. NLRB*, **424 U.S. 507 (1976)**, s. 518. Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki içtihadının gelişimi için bkz. Richard B. Huss, Richard J. Simmons, "*Hudgens v. NLRB: Protection of Shopping Center Picketing under the Constitution or NLRA*", **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, Volume: 1, Issue: 3, 1976, s. 636-642.

¹² *Pruneyard Shopping Ctr. v. Robins*, **447 U.S. 74 (1980)**, s. 80-88.

¹³ Timothy Zick, **Speech Out of Doors: Preserving First Amendment Liberties in Public Places**, Cambridge University Press, 2008, s. 172-175; Katrin Gassner, **Die Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit im internationalen Vergleich**, Mohr Siebeck, 2012, s. 279.

şünü, daha sonraki içtihatlarında ayrıntılandırmıştır. Yüksek Mahkeme, kamu mallarını tanımlarken, Antik Roma'da siyasi tartışmaların ve toplantıların gerçekleştirileceği mekânlar için kullanılan "forum" kavramından yararlanmıştır.¹⁴ Mahkeme bu temelden hareketle kamu mallarını, kamusal nitelikteki forumlar (*public forum*) ve kamusal nitelikte olmayan forumlar (*nonpublic forum*) şeklinde iki temel kategoriye ayırarak incelemektedir.¹⁵ Kamu mallarının niteliklerine göre bu şekilde kategorize edilmesi, bu mekânlar üzerinde toplanma özgürlüğünün kullanımının sınırlandırılmasında uygulanacak rejimi belirlemektedir.

Yüksek Mahkeme, forum kavramını 1983 yılında verdiği *Perry* kararıyla analitik bir niteliğe kavuşturmuştur. Bu kararda Mahkeme, ilk olarak kamusal nitelikteki forumların iki türü olduğunu belirtmiştir: geleneksel (*traditional*) ve dizayn edilmiş (*designated*) kamusal forumlar.¹⁶ Türk idare hukukunda orta malları statüsüne giren mallarla karşılaştırılabilecek olan ilk grupta yer alan geleneksel forumlara bu niteliğini veren, söz konusu mekânların toplanma ve tartışmalar için kullanılmasının kadim bir geleneğe dayanmasıdır. Mahkeme *Hague* kararına atıfla parklar ve sokakları geleneksel kamusal mekânların en tipik örneği olarak nitelendirmiş,¹⁷ ilerleyen yıllarda, kaldırımıları¹⁸ ve meydanları¹⁹ da bu kategoriye dahil etmiştir. Geleneksel kamusal forumların en önemli özelliği, daha sonra siyasi irade tarafından da kamusal forum statülerinin ortadan kaldırılamamasıdır.²⁰

Türk hukukunda hizmet malları kategorisi içinde değerlendirilebilecek ikinci grup kamusal mekânlar ise, forum niteliklerini, mekânın özellikleri nedeniyle değil, kamu makamlarının iradesi sonucunda kazanmaktadır ve forum nitelikleri yine aynı irade tarafından ortadan kaldırılabilir. Yüksek Mahkeme'ye göre bir mekânın, kamusal forum haline getirilmesine dair anayasal bir yükümlülük bulunmamakla birlikte, toplanma ve tartışma amacıyla kamusal forum olarak dizayn edilen mekânlar, sınırlandırma rejimi açısından, geleneksel kamusal forumlarla aynı kriterlere tabidir. Fakat kamu otoriteleri, dizayn edilmiş kamusal forumların, forum niteliğine son verme yetkisi dışında, bu mekânları, geleneksel forumlardan farklı olarak, yalnızca belirli gruplara ya da konulara özgüleyebilir. Diğer bir ifadeyle, bu mekânlarda toplanma özgürlüğünün, sınırlandırma rejimi açısından sağladığı güvencelerden yararlanabilecek grupları ya da konuları belirleyebilir. Fakat bu özgüleme keyfi bir şekilde yapılamaz; makul bir gerekçeyle dayanmalı ve kamu otoriteleri tarafından, karşı oldukları bir görüşü dile getiren kişilerin ifadelerini sindirme amacıyla kulla-

¹⁴ Samuel Gorlick, "Right to a Forum", *Dickinson Law Review*, Volume: 71, 1966, s. 273; Walter Dennison, "The Roman Forum as Cicero Saw It", *The Classical Journal*, Volume: 3, No: 8, 1908, s. 320-321.

¹⁵ Mahkeme'nin kullandığı forum kavramı, Türkçe'de mekân kavramı ile karşılanabilir. Fakat forum kavramı, bir mekâna işaret etmekle birlikte, bu mekândaki kamusal tartışmaların yürütülmesi ve ifade biçimlerinin sergilenmesini de kapsar. Bu geniş kapsamı dikkate alınarak, forum kavramı Türkçe'ye çevrilmeden kullanılmıştır.

¹⁶ *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, **460 U. S. 45 (1983)**, s. 46.

¹⁷ *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, **460 U. S. 45 (1983)**, s. 45.

¹⁸ *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988), s. 318; *McCullen v. Coakley*, **573 U.S. ____ (2014)**. McCullen kararı henüz United States Reports'ta basılı olarak yayınlanmamıştır, fakat karara Mahkeme'nin resmi internet sitesinden ulaşılabilir. <http://www.supremecourt.gov/>

¹⁹ *Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette*, **515 U.S. 753 (1995)**, s. 761.

²⁰ *United States v. Grace*, **461 U.S. 171 (1983)**, s. 180.

nılmamalıdır.²¹ Mahkeme, bu tür mekânları tanımlamak için bir alt kategori olarak, sınırlandırılmış kamusal forum (*limited public forum*) kavramını geliştirmiştir. Fakat uygulamada, dizayn edilmiş forumlar, çoğu zaman belirli gruplara ve konulara özgü olduğu için, bu kavramlar birbirinin yerine de kullanılmaktadır.²² Dizayn edilmiş kamusal forumların Yüksek Mahkeme kararlarına yansıyan tipik örnekleri kamu üniversitelerinin toplantılara özgülenen kapalı alanları²³ ve belediyeye ait tiyatro sahneleridir.²⁴

Kamu malı olmasına karşın, geleneksel ya da dizayn edilmiş forum niteliği taşımayan tüm mekânlar, Yüksek Mahkeme tarafından kamusal olmayan forum olarak nitelendirilmektedir. Bu tür mekânların Mahkeme'nin içtihadına yansıyan örnekleri askeri üstler²⁵ ve kamuya ait havaalanlarıdır.²⁶ Yüksek Mahkeme'nin özellikle havaalanlarının niteliğine dair kararı, geleneksel ve dizayn edilmiş kamusal forumlara dair içtihadının uygulamaya yansıdığı bir örnek olarak önem taşır.²⁷ Mahkeme bu kararında ilk olarak, havaalanlarının, endüstriyel gelişim sonucunda ortaya çıktıklarının altını çizmiş, bu nedenle geleneksel forumların temel özelliği olan, kökenleri çok eskiye uzanan bir iletişim mekânı olma vasfı taşımadığını belirtmiştir. Öte yandan, kamu otoritelerinin havaalanlarının bütününe ya da bir kısmını, iletişim faaliyetlerinin kullanımına tahsis ettiğine dair herhangi bir bulgu olmaması nedeniyle, bu tür mekânların dizayn edilmiş kamusal forum olarak da nitelendirilemeyeceğini belirten Yüksek Mahkeme, kamu otoritelerinin işlettiği havaalanlarının kamusal

²¹ *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, **460 U. S. 45 (1983)**, s. 45-46.

²² Matthew D. McGill, "Unleashing the Limited Public Forum: A Modest Revision to a Dysfunctional Doctrine", *Stanford Law Review*, Volume: 52, No: 4, 2000, s. 935.

²³ *Widmar v. Vincent*, **454 U.S. 263 (1981)**, s. 267. Ayrıca Yüksek Mahkeme, aynı sayfadaki 5 numaralı dipnotta, kamu üniversitelerinin kampüslerinin kamusal mekânın (*public forum*) pek çok özelliğini en azından öğrencileri için taşıdığını ifade etmiştir. Federal ve eyalet yüksek mahkemelerinin daha sonraki yıllarda verdikleri kararlar sonucunda, üniversite kampüslerinin, toplantı salonları dışında kalan açık alanların, geleneksel kamusal alana ya da en azından dizayn edilmiş kamusal alana girdiği konusunda geniş bir içtihadı birikim ortaya çıkmıştır. Kamusal alan niteliğindeki üniversitelerde, öğrenimin aksatılmasını engellemek adına, Birinci Ek'ten kaynaklanan hakların belirli bölgelere özgülenmesi söz konusu olabilmektedir. Fakat bu uygulamalar da son yıllarda önemli davaların konusu olmuştur. Hukuki ve siyasi baskı nedeniyle son yıllarda üniversite yönetimlerinde bu konuda daha esnek bir tutum izlemeye başlamışlardır. Bu gelişimi ortaya koyan ve mahkeme kararlarına dair kapsamlı bir değerlendirmeye sunan bir çalışma için bkz. Thomas J. Davis, "Assessing Constitutional Challenges to University-Free Speech Zones Under Public Forum Doctrine", *Indiana Law Journal*, Volume: 79, Issue: 1, 2004, s. 266-297.

²⁴ *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, **420 U.S. 546 (1975)**, s. 555. Davaya konu olan olay; çıplaklık, seks ve uyuşturucu içeren bölümleri gerekçe gösterilerek, *Hair* müzikaline sahne tahsis edilmemesidir. Yüksek Mahkeme, dizayn edilmiş bir kamusal alan niteliğindeki tiyatro sahnesinde, gösterimlere yönelik tercih ve izinlerin, sansür niteliği almaması için gereken sıkı koşulların karşılanmaması nedeniyle, belediyenin ret kararının anayasayı ihlal ettiğine hükmetmiştir.

²⁵ *Greer v. Spock*, **424 U.S. 828 (1976)**, s. 828.

²⁶ *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*, **505 U.S. 672 (1992)**, s. 683.

²⁷ Yüksek Mahkeme, havaalanlarında toplanma özgürlüğünün kullanımı meselesini tartıştığı ilk kararında, bu mekânların niteliği konusunu açıklığa kavuşturmadan kaçınmış, Anayasa'nın Birinci Eki'nde yer alan hakların kullanımının tamamen yasaklanmış olması nedeniyle ihlal kararı vermiştir.

olmayan forum kategorisinde olduğu sonucuna ulaşmıştır.²⁸ Yüksek Mahkeme'nin, alışveriş merkezleri kararlarında olduğu gibi, havaalanlarının kamuya açıklığını, bu açıdan toplanma özgürlüğünün kullanımına uygunluğunu ve bireylerin yoğun iletişim olanağı bulduğu ender mekânlardan biri haline geldiğini göz ardı etmesi dikkat çekicidir. Karara muhalefet eden yargıçlar, bu özellikleri vurgulayarak, söz konusu mekânların kamusal forum niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.²⁹

Yüksek Mahkeme'nin kamusal mekânlara dair tasnifi, her şeyden önce bu mekânların toplanma özgürlüğünün kullanımı açısından taşıdığı anlamı ortaya koyar. Güran'ın işaret ettiği gibi, kamusal alanların aynı zamanda forum olarak nitelendirilmeleri, mekânların olağan işlevlerinin yalnızca seyahat özgürlüğünün kullanımı ve trafiğin akışının sağlanması olmadığı, ifade ve toplanma özgürlüğünün kullanımının da bu olağan işlevlere dahil olduğunun kavranılması açısından önem taşır.³⁰ Kamusal mekânların forum olarak nitelendirilmesinin en önemli sonucu, bu mekânların genel yasaklar aracılığıyla toplanma özgürlüğünün kullanımına kapatılamamasıdır.³¹ Geleneksel ve dizayn edilmiş kamusal forumlar arasında bu açıdan bir farklılık bulunmamaktadır.³² Yukarıda değinildiği gibi dizayn edilmiş kamusal forumlar, kuramsal olarak kamusal forum statüsünde çıkarılabilir. Fakat bunun için mekânın niteliğinin değişmesi, Mahkeme içtihatlarındaki örnekler üzerinden gidilecek olursa üniversite ya da tiyatro vasfının ortadan kalması ya da bu mekânların özelleştirilmesi gerekir.

Kamusal mekânların önemli bir kısmının forum olarak nitelendirilmesi, yurttaşlara, bu alanların herhangi birinde, diledikleri bir konuda toplantı ve gösteri yapma hakkının tanınması anlamına gelir. Başka bir deyişle Yüksek Mahkeme de, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi gibi, mekânın seçimini toplanma özgürlüğünün koruma alanı içinde görmektedir. Fakat bireylerin, belirli bir mekânı, belirli bir zamanda kullanmalarına dair özgürlüklerinin sınırlandırılabilirliğini de kabul eder. Bu sınırlamaların, yukarıda belirtildiği üzere, özgürlüğü askıya alan bir yaptırıma dönüşmemesi, ölçülü olması gerekir. Yüksek Mahkeme, ölçülülük kavramını kullanmamakla birlikte, sınırlandırma rejiminin özelliklerini ortaya koyarken, Kıta Avrupası geleneğinde bu kavram altında yer alan pek çok unsurdan yararlanmaktadır.

Yüksek Mahkeme, forum niteliği taşıyan kamusal mekânlarda toplanma özgürlüğünün kullanımına getirilecek sınırlandırmaların her şeyden önce ayrımcılık yasağını ihlal etmemesinin zorunluluğuna işaret eder. Bunun anlamı gerçekleştirilecek sınırlandırmanın, bireylerin eylemlerinin konusu ve içeriği ile

²⁸ *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992), s. 680-681.

²⁹ Aynı karar, s. 693 vd.

³⁰ Sait Güran, "Düşünceleri Açıklama ve Yayma Hürriyetinin Aracı Olarak Kamu Malları", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 8, 1991, s. 195.

³¹ *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976), s. 835; *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968), s. 315.

³² *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U. S. 45 (1983), s. 45. Ayrıca, kamusal nitelikte olmayan forumlarda dahi, Anayasa'nın Birinci Eki'nde yer alan ifade, inanç ve toplanma özgürlüğünün bir bütün olarak yasaklanamayacağını belirtmiştir. *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus*, 482 U.S. 569 (1987), s. 575.

bağlantılı olmamasıdır. Kamu otoriteleri, bir forumu, görüşlerini kabul edilebilir bulduğu kişilere açarken, beğenilmeyen ya da tartışmalı görüşleri ifade etmek isteyenlere kapatamaz. Mahkeme'ye göre otoriteler ayrıca, kamusal mekânlarda hangi konuların tartışmaya değer olduğuna dair bir seçim de yapamaz. Sonuç olarak, yalnızca ifade edilen görüşlerin içeriğine dayanan bir sınırlandırma anayasaya aykırıdır. Kamu otoriteleri, yalnızca görüşlerin içeriğine dayanarak bir sınırlandırma gerçekleştiremeseler de, başka kriterlerin bulunması halinde, içerikle bağlantılı sınırlandırmalar anayasaya uygun hale gelebilir. Fakat bu sınırlandırmanın gerekçeleri Yüksek Mahkeme'nin ifadesiyle, sıkı bir incelenmeye tabi tutulmalıdır.³³ Bu tür bir sınırlandırma ancak baskın kamu yararına hizmet ediyorsa ve kapsamı sadece bu amaca ulaşacak derecede dar tutulduysa anayasaya aykırılık oluşturmaz.³⁴

Örneğin Yüksek Mahkeme, bir üniversitede, öğrencilerin kullanımına açılarak dizayn edilmiş kamusal forum niteliği kazandırılan salonların, dinsel öğrenci topluluklarının toplantılarına kapatılmasını, içerikle bağlantılı bir uygulama olarak değerlendirmiş ve baskın kamu yararına yönelik dar kapsamlı sınırlandırma kriterini karşılamadığı için anayasaya aykırı bulmuştur.³⁵ Kamusal forumlarda toplantı ve gösterilerin bu kriterleri gözeterek, içerikle bağlantılı olarak sınırlandırılabilmesi, örneğin şiddet kullanımının teşvik edilmesi sonucunda, hukuka aykırı bir eylemin gerçekleşmesine yönelik "açık ve mevcut tehlike"nin olduğu durumlarda söz konusu olabilmektedir.³⁶

Kamu otoriteleri bu istisnai durumların dışında, toplanmaların genel rejimine dair düzenleyici bir çerçeve çizebilir. Toplanmaların zaman, mekân ve şekline dair bu sınırlamalar içerikle bağlantılı olmamalı, önemli bir kamusal yararın korunmasına yönelik olarak dar bir şekilde oluşturulmalı ve görüşlerin aktarımı için yeterli düzeydeki alternatif kanalları açık bırakmalıdır.³⁷ Yüksek Mahkeme'nin ortaya koyduğu bu kriterler, belirli mekânların toplanma özgürlüğüne kapatılmasına yönelik genel yasakların neden anayasaya aykırı olduğunu da ortaya koyar. Mahkeme'nin kriterleri, sınırlandırıcı bir düzenleme ya da işlemin özelliklerini, gerekçelerini ve sonuçlarını her bir somut olay açısından değerlendirmeyi zorunlu kılarken, genel bir yasağın, "dar bir şekilde oluşturulma" başta olmak üzere, söz konusu kriterleri karşılaması mümkün değildir.

Sınırlandırılmaların gerekçeli ve ölçülü olması zorunluluğu, kamu otoritelerinin sınırsız bir takdir yetkisi olmadığı anlamına gelir. Yüksek Mahkeme *Cox v. Louisiana* kararında bu hususun altını çizmiştir. Bu kararda, kamu otoritesinin gösteri ve yürüyüşleri yasaklama yetkisini inceleyen Yüksek Mahkeme, toplanma özgürlüğünün, dileyen kişilerin diledikleri yer ve zamanda toplanma hakkını mutlak olarak kapsamadığını, kamunun ortak yararını gö-

³³ *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, **408 U.S. 92 (1972)**, s. 96; *Carey v. Brown*, **447 U.S. 455 (1980)**, s. 462-463.

³⁴ *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, **460 U.S. 45 (1983)**, s. 45.

³⁵ *Widmar v. Vincent*, **454 U.S. 263 (1981)**, s. 277.

³⁶ Katrin Gassner, **Die Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit im internationalen Vergleich**, Mohr Siebeck, 2012, s. 300. Açık ve mevcut tehlike ölçütünün gelişimi ve özellikle ifade özgürlüğü açısından uygulanması için bkz. Şule Özsoy, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 56, 2005, s. 29-47.

³⁷ *Ward v. Rock Against Racism*, **491 U.S. 781 (1989)**, s. 791.

zeten ve ayrımcı olmayan sınırlandırmaların bu özgürlüğü ihlal etmeyeceğini ifade etmiştir.³⁸ Fakat önündeki olayda, toplantı ve gösterileri yasaklama konusunda, otoritelere tamamen kontrolsüz bir takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme bulunmaktadır. Bu denli geniş bir takdir yetkisinin, otoritelere, hangi görüşlerin ifade edilebileceğine dair adeta bir izin yetkisi tanıdığını ve bunun sansür niteliğinde uygulamalara yol açabileceğini vurgulayan Mahkeme, bu yasaya dayanarak göstericilere verilen cezaları anayasaya aykırı bulmuştur.³⁹

Yüksek Mahkeme, kamusal olmayan forumlar açısından ise otoritelerin takdir payını daha geniş yorumlamaktadır. Bu mekânlarda toplanma özgürlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilecek sınırlandırmaların makul olması ve amacının, göstericilerin görüşlerine karşıtlığa dayanan bir baskı kurmak olmaması yeterlidir.⁴⁰ Örneğin Yüksek Mahkeme, kamusal olmayan bir forum olarak nitelendirdiği kamuya ait bir havaalanının içinde, dinsel grupların bağış toplamasının yolcu trafiğini yavaşlatma gerekçesiyle yasaklanarak, bu tür faaliyetler için havaalanının yanındaki kaldırımların tahsis edilmesini makul bulmuştur.⁴¹ Her ne kadar havaalanlarının kamusal forum olarak nitelendirilmemesi, yukarıda da belirtildiği üzere eleştiriye açık da olsa, bu olay özelinde vurgulanması gereken husus, havaalanının hemen yanındaki kaldırımların toplanma özgürlüğünün kullanımına açık olması, diğer bir deyişle yasağın kapsamının belirli ölçüde daraltılmış olmasıdır. Nitekim Yüksek Mahkeme havaalanlarına dair bir önceki kararında, Anayasa'nın Birinci Eki'nde yer alan inanç, ifade ve toplanma özgürlüklerine yönelik kategorik bir yasağın, kamusal olmayan alanlarda yürürlüğe konmasının dahi anayasaya aykırı olacağını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre "tahayyül edilebilir hiç bir kamu yararı, ifadelerin bu denli mutlak şekilde yasaklanmasını meşru kılamaz."⁴²

Yüksek Mahkeme'nin kamu malı niteliğindeki mekânları forum olarak nitelendirmesi; bu mekânların işlevlerinin yalnızca trafik akışının sağlanması ve seyahat özgürlüğünün kullanımı olmadığını belirterek, ifade ve toplanma özgürlüğünün kullanımının bu mekânların asli işlevleri arasında yer aldığını vurgulaması ve özgürlüğe yönelik sınırlandırmaların ancak her bir somut olayın özelliklerini dikkate alarak gerçekleştirilebileceğini, genel ve mutlak yasakların kategorik olarak Anayasa'nın ihlali sonucunu doğuracağını tespit etmesi büyük önem taşımaktadır. Fakat Mahkeme'nin forum tanımı, alışveriş merkezleri ve havaalanları gibi mekânları kapsamaması ya da bu alanlarda özgürlüklerin korunmasına yönelik olarak çok kısıtlı bir çerçeve sunması nedeniyle eleştiriye açık hale gelmektedir. Yüksek Mahkeme bu mekânların niteliğini belirlerken, geliştirmiş olduğu geleneksel ve dizayn edilmiş forum tanımlarına bağlı hareket etmekte, söz konusu modern mekânların kamusal niteliğini göz önüne almak yerine, geliştirmiş olduğu forum tanımının dinamik olmayan bir yorumuna bağlı kalmaktadır. Bu noktada Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin Frankfurt Havaalanı'nda geçerli olan toplanma özgürlüğü yasağında

³⁸ *Cox v. Louisiana*, **379 U.S. 536 (1965)**, s. 554.

³⁹ Aynı karar, s. 558.

⁴⁰ *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, **460 U. S. 45 (1983)**, s. 46.

⁴¹ *International Soc. for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*, **505 U.S. 672 (1992)**, 685.

⁴² *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, **482 U.S. 569 (1987)**, s. 575.

dair 2011 tarihli kararı, forum kavramına yönelik özgürlükçü ve dinamik bir yorum geliştirmesi bakımından dikkat çekicidir.

C. Forum Kavramının Dinamik Yorumu

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 2011 tarihli kararında, yukarıda değinilen *Brokdorf* kararında ortaya koyduğu içtihadına atıfla, bir toplantı ya da gösterinin mekânının, zamanının, içerik ve biçiminin bireyler tarafından özerk olarak belirlenmesinin, toplanma özgürlüğünün kapsamı içinde yer alan bir hak olduğunu yinelemiş ve bu bağlamda bireylerin, spesifik mekân ve kurumlarla ilişkili olan taleplerini en etkin şekilde dile getirebilecekleri yerleri seçebileceğini vurgulamıştır.⁴³ FAM daha sonra, *Brokdorf* kararından farklı olarak, mekân ve özgürlük ilişkisi üzerine yoğunlaşmış ve -Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği forum kavramından yararlanarak-⁴⁴ toplanma özgürlüğünün kullanılabileceği mekânlara dair hukuki bir çerçeve oluşturmuştur.

FAM başlangıç noktası olarak, Yüksek Mahkeme'ye paralel bir şekilde, doğal ve geleneksel forum niteliği taşıyan sokakları ve meydanları esas almıştır. FAM'a göre trafiğe kapalı ya da trafik yoğunluğu azaltılmış alanları da kapsayan bu geleneksel forumlar, bireylerin bir araya gelerek iletişim kurdukları, bilgi ve düşüncelerini paylaştıkları mekânlardır. Bu özellikler, söz konusu mekânları, toplanma özgürlüğünün kullanılacağı ve hatta bu özgürlüğün etkin bir şekilde kullanılabilemesini sağlamak amacıyla, mekânların diğer işlevlerinin yeri geldiğinde geri plana çekileceği yerler haline getirir, çünkü bu nitelikteki mekânlar, toplantı ve gösterilerde ileri sürülen taleplerin kamuoyunun dikkatine sunulmasına ve ayrıca protesto ve huzursuzlukların "sokağa taşınmasına" imkân sağlar.⁴⁵

FAM daha sonra geleneksel forumlardan hareketle, toplanma özgürlüğünün kullanılabileceği diğer forumların temel özelliğini ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre sokak ve meydanlar gibi *kamusal trafiğe, diğer bir ifadeyle kamusal giriş-çıkışlara açık olan tüm mekânlarda toplanma özgürlüğü kullanılabilir*.⁴⁶ Burada çarpıcı nokta, FAM'ın, Yüksek Mahkeme'den farklı olarak özel ve kamu mülkiyeti arasında bir ayrım yapmamasıdır. FAM'a göre kamuya açık nitelikteki forumlar, çok çeşitli faaliyet ve amaçların izlenebildiği ve böylelikle açık bir iletişim ağının geliştiği mekânlardır.⁴⁷ Bu noktada kamusallığın dönüşümüne işaret eden Mahkeme, geleneksel olarak sokak, yol ve meydanların sahip olduğu iletişim işlevini, giderek artan bir oranda alışveriş merkezleri, pasajlar ve benzer toplanma yerlerinin üstlendiğine dikkat çeker. Kamusal trafiğe açık bir iletişim alanı olma ölçütünü dinamik bir şekilde yorumlayan Mahkeme'ye göre, bu ikinci grupta yer alan mekânlarda da toplanma özgürlüğünün koruması geçerlidir, çünkü toplanma özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa, kamu ma-

⁴³ 1 BvR 699/06, 22.2.2011, § 64. Bu çalışmada paragraf numaralarına (§) atıf yapılan bu karara, FAM'ın resmi internet sitesinden ulaşılabilir. <http://www.bundesverfassungsgericht.de>. Kararın tamamının İngilizce çevirisi de bu resmi internet sitesinde yer almaktadır. Kararın basılı hali için ayrıca bkz. **BVerfGE 128, 226**, s. 226-277.

⁴⁴ FAM, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin yanı sıra Kanada Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına da doğrudan atıf yapmaktadır. *Aynı karar*, § 70.

⁴⁵ *Aynı karar*, § 67.

⁴⁶ *Aynı karar*, § 66.

⁴⁷ *Aynı karar*, § 70.

kamalarının yanı sıra temel hakların yatay etkisi (*Drittwirkung*) nedeniyle özel kişileri de bağlar. Mekanın kapalı ya da açık olması, kamusal altyapı ile bağı ya da özel hukuk ilişkilerine tabi olması bu açıdan bir farklılık yaratmaz. Bu noktada belirleyici olan kamusal trafiğe açıklıktır ve bu açıklık sürdüğü sürece söz konusu mekânlar spesifik olarak toplanma özgürlüğüne kapatılamaz.⁴⁸ Mahkeme'ye göre toplanma özgürlüğünün kullanılamayacağı mekânlar kamusal trafiğe açık olmayan ya da kamunun kullanımına sadece belirli amaçlarla açılan yerlerdir. Örneğin idari binaların yanı sıra, hastaneler ya da yüzme havuzları bakımından toplanma özgürlüğünün sağladığı koruma azalır.⁴⁹

FAM bu genel çerçeveyi, çoğunluk hissesi kamuya ait olan Frankfurt Havaalanı'ndaki toplanma özgürlüğü yasağına uygular. Anayasa şikayetinde bulunan başvuruçuların, söz konusu havaalanında yaşanan sınır dışı etmelere karşı gerçekleştirdikleri protesto eylemleri engellenmiş, havaalanına girişleri yasaklanmış, ardından da izin alınmadan yapılacak herhangi bir gösteriye müsamaha gösterilmeyeceği kendilerine yazılı olarak bildirilmiştir. Havaalanı otoriteleri başvuruçuya yönelik bu yasağı, havaalanı yönetmeliğinin o dönemde geçerli olan ve havaalanındaki bu tür faaliyetleri otoritelerin iznine bağlayan hükmüne dayandırmış, daha sonra söz konusu yönetmelik, havaalanında tüm toplantı ve gösterileri yasaklayacak şekilde genişletilmiştir.⁵⁰

FAM bu yasağı, havaalanının yolcuların güvenlik kontrolünden geçerek girdikleri *kalkış kısmı* ve *geri kalan alanları* arasında bir ayrım gözeterek değerlendirmiştir. Burada kullandığı ölçütler, yukarıda aktarılan, kamusal trafiğe açıklık ve iletişim alanı olma işlevidir. Mahkeme'ye göre havaalanının *kalkış kısmı*, sadece yolculara ve onların seyahatlerine özgülenmiş özel alanlardır, kamusal trafiğe açık olmayan bu kısıtlanmış mekânlarda toplanma özgürlüğünün kullanımı söz konusu olamaz.⁵¹ Fakat söz konusu yasak *geri kalan alanlar*; dolaşma ve sosyalleşme amacıyla dizayn edilmiş, dükkan ve restoranların yer aldığı kamusal giriş-çıkışlara açık mekânları da kapsamaktadır. Mahkeme, "Şehir içinde Şehir" ve "Herkes için Havaalanı Alışverişi" gibi sloganlarla reklamı yapılan bu forumların toplanma özgürlüğüne açıklığının yadsınamayacağını altını çizer.⁵² Bu nedenlerle, havaalanının bütününe yönelik bir yasak, başvuruçuların toplanma özgürlüklerinin kapsamı içinde yer alan mekân seçimi bağlamında özgürlüğe bir müdahale oluşturmaktadır.⁵³

FAM, söz konusu müdahalenin anayasaya uygunluğunu, sınırlandırma rejiminin temel ilkelerinden biri olan ölçülülük açısından inceler. *Brokdorf* kararına atıfla Mahkeme, kamu otoritelerinin, toplanma özgürlüğünü sınırlandırırken bu özgürlüğün demokratik ve özgürlükçü bir devlette sahip olduğu temel önemi dikkate alan bir yorum ve uygulama geliştirmeleri gerektiğini ve sınırlandırmanın, yalnızca eşit düzeydeki bir başka hukuki menfaatin korunması amacıyla yapılabileceğini hatırlatır.⁵⁴ Bu çerçevede havaalanlarında gerçekleştirilecek bir sınırlandırmada, kamu otoritelerinin takdir payı, sokak ya da meydan gibi alanlardan daha geniş olabilir. Havaalanlarının forum niteliğindeki kısım-

⁴⁸ Aynı karar, § 68.

⁴⁹ Aynı karar, § 65.

⁵⁰ Aynı karar, § 4-7.

⁵¹ Aynı karar, § 69.

⁵² Aynı karar, § 72.

⁵³ Aynı karar, § 73.

⁵⁴ Aynı karar, § 85.

larının görece küçük bir alanı kaplaması ve yine sokak ve meydanlardan farklı olarak, bu kısımların esas işlevinin hava trafiğine yönelik olması, çeşitli sınırlandırmaları meşru kılabilir. Örneğin toplanılabilecek alanların küçüklüğünden kaynaklanan koşullar kitlesel gösterilerin yasaklanmasını ya da gösterici sayısına sınır getirilmesini; yolculuğa dair duyuruların önemi, gösterilerin ses düzeyine yönelik kısıtlamaları; uçuşların güvenliği ve sürekliliği ise önceden belirlenen bazı alanların toplanma özgürlüğüne kapatılmasını somut olayın koşulları ışığında gerektirebilir.⁵⁵

FAM bu noktada, bir sınırlandırmanın, toplanma özgürlüğü ile eşit düzeydeki bir hukuki menfaate yönelik "doğrudan" bir tehlikenin varlığına dayanması zorunluluğuna ve böyle bir tehlikenin tespiti halinde dahi öncelikle, çeşitli koşullar öngören düzenlemeler aracılığıyla bu tehlikelerin aşılma çabası gerektirğine ve ancak söz konusu tehlikelerin aşılması için başka bir yöntem yok ise, son çare olarak bir yasaklamaya gidilebileceğine dair içtihadını tekrarlamıştır.⁵⁶ Somut olayda ise otoriteler, başvurucuya yönelik olarak havaalanının bütününde, kendilerinden izin alınmadan yapılan her türlü gösteriyi kapsayan bir yasağı sınırsız bir süreyle uygulamaya koymuşlardır. FAM bu uygulamanın, toplanma özgürlüğü ile eş değerde bir hukuki menfaatin somut bir tehlike tehdidi karşısında korunması amacıyla sınırlı olmadığını, genel bir yasağa dönüştüğünü vurgulamıştır. Havaalanı otoriteleri, bu yasağı, başvurunun daha önceki eylemlerini dikkate alarak koyduklarını belirtmişler ve Federal Adalet Mahkemesi de bu gerekçeyi meşru görüp, otoritelerin benzer davranışlara müsamaha göstermek zorunda olmadığına işaret ederek, bu genel yasağı hukuka uygun bulmuştur. Fakat FAM'a göre başvurucuyu gelecekteki eylemler için otoritelerden izin almak zorunda bırakan, bu iznin hangi koşullarda verileceğine dair herhangi bir çerçeve çizmeyen bu genel nitelikteki yasak ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla anayasaya aykırıdır.⁵⁷

D. Forum Kavramı ve Mekân Seçiminin Sınırlandırılması

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi ve Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin toplanma özgürlüğü ve mekân ilişkisine dair içtihatlarının karşılaştırılması, kamusal mekânların asli işlevlerinden birinin toplanma özgürlüğünün kullanımı olduğu konusundaki görüş birliğini ortaya koyar. Bu yaklaşım, kamusal mekânların forum olarak nitelendirilmesinde yansımaları bulmaktadır. Bu noktada Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinin yapısal farklılıklara rağmen, etkileşim içinde olmaları ve birbirlerinin içtihatlarından yararlanmaları önem taşır. Öte yandan özgürlüklerin koruma alanı ve sınırlandırma rejimi bakımından, hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları aşan bir içtihat ortaklığının varlığı dikkat çekicidir.

Her iki mahkeme de kamuya açık mekânlarda toplanma özgürlüğünün kullanımını, siyasi rejimin demokratik niteliği üzerinden anlamlandırır. Yüksek Mahkeme, toplanma özgürlüğünün kamusal meselelerin tartışılmasını sağlayan işlevine atıf yaparken, FAM bu işleviyle toplanma özgürlüğünün, siyasi katılımın en önemli araçlarından biri olduğunu vurgular. Böylelikle bireylerin siyasi iradeye katılım ve bu iradeyi denetleme aracı olarak tanımlanan top-

⁵⁵ Aynı karar, § 91-92.

⁵⁶ Aynı karar, § 90.

⁵⁷ Aynı karar, § 95.

lanma özgürlüğü, demokratik bir siyasi rejimin vazgeçilmez ögesi haline gelir. Toplanma özgürlüğü vasıtasıyla siyasi katılım hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için ise toplanılan mekânların seçimi büyük bir önem taşır. Mahkemeler bu özelliği dikkate alarak, kamuya açık mekânların aynı zamanda birer forum olduğunu vurgulamakta ve özgürlüğün işlevini yerine getirmesini sağlayan forumların, genel yasaklar aracılığıyla toplanma özgürlüğüne kapatılamayacağını kabul etmektedir.

Her iki mahkemeye göre de genel yasaklar aracılığıyla toplanma özgürlüğüne kapatılamayacak forumların ortak özelliği kamuya açık mekânlar olmasıdır. Yüksek Mahkeme daha muhafazakâr bir yaklaşımla, esas olarak geleneksel nitelikteki kamuya açık mekânları forum kapsamında değerlendirirken, FAM, kamusallığın dönüşümünü ve küreselleşme çağının özelleştirmeye dayalı ekonomi-politiğini dikkate alarak alışveriş merkezleri gibi özel mülkiyete konu olan ya da havaalanları gibi özgün işlevlere sahip kamuya açık mekânları da forum olarak nitelendirmektedir. Sokaklar, meydanlar, parklar ve bunların yerini alan kamusal mekânlar, kamuya açık oldukları sürece, bu alanlarda toplanma özgürlüğünün kullanımına genel bir yasak getirilemez. Hatta FAM'ın vurguladığı üzere toplanma özgürlüğü, siyasi katılım aracı olma vasfı nedeniyle diğer işlevlerin geri plana çekilmesine neden olur.

Kamusal mekânlar kural olarak toplanma özgürlüğüne açık olmakla birlikte, bu alanlarda yapılmak istenen gösterilere istisnai olarak sınırlandırma getirilebilir. Bu noktada her iki mahkemenin de vurguladığı temel ilke ölçülülüktür. Buna göre; kamu otoriteleri, toplanma özgürlüğünün kullanımı kadar önemli bir başka kamusal yararın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, mekânın kullanımına yönelik düzenlemeler yapabilir; özgürlüğün kullanım amacına hâlel getirmeyen alternatif mekânlar önerebilir. Fakat bu tür sınırlandırmaları yaparken otoriteler, toplanma özgürlüğünün önemini dikkate alan bir yorum ve uygulama geliştirmeli ve her halükarda bu sınırlandırmaları, ölçülülük ilkesini dikkate alarak dar tutmalıdır.

Mahkemelerin ortaya koyduğu tüm bu ilkeler, kamusal bir mekânın toplanma özgürlüğüne kapatılmasının, ancak diğer hukuki menfaatlere yönelik teşhis edilebilir bir tehlikenin tespit edildiği istisnai durumlarda ve daha hafif tedbirlerin tüketilmesinin ardından, bir son çare olarak meşru olabileceği anlamına gelir. Fakat tüm bu koşulları karşılaması durumunda dahi, mekâna yönelik önleyici bir yasağın, belirli bir olay ve süre ile sınırlı olması zorunludur, dolayısıyla bir kamusal mekânı toplanma özgürlüğüne genel olarak kapatmak, kategorik olarak, bu özgürlüğün ihlali sonucunu doğurur. Son olarak, kamu otoritelerinin toplanma özgürlüğüne ölçüsüz müdahalelerinin yanı sıra bu tür müdahalelere imkân tanıyan yetkiler veren ve kapsamı net bir şekilde ortaya konmamış muğlak düzenleyici işlemler de özgürlüğün ihlaline yol açar. Yüksek Mahkeme'nin *Cox v. Louisiana* ve FAM'ın Frankfurt Havaalanı kararlarında bu husus açıkça ortaya konmuştur.

Mahkemelerin çizdiği bu çerçeve, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) bünyesinde yer alan Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi ile Avrupa Konseyi'ne anayasal meselelerde danışmanlık faaliyeti yürüten Venedik Komisyonu'nun birlikte hazırladığı "*Barışçıl Toplanma Özgürlüğüne Dair Temel İlkeler*"le de teyit edilmiştir. Türkiye'nin AGİT ve Avrupa Konseyi'ne üye olması, hukuku üreten ve uygulayan ulusal makamlara rehberlik etmesi için hazırla-

nan⁵⁸ bu metnin önemini arttırmaktadır. Kamusal mekânlarda toplanma özgürlüğünün kullanımının, an az ticari faaliyetler ya da yaya ve araç trafiğinin sürdürülmesi kadar meşru olduğunun ifade edildiği metinde,⁵⁹ devletlerin, pozitif yükümlülükleri uyarınca, toplantı ve gösterilerin, düzenleyiciler tarafından tercih edilen mekânlarda yapılmasını sağlayacak düzenleme ve tedbirleri hayata geçirmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁶⁰

Temel İlkeler’de vurgulanan bir başka husus, sınırlandırma rejiminin düzenlenmesi ve uygulanmasında ölçülülük ilkesinin esas alınması gerektiğidir. Bu açıdan kamu otoritelerinin mekân seçimine yönelik müdahalelerinin neden olabileceği ihlaller ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Ölçülülük ilkesinin gereği olarak kamu otoriteleri, gerçekleştirdikleri müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşmak için özgürlüğü en az sınırlandıran yöntemi kullanmalıdır. Diğer bir ifadeyle sınırlandırma, spesifik olarak belirlenen amaçla yakından ilişkili olmalı ve bu spesifik amaca ulaşmayı sağlayacak şekilde dar tutulmalıdır.⁶¹

Fakat Temel İlkeler’in en çarpıcı yanı, ölçülülük ilkesinin uygulamaya nasıl yansımaları gerektiğine dair seçilen örneklerdir. İlk olarak, otoritelerin, toplantı ya da gösterilerin niteliğini kökten bir şekilde dönüştüren, örneğin bunları şehrin daha az merkezi yerlerine yönlendiren müdahaleleri, ölçülülük ilkesine aykırı olur. Ayrıca belirli bir zaman ya da mekândaki tüm gösterilerin yasaklanması da her bir olayın spesifik koşullarını göz önüne alma ve değerlendirme imkânını ortadan kaldırması nedeniyle, yine ölçülülük ilkesine aykırıdır. Son olarak, toplantı ve gösterileri, merkezi ya da ücra olsun, belirli bir güzergâh ve mekânla sınırlandıran düzenleyici işlemler de özgürlüğün iletişimsel işlevini ciddi olarak zedelediği için, karine olarak (*prima facie*) özgürlüğünün ihlaline neden olur.⁶² Sınırlandırma rejimi kapsamında verilen örneklerin mekâna yönelik müdahalelere ilişkin olması, toplanma özgürlüğünün mekânla olan bağı; bu örnekler aracılığıyla ortaya konan temel ilkeler ise kamu otoritelerinin, sınırlandırma rejiminin düzenlenmesi ve uygulanmasında sahip oldukları takdir payının, özellikle mekân seçimine yönelik müdahalelerde ne kadar dar olduğunu gözler önüne serer.

II. Toplanma Özgürlüğü ve Mekân İlişğine Dair Türkiye’deki Durum

Toplanma özgürlüğü ve mekân ilişkisine dair yukarıda ortaya konan ilkeler Türkiye’deki kamu otoriteleri açısından bağlayıcı değildir, fakat hiç kuşkusuz, özgürlüğün yorumlanması ve uygulanması sürecinde göz önünde bulundurulması gereken önemli kriterler içerir. Bu gereklilik, Türkiye’deki siyasi rejimin, Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri’yle özdeş ve 1982 Anayasası’nda açıkça tanınmış olan demokratik niteliğinden kaynaklanır. Toplanma özgürlüğü ve demokrasi arasında kurulan ilişki, bu özgürlüğün, demokratik rejimlerde benzer bir içerikle düzenlenmesine yol açmış, önceden izin alma koşulu süreç içinde kaldırılmış ve özgürlük, temel bir insan hakkı olarak anayasalardaki yerini almıştır. Nitekim, yine yukarıda ortaya konduğu üzere, top-

⁵⁸ Venice Commission, OSCE/ODIHR, **Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly**, 2. bs, 2010, s. 10.

⁵⁹ Venice Commission, OSCE/ODIHR, **a.g.e.**, s. 17, § 3.2.

⁶⁰ Venice Commission, OSCE/ODIHR, **a.g.e.**, s. 15, § 2.2.

⁶¹ Venice Commission, OSCE/ODIHR, **a.g.e.**, s. 39, § 39-40.

⁶² Venice Commission, OSCE/ODIHR, **a.g.e.**, s. 39-40, § 40, 43.

lanma özgürlüğüne dair farklı hukuk sistemlerinde oluşturulmuş anayasa yargısı içtihatları, özgürlüğün demokratik siyasi katılım hakkı boyutu üzerine inşa edilmiştir. Öte yandan, söz konusu yargı organları tarafından oluşturulan ve kimi zaman karşılıklı atıflarla desteklenen ortak yaklaşım, farklı ülkelerdeki yargısal içtihatların birbirini besleyerek gelişmesinin önemli bir örneğini oluşturur. Türkiye'deki yüksek yargı organlarının bu etkileşimin dışında kalmasını gerektiren özel bir neden bulunmamaktadır.

Mekân ve toplanma özgürlüğü ilişkisine dair bu ilkeler sadece yol gösterici olmakla birlikte, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve Sözleşme'yi somutlaştıran İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatları, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin açık hükmü uyarınca⁶³ Türkiye'deki yargı organları ve idari makamlar açısından bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Bu bağlayıcı nitelik, Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından yakın tarihli bir kararında açıkça ortaya konmuştur:

"Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, *sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur*. Bu kural bir *zımni ilga kuralı* olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin *uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır*. [U]yuşmazlığı karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan... [k]anun... maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması [gerekir]."⁶⁴

AYM aynı kararda; İHAM "içtihadının uyumsuzluğun karara bağlanmasında nazara alınması" gerektiğini vurgulamış, İHAS'ın ilgili maddesi ve bu maddeyi somutlaştıran İHAM içtihadı ile çatışan kanun hükümlerinin "uygulanma kabiliyetinin ortadan kalktığını" belirtmiş ve ilgili kanun hükmüne dayanarak gerçekleştirilen sınırlandırmanın bu nedenlerle "kanunilik şartını sağlamadığı" ve anayasayı ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁵

İHAS'ın 11. maddesinde herkesin, çıkarlarını korumak amacıyla barışçıl toplanma özgürlüğü hakkına sahip olduğu öngörülmüş ve ardından özgürlüğün sınırlandırılmasında uyulması gereken ölçütler ortaya konmuştur. Top-

⁶³ **Madde 90/5** - Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

⁶⁴ **AYM, Bireysel Başvuru Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2187, Karar Tarihi: 19/12/2013, § 44-45.** (abç)

⁶⁵ **AYM, Bireysel Başvuru Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2187, Karar Tarihi: 19/12/2013, § 47.** AYM, kanunla çatışma durumunda İHAS ve İHAM kararlarının esas alınması gerektiği yönündeki içtihadını, sendikal eylemlere yönelik sınırlandırmalar hakkındaki kararlarda yinelemiştir. **AYM, Bireysel Başvuru Kararı, Başvuru Numarası: 2013/8463, Karar Tarihi: 18/9/2014.** Mahkeme aynı konudaki on başvuruda, ihlal kararı vermiştir. Kararların tümü, 28/1/2015 tarihinde yayınlanmıştır. Ayrıca, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun (İDDK) aynı konuda ve İHAS ve İHAM içtihadına atıfla verdiği karar için bkz. **Danıştay, İDDK, E: 2009/63, K: 2013/1998, 22/5/2013.**

lanma özgürlüğü; ulusal güvenliğin ya da kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin bozulmasının ya da suçun engellenmesi, sağlığın ya da ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla, yasal/öngörülebilir düzenlemelere dayalı ve demokratik bir toplumda gerekli sınırlandırmalara tabi tutulabilir. 1982 Anayasası'nın 34. maddesinde yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı⁶⁶ ile neredeyse özdeş olan bu genel çerçeveyi somutlaştıran İHAM kararları, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı uyarınca, Türkiye'deki hukuki durumu değerlendirebilmek için temel bir başlangıç noktasıdır.

A. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Toplanma Özgürlüğü

İHAM, toplanma özgürlüğünü, ifade özgürlüğü ile birlikte ele alır ve bu iki özgürlük arasındaki ilişkiye dikkat çeker. Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğünün güvence altına aldığı kişisel fikirlerin korunması, aynı zamanda toplanma özgürlüğünün amaçlarından biridir.⁶⁷ Bu iki özgürlük, temel hak olma vasfının yanı sıra, demokratik toplumun temelleri⁶⁸ ve en üstün değerleri⁶⁹ arasında yer alır. Özgürlüklerin düzenlenmesinde ve sınırlandırılmasında, özellikle de sınırlandırmanın sınırı olarak Sözleşme'de yer alan "demokratik bir toplumda gereklilik" ilkesinin yorumlanmasında, söz konusu nitelikler dikkate alınmalıdır.

Bu gereklilik, Avrupa kamu düzeninin temel özelliğini oluşturan ve İHAS'ın geliştirmek ve korumakla yükümlü olduğu demokratik toplumun niteliğinden kaynaklanır;⁷⁰ çünkü demokrasinin ayırt edici yanı, var olan sorunları açık tartışma aracılığıyla çözebilme vasfıdır. Bu nedenle, şiddete ya da demokratik ilkelerin reddine yönelen eylemler dışında; şok edici, kabul edilemez ya da belirli bir anlayışa göre gayri meşru gözüken görüş ve sözlerin dile getirildiği toplanma ve ifade özgürlüğü kullanımlarını, önleyici nitelikteki genel yasaklar ile bastırmaya çalışmak, demokrasiye zarar verir ve hatta onu tehlikeye atar. Hukuk devletine dayanan demokratik bir toplumda, kurulu düzene karşı çıkan ve toplanma özgürlüğü gibi barışçıl yollarla ifade edilen siyasi görüşlere, her zaman için imkân tanınmalıdır.⁷¹ Bu doğrultuda toplanma özgürlüğü, bireyi yalnızca kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerinden⁷² ya da dolaylı sınırlandır-

⁶⁶ **Madde 34** - Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

⁶⁷ *Ezelin v. France*, 11800/85, 26.4.1991, § 37; *Djavit An v. Turkey*, 20652/92, 20.02.2003, § 39; *Schwabe and M.G v. Germany*, 8080/0, 8577/08, 01.12.2011, § 98.

⁶⁸ *Djavit An v. Turkey*, 20652/92, 20.02.2003, § 56; *Taranenko v. Russia*, 19554/05, 15.5.2014, § 65.

⁶⁹ *Stankov And The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 29221/95, 29225/95, 2.10.2001, § 97.

⁷⁰ *Makhmudov v. Russia*, 35082/04, 26.7.2007, § 63.

⁷¹ *Stankov And The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 29221/95, 29225/95, 2.10.2001, § 97; *Gün and Others v. Turkey*, 8029/07, 18.06.2013, § 70.

⁷² *Djavit An v. Turkey*, 20652/92, 20.02.2003, § 57.

malarından korumaz;⁷³ otoritelerin, özgürlüğün etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüklerini de kapsar.⁷⁴

1. Üç Temel Kavram: Gizli Engel, Caydırıcı Etki ve Pozitif Yükümlülük

Görüldüğü gibi İHAM da tıpkı FAM ve Yüksek Mahkeme gibi, toplanma özgürlüğünü demokratik bir toplumun ve siyasi rejimin temel öğeleri arasına yerleştirir. İHAM'a göre bu özellik, toplanma özgürlüğü kullanılarak toplumsal ilişkilere ve siyasi rejime yönelik eleştirel görüşlerin dile getirilmesinin, çoğulcu ve özgürlükçü bir demokraside, siyasi katılım ve denetimin en önemli araçlarından biri olmasından kaynaklanır.⁷⁵ İHAM'ın ifadesiyle, çoğulculuğun olmadığı yerde, demokrasiden söz edilemez.⁷⁶ Öte yandan demokratik bir sistemde, kamu otoritelerinin eylemleri yalnızca yasama ve yargının değil, aynı zamanda basın ve kamuoyunun da sıkı denetimine tabidir.⁷⁷ Toplanma özgürlüğü ve demokrasi arasındaki bu ilişki, özgürlüğün kullanımı konusunda kamu otoritelerinin, toplanmaların ön hazırlığından sürdürülmesine dek kolaylaştırıcı ve destekleyici tedbirleri almasını, doğrudan ve dolaylı müdahalelerle toplanmaları engellemekten kaçınmasını ve özgürlüğü, somut olgulara dayanarak meşru gerekçelerle sınırlandırırken de, özgürlüğün demokratik toplumdaki önemini dikkate alan bir yaklaşım sergilemesini gerektirir.

Kamu otoritelerinin toplanma özgürlüğünün kullanımını engellememe ve aynı zamanda kolaylaştırma yükümlülüğü, her şeyden önce toplanmaya dair bildirim ve izin sistemlerinin işleyişinde somutlaşır. İHAM, bildirim ya da izin sistemlerinin, kamu otoriteleri tarafından, özgürlüğün kullanımını engelleyen ve hatta ortadan kaldıran bir araç olarak kullanılma riskini göz önüne alarak, bu sistemlerin demokratik bir toplumda sahip olması gereken işlevi ortaya koyan bir ihtiyaç geliştirmiştir. Mahkeme'ye göre önemli olan, öngörülen sistemin izin ya da bildirim adını taşıması değil, uygulamada ortaya çıkan özellikleridir. İzin ya da bildirim yükümlülüğünün amacı, otoritelerin, toplanmanın sorunsuz bir seyir izlemesini sağlamak için makul ve uygun önlemleri alabilmesidir; bu amacın dışına çıkılması halinde, hakkın özüne dokunulmuş olur.⁷⁸ Nitekim Mahkeme'nin bu amaca uygun tedbir olarak verdiği örneklerden bazıları trafiğin akışının düzenlenmesi ve sağlık personelinin bulundurulmasıdır.⁷⁹ Diğer bir

⁷³ *Makhmudov v. Russia*, 35082/04, 26.7.2007, § 64.

⁷⁴ *Plattform "Ärzte Für Das Leben" v. Austria*, 10126/82, 21/06/1988, § 32; *Öllinger v. Austria*, 76900/01, 29.06.2006, § 35; *Djavit An v. Turkey*, 20652/92, 20.02.2003, § 57.

⁷⁵ İHAM içtihadında; toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve demokrasi arasındaki ilişkiye dair ayrıca bkz. Ziya Çağa Tanyar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, s. 597-601; Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 2. Cilt*, Legal Yayınevi, 2013, s. 430-431; David Mead, *The New Law of Peaceful Protest, Rights and Regulation in the Human Rights Act Era*, Hart Publishing, 2010, s. 63-64; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 12 Levha Yayıncılık, 2014, s. 658-659; Olgun Akbulut, "Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta, 2013, s. 381, 385.

⁷⁶ *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, 23885/94, 08.12.1999, § 37.

⁷⁷ *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, 28793/02, 14.2.2006, § 65.

⁷⁸ *Sergey Kuznetsov v. Russia*, 10877/04, 23.10.2008, § 42.

⁷⁹ *Oya Ataman v. Turkey*, 74552/01, 05.12.2006, § 38.

deyişle, izin ve bildirim sistemlerinin amacı “toplantının yapılıp yapılmamasına karar vermek değil”,⁸⁰ hakkın kullanımını kolaylaştırmaktır.⁸¹

İzin ve bildirim sistemleri, İHAM’ın, Türkiye aleyhine yapılan başvurular kapsamında geliştirdiği özgün kavramla, özgürlüğün kullanımına yönelik “gizli bir engel” (*hidden obstacle*) olarak kullanılmamalıdır.⁸² Bu kavram, yukarıda aktarılan, “dolaylı sınırlandırma” kavramıyla birlikte değerlendirilebilir ve izin ve bildirim sistemlerinin, hakkın özüne dokunma potansiyeline işaret etmesi açısından önem taşır. Öyle ki kamu otoritelerinin, kendilerine bir bildirim yapılmasının ardından, kamu düzeni ya da başkalarının hak ve özgürlükleri gibi gerekçelere dayanarak, bir toplanmayı yasaklamaları ya da sadece bu bildirimin yokluğu veya geç yapılması nedeniyle bir toplanmayı hukuka aykırı ilan ederek dağıtmaları söz konusu olabilmektedir. Böylelikle asıl işlevi, kamu otoriteleri tarafından, özgürlüğün etkin bir şekilde kullanılması için gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak olan izin ve bildirim sistemleri, formalitelere aykırılık gerekçesiyle, gizli birer engele dönüştürülebilmektedir. İşte Mahkeme’nin gizli engel kavramı, izin ve bildirim sistemlerinin esas işlevlerine işaret ederek, kamu otoritelerinin takdir payını kısıtlayan bir çerçeve ortaya koyar. Mahkeme daha sonra bu içtihadını geliştirerek yalnızca izin ya da bildirim sistemlerinin değil, kamu otoriteleri tarafından, güvenliğin sağlanması adına yürürlüğe konan her türlü düzenlemenin, gizli bir engel oluşturmaması gerektiğinin altını çizmiştir.⁸³

Bu doğrultuda, toplanma özgürlüğünün kullanılmasını sağlamaya yönelik önlemleri alma yükümlülüğü, izin ya da bildirim koşulu karşılanmаса dahi sürer; yalnızca bildirim yükümlülüğüne uyulmaması⁸⁴ ya da bu süreçte yaşanan herhangi bir gecikme,⁸⁵ bir gösterinin dağıtılması için tek başına yeterli bir gerekçe oluşturmaz. Ayrıca barışçıl bir gösteri, kural olarak, cezai bir yaptırım tehdidine tabi kılınamaz.⁸⁶ Kısacası, hukuka aykırı bir durumun varlığı, tek başına, toplanma özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli değildir.⁸⁷ Burada temel kriter, gösterinin barışçıl niteliğinin sürmesidir. Mahkeme’ye göre kamusal alanlarda gerçekleştirilen toplanmalar, trafik akışının da dahil olduğu günlük yaşamın aksamasına kaçınılmaz olarak neden olsa da, kamu otoriteleri,

⁸⁰ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 659.

⁸¹ Olgun Akbulut, “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, s. 387.

⁸² *Oya Ataman v. Turkey*, 74552/01, 05.12.2006, § 38; *Balçık and Others v. Turkey*, 25/02, 29.11.2007, § 49; *Nurettin Aldemir and Others v. Turkey*, 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02, 32138/02, 18.12.2007, § 43; *Akgöl And Göl v. Turkey*, 28495/06, 28516/06, 17/05/2011, § 41; *Samüt Karabulut v. Turkey*, 16999/04, 27.1.2009, § 35.

⁸³ *Berladir and Others v. Russia*, 34202/06, 10.07.2012, § 39.

⁸⁴ *Bukta And Others v. Hungary*, 25691/04, 17.7.2007, § 36-37.

⁸⁵ *Sergey Kuznetsov v. Russia*, 10877/04, 23.10.2008, § 43.

⁸⁶ *Akgöl And Göl v. Turkey*, 28495/06, 28516/06, 17/05/2011, § 43; *Yılmaz Yıldız and Others v. Turkey*, 4524/06, 14.10.2014, § 46.

⁸⁷ *Samüt Karabulut v. Turkey*, 16999/04, 27.1.2009, § 35; *Balçık and Others v. Turkey*, 25/02, 29.11.2007, § 49; *Akgöl And Göl v. Turkey*, 28495/06, 28516/06, 17/05/2011, § 41; *Oya Ataman v. Turkey*, 74552/01, 05.12.2006, § 39.

toplanma özgürlüğünün özünün zarar görmemesi için, barışçıl toplanmaların her türlüüne belirli bir hoşgörü göstermelidir.⁸⁸

Bir toplanmanın barışçıl niteliğinin ortadan kalkması ise ancak düzenleyici ve katılımcıların şiddete yönelik niyetinin varlığı halinde söz konusu olur.⁸⁹ Bu niyet, ilgili kişilerin toplanma öncesi ve sırasındaki tutum ve davranışlarının şiddet içermesi durumunda ortaya çıkar⁹⁰ ve bu durumun, ancak toplanmanın bütününe etki etmesi halinde, toplanmanın barışçıl olmadığından söz edilebilir ve özgürlüğün koruması ortadan kalkar.⁹¹ Öte yandan, düzenleyicilerin kontrolü dışında, kamu düzeninin bozulmasına yol açan somut riskler ortaya çıksa bile, bu durum, toplanmayı bir bütün olarak özgürlüğün koruma alanı dışına çıkarmaz ve kamu otoritelerinin sınırlandırmalar açısından tabi olduğu kriterler geçerliliğini korur.⁹² Son olarak, bildirim yükümlülüğüne uyularak gerçekleştirilen bir toplanmanın barışçıl niteliği, katılımcıların bir kısmının eylemleri sonucunda ortadan kalksa dahi, barışçıl tutum ve davranışlarını koruyan katılımcılar açısından özgürlüğün koruması sürer ve bu barışçıl göstericilere yönelik olarak, cezalandırma amacı güden her türlü yaptırım, özgürlüğün ihlali sonucunu doğurur.⁹³

İHAM tarafından devletin dolaylı sınırlandırmaları hakkında çizilen bu çerçeve, uygulama açısından büyük önem taşır ve özgürlük lehine bir yorum ve uygulamanın, kamu otoritelerinin yükümlülüğü olduğunu ortaya koyar. Benzer bir yaklaşımı Mahkeme'nin dolaylı sınırlandırmalar açısından geliştirdiği "caydırıcı etki" (*chilling effect*) kavramında görmek mümkündür. Caydırıcı etki; toplanma özgürlüğüne dair ulusal hukuktaki sınırlandırıcı ve cezalandırıcı hükümlerin genişliği nedeniyle ya da barışçıl olmasına rağmen, sadece bu hükümlere uyulmadığı gerekçesiyle kanun dışı ilan edilen toplanmalara yönelik polis şiddeti ve cezai yaptırımlar sonucunda, bireylerin korku, endişe ya da çekince yaşaması ve barışçıl bir toplanmaya katılmaktan imtina etmesi anlamına gelir. Mahkeme'nin geliştirdiği kavramlarla ifade etmek gerekirse, caydırıcı etki, kamu otoritelerinin doğrudan müdahaleler ya da dolaylı sınırlandırmalar ile özgürlüğün etkin kullanımını engellemesi sonucunda ortaya çıkar. Caydırıcı etki yaratmaktan kaçınılması zorunluluğu ise, barışçıl toplanmaların, otoriteler tarafından her halükarda korunması ve kolaylaştırılması yükümlülüğünün bir uzantısı olarak değerlendirilebilir.

Barışçıl bir gösterinin yasaklanması, gösteriye katılmak amacıyla seyahat etmek isteyenlere izin verilmemesi, gösterinin şiddet kullanarak dağıtılması ve bir gösteriye katılanlara daha sonra, hangi ağırlıkta olursa olsun bir ceza verilmesi, Mahkeme'ye göre bu caydırıcı etkiyi oluşturabilecek spesifik olaylar-

⁸⁸ *Kudrevičius and Others v. Lithuania*, 37553/05, 26.11.2013, § 82; *DİSK and KESK v. Turkey*, 38676/08, 27.11.2012, § 29; *Bukta and Others v. Hungary*, 25691/04, 17.7.2007, § 37; *Oya Ataman v. Turkey*, 74552/01, 05.12.2006, § 39.

⁸⁹ *Stankov And The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 29221/95, 29225/95, 2.10.2001, § 77; *Faber v. Hungary*, 40721/08, 24.7.2012, § 37; *Schwabe and M.G v. Germany*, 8080/0, 8577/08, 01.12.2011, § 103.

⁹⁰ Olgun Akbulut, "Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri", s. 383.

⁹¹ Ziya Çağa Tanyar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", s. 609.

⁹² *Schwabe and M.G v. Germany*, 8080/0, 8577/08, 01.12.2011, § 103.

⁹³ *Ezelin v. France*, 11800/85, 26.4.1991, § 53.

dan bazılarıdır.⁹⁴ Öyle ki bir toplanma, izin verilmeyerek kanuna aykırı bir statüye sokulduktan sonra, buna rağmen toplanmak isteyen göstericilere müdahale edilmese ve polis eşliğinde yürüyüş sağlansa bile, caydırıcı bir etki ortaya çıkar; çünkü kanuna aykırı bir eylem yapıyor olmanın yanı sıra bu eylemin, olası karşıt gösteriler karşısında kamu otoritelerinin korunmasından yararlanamayacağını bilmek, bireylerin cesaretini kırar.⁹⁵

İHAM'ın Türkiye davaları bakımından dikkat çektiği husus, özellikle bildirim yükümlülüğü ve mekân yasaklarına uyulmaması nedeniyle polis şiddeti vasıtasıyla dağıtma işlemlerinin yarattığı caydırıcı etkidir. Mahkeme, toplanmanın şiddet kullanılarak dağıtılmasının ve ardından yaşanan kovuşturma ve yargılama süreçlerinin, bireylerin, benzer toplanmalara katılma konusunda cesaretini kıracağını altını çizmiştir.⁹⁶ Ayrıca, toplanma özgürlüğünün ifade özgürlüğü ile olan bağı dikkate alındığında, katılımcılara yönelik yaptırımlar, toplanmanın konusunu oluşturan kamu yararına dair meselelerin ifade edilmesi açısından da caydırıcı bir etki doğurur ve böylelikle, konunun kamusal düzlemde tartışılmasını sınırlar.⁹⁷ Bu noktada toplanma özgürlüğü ile siyasi katılım ve denetim ilişkisi bir kez daha ortaya çıkar. Mahkeme caydırıcı etkiyi, özgürlüğe müdahalenin varlığı hakkındaki değerlendirmede dikkate aldığı gibi,⁹⁸ müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğine dair incelemesinde de, ihlale yol açan bir öge olarak kabul edebilmektedir.⁹⁹

Toplanma özgürlüğünün etkin kullanımının; doğrudan ve dolaylı sınırlandırmalarla ya da bireyler üzerinde caydırıcı etki oluşturacak yaptırımlarla engellenmemesi yükümlülüğünün yanı sıra, kamu otoritelerinin, bu etkin kullanımı sağlayacak *pozitif yükümlülükleri* de bulunmaktadır. İHAM'a göre hakkın etkin kullanımına yönelik kamu otoritelerinin pozitif yükümlülüğünün en somut görünümünden biri, karşıt gösteriler nedeniyle bir toplanmanın engellenmeye çalışılması durumunda ortaya çıkar. Özgürlüğün kullanılmasını sağlamaya yönelik öncelik, bu noktada da Mahkeme'nin yaklaşımının ana hattını oluşturur. Mahkeme'ye göre özgürlüğü kullanmak isteyenlerin, karşıt görüşe sahip kişiler tarafından fiziksel şiddete uğramaktan korkmadan toplanabilmeleri gerekir; çünkü böyle bir korkunun varlığı, potansiyel katılımcıları, tartışmalı konularda görüşlerini açıkça ileri sürmekten alıkoyabilir.¹⁰⁰

Kamu otoritelerinin pozitif yükümlülüğü, özellikle kamuoyunun büyük bir kısmının benimsemediği görüşleri savunanların ya da azınlıkların eylemleri açısından özel bir anlam taşır; çünkü söz konusu kişi ya da gruplar çok daha savunmasız ve korunmaya muhtaçtır.¹⁰¹ Fakat Mahkeme'nin özgürlük lehine geliştirdiği genel içtihadının uzantısı olarak, karşıt gösterilerden korunmak,

⁹⁴ *Kasparov and Others v. Russia*, 21613/07, 3.10.2013, § 84.

⁹⁵ *Baczowski And Others v. Poland*, 1543/06, 03/05/2007, § 67.

⁹⁶ *Nurettin Aldemir and Others v. Turkey*, 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02, 32138/02, 18.12.2007, § 34.

⁹⁷ *Schwabe and M.G v. Germany*, 8080/0, 8577/08, 01.12.2011, § 116.

⁹⁸ *Balçık and Others v. Turkey*, 25/02, 29.11.2007, § 41; *Yılmaz Yıldız and Others v. Turkey*, 4524/06, 14.10.2014, § 33.

⁹⁹ *Schwabe and M.G v. Germany*, 8080/0, 8577/08, 01.12.2011, § 118; *Nemtsov v. Russia*, 1774/11, 31.7.2014, § 78.

¹⁰⁰ *Plattform "Ärzte Für Das Leben" v. Austria*, 10126/82, 21/06/1988, § 32; *Alekseyev v. Russia*, 4916/07, 25924/08, 14599/09, 21.10.2010, § 73.

¹⁰¹ *Baczowski And Others v. Poland*, 1543/06, 03/05/2007, § 64.

karşıt gösterinin yasaklanması yükümlülüğü anlamına gelmez. Mahkeme'ye göre bir karşıt gösterinin yasaklanması gibi aşırı bir tedbir ayrıca gerekçelendirilmelidir ve devletin bu durumda dahi yapması gereken, karşıt grupların toplanma ve bu bağlamda görüşlerini ifade özgürlüklerini dikkate alan bir değerlendirme sonucunda, özgürlüğün kullanımına imkân veren tedbirleri hayata geçirmektir.¹⁰² Aksi halde, karşıt gruplar arasında bir gerilim olasılığının bulunduğu her durumda, gösterilerin bir kısmının ya da hepsinin yasaklanması gibi en ağır tedbire başvurmak, toplumu, farklı görüşleri duyma olanağından mahrum bırakır.¹⁰³

İHAM'ın, toplanma özgürlüğünün koruma alanına dair gizli engel, caydırıcı etki ve pozitif yükümlülük kavramlarını kullanarak geliştirdiği kapsamlı hukuki çerçeve, özünde çok temel bir olguya dayanır: Toplanma, gösteri yürüyüşü yapma ve protesto etme eylemlerinin tümü, yöntem ve içerikleriyle, toplanma özgürlüğünün koruması altındadır. Ya da Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi yargıcı Kennedy'nin bir muhalefet şerhinde hatırlatmaya çalıştığı gibi; toplanma özgürlüğü, kamu otoritelerine iktidar ya da güç sağlamak için değil, bu otoriteleri sınırlandırmak için vardır.¹⁰⁴ Bu nedenle, kamu otoritelerinin asli görevi bu özgürlüğün barışçıl kullanımını doğrudan ya da dolaylı olarak engelleyecek tasarruflardan kaçınmak ve daha da önemlisi, kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirleri almaktır. Öte yandan İHAM'ın çizdiği genel çerçeve, toplanma özgürlüğü ve mekân arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi açısından büyük bir önem taşır; çünkü FAM ve Yüksek Mahkeme'nin aksine İHAM, özgürlük ve mekân ilişkisi hakkında ayrıntılı bir içtihat geliştirmemiştir. Mekâna dair İHAM'ın ortaya koyduğu bazı temel ilkeleri anlamlandırmak, ancak toplanma özgürlüğünün kullanımına imkân sağlamayı hedefleyen ve sınırlandırmanın sınırını ortaya koyan genel içtihadı aracılığıyla mümkün olabilir.

2. İHAM Kararlarında Mekân ve Özgürlük İlişkisi

İHAM'ın mekân ve özgürlük ilişkisini ele aldığı temel karar, 2003 yılında verdiği *Appleby ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*'tır. Kararda Mahkeme, bir yeşil alana inşaat izni verilmesini protesto etmek amacıyla, özel mülkiyet statüsündeki bir alışveriş merkezinin girişinde stant açılmasının engellenmesinin, ifade ve toplanma özgürlüğünün ihlali olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kararın en önemli özelliklerinden biri, özel mülkiyet statüsündeki kamuya açık mekânlardaki toplanma ya da protestoların, ifade ve toplanma özgürlüğünün koruma alanına dahil olup olmadığı meselesinin, bu çalışmanın önceki bölümlerinde incelenen Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi içtihadı dikkate alınarak değerlendirilmesidir.¹⁰⁵

Başvurucular, özel mülkiyet statüsündeki mekânlarda toplanma ve ifade özgürlüklerinin kullanımının güvence altına alınmasının, devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu ileri sürmüştür.¹⁰⁶ İHAM, başvuruçuların iddialarını ve Yüksek Mahkeme kararlarına atıflarını dikkate alarak, alışveriş merkezlerinin

¹⁰² *Öllinger v. Austria*, 76900/01, 29.06.2006, § 44-49.

¹⁰³ *Stankov And The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 29221/95, 29225/95, 2.10.2001, § 107.

¹⁰⁴ *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*, **505 U.S. 672 (1992)**, s. 695.

¹⁰⁵ *Appleby And Others v. The United Kingdom*, 44306/98, 6/5/2003, § 25-30.

¹⁰⁶ *Aynı karar*, § 34.

işlevlerinin, yalnızca ticari faaliyetlerle sınırlı olmayan bir çeşitlilik gösterdiğini not etmiş;¹⁰⁷ fakat Yüksek Mahkeme kararlarında, söz konusu mekânların, ifade ve toplanma özgürlüğünün koruma alanında olduğuna dair bir tespit yer almadığını vurgulayarak,¹⁰⁸ Yüksek Mahkeme ile benzer bir sonuca ulaşmıştır.

İHAM'a göre demografik, toplumsal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler, bireylerin hareketlilik ve birbirleriyle iletişim biçimlerini dönüştürmekle birlikte, bu durum kendiliğinden, özgürlüğün kullanımı amacıyla özel mülklere yönelik bir giriş hakkı sağlamaz. Mahkeme ayrıca ifade özgürlüğü bağlamında toplanma özgürlüğünün, kamu mülkiyeti statüsündeki mekânların tümünü kapsayan bir giriş hakkını "her durumda" sağlamayacağını belirtmiş ve bu tür mekânlara örnek olarak, hükümet ve bakanlık binalarını göstermiştir. Ardından ifade özgürlüğünün sahip olduğu öneme işaret etmekle birlikte, bu özgürlüğün, mekân seçimi konusunda koşulsuz bir özgürlük (*freedom of forum*) sağlamadığını tespit etmiştir. Fakat Mahkeme'ye göre, özel bir mülke girişin yasaklanması, ifade özgürlüğünün her türlü etkin kullanım imkânını ortadan kaldırıyorsa ya da hakkın özüne zarar veriyorsa, kamu otoritelerinin, mülkiyet hakkı üzerinde gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda pozitif yükümlülüğü doğabilir.¹⁰⁹ Bu ilkelerden hareketle Mahkeme somut olayda, özel mülkiyet hakkı ile bir çatışmanın varlığını göz önüne alarak ve başvuruçuların görüşlerini yayma özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırılmayıp, yalnızca alışveriş merkezinin girişini ve içeri kapsayan bir sınırlamanın söz konusu olduğunu, alışveriş merkezine bağlanan kamuya açık girişlerin ve şehrin farklı yerlerinin kullanılabilirliğini vurgulayarak, söz konusu sınırlamanın, devletin pozitif yükümlülüğüne aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹¹⁰

Mahkeme'nin mekân seçimi konusunda çizdiği genel çerçevenin ilk dikkat çekici yanı, özel kişilere ve kamuya ait mülkler arasında bir ayırım yapmasıdır. Mahkeme'nin, ilk grupta yer alan özel mülkiyet statüsündeki mekânlara yaklaşımı, FAM ve Yüksek Mahkeme'nin içtihatları arasında bir orta yol olarak değerlendirilebilir. İHAM, kamusal alanların dönüşümüne ve bu noktada özel mülkiyet statüsündeki mekânların artan kamusal işlevini göz önüne almasına rağmen, FAM'dan farklı olarak kamusal giriş-çıkışlara ve iletişimsel faaliyetlere açıklığı, tek başına, toplanma özgürlüğünün kullanımı için yeterli görmemiştir. Öte yandan Yüksek Mahkeme'den farklı olarak, istisnai durumlarda, özellikle de özgürlüğün etkin kullanımının engellenmesi ve özüne dokunulması halinde, özel mülkiyet statüsündeki mekânlara yönelik yasakların, ihlal oluşturabileceğine işaret etmiştir.

Kamu mülkiyetindeki mekânlar açısından ise İHAM, toplanma özgürlüğünün, bu nitelikteki mekânlara giriş hakkını "her durumda" tanımadığını ifade etmiştir.¹¹¹ İfade belli ölçüde muğlak gözükmeyle birlikte, giriş hakkının "her durumda" geçerli olmadığına dair vurgu, genel ilkenin, bu nitelikteki mekânların toplanma özgürlüğüne açıklığı olduğunu, fakat bu genel ilkenin, ka-

¹⁰⁷ Aynı karar, § 44.

¹⁰⁸ Aynı karar, § 46.

¹⁰⁹ Aynı karar, § 47.

¹¹⁰ Aynı karar, § 43, 48, 49.

¹¹¹ Mahkeme daha sonra, aynı içtihadını toplanma özgürlüğünün kapsamına ilişkin olarak çeşitli defalar tekrarlamıştır. *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, 16354/06, 13/01/2011, § 50; *Remuszko v. Poland*, 1562/10, 16.7.2013, § 77; *Berladir and Others v. Russia*, 34202/06, 10.07.2012, § 58; *Taranenko v. Russia*, 19554/05, 15.5.2014, § 78.

musal mekânların hepsine, her koşulda sınırsız bir giriş hakkı tanınması şeklinde yorumlanamayacağını ortaya koyar. Kamusal mekânların toplanma özgürlüğüne açık birer forum olduğuna dair bu tespit, Mahkeme'nin sonraki içtihatları tarafından da teyit edilmiştir.

Bu doğrultuda Mahkeme, *Eva Molnar v. Macaristan* ve *Nosov v. Rusya* kararlarında, toplanma özgürlüğünün amaçlarından birinin, kamusal tartışmaların ve protestoların gerçekleştirilmesi amacıyla bir forum, diğer bir deyişle mekân sağlanması (*secure a forum*) olduğunu açıkça ifade etmiştir.¹¹² Bununla bağlantılı olarak da *Nosov* ve ayrıca *Berladir v. Rusya* kararlarında, göstericiler tarafından belirlenmiş bir mekânın ya da zamanın kamu otoriteleri tarafından değiştirilmek istenmesinin, özgürlüğe bir müdahale oluşturacağını altını çizmiştir.¹¹³ Öte yandan Mahkeme; üniversite kampusları,¹¹⁴ kiliseler,¹¹⁵ hastaneler,¹¹⁶ parklar,¹¹⁷ meydanlar,¹¹⁸ otobanlar¹¹⁹ ve daha pek çok kamusal mekânda yapılan gösterilerin dağıtılmasını, izin ve bildirim prosedürlerine uyulmamış bile olsa, özgürlüğe yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiş; bu yaptırımları demokratik bir toplumda gereklilik ölçütüne uygunlukları bakımından incelemiştir. Çok farklı nitelikteki kamusal mekânlarda gerçekleştirilen toplanmaların özgürlük kapsamında değerlendirilmesi, kamusal mekânların toplanma özgürlüğüne açıklığının Mahkeme tarafından temel bir ilke olarak kabul edildiğini ortaya koyar. İHAM'ın yakın tarihli *Taranenko v. Rusya* kararı ise toplanma özgürlüğünün kamusal bir mekânda kullanımına yönelik olarak yalnızca mekânın niteliğine atıfla yapılacak bir sınırlandırılmanın, İHAS çerçevesinde meşrulaştırılmasının ne denli güç olduğunu kavramak açısından önemli bir örnek oluşturur.

Taranenko v. Rusya davasının konusu; kırk kişilik bir grubun, devlet başkanının politikalarını protesto etmek amacıyla, güvenlik görevlilerini iterek Moskova'daki başkanlık binasına girip, kendilerini bir ofise kilitlemeleri, ardından Başkan'ın istifasına yönelik broşürler fırlatıp, slogan atmaları, bu eylemler sonucunda polisin olay yerine gelip müdahale etmesi ve göstericileri tutuklamasıdır. Protestocu grupta yer alan başvuru, yargılama sırasında bir yıl tutuklu kalmış, daha sonra üç yıl hapis cezasına çarptırılmış, fakat cezası ertelenmiştir.¹²⁰ İHAM, bir hükümet binasında gerçekleşen olay hakkındaki incelemesine, ifade özgürlüğünün, kamu binalarının tümüne, örneğin hükümet ve bakanlık binalarına, otomatik bir giriş hakkı sağlamadığına dair içtihadı ile başlamasına rağmen,¹²¹ olayın koşullarını dikkate alarak, yaptırımın ölçülü-

¹¹² *Eva Molnar v. Hungary*, 10346/05, 7.10.2008, § 42; *Nosov and Others v. Russia*, 9117/04 10441/04, 20.2.2014, § 55.

¹¹³ *Nosov and Others v. Russia*, 9117/04 10441/04, 20.2.2014, § 52; *Berladir and Others v. Russia*, 34202/06, 10.07.2012, § 47-51.

¹¹⁴ *Açık and Others v. Turkey*, 31451/03, 13.1.2009.

¹¹⁵ *Cisse v. France*, 51346/99, 9.4.2002.

¹¹⁶ *Yılmaz Yıldız and Others v. Turkey*, 4524/06, 14.10.2014.

¹¹⁷ *Nosov and Others v. Russia*, 9117/04 10441/04, 20.2.2014; *Hyde Park and Others v. Moldova*, 33482/06, 31.3.2009.

¹¹⁸ *Ziliberberg v. Moldova*, 61821/00, 04.05.2004, s. 11; *Makhmudov v. Russia*, 35082/04, 26.7.2007.

¹¹⁹ *Kudrevičius and Others v. Lithuania*, 37553/05, 26.11.2013.

¹²⁰ *Taranenko v. Russia*, 19554/05, 15.5.2014, § 11.

¹²¹ Aynı karar, § 78.

lülüğü üzerine yoğunlaşmış ve Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, başvuruçunun eylemi, kamu düzeni adına bir yaptırım uygulanmasını gerektirse dahi, olay sırasında hiçbir kamu görevlisinin yaralanmamış olduğu dikkate alındığında,¹²² uzun tutukluluk ve hapis cezası süresi, ulaşıl-mak istenen meşru amaçla orantılı değildir. Ayrıca, bu ağır yaptırım, başvuru-ru ve diğer kişilerin, protesto eylemlerine katılmamaları yönünde caydırıcı bir etki oluşturur.¹²³

İHAM bu kararlarıyla, hükümet binalarının kapalı alanlarını dahi kamu-sal mekân olarak değerlendirerek, kamusal mekânların toplanma özgürlüğüne açıklığı ilkesini teyit etmekle birlikte, yakın tarihli bir başka kararında, düzen-leyici ve göstericilerin mekân seçimi hakkının sınırlandırılabilirliğini de kabul etmiştir. Mahkeme, *Berladir v. Rusya* kararında; Moskova'daki bir meydana gerçekleştirilmek istenen gösterinin, güvenliğin yanı sıra araç park ve trafiğinin ve yaya geçişinin sağlanması gerekçeleriyle, yetkili makamlar tarafından iki kilometre uzakta bir başka meydana kaydırılmak istenmesini ve buna direnen göstericilerin gözaltına alınmasını ve ardından hafif idari para cezasına çarptırılmasını Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır.¹²⁴

Toplanma özgürlüğünün kapsamı içinde yer alan mekân seçim hakkının sınırlandırılabilir olması, bu sınırlandırmada uyulması gereken kriterlerin belirlenmesini zorunlu kılar. Diğer bir ifadeyle, kamusal mekânlara yönelik sınır-landırmalarda, taraf devletlerin sahip olduğu takdir payının kapsamının ortaya konmasını gerektirir. Bu husus, İHAM'ın takdir payının sınırlarını belirleyen demokratik toplumda gereklilik ölçütüne dair değerlendirmeleriyle birlikte an-lam kazanır. Bu noktada yapılabilecek ilk saptama, toplanma özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki işlevinin, sınırlandırma sırasında kamu otoriteleri-nin sahip olduğu takdir payını kısıtladığıdır.

Yukarıda aktarıldığı üzere İHAM, demokratik toplumun en üstün değer-lerinden biri olan toplanma özgürlüğü hakkının özünün korunması adına, ba-rışçıl nitelikteki her türlü gösteriye, otoritelerin belirli bir hoşgörü göstermeleri gerektiğini belirtmiştir. Mekân seçimi, bu yükümlülük dikkate alınarak sınır-landırılmak istendiğinde ise demokratik bir toplumda gereklilik kriterine uyul-malıdır. Bu kriter uyarınca bir özgürlük ancak baskın bir sosyal ihtiyaca hiz-met eden ve bu meşru amaca ulaşmak için ölçülü olan bir sınırlandırmaya tabi tutulabilir ve bu süreçte kamu otoritelerinin ortaya koyduğu gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olması gerekir.¹²⁵ Fakat İHAM'a göre toplanma özgürlüğü söz konusu olduğunda, kamu otoritelerinin takdir payı ayrıca daralmaktadır. İfade özgür-lüğüyle ilişkisi dikkate alındığında, toplanma özgürlüğüne yönelik sınır-landırma ölçütleri dar bir şekilde yorumlanmalı ve yapılan sınırlandırmaya yönelik ihtiyaç, ikna edici bir şekilde ortaya konmalıdır.¹²⁶ Ayrıca kamu yararına yöne-

¹²² Aynı karar, § 91.

¹²³ Aynı karar, § 95.

¹²⁴ *Berladir and Others v. Russia*, 34202/06, 10.07.2012, § 30, 56-62.

¹²⁵ *Taranenko v. Russia*, 19554/05, 15.5.2014, § 74; *Schwabe and M.G v. Germany*, 8080/0, 8577/08, 01.12.2011, § 111; *Patyi and Others v. Hungary*, 5529/05, 7.10.2009, § 39.

¹²⁶ *Osmani and Others v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 50841/99, 11.10.2001, s. 16; *Galstyan v. Armenia*, 26986/03, 15.11.2007, § 114.

lik siyasi meseleler söz konusu olduğunda, sınırlandırmaya dair gerekçeler daha da kuvvetli olmalıdır.¹²⁷

Bu daralan takdir payı içerisinde kamu otoriteleri, bildirim yükümlülüğünün amacına uygun olarak, diğer ifadeyle toplanmanın sorunsuz bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak için mekâna dair çeşitli düzenlemeler yapabilir. İHAM, kamu otoriteleri tarafından alternatif bir mekân ya da zaman önerilmesinin, tek başına, Sözleşme'ye aykırı olmayacağını kabul etmektedir.¹²⁸ Fakat bu öneri, keyfi bir şekilde yapılamaz. Bu noktada, toplanma ve gösterinin amacına ulaşması açısından mekânın sahip olduğu önem ya da mekânın göstericiler için taşıdığı anlam ile kamu düzeninin veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçları arasında bir dengenin, somut olayın koşulları çerçevesinde kurulması gerekmektedir. Nitekim Mahkeme *Berladir* kararında, alternatif mekân önerisinin özgürlüğü ihlal etmediği sonucunu ulaştırken, başvurucuların, mekân tercihlerine dayanak olarak, otoriteler tarafından ileri sürülen gerekçelere ağır basan geçerli bir neden ortaya koyamadıklarının altını çizmiştir.¹²⁹ Daha erken tarihli *Stankov* kararında toplanma özgürlüğünün ihlalini tespit ederken, otoriteler tarafından reddedilen yer ve zaman tercihinin, başvurucular açısından taşıdığı öneme dikkat çekmiştir.¹³⁰ Yakın tarihli *DİSK ve KESK v. Türkiye* kararında ise, esas olarak polis şiddeti nedeniyle toplanma özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermekle birlikte, değerlendirmesinde, 1977 yılındaki 1 Mayıs kutlamaları sırasında 37 kişinin öldüğü Taksim Meydanı'nın, bu trajik olayın sembolü haline geldiğine işaret etmiştir.¹³¹

Öte yandan İHAM, bir toplanma ya da gösterinin amacına ulaşması için en az mekân seçimi kadar önem taşıyan zaman tercihine yönelik müdahaleler hakkında yaptığı önemli bir tespit ile düzenleyici ve göstericilerin, bu konudaki tercihlerine öncelik verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre, bir toplumsal meseleye dair toplanma, söz konusu mesele, güncel bir toplumsal ya da siyasi tartışma içindeki önemi kaybolduktan sonra düzenlendiği takdirde, etkisini büyük ölçüde yitirir ve zamanında yapılması engellenen bir toplanma, anlamsız bir hale gelir.¹³²

Kamu otoriteleri; oldukça dar bir takdir payına sahip oldukları mekâna yönelik müdahalelerinde, esas olarak kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerine atıf yapmaktadır. Bu noktada İHAM, her iki meşru amacın da toplanma özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemini dikkate alan bir yaklaşımla yorumlanması ve uygulanması gerektiğine işaret eder. Toplanma özgürlüğünün niteliğinden kaynaklanan kaçınılmaz sonuçlar, kamu düzeninin bozulduğu ya da üçüncü kişilerin özgürlüklerinin sınırlandırıldığı anlamına gelmez. Kamusal mekânlarda gerçekleştirilen her toplanma ya da gösterinin, günlük yaşamı ve trafiği belirli düzeyde aksatması doğaldır.¹³³ Dolayısıyla gü-

¹²⁷ *Berladir and Others v. Russia*, 34202/06, 10.07.2012, § 44.

¹²⁸ *Primov and Others v. Russia*, 17391/06, 12.6.2014, § 122.

¹²⁹ *Berladir and Others v. Russia*, 34202/06, 10.07.2012, § 56, 58.

¹³⁰ *Stankov And The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 29221/95, 29225/95, 2.10.2001, § 109.

¹³¹ *DİSK and KESK v. Turkey*, 38676/08, 27.11.2012, § 31.

¹³² *Baczowski And Others v. Poland*, 1543/06, 03/05/2007, § 82.

¹³³ *Oya Ataman v. Turkey*, 74552/01, 05.12.2006, § 38; *Sergey Kuznetsov v. Russia*, 10877/04, 23.10.2008, § 44; *Yılmaz Yıldız and Others v. Turkey*, 4524/06, 14.10.2014, § 45.

rültü¹³⁴ ve trafiğin aksatılması¹³⁵ gibi gerekçeler özgürlüğe müdahale için yeterli değildir. Ayrıca soyut nitelikteki tehlike ve güvenlik varsayımları ile toplanma özgürlüğü sınırlandırılmaz. Örneğin Mahkeme, Moskova'daki kitlesel gösterilere yönelik terörist eylemler yapılacağına dair "çeşitli kaynaklardan" elde edilen bilgilere dayanarak bir toplanmanın yasaklanmasını keyfi olarak nitelendirmiş ve ihlal kararı vermiştir.¹³⁶ Öte yandan kamu otoriteleri, toplanmanın içerik ve yöntemine dair öznel değerlendirmeleri de sınırlandırmanın gerekçesi olarak kullanamaz. Bir gösteri için sadece bir günün yeterli olacağı¹³⁷ ya da gösteride protesto edilmek istenen konu hakkında idari soruşturmanın sonuçsuz kalması nedeniyle, bu konu hakkında toplanma yapmaya gerek olmadığı gibi nedenlere dayanarak toplanma özgürlüğü sınırlandırılmaz.¹³⁸ Bu hususların yanı sıra Mahkeme, toplanma özgürlüğüne dair önemli bir kararında, gerçek ya da varsayımsal bir kamu hissiyatının gereklerini tatmin etmek adına, özgürlüklerin sınırlandırılmasının, baskın bir sosyal ihtiyacın karşılanması olarak asla değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır.¹³⁹

3. İHAM İçtihatları Işığında Türkiye'deki Mekân Yasakları

Kamusal mekânların toplanma özgürlüğüne açıklığı ve bu mekânlara yönelik sınırlandırmaların, her bir toplanmanın somut özellikleri dikkate alınarak, ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine dair iki temel ilke üzerine inşa edilmiş İHAM içtihadı karşısında, Türkiye'deki hukuki durum açısından önem taşıyan meseleler; toplantı ve gösteri yürüyüşüne dair mutlak mekân yasakları ve idari amirlere, yer ve güzergâh belirleme konusunda tanınan neredeyse sınırsız yetkidir. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan mutlak yasaklar; genel yolları, şehirlerarası karayollarını, parkları, mabetleri, kamu hizmeti görülen bina ve tesisleri ve bunların eklentilerini ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alanı kapsamaktadır. Bu mekânlar dışında nerede toplantı ve gösteri düzenlenebileceğini belirleme yetkisi, aynı kanunun 6. maddesi uyarınca, çeşitli kurumlardan görüş almak suretiyle, münhasıran mülki amire aittir. Mülki amir olan vali ya da kaymakamın, yer ve güzergâh belirlerken, çeşitli kurumlardan görüş alması gerekmeyle birlikte, bu görüşleri dikkate alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Öte yandan 6. maddede, mülki amirlerin mekân ve güzergâh belirlerken uymaları gereken üç kriter belirlenmiştir: kamu düzenini ve genel asayiş bozmama ve vatandaşların günlük yaşamını zorlaştırmama.

Kanun'un öngördüğü sınırlandırma rejimi açısından yapılabilecek ilk tespit, mutlak yasakların hemen her birinin İHAM içtihadı ile çeliştiğidir. İHAM, parkların kategorik olarak (*a priori*) kitlesel gösterilere uygun birer kamusal mekân olduğunu ifade etmiş;¹⁴⁰ bir kilisede gerçekleştirilen protesto eylemine yönelik polis müdahalesine dair değerlendirmesinde, mekânın uygun olmama-

¹³⁴ *Galstyan v. Armenia*, 26986/03, 15.11.2007, § 116.

¹³⁵ *Patyi and Others v. Hungary*, 5529/05, 7.10.2009, § 42.

¹³⁶ *Makhmudov v. Russia*, 35082/04, 26.7.2007, § 32, 71-73.

¹³⁷ *Hyde Park and Others v. Moldova* (No. 4), 18491/07, 04/2009, § 53.

¹³⁸ *Primov and Others v. Russia*, 17391/06, 12.6.2014, §135-138.

¹³⁹ *Vajnai v. Hungary*, 33629/06, 8.7.2008, § 57.

¹⁴⁰ *Nosov and Others v. Russia*, 9117/04 10441/04, 20.2.2014, § 130.

sını değil, protesto eyleminin iki ayı aşan süresini dikkate almış;¹⁴¹ çiftçilerin, üç otoyol güzergâhını protesto amacıyla trafiğe kapatmaları nedeniyle aldıkları cezaları, ölçüsüz olduğu gerekçesiyle Sözleşme'ye aykırı bulmuş¹⁴² ve yukarıda aktarıldığı üzere, Moskova'daki başkanlık binasında gerçekleştirilen protesto eylemine verilen hapis cezasının da yine ölçüsüzlük nedeniyle, Sözleşme'yi ihlal ettiğine hükmetmiştir.¹⁴³ Kısacası, TBMM çevresi haricinde, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda yer alan mutlak yasakların, İHAS'a açıkça aykırı olduğu hali hazırda tespit edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu yasakların, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası ve AYM'nin yukarıda değinilen içtihadı uyarınca "uygulanma kabiliyeti" bulunmamaktadır ve bu yasaklara dayanarak gerçekleştirilen sınırlandırmalar, "kanunilik şartını sağlamadığı" için anayasayı ihlal eder.

Mutlak yasaklarla aynı etkiyi doğurması bakımından önem taşıyan, mülki amirlerin yer ve güzergâh belirleme yetkisi de, kapsamı, uygulanışı ve sonuçları bakımından İHAS'ta öngörülen sınırlandırma rejimine ve dolayısıyla anayasaya aykırıdır. Söz konusu yetkinin kapsamının İHAS'a aykırılığı ilk olarak, sınırlandırma ölçütlerinden kaynaklanır. Kamu düzeni ve genel asayişin korunması ölçütleri, İHAM'ın sınırlandırma rejimine dair ortaya koyduğu ve yukarıda aktarılan kriterler çerçevesinde uygulanacak olursa, İHAS'a aykırı olmayabilir; fakat vatandaşların günlük yaşamını zorlaştırmama ölçütüne dayanarak gerçekleştirilecek sınırlandırmalar -kural olarak- İHAS'ın ihlal edilmesine yol açar. Toplanma özgürlüğünün, bir il ya da ilçenin sınırları içinde yer alan herhangi bir kamusal mekânda kullanımı, her koşulda vatandaşların günlük yaşamını belirli ölçüde zorlaştırır. Oysa yukarıda ortaya konduğu üzere İHAM, toplanma ve gösterilerin, kaçınılmaz olarak günlük yaşamı etkilediğini belirtmekte ve trafik ya da gürültü gibi gerekçelerin toplanma özgürlüğünün sınırlandırılmasında yeterli olmadığını vurgulamaktadır. Burada, barışçıl toplanmanın her türlüşüne hoşgörü gösterme yükümlülüğü belirleyici hale gelmektedir.

Bu noktada en büyük sorun, yer ve güzergâh belirleme yetkisinin, somut bir toplanma ya da protesto eylemine yönelik bir tedbir alınması amacıyla değil, sınırsız süreyle geçerli, önleyici bir yasaklama şeklinde kullanılmasıdır. İHAM'a göre, demokratik bir toplumda gereklilik kriterini karşılayabilmesi için, bir sınırlandırmanın baskın bir sosyal ihtiyaca hizmet etmesi, bu amaca ulaşmak için gerçekleştirilen müdahalenin ölçülü olması, diğer bir ifadeyle amaca ulaşmada özgürlüğü en az düzeyde kısıtlayacak yöntemin seçilmesi gerekir. Tüm bu süreçte, kamu otoritelerinin soyut tehlike ya da düzen varsayımlarıyla hareket etmemesi, toplanma özgürlüğünün önemini dikkate alarak, sınırlandırma için ikna edici ve güçlü gerekçeler ortaya koyması ve her halükarda sınırlandırma ölçütlerini dar yorumlaması gerekir. Dolayısıyla ancak istisnai olarak ve belirli bir süre için bir mekânın toplanma özgürlüğüne kapatılması durumunda İHAS'a uygunluktan söz edilebilecekken, tam tersine, toplanmaya açık mekânların istisnai olarak belirlenmesi, kamusal mekânların toplanma özgürlüğüne açıklığı ve sınırlandırmanın ölçülülüğü ilkelerini ihlal eder.

Mekân yasakları, İHAM'ın ölçülülük ilkesi bakımından ortaya koyduğu kriterleri -kategorik olarak- karşılayamaz, çünkü somut olayın koşullarını dik-

¹⁴¹ *Cisse v. France*, 51346/99, 9.4.2002, § 50-54.

¹⁴² *Kudrevičius and Others v. Lithuania*, 37553/05, 26.11.2013, § 80-84.

¹⁴³ *Taranenko v. Russia*, 19554/05, 15.5.2014, § 95.

kate almadan yürürlüğe konan bu derece geniş kapsamlı yasakların, toplanma özgürlüğünün demokratik bir toplumda taşıdığı işleve ağır basan bir şekilde gerekçelendirilmesi mümkün değildir. Türkiye'nin en büyük iki şehrindeki uygulamada da bu imkânsızlığı teyit eder. Valilikler tarafından yapılan duyurularda, İstanbul'da sekiz,¹⁴⁴ Ankara'da ise on bir toplanma mekânı belirlenmiştir.¹⁴⁵ Fakat bu duyurularda, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun öngördüğü üç kritere dair herhangi bir gerekçe yer almamaktadır.¹⁴⁶

¹⁴⁴ İstanbul Valiliği ilk olarak 04/06/2014 gün ve 27456 sayılı kararı ile iki alanı (Yenikapı ve Maltepe Sahil Alanları), ardından 17/04/2015 gün ve 22327 sayılı kararı ile altı alanı (Kartal Meydanı, Kadıköy Yeni Sahil Pazar Alanı, Pendik Cumartesi Pazar Alanı, Bakırköy Cumhuriyet Meydanı, Bakırköy Cumartesi Halk Pazarı Alanı, Beylikdüzü F. S. M Camii Otopark Alanı) toplanma mekânı olarak belirlemiş ve basın duyuru ile ilan etmiştir. Bkz. www.istanbul.gov.tr. Basın duyurularında "[t]emel hak ve özgürlüklerden olan, Anayasa ve yasalarla güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının özgür bir ortamda anayasa ve kanunlarla belirtilen esaslar çerçevesinde kullanılması, Sivil Toplum Kuruluşları ile tüzel kişiliği bulunmayan diğer oluşumların ve gerçek şahısların itibar edecekleri toplantı ve gösteri yürüyüşü alanlarının tespit edilmesi, Büyükşehir Belediyesi'nin çevre düzenlemesi ve şehir temizliği ile ilgili olarak afiş asılacak yerlerin belirlenmesi amacıyla" toplantı ve gösteri yürüyüşü yer ve güzergâhının valilik onayı ile uygun görüldüğü belirtilmektedir.

¹⁴⁵ Ankara Valiliği'nin 17/07/2014 tarih ve 8624 sayılı onayına dayanan ilan için bkz. www.ankara.gov.tr. Basın duyurusunda, 2911 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik nede- niyle, toplantı ve gösteri yürüyüşü yer ve güzergâhının valilik onayı ile uygun görülerek güncellendiği belirtilmekte, bunun dışında herhangi bir gerekçe yer almamaktadır.

¹⁴⁶ Bu nedenle İstanbul Valiliği'ne yapılan, mekân yasaklarında hangi kriter ve gerekçe- lere dayandığına dair bilgi edinme başvurusuna, vali yardımcısı tarafından verilen, 15342297-522-8620 sayılı ve 12/2/2015 tarihli yanıt şu şekildedir: "Vatandaşlarımızın; miting alanlarına geliş ve dağılmalarında toplu ulaşım araçlarını rahatlıkla kulla- nabilmeleri, bu alanlara gidiş ve gelişlerinin İstanbul trafiğini olumsuz etkilememesi, otopark ve diğer ihtiyaçlarını karşılayabilecek her türlü imkâna sahip olmaları, belirlen- nen bu alanların düz alanlara kurulu olması ve etraflarında fiziki engellerin bulunma- masından ötürü, tahliye durumlarında (acil ve panik halinde) katılımcıların dağılabil- melerinin kolaylaştırılması, genel asayiş ve güvenlik tedbirleri alınması için uygun bir konuma sahip olmaları, gösteri yürüyüşleri ve açık yer toplantı alanları olarak "Fatih Yenikapı Sahil Alanı" ve "Maltepe Sahil Alanı"nın seçilmesindeki kriterlerdir." Valilik bu açıklamayı, henüz yalnızca iki toplanma mekânı belirlemiş olduğu bir dönemde yap- mıştır ve görüldüğü üzere temel gerekçeler olarak ulaşım kolaylığını, park imkânlarını, trafiğin sağlıklı akışını ve güvenlik tedbiri almaya elverişliliği göstermiştir. Kısacası, kamu düzeninin korunmasına, toplanma özgürlüğünün korunması karşısında öncelik tanınmaktadır. Fakat mekân ile özgürlük arasındaki bağı yok sayan bu önceliğin en ağır tedbir olan mutlak bir yasak ile tanınması, kamusal mekânların toplanma özgür- lüğüne açıklığı ilkesine ve sınırlandırmaların ölçülü olması yükümlülüğüne aykırıdır. Bu çalışmada, bu aykırılıkların nedenini oluşturan hukuki çerçeve ortaya kondu. Fa- kat kısaca somutlaştırmak gerekirse, örneğin bu gerekçeler, bin kişilik bir toplanma- nın, milyonlarca insanın toplanabildiği Maltepe ve Yenikapı yerine, neden şehrin başka bir yerinde yapılamadığını ya da kalabalık bir toplanmanın, neden trafiğe kapalı bir meydana ya da bir tatil gününde dahi yapılamadığına dair bir açıklama içermez. Öte yandan bir mekânla doğrudan bağı olan bir eylem veya protestonun, neden şehrin bir başka köşesinde yapılmak zorunda olduğu konusunda da suskundur. Valiliğin, somut olayın koşullarını dikkate alma ve mümkün olan en az sınırlayıcı tedbiri öncelikle uy- gulama ilkelerini göz ardı eden bu genel gerekçeleri, demokratik bir toplumda gereklilik ve bu kapsamda ölçülülük ilkesini ihlal eden somut bir örnek olarak değerlendirilebilir. Öte yandan valiliğin daha sonra altı toplanma mekânı daha belirlemesi, ilk kararına dayanak olarak gösterdiği gerekçelerin keyfiğini gözler önüne serer. Bu altı mekân,

Bugüne kadar İHAM'ın önüne, Türkiye'deki mekân yasaklarıyla kıyaslanabilecek genişlikte bir uygulama gelmedi. Fakat bu noktada, sadece belirli bir süre boyunca ya da belirli bir mekânda geçerli olacak yasakların meşruluğu için Mahkeme'nin ortaya koyduğu kriterlere değinmek, Türkiye'deki yasakların ölçüsüzlüğünü kavramak açısından yararlı olabilir. Mahkeme'ye göre bir toplanma ya da gösteriye yönelik süreli bir yasak, ancak, bu gösteriler sonucunda kamu düzeninin bozulmasına dair gerçek bir tehlikenin varlığı ve bu tehlikenin, daha hafif araçlarla engellenememesi durumunda söz konusu olabilir. Böyle bir durumda otoriteler, genel bir yasağın, kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayan toplanmalara etkisini dikkate almak zorundadır. Bu tür bir yasağın diğer gösteriler üzerinde yaratacağı olumsuz etkiye kıyasla, otoriteler tarafından ileri sürülen güvenlik gerekçelerinin açıkça ağır basması ve söz konusu olumsuz etkinin, yasağın kapsamının mekân ve zaman bakımından daraltılarak aşılmasının mümkün olmaması halinde, yasaklama tedbiri, demokratik bir toplumda gereklilik ölçütünü karşılayabilir.¹⁴⁷

Ankara'da on bir ve İstanbul'da sekiz toplanma ve gösteri mekânının belirlenmesi diğer yandan, İHAM tarafından geliştirilen *gizli engel* ve *caydırıcı etki* kavramlarının somut birer örneğini oluşturur. İHAM gizli engel kavramını, bildirim yükümlülüğüne aykırılıkların, özgürlüğün kullanımını engellemek amacıyla kullanılmasını tanımlamak için geliştirmiştir. Türkiye'deki durum ise çok daha yapsal bir engele işaret eder. Anayasa uyarınca önceden izin almaksızın kullanılabilecek toplanma özgürlüğü, barışçıl olsa bile, sadece yasaklanmamış mekânlarda kullanılabilmekte, bu durum özgürlüğün kapsamını fiilen ve ölçüsüz bir şekilde daraltmaktadır. Bununla bağlantılı olarak özgürlüğü kullanmak isteyenlere yönelik caydırıcı etki; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda yer alan kanun dışı toplanma tanımı, toplanmayı dağıtma yükümlülüğü ve cezalardan kaynaklanmaktadır. Kanun'un 23. maddesinin (d) ve (e) bentleri uyarınca, mutlak yasakların geçerli olduğu mekânlarda ve valilik tarafından belirlenen mekânların dışında gerçekleşen tüm toplantı ve gösteriler, başka hiç bir koşul ya da özelliğe bakılmaksızın "kanuna aykırı sayılır". Kanun'un 24. maddesi uyarınca, bu şekilde kanuna aykırı olarak başlayan toplantı ve gösterilerde, "güvenlik kuvvetleri amiri, topluluğa dağılmaları, aksi halde zor kullanılarak dağıtılacakları ihtarında bulunur ve topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır." Emredici nitelikteki bu hükmün yanı sıra Kanun'un 28. maddesinde, kanuna aykırı toplantı ve gösterilere sadece katılmak dahi, hapis cezası gerektiren bir eylem olarak düzenlenmiştir.

Böylelikle, bir şehrin herhangi bir yerindeki bir parkta ağaçların kesilmesini ya da herhangi bir sokakta işlenen bir siyasi cinayeti veya herhangi bir idari ya da siyasi kurumun faaliyetlerini, ilgili mekânlarda protesto etmek isteyen kişiler, mekân yasakları nedeniyle, barışçıl niyetlerine bakılmaksızın, polisin zor kullanımı ve cezai yaptırım tehdidinde maruz kalmakta ve pek çok

Yenikapı ve Maltepe toplanma alanlarından farklı nitelikte olmasına rağmen toplanma mekânı olarak belirlenmiştir. Ayrıca bu yeni mekânlar arasında yer alan, şehrin merkezinde bulunan ve etrafı sütunlar ve dükkanlarla çevrili olan Bakırköy Cumhuriyet Meydanı'nda toplanılabilecekken, örneğin Taksim ya da Kadıköy Meydanlarında hiç bir koşulda toplanılamamasının tutarlı ve hukuki gerekçesini ortaya koymak mümkün değildir. Toplanma mekânı sayısının ilerleyen yıllarda artırılması, bu çelişkileri daha da katmerlendirecektir.

¹⁴⁷ *Gün and Others v. Turkey*, 8029/07, 18.06.2013, § 50; *Christians Against Racism And Fascism v The United Kingdom*, 8440/78, 16.7.1980, D.R. 21, s. 150.

olayda, bu tehdit gerçeğe dönüşmektedir. Oysa İHAM'a göre barışçıl bir gösteri, cezai bir yaptırım tehdidinde tabi kılınmaz ve hukuka aykırı bir durumun varlığı, tek başına, toplanma özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli değildir. Nitekim, 2911 sayılı Kanun'dan kaynaklanan bu özelliklerin toplanma özgürlüğünü ihlal ettiği İHAM tarafından somut vakalarda ortaya konmuştur.

Örneğin İHAM, *Nurettin Aldemir v. Türkiye* kararında, Ankara Valiliği'nin belirlediği alanların dışında yer alan Kızılay Meydanı'nda Eğitim-Sen tarafından yapılan bir gösteriye yönelik polis müdahalesinin, toplanma özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmederken, gösterinin barışçıl niteliğine rağmen, sadece belirlenen yerler dışında gerçekleştirildiği için güç kullanılarak dağıtılmasının ve ardından başvuru hakkında başlatılan kovuşturmanın caydırıcı bir etki yaratacağının altını çizmiştir.¹⁴⁸ Mahkeme, gösterinin, Ankara'nın merkezinde yer alan Kızılay Meydanı'nda yapılmak istenmesinin, belirli bir kargaşaya yol açacağını kabul etmiş, fakat gösterinin amacının da TBMM'de görüşülmekte olan bir yasa tasarısını protesto etmek olduğuna işaret etmiştir.¹⁴⁹ Bu noktada, kamu otoritelerinin, barışçıl toplanmalara hoşgörü gösterme yükümlülüğünü hatırlatan Mahkeme, şiddet içeren polis müdahalesinin ölçülü ve kamu düzeninin bozulmasının engellenmesi için gerekli bir yöntem olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁵⁰

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda; mekân yasaklarına, toplanmanın dağıtılmasına ve katılımcıların cezai sorumluluğuna ilişkin olarak yer alan düzenlemelerin uygulamaya yansımaları incelendiğinde, idari düzlemde valiliklerin ve yargısal düzlemde ise Yargıtay'ın kararlarında, barışçıl toplanmaların her halükarda korunması yükümlülüğüne uygun örnekler görmek mümkündür. İdare, belirlediği mekânlar dışında yapılan gösterilerin bazılarını müdahale etmemektedir. Örneğin 31 Mayıs 2014 tarihinde, İnsan Hak ve Hürriyetleri İnsani Yardım Vakfı tarafından Mavi Marmara gemisinde yaşananları anma amacıyla düzenlenen ve Sultanahmet'ten başlayıp, Sarayburnu'na kadar süren bir gösteri yürüyüşü, herhangi bir polis müdahalesi olmadan sonlan-

¹⁴⁸ *Nurettin Aldemir and Others v. Turkey*, 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02, 32138/02, 18.12.2007, § 34.

¹⁴⁹ Aynı karar, § 45.

¹⁵⁰ Aynı karar, § 47. İHAM aynı şekilde, Beyoğlu İstiklal Caddesi'nde gerçekleştirilen bir toplanmaya yönelik polis müdahalesinin, hükümet tarafından mutlak yer yasaklarına atıfla meşrulaştırılmaya çalışılmasını reddetmiş ve ölçülülük ilkesine aykırılık gerekçesiyle toplanma özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. *Biçici v. Turkey*, 30357/05, 27.2010, § 52-57. Ayrıca, İHAM kararlarının taraf devletler tarafından uygulanmasını izlemek ve denetlemekle yetkili Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin önünde, Ataman Grubu kararları başlığı altında bir dosyanın açık olduğunu da vurgulamak gerekir. 2006 yılında verilen *Oya Ataman v. Türkiye* kararının ardından, 45 davanın eklenmesiyle kapsamı genişleyen ve ihlallerin yoğunluğu nedeniyle "nitelikli izleme usulüne" tabi olan bu davalar grubuna ilişkin dosya, ancak 2911 sayılı Kanun'da ve ilgili diğer mevzuatta İHAM içtihatları ve Komite'nin uyarıları doğrultusunda değişiklikler yapılması halinde kapanacaktır. Bakanlar Komitesi, 12 Mart 2015 tarihli son oturumunda Türkiye devletine; barışçıl gösterilerin korunmasını ve barışçıl göstericilere yönelik kötü muamelenin engellenmesini sağlayacak hukuki düzenlemeleri yapma ve tedbirleri alma konusundaki uyarılarını bir kez daha yinelemiştir. Bakanlar Komitesi, *1222nd meeting* - 12 March 2015, **Case no: 20**. www.coe.int. Ataman Grubu kararlarının izlenmesi sürecine dair ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Başak Çalı, **Ataman Grubu/Türkiye Kararlarının Uygulanması, İzleme Raporu**, İHOP, 2014. www.aihmiz.org.tr.

muştır.¹⁵¹ Daha yakın bir tarihte; Alevi örgütleri ve Eğitim-Sen'in birlikte düzenlediği "Laik, Bilimsel, Anadilinde Eğitim ve Demokratik Yaşam için Dayanışma ve Birlik Mitingi", Kadıköy'de yine polis müdahalesi olmadan yapılmıştır.¹⁵²

Fakat idari makamlar tarafından gösterilen hoşgörünün oldukça sınırlı düzeyde kaldığını ve ayrıca yeknesak ve öngörülebilir bir uygulama haline gelmediğini vurgulamak gerekir. Özellikle 1 Mayıs kutlamalarında Ankara ve İstanbul'daki uygulama, bu durumun en temel örneklerini oluşturmaktadır. Türkiye'de toplanma özgürlüğünün ihlal edildiğinin İHAM tarafından tespit edildiği davaların, bu çalışmada değinilen önemli bir kısmı da mekân yasaklarına uyulmaması nedeniyle gerçekleştirilen polis müdahalelerine ve bunların ölçüsüzlülüğüne ilişkindir. Ayrıca, yakın tarihli iki örnek, valilik uygulamasının yeknesak ve öngörülebilir olmadığını ortaya koyar. Bunlardan ilki, yukarıda değinilen Sultanahmet mitingi ile aynı tarihte Taksim'de gerçekleştirilmek istenen gösterilere polis tarafından müdahale edilmesidir.¹⁵³ İkinci bir örnek, yine yukarıda değinilen Kadıköy mitinginden yalnızca iki ay önce, İstanbul Kent Savunması ve Kuzey Ormanları Savunması tarafından yapılmak istenen "Kent ve Doğa Mitingi"ne dair valiliğin basın açıklamasıdır. Mitingin yasaklandığına yönündeki haberlere açıklık getirmek amacıyla yapıldığı belirtilen basın açıklamasında, bir yasaklamanın söz konusu olmadığı, çünkü Kadıköy'ün zaten "2014 yılı toplantı ve gösteri yürüyüşleri alanları içinde yer almadığı" vurgulanmıştır. Başka bir deyişle valilik, toplanma özgürlüğünün kullanımına kapatılmış bir yerde gösteri yapılması mümkün olmadığı için bir yasaklamanın da söz konusu olamayacağına işaret etmiştir.¹⁵⁴

Yargıtay ise mekân yasaklarına uyulmaması nedeniyle kanuna aykırı hale gelen toplantı ve gösterilere katılma suçunun oluşumunu değerlendirirken, barışçıl olma kriterini çoğunlukla dikkate almaktadır.¹⁵⁵ Hatta 2911 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca mutlak bir yasağın geçerli olduğu TBMM içinde, üniversite harçlarını protesto etmek amacıyla gerçekleştirilen bir eyleminin dahi, söz konusu Kanun kapsamında bir suç olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁵⁶ Yargıtay'ın kararlarında, Kanun'un öngördüğü yerler dışında bir eylem yapılmasına rağmen, suçun oluşmadığı tespit edilirken "demokratik tepki",¹⁵⁷ "masumane davranış",¹⁵⁸ ve "hoşgörü çerçevesinde değerlendirilebilir bir protesto"¹⁵⁹ gibi kavramlar kullanılmaktadır. Ayrıca trafiğin aksatılmamasının da, suçun oluşmasını engelleyen bir öge olduğu sıklıkla

¹⁵¹ Anadolu Ajansı, "Sarayburnu'na Mavi Marmara Yürüyüşü", 31 Mayıs 2014, <http://www.aa.com.tr>.

¹⁵² Anadolu Ajansı, "Aleviler Artık Sahipsiz Değil", 8 Şubat 2015, <http://www.aa.com.tr>.

¹⁵³ Anadolu Ajansı, "Gezi Parkı Gösterilerine Polis Müdahalesi", 31 Mayıs 2014, <http://www.aa.com.tr>.

¹⁵⁴ 24.12.2014 tarihli basın açıklaması için bkz. www.istanbul.gov.tr.

¹⁵⁵ Ali İşgören, **Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri**, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 117; Tolga Şirin, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, 12 Levha Yayıncılık, 2013, s. 66.

¹⁵⁶ Yargıtay, 8. Ceza Daire, E: 1998/26, K: 1998/4491, 27.3.1998.

¹⁵⁷ Yargıtay, 8. Ceza Daire, E: 2006/2428, K: 2006/9022, 7.12.2006; E: 2002/12823, K: 2004/323, 23.1.2004.

¹⁵⁸ Yargıtay, 8. Ceza Daire, E: 1998/26, K: 1998/4491, 27.3.1998.

¹⁵⁹ Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, E: 2004/8-6, K: 2004/117, 11.5.2004.

tekrarlanmaktadır.¹⁶⁰ Fakat Yargıtay içtihatlarında da toplanmanın barışçıl niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olduğuna dair bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Örneğin 8. Ceza Dairesi'nin yer ve güzergâh yasaklarına aykırılık,¹⁶¹ Ceza Genel Kurulu'nun ise gece toplanma yasağını ihlal nedeniyle verilen cezaları onayladığı kararları bulunmaktadır.¹⁶²

İdari makamların bazı durumlarda toplanmalara müdahale etmemesi ve Yargıtay'ın bazı kararlarında özgürlükçü bir yorum getirmesi, özgürlüğün ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına ve hatta kayıtlanmasına imkân veren Kanun'un, gizli bir engel oluşturan sistematığına ve caydırıcı etki yaratan uygulamasına dair tespitleri geçersiz kılmaz. Aksine valiliğin, sahip olduğu takdir yetkisini kullanım şekli ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturduğu gibi Yargıtay'ın yeknesak olmayan içtihadı, hukuk devletinin özellikleri arasında yer alan öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerini ihlal eder. Kanun'un yeknesak olarak uygulanmaması daha ziyade, öngörülen yasakların kapsamının ne kadar geniş olduğunun anlaşılmasını sağlar. Sonuç olarak bir şehrin neredeyse bütününde geçerli bir yasağı uygulayabilmek için yeterli polis gücünün istihdamı, bu yasağa aykırı davranışların tutulacağı hapishanelerin inşası ve toplumun bir kısmının böylelikle kriminalize edilmesi sonucunda oluşabilecek meşruiyet sorunlarının aşılması oldukça zorlu siyasi meselelerdir.

B. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Toplanma Özgürlüğü

1982 Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca, İHAS'ın toplanma özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesinin ve bu özgürlüğü somutlaştıran İHAM içtihatlarının doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu, bir önceki kısımda aktarıldığı üzere, AYM tarafından ortaya konmuştur. Dolayısıyla Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, İHAS'ta düzenlenen toplanma özgürlüğüne dair İHAM tarafından çizilen genel çerçeveye aykırı olan hükümlerinin, AYM'nin ifadesiyle "uygulanma kabiliyeti" bulunmamaktadır. Fakat İHAS kuşkusuz, Türkiye'deki yargı organlarını bağlayıcı nitelikteki tek ölçü norm değildir. AYM içtihadı incelendiğinde, toplanma özgürlüğünün kapsamı hakkında oldukça köklü ve özgürlükçü bir içtihadı birikimin varlığı dikkat çeker. Bu birikim, özgürlüğün kapsamına ve sınırlandırma rejimine dair İHAM içtihatlarıyla uyumlu bir içeriği yansıtır ve bunu aşan şekilde öze dokunma yasağına dair ayrıntılı ölçütler ortaya koyar. Böylelikle, Kanun'da öngörülen mekân yasaklarının, ölçülülük ilkesinin yanı sıra öze dokunma yasağı açısından değerlendirilebilmesi için önemli bir imkân sunar.

1. Pozitifleşmiş Bir Öz Unsuru Olarak "Önceden İzin Almama"

AYM, toplanma özgürlüğüne ilişkin 1963 tarihli ilk kararında, bildirim yükümlülüğünün işlevini ortaya koymuştur.¹⁶³ Mahkeme, bildirim yüküm-

¹⁶⁰ Tolga Şirin, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, s. 67.

¹⁶¹ **Yargıtay, 8. Ceza Daire**, E: 2006/1587, K: 2006/8608, 27.11.2006.

¹⁶² **Yargıtay, Ceza Genel Kurulu**, E: 2004/8-6, K: 2004/117, 11.5.2004.

¹⁶³ Anayasa Mahkemesi'nin içtihadının olduğu dönemde yürürlükte olan 1961 Anayasası'nda toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının düzenleniş şekli, 1982 Anayasası'nın 34. maddesi ile büyük ölçüde özdeştir. 1961 Anayasası, **Madde 28** - Herkes, önceden izin almaksızın, silahsız ve saldırısız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahiptir. Bu hak, ancak kamu düzenini korumak için kanunla sınırlanabilir.

lülüğünün, Anayasa’da yer alan “önceden izin almama” güvencesine aykırı olmadığına hükmederken, bildirim esas amacının “haber vermek” olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme’ye göre bildirim yükümlüğü, “kamu düzenini korumakla görevli ve sorumlu makamların *gerekli güvenlik tedbirlerini vaktinde almalarını sağlamak* içindir... [Bildirim], sadece toplantı veya yürüyüş için izin alınmasını sağlamaya yarayan bir işlem sayılması doğru değildir.”¹⁶⁴

Burada Mahkeme’nin, bildirim yükümlülüğünün amacının, “gerekli güvenlik tedbirlerinin vaktinde alınması” olduğunu vurgulaması önem taşır; bildirim sonucunda ilgili makamların yapması gereken, öncelikle özgürlüğün kullanımını sağlayacak önlemleri almaktır.¹⁶⁵ Böylelikle Mahkeme, kamu otoritelerinin, muhatabı oldukları bildirim sürecini, bir izin sistemine ve yasaklama aracına *dönüştürme* yükümlülüğünün altını çizer. Bu özellik, Mahkeme tarafından, toplanma özgürlüğünün özüne dokunan müdahalelere ilişkin ortaya koyduğu *temel ilke* ile teyit edilmiştir. Mahkeme’ye göre “her hangi bir konuda yapılmak istenen toplantı veya gösteriyi açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikte” müdahaleler hakkın özüne dokunur.¹⁶⁶ AYM bu temel ilkedan hareketle, “tezahürat veya gösteri veya protesto maksadiyle yahut maksadı mahsus müstenid olarak toplanma”yı kanuna aykırı olarak nitelendiren dönemin toplanma özgürlüğü kanunun ilgili maddesini anayasaya aykırı bulmuştur:

“Anayasa... maddelerinde, *konular bakımından, bu hakkın sınırlandırıldığına dair bir kayıt yoktur*. [Toplanma özgürlüğünü düzenleyen] bu madde ile düşünce hürriyetini kapsayan 20’nci madde karşısında, *silâhsız ve saldırsız olmak ve özel kanunun kamu düzenini korumak için koyduğu kayıtlara uymak şartıyla* kişilerin ister gösteri, ister protesto maksadı ile veya sair fikir, düşünce ve maksatlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahip olduğunda şüphe ve tereddüdü gerektirir bir yön yoktur. Hal böyle iken, *silâhsız ve saldırsız olsa ve özel kanunun kamu düzenini sağlamak için koyduğu kayıtlara uyulmuş bulunulsa dahi* söz konusu... maddenin (f) bendinde sayılan şekil ve maksatlarla yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşleri, kanunsuz toplantı ve gösteri yürüyüşü diye tavsif ve suç olarak tespit ve kabul edilmiş bulunmaktadır. Gösteri ve protesto maksadiyle yapılacak toplantıların ve gösteri yürüyüşlerinin *yasaklanması* ve yine bu bentte yer alan *ve neyi ifade ettiği açıkça anlaşılmayan ve her türlü yorumla elverişli bulunan* (Maksadı mahsus) gibi

1982 Anayasası’nda sınırlandırma ölçütleri olarak milli güvenlik ve genel ahlak gibi, kamu düzeni ölçütüne kıyasla oldukça geniş sınırlandırma imkânları tanıyan kavramlar bulunmakla birlikte, bu amaçlara ulaşmak için alınan tedbirlerin ölçülü olmasına ve öze dokunmamasına dair her iki anayasada yer alan özdeş yükümlülük, 1961 Anayasası döneminde oluşturulmuş içtihadın güncelliğini koruduğunu gösterir. AYM, 2911 sayılı Kanun hakkında somut norm denetimi yolunu kapatan Anayasa’nın geçici 15. maddesinin 2001 yılında kaldırılmasının ve bireysel başvuru usulünün yürürlüğü girmesinin ardından, toplanma özgürlüğüne dair içtihadını geliştirme fırsatını, bu metnin kaleme alındığı tarihe dek henüz bulamamıştır.

¹⁶⁴ AYM, E: 1962/208, K: 1963/1, 4/1/1963, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 1, s. 74.

¹⁶⁵ İlhan Akın, “*Toplanma Özgürlüğü*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 30, Sayı: 3-4, 1964, s. 560.

¹⁶⁶ AYM, E: 1962/208, K: 1963/1, 4/1/1963, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 1, s. 74.

terimlerle belirtilen hükümler, kişinin temel haklarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün *belli şekil ve konularını kökünden kaldırmakta* ve bu sebeple de Anayasanın 11'inci maddesinin 2'nci fıkrasına aykırı olarak (Hak ve hürriyetin özüne) dokunmaktadır.”¹⁶⁷

AYM bu kararıyla, bir yandan toplanma özgürlüğünün özüne ilişkin *temel bir ilke* ortaya koymuş, diğer yandan bu özgürlüğün *pozitifleşmiş öz unsuru* olan “önceden izin almama” ek güvencesinin¹⁶⁸ içeriğini somutlaştırmıştır. Öte yandan bu temel ilke ve ek güvence, birbiriyle ilişki içinde değerlendirilebilir. Önceden izin almama ek güvencesi, yasama ve yürütme organı tarafından toplanma ya da gösterinin, bildirim süreci bir öndenetime dönüştürülerek keyfi olarak *yasaklanmasını* ya da çeşitli usuli ayrıntılara aykırılık gerekçesiyle *yapılamaz hale konmasını* veya yapılmasının *ciddi surette güçleştirilmesini* ve dolaylı sınırlandırmalarla, *amacına ulaşmasının önlenmesini* ve *etkisinin ortadan kaldırılmasını* engellemek amacıyla anayasada yer alan *pozitifleşmiş bir öz unsurudur*. AYM'nin 1963 yılı gibi çok erken bir tarihte ortaya koyduğu bu öğelerin, İHAM'ın gizli engel, caydırıcı etki ve pozitif yükümlülüğe dair içtihadıyla uyum içinde olduğunu vurgulamak gerekir.

AYM ayrıca, toplanma özgürlüğünün konu bakımından bir sınırının olmadığına dikkat çeker. Bu ifade, pek tabii toplanma özgürlüğünün konusunun, örneğin nefret suçları kapsamında bir suç oluşturması halinde sınırlandırılmayacağı anlamına gelmez. Toplanma özgürlüğünü, ifade özgürlüğü ile birlikte ele alan AYM'nin bu vurgusu, özgürlüğün yalnızca konuya atıfla sınırlandırılmasının, çok daha sıkı koşullara ve sağlam gerekçelendirmelere tabi olması gerektiği şeklinde yorumlanabilir ve bu açıdan, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin içtihadıyla aynı doğrultudadır. AYM, bireyler açısından ise toplanma özgürlüğünün barışçılığını ve kamu düzeninin korunması için alınan tedbirlere uyulmasını temel yükümlülükler olarak ortaya koyar. Fakat bireylerin bu yükümlülükleri, aynı zamanda kamu otoritelerinin müdahale yetkisinin sınırlarını çizer. Bir başka deyişle barışçıl bir toplanmaya, kamu düzeninin korunması gerekçesiyle de olsa, hakkın özüne dokunan müdahaleler yapılamaz. AYM'nin, idari makamlara, toplanma ve gösterilere müdahale etmek için adeta sınırsız bir takdir yetkisi sağlayan “tezahürat veya gösteri veya protesto maksadiyle yahut maksadı mahsusa müstenid olarak” kriterlerini iptal ederken vurguladığı husus budur. Toplanmanın barışçılığını dikkate almadan, toplanmanın konusuna atıfla yapılan müdahale, AYM'ye göre özgürlüğün sınırlandırılması değil “kökten kaldırılması” sonucunu doğuracağı için hakkın özünü ihlal eder.

¹⁶⁷ Aynı karar, s. 75. (abç)

¹⁶⁸ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Öz**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 156-157. “[B]u ek güvencelerin... özelliği, yasa koyucunun temel hakları sınırlama yetkisine kesin bir engel teşkil etmeleridir... Temel hak içeriği açısından bakıldığında, ek güvenceler, ilgili oldukları hakkın norm alanına özel ve yoğun bir koruma getirmektedir. Norm alanının belli unsurları bu güvenceler sayesinde yasa koyucunun müdahalesine karşı dokunulmaz bir çekirdek niteliği kazanmaktadır... [E]k güvenceler, ilgili oldukları temel hakkın özü bakımından *pozitifleşmiş öz unsurlarıdır*.” **A.e.**, 158-159. (abç)

2. Toplanma Özgürlüğüne Dair Sınırlandırma Rejimi ve Ölçülülük İlkesi

AYM, toplanma özgürlüğünün kapsamına ve sınırlandırma rejiminin çerçevesine dair bu özgürlükçü içtihadını daha sonraki kararlarında sürdürmüş ve ayrıntılandırmıştır. Bu açıdan dikkat çeken ve kamu personeline toplantı ve gösteri yürüyüşü yasağı getiren yasa maddesini iptal ettiği bir kararında Mahkeme ilk olarak, toplanma özgürlüğünün işlevi hakkında önemli bir tespit yapmıştır:

“Demokratik düzenlerde sendikaların ereği... mensuplarının ortak mesleki, kültürel, sosyal ve iktisadi hak ve menfaatlerini korumak, özellikle, mesleki gelişmeyi ve aralarındaki yardımlaşmayı sağlamak diye tanımlanabilir... Bu hedef çevresindeki çalışmaların, *kamu oyununda ve idare edenler üzerinde yapacağı etki* bakımından verimli ve yararlı olabilmesi için, kimi durumlarda, açık hava toplantıları, gösteri yürüyüşleri gibi, *dört duvar dışında* yapılmasının gerekli olabileceğinde de kuşku yoktur.”¹⁶⁹

Toplanma özgürlüğünün amacının kamuoyu ve idare üzerinde etki yaratmak ve bunun temel koşulunun da açık havada, diğer bir ifadeyle kamusal mekânlarda toplanmak olduğuna dair bu saptama, özgürlüğün işleviyle mekân arasındaki ilişkiyi ve mekân seçiminin, özgürlüğün koruma alanında yer aldığını ortaya koyan bir yorum için sağlam bir zemin oluşturur. Öte yandan Mahkeme, sınırlandırmanın ölçülülüküne ve bunu aşan müdahalelerin öze dokunmasına dair de temel bir noktaya işaret etmiştir. Mahkeme’ye göre kamu personeline yönelik bu mutlak yasağın, toplanma özgürlüğünü sınırlandırmak için öngörülen;

“... «kamu düzenini korumak» için *zorunlu* olduğunu kabul etmeğe... imkân yoktur. Gerçi, zamanlı zamansız yürüyüşlerin, hemen her gün baş vurulmak istenecek *toplantı ve gösterilerin kamu düzenini bir ölçüde bozabileceği hatıra gelebilir. Ancak bu durumları önlemenin zorunlu olan çaresi, bu hakların büsbütün kaldırılması değildir.* Kamu düzenini koruyucu nitelikte bir takım tedbirlerin alınması ve kayıtların konulması suretiyle... sınırlamanın yapılması ve bir takım *ılımlı* kayıtlamalarla kamu düzeninin ve kamu hizmetinin karşılabileceği sakıncalı durumların önlenmesi mümkündür. Halbuki Yasa koyucu, söz konusu hükümle, bu yollardan hiç birisine baş vurmadan, doğrudan doğruya Anayasa... maddelerinde yer alan hakların özünü ortadan kaldırıcı bir yolu seçmiştir. Bu nedenle hükmün iptali gerekir.”¹⁷⁰

Burada Mahkeme’nin, ölçülülük ilkesinin temel öğelerinden biri olan, ulaşılacak istenen amaç için en az sınırlandırıcı aracın öncelikli olarak seçilmesi yükümlülüğüne işaret etmesi önem taşır. Ayrıca Mahkeme, tıpkı İHAM gibi, toplanma özgürlüğünün kullanımının, kaçınılmaz olarak günlük yaşamı aksatacağına işaret eder. Fakat bu durum karşısında Mahkeme, toplanma özgürlüğünün kamuoyu ve idare üzerinde etki yaratma işlevi ile kamu düzeninin bozulması arasında bir dengelemenin, bir tartımın zorunluluğunun altını çizer. Toplanma özgürlüğünün önemi ve işlevi karşısında ve sınırlandırma rejiminin sınırını oluşturan ölçülülük ilkesinin gereği olarak, kamu düzeninin ya da başka herhangi bir meşru amacın korunması adına, öncelikle daha “ılımlı”

¹⁶⁹ AYM, E: 1969/27, K: 1969/64, 11/11/1969, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 8, s. 138. (abç)

¹⁷⁰ Aynı karar, s. 138-139. (abç)

tedbirlerin alınması gerekirken, somut olayda getirilen mutlak yasak, ölçülülük ilkesini aşan ve öze dokunan bir tedbir oluşturur.

AYM son olarak 1976 tarihli kararında tüm bu ilkeleri toparlayarak, hakkın özü ve kamu düzeni kavramlarının yanı sıra özgürlüğe müdahale konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin sınırları hakkında önemli kriterler ortaya koymuştur. İlk olarak hakkın özüne dokunma yasağına dair *temel ilkeyi* tekrarlayan Mahkeme,¹⁷¹ bu yasak doğrultusunda “sınırlama nedenleri[nin], uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre öznel yorumlara olanak vermeyecek biçimde somut, açık ve kesin olarak belirtilme”si gerektiğini vurgulamıştır.¹⁷² Mahkeme’nin incelediği kanun maddelerinden ilki, bir toplanmanın, genel sükun ve düzeni bozan “sözle” veya fiille saldırlı bir şekil alması ve bu durumun, toplanmanın devamını imkânsız kılması halinde, hükümet komiserine tanınan dağıtma yetkisidir.¹⁷³

Mahkeme burada, bir toplanmanın dağıtılma gerekçesi olarak öngörülen “sözle saldırlı” bir hale dönüşme kriterinin takdirinde, hükümet komiserine tanınan yetkinin muğlaklığı meselesi üzerine yoğunlaşmıştır. Bu kapsamda, toplanmanın silahlı bir hal alması durumunda dahi, ilk olarak kanuna aykırı hareket eden bu kişilerin uzaklaştırılmasını, ancak bunun yeterli olmaması durumunda, silahlı kişilerin sayısını ve ayrıca davranışlarının düzeyini dikkate alarak dağıtma tedbirinin uygulanmasını öngören 14. maddeyle bir karşılaş-tırma yapan AYM, “sözle saldırı” kriterinin çerçevesinin çizilmemiş muğlak niteliğinin, hükümet komiserinin “kişisel düşünce ve takdiri”ni belirleyici hale getireceğini ifade etmiştir: “Bunun ise, keyfi duygusal müdahalelere çok elverişli, giderek bir toplantının yapılmasını hükümet komiserinin *insaf ve izarına* bırakacak uygulamalara yol açabilecek nitelik taşıdığı ortadadır.”¹⁷⁴

Bu gerekçelerle, söz konusu hükmün iptaline karar veren AYM, ardından mülki amirlere bir toplantı ya da gösteriyi on günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere erteleme yetkisi tanıyan hükmün¹⁷⁵ anayasaya uygunluğunu incelemiştir. Mahkeme’nin altını çizdiği ilk husus “Anayasa’nın 11. maddesinde genel kavramlar halinde yer alan sınırlama nedenleri[nin], herhangi bir

¹⁷¹ “[T]emel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda yapılacak yasal düzenleme, her şeyden önce Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun düşmeli ve kesinlikle temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamalıdır. Daha açık bir deyimle, kanunun koyduğu sınırlama, özgürlükleri yok etmemeli, temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirir, amacına ulaşmasına engel olucu ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımalıdır.” AYM, E: 1976/27, K: 1976/51, 22/11/1976, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 14, s. 362.

¹⁷² Aynı yer.

¹⁷³ *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkında Kanun*, Kanun No: 171, Kabul Tarihi: 10/2/1963. **Madde 10** - Hükümet komiseri, 8 inci maddede yazılı tedbirlerin kifayet etmemesi dolayısıyla, hâdiselerin toplantının devamını imkânsız kılacak ve genel sükun ve düzeni bozacak fiille veya sözle saldırlı bir şekil alması halinde toplantıyı dağıtmaya yetkilidir.

¹⁷⁴ AYM, E: 1976/27, K: 1976/51, 22/11/1976, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 14, s. 364. (abç)

¹⁷⁵ **Madde 10** -... Mahalli mülkiye amiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın gerektirdiği hallerde toplantı ve gösteri yürüyüşünü, 10 günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere, erteleyebilir. Erteleme kararı, gerekçesiyle birlikte tertip heyetine derhal tebliğ edilir ve İçişleri Bakanlığında da bilgi verilir.

açıklama getirilmeden, hemen olduğu gibi erteleme nedenleri olarak fıkra ya aktarılmakla yetinilmiş” olmasıdır. Oysa Mahkeme’ye göre;

“Anayasa’nın temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kanun koyucuya tanıdığı ölçünün sınırını belirleyen 11. maddesindeki «kamu düzeni, milli güvenlik» gibi deyimler, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfilğe dek varabilen... uygulamalara yol açabilecek kapalı, genel kavramlardır. Bu nitelikteki kavramların olduğu gibi yasaya geçirilmesinin, Anayasa koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşeceği ve yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez... [D]ava konusu... hüküm, herhangi bir konuda yapılmak istenen toplantı veya gösteri yürüyüşünü, idarenin iznine bağlı tutan bir sistemin değişik bir uygulamaya türü oluşturmakta, toplantı ve gösteri yürüyüşünü, bunlardan yararlanacakların istedikleri zamanda değil, mülkiye amirlerinin arzladıkları zamanda yapılmasına olanak sağlamakta ve üstelik toplantı ve gösteri yürüyüşünü, erteleme süresi sonunda da örtülü bir biçimde yapılamaz hale koymakta veya güçleştirmektedir Böylece, zamanında yaptırılmadığı için, toplantının amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı bir sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle, fıkra ile yapılan düzenleme, doğurduğu sonuçlar bakımından... Anayasa’nın öngördüğü amacı aşan, hakkın özüne dokunan bir sınırlama getirmektedir.”¹⁷⁶

AYM böylelikle, özgürlüğün sınırlandırılmasında idareye tanınan takdir yetkisinin sınırlarının belirli olması gerektiğine dair içtihadını güçlü bir vurguyla yinelemiştir. Mahkeme’nin kararında önem taşıyan bir başka husus, toplanma özgürlüğünün pozitif öz güvencesini oluşturan, “önceden izin almama” ölçütünün içeriğini somutlaştırmasıdır. Kanun’da yapılmak istenen değişiklik, izin alma yükümlülüğünü açıkça getirmemekle birlikte, idareye tanınan takdir yetkisinin kapsamı ve muğlaklığı, Mahkeme’ye göre, toplanmaların, erteleme yetkisi adı altında fiilen izin sistemine bağlanması sonucunu doğurur. İHAM’ın gizli engel kavramlaştırmasına paralel olan bu içtihadıyla AYM, idareye tanınan erteleme yetkisinin, dolaylı bir sınırlandırmaya dönüşerek, özgürlüğün etkisini ve amacını ortadan kaldıracağını vurgulamıştır. Bu bağlamda AYM, konu seçiminin yanı sıra, toplanmanın zamanının seçilmesinin de özgürlüğünün koruma alanında olduğunu teyit etmiş ve bu ögenin, özgürlüğün etkinliğini sağlama açısından taşıdığı önemin altını çizmiştir.

Mahkeme daha sonra, aynı günde birden çok gösterinin yapılmak istenmesi durumunda, diğer bir deyişle karşıt gösteri ihtimali halinde, valiliklere bir defaya mahsus on günlük erteleme yetkisi tanıyan maddeyi incelemiştir.¹⁷⁷ Kanun’a eklenmek istenen fıkra ya göre, böyle bir durumla karşılaşan vali, emrindeki emniyet ve jandarma güçlerinin ya da yararlanma yetkisine sahip olduğu silahlı kuvvetlerin “bu toplantıların güvenlik içinde yapılmasını sağlama ya yeterli olmadığı kanaatine vardığı takdirde” erteleme yetkisini kullanabilir. AYM ilk olarak bu yetkinin, toplanma henüz başlamadan kullanılabilir

¹⁷⁶ AYM, E: 1976/27, K: 1976/51, 22/11/1976, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 14, s. 364-365.

¹⁷⁷ **Madde 10** -... Bir il sınırları içinde aynı günde birden çok toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılmak istenmesi halinde vali, emrindeki zabıta kuvvetleri ve gerektiğinde yararlanabileceği güçlerin bu toplantıların güvenlik içinde yapılmasını sağlamağa yeterli olmadığı kanaatine vardığı takdirde bu toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden bir kısmını 10 günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere erteleyebilir.

olmasına işaret etmiş ve dolayısıyla bu durumun takdirinin bir “varsayım”a dayandığını vurgulamıştır:

“Oysa Vali, bu gibi hallerde her şeyden önce *emrindeki kuvvetlerle gerekli önleyici kolluk tedbirleri almak, toplantıların ve yürüyüşlerin güvenlik içinde yapılmasını sağlamakla görevli ve yükümlüdür*. Şayet sükûn ve düzen bozucu olayların çıkması olasılığı var ise, ya da olaylar çıkmışsa, toplum polisinden, gerektiğinde askerî güçlerden yararlanmak olanağı da bulunduğu göre, bu toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin güvenlik içinde yapılmasını sağlamak artık bir sorun olmaktan çıkar... Kanunun maddeleri incelendikte görülür ki, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin; başlamadan önce ve başladıktan sonra geçen sürelerde, toplum huzur ve sükûnunu, düzenini bozmayacak biçimde ve amacı doğrultusunda yapılmasını sağlamak için, *sözü geçen kanunla esasen gereken tedbirler öngörülmüş bulunmaktadır*. Üstelik koşulları oluştuğunda *«dağıtma»ya bile yer verilmiştir*... Ayrıca, bu hakkın, kötüye kullanılmasını önlemek ve kötüye kullananları cezalandırmak amacıyla da, (ceza hükümleri) bölümündeki maddelerle de yeterli önlem ve yaptırımlar getirilmiş bulunmaktadır.”¹⁷⁸

AYM’nin bu saptamaları, kamu otoritelerinin pozitif yükümlülüklerine işaret etmesi ve sınırlandırma gerekçelerinin, toplanma özgürlüğünün demokratik toplumda sahip olduğu işleve uygun olarak somut ve ikna edici bir içerikle ortaya konması zorunluluğunun altını çizmesi açısından önem taşır ve aynı zamanda İHAM içtihadına paraleldir. Buna göre toplanma özgürlüğünü kullanmak isteyen barışçıl göstericilerin korunması ve toplanma için elverişli koşulların sağlanması otoritelerin öncelikli yükümlülüğüdür. Öte yandan silahlı kuvvetleri dahi yardıma çağırma yetkisine sahip bir kamu otoritesinin, bir toplanmanın barışçıl olarak gerçekleşmesi için uygun koşulları sağlayamaması, Mahkeme’ye göre temellendirilmesi mümkün olmayan bir varsayımdır. Toplanma özgürlüğünün sınırlandırılmasını aşarak, kayıtlanması sonucunu doğuran böyle bir tasarrufun bir varsayım dayanağı ise Anayasa’nın öngördüğü sınırlandırma rejimini ihlal eder. Bu bağlamda Mahkeme, bir son çare olarak kullanılabilir dağıtma yetkisinin Kanun’da yer aldığına ve kanuna aykırı eylemler için cezai yaptırımlar öngörüldüğüne dikkat çeker. Kamu otoriteleri, pozitif yükümlülüklerinin gereği olan tüm tedbirleri almalarına rağmen, toplanmanın güvenliğini sağlayamazlarsa bu dağıtma tedbirini kullanabilir ve suç teşkil eden eylemlerin faillerini cezalandırabilir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, otoritelerin müdahale yöntemlerinde kademeli bir ağırlaştırma gerektirirken, daha ilk aşamada, barışçıl nitelikteki katılımcılar açısından özgürlüğün kullanım imkânını ortadan kaldıran böyle bir yasaklama yetkisi, özgürlüğün özüne dokunulmasının nedenini oluşturur. AYM, aynı saptamaların, içişleri bakanlığına tanınan yetki¹⁷⁹ bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiş ve istenen takviyenin karşılanamayacağı kanaatine varan bakanlığın aldığı erteleme kararının “hangi illerde, hangi ölçü ve esaslara göre yapılacağı hakkında fıkra bir

¹⁷⁸ AYM, E: 1976/27, K: 1976/51, 22/11/1976, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 14, s. 366. (abç)

¹⁷⁹ **Madde 10** -... Aynı günde birden ziyade ilde toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılmak istenip de toplantı güvenliğini sağlamak üzere, ilgili valilerce içişleri Bakanlığından takviye istenmesi halinde bu isteğin Bakanlıkça karşılanamayacağı kanaatine varılması halinde de bir kısım illerdeki toplantıların yapılmasını 10 günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere ertelemeye İçişleri Bakanlığı yetkilidir.

açıklık bulunma”dığına işaret ederek, söz konusu fıkranın da iptaline hükmetmiştir.¹⁸⁰

3. Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Mekân Yasakları

Anayasa Mahkemesi’nin toplanma özgürlüğünün kapsamına ve pozitifleşmiş öz unsuru niteliğindeki “önceden izin almama” ölçütüne dair geliştirdiği bu içtihat, mekân seçiminin özgürlükle ilişkisinin değerlendirilebilmesi için önemli kriterler sunar. AYM’nin, toplantı ve gösterilerin kamuoyu oluşturma işlevini vurgulaması, bunun için kamusal mekânların kullanımının zorunlu olduğuna işaret etmesi ve kamusal mekânlardaki toplanmaların kamu düzeni ya da üçüncü kişiler üzerinde doğuracağı kaçınılmaz etkilere atıfla yapılan sınırlandırmaların, düzenleyici önlemlerden dağıtmaya doğru kademeli olarak artması gerektiğine dair vurgusu, 2911 sayılı Kanun’da yer alan kamusal mekânlara yönelik mutlak yasakların anayasaya aykırılığını ortaya koyar.

Öte yandan Mahkeme’nin, kanunlarda öngörülen sınırlama ölçütlerinin, “uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre özne yorumlara olanak vermeyecek biçimde somut, açık ve kesin olarak belirtilmesi” gerektiğine dair tespiti, 2911 sayılı Kanun’da mülki amirlere toplanma mekânlarını belirleme konusunda tanınan takdir yetkisinin de anayasaya aykırı olduğunu gösterir. Anayasa’da yer alan ve çerçevesi çizilmeden Kanun’a aktarılan kamu düzeni ve genel asayiş bozmama ölçütleri “uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, özne yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilen uygulamalara yol açabilecek kapalı, genel kavramlardır.” Ayrıca AYM tarafından toplanma özgürlüğünün kaçınılmaz sonucu olarak nitelendirilen “vatandaşların günlük yaşamını zorlaştırma” olgusunun, Kanun’da sınırlandırma kriteri olarak öngörülmesi, belirli bir alandaki tüm toplanmaların yasaklanarak, özgürlüğün “kökten kaldırılması” sonucunu doğurur ve özgürlüğün kullanımını idarenin “insaf ve ızanına bırakacak uygulamalara yol açabilecek nitelik” taşır.¹⁸¹

¹⁸⁰ AYM, E: 1976/27, K: 1976/51, 22/11/1976, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 14, s. 367.

¹⁸¹ Ayrıca, idareye tanınan yer ve güzergâh belirleme yetkisinin; sebep, konu ve yetki unsurları bakımından hukuka aykırı olduğu idare hukukçuları tarafından vurgulanmaktadır: “İdare hukukunun genel esaslarına göre, idare hiçbir zaman tek başına özgürlükleri genel biçimde düzenleyici ve sınırlayıcı hükümler çıkaramaz, ancak olayın özelliğine göre, her somut olaya göre yapacağı birel işlemle mekân bakımından bazı sınırlamalar öngörebilir. Ama örneğin “İstanbul’da açık hava toplantıları sadece Abide-i Hürriyet meydanında yapılacaktır” yolunda bir genel karar aldığı yani bir genel düzenleyici işlem yaptığı takdirde, bu idare hukuku esaslarına uygun düşmez.” Ülkü Azrak, “*Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu*”, **Anayasa ve Uyum Yasaları**, 2002, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 244. “[G]enel düzenleyici işlem niteliğindeki bir kararla, tüm açık hava toplantılarının yerinin önceden belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü baktığımızda İdare hiçbir zaman tek başına özgürlükleri genel biçimde düzenleyici ve sınırlayıcı hükümler getiremez. Ancak olayın özelliğine göre, her somut olaya göre yapacağı birel bir idari işlemle mekân bakımdan sınırlama getirebilir. Yani aslında idare bunu yapmakla kendisine Anayasa’yla verilen genel yetki ve görevleri aşmaktadır.” Nur Zeliha Kaman, “*Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin Hukuksal Çerçeve*”, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı**, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, 2014, s. 27.

Bu çerçevede, 2911 sayılı Kanun'da yer alan mekâna dair mutlak yasaklar ve mülki amirlere tanınan mutlak yasak koyma yetkisi, AYM'nin öze dokunma yasağına dair ortaya koyduğu *temel ilkeyi* ihlal eder ve toplanma özgürlüğünün özüne dokunur. Mutlak yasaklar, bir toplanmanın ilgili olduğu mekânda yapılmasını engelleyerek *amacına ulaşmasını önler* ve kamuoyu ve idare üzerindeki *etkisini ortadan kaldırır*. Ayrıca mekân yasaklarına aykırılık nedeniyle bir toplanmanın kanun dışı hale gelmesi, toplanmalara katılımı polis şiddeti ve cezai yaptırım tehdidinde açık hale getirerek, *ciddi surette güçleştirici*, caydırıcı bir etki doğurur. Bu özellik ve sonuçlarıyla söz konusu yasaklar, toplanmayı *örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu* niteliktedir.

Mekâna dair mutlak yasakların ve mülki amirlere tanınan mutlak yasak koyma yetkisinin anayasaya aykırılığını teyit eden bir diğer unsur olarak, 34. maddenin bugünkü halini almasına dek gerçekleşen gelişmelere değinmek yararlı olabilir. Bu açıdan ilk olarak AYM'nin toplanma özgürlüğüne dair yukarıda özetlenen içtihadının, 1982 Anayasası'nın hazırlanış sürecinde ve toplanma özgürlüğünün düzenleniş şeklinde önemli etkiler doğurduğunu ifade etmek gerekir. 1980 Darbesi'nin ardından hazırlanan Anayasa'nın 34. maddesinde, AYM'nin iptal ettiği on günlük erteleme yetkisine bu defa üç aylık bir süreyi kapsayacak şekilde yer verilmiş ve kamu otoritelerine yasaklama yetkisi tanınmıştır. Öte yandan mülki amirlere tanınan yer ve güzergâh belirleme yetkisi de yine aynı maddeye işlenerek, anayasal bir dayanak oluşturulmuştur.¹⁸² Ayrıca, AYM'nin toplanma özgürlüğüne dair iptal kararlarında kullandığı temel kriter olan öze dokunma yasağına, sınırlandırma rejimini düzenleyen 13. maddede yer verilmemiştir.¹⁸³

Öze dokunma yasağının kaldırılarak, erteleme ve yasaklama yetkilerine Anayasa'da açıkça yer verilmesinin, AYM'nin yukarıda aktarılan özgürlükçü içtihadına bir tepki niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür ve Anayasa'nın hazırlık

¹⁸² **Madde 34 (İlk hali)** - Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idarî merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergâhı tespit edebilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

Kanunun gösterdiği yetkili merci, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya milli güvenlik gereklerinin ihlâl edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir. Kanun, aynı sebeplere dayalı olarak bir il'e bağlı ilçelerde bütün toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasını öngördüğü hallerde bu süre üç ayı geçemez.

Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler. **Resmî Gazete**, 9.11.1982, Sayı: 17863, s. 9-10.

¹⁸³ **Madde 13 (İlk hali)** - Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunlarla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir. **Resmî Gazete**, 9.11.1982, Sayı: 17863, s. 4.

çalışmaları esnasında yürütülen tartışmalar, bu iddiayı doğrular.¹⁸⁴ Ayrıca AYM tarafından iptal edilen,¹⁸⁵ HSYK kararlarına karşı yargı yolunu kapatan yasa hükmüne de 1982 Anayasası'nın 159. maddesinde yer verilmesi, bu noktada benzer bir örnek olarak anımsanabilir. Olağan hukuki rejime geçişin ardından AYM'nin, toplanma özgürlüğünün özüne dokunan bu sınırlandırmalara yönelik olası iptal kararlarını engellemek adına, söz konusu hükümlere anayasal bir güvence kazandırıldığına dair bu değerlendirmeler, idareye tanınan yer ve güzergâh belirleme yetkisinin Anayasa'ya işlenmesi açısından da yapılabilir.

Milli Güvenlik Konseyi (MGK) Anayasa Komisyonu vasıtasıyla 1982 Anayasası'na son şeklini veren cuntanın lideri Kenan Evren'in, anayasayı tanıtmaya amacıyla yaptığı bir konuşmada toplanma özgürlüğüne dair kullandığı ifadeler de 34. maddenin bir bütün olarak ele alındığını gösterir:

"1980'den önceki yıllarda, en çok kötüye kullanılan haklardan birisi de bu idi. Bilhassa, İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük şehirlerimizde, hemen hemen her hafta bir toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılırdı. *Biz bu hakkı da Batıdan aldık. Ancak, Batıdaki bu hak bizdeki gibi kullanılmıyor.* Gösteri yürüyüşü yapanlar, ellerinde pankartlarla yolun sağındaki kaldırımdan ikişerli kollarla yürürler ve hiç kimseyi rahatsız etmeden, şehir düzenini ve trafiğini aksatmadan sona erdirirler... Bir de bizdekine bakınız. Eğer o gün bir toplantı ve gösteri yürüyüşü varsa, bir kere o şehrin bütün emniyet kuvvetleri, hatta civar illerden getirilen emniyet kuvvetleriyle, askeri birlikler seferber edilmişlerdir. Çünkü her an bir olay çıkabilir. Her an yakma, yıkma olayı çıkabilir. Her an kavga çıkabilir. Nitekim, geçmişte bunlar çok olmuştur. Yeni Anayasamızda, bununla ilgili ne gibi hükümleri getirdik, şimdi onları söyleyeceğim. Bir kere, yine herkes önceden izin almaksızın, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü yapabilecektir. *Ancak, istediği yerde değil. Gerekirse şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla idari merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergâh tespit edebilecektir.* Ayrıca, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya milli güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde, kanunun belirleyeceği yetkili mercii, -ki bu yetkili mercii muhakkak mülki amir olacaktır,- *belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklayabilecek veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilecektir.*"¹⁸⁶

¹⁸⁴ Ülkü Azrak, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu", s. 241; Zühtü Arslan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2002, Cilt 19, s. 146-147. Arslan, "öz güvencesinin, hakları sınırlamada siyasal otoriteyi çaresiz bıraktığı inancı"nın, "Anayasa'yı hazırlayan komisyon üyeleri arasında çok yaygın ve güçlü olduğu"nu aynı yerde, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Tutanakları'na atıfla ortaya koyar. Bkz. Dipnot, 29-30. Ayrıca Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü'nün, öze dokunma yasağının kaldırılması nedeni olarak AYM'nin toplanma özgürlüğünün ertelenmesine dair içtihadını olumsuz bir örnek olarak zikrettiği konuşmaları için bkz. **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, Cilt 7, Birleşim: 127, 16.8.1982, s. 551; **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, Cilt 8, Birleşim: 130, 19.8.1982, s. 139.

¹⁸⁵ AYM, E: 1976/43, K: 1977/4, 27/1/1977, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 15, s. 106-131.

¹⁸⁶ Kenan Evren, **Türkiye Cumhuriyeti Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren'in Yeni Anayasayı Devlet Adına Resmen Tanıtma Programı Gereğince Yaptıkları Konuşmalar**, (24 Ekim-5 Kasım 1982), TBMM Basımevi, 1982, Anayasayı Tanıtma Konuşmaları, s. 59. (abç)

Evren'in bu ifadeleri, toplanma özgürlüğünü anayasa hükümleri aracılığıyla adeta askıya alma yönündeki çabaların ardında yatan yaklaşımı kavramak için önemli ipuçları sunar. Fakat 2001 yılında gerçekleşen anayasa değişiklikleri sonucunda,¹⁸⁷ Evren tarafından toplanma özgürlüğüne dair çizilen bu hukuki çerçevenin anayasal dayanakları ortadan kalkmıştır. Bu değişiklik ile yer ve güzergâh belirleme ve erteleme ve yasaklama yetkileri Anayasa'dan çıkarılmış ve öze dokunma yasağı, Anayasa'nın 13. maddesine eklenmiştir. Burada vurgulanması gereken husus, söz konusu değişikliklerin öğretide ileri sürüldüğünün aksine¹⁸⁸ "bir abesle iştigal örneği" olarak değerlendirilemeyeceği ve hukuk düzeninde değişikliklere yol açtığıdır. Danışma Meclisi'nin Anayasa Taslağı'nda yer almayan¹⁸⁹ bu düzenlemelerin, daha sonraki süreçte MGK Anayasa Komisyonu tarafından 34. maddeye işlenme *gereçekleri*, 2001 değişikliğinin önemini ve hukuki sonuçlarını ortaya koyar.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Kanun No: 4709, Kabul Tarihi: 3.10.2011, **Resmî Gazete**, 22.10.2001, Sayı: 24561.

¹⁸⁸ Gözler'e göre, yer ve güzergâh belirleme yetkisinin Anayasa'dan çıkarılmasından "isteyen kişilerin istediği her yerde gösteri yürüyüşü yapabilecekleri sonucu çıkarılamaz. Zira, Anayasa değişikliklerine göre de kanunla kamu düzeni sebebiyle gösteri yürüyüşü sınırlandırılabilir. Zaten *medeni bir toplumda*, isteyen her kişinin şehrin istediği her caddesinde gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahip olduğu düşünülemez. Dolayısıyla 34. maddesinin ikinci fıkrasının yürürlükten kaldırılmasının hukuk düzeninde yaratacağı herhangi bir değişiklik yoktur... [Ayrıca] maddenin yeni şeklinin üçüncü fıkrasına göre, kanunla, yetkili mercilere belirli sebeplerle toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklama ve erteleme yetkisi yine verilebilir. Böyle bir kanun maddenin yeni şekline de aykırı olmaz. Zira maddenin yeni şekli de, bir yandan, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının millî güvenlik ve kamu düzeni, vb. sebeplerle kanunla sınırlandırabileceğini kabul etmekte (m.34/2); diğer yandan da "toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla gösterilir" (34/3) demektedir. Dolayısıyla Anayasa değişikliğinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından doğuracağı herhangi bir hukuki sonuç yoktur. Bu nedenle de 34'üncü maddedeki değişiklikler abesle iştigalden başka bir şey değildir." Kemal Gözler, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2002, Cilt 19, s. 329. (abç) Gözler'in, "isteyen kişilerin istediği her yerde gösteri yürüyüşü yapabilecekleri sonucu çıkarılamaz" vurgusu karşısında, bu çalışmada ortaya konan hukuki dayanakların yanı sıra ayrıca ifade edilmesi gereken husus, temel hak ve özgürlüklerin esas işlevinin devlet aygıtını sınırlandırmak olduğudur. Liberal-burjuva anayasa düzenlerinin meşruiyet zemini bu iddiaya dayanır. Dolayısıyla temel haklar, öncelikle yasamanın ve yürütmenin takdir yetkisinin sınırlarına işaret eder ve toplanma özgürlüğünün anayasada düzenlenmesi de *idarenin istediği her yeri gösteri yürüyüşüne kapatma yetkisine sahip olmaması sonucunu doğurur*. Aksi halde, önceden izin almama güvencesi anlamsız ve işlevsiz hale gelir. Gözler'in ifade ettiği genişlikte, adeta sınırsız bir yetki bu bağlamda, toplanma özgürlüğünün varlığıyla ve Anayasa'da düzenleniş şekliyle bağdaşmaz. İdarenin, ölçülülük ve öze dokunma yasağı başta olmak üzere, tabi olduğu yükümlülüklerle uygun bir şekilde, yer ve güzergâha dair aldığı birel işlem niteliğindeki kararlara uymak ise hiç kuşkusuz barışçıl göstericilerin yükümlülüğüdür.

¹⁸⁹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu*, s. 110. Danışma Meclisi ve MGK Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı anayasa metinleri ve bunların gerekçeleri **Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi**, Cilt 7, Birleşim: 118, 18.10.1982'nin içinde bir ek olarak yayınlanmıştır ve bu metinlere www.tbmm.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

¹⁹⁰ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu*, s. 111.

MGK Anayasa Komisyonu raporunda, erteleme ve yasaklamanın yanı sıra yer ve güzergâh belirleme yetkisinin 34. maddeye “*özel sınırlama sebepleri*” olarak işlendiği açıkça belirtilmiştir.¹⁹¹ Bir başka ifadeyle, 1982 Anayasası’nın, genel sınırlama sebeplerinin tüm özgürlüklere uygulanmasını öngören sınırlandırma rejiminin dahi, söz konusu yasaklama yetkilerini meşrulaştırmak için yeterli olmadığı ve bu nedenle, söz konusu yetkilerin AYM tarafından iptal edilme potansiyeli, MGK Komisyonu üyelerinin farkında oldukları bir durumdur. 34. maddedeki bu “özel” sınırlama sebeplerinin 2001 değişikliği ile kaldırılarak, 13. maddenin, özgürlüklerin “özlerine dokunulmaksızın *yalnızca* Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen [*özel*] sebeplere bağlı olarak” sınırlandırılabilceğini öngören şekilde düzenlenmesi karşısında, 2911 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik’te¹⁹² yer alan hükümlerin anayasal dayanaklarının ortadan kalktığı kabulü gerekir. Anayasa’da yer alan özel sınırlama sebeplerine dayanarak yürürlüğe konan yasa hükümlerinin, özel sınırlama sebepleri kaldırıldıktan sonra dahi anayasaya uygun olduğunu ileri sürmek, Anayasa Koyucu’nun başlangıçta ortaya koyduğu iradeyi, 2001 değişikliklerinin amacını¹⁹³ ve bu değişikliklerin şekillendirdiği anayasa maddelerinin lafzını ve genel sistematiğini yok sayma sonucunu doğurur ve dolayısıyla herhangi bir yorum tekniğiyle bağdaşmaz. Tüm bu hususlar göz ardı edilerek, mekân yasakları ve yasaklama yetkisinin Anayasa’nın 34. maddesinin yürürlükteki halinde yer alan kamu düzeni ya da milli güvenlik sebeplerine dayandığı ileri sürülse bile, söz konusu düzenlemelerin ölçülülük ilkesini ve öze dokunma yasağını ihlal etmesi, anayasaya aykırılıklarının nedenini oluşturmayı sürdürür.

Bu pozitif hukuk dayanağının yanı sıra, gerek Evren’in “Batı”, gerekse Gözler’in “medeni toplumlar” olarak nitelendirildiği ülkelerde, iddia edildiğinin aksine, özellikle mekâna dair mutlak yasakların ya da genel nitelikte bir yasaklama yetkisinin bulunmadığının altını çizmek gerekir. Bu durum, çalışmanın önceki kısımlarında, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları ışığında ortaya konmuştur. Bu çerçevede ve sonuç olarak; mekân yasaklarına dayanarak tesis edilen eylem, işlem ve yargı kararlarının toplanma özgürlüğünü ihlal ettiğinin bireysel başvurular sonucunda tespit edilmesinin ve 2911 sayılı Kanun’da öngörülen mutlak yasaklar ile idareye tanınan yasaklama yetkisinin, ölçülülük ilkesine aykırılığın yanı sıra hakkın özüne dokunan nitelikleri göz önüne alınarak, somut norm denetimi vasıtasıyla iptalinin önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

¹⁹¹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu*, s. 70.

¹⁹² Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, **Resmi Gazete**, 8.8.1985, Sayı: 18836.

¹⁹³ 34. maddede yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: “Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve sınırları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olarak yeniden düzenlenmektedir.” *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu* (2/803), Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Sıra sayısı: 737.

Sonuç

Bu çalışmanın temel sorunsalı, toplanma özgürlüğü ve mekân arasındaki ilişkiydi. Bu doğrultuda, hangi mekânların toplanma özgürlüğünün kullanımına açık olduğu ve bu özgürlüğün koruma alanında yer alan mekân seçiminin tabi olduğu sınırlandırma rejimi, karşılaştırmalı hukuk yöntemi ile incelenmeye çalışıldı. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi ve Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin yol gösterici ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bağlayıcı nitelikteki içtihatlarında; parklar, sokaklar, meydanlar, üniversiteler ve devlet kurumları gibi kamusal mekânların kural olarak toplanma özgürlüğüne açık olduğunun temel bir ilke olarak benimsendiği, bu inceleme sonucunda ortaya kondu. Ayrıca kamusal nitelik kazanan alışveriş merkezleri ve havaalanlarının toplanma özgürlüğüne açık olduğunun kabulü yönünde bir eğilimin varlığına da dikkat çekildi.

Kamusal mekânlara dair bu içtihatların, toplanma özgürlüğü ve demokrasi arasındaki ilişkiye ve bu özgürlüğün siyasi katılım ve denetim işlevine dayandırıldığı göze çarpar. Bu özellikler, toplanma özgürlüğünü, demokratik bir toplumun en temel ve vazgeçilmez değerlerinden biri haline getirmekte ve bu özgürlüğün kullanımını, kamusal alanlarda gerçekleşen trafik, seyahat ya da ticaret gibi diğer faaliyetler ve eylemler karşısında öncelikli kılmaktadır. Öte yandan özgürlüğün temel işlevleri, siyasi alanda ve kamuoyu üzerinde etki yaratmak şeklinde tanımlanmakta ve söz konusu etkinin amacına ulaşması için uygun mekânın seçimi, toplanma özgürlüğünün koruma alanı içinde değerlendirilmektedir. Yükümlülükler açısından ise bireylerin barışçıl bir tutum sergilemeleri, kamu otoritelerinin ise bildirim sistemini gizli bir engele dönüştüren ya da polis şiddeti ve yargılama vasıtasıyla caydırıcı bir etki yaratan dolaylı sınırlandırmalardan kaçınmaları temel ilkeler olarak öne çıkar.

Bu içtihadi birikimin sınırlandırma rejimine yansıyan en önemli sonucu, kamusal mekânların toplanma özgürlüğüne genel ve mutlak yasaklar aracılığıyla kapatılamamasıdır. 19. yüzyılın sonunda verdiği bir kararla kamusal mekânlar üzerindeki devlet kontrolünü, mülk sahibinin özel mülkiyeti üzerindeki mutlak tasarruf yetkisi ile özdeşleştiren Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi de 20. yüzyılın başında oluşturduğu ve bugüne dek esas aldığı içtihadıyla kamusal mekânların toplanma özgürlüğüne açıklığı ilkesini kabul etmiştir. Kamusal mekânlar, sıfatlarına uygun olarak kamuya aittir ve kolektif nitelikteki toplanma özgürlüğüne açıktır. Kamu otoritelerinin pozitif yükümlülüklerinin bu noktada ortaya çıkan bir diğer boyutu, kamusal mekânlarda özgürlüğün kullanımını kolaylaştıran ve karşıt gösterilerin bir arada gerçekleşmesini mümkün kılan tedbirleri almaktır.

Genel ve mutlak yasakların toplanma özgürlüğünü ihlal etmesinin diğer nedeni, sınırlandırılma rejiminin esaslı öğeleri olan ölçülülük ilkesine ve öze dokunma yasağına kategorik olarak aykırı olmalarıdır. Toplanma özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemi ile eş düzeyde bir menfaatin korunmasını amacıyla, barışçıl göstericilerin haklarını gözetenek ve somut olayın koşulları içerisinde ortaya çıkan somut tehlikeler değerlendirilerek alınan tedbirlerin, en hafiften en ağıra doğru aşamalı olarak uygulanmasını gerektiren ölçülülük ilkesi, genel ve mutlak yasaklarla bağdaşmaz. Bu yasakların mekân ve süre bakımından genişlemesi ise özgürlüğün kullanım imkânını kökünden kaldırarak, özüne dokunulmasına yol açar.

Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin toplanma özgürlüğünün kapsamına ve özellikle sınırlandırma rejimine dair içtihatları incelendiğinde, diğer yüksek

mahkemelerin ve İHAM'ın içtihatlarıyla büyük ölçüde özdeş ve özgürlükçü bir içerik göze çarpar. AYM'nin toplanma özgürlüğüne dair içtihatlarının ve Anayasa'nın 34. maddesinin; bağlayıcı nitelikteki İHAS ve bu Sözleşme'yi somutlaştıran İHAM içtihatlarıyla birlikte değerlendirilmesi, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu'nda öngörülen mutlak mekân yasakları ve idareye tanınan yer ve güzergâh belirleme yetkisinin anayasaya aykırı olduğunu ortaya koyar. Anayasa'ya ve İHAM'a aykırılığın hukuki sonuçları şu şekilde özetlenebilir:

İlk olarak yasama organının; uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin ve Anayasa'da 2001 yılında gerçekleştirilen değişikliklerin sonucu olarak, mutlak yasakları ve mülki amirlere tanınan yasaklama yetkisini yürürlükten kaldırması gerektiğine işaret etmek gerekir. Bu reformun gerçekleşmemesi halinde, diğer seçenekler somut norm denetiminin ya da bireysel başvuru usulünün işletilmesidir. AYM'nin, Kanun'da yer alan her iki maddenin de iptaline hükmetmesi ya da mekân yasaklarına dayanarak tesis edilen eylem, işlem ve yargı kararlarının, toplanma özgürlüğünü ihlal ettiğini tespit etmesi, aynı yükümlülüklerin ve ayrıca Mahkeme'nin içtihadı birikiminin gereği olarak değerlendirilebilir. Geleceğe dönük bu beklentilerin dışında, her iki maddeye dayanarak idare tarafından gerçekleştirilen eylem ve işlemler aleyhine açılan davalarda ya da kanuna aykırı toplanma gerekçesiyle açılan ceza davalarında İHAM ve AYM'nin toplanma özgürlüğüne dair içtihatları doğrultusunda karar verilmesi, ilk derece ve temyiz mahkemelerinin yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda son olarak, İstanbul ve Ankara'daki örnekleri bu çalışmada aktarılan, ölçülülük ilkesini ve öze dokunma yasağını ihlal eden, yer ve güzergâh belirlenmesine dair valilik kararlarının idare mahkemeleri tarafından iptal edilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir.

Kaynakça

- Akbulut, Olgun, *“Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Editör: Sibel İncoğlu, Beta, 2013, s. 381-423.
- Akın, İlhan, *“Toplanma Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 30, Sayı: 3-4, 1964, s. 545-567.
- Arslan, Zühtü, *“Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2002, Cilt 19, s. 139-155.
- Azrak, Ülkü, *“Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu”, Anayasa ve Uyum Yasaları*, 2002, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 237-246.
- Çalı, Başak, *Ataman Grubu/Türkiye Kararlarının Uygulanması, İzleme Raporu*, İHOP, 2014.
- Davis, Thomas J., *“Assessing Constitutional Challenges to University-Free Speech Zones Under Public Forum Doctrine”, Indiana Law Journal*, Volume: 79, Issue: 1, 2004, s. 267-297.
- Dennison, Walter, *“The Roman Forum as Cicero Saw It”, The Classical Journal*, Volume: 3, No: 8, 1908, s. 318-326.
- Doğru, Osman; Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 2. Cilt*, Legal Yayınevi, 2013.

Evren, Kenan, **Türkiye Cumhuriyeti Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren'in Yeni Anayasayı Devlet Adına Resmen Tanıtma Programı Gereğince Yaptıkları Konuşmalar**, (24 Ekim-5 Kasım 1982), TBMM Basımevi, 1982, Anayasayı Tanıtma Konuşmaları.

Gassner, Katrin, **Die Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit im internationalen Vergleich**, Mohr Siebeck, 2012.

Geray, Cevat, "Türkiye'de Toplanma Hürriyetinin Düzenlenmesi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 4, 1959, s. 100-118.

Gorlick, Samuel, "Right to a Forum", **Dickinson Law Review**, Volume: 71, 1966, s. 273

Gözler, Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2002, Cilt 19, s. 326-354.

Güran, Sait Güran, "Düşünceleri Açıklama ve Yayma Hürriyetinin Aracı Olarak Kamu Malları", **Anayasa Dergisi**, Cilt: 8, 1991, s. 189-199.

Huss, Richard B.; Simmons, Richard J., "Hudgens v. NLRB: Protection of Shopping Center Picketing under the Constitution or NLRA", **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, Volume: 1, Issue: 3, 1976, s. 632-655.

İşgören, Ali, **Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri**, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, 2011.

Kaman, Nur Zeliha, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin Hukuksal Çerçeve", **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı**, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, 2014, s. 25-28.

McGill, Matthew D., "Unleashing the Limited Public Forum: A Modest Revision to a Dysfunctional Doctrine", **Stanford Law Review**, Volume: 52, No: 4, 2000, s. 929-957.

Mead, David, **The New Law of Peaceful Protest, Rights and Regulation in the Human Rights Act Era**, Hart Publishing, 2010

Özsoy, Şule, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 56, 2005, s. 29-47.

Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

Şirin, Tolga, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, 12 Levha Yayıncılık, 2013.

Tanyar, Ziya Çağa, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, s. 593-633.

Uygun, Oktay, **Devlet Teorisi**, 12 Levha Yayıncılık, 2014.

Venice Commission, OSCE/ODIHR, **Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly**, 2. bs, 2010.

Zick, Timothy, **Speech Out of Doors: Preserving First Amendment Liberties in Public Places**, Cambridge University Press, 2008.