

MEDYA YOĞUNLAŞMASI, TEKELLEŞMENİN DENETİMİ VE ÇOĞULCULUĞUN KURULMASI

A. Vahap DARENDELİ*

Giriş

Bilindiği gibi, 3984 sayılı Kanunun 4756 Kanunla değişik 29. maddesinin (d) ve (e) bentleri hakkında birisi Sayın Cumhurbaşkanı tarafından, diğeri de 119 Sayın Milletvekili tarafından iki ayrı iptal davası sonrasında Anayasa Mahkemesi'nce önce 12.06.2002 günlü E. 2002/97, K. 2002/9 sayılı yürürlüğü durdurma kararı verilmiş, 21.09.2004 günlü E. 2002/100, K. 2004/109 sayılı iptal kararı ise 04.08.2006 tarihli 26249 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Bu durumda, acaba özel radyo ve televizyon kuruluşlarının sermaye yapısını düzenleyen 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 29. maddenin 4756 sayılı Kanunla değişik (d) ve (e) bentlerinin iptali sonrasında 29. maddenin ilk halinde yer alan sermaye payı oranına ilişkin kurallarının tekrar yürürlüğe girmesi düşünülebilecek midir? Farklı bir anlatımla 29. maddenin ilk şeklini yürürlükten kaldıran kanun hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edildiğine göre önceki düzenlemede yer alan *"Bir hissedarın kuruluştaki pay tutarının ödenmiş sermayesinin %20'sinden ve birden fazla kuruluştaki pay sahibi olanların bu kuruluşlardaki tüm paylarının toplamının da %20'den fazla olamayacağı yasağı ile belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda %10'dan fazla payı olanların Devletten diğer kamu tüzel kişilerinden ve bunların doğrudan ya da dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini kabul edemeyecekleri ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapamayacakları"* şeklindeki yasakların tekrar yürürlüğe girmesi söz konusu olabilecek midir? Sorusu gündeme gelmekte;

* Dr, Hakim, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkan vekili.

Bunu takiben iptal kararı ile 3984 sayılı Yasanın 29/d/e bentlerinin düzenlediği alanda (Özel radyo ve televizyon kuruluşlarının sermaye sahip yapısı ve sahipliği konusunda bir televizyon radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzel kişinin veya sermaye grubunun sermaye payının sınırlandırılmasında) bir hukuki boşluk oluşmuş mudur? Böyle bir hukuki boşluk kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte midir? 29. maddenin (d) ve (e) bentlerinin iptal edilmesi Türk pozitif hukukunda hiçbir kısıtlama ve sınırlama kalmadığı, olmadığı anlamına mı gelmektedir. Eğer kimi sınırlama ve kısıtlamalar varsa bu sınırlamalar bu alanda tekelleşmeyi engelleyecek ve rekabet ortamı yaratacak nitelikte midir? Soruları doğal olarak güncelliğini ve nesnelliğini sürdürmekte ve hukuki yanıt ve çözüm aramaktadır. İncelememizde yukarıdaki sorulara hukuksal (Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları) yanıtlar bulmaya çalışılırken diğer taraftan kimi batı ülkelerine AB üyesi olan ve AB'ye komşuluk siyasası¹ çerçevesinde yer alan ülkelerdeki hukuki sistemlerden de mukayeseli olarak alıntılar yapılacaktır.

I. Genel Olarak Medya Sahipliği Kavramı ve Düzenlemeleri

Medya sahipliği konusu hem yayıncılık alanını hem basın alanında sahiplik kavramlarını içine alacak bir üst kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

“Dünya ölçütünde 97 ülkenin, bölgeler itibariyle ve bölgelerde yer alan ülkelerin AB ve AB’ye komşuluk siyasasının yer aldığı çok kapsamlı “Medya Sahipliği Üzerine” adlı incelemeye göre;”

“Dünyada medyaya ağırlıklı devlet ya da özel aileler sahiptir.” 97 ülkelik örnekte medya kuruluşlarını sadece %4’ünün pay sahipliği dağıntıdır. Bunlardan %2’si diğer sahiplik grubunda iken, %2’sine çalışanlar sahiptir. Ortalama olarak bakıldığında basında %57’si ailelerin kontrolünde olan gazetelerdir ve televizyonda ise toplamın %34’ü ailelerin kontrolündeki televizyonlardır. Medyada devlet sahipliği büyüktür ve önemlidir. Ortalama olarak devlet gazetelerinin %29’unu; televizyon istasyonlarının %60’ını kontrol etmektedir. Devlet büyük radyo istasyonlarının %72’sini kontrol etmektedir. Bu verilerle medya sahipliği 3

¹ AB’nin Avrupa Komşuluk kapsamında yer alan ülkeler şunlardır: Azerbaycan, Beyaz Rusya, Cezayir, Ermenistan, Fas, Gürcistan, İsrail, Libya, Lübnan, Mısır, Moldova, Suriye, Tunus, Ukrayna, Ürdün ve Filistin Yönetimi.

kategoriye ayrılmış bulunmaktadır. “*Bunlar devlet, özel (aileler), yaygın sahiplik ve çalışan sahipliğidir.*”

Devletin kontrol ettiği firmaların toplam payı eğer pazarın %75’ini aşarsa medya pazarında devlet tekelinin söylenebileceği, bu çerçevede günlük gazetelerde 21 ülkede, televizyonda ise 43 ülkede devlet tekeli olduğu sonucuna ulaşılması mümkün görülmektedir.²

Ülkemiz açısından bakıldığında 1982 Anayasası’nın 133. maddesinin 3. fıkrası ile 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun 8. maddesine göre Türkiye’de tek kamu yayıncısı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumudur.

Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu’nun sermayesi tamamıyla devlete aittir.

3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 17. maddesi gereğince ulusal kanal ve frekans bandı planlamasındaki bantların dörtte birinin Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu’na tahsisi zorunludur.

Gerek yazılı basında gereken görsel-işitsel alanda sahiplik ve yabancı sahiplik konusundaki düzenlemeler bu alandaki kısıtlamaları, sınırlamaları ve bunların niteliğini (liberal ve anti liberal yapılanma) gündeme getirmektedir. Kimi ülkelerde bu konuda ayrıntılı kurallar bulunmakta iken kimi ülkeler genel kurallara ilişkin düzenlemelerle yetinmektedir.

Medya hukukunun kendine özgülüğü ve çok yönlü karakteri bu alanın tek bir hukuki çerçeve bünyesinde düzenlenmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin medya özgürlüğü ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak kabul görmekte, temel insan hakları kapsamında değerlendirilmektedir. Bu yönüyle medya hukukundaki düzenlemelerin, çoğulculuğu ve içerik çeşitliliği gözetilerek yapılması gereği genel kabul görmektedir.

Tarihsel olarak da, yayıncılık düzenlemelerinin üç amaca dayandığı gözlenmektedir. Bunlar medya çoğulculuğunu ve ifade özgürlüğünü korumak, uluslararası ticaretin ve ulusal medya piyasalarının düzenlenmesini güvence altına almak ve uluslararası iletişim kanallarında (uydu, internet, kablo ve diğer yayınların) tıkanıklığı önlemek.

² Karacan, Ali İhsan, Medya Sahipliği Üzerine II, 24.05.2002 <http://www.dunya-gazetesi.com.tr/nevsdisplay.asp?upsaleid=80172>.

Medyada çoğulculuk (pluralism) ve çeşitlilik (diversity) kavramları, ise ülke medya politikalarının merkezinde bulunmaktadır. Ancak bu kavramların medya sektörü ile ilgili düzenleme girişimlerinde ne şekilde kullanılacağına dair uygulamada ve doktrinde bir fikir birliğinin oluşmadığı gözlenmektedir. Ayrıca, “çoğulculuk” ve “harici çoğulculuk (*external pluralism*)” kavramları, daha ziyade medya sahipliği ile ilgili tartışmalarda, “çeşitlilik” ve “dahili çoğulculuk (*internal pluralism*)” kavramları ise içerik çeşitliliği (content diversity) ile ilgili olarak kullanılmaktadır.³

Medya yoğunlaşması genel olarak hem yazılı basın hem görsel işitsel içine alacak şekilde kullanılmakla birlikte, özünde her iki alanın hukuki düzenleme ve denetleme kategorilerinin farklılık arz ettiği ve farklı bir hukuki statüye sahip olduklarının altını çizmekte yarar görmekteyiz.

Geleneksel, yaygın yaklaşım ve uygulama, basın ve görsel-işitsel medyanın farklılığını değerlendirirken her ikisi arasına kesin bir çizgi koymakta ve bunların farklı düzenleme ve denetleme kategorileri içerisinde yer aldığını kabul etmektedir.

II. Görsel İşitsel Medya Sahipliği ve Düzenlemeleri

1. Görsel İşitsel Medyanın Farklılığı ve Kendine Özgülüğü

Görsel-işitsel iletişim alanının farklı bir doğasının bulunduğuna yönelik kabullenme, bu alana özgü sınırlamaları ve yükümlülükleri beraberinde getirmektedir. Söz konusu sınırlama ve yükümlülükler, yapımcıların tarafsızlığından, özellikle çocukların televizyonun etkilerine karşı korunmalarına, reklamlara ilişkin sınırlamalardan, eğitim programları yayımlama zorunluluğuna ve hatta özellikle Avrupa ülkelerinde yabancı yayınların oranının sınırlandırılmasına kadar geniş bir yelpaze arz etmektedir. Bütün bu sınırlama ve yükümlülükleri diğer kitle iletişim araçlarına ilişkin düzenlemelerde, görsel-işitsel alanda olduğu biçimiyle bulmak zordur.

Bu genel çerçeve içerisinde, görsel-işitsel iletişim özgürlüğünün sınırlı, örgütlü ve gözetimli olduğu ifade edilir. Böylece, “ilke olarak bastırıcı rejime tabi olan basın özgürlüğünün aksine, burada önleyici rejim geçerlidir”.

³ Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz., Westphal D., *Media Pluralism and European Regulation*, EBLR. (2002) 13, s. 459-487.

Diğer bir deyişle, görsel-ışitsel iletişim alanı idarenin düzenleme, denetleme, izin ve yaptırım uygulama yetkilerinin egemen olduğu bir alandır. Oysa basın alanında yayımcı, ceza hukuku ve medeni hukukun getirdiği sınırlar içinde, idareden izin almaksızın faaliyette bulunabilir; hiçbiri idari yaptırıma ve zorlamaya maruz kalmaksızın yayınlarını istediği gibi biçimlendirilir. Burada basın ve görsel-ışitsel iletişimin kategorik olarak farklı hukuksal rejimlere tabi kılınmış olduğunu söylemekte herhangi bir yanlışlık görülmecektir.⁴

Görsel-ışitsel medya sahipliğinin bu farklı hukuksal rejimi göz önünde bulundurularak ayrı ve bağımsız bir başlık altında incelenmesinde yarar görmekteyiz.

2. Görsel-İşitsel Medyada Sahiplik ve Yoğunlaşma Türleri

“Görsel İşitsel medya sahipliği konusundaki yoğunlaşmasının genel olarak 3 şekilde oluştuğu gözlenmektedir.”

A. Yatay Görsel-İşitsel Medya Yoğunlaşması: Farklı televizyon ve radyo yayıncıları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu şeklindedir.

B. Dikey Görsel-İşitsel Medya Yoğunlaşması: Televizyon yayıncıları ile bunların ilişkili oldukları program üreticisi firmalar ve dağıtım pazarları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu şeklindedir.

C. Çapraz Görsel-İşitsel Medya Yoğunlaşması: Televizyon yayıncıları ile yazılı basın veya internet sağlayıcıları gibi diğer medya unsurları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu şeklindedir.

Bu ayrım dışında, Sermaye Payı, Yayın Lisans Modeli ve İzleyici Payı Modeli ayrımı dışında görsel ve işitsel iletişim hukukunda yoğunlaşma kavramına; *“Medya Mülkiyetinde (Sahipliğinde) Yoğunlaşma, Medya İzler Kitlesinde Yoğunlaşma”* ayrımlarına yer verildiği bilinmektedir.⁵

3. Görsel İşitsel Medya Yoğunlaşmasının Önlenmesi Sistemleri

“Yoğunlaşmanın önlenmesine yönelik sistemler (modeller) ve bunların ülkemiz yönünden uygulanması kısaca şu şekildedir:”

⁴ Yılmaz, Halit, *İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi*, İmaj Yayın, Ankara 2006, s. 35-36.

⁵ “Commission, Gren Paper on Services of General Interest”, paragraf 74.

A. İzleyici Paylaşım Modeli: Bu modelin temel amacı, belirli bir zaman dilimi içinde bir veya daha fazla kanalın toplam izlenme oranı içindeki azami izlenme yüzdesinin belirlenmesidir.

B. Lisans Sahipliği Modeli: Bu modelde bir yayıncı kuruluşun birden fazla lisanslı radyo ve televizyon kuruluşuna sahip olup olamayacağı düzenlenmektedir. Bu modelde bir yayıncı kuruluş, yasada belirtilen sayıdan fazla şirket için yayın lisansına sahip olamaz veya bu lisans sahipleri ana sermaye üzerinde kontrol hakkına sahip olamazlar.

C. Gelir Payı/Frekans Sınırlama Modeli: Bu modelle bir televizyon kuruluşunun ticari ya da toplam pazardaki gelir payına bir tavan sınırlaması getirilmektedir.

D. Sermaye Payı/Yayın Lisansı Modeli: Bu model üç şekilde uygulanmaktadır. Birinci tipte herhangi bir yayıncının şirketteki sermaye payının tavanı sınırlandırılır. İkinci tipte sahip olunabilecek lisans sayısı sınırlandırılır. Üçüncü tipte ise birden fazla yayın istasyonunun sermaye paylarına ilave sınırlamalar getirilir.⁶

III. Görsel İşitsel Medya Sahipliği ve Yoğunlaşması Konusunda Türk Pozitif Hukukundaki Durum

Görsel işitsel medya (özel radyo ve televizyonlar) ile ilgili düzenlemelere geçmeden önce görsel işitsel yayınların Anayasanın 168. maddesi açısından genel bir değerlendirilmesi ve bu alanda mülkiyetin (sahipliğin) ve mülkiyetin sınırlandırılmasında ve kontrolünde devlete verilen görevlerin yer aldığı Anayasanın ilgili maddelerinin incelenmesinde yarar görülmektedir.

1. Anayasal Değerlendirme

A. Devletin Hava Ülkesi Üzerindeki Egemenlik Hakkı ve Bu Hakkın Anayasanın

168. Maddesi Yönünden Değerlendirilmesi

Anayasa'nın "*Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi*" başlıklı 168. maddesinde;

⁶ Open Society Institute EU Monitoring And Advocacy Program Network Media Program, Avrupa'da Televizyon düzenleme, politikalar ve bağımsızlık, İzleme Raporu (Türkiye) 2005, syf. 22.

“Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzel kişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzel kişiler eliyle yapılması, Kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esaslar ve müeyyideler Kanunda gösterilir” hükmü yer almaktadır.

Televizyon ve radyo yayınları, yeryüzünün hava (atmosfer) tabakası aracılığıyla yapılan iletişimle gerçekleşmektedir. Devletler hukukunun kabul görmüş esaslarına göre bir devletin ülkesi, yeryüzünün o devletin egemenliğine tabi kılınmış olan belirlenmiş bir kesimidir. Bu yeryüzü kesimi kara, deniz ve hava olmak üzere üç kısımdan oluşur. Devletin hava ülkesi, kara ve deniz ülkelerinin üzerinde yer alan hava sahasından oluşmaktadır.

Devletin kara ve deniz ülkesiyle ilgili ilke ve kurallar daha somut ve belirgin iken hava ülkesinin sınır ve kapsam ile ilgili kurul ve uygulamaları henüz oturmamıştır. Yeknesak bir düzenleme bulunmamakla birlikte günümüz devletler hukuku, hava sahası üzerinde devletlerin egemenlik hakkına sahip olduğu ilkesini kabul etmektedir.⁷ Nitekim 14.10.1983 günlü, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun 4. maddesinde de,

“Türkiye Cumhuriyeti Türk hava sahasında tam ve münhasır egemenliği haizdir”, kuralına yer verilmiştir.

Devletin tam ve münhasır egemenlik hakkına sahip olduğu hava sahasının özellikleri itibarıyla tabii bir servet niteliği taşıdığı ve Anayasanın 168. maddesine göre devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerler içinde kaldığında kuşku yoktur.

“Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı üzere, devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerlerin özel mülkiyete konu olması mümkün değildir. Devletin buralar için özel sektöre ancak belirli sürelerle yapacağı tahsisler karşılığında işletme izni ve hakkı vermesi söz konusudur.”

⁷ Toluner, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi, İstanbul 1996, s. 31 vd.

B. Devletin Piyasalarda Tekelleşmeyi ve Kartelleşmeyi Önleme Görevi ile İlgili Anayasanın 167. Maddesinin Değerlendirilmesi

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 167. maddesindeki; *"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler"* şeklindeki düzenlemesinin, düşüncayı açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasına sınırlama getiren Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası ile *"birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir"*. Çünkü Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında; *"Bu hürriyetlerin kullanılması, 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 ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir"* denilmiş; 28. maddesinin ikinci fıkrasında, devlete basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak önlemleri alma görevi verilmiş; üçüncü fıkrasında, basın hürriyetlerinin sınırlanmasında, Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Böylece Anayasal düzenlemelerin televizyon veya radyo kuruluşunda, bir gerçek veya tüzel kişinin veya sermaye grubunun sermaye payına sınırlama getirebilmesine imkan sağladığı sonucuna ulaşılmışın yanlıs olmayacağı değerlendirilmektedir.

C. 1982 Anayasası'nın Radyo ve Televizyon Yayıncılığıyla İlgili 133. Maddesi

1982 Anayasası'nın radyo ve televizyon kuruluşlarını düzenleyen 133. maddesinin 1. fıkrasının özgün (ilk) halinde radyo ve televizyon kuruluşlarının ancak devlet eli ile kurulacağı ve idarelerinin tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın radyo ve televizyon yayınları konusunda öngördüğü bu devlet tekeli tüm dünyada gelişen özelleşme, rekabet, çoğulculuk ve liberalizm gibi çağdaş piyasa gereklerinin gerisinde kalmış, söz konusu hüküm teknolojik gelişmelerden de yararlanılarak fiilen ihlal edilmeye başlanmıştır.

Ortaya çıkan bu fiili durumu takiben 08.07.1993 günlü, 3913 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 133. maddesi değiştirilmiş ve maddenin 1. fıkrasıyla Radyo ve Televizyon istasyonları kurmanın ve işletmenin kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbest olduğu hükme bağlanmıştır.

Madde 133- *“(08.07.1993 tarih ve 3913 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile değişik) Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.*

(EK: Fıkra; 23.06.2005 - 5370/1 md.) Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir.

Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzel kişilerden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır. ”

2. Yasal Değerlendirme

A. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 29. Maddesinin İncelenmesi;

Anayasa’da yapılan değişikliğin gereği olarak 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun yürürlüğe konulmuştur.

3984 sayılı Kanun’la özel radyo ve televizyon işletmeciliğinin kuruluş ve yayın esasları belirlenmiş, konuyla ilgili olarak gerekli düzenlemeleri yapma ve kararlar alma konusunda yetkili olmak üzere Radyo ve Televizyon Üst Kurulu oluşturulmuştur.

Kanunun “Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları” başlığını taşıyan Beşinci Bölümü içinde yer alan “kuruluş ve hisse oranları” başlıklı 29. maddesinde radyo ve televizyon sahipliği konusunda detaylı düzenlemeler öngörülmüştür.

a. Maddenin 1994 Yılında Yürürlüğe Giren Orijinal Metni

29/6

“Bir hissedarın, bir kuruluşdaki hisse miktarı ödenmiş sermayenin %20’sinden ve birden fazla kuruluşta hisse sahibi olanların bu kuruluşlardaki tüm hisselerin toplamı da %20’den fazla olamaz bu hükümler, yukarıda zikredilen hisse sahibinin bir ile üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları için de uygulanır.”

29/7

“Belirli bir özel radyo veya televizyon kuruluşunda yabancı sermayenin payı %20’yi geçemez.”

29/10

“Belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda %10’dan fazla hissesi olanlar Devletten, diğer kamu tüzel kişilerinden ve bunların doğrudan veya dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kabul edemezler ve menkul kıymetler borsalarında muamelede bulunamazlar.”

29/11

“Türkiye de gazete çıkaran gerçek ve tüzel kişiler ile basınla ilgili mevzuata göre gazete sahibi olanlar bir arada %20’den fazla hisse sahibi olamazlar. Bu hüküm bu şahısların bir ile üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhrî hısımları hakkında da uygulanır.”

b. Maddenin 2002 Değişikliği Sonrasındaki Metni

3984 sayılı Kanundaki ilk ve en kapsamlı değişiklik 15.05.2002 günlü, 4756 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir.

“3984 sayılı Kanunun 29. maddesi 4756 sayılı Kanunun 13. maddesiyle aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.”

“Madde 29- (Değişik madde: 15.05.2005 - 4756 S. K. 13. MD)”

Radyo ve televizyon yayın izni verilen veya verilecek anonim şirketlerin hisse oranları ve şirket yapısıyla ilgili uyulması gereken diğer hususları şunlardır:

29/d

Üst Kurul tarafından düzenlenecek yönetmeliğe uygun olarak her yıl yapılacak ortalama izlenme oranı ölçümlerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranı %20'yi geçen bir televizyon veya radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payı %50'yi geçemez. Gerçek kişinin hisselerinin hesaplanmasında üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlara ait hisseler de aynı kişiye aitmiş gibi hesaplanır.

29/e

Bir gerçek veya tüzel kişi veya bir sermaye grubu %50'den fazla hissesine sahip olduğu bir televizyon veya radyonun yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payı %20'yi geçerse Üst Kurul tarafından yapılan bildirimden itibaren doksan gün içinde, ortağı bulunduğu televizyon veya radyodaki hisselerinin bir bölümünü halka arz ederek veya bir kısım hisselerini satarak, sermaye payını %50'nin altına indirir. Yıllık izlenme veya dinlenme oranının aşımı birden fazla televizyon ve radyodaki hisselerin toplamı nedeniyle meydana gelmişse, bu oranı %50'nin altına indirecek biçimde yeterli sayıda şirketi satar. Bu yükümlülüğün ihlali durumunda kuruluşun yayın izni iptal edilir.

B. Yasa Metninin Karşılaştırılması

Bu çalışmanın hacmi göz önünde bulundurularak tam metin verilmeyen önceki yasa ile mevcut yasa hükmünün 29. maddesinin her iki düzenleme arasındaki paralel ve farklı hükümlerin şu şekilde altını çizmek mümkündür:

a. Paralel Düzenlemeler

1. Her iki hükümde de siyasi partiler, dernekler, sendikalar, mahalli idareler gibi kimi gerçek ve kamu tüzel kişilerine radyo ve televizyon yayın izni verilmesi, yayın izni almış şirketlere ortak olması yasaklanmıştır.

2. Her iki hükümde de radyo ve televizyon kuruluşlarının anonim şirket olarak kurulmaları ve aynı şirketin ancak bir radyo ve televizyon işletmesi kurabileceği öngörülmüştür.

3. Radyo ve televizyon şirketlerinde herhangi bir kişi lehine intifa hakkı senedi ihdası yasaklanmıştır.

4. Radyo ve televizyon şirketlerinde herhangi bir kişi lehine intifa hakkı senedi ihdası yasaklanmıştır.

5. Bir radyo ve televizyon kuruluşunda yabancı sermayenin belli bir oranı geçemeyeceği (ilk halinde %20, sonraki halinde %25) öngörülmüş, ayrıca belirli bir radyo ya da televizyon kuruluşunda ortak olan yabancı bir gerçek yada tüzel kişinin başka bir radyo veya televizyon kuruluşuna ortak olması yasaklanmıştır.

6. Yerli ya da yabancı hissedarların imtiyazlı hisse senedi sahibi olması yasaklanmıştır.

7. Yurtdışından yayın yapan radyo ve televizyon kuruluşlarına kanal, frekans ve kablo kapasitesi tahsisi yasaklanmıştır.

b. Farklı Düzenlemeler

1. Her iki hüküm arasındaki en önemli farklılık, belli bir radyo veya televizyon kanalında sahip olunacak sermaye miktarı sınırı konusundadır.

Maddenin özgün halinde yer alan 6. fıkrada, bir hissedarın bir kuruluştaki sermaye miktarı %20 ile sınırlanmışken, maddenin yeni halinin (d) bendinde ise, yıllık izlenme oranı %20'yi geçen bir radyo ya da televizyon kuruluşunda bir gerçek ya da tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payının %50'yi geçemeyeceği öngörülmüş; (e) bendinde de, bir kişinin veya sermaye grubunun %50'den fazla hissesine sahip olduğu bir radyo veya televizyon kanalının izlenme oranının zaman içinde %20'yi geçmesi durumunda da %50'yi aşan hissenin satış ya da halka arz yoluyla %50'nin altına indirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

Her iki hükümde de bu yöndeki yasaklamanın üçüncü dereceye kadar kan ya da sıhrî hısımlar için de geçerli olduğu belirtilmiştir.

2. İki hüküm arasındaki bir diğer önemli farklılıkta önceki kuralda belirli bir radyo yada televizyon kuruluşunda %10'dan fazla hissesi olanların Devlet ihalelerine katılması yasaklanmışken, yeni düzenlemede böyle bir kısıtlamaya yer verilmemiş olmasıdır.

3. İki hüküm arasında başka bir farklılık da, önceki kuralda; *"Türkiye'de gazete çıkaran gerçek ve tüzel kişiler ile basında ilgili mevzuata*

göre gazete sahibi olanlar bir arada % 20'den fazla hisse sahibi olamazlar. Bu hükmün bu şahısların bir ile üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhrî hısımları hakkında da uygulanır." hükmü yer alırken, yeni düzenlemede böyle bir sınırlamaya yer verilmemiş bulunmaktadır.

Anayasal ve yasal düzenlemeleri aktardıktan sonra konumuzla ilgili Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının incelemesine geçmekte, zorunluluk bulunmaktadır. Söz konusu iptal kararı güncelliği ve konumuza özgüllüğü göz önünde bulundurularak bağımsız bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

IV. 3984 sayılı Kanunun 4756 sayılı Kanunla Değişik 29. Maddesinin (D) ve (E) Bentlerinin İptalini Öngören Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi

1. İptal Davasında Yer Alan Talep, Gerekçeler ve Görüşler

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesine geçmeden önce Sayın Cumhurbaşkanı tarafından dile getirilen dava gerekçesiyle, Sayın Milletvekilleri tarafından ileri sürülen iptal gerekçelerinin kısa bir özetinin verilmesinde yarar görüyoruz.

A. Sayın Cumhurbaşkanı'nın Dava Gerekçesi

Sayın Cumhurbaşkanı yukarıda metnini verdiğimiz değiştirilmeden önceki metin ile yapılan yeni düzenlemeleri karşılaştırdıktan sonra; "4756 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin anılan bentlerindeki kurallar, özellikle büyük sermaye gruplarının radyo ve televizyon alanında tekelleşmelerine yol açacak içeriktedir."

"Anayasa'nın 167. maddesinde, Devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alacağı, piyasalarda eylemli ya da anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği belirtilmiştir."

"Anayasa'nın anılan kuralı ile tekelleşme ve kartelleşme yasaklanmakla kalmamış, Devlete de bunu engelleyici önlemleri alma görevi verilmiştir. 4756 sayılı Yasa ile yapılan ve yukarıda belirtilen düzenlemelerle görsel ve işitsel medya alanında tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi olanaksızdır. Düzenlemeler, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek bir yana, dolaylı olarak olanaklı kılacak niteliktedir."

“Öte yandan, yapılan düzenlemeyle, bir gerçek ya da tüzel kişiye yada sermaye grubuna bir radyo-televizyon kuruluşunun tümüne yada birden çok radyo-televizyon kuruluşuna sahip olabilme olanağının yaratılmasının yanı sıra, bu kişi yada sermaye grubuna kamu ihalelerine girme ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapma yasağının getirilmemesi, medya gücünün kullanılarak ihalelerde haksız rekabete, borsada çeşitli işlem oyunları yapılmasına neden olabilecektir.”

“Medya gücünü kötüye kullanma olasılığı kamu yararı ve kamu düzeni ile doğrudan ilgilidir. Devletin bu gücü dengeleyecek önlemleri alması, kamu yararı ve düzenini sağlamanın gereğidir.”

“3984 sayılı Yasa’nın 29. maddesinin değişiklikten önceki onuncu fıkrasında yer verilen özel radyo yada televizyon kuruluşlarında belli oranın üzerinde pay sahibi olanların kamu ihalelerine girebilme ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapabilmesine ilişkin yasağın, korunması gerekirken tümüyle kaldırılmış olması, yasaların kamu yararı amacıyla çıkarılması gerektiği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.”

“Bu nedenlerle, 4756 sayılı Yasa ile değiştirilen 3984 sayılı Yasa’nın 29. maddesinin (d) ve (e) bentleri, Anayasa’nın 2. maddesindeki “demokratik hukuk devleti” ilkesine, 26. maddesindeki “haber alma” ve 28. maddesindeki “basın” özgürlüklerine ilişkin kurallara, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi yasaklayan 167. maddesine aykırı düşmektedir.” demektedir.

B. Sayın Milletvekillerinin Dava Gerekçesi

Sayın Milletvekillerinin dava gerekçesinde ise; *“Bu durum;”*

“- Televizyon ve radyo alanında tekelleşmeye ve kartelleşmeye yol açacak,”

“- Tekelleşen ve kartelleşen medya, bir yandan ekonomik alanda haksızlık yaratabilecek bir güce ulaşacak, diğer yandan ise haber alma özgürlüğünü kısıtlayabilecektir.”

“- Ayrıca medya gücünün kullanılarak ihalelerde haksız rekabete yol açılabileceği gibi, borsada çeşitli işlem oyunları yapılmasına neden olunabilecektir.”

“Bu nedenlerle 3984 sayılı Yasanın 29. maddesinde yapılan değişiklikler, Anayasa’nın 2, 26, 28 ve 167. maddelerine aykırıdır.” şeklinde yer almaktadır.

C. Yasanın Mecliste Görüşülmesi Sırasında Konuyla İlgili Yer Alan Görüşler

Yasa tasarısının lehinde olan görüşlerde;

“Gerek Sayın Cumhurbaşkanı’nın, gerek Sayın Milletvekili ve arkadaşlarının iddia ettikleri yeni düzenlemenin, radyo ve televizyon alanında tekelleşmeye yol açacağı varsayımı, Anayasa’nın 167. maddesinde öngörülen tekelleşmenin ve kartelleşmenin önlenmesi hakkındaki hüküm ile mantıki düzeyde uyuşmamaktadır.”

“Aksine sermaye sahipliği ve izlenme ve dinlenme oranına bağlı olarak her an değiştirilebilir hale getiren 4756 sayılı Kanunun 13. maddesinin (d) ve (e) bentleri, iddianın tam aksine Anayasa’nın 167. maddesinde öngörülen sistemi gerçekleştirmeye yöneliktir.”

“Mülkiyetin saptanmasında izlenebilirlik oranının tekniğine yönelen eleştiri, Anayasaya aykırılık iddiası olarak değerlendirilemez. Böyle bir iddia mecmu olmaz.”

“%20 oranın tespiti yasama organının takdir yetkisidir. Dolayısıyla gerek Sayın Cumhurbaşkanı’nın, gerekse Sayın Milletvekillerinin maddeyle iptal istemlerini haklı çıkarabilecek nitelikte ikna edici açık ve nesnel gerekçe mevcut değildir.” denilmektedir.

D. Televizyon Yayıncıları Derneği’nin Anayasa Mahkemesi’ne Sunduğu Raporda Yer Alan Görüşler

Televizyon Yayıncıları Derneği’nin 27 Mayıs 2002 tarihinde Anayasa Mahkemesi’ne sunduğu raporda iptal isteminde bulunan tarafların savlarına yer verildikten sonra, derneğin konu ile ilgili görüşü yer almaktadır. Buna göre; *“Yasanın (d) ve (e) bentlerindeki bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde açıkça görülmektedir ki, Yasama organı Anayasa’nın 167. maddesindeki amir hükme uygun olarak izlenme oranı %20’yi geçen bir televizyon veya radyonun çoğunluk hissesinin bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir sermaye grubuna ait olmasını önlemiştir. Bu itibarla 4756 sayılı Yasa’nın 13. maddesi Anayasa’nın 167. maddesine aykırılık taşımamakta aksine uygunluk göstermektedir.”*

“Sınırlama oranının saptanması gibi bir tekniğe itiraz etmek Anayasa’ya aykırılık savı taşımaz. Sınırlama yöntem ve tekniğini belirlemek yasama organının yetkisinde olduğu gibi mevcut hukuki düzenlemeye göre değil, ileriye

dönük birtakım varsayımlarla Anayasaya aykırılık öne sürmek de mümkün değildir."

"Sayın Cumhurbaşkanı ve milletvekillerinin bu düzenlemenin tekelleşme ve kartelleşmeye yol açacağı varsayımlılığında bulunmaları da gerçekçi sayılamaz."

"Çünkü,"

"Bugün Türkiye'de 16 ulusal, 15 bölgesel ve 218 yerel televizyonla 1500'den fazla radyo bulunmaktadır. Dünyanın birçok gelişmiş demokratik ülkesinde ulusal televizyon kanalı sayısı 8-10'u geçmezken, Türkiye'de bu kadar çok sayıda televizyon ve radyo ile tekelleşmiş bir piyasadan söz etmek veya böyle bir piyasa oluşacağını ileri sürmek mümkün değildir."

"16 ulusal televizyonun hemen her biri ayrı sermaye gruplarına aittir. 218 yerel televizyon da il ve ilçelere dağılmış, gene farklı kişi ve kuruluşlara ait bulunmaktadır. Radyoların mülkiyetinin de dağınık olduğu bir gerçektir. Bu tablo tekel veya kartel görüntüsü vermediği gibi sermayenin bu sektörde toplu değil, yaygın olduğunu kanıtlamaktadır." denildikten sonra Türkiye'deki televizyon kanallarının AGB 2001 ölçümleri verilmektedir.⁸

E. Anayasa Mahkemesi Raportörü Görüşü

"Medya sahipliği konusunda getirilen 'yıllık ortalama izlenme oranı ölçümün göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payı kriterinin değişik yöntemler içerisinde en uygun tercih olup olmadığının tespiti hususunun anayasal denetim dışında kalan bir konu olduğu düşünülmektedir. En iyi yöntemin hangisi olduğunun tespitinin Yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kaldığına inanılmaktadır."

2. Anayasa Mahkemesi'nin Gerekçeli İptal Kararı ve Karşı Oylarda Yer Alan Görüşler

A. İptal Kararı Gerekçesi

Dava dilekçelerinde, düzenleme ile getirilen %20'lik izlenme oranının görsel ve işitsel medya alanında tekelleşme ve kartelleşmeyi olanaklı hale getireceği, tekelleşen medyanın bu gücünü kullanarak

⁸ AGB Nielsen Media Research/TİAK (Televizyon İzleyici Araştırma Kurulu 2001 ölçüm raporları).

ihalelerde haksız rekabete yol açabileceği ve haber alma özgürlüğünü kısıtlayabileceği belirtilerek (d) ve (e) bentlerinin Anayasa'nın 2, 26, 28 ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

29. maddenin (d) bendinde, Üst Kurul tarafından düzenlenecek yönetmeliğe uygun olarak her yıl yapılacak yıllık ortalama izlenme oranı ölçümlerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranı %20'yi geçen bir televizyon veya radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzelkişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payının %50'yi geçmeyeceği, gerçek kişinin hisselerinin hesaplanmasında üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî husımlara ait hisselerin de aynı kişiye aitmiş gibi hesaplanacağı; (e) bendinde de bir gerçek veya tüzelkişi veya bir sermaye grubunun %50'den fazla hissesine sahip olduğu bir televizyon veya radyonun yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payının %20'yi geçmesi halinde Üst Kurul tarafından yapılan bildirimden itibaren doksan gün içinde, ortağı bulunduğu televizyon veya radyodaki hisselerinin bir bölümünün halka arz ederek veya bir kısım hisselerini satarak, sermaye payını %50'nin altına indireceği, yıllık izlenme veya dinlenme oranının aşımının birden fazla televizyon ve radyodaki hisselerin meydana gelmesi halinde ve bu oranı %50'nin altına indirecek biçimde yeterli sayıda şirkete satacağı, bu yükümlülüğün ihlali durumunda kuruluşun yayın izninin iptal edileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemeyle, sahip oldukları televizyon kanalları ile radyoların yıllık ortalama izlenme ve dinlenme oranı %20'yi geçmemek koşuluyla bir gerçek ya da tüzelkişi ya da sermaye grubuna, bir veya birden fazla televizyon yada radyo kuruluşunun tümüne yada bir kısmına sahip olabilme olanağı sağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen *"hukuk devleti"* insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasa'ya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasına sınırlama getiren Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında *"Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet'in temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün ko-*

runması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir” denilmiş; 28. maddesinin ikinci fıkrasında, devlete basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak önlemleri alma görevi verilmiş; üçüncü fıkrasında, basın hürriyetlerinin sınırlanmasında, Anayasa’nın 26 ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Basın ve haber alma özgürlüğünün gerek kamu erkini kullanan kurum ve kuruluşlara gerekse özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine karşı korunması amacıyla, görsel ve işitsel medya tekelinin oluşmasını engellemek için etkili sınırlamalar koymanın, medyanın çoksesliliğini sağlamaya yönelik koruyucu önlemler almanın devletin görev ve sorumluluğunda olduğu açıktır. Bu doğrultuda bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesine olanak sağlanması bakımından Anayasa’nın 26. maddesinde belirtilen nedenlerle sınırlı olarak medya sahipliğine ilişkin kimi kısıtlamaların getirilebileceği de kuşkusuzdur.

Öte yandan, Anayasa’nın 167. maddesinde de devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği belirtilmiştir.

Buna göre, Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinden kamu düzeni ve 167. maddesinde devlete verilen görevler gözetilerek, televizyon ya da radyo kuruluşunun yıllık ortalama izlenme oranına bağlı olarak bir televizyon veya radyo kuruluşunda, bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payına sınırlama getirilebilir. Yapılan araştırmalarda, Türkiye’de en yüksek izlenme oranının %14 ilâ %16 olarak saptanması ve dava konusu kuralla öngörülen %20 oranına uygulamada ulaşılmasının çok güç olması nedeniyle, aynı kişilerin veya sermaye gruplarının ülkedeki televizyon ve radyo kuruluşlarının çoğuna sahip olmalarının kaçınılmaz hale geleceği bu durumda %20 oranın, Anayasa’nın 167. maddesinde devlete verilen tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevinin yerine getirilmesini sağlayamayacağı açıktır.

“Bu Nedenlerle, İptali İstenilen Kurallar Anayasa’nın 2 ve 167. Maddelerine Aykırıdır. İptali Gerekir.”

B. Karşı Oyların Gerekçeleri

Anayasa Mahkemesi üyesi Sn. Mehmet Erten'in karşı oyunda, iptali istenen (d) ve (e) bentleri metinleri aktarıldıktan sonra, (d) ve (e) bentleri ile yapılan yukarıda belirtilen düzenlemelerle izlenme ve dinlenme oranının %20 olarak yüksek tutulması ve bu orana ulaşamayacağı gerçeği karşısında görsel ve işitsel medya alanında tekelleşme ve kartelleşmenin önlenemeyeceği, böyle bir medya gücünün kullanılması durumunda da ihalelerde haksız rekabete, borsada ise çeşitli işlem oyunlarına neden olunacağı ileri sürülmektedir.

Söz konusu düzenlemeler, Anayasa'nın 167. maddesinde yer alan "*Devlet, ...piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" hükmüne koşut olarak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek amacıyla televizyon ve radyo sahipliğine sınırlama getirmiştir. Böylece izlenme oranı %20'yi geçen bir televizyon ve radyonun çoğunluk hissesinin, bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir sermaye grubuna ait olmasının önüne geçilmiştir. İleri sürülen düşüncelerin aksine, bu düzenlemeler Anayasa'nın 167. maddesi hükmüne uygundur. Diğer taraftan, İzlenme ve dinlenme oranının %20 olması ve bunun ulaşılması güç bir oran olup olmadığı sorunu sınırlama yöntem ve tekniğine ilişkin bir konu olup, bunun saptanması ve yıllık ortalama izlenme oranı ölçümlerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranına ilişkin kriterin değişik yöntemler içinde en uygun tercih olup olmadığının belirlenmesi hususları yasama organının yetkisindedir. Tersine olan görüş Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetimi yerine, yerindelik denetimi yapmasına yol açar. Bu nedenle ((d) ve (e) bentlerinin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. "*İptal isteminin reddi gerekir*" denilmektedir.

Sayın Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı görüşünde ise özetle;

RTÜK kayıtlarına göre, Türkiye'de faaliyet gösteren toplam 249 Televizyon bulunmaktadır. Bunun 16'sı Ulusal, 15'i bölgesel ve 218'i yerel televizyondur. Bu koşullar da herhangi bir televizyonun Anayasa'nın 167. maddesi kapsamında tekel veya kartel oluşturabileceği savı gerçekçi görünmemektedir. Kaldı ki belirtilen televizyonların izlenme ve dinlenme oranının %20'yi geçmesi durumunda dava konusu kurallarla bunlara sahip olan gerçek veya tüzel kişilerin sermaye payının %50'yi geçmesi önlenerek, bu alanda tekelleşme ve kartelleşme oluşturmaya da haber kaynaklarının halkı belli doğrultuda yönlendirme olasılığına karşı bi-

reylerin tarafsız haber ve bilgi alma bağlamındaki düşünce özgürlükleri güvenceye alınmak istenmiştir. Uygulamada %20 izlenme ve dinlenme payına ulaşamaması nedeniyle bu oranın istenilen amaca ulaşmaya elverişli olmadığı düşüncesi ise sadece varsayımdır. Bu oranın hangi sınıra çekilmesi halinde ileri sürülen sakıncaların ortadan kalkacağını öngörebilmek ise radyo ve televizyon alanındaki teknolojik gelişmelerin hızı da gözetildiğinde oldukça zor hatta olanaksızdır. Ayrıca, düşünce özgürlüğü öne çıkarılarak oranların çok fazla düşürülmesinin radyo ve televizyon kuruluşlarında sermaye payı bulunanların mülkiyet haklarına aşırı bir müdahale oluşturup oluşturmayacağı sorununun da göz ardı edilemeyeceği bir gerçektir. Bu sorunları gözeterek Anayasal sınırları aşmamak koşuluyla bir seçim yapmak ise yasa koyucunun değerlendirme alanı içine girmektedir. Ortada somut, kesinlik kazanmış güvenilir veriler olmadan kuralın Anayasa'ya aykırılığı sonucuna varılamaz.

Öte yandan, bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığı incelenirken, sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için konu hukuksal bütünlük içinde irdelenerek, kuralın yer aldığı yasada veya ilgili diğer yasalarda doğması olası sakıncaları önleyebilecek düzenlemeler bulunup bulunmadığının da araştırılması gerekir.

3984 sayılı Yasa'nın 4756 sayılı Yasa ile değiştirilen 4. maddesinde, radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri ayrıntılı olarak açıklanmış, bunlar arasında kişi hak ve özgürlüklerinin korunması ve haksız rekabetin önlenmesine yönelik sınırlayıcı düzenlemelere yer verilmiştir. 33. maddede de yayın ilkelerinin ihlali ağır yaptırımlara bağlanmıştır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ile belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri; 6. maddesi ile de, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar yada birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiş 16. maddesinde ise belirtilen yasaklara uymayanlar için yaptırımlar öngörülmüştür.

Bu düzenlemeler dava konusu kurallarla birlikte değerlendirildiğinde, davacıların Anayasa'ya aykırılık savlarının, somut verilere değil,

daha çok ileriye dönük kimi olasılıklara dayandığı, bu nedenle de Anayasa temelinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır” denilmektedir.

VI. Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Sonrasındaki Hukuki Durum

1. Bu Alanda Özel Bir Kanun Hükmü Kalmamıştır ve Hukuki Boşluk Oluşmuştur

Yukarıda belirtildiği gibi 3984 sayılı Kanunun 29. maddesi 4756 sayılı kanunla tümüyle değiştirilmiş ve 29. maddenin özel radyo ve televizyon kuruluşlarında sermaye sahipliği ile ilgili yeni kuralları da (d ve e bentleri) Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir. Bu iptal kararı *Resmî Gazete’de* 04.08.2006 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa’nın 153. maddesinin 3. fıkrası ile 2949 sayılı yasanın 53. maddesinin 4 ve 5. fıkraları gereği konumuz dışında kalan iptale konu kurallara ilişkin iptal hükümlerinin, kararın *Resmî Gazete’de* yayınlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesine oy birliğiyle karar verilmiştir. Bir başka anlatımla, 3984 sayılı Yasanın (d) ve (e) bentleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi’nce yasa koyucuya yeni bir süre verilmemiş ve bu maddelerle ilgili iptal kararı yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Bu durumda, 29. maddenin ilk şeklinin yürürlükten kaldıran kanun hükmü Anayasa Mahkemesi’nce iptal edildiğine göre önceki düzenlemenin yürürlüğe girmesi düşünülebilecek midir? Farklı bir anlatımla 29. maddenin 4756 sayılı Kanunla değişik (d) ve (e) bentlerinin iptali sonrasında 29. maddenin ilk halinde yer alan sermaye payı oranına ilişkin kuralların tekrar yürürlüğe girmesi düşünülebilecek midir? Anayasa Mahkemesi’nin ve diğer yüksek yargı mercilerinin içtihatları böyle bir sonucun mümkün olamayacağını ortaya koymaktadır. Yani yürürlükten kalkan önceki düzenlemenin iptal kararından sonra tekrar canlanarak yürürlüğe girmesi söz konusu olamayacaktır. (Anayasa Mahkemesi’nin 11.11.1963 günlü, E. 1963/106, K. 1963/270 sayılı kararı)⁹ sermaye sahipliği konusunda uygulama niteliğine sahip Türk Pozitif Hukuku’nda özel bir kanun hükmü artık bulunmamaktadır.

⁹ *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 1, syf. 468; YİBBGK 24.05.1982, 1/1 (YKD 1982/2, s. 1053) Çağlayan, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2004, s. 141-146.

Bununla birlikte, 29. maddenin (d) ve (e) bentlerinin iptaliyle ortaya çıkan boşluk görsel ve işitsel medya alanında bir kaosa mı yol açacaktır? Sorusunun cevabını genel hükümler içerisinde aramak gerekmektedir. Ancak buna geçmeden önce, ortaya çıkan hukuki boşluğun kamu düzeni ve kamu yararı bakımından sakınca oluşturup, oluşturmadığı konusunu anayasa hukuku açısından irdelemek gerekmektedir.

2. Hukuki Boşluk Kamu Düzenini Tehdit veya Kamu Yararını İhlal Eder Mahiyette Değildir

Bilindiği gibi, Anayasa'nın "Anayasa Mahkemesi'nin Kararları" başlıklı 153. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında;

"(3) Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü yada bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırılabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

(4) İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar", hükümlerine yer verilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 53. maddesinin 3, 4 ve 5. fıkralarında da;

"3. Anayasa Mahkemesi'nce Anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü veya bunların belirli madde veya hükümleri, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar.

4. Gerekli gördüğü hallerde Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırılabilir. Bu tarih, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

5. Anayasa Mahkemesi bir kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli hükümlerinin iptali halinde meydana gelecek olan hukuki boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici mahiyette görürse, yukarıdaki fıkra hükmünü uygular ve boşluğun doldurulması için Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı ile Başbakanlığa bilgi verir", kuralları öngörülmüştür.

Yukarıda değinildiği gibi 3984 sayılı Kanunun özel radyo ve televizyon sahipliği konusunda sermaye oranı kriterine göre kimi sınırlamalar getiren 29. maddesinin ilk hali 4756 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve bu konuda izlenme oranına göre sınırlamalar getiren yeni düzenlemeleri ((d) ve (e) bentlerini) önce yürürlüğü durdurmuş, sonra da iptal etmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere değişiklik yapan kanun hükmünün iptalinin değiştirilmiş olan önceki kuralın yürürlüğünü tekrar geri getirmeyeceğine göre Anayasa Mahkemesi'nce yeni düzenleme hakkında verilen yürürlüğü durdurma kararı ile birlikte bu alandaki yasal düzenleme tümüyle ortadan kalkmış, diğer bir deyişle *hukuki boşluk ortaya çıkmış olmaktadır*. İşte Anayasa Mahkemesi bu sonucu öngördüğü halde, diğer bir deyişle hukuki boşluk oluşacağını bildiği halde ilgili kuralların yürürlüğünü durdurmuştur. Bu sonuca göre *Anayasa Mahkemesi ortaya çıkacak boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görmemiştir*.

Aksi bir düşünce olsaydı, yani ortaya çıkacak hukuki boşluğun kamu düzeni ve kamu yararı bakımından sakınca oluşturacağı düşünülse idi iptale konu kuralların değil yürürlüğünün durdurulması iptalden sonra iptal kararının yürürlüğe girmesi belli bir süre ertelenerek bu süre içinde yasama organından iptal gerekçesine uygun yeni yasa çıkarması istenirdi. Böylece ilgili kuralların belli süre daha yürürlükte kalması sağlanır, bu aşamada çıkacak yeni kanunla da hiçbir hukuki boşluk oluşmasına meydan verilmeden konu sonuçlandırılırdı. Nitekim söz konusu Anayasa Mahkemesi Kararında, 3984 sayılı Kanunun 9. maddesinin son fıkrası ile ilgili olarak Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun denetiminin Başbakan'a bağlı Yüksek Denetleme Kurulu'na verilmesinin Üst Kurulun özerk ve tarafsız bir tüzel kişisi olma niteliğiyle çelişmesi ve aynı Kanunun 33. maddesinin 1. fıkrasının ise "*Cezaların sorumluluğun şahsiliği*" ilkesinin ihlali nedeniyle verilen iptal kararının, hükümlerinin kararın *Resmi Gazete'*sinden yayımlanmaya başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş olması da bu görüşümüzü destelemektedir.

Halbuki Anayasa Mahkemesi medya sahipliği konusunda izlenme oranı kriterine kimi sınırlamalar getiren düzenlemeleri iptal ederken bu yolla (iptal kararına ilişkin hükümlerin 2949 sayılı yasanın 53. maddesinin 4 ve 5. fıkraları gereğince kararın *Resmi Gazete'* de yayımlanmasından belli bir müddet sonra yürürlüğe girmesi yolu) değil, yürürlüğün durdurulması yolunu seçerek aksi yöndeki yoruma itibar etmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu uygulaması da; konu hakkında şu anda kamu yararını ve kamu düzenini ihlal edici bir hukuksal boşluğun bulunmadığını, 3984 sayılı kanunun 29. maddesinin yukarıda sözü edilen diğer kısıtlayıcı hükümlerinin ve genel rekabet hukuku kurallarının sorunun çözümünde göz önünde bulundurabileceği imkanının verdiğini söyleyebiliriz. Ancak bu tespitimiz yasa koyucunun bu alanı yeniden düzenlemesine gerek olmadığı veya düzenleyemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Bu nedenle, yasa koyucunun iptal kararı sonrasında hangi hukuki imkanlara ve argümanlara sahip olduğu ve bu alanı nasıl düzenlemesi gerektiği konusunda tespitler yapılmaya çalışılacaktır.

VII. Türk Pozitif Hukukunda Yoğunlaşma (Tekelleşme)'nin Önlenmesi ve Çoğulculuğun Kurulması

1. Yasama Organı Açısından

Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçe dikkatli şekilde incelendiğinde, Yasa koyucunun aşağıdaki olanaklara sahip olduğu sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir.

A. Yasa Koyucunun Anayasa'nın 26 ve 28. Maddesinin İkinci Fıkralarında Yer Alan Basın ve Haber Alma Özgürlüğünü Sağlayacak Önlemler Alma Görevi Bulunmaktadır

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasına sınırlama getiren Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında *"Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet'in temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir"* denilmiştir; 28. maddesinin ikinci fıkrasında, devlete basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak önlemleri alma görevi verilmiş; üçüncü fıkrasında, basın hürriyetlerinin sınırlandırılmasında, Anayasa'nın 26 ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Basın ve haber alma özgürlüğünün gerek kamu erkini kullanan kurum ve kuruluşlara gerekse özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine

karşı korunması amacıyla, görsel ve işitsel medya tekelinin oluşmasını engellemek için etkili sınırlamalar koymanın, medyanın çoksesliliğini sağlamaya yönelik koruyucu önlemler almanın devletin görev ve sorumluluğunda olduğu açıktır. Bu doğrultuda bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesine olanak sağlanması bakımından Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen nedenlerle sınırlı olarak medya sahipliğine ilişkin kimi kısıtlamaların getirilebileceği de kuşkusuzdur.

B. Yasa Koyucunun Anayasanın 167. Maddesinde Yer Alan Tekelleşme ve Kartelleşmeyi Önleme Görevi Bulunmaktadır

Öte yandan, Anayasa'nın 167. maddesinde devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği belirtilmiştir.

Bu yetkiye dayanarak Yasa koyucu görsel ve işitsel medya alanında yapacağı düzenlemelerde mülkiyetin yoğunlaşmasını önleyerek televizyon ve radyo yayınında çoğulculuğu çeşitliliği ve editöryal bağımsızlığı sağlam temeller üzerine kuran özel hükümler sevk edebilir.

Böylece, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama nedenlerinden kamu düzeni ve 167. maddesinde yer alan devlete verilen görevler gözetilerek ve **birlikte değerlendirildiğinde** bir televizyon ve radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzel kişinin veya sermaye grubunun sermaye payına sınırlama getirilmesi yasa koyucunun yetkisi ve takdiri içerisinde kalmaktadır. Yasa koyucu bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payına sınır getirebilme yetkisini genel düzenleme yetkisi içerisinde her zaman kullanabilir.

C. Çapraz Mülkiyet Yasağının Düzenlemelerinin Görsel İşitsel Medya Alanına Taşınması Olanakları

Çapraz mülkiyet (sahiplik) bir medya kuruluşunun farklı mecralarda aynı anda birden fazla kuruluşlar sermaye ilişkisi içerisinde olması veya başka sektörlerde faaliyette bulunması anlamına gelmektedir. Daha açık bir anlatımla çapraz mülkiyet; televizyon ve radyo yayıncı-

ları ile yazılı basın ve internet sağlayıcıları gibi diğer medya unsurları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonudur.

Türk pozitif hukukunda ne 5680 sayılı eski Basın Kanunda ne de yeni 5187 sayılı Basın Kanunda yazılı medyada sahiplik konusunda bir sınırlama göze çarpmamaktadır. Bilindiği gibi, 3984 sayılı Yasanın ilk şeklinde 29/11. *“Türkiye’de gazete çıkaran gerçek ve tüzel kişiler ile basınla ilgili mevzuata göre gazete sahibi olanlar bir arada %20’den fazla hisse sahibi olamazlar. Bu hükmü bu şahısların bir ile üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhrı hısımları hakkında da uygulanır”* hükmü mevcut iken 4756 sayılı değişiklik ile bu sınırlama Kanun’dan çıkarılmış bulunmaktadır.

Halbuki kimi batı ülkelerinde halen bu sınırlamalar mevcudiyetini korumakta örneğin, İtalyan Hükümeti, 03 Mayıs 2004 tarihinde yeni bir ayasal değişiklik yaparak, sahiplik sınırlarını daha da genişletmiş, çapraz sahipliğe daha fazla olanak tanınmış ve yüzdelerde arttırma gitmiştir.

Bu nedenle, ülkemizde de çapraz mülkiyetin yasaklanması hükmünü içeren yeni bir düzenlemenin getirilme olanağı bulunmaktadır.

D. Kamu İhalelerine Girememe ve Borsa Oyunu Yasağının Yeniden Getirilmesi Olanağı

3984 sayılı Yasanın 29. maddesinin ilk halinde yer alan ve daha sonra 4756 sayılı Kanunla değiştirilip merinden çıkarılan şeklinde *“Belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda %10’dan fazla payı olanların devletten, diğer kamu tüzel kişilerinden ve bunların doğrudan ya da dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini doğrudan doğruya yada dolaylı olarak kabul edemeyecekleri ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapamayacakları”* kurala başlanılmıştı. Metinden çıkarılan bu yasağın yasa koyucu tarafından yeni bir düzenlemeyle getirilmesine herhangi bir engel görülmemektedir.

Aksine, devletle ticari ilişkilere giren medya sahiplerinin siyasal iktidar lehine yayın yaparak ya da tam tersine baskı oluşturarak kamu ihalelerini alma avantajını sağlayabileceği kuşkusuz bugün de önemini korumaktadır. Günümüzde medya-serbest piyasa ilişkilerinin demokrasiler için yozlaştırıcı tehlike ve tehditlerden olduğu gerçeği karşısında ülkemizin ve demokrasimizin özellikle özelleştirilmesini tamamlayamamış bir döneminde yaşamsal öneme haiz bulunması doğal görülmektedir. Ayrıca, serbest piyasa ekonomisinin diğer önemli bir

özelliği rekabet ortamının yaratılmasıdır. Birçok radyo ve televizyon kuruluşuna sahip olan kişi ya da sermaye grubuna kamu ihalelerine girebilme hakkı tanınması bu özellikle de bağdaşmamaktadır.

Görsel ve işitsel medyanın kamuoyunu etkileme gücü bu gücün kamu ihalelerine katılma yoluyla kötüye kullanılması olasılığının yüksekliliği batılı ülkelerde ve diğer demokratik ülkelerde medya sahipliğinin diğer iş ve ticari alanlarından ayrılmasına bu ayrımı sağlayacak önlemler alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle ülkemizde de daha mevcut olan söz konusu yasağın yeniden getirilmesinde yasa koyucu için bir imkan ve gereklilik kılınmaktadır.

E. Yasa Koyucunun Düzenlemelerdeki Takdir Hakkı da Sınırlıdır ve Yargısal Denetime Tabidir

Türk pozitif hukukunda yasama yetkisinin genelliği, Kanunla düzenleme alanının konu itibariyle sınırlandırılmamış olduğunu, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konunun Kanunla düzenlenebileceğini ifade eder. Yasama organı, şüphesiz Anayasa sınırları içinde, devletin hukuki düzeninin yaratıcısıdır. Meclis, bir sosyal ilişki alanını kanunla düzenleyerek devletin faaliyeti alanı içine almaya veya devletin faaliyet alanı içindeki bir ilişkiyi bu alandan çıkarmaya yetkilidir. Yasama yetkisinin genelliği, yürütme organına bırakılmış “mahfuz” bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını da anlatır. Nitekim Kanun alanının konu itibariyle sınırlandırıldığı, bunun dışındaki alanlarda düzenleme yetkisinin doğrudan doğruya yürütme organına bırakıldığı anayasalar bakımından, yasama yetkisinin genelliğinden söz edilemez.¹⁰

Yasama yetkisinin genelliği, aynı zamanda, yasama organının bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebileceği anlamına da gelir. Yasama organının, bir konunun genel ilkelerini saptamakla yetinip, ayrıntıları veya Anayasa Mahkemesi’nin deyimıyla “*ihtisasa ve idare tekniğine taalluk eden hususların*” düzenlenmesini yürütme organına bırakması, “*iyi yönetimin*” gereklerine ve yasama organının hukuki bir yükümlülük altında olduğunu söylemeye elbette imkan yoktur. Yasama organı, dilediği takdirde, bir konuyu en ince ayrıntılarına kadar düzenleyebilir ve yürütme organına sadece “*bağlı yetkiler*” vererek, idari düzenleme alanına yer bırakmayabilir.

¹⁰ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000 s. 19.

Yasama yetkisinin ilkeliliği (asliliği) ise, yasama organının bir konuyu doğrudan doğruya, yani araya herhangi başka bir işlem girmeksizin düzenleyebilmesidir.¹¹ Yasama organı, bir alanı doğrudan doğruya düzenleyebilir. O alanın daha önce Anayasa ile düzenlenmiş olmasına gerek yoktur.

Anayasa'nın hiçbir şekilde düzenlemediği bir alanı, yasama organı, ilk elden düzenleyebilir. Bu anlamda yasa yetkisi, "ilk-el", "asli" bir yetkidir. Yasama organı Anayasa'ya dayanma zorunluluğu yoktur. Yasama organının tek zorunluluğu, Anayasa'ya aykırı düzenleme yapmamaktır.¹²

Bilindiği gibi Anayasa hükümleri, yama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz. Kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetimi ise Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi Kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken Anayasa çerçevesinde, yasama yetkisinin sınırlarını da belirlemiş olacaktır.¹³

Anayasa Mahkemesi'nde görülen dava sırasında ileri sürülen; *"Medya sahipliği konusunda getirilen "yıllık ortalama izlenme oranı ölçümünde göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payı" kriterinin değişik yöntemler içerisinde en uygun tercih olup olmadığının tespiti hususunun Anayasal denetim dışında kalan bir konu olduğu düşünülmektedir. En iyi yöntemin hangisi olduğunun tespitinin Yasa koyucu takdir yetkisi içinde kaldığı"* yolundaki iddia yukarıda yer aldığı şekliyle Anayasa Mahkemesi'nce kabul görmemiş ve iptal kararının gerekçesinde belirtildiği üzere, değişik yöntemler içerisinde en uygun tercihin hangisinin olduğunun tespitinin anayasal denetim dışında kalamayacağına karar verilmiştir.

Böylece Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla, medya sahipliği konusunda getirilecek bir kriterin değişik yöntemler içerisinde en uygun tercih olup olmadığını denetleme yetkisine sahiptir, bir başka anlatımla en iyi yöntemin hangisi olduğu konusu yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kalan bir konu değildir. Bu konudaki takdir yetkisi yargısal denetime tabi ve sınırlı bir yetkidir, demektedir.

¹¹ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000 s. 191.

¹² Gözler, Kemal, *İdari Hukuku Dersleri*, Birinci Baskı, Bursa 2002, s. 367.

¹³ Yıldırım, Turan, *Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mayıs 1987 C. 2 s. 2.

Bu hukuki sınırlar dışında yasa koyucu için fiili ve siyasi zorlukların ve sınırların olduğu da bir gerçektir. Zira 3984 sayılı Yasanın 4756 sayılı Yasa ile değişikliği sırasında Yasama Meclisindeki yasallaşma sürecindeki görüşmeler ve tutanaklar göz önünde bulundurulduğunda, bunu daha iyi anlamak ve algılamak imkanı bulunmaktadır. 4756 sayılı yasanın görüşüldüğü 2002 yılı için yaşanan bu zorlukların bugün için de geçerli olduğu görsel-işitsel medya sahipliği düzenlemelerinin ve politikalarının yasa koyucu için en zor alanlardan biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

2. Görsel İşitsel Alanda Yetkili İdare (RTÜK) Açısından

Bilindiği gibi, Türkiye’de görsel-işitsel medyayı düzenlemek ve denetlemekle görevli kamu idaresi *Radyo ve Televizyon Üst Kurulu*’dur. 3984 sayılı Kanunun 5. maddesi Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) hakkında “...Özerk ve tarafsız kamu tüzel kişiliği” nitelendirmesini yapmaktadır. RTÜK öğretide *bağımsız idari otorite* olarak nitelendirilmektedir.¹⁴

Anayasanın 133. maddesinin 2. fıkrası doğrudan RTÜK’ü düzenlemektedir. Anayasa’da yer alan bu düzenlemeyle (Anayasa’nın 133. maddesinin 5370 sayılı Kanunla değişik 2. fıkrası) RTÜK’ün *anayasal bir kuruluş* statüsüne kavuştuğunda şüphe bulunmamaktadır. 3984 sayılı Kanunun bütünü göz önünde bulundurulduğunda RTÜK’ün gerek organik gerekse işlevsel anlamda bağımsızlığa ya da kanunun ifadesiyle özerkliğe sahip olduğunu rahatlıkla ileri sürebiliriz.¹⁵

3984 sayılı Kanun RTÜK’e görsel-işitsel medyanın bütün alanlarını ve unsurlarını kapsayana geniş bir düzenleme yetkisi verilmektedir. Nitekim, Anılan Kanunun 5. maddesine göre, “*Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla... Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur*” 3984 sayılı Kanun RTÜK’ün düzenleyici işlemlerini yönetmelik olarak nitelendirse de uygulamada RTÜK “*duyuru*”, “*genel duyuru*”, “*tebliğ*”, “*genel tebliğ*” adları altında düzenleyici işlemler yapmaktadır. Doğal olarak RTÜK’ün düzenleme yetkisi ancak yasanın öngördüğü sınırlar içerisinde kullanılabilecek bir yetkidir. Bu nedenle 3984 sayılı Kanunun

¹⁴ Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Yayınevi, Ankara 2003, s. 139, Tiryaki, R., *Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK*, AÜHFD., C. 51, s. 4, 2002, s. 196-203.

¹⁵ Yılmaz, Halit, *Adı Geçen Eser* s. 247.

görsel-işitsel medya alanında sermaye sahipliği ile ilgili düzenlemeleri olmaksızın bu alanda herhangi bir düzenlemesinden ve işlevinden bahsetme olanağı yoktur.

Ancak, aynı kanunun başka hükümlerinden ve genel düzenlemelerden yararlanması bu alanda işlevini sürdürmesi olanakları da bulunmaktadır. Bu nedenle incelememizin bu bölümünde bu olanakları ortaya koymaya çalışacağız.

A. Rekabet Hukuku Hükümleri Çerçevesinde Sınırlandırma Olanakları

4054 sayılı Rekabet Kanunu'nu tüm ticari ilişkiler bakımından uygulanan genel kanun niteliğindedir. Nitekim Kanunun "amaç" başlık 1. maddesinde; *"Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır"*, kuralına yer verilmiş; "kapsam" başlıklı 2. maddesinde de; *"Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer"*, hükmü öngörülmüştür.

Radyo ve televizyon yayıncılığı faaliyetlerinin de 4054 sayılı Kanunla öngörülen sınırlama ve kısıtlamalara tabi olduğu açıktır. Bu nedenle radyo ve televizyon yayıncılığı yapan şirketlerin rekabeti engelleyecek şekilde tekelleşmeleri ve hakim durum oluşturacak bunu kötüye kullanmaları anılan yasa hükümleriyle yasaklanmıştır. Bu konuda denetim 4054 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine göre Rekabet Kurulu tarafından yapılacaktır.

4054 sayılı Kanunun 6. maddesine göre; *"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar yada birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır"*.

4054 sayılı Kanunun 6. maddesi dışında birleşme ve devralmalara ilgili yasak getiren hüküm mevcuttur. Hakim durum yaratan yada pazarda hakim durumda bir teşebbüsün bu konumunu güçlendiren türde birleşme, devralma ve ortak girişimlerin Rekabet Kanunu'na yasaklanması da bu amaca yönelik bir düzenlemedir. Hakim durumda olan bir teşebbüs, rakiplerinin baskısından uzak bir şekilde ürettiği mal ve hizmetleri maliyetinin çok üstünde fiyatlarla satma imkanına sahip olabilmektedir. Toplumsal refah bu durumda yalnızca yüksek fiyatlardan dolayı değil, ürün çeşitlerinin sınırlanması, yeni ve daha kaliteli ürünlerin geliştirilememesi nedeniyle de azalmaktadır. Birleşme ve devralmaları kontrolü yoluyla bu tür piyasa yapılarının oluşmasını engellemek Rekabet Kurumu'nun temel işlevlerinden biridir.¹⁶

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bir kararında,¹⁷piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılması konusunda tek otoritenin Rekabet Kurulu olduğu belirtilerek, Rekabet Kurulu'nun bu yöndeki kararının esasına girip denetlenmesi reddedilmiştir.

Danıştay'ın bir başka kararında,¹⁸hakim durumun varlığının tamamen iktisadi analizlere dayanarak araştırılması gereken bir konu olduğu, hakim durumun belirlenmesinde önemli ve öncelikle ele alınması gereken ölçütün, işletmenin ilgili pazardaki payı olduğu belirtilmiştir.

Sonuç olarak, Rekabet Kurulu'na bildirim tabi bulunan birleşme ve devralmalar oldukça yüksek Pazar payını (%25) veya ciroyu (25 milyon YTL) gerekmektedir. Bu birleşme ve devralmaların yasaklanması da, yine hakim durumun tespitiyle ilgili yetkinin kendisinde olması nedeniyle Rekabet Kurulu'na bırakılmıştır. Rekabet Kurulu her olayın özelliklerine göre *medya alanında birleşmeler veya devralmalar yoluyla oluşacak tekelleşme, yoğunlaşma işlemlerini yasaklayacak veya izin verebilecektir. Ancak bu yetkisini ne şekilde kullanacağı medya alanında yapılacak iktisadi analizlere ve hakim durumun tespitine dayanacaktır.* Ancak Rekabet Kurulu kendisine intikal ettikten sonra böyle bir değerlendirmeyi nasıl yapacağını önceden kestirebilmek söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin 3984 sayılı Kanunun 29. maddesinin (d)

¹⁶ Usta, Murat, Bağımsız İdari Otoriteler Sistemi İçinde Rekabet Kurulu konulu AÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Bölümü Doktora Tezi, 2006 <http://www.rekabet.gov.tr/birlesmekontrol.html>.

¹⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 22.03.1999 tarih, itiraz no: 1999/113, Futbol Federasyonu/Rekabet Kurumu davası.

¹⁸ Danıştay 13. Dairesi'nin 25.03.2005 tarih, 2005/159 E. 2005/1687 K. sayılı kararı.

ve (e) bentlerinin iptalini oluşturan gerekçelerden birisi de, yapılan araştırmalarda Türkiye’de en yüksek izlenme oranının %14 ile %16 olarak saptanması ve dava konusu kurallara öngörülen %20 oranına uygulamada ulaşılmasının çok güç olması nedeniyle, aynı kişilerin veya sermaye gruplarının ülkedeki televizyon ve radyo kuruluşlarının çoğuna sahip olmalarının kaçınılmaz hale gelmesi ihtimalidir.

Yukarıda da belirtildiği üzere yürürlükteki rekabet kuralları bi-zatihi hakim durumda olmayı yasaklamamaktadır. Hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmakta, hakim durumun tespiti de Rekabet Kurulu’na bırakılmaktadır.

Türkiye’de en yüksek izlenme oranlarının %14 ile %16 olduğu var-sayımı kabul edildiğinde, izlenme oranlarına göre medyada yer alan teşebbüslerin aynı kişilerin veya sermaye gruplarının elinde toplanması ihtimali söz konusu olabilecektir.

Bugün itibariyle Türkiye’de en yüksek izlenme oranları aşağıdaki gibidir.

ÖZET TABLO
01.01.2005 – 31.12.2005
Tüm Kişiler (Evren: 38. 935. 633)
Tam Gün (02:00-25:59)

Tüm Gün		
KANALLAR	Raiting %	Share %
ATV	1,8	12,1
FLASH TV	0,5	3,0
KANAL 7	0,8	5,7
KANAL D	2,1	14,3
SAMANYOLU	0,9	5,7
SHOW TV	2,4	15,8
STAR TV	1,5	10,3
TGRT	1,1	7,0
TRT 1	0,8	5,1
TRT 2	0,2	1,2
DİĞER	3,0	19,8

ÖZET TABLO
 01.07.2006 – 30.09.2006
 Tüm Kişiler (Evren: 40. 900. 052)
 Tam Gün (02:00-25:59)

Tüm Gün		
KANALLAR	Raiting %	Share %
ATV	1,2	10,3
FLASH TV	0,2	1,8
KANAL 1	0,5	4,3
KANAL 7	0,6	5,4
KANAL D	1,5	12,7
SAMANYOLU	0,7	6,5
SHOW TV	1,5	12,8
STAR TV	1,1	9,7
TGRT	0,5	4,5
TRT 1	0,5	4,2
TRT 2	0,2	1,4
DİĞER	3,1	26,4

Görüldüğü gibi bu alanda tek yetkili özel kuruluş olan AGB isimli kuruluşun 01.01.2005-31.12.2005 ve 01.07.2006-30.09.2006 tarihleri arasını kapsayan raporuna göre %14 ile 16 rakamlarını korumaktadır.¹⁹ Rekabet Kurulu bu hakim durumun kötüye kullanılmasını elbette denetleyecek, birleşme ve devralmalar yoluyla rekabetin önemli ölçüde azaltılmasını da yasaklayabilecek izin vermeyecektir.

Bir başka anlatımla iptal kararı sonrası, konu 4054 sayılı Rekabet Kanunu yönünden de değerlendirildiğinde şu andaki pozitif hukuka göre radyo ve televizyon yayıncılığıyla ilgili olarak izlenme oranına göre sermaye sahipliği konusunda belli sınırlar getiren 29. maddenin (d) ve (e) bentlerinin yürürlükte olmamasının bu alanda tekelleşmeye yol açarak, rekabeti engelleyecek bir duruma neden olmayacak, genel rekabet hukuku kuralları böyle bir sonucu engelleyecektir. Kimi batı ülkelerinde uygulanan sistem de zaten bu şekildedir.

¹⁹ AGB Nielsen Media Research/TİAK (Televizyon İzleyici Araştırma Kurulu 2005-2006 ölçüm raporları).

Dünyadaki ekonomik gelişmeler nedeniyle, demokratik hukuk devleti ilkesiyle yönetilen ülkelerde girişim özgürlüğünü yasaklamak yerine haksız rekabeti önleyici denetim sistemlerinin geliştirilmesi yaygınlaştırılmıştır. Örneğin medya yoğunlaşmasına dair hiçbir AB ölçütü bulunmamaktadır. Ancak, AB düzeyinde yayıncılık alanındaki çoğulcu yapının pazardaki hakim konum yada medya şirketlerindeki ortaklık payı nedeni ile tehlikeye girebileceği durumlarının önlenmesinde Topluluk Rekabet Hukuku hükümleri temel alınmaktadır.²⁰

Mevzuattaki düzenlemeler ve bu düzenlemelerde yer alan önlemler göz önüne alındığında ne Avrupa Topluluğu Anlaşması, ne Sınır Tanımayan Televizyon Direktifi (Üye Ülkeler için), ne de Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi (Konsey Üyesi Ülkeler için) medya yoğunlaşması konusunda sektör-merkezli hükümler içermemektedir. Ancak medya birleşmelerin mutlaka rekabetten sorumlu otoritelere bildirilip onay alınması ve genel rekabet yasalarının usulünce uygulanması gerekmektedir.

AB'ye üye ülkelerde televizyon sektöründeki birleşmeler, yayıncılık merkezli mevzuata konu olmak yerine, yalnızca genel rekabet hukuku hükümleri içeren ve her türlü birleşmeye uygulanan *birleşme düzenlemesi* kapsamında denetlenmektedir. Düzenleme medya birleşmeleri için belli bir ciro eşliğini şart koşmamıştır. Ayrıca, bir birleşmenin düzenleme kapsamına girip girmediğine karar verme yetkisi Avrupa Komisyonu'na tanınmıştır.

Örneğin Komisyon bu yetkisini kullanarak piyasaların rekabetçi işleyişini engelleyen girişimlere izin vermemektedir. Komisyon, AB rekabet kurallarını spesifik olaylara uygularken risk-yarar analizi yapmaktadır. Bu bağlamda, teknolojik yenilikler getiren yeni mal ve hizmetleri tüketicilerin kullanımına sunan, bu suretle multimedya piyasalarının gelişimine katkı sağlayan birleşmeler ve stratejik ortaklıklar desteklenmekte, olumlu yorumlanmaktadır. Komisyon aynı zamanda, yeterince içtihat hukuku oluşmamış multimedya piyasalarında açık ve rekabetçi yapıların korunmasını amaçlamaktadır. Bu itibarla, sınırsız güce sahip birçok işletmecinin başlıca ağılara erişimlerinin kontrolünü ele geçirmesini engellemektedir.²¹

²⁰ İzleme Raporu, s. 125-126.

²¹ Kutay, Pars/Özçeri, Aslı, Avrupa Birliği'nde Medya Hukuku ve Uygulamaları, İstanbul 2006, s. 128.

Buna rağmen sadece rekabet düzenlemelerinin görsel işitsel medyada çoğulculuğu güvence altına almaya yetmeyeceği dikkate alınarak Avrupa Konseyi'nin Aralık 2002'de medyada çeşitlilik üzerine raporunda da desteklendiği gibi medya sektörüne özel sahiplik düzenlemeleri gereklidir.²²

B. Diğer Kısıtlayıcı Hükümlerin Uygulama Olanağı

3984 sayılı Kanunun 4756 sayılı Kanunla değişik 29. maddesinin iptal edilmiş olan (d) ve (e) bentleri dışında aynı Kanunun halen yürürlükte olan konumuzla ilgili hükümleri var mıdır? Sorusunun cevabını burada tartışmakta yarar görmekteyiz.

Zira görsel ve işitsel alanı düzenleyen 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 4756 sayılı yasayla değişik 4. maddesinin yayın ilkelerine yer verilen ikinci fıkrasında; *"c. Yayıncılığın, gerek yayın organı, gerekse hisse sahipleri ve üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları veya bir başka gerçek ve tüzel kişinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanılmaması,"*

"j. Yayıncılığın haksız bir amaç ve çıkara alet edilmemesi ve haksız rekabete yol açılmaması. . . " denilerek, görsel ve işitsel medyanın haksız rekabete neden olabilecek gücü engellenmeye çalışılmaktadır. Ancak, bu soyut anlatımlı Kanuni düzenlemelerin, kamu ihaleleri yaratabilecek haksız rekabeti ve borsa işlemlerinde oynanacak oyunları diğer yasal düzenlemeler olmadan tek başına engellemesi oldukça zor gözükmektedir.

Ayrıca, düzenlemelerin karşıt kavramından yayın kuruluşlarının *"haklı çıkarları"* destekleyici içerikte yayın yapabileceği sonucuna varılmaktadır. Konuya yayın kuruluşlarının kamu ihalelerine giren sahipleri yönünden bakıldığında bu tür destekleyici yayınların *"haklı çıkarı"* savunduğu öne sürülebilecektir.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kamu ihalelerini düzenleyen hükümlerinin hem haksız rekabeti önleyici, hem de kamu ihalesine girmeyi engelleyici hükümler içerdiği görülmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinde: *"bu kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine*

²² Avrupa Medya Enstitüsü Avrupa Birliği Üyesi Devletlerdeki Medyaya İlişkin "Sahiplik" konusunda durum saptaması ve ülke düzenlemeleri hakkındaki özet raporu. Tercüme RTÜK-Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı sayfa: 22.

katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanların, hileli iflas ettiğiine karar verilenlerin ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ve bu kişilerin üçüncü dereceye kadar akrabalarının” ihaleye katılamayacakları belirlenmiştir. Aynı yasadan ihaleye fesat karıştırma, buna teşebbüs etme, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak, 17. maddelerde yasak fiil ve davranışlar olarak sayılmıştır.

Ancak, yukarıda yer alan RTÜK Yasası’nın 4. maddesindeki (c) ve (j) bentlerinde yer alan yasaklayıcı hükümler için yapılan eleştirilerin Kamu İhalesi Kanunu’ndaki yasaklayıcı bu hükümler içinde geçerli olacağı göz ardı etmemek gerekmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızın başında belirtildiği üzere, yayıncılık düzenlemeleri genelde 3 temel amaca dayanmaktadır.

- a. Medya çoğulculuğu ve ifade özgürlüğünü korumak,
- b. Ulusal (veya uluslararası) medya piyasalarının düzenlemesinin güvence altına almak,
- c. İletişim kanalında (ulusal veya uluslararası uydu) internet kablo ve diğer yayınların tıkanıklığını önlemek,

Bu amaçları sağlamak için geliştirilen uluslararası sistem (modelleri) ise yine çalışmanın başında yer aldığı üzerine,

- a. İzleyici paylaşım modeli,
- b. Lisans sahipliği modeli,
- c. Gelir payı/frekans modeli,
- d. Sermaye payı/yayın lisans modelinden oluşmaktadır.

Ülkemizde görsel işitsel medya sahipliği ve görsel ve işitsel alanda yoğunlaşma konularında ilk düzenlemeler 1994 yılında çıkarılan 3984 sayılı Kanun’da yapılmıştır. Bu Kanun’un ilk halindeki, yayıncılıkta özel mülkiyeti düzenleyen 29. maddesi, o dönemde Fransa’daki sistem göz önüne alınarak hazırlanmıştır. Diğer bir deyişle, benimsenen sistem Fransa’nın bugün de bazı değişikliklerle uygulamakta olduğu “Sermaye Payı / Yayın Lisans Modeline” dayalıdır.

2002 tarihli 3984 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 4756 sayılı Kanun ile 29. maddeye getirilen değişiklik ile bu model terk edilerek İngiltere ve Almanya'nın uygulamakta olduğu "*İzleyici Payı Modeli*" getirilmiş ancak söz konusu madde, Sayın Cumhurbaşkanımızın başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi tarafından önce yürürlüğü durdurmuş ve daha sonra esasen iptal edilmiştir. Dolayısıyla değişiklikle getirilmek istenen model hiç hayata geçirilememiştir.

Avrupa Birliği ve Avrupa Komisyonu'nun medya çoğulculuğunun korunması konusunda öncelikle üye devletlerin sorumlu olduğunu, bu nedenle, medya sahipliği konusu düzenlenirken ülkelerin idari, hukuki ve pazar yapılarına uygun ülke çıkarlarını göz önünde düzenlemeler yapılması gerektiği yolundaki görüşleri ile Anayasa Mahkemesi iptal kararında açıkça vurgulandığı gibi yasa koyucunun Anayasa'da verilen yetkiler ve görevler doğrultusunda bu alanda yeni bir yasal düzenleme yapma yetkisi ve imkanı bulunduğu, çıkarılacak yasal düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında belirtilen sınırlar doğrultusunda takdir hakkı bulunduğu gerçeğiyle karşı karşıya bulunmaktayız.

Yasa koyucunun takdir hakkı "*izleyici payı modelinin*" iptal kararında belirtilen %20 oranı yerine tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme sağlayacak daha uygun bir orana çekilmesi şeklinde olabileceği gibi ki bugün içinde geçerli olan bu oranlar göz önünde tutulduğunda sermaye payı/ yayın lisans modelinin yeniden hayata geçirilmesi şeklinde olmasında da hukuken bir engel bulunmamaktadır. Doğal olarak bu modeller dışında karma bir sisteminde ülke gerçekleri göz önünde bulundurularak yeni bir metne dönüştürülme imkanı bulunmaktadır.

Diğer taraftan görsel-işitsel medyanın kamuoyunu etkileme gücünü dolayısıyla bu gücün kötüye kullanılması olasılığının yüksekliği medya sahipliğinin diğer iş alanlarından ayrılmasını ve farklı düzenlemelere konu olmasını gerekli kılmaktadır. 3984 sayılı Yasanın 29 uncu maddesinin değişiklikten önceki onuncu fıkrasında yer verilen özel radyo ya da televizyon kuruluşlarında belli oranın üzerinde pay sahibi olanların kamu ihalelerine girebilme ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapabilmesine ilişkin yasağın yeniden getirilmesinde kamu yararı açısından gereklilik bulunmaktadır.

Ancak, 3984 sayılı Yasada yapılacak düzenlemelerin yalnızca radyo ve televizyon sahipliği konusunda bir sınırlama getirdiğinden, medya sahipliğinin sınırlanması, medyada yoğunlaşmanın önlenmesi ve çoğul-

culuğun kurulması konusunun diğer alanları da açıkça ilgilendirmesi karşısında tam olarak amaca hizmet etmeme riski bulunmaktadır. Örneğin, rekabet düzenlemeleri ve politikaları, şirketlerin birleşmesi ve kazançlarıyla ilgili olarak diğer sektörlerin aksine görsel-işitsel medya sektörünün kültürel ve demokratik yapısını göz önünde bulundurmamak zorundadır.

Bu nedenle, çözümün diğer yasalarda yapılacak değişikliklerle giderilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bankacılık Yasası'nda yapılacak bir düzenleme ile medya sahiplerinin banka sahibi olamayacakları ile ilgili bir yasa değişikliği, konunun çözümü için iyi bir örnek oluşturabilir. Ayrıca, Basın Yasası'nda ve İhale yasalarında yapılacak değişiklikler de konunun çözümü için diğer örnekleri oluşturmaktadır. Bu cümleden olmak üzere yukarıda belirtildiği gibi çapraz sahiplik sınırlaması gündeme getirilebilir. Ancak, bu yasalarda gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra 3984 sayılı Yasanın medya sahipliği ve medyada yoğunlaşmanın önlenmesini ve çoğulculuğun yeniden kurulmasını sağlayan hükümlerinin anlam kazanabileceği düşünülmektedir. Bunlar yapılmadan özellikle çapraz sahiplik konusunda diğer Yasalarda bir değişikliğe gidilmeden salt 3984 sayılı Yasanın 29. maddesinin yeniden düzenlenmesinin bir çözüm olmayacağına inanılmaktadır.

Yasa koyucu açısından çıkarsadığımız bu sonuçlar dışında yasa koyucunun bu alanı düzenlemediği ve yeni bir hüküm sevk etmemesi olasılığı karşısında yani, yukarıda belirtilen ve önerilen yasa değişikliklerinin hayata geçirilmemesi ihtimali karşısında Anayasa'nın devlete verdiği görevler doğrultusunda bu alanda yetkili ve görevli idare konumunda bulunan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun genel rekabet hukuku kurallarını ve kendi yasasındaki ve konuyla ilgili diğer yasalardaki özel kısıtlayıcı hükümleri uygulamasında zorunluluk bulunmaktadır. Zira çalışmamızın başlangıç kısmında vurguladığımız gibi ilke olarak bastırıcı rejime tabi olan basın özgürlüğünün aksine, görsel-işitsel medya alanında "önleyici rejim" in geçerli olduğu göz önünde bulundurulduğunda RTÜK'ün bu yetki ve görevi daha da anlam kazanmaktadır.

Çünkü görsel ve işitsel alanda tekelleşme ve kartelleşme önlenmediğinde tekelleşen ve kartelleşen medyanın bir yandan ekonomik alanda haksızlık yaratabilecek bir güce ulaşması, diğer yandan ise haber alma ve ifade özgürlüğünü engellemesi ve kısıtlaması tehlikesi gündeme gelecektir.

Medya gücünü kötüye kullanma tehlikesi ve olasılığı kamu yararı ve kamu düzeniyle doğrudan ilgilidir. Devletin yetkili ve görevli organları eliyle bu gücü dengeleyecek önlemleri alması kamu yararı ve kamu düzeninin sağlanması, dolayısıyla demokratik hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olarak gözükmektedir.

Bunun içindir ki, yasa koyucu için bir süre verilmemiş olsa dahi bu alandaki yasal düzenlemelerin derhal ve ivedilikle Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararında belirtilen ilkeler ve çağdaş dünyanın benimsediği demokratik hukuk devleti normları doğrultusunda yeniden yapılmasında kamu yararı görülmektedir.

Aksi takdirde tekelleşen ya da kartelleşen görsel-işitsel medya bir yandan ekonomik alanda haksızlık yaratabilecek bir güce ulaşırken, öte yandan da haber alma özgürlüğünü kısıtlayabilecektir.

Bilindiği ve yukarıda vurgulandığı gibi Anayasa'nın 26. maddesinde, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün haber almak ve vermek özgürlüğünü de kapsadığı; 28. maddesinde de, basının özgür olduğu, devletin, basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak önlemleri alacağı açıktır.

İfade özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan bir özgürlüktür. Düşünce özgürlüğü, düşüncelerin özgürce açıklanması yanında bunların yayılması ve öğrenilmesi özgürlüğünü de içermektedir.

Bu nedenle, basın özgürlüğünün, okuyucuların, izleyicilerin ya da dinleyicilerin haber alma ve görüşleri öğrenme olanağından yoksun kalmaları yönünden de değerlendirilmesi gerekir.

Görsel işitsel iletişim özgürlüğü bir boyutuyla yayımcı veya bakımından bir ifade özgürlüğü kategorisini içermektedir.

Görsel işitsel iletişim özgürlüğünün içerdiği bir diğer özgürlük söz konusu ifade, ileti ya da yayına muhatap olanlar bakımındandır.

Bu noktada yurttaşların bilgilenme, bilgiyi onama ve edinme özgürlüğünden söz edilmektedir.

Bu nedenle görsel-işitsel iletişim özgürlüğü, kamu güçleri karşısında olduğu kadar özel güçlere karşı da korunmalıdır. Bu bağlamda, medya tekelinin oluşmasına karşı gerçek sınırlamalar koymak, medyanın çoğulculuğunu koruyucu önlemler almak devlete düşen bir ödevdir.

Bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesi için alınacak önlemlerde bu ödev kapsamındadır.

Sosyal görevini yerine getirilebilmesi için basın özgürlüğü ile donatılan medyanın sorumluluk bilinciyle hareket etmesi gereklidir. Tekelleşerek, sorumluluk bilincinden uzaklaşacak bir medya, her solumsuz güç gibi er geç amacından sapabilecek ve toplum yaşamını, ulusal güvenliğı tehlikeye sokan bir güç durumuna gelebilecektir. Bunu önlemek çoğulculuğı kurmak ve korumak da devletin görevidir.

KAYNAKÇA

Çağlayan, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulaması, Ankara 2004.

Gözler, Kemal, *İdari Hukuku Dersleri*, Birinci Baskı, Bursa 2002.

Karacan, Ali İhsan, Medya Sahipliğı Üzerine II 24/05/2002 <http://www.dunyagazetesi.com.tr/nevsdisplay.asp?upsaleid=80172>.

Kutay, Pars/Özçeri, Aslı, Avrupa Birliğinde Medya Hukuku ve Uygulamaları - İstanbul 2006.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı Yetkin Yayınevi, Ankara 2000.

Toluner, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi, İstanbul 1996.

Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Yayınevi, Ankara 2003,

Tiryaki, R., *Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK AÜHFD.*, C. 51, 2002.

Usta, Murat, Bağımsız İdari Otoriteler Sistemi İçinde Rekabet Kurulu konulu AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Bölümü Doktora Tezi - 2006.

Yılmaz, Halit, *İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi*, İmaj Yayın, Ankara 2006.

Yıldırım, Turan, Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mayıs 1987 C. 2.

Westphal, D., *Media Pluralism and European Regulation*, EBLR., (2002) 13.

“Commission, Gren Paper on Services of General Interest”,

13- Open Society Institute EU Monitoring And Advocacy Program Network Media Program, Avrupa’da Televizyon düzenleme, politikalar ve bağımsızlık, İzleme Raporu (Türkiye) 2005.

Avrupa Medya Enstitüsü Avrupa Birliği Üyesi Devletlerdeki Medyaya İlişkin *Sahiplik* konusunda Durum Saptaması ve Ülke Düzenlemeleri Hakkındaki Özet Raporu. Tercüme RTÜK- Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı.

AGB Nielsen Media Research/TİAK (Televizyon İzleyici Araştırma Kurulu 2001 ölçüm raporları).

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 1, YİBBGK 24.05.1982, 1/1 (YKD 1982/2, s. 1053).

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 22.03.1999 tarih, itiraz no:1999/113, Futbol Federasyonu/Rekabet Kurumu davası.

Danıştay 13. Dairesi’nin 25.03.2005 tarih, 2005/159 E. 2005/1687 K. sayılı kararı.