

AMERİKAN *FIRST AMENDMENT* MEVZUATINA GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE TEMSİL EŞİTLİĞİ MODELLERİ: KAMUSAL TAŞIYICILIK VE KAMU EMANETÇİLİĞİ

Can Türe*

Özet

Bu çalışma, Amerikan iletişim sektörünün hukuksal altyapısını oluşturan en önemli üç sistemden ikisi olan Kamusal Taşıyıcılık ve Kamu Emanetçiliği sistemlerini ayrıntılı ve karşılaştırmalı olarak ele almaktadır. Telekomünikasyon sektöründe uygulanan Kamusal Taşıyıcılık ile elektro-manyetik yayıncılara uygulanan Kamu Emanetçiliği regülasyonları yirminci yüzyılın tamamında, tümüyle özel sermayenin hüküm sürdüğü bu sektörler yön vermiş ve oluşturdukları kurumlar ve mekanizmalarla bu sektörlerin kamu yararına ve daha demokratik kullanımını teminat altına almıştır. Bu çalışmada ayrıca Amerikan Anayasası'nın Birinci Ek Maddesi kapsamında uygulanan bu hukuksal sistemlerin, ABD'de ifade özgürlüğü, kişisel iletişimin gizliliği, enformasyon güvenliği, kamusal alana erişimde eşitlik gibi hakların sağlanmasının temel enstrümanları olarak işlev gördüğü tezi savunulmaktadır. Diğer yandan, Kamusal Taşıyıcılık ve Kamu Emanetçiliği sistemleri arasındaki benzerlikler incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Kamusal Taşıyıcılık, Kamu Emanetçiliği, İletişim Hukuku, Amerikan Anayasası, Birinci Değişiklik Maddesi, İfade Özgürlüğü, Enformasyon Güvenliği, Erişim Eşitliği, Kamusal Fayda

THE MODELS OF FREEDOM OF EXPRESSION AND REPRESENTATION EQUALITY IN THE AMERICAN *FIRST AMENDMENT*: COMMON CARRIAGE AND PUBLIC TRUSTEESHIP

Abstract

This paper elaborately and comparatively deals with two of the most significant regulation systems, Common Carriage and Public Trusteeship, which constitute the legal foundation of the US communication industry. Throughout twentieth century, Common Carriage, exercised in telecommunications, and Public Trusteeship, enforced over broadcasters, have shaped these predominantly private sectors. They ensured public interest and democratic conduct in the sector through mechanisms and bodies established. The paper

* Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Doktora Öğrencisi, canture@gmail.com.

suggests that above mentioned legal systems have been the main instruments in securing the rights of free speech, privacy of interpersonal communication, information security and equal access to public sphere. Besides, it looks into the parallelisms between Common Carriage and Public Trusteeship applications.

Giriş: Birinci Ek Madde ve Amerika'da İfade Özgürlüğü

19. yüzyılın başlarından itibaren Avrupa merkezli olarak yaşanan siyasi ve toplumsal gelişmeler sonucunda şekillenen modern devlet anlayışı, günümüzde sürekli dönüşüm halindedir. Bu dönüşümde, 20. yüzyıl dinamikleri ve küreselleşme birinci derecede etkili olmaktadır. Devletin bu dönüşümden en çok etkilenen işlevlerinden biri de, kuşkusuz, kamu hizmetleridir. Özelleştirmeler ve deregülasyon yoluyla 1980'li yıllardan bugüne kadar sürekli zayıflayan kamu hizmetleri, hizmet alıcılar olarak vatandaşlar için refah kaybına neden olmakta ve eğitim, sağlık, güvenlik, ulaşım, haberleşme, enformasyon güvenliği, enerji güvenliği, temel ihtiyaçların karşılanması, gıda güvenliği, altyapı gibi hizmetler her geçen gün daha fazla özel sektör tarafından sağlanmaktadır.

Amerikan Anayasası'nın Birinci Ek maddesi, 15 Aralık 1791 yılında kabul edilen 10 maddelik Haklar Bildirgesi'nin (The Bill of Rights) ilk maddesi olarak anayasaya dahil olmuştur. Madde, dini ibadetleri yasaklayıcı, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, halkın barış içinde toplanma hakkı ve şikayet konusu olan bir durumun düzeltilmesi amacıyla yönetime dilekçe hakkını kısıtlayıcı yasa yapılamayacağına hükmetmektedir (The United States Constitution, 2009: 154). Neredeyse ABD tarihi boyunca ifade özgürlüğü, siyasi müzakere kültürünün sağlanması, politik eşitlik, bilinçli vatandaşlık, demokratik diyalog, fikir çeşitliliği, kültürel çoğulculuk gibi, demokratik kültürün oluşumundaki en önemli şartların sağlanması ve korunmasında vazgeçilmez bir rol oynamış, bu ilkelere anayasa güvencesi sağlamıştır (Advisory Committee on Public Internet Obligations of Digital Television Broadcasters, 1998: 20-21).

Birinci Ek Madde'nin garanti altına aldığı **ifade özgürlüğü**, olmaması halinde gazetecilerin, akademisyenlerin ve diğer kanaat önderlerinin güncel bilgiyi arama ve yaymaya dair hayati görevlerini yerine getiremeyecekleri, herhangi özgür bir toplumun olmazsa olmaz haklarından biri olarak tanımlanmaktadır (Danesi, 2009: 128). Farklı görüşlerin ve çıkar gruplarının medya organlarında eşit temsil edilmesi de bu kesimlerin

ifade özgürlüğünü garanti altına almakta, dolayısıyla sosyal çeşitliliğin korunmasına yardımcı olmaktadır.

20. yüzyılda ifade özgürlüğü ve temsil eşitliğinin sigortası görevini gören **Kamusal Taşıyıcı** (*Common Carrier*) statüsü; devletin asgari hizmet alanlarının belirginleşmeye başladığı bir dönemde ortaya çıkmış olan, ekonomik ve hukuki bir statüdür. Devlet aygıtının hem örgütlenme hem işlevsel anlamda şekillenmeye başladığı bir dönemde Anglo-Sakson ülkelerde ortaya çıkan Kamusal Taşıyıcılık sistemi, yüzyıllarca kamu hizmeti ve özel girişim arasında bir köprü görevi görmüştür. Özel şirketlerin, vatandaşlarda herhangi bir refah kaybına yol açmaksızın kamu hizmetlerini üstlenmesine olanak tanıyan sistem, şirketlerin ölçek ve kapsam ekonomilerinin avantajlarından yararlanarak, karlılıklarını sürdürmesini sağlarken çeşitli alanlardaki kamusal çıkarı da mümkün olan en yüksek seviyede dikkate almaktadır. Sistem özel girişimlerin, tekel imtiyazlarından yararlanmasına olanak tanırken, getirdiği kısıtlamalar da, hizmet alıcıların yüksek kalitede hizmet, makul ücretlendirme, evrensel hizmet gibi avantajlardan yararlanmasını garanti altına almaktadır.

Kamusal Taşıyıcılık regülasyonu, elektrik, gaz, demir yolları, telekomünikasyon sistemleri gibi doğal tekel kabul edilen (Gabler Komplakt-Lexikon Wirtschaft, 2010: 314) sektörlerde uygulanabilir. Genel olarak bir sektörde doğal tekel durumunun ortaya çıkması için üç şart gereklidir: Öncelikle, (1) arz - talep mekanizmasının üzerinde ağ etkilerinin ve dolayısıyla dışsallıkların varlığı, (2) tek bir tedarikçi firmanın birçok firmanın rekabetinden daha etkin olabileceği ölçek ekonomilerinin varlığı ve son olarak (3) birden çok türde ürünün, tek bir firma tarafından çok firmanın üretebileceğinden daha düşük bir maliyetle üretilmesi durumu olan kapsam ekonomisinin varlığıdır (Northrup, 2003: 347). Bu doğal tekel şartlarının mevcut olduğu ya da imtiyaz sisteminin uygulandığı sektörlerde, Kamusal Taşıyıcılar, imtiyazına sahip oldukları tekel hakkını kamu çıkarlarına uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün şartları ve kapsamı ise bağımsız idari otoriteler tarafından belirlenmektedir. Böylelikle ilgili sektörler yarı-kamusal bir nitelik kazanmaktadır. Brands ve Leo (1996), 1935 tarihli Karayolu Taşıyıcıları Yasası'nda bu yarı-kamusal statüye dayanılarak, verilen hizmetin niteliklerine dair çeşitli standartlar getirildiğini belirtmektedir.

Farklı çalışmalarda yapılan tanımlamalarda Kamusal Taşıyıcılık regülasyonunun çeşitli sektörlerdeki kullanımlarına yönelik olarak farklı yönlerine dikkat çekilmektedir: Bir

malın taşınmasının yasayla zorunlu kılınmış olması (Garner, 1999: 205), birbirinden bağımsız hizmet verenler arasında entegrasyon (Interstate Commerce Act, 1887, blm. 1), makul oranda talep üzerine zorunlu hizmet yükümlülüğü, adil ve orantılı fiyat uygulamaları, ayrımcı hizmet ve fahiş fiyat uygulamalarının kabul edilemezliği (Crawford, 2009) ve evrensel hizmet (Noam, 1994, böl.1, parag.2) gibi Kamusal Taşıyıcılık özellikleri, uygulamanın yasal temelini oluşturan çeşitli metinler ve akademisyenlerin konu üzerine çalışmalarında yer almıştır. Sisteme karakterini kazandıran tüm bu tanımların bir meta-analizi yapıldığında ulaşılabilen en genel tanım ise şöyledir:

“Kamusal taşıyıcı, devletin sağladığı altyapı niteliğini haiz hizmetleri kamusal sorumluluk anlayışı içerisinde ve devletin yasama ve ilgili düzenleme organlarının regülasyonu altında, tüm kamuya sağlayan özel sermayeli hizmet taşıyıcılarıdır. Özel taşıyıcılarının aksine, tüm kamuya hizmet verip, bu hizmetlerin sağlanmasında ayrımcılığa başvuramaz ve evrensel hizmet anlayışından ayrılamazlar. Güvenlik ve hizmet kalitesine yönelik her türlü önlemi almakla ve eksiksiz uygulamakla ve ayrıca hizmet verdikleri sektörün yarattığı tüm dışsallıkları ortadan kaldırmakla ya da makul seviyeye indirmekle yükümlüdürler. Devletin düzenleyici organlarının denetimi altında hizmet verir ve kendisine dayatılan ilke ve standartlardan saptıklarında yaptırıma tabidirler. Diğer yandan, hizmet verdikleri sektörde tekel ya da sınırlı tekel konumlarında bulunarak ölçek ve kapsam ekonomilerinin maliyet ve kar imkanlarından yararlanırlar. Uygulamanın yer aldığı sektörlerin hemen hepsinin kitlesel sektörler olması nedeniyle, bir kamusal taşıyıcı, kamuya karşı sorumlu olduğu yükümlülüklerin ve o sektörün yarattığı dışsallıkların yüksek maliyetini üstlenmek zorunda kalırken, tüm piyasaya hizmet veren tek ya da sınırlı sayıdaki firmadan biri olarak çok yüksek kar oranına sahip olur. Bu kar oranı, tekel gücü kötüye kullanılarak yüksek fiyat uygulamalarıyla değil, tekel durumunun yüksek sürüm olanakları sayesinde gerçekleşir. Bu anlamda kamusal taşıyıcılık özel sektör, devlet, sermaye sınıfı ve hukuk arasındaki ekonomi-politik bir denge mekanizmasına dayanan bir kamusal hizmet anlayışıdır” (Türe, 2014: 116).

Mevcut literatür, Amerikan mevzuatı ve mahkeme kararlarından yararlanan bu çalışma, Amerika Birleşik Devletleri'nde telekomünikasyon ve kitle iletişim sektörünü düzenleyen üç hukuksal sistemden ikisinin, Kamusal Taşıyıcılık (telekomünikasyon) ve Kamu Emanetçiliği (elektromanyetik yayıncılık) sistemlerinin, bu sektörlerdeki kamu yararının ve ifade özgürlüğü, evrensel hizmet, temsil eşitliği ve ağ tarafsızlığı gibi ilkelerin garanti altına alınmasındaki rollerini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

1. Kamusal Taşıyıcılık'ın Tarihsel Gelişimi

Kökene 17. Yüzyılın sonlarına kadar uzanan Kamusal Taşıyıcılık regülasyonu, bu ve sonraki dönemlerde, genel ekonomik faaliyetlerin bekası için yaşamsal nitelik taşıyan sektörler olarak tanımlanan altyapı sektöründeki aktörlerin “Kamusal Taşıyıcı” sayılmasıyla ortaya çıkmıştır. Dönemin nabantları, hancıları ve nakliyecileri bu kapsamda tutulmuş ve Kamusal Taşıyıcılık'ın ilk örneklerini oluşturan regülasyonlara tabi tutulmuştur. Örneğin 1701 yılında İngiliz mahkemesi, üzerine kamu hizmeti alan kişinin kamusal sorumluluk taşıdığına ve sorumluluğa aykırı hareket ettiğinde hakkında dava açılacağına hükmetmiştir (Noam, 1994, böl.2, parag.4). Amerika Birleşik Devletleri'nde ise vapurlar, fırıncılar, at sürücüleri, değirmenciler, iskele memurları, hancılar ve daha birçok meslek grubu Kamusal Taşıyıcı sayılmıştır (Munn v. Illinois, 1877).

Kamusal Taşıyıcılık regülasyonunun modern uygulamaları ise 19. yüzyıl ortalarında Amerika Birleşik Devletleri'nde, demiryollarının gelişimi ve telgraf teknolojisinin kullanılmaya başlamasıyla ortaya çıkmıştır. Bu yıllardan itibaren demiryolu ve telgraf sektöründe faaliyet gösteren aktörler eyalet meclislerindeki yasalarla Kamusal Taşıyıcı sayılmıştır. 1887 yılında kurulan ve demiryolu sektörünü düzenleyen Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu ile 1934 yılında kurulan Federal İletişim Komisyonu gibi bağımsız idari otoritelerle birlikte Kamusal Taşıyıcılık sistemi daha yerleşik bir uygulama haline gelmiştir. Daha önce yargı kararlarının yanı sıra federal ve eyalet yasaları yoluyla gerçekleştirilen Kamusal Taşıyıcılık uygulamaları, 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında bağımsız idari otoriteler tarafından ve mahkemelerce yaygın olarak denetlenmiştir. Kamusal Taşıyıcı terimi de literatüre ilk kez bu dönemde girmiştir.

2. Tarihsel Bir Perspektifle ABD Telekomünikasyon ve Medya Sektörü

Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'nde iletişim sektörünün faaliyetleri Amerikan Anayasası'nın Birinci Değişiklik maddesine (*First Amendment*) dayanılarak denetlenmektedir. Birinci Değişiklik hukuku olarak anılan bu sistem çeşitli iletişim mecralarında farklı hukuksal uygulamaların doğmasına yol açmıştır. Sektör temel olarak üç temel hukuksal gelenek üzerinden düzenlenmektedir: Yazılı basın, Kamusal Taşıyıcılık (telefon ve telgraf) ve Kamu Emanetçiliği (elektromanyetik yayıncılık). Birinci Değişiklik maddesinin mecraların özel niteliklerine göre yorumları, bu hukuksal geleneklerin de ortaya çıkışına neden olmuştur.

1840'lı yıllarda kullanılmaya başlayan telgraf teknolojisi, kendi hukuksal düzenlemelerini de beraberinde getirmiştir. 1910 yılında yürürlüğe giren Mann-Elkins yasası, telgraf ve ardından ortaya çıkan telefon teknolojisini 1877 yılında kabul edilen Eyaletlerarası Ticaret Yasası kapsamına almıştır. Bu düzenleyici yasa ve 1927'deki Radyo Yasası haricinde, ABD'deki elektromanyetik iletişim araçlarının hiçbiri 1934'te yürürlüğe giren İletişim Yasası'na kadar hukuksal bir temele sahip olmamıştır. Mevcut yasaların yetersiz kalması üzerine hazırlanan bu geniş kapsamlı İletişim Yasası, ilk haliyle yaklaşık 60 yıl boyunca yürürlükte kalmış ve 1996 yılında önemli değişikliklere uğramıştır. İletişim Yasası günümüzde hala yürürlüğünü korumaktadır. Yasa radyo ve televizyon yayınlarının üzerinden gerçekleştirildiği frekansların, sayılarının sınırlı olması nedeniyle toplumda yaşayan herkese ait olduğuna hükmeder (Kaya, 1985: 141).

Bugün Amerika Birleşik Devletleri'ndeki televizyon, telefon, radyo, kablolu TV, internet, uydu gibi birçok teknoloji, 1934 tarihli İletişim Yasası'nın 1996'daki tadil edilmiş haliyle faaliyet göstermektedir. 1934 kanunuyla kurulmuş olan düzenleyici idari organ Federal İletişim Komisyonu (FCC) tüm bu sektörlerin tek elden düzenlenmesi ve denetlenmesinden sorumludur.

3. Telekomünikasyon ve Telgraf Sistemlerinde Kamusal Taşıyıcılık

Telefon, telgraf, faks, gibi Kamusal Taşıyıcılık'ın ve elektronik ve elektromanyetik yayıncılık gibi Kamu Emanetçiliği regülasyonlarının uygulandığı alanlarındaki tüm faaliyetler Federal İletişim Komisyonu tarafından denetlenmektedir (Brenner, 1996: 6-7).

Kamusal Taşıyıcılık 19. Yüzyılın ilk yarısından bu yana telefon ve telgraf iletişiminin düzenlenmesinde merkezi bir konumda yer almıştır. 1934 yılında tüm ağları tek bir yasal çerçevede toplayan İletişim Yasası'nın ilgili maddesi Kamusal Taşıyıcı kavramının sınırlarını şöyle çizmektedir:

“Kamusal Taşıyıcı’ ya da “Taşıyıcı” terimi, bu yasaya tabi olmayan kamusal taşıyıcılara atıfta bulunulan yerler haricinde, emanetçi/kiralık kamusal taşıyıcı olarak eyaletlerarası ya da dış kablolu/kablosuz iletişimle uğraşan ya da eyaletlerarası ya da dış kablosuz enerji iletimiyle uğraşan herhangi bir kişiyi tanımlar. Fakat radyo yayıncılığıyla uğraşan bir kişi sadece bu faaliyeti yürütmekle kamusal taşıyıcı sayılmaz” (Communications Act, 1934, blm. 2, mad. 10).

Görüldüğü gibi, çerçeve madde kablolu ve kablosuz kişilerarası iletişimi Kamusal Taşıyıcılık statüsüne alırken, yasanın çıktığı dönemde, yazılı basın dışındaki en önemli kitle iletişim aracı olan radyoyu Kamusal Taşıyıcılık kapsamına almamış ve bu yükümlülüklerden başışık tutmuştur. Buna göre, günümüzdeki elektronik ve elektromanyetik kitle iletişim araçları da Kamusal Taşıyıcı statüsünde bulunmamaktadır. Brenner (1996: 45-46) yasanın Kamusal Taşıyıcılık tanımının beş önemli özelliğini öne çıkarmaktadır: Kişinin iletişim faaliyetleriyle uğraşması, kamusal bir hizmeti yerine getirmesi, bir mesaj aktarımını yerine getirmesi dolayısıyla taşıyıcı durumunda olması, emanetçi durumunda olması ve yayıncılık yapmaması. Buna göre, kişilerin Kamusal Taşıyıcı sayılabilmeleri için öncelikle kablolu ya da kablosuz yollarla iletişim sektöründe faaliyet göstermelerini gerektirmektedir. Yasa'nın 203 (d) maddesinin, radyo dalgalarıyla enerji iletiminin söz konusu olduğu ve buna benzer tüm faaliyetlerin Kamusal Taşıyıcılık statüsünde olduğuna hükmetmesine rağmen, regülasyonun editoryal bağımsızlığı ve basın özgürlüğünü sekteye uğratabileceği endişeleriyle Kamusal Taşıyıcılık regülasyonunun yayıncılık yapan kişilere uygulanamayacağına hükmedilmiştir. Yasa ayrıca, Kamusal Taşıyıcılara, hizmetlerini talep eden herkese ayrımcılıktan uzak bir kamu hizmeti sağlama ve, kamusal hava spektrumunu kullanmaları nedeniyle, kar amacı gütmeme zorunluluğu getirmektedir.

İletişim Yasası'nın 2. Başlık'ı büyük ölçüde Kamusal Taşıyıcıların faaliyetlerini düzenlemektedir. Örneğin 201 (a) maddesi, Kamusal Taşıyıcılar için belirli entegrasyon şartları getirmektedir. Tanımında her ne kadar Kamusal Taşıyıcılar, uzun mesafe ve

eyaletlerarası iletişim sağlayan kişiler olarak belirtilmiş olsa da, ilgili madde, dış şebekelerde olduğu kadar yerel hizmet veren şirketlere de eyaletlerarası ağlarla arabağlantı yükümlülükleri getirmektedir. Arabağlantı yükümlülüğü Komisyon'un alacağı kamu çıkarı kararlarına bağlı olarak uygulanır. Komisyon özellikle 1930'larda diğer ağlarla arabağlantı zorunluluğunu yoğun olarak uygulamıştır. 1970'li yıllarda ise, entegrasyon uygulamaları yeni ortaya çıkan teknolojiler arasında gerçekleştirilmiştir (Brands ve Leo, 1996: 110).

Sektörde hizmet veren özel sermayeli firmalara getirdiği, kamusal çıkarları koruma ve hizmet sağlayıcılar arası entegrasyon yükümlülüklerinin yanı sıra Kamusal Taşıyıcılık regülasyonunun bir diğer avantajı ise, hizmet fiyatlarının eşitlikçi ve makul düzeylerde tutulmasına yönelik denetimdir. Yasanın, fiyat yükümlülüklerini düzenleyen 201 (b) maddesi fiyat uygulamalarına yönelik şu şartı getirmektedir: *“Bu tür iletişim hizmetleriyle bağlantılı tüm fiyatlama, uygulama, tasnif ve düzenlemeler adil ve makul olmalıdır.”* (Communications Act, 1934, blm. 2, mad. 201b) Fiyat yükümlülüklerinin denetimleri, Kamusal Taşıyıcı firmaların fiyat tarifelerini düzenli olarak Komisyon'a iletilmesiyle gerçekleştirilmektedir. Buna rağmen yasa maddesindeki “adil” ve “makul” tanımları, fazla belirsiz olmaları ve Komisyon tarafından farklı şekillerde yorumlanabilmeleri nedeniyle önemli bir tartışma konusu durumundadır (Brands ve Leo, 1996: 111).

Madde 202 (a) ise, ayrımcılığa karşı Kamusal Taşıyıcıların yükümlülüklerini belirlemektedir. Komisyon bu maddeyi, eşit hizmet alan kişilere eşit fiyat uygulanması olarak yorumlamaktadır ve bazı durumlarda Komisyon tarafından onaylanan fiyat oranları da, hizmet alanlar arasında ayırım gözetildiğinde 202 (a) maddesinin ihlali sayılabilmektedir. Diğer yandan farklı tüketici gruplarına farklı fiyat uygulaması ise Komisyon tarafından kabul gören bir uygulamadır. Buna rağmen Komisyon aşırı derecede kişiselleştirilmiş ve sınırlı şartlara sahip tarifeleri Kamusal Taşıyıcılık ilkelerinin ihlali saymaktadır. Geçmişte çeşitli firmaların fiyat tarifeleri, bu nedenle Komisyon tarafından veto edilmiştir (örneğin, Noam, 1994, böl.2 parag.15).

Yukarıda sayılanlara ek olarak, Kamusal Taşıyıcılar ile ilgili bir diğer hizmet standardı da, taşımacılık geleneğinden gelen prensip olan, ileti güvenliğidir. İletmek üzere vatandaşlardan telefon ve telgraf iletileri teslim alan Kamusal Taşıyıcılar, aldıkları iletileri, içeriğine müdahale etmeksizin ya da içeriğin gizliliğini tehlikeye düşürmeksizin alıcıya teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, iletişim özgürlüğü, gizliliği ve

güvenliğini hukuksal garanti altına almaktadır. Noam (1994, böl.3, başl.6, parag.1), Kamusal Taşıyıcılar'a getirilen sansür yasağı ve ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi şöyle belirlemektedir:

“Amerikan Anayasası’nda, Birinci Değişiklik’teki ifade özgürlüğü teminatı hükümetten gelecek kısıtlamalara karşı işler, buna rağmen özel kişilerden gelecek kısıtlamaları sadece dolaylı olarak ele alır. Özel telekomünikasyon taşıyıcıları için, Kamusal Taşıyıcılık ifade özgürlüğü uygulamalarının temelidir; çünkü muhteva ve kullanım bitaraflığı sağlar. Bu nedenle, taşıyıcılar içerik konusunda seçici ya da sansürcü olamazlar.”

Telekomünikasyon şirketlerinin, ülke çapındaki ortak tesisatı ve ülkenin toprak alanını kullanarak yerine getirdikleri faaliyetler kamusal hizmet sayılmış ve sağladıkları hizmetleri kötüye kullanmaları, akamete uğratmaları veya ayrımcı bir şekilde ifa etmeleri Kamusal Taşıyıcılık regülasyonu çerçevesinde yasaklanmıştır. Bu firmaların çoğu tekel ya da sınırlı tekel konumunda bulduklarından bu konularını kötüye kullanmaları Kamusal Taşıyıcılık ilkelerine aykırıdır. Çeşitli mahkeme kararları, kötüye kullanım ve ayrımcı uygulamalar nedeniyle hizmet sağlayıcıların uygulamaları için iptal kararları vermiştir. Örneğin; telefonda kumar oynadığı gerekçesiyle, bir abonesine sağladığı hizmeti kesen bir telefon şirketi hakkında mahkeme, hizmetin kamusalına vurgu yaparak, illegal kullanıma dair bir delilin yokluğunda şirketin verdiği hizmeti kesmeye yetkili olmadığına hükmetmiştir. Polisin telefon tesisatı kurulmasını veto ettiği bir başka vakada ise, mahkeme kamu kuruluşları ve kamusal taşıyıcıların ahlaki değerlerin sansürcüsü olamayacağı kararına varmıştır (Noam, 1994, böl.3, başl.6, parag.2). Yargı, Kamusal Taşıyıcılık ilkelerini sadece taşıyıcı ya da özel kişilerden gelen kısıtlamalara karşı değil bizzat yasamadan gelen tehditlere karşı da savunmuştur. 1988 yılında Kongre, müstehcen ve uygunsuz telefon mesajlarının engellenmesine dair bir yasayı kabul etmiştir. Mahkeme bu kısıtlayıcı yasaya kısmi iptal kararı vermiş, bir yıl sonra ise Kongre mahkemenin kararı doğrultusunda ilgili yasa maddesini tekrar ele almıştır (Brenner, 1996: 57).

Fakat son otuz yılda ortaya çıkan yeni teknolojiler, iletişim araçlarının hukuksal altyapılarına ait temel kavramların kökten sorgulanmasına yol açmıştır. Kısıtlılık ve tekel olgularının anahtar kavramlar olduğu bir dönemden, kanal sayısının sınırsıza yaklaştığı

bir döneme geçilmesi, geniş bant sistemler ve fiber optik ağlar sayesinde teknik sınırlılıkların büyük ölçüde azalmasıyla eski sorunların büyük bölümü ortadan kalkmıştır.

4. Elektromanyetik Yayıncılık ve Kamu Emanetçiliği

İletişim Yasası'nın yürürlüğe girdiği dönemde başat kitle iletişim aracı olan radyo yayıncılığı Kamusal Taşıyıcı sayılmamış ve yayıncılık işiyle uğraşanlar regülasyonun dışında bırakılmıştır. Hem 1927 Radyo Yasası hem de İletişim Yasası'nın yapıldığı dönemlerde yayıncılığın rekabetçi ticari baskıları ve demokratik bir toplum için gerekli olan standartları arasındaki çelişkiler önemli bir tartışma konusu durumunda bulunmaktaydı (Advisory Committee on... 1998: 18). Böyle olmakla birlikte, yayıncıların yönetildiği Kamu Emanetçiliği (*Public Trusteeship*) sisteminin, Kamusal Taşıyıcılık regülasyonunun getirdiği şartlarla olan önemli benzerliği şöyle tespit edilmiştir:

“1934 tarihli Telekomünikasyon Yasası, kamusal taşıyıcıları tanımladığı ve sınırlarını çizdiği 3. “Tanımlar” maddesinin 10. bendinin sonuna eklenen bir cümleyle, yayıncıları – o dönemde sadece radyo yayıncıları – kamusal taşıyıcı kapsamının dışında tutmuştur. Böylece “radyo yayıncıları, sadece bu faaliyetlerinden dolayı kamusal taşıyıcı sayılmazlar” Fakat elektronik yayıncılara uygulanan rejim, faaliyet şartlarının önemli benzerlikler taşıması nedeniyle, telefon, telgraf ve posta taşıyıcısı olan firmalara uygulanan rejimle – kamusal taşıyıcılık – önemli benzerlikler göstermektedir. Hem kamusal taşıyıcılar hem de kamu emanetçileri, tam ya da sınırlı tekel şartlarında faaliyet göstermektedir. İki taşıyıcı grubunun faaliyetleri de büyük başlangıç yatırımları gerektirmektedir ve iki grup da kamusal alan ve malları kullanmaktadır. Yayıncılar kitle ekonomisine yönelik üretim yaparken, kamusal taşıyıcılar ona benzer bir iktisadi yasaya sahip olan şebeke ekonomisinin işletmecisi durumundadır. Tüm benzerlikler, FCC'nin kamusal taşıyıcı ve kamu emanetçilerine, yasanın tersini söylemesine rağmen benzer regülasyon yöntemleri uygulamasına yol açmıştır” (Türe, 2014: 131).

Horwitz de, elektronik yayıncılık regülasyonu amacının, programların toplumun tüm katmanlarına açık tutulması olduğunu belirtmiş ve bu anlamda Kamusal Taşıyıcılık ve Kamu Emanetçiliği arasındaki benzerliğe dikkat çekmiştir (Horwitz, 1991: 30). Bir başka çalışma ise (Advisory Committee on Public Internet Obligations of Digital Television Broadcasters, 1998, blm. 2, s. 18), Kamu Emanetçiliği ve Kamusal Taşıyıcılar arasındaki benzerliği, çeşitli çıkar gruplarının, yayın lisansını ifade özgürlüklerine yöneltilen bir tehdit olarak kabul etmesine dayandırmaktadır:

“Bazı gruplar, özellikle, politikacılar, eğitimciler, emek aktivistleri ve dini gruplar, yayınların lisansa bağlandığı bir sistemde, ifade özgürlüğü çıkarlarının dostça olmayan lisans sahipleri ve özellikle ticari çıkarlar tarafından ortadan kaldırılacağından korkmaktaydı. Bu nedenle (başka çözüm siyasalarının yanı sıra) bir Kamusal Taşıyıcılık rejimi arayışına girmişlerdi. Kamusal Taşıyıcılık sistemi, tüm yayıncuların, yayın süresi almak isteyen herkese izin vermesini şart koşarak, ayrımcılıktan uzak erişimi garanti altına alacaktı.”

Kamusal Taşıyıcılık regülasyonunun dönemin radyo yayıncıları için öngörülmemiş olmasının nedeni, Birinci Değişiklik maddesinin “Kongre’nin ifade özgürlüğünü kısıtlamayacağına” dair açık hükmü olmuştur. Diğer yandan, yazılı basına tanınan geniş özgürlük alanının elektromanyetik yayıncılık için öngörülmemiş olması da bu yeni teknolojinin teknik yetersizliklerinden ve buna uygulanamaz olmasından ileri gelmiştir (Pool, 1983: 108).

1927 yılında kurulan Federal Radyo Komisyonu Kamu Emanetçiliği modelini şöyle tanımlamıştır:

“Bir kanal yönetiminin vicdanı ve kanaati herhalde kendi kararı olsa da kanalın kendisi sanki kamuya aitmiş gibi yönetilmek zorundadır. Kanal bir topluluğun üyelerine aitmiş ve şu tavsiyeyle ortadaki en iyi kişiye devredilmişçesine: ‘Kanalı bizim çıkarımıza göre yönet’”
(Advisory Committee on..., 1998: 19).

1934 İletişim Yasası da, aynı yıl kurulan Federal İletişim Komisyonu’na (FCC), yeni yayın lisansı başvurularını kamu yararı açısından denetleme yetkisi vermiştir. FCC, yayınların denetlenmesi konusunda da geniş yetkilerle donatılmıştır. Örneğin, Komisyon,

lisansların yenilenmesinde lisans sahibinin önceki yayınlarını denetleme, kınama, faaliyet kısıtlama ve lisans iptali gibi yaptırımları uygulama gibi yetkiler verilmiştir. Ayrıca 1952 yılındaki yasa değişikliğiyle FCC'ye belirli bir yayın tipinin ve faaliyetin durdurulmasını isteme hakkı tanınmıştır. Bu geniş yetkiler, bizzat Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğünün ihlali sayılmamış ve Birinci Değişiklik maddesi kapsamında görülmüştür (Kaya, 1985: 141-142). Kamu emanetçiliği sisteminin temel çıkış noktası, elektromanyetik yayıncılığın kamuya ait bir mülkiyet, yani hava spektrumu kullanılarak gerçekleştirilmesidir. Teorik olarak, sınırlı bir nitelik arz eden enerji taşıyıcı hava tayfi yayıncıya kazanç sağlaması için emanet edilmektedir. İletişim Yasası'ndan 7 yıl önce, 1927 yılında yürürlüğe giren Federal Radyo Kanunu, (1) radyo kanallarının kamu mülkiyeti olduğunu, (2) lisanslama yoluyla bu kanalları kullanarak faaliyet gösterenlerin bu mülkiyetin kiracıları olduğunu ve (3) sadece kamu yararına hizmet verebileceklerini hükme bağlamıştır (Sarmaşık, 1993: 49). Bu gelenek, İletişim Yasası'na da genel hatlarıyla taşınmış ve radyodan sonra doğan - televizyon gibi- elektromanyetik yayın mecraları da kamu hizmeti kapsamına alınmıştır.

Kamu Emanetçiliği standartlarının en çok uygulandığı alanlar altı temel yayıncılık alanını kapsamıştır: *Program çeşitliliği, siyasi söylem, yerellik, çocuklara yönelik eğitim yayıncılığı, engelli vatandaşların erişimi ve adil istihdam olanağı*. Federal Radyo Komisyonu, kanallara toplumdaki tüm önemli grupların zevklerine, ihtiyaçlarına, isteklerine hitap eden, dini, eğitsel, enformatif içerikli, kamuoyuna mal olmuş konuların ve kamusal önem taşıyan konuların ele alındığı, piyasa haberleri, meteoroloji, haberler gibi konuları işleyen yayınların yapılmasını öngörmüştür. Model ayrıca, yayıncılığın bir siyasi arena olması için de yayıncılara belirli kurallar getirmiştir. Örneğin bir kanal, bir siyasi adaya ayırdığı sürenin aynısını rakip adaylara da ayırmak zorundadır. (*Equal Time Rule*) FCC'nin getirdiği bir diğer kural da cevap hakkıdır. Yayınlarında bir adayın desteklenmesi ya da eleştirilmesi üzerine, yayıncı diğer adayların ofislerini durumdan haberdar etmek ve 24 saat içerisinde yayın bantlarını ulaştırmakla yükümlü kılınmıştır. (*Personal Attack Rule*) Talep edildiği takdir kendilerine cevap hakkı için gerekli yayın süresinin ayrılması zorunlu tutulmuştur (Advisory Committee on... 1998: 22-25).

Kamu Emanetçiliği regülasyonunun içeriğini oluşturan önemli bir dizi düzenlemeyi içeren doktrin Hakkaniyet Doktrini (*Fairness Doctrine*) olarak bilinmektedir. Hakkaniyet

Doktrini, yayıncının tüm bakış açılarını kendisinininkine kadar gözeterek Birinci Değişiklik haklarını korumayı amaçlamaktadır (Horwitz, 1991: 43). Türe (2014: 136), Hakkaniyet Doktrini kapsamındaki bazı düzenlemeleri şöyle belirlemektedir:

“‘Hakkaniyet Doktrini’ medya yoluyla kişisel saldırı ve seçimlerdeki siyasi adaylara adil ifade sürelerinin sağlanması gibi konuları ayrıntılı kurallara bağlamaktadır. Doktrin, yayıncuları önemli ve tartışma yaratan olayları kapsayan ve dengeli bir yayıncılık anlayışına yöneltmiştir. Yayınların belirli çıkar ve baskı gruplarına ve öne çıkan davaların sözcülerine açılması teşvik edilmiş ve bunların denetimi, çeşitli yıllara göre fark etmekle birlikte, FCC tarafından gerçekleştirilmiştir. Örneğin, her yayıncı, yayınlarında ihtilaflı bir konuyu ele aldığı anda konunun tüm taraflarının görüşlerini yayınlamakla yükümlüdür.”

İletişim Yasası’ndaki Kamu Emanetçiliği hükümlerinin uygulanması da, editoryal özerkliğe yapılan vurguyla uyumludur. Yayın ve içerik denetimleri, yayın sonrası denetim ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmektedir. Yayın öncesi denetimin hukuki olarak sansür kapsamına girmesi ve İletişim Yasası’nın 326. maddesinin ihlali anlamına geldiğinden, FCC yayın içeriği denetimlerini yayın sonrasında gerçekleştirmektedir (Sarmaşık, 1993: 56). Birçok benzeri uygulama Kamu Emanetçiliği sisteminin içeriğini Kamusal Taşıyıcılık’a yaklaştırmaktadır.

1969 yılında görülen Red Lion davası Amerika Birleşik Devletleri’ndeki elektromanyetik yayıncılık hukuku açısından oldukça belirleyici olmuştur. Pennsylvania’daki sağ görüşlü bir radyo istasyonunda liberal görüşlü bir yazara yapılan saldırı üzerine görülen davada, hava tayfindaki kısıtlılığa ve serbest bir “fikirler piyasasının” oluşmadığına vurguda bulunularak “Üstün olan yayıncıların değil, izleyici ve dinleyicilerin haklarıdır” denilmiştir (Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 1969, blm. 390). Ayrıca karar metninde her fikir ve tutumun, yayınlara erişim hakkı bulunduğuna hükmedilmiş ve bu hakkın ne anayasal olarak ne Kongre tarafından ne de Federal İletişim Komisyonu tarafından sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Karar metninde, fikirlerin temsilindeki çoğulculuğa işaret edilerek *erişim* kavramı iletişim politikalarında temel olarak görülmüştür.

1980'lerin başında dünya genelinde ve özellikle ABD'de yaşanan deregülasyon ve liberalizasyon dönemi, Kamusal Taşıyıcılık'ın şartlarının da daha liberal hale geldiği yıllar olmuştur. Bu yıllara kadar Kamusal Taşıyıcılar, yasal mevzuatta “emanet olarak iletişim hizmetini kamuya sunan kişiler” olarak görülmüştür. Piyasadaki konumundan bağımsız olarak, ayrımcılıktan uzak ve fikirlerin eşitlikçi temsiline dayalı bir yayıncılık anlayışı zemininde yönetilmiştir. Çeşitli mahkemeler de, Federal İletişim Komisyonu'nun içtihatlarına dayanarak, Kamusal Taşıyıcılar'ın, iletişim hizmetlerinin tedarik edilmesine sürekli hazır bulduklarına hükmetmiştir (Crawford, 2009: 881). Buna karşılık Komisyon, 1981 yılında Kamusal Taşıyıcılar ile ilgili önemli bir değişikliğe giderek, “rekabetçi Kamusal Taşıyıcılar” terimini ortaya atmıştır. Bu değişiklik, Kamusal Taşıyıcılık'ın hukuksal tanımında önemli bir kırılmaya yol açmıştır. Komisyon, söz konusu tutanakta 1934'teki teknolojik ve piyasa şartlarının büyük değişikliğe uğradığını belirterek, nereyse 19. yüzyıldan bu yana Kamusal Taşıyıcılık için öngörülen tüm kamusal taşıyıcıların kamu hizmetiyle yükümlülüğü anlayışı yerine, şartları piyasa hakimiyeti tarafından belirlenen bir modeli benimsemiştir (Crawford, 2009: 882-883).

Sonuç

Bu çalışma ortaya koymaktadır ki; Kamusal Taşıyıcılık ve 20. yüzyılda elektromanyetik yayıncılara uygulanan benzeri Kamu Emanetçiliği regülasyonları, yaklaşık 200 yıldan bu yana telekomünikasyon sistemlerinde ifade özgürlüğü, erişim ve temsil eşitliği, enformasyon güvenliği ve eşitlikçi hizmetin sağlanmasında önemli rol oynamıştır. Kıta Avrupası'nda kamu işletmeciliği yöntemiyle sağlanması amaçlanan bu kamu hizmeti ilkeleri, ekonomisi büyük oranda özel sermayeye dayalı olan Amerika Birleşik Devletleri'nde bu iki regülasyon aracılığıyla sağlanmıştır. Çalışma ayrıca, kamuoyunun oluşumu ve sivil politika açısından hayati önem taşıyan bu özgürlüklerin nasıl koruma altına alındığını ve uygulandığını göstermiştir.

19. yüzyılın ilk yarısında telgraf iletişimine uygulanan Kamusal Taşıyıcılık regülasyonu iletişim güvenliğini garanti altına almıştır. Aynı yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan telefon teknolojisinde ise, bölgeler arasında entegrasyon yoluyla hizmete eşit erişim sağlamıştır. 20. yüzyılda kitle iletişim teknolojilerinin yaygınlaşması ve önce radyo sonrasında ise televizyonun kullanılmaya başlamasıyla editoryal özerkliği sekteye

uğratmayan fakat Kamusal Taşıyıcılık regülasyonunun sağladığı kamu hizmeti ilkelerini garanti altına alan bir regülasyona ihtiyaç duyulmuştur. Yazılı basına uygulanan liberal hukuk ve regülasyon yanı ağır basan Kamusal Taşıyıcılık arasında sayılabilecek benzer bir sistem olan Kamu Emanetçiliği birçok özelliğini Kamusal Taşıyıcılık'tan almak üzere elektromanyetik yayıncılığa uygulanmaya başlamıştır. Kamusal Taşıyıcılık, hizmet alan vatandaşların özel sermaye sahibi kişiler tarafından sağlanan kamu hizmetlerine erişimini ve kullandıkları hizmetin kalitesi ve güvenliğini garanti altına almayı hedeflerken, Kamu Emanetçiliği, bir kamu kaynağı olarak görülen hava spektrumunu kullanan kitle iletişim yayıncılarının verdikleri hizmeti kamu hizmeti statüsüne almıştır. Her iki sistem de 20. yüzyıl iletişim araçlarında ifade özgürlüğünü teminat altına almış ve özel sermayeli şirketlerin vatandaşlara uygulayabileceği olası ayrımcı yaklaşımlara karşı kamu çıkarı sağlamayı amaçlamıştır.

1980'lerden sonra iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler ve ortaya çıkan yeni teknolojiler nedeniyle Kamusal Taşıyıcılık ve Kamu Emanetçiliği'ne ait temel kavramlar tekrar tartışmaya açılmıştır. Son on yıllarda ortaya çıkan kablo TV ve Pay TV gibi televizyon teknolojileri ve sınırsız kanal aralığına olanak veren Internet tabanlı sistemler "sınırlılık" ve "erişim" gibi kavramları yeniden tanımlanmaya muhtaç hale getirmiştir. Internet konusunda ise, çok önemli bir gelişme 26 Şubat 2015 tarihinde FCC'nin almış olduğu açık internet kararı olmuştur. Komisyon, tüm Internet servis sağlayıcılarına, Kamusal Taşıyıcılık hukukunun temeli olan "Title II" düzenlemeleri getirmiş ve servis sağlayıcıları kısmen de olsa Kamusal Taşıyıcı ilan etmiştir. Servis sağlayıcılar, hızlı, adil ve açık Internet ilkelerine uymakla yükümlü kılınmıştır. Fakat düzenlemenin henüz oldukça yeni olması nedeniyle, bu konuda akademik çalışma eksikliği bulunmaktadır.

Tüm kamusal yayıncılık standartlarına rağmen, iletişim kanallarındaki kısıtlılığın ortadan kalkışı fikirlerin serbest sirkülasyonunu sağlamaktan hala uzaktır. Görülmektedir ki, daha fazla kanalın olması daha çeşitli fikirlerin temsil edilmesi için yeteli olmamaktadır (Horwitz, 1991: 41). Radyo ve televizyonun "sınırlı bir piyasanın aktörleri" olarak tekeli internet ve uydu teknolojileri tarafından kırılmış olsa da, piyasaya hakim durumdaki yayıncıların farklı kanalları ele geçirme ve çapraz sahiplikler yoluyla tekelleşmesi durumu sektörde hala başat durumdadır. Kamusal Taşıyıcılık ve onun bir türevi olan Kamu Emanetçiliği regülasyonlarının, 21. Yüzyıl iletişim teknolojilerinin bu özelliklerini

dikkate alan yeni bir bağlamda değerlendirilmesi, günümüz iletişim dünyasında yaşanan birçok soruna köklü çözümler sunabilme potansiyeline sahiptir.

Kaynakça

Advisory Committee on Public Internet Obligations of Digital Television Broadcasters (ACPIODTB), (1998) *Charting the Digital Broadcasting Future*, Final Report, Washington D.C.

Brands, Henk, Leo Evan T., (1996). *The Law and Regulation of Telecommunication Carriers*, Massachusetts: Artech House Publication.

Communications Act, (1934). 73. *U.S.Congress*, (1996 düzenlemeleriyle birlikte).

Crawford, Susan P., (2009). "Transporting Communications", *Boston University Law Review*, *Boston School of Law*, Cilt: 89, 871-937.

Danesi, M., (Ed.). (2009). "Freedom of Expression". İçinde: *Dictionary of Media and Communications*. Armonk, NY: M.E. Sharpe.

Gabler, Kompakt-Lexikon Wirtschaft, (2010). *Natürliches Monopol*, Wiesbaden: Gabler

Garner, B. A., (Haz.) (1999). *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group, St. Paul: Minnesota

Horwitz, R. B., (1991). "The First Amendment Meets Some New Technologies: Broadcasting, Common Carriers, and Free Speech in the 1990s", *Theory and Society*, 20 (1), 21-72.

Interstate Commerce Act, (1887). 49. *U.S. Congress*.

Kaya, A. R., (1985). *Kitle İletişim Sistemleri*, Ankara: Teori Yayınları.

Munn. V. Illinois, (1876) *Mahkeme Karar Metni*, 94 U.S. 113 (1876), <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=94&page=113>., 4.02.2014.

Noam, Eli M., (1994). “Beyond Liberalization II: The Impending Doom of Common Carriage”, *Telecommunications Policy*, 18 (6) 435 – 452. <http://www.columbia.edu/dlc/wp/citi/citinoam11.html>, 18.02.2016.

Pool, I. D. S., (1983). *Technologies of Freedom*, USA: The Belknap Press of Harvard University Press

Red Lion Broadcasting Co. v. FCC Davası Karar Metni, (1969). 395 U.S. 367, 390. Bölüm, 1969, <http://laws.findlaw.com/us/395/367.html>, 20.02.2014.

Sarmaşık, J., (1993). “Radyo ve Televizyon Yayınlarının Denetim Yöntemleri”, İstanbul: *Marmara Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayınları*, No: 2.

The American Economy: A Historical Encyclopedia, (2003). “Telecommunications” Der: Cynthia Clark Northrup, California: ABC CLIO

The Bill of Rights, (1791). “The United States Constitution”, The Full Text with Supplementary Materials, Bob Blaisdell (ed.), New York: Dover Publications, 2009.

Türe, C., (2014). *Neoliberalizm Kısacasında Kamu Hizmetlerini Yeniden Düşünmek*, İstanbul: Salyangoz Yayınları.