

İdarenin Sıralama İhalesi Açmayarak Sınırlı Lisansları Tahsis Etmesinin Anayasal Hakların Kullanılmasını Engelleyip Engellemeyeceği

Bu karar, “İdarenin sıralama ihalesi açmayarak sınırlı sayıdaki bölgesel radyo yayını lisanslarını tahsis etmesinin anayasal hakların kullanılmasını engelleyip engellemediği” hakkındadır.

T.C.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ

KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

(OMBUDSMANLIK)

SAYI: 2023/7279-S.23.11841

BAŞVURU NO: 2022/18830

KARAR TARİHİ: 12/06/2023

TAVSİYE KARARI

BAŞVURAN:

BAŞVURAN VEKİLİ / TEMSİLCİSİ:

BAŞVURUYA KONU İDARE: RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU BAŞKANLIĞI

BAŞVURUNUN KONUSU: İdarenin sıralama ihalesi açmayarak anayasal hakların kullanılmasını engellediğinin tespiti ve (R2) tipi lisansa uygun olarak Marmara Bölgesi dahilindeki illerden olan Balıkesir, Bursa, Bilecik, Çanakkale, Yalova, Sakarya, Kocaeli, Tekirdağ, Kırklareli, Edirne illerinde yayın yapmak üzere gerekli izinlerin verilmesi talebi hakkındadır.

BAŞVURU TARİHİ: 15/12/2022

I. BAŞVURANIN İDDİA VE TALEPLERİ

1. Başvuran Kurumumuza yaptığı şikayet başvurusunda kayıtlı olan hususlarda özetle,“.... ” adıyla ve 3984 sayılı Kanun’un Geçici 6’ncı maddesi kapsamında bölgesel radyo (R2) yayını yapmakta iken 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un Geçici 4’üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca sahip olduğu mevcut lisans kapsamına dahil olan bölgede yayın yapma hakkının devam ettiğini, nitekim RTÜK İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığının 29/02/2008 tarihli yazısında bu durumun teyit edildiğini,

RTÜK tarafından kabul edilen bölgesel radyo yayını lisansına sahip olarak halihazırda İstanbul ilinde yayın yapılmakta olduğunu, bu lisans tipine uygun olarak bir coğrafi bölgenin asgari % 70’inde yayın yapma hakkına sahip olduğunu, bunun dayanağının 3984 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesi olduğunu, nitekim bu durumun 10/03/1995 tarihli ve 22223 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın Lisansı ve İzni Yönetmeliği’nin 3’üncü maddesinin yirmi sekizinci bendinde de ifade edildiğini,

Bu kapsamda, (R2) lisans tipine uygun olarak Marmara Bölgesi dahilindeki illerden olan Balıkesir, Bursa, Bilecik, Çanakkale, Yalova, Sakarya, Kocaeli, Tekirdağ, Kırklareli, Edirne illerinde yayın yapmak üzere gerekli izinlerin verilmesi talepli olarak 10/11/2022 tarihinde RTÜK’e müracaat edildiğini, RTÜK’ün bu talebi reddettiğini,

RTÜK’ün ret gerekçesinde her ne kadar Üst Kurul tarafından 2013 yılında ihale şartnameleri hazırlanarak sıralama ihalelerine çıkıldığı, ancak ihalelerle ilgili olarak açılan davalar üzerine ihalelerin iptaline karar verildiğinden bahisle sorumluluğun yerine getirildiğinden bahsedilmişse de iptal edilen ihalelerin üzerinden uzun yıllar geçtiğini ve bunun üzerine bir daha ihale yapılmadığını, Kanun’da öngörülen usulü izleyememesinin idarenin ihmalinden kaynaklandığını, buna rağmen bu usulün izlenmesi gerektiği

gerekçesiyle talebin reddedilmesinin hakkın kullanımını imkansız hale getirdiğini,

6112 sayılı Kanun'un Geçici 4'üncü maddesi gereğince sıralama ihalesi yapma yükümlülüğünün Üst Kurulda olduğunu, bu Kanun'un 2011 yılında yürürlüğe girmiş olduğunu ve bu tarihten beri usulüne uygun bir ihale yapılmamasının sorumluluğunun da açıkça Üst Kurula ait olduğunu, idarenin bağlı yetkili olduğu bir olayda hareketsiz kalmasının hizmet kusuru teşkil ettiğini, başvuruya konu durumda da üzerinden 11 yıl geçmiş olmasına rağmen usulüne uygun bir ihalenin açılmadığını,

Sıralama ihalesini gerçekleştirerek kanal ve frekans tahsislerini yapmakla yükümlü idare tarafından geçiş sürecinin uzatılmasının, fiili olarak yayınlarına devam eden yayın kuruluşları ile yayın yapmak isteyen kuruluşlar arasında eşitsiz uygulamaların doğmasına neden olduğunu, ayrıca yapılacağı tarih belli olmayan ihale nedeniyle yayın yapmak isteyen yayıncı kuruluşların yapmış oldukları başvuruların reddedildiğini ve yayın haklarının sınırlandırıldığını, bu durumun Anayasa'da güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile bunun uzantısı niteliğinde olan radyo ve televizyon istasyonları kurma ve işletme serbestisinin de ihlaline sebebiyet verdiğini, nitekim talebiyle benzer konulu Anayasa Mahkemesinin 2014/11028 numaralı başvuru hakkında 18/10/2017 tarihinde verdiği kararla RTÜK'ün sıralama ihalesi açmamasının Anayasa ile güvence altına alınan hakları ihlal ettiğini hükme bağladığını,

Görüldüğü gibi idarenin kendisine yüklenen sorumluluğu yerine getirmemesi sebebiyle talep edilen hakkın kazanılmasının sürüncemede kaldığını ve idarenin keyfiyetinin anayasal hakkın kullanımını engellediğini, bu hak ihlalinin durdurulması ve idarenin sorumluluğunu yerine getirmesinin sağlanması için Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurma gereğinin doğduğunu **iddia ve ifade ederek** idarenin sıralama ihalesi açmayarak anayasal hakların kullanılmasını engellediğinin tespitini ve (R2) tipi lisansa uygun olarak Marmara Bölgesi dahilindeki illerden olan Balıkesir, Bursa, Bilecik, Çanakkale, Yalova, Sakarya, Kocaeli, Tekirdağ, Kırklareli, Edirne illerinde yayın yapmak üzere gerekli izinlerin verilmesini vekili aracılığıyla **talep etmektedir.**

II. İDARENİN BAŞVURUYA İLİŞKİN AÇIKLAMALARI

2. Kurumumuzca, verilecek karara esas olmak üzere başvuru belgesinde yer alan iddiaların doğruluğunun tespiti ve eğer mümkünse ilgili idare ile başvuran arasında muhtemel bir dostane çözümün tesisi amacı ile 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu hükümleri uyarınca inceleme ve araştırma gerçekleştirilmiştir. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun "*Bilgi ve belge istenmesi*" başlıklı 18'inci maddesi hükmü uyarınca, **30/12/2022 tarihli ve ... sayılı yazı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkanlığından bilgi-belge talebinde bulunulmuştur. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkanlığının ... sayılı yazısı Kurumumuza ulaşmıştır.**

2.1. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkanlığının cevabi yazısında özetle,

Halihazırda karasal ortamdan radyo yayını yapan kuruluşların, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un Geçici 4'üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında ve Kanun'un yayımlandığı tarihte yayında oldukları yerleşim yerlerinden yayınlarına devam ettiği; başvurana yönelik olarak 2006 ve 2011 yıllarında tahakkuk ettirilen kanal/frekans yıllık kullanım ücretleri incelendiğinde, söz konusu kuruluşun karasal ortamdan sadece İstanbul il merkezine yönelik olarak radyo yayını yapma hakkının bulunduğu görüldüğü;

6112 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde, karasal ortamdan ulusal yayın yapan kuruluşların yayınlarını ülke nüfusunun asgari yüzde yetmişine ulaştırmaları gerektiğinin hüküm altına alındığı; ancak kuruluşlar tarafından ulusal/bölgesel/yerel yayınlara ilişkin Kanun'da yer alan hak ve yükümlülüklerin, sıralama ihalesi sonucunda ihale üzerinde kalan kuruluşlara frekans tahsisi yapılarak lisans verilmesi sürecinden sonra gerçekleşebileceği; kuruluşlar tarafından yapılan mevcut yayınların, 6112 sayılı Kanun'un Geçici 4'üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında gerçekleştiği; nitekim kayıtlarda ulusal yayın (R1) kaydı bulunmasına rağmen "Rapsodi Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş." unvanlı kuruluşun 6112 sayılı Kanun'un Geçici 4'üncü maddesi kapsamında iki ile yönelik yayın hakkının bulunduğu; yine kayıtlarda ulusal yayın (R1) kaydı bulunmasına rağmen "Radyo Vatan Yayıncılık A.Ş." unvanlı kuruluşun iki ilden yayınlarına devam ettiğinin görüldüğü; sonuç olarak ihale süreci tamamlanana kadar ulusal/bölgesel/yerel yayınlara ilişkin Kanun'da yer alan hak ve yükümlülüklerin kuruluşlara uygulanmadığını;

Taraflarındaki kayıtlarda başvuranın, uydu ortamından yayın yapmak üzere “Eğitim-Kültür” konulu “Tematik Yayın” türünde 29/12/2014 tarihinden geçerli 10 yıl süreli uydu radyo yayın lisansı (U-RD) ile 1995 yılında yapılan bölgesel yayın (R2) başvurusuna istinaden 6112 sayılı Kanun’un Geçici 4’üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında karasal ortamdaki sadece İstanbul il merkezine yönelik olarak bölgesel radyo (R2) yayın hakkının bulunduğu bilgisinin yer aldığı;

Başvuranın bölgesel radyo (R2) yayın lisansı kapsamında yayın alanını genişletebilmesi için taraflarınca yapılacak ilanda belirtilecek şartları yerine getirmesi ve sıralama ihalesine katılmasının gerektiği ve ihalenin üzerinde kalması halinde frekans tahsis sonrasında verilecek lisans çerçevesinde belirtilen yerlerden yayın yapabilmesinin mümkün olabileceği;

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Karasal Yayın Lisansı ve Sıralama İhalesi Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik değişikliğinin 23/12/2018 tarihli ve 30634 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girdiği; sonrasında 18/05/2021 tarihli ve 31485 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Karasal Yayın Lisansı ve Sıralama İhalesi Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’le değişiklik yapıldığı; diğer yandan, Anayasa Mahkemesinin “.... Radyo Yay. ve Rek. A.Ş.” unvanlı kuruluşun bireysel başvurusu sonucunda verdiği 18/10/2017 tarihli ve ... sayılı kararı üzerine yapılan çalışmanın, 15/01/2018 tarihli ve ... sayılı yazıyla Üst Kurula sunulduğu ve Üst Kurulun 18/01/2018 tarihli ve numaralı toplantısında no lu kararın alındığı;

Söz konusu Üst Kurul kararı gereği, Başkanlık Makamının 24/01/2018 tarihli ve sayılı Oluru ile “İhale Hazırlık Komisyonu”nun oluşturulduğu ve bu Komisyonun çalışmalarına başladığı;

Komisyonun “Karasal FM Radyo Ulusal Yayın Lisansı (R1) Sıralama İhalesi Şartnamesi” taslak metnini tamamlayarak konuya ilişkin karar alınmasını teminen Üst Kurulun onayına sunduğu; ayrıca söz konusu Komisyonun Başkanlık Makamının 31/05/2021 tarihli ve ... sayılı Oluru ile güncellendiği;

Üst Kurulun 31/10/2018 tarihli ve ... no lu kararının ikinci maddesi kapsamında, Karasal FM Radyo Ulusal Frekans Planı’nda, İstanbul metropolünde maksimum frekans sayısının elde edilebilmesi için İstanbul-Çamlıca, Kocaeli-Merkez, Bursa-Merkez ve İstanbul-Silivri İstasyonlarının “Senkron FM” çalışacak şekilde, aynı emisyon noktasından yayın yapan kuruluşların taşıyıcı frekansları arasında en az 300 kHz frekans aralığı olacak şekilde ve Bulgaristan idaresi adına kayıtlı GE-84 frekanslarının koordinasyonu dikkate alınarak İstanbul-Çamlıca emisyon noktasından 61 adet FM radyo yayını yapılacak şekilde hazırlanan plan revizyonunun Üst Kurula sunulduğu ve bunun Üst Kurulun 18/12/2018

tarihli ve ... numaralı toplantısında alınan no lu kararla onaylandığı;

Üst Kurulun 31/10/2018 tarihli ve ... no lu kararının üçüncü maddesi kapsamında, konuyla ilgili olarak görevlendirilmiş İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığı teknik personeline söz konusu Üst Kurul kararı bağlamında revizyon çalışmalarının tamamlandığı; 226 adet emisyon noktasında gerekli teknik düzenlemeler yapılarak söz konusu emisyon noktalarındaki frekans sayılarının artırıldığı; bu kapsamda 5 adet emisyon noktasının Plan'dan çıkarılıp 10 adet emisyon noktasının Plan'a dahil edildiği; ayrıca yapılan çalışmaya ek olarak GE-84 Antlaşması kapsamında ülkemiz adına kayıtlı frekanslar korunarak Üst Kurulun 01/07/2020 tarihli ve ... numaralı toplantısında alınan 92.5 MHz, 94.1 MHz, 95.7 MHz, 97.4 MHz ve 99.0 MHz frekanslarının boşaltılması yönündeki ... no lu kararı kapsamında yeniden çalışma yapıldığı ve listenin son haline getirildiği;

Ayrıca Çamlıca Kulesine ait koordinatın Plan'a işlendiği; belediyeler, tabiat ve kültür varlıklarını koruma müdürlükleri, TRT ve ilgili diğer kamu kurumlarından gelen talepler doğrultusunda Karasal FM Radyo Ulusal Frekans Planı'ndaki 14 adet emisyon yerinin Üst Kurul kararlarıyla değiştirilerek Plan'a işlendiği ve söz konusu tüm değişikliklerin işlendiği güncel Plan'ın son halinin onaylanması hususunda Üst Kurul kararı alınmasını teminen yazının Başkanlık Makamına sunulduğu; Üst Kurulun 22/06/2022 tarihli ve ... numaralı toplantısında alınan ...lu kararıyla Plan'ın son halinin onaylandığı;

Revize edilen Plan'ın ITU nezdinde uluslararası koordinasyonla tescil işlemlerinin yapılması ve uygulanması amacıyla 20/09/2022 tarihli ve ... sayılı yazıyla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığına gönderildiği;

Başvuranın daha önceden Üst Kurula gönderdiği 17/07/2014 tarihli yazısıyla kuruluşun bölgesel radyo yayın lisansı (R2) başvurusu kapsamında yayın alanını genişletme yönündeki talebinin Üst Kurulun 13/08/2014 tarihli ve ... numaralı toplantısında alınan ... no lu kararıyla reddedilmesi üzerine bu işlemin yürütmesinin durdurulması ve iptali talebiyle açılan / E. sayılı davada, Ankara 10. İdare Mahkemesince 25/11/2015 tarihli kararla "davanın reddine" hükmedildiği; sonrasında ise, Danıştay 13. Dairesinin 04/10/2016 tarihli ve / E., / K. sayılı kararıyla "... anılan mahkeme kararının ONANMASINA..." karar verildiği

açıklamalarına yer verilmiştir.

III. İLGİLİ MEVZUAT

3. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın;

3.1. "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" başlıklı 74'üncü maddesinde, *"...Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.*

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler...",

3.2. "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez",*

3.3. "Anayasa Mahkemesinin kararları" başlıklı 153'üncü maddesinin altıncı fıkrasında, *"Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar",*

4. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun;

4.1. "Kurumun görevi" başlıklı 5'inci maddesinin birinci fıkrasında, *"Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir",*

4.2. "Başvuru ve usulü" başlıklı 17'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Yapılan başvurulardan;*

a) Belli bir konuyu içermeyenler,

b) Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olanlar,

c) İkinci fıkrada belirtilen şartları taşımayanlar,

ç) Sebepleri, konusu ve tarafları aynı olanlar ile daha önce sonuçlandırılanlar, incelenmez",

4.3. “İnceleme ve araştırma” başlıklı 20’nci maddesinin birinci fıkrasında, *“Kurum, inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırır”,*

5. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un “Kanal ve frekanslarla ilgili geçiş hükümleri” başlıklı Geçici 4’üncü maddesinde, *“(1) Üst Kurulca sıralama ihalesi yapıp, karasal yayın lisansları verilene kadar geçecek süre içerisinde, sadece 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun geçici 6 ncı maddesi uyarınca karasal ortamda yayında olan radyo ve televizyon kuruluşları, Üst Kurulca yayın yapmalarına müsaade edilmiş olan yerleşim yerleri ile sınırlı olmak kaydıyla, yayınlarına devam ederler. Bu kuruluşlardan, 41 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen kanal ve frekans yıllık kullanım bedeli, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren tahsil edilir. (...) veya karasal yayın lisansları için sıralama ihalesinin yapılmasının ardından tahsise hak kazanmayan kuruluşların karasal yayınları bir ay içinde Üst Kurulca durdurulur. Sıralama ihalesinde tahsise hak kazanan kuruluşların yayınları Üst Kurulca belirlenen takvimde, daha önce yayın yaptıkları kanal ve frekanslardan, tahsis edilen kanal, multipleks kapasitesi ve frekanslara taşınır.*

(2) Sıralama ihalesinde karasal sayısal televizyon multipleks kapasitesi tahsisine hak kazanan kuruluşlardan bir bölümüne, ihaledeki sıraları ve analog kanal kapasitesi dikkate alınarak en fazla iki yıl süreyle karasal sayısal yayının yanı sıra analog televizyon yayını yapmalarına da imkân tanınır. Tahsisi müteakip en geç iki yıllık süre sonunda analog karasal televizyon yayınları ülke genelinde tümüyle sonlandırılır ve analog karasal televizyon yayınları durdurulur. Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu da kendisine yapılan tahsisler çerçevesinde ve Üst Kurulca verilen süre içinde karasal radyo ve televizyon yayınlarını eski kullandığı kanal ve frekanslardan tahsis edilen kanal, multipleks kapasitesi ve frekanslara taşır.

(3) Bu madde uyarınca Üst Kurulca yayınları durdurulan kuruluşların yayınlarına izinsiz olarak devam etmeleri durumunda bu kuruluşlar hakkında, 33 üncü maddenin birinci fıkrası uyarınca işlem yapılır.

(4) Karasal yayın lisanslarının verilmesinin ardından mevcut verici tesisleri özel medya hizmet sağlayıcılar tarafından kaldırılır veya tarafların mutabık kalacakları bir bedel karşılığında verici tesis ve işletim şirketine devredilir. Verici tesis ve işletim şirketi tarafından devralınmayan verici tesisleri Üst Kurulca yapılacak uyarının ardından üç ay içinde kaldırılır. Verilen süre içinde kaldırılmayan ve faaliyetine devam eden verici tesisleri Üst Kurulca mühürlenerek kapatılır.

(5) Frekans planları ve uygulama takvimi bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde hazırlanır.

(6) Üst Kurula tahsis edilen frekans bantları dışındaki frekans bantları, sayısal yayına geçişin tamamlanmasını takiben Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun talebi çerçevesinde Üst Kurul tarafından boşaltılır”

düzenlemelerine yer verilmiştir.

IV. KAMU DENETÇİSİ FATMA BENLİ YALÇIN’IN KAMU BAŞDENETÇİSİ’NE ÖNERİSİ

6. Başvuranın iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, ilgili mevzuat ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; başvuru konusuna ilişkin “Tavsiye Karar Önerisi” Kamu Başdenetçisi’ne sunulmuştur.

V. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme

7. Başvuran, işbu kararın 1 numaralı paragrafında, “**I. BAŞVURANIN İDDİA VE TALEPLERİ**” başlıklı bölümünde yer verildiği şekilde özetle, idarenin sıralama ihalesi açmayarak anayasal hakların kullanılmasını engellediğinin tespitini ve (R2) tipi lisansa uygun olarak Marmara Bölgesi dahilindeki illerden olan Balıkesir, Bursa, Bilecik, Çanakkale, Yalova, Sakarya, Kocaeli, Tekirdağ, Kırklareli, Edirne illerinde yayın yapmak üzere gerekli izinlerin verilmesini vekili aracılığıyla talep etmektedir.

8. İlk olarak başvuranın belirttiği “(R2) tipi lisansa uygun olarak Marmara Bölgesi dahilindeki illerden olan Balıkesir, Bursa, Bilecik, Çanakkale, Yalova, Sakarya, Kocaeli, Tekirdağ, Kırklareli, Edirne illerinde yayın yapmak üzere gerekli izinlerin verilmesi” talebi ele alındığında, söz konusu talebin daha önceden Ankara 10. İdare Mahkemesinin 25/11/2015 tarihli ve ... / ... E.,... / K. sayılı kararına konu olduğu; bu kararda, idarenin ret yönündeki işleminde hukuka aykırılık görülmeyerek davanın reddedildiği; temyiz incelemesi yapan Danıştay 13. Dairesinin de 04/10/2016 tarihli ve ... /... E., ... / ... K. sayılı

kararıyla ilk derece mahkemesinin kararını onadığı; idarenin Kurumumuza ilettiği cevabi yazıda bu davayla ilgili karar düzeltme yoluna başvurulduğu bilgisinin paylaşılmadığı tespit edilmiştir. **Bu durum, ilgi talep bakımından kesinleşmiş yargı kararının varlığını ortaya koymaktadır.** 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 17'nci maddesinin üçüncü fıkrasında da *"yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklar"*ın Kurum tarafından incelenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. ~~Bu bakımdan, başvuranın söz konusu talebinin Kurumumuz tarafından incelenmesi mümkün değildir.~~

9. Başvuranın ikinci talebi olan *"idarenin sıralama ihalesi açmayarak anayasal hakların kullanılmasını engellediğinin tespiti"* talebinin ise ayrıca ele alınması gerekmektedir. Söz konusu sıralama ihalesine ilişkin düzenleme, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un Geçici 4'üncü maddesinde yer almaktadır. Bu hükmün ilk halinin ikinci fıkrasında, *"Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde Üst Kurulca karasal yayın lisanslarının verilmesi amacıyla sayısal televizyon multipleks kapasitesi sıralama ihalesi yapılır. Sıralama ihalesinde karasal sayısal televizyon multipleks kapasitesi tahsisine hak kazanan kuruluşlardan bir bölümüne, ihaledeki sıraları ve analog kanal kapasitesi dikkate alınarak en fazla iki yıl süreyle sayısal yayının yanı sıra analog televizyon yayını yapmalarına da imkân tanınır. Tahsisi müteakip en geç iki yıllık süre sonunda analog karasal televizyon yayınları ülke genelinde tümüyle sonlandırılır ve analog karasal televizyon yayınları durdurulur. Radyo yayınları için sıralama ihalesi, analog televizyon yayınlarının kapatılmasının ardından altı ay içinde yapılır"* düzenlemesiyle, televizyon ve radyo yayınlarına yönelik sıralama ihalesinin ne zaman yapılacağına dair bir süreç öngörülmekteydi. Akabinde 6552 sayılı Kanun'la belirtilen fıkra 2014 yılında yapılan değişikliklerle yürürlükteki düzenleme Kanun koyucu tarafından kabul edilmiş ve buna göre, sıralama ihalesinin yapılmasını zorlayıcı süreler kaldırılmıştır. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde, *"Karasal sayısal yayın lisanslarının verilmesi için 6112 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde sıralama ihalesi yapılması öngörülmüş olup, ihaleler yapılmakla birlikte yargı tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararları nedeniyle belirlenen süreçte lisansların verilememesi nedeniyle 6112 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde sıralama ihalesi yapılması zorunluluğunun kaldırılmasını ve radyo yayınları için yapılacak sıralama ihalesinin televizyon yayınlarından bağımsız hale getirilmesini öngören hüküm Tasarıya yeni 98 inci madde olarak eklenmiştir"* ifadelerine yer verilerek, hem ihale sürecine dönük zaman sınırlamasının kaldırıldığı hem de radyo yayınlarına dair sıralama ihalesi sürecinin televizyon yayınlarından ayrı tutulmak istendiği açıkça ortaya konulmuştur.

10. Sonrasında sıralama ihalesinin süreç içinde yapılmaması karşısında konu Anayasa Mahkemesinin de önüne gelmiş ve Mahkeme Genel Kurulu 2014/11028 numaralı başvuru hakkında 18/10/2017 tarihinde verdiği kararda, “65. Radyo yayını yapmak amacıyla yapılan başvuruların sıralama ihalesi yapılamadığı için reddedilmesi, düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştiren yayın hakkını olumsuz olarak etkileyen yapısal bir sorundur. Özel radyo yayınına başlandığı ilk zamanlarda izin verme ve düzenlemeye ilişkin bazı hukuksal ve teknik zorlukların bulunduğu kabul edilse bile idarenin değerlendirmelerinde ve derece mahkemelerinin kararlarında bu sorumluluğun devlete adil olmayan bir yük getirdiği ileri sürülmediği gibi frekans tahsis için gerekenlerin yapılmamasını haklı çıkartacak başka bir gerekçe ileri sürülmüş değildir.

66. Tüm bu hususlar, devletin medyada etkili çoğulculuğu sağlamak ve medya organlarının basın ve haber verme özgürlüğünü güvence altına almak için gerekli yasal ve idari düzenleme yapma ve var olan mevzuatı etkili bir şekilde işletme yükümlülüğünü yerine getirmediğini ortaya koymaktadır.

67. Bu sebeplerle belirtmek gerekir ki sınırlı bir sayısı olan kanal ve frekansların, koşullarını yerine getiren kişiler arasında yayın yapmalarına olanak sağlayacak biçimde ve hakkaniyete uygun olarak tahsis edilmesi gerekir. Yukarıda zikredilen Anayasa kurallarının ve kanunların emredici hükümlerine rağmen karasal radyo yayıncılığı organize edilerek bu alanda frekansların hakkaniyete uygun bir yöntemle tahsislerinin sağlanması suretiyle düzen kurulmadığı takdirde söz konusu yapısal sorunun devam edeceği ve bunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde korunan ifade ve basın özgürlüklerinin devamlı ihlali anlamına geleceği açıktır” değerlendirmeleriyle “Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE” hükmetmiştir. Bu kararda ihlalin giderimi hususunda ise, “söz konusu hakların ihlali, karasal radyo yayını için frekans tahsis edilmemesi şeklinde yapısal bir sorundan kaynaklanmaktadır...Anayasa Mahkemesi kararında gösterildiği şekilde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin ilgili kuruluş olan RTÜK'e gönderilmesi gerekmektedir” ifadeleriyle Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK) sorumluluğuna dikkat çekilmiştir. Ayrıca bu karar sonrasında Mahkeme, 2014/13819 numaralı başvuru hakkında verdiği 10/01/2018 tarihli kararı, 2015/3369 numaralı başvuru hakkında verdiği 08/02/2018 tarihli kararı, 2015/7019 numaralı başvuru hakkında verdiği 08/02/2018 tarihli kararı ve 2015/14943 numaralı başvuru hakkında verdiği 21/02/2018 tarihli kararında da aynı şekilde yapısal sorun tespitinde bulunup bunun giderimi için sıralama ihalesinin yapılması yönünde gerekli işlemlerin yapılmasını RTÜK'ten istemiştir.

11. Kurumumuzun bilgi-belge talep yazısı sonrası RTÜK'ün ilettiği yazıda, Anayasa Mahkemesinin kararı üzerine ilk işlemlerin Ocak 2018'de gerçekleştirildiği; özellikle İhale Hazırlık Komisyonunun son güncellendiği tarihin Mayıs 2021 olduğu; Üst Kurulun 22/06/2022 tarihli ve ... numaralı toplantısında alınan ... no lu kararla Karasal FM Radyo Ulusal Frekans Planı'nın son halinin onaylandığı; bu kapsamdaki çalışmaların halen devam ettiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte henüz idarenin sıralama ihalesini yapmadığı görülmektedir.

12. Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu ve mahkeme kararlarının yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları bakımından özel hüküm mahiyetindeki Anayasa'nın 153'üncü maddesinin son fıkrasında, Mahkeme kararlarının, norm denetimi veya bireysel başvuru kararları şeklinde bir ayrıma gitmeden idare makamlarını bağladığı vurgulanmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun 2018/3007 numaralı başvuru hakkında 15/03/2018 tarihinde verdiği kararında işaret edildiği üzere, *“Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı verip bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına hükmettiği durumlarda ilgili merciler, ihlal kararının niteliğini dikkate alarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde hareket etmek zorundadır.”* Başvuru kapsamında ise, RTÜK'ün Anayasa Mahkemesinin kararları doğrultusunda çalışma yürüttüğü görülmekle birlikte, radyo yayınları açısından sıralama ihalesinin henüz yapılmaması Mahkemenin kararlarının gereğini nihai olarak sağlamamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında, yapısal sorunun kaynağı olarak *“sıralama ihalesi yapılmaması”*nın gösterilmesi nedeniyle söz konusu ihale makul bir süre içinde gerçekleştirilmelidir.

13. Sıralama ihalesinin yapılması açısından bazı hukuki ve teknik hususların belirlenmesi, karar aşamalarının geçirilmesi ve paydaşlarla etkileşim için belli bir sürenin geçebileceği tabii olmakla birlikte, geline aşamada yapılan çalışmalar belirli bir süreye bağlanmalıdır. Özellikle “hukuki belirlilik” gereğince, idarelerin iş ve işlemlerinin muhatapları yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekmektedir. Yine hukuki güvenlik bağlamında, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesi, devletin de faaliyetlerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması önem taşımaktadır. Dolayısıyla başvuru özelinde belirliliğin ve hukuki güvenliğin sağlanması için sıralama ihalesinin yapılmasına dair belli bir süre öngörülmesi, bu konudaki planlamanın ilgilileriyle paylaşılması ve nihayetinde işlemlerin belirlenen süre zarfında tamamlanması gerektiği değerlendirilmektedir.

14. Yukarıda yapılan tüm açıklamalar, başvuranın iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, ilgili mevzuat ve yargı kararları birlikte değerlendirildiğinde;

“(R2) tipi lisansa uygun olarak Marmara Bölgesi dahilindeki illerden olan Balıkesir, Bursa, Bilecik, Çanakkale, Yalova, Sakarya, Kocaeli, Tekirdağ, Kırklareli, Edirne illerinde yayın yapmak üzere gerekli izinlerin verilmesi” talebinin, kesinleşmiş yargı kararına konu olması sebebiyle Kurumumuzca incelenemeyeceği, Kurumumuza başvuru yapıldıktan sonra karar verilene kadar en geç altı ay süreyle yargıya başvuru süresinin durduğu, buna karşın yasal mevzuat gereği yargı kararının bulunduğu konularda Kurumumuzun görev ve yetkisinin bulunmadığı, “idarenin sıralama ihalesi açmayarak anayasal hakların kullanılmasını engellediğinin tespiti” talebi bakımından ise, Anayasa Mahkemesi kararlarının gereği olarak, radyo yayınlarına ilişkin sıralama ihalesinin gerçekleştirilmesi için gerekli iş ve işlemlerin uygulama takvimi belirlenerek makul bir süre içerisinde tamamlanması gerektiği kanaatine varılmıştır.

B. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

15. İyi yönetim ilkelerine, 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in “İyi yönetim ilkeleri” başlıklı 6’ncı maddesinde yer verilmiştir. Bu kapsamda yapılan incelemede, başvurana verilen cevapta, başvurana hangi sürede hangi mercilere başvurabileceği bilgisinin verilmediği görülmüş olup ilgili idarenin **“karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi” ilkesine uymadığı** tespit edilmiştir. İdare tarafından bahse konu ilkeye riayet edilmesi beklenmektedir.

VI. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN AÇIKLAMA

16. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun 21’inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, tavsiye kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır. Buna göre, ilgili idarenin eylem ve işlemlerine karşı dava açma süresinden (varsa) arta kalan sürede Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açıktır.

VII. KARAR

İlgili mevzuat hükümleri, yukarıda açıklanan gerekçe ve dosyanın kapsamına göre,

*“(R2) tipi lisansa uygun olarak Marmara Bölgesi dahilindeki illerden olan Balıkesir, Bursa, Bilecik, Çanakkale, Yalova, Sakarya, Kocaeli, Tekirdağ, Kırklareli, Edirne illerinde yayın yapmak üzere gerekli izinlerin verilmesi” talebinin, yargı organlarınca karara bağlanmış olması nedeniyle 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun 17’nci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince **İNCELENMEMESİNE,***

Anayasa Mahkemesi kararlarının gereği olarak, radyo yayınlarına ilişkin sıralama ihalesinin yapılması için belli bir süre öngörölmesi, bu konudaki planlamanın ve belirlenecek uygulama takviminin ilgilileriyle paylaşılması ve nihayetinde işlemlerin belirlenen süre zarfında tamamlanması yönünde **RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU BAŞKANLIğINA TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

6328 sayılı Kanunun 20'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, ilgili idare tarafından bu karar üzerine tesis edilecek işlemin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Kararın **BAŞVURAN ile RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU BAŞKANLIğINA** tebliğine,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

Şeref MALKOÇ

Kamu Başdenetçisi

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

Adres: Çetin Emeç Bulvarı Hürriyet Cad. No: 2/12 Çankaya ANKARA