

KİTLE İLETİŞİM HUKUKUNDA EDİTORYAL DENETİM SORUNU ve HARİCİ MÜDAHALE*

Kemal ŞAHİN**

ÖZET

Kitle İletişim Hukukunda Editoryal Denetim Sorunu ve Harici Müdahale

Kitle iletişim hukuku dediğimiz yapı aslında yalnızca yazılı basını değil aynı zamanda görsel/işitsel medyayı da kapsayan ifade özgürlüğü hakkının kurumsal yönünden başka bir şey değildir. Dolayısıyla da basın hakları, ifade özgürlüğü hakkının dışında telaffuz edilemez. Bununla birlikte, basın kurumsal yapısı itibariyle demokratik bir toplumda önemli bir görev üstlenmekte ve bu yönüyle kendisinin yönetim ve işlevine önemle dikkat çekmektedir. Klasik liberal felsefe, basının ve medyanın düzenlenmesine dönük herhangi bir devlet müdahalesine olumlu bakmamaktadır; ancak liberalizmin gözden kaçırdığı nokta, fikirlerin pazar yerinde geçerli olacak bir laissez-faire doktrininin özgürlüğün genişleyeceği anlamına gelmediği, çoğunlukla bireysel özgürlüğün genel bir özgürlük hesabında daralması anlamına geldiğidir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi ve toplumsal ve bireysel özgürlüğün maksimum gerçekleştirilebileceği bir ifade özgürlüğü sisteminin sağlanabilmesi için özellikle görsel/işitsel medyanın düzenlenmesi gerekmektedir. Editoryal haklarının devlet müdahalesine tabi tutulması basın ve medyanın özgürlüğü bakımından bir tehlike teşkil edeceğinden, bu denetimi icra edecek organın söz konusu tehlikeyi asgari bir düzeye indirgeyebilecek şekilde tasarlanması ve nihai noktada bu denetimin de bağımsız yargı organlarının denetimine tabi olması gerekir.

Anahtar Kelimeler: *Kitle iletişim, ifade özgürlüğü, basın, medya, editoryal takdir*

THE PROBLEM OF EDITORIAL CONTROL AND OF EXTERNAL INTERVENTION IN MASS COMMUNICATION LAW

ABSTRACT

The structure of mass communication law is indeed nothing but an institutional aspect of the right to freedom of expression, which covers not only the ordinary press (news media) but also such other types of broadcasting media. Thus, the rights of the

* Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

**Bu çalışmanın orijinali, 23-24 Kasım 2011 tarihinde RTÜK ve BYEGM tarafından Bursa'da düzenlenmiş olan "Yerel ve Bölgesel Medya Eğitim Semineri"nde sunmuş olduğum tebliğe dayanmaktadır. Burada, başlıkta ve içerikte bazı değişiklikler yapılmış ve konular genişletilmiştir. Tebliğin orijinalindeki başlık, "Kitle İletişim Hukukunda Editoryal Denetim Sorunu" idi.

media and the press are not to be excluded from the very sphere of the right to freedom of expression. However, the media and the press, as their institutional part, play an important role in a democratic society, taking special attention to their functions and management. The classical liberal philosophy pays no tribute to any government interference with the regulation of the press and media, but it fails to understand that laissez-faire in marketplace of ideas may not mean an extension of liberty but in most cases an infringement of individual freedom in a general calculation of liberty. Regulation of broadcasting media is especially important to secure the rights and freedoms of individuals and to insure a system of freedom of expression where the greatest liberty of the society and of the individuals might be enjoyed. As the editorial control of the press and media through government intervention posits a danger for the freedom of the press and media, the government authority to exercise such power should be so designated to minimize said danger; and every government action in this regard should be checked thoroughly by an independent judiciary.

Keywords: *Mass communication, freedom of expression, press, media, editorial discretion*

GİRİŞ

Kitle iletişim hukuku dediğimiz yapı, aslında ifade özgürlüğünün kurumsal basın (ve medya) dediğimiz örgütlü bir ifade şeklidir ve bunun da doğası gereği kendine özü bir hukuku vardır. Kitle iletişim hukuku denildiğinde bugün yazılı basının yanında görsel/işitsel medyayı ve internet araçlarını da zikretmek gerekmektedir. İnternet hukuku denetlenme araçları bakımından özellik gösterse de içerik bakımından hem yazılı hem de görsel/işitsel medyanın özelliklerini taşımaktadır.

Basın, kurumsal yapısı itibarıyla genellikle ifade özgürlüğünden ayrı bir hak ya da özgürlük müşçesine anılsa da aşağıda inceleneceği üzere bu aslında bir yanılısamadır. Basın özgürlüğü ifade özgürlüğünün araçlarından sadece biridir ama belki en önemlisidir.

Bu çalışmada değerlendirilecek olan bir başka konu ise, ifade özgürlüğüne (ya da basın özgürlüğüne) devletin yapacağı her müdahalenin özgürlüğü sınırlandırıcı olacağına ilişkin bir yanılısamadır. Bugün pek çok hukuk sisteminin ifade özgürlüğü sistemini etkinleştirmek amacıyla bu türden müdahalelere izin verdiği, hatta bunu bir gereklilik olarak gördüğünü söyleyebiliriz.

Burada ayrıca söz konusu hukukun, özellikle görsel/işitsel yayın kuruluşları ile yazılı basın arasında farklı bir uygulamayı haklı gösterebilecek

kimi gerekçeleri ve karşılaştırmalı hukuktaki kimi örnekleri kitle iletişim hukukunda editöryal denetim sorunu bağlamında ele alınacaktır.

Nihayet, radyo ve televizyon yayınlarının yazılı basından farklı bir mahiyetinin bulunmasından ötürü daha fazla bir müdahaleyi haklılaştırdığı dikkate alındığında, genellikle idari otoriteler tarafından (RTÜK gibi) müdahalelerin sıkı bir yargı denetimi altında olması ifade özgürlüğü ilkesinin demokratik bir toplumdaki temel işlevinin bir gereği olmaktadır. Bu denetimin ne şekilde yapıldığına ilişkin karşılaştırmalı hukuk incelemesi yanında, bağımsız bir idari otorite olan RTÜK üzerinde Danıştay denetiminin nasıl gerçekleştiğine ilişkin kimi kararların incelenmesi bu çalışmanın temel amaçlarından biri olmaktadır.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİ

Burada özellikle, *“ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü birbirlerinden farklı şeyler mi?”* diye bir soru sorulabilir ki; aslında bu sorunsal durum yeni de değildir. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın Birinci Değişikliği’nde ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü birlikte kullanılmıştır¹. Madde metninde hem ifade özgürlüğünden hem de basın özgürlüğünden ayrı ayrı söz edilmiştir. Bu sebeple de bu durum Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarına konu olmuş, yargıçlar arasında tartışılmış, dahası Yüksek Mahkeme yargıçları konu üzerinde bir mutabakat sağlayamamışlardır. *“İfade özgürlüğünden ayrı olarak, basın özgürlüğüne anayasa koyucular daha fazla bir önem atfettikleri için, Anayasada basın özgürlüğünden ayrıca söz etmişlerdir.”* diyenler olmuştur. *“İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün birlikte belirtilmesi, 1787 öncesi veya değişikliğin yapıldığı 1791 yılı öncesindeki İngiltere’deki Kralın basına uyguladığı sansüre karşı bir tepkinin açıkça ifade edilmesine ilişkin bir kurgudan ibarettir aslında”* diyenler de². Hakikatte, bu ikinci görüş konunun özüne daha uygun düşmektedir. Zira, basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünden bağımsız bir özgürlük olmayıp, bu özgürlüğünün aslında kullanım biçimlerinden biri

¹ ABD Anayasası’nın (Birinci Değişikliği’nin/First Amendment) metni şöyledir: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” Metin Türkçeye şöyle aktarılabilir: “Kongre, belirli bir dini resmi din olarak tayin eden veya bu dinin icrasını yasaklayan, ifade özgürlüğünü veya basın özgürlüğünü veya ... sınırlayan bir kanun çıkarmaz.”

² Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için şu esere bkz. ŞAHİN, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları, 12. Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, ss.145. vd.

olmaktadır. Uluslararası insan hakları hukuku belgelerinde veya bu belgelerin kurmuş olduğu sistem içerisinde üretilmiş olan jürisprudansiyel hukukta³ basın özgürlüğünün, aslında ifade özgürlüğünün kullanım araçlarından biri olduğu açık biçimde dile getirilmiştir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesindeki⁴ düzenleme, ifade özgürlüğü başlığı altında basın özgürlüğünün ifade özgürlüğünün kullanım araçlarından biri olduğunu göstermektedir.

BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Basın özgürlüğü ile ilgili görüş ve düşünceler genellikle şu beş nokta üzerinde toplanmaktadır:

Birinci grup, bu özgürlüğü, basının hiçbir hukuksal sınırlamaya tabi olmaksızın ne isterse onu ifade edebilmesi şeklinde anlamaktadır.

İkinci grup, basın özgürlüğünü önyargılardan ve evleviyetle oluşturulmuş ve kalıplaşmış düşüncelerden arı olma olarak algılamaktadır.

Üçüncü bir grup, basın özgürlüğünden basının yürütme organının kontrolü dışında kalmasını anlamaktadır.

Dördüncü bir grup ise basın özgürlüğünü; basının, reklam verenlerin, patronların ve baskı gruplarının baskı ve tazyiklerinden beri olması şeklinde algılamaktadır.

Nihayet beşinci grup ise basın özgürlüğünden, basının ekonomik anlamda fakru zaruret içerisinde bulunmamasını ve başkalarına –sermaye gruplarına ya da devlete- muhtaç olmamasını anlamaktadır⁵.

³ Örneğin AIHM'nin vermiş olduğu ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarda basın özgürlüğüne 10.madde kapsamında özel bir önem atfedilmiş olduğu görülmektedir. Bkz. *Lingens v. Avusturya* (Basvuru No. 12/1984/84/131), 24 Haziran 1986; *Sunday Times v. United Kingdom*, (Basvuru No. 6538/74), 26 Nisan 1979.

⁴ “Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, *either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.*” (metindeki vurgu bana aittir). Maddenin tercümesi: “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; ... bu hak, sözlü, yazılı, ya da basılı, veya sanat eseri [resim, heykel vs.] şeklinde, veyahut da kişinin kendi tercih edeceği diğer herhangi bir araçla (media) kullanılabilir.)”

⁵ Bu özetleme için bkz. JEFFERY, Anthea J., *Free Speech and Press: An Absolute Right?*, *Human Rights Quarterly*, Vol. 8, No. 2, May 1986, (John Hopkins University Press), s. 199.

A. Jeffery'nin belirtmiş olduğu gibi bu beş unsur basın özgürlüğü bakımından çok önemli olsa da, bunların hepsini birarada bulmak gerçekten çok zordur. Fakat yine de amaç, bu beş unsurun basın özgürlüğü bakımından gerçekleşmesini sağlamaya çalışmak olmalıdır. Jeffery, “*bu durumda eğer bir tercih yapılacak ise 1 ve 3. sırada yer alan görüşler diğerlerine tercih edilmelidir*”, diyor.⁶Burada mutlaka bir tercihin yapılması gerekmez. Örneğin, basına ekonomik anlamda bir destek sağlanacak ise, sistem içerisinde bu mümkündür. Eğer devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırını yine devletin negatif edim yükümlülüğü ile dengelersek bunu başarabiliriz. Yani devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından basın, sıradan kişilere göre bir takım ayrıcalıklara sahip olabilecektir. Demokrasilerde bunun yalnızca seçenekli/opsiyonel bir durum değil; aynı zamanda gereklilik olduğununun olmasıdır⁷.

İfade özgürlüğü bağlamında devletin negatif edim yükümlülüğü açısından basın ile sıradan kişiler arasında bir ayırım yapılmalı mıdır? Yani yukarıda sözünü ettiğimiz basın özgürlüğünün gerçekleştirilmesi ile ilgili olarak devletin pozitif edim yükümlülüğünün basına bir takım ayrıcalıklar tanımayı haklılaştırdığı gibi, benzeri bir haklılaştırma devletin negatif edim yükümlülüğü açısından da yapılabilir mi? Başka bir şekilde soru şöyle de sorulabilir: Düşüncelerini köşesinde ifade eden bir gazeteci yazar ile görüşlerini bir el ilanına bastırarak dağıtan bir kişi arasında bir ayırım yapabilir miyiz ya da yapmalı mıyız?

Sıradan insanların ifade özgürlüğü ile basının ifade özgürlüğü arasında bir farklılık olmadığı görüşünde olanlar olmuştur. ABD Yüksek Mahkemesinin içtihadı⁸ da, buna bağlı ifade özgürlüğü uygulaması da arada bir fark olmadığı yönünde gelişmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi içtihatlarını neden örnek olarak veriyoruz? Çünkü, bu Mahkeme dünyada gerçekten ifade özgürlüğü üzerine ilk sistematik içtihatları üreten, bu konuda çok ciddi bir deneyimi olan ve ciddi bir içtihat birikimine sahip bir mahkemedir. Sadece Türkiye'ye değil, bütün dünyaya örnek teşkil edecek nitelikte kararları vardır. Bir uluslararası yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aslında bu Mahkemenin içtihatlarından yararlanmaktadır. Bu durum, Mahkeme kararlarında açıkça belirtilmemiş olsa da, kararların içeriğinden anlaşılabilen, muhalefet serhlerinde ise açık biçimde görülmektedir⁹.

⁶ JEFFERY, s. 200.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s. 173-225.

⁸ Bu konuda belirleyici içtihat şu karar olmuştur: First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).

⁹ Buradaki yararlanmanın özellikle ifade ve basın hürriyeti ile ilgili davalar bakımından olduğunun altını çizmek gerekir. Ayrıca, Amerika Birleşik Devletleri'nde, mahkeme kararlarında

Avrupa, -İngiltere istisna tutulursa- ifade özgürlüğü konusunda ABD hukukunun gerisindedir. Yani Avrupa’da ifade özgürlüğünün kırmızı çizgileri vardır –Avrupa bağlamında sosyolojik ve tarihsel açıdan haklaştırılırsalar da- ve bu çizgileri aşıldığında AİHS’nin 17. maddesindeki yasak (hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağı) kapsamında kişi koruma dışı bırakılır. Kara Avrupasında, bu kırmızı çizgileri aşanlar, temel hak ve özgürlükler için sağlanan sıkı koruma bir yana, adi haklar için sahip olunan hukuki korumanın da dışına itilirler¹⁰.

Ama ifade özgürlüğü alanında Kara Avrupasının, ABD’den ileride olduğu bir yer de vardır. Amerika’da, demokrasi ve ifade özgürlüğü konusunda çalışan önemli hukukçular ve bilim adamları son yıllarda bu konu üzerinde yoğun biçimde durmaktadırlar. ABD Yüksek Mahkemesi, yazılı basınla görsel/işitsel medya arasında bir ayırım yapmaktadır. İlk kez bu ayırım yapılırken, ayırımın yapılış gerekçesi çok farklı bir nedene dayanıyordu. Frekansların seyrekliği ya da azlığı gibi tamamıyla teknik bir nedene dayanıyordu. Zira 1930’larda televizyon frekansı şimdiki gibi verilemiyordu, az sayıda televizyon frekansını devletin tahsis etmesi gerekiyordu. Ama bugün baktığımız zaman birçok bölgede yazılı basın araçlarından daha fazla sayıda radyo ve televizyon görmektediriz¹¹.

ABD’de yazılı basından farklı olarak, görsel medyayla ilgili sonraki kararlarda şöyle bir gelişme olmuştur: Amerikan Yüksek Mahkemesi, içtihatlarında hukuki realizm dediğimiz moral, siyasi ve içtimai çatışmaların hukuk üzerindeki etkisini yadsımayan bir kuramı üretmiş olduğundan, bu kararlar deontolojik bir temele dayanmazlar; başka bir deyişle, deontolojik bir temele dayanan saf bir hukuk teorisine yer vermezler. ‘Yalan söylemek kötüdür, hiçbir şekilde yalan söylemeyeceksin, hırsızlık kötüdür, hırsızlık yapmayacaksın’ şeklinde baştan belirleyici kimi kararlar da vardır. Sonuçlarını ve etkilerini dikkate almadan verilen kararlar, genellikle deontolojik kararlardır. Eğer siz ‘hırsızlık kötüdür, zira toplumda sosyolojik açıdan şöyle

uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka yer verilmesi ve bunlardan yararlanılması konusunda hukukçuların ikiye bölünmüş olduğu bir gerçek ise de, bu yararlanmanın uygulamada karşılıklı olduğu görülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bir analiz için bkz. LİPTAK, Adam, U.S. Court is Now Guiding Fewer Nations, *New York Times*, 17 September 2008.

¹⁰ W.P. and Others v. Poland (App. 42264/98), Decision of 2 September 2004; Kararda AİHM, amaçları arasında “Yahudilerin sahip oldukları ayrıcalıklara Polanların da sahip olmaları için çaba sarf etmek” olan bir derneğin yasaklanmasını, Sözleşmenin 17. maddesi altında haklı bulmuş; bu türden faaliyetlerin Sözleşmenin koruması dışında kaldığını açıkça belirtmiştir.

¹¹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s. 173-196.

bir düzensizliğe yol açar, çalışıp biriktirmiş olan insanlarda şu duygulara neden olur, bireysel ve toplumsal açıdan mutsuzluğa sebep olur’ şeklinde meseleye sonuç odaklı bir tezle bakarsanız ve buna göre karar verirseniz, hırsızlıkla ilgili etik duruşunuz, büyük ölçüde Amerikan Yüksek Mahkemesinin hukuk felsefesi ile örtüşecektir¹².

Mahkeme burada şu araştırmayı yapıyor, yani bilimsel olarak şunu soruyor: “Görsel medyayla yapılan yayınlar acaba insan zihni üzerinde yazılı basındaki bir yayından daha farklı bir etkiye mi sahip? Pozitif bilime göre, böyle bir algının varlığı kanıtlanabiliyor mu?” Mahkeme bunu tartışıyor ve neticede bilimsel bir değerlendirme ışığında “evet var” diyor. Yani “insan zihni yazıyı görsel olanından daha farklı algılıyor. Eğer görsellik ön plana çıkıyorsa, televizyonda haberin veya bir yayının içeriğinin dikte edilmesi, insan zihnine ulaşması algısal yani psikolojik açıdan daha farklı şekilde cereyan ediyor. Bu yüzden de sınırlandırılması konusunda farklı bir rejim gerekir” deniliyor¹³.

EDİTORYAL TAKDİR YETKİSİ ÜZERİNDE DIŞ DENETİM SORUNU: RADYO TELEVİZYON ÜST KURULU BENZERİ BAĞIMSIZ OTORİTELERİN GEREKLİLİĞİ

Eğer yukarıda söylenildiği gibi yazılı basınla görsel/işitsel basın arasında bir ayırım yapmamızı haklılaştıran bilimsel birtakım veriler yada Bollinger’in üzerinde durduğu şekilde asimetric denetimi haklılaştıran birtakım nedenler var ise¹⁴; o zaman böyle bir denetim yapacak olan organın varlığı ve kurumsal yapısı, özel olarak da özerk yapısı önem taşımaktadır.

¹² Bkz. FISHER, William W., The Development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights, in: A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, *Politics and Law 1791 and 1991*, Edited by Michalel Lacey/Knud Haakonssen, ss. 267-365; Hukuki realizmin Yüksek Mahkemenin kurumsal meşruiyetini nasıl etkilemiş olduğu konusunda bkz. GIBSON, James L. / CALDEIRA, Gregory A., Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court, *Law & Society Review*, Vol. 45, Number 1, (2011), s. 195 vd.; Hukuki realizmin tabii hukuk nazariyesine yada hukuki pozitivism (özelikle saf bir hukuk kuramına dayanan formalist bir hukuk nazariyesine) göre daha esnek bir yapıda ve vaka (olay) odaklı olduğu söylenebilir ise de bütünüyle ilke-dışı bir kuram olduğunu da söylemek mümkün değildir. Bu konuda bir inceleme için bkz. COPLAN, Karl S., Legal Realism, Innate Morality, and the Structural Role of the Supreme Court in the U.S. Constitutional Democracy, *Tulane Law Rev.* Vol. 86 s.181 (2011): (<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty>, erişim 6 Nisan 2012); ayrıca bkz. ROSTOW, Eugene V., American Legal Realism and the Sense of the Profession, (1962). *Faculty Scholarship Series*. Paper 2139: (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2139, erişim 6 Haziran 2013).

¹³ FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 1073 (1978).

¹⁴ Onun bu görüşleri için bkz. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, UK 1986.

ABD Federal Haberleşme Komisyonu Tarafından Gerçekleştirilen Denetim

ABD Federal Haberleşme Komisyonu (Federal Communication Commission –FCC dediğimiz komisyon) -belki bugün Türkiye'deki RTÜK'ün ve başka ülkelerdeki benzeri denetleyici ve düzenleyici kuruluşların başlangıcıdır diyebiliriz- ilk defa radyo ve televizyonların denetlenmesi amacıyla 1934'te çıkarılan Federal Haberleşme Kanunu'yla kurulmuş bir kurumdur.

Federal Haberleşme Komisyonunda beş üye görev yapmaktadır ve tamamı ABD Başkanı tarafından atanır. Ancak bu türden atamaların Senato tarafından da onaylanması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Üyeler beş yıllığına atanmakta ve en çok üç üyenin aynı partiden olmasına izin verilmektedir. Üyelerden birisi Başkan tarafından Komisyon Başkanı olarak atanır¹⁵. Komisyonun 2012 bütçesinin 354 milyon dolar olduğu belirtilmektedir. Komisyonunda 1898 federal çalışan bulunmaktadır¹⁶.

Bu kurum, frekansların seyrekliği argümanıya temellendirilmiş olan daha çok usul açısından bir denetim yapıyordu; ama daha sonra bu denetim içerik denetimine de dönüştü.

Yüksek Mahkeme,L. Bollinger'in belirttiği gibi medya ile ilgili olarak düalist bir denetim biçimini çeşitli nedenlerle onaylamıştır. Yani görsel medya ile ilgili olarak kabul etmiş olduğu denetimi, yazılı basında hiçbir zaman kabul etmemektedir. Hatta o kadar ileri gitmiştir ki Mahkeme, yazılı

¹⁵ FCC'nin kendi sitesinde yer alan bilgiler için bkz.

(<http://ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/text-idx?c=ecfr&sid=156a3802d9fa3adfee1c3e6c883ae2a4&rgn=div8&view=text&node=47:1.0.1.1.1.44.1&idno=47>, erişim 3 Mayıs 2012)

¹⁶üney Haberleşme Komisyonu üyeleri (7 kişiden oluşmaktadır) de Devlet Başkanı tarafından atanmakta, ancak ABD'dekini tersine, burada atamalar sonradan yasama organı tarafından onaylanmamakta, atama öncesi önerilmektedir. Başkan, kanunda yazılı haller sebebiyle üyelerden birini görevden alırken, bu işlemin yasama organı tarafından onaylanması gerekmektedir. Kanun metni için bkz.

(<https://www.icasa.org.za/Portals/0/Acts/ICASA%20Act/Independent%20Communications%20Authority%20of%20South%20Africa%20Act,%202000.pdf>, erişim 5 Haziran 2013); Kanada'da benzeri bir Komisyon mevcut olup, 13 üyeden oluşmaktadır. Üyelerin tamamı, Governor tarafından atanmaktadır. Komisyonun oluşumu ile ilgili kanunun tam metni için bkz. (<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-22/FullText.html>, erişim 7 Mayıs 2013); Fransa'da ise bu türden denetim Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) tarafından yapılmaktadır. Kurulun resmi web sitesi için bkz. <http://www.csa.fr>, erişim 6 Mayıs 2013).

¹⁶ (http://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Communications_Commission, erişim 4 Haziran 2013).

basında da cevap hakkını kabul etmemiştir. Eyaletlerin çıkardığı yasalar için de bu durum geçerlidir. Örneğin Florida eyaletinin çıkardığı bir yasayı Florida Yüksek Mahkemesi, “serbest bilgi akışındaki önemli toplumsal çıkar” gerekçesiyle anayasaya uygun bulurken, ABD Federal Yüksek Mahkemesi bunu Anayasanın basın ve ifade özgürlüğünü koruyan Birinci Değişikliği’ne aykırı bularak iptal etmiştir¹⁷. Bu kadar katı bir ayırım vardır. Fakat görsel medyadaki, yani radyo ve televizyonlardaki cevap hakkını kabul etmektedir ve onaylamaktadır. Buna bazı hukukçular “asimetrik denetim” diyorlar, en azından bir tarafın tamamen serbest olması için. Devletin medya üzerindeki hakimiyetinin sağlanmaması bakımından böyle bir asimetrik denetim kabul ediliyor¹⁸.

Federal Haberleşme Komisyonu özellikle şu iki noktada denetimini sürdürmektedir: Birinci konu, medya yayınlarının içeriği ile ilgili olmayıp, lisansların dağıtımında rekabetin adil biçimde sağlanmasıyla ve 1993’ten itibaren de ayrıca batık duruma düşmüş özellikle küçük ölçekli yayıncılar için bankerlik fonksiyonuyla ilgilidir. İçerikle ilgili diğer konu ise, çocuklara yönelik programlarla, özellikle de çocuklara yönelik programlar içindeki reklam akışının denetlenmesiyle ilgilidir. Son yıllarda çocukların zihin sağlığının korunması ile ilgili olarak programlarda, canlı yayınlarda kullanılan müstehcen ifadelerin FCC tarafından denetlenerek yaptırıma tabi tutulması ABD’de önemli bir tartışmanın odağına yerleşmiş görünmektedir.

Burada özellikle FCC v. Fox Television Stations Inc. kararından söz etmek gerekir¹⁹. Komisyonun, Fox televizyonunda yayınlanan bir programda kullanılan s.k. içeren sözcükler dolayısıyla uygulamış olduğu yaptırım, Birleşik Devletler İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından, keyfi ve öngörülemez bulunmuştur. Ne var ki, Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesinin bu görüşüne karşı dörde karşı beş çoğunlukla FCC’nin uygulamış olduğu yaptırımın, İdari Yargılama Usulü Kanunu (Administrative Procedural Act) uyarınca çocukların korunması amacıyla hukuka uygun olduğuna karar vermiş ve Temyiz Mahkemesinin kararını bozarak iade etmiştir²⁰.

Ancak Mahkeme FCC’nin bu denetiminin özellikle Anayasanın Birinci Değişikliği açısından uygunluğunu tartışmamıştır. Buna gerekçe olarak da bu

¹⁷ ŞAHİN, s. 195-199.

¹⁸ ŞAHİN, s. 176-188.

¹⁹ FCC v. Fox Television Stations Inc.(No.07-582) 489 F. 3d 444

²⁰ (<http://www.law.cornell.edu/supct/html/07-582.ZS.html>, erişim 4 Mart 2013).

konuda bir yerel mahkeme kararının bulunmamasını göstermiştir. Bu dava ile ilgili gelişmeler henüz tamamlanmış değildir.

Komisyonun özellikle çocukların korunmasına yönelik olarak küfürlü ve müstehcen içerikli ifadelere karşı yaptırım uygulama yetkisinin kaynağını H.R. 310 (109th): Broadcast Decency Enforcement Act of 2005 (Yayınlarda Ahlaki Kurallara Uyulmasının Sağlanmasına Dair Kanun) oluşturmaktadır²¹. Bu Kanuna aykırı şekilde yayın yapanlar hakkında Komisyon, ağır para cezaları uygulamanın yanında, ilgili yayın kuruluşuna kamu yararına yönelik program yayınlama yükümlülüğü de getirebilmekte; yayıncının lisansının yenilenmemesine, hatta iptal edilmesine varıncaya kadar oldukça ağır yaptırımlara hükmedebilmektedir.

FCC, bunların dışındaki denetiminden vazgeçmiştir. Çünkü o frekansların azlığı doktrinin artık anlamsız olduğunu, bugün her isteyene frekans tahsis edilebileceğini söylediği için teknik anlamda bu gerekçenin ortadan kalkmasından dolayı vazgeçmiştir. İyi mi yapmıştır? ABD’de bu alanda çok ciddi anlamda kafa yoran akademisyenler, Federal Haberleşme Komisyonunun bu geri çekilişini son derece olumsuz bir tavır olarak değerlendirmektedirler. Çünkü, onlar böyle bir denetimin gerekli olduğunu düşünüyorlar²². Aslında FCC’nin, kendisini bu konuda yetkilendiren Kongre’den daha liberal bir tutum sergilediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yayıncıların pozitif yükümlülükleri açısından ise ABD hukukunun FCC’nin kararları çerçevesinde liberal bir tutum içerisinde olduğu görülmektedir. Buradaki serbestliğin ifade özgürlüğü sistemi bakımından özgürlüğü artırıcı bir fonksiyon eda ettiğini söylemek mümkün değildir²³. Yine yargının ifade özgürlüğü sistemine pozitif müdahaleye sıcak baktığı tek alanın görsel/işitsel medya olduğunu belirtmek gerekir. Başka bir ifade ile Avrupa ve ABD’nin ifade ve basın özgürlüğü hukuku alanında birbirine en yaklaştığı alan radyo ve TV yayınlarının düzenlenmesi alanındadır. Fakat, FCC’nin bu alandaki düzenlemelerde kendini geri çekmesi (hakkaniyet/fairness doktrininin temellerinin ortadan kalktığı gerekçesiyle), yargının olumlu yaklaşımını

²¹ (109th Congress, 2005–2006. Text as of Feb 18, 2005 (Placed on Calendar in the Senate). <http://www.govtrack.us/congress/bills/109/hr310/text>, erişim 12 Nisan 2013).

²² Bu konuda özellikle şu esere bakılabilir: SUNSTEİN, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech, The Free Press*, U.S. 1993.

²³ RTÜK gibi bağımsız idari kurumların işlevleri sonucunda temel hak ve özgürlükler alanı için olumlu sonuçların ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bkz. TİRYAKİ, Refik, *Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK, AÜHFD*, C. 51, 2002, s. 172, (dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2597.pdf, erişim 4 Mart 2013)

pratikte etkisiz hale getirmiştir. ABD yargısından, AİHM'nin temel hak ve özgürlüklere yatay etki (ya da pozitif edim yükümlülüğü) yaklaşımını beklemek boşuna olacaktır. Hal böyleyken, ABD ifade özgürlüğü hukuku, en yakın olduğu alanda dahi Avrupa yaklaşımından çok ötede bir yerde durmaktadır²⁴.

İSKANDİNAV ÜLKELERİ ÖRNEĞİ

İsveç

Granskningsnämnden för radio och TV (GRN) – İngilizce başlığı: The Swedish Broadcasting Commission (İsveç Yayın Komisyonu) – İsveçte bulunan radio ve TV yayınlarını denetlemek ve izlemek üzere kurulmuş bir komisyondur. Bu ülkede lisans tahsisi ise başka bir kurum (Swedish Radio and TV Authority) tarafından yapılmaktadır. Komisyonun kullanmış olduğu yetkilere bakıldığında, radio ve TV yayınlarında bu ülkenin hiç de liberal olmadığını söylemek mümkündür. Komisyon, yalnızca müstehcen ve küfürlü ifadelerle ilgili olarak yaptırım uygulamamış; aynı zamanda siyasi olarak tarafsızlık (örneğin “ben Cumhuriyetçiyim, her zaman da öyle oldum, ne yapayım bu benim elimde değil.” gibi bir ifadeyi siyasi açıdan önyargılı olarak nitelemiş ve kanala yaptırım uygulamıştır. Reklam yayınları konusunda ise İsveç gerçekten nevi şahsına münhasır denilebilecek nitelikte bir ülkedir ve ABD'den ve ülkemizden çok farklı bir rejime sahiptir. Bu ülkede, devlet televizyonlarının hiçbiri reklam alamamaktadır. Özel kanallar ise son derece sınırlı biçimde reklam alabilmekte; 12 yaş altı çocuklara yönelik programlarda

²⁴ Bu konuda yapılan tartışmalar için şu esere bakılabilir: BARENDT, Eric, Importing United States Free Speech Jurisprudence?, in: Freedom of Communication, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publishing, Great Britain, 1994, s. 57-76; Hatta kimi yazarlar, AİHM'nin özel hayata saygı hakkından doğan pozitif edim yükümlülüğünü, ifade ve basın hürriyetini hiçe indirgeyecek derecede ileri götürmüş olduğunu dahi ileri sürmektedirler. Bu konuda verilen örnek Peck v. The United Kingdom, (App. 44647/98), Judgment of 28 January 2003, karardır. Bu kararın eleştirileri için bkz. ARNHEIM, Michael, The Handbook of Human Rights: An Accessible Approach to the Issues and Principles, Kogan Page Publishing, London 2004, s. 181 vd.; Aslında Avrupa yaklaşımının, uluslararası alandaki gelişmelerle paralel olduğu söylenebilir. Belki de, uluslararası hukuktaki gelişmelerin Avrupa eksenli olduğunu söylemek daha doğrudur. Örneğin, UNESCO Sözleşmesi (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions / Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Hakkında Sözleşme), medyada kültürel ifadelerin çeşitliliğinin korunması ve geliştirilmesi için taraf devletleri teşvik etmektedir. Hatta bunun için görsel/işitsel medyanın bir kamu hizmeti olarak yürütülmesi gerektiğine işaret edilmektedir. (İngilizce metinde şu ifadelerle bu dile getirilmiştir: promote the diversity of the media, including through public service broadcasting; (<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001495/149502e.pdf> erişim 4 Haziran 2012).

ise buna izin verilmemektedir. Öte yandan olgusal açıdan yanlış bilgi içeren²⁵ yayınlara müdahale edilmekte ve bu bilgiler düzeltilmektedir²⁶. Devlet televizyonlarında ise, yayınlarda kamu yararının ön planda tutulması ve düşünsel çoğulculuğa özen gösterilmesi gerekir²⁷.

Norveç

İsveç örneğinde olduğu gibi Norveç'te de benzeri düzenlemeler mevcuttur. Burada düzenleme ve denetleme organları çok çeşitli olsa da, Broadcasting Regulations (No. 153 of 28 February 1997), -yayınlara ilgili düzenlemeler- hemen aynı niteliktedir. Örneğin, düzenlemenin 2-5 bölümünde, çocuklara ciddi zarar verebilecek yayınlar kesin olarak yasaklanmakta, zararlı olabilecek diğer nitelikte yayınların ise akşam 9:00'dan sonra yapılması öngörülmektedir. Reklamlar hakkında ise oldukça katı düzenlemeler mevcut olup, reklamların oranının program süresinin oranının %15'ini geçemeyeceği belirtilmektedir. Dahası, kimi günlerde mutlak reklam yasakları da öngörülmüştür (örneğin Noel günü reklam yapılamaması gibi). Ayrıca dini hizmetlerin görülmesi ile ilgili programların arasına reklam alınamayacağı da açıkça ifade edilmiştir²⁸.

Bu açıdan bakıldığında İskandinav ülkeleri ABD'den daha ileridedirler, çünkü bu denetimi yapıyorlar; yani İskandinav ülkelerinde hiç reklam koyamıyorsunuz. Avrupa ülkelerinin hemen tamamında bu reklam sınırlı bir şekilde konuluyor. ABD doktrininde bir de tabii yine bu reklamların içeriğinin denetlenmesi açısından bir Radyo Televizyon Üst Kurulu benzeri kurula ihtiyaç olduğu söyleniyor. Bu şekilde bir denetim mekanizmasının Amerika'da, demokrasi açısından gerekli olduğunu, çünkü eğer böyle bir müdahale olmazsa ifade özgürlüğünün genişletilemeyeceğini, etkin bir hale gelemeyeceğini söyleyenler var. Bunların çok önemli haklı gerekçeleri de var²⁹.

²⁵ Burada bilginin doğruluğunun, belirli bir doktrinin bilimsel doğruluğu ile ilgisi bulunmamaktadır. Böyle bir doğruluk iddiası ve bu doğruluğun toplum tarafından kabul edilmesi gerektiği konusundaki iddia demokratik bir sistemde pek makbul görülmemelidir. Buradaki doğruluk ya da hakikat, makul insanlardan oluştuğu varsayılan toplumda kabul gören bir hakikat ya da doğruluk anlayışıdır. Bu türden bir değerlendirme aslında Amerikan filozofu J. Rawls'a aittir. Bunun için bkz. EASTLUND, David, The Insularity of The Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit The Truth, *ETHICS*, Vol. 108, January 1998, s. 252-275.

²⁶ (<http://www.svt.se/svt/jsp/Crosslink.jsp?d=10775&a=1660808>, erişim 5 Haziran 2013).

²⁷ <http://www.svt.se/svt/jsp/Crosslink.jsp?d=10775&a=1660844>, erişim 6 Haziran 2013).

²⁸ Düzenlemenin tam metni için bkz.

(http://www.regjeringen.no/upload/KKD/Medier/Broadcasting_Regulations_No153of28February1997.pdf, erişim 4 Şubat 2013).

²⁹ ŞAHİN, s. 184 vd.

Örneğin düzeltme ve cevap hakkının kabul edilmesi³⁰, sadece kişilik haklarının korunması için değil, halkın haber alma özgürlüğünü güvence altına almak için de gereklidir³¹. Burada kişilik haklarının korunmasının daha az önemli olduğu söylenmemektedir. Ondan bağımsız olarak düşündüğümüz takdirde bile düzeltme ve cevap hakkının kabul edilmesinin ifade özgürlüğünü daraltıcı değil toplamda artırıcı bir etkisinin olduğu söylenmek istenmektedir. Zira, halkın yanlış bilgi alması düzeltme ve cevap hakkı sayesinde engellenmektedir. Ama tabii ki bu, basın açısından bu bir sınırlama teşkil etmektedir. Fakat öte yandan ifade özgürlüğünü bir sistem olarak düşündüğümüz zaman, demokrasi açısından vazgeçilmez bir unsur olarak düşündüğümüz zaman halkın haber alma özgürlüğü üzerinde de olumlu etkileri vardır.

Elbette bu sözü edilenler, özellikle dış denetim açısından önemli mekanizmalardır ve burada anlatılan ülkelerle sınırlı değildir. Dünyanın pek çok ülkesinde bu türden denetimler ve mekanizmalar öngörülmüştür³². Fakat bu denetimi basının ifade özgürlüğü ile dengelemek gerekir. Öyle ki, basının editöryal hakları sınırlanmasına karşın toplam ifade özgürlüğü hakkı üzerinde bu bir sınırlama teşkil etmemelidir. Başka bir deyişle, toplam ifade özgürlüğü açısından bunun yine de bir artış sağlıyor olması gerekir. Aksi takdirde ifade özgürlüğü sistemi olumsuz etkilenmiş olacaktır. Tabii, demokrasi kültürü açısından iç denetim, yani self-limitation (kendi kendini sınırlama) daha önemlidir. Dış müdahale her zaman, müdahalenin sınırlarının

³⁰ Düzeltme ve cevap hakkı üzerine bkz. ARVAS, İbrahim Sena, Bir Özdenetim Tetikleyicisi Olarak, Medya Tekzip Merkezi: Türk Basınında Kanuni ve Gönüllülük Temeline Dayanan Denetim uygulamalarında Cevap ve Düzeltme Hakkı, (http://sbd.aydin.edu.tr/makaleler/cilt1sayi7/6_ibrahim_sena_arvas.pdf, erişim 5 Ocak 2013).

³¹ Haber alma ve daha teknik anlamıyla bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak yapılan temellendirme için özellikle şu makaleye bakılabilir: PELED, Roy / RABIN, Yoram, Constitutional Right to Information, *Columbia Human Rights Law Rev.* Vol. 42, s. 357 vd.

³² Örneğin Güney Afrika'da Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkındaki Kanun, yayıncılar için pozitif yükümlülük anlamına gelebilecek ciddi yükümlülükler öngörmektedir. Örneğin Güney Afrika Yayıncılık Sistemi, toplumun manevi ve ahlaki değerlerini güçlendirmeye hizmet etmelidir. Ya da toplumda bulunan bütün ırklar için eğitici ve eğlendirici olmalıdır vs. Kanunun tam metni için bkz. (<https://www.icasa.org.za/Portals/0/Acts/Broadcasting%20Act/Broadcasting%20Act%204%20OF%201999.pdf>, erişim 1/6/2012) ; Benzeri düzenlemeler Kanada yasasında (m.3 altında) da mevcuttur. Bkz. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/B-9.01/FullText.html>, erişim 5/3/2013); aynı biçimde Fransa'daki düzenlemeler (Loi n° 86-1067 du30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) için bkz. (http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do.jsessionid=2340D52253F55C542A3581D03A948689.tpdjo06v_2?cidTexte=JORFTEXT000000512205&dateTexte=20100209#LEGIARTI000006274711, erişim 5 Haziran 2013).

aşılması riskini taşır. Bu bakımdan da dış müdahaleyi yargı denetimiyle kontrol altında tutsanız bile; –ülkemizde pek çok basın ve ifade özgürlüğü davalarında görüldüğü üzere- sınırların aşılması, ifade ve basın özgürlüğünün demokratik bir toplumda olması gerektiğinden daha fazla sınırlanması riski varlığını sürdürmektedir³³. Bu nedenle de içsel denetim (self-limitation) çok önemlidir. Yani basın, haber yaparken halkın doğru bilgilendirilmesini esas alacak, yani görevinin ve işlevinin demokratik sistemin işleyişi bakımından ne kadar önemli olduğunun bilincinde olacak, siyasal sistem içerisinde dördüncü bir kuvvet olarak bireyin ve toplumun haklarının korunmasındaki rolünün farkında olacak ve ona göre haber ve bilgi sağlayacaktır.

TÜRKİYE BASININDA EDITORYAL İÇ DENETİM SORUNU VE BASIN OMBUDSMANI EKSİKLİĞİ

Radyo ve televizyon yayınlarının denetimi ile ilgili olarak hukuk sistemimizde neredeyse pozitif özgürlük anlayışını yansıtacak düzeyde bir dış denetim öngörülmüştür.³⁴ Bununla birlikte, yazılı basında bu denetim Türkiye’deki kırmızı çizgiler bir kenara bırakıldığında liberal bir anlayışı yansıtmaktadır. Kimi gönüllüler tarafından oluşturulmuş olan “medya tekzip merkezi”³⁵ gibi yine bir medya organı olan unsurlar sözünü ettiğimiz iç

³³ Bir ifadenin sınırlanması ya da sınırlanmaması gerektiği noktasında bir belirsizlik mevcut ise yargıcın ifade özgürlüğü lehinde karar vermesi gerekir. Bu durumu özellikle ifadenin neticesinde ortaya çıkan zararın salt varlığına değil, aynı zamanda bu zararlar ifadenin korunmasıyla elde edilen menfaatin tartılmasına bağlı hesaplamak gerekir. Burada nasıl olsa bir zarar var, bu durumda ifadenin sınırlanması için tereddüte mahal yoktur anlayışı, ifade özgürlüğünün gerekçelerini isklamaktadır. Konuyla ilgili ABD Yüksek Mahkemesinin kararlarının bir değerlendirilmesi bakımından şu esere bakılabilir: WATKINS, John J., *The Mass Media and The Law*, Prentice Hall, U.S. 1993, ss. 27.vd.

³⁴ 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un “Yayın Hizmeti İlkeleri” başlığını taşıyan 8.maddesi oldukça geniş bir yelpazede yayıncının editoryal haklarını kısıtlamaktadır. Buradaki bütün düzenlemelerin ifade özgürlüğü toplamı üzerinde bir artışa neden olduğunu, ya da ifade özgürlüğünün sınırlanmasını haklılaştıran nedenler arasında sayılabileceğini söylemek güçtür. Örneğin, yayınların “Atatürk ilke ve inkılaplarına” aykırı olmamasından neyin anlaşılması gerektiği belli değildir. Devletçilik ilkesine karşı çıkarılan bir programın bu kapsamda yaptırma tabi tutulması mümkündür. Bu yüzden de bu ifade yerine, demokrasi ve insan hakları gibi kavramların konulması nihai noktada Atatürk’ün de savunmuş olduğu anlayışa daha uygun düşerdi. Aynı biçimde “toplumun milli manevi değerlerine aykırı” yayın kavramı da idari otoritenin yetki sınırlarını belirlemekten uzak olabilecektir. Kanun metni için bkz. (http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=5a3cac1e-b6d9-4b23-bc7a-8dcd671fceb4., erişim 7 Ocak 2013).

³⁵ Arvas’ın bu konudaki makalesi için Bkz. (http://sbd.aydin.edu.tr/makaleler/cilt1/sayi7/6_ibrahim_sena_arvas.pdf, erişim 9 Mart 2013).

denetime katkı sağlasa da tam anlamıyla bir kendi kendini denetleme unsuru değildir. Bu bağlamda bu tür denetimlerde dışsaldır. İçsel olan denetim ise bizatihi haberi yapan, sayfayı hazırlayan gazeteci ya da sorumlu editörler tarafından yapılan denetimdir. Bu denetimin gereği gibi yapılabilmesi için elbette gazetecinin kendi patronuna karşı da bağımsız olması gerekecektir,³⁶ ama buradaki konu daha çok patronların müdahil olmayacakları bir soruna işaret etmektedir. Basın etiğine sadık kalmak ve kuralları uygulamak herhangi bir dış baskı olmaksızın gazetecinin kendiliğinden yapması gereken bir iştir. Aslında kurallar yazılıdır ve herkesçe bilinmektedir. Önemli olan bu kurallar doğrultusunda haber yapmayı gazetecinin istemesi, irade etmesidir. Bu durumda hükümet tarafından yapılacak dışsal denetim yalnızca ikincil, tamamlayıcı bir nitelik arz edecektir ki; demokratik bir toplumda arzulanabilir olan da budur³⁷.

Basının doğru bilgi sağlama yükümlülüğünü yapmış olduğu haber konularındaki bilgisizliği nedeniyle ihlal etmesi aslında bir mazeret olarak görülmemelidir. Basın yayın organlarında görev yapanlar haber yaptıkları alanlarda uzmanlaşmalı, bununla birlikte yine de özellikle bir manşet dizayn ederken konunun uzmanı birisinden görüş alınması kimi zaman yapılan büyük yanlışları önleyecektir.

Basında hukukçularla ve yargı ile ilgili haber yapılırken çok ciddi araştırma yapılmadan bu haberler yapılıyor. Örneğin, “baklava çalan çocuğa şu kadar ceza verdi hakime bak, yargıca bak!”³⁸ diyerek manşet atıyorlar ve yargıcın da resmini oraya koyuyorlar. Tabi ki bunu yapanlar hukukla ilgili hiçbir deneyimi, ilgisi, araştırması olmayan ve kimseye sorma zahmetine girmeyen medya mensuplarıdır.

³⁶ Medyanın patron çıkarları için kullanılmasıyla ilgili şu makaleye bakılabilir: GOODMAN, Helen, Media Self-Regulation must Include Self-Control too, (<http://liberalconspiracy.org/2011/10/26/media-self-regulation-must-include-self-control-too/>, erişim 8 Nisan 2013).

³⁷ Örneğin şu belgede basın etiği ile ilgili kural ve ilkeler toplanmıştır: The OSCE Representative on Freedom of the Media, Vienna 2008, (contributors: Mikros Harszti, Yavuz Baydar, William Gore, Ognian Zlatev, Véronique Maurus), (<http://www.osce.org/fom/31497>, erişim 2 Haziran 2013).

³⁸ Bu haberle ilgili olarak sonraki tarihlerde yapılan yorumlar da bu türden temel hataları sürdürmeye devam etmişlerdir. Örneğin şu haberde ironik biçimde şöyle denilmektedir: “*Artık baklava çalan çocuklara ağır ceza verilmeyecek. Türk Ceza Kanunu Alt Komisyonu, vicdan yaralayıcı durumları önlemek için gasp suçunda indirim gitti.*” Haberi hazırlayan gazeteci adeta ısrarla hırsızlık suçu ile gasp suçu arasındaki farkı gör(e)memeye devam etmektedir. Bkz. *Hürriyet Gazetesi*, 12.2.2004 tarihli haber, (<http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=202085>, erişim 1 Haziran 2013).

Halbuki 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu bir zamanda yani şu anda mevcut 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan önceki kanun olaya çok farklı bakıyordu. Felsefesi çok farklıydı. O kanun, 1930'ların yükselen faşist felsefesini İtalya'da olduğu şekliyle içeriyordu, onun ruhunu almıştı. Kanun daha eski bir kanun 1889 Kanunu'nun (codice Zanardelli) tercümesiydi ama ondan sonraki değişiklikler o dönemden etkilendi. Dolayısıyla kişiyi değil siyasal toplumu, yani devleti ön plana çıkaran bir zihniyet kanuna hakim oldu. Bu durum daha suçların tasnifinden ve dizilişinden itibaren bir kendini gösteriyordu. Bu açıdan bu kanun gasp suçu ile ilgili daha farklı bir düzenleme yapıyordu. Suçun alt sınırı çok yukarıdan başlıyordu ve yargıç alt sınırdan vermesine rağmen, verebileceği en az ceza da kamu vicdanını rahatsız edecek kadar yüksekti. Ama yeni kanun bunları büyük ölçüde düzeltti. Eski kanuna göre verilmiş bir hükmü medya mensuplarının o şekilde yargıcı ön plana çıkararak vermeleri doğru değil. Yasadan kaynaklanan bir olumsuzluğu bütünüyle davanın yargıcına yükleyerek konuyu manşete taşımak sorumlu basın anlayışıyla ne kadar bağdaşmaktadır? Kendimizi o yargıcın yerine koyarak bir kez daha düşünelim³⁹!

³⁹ Yakın tarihli bir Yargıtay kararına konu olan olayda da eski kanuna göre verilmiş bir hüküm sözkonusudur. Yine basın, hatta politikacılar eski kanundaki hükmü uyguladığı için davanın yargıcını suçladılar. Popülist davranmamak lazım altına bakmak lazım, eğer yargıç ceza yargılamasında geçerli olan "sanık lehine ilkesi"ni uygulamazsa, o zaman anayasanın temel ilkelerinden birisini, ceza hukukunun evrensel ilkelerinden birisini ihlal etmiş olacak... bunu kabul edebilir miyiz? Edemeyiz. Vicdanımız sızlasa bile bunu kabul etmeniz mümkün değil, belki bu konuda müdahil olanlar (işte Bakanlıkla ilgili olarak konuşuyorum) Yargıtay'a belki şöyle bir itirazda bulunabilirler... müdahil avukatları savunma açısından, eğer davaya müdahil olacaklarsa, biz 1994 yılında çocuk hakları sözleşmesini onayladık, Sözleşme, 1995'te Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri bağlamında yürürlüğe girdi. O Sözleşmeye dayalı olarak 18 yaşın altındaki herkes çocuk kabul ediliyor (m. 1) ve Sözleşme açık şekilde çocuk istismarını ve özellikle cinsel istismarı yasaklıyor (m.19). Bu nedenle de Sözleşmeye baktığımızda 13 yaşındaki bir çocuğun cinsel ilişkiye göstereceği rızanın geçerli kabul edilmemesi gerekir. Zira bu kişi on sekiz yaşın altında olduğundan henüz "çocuktur". Dolayısıyla Sözleşmede yer alan "çocuğun en yüksek menfaati" ifadesi (m.3/1; m.18/1) doğrultusunda çocuğun korunabilmesi için, diğer yandan da kanunilik ilkesi ihlal edilmeden , bir ara formül bulunması mümkün olabilirdi diye düşünüyorum. Zira olayın vuku bulduğu tarihte (2002 yılı) Sözleşme Türkiye bakımından yürürlüktedir, en azından o gün için bile Anayasanın 90.maddesi uyarınca Sözleşme hükümleri Ceza Kanununun hükümleri ile eşit değere sahiptir. 2004 yılı sonrasında ise (Anayasanın 90.maddesindeki değişiklikten sonra) Sözleşme hükümleri kanunlardan ve bu arada ceza kanunu hükümlerden de normlar hiyerarşisinde daha üstün bir konuma gelmiştir. Şunu söylemek istiyorum: yargıçlar eğer Ceza kanunu Sözleşme ile birlikte yorumlasalar daha farklı bir sonuca, kamu vicdanını zedelemeyecek bir sonuca "sanık lehine yorum" ilkesini de ihlal etmeden ulaşabilirlerdi. Zira, öyle anlaşılıyor ki, olay olduğunda Sözleşme Türk hukuku bakımından yürürlükte idi. Ama Yargıtay'ın veya yargıçların bunu bilmemeleri de çok normal. Türkiye'de gerçekten uluslararası hukuka göre karar verecek henüz bir yargı oluşturamadık. Halbuki bu imkanımız var şu anda. Anayasa'nın 90. Maddesi, 2004 değişikliğinden itibaren insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri kanunla-

Bu türden haberler, örneğin İsveç'te yapılırsa, Basın Ombudsmanı tarafından Basın Etik Konseyine şikayet edilecek ve ilgili basın kuruluşu hakkında yaptırım kararı alınabilecektir. İsveçte, gazetelerin bile öldürülmüş bir kişinin resmini basmasına izin verilmemekte, özellikle mağdurların isimlerinin gizlenmesi gibi mağdur yakınlarının da psikolojik vs. hiçbir zarara uğramamaları için gerekli özenin gösterilmesi basın etiği açısından aranmaktadır⁴⁰.

Bu nevi editöryal sınırlamaların gazeteciler tarafından bir iç denetim olarak yapılması ifade ve basın özgürlüğüne hiçbir zarar vermeyecektir. Dışsal müdahalelerde ise her zaman bir riskin olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat yine de mağdur isimlerinin yazılmasında (kişilik haklarının korunmasından) daha yüksek bir kamusal çıkar bulunmuyor ise basının editöryal takdirine yönelik bir sınırlamanın ifade özgürlüğü açısından büyük bir sorun oluşturmayacağını söyleyebiliriz.

Ana medya organlarında editöryal öz (self) denetimin bulunmaması, ister istemez basın için dış denetimi meşru olmanın ötesinde gerekli hale getirmektedir ki, bu da aslında istenmeyen bir devlet müdahalesi anlamına gelmektedir. D. Flint'in belirttiği gibi medyanın kendi kendini düzenlemesi (media self-regulation) ilkesi, iki temel önermeye dayanmaktadır⁴¹:

- (1) Demokrasilerde basın, devlet kontrolü dışında özgür olmalıdır.
- (2) Basın, sorumlu ve hesap verebilir olmalıdır.

Ancak, yukarıda da (ABD hukuku ile ilgili anlatımda) belirtildiği

rın üzerinde kabul ediyor. Aslında kısaca şunu söylemek istiyorum, dünyanın (demokrasiye ve hukuk devleti ilkesine bağlı olanların) örnek alacağı içtihatlar üretmeden önce mevcutların çok gerisinde kalmamak lazım. Şu an Türk hukuk sistemi pek çok yönden Anayasanın 90. Maddesi uygulaması ile bunun önünü açmaktadır. Anayasa, kanun hükümleri ile sözleşme hükümleri arasında bir ihtilaf, bir çatışma varsa, uluslararası sözleşme hükümlerini ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarını veyahut Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarını uygula diyor. Dolayısıyla yargı bu konuda eğer iyice kendini yetiştirirse daha farklı açılımlar yapılabilir.

⁴⁰ Bu konudaki mevzuat ve uygulama örnekleri için bkz. (<http://www.pressreference.com/Sw-Ur/Sweden.html>, erişim 5 Haziran 2013)

⁴¹ FLINT, David, Media Self-Regulation, in: Freedom of Communication, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publishing, Great Britain, 1994, ss.281-295; Özdenetim konusunda bkz. N. İlker Çolak, Kitle İletişim Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, ss. 73-75; Kurumsal açıdan özdenetimin nasıl yapılabileceği üzerine (Şeref Divanı, Basın Konseyi gibi kurumlar aracılığıyla) bkz. İÇEL, Kayıhan/ ÜNVER, Yener, Kitle İletişim Hukuku: Basın, Radyo-Televizyon-Sinema-Video-İnternet, Yeniden İncelenmiş Doku-zuncu Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 216-230.

üzere, en liberal ifade özgürlüğü rejimlerinde dahi medya bir bütün olarak değerlendirilmemekte; yazılı basın ile görsel/işitsel medya arasında bir ayırım yapılmakta, birincisinde self-regulasyon ilkesi benimsenirken ikincisinde devlet müdahalesine izin verilmektedir⁴².

ABD’de, yazılı basında editoryal dış denetime Yüksek Mahkeme tarafından hiçbir şekilde izin verilmezken, ana basın organlarında bunun iç denetimle yerine getirildiği görülmektedir. Örneğin, tecavüz mağdurlarının isimleri medya tarafından (hukuki olarak böyle bir yükümlülük olmamasına rağmen) kendiliğinden gizli tutulmakta, şifreli olarak yazılmaktadır. Gerçekte mağdurların isimlerinin açık yazılmasının kamusal tartışmaya ve kamunun haber alma, bilgi edinme haklarına hemen hiçbir katkı sağlamaz iken; bu suça özgü mağduriyetin bir özelliği olarak suça maruz kalan pek çok kadının şikayetçi olmasında caydırıcı bir rol oynamaktadır⁴³.

Türkiye’de radyo TV istasyonlarının yasa dışı fakat *de facto* bir izinle faaliyet gösterdiği 1990’lı yıllarda gündüz programlarında dahi son derece pornografik yayınların yapıldığı görülmüştür. Pornografik yayınlar sadece müstehcenlikle ilgili yayınlar değildir; bunlar aynı zamanda örneğin bir trafik kazası haberinin verilmesi ile ilgili yayınları da kapsamaktadır. Medya mensuplarımızın özellikle çocukların bu türden yayınlardan ne denli etkilenebilecekleri ile ilgili hiçbir kaygı taşımadıkları görülmüştür⁴⁴. Bu durumun bütünüyle Türkiye’ye özgü olduğunu söylemek de mümkün değildir. Basın bu gücünü her zaman sanıldığı gibi demokratik değerlerin güçlendirilmesi için kullanmamaktadır. Kimi durumlarda demokratik

⁴² Yazılı basının denetlenmesi noktasında, devletin negatif edim yükümlülüğü o denli güçlü olarak savunulmaktadır ki; örneğin, İngiltere’de (aslında oldukça liberal bir uygulama olmasına karşın) mevcut olan hakaret davalarının basın özgürlüğü için son derece kritik bir tehdit olduğu ileri sürülmektedir. Söz konusu tartışmalar hakkında bkz. FLINT, s. 282-283.

⁴³ Bu yönde ve karşı görüşler için de bkz. Naming Victims in the Media, National Alliance to End Sexual Violence, (<http://endsexualviolence.org/where-we-stand/naming-victims-in-the-media>, erişim 4 Haziran 2013).

⁴⁴ 1990’lı yıllarda medyadaki bu tutumun yazılı basın bakımından da bir başka açıdan geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bir yazarın şu değerlendirmeleri bu durumu göstermektedir: “Basın özellikle 1990’lı yıllarda amaç dışı kullanılmasıyla mecrasından sapmış işbaşındaki hükümetlerle ve kapital sahipleriyle yakın ilişkiler kurmak suretiyle de gerek bağımsızlığından gerekse itibarından önemli ölçüde kayba uğramıştır. ... Diğer yandan, daha önce de belirttiğimiz gibi geçmişin gazeteleri ve basın kuruluşları, özellikle 1990’lı yıllarda birer medya holdinge dönüşmüş ve artık arkasında televizyonu, radyosu, halkla ilişkiler şirketi ile internet kuruluşu olmayan gazeteler ticari açıdan piyasada itibar görmez hale gelmişlerdir.” Bkz. ÖZGEN, Murat, 1980 Sonrası Türk Medyasında Gelişmeler ve Magazinleşme Olgusu, (<http://cim.anadolu.edu.tr/pdf/2004/1130848156.pdf>, erişim, 10 Haziran 2013).

değerlerin, insan haklarının tam karşısında bir tutum da alabilmektedir. Örneğin basının Avrupada ırkçılığın yeniden üretilmesindeki rolüne işaret eden bilimsel çalışmalar mevcuttur.⁴⁵ Basının maniplatif etkililiğinin törpülenebilmesi için içsel ve denetimli ve dengeli bir dışsal/harici denetime ihtiyaç bulunmaktadır.

Goodwin'in belirtmiş olduğu üzere bu sorumluluk medya tarafında şu noktalara riayet edilerek sağlanabilir⁴⁶:

- Çıkar çatışmalarından kaçınarak sağlanabilir.
- Kimi yöntemlere dikkat çekerek sağlanabilir. Örneğin tek bir haber kaynağına dayalı olarak haber yapmaktan kaçınmak gerekir ya da özel konuşmaları gizlice kaydetmekten kaçınmak gerekir.
- Özel hayatın gizliliği hakkına saygı göstermek gerekir.
- Müşfik olmak (empati kurmak) gerekir.
- Ehliyetli olmak gerekir (işinde iyi olmak, birikimli olmak gibi).
- Ve nihayet, hesap verebilir olmak gerekir.

Özellikle hesapverebilirlik (accountability) konusunda önemli olan nokta basının devlete karşı bağımsızlığını ortadan kaldıracabilecek bir yapının oluşmasının önlenmesidir. Ne var ki, basın ombudsmanlığı, basın konseyi ya da alternatif sorun çözme mekanizmalarının etkin biçimde oluşturulamaması halinde yargı müdahalesi zorunlu hale gelmektedir. Aksi durumda, kişilik haklarının korunmasından basının tekelleşmesine (ve basın patronlarının ekonomik çıkarlarının basit bir aracı haline dönüşmesi tehlikesine) varıncaya kadar pek çok ciddi sorun ortada kalacaktır.

Bütün bu deneyimler; denetimsiz bir medyanın, ifade özgürlüğü sistemine fikirlerin pazar yeri (marketplace of ideas) argümanı çerçevesinde olumlu bir katkısının olmadığını göstermektedir. Ne var ki, medya üzerindeki hükümet denetiminin denetlenmesi ve medyanın devletin onayladığı fikirleri verme rolünü üstlenmiş bir fonksiyona dönüşmesi tehlikesinin bertaraf edilmesi son derece hayati bir sorundur⁴⁷. Bu konuda kuşkusuz en önemli

⁴⁵ Bu konuda bkz. DIJK, Teun A. Van, Race, Riots and The Press: An Analysis of Editorials in the British Press About the 1985 Disorders, (<http://discourses.org/OldArticles/Race,%20riots%20and%20the%20press.pdf>, erişim 4 Haziran 2013).

⁴⁶ GOODWIN, H. Eugen, Groping for Ethics in Journalism, Iowa State University Press, 1987, 'den aktaran FLINT, s. 284.

⁴⁷ Medyanın demokratik bir toplumda oynadığı kritik role ve bunu gerçekleştirmek için gerekli

güvence yargı güvencesidir. Unutmamak gerekir ki, hem bağımsız idari otorite tarafından yapılan denetim hem de bu denetimin denetlenmesi anlamındaki yargı denetimi, basının editoryal haklarına dışsal müdahaledir. Denetimin denetiminin yerindeliği üzerine bağımsız bir değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır.

TÜRKİYE'DE YARGI DENETİMİ

Basının editoryal hak ve yetkilerine müdahale biçiminde gerçekleştirilecek yargı denetiminin iki önemli boyutu vardır. Birinci boyut, özellikle düzeltme ve cevap hakkı kurumu dolayısıyla hem yazılı hem de görsel/işitsel medyada uygulanacak olan denetimdir. Bu denetimin ifade özgürlüğü sistemine yapmış olduğu olumlu katkılar daha önce tartışıldığından⁴⁸, burada özellikle devletin ifade özgürlüğü sistemi bakımından negatif edim yükümlülüğü çerçevesindeki müdahalelerinin denetlenmesi meselesi üzerinde durulacaktır.

Buradaki incelememizde yargı denetiminin konusu, RTÜK denetimi üzerine denetim yapan, başka bir deyişle denetlenenin denetlendiği idari yargı denetimidir. Bu alanda kuşkusuz nihai sözü söyleme yetkisine sahip bulunan Danıştay'ın kimi kararlarında belirlemiş olduğu ilkeler önem taşımaktadır.

Danıştay'ın denetimlerde uygulanan yaptırımları ceza hukukunun idare hukukuna göre daha katı olması gereken bir ilkesi çerçevesinde değerlendirmesi, medya denetiminde en önemli güvencelerden biridir. Danıştay'ın, Anayasanın 38.maddesinde yer alan, “[c]eza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” biçimde formüle edilen kanunilik ilkesini uygulaması aslında Anayasanın 13. Maddesinde yer alan, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükmün bir gereğidir. Zira, idare tarafından ifade ve basın hürriyetine yapılan her türlü kısıtlayıcı müdahale, Anayasada ve Türkiye'nin tarafı bulunduğu uluslararası

olan önemli ölçüde editoryal takdir yetkisine ilişkin bkz. The Role of Media in Democracy: A Strategic Approach, Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington D.C., June 1999, (http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/usaid/media_in_democracy.pdf, erişim 3 Haziran 2013).

⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s. 195-213; Basın araçlarına erişim noktasında sıradan insanlarla elitler arasındaki farklılığa dikkat çekmesi açısından (ki bu, demokratik yönetim ilkesi bakımından bir sorundur) şu esere bakılabilir: DIJK, Teun A. Van, Power and the News Media, (<http://discourses.org/OldArticles/Power%20and%20the%20news%20media.pdf>, erişim 4 Haziran 2013).

sözleşmelerde güvence altına alınmış olan temel haklara bir müdahale teşkil edeceğinden yasaya dayanmak zorundadır⁴⁹. Söz konusu hukuki düzenlemenin soyut olarak mevcudiyeti yeterli değildir. Aynı zamanda, bu düzenlemenin açık ve öngörülebilir olması da gerekir⁵⁰.

Danıştay, kanunilik ilkesini bir adım daha ileri götürerek, ceza hukukuna özgü diğer ilkelere de referans yapmaktadır. Örneğin vermiş olduğu bir kararında Danıştay biraz garip biçimde şu görüşlere yer vermiştir:

“Parmaklıklar Ardında” adlı yerli dizide 3484 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanununun 4. Maddesinin 1. Fıkrasında öngörülen yayın ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek davacı şirketin uyarılmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun ... sayılı toplantısında verdiği 33 nolu kararın iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince dosyada mevcut tüm bilgi ve belgelerle söz konusu diziyeye ait yayın CD’sinin birlikte değerlendirilmesinden dava konusu işlemde

⁴⁹ Kimi yazarlar, cezaların suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca mutlaka kanunla konulmasının zorunlu olmasına karşılık, kanunilik ilkesinin idari suç ve cezalar konusunda bu denli katı bir biçimde uygulanmasına gerek olmadığı; idari suç ve cezalar açısından yasal dayanağın yeterli olacağını, konunun ayrıntılarının idare tarafından düzenlenebileceğini ileri sürmektedirler. Bu yazarların tespitleri, müdahalenin Anayasada güvence altına alınmış bulunan bir temel hak ve özgürlüğe yönelik kısıtlayıcı mahiyette bir müdahale olması halinde Anayasanın 13. maddesine aykırı olacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu görüş AİHM’nin içtihatlarıyla uyumsuz değildir. Zira bizde kanunla öngörülmeye yalnızca TBMM tarafında Anayasa belirlenmiş usullere göre çıkarılan mevzuata gönderme yaparken, AİHS’de belirtilen kanunla öngörülmeye (par la loi ya da prescribed by law) ifadeleri sadece parlamento hukukuyla sınırlı değildir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesine göre, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtilmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır.” Anayasa Mahkemesi burada Anayasanın yukarıda zikredilen 38. maddesine dayanmaktadır. Doktrinde anılan görüş Günday tarafından zikredilen Gözübüyük/Tan’a aittir. Bkz. GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 233-234 (ve 234’teki 214 No.lu dipnot.). Gözler, idari müeyyide ile cezai müeyyidenin birbirinden mahiyet olarak farklı olduğunu, örneğin ceza davasında beraat eden bir kişiye idari müeyyide (disiplin cezası) uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmektedir ki, bu son derece yarıncı bir görüştür. Zira ceza hukukunda geçerli olan delil standardının aynı ölçüde idari yaptırımlar bakımından da geçerli olacağını söylemek mümkün değildir. Ayrıca cezai müeyyideyi uygulayacak olan (yargı organları) mercilerin takip etmesi gereken usuller ile idari müeyyideyi uygulamak durumunda olan idarenin takip etmesi gereken usuller de aynı değildir. Bununla birlikte cezai müeyyideler bakımından geçerli olan kimi ilkelerin idari müeyyideler bakımından da geçerli olması mümkündür. Bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2011, s. 399 ve 610.

⁵⁰ Hukuki düzenlemenin sahip olması gereken ölçütler AİHM tarafından şu kararda açık biçimde belirlenmiştir: Handyside v. the United Kingdom, (App. no. 5493/72), Judgement of 7 December 1976.

Parmaklıklar Ardında adlı dizide kamu hizmeti anlayışı içerisinde yayın yapılması ilkesinin ihlal edildiği belirtilmekte ise de söz konusu dizide yer alan kimi sözler, görüntüler ve eylemlerle, belirlenen yayın ilkesinin ne şekilde ihlal edildiği somut olarak ortaya konulamadığı gibi varsayım ile ceza belirlenmesi, idari cezalar için de geçerli olan “suç bütün unsurlarıyla oluşmadıkça failin cezalandırılmayacağı” yolundaki genel ceza hukuku ilkesine aykırı olduğundan ve söz konusu yayında kamu hizmeti anlayışı içerisinde yayın yapılması ilkesinin ihlal edilmediği kanaatine varıldığından davacı şirketin uyarılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 11. İdare Mahkemesinin ... kararında ...bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından temyiz istemi yerinde görülme[miştir]⁵¹.

Karar, netice itibarıyla idarenin basın özgürlüğüne (ifade özgürlüğüne) müdahale eden işleminin keyfiliğe yol açmayacak biçimde gerekçelendirilmiş olmasını araması bakımından yerinde bir karar olmakla birlikte ceza hukukunda geçerli olan her ilkeye yerli yersiz gönderme yapması bakımından tuhaftır. Burada yapacağı denetimde idari yargının, ifade hürriyetini sınırlandıran idari işlemlerin Anayasada ve uluslararası sözleşmelerde yazılı bulunan sınırlama sebeplerinden birisine ya da birkaçına dayanmış olup olmadığını; bunun yanında sınırlamanın sınırlarını oluşturan testleri (demokratik toplumda gereklilik, ölçülülük gibi) geçip geçmediğini araştırmak olmalıdır. Bir yayının kuruluşunun editöryal haklarının sınırlandırılabilmesi için söz konusu kuruluşun bir suç teşkil eden eylemi gerçekleştirmesi gerekmez. Sınırlama sebepleri her zaman –hatta çoğu zaman- suç teşkil eden bir eylem niteliğinde olmaz. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen kararını abartmamak ve ifade ve basın hürriyeti ile ilgili vakaları, diğer idari yaptırımlardan ayrı düşünmek gerekir. Ceza hukukundaki ilke ve kurallar bir dereceye kadar kıyaslanabilir ise de maddi unsur, manevi unsur gibi suçun unsurlarının teşekkül edip etmediği husuları ifadeye yönelik sınırlamalar bakımından her zaman geçerli olmaz. Örneğin, gündüz yayın kuşağında yer alan bir programa ilişkin reklam düzenlemesi çocukların gelişimi ile ilgili olarak gerekli olabilir. Bunun takdir edilmesinin ceza hukukunda suçun unsurlarının varlığı ile pek de ilişkili bir konu olmayacaktır. Burada daha çok başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, ahlakın ya da sağlığın

⁵¹ Danıştay 13. Daire, E. 2008/14317, K. 2010/596

korunması gibi başka nedenlerin araştırılması ön plana çıkacaktır. Nihayetinde, söz konusu sınırlamanın genel ifade özgürlüğü üzerinde olumlu bir etkisinin bulunduğu durumlarda sınırlama meşru hatta gerekli olacaktır⁵².

Yüksek yargının yapmış olduğu denetimlerde, karşılaşılan sorunlu hususlardan biri de mülga 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4. Maddesinin ilk fıkrasında, yürürlükteki 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 8. Maddesinde yer alan yayın ilkelerinin ifade özgürlüğü davalarında dikkate alınması gereken yukarıdaki esasları tartışmadan doğrudan uygulamasıdır. Örneğin, Kanunda belirtilen, “yayın hizmetlerinin ... hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olama”yacağı kuralının formalist bir bakış açısıyla uygulanması, pek çok davada ifade özgürlüğü hakkı ihlaline yol açabilecek mahiyettedir⁵³. Örneğin Danıştay tarafından tekrarlanan şu husus ifade özgürlüğü davalarında yapılması gereken bir analiz bakımından sorunlu gözükmektedir:

Program hizmetlerinin bütün unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olması ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek yayın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin ... Üst Kurul kararının iptali istemiyle açılmış ... [davada] ... İdare Mahkemesince; programa ait görüntülerin mahkeme heyetince izlenmesi sonucunda, programa katılan konukların tartışmasıyla başlayan gerginlik sonrasında sanatçılar tarafından argo ifadelerin yer aldığı bir şarkının söylendiği, başka bir sanatçı grubu üyelerinin şarkı söyleyen sanatçılara saldırıda bulunduğu bunun üzerine yayına ara verildiğinin görüldüğü, dava konusu yayının ... Kanunun 4. Maddesinde belirtilen yayın ilkelerini ihlal ettiğinin anlaşıldığı, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı

⁵² İfade özgürlüğü ile ilgili davalar, ceza davaları olsa bile ceza hukukunun klasik kalıplarının dışında ifade özgürlüğü davalarına özgü hukuka uygun olarak yorumlanmalıdır. Kaldı ki, ceza davası mahiyetinde olmayan idari yaptırımları ceza davası kalıpları içine almak yersizdir.

⁵³ Danıştay’ın bu şekilde formalist bir yaklaşımı için bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2009/3688, K. 2010/2132. Kararda, özetle şu görüşlere yer verilmiştir: “programda yapılan değerlendirmelerin 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4. Maddesinin ilk fıkrasında belirtilen, radyo ve televizyon yayınlarının hukukun üstünlüğüne, Anayasanın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere aykırı olması nedeniyle Yasanın ihlal edildiği sonuç ve kanaatine varıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu ... [yerel mahkemenin] kararında, ... bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından ... anılan mahkeme kararının onanmasına ... oybirliği ile karar verildi.” Benzeri bir karar için bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/672 ve K. 2010/952 sayılı Kararı.

gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş... anılan Mahkeme kararının onanmasına oybirliği ile...”

Bu konuda bir başka sorunlu alan da özellikle bir yargılama sırasından yargılamanın selameti açısından getirilen yayın yasaklarının uygulanmasıyla ilgilidir. Çoğu zaman bu yayın yasakları, ifade ve basın özgürlüğüne yönelik sınırlamalar bakımından sorunlu da olsa mahkeme kararını uygulamak konusunda bir idari otorite konumundaki RTÜK’ün takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ne var ki, ortaya çıkacak parakoksal duruma rağmen, idari yargının halen bir başka yargı merciince (adli yargı düzenindeki bir ceza mahkemesince) uygulanan yayın yasağının kapsamını değerlendirmek durumunda olduğu düşüncesindeyim. Bu durum yukarıda açıldığı gibi aslında hem anayasal bir zorunluluk olmaktadır hem de Türkiye’nin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin bir gereği olmaktadır⁵⁴.

Özetle yargının ve özellikle de bir yüksek mahkeme olarak Danıştay’ın her bir vakada, Kanunda belirtilen ifadeleri tekrar etmenin ötesinde dava konusu olayda ifade ve basın özgürlüğüne yönelik idari yaptırımların mahiyetini nesnel ölçütlerle tartışması ve bir neticeye varması uygun olacaktır. Danıştay’ın iş yükü dolayısıyla bunu yapmasının mümkün olmayacağı yönündeki bir savunma ise meşru kabul edilemez. Zira, basın ifade ve basın özgürlüğü genel olarak özgürlük kavramının ve özel olarak da demokratik toplumun can damarıdır.

SONUÇ YERİNE

İfade özgürlüğü piyasasına (bu arada elbette basın özgürlüğüne de) yapılan bütün müdahalelerin ifade özgürlüğü sistemi aleyhine sonuç doğuracağını söylemek mümkün değildir. Kimi müdahaleler, genel ifade özgürlüğü toplamı üzerinde bir artışa neden olabilir. Burada önemli olan hangi müdahalelerin genel ifade özgürlüğü üzerinde bir artışa, hangilerinin ise bir azalmaya neden olduğunu belirlemek ya da hesaplayabilmektir. Elbette artış yoksa müdahale de meşru değildir demek istemiyorum. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını haklılaştıran pek çok neden ya da gerekçe vardır (örneğin kamu düzeninin korunması, suçun işlenmesinin önlenmesi ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi). Söz konusu nedenler, sınırlamanın sınırları (demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık gibi) bağlamında

⁵⁴ Netice itibarıyla bu şekilde bir değerlendirme yapan yerel mahkeme kararını maalesef Danıştay bozmuştur. Danıştayın kararı için bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/2736, K. 20102546; Yerel mahkeme kararının Danıştay görüşüyle uyumlu olduğu için onandığı bir karar için bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/3120 ve K. 2010/2556 sayılı Kararı.

ifadenin sınırlandırılmasını haklılaştırabilir. Fakat, bütün bunların dışında genel ifade özgürlüğünde artış sağlayan müdahaleler demokratik bir toplumda sadece meşru değil; aynı zamanda gereklidir de. Örneğin, TV’lerde reklam akışının düzenlenmesi böyledir. Ya da düzeltme ve cevap hakkı kurumunun kurumsallaştırılması ve etkinleştirilmesi böyledir. Basın özgürlüğünün işlevine uygun şekilde gerçekleştirilmesi için bir basın ombudsmanının kurulması, basında editöryal iç denetimin etkinleşmesine katkı sağlayabilir. Bu konuda, ABD’den çok İsveç ve Norveç gibi iskandinav ülkelerini örnek almak kamusal çıkarları belirleyen, görünmez bir elin düzenlediği bireysel çıkarlara bağlılibertaryan bir liberalizmle⁵⁵ olmasa bile;insanileştirilmiş, sosyal içerikli T.H. Green’ci bir liberalizmle⁵⁶ daha çok bağdaşacaktır.

KAYNAKÇA

- ARNHEIM, Michael, *The Handbook of Human Rights: An Accessible Approach to the Issues and Principles*, Kogan Page Publishing, London 2004.
- ARVAS, İbrahim Sena, *Bir Özdenetim Tetikleyicisi Olarak, Medya Tekzip Merkezi: Türk Basınında Kanuni ve Gönüllülük Temeline Dayanan Denetim uygulamalarında Cevap ve Düzeltme Hakkı*,
(http://sbd.aydin.edu.tr/makaleler/cilt1sayi7/6_ibrahim_sena_arvas.pdf, erişim 5 Ocak 2013).
- BARENDT, Eric, *Importing United States Free Speech Jurisprudence?*, in: *Freedom of Communication*, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publishing, Great Britain, 1994.
- BOLLINGER, Lee, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, UK 1986.
- COPLAN, Karl S., *Legal Realism, Innate Morality, and the Structural Role of the Supreme Court in the U.S. Constitutional Democracy*, *Tulane Law Rev.* Vol. 86, (2011), (<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty>,

⁵⁵ LAI, Deepak, *Reviving the Invisible Hand: The Case for Classical Liberalism in the Twenty-first Century*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006, s. 334 vd.

⁵⁶ Örneğin bkz. RICHTER, Melvin, *The Politics of Conscience: T.H. Green and His Age*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1964.

erişim 6 Nisan 2012)

ÇOLAK, N. İlker, Kitle İletişim Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.

DIJK, Teun A. Van, Race, Riots and The Press: An Analysis of Editorials in the British Press About the 1985 Disorders, (<http://discoursesorg/OldArticles/Race,%20riots%20and%20the%20press.pdf>, erişim 4 Haziran 2013).

EASTLUND, David, The Insularity of The Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit The Truth, *ETHICS*, Vol. 108, January 1998.

FISHER, William W., The Development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights, in: A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law 1791 and 1991, Edited by Michalel Lacey/Knud Haakonssen, Cambridge University Press, Canada 1992.

FLINT, David, Media Self-Regulation, in: Freedom of Communication, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publishing, Great Britain, 1994.

GIBSON, James L. / CALDEIRA, Gregory A., Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court, *Law & Society Review*, Vol. 45, Number 1, (2011)

GOODMAN, Helen, Media Self-Regulation must Include Self-Control too, (<http://liberalconspiracy.org/2011/10/26/media-self-regulation-must-include-self-control-too/>erişim 8 Nisan 2013)

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2011.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.

İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener, Kitle İletişim Hukuku: Basın, Radyo-Televizyon-Sinema-Video-İnternet, Yeniden İncelenmiş Dokuzuncu Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

JEFFERY, Anthea J., Free Speech and Press: An Absolute Right?, *Human Rights Quarterly*, Vol. 8, No. 2, May 1986, (John Hopkins University Press)

LAI, Deepak, Reviving the Invisible Hand: The Case for Classical Liberalism

in the Twenty-first Century, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006.

LIPTAK, Adam, U.S. Court is Now Guiding Fewer Nations, *New York Times*, 17 September 2008.

ÖZGEN, Murat, 1980 Sonrası Türk Medyasında Gelişmeler ve Magazinleşme Olgusu, (<http://cim.anadolu.edu.tr/pdf/2004/1130848156.pdf> erişim 10 Haziran 2013).

PELED, Roy / RABIN, Yoram, Constitutional Right to Information, *Columbia Human Rights Law Rev.* Vol. 42.

RİCHTER, Melvin, *The Politics of Conscience: T.H. Green and His Age*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1964.

ROSTOW, Eugene V., *American Legal Realism and the Sense of the Profession*, (1962). Faculty Scholarship Series. Paper 2139.

(http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2139, erişim 6 Haziran 2013).

SUNSTEİN, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, U.S. 1993.

ŞAHİN, Kemal, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gereçleri ve Sınırları*, 12. Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

The OSCE Representative on Freedom of the Media, Vienna 2008, (contributors: Mikros Harszti, Yavuz Baydar, William Gore, Ognian Zlatev, Véronique Maurus), at <http://www.osce.org/fom/31497>, erişim 5 Mayıs 2013).

TİRYAKİ, Refik, Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK, *AÜHFD*, C. 51, 2002, s. 172. (dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2597.pdf, erişim 4 Mart 2013)

WATKINS, John J., *The Mass Media and The Law*, Prentice Hall, U.S. 1993.

BOŞ