

Yine Özgür Gündem Yine Yargı

18 Ağustos 2016
Kerem Altıparmak

Bundan dört yıl önce Özgür Gündem gazetesinin yayımı İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararıyla bir ay süreyle durdurulmuş ve biz bu kararın neden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına aykırı olduğunu yazmıştık. Yazının adı "Ve Özgür Gündem ve Yargı ve Anayasa Mahkemesi" idi. O yazıya vesile olan yayın durdurma kararı Terörle Mücadele Yasası'nın 6. maddesinin 5. fıkrasına göre alınmıştı. Yazının yazılmasından kısa bir süre sonra bu hüküm, 6352 Sayılı Yasayla Terörle Mücadele Yasası'ndan çıkarıldı. Gerekçesi AİHM içtihadına uymaktı.

Bu hafta içinde bu kez İstanbul 8. Sulh Ceza Hakimliği kararıyla Özgür Gündem'in geçici olarak kapatıldığı haberi duyuldu. Terörle Mücadele Yasası (TMY) 6/5 kalktığına göre Sulh Ceza Hakimliği neye göre karar vermiş olabilirdi? Hakim kararı şunu diyordu: "Özgür Gündem yetkilileri hakkında TCK'nın 302/1, 314/2, 220/1,2, 8; 3713 Sayılı Yasanın 7/2 maddeleri uyarınca soruşturmaya başlandığı anlaşılmış olmakla, anılan gazetenin T.C Anayasasının 28. maddesinin son fıkrası uyarınca geçici olarak kapatılmasına" karar verilmişti.

Görüldüğü gibi gazetenin kapatılmasının dayanağı aslında çeşitli maddeleri sayılan TCK ve TMK hükümleri değil, doğrudan Anayasa'nın 28. maddesi. Peki TMK'nin ilgili hükmü yürürlükten kalktığına göre Anayasa 28. madde uyarınca böyle bir karar vermek mümkün mü?

Cevabımız, tabii ki hayır. 2 nedenle: 1. Bir kere bu hüküm doğrudan uygulanabilir bir Anayasa hükmü değildir. 2. Uygulanabilir olsa bile, Özgür Gündem'in durumu, sayılan koşullara uymamaktadır.

Anayasa 28/son doğrudan uygulanabilir bir hüküm değildir

İstanbul 8. Sulh Ceza Hakiminin kararına dayanak olan Anayasa hükmü şu şekildedir:

"Türkiye'de yayımlanan süreli yayınlar, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan **mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla** geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır."

İlk okumada bu hüküm, kuralın nasıl uygulanacağını gösterecek bir kanun hükmü olmaksızın da doğrudan uygulanabilir gibi gözükmektedir. Yaptırımı gerektirecek eylem (mahkum olma) ve yaptırım (kapatma) açıktır ve yasa olmaksızın da uygulanabilirler. Oysa daha dikkatli bir okuma, bu ilk izlenimin yanıltıcı olduğunu gösterecektir. Ne kapatmayı gerekli kılacak eylem, ne de yaptırım olarak yaptırım ve ne de bu kararı kimin alabileceği Anayasa'dan anlaşılabilmektedir.

"Mahkum olma" kavramı tamamen belirsizdir. Kim, hangi suçtan mahkum olunca bu koşul yerine gelmektedir? Örneğin bir muhabirin bir kez Terörle Mücadele Kanunu'ndan (TMK) mahkum olması halinde bu yönetime başvurulabilir mi? Yoksa yazı işleri müdürü, gazete sahibi, köşe yazarının mı mahkum olması gerekir?

Peki, hangi suçlar milli güvenlik veya genel ahlak aykırı yayın koşulunu yerine getirecektir? Müstehcen resim yayımladığı için bir gazeteyi aylarca kapamak mümkün müdür? Anayasa çıktığında yürürlükte olmayan 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun hangi hükümleri, 28. maddede sayılan değerlerin korunmasında esas alınacaktır? Ya da ne kadar uzunlukta verilecek bir ceza, bu yaptırımı başvurmayı mümkün kılacaktır? 1 ay? 3 ay? 3 yıl?

Yaptırım konusu da aynı derecede belirsizdir. Öncelikle bu yaptırımı uygulamaya yetkili olan makam kimdir? Anayasanın 28. maddesinin yazılmasından 32 sene sonra kurulan Sulh Ceza Hakimliği mi? Yoksa mahkumiyetten bahsedildiğine göre davanın esasına bakan Asliye Ceza veya Ağır Ceza Mahkemesi mi? Açıktır ki bu sulh ceza hakimisi olamaz. Çünkü 28. madde kapatmanın "mahkeme kararı" ile olacağını belirtmektedir. Oysa sulh ceza hakimliği artık bir mahkeme değildir, hakimliktir. Mahkeme kavramı 28. maddede tesadüfi olarak kullanılmamıştır. Aşağıda görüleceği gibi bu kararın

mahkumiyete ilişkin karar verecek yargı makamı tarafından verilmesi öngörüldüğü için mahkemeden bahsedilmektedir.

Mahkeme buna re'sen mi karar verecektir? Yoksa bir çok adli kolluk tedbirinde olduğu gibi savcının talebi üzerine mi? Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran adli kolluk tedbirlerinin bir çoğu genel olarak Anayasa'da düzenlenmişken, ceza muhakemesi kurallarının ayrıntılı bir şekilde bu sınırlandırmaların nasıl uygulanacağını düzenlemesinin nedeni, tam da bu belirsizlikleri ve dolayısıyla keyfilikleri ortadan kaldırmak değil midir? Bir kişinin üstünün aranmasında Anayasa doğrudan uygulanamazken, çok daha vahim bir yaptırım olan gazete kapatma kararının Anayasa üstünden verilmesi nasıl kabul edilebilir?

Peki, yaptırımın sınırı nedir? Geçici kapatma ne demektir? 1 hafta mı? 1 ay mı? 3 yıl mı? Bu süreyi belirlerken karar verecek yargı makamının hiçbir sınırı yok mudur? Varsa, İstanbul 8. Sulh Ceza Hakimi bu sınırı kararında neden belirtmemektedir?

Görüldüğü gibi hem yaptırım konusu eylem, hem de bizzat yaptırıma ilişkin tüm hususlar belirsizdir. Belirsizdir, çünkü Anayasa bir anayasadır, ceza kanunu değildir. Sadece temel hakların sınırlandırılmasının ölçütlerini koyar, gerisini yasakoyucuya bırakır. İstisnai olarak, bazen doğrudan uygulanabilir Anayasa hükümleri olabilir ama yukarıda açıklandığı üzere AY 28/son kesinlikle böyle bir hüküm değildir.

Ama 28/son doğrudan uygulanabilse de Özgür Gündem kapatılamaz

Anayasa 28/son'un doğrudan gazete kapatmak için uygulanamayacağı tüm açıklığıyla ortadadır. Ama aksi olsaydı, yani bu kural doğrudan uygulanabilseydi de

Özgür Gündem kapatılamazdı. Çünkü söz konusu kural "aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde" kapatılma yaptırımından bahsetmektedir.

Herhalde 12 Eylül Anayasasını yazarlar bile basın özgürlüğü karşısında insafa gelmişler ve bu istisnai hükmün ancak kesin bir mahkumiyet kararı sonrasında uygulanabilmesini uygun bulmuşlardır.

Gerçekten de bir gazetenin sonraki nüshalarının mevcut bir hukuka aykırılık nedeniyle engellenmesinin AİHM tarafından "sansür" olarak nitelendirildiği (1) düşünüldüğünde, sansürü yasaklayan bir Anayasa'nın henüz soruşturma aşamasında gazetenin yayımını süresiz bir şekilde durdurmayı mümkün kılan bir hükmü aynı madde içine yazması da mantıksız olurdu.

Oysa İstanbul 8. Sulh Ceza Hakimi ortada bir mahkumiyet kararı yokken, soruşturmayı yeterli görmüş ve kapatma kararını soruşturmalar nedeniyle vermiştir.

4 yıl önce 14. Ağır Ceza Mahkemesi Özgür Gündem'in yayını durdurma kararı verdiğinde, Anayasa ve AİHS'e aykırı da olsa en azından ortada bir yasa kuralı vardı. Yine bir çok eksikliklere rağmen, iyi kötü bu kararın kim tarafından ne kadar süreyle verileceği öngörülmüştü. 4 yıl sonra bugün, 8. Sulh Ceza Hakimi kararına dayanak olacağı bir yasa hükmü dahi olmadan ve Anayasa'nın hükmünü de yanlış uygulayarak aynı gazeteyi bir kez daha hem de daha ağır bir şekilde sansürlüyor.

Bu kadar ağır bir hukuka aykırılık karşısında, "Canım terör örgütünün gazetesi mi olur" diye soranlara, önce hukuka biraz olsun uyan kararlar olsun da sonra içeriğini oturur tartışırız diye cevap verebiliriz sanırım. Eğer tabii onlar da Anayasanın ve hukukun üstünlüğüne inanıyorlarsa. Çünkü "hukuk, mukuk dinlemeyiz, çoğunluk tamam diyorsa yaptığımız herşey meşrudur" diyenlerle tartışmak en azından benim uzmanlık alanıma girmiyor.

(1) Ürper ve Diğerleri/Türkiye, no. 55036/07 vd., 26.10.2010; Turgay ve Diğerleri/Türkiye (no. 5), no. 32869/08 vd., 21.9.2010; Turgay ve Diğerleri/Türkiye (no. 3), no. 21950/08 vd.; 21.9.2010; Ölmez ve Turgay/Türkiye, no. 2318/09 vd. ; 5.10.2010; Turgay ve Diğerleri/Türkiye (no. 4), no. 29572/08 vd., 21.9.2010; Turgay ve Diğerleri/Türkiye (no. 2), no. 13710/08 vd., 21.9.2010