

ANAYASA HABERLERİ/CONSTITUTIONAL NEWS

BİREYSEL BAŞVURU, TOPLUMSAL KARAR VE ANAYASAL DİYALOG:

ZÜBEYDE FÜSUN ÜSTEL VE DİĞERLERİ KARARI

*(INDIVIDUAL APPLICATION, SOCIAL DECISION AND CONSTITUTIONAL
DIALOGUE: THE CASE OF ZÜBEYDE FÜSUN ÜSTEL AND OTHERS)*

Tolga Şirin*

İnsan hakları, özellikle faşizmin yenilgisinden sonraki Batı hukuk dünyasında yarı-siyasal, yarı-yargısal mekanizmalarla korunmaya çalışılıyor. Bunlardan en yaygını (Karl Marx'ın *Yahudi Sorunu*'nda insan haklarına dönük "bencil, burjuva toplumunun üyesi olan insanın, yani toplumundan ayrılmış ve sadece kendi menfaatiyle ilgilenen bireyin hakları" tespitine nispet edercesine adlandırılan) "bireysel başvuru" mekanizmasıdır. İsmiyle müsemma bu usuli mekanizmayı, halklar veya sınıflar değil, tek tek bireyler, hatta sadece bizzat mağdur bireyler harekete geçirebiliyor.¹ Dolayısıyla bu mekanizma, ilk bakışta egemen sistemin yapısal problemlerini atomize ve ürettiği egoizmi nötralize eden bir işlev görüyor gibidir. Fakat meseleye biraz daha yakından bakıldığında görüntü farklılaşır. İnsan hakları sisteminin öznelere, her zaman için, "herkesin herkes ile rekabet ettiği" bir bağlamda, kendi öznel çıkarının peşine düşen egoist ve çıkarıcı "özel bireyler" değil, bazen sözcüğün gerçek anlamıyla yurttaşlardır. Bu, en çok da siyasal ifade özgürlüğü davalarında böyledir. Zira böyle bir dava, başvurucaunun nezdinde, kamusal tartışmaya katılmaktan caydırılmaya, korkutulmaya, gözdağı verilmeye ve hakikat arayışından men edilmeye çalışılan tüm yurttaşlar için de bir anlam taşır.

Öte yandan; siyasal ifade özgürlüğü bağlamında yapılan her bireysel başvuru, aslında bir tür anayasal diyalog girişimidir. Dört beş yılda

* Doç. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Kişi toplulukları ve tüzel kişiler de koşulları bulunduğu ölçüde başvuruca olabilirler. Fakat bu durum, bireysel başvuru mekanizmasının -kural olarak- kolektif hak öznelere açık olduğu anlamına gelmez.

bir sandığa gitmekten ibaret olan temsili demokrasinin cenderesi içindeki yurttaşlar, bireysel başvuru yoluyla özgün ve yarı-doğrudan bir siyasal katılım aracı bulurlar. Bu araç etkili olduğu ölçüde anayasal mutabakat pekişir ve “anayasal yurttaşlık” gelişir. Dolayısıyla bireysel başvuru yolu, özellikle siyasal ifade özgürlüğü davalarında, liberalizmin yüklediği dar ve teknik anlamdan sıyrılarak cumhuriyetçi/kamucu bir boyut da taşıyabilir. *Res publica*’nın yani kamu malının (bu mal, ekonomik bir değer olabileceği gibi bir söz, düşünce veya tartışma konusu olabilir) gasp edilmesine karşı duran bilinçli yurttaşların anayasal girişimleri, sonuçları itibarıyla sosyal etki doğurur. Başka bir deyişle bireysel başvuru yolu, teknik olarak “bireyci” olsa da maddi yönden toplumsaldır. İşte, anayasa hukuku literatüründe, bu toplumsal boyuta “**bireysel başvurunun objektif etkisi**” diyoruz.

Bireysel başvuru yolunun objektif etkisi, Anayasa Mahkemesi kararlarının sadece başvuruyla ve somut olayla sınırlı olmadığını imler. Mahkeme, verdiği bir ihlal kararıyla, önündeki kamusal mesele bağlamında hem anayasal “eğitim” verir hem de iktidarın somut olayla bağlantılı olarak nasıl davranması gerektiğine dair “yol gösterir”.² Yani bir ihlal kararı; geçmişte, hâlihazırda ve gelecekte benzer durumda olan/olacaklar ile başvuru konusu olayla bağlaşıklık bütün usuller için bağlayıcı bir anlam taşır.

Türkiye’de, son yıllarda artan sayıda olayda bu objektif etkiye karşı bir direnç yaşanıyor. Bunun en tipik örneği Anayasa Mahkemesinin “**Bu Suça Ortak Olmayacağız**” başlıklı imza metniyle ilgili *Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri* kararı oldu. Bu olayda başvuru olan dokuz kişi nezdinde, Bildiri’ye imza atan binler; Bildiri’ye imza atmamakla birlikte içeriğine katılan milyonlar ve Bildiri’nin içeriğine katılmamakla birlikte içerdiği görüşü herhangi bir devlet müdahalesi olmaksızın eşit koşullarda tartışmak veya sorgulamak isteyen on milyonlar davanın tarafı gibiydi. Dolayısıyla dava, dört-beş yıl sonra “sandıkta hesaplaşmak”tan fazlasını vaat etmeyen temsili demokrasiye nazaran daha gerçek, en azından daha somut bir anlam taşıyordu. Mahkeme bu davada, öncelikle (hiç de vazifesi olmamasına rağmen ama büyük ihtimalle siya-

² Alman anayasa yargısında ve literatüründe bu, Edukationseffekt yani “eğitim etkisi” ve Orientierungswirkung yani “yönlendirme etkisi” diye adlandırılıyor.

sal tepkilere göğüs germek adına) metnin içeriğine katılmadığını ortaya koydu. Fakat Mahkeme'ye göre bir görüşe katılmamak, prensip itibarıyla, o görüşün sahiplerine yaptırım uygulanmasını haklı çıkaramazdı (§126). Dahası Mahkeme, bildiride terör propagandası, teröre destek, şiddete teşvik vb. yönde bir içeriğin bulunmadığını; hatta metnin bütününde, çatışmaların sona ermesine dönük çağrının baskın niteliğini de açıkça ve bağlayıcı olacak şekilde tespit etti (§ 127). Mahkeme, tüm bu güçlü belirlemelerinin yanı sıra, bireysel müdahalelerin toplumsal etkilerini de ortaya koydu:

“Kamu gücünü kullananların eylemleri hakkındaki açıklamaların rahatsız edici de olsa cezalandırılması caydırıcı etki doğurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açabilir. Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabilir. Bilhassa cezalandırılmaları hâlinde ülkede kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına yönelik katkılarında ciddi şekilde engel oluşturacağı muhakkak olan akademisyenler gibi kişiler, güçlü nedenler olmadan cezalandırılmamalıdır. (...) Demokratik bir toplumda otosansür refleksine hizmet eden bir cezaya maruz kalınması, kamu gücünü kullanan organların karar ve eylemlerini sorgulanamaz hâle getirir. Oysa demokratik bir toplumda devletin, kamusal faydası yüksek olan bir tartışmanın yürütülmesini ceza tehdidi yoluyla engellemek yerine bilgi kaynaklarına ve iletişim araçlarına erişim imkânlarının genişliğinden yararlanarak kendisine yönelik eleştirileri etkili bir biçimde yanıtlamak suretiyle bu konudaki kamusal tartışmaya katkıda bulunması beklenir.” (§§ 134 ve 137).

Söz konusu caydırıcı etki belirlemesi aslında müdahalenin bulunmadığı durumlarda özgürlüğün mevcut bulunduğu klasik liberal “müdahalesizlik olarak özgürlük” anlayışının ötesinde, cumhuriyetçi “tahakkümsüzlük olarak özgürlük” anlayışı ile de paraleldir. Petit ve Skinner’in temsil ettiği neo-Roma cumhuriyetçi yaklaşımı özgürlüğü, bir kölenin sahibinin müdahalelerinden azade olduğu liberal özgürlük anlayışından ziyade kölenin köle olmaktan kurdulduğu tahakkümden azade olmak ile tanımlar. Bu bakımdan söz konusu karar, başvuruculara dönük müdaha-

leden hareketle ülkede oluşturulan oto-sansür ve bu bağlamda tahakkümü de tespit etmiştir.³

Öte yandan Mahkeme, bir zorunluluğu olmamasına rağmen meseleyi akademik özgürlüklerle ilişkili olarak kavrayarak, söz konusu müdahalenin meslekten çıkarmalarla olan ilişkisine de temel oluşturdu:

“Başvurucuların tümü hürriyeti bağlayıcı cezalarla cezalandırılmıştır. Birinci başvurucu dışındaki başvurucuların mahkûmiyet kararlarının açıklanması ise ertelenmiş ve başvurucular beş yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmıştır. Birinci başvurucunun cezasının bir kısmı infaz edilmiştir. Başvurucular hayatlarını düşünce açıklamaları ile sürdüren kişilerdir ve araştırmalar yapmak, konferans ve seminerlere katılmak, tartışmalarda söz söylemek, tezler ileri sürmek başvurucuların mesleklerinin bir parçasıdır. Dolayısıyla ifade özgürlüğü bilhassa akademisyenler için özel önem arz etmektedir. Ertelenmiş olsa bile cezalandırılmanın başvurucular üzerinde kesintiye uğraticı bir etkisi olduğunu ve sonunda denetim süresini yeni bir mahkûmiyet almadan geçirse bile kişilerin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından imtina etme riski bulunduğunu kabul etmek gerekir. Netice itibarıyla başvurucuların cezalarının gelecekte infaz edilebilme olasılığının kendilerinde stres ve cezalandırılma endişesi doğurduğu kabul edilmelidir.” (§135).

Bu karardan anlaşılması gereken şey açık: Bir akademisyene, söz konusu bildiri metnini imzaladığı için uygulanacak herhangi bir yaptırım haklı çıkarılamaz ve ifade özgürlüğünü ihlal eder. Dolayısıyla karardaki tespitler, sadece somut olaydaki hapis cezası tehditleri için değil, “görevden çıkarma” şeklindeki idari cezalar için de geçerlidir. Yani gelinen aşamada, Bildiri’ye imza attığı için mesleğini yapmaktan men edilen bütün akademisyenlerin ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğinin tespit edilmesi, maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesi ve görevlerine iade edilmesi **“bireysel başvurunun objektif etkisi”**nin bir gereğidir.

Böylesine net bir karara rağmen kamu kurumlarının gereken adımları atmadığı her an, kamu bütçesine ek bir yük getiriyor. Zira bir ihlal kararının giderilmesi, maddi ve manevi tazminatların ödenmesini ve

³ Bu bağlamda Türkçede bkz. Philip Petit, Cumhuriyetçilik: Bir Özgürlük ve Yönetim Teorisi, (İstanbul: Ayrıntı Yay., 1997). Quentin Skinner, Hobbes ve Cumhuriyetçi Özgürlük, (Ankara: Dost Yay., 2008).

somut olayda olduğu gibi kişilerin kazanç kayıplarının giderilmesini gerekli kılar.⁴ Göreve iadeler gerçekleşmedikçe kamu kurumları ve özellikle öğrenciler, yetişmiş akademisyenlerin mesleki niteliklerinden yararlanamıyor; diğer yandan da (belki en önemli mesele bu değil ama) hakkı ihlal edilen bu kişilere ödenmesi gereken kazanç kaybı miktarı da artıyor.

Kamusal kaynakların bu şekilde zarara uğratılmasının hiçbir makul gerekçesi olamaz. Dolayısıyla bu kararın gereğinin, yeni bir ihlal kararı beklemeden yapılması gerekir. Dahası bu gereklilik, hiçbir nedenle sürüncemede bırakılamaz. Zira ifade özgürlüğü davalarında “süre” konusu, diğer davalardan farklıdır. Türkiye’nin kendisini bağladığı uluslararası insan hakları sistemi, bünyesinde “caydırıcı etki” bulunan olaylarda, yargılama süreçlerinin makullüğü ve etkili hukuk yolu konusundaki margin oldukça dar olduğunu benimser. Öyle ki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, böylesi durumlarda olağan hukuk yollarının tüketilmesini dahi beklemediği çok sayıda örnek kararı mevcuttur.⁵

Kararın objektif etkisinin dikkate alınmayıp gereğinin yapılmamasının bir sonucu daha var: Kamuya “mal” olmuş meselelere dönük süregelen müdahaleler tam anlamıyla giderilmedikçe, zaten var olan otosansür sistemi daha da kalıcılaşıyor, özgür düşünce iklimi büsbütün tahrip oluyor. Bu tür müdahaleler ortadan kaldırılmayıp yerinde durdukça toplumumuz, özgür düşüncenin, farklı görüşlerin fikir teatisinin ve eleştirelliğin getirdiği zenginlikten yoksun kalıyor, bünyesinde demokratik bir kültürün yeşermesinden ve onun meyvelerini tatmaktan alıkonuluyor. Bu öylesine derin ve ölçülemez bir kamusal zarar ki belki de sözcüğün gerçek ve geniş anlamıyla cumhuriyete (*res publica*) ve kamusal “bekâ”ya saldırı tam da bu bağlamda ortaya çıkıyor.

⁴ Bu tespitlere ilişkin Türkiye ile ilgili örnek olarak Albayrak v. Türkiye, (38406/97, 31/01/2008) kararı zikredilebilir.

⁵ Bu konuda Dilipak v. Türkiye (29680/05, 15/09/2015) kararı iyi bir örnek olabilir.

KARARA DÖNÜK ELEŞTİREL NOTLAR

Anayasa Mahkemesinin *Zübeyde Füsun Üstel* kararı, oldukça ileri ve nitelikli bir karar olmakla birlikte kararda üç tartışmalı nokta sorgulanmayı ve eleştirilmeyi hak ediyor.

Tartışmalı Nokta 1:**Bildirinin İçeriğine Katılmak veya Katılmamak****Mahkemenin İşi midir?**

Anayasa Mahkemesi, kararının bazı paragraflarında bildiri metninin içeriğine dair bazı görüşleri (gereksiz yere ve birden çok defa) beyan etmiştir:

- *Anayasa Mahkemesinin hiçbir şekilde içeriğine katılmadığı sözler de ifade özgürlüğü kapsamında kalabilir. Bir ifade ya da açıklamanın ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilirken söz konusu ifadelerin doğru ya da rahatsız edici olup olmadıkları belirleyici olmaz.*

- *Bir bütün olarak bakıldığında içeriği Anayasa Mahkemesince paylaşılmasa bile bildirinin ilan edildiği bağlam da dikkate alındığında şu sonuçlara ulaşılmıştır:*

- *Başvurucuların imzaladığı bildiriye düşüncelerin toplumun büyük çoğunluğunun düşüncelerinden açıkça farklı olduğu ortadadır. Ancak tam da bu sebeple bu tür açıklamaların korunması noktasında daha hassas davranılması gerekir.*

Mahkemelerin işi, bir görüşün siyaseten doğru olduğunu veya olmadığını tespit etmek değil; bu görüşün ifade edilmesine karşı müdahalenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını tespit etmektir. Somut olayda Mahkemenin bu bildirinin içeriğine katılmasının veya katılmamasının hiçbir hukuki anlamı yoktur. Mahkeme bu bakımdan yetkisinin ötesine geçen belirlemelerde bulunmuş, bunu yaparken de toplumun büyük çoğunluğunun düşüncelerinin farklı olduğu gibi değer yargılarında bulunmuştur. Bir akademisyen veya yurttaş böylesi bir değer yargısında bulunabilir. Fakat bir mahkemenin böylesi bir değerlendirme yapmak için elinde nesnel veriler olmalıdır. Acaba Mahkeme, toplumun büyük çoğunluğunun böyle düşünüp düşünmediğini nereden bilmektedir? Acaba bu konuda bir kamuoyu araştırması mı yapmıştır? Eğer böyleyse bunun da kararda paylaşılması gerekirdi

Tartışmalı Nokta 2: Anayasa Mahkemesi İşkence Vardır veya Yoktur Diyebilir mi?

Anayasa Mahkemesi, kararında “terörle mücadele eden devleti halka “katliam”, “kıyım” ve “işkence” yapmakla suçlayan bir açıklamaya katılmak elbette mümkün değildir” (§ 125) biçiminde bir tespitte bulunmuştur. Katliam, kıyım veya işkence yapılıp yapılmadığı somut davanın konusu olmadığı için Mahkemenin bu konuda işkence vardır veya yoktur demesi mümkün değildir. Örneğin iddia edildiği gibi bir işkencenin olup olmadığının soruşturulması, savcılıkların ve diğer kamu makamlarının yetkisi içindedir. Mahkeme, bildirinın işaret ettiği olaylarla bağlantılı olarak önüne gelecek başvurularda işkence yasağına aykırılık olup olmadığını ve bu bağlamda etkili bir soruşturma yapılıp yapılmadığını değerlendirecektir. Bu kararda, bu tür başvurularda ilgili peşinen cevap verilmiş olması ihsas-ı rey sayılabilir. Acaba Mahkeme, bu yöndeki açıklamalarından sonra hâlâ bu bağlamda etkili bir hukuk yolu sayılabilir mi?

Tartışmalı Nokta 3: “Devlete Sadakat Borcu” Bu Davanın Konusu mudur?

Karara karşı oy yazan yargıçlardan bir kısmı konuyu akademisyenlerin “devlete sadakat borcu” bağlamında ele almıştır. Bu noktada metodolojik bir sorun vardır. Alman Anayasa Mahkemesince ortaya atılan ve Strazburg organlarıncı geliştirilen bir kavram olan “devlete sadakat yükümlülüğü” (özel güç ilişkisi) memur hukukuna özgü bir kavramdır. Somut olay, doğrudan doğruya başvuruçuların meslekten ihraç edilmeleleriyle ilgili değil, ceza yargılamasıyla ilgilidir. Hâl böyleyken, hâlihazıra OHAL Komisyonu önündeki ihraçlara dönük yaklaşıma ilişkin bu perspektifin bu kararda dile getirilmesi hem ilgisiz hem de ihsas-ı rey niteliğindedir. Bunun da müstakbel başvurularda, yargıcın reddi hükümleri için bir dayanak olup olmayacağı sorgulamaya değmez mi?