

GİRİŞ

17 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren 649 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹ m. 45 ile “*Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.*” hükmü getirilmiştir. Bu nedenle, merkezi idarenin hiyerarşi ve vesayetinden muaf olan Bağımsız İdari Otoritelerin “bağımsızlık” niteliklerini gözden geçirme zorunluluğu doğmuş bulunmaktadır.

Bu kuruluşların Türk hukuk sistemine girmelerinden itibaren tartışma konusu olmuş “bağımsızlık”ları ve bu özellikleri ile Türk idari teşkilatı içinde bunlara bulunmaya çalışılan yer sorunu 649 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK) söz konusu hükmü ile çözüme ulaşmış görünmektedir. Varlık nedenleri rekabete açılan sektörlerde siyasi iktidardan bağımsız olarak, tarafsız karar alarak piyasa denetimi yapmak olan Bağımsız İdari Otoritelerin ilgili düzenlemeden nasıl etkilendikleri ve/veya etkilenebilecekleri Radyo Televizyon Üst Kurulu RTÜK) örneğinde çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

1 RG, 17 Ağustos 2011, S. 28028.

Tercihin bu kurum üzerinde yoğunlaşmasının ilk nedeni, RTÜK'ün Türkiye'deki diğer BİO'lardan farklı olarak piyasa ekonomisinin düzenlenmesinden ziyade, birden çok temel hak ve özgürlüğün söz konusu olduğu kitle iletişim alanında faaliyet göstermekte olmasındandır. Özel radyo televizyon işletmeleri, siyasi iktidar ve alanın pasif ve en fazla korunmaya ihtiyaç duyan süjesi halk arasında bir perde görevi görerek, temel hak ve özgürlüklerin hukuka uygun kullanılmasını ve çoğulculuğun sağlanmasını gözetirken bir yandan da ifade özgürlüğünü ve vatandaşların haber alma hakkını sağlamak durumundadır. Bütün bu işlevi yerine getirirken bir yandan da yasama yürütme ve yargı yanında “dördüncü kuvvet” sayılan medyanın en fazla kitleye ulaşan radyo-televizyon alanında siyasi iktidarın olumsuz etkilerinden bağımsık bir şekilde faaliyet yürütmesi gerekmektedir. Bu nedenle, diğerlerine göre çok daha hassas bir konumda bulunan RTÜK'ün gerek siyasi iktidar, gerekse sermayeyi temsil eden radyo televizyon işletmeleri karşısında objektif ve tarafsız karar alabilme mekanizmalarının bulunması elzemdir.

RTÜK tercihinin ikinci nedeni ise 15.2.2011 tarihli 6112 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi ile RTÜK'ün görsel-işitsel iletişim özgürlüğü alanına yaptığı müdahaleleri 649 sayılı KHK ile getirilen idari denetim ışığında değerlendirmektir. Söz konusu değişikliklerden sonra, RTÜK'ün tarafsızlık ve objektif karar alabilme yetkisi ve dolayısıyla ifade özgürlüğü üzerindeki etkilerinin neler olabileceği çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle bunca zaman tartışmalara zemin olmuş BİO'ların “bağımsızlık” özellikleri incelenecektir. Daha sonra ise, 649 sayılı KHK ile getirilen idari denetimin hukuki niteliği ve kapsamının neler olabileceği üzerinde durulup, bunların RTÜK'ün tarafsızlığı ve temel hak ve özgürlükler açısından sonuçları değerlendirilecektir.

I. “BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE” (BİO) KAVRAMI VE TÜRK İDARİ TEŞKİLATI İÇİNDEKİ YERİ

A. “Bağımsız İdari Otorite” Kavramı

İlk olarak serbest piyasa ekonomisini benimsemiş ABD'de ortaya çıkan kurumlar, 1929 ekonomik krizinde piyasanın “regülasyon”u (düzenleme ve denetleme)² amacıyla bir yöntem olarak seçilmiştir.³ Buna karşın, Avrupa

2 Belirli bir alanda ya da faaliyette “oyunun kurallarının” belirlenmesi ve bu kurallara uyulup uyulmadığının denetlenmesi olarak tanımlanan regülasyon, düzenleme ve denetleme faaliyetini ifade etmektedir. ULUSOY, Ali, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme” in **Güneşinde Yönetim**, İlhan ÖZAY, Filiz, İstanbul, 2004, s.140.

3 KARACAN, Ali İhsan, “Özerk Kurumların Özerkliği”, **Rekabet Dergisi**, 2002, S.8, s.4.

Birliği tarafından 1980'li yıllardan itibaren tercih edilmeye başlanan Kurumlar, siyasi iktidar ve ekonomik güç odaklarından “bağımsız” olarak, gelişen teknoloji ve medya araçları karşısında temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla ekonomik düzenleme rolü üstlenmişlerdir. Diğer bir ifadeyle, klasik olarak devlet müdahalesinin bulunduğu alanlarda farklı bir müdahale biçimi olarak Avrupa Birliği tarafından üye devletlere empoze edilmişlerdir.⁴

Avrupa Birliği, ABD'de ortaya çıkan ve varlık nedenini piyasa mekanizmasının başarısızlığında bulan⁵ “regülasyon” kurumunu uygulamaya koyarken en çok piyasadaki işletme ile düzenleyicinin birbirinden ayrılmasına önem vermiştir.⁶ Topluluk anlayışına göre “*devlet aynı anda hem oyuncu hem hakem olamaz*”⁷ ve ona düşen görev sadece düzenleyicilikten ibarettir. Bu noktada idareye verilen görev düzenleme ve denetleme fonksiyonudur. Kamu hizmetini işleten ile bu hizmeti işletecek olanı belirleyen, onu denetleyen bilineni vasıtasıyla, aksaklık halinde sorumlu bulunabilecek, böylece kamu hizmetlerinde açıklık ilkesi de gerçekleştirilebilir.⁸ Bu mantık düzenleyicinin bağımsız olması gerektiği sonucuna varmış ve bu işlevi yürüten kurumlar “bağımsız düzenleyici kurullar” veya “regülasyon kurumları” ya da “bağımsız idari otoriteler”⁹ olarak adlandırılmıştır.

Burada bağımsızlıktan anlaşılması gereken yürütme organı karşısındaki bağımsızlıktır.¹⁰ Zira politik iktisat alanında yapılan bilimsel araştırmaların sonucuna göre politika olgusu da, toplumsal yaşamdaki her kurum gibi ekonomik bir anlam taşımaktadır ve dolayısıyla politikacılar da ekonomik aktörlerdendir. Bu nedenle, her ekonomik aktör gibi kar maksimizasyonu ve rant kollama amacıyla hareket edeceklerdir.¹¹ Sermaye piyasası, radyo televizyon yayıncılığı, rekabet, bankacılık gibi “toplumsal yaşamın hassas alanları”nda¹² faaliyet gösteren Kurumlardan beklenen, uzmanlık gereken

4 MORANGE, Jean, “*Le principe d'impartialité et les autorités de régulation*”, **RFDA**, mai-juin 2000, s.580-581.

5 PAŞAOĞLU, Ömür, **Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet**, Rekabet Kurumu Yay. Lisansüstü Tezler Serisi No:14, Ankara, 2003, s.14-15.

6 İbid, s.148.

7 DUBOIS, Louis, “*Le service public et la construction communautaire*”, **RFDA**, 11(2) mars-avril 1995, s294.

8 VOISSET, Michèle, “*Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux*”, **RFDA**, No: 11(2), mars-avril 1995, s.314.

9 TAN'a göre, “bağımsız idari otorite” kavramı, kurumların yürütme organı karşısında “bağımsız”, kamu tüzel kişilikleri olsun olmasın “idari” ve danışma organı olmayıp düzenleyici ve icrai karar aldıklarından “otorite” olduklarını göstermektedir. s.375.

10 KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti**, Turhan, Ankara, 2002 s.148.

11 AKTAN, Coşkun Can, 'dan aktaran ULUSOY, Ali, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme” in **Güncel Yönetim**, İlhan ÖZAY (Ed.), Filiz, İstanbul, 2004, s.140.

12 CHAPUS, René, **Droit administratif général**, Montchrestien, Paris, 2001, s.219

ilgili alanlarda siyasi beklenti ve çıkarlardan soyutlanmış olarak tarafsız ve objektif bir şekilde karar alabilmeleridir. Özellikle ülkemizde siyaset ve siyasetçinin egemenliğin gerçek sahibi olan halkın gözünde güven problemi ile karşı karşıya olması ve bu kanaatlerin toplumda yaygınlaşması BİO'ların toplumsal meşruiyetlerine de zemin hazırlamaktadır.¹³

B. “Bağımsızlık” Niteliği ve BİO'lar Üzerinde İdari Denetim

Kıta Avrupası ve özellikle Fransız ve Türk idare hukukçuları tarafından BİO'ların “bağımsızlık” niteliğine dikkatli yaklaşılmıştır. Klasik idari teşkilat oluşumunda merkezden yönetim ve idari denetim altındaki yerinden yönetim kuruluşlarından oluşan ikili sistemi baz alan Fransa'da “bağımsızlık” yerine “özerklik” kelimesinin kullanılması önerilmiştir.¹⁴ Zira bu teşkilat yapısı ve kurumların kanunlarında merkezi idareye tanınmış yetkilerle üzerlerinde vesayet denetiminin bulunmadığını söylemenin doğru olmayacağı belirtilmiştir.¹⁵ Tartışmanın karşı tarafı ise, bu kurumların siyasi iktidarın olumsuz etkilerinden bağımsık bir şekilde görevlerini ifa edebilmeleri amacıyla “bağımsızlık” niteliklerinin tanınması gerektiğini, anglo-sakson hukuk sisteminden ithal edilmiş kurumların klasik devlet teşkilatı içindeki yerlerinin “*sui generis*” nitelikte olduğunu savunmuşlardır.¹⁶

Aynı tartışmalar Fransız idare hukukundan esinlenmiş Türk idare hukukunda da yaşanmıştır. Anayasa m.123 hükmüne göre merkezi idare ve yerinden yönetim arasındaki birliği sağlayan idarenin bütünlüğü ilkesine göre şekillendirilmiş Türk idari teşkilatı içinde, bu kurumların üçüncü bir kategori oluşturması anayasaya aykırı olarak değerlendirilmiştir.¹⁷ Bu görüşlerin nedeni “bağımsızlık” nitelikleri nedeniyle bu kurumların vesayet denetimine tabi olmamalarıdır. Ancak, bu kurumların kuruluş kanunlarında ilişkilendirildikleri bakanlıkla aralarındaki ilişkinin pekâlâ bir vesayet ilişkisi olduğu ve vesayet denetimi altında bulunmalarının bağımsızlıklarını tek başına tehlikeye düşüremeyeceği de savunulmuştur. Buna göre, kurum üyelerine tanınan bağımsızlıklar ile güvenceler ve merkezi idarenin hiyerarşik denetiminden bağımsık olmaları bağımsızlıklarını garantileyebilecektir.¹⁸

13 ASLAN, Nagehan TALAT, “Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: 'Yavru Leviathanlara Doğru'”, **Sosyal Siyaset Konferansları**, s.59, 2010/2, s.43.

14 SABOURIN, Paul, “*Les autorités administratives indépendantes dans l'Etat*”, in **Les autorités administratives indépendantes**, C.-A. Colliard&G. Timsit, PUF, Paris, 1988, s.277-292.

15 SABOURIN, “*Les autorités administratives indépendantes*”, **AJDA**, 20 mai 1983, s.275.

16 AUTIN, Jean Louis, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: Une autre mode de régulation*”, **RDP**, No.5, 1988, s.1217.

17 GİRİTLİ-BİLGİN-AKGÜNER, **İdare Hukuku**, Der Yay., İstanbul, 2006, s.384; GÜNDAY, s.343-347.

18 GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku C.I**, Ekin, Bursa, 2003, s. 489-491.

Diğer taraftan başka bir görüşe göre, bu kurumların bağımsızlığı üzerlerinde tipik bir vesayet yetkisi bulunmasa dahi, idarenin bütünlüğü ilkesiyle çelişmeyecektir. Nitekim yasakoyucu kurumların her birinin merkezi idare ile “ilişkili” bakanlığını göstererek idarenin bütünlüğü ilkesini sağlamış bulunmaktadır.¹⁹ Bununla birlikte, söz konusu “ilişki”nin vesayet denetimi olarak nitelendirilemeyeceği de belirtilmiştir.²⁰ Nitekim Türk idari teşkilatında “bağlı” ve “ilgili” kuruluşlar bulunup,²¹ ilişkili kuruluşların da “ilgili” kuruluş olarak kabul edilmesi ve üzerlerinde vesayet denetimi bulunduğu yönündeki tartışmalara da Danıştay’ın T.C. Merkez Bankası hakkında verdiği karar noktayı koymuştur. Buna göre Danıştay, T.C. Merkez Bankasının “bağımsız idari otoriteler” gibi *sui generis* nitelikte olup, Başbakanlığın ilgili kuruluşu sayılamayacağını, ancak “ilişkili” kuruluş olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.²²

İlişkili kuruluş kavramının bu kurumların merkezi idare ile ilişkilendirilmeleri ve fakat bağlı ya da ilgili kuruluş da olmamaları için bulunmuş pratik bir formül olarak nitelenmesi²³ de yanlış olmayacaktır. Söz konusu “ilişki”nin ise, yasada açık olarak belirtilen haller dışında organların görevden alınması ve işlemlerinin geçerliliğini etkileme konusunda merkezi idareye bir yetki tanınmadığı için BİO’ların işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi açısından yargıyı harekete geçirme olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda idari yargı mercileri ilişkili bakanın açtığı iptal davalarında “menfaat ihlali” koşulu bulunup bulunmadığını değerlendirmemelidir.²⁴

Anayasa Mahkemesi, 4743 sayılı Kanun ile RTÜK’ün mali denetiminin Sayıştay’ın mali denetimi dışında bırakılması hakkındaki düzenlemeyi bu kurumlara “görevlerini kamu yararının gerektirdiği en iyi biçimde gerçekleştirmelerini sağlamak amacıyla idari ve mali yönden özerklik verilmesi(nin) TBMM denetimi dışında kalmalarını gerektirmeyeceği” gerekçesiyle verdiği iptal kararında bir yandan da BİO’ların özerkliğinin altını

19 ULUSOY, “Bağımsız İdari Kurumlar”, **DD**, S.100, 1999, s.11 vd.

20 ULUSOY, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Ankara Barosu Dergisi**, No.5,2000, s.43.

21 GÖZÜBÜYÜK/TAN, **İdare Hukuku C.I**, Turhan, Ankara, 2010, s.377.

22 Danıştay İDDK, 10.03.2005, E.2005/74, K.2005/68. Her ne kadar Danıştay’ın kararında “ilişkili kuruluş” ifadesi “ilgili kuruluş”a göre daha zayıf bir bağ göstermek için kullanılmışsa da, bu ifadenin BİO’ların diğer bürokratik kurumlara bağlılığını ifade ettiği için özerklik konusunda üstü örtülü bir gerileme olduğu ifade edilmiştir. Bkz. KARACAN, s.35. Ayrıca KARACAN, BİO’ların ayrı ayrı bakanlıklarla ilişkilendirilmelerinin de yanlış olup, bu kurumların hepsinin ve doğrudan “Başbakan (Başbakanlık değil)” ile ilişkilendirilmeleri gerektiğini savunmaktadır.

23 TAN, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.35/2, Haziran 2002, s.17.

24 ULUSOY, s.143.

çizmiştir. Buna göre, “...bunların idari ve mali özerklikleri konusunda anayasal bir zorunluluk olmamasına karşın, yasakoyucunun öngördüğü özerkliğin yürütme organınca oluşturulacak bir komisyon tarafından yapılacak denetimle sağlanamayacağı da kuşkusuzdur.”²⁵ Bu noktada Anayasa Mahkemesinin BİO'ların yürütme organının denetimine bırakılmasının özerklikleri açısından bir sınırlama oluşturacağı yorumu yapmakta olduğu görülmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesinin her ne kadar RTÜK hakkında verdiği karar ile BİO'lar üzerinde vesayet yetkisini tanısa da, bunun tipik bir vesayet denetimi olmadığına işaret ettiğini söylemek de yanlış olmayacaktır.²⁶

Bununla birlikte 6223 sayılı kanun ile Bakanlar Kuruluna verilen KHK çıkarma yetkisi dolayısıyla getirilen değişiklikler tüm bu tartışmalara son vermiştir. Şöyle ki, 17 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren 649 sayılı Kanun Hükmünde Kararname²⁷ m. 45 ile getirilen “*Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.*” hükmü ile düzenleyici denetleyici kuruluşların üzerinde bir idari denetim mekanizması oluşturulmuştur. Buna göre, Kurum üzerindeki denetimler sadece Sayıştay tarafından yapılan mali ve idari yargı tarafından gerçekleştirilen yargısal denetimle sınırlı kalmayıp, idari denetimi de içerir duruma gelmiştir.

Türk hukuk sisteminde BİO'ların her birinin kamu tüzel kişisi olarak kurulduğu dikkate alınarak söz konusu “idari denetim”in vesayet denetiminden başka bir şey olamayacağı da açıktır. Bu düzenlemenin “anormal” olmadığı, BİO'lara verilen “*görevi hakkıyla yerine getirilebilmesi için*” bunlar üzerinde bir devletin kendisine bir vesayet yetkisi tanımamış olması, daha sonra tanımayacağı anlamına gelmediği GÖZLER tarafından belirtilmiştir. Buna göre 649 sayılı KHK'den önce de,

“*Tabir caizse, devlet ile bağımsız idari otoriteler arasında bir “vesayet durumu” vardır; ancak bu, içi boş bir durumdur; içi yetkilerle donatılmamıştır; ama bir gün donatılabilir de.*”²⁸

25 Anayasa Mahkemesi, 25.6.2002, E.2002/31, K.2002/58, RG.14.3.2006, S.26108.

26 Nitekim Metin GÜNDAY'a göre, kamu tüzel kişiliğini haiz ve kamu kurumu olan BİO'lar hizmet yerinden yönetim kuruluşu dışında bir şey değildirler. Bunların diğer kamu kurumların tek farkı, kendilerine tanınan özerkliğin diğerlerine tanınanlardan çok daha fazla olmasıdır. Bununla birlikte, GÜNDAY kamu hizmeti değil, kolluk faaliyeti yürüten bu kurumlar üzerinde vesayet denetimi bulunmadığını belirtmektedir. GÜNDAY, Metin, “*Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*”, in *Rekabet Hukuku ve Yargı*, Rekabet Kurumu Yay., Ankara 1999, s.61.

27 RG, 17 Ağustos 2011, S. 28028.

28 GÖZLER, s.493.

Sonuç olarak, GÖZLER'in ifadesine göre, mevcut olan “vesayet durumu”, 649 sayılı KHK hükmüyle somutlaştırılmış ve Kurul üyelerinin atamalarında hükümetin yetkisinin yanında BİO'ların kararları üzerinde de yürütme organının denetimi ihdas edilmiştir. Bu nedenle, artık kavramlarda farklılaşmaya gidilerek bu kurumları “bağımsız idari otorite” olarak adlandırmak yerine “düzenleyici kurul” ya da “özerk kurul” olarak nitelenmek hukuken daha doğru olacaktır. Öte yandan, en azından kuruluş kanunlarında yasakoyucu tarafından “bağımsız” olarak nitelenen kurumların bu bağımsızlıklarının sağlanması da mümkün olmayacaktır. Bu noktada dikkat çeken konu, BİO'ların “*görevi hakkıyla yerine getirilebilmesi için*” Yasama organı tarafından devlete tanınmayan vesayet yetkisinin şimdi konulmasının gerekçesinin²⁹ ve sonuçlarının neler olabileceğidir.

II. GÖRSEL-İŞİTSEL ALANDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN İDARİ GÜVENCESİ OLARAK RTÜK

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun³⁰ m. 34 uyarınca radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini³¹ düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan RTÜK idari ve mali özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişisidir. RTÜK mevzuatın kendisine verdiği görev ve yetkileri m.34/2 uyarınca “kendi sorumluluğu altında ve bağımsız olarak” yerine getirecektir. Hükümetle olan ilişkileri ise Başbakan veya görevlendireceği bir bakan aracılığıyla yürütülür (m.34/4)

RTÜK “kendi sorumluluğu altında ve bağımsız olarak” radyo-televizyon alanında düzenleme ve denetleme görevini yerine getirirken, hem ikincil düzenlemeler yapabilmekte hem de bireysel nitelikte karar alabilmektedir. Aldığı kararlar ile birden çok temel hak ve özgürlüğün bulunduğu bu alanda özgürlüklerin kullanılmasının garantisi de olan RTÜK'ün anayasanın ve yasakoyucunun çizdiği sınırlar içinde kalması gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle radyo-televizyon alanında söz konusu olan kitle iletişim özgürlüğü ve bunun meşru sınırlama nedenlerinden bahsetmek ve böylece RTÜK'ün temel hak ve özgürlükler alanındaki rolünü belirleyerek yetki alanının da sınırlarını

29 Bu konuda dönemin Başbakanı Bülent ECEVİT'in açıklaması şu şekildedir: ““Bir hata mı yaptık doğru mu yaptık, yanlış mı yaptık bilmiyorum. Ama Türkiye'de çok fazla özerk kuruluş kuruldu. İpin ucunu kaçırdık. Devlet içinde; fakat devletten daha yetkili bazı kuruluşlar kuruldu. Onlara söz geçiremiyoruz. Haklı olabilirler haksız olabilirler; fakat bu ciddi bir sorun. Yani devletin etkinliğini yeniden demokratik kurallar içinde işler hale getirmemiz gerektiği düşüncesindeyim”; Zaman Gazetesi, 26.11.2001'den aktaran ASLAN, s.46.

30 RG,03.3.2011, S.27863.

31 6112 sayılı Kan. m.3/h hükmünde “İsteğe bağlı yayın hizmeti: Programların kullanıcının seçtiği bir zamanda ve münferit isteği üzerine medya hizmet sağlayıcı tarafından düzenlenmiş bir program kataloğuna bağlı olarak izlendiği veya dinlendiği yayın” olarak tanımlanmıştır.

çizmek gerekmektedir.

A. Kitle İletişim Özgürlüğü ve İfade Özgürlüğü

Toplumsal iletişim özgürlüğü³² veya haberleşme özgürlüğü³³ olarak da ifade edilen kitle iletişim özgürlüğü, kitle iletişim araçları vasıtasıyla duygu, düşünce ve bilgi aktarımı yapılan muhatapın kitlesel özellik gösterdiği³⁴ alanlarda söz konusudur. Radyo-televizyon, süreli-süresiz basın ve internet alanında söz konusu olan bu özgürlük, düşünce ve kanaat özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğünü de içine alır niteliktedir.

Anayasa m.25'te "*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.*

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz." hükmüyle düzenlenen düşünce ve kanaat özgürlüğü, fikir ve kanaatlere yani düşünce "hammadde"sine ulaşabilme olanak ve serbestliği ile mümkün olacaktır. Haber bilgi ve belgelerine ulaşabilme olanakları, yani dolayısıyla bu bilgi ve belge kaynaklarının düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüklerinin bulunması düşünce ve kanaat özgürlüğünün ön koşulu ya da temel ögesidir.³⁵ Anayasa m.26/1'in "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.*" hükmüyle "ifade özgürlüğü" kapsamında değerlendirilen bu durum düşünce ve kanaatin oluşabilmesi için gerekli "enformasyon"un sağlanması açısından düşünce özgürlüğünün olmazsa olmazı niteliğindedir.

İfade özgürlüğü, yayma özgürlüğünü de kapsar biçimde, kişilerin haber, kanı ve bilgilere dilediği gibi ulaşabilmesini ve bunun sonucunda edindiği kanaatlerini kınanmadan, yargılanmadan açıklamasını ve yaymasını ifade eder. Kişiler gerek haber, kanı ve bilgilere ulaşmada, gerekse bunları açıklama ve yaymada bu özgürlüklerini tek başlarına kullanabilecekleri gibi, toplu olarak da kullanabilirler. Kişilerin benzerleri ile bir araya gelerek düşünce ve kanaatlerini açıklamaları toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne; dini inançlarını açıklamaları din ve inanç özgürlüğüne; sanat araçları veya bilimsel çalışmalarlarıyla açıklamaları bilim ve sanat özgürlüğüne işaret eder.³⁶ Kişilerin

32 KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Afa, İstanbul, 1998, s.283.

33 İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Beta, İstanbul, 2005, s.21.

34 YILDIZ, Sevil, **Medya Hukuku**, Nobel, Ankara, 2010, s.6.

35 KABOĞLU, s.191-192.

36 GEDİK, Ömer, **Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye'de Kitle İletişim Özgürlüğü**, Seçkin, Ankara, 2008, 38-39.

düşüncelerini açıklarken vasıta olarak kitle iletişim araçlarını kullanmaları halinde ise kitle iletişim özgürlüğünden bahsedilir. Bu durumda tüm bu özgürlüklerin ifade özgürlüğünden kaynaklandığını kabul etmek gerekir.

Kitle iletişim özgürlüğü, kendi içinde görsel-ışitsel özgürlükler, basın özgürlüğü ve internet özgürlüğü olmak üzere üç boyutu barındırmaktadır. Çalışmamızın konusu RTÜK'ün bu alandaki müdahaleleri olduğundan radyo-televizyon alanındaki görsel-ışitsel özgürlüklerden bahsetmekle sınırlı kalacağız.

B. RTÜK'ün Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğüne Müdahale Biçimleri

1. RTÜK'ün Görsel-İşitsel Alana Girişteki Müdahalesi

a. İzin Rejimi

Radyo ve televizyon yayınlarını kapsama alan görsel-ışitsel iletişim özgürlüğü alanında ifade özgürlüğü daha sınırlıdır. İlke olarak “bastırıcı” rejime sahip olan basın özgürlüğünden farklı olarak, radyo televizyon alanında “önleyici” rejim söz konusudur.³⁷ Önleyici rejimden anlaşılması gereken, radyo televizyon alanının izin sistemine bağlanmış olması ve bu alan için yasakoyucunun ve ikincil düzenlemelerin ışığında yayıncıların bir takım sorumluluklarının bulunmasıdır.

Anayasa m.26 “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü” olarak düzenlenen ifade özgürlüğü konusunda radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanabileceği hükmünü getirmiştir. Öncelikle, burada izin sisteminden bahsedilirken “izin” alması gerekenler radyo televizyon alanında faaliyet gösterecek “işletme”lerdir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin 2. fıkrası hükmü “Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.” ifadesiyle açıkça radyo televizyon ve sinema işletmelerinin izin rejimine bağlanabileceğini öngörmüştür. Türkiye'de yasakoyucu “yayımların izin rejimine bağlanması” ifadesini tercih etse de, bunun yayın değil, “işletme” anlaşılması yeterli olmayacaktır. Bu düzenlemede yapılacak bir değişiklik ile “yayın” kelimesinin “işletme” olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde basın dışı iletişim alanlarında yasakoyucuya sansür yetkisinin verildiğinin kabulü gerekir.³⁸

İzin sisteminin gerekçeleri teknik, sosyolojik ve iktisadi olarak ayrılmaktadır.³⁹ Teknik gerekçe, kullanılabilir frekansların sınırlılığıdır. Radyo-

37 KABOĞLU, s.287.

38 İÇEL/ÜNVER, s.48.

39 KABOĞLU, s.287.

televizyon yayını yapabilmek için sınırlı frekanslardan yararlanmak gerekmektedir. Kamu malı niteliğini haiz olan frekanslar ise özel radyo televizyon işletmelerine ancak bir kamu kurumu tarafından tahsis edilebilirler. Bu nedenle radyo televizyon işletmecisi öncelikle frekans kullanabilmek için izin almak durumundadır. Buradaki tahsis işlemi kamu mallarından özel yararlanmayı konu alır şekilde ve idare hukukunun genel ilkelerine tabi olmak durumundadır. Bununla birlikte gelişen teknolojiyle paralel olarak kablo, uydu ve internet aracılığıyla da yayın yapıldığı düşünüldüğünde izin rejiminin bu alanlarda da devam etmesinin nedeni, sosyolojik gerekçelerde bulunabilecektir. Şöyle ki, görsel-ışitsel iletişimin öznelere, diğer alanlardakilere göre daha geniş bir kitleyi oluşturmada olup, aynı zamanda “pasif” konumdadırlar, zira süreli-süresiz yayın ve internet alanında olduğu gibi aktif bir davranışla (satın alma, okuma, internette arama yapma, sayfayı okuma vb.) içeriğe ulaşmamaktadırlar. Bu nedenle, kamu yararına yapılmakta olan radyo-televizyon yayın içeriklerinin yine kamu yararı amacıyla daha titiz bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.⁴⁰ İktisadi nedenler olarak da yayın araçlarının kurulum ve program üretiminin maliyetinin yüksek olması gösterilmektedir.

Anayasa m.26'de “yayın” kelimesinin kullanılması dışında, bu düzenleme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi organlarının görüşlerine de uygundur. İfade özgürlüğünün medyanın diğer alanlarında olduğu gibi aynen görsel-ışitsel iletişim alanında da geçerli olacağına dikkat çeken Mahkeme, frekansların sınırlılığı ve işin teknik boyutları nedeniyle doğası gereği bir düzenlemeyi zorunlu kıldığını belirtmiştir. Buna göre, devletlerin lisans ve ruhsat konusunda getirdikleri düzenlemeler, dolayısıyla izin rejimi yayınların içeriklerine ilişkin bir takdir yetkisi anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte devletlerin bu konuda da hak ve yetkileri sınırsız olmayıp, keyfi bir takdire konu olamayacaktır.⁴¹

6112 sayılı Kanun m.37/b uyarınca “*Millî frekans planında karasal radyo ve televizyon yayınları için 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu hükümlerine göre Üst Kurula tahsis edilen frekans bantları çerçevesinde televizyon kanal ve radyo frekans planlamalarını yapmak veya yaptırmak ve*

40 MORANGE, “*L'intérêt public en droit public de la communication: valeur constitutionnelle*”, in *Acte de Colloque Franco-Quebecois, 19-20-21 septembre 1994*, Victoire Ed., s.27.

41 *Sacchi c.İtalya ve Jersild c. Danimarka* kararlarından aktaran ŞAHİN, Kemal, **İnsan hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, XII Levha, İstanbul, 2009, s.221-222.

42 RG, 10.11.2008, S.27050 (mük.).

uygulamak” RTÜK’ün görevidir. Buna göre RTÜK, karasal radyo ve televizyon yayınları için frekans bantları konusunda düzenleme yapmak, bu bantların tahsis yoluyla dağıtımını esas ve usullerini belirlemek ve tahsis kararı almaya yetkilidir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu⁴² m.36’nın yaptığı atıfla 6112 s. Kanun m.26 uyarınca RTÜK sınırlı sayıda olan frekansların tahsisi, özel radyo ve televizyon işletmelerine yayıncılık lisansının verilmesi ve bunun için ihale yapmaya yetkilidir.

RTÜK’ün kurulduğu 1994 yılından beri ulusal frekans planlaması ve frekans tahsisleri konusu tartışmalı bir durum arz etmiştir. İlk frekans planını 1995’te hazırlayan RTÜK frekans tahsislerine 1997’de başlamıştır. Ancak bu süreç politik ve milli güvenlik açısından “ulusal güvenlik belgesi” alınması zorunluluğu getirilmesi nedeniyle sonuçlanamamıştır.⁴³ Radyo-televizyon yayıncılarına geçici lisans verilmiştir. 2002’de 4756 sayılı Kanun ile 3984 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle verilen geçici lisanslar daimi lisansa çevrilmiş ve halihazırda mevcut bir radyo ve televizyon kanalını satın almak pazara girmenin tek yolu haline gelmiştir. 2002’de yapılan değişikliklerle ayrıca frekans planlamalarını yapma yetkisi RTÜK’ten alınıp Telekomünikasyon Kurumu’na (bugün Bilgi teknolojileri ve İletişim Kurumu) verilmiştir. Ancak frekans tahsisleri yine yapılamamış, bu durum yayıncılar ve kurum yöneticilerini töhmet altında bırakmıştır.⁴⁴ Dünya çapında düzenleyici kuruluşların en temel görevlerinden biri olan frekans tahsisi yapma görevini yerine getirmeyen ve yayıncıları üzerinde yayın yaptıkları frekansların kaçak kullanıcısı durumuna

43 1997’de yerel medya ihalelerinin yapılmasından sonra, ilk frekans ihalelerini kazananların genellikle İslami çevrelere ait kuruluşlar olması konuyu Milli Güvenlik Kurumu gündemine taşımıştır. Bunun üzerine hükümet anayasal yetkisini kullanarak RTÜK’ten ihalelerin ertelenmesini talep etmiştir. İhalelerin iptali üzerine dönemin RTÜK Başkanı Prof. Dr. Orhan Oğuz istifa etmiştir. Bunu izleyen süreçte ihalelere katılabilmek için “irticai ve bölücü yayınlar”ın engellenmesine yönelik olarak esas ve ölçütleri Başbakanlık tarafından saptanan bir “ulusal güvenlik belgesi” alma kaydı getirilmiştir. Bu nedenle ihale süreçleri sonuçlandırılmamış ve frekans tahsisleri yapılamamıştır. KEJANLIOĞLU, Beybin/ADAKLI, Gülseren/ÇELENK, Sevilyay, “Yayıncılıkta Düzenleyici Kurullar ve RTÜK”, in **Medya Politikaları**, KEJANLIOĞLU/ÇELENK/ADAKLI (Der.), İmge, Ankara, 2001, s.130-133.

44 Frekans planlamalarının, tahsisinin ve lisans verme işlemlerinin bir türlü sonuçlanmaması konusunda kayda değer bir görüş de yayın kuruluşları ile RTÜK arasında bir çeşit mutabakat olduğu yönündedir. Buna göre, RTÜK bu mutabakatla “... tahsis işleminin siyasal yönünden, medya kuruluşları ise ekonomik yönünden kurtulmaktadır. Üst Kurulun bugüne kadarki tek tahsis denemesinin, sadece bir yerel tahsis ihalesi denemesinin, nasıl mafyanın ve çeşitli siyasal grupların dahil olduğu ve devletin çeşitli üst düzey kurumlarının da devreye girerek ertelendiğini basından izledik. Ulusal ölçekteki bir ihalenin Üst Kurula getireceği siyasal maliyetin boyutlarını boyutlarını emek güç olmasa gerek. Medya kuruluşlarının karşılaşıacağı ekonomik maliyetin ulusal ölçekteki tahsislerde milyonlarca dolarlık fiyatlara ulaşabileceğini öngörmek abartı olmayacaktır.” ATABEK, Ümit, “Üst Kurul’un Yap(a)madıklarına Eleştiri”, **İletişim**, 1999/1, Gazi Üniv. İLEF Yay., s.254-255. Bununla birlikte söz konusu “ilişki”ye “mutabakat” demenin zor olduğu ya da söz konusu mutabakatın RTÜK ile medya kuruluşları arasında değil, “devletin çeşitli üst düzey kurumları” ile medya kuruluşları arasında bulunduğu dair bir görüş de mevcuttur. Buna göre, özkerliği tehlike altında olan RTÜK açısından “zorunlu” bir “boyun eğme” söz konusudur. Bkz. KEJANLIOĞLU/ADAKLI/ÇELENK, s.135-136.

düşüren bu sorunun çözülmesi beklenmektedir.

Nitekim 6112 s. Kanun m.37/c uyarınca RTÜK “*medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı talebinde bulunabilmeleri için gerekli idarî, malî ve teknik şartları belirlemek ve bu kuruluşlardan şartları sağlayanlara yayın lisansı vermek*” konusunda yetkilidir. Kanun m.3/hh'de “*Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer düzenlemelerde belirtilen şartları haiz oldukları takdirde kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan her türlü teknoloji ile yayın yapabilmeleri için her bir yayın türü, tekniği ve ortamına ilişkin olarak ayrı ayrı olmak üzere Üst Kurulca verilen izin belgesi*” olarak tanımlanan yayın lisansı on yıl süreyle verilir. Lisans süresinin bitiminde boşalan karasal yayın kapasitesi için RTÜK tarafından tekrar ihaleye çıkılacaktır (m. 27/2). Yayın lisansının, lisans sahibi kuruluş tarafından devredilmesi mümkün değildir, yayın faaliyetine devam etmeme kararı alan kuruluş lisansını RTÜK'e iade etmek zorundadır.

6112 sayılı Kanun m.3/1 uyarınca “özel radyo televizyon kuruluşları” terimi yerine kullanılan “medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar”ın kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan yayın yapabilmeleri için her bir yayın tekniği ve ortamına ilişkin ayrı lisans almak zorundadırlar. Lisansın hangi yayın tekniği ve ortamına ilişkin verildiği lisans belgesinde açıkça belirtilir. Farklı yayın teknikleri ve ortamlarından aynı anda yayın yapmak isteyen kuruluşlar, her yayın tekniği ve ortamı için ayrı lisans almak ve eş zamanlı yayın yapmak zorundadır.

Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı alabilmeleri için ayrıca m.19'da düzenlenen şartları taşımaları gerekmektedir. Buna göre,

a) Yayın lisansı alacak kuruluşların münhasıran radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti sunmak amacıyla Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre anonim şirket olarak kurulmuş olmaları gerekmektedir. Aynı şirket ancak bir radyo, bir televizyon ve bir isteğe bağlı yayın hizmeti sunabilir ve yayın lisansının verilmesinden sonra da ana sözleşmeye bu esaslara aykırı hüküm konması mümkün değildir.

b) Siyasî partiler, sendikalar, meslek kuruluşları, kooperatifler, birlikler, dernekler, vakıflar, mahallî idareler ve bunlar tarafından kurulan veya bunların doğrudan veya dolaylı ortak oldukları şirketler ile sermaye piyasası kurumları ve bunlara doğrudan veya dolaylı ortak olan gerçek ve tüzel kişilere yayın lisansı verilemez. Bu kuruluşlar, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara

doğrudan veya dolaylı ortak olamazlar.

c) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların hisseleri nama yazılı olmak zorundadır. Herhangi bir kişi lehine intifa senedi ihdas edilemez.

d) Bir gerçek veya tüzel kişi doğrudan veya dolaylı olarak en fazla dört karasal yayın lisansına sahip medya hizmet sağlayıcı kuruluşa ortak olabilir. Ancak, birden çok medya hizmet sağlayıcıya ortaklıkta bir gerçek veya tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı hisse sahibi olduğu medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yıllık toplam ticarî iletişim geliri, sektörün toplam ticarî iletişim gelirinin yüzde otuzunu geçemez. Toplam ticarî iletişim geliri bu oranı aşan gerçek veya tüzel kişiler RTÜK tarafından verilen doksan günlük süre içinde bu oranın altına inecek şekilde medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardaki hisselerini devreder. Bu süre içinde devir işleminin yapılmaması halinde Kurul tarafından idari para cezasına hükmedilecektir.

e) Gerçek kişiler için eşler ile üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlara ait hisseler de aynı kişiye aitmiş gibi değerlendirilir.

f) Bir medya hizmet sağlayıcı kuruluşta doğrudan toplam yabancı sermaye payı, ödenmiş sermayenin yüzde ellisini geçemez. Yabancı bir gerçek veya tüzel kişi en fazla iki medya hizmet sağlayıcı kuruluşa doğrudan ortak olabilir. Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların ortağı olan şirketlere yabancı gerçek veya tüzel kişilerin iştirak ederek yayın kuruluşlarına dolaylı ortak olmaları hâlinde, yayıncı kuruluşların yönetim kurulu başkanı, başkan vekili ile yönetim kurulu çoğunluğu ve genel müdürünün Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması ve ayrıca yayıncı kuruluş genel kurullarında oy çoğunluğunun Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetini haiz gerçek veya tüzel kişilerde bulunması zorunludur. Şirket ana sözleşmelerinde bu hususları sağlayan düzenlemeler açıkça belirtilir.

g) Yerli veya yabancı hissedarlar hiçbir şekilde imtiyazlı hisse senedine sahip olamaz.

3984 sayılı Kanunda %25 olan yabancı hisse oranı 6112 sayılı kanun ile %50'ye çıkarılmıştır. Medya sahiplik oranlarının yeniden düzenlenmesi konusunda yapılan değişiklik ise, küreselleşme ile birlikte yaşanan serbestleşme politikalarının yansımaları niteliğindedir. Yeni yasada yabancı sermaye oranının %25'den %50'ye çıkarılması konusu basitçe küreselleşen dünyayla uyum süreci gibi görülebilir, ancak her ne kadar küreselleşme ile uyumlu bir şekilde sermayenin uluslararasılaşması gibi görülse de, konu medya olduğunda olay hiçbir zaman sadece sermayenin serbestçe yayılması değildir.

Bu aynı zamanda belli düşüncelerin ve politikaların da yayılmasını içerir. Medya alanında sermaye sahipliğinin aynı zamanda zihinsel üretim aracı sahipliği olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu değişikliğin son derece ideolojik alt tabanlı, siyasi, ekonomik ve sosyal hayatı etkileyecek ve kolayca denetlenemeyecek sonuçlarının olabileceği unutulmamalıdır.

B. Görsel-İşitsel Alanda Mülkiyet Sorunu ve Çoğulculuğun Sağlanması

Modern demokrasilerde toplumdaki tüm sosyal, siyasal ve ekonomik katmanlara görüşlerini ifade edebilme, seslerini duyurabilme imkânını sağlanması gerekmektedir. Böylece toplum katmanları ile siyasal sistem arasında iletişim sağlanarak çoğulcu demokrasinin gelişmesi garanti edilebilir. Bu noktada medyanın sahip olduğu gücün önemi yadsınamaz.. Medya piyasasında tekelleşme ya da piyasada "tekelleşme" ile söz konusu piyasada bir ya da birkaç firmanın, gerek mülkiyet yoluyla gerekse aralarında anlaşmalar yaparak egemenlik kurması anlamını taşımaktadır ve literatürde bu durum "medyada yoğunlaşma" olarak adlandırılmaktadır.⁴⁵ Buna göre, medya sektöründeki yoğunlaşma oranı, piyasadaki bir ya da birkaç firmanın piyasanın ne kadarını kontrolleri altında tuttuklarını gösterir orandır. Kitle iletişim özgürlüğü açısından bakıldığında, bu durumun medyada gerek mülkiyet sahipliği gerekse medya yapımının içeriği açısından "tektipleşme" ya da "bir örnekleşme"⁴⁶ tehlikesi barındıracağı açıktır Bu nedenle yayın lisansı alacak medya hizmet sağlayıcısı kuruluşlar için sermaye konusunda getirilen yasal düzenlemeler ile mülkiyet sınırlaması yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi de "*...medyanın çok sesliliğini sağlamaya yönelik koruyucu önlemler almanın devletin görev ve sorumluluğunda*" olduğundan bahisle "*bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesine olanak sağlanması bakımından Anayasanın 26. Maddesinde belirtilen nedenlerle sınırlı olarak medya sahipliğine ilişkin kimi kısıtlamalar getirilebileceği*" değerlendirmesi yapmıştır.⁴⁷

1980'lerden itibaren yayıncılık alanında teknolojik dönüşümlere paralel olarak geleneksel medya sahipliğinin yerini yeni medya sahipliğine bıraktığı gözlenmiştir. Buna göre, tekstil, inşaat, turizm vb. alanlarda biriken sermayenin büyük bir kısmı medya alanında yatırımlara aktarılmıştır. Bunun gerekçeleri olarak, kitle iletişim araçlarının gücü (siyasi çevrelerde itibar ve kamuoyu üzerindeki denetim), diğer sektörlerdeki riskli kapitalin riskinin azaltılması

45 AVŞAR, Zakir, "*Medyada Yoğunlaşma ve Şeffaflaşma: Yasal Düzenlemeler, Beklentiler, Sorun Alanları*", *İletişim Araştırmaları Dergisi*, 2004, N. 2(2), s.89.

46 ADAKLI, "*Yayıncılık Alanında Mülkiyet ve Kontrol*", in *Medya Politikaları*, s.153.

47 Anayasa Mahkemesi, 21.9.2004, E.2002/100, K.2004/109, RG, 04.8.2006, S.26249.

(kredi alımı ve devlet ihalelerine nüfuz) ve reklam harcaması yapmak yerine yeni bir pazarlama stratejisi olarak medya araçlarına sahip olmak gösterilmiştir.⁴⁸

Medyada mülkiyet konusunda 3984 sayılı kanundaki düzenlemenin yetersiz kalması nedeniyle Türkiye'de medya alanında söz sahibi olan sadece birkaç kuruluş bulunmaktadır. Türkiye'de medya sektöründe görülen yoğunlaşma hem yatay, hem dikey, hem de çapraz yoğunlaşma olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı sermaye sahibinin birbirinden bağımsız birden fazla yayın organına sahip olması yatay yoğunlaşma; olarak adlandırılmaktadır. Bir şirketin medya alanında üretimden tüketime kadar her safhada kontrol ve sahipliğinin olması veya farklı medya alanlarında yayılma dikey yoğunlaşma olup, yayıncılar ile ilişkili oldukları program üretici firmalar ve dağıtım pazarları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu bulunmaktadır. Çapraz yoğunlaşma ise, aynı sermaye sahipliğinin farklı medya alanlarında ve bunun dışında da diğer alanlarda mülkiyet sahipliği ise, çapraz medya yoğunlaşması olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹ Yani, televizyon yayıncıları ve yazılı basın veya internet sağlayıcıları gibi diğer medya unsurları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu yanı sıra, örneğin otomotiv, finans vb. alanlarda da mülkiyet ve yatırımların söz konusu olduğu yoğunlaşma çapraz yoğunlaşma olup, Türkiye'deki durum da budur.

Bu yoğunlaşmaların hangi türü olursa olsun medya alanında çokseslilik ve dolayısıyla çoğulcu demokrasi açısından olumsuz sonuçlar getireceği açıktır. Bu nedenle her ülke medya alanında yoğunlaşmanın önüne geçebilmek için bir takım önlemler almaktadır. Türkiye'de yasakoyucu medya alanında yoğunlaşmanın önüne geçebilmek için ikili bir sistem kabul etmiş, bir yandan yayın lisansı sayısı sınırlaması getirirken, diğer taraftan birden fazla yayın lisansına sahip olan kuruluşlar için sektördeki yıllık gelir içindeki pay sınırlaması düzenlemiştir. Buna göre özel bir medya kuruluşu en fazla dört tane karasal yayın lisansına sahip olabilecektir. Bununla birlikte, doğrudan veya dolaylı olarak birden fazla yayın lisansına sahip olan gerçek veya tüzel kişi medya kuruluşunun sektördeki yıllık toplam ticari iletişim gelirinin sektörün yıllık toplam ticari iletişim gelirinin %30'unu geçmesi mümkün değildir. Bu anlamda, yasakoyucu karma bir yol izleyerek *gelir payı/lisans sahipliği modeli* ile yoğunlaşmaya karşı önlem almıştır.⁵⁰

48 TUNCEL, Hakan, "Bab-ı Âli'den İkitelli'ye", **Birikim**, 1994, s.64'ten aktaran ADAKLI, S.154-155.

49 AVŞAR, s.89-90.

50 AVŞAR'ın aktarımına göre Radyo ve televizyonlarda yoğunlaşmaya götürecekt durumların ölçülmesi

6112 sayılı Kanunun “reklam” kelimesi yerine tercih ettiği ve fakat ikisini de aynı anda kullandığı “ticari iletişim” m.3/z/de “*Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların radyo ve televizyon reklâmları, program desteklemesi, tele-alışveriş ve ürün yerleştirmeyi de kapsamak üzere, ekonomik bir faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişinin, ürün, hizmet veya imajını, doğrudan veya dolaylı olarak tanıtmak amacıyla tasarlanmış sesli veya sessiz görüntülerin bir ücret veya benzeri bir karşılıkla ya da öz tanıtım amacıyla bir programla birlikte ya da bir program içine yerleştirilerek verilmesi*” olarak tanımlanmıştır.

6112 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşlarının Elde Ettiği Ticari İletişim Gelirlerinin Denetimi ve Bu Gelirler Üzerinden Alınacak Üst Kurul Paylarının Beyan ve Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁵¹ 26.08.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye'deki çapraz yoğunlaşma gerçeğinin bir diğer boyutu da medya kuruluşlarının bağlı oldukları holdinglerinin diğer sektörlerdeki faaliyetleri konusunda ortaya çıkabilecektir. Dikkat çekici olan bu holdinglerin enerji, bankacılık, otomotiv, inşaat, turizm⁵² gibi sektörlerde de faaliyet göstermeleridir. Medyanın 1980'lerden itibaren değişen ekonomik yapısı sonucu devlet ile medya kuruluşları arasındaki bağımlılık ilişkisi artmış, bu durum bir çok noktada medya kuruluşları açısından haber alma hakkını

ve önlenmesi için ülkelerin uyguladığı modeller ana hatlarıyla şu şekildedir: a) *İzleyici Payı Modeli*: Belirlenmiş bir

zaman dilimi içinde bir özel veya tüzel kişi tarafından yayınlanan bir veya daha fazla kanalın toplam izlenme oranı içindeki azami izlenme yüzdesini belirlemek amacıyla taşımaktadır. b) *Lisans Sahipliği Modeli*: Bir yayıncı

kuruluşun birden fazla lisanslı radyo ve televizyon kuruluşuna sahip olma konusunda sınırlama getirme amacıyla taşımaktadır. Örneğin bir yayıncı kuruluş, doğrudan veya dolaylı olarak, yasayla belirlenenden daha fazla sayıda yayın lisansına sahip olamaz ya da bu lisans sahipleri ana sermaye üzerinde kontrol hakkına sahip olamazlar. c) *Gelir Payı/Frekans Sınırlama Modeli*: Bu model, iki kritere göre uygulanmaktadır. İlk kriter, ticari yayınlar için mümkün olan toplam frekans kapasitesine ilişkin program kanallarındaki azami payı tanımlamaktadır. İkinci kriter, bütün pazardaki toplam gelire göre bir pazardaki bir kuruluşa getirilen tavan geliri ifade etmektedir. d) *Sermaye Payı/Yayın Lisansı Modeli*: Üç farklı kritere göre uygulanmaktadır: 1) Herhangi bir yayıncı göz önüne

alındığında sermaye payının tavanı sınırlandırılır; 2) Sahip olunabilecek lisans sayısı sınırlandırılır; 3) Birden fazla yayın istasyonlarının sermaye paylarına ilave sınırlamalar getirilir (örn. Analog karasal yayınlar).Bkz. AVŞAR, s.94-95.

51 RG, 26.08.2011, S.28037.

52 Bu sektörlerin hepsinde birden faaliyet gösteren medya holdinglerine örnek olarak, Doğan Holding, Doğuş Grubu, Ciner Grubu, Çukurova Holding, Çalık Holding örnek verilebilir. <http://www.doganholding.com.tr/yatirimlar/medya.aspx>; http://www.dogusgrubu.com.tr/web/23-92-1-1/dogus_grubu_-tr/sektorler/medya/dogus_yayin_grubu; <http://www.cinergroup.com.tr/index>; http://www.cukurova.com.tr/endustri_grup.asp; <http://www.calik.com/TR/Sektorler/tekstil> (Erişim tarihi, 6.12.2011).

engeller nitelikte bir “otosansür”e dönüşmüştür.⁵³ Özellikle bu kuruluşların medya dışı alanlarda faaliyet gösterdikleri sektörler dikkate alındığında siyasi, ekonomik ve çevresel olarak toplumsal muhalefetin de üzerinde yoğunlaştığı alanlar olduğu görülmektedir. Bu noktada, vatandaşların haber alma haklarının sağlanması amacıyla haberlerin hangi sektöre ilişkin olursa olsun objektif bir şekilde ve tüm görüşlere yer verilerek aktarılması gerekmektedir. Bunun güvencesi ise, 6112 sayılı Kanun m.37/1 ile “ifade ve haber alma özgürlüğünün, düşünce çeşitliliğinin, ... rekabet ortamının ve çoğulculuğun güvence altına alınması, yoğunlaşmanın önlenmesi ve kamu menfaatinin korunması amacıyla gerekli tedbirleri almak” görevi verilen RTÜK olmak durumundadır. Bu kuruluşların medya faaliyetleri sayesinde kişisel siyasi ve ekonomik çıkarlarını gütmeye yoluna gitmeleri kaçınılmazdır. Ancak, medyanın gücünün siyasi iktidar üzerindeki etkisi, dolaylı yoldan RTÜK üzerinde bir takım etkiler doğurabilecektir.

Bununla birlikte, görsel-ışitsel alanda yerli ve yabancı kişi ve kuruluşlara yatırım yapma imkanı tanınmaktayken eğitim, kültür ve siyasal çoğulculuk alanında faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarına ve baskı gruplarına bu hakkın tanınmaması da dikkat çeken bir durumdur.⁵⁴ Ayrıca, kitle iletişim özgürlüğünün tam anlamıyla sağlanabilmesi için çoğulculuğun sağlanması açısından medya hisse dağıtımları yeterli olmayıp, yayın içerikleri açısından da çoğulculuğun sağlanması gerekmektedir. Özel medya kuruluşları arasındaki rekabet yayın içerikleri açısından çoğulculuğu garanti etmemektedir. Bunun gerçekleşmesi için program içeriklerinin kaynağındaki çeşitlilik ve yayınların üretim biçimi de çoksesliliği sağlama konusunda etkin unsurlardır. Bu nedenle Avrupa Konseyinin tavsiyesi üzerine AB ülkelerinde yoğunluk olarak Avrupa ülkelerinde medya sahipliğinde izleyici oranı/payı modeli artan bir şekilde uygulanmaktadır.⁵⁵

2. RTÜK'ün Görsel-İşitsel İletişim Yayınlarının İçeriklerine Müdahaleleri

RTÜK'ün görsel-ışitsel iletişim alanına müdahalesi yayın içerikleri konusundaki müdahaleleri, bu konuda yasakoyucunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde ikincil düzenlemeler yapmak ve yayın içeriklerinin bu

53 ELMAS, Esra/KURBAN, Dilek, **İletişimsel Demokrasi-Demokratik İletişim, Türkiye'de Medya: Mevzuat, Politikalar, Aktörler**, Demokratikleşme Programı Medya Raporu-I, TESEV Yay., İstanbul, 2011, s.52.

54 GEDİK, s.138.

55 AVŞAR, s.99.

düzenlemelere uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini denetlemek, ihlal halinde yaptırım uygulamak olarak ortaya çıkmaktadır.

a. Yayın İlkeleri

Anayasa m.13'te temel hak ve özgürlüklerin sadece ilgili maddelerinde gösterilen nedenlerle, anayasanın sözüne ve ruhuna ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak, özlerine dokunulmaksızın ve ölçülülük ilkesine uymak kaydıyla kanun ile sınırlanabileceği düzenlenmektedir. Nitekim, ifade özgürlüğünü düzenleyen m.26 bu özgürlüğün sınırlanma nedenlerini de göstermiştir. Buna göre, ifade özgürlüğü millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilmektedir.

Anayasadaki bu düzenlemelere dayanılarak 6112 sayılı Kanun m.8 yayınlara ilişkin ilkeleri belirlemiştir. Buna göre yayın hizmetleri,

a) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılâplarına aykırı olamaz.

b) Irk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturamaz.

c) Hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olamaz.

ç) İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içeremez.

d) Terörü övemez ve teşvik edemez, terör örgütlerini güçlü veya haklı gösteremez, terör örgütlerinin korkutucu ve yıldırıcı özelliklerini yansıtıcı nitelikte olamaz. Terör eylemini, faillerini ve mağdurlarını terörün amaçlarına hizmet eder şekilde sunamaz.

e) Irk, renk, dil, din, tabiiyet, cinsiyet, özürllülük, siyasî ve felsefî düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan yayınları içeremez ve teşvik edemez.

f) Toplumun millî ve manevî değerlerine, genel ahlaka ve ailenin korunması ilkesine aykırı olamaz.

g) Suç işlemeyi, suçluyu ve suç örgütlerini övücü, suç tekniklerini öğretici nitelikte olamaz.

ğ) Çocuklara, güçsüzlere ve özürlülere karşı istismar içeremez ve şiddeti teşvik edemez.

h) Alkol, tütün ürünleri ve uyuşturucu gibi bağımlılık yapıcı madde kullanımı ile kumar oynamayı özendirici nitelikte olamaz.

ı) Tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerini esas almak ve toplumda özgürce kanaat oluşumuna engel olmamak zorundadır; soruşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberler, soruşturulmaksızın veya doğruluğundan emin olunmaksızın yayınlanamaz; haberin verilisinde abartılı ses ve görüntüye, doğal sesin dışında efekt ve müziğe yer verilemez; görüntülerin arşiv veya canlandırma niteliği ile ajanslardan veya başka bir medya kaynağından alınan haberlerin kaynağının belirtilmesi zorunludur.

ı) Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimse suçlu ilân edilemez veya suçluymuş gibi gösterilemez; yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte olamaz.

j) Haksız çıkarlara hizmet eden ve haksız rekabete yol açan unsurlar içeremez.

k) Siyasî partiler ve demokratik gruplar ile ilgili tek yönlü veya taraf tutar nitelikte olamaz.

l) Genel sağlığa, çevrenin ve hayvanların korunmasına zarar verecek davranışları teşvik edemez.

m) Türkçenin, özellikleri ve kuralları bozulmadan doğru, güzel ve anlaşılır şekilde kullanılmasını sağlamak zorundadır; dilin düzeysiz, kaba ve argo kullanımına yer verilemez.

n) Müstehcen olamaz.

o) Kişi veya kuruluşların cevap ve düzeltme hakkına saygılı olmak zorundadır.

ö) Bilgi iletişim araçları yoluyla yarışma veya lotarya düzenlenemez, dinleyici ve seyircilere ikramiye verilemez veya ikramiye verilmesine aracılık edilemez.

p) Medya hizmet sağlayıcı tarafından yapılan veya yaptırılan anket ve kamuoyu yoklamalarının, hazırlık aşamasından sonuçların ilânına kadar noter nezaretinde gerçekleştirilmesi zorunludur.

r) Kişileri fal veya batıl inançlar yoluyla istismar edemez.

s) Toplumsal cinsiyet eşitliğine ters düşen, kadınlara yönelik baskıları teşvik eden ve kadını istismar eden programlar içeremez.

ş) Şiddeti özendirici veya kanıksatıcı olamaz.

(2) Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılmadan yayınlanamaz.

(3) İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimini olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerinin, bunların bu tür hizmetleri normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlüdür.

6112 sayılı Kanuna dayanılarak RTÜK tarafından Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁵⁶ çıkarılmıştır

Bunlar dışında yasakoyucu reklamların yayınlanması ve içeriklerine ilişkin bir takım düzenlemeler yapmış (m.9), yayınların belli bir oranının Türk halk ve Türk sanat müziği yayınlarına (m.14/4) ve Avrupa eserlerine (m.15) ayrılması zorunluluğu da getirmiştir.

Tüketicilerin ve çocukların korunmasına yönelik düzenlemeler, reklamların adil ve dürüst olmalarına ve çocukların özel durumları dikkate alınarak hazırlanmaları gereğini gözetmektedir. Bu anlamda tüketicilerin ve çocukların korunması açısından meşru görülmektedirler. Reklamların yayın süresinin belli bir oranını geçemeyeceğine ilişkin düzenlemelerin yayıncının hakları üzerinde sansür etkisi yarattığı yönünde görüşler⁵⁷ bulunmaktaysa da, Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi hükümlerine uygun niteliktedir. Aksi yönde bir uygulama haksız rekabete yol açabilecek ve özellikle radyo ve televizyon yayıncılığında beklenen sosyal ve kamusal yararları ve kitle iletişim özgürlüğünden yararlanılmasını zedeleyebilecektir.

Türk halk ve sanat müziği ile Avrupa eserleri yayınlama zorunluluğunun da yayıncının ifade ve girişim özgürlüğü üzerinde bir sınırlama oluşturduğu ve bir tercih belirttiği belirtilmiştir. Bu ifadeler yerine Yasakoyucunun genel olarak, “eğitim, kültür ve sanat” gibi ibareler kullanmasının kuruluşlara belli bir tercih

56 RG, 2.11.2011, S.28103.

57 ŞAHİN, s.189.

ve bakış açısı dayatılması durumundan kurtaracağı ifade edilmiştir.⁵⁸

b. Yayın İlkeleri Işığında RTÜK'ün Temel Hak ve Özgürlükler Alanındaki Takdir Yetkisi

6112 sayılı Kanun, önceki kanunda radyo-televizyon yayıncılığına getirilen önemli kısıtlamaların büyük çoğunluğunu barındırmaktadır. Özellikle, “Türkiye Cumhuriyeti devletinin varlık ve bağımsızlığı, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ile “toplumun millî ve manevî değerleri, genel ahlak ve ailenin korunması ilkeleri” ve “müstehcenlik” sınırları belli olmayan kavramlardır. Bunlara ek olarak “kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı ifadeler” de sayılabilir. Bu muğlak ifadeler radyo-televizyon yayıncılarına uyarımadan yayın lisansının iptaline kadar geniş bir yelpazede yaptırım uygulama yetkisine sahip olan RTÜK'e geniş bir takdir payı bırakmaktadır. Çalışmamızın konusu açısından özellikle tanımı ve sınırları muğlak olan bu kavramlar açısından değerlendirme yapılacaktır.

aa. Genel Ahlak ve Müstehcenlik

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.19 ve AİHS m.10'da güvence altına alınan ifade özgürlüğünün meşru kısıtlama nedenleri arasında “genel ahlakın korunması” da yer almaktadır. AİHM *Handyside c.İngiltere* kararı “genel ahlak” değerlendirmesi açısından belirleyici niteliktedir. Mahkeme, ahlak kavramının zamana ve mekana göre değişebileceğine ve bu nedenle de devlet makamlarının kendi ülkelerindeki ahlak anlayışını değerlendirme konusunda Mahkemeye göre daha iyi konumda olduklarına vurgu yapmıştır. Bu kapsamda Mahkemenin görevi yerel yargı makamlarının Sözleşme m.10/2'yi iyi niyetle ve makul bir biçimde kendilerine bırakılan serbesti içinde hareket edip etmediğini denetlemektir.⁵⁹ Ahlak kavramının ülkeler arasında ve dahi aynı ülke içinde farklılıklar göstermesi nedeniyle sözleşmeciler devletlere bu konuda tanınan takdir yetkisi daha geniştir.⁶⁰

AİHM, *Müller c.İsviçre* Kararında “genel ahlaka aykırılık” nitelemesinde, eserin müstehcenliğine karar verilirken bilirkişi incelemesi gerekmediği, eserin

58 İbid, s.191.

59 ÇANKAYA/BATUR YAMANER, **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Turhan, Ankara, 2006, s.29-30. Handyside adlı yayıncı tarafından basılan ve daha önce Avrupa'nın birçok ülkesinde basılmış bulunan cinsel eğitimi için yayınlanmış “Küçük Kırmızı Balık” adlı kitap hakkında İngiltere mahkemeleri tarafından “müstehcenlik” nitelemesi nedeniyle toplama kararı verilmiştir.

60 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin, Ankara, 2004, s.447.

“normal hassasiyette bir vatandaşın ahlaki değerlerini yargılayıp yargılamadığına” bakılması gerektiğini belirtmiştir.⁶¹

Türk hukuku açısından bakıldığında, kamu tüzel kişilerinin elinde olan basın dışı kitle iletişim araçlarından yararlanma hakkı (AY m.31) ve dernek kurma özgürlüğüne (AY m.33) ilişkin anayasal düzenlemelerde kendisine yer bulan “genel ahlak” kavramı Anayasa m.26/2’de sayılan ifade özgürlüğünün meşru sınırlama nedenleri arasında sayılmamaktadır. Anayasa m.13’ün temel hak ve özgürlüklerin ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak sınırlanabileceği hükmüyle birlikte düşünüldüğünde 6112 sayılı Kanun m.8/f’de ifade edilen genel ahlaka uygun olma şartı Anayasaya aykırıdır.

Bununla birlikte, Türk Ceza Kanununun (TCK) “Genel Ahlak Karşı Suçlar” başlığını taşıyan 7. bölümünde müstehcenlik suç olarak düzenlenmiştir. TCK m.226/2 uyarınca müstehcen görüntünün, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi suçtur oluşturmaktadır. TCK ve 6112 sayılı Kanun müstehcenlik kavramının tanımını yapmış değildir. Müstehcenlik kavramının genel geçer bir tanımını da yapmak mümkün değildir. Arapça “hücnat” kökünden gelen müstehcen, “açık saçık, edep dışı, ar ve haya duygularını inciten, yakışsız, iğrenç, tiksindirici” gibi anlamlarda kullanılmaktadır.⁶²

Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.8/n müstehcenlik kavramını “*Cinsel duyguları sömürmeye yönelik, bireyleri cinsel meta olarak gösteren, insan bedenini cinsel tahrik unsuruna indirgeyen, toplumsal yaşam alanı içinde sergilenemeyecek mahrem söz ve davranışlar içeren, toplumda yaşayan bireylerin ar ve utanma duygularını örseleyen ve cinsel isteklerini tahrik ve istismar eder nitelikte*” yayınlar olarak tanımlamıştır. Ancak bu tanım da net bir niteleme yapabilmek açısından yeterli görünmemektedir. Bu nedenle, müstehcenlik kavramının içerik ve kapsamının belirlenmesinde ceza hukuku doktrini ve mahkeme kararları dikkate alınmalıdır. Buna göre müstehcenlik kavramını düzenlerken yasakoyucunun toplumda ortak bir duygu olan “genel adab”ı dikkate alarak gelecek bir kötülüğü, yani genel ahlakın düşmesini önlemeyi amaçladığı belirtilmiştir.⁶³ Bu bağlamda kapsamı belirsiz ve değişken olan müstehcenlik kavramı da kendisiyle aynı nitelikleri taşıyan genel adab ve dolayısıyla genel ahlak kavramıyla açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle

61 ÇANKAYA/BATUR YAMANER, s.31 vd.

62 KEJANLIOĞLU, “Cinsellik, 'Erotik Programlar', Müstehcenlik ve 'Ahlakçı' İkiyüzlülük”, in **Medya Politikaları**, s.319.

63 EREM, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 1985, s.220.

müstehcen nitelmesi yapılırken ortak bir duygu olan hicap esas tutulmalı, fiilin işlendiği zamanın sosyal ve kültürel şartları, birlikte yaşayanlar arasındaki ortak edep duygusu dikkate alınmalıdır.⁶⁴ Danıştay bu konuda AİHM'nin *Müller* kararındaki yorumundan farklı olarak bilirkişi incelemesi yaptırma yoluna gitmeyi tercih etmektedir. Kanaatimizce doğru olan uygulama budur, aksi takdirde ciddi bir sanatsal, edebi veya bilimsel bir değer içeren eserlerin de müstehcen sayılarak yanlış değerlendirilmesi mümkün olacaktır.⁶⁵

Bu nedenle müstehcenlik değerlendirmesi yapılırken, AİHM tarafından da altı çizilen “genel ahlak kavramının zaman ve mekâna göre değişkenliği” gözetilmeli ve bu kavram dar yorumlanarak toplumun “o an”ında ve o zamanın sosyal ve kültürel şartları gözetilerek ortak olan ve hukukun ilgilendiği “asgari ahlak”⁶⁶ anlayışının dikkate alınması gerekmektedir. Zira radyo ve televizyon kuruluşlarının elinde bu konuda objektif ölçütler bulunmamaktadır. Bu noktada da, kamu düzeninin unsurlarından biri olan genel ahlakın korunmasının tek başına amaç olarak ele alınmaması, ihlale konu yayının açık ve yakın bir tehlike oluşturması durumu dikkate alınmalıdır.⁶⁷ Ancak ahlak kurallarının ihlalinde açık ve yakın tehlikeyi tespit etmek de “genel ahlaka aykırı yayın”ı tespit etmek kadar güç olacaktır. Toplumunu oluşturan bireylerin ahlak anlayışlarının aritmetik ortalamasının alınması da mümkün olmadığına göre, toplumun genelinin ahlaka mugayir olduğu konusunda üzerinde ortak kanaati olan fiiller ihlal olarak dikkate alınmalıdır. Bu anlamda korunmada öncelikli kabul edilen çocuklar ve gençler açısından “genel ahlaka aykırı yayın” konusunda görece daha geniş yorum yapılabilse de, yayınların saat düzenlemeleri ile bu kategorinin korunması mümkündür. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün korunabilmesi için toplumun ortak “genel ahlak anlayışı” minimum düzeyinden değerlendirilmeli, herkeste asgari müşterek olan minimum ahlak dikkate alınmalıdır.

bb. Toplumun Milli ve Manevi Değerleri ve Ailenin Korunması

Toplumun milli ve manevi değerlerine ve ailenin korunması ilkesine aykırı yayın yasağı da aynen “genel ahlak” kavramı gibi objektif kriterlerle açıklanması mümkün olmayan düzenlemedir. Zira böyle bir sınırlamanın çerçevesini çizmek mümkün görünmemektedir. Bu maddeye dayanarak ihlal nitelmesi yaparken RTÜK'ün takdir yetkisini keyfi bir şekilde kullanabilmesi

64 PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu C.4 (m.223-345), Seçkin, Ankara, 2008, s.3373.

65 Danıştay 10.D, 15.5.2001, E.1999/5326, K.2001/1807.

66 BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı**, Turhan, Ankara, 2011, s.11.

67 OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, XII Levha, İstanbul 2011, s.124.

olasıdır. Bu noktada, RTÜK'ün özerkliği, bağımsızlığı ya da kusursuz olarak faaliyette bulunmaya liyakatli olup olmadığı dahi dikkate alınmaksızın, kavramların muğlaklığı nedeniyle ifade özgürlüğü üzerinde bir tehdit bulunmaktadır. Bu anlamda RTÜK kararlarının yargısal denetime açık olması da bu tehlikeyi bertaraf etmeye yeterli görünmemektedir.⁶⁸

Bununla birlikte, bu maddelerin ihlali bir yayın kuruluşunun cezalandırılması için gerekçe oluşturmakta, ihlalin varlığına karar verecek kurum olan RTÜK üyelerinin belirlenmesinde de siyasi partiler ve TBMM son sözü söylemektedir.⁶⁹ RTÜK'ün daha önce yayın ilkeleri ihlali nedeniyle verdiği yaptırım kararları, 649 sayılı KHK sonrası hükümetin idari denetimi altında yapacağı ihlal nitelendirmeleri hakkında bilgi verebilecek niteliktedir. Bu nedenle, kavramın muğlaklığı yanında RTÜK üyelerinin bu kavrama hangi anlamları atfettiği de önemli olmaktadır. Örneğin, RTÜK bir televizyon dizinde köpeğe “Hüseyin” adı verilip, dizi boyunca bu şekilde çağrılmasını, bu isimlendirmenin Hz. Muhammed'in torunu ve Hz. Ali'nin oğlu olması nedeniyle Hz Hüseyin'e sevgi duyan bir kitleyi rencide ettiği ve toplumun milli ve manevi değerlerine aykırı olduğu gerekçesiyle dizinin yayınlandığı kanala uyarma cezası vermiştir. RTÜK'ün bu kararı idare mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve Danıştay da ilk derece mahkemesinin bu kararını onamıştır.⁷⁰

Yine bir başka örnekte RTÜK, aldatma ve çok eşlilik gibi konuların mahkeme salonuna dönüştürülen stüdyoda jüri üyelerini canlandıran seyirciler önünde tartışılması temalı programda eşini aldatan bir erkeğin eleştirilmesini ve bu arada “Burada bağıracağına 12 yıllık eşine sahip çıkıp sevdirdiydin kendini”, “sen erkek olduğun için kendimden utanıyorum” gibi ifadeler sarf edilmesini toplumun milli ve manevi değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı bularak verdiği uyarma cezası idare mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve Danıştay tarafından onanmıştır.⁷¹

RTÜK'ün toplumun milli ve manevi değerleri ile aile yapısı kavramlarını değerlendirme skalasının genişliği konusunda çarpıcı bir örnek de din ve vicdan özgürlüğü konusundadır. RTÜK, "Hıristiyan dini içerikli yayın yaptığı" gerekçesiyle, toplumun milli ve manevi değerlerine, Türk aile yapısına aykırılık nedeniyle olduğu bir radyoya uyarı cezası vermiştir. İşlemin iptal

68 ŞAHİN, s.225.

69 ÜNLÜER, Ayhan Oğuz, “Medyada Etik Söylem ve Medya Etiğini Biçimleyen temel Belirleyiciler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Küresel İletişim Dergisi*, S.2, Güz-2006, s.7.

70 Danıştay 13.D, 4.05.2009, E.2008/4089, K.2009/4795.

71 Danıştay 13.D, 16.6.2009, E.2008/3231, K.2009/6681.

edilmesi için başvuru Ankara 7. İdare Mahkemesi, söz konusu yayının içeriğini oluşturan Hıristiyanlık yaşam felsefesi ve motiflerinin tek bir inanca yönelik olarak toplumda özgürce kanaat oluşmasını engelleyecek biçimde verildiğini belirterek RTÜK tarafından verilen yaptırımı hukuka uygun bulmuştur. Uyuşmazlığı temyiz merci olarak inceleyen Danıştay'da tetkik hakiminin görüşü özellikle ifade özgürlüğü açısından dikkat çekicidir.

Tetkik hakimi, AİHM'in, AİHS'in din özgürlüğünü düzenleyen 10'ncu maddesi kapsamında verdiği bir kararında, "Maddede öngörülen din özgürlüğü yalnızca, bireyin dini inancını diğerleriyle topluluk halinde veya aynı inancı paylaşanlar arasında açığa vurma özgürlüğünü değil, tek başına özel olarak, örneğin aydınlatma yoluyla komşusunu inandırma hakkını da kapsar" denildiğini anımsatmıştır. Bu bağlamda, "komşusunu inandırma (ikna etme) hakkının" da din özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden tetkik Hakimi, "İkna eyleminin reddi halinde din veya inanç değiştirme özgürlüğü teorik ve kağıt üzerinde kalan bir varsayım" olacağını belirtmiştir. Ayrıca, AİHS uyarınca, kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren bilgilerin veya fikirlerin değil, aynı zamanda kırıncı, şok edici veya rahatsız edici olanların da düşünce özgürlüğü kapsamında bulunduğu dikkat çeken hakim, bunların "demokratik toplum için olmazsa olmaz; çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleri" olduğunu ifade etmiştir. Danıştay 13. Dairesinin kararı ise, uzman kişilerden oluşan bir bilirkişi heyetine inceleme yaptırılmaksızın diğer unsurlar nedeniyle hukuka uygunluğunu irdelemeye olanak bulunmaması nedeniyle bozma yönünde olmuştur.⁷²

RTÜK benzer biçimde şifreli bir kanalda yayınlanan "Sex and The City-2" filminde eşcinsel evlilik töreni sahnesi nedeniyle 'Genç ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyici yayın yasağı ilkesine dayanarak ilgili televizyon kanalının savunmasını istemiştir. Karara karşı çıkan üyelerden RTÜK Başkanı Davut DURSUN, cezanın verilmesine değil, dayanak ilkeye karşı çıkmıştır. Toplumun milli ve manevi değerleri ile ailenin korunması ilkesinin ihlali olduğunu düşünen DURSUN, "Kuşkusuz kendisini homoseksüel olarak tanımlayan kimselerin de yasal ve kültürel imkanlar elverdiği ölçüde bir akit dahilinde birleşmeleri mümkündür. Böyle bir durumun, olağanlaştırılarak, sunulması ise, çocuklar ve gençler üzerinde olumsuz etki oluşturacak, toplumun temeli aile kurumunu zafiyete uğratacaktır. Bu tür ilişkilerin normal gösterilmeye çalışılması, Türk aile

yapısına zarar verici niteliktedir." gerekçesini sunmuştur. Karara karşı çıkan üye Esat ÇIPLAK ise, "Toplumsal normların dışında kalan meşruiyet dışı ilişkinin olağanmış gibi sergilenmesi rahatsız edicidir. Ancak bu yayın şifreli bir kanaldadır. Yayın içeriğinden ötürü ilgili yayın kuruluşuna müeyyide uygulamak demek, Üst Kurul'un amacını aşarak topluma neyi tercih etmesi gerektiğini dikte etmek anlamına gelmektedir" yorumunu yapmıştır.⁷³

cc. Toplum Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Nefret Duyguları Oluşturma

6112 sayılı Kanun m.8/b ile ırk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik eden veya nefret duyguları oluşturan yayınlar yasaklanmıştır. Günümüz kamu hukukçuları ve siyaset bilimcileri tarafından ayrımcılığın somut ifadesi olarak değerlendirilen "nefret söylemi" kavramı 6112 sayılı Kanundaki düzenlemeyi kapsar niteliktedir. Nefret söylemi "*bir kişi ya da grubu ırkı, cinsiyeti, yaşı, etnisitesi, milliyeti, dini, cinsel yönelimi, cinsel kimliği, engelliliği, ahlaki ya da politik görüşleri, sosyo ekonomik sınıfı, mesleği ya da görünüşü (boy, kilo veya saç rengi gibi), zihinsel kapasitesi ve benzeri herhangi bir özelliği nedeniyle küçük düşürmeye, yıldırmaya ve onlara karşı şiddet veya önyargıyı kışkırtmaya niyet eden söylemleri*" ifade etmek için kullanılmaktadır.⁷⁴

İrkçi söylemler kişilerin ırk, etnik köken, renk, dil gibi nedenlerle aşağılanmasını, hakarete uğramasını ve toplumda bu kişilere karşı nefret ve şiddet duygularının uyandırılmasını içermektedir.⁷⁵ AİHS m.10/2'de düzenlenen sınırlama nedenleri arasında ırkçı söylemler sayılmamış bulunmaktaysa da, AİHM aldığı kararlarında bu kapsamda değerlendirilebilecek ifadeleri "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" ve/veya "kamu düzeni" açısından ele alarak değerlendirmektedir. Ayrıca Türkiye'nin de taraf olduğu 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.20 savaş lehine yapılacak her türlü propagandanın yanı sıra ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete teşvik eden her çağrıyı da yasaklamaktadır.

TCK m.216, "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölümünde halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu düzenlemiştir. Maddede

73 Habertürk Gazetesi Haberi, 22.3.2011; <http://www.haberturk.com/medya/haber/613043-escinsel-evlilik-torenine-rtukten-sok-ceza;> (erişim tar. 11.12.2011)

74 PANKOWSKI'den aktaran ÇELENK, "*Ayrımcılık ve Medya*", [http://ilef.ankara.edu.tr/etik/wp-content/uploads/sevilay-celenk-ayrimcilik-ve-medya.pdf;](http://ilef.ankara.edu.tr/etik/wp-content/uploads/sevilay-celenk-ayrimcilik-ve-medya.pdf) (erişim tar. 19.11.2011)

75 ÇANKAYA/BATUR YAMANER, s.62.

üç ayrı suç tipi öngörülmüştür. Buna göre,

“(1)Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde,

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılamak,

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılamak suçtur.

Buna göre TCK m.216 hem halkı kin ve düşmanlığa tahrik, hem de halkın bir kesiminin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak ve dini değerleri aşağılamak olmak üzere iki nitelikli hakaret suçu öngörmüştür. 6112 sayılı Kanun da m.8 hükümlerinde aynı saiklerle halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden (b) ve aşağılayan yayın (e) yasağını getirmiştir.

TCK açısından yasakoyucunun tercihinde dikkati çeken nokta halkın kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşabilmesi için “açık ve yakın bir tehlike” bulunması koşuludur.⁷⁶ 6112 sayılı Kanun m.8/b uygulaması esnasında RTÜK, yayınların halkı kin ve düşmanlığa tahrik edip etmediği ve nefret duyguları oluşmasına yol açıp açmadığı konusunda değerlendirme yaparken TCK'da ifade edilen “açık ve yakın tehlike” koşulunu gözetmelidir. Buna göre, yasakoyucu madde gerekçesinde somut tehlike suçu olarak düzenlediği tahriklerin şiddeti içeren ve tavsiye eden⁷⁷ nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. TCK m.216 gerekçesinde bu suçun soyut bir tehlike suçu olmadığı özellikle belirtilmiş ve somut tehlike suçunun da yalnızca şiddeti içeren veya tavsiye eden tahriklerin varlığı halinde madde kapsamına girebileceği ifade edilmiştir. Gerekçe dikkat çeken iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki tahrikin objektif olarak

76 İlk olarak 1919'da Amerikan Federal Mahkemesi yargıcı Oliver Wendell Holmes tarafından kazandırılan kavram, zorunlu askerliğe karşı ilanların posta ile dağıtılmasının cezalandırılması konusundaki kararda kullanılmıştır. Holmes, dava konusu fiilin normalde suç olmamasına rağmen ABD'nin savaşta olması nedeniyle somut durumda suç oluşturduğu yönündeki kararında “açık ve mevcut tehlike”nin (*clear and present danger*) bulunması durumunu temel almıştır. Buna göre, “*Her vakada mesele, kelimelerin Kongre'nin önleme hakkı olan maddi şerhler doğuran açık ve mevcut bir tehlike yaratacak mahiyette ya da koşullarda kullanılıp kullanılmadığıdır.*” TCK'daki ifadesiyle “yakın” tehlikenin de “mevcut” (*present*) olarak anlaşılması gerekmektedir. Aksi takdirde yakınlığın ölçüsünün ve dolayısıyla suçun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinde farklılıklar ortaya çıkabilecektir. Aktaran, TRAGER, Robert/DICKERSON, Donna L., **21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2003, s.73-74.

77 Bu konuda Amerikan Federal Mahkemesi tarafından verilen Brandenburg kararı ifade özgürlüğü açısından dönüm noktası niteliğindedir, zira yargıç Holmes'un “açık ve mevcut tehlike” doktrinine yaklaşımda içeriğinde “şiddeti tahrik ve teşvik etme” kriteri getirilmiştir. Bu anlamda ifadelerin doğrudan eylemi teşvik etmesi gerekmektedir, soyut doktrinlerin içeriği ne olursa olsun eylemle doğrudan bağlantıları olmadığı sürece sınırlandırılmayacağını belirtilmiştir. Aktaran ŞAHİN, s.353558.

“elverişli” olması zorunluluğudur. Bundan anlaşılması gereken “sorumluz dinleyici” tavrına bağlı olarak ifadenin denetlenmemesi gerekmektedir. İkinci olarak da “halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme” kastının bulunması gereğidir. Bu nedenle dışarıdan kin ve düşmanlığı tahrik eder şekilde algılanan ifadenin sahibinin özel kastını aramak gerekecektir.⁷⁸ Bu anlamda TCK m.216'nın gerekçesi RTÜK için de yönlendirici olabilecektir.

AİHS m.10/2'de sayılan ifade özgürlüğünün meşru sınırlama nedenleri arasında dinin korunması bulunmamakla birlikte, AİHM önüne gelen uyuşmazlıklarda “din ve inanç özgürlüğü”nü düzenleyen m.9'u dikkate alarak m.10/2'deki “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” sınırlama nedeni kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme, ister azınlık ister çoğunluk mensubu olsun dinlerini uygulamak isteyenlerin bunu her türlü eleştiriden uzak olarak gerçekleştirmelerini mantıklı olarak bekleyemeyecekleri görüşündedir. Bununla birlikte, inançların ve dini doktrinlerin karşılaştıkları eleştirilerin biçimi, devletin sorumluluğu ve müdahale alanı konusunda belirleyici olmaktadır.⁷⁹ Buna göre, başkaları için incitici olan ve dolayısıyla onların haklarını ihlal eden ve toplumun ilerlemesi için gerekli olan açık tartışmaya hiçbir katkısı bulunmayan ifadelerin önlenebileceği yorumu yapılmıştır. Böylece AİHM dine hakaret unsurları içeren bazı düşünce ve ifadelerin topluma ilerleme açısından bir katkı sağlamadığı gerekçesiyle sınırlanabileceği konusunda izin vermiş bulunmaktadır. Buna göre, demokratik toplumda dince kutsal sayılan değerlere hakaret edilmesi cezalandırılabilir. Sınırlama konusunda ise aynen “genel ahlak” kavramında olduğu gibi sözleşmecî devletlere değerlendirme serbestisi bırakmıştır. Din konusunda da ülkeler arasında bir ortak standart bulunmadığından bahisle sözleşmecî devletlerin kanun ile getirebilecekleri sınırlamalar konusunda değerlendirme serbestilerini genişletmiştir.⁸⁰

Müslüm Gündüz/Türkiye Kararında AİHM, şeriatı savunmanın ifade özgürlüğü kapsamında olduğu yorumunu yaparken, laik kesime yapılan hakaretin canlı yayında sarf edilmiş sözler nedeniyle gözden geçirilme olanağının bulunmadığını ve programda karşı görüşün bulunmasını dikkate alarak Türkiye'nin verdiği ceza ile m.10'u ihlal ettiği kanaatine varmıştır.⁸¹ Laiklik temelli dini doktrine hakaret olarak değerlendirilmeyen uyuşmazlık

78 ŞAHİN, S.433-434.

79 Otto-Preminger Institut c. Avusturya, 20.9.1994. par.47.

80 ÇANKAYA/BATUR YAMANER, s.40.

81 Gündüz c. Türkiye, 4.12.2003, par.50. Aczmendi tarikat Şeyhi olan Müslüm Gündüz katıldığı

konusu ifadelerin, şiddet içermediği için zaten kin ve düşmanlığa tahrik kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bununla birlikte AİHM, *A.İ/Türkiye* kararında bir romanda bulunan ifadeler nedeniyle Türkiye Devletinin yaptığı müdahaleyi Müslümanlarca kutsal olan konuları küçük düşürücü saldırılardan korumak amacına yönelik olması nedeniyle m.10'u ihlal eder nitelikte bulmamıştır.⁸² Zira uyuşmazlık konusu ifadelerin şoke edici ve kışkırtıcı görüşler olmanın ötesinde İslam dini peygamberine karşı tahkir edici nitelikte bulunduğu yorumu yapılmıştır. Bu nedenle AİHM “*dini dogmaların eleştirisi söz konusu olduğunda inananların kendilerini haksız bir şekilde saldırıya uğramış hissedebileceklerini*” belirtmektedir.

TCK m.216/3 ise dini değerlere hakaret suçunun oluşabilmesi için ifadelerin “fiilin kamu barışını bozmaya elverişli” olması koşulunu aramaktadır. Bu noktada T.C.Anayasası m.25/3 uyarınca “Kimse ... dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.” hükmü gereğinde dini değerlere hakaret içermemek kaydıyla herkes dini kanaatlerini istediği şekilde de açıklayabilmelidir. İnanmama özgürlüğünü de içermekte olan “din ve inanç özgürlüğü”, ateist ifadelerle tanrının varlığının reddini de kapsamına almaktadır. Bu nedenle bu görüşlerin açıklanması “dini değerlerin hakarete uğraması” olarak değerlendirilmemelidir. Dini dogmaların eleştirisi söz konusu olduğunda inananların kendilerini saldırıya uğramış hissedebilecekleri kabul edilebilirse de, ifade özgürlüğünün şoke edici ve rahatsız edici ifadeleri de kapsamına aldığı unutulmamalıdır.

Ancak unutmamak gerekmektedir ki, idari yaptırımlar ile cezai müeyyideler arasında fark bulunmaktadır⁸³ ve TCK m.216, yasakoyucu tarafından “suç” olarak tanımlanmış filleri düzenlemektedir. Ancak kolluk faaliyeti yürütmekte olan RTÜK'ün uyguladığı yaptırımlar idari işlem niteliğindedir ve idari yaptırım uygulanabilmesi için ihlal niteliğindeki fiilin TCK anlamında suç oluşturması gerekmemektedir. İfade özgürlüğüne kitle iletişim araçları alanında yapılan müdahaleler daha geniştir, özellikle de

canlı televizyon programında kullandığı “*Demokrat olmak dinsiz olmak demektir*”, “*Türkiye’de demokrasi despotiktir, merhametsizdir, dinsizdir.*” ve “*Resmi nikahtan doğan çocuklar piçtir*” ifadeleri nedeniyle eski TCK m.312/2 ve m.312/3 hükümlerinden yargılanmış ve mahkum edilmiştir. Yargıç Rıza Türmen, AİHM’in Otto-Preminger kararında dini korurken laik düşüncüyü korumadığı yönünde karşı oy kullanmıştır.

82 A.İ. c. Türkiye, 13.9.2005. AİHM, “Yasak Tümceler” adlı romanda bulunan “*Tanrının ulaşı orucunu cinsel ilişki ile bozuyordu... Muhammed ölü bir insanla ya da canlı hayvanla cinsel ilişkiyi yasaklamıyordu*” ifadelerinin üzerinde özellikle durmuştur.

83 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan , *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yay., Ankara, 2006, s.24 vd.

ulaştığı kitlenin büyüklüğü ve ulaşım kolaylığı dikkate alındığında radyo ve televizyon alanında bu müdahalelerin daha geniş olabileceği konusunda genel bir fikir birliği bulunmaktadır. Bu anlamda RTÜK'ün kanun dairesinde kalmak kaydıyla ihlal fiilini belirleme alanı ceza yargısınınkinden daha geniş olabilecektir. Ceza yargısının “suç” nitelmesi idari kolluk açısından “ihlal” kabul edilebilecek fiillere göre dardır. İhlal oluşturan yayın nedeniyle ceza yaptırımları uygulanması yanında idarece ayrı bir yaptırım uygulanabildiği gibi, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir eylemin varlığı halinde ceza yargılamasındaki nitelendirme ve verilen karar idari yaptırım uygulanmasını engellemez.⁸⁴

Bununla birlikte idari yaptırım uygulanması gereken fiilin ihlal niteliğinde olup olmadığını değerlendirirken RTÜK'ün özgürlüğün kullanılmasındaki ifadelerin toplumun bir kesimini ya da tamamını şoke edici veya rahatsız edici olabileceğini ve bu nedenle özgürlüğün sınırlanmaması gerektiğini göz önüne alması gerekmektedir. Sonuç olarak RTÜK bir yayın ilkesi ihlali olup olmadığını değerlendirirken ceza yargıcısı gibi “suç” tanımı üzerinden inceleme yapmak zorunda olmasa da, objektif sınırlar içinde kalmalı ve genişletici yorum yapmamalıdır.⁸⁵ Aksi durumun yerel kabulü RTÜK'ün bu konuda keyfi ve dahi siyasi nitelikte karar alabilmesine olanak tanır. Bu konuda ifade özgürlüğünün korunması açısından kararlarının yargısal denetimi esnasında idare mahkemesi yargıçlarına önemli rol düşmektedir.⁸⁶ Bununla birlikte, bu konuda Danıştay kararlarında da bir istikrar olduğu söylenemeyecektir.⁸⁷

84 Danıştay 13.D, 16.5.2005, E. 2005/1140, K.2005/2543.

85 RTÜK'ün genişletici yorum yaparak siyasi eleştiri sınırları içinde kalan bir ifadenin “nefret duygusu oluşturduğu” yönündeki nitelendirmesi genişletici yorum yapmasına örnek olarak verilebilir. Kütahya İşadamları Derneği Başkanının yerel bir televizyon kanalında katıldığı programda “28 Şubat Süreci” olarak adlandırılan siyasi ve ekonomik olayları eleştirdiği ifadeleri nedeniyle, RTÜK tarafından yayındaki ifadelerin “nefret duygusu oluşturduğu” gerekçesiyle televizyon kanalı hakkında yaptırım uygulanması kararı alınmıştır. Danıştay temyiz mercii olarak incelediği uyuşmazlıkta, seçim öncesi yayınlanan programdaki ifadelerin siyasi eleştiri niteliği taşıdığı, nefret duygusu oluşturmadığı gerekçesiyle davayı reddeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. (Danıştay 13.D, 6.6.2005, E.2005/576, K.2005/2982).

86 Örn. Danıştay 13.D, 7.11.2008, E.2008/56, K.2008/7151. Özel bir radyoda 1.7.2004 tarihinde yayınlanan “Sivas Özel” programında, 1993 Sivas olaylarıyla ilgili olarak Edebiyatçılar Derneği tarafından yayınlanan bir kitap kapağından alıntılar yapılmıştır. Buna göre, “Hiçbir şey birdenbire olmaz. Önce ezanı Arapça'ya çevirdiler dinlediniz. Sonra siz isterseniz hilafeti bile getirin dendi, demokrasi sandınız. Sonra bir çığ gibi Kur'an kursları, imam hatip okulları açıldı, din dersleri anayasal zorunluluk oldu, kabullendiniz. Tesettür arttı, cami sayısı okulları geçti, inanç özgürlüğü sandınız. Giyim kuşama müdahale ettiler: Oruç tutmayı öldürdüler, şaşırdınız. Daha sonra bilim adamı, yazarları yaktilar. Kimin yaptığını düşünüp durdunuz. En sonunda kapınızı acaklar. Size kendinizden başka yardım edecek kimse kalmayacak.” ifadelerinin toplumu şiddete, teröre ve etnik ayrımcılığa sevk ettiği gerekçesiyle RTÜK tarafından ilgili radyoya yaptırım uygulanması kararı verilmiştir. Danıştay söz konusu ifadelerin yayınlanmış bir kitap kapağından alıntılanmış olduğunu belirterek, “şiddete yönelik bir unsur olmasından ziyade, aksine şiddeti ve yaşanan olayları irdelemek ve belli olayları vurgulamaktan başka amaç güdümediği” gerekçesiyle ihlal bulunmadığı yönünde karar almış ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

dd. Kabul Edilebilir Eleştiri Sınırları Ötesinde Küçük Düşürücü, Aşağılayıcı İfadeler

6112 sayılı Kanun m.8/ç hükmü gereğince kişi ve kuruluşları küçük düşürücü, aşağılayıcı ve iftira niteliğinde ifadeler içeren yayın yapmak yasaktır. Çalışmanın konusu RTÜK üzerinde siyasi iktidara tanınan denetim yetkisinin ifade özgürlüğüne olası olumsuz etkileri olduğundan, konu politikacılar özelinde incelenecektir.

AİHM politik tartışmaların demokratik toplumdaki önemine binaen, politikacılara yönelik eleştiri sınırlarının diğer kişilere oranla daha geniş olduğu görüşündedir.⁸⁸ Mahkemeye göre politikacılar kendilerini bilerek ve kaçınılmaz olarak kamuoyunun yakın ilgisine açmaktadırlar, bu nedenle de eleştirilere göstermeleri gereken hoşgörü sıradan vatandaşlarınkine göre daha geniş olmak durumundadır. AİHM'e göre, hükümete yöneltilen eleştirinin sınırı sade bir vatandaşa hatta bir politikacıya yönelik eleştiri sınırından çok daha geniştir. Demokratik sistemlerde hükümetin eylemleri yalnız yasama ve yargı organlarının değil, basın ve kamuoyunun da yakın incelemesine tabi olmalıdır.⁸⁹

Bununla birlikte politikacıların da kişilik haklarının korunması gerektiği aşıkardır. Bu noktada, kişilik haklarının korunması ile siyasal sorunların kamusal olarak tartışılmasının yararı arasında bir karşılaştırma yapılarak sonuca varılması gerekmektedir.⁹⁰ Zira bu türden ifadelere yapılacak müdahaleler gelecekte siyasi konular üzerindeki fikir ve yorum yapılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak bu da medya kuruluşu açısından bir sansüre, dahası yaptırımla karşılaşmamak için en kötü sansür türü⁹¹ olan otosansüre

87 Örneğin, Danıştay bir kararında *“Laiklik içki satışı getirmiştir, kadın satışı getirmiştir.”*, *“Allah aşkınıza bu laikliğin insanlığın tümüne yararlı bana bir tane kanun gösterin... Nerde rezalet var orasını onaylıyor, nerde güzellik var kıyamet kopuyor.”* ve *“Bir tek laiklik kadın satışına izin verir. Niye? Çünkü satılan kendi kızı değildir”* gibi ifadeler nedeniyle RTÜK'ün program hakkında uyguladığı yaptırımı, yayının kamuoyunun bilgilendirilmesi niteliğini aşarak laik kesimi ve laikliği savunan insanları aşağılar nitelikte olduğu gerekçesiyle hukuka uygun bulan ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (Danıştay 13.D, 10.03.2010, E.2009/1684, K.2010/2142). Buna mukabil daha eski bir kararında Danıştay, *“Müslüman deyince nasıl bir insan akla gelir?”* sorusuna program konduğu tarafından verilen Müslümanlar nereye gidilir nereye gidilmez bunları bilecek. İçki bulunan bir meclise mesela davet etseler, Müslüman gidebilir mi? Gidemez, niçin? Müslüman şerefli insandır. İçki içilen yerde şeref yoktur. Buna dikkat etmiyor Müslümanlar. Bir de ne yapıyor içki içenler, bazıları herhalde öyle yapıyor. Şerefe diyor kadehleri tokuşturuyorlar, şerefe deyip içiyorlar değil mi? Şerefe demeyecek esasen. Orada şeref olmaz, orada şerefsizlik olur. Öyleyse ne demeli? Şerefsizliğe, şerefsizliğe demeli.” ifadelerini farklı düşünce ve inanç anlayışına sahip insanların kınandığı ve aşağılandığı gerekçesiyle RTÜK tarafından uygulanan yaptırımı hukuka uygun bulan ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır (Danıştay 13.D, 4.12.2006, E.2006/4589, K.2006/4597).

88 Lingsens c. Avusturya, 8 Temmuz 1986, aktaran TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s.434-435.

89 Castells c. İspanya, 28 Eylül 1999, aktaran Ibid.

90 ŞAHİN, s.398.

91 TRAGER/DICKERSON, s.104.

dönüşebilecektir.

TCK'nun “Şerefe Karşı Suçlar” başlıklı Sekizinci Bölümünde yer alan m.125 hakaret suçunu düzenlemekte ve bu suçun kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte TCK m.301/4 eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağını belirtmiştir. Bu anlamda hakaret içermediği sürece politikacılar ve hükümete yöneltilen ifadeler eleştiri sınırları içinde değerlendirilmelidir.

Danıştay da RTÜK'ün "Kişilerin manevi şahsiyetlerine eleştiri sınırları ötesinde saldırıda bulunulmaması..." ilkesinin ihlali gerekçesiyle uyguladığı yaptırımı iptal eden idare mahkemesinin kararını bozarken, AİHM kararlarına paralel bir gerekçeye dayanmıştır. Buna göre, siyaset adamlarının toplumu etkileme ve yönlendirme konuları, onların "eleştirilebilir" sınırlarını da genişletmektedir. Bu itibarla siyasilerin ağır da olsa haklarında yapılan eleştirileri hoşgörüle karşılamaları gerektiğinden; doğrudan kişisel niteliklerine yönelmeyen, siyasal kimliklerine yönelik ifadelerin eleştiri sınırı içinde mütalaa edilmesi gereklidir. Demokratik bir toplumun vazgeçilmez öğelerinden biri olan siyasi partilerin temsilcilerinin bu sıfatı ile katıldıkları medyatik toplantılarda, kendi savlarının ispatı bakımından karşıt görüşleri eleştirmesi ve bu eleştiriye de en etkileyici şekilde yapmak arzusu içinde olmaları tabiidir. Bu çerçevede içinde siyasilerin birbirlerine karşı yapmış oldukları eleştirilerin üslubu ve ölçüsünün herhangi bir kişiye göre daha farklı ve çarpıcı hatta ağır olması siyaset yapmanın gereği olarak ortaya çıkmaktadır.⁹²

Politikacıların korunması zorunlu kişilik hakları olduğu kuşku götürmez bir gerçektir. Ancak, basın demokratik toplumdaki kamuoyunu bilgilendirme işlevi dikkate alındığında her an göz önünde olan siyasetçileri icraatlarıyla

92 Danıştay 13.D., 8.2.2007, E. 2006/5565, K.2007/354. Karara konu uyuşmazlık İşçi partisi Genel Başkanı Doğu Perinçek'in katıldığı “Kırmızı Koltuk” adlı tartışma programında “Şimdi bakınız hükümet Kıbrıs’ı filan veremez. Yani böyle Damat Ferit Paşa Hükümeti Türkiye’yi İngiliz’lere; Yunan’a verebilmiş midir ki Tayip Erdoğan, Abdullah Gül yönetimi Kıbrıs’ı Amerika’ya verebilsin...” ibareleri ile başlayan ve "... bu gün iktidarda bulunanlar ben onlara Türkiye Hükümeti demeyeceğim, Küçük Amerika iktidarı diyeceğim. O Atatürk’ün delalet, hıyanet içinde olan gafiller diye tanımladığı iktidar sahipleri diye söyleyeceğim..." şeklinde devam eden ifadeleri nedeniyle televizyon kanalına verilen uyarı cezası nedeniyle çıkmıştır. Bu kararında yaptırımın nedeni olan ifadeleri, demokratik toplumdaki eleştiri sınırları içinde değerlendiren Danıştay, bir başka kararında bunlara çok yakın olan ifadeleri eleştiri sınırlarını aşan, küçük düşürücü, aşağılayıcı ifade olarak değerlendirmiştir. Şöyle ki, Danıştay 13.D, 29.3.2010 tarih ve E.2009/986, K.2010/2668 kararında yine Doğu Perinçek'in Ulusal Kanal'da yayınlanan “Günün İçinden” adlı programda T.C. Cumhurbaşkanı ve Başbakanının Amerikan Devleti ile ast üst ilişkileri içinde konumlandırılan ve Başbakanın ülkeyi bölme ve parçalama misyonu üstlendiği açıklamalarının eleştiri sınırlarını aştığı yorumu yapılmıştır.

ilgili eleştirmenin de basının görevi kapsamı içinde olduğu açıktır. Objektif sınırlar içinde kalmak kaydıyla, görsel ve yazılı basın ifade özgürlüğü ile kişinin şeref ve haysiyetinin korunması arasındaki hassas dengeyi bulmak zorundadır. Objektif, doğruluğu araştırılmış, güncel, toplumsal ilginin mevcut olduğu konularda haberin özü ile verilme şekli arasındaki dengeyi bulmak, şeref ve haysiyet ihlalini önleyecektir. Bu bağlamda, haberde kullanılan ifadelerle haberin özü arasında bir nedensellik bağı aramak yerinde olacaktır. Haberin özünün gerektirmediği şekilde tahkir edici bir dil kullanılmasının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, politikacılara yöneltilebilecek eleştiri sınırları sıradan vatandaşlarınkine göre çok daha geniştir ve ifadelerin şoke edici ya da rahatsız edici olması bunların müdahaleye maruz kalması için yeterli değildir. Bu nedenle 6112 sayılı Kanun m.8/ç hükmü nedeniyle ihlal kararı verebilmek için “eleştiri” kavramının kapsamını geniş tutmak ve ifade sahibinde tahkir kastı aramak gerekmektedir.

III. RTÜK ÜZERİNDE MERKEZİ İDARENİN DENETİMİ

15.2.2011'de yürürlüğe giren 6112 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, selefi 3984 sayılı Kanunda RTÜK için kullanılmayan “bağımsız” niteliğine yer vermiştir. Şöyle ki, 6112 s. Kanun m.34/1'e göre “idarî ve malî özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde” olan RTÜK, 2. fıkra hükmüne göre bu Kanun ve mevzuatta kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır.

Bununla birlikte, 649 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁹³ m. 45 ile “*Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.*” hükmü ile BİO'lar üzerinde merkezi idareye denetim yetkisi verilmiştir. Bu nedenle BİO kategorisinde olan RTÜK'ün bağımsızlık niteliği ile söz konusu idari denetimin kapsamının incelenmesi gerekmektedir.

A. 649 Sayılı KHK ile İhdas Edilen “İdari Denetim”in Hukuki Niteliği

6112 s. Kanun m.34 uyarınca kamu tüzel kişiliğini haiz olan RTÜK'ün Türk idari teşkilat yapılanması içinde genel idare içinde bulunmadığı açıktır. Her ne kadar 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu⁹⁴ m.3 uyarınca diğer Düzenleyici Kurullar ile birlikte bütçesi merkezi idare bütçesi içine dahil

93 RG, 17 Ağustos 2011, S. 28028.

94 RG, 24.12.2003, S.25326.

edilmiş olsa da, bu konu maliye bilimini ilgilendirmekte olup idare hukuku açısından merkezi idare içinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

T.C. Anayasası m. 123 uyarınca kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idare, merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkelerine dayanmaktadır. Bazı kamu hizmetlerinin devlet dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi olarak tanımlanan⁹⁵ yerinden yönetim ilkesi hem yer hem de hizmet adem-i merkeziyetini de içine alacak şekilde geniş olarak algılanmaktadır. Bu anlamda yerinden yönetim (adem-i merkeziyet) ilkesi, kamu hizmetlerinden bir bölümünün merkezi idare teşkilatı (devlet tüzel kişiliği) ve hiyerarşisi dışında yer alan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesidir.⁹⁶

Devlet tüzel kişiliği dışında örgütlenmiş yerinden yönetim kuruluşlarının eylem ve işlemlerinin devlet bütünlüğünü tehdit etmemesi veya kamu hizmetlerinin ülke genelinde uyumlu bir şekilde yürütülmesini engellememesi için,⁹⁷ idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde bunlar üzerinde merkezi idare lehine idari vesayet denetimi öngörülmüştür. İstisnai bir yetki olan vesayetin konusunun ve usulünün mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda hiyerarşiden farklı olarak genel bir yetki olmayıp, kanuna dayanan ve kanunla sınırlı bir yetkiyi ifade etmektedir.⁹⁸

Vesayet denetimi yerinden yönetim kuruluşlarının organları ve kararları üzerinde olmak üzere iki türde ortaya çıkabilmektedir. Yerinden yönetim kuruluşlarının organlarında yer alan kişilerin seçilmesi, atanması, seçimlerinin onanması, görevlerine son verilmesi ya da görevden uzaklaştırma kararları organlar üzerindeki vesayet denetimine örnek teşkil eder. Yerinden yönetim kuruluşunun seçimle oluşması halinde merkezi idareye tanınan vesayet yetkisi Anayasada öngörülmüş durumların gerçekleşmesi halinde geçici olarak görevden uzaklaştırma kararı alınması ile sınırlıdır (AY m.127/4 ve m.135/6). İşlemler üzerinde vesayet yetkisi ise, kural olarak yerinden yönetim kuruluşunun kararlarını onama, onamama, yürürlüğe girmesini geciktirme ve iptali için dava açma şeklinde ortaya çıkar. Ancak bu yetkilerin açıkça, hangi durumlarda ve hangi usullerde kullanılacağı kanunla öngörülmelidir.

Buna göre, devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan düzenleyici kurullar üzerinde devlet tüzel kişiliğini temsil eden ilgili bakana tanınan yetki vesayet yetkisidir. Buna göre sınırlı olan bu yetkinin

95 GÖZLER, C.I, s.121.

96 GÜNDAY,s.61.

97 İbid, 71.

98 GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s.191.

BİO'lar ve dolayısıyla RTÜK üzerinde hangi konularda ve nasıl kullanılacağı, her bir yetki açısından ve her düzenleyici kurum için ayrı olarak ve açıkça kanunla düzenlenmelidir. Kanunla tesis edilebilecek vesayet yetkisi düzenleyici kurulların organları ve kararları üzerinde olacaktır.

RTÜK açısından organda yer alan kişilerin belirlenmesi yetkisi doğrudan Anayasa m.133 ile TBMM'ye verilmiştir. Buna göre, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunu oluşturan dokuz üye, siyasî parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasî parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir. Bu anlamda yasakoyucunun RTÜK'ün organı üzerinde vesayet yetkisi tesis imkanı anayasa tarafından sınırlanmıştır. 6112 s. Kanun m.39/3 uyarınca üyelerin seçilerek geldikleri bu görevlerinden alınmaları söz konusu değildir. Bu görevden alamama koşulu organların mahalli idarelerdeki gibi bir seçimle gelmelerinden kaynaklanmaz. Zira TBMM'nin RTÜK'e üye seçme işlemi, bir parlamento kararı olup, şart işlem niteliğinde bir idari karardır.⁹⁹

Buna göre, Anayasa değişikliği yapmaksızın yasakoyucunun merkezi idareye tanıyabileceği tek denetim yetkisi RTÜK'ün kararları üzerinde olabilecektir. 6112 s. Kanun m.34/2 uyarınca RTÜK, hükümet ile olan ilişkilerini Başbakan veya görevlendireceği bir bakan aracılığıyla yürütür. Bu nedenle RTÜK üzerinde merkezi idareye tanınan vesayet yetkisi başbakan veya onun görevlendireceği bir bakan tarafından kullanılacaktır. İşlemler üzerindeki vesayet denetiminin onama, onamama, yürürlüğe girmesini geciktirme ve işlemlerin iptali için dava açma olduğunu ve 649 sayılı KHK'den önce de “ilişkili” bakanlığın, RTÜK için başbakanın RTÜK kararlarına karşı dava açma yetkisinin kabul edildiği dikkate alındığında şu an 6112 s. Kanun ile düzenlenmiş bir vesayet yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca 6112 s. Kanun m.34/2 deki RTÜK'ün kendisine verilen görevleri kendi sorumluluğu altında ve bağımsız olarak kullanacağı yönündeki düzenleme, Kurulun işlevsel bağımsızlığına işaret ederek kararlarının da vesayet yetkisi altında bulunmadığını göstermektedir. Bu anlamda şu an itibarıyla 649 sayılı KHK ile getirilen denetim yetkisinin RTÜK'ün düzenleyici işlemlerinin iptali için dava

99 TİRYAKİ, Refik, “Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK”, **AÜHFD**, C.51, S.4, 2002, s.180. İşlemin niteliği itibarıyla yargısal denetiminin idari yargı tarafından yapılacağı, ancak Danıştay Kanunu m.24'te TBMM'nin idari işlemleri sayılmadığından bu karara Ankara idare mahkemelerinde dava açılabilmesi yönündeki görüş için bkz. TİRYAKİ, s.181.

açma ve Devlet Denetleme Kurulunun denetimini Cumhurbaşkanından talep etme olarak algılanması gerekmektedir. Bununla birlikte, GÖZLER'in 649 sayılı KHK'den önce de var olduğunu belirttiği “içi boş” ve “içi yetkilerle donatılmamış” vesayet durumu bir gün donatılabilir de.¹⁰⁰

B. RTÜK Üzerindeki İdari Denetimin İfade Özgürlüğü Üzerindeki Olası Etkileri

Temel hak ve özgürlükler sınırlanma nedenleri de gösterilerek anayasada güvence altına alınmış durumdadır. Her özgürlük ancak anayasada ilgili maddede gösterilen nedenlerle sınırlandırılabilir. Bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine, anayasanın sözüne ve ruhuna, laik cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine aykırı olması mümkün değildir. Temel hak ve özgürlükler, ancak kanunla ve özlere dokunulmadan sınırlandırılabilir.

Bu anlamda anayasanın ifadesi son derece açık olarak yasakoyucunun ve dolayısıyla hükümetin temel hak ve özgürlükler alanında yetki sınırlarını çizmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, asıl sorun bazı hak ve özgürlüklerin meşru sınırlama nedenlerindeki belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Siyasi iradenin yönelimine göre, genel ahlak, kamu düzeni, toplumun milli ve manevi değerleri, ailenin korunması, ırk, dil, din, cinsiyet, ekonomik ve sosyal sınıf ve bölgesel temelli aşağılama ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve eleştiri sınırlarını aşan aşağılayıcı ifadeler gibi sınırlama nedenlerinin kapsamı genişleyebilmekte ve daralabilmektedir. Bu nedenle düşünce açıklamalarının içeriği açısından sınırlanmasında “zararlı-zararsız”, “sakıncalı-sakıncasız” veya “tehlikeli-tehlikesiz” olarak yapılacak tüm nitelendirmeler ölçütlerin belirsizliği nedeniyle subjektif olacaktır. Bu konularda yasak düşünce alanları yaratılması da bireyin resmi görüşe uygun düşünmeye zorlanması anlamına gelecektir. Düşünme ve çözüm üretme tekeline sahip devlet seçkinlerinin, Türk devlet geleneğinin bir gereği “resmi doğrular”ı çözüm şeklinde topluma dayatmasının¹⁰¹ önüne geçilmesi muğlak ifadelerle getirilen sınırların kapsamlarının demokratik olarak yorumlanmasını sağlayabilecektir.

Bu anlamda, ihdas edilmiş bir denetim mekanizması ile her an siyasi iradede çoğunluğa sahip olanın hukuki düzenleme ile RTÜK üzerinde yetkiler edinebileceğinin sosyal ve psikolojik etkisi, asıl bağımsızlık niteliğini üyelerine sağlanan güvencelerden alan¹⁰² RTÜK'ün bağımsız karar alması üzerinde olumsuz etki yapılabilecektir. Bu durumun sıkıntısı uzun vadede,

100 Bkz. infra s.6.

101 KORKMAZ, Ömer, “Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s.149.

102 GÖZLER, s.491.

TBMM'de çoğunluğa sahip siyasi partinin liberal ya da otoriter olmasına göre temel hak ve özgürlükler konusunda yaptığı yorumu ve dolayısıyla RTÜK'ün özellikle yaptırım uygulama yetkisi ile müdahale ettiği alanı genişletebilecektir.

Şöyle ki, 6112 s. Kanun m.35/2 uyarınca siyasî parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı aday arasından her siyasî parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle seçilen RTÜK üyelerinin ağırlığının iktidar partisinden olması olasılığı, yapılacak değerlendirmeleri iktidar partisinin siyasi anlayışı çerçevesine hapsedebilecektir. Kurul üyelerinin bağımsızlığını sağlama konusunda seçilen yöntem ne olursa olsun, siyasi partilerin siyaseten kendilerine yakın olmayan isimleri aday göstermeyecekleri dikkate alınmalıdır. Her halükarda hangi yöntem söz konusu olursa RTÜK'ün iktidardan tam bağımsızlığını düşünmek tam bir mit veya ütopya¹⁰³ olacaktır. Zaten RTÜK alacağı kararlarda hükümetin programlarını ve uygulanan politikaları dikkate almak durumunda kalacaktır. Aksi takdirde, hükümetle arasında politikaların yürütülmesi açısından sorun ve çatışmalar ortaya çıkabilecek ve aralarındaki ilişki “Bürokrat-Siyasetçi Çatışması” olarak nitelendirilebilecek bir mahiyete bürünebilecektir.¹⁰⁴ Bu anlamda, şu an içi boş gözükse de RTÜK üzerinde hükümete denetim yetkisi verilmesi güçlü ve otoriter iktidarlar dönemlerinde RTÜK'ün görsel-işitsel alanda ifade özgürlüğü kısıtlama organı haline gelmesine neden olabilecektir.

Nitekim RTÜK düzenleme ve denetleme kurulu işlevinin asli olarak denetleme kısmıyla gündeme gelmektedir. Bunda uyguladığı yaptırımlar kadar, henüz düzenleme işlevini tam anlamıyla yerine getirememesi de etkilidir. Görsel-işitsel alanda RTÜK'ün kurulduğu 1994'ten beri frekans planlamaları, frekans tahsisleri henüz yapılmamıştır. Ancak kuralları belirleyici bir kurum olarak çalışmak yerine gündemi daha yoğun izleyip yayınlarda ortaya çıktığı öne süren ihlaller üzerine daha çok kafa yorarsa medyanın da bunun üzerinde ağırlıklı olarak durması ve RTÜK'ü cezalandırıcı bir kurum gibi göstermesi çok doğaldır.¹⁰⁵

103 Eski RTÜK üyesi Prof. Dr. Korkmaz Alemdar ile yapılan röportajda, “Peki, meslekten gelen, tarafsız insanlardan oluşan bir RTÜK olamaz mı?” sorusuna Alemdar'ın verdiği yanıt şöyledir: “Ütopyalara inanıyorsanız olabilir. Ama Türkiye gerçeğinde bu maalesef mümkün olmuyor. Yani hiçbir iktidar dünya nimetlerinden etkilenmeyecek kişileri oraya getirme niyetinde olmaz. Belki kompozisyon meselesini biraz daha tartışmak mümkündür. Bence bunda yarar da vardır. Oraya seçilecek insanların nitelikleri konusunu gerçekten ayrıntısıyla konuşmak lazım. Bana göre bir dönemden fazla hiç kimsenin RTÜK'te görev yapmasına izin vermemek lazımdır. Çünkü yeniden seçilebilmek amacıyla böylesine önemli bir kuruluşu baskı altına aldığımızda kimin nasıl tepki vereceğini kestiremiyorsunuz.” Cumhuriyet Gazetesi, 17.07.2011.

104 SOBACI, Zahit, “Türk İdari Teşkilatındaki Adalar: Bağımsız İdari Otoriteler”, AÜHFHD, C.55, S.2, s.166.

105 ALEMDAR, Korkmaz, “RTÜK'ü eleştiren medya iktidarın hışımına uğradı” (Röportaj), Cumhuriyet Gazetesi, 17.7.2011.

RTÜK'ün bu siyasi etkilenmeye örnek teşkil edebilecek nitelikteki karar sayısı hiç de az değildir. Örneğin RTÜK televizyon programında bir gazetecinin , KKTC'de Türkiye aleyhinde yapılan mitinglere değinerek Başbakanın "Bunları biz besliyoruz" sözlerini eleştirmiştir. Bu bağlamda, gazetecinin "Başbakanın beğenmediği fikri seslendirip gösteri yaparsan, kamera ile tespit ederler, örgüt üyesi olursun, hapse tıklırsın. Başbakan emir verir, savcılar harekete geçer. Ama Kıbrıs'ta anavatanda olmayan demokrasi var " ifadeleri "eleştiri sınırlarını aşar nitelikte aşağılayıcı ifade" olarak değerlendirilerek RTÜK tarafından programın yayınlandığı kanala yaptırım uygulanmıştır.¹⁰⁶ Bu karara ilişkin karşı oy yazısında dönemin RTÜK üyesi Korkmaz ALEMDAR, "Bu karar Üst Kurul'un benzer konularda verdiği kararlarla çelişkilidir. Üst Kurul genellikle siyasetçiler için yapılan eleştirileri ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirip ihlale konu olmadığına karar verirken, Başbakana ilişkin eleştirileri onun "kişilik haklarına saldırı", "küçük düşürücü" olarak değerlendirme eğilimindedir. Bu tür değerlendirmeler RTÜK kararlarının nesnellüğünün sorgulanmasına yol açacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı güçlüdür ve RTÜK'ün korumasına ihtiyacı yoktur. O da bütün siyasetçiler gibi eleştiriye hatta bazen de ağır biçimde eleştiriye açık olmak zorundadır. Bu demokratik ülkelerde genel kabul gören bir durumdur. Ama ulusal ve uluslararası düzeyde çok sayıda siyasal, ekonomik kararlar alan bir Başbakanın bunlarla ilgili eleştirilere, ağır bile olsa, tahammül etmesi gerekir. Üst Kurul yasasının ilgili maddesini dar bir yorumla ve taraflı bir biçimde uygulama kararı vermiştir. Bu tutum eleştiri yapma hakkının fiilen ortadan kalkmasına yol açabilecek bir değerlendirmedir." gerekçesini kullanmıştır.¹⁰⁷

Yine, Mor Çatı ve 17 kadın örgütünün 25 Kasım Uluslararası Kadına Karşı Şiddetle Mücadele Günü nedeniyle hazırladığı kamu spotları RTÜK tarafından "toplumsal cinsiyet eşitliğine" aykırı bulunmuş ve "kadına karşı şiddet toplumsal bir sorun değilmiş gibi "genellemeler" içermesi" nedeniyle kaldırılması kararı verilmiştir.

106 <http://haber.gazetevatan.com/hurriyet-yazari-rtuku-kizdirdi/380956/1/Haber>, (Erişim tar. 11.12.2011).

107 ALEMDAR, Korkmaz, 10.05.2011 tarih ve 2011/28 sayılı Üst Kurul Toplantısı 01 No.lu Karar Şerhi/Şerhleri, http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=d02cd088-6882-4cf8-8619-3ae215bd8163, (Erişim tar. 12.12.2011).
[Http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1072363&Date=13.12.2011&CategoryID=77](http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1072363&Date=13.12.2011&CategoryID=77), (Erişim tar. 13.12.2011). Bu konuda daha önce Başbakanın, kadına yönelik şiddetin muhalefetin ve medyanın istismarıyla artıyormuş gibi gösterildiği ve abartıldığı yönünde açıklaması bulunmaktadır. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25189895/>, (Erişim tar. 13.12.2011).