

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TİCARİ İFADELERİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ
KAPSAMINDA KORUNMASI: AMERİKAN
YÜKSEK MAHKEMESİ ÖRNEĞİ**

Gökçe Nur DEMİR

2501181646

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İSTANBUL – 2022

ÖZ

TİCARİ İFADELERİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA KORUNMASI: AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ ÖRNEĞİ

GÖKÇE NUR DEMİR

Ticarileşmenin ve buna bağlı olarak reklamcılık sektörünün modern toplumda artan rolünün sonuçlarından biri insan haklarına dair bazı kavramların değişim ve dönüşümüdür. Bu çalışmada ele alınan “ticari ifade özgürlüğü” doktrininin ortaya çıkışı ile ifade özgürlüğünün kapsamının ticari ifadeleri de içerecek şekilde genişlemesi bu duruma bir örnek teşkil etmektedir. Çalışma kapsamında söz konusu doktrinin ortaya çıkışında öncü rolü ve zengin birikimi sebebiyle Amerikan Yüksek Mahkemesi kararları ve bu çerçevede ortaya çıkan akademik kaynaklar incelenmiştir. Çalışma ilk olarak ticari ifadelerin ifade özgürlüğü içerisinde kapladığı alanın anlaşılması için bir başlangıç noktası olarak ticari ifade kavramının neleri içerdiğini ve ticari olmayan ifadelerden nasıl ayrılabilceğini ele almaktadır. Daha sonra ticari ifadenin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağına karar vermek üzere, ifade özgürlüğünün temelleri ve koruduğu değerler içerisinde ticari ifadelere yer olup olmadığına ilişkin çeşitli bakış açıları incelenmiştir. Son olarak ticari ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın ifade özgürlüğünü koruma altına alan Birinci Değişikliğine uygun olması için Amerikan Yüksek Mahkemesince hangi ölçütler çerçevesinde incelendiği ve bu ölçütlerin nasıl bir evrim sürecinden geçtiği ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ticari ifade, ticari ifade özgürlüğü, Amerikan Yüksek Mahkemesi, Birinci Değişiklik.

ABSTRACT

PROTECTION OF COMMERCIAL EXPRESSIONS UNDER FREEDOM OF EXPRESSION: THE INSTANCE OF SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

GÖKÇE NUR DEMİR

One of the consequences of commercialization and the resulting increase in the role of the advertising industry in modern society is the change and transformation of certain concepts related to human rights. The emergence of the doctrine of “freedom of commercial expression” discussed in this study and the expansion of the scope of freedom of expression to include commercial expressions is an example of this situation. Within the scope of this study, the decisions of the Supreme Court of the United States and the academic resources that emerged within this framework were examined due to their pioneering role and rich accumulation in the emergence of the aforementioned doctrine. The study first addresses what the concept of commercial expression encompasses and how it can be distinguished from non-commercial expressions as a starting point for understanding the scope of commercial expressions within freedom of expression. It then examines various perspectives on whether commercial expressions are protected under freedom of expression, based on the foundations of freedom of expression and the values it protects. Finally, it examines the criteria used by the Supreme Court of the United States to determine whether an interference with commercial freedom of expression is consistent with the First Amendment to the U.S. Constitution, which protects freedom of expression, and how these criteria have evolved over time.

Keywords: Commercial expression, freedom of commercial expression, Supreme Court of the United States, First Amendment.

ÖNSÖZ

Çalışma ticari ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamındaki yerinin anlaşılmasına odaklanmıştır. Bu çerçevede öncü rolü ve zengin birikimi sebebiyle Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi kararları ve kararlar etrafında gelişen akademik kaynaklardan yararlanılmıştır.

Günümüzde ticari ifadelerin çeşitli şekillerde karşımıza çıkabileceği alanların sayısındaki artış ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında ele alınan örneklerin nispeten sınırlı olması sebebiyle konuyu bir yüksek lisans tezi ile tüketmek elbette mümkün olmamıştır. Ancak tespit edebildiğim kadarıyla Türkçe yazılmış hukuk literatüründe ticari ifade özgürlüğünü ayrıntılı olarak ele alan bir çalışma bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmamın bu alanda mütevazı bir başlangıç olmasını diliyorum.

Uzun ve emek isteyen tez yazım sürecinin her aşamasında yardım ve desteğini esirgemeyen yüksek lisans tez danışmanım ve Hocam Prof. Dr. Abdurrahman Eren'e bu vesileyle teşekkürlerimi sunarım. Yüksek lisans tez jürimde yer alarak bana yol gösteren sayın Hocalarım Prof. Dr. Abdullah Sezer'e, Doç. Dr. Gülay Arslan Öncü'ye, Dr. Öğr. Üyesi Halit Uyanık'a ve Dr. Öğr. Üyesi Volkan Aslan'a teşekkürlerimi sunarım. Tez konusunu belirlerken yardımları dolayısıyla Prof. Dr. H. Burak Gemalmaz ve Araş. Gör. Naciye Betül Haliloğlu Pakdil'e, hem tez yazım süreci hem de tüm akademik hayatım boyunca desteklerini esirgemeyen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'ndaki araştırma görevlisi arkadaşlarıma sonsuz teşekkür ederim. Bu süreçte dostluğunu hissettiğim Merve Gökçek'e, sevgili Orkun Sanal'a ve her sıkıntıma ortak olan kıymetli annem Gülcihan Demir, kardeşlerim Tuğçe, Selenay ve Zeynep ile tüm aileme minnettarım. Canım babam Mehmet Demir'e ise özlemim tarifsizdir, hayatım boyunca attığım her adımda yanımda olduğunu biliyorum.

Gökçe Nur Demir
İstanbul, 2022

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İFADE KAVRAMI

1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ve TİCARİ İFADE KAVRAMINA GENEL BAKIŞ	3
2. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA TİCARİ İFADE.....	8
2.1. Ticari İfadenin Tanımı	8
2.2. Ticari İfadenin Kapsamı: <i>Bolger Testi</i>	12
2.2.1. İçerik Faktörü: İfadenin Belirli Bir Ürün veya Hizmetle İlgili Olup Olmadığı.....	15
2.2.2. Amaç Faktörü: İfadeyi Ortaya Koyanın Ekonomik Bir Motivasyonu Olup Olmadığı.....	16
2.2.3. Biçim Faktörü: İfadenin Reklam Biçiminde Olup Olmadığı.....	19
2.2.3.1. Ticari Reklam.....	20
2.2.3.2. Kurumsal İmaj Reklamı	22
2.2.3.2.1. Doğrudan İmaj Reklamı.....	23

2.2.3.2.2. Doğrudan Konu Reklamı	27
2.2.3.3. Karma İfadeler	30
2.2.4. Ticari Unvan ve Markaların Durumu.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMELLENDİRİLMESİ ve KORUDUĞU DEĞERLER

1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUDUĞU DEĞERLER.....	37
1.1. ABD Doktrininde İleri Sürülen Görüşler.....	37
1.1.1. Bireyi Temel Alan Teoriler: Kendini Gerçekleştirme ve Özerklik.....	41
1.1.1.1. Redish ve “Bireysel Kendini Gerçekleştirme”	43
1.1.1.2. Baker ve “Özgürlük Teorisi”	45
1.1.2. Hakikatin Keşfine Dayanan Teori.....	47
1.1.2.1. Genel Olarak	47
1.1.2.2. İlk Örnek: Milton’ın Areopagitica’sı	50
1.1.2.3. Sistematik Bir Yaklaşım: Mill ve “Hürriyet Üstüne”	51
1.1.3. Demokrasiye Dayanan Teori: Karar Alma Süreçlerine Katılım	54
1.1.3.1. Genel Olarak	54
1.1.3.2. Meiklejohn ve “Kendi Kendini Yönetim”	56
1.1.4. Hoşgörü ve Çoğulculuğa Dayanan Teori.....	59
1.1.5. İstikrar ve Değişim Arasındaki Dengeyi Gözeten Teori.....	61
1.1.6. Denetim Değeri’ne Dayanan Teori	62

1.2. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Görüşü.....	63
2. TİCARİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUDUĞU DEĞERLER	67
2.1. ABD Doktrininde İleri Sürülen Görüşler.....	67
2.1.1. Demokrasiye Dayanan Teori: Birinci Değişikliğin Sadece Politik İfadeleri Koruduğuna İlişkin Görüşler.....	70
2.1.2. Bireyi Temel Alan Teoriler Bakımından Ticari İfade Özgürlüğü	71
2.1.2.1. İfade Alıcısının Çıkarlarına Odaklanan Teoriler.....	71
2.1.2.2. İfade Sahibinin Çıkarlarına Odaklanan Teoriler	74
2.1.3. Devletin Ekonomiyi Düzenleme Yetkisine Dayanan Görüşler	77
2.1.4. Diğer Argümanlar	79
2.2. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Temellendirmesi	80

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE YAPILAN MÜDAHALELERİN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİNDE KULLANILAN ÖLÇÜTLER

1. TİCARİ İFADELERİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA KORUNMASININ TARİHSEL ARKA PLANI.....	87
1.1. Ticari İfadenin İfade Özgürlüğü Kapsamı Dışında Kalan Konumu: <i>Valentine</i> Kararı.....	87
1.2. Mahkeme'nin Değişim Sinyalleri	90
1.3. Dengeleme Yaklaşımı	93
2. TİCARİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DOKTRİNİNİN ORTAYA ÇIKIŞI.....	96
2.1. Dönüm Noktası: <i>Virginia State</i> Kararı.....	96

2.2. Ticari İfade Özgürlüğünün İkincilliği: <i>Ohralik</i> Kararı	103
2.2.1. İfadelerin Yanlışlığı ve Yanıltıcılığı	105
2.2.2. Tehlikenin Derecesi	109
2.2.3. Geniş Kapsam Doktrini.....	111
2.2.4. İçeriğe Dayalı ve İçerikten Bağımsız Müdahaleler.....	112
2.3. Güncel Yaklaşım: <i>Central Hudson</i> Testi	114
2.3.1. Birinci Basamak: İfadenin Yasal Bir Faaliyetle İlgili Olması ve Yanıltıcı Olmaması	118
2.3.1.1. Bazı Mesleklere Mensup Kişilerin Ticari İfadeleri.....	119
2.3.1.2. Ticari Unvanlar	126
2.3.2. İkinci Basamak: Hükümetin “Önemli” Amacı	129
2.3.3. Üçüncü Basamak: Müdahalenin Önemli Hükümet Amacına “Doğrudan” Katkısı	132
2.3.4. Dördüncü Basamak: Müdahalenin Gerekenden Daha Kapsamlı Olup Olmadığı.....	136
2.4. Zararlı Faaliyetlere Dair Ticari İfadelere Yapılan Müdahalelerin Denetimi	144
2.5. <i>Sorrell</i> Kararının Yarattığı Belirsizlik	149
SONUÇ	154
KAYNAKÇA.....	165

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACLU	: American Civil Liberties Union
bs.	: Basım sayısı
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dp.	: Dipnot
Ed.	: Editör
FCC	: Federal Communications Commission
S.	: Sayı
s.	: Sayfa/sayfalar
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
USPTO	: United States Patent and Trademark Office
vd.	: Ve devamı

GİRİŞ

Ticarileşmenin ve buna bağlı olarak reklamcılık sektörünün modern toplumda artan rolünün sonuçlarından biri insan haklarına dair bazı kavramların da değişim ve dönüşümüdür. Bu çalışmada ele alınan “ticari ifade özgürlüğü” doktrininin ortaya çıkışı ile ifade özgürlüğünün kapsamının ticari ifadeleri de içerecek şekilde genişlemesi bu duruma bir örnek teşkil etmektedir. Çalışma kapsamında söz konusu doktrinin ortaya çıkışında öncü rolü ve zengin birikimi sebebiyle Amerikan Yüksek Mahkemesi (Mahkeme) kararları ve bu çerçevede ortaya çıkan akademik kaynaklar incelenmiştir.

Ticari ifadelerin nasıl tanımlandığı yahut tanımsızlığı, ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmadığı, eğer korunacaksa hangi düzeyde bir korumaya tabi tutulduğunun Mahkeme’nin kararlarına zamanla yansımış sürecinin anlaşılması bu çalışmanın esas amacıdır. Ticari ifadelerin ifade özgürlüğü içerisinde kapladığı alanın anlaşılması için bir başlangıç noktası olarak ticari ifade kavramının neleri içerdiği ve ticari olmayan ifadelerden nasıl ayrılabilceği ele alınmaktadır. Daha sonra ticari ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunmayacağına karar vermek üzere, ifade özgürlüğünün temelleri ve koruduğu değerler içerisinde bu ifadelere yer olup olmadığına ilişkin çeşitli bakış açıları incelenmiştir. Eğer ticari ifadeler Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası’nın ifade özgürlüğünü koruma altına alan Birinci Değişikliğinin koruduğu değerleri içeriyorsa ifade özgürlüğü kapsamında korunacaktır. Bu aşamadan sonra ise hangi düzeyde bir koruma sağlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu sorunun çözümü adına ticari ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin Birinci Değişikliğe uygun olması için Amerikan Yüksek Mahkemesince hangi ölçütler çerçevesinde incelendiği ve bu ölçütlerin nasıl bir evrim sürecinden geçtiği ortaya konmuştur. Başlangıçta ifade özgürlüğü koruması kapsamında görmediği ticari ifadelere karşı bakış açısını zamanla değiştiren Mahkeme, sonraları bu ifadelerin bir miktar da olsa koruma göreceklrine dair kararlar vermeye başlamıştır. Fakat yine de ticari ifadelerin koruma kapsamındaki diğer ifadelere göre ikincil bir konumda olduğu kabulünde henüz bir değişiklik yapılmamıştır.

Çalışmada da bu aşamalar takip edilerek birinci bölümde ticari ifadelerin nasıl tanımlandığı ile kapsamı ele alınacaktır. İkinci bölümde ifade özgürlüğünün koruduğu değerler ve bu değerler içerisinde ticari ifadelere yer olup olmadığına dair çeşitli görüşler incelenecektir. Üçüncü bölümde ise ticari ifadelere uygulanacak koruma düzeyine ve bu düzeyin gereklerine odaklanılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İFADE KAVRAMI

1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ve TİCARİ İFADE KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

İnsanı diğer varlıklardan ayıran soyut düşünme yeteneği, ancak üretilen düşüncenin paylaşılması ve kişiler arasında karşılıklı değişimi ile anlamlı hale gelecektir. Düşünme, düşündüğünü ifade yoluyla açığa vurma, açığa vurulan diğer ifadeleri anlayarak yeni bir düşünme döngüsü başlatma insanın anlam bulma yeteneğinin çeşitli aşamalarıdır.¹ İşte ifade özgürlüğü, kişinin bu faaliyetleri yerine getirmesini sağlamak amacıyla devletin hem müdahale etme yetkisine sınırlamalar getiren hem de devlete hakkın kullanımını kolaylaştırmak bakımından gerekli imkanları sağlama yükümlülüğü yükleyen bir hak olarak hukuk düzenlerince uzun süredir koruma altına alınmıştır. Böylelikle ifade özgürlüğü herhangi bir konuda kişinin serbest bir şekilde düşünme, inanç ve kanaat sahibi olma ve sonucunda ortaya çıkan fikir, görüş ve bilgileri konuşma, yazı, sanat veya herhangi bir başka araç kullanarak başkalarına iletmesi ve yaymasını içeren bir haklar grubu olarak karşımıza çıkar.² Bu kapsamda ifade özgürlüğü hem istediğini söylemeyi hem de söylemekten kaçınma ve sessiz kalma hakkını içermektedir. Bunun anlamı kişinin ifadelerini açıklamaya da zorlanamamasıdır.³ Ayrıca başkalarının görüşlerini dinleme, bilgi alma

¹ Tolga Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-1: İfade Özgürlüğünün Grisi*, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2020, s. 13.

² Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, New York, Random House, 1970, s. 3-4; Adnan Küçük, *İfade Hürriyetinin Unsurları*, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 14.

³ Martin Redish, “Compelled Commercial Speech and the First Amendment”, *Notre Dame Law Review*, C. XCIV, S. 4, 2019, s. 1749; Robert Trager, Donna L. Dickerson, *Yirmibirinci Yüzyılda İfade Hürriyeti*, Çev. A. Nuri Yurdusev, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 36; Çalışmada ticari ifade özgürlüğünün yalnızca “istediğini söyleme” boyutu ele alınacaktır. İfade özgürlüğünün “söylemekten kaçınma” boyutundan yola çıkılarak oluşturulan “zorunlu ticari ifade” (**compelled commercial speech**) doktrininin incelenmesi daha geniş kapsamlı bir çalışmanın konusunu oluşturduğundan burada yapılmayacaktır. Zorunlu ticari ifade hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Redish, *Compelled Commercial Speech*, s. 1749-1774; Jonathan H. Adler, “Compelled Commercial Speech and the Consumer Right to Know”, *Arizona Law Review*, C. LVIII, S. 2, 2016, s. 421-477; Robert Post, “Compelled Commercial Speech”, *West Virginia Law Review*, C. CXVII, 2015, s. 867-919.

ve bilgiye erişim haklarını, ortak bir ifadede başkalarıyla bir araya gelebilmek bakımından toplanma ve dernek kurma gibi hakları da içerir.⁴

Tüm bu boyutları kapsayacak bir ifade özgürlüğü anlayışının oluşturulması demokratik bir devletin olmazsa olmaz koşullardan sayılmış ve tarihsel süreçte bilimsel çalışmaların, mahkeme kararlarının ve günlük politikanın en çok tartışılan konularından biri olmuştur. Nitekim ABD bu meseleye ağırlık veren bir hukuk sistemine sahiptir. Tutarlı ve pratikte kolay uygulanabilir bir ifade özgürlüğü yaklaşımı oluşturulmasına hem teorik düzeyde hem de uygulayıcılar düzeyinde önem verilmiş ve Mahkeme öncülüğünde ayrıntılı bir ifade özgürlüğü anlayışı geliştirilmeye çalışılmıştır.⁵

1787 tarihli ABD Anayasası'na 1791 yılında Haklar Bildirgesi (**Bill of Rights**) ile eklenen ve ifade özgürlüğüne hükümet müdahalesini mutlak bir dille reddeden Birinci Değişiklik şu şekildedir:

“Kongre, bir dinin tesisine ilişkin veya onun özgürce yaşanmasını yasaklayan; veya ifade ya da basın özgürlüğüne; veya kişilerin barışçıl biçimde toplanma ya da şikayetlerinin çözüme kavuşturulması için Hükümete dilekçe verme hakkını kısıtlayan hiçbir yasa yapamaz.”⁶

⁴ Emerson, **Freedom of Expression**, s. 3.

⁵ Martin Redish, **Freedom of Expression: A Critical Analysis**, Charlottesville, Virginia, The Michie Company, 1984, s. 2-3; Alexander Meiklejohn, “What Does the First Amendment Mean?”, **University of Chicago Law Review**, C. XX, S. 3, 1953, s. 461.

⁶ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, (Çevrimiçi) https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en, 19 Ocak 2021; Hükümün lafzına bakıldığında yalnızca federal yasama organı olan Kongre'nin yaptığı federal yasalara karşı bir koruma sağladığı düşünülse dahi hüküm, Ondördüncü Değişiklik ile birlikte ele alındığında federe devletler düzeyinde de bir koruma sağlar. Nitekim Mahkeme de 1925 yılında verdiği *Gitlow* kararında bu hususu ele almış ve ifade özgürlüğünün Ondördüncü Değişikliğin kapsamına giren özgürlüklerden olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Gitlow v. New York*, 268 US 652, 666 (1925); Şule Özsoy, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, **TBB Dergisi**, C. LVI, 2005, s. 30; Öykü Didem Aydın, “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı - ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi ve AİHS Sözleşmesi'nin 10. Maddesi Zemininden Hareket Eden Bir Kuram Çatısı”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 2, 2011, s. 30; Ondördüncü Değişikliğin I. Bölümü şu şekildedir: “Hiçbir eyalet, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlarının ayrıcalık veya dokunulmazlıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak veya uygulamayacak; hiç kimseyi yasal gerekler yerine getirilmeksizin yaşamından, özgürlüğünden ya da malından mahrum bırakmayacak; ya da kendi yargı yetkisi içerisindeki bir kişiyi

Görüldüğü üzere, bu oldukça kısa madde metni neyin ifade, neyin özgürlük veya neyin kısıtlama olduğuna ya da bu kısıtlamaların hangi durumlarda yapılacağına dair herhangi bir açıklama içermez.⁷ Birinci Değişikliğin lafzının ifade özgürlüğüne müdahaleyi mutlak surette yasakladığı düşünülse dahi bu anlayış pratikte uygulanabilir değildir. Bu sebeple çok çeşitli şekillerde ortaya konabilecek ifadelerden hangilerinin ifade özgürlüğünün kapsamında olduğu ve yapılacak müdahalelerin sınırlarının belirlenmesi gerekir. İfade özgürlüğünün değeri konusunda neredeyse evrensel düzeyde bir anlaşma olmasına rağmen, meselenin bu boyutları üzerinde bir uzlaşma yoktur.⁸

İfade özgürlüğünün kapsamının belirlenmesi noktasında iki yöntem seçilebilir. İlkinde geniş tanımlamalar yapılması ve her somut olayda bu tanım kapsamında olabilecek bir ifade olup olmadığına karar verilmesi söz konusudur. İkincisi ise ifade özgürlüğü kapsamına neyin girmeyeceğinin tespit edilmesidir.⁹ Mahkeme ikinci yöntemi benimseyerek bazı ifade kategorileri için yapılan müdahalelerin anayasal bir sorun oluşturmadığına karar vermiştir. Bu kapsamda örneğin müstehcen ifadeler (**obscenity**) veya kavgacı sözler (**fighting words**) ifade özgürlüğü korumasının dışında bırakılmıştır.¹⁰

Mahkeme Birinci Değişikliğin kapsamına dair erken dönemde birçok karar vermesine rağmen ticari ifadelerin (**commercial expression**) durumu ancak 1900'lerin ortalarında tartışma konusu olmuştur. Ticari ifadenin tanımlanması ve kapsamı problemi, ifadenin hangi düzeyde korunacağına etki etmesi sebebiyle bu

yasaların eşit koruması dışında tutmayacaktır.”; 1868 yılında onaylanan Ondördüncü Değişiklik, esasen ırk ayrımcılığını önleyerek eşit muameleyi garanti altına almak amacıyla yapılmıştır. Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Tıpkı 18. Basım, İstanbul, Beta, 2020, s. 569.

⁷ Alex Kozinski, Stuart Banner, “The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech”, **Texas Law Review**, C. LXXI, S. 4, 1993, s. 749.

⁸ Edwin Baker, **Human Liberty and Freedom of Speech**, 2. bs., New York-Oxford, Oxford University Press, 1992, s. 3.

⁹ Trager, Dickerson, **İfade Hürriyeti**, s. 31.

¹⁰ Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568, 572 (1942); Öykü Didem Aydın, **Üç Demokrasi Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I: Amerika Birleşik Devletleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 81-82.

tartışmada temel öneme sahiptir. Üçüncü bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği şekilde, Mahkeme ticari ifadelerin Birinci Değişiklik çatısı altında sıkı (**strict**) düzeyde korunan ticari olmayan ifadelerle göre, orta (**intermediate**) düzeyde korunacağını kabul etmektedir.

Bu sebeple ticari ve ticari olmayan¹¹ ifade arasındaki ayrımın net bir şekilde çizilmesi, ticari olmayan ifadelerle anayasaya aykırı şekilde müdahale edilmesinin önüne geçecektir.¹² Buradan yola çıkılarak öncelikle ticari ve ticari olmayan ifade ayrımının nasıl yapılacağına dair doktrinde ortaya konan görüşler ve Mahkeme'nin bakış açısı bu bölümde incelenmeye çalışılacaktır.

Ticari ifadelerin tanımlanması noktasında birden fazla yöntem söz konusu olabilir. İlki ticari ürün veya hizmetlerle ilgili her türlü ifadenin bu kapsamda ele alınmasıdır. Buradan ifadeyi ortaya koyanın kim olduğuna bakılmaksızın, satışa sunulan ürün ve hizmetin kalitesi, verimliliği veya güvenliğiyle ilgili her türlü ifadeyi anlamak gerekir. Yani hem ürün veya hizmetini satmayı teklif eden bir üreticinin/satıcının bu teklife ilişkin ifadeleri hem de tüketiciyi koruma amacıyla hareket ederek ürün veya hizmeti eleştiren ifadeler ticari ifade olarak kabul edilecektir. İkincisi ise sadece ürün veya hizmetin satışını teşvik eden ifadelerin ticari ifade kategorisine dahil edilmesidir. Bu ihtimalde yalnızca satış yoluyla ekonomik kazanç elde etmeyi amaçlayan ifadeler bu kategoriye dahil edilecektir.¹³

¹¹ Mahkeme, Birinci Değişikliği yorumlarken ticari olmayan ifadeler ile ticari ifadeler arasında ayrım yapmıştır. Birinci Değişiklik kapsamında sıkı düzeyde korunan ilk kategori, edebi, sanatsal, bilimsel, ahlaki veya çok çeşitli şekillerde kamuyu ilgilendiren konularla bağlantılı politik ifadeleri ve diğer ticari olmayan ifadeleri içerir. Arlen W. Langvardt, "Tobacco Advertising and the First Amendment: Striking the Right Balance", **William and Mary Business Law Review**, C. V, S. 2, 2014, s. 354; Çalışmada da benzer şekilde ticari ifade kategorisinde olmayan ve Birinci Değişiklik kapsamında sıkı düzeyde korunan ifadeleri kapsayacak şekilde "ticari olmayan ifadeler" söz grubu kullanılacaktır.

¹² Rome, Roberts, **Corporate and Commercial Free Speech**, s. 100-101; David F. McGowan, "A Critical Analysis of Commercial Speech", **California Law Review**, C. LXXIX, S. 2, 1990, s. 382; Yargıçlar da bu husustaki endişelerini dile getirerek ticari olmayan ifadelerle anayasaya aykırı bir şekilde müdahale edilmemesi için ticari ifade tanımının çok geniş bir şekilde yapılmamasını önermişlerdir. Bu yönde bir katılan oyu (**concurring opinion**) için bkz. Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission, 447 US 557, Yargıç Stevens'in katılan oyu 579 (1980).

¹³ Mahkeme bu noktada ikinci yöntemi benimsemektedir. Martin H. Redish, "Commercial Speech, First Amendment Intuitionism and the Twilight Zone of Viewpoint Discrimination", **Loyola of Los Angeles Law Review**, C. XLI, S. 1, 2007, s. 74-75; Ticari ifadenin tanımına dair çeşitli ihtimallerin değerlendirilmesi için bkz. Thomas W. Merrill, "First Amendment Protection for Commercial

Üçüncü bir yöntem ise ürün veya hizmete odaklanmaktan ziyade ifadeyi ortaya koyanın ticari kimliğine odaklanmaktadır. Burada genişletici bir yorumla kâr amacı güden işletmelerin her türlü ifadesinin ticari ifade kategorisi içerisinde ele alınması önerilmektedir. Bu yöntemle göre, ortaya konma biçimi ne olursa olsun, kâr amacı güden işletmelerce kullanılan ifadeler her zaman özünde bir tanıtım niteliğindedir ve ticari ifade olarak ele alınmalıdır.¹⁴

Söz konusu yöntemler dışında doktrinde ortaya konan çeşitli öneriler de mevcuttur. Örneğin Petty'nin "hedef kitle etki modeli" olarak adlandırdığı önerisine göre ifade, hedef kitlesinde bulunan kişilerin bir ürün veya hizmetin tüketicisi rolleri üzerinde bir etki meydana getirecekse ticari, seçmenlik gibi tüketicilik rolü dışında herhangi bir etkisi olacaksa ticari olmayan ifade olarak ele alınmalıdır.¹⁵

Merrill'in önerdiği ticari ifade tanımı ise belirli bir markaya sahip ürün veya hizmete atıfta bulunan, reklamı yapılan ürün veya hizmetin satışında veya ifadenin yayılmasında ekonomik çıkarı olan bir ifade sahibi tarafından ortaya konan ve Birinci Değişiklikle korunan bir faaliyetin reklamını yapmayan ifadeleri kapsar.¹⁶ Earnhardt ise üç unsurun bir araya geldiği bir test önermiştir. Bu unsurlar ifade sahibinin ticaretle uğraşıyor olması, ifadelerin halihazırda var olan veya yeni edinilmeye çalışılan müşterilere yönelik olması ve ifadenin içeriğinin yöneldiği hedef kitlenin söz konusu ürüne yönelik talebini etkileyebilecek fiyat, kalite, içerik, garanti şartları gibi konulara ilişkin olmasıdır.¹⁷

Advertising: The New Constitutional Doctrine", *The University of Chicago Law Review*, C. XLIV, 1976, s. 228-234.

¹⁴ Tamara R. Piety, *Brandishing the First Amendment: Commercial Expression in America*, United States, University of Michigan Press, 2012, s. 12; Richard M. Alderman, "Commercial Entities' Noncommercial Speech: A Contradiction in Terms", *Utah Law Review*, C. MCMLXXXII, S. 4, 1982, s. 744.

¹⁵ Ross D. Petty, "Advertising and the First Amendment: A Practical Test for Distinguishing Commercial Speech from Fully Protected Speech", *Journal of Public Policy & Marketing*, C. XII, S. 2, 1993, s. 172.

¹⁶ Merrill, *First Amendment Protection for Commercial Advertising*, s. 236.

¹⁷ J. Wesley Earnhardt, "Nike, Inc. v. Kasky: A Golden Opportunity to Define Commercial Speech- Why Wouldn't the Supreme Court Finally 'Just Do It'?", *North Carolina Law Review*, C. LXXXII, S. 2, 2004, s. 809.

Weinberg'e bakıldığında da bir ifadenin ticari ifade kategorisi içerisinde ele alınması için en az iki bileşenin bir arada bulunması gerektiğini dile getirdiği görülmektedir. Kriterlerden birincisi içeriğe dairdir; ifadenin içeriği tanıtılan bir ürün veya hizmetin ifadeye maruz kalan kişi tarafından satın alınmasını teşvik edici nitelikte olmalıdır. İkincisi ise ifadeyi kullanan kişiyi harekete geçiren motivasyona ilişkindir; ifadeyi ortaya koyanın amacı teşvik edilen ticari işlem yoluyla ekonomik çıkarlarının karşılanması olmalıdır. Yani yalnızca ekonomik motivasyon ifadeyi ticari olarak sınıflandırmak bakımından yeterli değildir. Bu nedenle ticari ifade ancak iki bileşenin bir araya gelmesiyle oluşur. Yazar burada gazeteleri ve profesyonel yazarlık mesleğini örnek vererek kısmen de olsa ekonomik motivasyona sahip olmanın tek başına ifadeleri ticari ifade kategorisi altında değerlendirmeye yetmeyeceğini belirtmiştir.¹⁸

Örneklerin çeşitliliğinden de anlaşılacağı üzere ticari ifadenin tanımlanması ve kapsamı birçok yazarı meşgul etmiş olsa da uzlaşma söz konusu değildir.

2. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA TİCARİ İFADE

2.1. Ticari İfadenin Tanımı

Mahkeme ticari ifadeleri uzun süredir ayrı bir kategori olarak ele almış olsa da kategorinin sınırlarını belirlemek ve ilkesel bir tanım yapmakta başarısız olduğu genel olarak ifade edilmektedir.¹⁹ Mahkeme'nin de bu belirsizliğin farkında olmadığı söylenemez; kategorinin sınır çizgilerini net bir şekilde çizmenin zorluğu kararlarda sıkça dile getirilmektedir.²⁰ Mahkeme ticari ifadeler ve ifade özgürlüğü kapsamında

¹⁸ Jonathan Weinberg, "Constitutional Protection of Commercial Speech", *Columbia Law Review*, C. LXXXII, S. 4, 1982, s. 720, dp. 2.

¹⁹ Felix T. Wu, "Commercial Speech Protection as Consumer Protection", *Colorado Law Review*, C. XC, S. 2, 2019, s. 632, dp. 6; Earnhardt, *Define Commercial Speech*, s. 799; Joshua A. Marcus, "Commercial Speech on the Internet: Spam and the First Amendment", *Cardozo Arts & Entertainment*, C. XVI, S. 1, 1997-1998, s. 258; Karl A. Boedecker, Fred W. Morgan, Linda Berns Wright, "The Evolution of First Amendment Protection for Commercial Speech," *Journal of Marketing*, C. LIX, S. 1, 1995, s. 42-43.

²⁰ Bu yönde bkz. *Edenfield v. Fane*, 507 US 761, 765 (1993); *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 US 410, 419 (1993).

korunan diğer ifadeler arasında bir “sağduyu farklılığı” (**common-sense distinction**) olduğunu belirtmişse²¹ de bu farklılığa dayandığı veya ticari ifadenin sıkı düzeyde korunan ifadelerle göre eksikliğinin veya farklılığının ne olduğunu belirten bir tanım yapmamıştır.²² Bazı yazarlar Mahkeme’nin kesin bir tanım yapmamasının sağladığı esnekliği doğru bulurken, kimileri belirli bir tanımın yokluğunun yargısal bir hata olduğunu iddia etmektedir.²³

Mahkeme’nin ticari ifadeleri ilk kez ele aldığı *Valentine*²⁴ kararında tanım meselesinin üzerinde durmadığı söylenebilir. Karara konu uyuşmazlık tarihi bir denizaltını sergileyerek gelir elde eden kişinin, denizaltını tanıtan ve ücret karşılığında gezilebileceğini belirten el ilanları dağıtılmasının engellenmesi ile ortaya çıkmıştır. Bu engellemenin gerekçesi olarak ticari reklamcılığa ilişkin materyallerin sokaklarda veya kamuya açık diğer yerlerde dağıtılmasını yasaklayan kanun maddesi gösterilmiştir. Buna karşılık bilgi içeren veya halka açık bir protestoya dair el ilanlarını dağıtmak serbesttir. Bu serbestiden yararlanmak amacıyla, el ilanının bir yüzünde denizaltını tanıtan ifadeler yer almaya devam ederken, diğer yüzüne yerel denizcilik otoritelerini eleştiren bir sayfa eklenmiştir. Buna rağmen el ilanların dağıtımına izin verilmemiştir.²⁵

Somut olayı değerlendiren Mahkeme el ilanlarının niteliği üzerinde durmuştur. Buna göre el ilanları bilgi veya fikirlerin özgürce yayılmasına hizmet etmemektedir. Aksine kazanç getirici bir faaliyetin yürütülmesi veya tanıtımının yapılmasına ilişkin olması sebebiyle “saf ticari reklam” (**purely commercial advertising**) niteliğindedir.²⁶ Mahkeme’nin burada uyguladığı test, ifadenin ticari kazancı, bilgi ve

²¹ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 US 748 (1976) 771, dp. 24; Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, 10 (1979); Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 381 (1977).

²² Todd F. Simon, “Defining Commercial Speech: A Focus on Process Rather than Content”, **New England Law Review**, C. XX, S. 2, 1984-1985, s. 218.

²³ Alison L. Stohr, “Valor For Sale: Applying The Commercial Speech Exception To Self-Promoting Individuals”, **Temple Law Review**, C. LXXXV, S. 2, 2013, s. 459.

²⁴ Valentine v. Chrestensen, 316 US 52 (1942).

²⁵ Valentine v. Chrestensen, 316 US 52, 53 (1942).

²⁶ Valentine v. Chrestensen, 316 US 52, 54 (1942).

fikirleri yaymaya önceleyen bir amacı olup olmadığını dikkate alması sebebiyle “*öncelikli amaç testi*” olarak adlandırılmıştır.²⁷

Mahkeme daha sonra ele aldığı *Virginia*²⁸ kararında yaptığı ticari ifade tanımında ise bu kategoriyi, “*ticari bir işlem önermekten başka bir şey yapmayan ifadeler*”²⁹ ile sınırlı tutmuştur. Doktrinde ortaya konan kimi görüşlerin aksine ticari ürün veya hizmetlere dair her türlü ifade ticari ifade olarak ele alınmamış, ticari işlem teklifi içeren ifadelere odaklanılmıştır.

Yaklaşık beş yıl sonra *Central Hudson*³⁰ kararında ise iki ayrı tanıma yer verilmiştir. Mahkeme’nin ilk tanımına göre ticari ifadeler “*konusmacının ve dinleyicinin sadece ekonomik çıkarlarını ilgilendiren ifadelerdir.*”³¹ İkinci tanıma göre ise *Virginia* kararına benzer şekilde ticari ifade yine “*ticari işlem teklif eden ifadedir.*”³²

Burada *Virginia* kararındaki yaklaşımın ifadenin içerdiği ticari işlem teklifine odaklanması, *Central Hudson* yaklaşımının ise bunun yanında ifade sahibi ve alıcısının ekonomik çıkarlarıyla da ilgilenmesi sebebiyle iki yaklaşımın birbirinden farklı sonuçlara yol açabileceği söylenebilir.³³ Nitekim *Central Hudson* kararında Yargıç Stevens da bu konu üzerinde durmuştur. Yargıç’a göre *Virginia* kararındaki

²⁷ Boedecker, Morgan, Wright, **Commercial Speech**, s. 39; Sally H. Newton, “The Commercial Speech Doctrine: Bigelow v. Virginia”, C. XII, **Urban Law Annual**, 1976, s. 225; Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 722; Alt derece mahkemeleri söz konusu öncelikli amaç testini kullansa da ticari ve bilgilendirici bileşenlerin sık sık bir arada ve birbirine bağımlı şekilde bulunduğu durumlarda geniş çaplı bir takdir yetkisine sahip olmuşlar ve birbirinden farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir. Newton, **The Commercial Speech Doctrine**, s. 225.

²⁸ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council*, 425 US 748 (1976).

²⁹ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 US 748, 762 ve 771, dp. 24 (1976).

³⁰ *Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission*, 447 US 557 (1980).

³¹ *Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission*, 447 US 557, 561 (1980).

³² *Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission*, 447 US 557, 562 (1980); Valerie C. Brannon, Assessing Commercial Disclosure Requirements under the First Amendment, **Congressional Research Service**, 2019, s. 3, (Çevrimiçi) <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45700.pdf> , 10 Nisan 2021; Marcus, **Commercial Speech on the Internet**, s. 258.

³³ Marcus, **Commercial Speech on the Internet**, s. 258; McGowan, **A Critical Analysis of Commercial Speech**, s. 384.

yaklaşım çok dar, *Central Hudson* kararındaki yaklaşım ise çok geniş bir ticari ifade kategorisi yaratacaktır. *Central Hudson* yaklaşımı çok geniştir; çünkü yalnızca tarafların ekonomik çıkarlarını ilgilendiren ifadeler, ifadenin konusu veya ifade sahibinin motivasyonu bakımından sınırlandırılmadığında ifade özgürlüğü kapsamında korunan ve ticari olmayan diğer ifadelerin de alanına girecektir. Yargıç'ın örneklerine göre bir işçinin grev yapılmasına veya bir iktisatçının para arzına dair ifadelerinin, yalnızca ekonomik çıkarları ilgilendirmesi sebebiyle ticari ifade olarak sınıflandırılmaması gerekir. İfade sahibinin ekonomik motivasyonu onu anayasal korumadan mahrum bırakmamalıdır; Shakespeare bile eser verirken maddi kazanç beklentisiyle hareket ediyor olabilir.³⁴

Mahkeme ticari ifadeleri ele aldığı her kararında ifadenin ticari bir işlem önerip önermediğine dair inceleme yapmasa da bazı kararlarında bu tanımı kullanmaya devam etmektedir. Örneğin öğrenci yurtlarında düzenlenen çeşitli etkinliklerde çini, kristal, gümüş eşya gibi ev eşyalarının sergilenmesi ve satışı için ortaya konan ifadeler ticari işlem teklifi içerdikleri için ticari ifade olarak ele alınmıştır.³⁵ Ayrıca bir avukatın şahsen iş talebinde bulunması (**in-person solicitation**) da ticari ifade olarak değerlendirilmiştir. Burada kastedilen potansiyel müvekkil adayının bu konuda bir talep veya girişimi olmaksızın, avukatın kendi inisiyatifiyle başlattığı bir iletişim ile kişinin kendisiyle hukuki işlerini yürütmesine dair talepte bulunmasıdır. Mahkeme'ye göre bu ifadeler ticari alan içerisinde ortaya çıkan ve ifadenin gerekli, ancak ikincil bir bileşen olduğu bir ticari işlem oldukları için ticari ifade kategori içerisinde değerlendirilmelidir.³⁶ Avukatların belli hukuki sorunlarla karşı karşıya olduğu bilinen potansiyel müvekillere söz konusu sorunla ilgili hukuki yardımda bulunabileceklerine dair doğrudan postalar göndermeleri³⁷ ve bir gazetenin iş ilanı

³⁴ *Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission*, 447 US 557, Yargıç Stevens'in katılan oyu 579-580 (1980).

³⁵ *State University of New York v. Fox*, 492 US 469, 473 (1989).

³⁶ *Ohrlik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 455-457 (1978); Benzer şekilde mali müşavirlerin potansiyel müşterilerine yönelik olarak şahsen iş talebinde bulunması da ticari ifade olarak değerlendirilmiştir. Bkz. *Edenfield v. Fane*, 507 US 761, 765 (1993).

³⁷ Hakkında hacze gidilmiş kişilere haczin durdurulma ihtimali olduğu ve hukuki yardım için kendilerini arayabileceklerine dair postalar gönderilmesi buna bir örnektir. *Shapiro v. Kentucky Bar Association*, 486 US 466, 469 (1988); Avukatların kaza ve benzeri kötü olaylar yaşayan kişilere veya yakınlarına

sayfası da olası bir ticari işlem teklifinden fazlasını içermemeleri sebebiyle ticari ifade³⁸ olarak ele alınmıştır.

2.2. Ticari İfadenin Kapsamı: *Bolger Testi*

Mahkeme'nin yaptığı esnek tanımlardan kaynaklanan belirsizlik daha sonra *Bolger*³⁹ kararında tanım ve kapsam konusuna daha yakından bir bakış gerektirmiş ve Mahkeme ifadenin ticari niteliğini belli kriterlere bağladığı "*Bolger testi*" oluşturmuştur. *Bolger* kararına konu olayda Youngs, doğum kontrolünde kullanılan çeşitli ürünlerin üreticiliğini ve satıcılığını yapan bir şirkettir. Söz konusu şirket tarafından cinsel yolla bulaşan hastalıkların tehlikelerini ve prezervatiflerin bu tehlikelere karşı korunma konusunda yararlarını tartışan broşürlerin, teklifsiz reklamcılık (**unsolicited advertisements**)⁴⁰ yöntemi kullanılarak elektronik posta ile kişilere gönderilmesinin Birinci Değişiklik kapsamında yeri tartışmaya açılmıştır. Federal bir yasanın doğum kontrol ürünlerinin teklifsiz reklamcılık yöntemiyle tanıtımının yapılmasını yasaklaması, broşürlerin niteliğinin tartışılmasını gerektirmiştir.⁴¹

içinde bulundukları duruma dair hukuki hizmet verme teklifinde bulunan postalarının ticari ifade olarak değerlendirildiği benzer bir karar için ayrıca bkz. *Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 515 US 618, 620 (1995); *Florida Bar* kararı özelinde avukatlar tarafından ortaya konan ticari ifadelere ilişkin Mahkeme kararlarını inceleyen bir makale için ayrıca bkz. Susan A. Moore, "Florida Bar v. Went for It, Inc.: Refining the Constitutional Standard for Evaluating State Restrictions on Legal Advertising", *Catholic University Law Review*, C. XLV, S. 4, 1996, s. 1352-1403.

³⁸ *Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations* 413 US 376, 385 (1973).

³⁹ *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 US 60 (1983).

⁴⁰ Teklifsiz reklamcılık teriminin Federal İletişim Komisyonu (**The Federal Communications Commission/FCC**) tarafından yapılan tanımına bakıldığında herhangi bir ürün veya hizmetin ticari mevcudiyetini veya özelliklerini, alıcının önceden yazılı veya başka bir şekilde talebi veya izni olmaksızın ileten herhangi bir materyal ile yapılan reklamcılık faaliyetlerini ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Telephone Consumer Protection Act 47 U.S.C. § 227 (a)(5), (Çevrimiçi) <https://www.fcc.gov/sites/default/files/tcpa-rules.pdf> , 09 Nisan 2021; Federal İletişim Komisyonu, ABD'de radyo, televizyon, telgraf, uydu vb. her türlü yöntemle yapılan eyaletler arası ve uluslararası iletişimi düzenleyen, bu alana dair yasal düzenlemeleri uygulamaktan sorumlu, Kongre tarafından denetlenen ve federal düzeyde bağımsız bir devlet kurumudur. ABD Başkanı tarafından atanan ve atanmaları Senato tarafından onaylanan beş üyesi bulunmaktadır. Komisyon hakkında daha fazla bilgi için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.fcc.gov/> , 09 Nisan 2021.

⁴¹ *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 US 60, 62-63 (1983).

Somut olayda gönderilen elektronik postada hem bilgilendirici hem de şirketin ürünlerini tanıtıcı iki adet broşür bulunmaktadır. “Prezervatifler ve Cinsellik” başlıklı ilk broşürde, prezervatiflerin kullanımı, üretimi, faydası ve erişilebilirliği açıklanarak özellikle şirket tarafından üretilen bir dizi prezervatife atıfta bulunulmuştur. “Zührevi Hastalık Hakkında Kısa Bir Açıklama” başlıklı ikinci broşür ise, zührevi hastalıkların semptomlarını, etkilerini ve önleyici tedbir olarak prezervatif kullanımını açıklamaktadır. Bu broşürde şirkete yapılan tek referans, son sayfanın alt kısmında, şirketin belirli bir markaya ait doğum kontrol ürünlerinin distribütörü olduğu ve bu broşürü ürettiğine dair açıklamadır.⁴²

Mahkeme söz konusu bilgilendirici broşürün ticari bir ifade oluşturduğu sonucuna varırken şu değerlendirmede bulunmuştur:

“Broşürlerin, reklam olarak kabul edilmesi, zorunlu olarak ticari ifade oldukları sonucunu doğurmaz. Benzer şekilde, belirli bir ürüne atıfta bulunulması, kendi başına, broşürleri ticari ifade haline getirmez. Son olarak, Youngs’ın broşürleri göndermek için ekonomik bir motivasyona sahip olduğu gerçeği, söz konusu materyalleri ticari ifadeye dönüştürmek için tek başına yetersiz olacaktır. Bununla birlikte, tüm bu özelliklerin birleşimi, Bölge Mahkemesi’nin bilgilendirici broşürleri ticari ifade olarak nitelendirdiği yönündeki sonucuna güçlü bir dayanak sağlamaktadır.”⁴³

Böylelikle Mahkeme’nin *Bolger* kararında oluşturduğu testte ifadenin ticari niteliğini belirlemek için üç faktörü dikkate aldığı söylenebilir. Bu üç faktör ifadenin:

- (1) reklam biçiminde olup olmadığı,
- (2) belirli bir ürün veya hizmetle ilgili olup olmadığı,
- (3) ifadeyi ortaya koyanın ekonomik bir motivasyonu olup olmadığıdır.⁴⁴

⁴² Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 62 dp. 4 (1983).

⁴³ Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 66-67 (1983); McGowan, **A Critical Analysis of Commercial Speech**, s. 374; Marcus, **Commercial Speech on the Internet**, s. 259; Wu, **Commercial Speech**, s. 632, dp. 6.

⁴⁴ Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 66-67 (1983); Neel Sukhatme, “Making Sense of Hybrid Speech: A New Model for Commercial Speech and Expressive Conduct”, **Harvard Law Review**, C. CXVIII, S. 8, 2005, s. 2844, dp. 44; Erwin Chemerinsky, Catherine Fisk, “What is

Burada önem arz eden husus ifadenin ticari olduğuna karar vermek için söz konusu üç faktörün bir arada olmasının gerekmemesidir. *Bolger testine* göre bu üç faktörün varlığı, ifadenin ticari olduğunu otomatik olarak belirlemeyecektir. Bunun yanında faktörlerden herhangi birinin bulunmaması ifadenin ticari olmadığı anlamına da gelmeyecektir. Mahkeme faktörlerin eşit değerde olup olmadığı veya hangi faktöre ne kadar ağırlık verileceğine dair bir açıklama ise yapmamıştır.⁴⁵

Ayrıca önceki kararlarda ortaya konan “*ticari işlem teklifi içermeye*” kriterinin de *Bolger testi*nde yer almadığı; ticari bir işlem teklifinin ifadenin ticari olup olmadığının belirlenmesinde ne kesinlikle gerekli ne de yeterli olduğuna dikkat edilmelidir. Bunun anlamı *Bolger testi* ile birlikte ticari işlem teklif etmeyen ifadelerin de ticari ifade olarak sınıflandırılabilirdir.⁴⁶ Bu iddiaya örnek teşkil eder nitelikte bazı kararlarında Mahkeme, açıkça ticari bir işlem teklifi içermeyen bazı ifadeleri ticari olarak ele almıştır. Örneğin bira şişeleri üzerinde yer alan ve alkol oranını belirten etiketlerin⁴⁷, bir avukatın hukuk bürosunun kırtasiye malzemelerinde yer alan ve bir eyalet kurumu tarafından verilmiş yeminli mali müşavir lisansı ile özel bir kuruluş tarafından verilmiş mali planlamacı olarak yetkili olduğunu belirten ifadelerin⁴⁸, yine bir avukatın özel bir kuruluştan aldığı bir sertifikayla elde ettiği uzmanlık unvanlarını antetli kağıtlarında kullanmasının⁴⁹ ticari ifade olduğu herhangi bir tartışma yürütülmeksizin kabul edilmiştir.⁵⁰

Bolger kararı ve diğer bazı kararlarda Mahkeme’nin bir ifadenin ticari ifade olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dair çeşitli ipuçları ortaya koyduğu

Commercial Speech?: The Issue Not Decided in *Nike v. Kasky*”, **Case Western Reserve Law Review**, C. LIV, S. 4, 2004, s. 1147-1148.

⁴⁵ *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 US 60, 67 dp. 14 (1983); Margaret Whelan, “Common Sense and Commercial Speech”, **University of Pittsburgh Law Review**, C. XLVIII, S. 4, 1987, s. 1139.

⁴⁶ Kathryn E. Gilbert, “Commercial Speech in Crisis: Crisis Pregnancy Center Regulations and Definitions of Commercial Speech”, **Michigan Law Review**, C. CXI, S. 4, 2013, s. 598.

⁴⁷ *Rubin v. Coors Brewing Company*, 514 US 476, (1995).

⁴⁸ *Ibanez v. Florida Dept. of Business and Professional Regulation, Bd. of Accountancy*, 512 US 136, 142 (1994).

⁴⁹ *Peel v. Attorney Registration & Disciplinary Commission of Illinois*, 496 US 91, 96 (1990).

⁵⁰ Stephanie Marcantonio, “What is Commercial Speech? An Analysis in Light of *Kasky v. Nike*”, **Pace Law Review**, C. XXIV, S. 1, 2003, s. 361.

görülmektedir. Mahkeme'nin ifadenin biçimi, içeriğinde belli bir ürün veya hizmetin tanıtımına veya kamusal önemi olan bir tartışmaya yer verip vermediği, ifadeyi ortaya koyanın kim olduğu veya amacına bağlı olarak ifadenin hangi kategoride değerlendirileceğine dair çeşitli faktörleri dikkate aldığı görülmektedir. Burada her bir faktör belli noktalarda iç içe geçmiş olsa da bazı kararlar belli bir faktör açısından daha baskın bir şekilde ele alınabilir. Çalışmanın devamında, ticari ifadenin sınırlarının belirsizliği vurgulanmakla birlikte, her bir faktörün Mahkeme'nin kararlarında nasıl ele alındığı değerlendirilerek ticari ifadenin kapsamı anlaşılmaya çalışılacaktır.

2.2.1. İçerik Faktörü: İfadenin Belirli Bir Ürün veya Hizmetle İlgili Olup Olmadığı

Bolger testi açısından değerlendirildiğinde bir ifadenin ticari ifade kategorisine dahil olması için içeriğinin belirli bir ürün veya hizmete ilişkin olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Ancak bu faktör ifadenin ticari alana dahil edilmesi için her zaman tek başına yeterli olmayacaktır. Örneğin tüketici raporlarının durumu burada örnek gösterilebilir.⁵¹

Tüketici raporları, Tüketiciler Birliği (**Consumers Union**) isimli kâr amacı gütmeyen bağımsız bir kuruluş tarafından, tüketicilerin korunması ve bilgilendirilmesini amaçlayarak, satışa sunulan ürün veya hizmetlerin değer ve kalitesi hakkında araştırma ve testler sonucunda hazırlanan raporlardır.⁵² Mahkeme *Bose*⁵³ kararında Tüketiciler Birliği tarafından hazırlanan bir tüketici raporunun Birinci Değişiklik kapsamındaki yerine dair bir inceleme yapmıştır. Dava konusu olayda hoparlör üreticisi olan Bose Şirketi, ürünleri hakkında olumsuz bir inceleme raporu yayınladığı için Tüketici Birliği'ne karşı açtığı ürün aşağılama davası (**product disparagement action**) açmış ve uyuşmazlık Mahkeme önüne de taşınmıştır. Söz

⁵¹ Robert Post, "The Constitutional Status of Commercial Speech", *UCLA Law Review*, C. XLVIII, 200, s. 6.

⁵² Birliğin raporları sitesinde erişilebilir durumdadır. Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.consumerreports.org/cro/index.htm>, 07 Nisan 2021.

⁵³ *Bose Corp. v. Consumers Union*, 466 US 485 (1984).

konusu raporların sadece ticari bir ürün veya hizmete ilişkin olmaları ticari ifade kategorisi içerisinde değerlendirilmeleri için yeterli görülmemiş ve ticari olmayan ifadelerle uygulanan sıkı koruma düzeyinde bir inceleme yapılmıştır.⁵⁴ Özetle tüketici raporları, içeriği ticari ürün veya hizmetlerle ilgili olmasına rağmen ticari ifade kategorisinde değildir.⁵⁵

Böylelikle *Bose* kararının, ürün satıcılarına yönelik tüketici odaklı eleştiriler için koruyucu bir adımı temsil ettiği söylenebilir. Ticari bir satın alma işlemine karşı çıkan veya ticari bir ürünün veya hizmetin niteliklerini tarafsız bir şekilde tanımlayan ifadeler Birinci Değişiklik tarafından sıkı düzeyde korunurken, bir satın alma işlemini teşvik eden ifadeler ticari ifade olarak ele alınıp orta düzeyde korunacaktır.⁵⁶

2.2.2. Amaç Faktörü: İfadeyi Ortaya Koyanın Ekonomik Bir Motivasyonu Olup Olmadığı

Bolger testine göre bir ifadenin ticari olup olmadığının belirlenmesinde ifadeyi ortaya koyanın ekonomik bir motivasyona sahip olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Ticari ifade sahibinin genellikle maddi kazanç sağlama, ürün veya hizmetini “satma” amacıyla hareket ettiği söylenebilirse de ticari olmayan ifadeler söz konusu olduğunda da benzer amaçlar söz konusu olabilir.⁵⁷ Mahkeme’nin kararlarında ifadenin kişinin ekonomik motivasyonu ile ilgili olduğunda mutlaka ticari ifade olmayacağı çoğu kez tekrarlanmıştır.⁵⁸ Ticari ifade ile ticari olmayan ifadelerden ticari çıkar elde edenlerin karıştırılmaması gerekir.⁵⁹

⁵⁴ Karar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Vincent Brannigan, Bruce Ensor, “Did Bose Speak Too Softly?: Product Critiques and the First Amendment”, **Hofstra Law Review**, C. XIV, S. 3, 1986, s. 571-619.

⁵⁵ Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 720, dp. 2; Thomas H. Jackson, John C. Jeffries, “Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment”, **Virginia Law Review**, C. LXV, S. 1, 1979, s. 1.

⁵⁶ Martin H. Redish, “Commercial Speech and The Values of Free Expression”, **Policy Analysis**, S. 813, 2017, s. 2.

⁵⁷ Post, **Commercial Speech**, s. 6.

⁵⁸ *Riley v. National Federation of the Blind*, 487 US 781, 795 (1988).

⁵⁹ *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 US 490, 504 dp. 11 (1981).

Söz konusu ayrıma Mahkeme'nin birçok kararı örnek gösterilebilir. Örneğin Mahkeme *Smith*⁶⁰ kararında kitap veya diğer yayınların basılması ve dağıtılmasının ticari bir faaliyet kapsamında yapılmasının anayasal olarak korunan özgürlükler olduğunu ve önemini vurgulamış⁶¹, ancak ekonomik kazanç sağlama amacının varlığına rağmen ifadenin ticari olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır. Benzer şekilde sinema filmlerinin kâr amacı güdülerek ticari bir iş kapsamında yapımı ve gösterimi⁶², yahut bir iş uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda bir işçinin kullandığı ifadelerin ekonomik amaç taşıması⁶³ ifadelerin ticari ifade kategorisi içerisinde değerlendirilmesi için yeterli görülmemiştir.

Mahkeme amaç faktörü bakımından “satış” faaliyetlerinin niteliğini de değerlendirmiştir. Örneğin *Murdock*⁶⁴ kararında dini yayınların seyyar kitap satıcıları tarafından “satışının” yapılabilmesi için bir lisans vergisi ödenmesini gerektiren düzenlemenin ifade özgürlüğü içerisindeki yerini inceleyen Mahkeme, buradaki satış faaliyetinin dini mi yoksa ticari mi olduğuna dair bir inceleme yapmıştır.⁶⁵ Mahkeme değerlendirmesinde dini yayınların satılma ve dağıtılma amacı üzerinde durmuştur. Buna göre dini yayınların kapı kapı dolaşarak satılması, inançlarına taraftar kazanmaya çalışan çeşitli dini hareketler tarafından kullanılan eski ve yaygın bir yöntemdir. Bu faaliyetin “amacı” dini yaymaktır ve Birinci Değişiklik kapsamında sıkı düzeyde korunur.⁶⁶

Mahkeme'ye göre belirli bir faaliyetin dini mi yoksa ticari mi olduğunu belirlemenin zor olacağı durumlar ortaya çıksa da koruma düzeyleri arasındaki farklılık sebebiyle bu ayrımın yapılması önem taşır. Somut olayda kullanılan ifadeler bazı dini kitapları “satın almaya” davet ediyor olsa da “amaç” ticari değil dinidir. Dini

⁶⁰ *Smith v. California*, 361 US 147 (1959).

⁶¹ *Smith v. California*, 361 US 147, 150 (1959).

⁶² *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 US 495, 501 (1952); Post, **Commercial Speech**, s. 6, dp. 17.

⁶³ Ioannis G. Dimitrakopoulos, **Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2007, s. 613.

⁶⁴ *Murdock v. Pennsylvania*, 319 US 105 (1943).

⁶⁵ *Murdock v. Pennsylvania*, 319 US 105, 105 (1943).

⁶⁶ *Murdock v. Pennsylvania*, 319 US 105, 108-109 (1943).

bir yayının bağışlanması yerine “satılması”, buradaki dini yayma faaliyetini ticari bir teşebbüse dönüştürmeyecektir.⁶⁷

Mahkeme *Schaumburg*⁶⁸ kararında ise yardım kuruluşlarının bağış toplarken kullandığı ifadelerin niteliğini değerlendirme imkânı bulmuştur. Somut olayda topladıkları bağışların en az yüzde yetmiş beşini kurum giderleri, personel maaşları vb. için değil, yardım işlerinde kullandığını belgeleyemeyen yardım kuruluşlarının sokakta veya kapı kapı dolaşarak bağış toplamasını yasaklayan düzenlemeyi ifade özgürlüğü açısından değerlendiren Mahkeme konuyu ticari ifade açısından ele almamıştır.⁶⁹ Mahkeme’ye göre sokakta veya kapı kapı dolaşarak yapılan bağış talepleri bilginin iletilmesi, bir görüş veya fikrin yayılması ve bir amacın savunuculuğunun yapılması gibi Birinci Değişikliğin sıkı düzeyde koruduğu çıkarları içermektedir. Bağış talep eden ifadelerin ekonomik, politik veya sosyal konulardaki kimi amaçlar için maddi destek arayan bilgi verici ve ikna edici ifadelerle iç içe olduğu ve söz konusu maddi destek olmadan bu savunuculuk ve bilgi akışının muhtemelen sona ereceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu ifadeler kişisel ekonomik kararların bilgiye dayanan bir şekilde verilmesini sağlamaktan fazlasını yaptığı ve “öncelikli” olarak ürün veya hizmetlerin özellikleri ve fiyatı hakkında bilgi vermekle ilgilenmediğinden ticari ifade olarak ele alınmayacaktır.⁷⁰

Avukatlar tarafından ortaya konan benzer içerikteki ifadelerin söz konusu olduğu iki somut olaydan birinde ifadelerin ticari ifade diğeri ise ticari olmayan ifade olarak ele alınması ekonomik amaç faktörünün değerlendirilmesine iyi bir örnek teşkil etmektedir. Mahkeme bir avukatın potansiyel bir müvekkil adayından şahsen iş talebinde (**in-person solicitation**) bulunmasını ticari işlemle olan yakın ilişkisi sebebiyle ticari ifade olarak ele alırken⁷¹, benzer bir talebin ekonomik amaç olmaksızın

⁶⁷ *Murdock v. Pennsylvania*, 319 US 105, 110-111 (1943).

⁶⁸ *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 US 620 (1980).

⁶⁹ *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 US 620, 622 (1980).

⁷⁰ *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 US 620, 620-621 (1980); Mahkeme daha sonraki kararlarında da bağış taleplerini ticari olmayan ifade olarak değerlendirmeye devam etmiştir. Bkz. *State of Maryland v. Joseph H. Munson Co.*, 467 US 947, 959-960 (1984).

⁷¹ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 455-457 (1978).

ortaya konduğu durumlarda farklı bir değerlendirme yapmaktadır. Örneğin *Primus*⁷² kararında ABD Sivil Özgürlükler Birliği (ACLU) adlı kâr amacı gütmeyen bir kuruluş ile iş birliği içerisinde hareket eden ve sağlık hizmetlerinden faydalanmaya devam edebilmeleri için kısırlaştırılmalarının şart koşulduğu iddia edilen kadınlara yasal hakları konusunda bilgi vermek amacıyla hareket eden bir avukatın ifadelerinin niteliği tartışmaya açılmıştır. Somut olayda sözü edilen amaçla önce toplantı düzenleyen daha sonra da söz konusu kadınlara ücretsiz hukuki yardımda bulunabileceğini ifade eden mektuplar gönderen avukatın disiplin yaptırımına maruz kalması ele alınmıştır. Mahkeme burada kâr amacı gütmeyen bir kuruluşun çatısı altında ve maddi bir kazanç sağlanmadan yapılacak olan bu faaliyetin, Avukat Primus'un politik görüşlerini ifade etmek ve kuruluşun insan haklarını geliştirmeye dair hedeflerine katkıda bulunmak amacıyla yapıldığına karar vermiştir. Böylece kullanılan ifadeler ticari ifade kategorisine dahil edilmemiştir.⁷³

Verilen örneklerden de anlaşıldığı üzere ifadeyi ortaya koyan kişinin ekonomik kazanç sağlama amacı taşımasının ifadelerin ticari ifade alanında ele alınması bakımından her zaman yeterli olmadığı Mahkeme'nin kararlarında net olarak ifade edilmiştir.⁷⁴

2.2.3. Biçim Faktörü: İfadenin Reklam Biçiminde Olup Olmadığı

Reklamlar ticari ifadenin klasik örnekleri olsalar da⁷⁵ reklam biçiminde ortaya konan her ifade ticari ifade değildir. Bazen bir reklam ticari ifade olarak değil, kamusal bir söylem olarak değerlendirilerek sıkı düzeyde korunabilir. Burada kategorinin sınırları net olmasa da Mahkeme'nin bazı kararları yol gösterici olabilir.⁷⁶

⁷² In re Primus, 436 US 412 (1978).

⁷³ In re Primus, 436 US 412, 422 (1978).

⁷⁴ New York Times Co. v. Sullivan, 376 US 254, 266 (1964); Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 720, dp. 2.

⁷⁵ Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations 413 US 376, 385 (1973); Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council 425 US 748, 759 (1976).

⁷⁶ Post, **Commercial Speech**, s. 5.

Mahkeme reklam türleri arasında yaptığı ayrımlarla ilgili kavramlar ortaya koymasa da doktrinde yapılan bazı kavramsallaştırmalar Mahkeme'nin kararlarını sınıflandırmak açısından kullanışlı olabilir. Doktrinde reklamlar geleneksel olarak iki büyük başlık altında sınıflandırılmaktadır. İlki ürün ve hizmetleri satış amacıyla tasarlanmış “ticari reklamlardır.” İkincisi ise doğrudan bir ürün veya hizmetin satışını amaçlamayan⁷⁷, bunun yerine kamuoyunun bir şirket ve ürünlerine dair algısını şekillendirmek için daha geniş çaplı bir kimlik ve saygınlık oluşturma çabasını ifade eden reklamlardır.⁷⁸ Bu reklamları ifade etmek üzere “kurumsal imaj reklamcılığı” (**corporate image advertising**)⁷⁹, “kurumsal reklam” (**corporate/institutional advertising**)⁸⁰, “imaj reklamcılığı”⁸¹ veya “genel tanıtıcı reklam” (**general promotional**)⁸² gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır.

Ticari reklamlar, genel olarak ticari ifade kategorisi altında değerlendirilmektedir. Kurumsal imaj reklamcılığı söz konusu olduğunda ise karar vermek bu kadar kolay değildir. Kurumsal imaj reklamcılığı, içeriğinde kamusal tartışmalara katkı sağlayan veya doğrudan ekonomik amaçlar taşımayan yönler de barındırdığından bu ifadelerin hangi kategoriye girdiğinin belirlenmesi zorluk taşımaktadır. Burada Mahkeme'nin çeşitli kararları incelenerek ayırım netleştirilmeye çalışılacaktır.

2.2.3.1. Ticari Reklam

Ticari reklam, serbest piyasa ekonomisinde yapılan bir tanıtım faaliyetiyle birlikte potansiyel bir alıcıyı ürün veya hizmetin mevcudiyeti ve değiş tokuş koşulları

⁷⁷ Milan D. Meeske, “Editorial Advertising and the First Amendment”, **Journal of Broadcasting**, C. XVII, S. 4, 1973, s. 417.

⁷⁸ David C. Vladeck, “Lessons from a Story Untold: Nike v. Kasky Reconsidered”, **Case Western Law Review**, C. LIV, S. 4, 2004, s. 1084.

⁷⁹ C.C. Laura Lin, “Corporate Image Advertising and the First Amendment”, **Southern California Law Review**, C. LXI, S. 2, 1988, s. 461.

⁸⁰ Meeske, **Editorial Advertising**, s. 417.

⁸¹ Vladeck, **Nike v. Kasky Reconsidered**, s. 1084.

⁸² Lin, **Corporate Image Advertising**, s. 461, dp. 12.

hakkında bilgilendirmek⁸³ ve satışa dönüşecek duygusal tepkiler yaratmak suretiyle yapılan bir ikna faaliyetidir.⁸⁴

Mahkeme'nin tanımına göre de reklam kısaca, kimin hangi ürünü, hangi amaçla ve hangi fiyata ürettiği ve sattığına dair bilgilerin yayılmasıdır.⁸⁵ Burada ifadeyi ortaya koyanın iletmek ve yaymak istediği fikir basitçe "*X ürününü Y fiyatına satacağım.*" olacaktır.⁸⁶ Mahkeme bu kapsamda çeşitli yollarla ve farklı kimliklere sahip ifade sahipleri tarafından ortaya konan birçok ifadeyi ticari ifade kategorisi altında incelemiştir.

Örneğin eczacılar tarafından yapılan reçeteli ilaç fiyatlarının reklamını⁸⁷, doğum kontrol ürünlerinin reklamını ve satış yerlerinde sergilenmesini⁸⁸, bir gazetede alkollü bir ürünün fiyatının reklamının yapılmasını⁸⁹, sigara ve tütün ürünlerinin reklamını içeren açık hava reklam panolarını⁹⁰, lisanslı kumarhanelerde oynanan bazı kumar biçimlerinin reklamını veya başka şekilde tanıtımının yapılmasını⁹¹, radyo yayınlarda şans oyunlarının/ kumarhanelerin reklamının yapılmasını⁹², tekel olarak hizmet veren bir elektrik dağıtım şirketi tarafından yapılan enerji tüketimine dair reklamları⁹³, evlerin önüne konan "satılık" veya "satıldı" tabelalarını⁹⁴, açık havada bulunan reklam panoları ile yapılan ürün veya hizmet reklamlarını⁹⁵, gazete-dergi standı yerleştirilmesi yoluyla ticari el ilanlarının dağıtılmasını⁹⁶ ticari ifade olarak ele

⁸³ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 375-377 (1977).

⁸⁴ Piety, **Commercial Expression in America**, s. 32.

⁸⁵ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council 425 US 748, 765 (1976); 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484, 496 (1996).

⁸⁶ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council 425 US 748, 761 (1976).

⁸⁷ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council, 425 US 748 (1976); Birleştirilmiş ilaçların (**compound drug**) reklamı için benzer yönde bir değerlendirme için bkz. Thompson v. Western States Medical Center, 535 US 357, 366 (2002).

⁸⁸ Carey v. Population Services International, 431 US 678, 700 (1977).

⁸⁹ 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484, 504 (1996).

⁹⁰ Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 US 525 (2001).

⁹¹ Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328, 330 (1986).

⁹² United States v. Edge Broadcasting Company, 509 US 418, 421-427 (1993); Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc. v. United States, 527 US 173 (1999).

⁹³ Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission, 447 US 557, 567-568 (1980).

⁹⁴ Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro, 431 US 85, 92 (1977).

⁹⁵ Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 453 US 490, 493-494 (1981).

⁹⁶ Cincinnati v. Discovery Network, Inc., 507 US 410, 412-413 (1993).

almıştır. Ayrıca bir avukatın ofisinin açıldığını duyurmak amacıyla kişilere duyuru kartları göndermesi, yerel gazete ve telefon rehberine adres, telefon, uzmanlık alanları gibi bilgilerin yer aldığı çeşitli ilanlar vermesi⁹⁷ ile günlük bir gazetede verdikleri hukuki hizmetlerin türü ve fiyatına dair reklam veren avukatların bu ifadeleri⁹⁸ de ticari ifade olarak ele alınmıştır.

2.2.3.2. Kurumsal İmaj Reklamı

Kurumsal imaj reklamcılığı (**corporate image advertising**), bir şirketin kendisini, faaliyetlerini veya görüşlerini açıklayan, ancak şirket tarafından satılan herhangi bir ürün veya hizmeti açıkça tanımlamayan reklamlar için kullanılan genel bir ifadedir. Bu tür reklamlar çok çeşitli konuları kapsar. Bir uçta şirketin bir ürün gibi ele alınarak kendisi ve faaliyetlerinin ortaya konduğu “*doğrudan imaj reklamcılığı*” (**direct image advertising**) vardır. Diğer uçta ise şirketin tartışmalı kamusal konulara dair bakış açısını ortaya koyduğu ifadeleri içeren “*doğrudan konu reklamcılığı*” (**direct issue advertising**) yer alır.⁹⁹

Bir akaryakıt firmasının, tüketici memnuniyetini artırmak için benzin istasyonunda çalışan görevlilerine yenilikçi bir eğitim verdiğini anlatan reklamı doğrudan imaj reklamcılığına örnek olarak verilebilir. Aynı şirketin, ülkenin yabancı enerji kaynaklarından bağımsızlığının önemini vurgulayan ve yasama organını bu konuda düzenlemeler içeren bir yasa yapmaya çağıran reklamı ise doğrudan konu reklamcılığına bir örnektir.¹⁰⁰ Bu reklamların ticari yönü dışında şirketin faaliyetleriyle ilgili bilgileri ve kamusal öneme sahip konularda görüşlerini içermesi bakımından ticari olmayan yönü de vardır.¹⁰¹ Bu sebeple Birinci Değişiklik kapsamında nasıl değerlendirileceklerine dair karar vermek güçleşmektedir.

⁹⁷ In re R.M.J., 455 US 191, 196-197 (1982).

⁹⁸ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 353-354 (1977).

⁹⁹ Lin, **Corporate Image Advertising**, s. 461.

¹⁰⁰ Lin, **Corporate Image Advertising**, s. 461.

¹⁰¹ Lin, **Corporate Image Advertising**, s. 461-462.

2.2.3.2.1. Doğrudan İmaj Reklamı

Ticari şirketlerin dahil olduğu alanların hızla artmasının ve reklamcılık sektöründeki gelişim ve değişimin neyin ticari ifade olduğunun belirlenmesinde zorluklar yarattığı görülmektedir. Doğrudan imaj reklamı söz konusu olduğunda ticari reklam şeklinde olmasa da ticari bir işletmeyi ilgilendiren ve tüketicilerin satın almaya dair kararlarını etkileyebilecek olan ifadelerin veya şirketin kendi faaliyetleriyle ilgili ve kamusal önemi olan meselelerle de dolaylı bağlantısı olan ifadelerin varlığı halinde ifadenin hangi kategoriye dahil edileceği konusunda net bir kriter bulunmamaktadır.¹⁰²

Mahkeme'nin *Nike*¹⁰³ kararı doğrudan imaj reklamı kapsamında olabilecek ifadelere dair bir inceleme içerdiğinden burada ele alınabilir. *Nike* kararı ile ticari bir şirketin doğrudan bir ürün veya hizmetine atıfta bulunmaksızın, faaliyetleri ve kurumsal politikaları hakkında ortaya koyduğu ve bir yandan da kamusal bir tartışmayı ilgilendiren çeşitli ifadelerin niteliği üzerinde tartışmalar yapılmıştır. Hem dava konusu olay hem de Mahkeme'nin kararı genel olarak tartışma yaratmış ve kamuoyunu uzun süre meşgul etmiştir. Fakat Mahkeme'nin davanın esasına dair bir inceleme yapmaması ticari ifadenin sınırlarını çizmek bakımından yakaladığı bu fırsatı kaçırdığı şeklinde yorumlanmıştır.¹⁰⁴

Dava konusu uyuşmazlık 1996 yılından başlayarak, kamuoyunda Nike'in yabancı ülkelerdeki üretim tesislerinde kötü çalışma koşullarının varlığına dair çeşitli iddialar ortaya atılması ve şirketin de broşürler, internet sitesi gönderileri, gazete editörlerine gönderilen mektuplar, basın bültenleri, gazete ilanları vb. aracılığıyla ticari faaliyetleriyle ilgili açıklamalar yayınlarak adil olmayan işgücü uygulamaları kullandığını reddeden açıklamalar yapmasından kaynaklanmıştır. Kaliforniya'da yaşayan Marc Kasky, Nike'a Kaliforniya Haksız Rekabet Yasası (**California's Unfair**

¹⁰² Stohr, **Commercial Speech**, s. 463.

¹⁰³ Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654, 661 (2003).

¹⁰⁴ Earnhardt, **Define Commercial Speech**, s. 800; Çok sayıda ticari şirket, bu davayı Mahkeme'yi ticari ifade doktrininin ortadan kaldırmaya veya en azından bu kapsamda değerlendirilen ifade kategorisini daraltmaya ikna etmek için bir fırsat olarak algılamış ve davanın tarafı olmamalarına rağmen çoğunluğu Nike'ı destekleyen çok sayıda amicus brief sunmuşlardır. Vladeck, **Nike v. Kasky Reconsidered**, s. 1051.

Competition Law) gibi tüketiciyi koruyucu bazı yasalar uyarınca ve eyalette yaşayan halk adına dava açarak, Nike’ın ifadelerinin yanlış ve yanıltıcı ticari ifade oluşturduğunu ve Birinci Değişiklik kapsamında korunmadığını iddia etmiştir.¹⁰⁵ Nike ise ifadelerinin ticari olmadığını, daha ziyade kamusal konularda yoğun bir uluslararası tartışmanın parçası olması sebebiyle ifade özgürlüğünün merkezinde yer alan bir ifade olduğunu savunmuştur.¹⁰⁶

Somut olayı değerlendiren Kaliforniya Yüksek Mahkemesi çoğunluğu, söz konusu ifadelerin ticari kimliği olan bir ifade sahibi tarafından, ticari bir dinleyici kitlesine yönelik olarak ve ifade sahibinin ürünlerinin satışını gerçekleştirmek amacıyla ve kendi ticari faaliyetleri hakkındaki olgularla ilgili beyanlarda bulunması nedeniyle ticari olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁷

Burada cevaplanması gereken soru kamusal bir tartışmaya da katkıda bulunan ve bir şirketin kendi faaliyetleri hakkındaki ifadelerinin, iyi kurumsal vatandaşlığa (**good corporate citizen**)¹⁰⁸ uygun davranışları aracılığıyla bir kurum imajı oluşturarak tüketicilerin işletme hakkındaki görüşlerini ve dolayısıyla satın alma kararlarını etkileyebilecekleri için ticari ifade olarak ele alınıp alınamayacağıdır.¹⁰⁹ Bu sorunun cevabını almak üzere Nike, kararı Amerikan Yüksek Mahkemesi önüne

¹⁰⁵ Kasky kendisinin veya Kaliforniya’da yaşayan bir başkasının Nike’ın beyanlarına dayanarak satın aldığı bir ürün sebebiyle zarara uğradığını veya Nike’ın bir reklamında veya ürün etiketlerinde yanlış veya yanıltıcı bir ifade kullandığını iddia etmemiştir. Sadece söz konusu yasaları ihlal ederek Kaliforniya’da sattığı ürünlerden elde ettiği geliri iade etmesini, yanlış veya yanıltıcı beyanlarını düzeltmek üzere bir kamu bilgilendirme kampanyası düzenlenmesini ve çalışma koşulları hakkında yanlış bilgiler vermesinin yasaklanmasını talep etmiştir. Thomas C. Goldstein, “Nike v. Kasky and the Definition of ‘Commercial Speech’”, **CATO Supreme Court Review**, 2002-2003, s. 66.

¹⁰⁶ Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654, 656-657 (2003); Somut olayın özeti için ayrıca bkz. Jennifer L. Pomeranz, Sabrina Adler, “Defining Commercial Speech in the Context of Food Marketing”, **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, C. XLIII, S. 1, 2015, s. 41-42.

¹⁰⁷ Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654, 657 (2003).

¹⁰⁸ İyi kurumsal vatandaşlık (**good corporate citizen**) kavramı 1950’li yıllarda Amerika’da ortaya çıkan ve şirketlerin de gerçek kişiler gibi hak ve yükümlülükleri bulunması açısından bir vatandaş konumunda bulunmaları ve gerek faaliyet gösterdikleri iş alanına katkıları, gerekse sosyal alanda ve çevreyle ilişkilerinde toplum ve devlete karşı bir sorumluluk bilinci içinde hareket etmelerini gerektiren bir anlayıştır. Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Naomi A. Gardberg, Charles J. Fombrun, “Corporate Citizenship: Creating Intangible Assets Across Institutional Environments”, **Academy of Management Review**, C. XXXI, S. 2, 2006, s. 329-346; Hakan Tunçel, “Halkla İlişkiler Perspektifinden Kurumsal Vatandaşlık Anlayışına Bir Bakış”, **Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi**, S. 14, 2011, s. 79-95.

¹⁰⁹ Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654, 657 (2003); Piety, **Commercial Expression in America**, s. 6.

taşımıştır. Fakat Mahkeme davanın esasını incelemeyi, verilen kararın kendi yargı yetkisi alanında incelenecek nitelikte bir kesin hüküm teşkil etmemesi¹¹⁰ ve Kasky'nin açıkça ve somut bir zarara uğradığı yönünde kişisel bir menfaatinin ihlal edildiği iddiasının bulunmaması sebebiyle federal mahkemelerin yargı yetkisine başvuru hakkının olmaması gibi yetkiye dair sebeplerle reddetmiştir.¹¹¹

Fakat karar oybirliğiyle verilmemiştir. Örneğin karşı oyunda Yargıç Breyer, davanın esası hakkında karar verilmesini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmadığını vurgulayarak bu davada temel meselenin vatandaşların kamusal tartışmalar hakkında konuşma özgürlüğü olduğunu¹¹², söz konusu ifadelere ticari ifadelere uygulanan daha esnek koruma standardının uygulanmaması gerektiğini; kamusal tartışmalara katkı sunan diğer ifadelere uygulandığı gibi sıkı bir korumanın sağlanması gerektiğini savunmuştur.¹¹³ Böyle düşünmesinin sebebi ifadelerin, ticari kimliğe sahip bir ifade sahibinin yürüttüğü ticari faaliyetlere ilişkin olsa da, ticari ve ticari olmayan ifadelerin bir karışımı olmasıdır. Ayrıca çoğu ifade geleneksel reklam formatının dışındadır; bir ürünün tanıtımını yapmaz veya satış gibi herhangi bir ticari işlem önerisi de içermez. Hatta bunun ötesinde Nike'ın ticari faaliyetleriyle ilgili eleştirilere cevap niteliğinde olmaları sebebiyle mevcut bir kamusal tartışmada rol oynarlar.¹¹⁴

İfadelerin niteliği hakkında yalnızca Mahkeme'de değil doktrinde de farklı görüşler ortaya konmuştur. Kimi yazarlara göre söz konusu ifadeler *Bolger testi* uygulandığında ticari ifade olarak ele alınmalıdır. Örneğin Pomeranz ve Adler'e göre ifadelerin geleneksel bir reklam formatında olmaması ve kamusal tartışmalara ilişkin

¹¹⁰ Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654, 658 (2003).

¹¹¹ Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654, 661 (2003).

¹¹² Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654 Yargıç Breyer'in karşı oyu 667 (2003).

¹¹³ Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654 Yargıç Breyer'in karşı oyu 676 (2003); Söz konusu ifadelerin ticari olarak ele alınmasının kamusal tartışmalara katılım konusunda caydırıcı etkisinden endişe duyan birçok görüş ortaya atılmıştır. Bkz. Vicki McIntyre, "Nike v. Kasky: Leaving Corporate America Speechless", **William Mitchell Law Review**, C. XXX, S. 4, 2004, s. 1562; Alyssa L. Paladino, "Comments: Just [Can't] Do It: The Supreme Court of California Overly Restricted Nike's First Amendment Rights in Holding That Its Public Statements Were Commercial Speech", **University of Baltimore Law Review**, C. XXXIII, S. 2, 2004, s. 304.

¹¹⁴ Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654 Yargıç Breyer'in karşı oyu 677-678 (2003); ayrıca bkz Pomeranz, Adler, **Defining Commercial Speech**, s. 41-42.

yönü olması ifadeleri ticari ifade kategorisinden dışlamak için yeterli olmamalıdır; pazarlama ve tanıtım günümüzde geleneksel reklamlar dışında basın bültenlerine, halkla ilişkiler faaliyetlerine kadar uzanan çok çeşitli yöntemlerle yapılmaktadır. Nike’ın buradaki ifadeleri de geleneksel reklamcılıktan ziyade modern pazarlama tekniklerinden biri olan “imaj reklamcılığı” yönteminin kullanılmasından ibarettir. Ayrıca Nike’ın ifadeleri politik bir mesaj içermekten ziyade kendi şirketi hakkında kamusal bir tartışmaya cevaben iyi kurumsal vatandaşlığa sahip bir şirket olduğunu göstermek amacı taşıması sebebiyle ekonomik bir motivasyon da içermektedir. Böylelikle somut olayda *Bolger testi*nin reklam niteliğinde olma, bir ürün veya hizmetle ilgili olma ve ifade sahibinin ekonomik motivasyonunun varlığı şeklindeki üç basamağı da karşılanmaktadır.¹¹⁵

Fakat aksi yönde görüşlerle karşılaşmak da mümkündür. Örneğin Earnhardt’a göre *Bolger testi* uygulandığında Nike’ın ifadelerinin ticari olmadığına karar verilmelidir. Bunun sebebi söz konusu ifadelerin reklam biçiminde ve belli bir ürünle ilgili olmamasıdır. Sadece ifade sahibinin ekonomik motivasyonu söz konusudur ki bu da ancak testin bir basamağının sağlanması demektir ve yeterli değildir. Böylelikle Kaliforniya Yüksek Mahkemesi’nin sadece bu basamağa dayanarak ifadeleri ticari ifade olarak değerlendirmesi hatalıdır.¹¹⁶

Söz konusu görüş ayrılıklarına rağmen sonuçta Mahkeme davanın esasının incelenmeye devam edilmesi için yerel mahkemeye geri gönderilmesine karar vermiştir. Fakat kısa bir süre sonra tarafların şartları kamuoyuna açıklanmayan bir anlaşmaya varmaları sebebiyle dava tekrar yargı makamları önüne taşınmamıştır.¹¹⁷ Bu durum ticari ifadenin tanımı açısından ortaya çıkan soruların cevapsız kalmasına ve belirsizliğin sürmesine sebep olmuştur.¹¹⁸

¹¹⁵ Pomeranz, Adler, **Defining Commercial Speech**, s. 42.

¹¹⁶ Earnhardt, **Define Commercial Speech**, s. 804-805; Benzer yönde bkz. Goldstein, **Definition of Commercial Speech**, s. 72.

¹¹⁷ Olay sonucunda Nike, Kasky’e değilse de Adil Çalışma Örgütü (**Fair Labor Association**) adlı yurtdışındaki çalışma şartlarını izleyen ve işçilerin haklarını korumayı amaçlayan bir sivil toplum kuruluşuna 1,5 milyon dolar ödeme yapmıştır. Vladeck, **Nike v. Kasky Reconsidered**, s. 1051, dp. 6.

¹¹⁸ Piety, **Commercial Expression in America**, s. 8-9; Stohr, **Commercial Speech**, s. 464.

2.2.3.2.2. Doğrudan Konu Reklamı

Ticari bir şirket tarafından ortaya konmuş olsa da içerik bakımından ifade sahibinin tartışmalı kamusal konulara dair bakış açısını “doğrudan” ortaya koyan reklamların doğrudan konu reklamcılığı olarak kavramsallaştırılabileceği yukarıda ifade edilmişti. Doğrudan konu reklamcılığı söz konusu olduğunda ifadeyi ortaya koyanın kimliği ve ifadenin içeriğinin kamusal konulara ilişkin olmasının ticari ifadenin tanımı ve kapsamına etkisi incelenebilir.

İfadeyi ortaya koyanın kim olduğu, yani ifadenin kaynağının da ticari ifade kategorisinin sınırlarını belirlemek bakımından önemi yadsınamaz. Bir ticari şirket tarafından ortaya konan tüm ifadelerin esasen tanıtım amacı güttüğü için ayırım yapılmaksızın ticari ifade kategorisine dahil edilmesini savunan yazarlar mevcut olsa da¹¹⁹, ticari ifadenin sadece ifadeyi ortaya koyanın sahip olduğu bir dizi nitelik ile tanımlanması mümkün değildir.¹²⁰ Mahkeme’nin verdiği bazı kararlar incelenerek ifadeyi ortaya koyanın kim olduğunun ticari ifadenin varlığı açısından tek başına belirleyici olmadığı kolaylıkla söylenebilir.

Burada özellikle Mahkeme’nin ifade özgürlüğüne sahip olmak bakımından ifadenin kaynağı ve ifadeyi ortaya koyanın kimliğine dair inceleme yaptığı ve bu kapsamda ifade özgürlüğünün sahibi olarak kamusal tartışmalara katkıda bulunma hakkı bakımından ticari şirketleri ayrı tutmadığı görülmektedir. Mahkeme ticari kimliği olan bir ifade sahibinin, ticari bir işlem teklifinden ziyade, kamusal bir tartışmaya ilişkin bakış açısını “doğrudan” ortaya koyduğu ifadelerini ticari ifade olarak ele almamaktadır.¹²¹

¹¹⁹ Piety, **Commercial Expression in America**, s. 12; Alderman, **Commercial Entities’ Noncommercial Speech**, s. 744.

¹²⁰ Post, **Commercial Speech**, s. 6.

¹²¹ Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 68 (1983).

Mahkeme *Bellotti*¹²² kararıyla başlayan bir dizi kararda ticari şirketlerin politik ifadelerinin durumunu incelemiştir.¹²³ *Bellotti* kararına konu olayda bir eyalet yasası ticari şirketlerin “şirketin mülkünü, işini veya varlıklarını maddi olarak etkileyenler” dışında seçmenlerin görüşüne sunulan herhangi bir konudaki oylamaları etkileyecek harcamalar yapmasını yasaklamaktadır. Somut olayda başvuru ticari şirketler kişisel gelir vergisine dair bir anayasa değişikliği referandumunda bazı görüşleri desteklemek üzere harcamalar yapmak istemişlerdir.¹²⁴ Yerel mahkemelerinin değerlendirmesini ticari şirketlerin de gerçek kişilerle eşit şekilde Birinci Değişiklik kapsamında korunan haklara sahip olup olmadığına odaklanarak yapmış olması, Mahkeme’yi de ticari şirketlerin Birinci Değişiklik kapsamında korunan haklara sahip olup olmadığına dair bir inceleme yapmaya sevk etmiştir.¹²⁵

Mahkeme’ye göre burada odaklanılması gereken, ifadeyi ortaya koyanın kim olduğu değil ifadenin Birinci Değişiklik tarafından korunan önemli toplumsal çıkarlara hizmet edip etmediğidir. Bu sebeple asıl olan somut olaydaki düzenlemenin Birinci Değişikliğin korumayı amaçladığı ifadeleri kısıtlayıp kısıtlamadığıdır.¹²⁶ Yani Mahkeme ifadenin kaynağının kim olduğundan çok, ifadenin içeriğinin ne olduğuna odaklanmıştır. Buradan yola çıkıldığında Mahkeme ifade özgürlüğünün kamuyu ilgilendiren tüm konuları, önceden bir kısıtlama veya sonradan bir cezalandırılma korkusu olmaksızın, alenen ve dürüst bir şekilde tartışma özgürlüğünü kapsadığını istikrarlı bir şekilde belirttiğini, somut olayda başvuru sahiplerinin fikir beyan etmek istediği referandumun konusunun da tam olarak bu kapsamda olduğunu ifade etmiştir. Birinci Değişikliğin temel amacı politik meselelerin özgürce tartışılması olduğundan bu tür

¹²² First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765 (1978).

¹²³ Mahkeme’nin burada oluşturduğu doktrin hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Martin H. Redish, Howard M. Wasserman, “What’s Good for General Motors: Corporate Speech and the Theory of Free Expression”, *The George Washington Law Review*, C. LXVI, 1998, s. 235-297; Larry E. Ribstein, “Corporate Political Speech”, *Washington And Lee Law Review*, C. XLIX, 1992, s. 109-159; Robert L. Kerr, “Justifying Corporate Speech Regulation Through a Town-Meeting Understanding of the Marketplace of Ideas”, *Journalism & Communication Monographs*, C. IX, S. 2, 2007, s. 57-113; Rome, Roberts, *Corporate and Commercial Free Speech*, s. 201-237; Bob D. Cutler, Darrel D. Muehling, “Advocacy Advertising and the Boundaries of Commercial Speech”, *Journal of Advertising*, C. XVIII, S. 3, 1989, s. 40-50.

¹²⁴ First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765, 768-769 (1978).

¹²⁵ First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765, 771 (1978).

¹²⁶ First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765, 776 (1978).

ifadelerin birey değil de bir şirket tarafından ortaya konmuş olması onu daha az değerli yapmayacaktır. Kamuoyunu bilgilendirme gücü açısından ifadenin doğasında bulunan değer, şirket, dernek, birlik veya birey olsun, ifadenin sahibinin kimliğine bağlı değildir.¹²⁷ Sonuçta Mahkeme şirketler tarafından ortaya konan politik ifadelerin sınırlarına dair bir değerlendirme yapmasa dahi somut olay bakımından yapılan düzenlemenin Birinci Değişikliğe uygun olmadığına karar vermiştir.¹²⁸

Ticari bir şirketin kamusal bir tartışmaya ilişkin görüşlerini “*doğrudan*” ortaya koyan ifadelerinin ticari ifade kategorisi içerisinde ele alınmadığı kararlara Mahkeme’nin, *Consolidated Edison*¹²⁹ kararı da örnek gösterilebilir. Karara konu somut olay bir elektrik dağıtım şirketinin aylık elektrik faturalarının ekinde nükleer enerji kullanımını destekleyen görüşlerinin yer aldığı bir ilanı da göndermesine ilişkindir. Daha sonra elektrik dağıtım alanında düzenleme yapma yetkisi bulunan bir kamu kuruluşunun, şirketlerin fatura eklerinde kamusal konulara dair görüşlerini belirtmelerini yasaklaması, fakat diğer konularda açıklamalara izin vermesinin Birinci Değişikliği ihlal eden bir müdahale olduğu iddiasıyla olay Mahkeme önüne taşınmıştır.¹³⁰ Mahkeme burada da *Bellotti* kararındaki gerekçelendirmelerine dayanmış ve ifadeleri ticari ifade olarak değerlendirmemiştir.¹³¹ Bunun yerine ifadenin içeriğine odaklanarak nükleer enerji kullanımının ulusal düzeyde önemi olan kamusal bir tartışma olduğunu vurgulamıştır. Bu sebeple somut olaydaki yasaklama, kamusal

¹²⁷ First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765, 776-777 (1978).

¹²⁸ First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765, 777 (1978); Mahkeme’nin bir şirketin seçim veya referandum gibi politik karar alma süreçlerinde kimi politik fikirlerin açıkça lehine veya aleyhine ortaya koyduğu ifadelerine veya yaptığı harcamalara getirilen kısıtlamaların Birinci Değişiklik içerisindeki yerini incelerken ticari ifade doktrinini kullanmak yerine politik ifadelere uyguladığı şekilde sıkı düzeyde bir inceleme yapmayı tercih ettiği benzer kararlar için bkz. Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California, 475 US 1, 8 (1986); Citizens United v. Federal Election Commission, 558 US 310 (2010).

¹²⁹ Consolidated Edison Company of New York v. Public Service Commission of New York, 447 US 530 (1980).

¹³⁰ Consolidated Edison Company of New York v. Public Service Commission of New York, 447 US 530, 532-533 (1980).

¹³¹ Consolidated Edison Company of New York v. Public Service Commission of New York, 447 US 530, 533 (1980).

tartışmalar hakkında konuşmayı engellediğinden ifade özgürlüğünün merkezine bir darbe niteliğindedir.¹³²

Görüldüğü üzere burada da Mahkeme şirketin ticari kimliğinin etkisizliğini vurgulamış ve kamusal bir konuya/ tartışmaya ilişkin “doğrudan” bir görüş belirtmek üzere kullanılan ifadeleri ticari ifade olarak ele almamıştır.

2.2.3.3. Karma İfadeler

Bir ifade her zaman yalnızca ticari veya ticari olmayan ifadelerden meydana gelmemektedir. Buraya kadar verilen kimi örneklerden de anlaşıldığı üzere ticari ve ticari olmayan unsurların bir arada bulunduğu birçok örnek mevcuttur. Ticari bir işlem teklifi ile kamusal bir konuya dair ifadelerin bir arada bulunduğu durumlarda nasıl hareket edileceğine dair Mahkeme kararlarında bazı ipuçları bulunmaktadır. Mahkeme’nin koyduğu kriterler yoruma açık, somut olayın şartları ve olayı değerlendirenin bakış açısına göre farklılık gösterebilecek nitelikte olduğundan eleştirilmektedir.

Örneğin *Bolger* kararında belirli bir markaya ait cinsel sağlık ürünlerine dair ticari işlem teklifleri ile cinsel yolla bulaşan hastalıklar, aile planlaması gibi önemli kamusal konulara ilişkin ifadelerin bir arada bulunduğu broşürler ticari ifade olarak değerlendirilmiştir. Burada Mahkeme “*bir ürünü güncel bir kamusal tartışma ile ilişkilendiren*” reklamların, buna dayanılarak ticari olmayan ifadelere sağlanan anayasal korumadan yararlanma hakkı olmadığını açıkça belirtmiştir. Bunun sebebi yukarıda da anlatıldığı üzere reklam verenler için kamusal konularla ilgili fikirlerini “*doğrudan*” ortaya koyacağı alternatif yolların zaten açık olmasıdır. Mahkeme’ye göre ticari işlemler bağlamında kamusal tartışmalara ilişkin açıklamalar yapıldığında benzer bir anayasal korumanın sağlanması için sebep yoktur.¹³³ Buradaki tartışma, kamusal öneme sahip konularda “*doğrudan*” ifadeler içeren bir reklam ile bir ürünü

¹³² Consolidated Edison Company of New York v. Public Service Commission of New York, 447 US 530, 535 (1980).

¹³³ Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 67-68 (1983); Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission, 447 US 557, 563 dp. 5 (1980).

güncel bir kamusal tartışmayla “*ilişkilendiren*” bir reklam arasındaki ayrımın nasıl yapılacağıdır.¹³⁴

Mahkeme ticari olan ve olmayan ifadelerin bir arada bulunduğu durumlarda nasıl hareket edileceğini *Riley*¹³⁵ kararı ile açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır. *Riley* kararına konu olayda bir grup profesyonel bağış toplayıcının faaliyetlerini düzenleyen bazı yasaların Birinci Değişiklik açısından incelenmesi söz konusudur. Mahkeme, bu kararda da önceki kararlarının bir devamı olarak bağış toplayıcıların bağış talep eden ifadelerini ticari ifade kategorisi içerisinde değerlendirmemiştir.¹³⁶

Riley kararında, bağış toplama faaliyetini yürüten bağış toplayıcıların sunumlarına, önceki on iki ay boyunca toplanan ve yardım kuruluşlarına fiilen aktarılan bağışların yüzdesini belirten bir açıklama eklemeleri gerektiğine dair bir eyalet yasasının Birinci Değişiklik açısından değerlendirilmesi söz konusudur. Bu düzenleme toplanan bağışın ne kadarının hayır işlerine ne kadarının kurum veya personel giderlerine harcadığına dair bir açıklamada bulunmayı sağlayarak dolandırıcılığı önlemeye yöneliktir.¹³⁷ Hükümete göre Mahkeme’nin yerleşik kararlarında bağış talebinde bulunmaya dair ifadeler, ticari ifade olarak ele alınmamış olsa dahi somut olay bakımından durum farklıdır. Burada düzenleme yalnızca profesyonel yardım kuruluşunun topladığı bağıştan elde ettiği kârla ilgili olduğundan ifadeler ticari ifade olarak ele alınmalıdır.¹³⁸

Mahkeme ise bağış toplayıcıların bağış talep eden ifadelerinin soyut olarak ticari olduğu varsayılsa dahi, ticari olmayan ifadelerle “*ayrılmaz bir şekilde iç içe*” olması sebebiyle ticari karakterini koruyamadığını ifade etmiştir. Böyle durumlarda ifadeyi parçalara ayırmaktansa, ifadenin bir bütün olarak doğası dikkate alınmalı ve ticari kısmın bütün üzerindeki etkisine bakılarak hangi koruma düzeyinin uygulanacağına karar verilmelidir. Tek bir ifadenin ayrılmaz bir şekilde iç içe geçen

¹³⁴ Lin, *Corporate Image Advertising*, 472.

¹³⁵ *Riley v. National Federation of the Blind*, 487 US 781 (1988).

¹³⁶ *Riley v. National Federation of the Blind*, 487 US 781, 787 (1988).

¹³⁷ *Riley v. National Federation of the Blind*, 487 US 781, 795 (1988).

¹³⁸ *Riley v. National Federation of the Blind*, 487 US 781, 795 (1988).

ticari ve ticari olmayan bileşenleri olduğu bu gibi durumlarda, her bir bileşeni ayırarak farklı testlerin uygulanması söz konusu olmamalıdır. Mahkeme’ye göre böyle bir çaba yapay ve pratikte kullanışsızdır. Bu nedenle Mahkeme, somut olayda ifadeleri ticari olmayan ifade olarak ele almış ve sıkı düzeyde korumuştur.¹³⁹

Sonuçta denebilir ki ticari ifadelerle ticari olmayan ifadeler basitçe ilişkilendirildiğinde ifadeler bir bütün olarak ticari olmayan ifadeye dönüşmeyecek ve ticari ifade niteliğini koruyacaktır. Ancak ticari ifade, ticari olmayan bir ifade ile ayrılmaz bir şekilde iç içeyse, ifade bir bütün olarak ticari olmayan ifade kategorisi içerisinde değerlendirilecektir.

Mahkeme’nin burada ortaya koyduğu “ayrılmaz bir şekilde iç içe” olma kriteri daha sonra önüne gelen bir davada başvuruçular tarafından kullanılmaya çalışılmıştır. *Fox*¹⁴⁰ kararına konu olayda New York Eyalet Üniversitesi aldığı bir kararla kitap, yemek, bankacılık gibi sınırlı konular haricinde özel ticari işletmelerin üniversiteye ait yerlerde faaliyet göstermesini yasaklamaktadır. Yasağın öğrenci yurtlarında düzenlenen çeşitli etkinliklerde çini, kristal, gümüş eşya gibi ev eşyalarını sergilemekten ve satmaktan dolayı ticari bir şirkete uygulandığı somut olayda¹⁴¹ Mahkeme, *Riley* kararında ortaya koyduğu bu kriteri değerlendirme imkânı bulmuştur.

Somut olayı değerlendiren Mahkeme ilk olarak ifadenin ticari olup olmadığı üzerinde durmuştur. Mahkeme’ye göre etkinliklerde kullanılan sergileme ve satışa dair ifadelerin *Virginia* kararında da kullanılan ve ticari ifadeyi tanımlama testi olan “ticari bir işlem önerdiğine” şüphe yoktur. Bununla birlikte başvuruçular etkinlikler esnasında finansal olarak nasıl bilinçli olunacağı ve verimli bir ev ekonomisinin nasıl sağlanacağı gibi ticari olmayan konulara da değindikleri için *Riley* kararında ortaya konduğu şekilde ticari ve ticari olmayan ifadelerin “ayrılmaz bir şekilde iç içe” olduğunu ve bu sebeple ifadenin bütününe ticari olmayan ifade olarak

¹³⁹ *Riley v. National Federation of the Blind*, 487 US 781, 796 (1988).

¹⁴⁰ *State University of New York v. Fox*, 492 US 469 (1989).

¹⁴¹ *State University of New York v. Fox*, 492 US 469, 471-472 (1989).

değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Fakat Mahkeme aynı fikirde değildir.¹⁴²

Mahkeme'ye göre, ev ekonomisi hakkında ticari olmayan ifadeler ticari olan satış ifadeleriyle “ayrılmaz bir şekilde iç içe” değildir. Başka bir deyişle, ev ekonomisi öğretmeden ev eşyalarını satmak veya ev eşyalarını satmadan ev ekonomisini öğretmek imkânsız değildir. Somut olayda ticari olmayan ifadelerin ortaya konması veya bunların muhataplar tarafından alınmasını engelleyecek bir düzenleme söz konusu değildir. Ayrıca ticari olmayan ifadelerin doğası gereği ticari ifadelerle birleştirilmesini gerektiren bir sebep de yoktur.¹⁴³ Sonuçta burada ticari işlem teklifinin kamusal bir tartışmayla basitçe ilişkilendirilmesi söz konusudur ve ifadeler ticari niteliğini koruyacaktır.¹⁴⁴

2.2.4. Ticari Unvan ve Markaların Durumu

Ticari unvanlar bir ürün satışı veya hizmet sunumunda bulunan kişinin bu işlemlerinde kullandığı addır.¹⁴⁵ Mahkeme ticari işlem teklifi ile bağlantıları sebebiyle ticari unvanların hangi ifade kategorisinde değerlendirileceğine dair bir inceleme yapmıştır. *Friedman* kararına konu olayda Teksas Optometri Yasası'nın optometristlerin¹⁴⁶ mesleki faaliyetini sahip olduğu lisansında yer alan ismi dışında herhangi bir ticari unvan, takma ad veya şirket adı altında yerine getirmesini yasaklayan hükmü¹⁴⁷ ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

¹⁴² State University of New York v. Fox, 492 US 469, 473-474 (1989).

¹⁴³ State University of New York v. Fox, 492 US 469, 474 (1989); Marcantonio, **What is Commercial Speech?**, s. 365.

¹⁴⁴ Mahkeme'ye göre şirketin ticari ifadelerine ev ekonomisine dair öğeleri dahil etmesi ifadelerini politik yapmayacağı gibi satış etkinliklerine bir dua ile başlanması onları dini ifadeye dönüştüremeyecektir. State University of New York v. Fox, 492 US 469, 474-475 (1989).

¹⁴⁵ James L. Young, “Professional Trade Names: Unprotected Commercial Speech: *Friedman v. Rogers*, 440 U.S. 1 (1979)”, **Nebraska Law Review**, C. LIX, S. 2, 1980, s. 483, dp. 13.

¹⁴⁶ Optometristlik mesleği göz ve görmeye dair ölçümlerin yapılması ile gözlük veya lens reçetelerine uygun ürünlerin sağlanmasıyla sınırlıdır. Optometristlerin bu tür hastalıkları tedavi etme yetkileri yoktur. *Friedman et al. v. Rogers et al.*, 440 US 1, 27 (1979).

¹⁴⁷ *Friedman et al. v. Rogers et al.*, 440 US 1, 5 dp. 6 (1979).

Mahkeme burada ticari unvan kullanımının niteliğini öncelikle tartışmakta ve sonuçta ticari ifade olduğuna karar vermektedir. Mahkeme'ye göre ticari unvan bir süre kullanıldığında, optometrik uygulamanın tanımlanması, bu uygulamada satışa sunulan ürün ve hizmetlerin türü, fiyatı ve kalitesi hakkında bilgi vermeye hizmet edebilir. Her ihtimalde ticari unvan ticari işlem teklifinin bir parçası olarak kullanılır ve amacı ticaridir. Bu sebeple optometrik uygulama ile bağlantılı olarak ticari unvanların kullanılması bir ticari ifade biçimidir.¹⁴⁸

Bununla birlikte ticari unvanlar, örneğin avukatlar ve eczacılar tarafından satışa sundukları ürün veya verdikleri hizmetin niteliği ve fiyatı hakkında açıklamalar içeren ve daha önceki kararlarda ticari ifade olarak ele alınan ifadelerden oldukça farklı bir ticari ifade biçimidir. Mahkeme'ye göre bunun sebebi, eczacılar ve avukatların ticari ifadelerinin kendi kendini açıklayan ve tek başına bağımsız bir anlam taşıyan ifadeler olmasıdır. Ticari unvanlar ise kendiliğinden böyle niteliklere sahip değildir. Bunun anlamı bir ticari unvanın, ilk kez kullanıldığında bir optometrist tarafından sunulan hizmetlerin fiyatı ve niteliği hakkında hiçbir bilgi taşımamasıdır. Bir ticari unvan ancak kullanımının üzerinden belli bir süre geçtikten sonra kişilerin zihninde belirli bir fiyat veya kalite standardı ile ilişkilendirilecek ve bu anlamda bir bilgi taşıyacak nitelik kazanacaktır.¹⁴⁹ Bu özelliğine rağmen optometristler tarafından kullanılan ticari unvan, bir ticari ifade biçimi olarak ele alınmıştır.

Ticari markalar söz konusu olduğunda ise Mahkeme bu kadar açıklayıcı davranmamıştır. Ticari unvanlar, ticari markalardan farklıdır. Ticari unvan ticari işlemi yapan kişiyle bağlantılı iken ticari markalar ticari işlemin konusu olan ürün veya hizmetin ayırt edilmesi¹⁵⁰ ve tüketiciye ürün veya hizmetin kaynağının gösterilmesi amacıyla kullanılır.¹⁵¹ Mahkeme yakın tarihli *Matal*¹⁵² ve *Iancu*¹⁵³ davalarında ticari

¹⁴⁸ Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, 11 (1979).

¹⁴⁹ Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, 12 (1979).

¹⁵⁰ Young, **Unprotected Commercial Speech**, s. 483, dp. 13.

¹⁵¹ Meaghan Annett, "When Trademark Law Met Constitutional Law: How a Commercial Speech Theory Can Save the Lanham Act", **Boston College Law Review**, C. LXI, 2020, s. 253.

¹⁵² *Matal v. Tam*, 582 US ____ (2017).

¹⁵³ *Iancu v. Brunetti*, 588 US ____ (2019).

markaların ABD Patent ve Marka Ofisi (**USPTO**) tarafından tesciline dair çeşitli düzenlemeler içeren Lanham Yasası'nın (**Lanham Act**) bazı hükümlerini Birinci Değişiklik açısından değerlendirmiş olsa dahi, ticari markaların hangi ifade kategorisinde değerlendirileceğini açıklamaktan imtina etmiştir.¹⁵⁴

Matal kararına konu olayda “The Slants” isimli bir müzik grubu bu ismi ticari marka olarak tescil ettirmek istese de USPTO, Lanham Yasası'nın “aşağılayıcı” ibarelerin marka olarak tesciline izin vermediğinden bahisle bu talebi reddetmiştir. Bunun sebebi “çekik gözlüler” anlamına gelen bu ibarenin, argoda Asyalı Amerikanları küçümseyici bir anlam taşımasıdır.¹⁵⁵ Bu davada taraflar ticari markaların hangi ifade kategorisi içerisinde değerlendirileceğine dair farklı fikirlere sahiptir. Hükümet ticari marka kullanımının temel amacının ticari olduğunu ve dava konusu düzenlemelerin eyaletler arası ticaretin adil ve düzenli olmasını sağlamak için getirildiğini, bu sebeple tüm ticari markaların ticari ifade olduğunu savunmuştur. Müzik grubunun üyeleri ise ticari markaların bir ürün veya hizmetin kaynağını göstermesi bakımından ticari anlamı olmasının yanında açıklayıcı bir yönü de olduğunu iddia etmektedir. Somut olay bakımından bunun anlamı “The Slants” isminin sadece grubu tanımlamakla kalmayı bunun yanında tartışmalı kamusal konulara dair bir görüş de içermesidir.¹⁵⁶

Mahkeme ise burada söz konusu tartışmanın netleştirilmesinin gerekli olmadığını söyleyerek ticari markaların ticari ifade olup olmadığı konusunu aydınlatmamıştır.¹⁵⁷ Aksine somut olaydan da anlaşılacağı üzere ticari ve ticari

¹⁵⁴ Annett, **Trademark Law**, s. 253.

¹⁵⁵ *Matal v. Tam*, 582 US ___, 1 (2017).

¹⁵⁶ *Matal v. Tam*, 582 US ___, 23-24 (2017); Somut olayı ele alan yerel mahkeme yargıçlarından biri ticari markaları, *Bolger testi* kapsamında inceleyerek ticari ifade olduklarına karar vermiştir. Yargıcın buradaki görüşüne göre müzik grubunun ismi, siyasi ve ticari olmayan unsurlar içerse de bir bütün olarak değerlendirildiğinde ticari ifadedir. *Bolger testi*nin ilk basamağı karşılanır; çünkü “The Slants” markası bir ürünün kaynağının reklamını yapar. Ayrıca bu markanın kullanımı belirli bir müzik grubunu işaret etmesi sebebiyle *Bolger testi*nin ikinci basamağını da karşılar. Ve son olarak ticari markaların tescili, eyaletler arası ticarete marka sahibinin marka ihlallerini önlemesi ve bu ifadeden bir kâr elde etmesi sebebiyle testin ekonomik motivasyonu gerektiren üçüncü basamağı da sağlanmış olacaktır. Ayrıca Lanham Yasası'nın ticaretin düzenini sağlama amacıyla yapıldığı da hesaba katılmalıdır. Annett, **Trademark Law**, s. 282.

¹⁵⁷ *Matal v. Tam*, 582 US ___, 24 (2017).

olmayan ifade arasındaki çizginin her zaman net olmadığını, siyasi veya sosyal değişkenliğe yol açabilecek herhangi bir ifadenin ticari ifade olarak “etiketlenmesi” ile ifade özgürlüğünün tehlikeye gireceğini belirtmiştir.¹⁵⁸

Bu karardan yaklaşık iki yıl sonra da benzer bir somut olay Mahkeme önüne taşınmıştır. *Iancu* kararında Erik Brunetti, FUCT markası altında kendi tasarımları ile ürettiği bir giyim markasının sahibidir ve FUCT ibaresinin “Friends You Can’t Trust (Güvenemeyeceğin Arkadaşlar)” ibaresinin kısaltması olduğunu iddia ederek bir ticari marka olarak kaydedilmesini talep etmektedir. USPTO ise bu talebi Lanham Yasası’nın “ahlaka aykırı veya utandırıcı” kelimelerin ticari marka olarak kaydedilemeyeceğine ilişkin hükmü kapsamında reddetmiştir.¹⁵⁹

Mahkeme olaya ilişkin değerlendirmesinde *Matal* kararındaki değerlendirmesine atıf yapmakla yetinerek Birinci Değişikliğin ihlal edildiğine karar vermiş, bunun dışında ifadelerin ticari ifade olup olmadığına dair ayrıntılı bir değerlendirme yapma yoluna gitmemiştir. Dahası *Matal* kararı ticari markaların ticari ifade olup olmadığını ele almaktan açıkça kaçınırken, *Brunetti* kararında “ticari ifade” ibaresinden dahi hiç bahsedilmemektedir.¹⁶⁰ Ancak katılan oyunda Yargıç Breyer bu konu üzerinde durmuş ve ifade özgürlüğünün kategorilere dayalı olarak incelenmesinin somut olaydaki sorunu çözmeyeceğini, nitekim Mahkeme’nin *Matal* kararında ticari markaların ticari ifade olup olmadığı sorusunu cevaplamamasının sebebinin ticari markaların herhangi bir ifade kategorisine tam olarak girmemesi olduğunu vurgulamıştır.¹⁶¹

¹⁵⁸ *Matal v. Tam*, 582 US ___, 26 (2017).

¹⁵⁹ *Iancu v. Brunetti*, 588 US ___, 1-3 (2019); David L. Hudson, *Iancu v. Brunetti* (2019), (Çevrimiçi) <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1672/iancu-v-brunetti> , 27 Şubat 2022.

¹⁶⁰ Annett, *Trademark Law*, s. 258, dp. 25.

¹⁶¹ *Iancu v. Brunetti*, 588 US ___, Yargıç Breyer’in katılan oyu (2019).

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMELLENDİRİLMESİ VE KORUDUĞU DEĞERLER

1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUDUĞU DEĞERLER

Çalışmanın ikinci bölümünde, birinci bölüm kapsamında ticari olduklarına karar verilen ifadelerin, ifade özgürlüğünün koruduğu değerler içerisinde kendisine yer bulup bulamadığı tartışılacaktır. Burada öncelikle ifade özgürlüğü kapsamında korunan ifadelerin neden değerli olduğu sorusuna cevap aranacak, daha sonra ticari ifadelerin de bu değerleri içerip içermediği incelenecektir.

1.1. ABD Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

İfade özgürlüğünün temellendirilmesi onun neden değerli olduğu ile müdahalelere karşı neden korunması gerektiği sorularının cevabını bulmaya hizmet eder.¹⁶² Konunun teorik önemi ile birlikte pratik değeri de vardır; ifade özgürlüğünün neye hizmet ettiği sorusuna verilen soyut cevap daha sonra somut olayda anayasal korumanın kapsamını belirlemek bakımından hayati önem taşır.¹⁶³ İfadeyi/ ifade özgürlüğünü neyin değerli ve korunmaya layık kıldığı konusunda birçok yazar farklı görüşlere sahiptir ve her birinin anlamı, kapsamı ve koruma düzeyi çeşitlilik gösterir.¹⁶⁴ ABD’de ana fikir hem toplumsal yaşamda hem de akademik düzey ve mahkemeler düzeyinde ifade özgürlüğüne önem verildiği düşüncesi olmakla birlikte,

¹⁶² Eric Barendt, **Freedom of Speech**, 2. bs., New York, Oxford University Press, 2007, s. 6; Zühtü Arslan, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Ed. Zühtü Arslan, Ankara, Liberte Yayınları, 2003, s. 5.

¹⁶³ Martin H. Redish, “Value of Free Speech”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. CXXX, 1982, s. 591; Daniel A. Farber, Philip P. Frickey, “Practical Reason And The First Amendment”, **UCLA Law Review**, C. XXXIV, 1987, s. 1615; Özsoy, **Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar**, s. 30; Victor Brudney, “The First Amendment and Commercial Speech”, **Boston College Law Review**, C. LIII, S. 4, 2012, s. 1161.

¹⁶⁴ Martin H. Redish, **Money Talks: Speech, Economic Power, and the Values of Democracy**, New York, New York University Press, 2001, s. 22; Devrim Kabasakal Badamchi, “Justifications of Freedom of Speech: Towards a Double-Grounded Non-Consequentialist Approach”, **Philosophy and Social Criticism**, C. XLI, S. 9, 2015, s. 909.

Anayasada yer alan başka herhangi bir düzenlemenin felsefi temelleri ve kapsamı hakkında bu kadar yoğun tartışmalar yapılmamıştır.¹⁶⁵

Mahkeme tutarlı ve ayrıntılı bir ifade özgürlüğü teorisi oluşturamaması bakımından zaman zaman eleştirilse de¹⁶⁶ akademik alanda konu ilgi çekici olmuş ve zengin bir literatür oluşturulmuştur. Burada ilk olarak incelenmesi belki de temel alınması gereken kuramsal çerçeve, modern ifade özgürlüğü teorisinin gelişimine öncülük ettiği sıkça söylenen Thomas I. Emerson tarafından ortaya konan ve Birinci Değişikliğin ifade özgürlüğü alanında koruduğu dört ayrı değer olduğunu ifade eden teoridir.¹⁶⁷

1963 tarihli makalesinde Emerson, Birinci Değişikliğe ilişkin çok sayıda karar ve inceleme olmasına karşılık tatmin edici bir teorinin ortaya konulamadığından söz ederek¹⁶⁸ bu konuda bir girişimde bulunmuştur. Yazar ifade özgürlüğü doktrininde süregelen tartışmalar sonucunda ortaya çıkan ve çeşitli bileşenlerden meydana gelen ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki fonksiyonu üzerinde durmuştur.¹⁶⁹ Buna göre ifade özgürlüğünün korunması:

1) bireysel kendini gerçekleştirmenin garanti altına alınması amacıyla,

¹⁶⁵ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 55; Farber, Frickey, **Practical Reason and the First Amendment**, s. 1616 ve 1618.

¹⁶⁶ Mahkeme'nin tutarlı bir ifade özgürlüğü teorisi geliştirmekte başarısız olduğu ve bu konudaki çabalarının, boşa çıkmış/başarısız doktrinler, bir kritere dayanmayan/değişken gerekçelendirmeler ve yargıçların kişisel görüşlerine bağlı olarak anayasanın ruhuna dair yorumların da değişeceğine dair bir beklenti ile özetlenebileceği ifade edilmektedir. Redish, **Value of Free Speech**, s. 591; Robert Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", **Indiana Law Journal**, C. XLVII, S. 1, 1971, s. 1.

¹⁶⁷ Redish, **Value of Free Speech**, s. 591; Baker, **Human Liberty**, s. 47.

¹⁶⁸ Thomas I. Emerson, "Toward A General Theory of The First Amendment", **Yale Law Journal**, C. LXXII, 1963, s. 877; Birinci Değişikliğe ilişkin genel bir teori oluşturmaya yönelik bu girişimlerin hiçbirinin tam anlamıyla başarılı olmadığı yönünde akademik alanda neredeyse fikir birliği vardır. Farber, Frickey, **Practical Reason and The First Amendment**, s. 1618.

¹⁶⁹ Yazara göre teoriyi oluşturan ve analiz edilmesi gereken temel bileşenler, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün işlevi ve sürdürmeye çalıştığı şeyin ne olduğu, böyle bir sistemi sürdürmenin zorluğu ve hükümetin ifade özgürlüğüne müdahale etme girişiminde rol oynayan etkenler ile ifade özgürlüğünün geliştirilmesi ve desteklenmesinde hukukun ve kurumların rolüdür. Oluşturulacak teorisin görevi bu temel bileşenleri dikkate alarak, yargı organları başta olmak üzere Birinci Değişikliğe etki eden kararları alan mercilere kılavuzluk edecek genel ilkelerin ve ayrıntılı hukuk kurallarının belirlenmesinde rol oynamaktır. Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 878.

- 2) hakikate ulaşmanın bir aracı olarak,
- 3) toplum üyelerinin politik kararları da içeren karar alma süreçlerine katılımını koruma altına almanın bir yolu olarak,
- 4) toplumda istikrar ve değişim arasındaki dengenin sürdürülmesi bakımından gereklidir.¹⁷⁰

Emerson bu değerleri ayrı ayrı ele alsada her birinin gerekli fakat tek başına yeterli olmadığını, dördünün de birbirine bağlı bütüncül bir küme oluşturduğunu ifade etmiştir.¹⁷¹ Emerson'un teorisini temel alan birçok yazar da bu değerlerden sadece birini kullanarak¹⁷² veya bir değerler hiyerarşisi tasarlayarak kendi teorilerini oluşturma yoluna gitmişlerdir.¹⁷³ Çoklu temellendirme yaklaşımı¹⁷⁴ olarak ifade edilebilecek ikinci yöntemde ancak birden fazla değer arasındaki ilişkilerden oluşan

¹⁷⁰ Emerson, **Toward A General Theory of The First Amendment**, s. 877-879.

¹⁷¹ Thomas I. Emerson, "First Amendment Doctrine and the Burger Court", C. LXVIII, **California Law Review**, 1980, s. 423; Redish, **Value of Free Speech**, s. 592.

¹⁷² İfade özgürlüğünün tek bir değeri koruduğunu düşünen yazarların kullandığı iki yöntem mevcuttur. Eleme (elimination) yönteminde başka biçimlerde de gerçekleştirilebilecek değerlerin, ifade özgürlüğünün korunmasını sağlamak için tek başına bir temel oluşturmadığı kabul edilir. Burada ifade özgürlüğü yoluyla bireysel yeteneklerin gelişiminin sağlanacağı gerekçelendirmesini, ifade özgürlüğünü diğer insan davranışlarından ayırmaması ve başka davranışlarla da bireysel yeteneklerin gelişiminin sağlanabileceği argümanı ile reddeden Bork'un görüşleri örnek verilebilir. Bork'un görüşleri için bkz. Bork, **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**, s. 25; İkinci ise belli seviyelerde değere sahip birden fazla gerekçelendirmenin tek başına ifade özgürlüğünü temellendiren daha büyük bir üst değere katkıda bulunduğunu kabul eden dahil etme (**inclusion**) yöntemidir. Bu yöntemde kapsayıcı olan üst kavram genel ve belirsiz olması tehlikesi nedeniyle eleştirilir. Burada "bireysel kendini gerçekleştirme" (**individual self-realization**) değerini birden fazla temellendirmeyi içeren bir çatı kavram olarak kullanan Redish'in teorisi örnek gösterilebilir. Redish, **Value of Free Speech**, s. 594. İki yöntemin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Kent Greenawalt, **Speech, Crime, and the Uses of Language**, 2. bs., New York-Oxford, Oxford University Press, 1992, s. 13; Kent Greenawalt, "Free Speech Justifications", **Columbia Law Review**, C. LXXXIX, S. 1, 1989, s. 126, dp. 16.

¹⁷³ Redish, **Value of Free Speech**, s. 592.

¹⁷⁴ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 55; Örneğin Schauer, ifade özgürlüğünün tek başına bir ilke olmaktan ziyade her biri belli sorunların çözümüne katkı sağlayan ve karşılıklı ilişkileri olan ilkelerden oluşan bir bütün olduğunu kabul etmektedir. Frederick Schauer, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. iv; Sunstein de ifade özgürlüğünün koruduğu değerlerin çokluğunun kabulünü savunarak, Birinci Değişikliğin hem kamusal düzeyde politika yapımına dair hem de bireysel düzeyde özerklik ve kendini geliştirme ile ilgili yönleri olduğunu ifade eder. Tek veya birleştirilmiş bir değer teorisi altında incelenen ifade özgürlüğü, esneklikten uzak ve kısıtlayıcı bir niteliğe sahip olacaktır. Cass R. Sunstein, **Democracy and the Problem of Free Speech**, New York, The Free Press, 1995, s. xx.

bütüncül bir yaklaşımla geniş kapsamlı bir ifade özgürlüğü teorisi oluşturulabileceği savunulmaktadır.¹⁷⁵

Birden çok değeri koruyan bir teori ortaya koyan yazarlar genellikle bu değerleri belli özelliklerine göre sınıflandırma eğilimindedir.¹⁷⁶ İfade özgürlüğünün temelleri karmaşık ve birbiriyle örtüşen unsurlara dayandığından, sınıflandırmanın tek bir doğru yöntemi yoktur. Burada bireylere veya topluma odaklanan temellendirmeler; ifadenin sahibine, alıcısına veya daha geniş bir kamuoyuna odaklanan temellendirmeler; iktidarın güvenilirliğine dayananlar ile insan doğasına dair iyimser veya kötümser temellendirmeler olmak üzere farklı şekillerde gruplandırmalar yapılabilir. Fakat farklı şekillerde yapılan bu gruplandırmaların en sık kullanılanı, sonuçsal/ araçsal ve sonuçsal olmayan/ amaçsal teoriler arasında yapılan ayrımdır.¹⁷⁷

Sonuçsal/ araçsal yaklaşımda ifade özgürlüğünün değerinin hakikatin keşfi, sosyal istikrarın sağlanması gibi kendisi dışında başka amaçlara ulaşılması bakımından bir araç olmasından kaynaklandığı iddia edilir. Sonuçsal olmayan/ amaçsal yaklaşımda ise ifade özgürlüğünün sonuçlarından bağımsız olarak, kendinde bir değer ve kendisinin gerçekleştirilmesi gereken bir amaç olduğu görüşü ortaya konulur.¹⁷⁸ İfade etme eyleminin kendi/ içsel (**intrinsic**) doğasından kaynaklanan değerinin nerede bitip, nereden itibaren başka bir değere katkıda bulunmaya başladığının tespit edilmesinin zorluğu karşısında bu ayrımın net olmadığı ve her halükarda her iki temellendirmenin de hesaba katılması gerektiği söylenebilir.¹⁷⁹ Nitekim Mahkeme'nin kararlarında da ifade özgürlüğüne hem bir amaç hem de bir araç olarak değer verildiği ifade edilmiştir.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 55-56.

¹⁷⁶ Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 125.

¹⁷⁷ Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 127; Greenawalt, **Speech, Crime, and the Uses of Language**, s. 14.

¹⁷⁸ Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü**, s. 5; Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 128.

¹⁷⁹ Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 129; Araç/amaç ikiliğinin başladığı noktaya varan bir tartışma yarattığı ve kullanışlı olmadığı ifade edilmektedir. Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü**, s. 9.

¹⁸⁰ *Whitney v. California*, 274 US 357, Yargıç Brandeis'in katılan oyu 375 (1927).

Çalışmada ifade özgürlüğünün neden değerli olduğu ve korunması gerektiği sorusunu yanıtlamaya çalışırken başta Emerson'un görüşleri ile bu alanda klasikleşmiş fikirlerin serbest piyasası teorisi, insan onuruna dayanan kendini gerçekleştirme teorisi ve demokratik kendi kendini yönetim teorisi¹⁸¹ olmak üzere ileri sürülen teoriler incelenmeye ve daha sonra ticari ifade özgürlüğünün bu teoriler içerisinde kapladığı alana dair görüşlere yer verilmeye çalışılacaktır.

1.1.1. Bireyi Temel Alan Teoriler: Kendini Gerçekleştirme ve Özerklik

Bireyi temel alan teorilerin odak noktası devlet veya toplum değil, kendi başına bir amaç olarak bireyin değeri¹⁸² ve ifade özgürlüğünün de bu noktada araçsal olmayan rolüdür.¹⁸³ Bireyi ve ifade özgürlüğünün ona katkısını ele alan bireyci yaklaşımlar, kişinin özerkliği ve kendini gerçekleştirme ile geliştirmesi kavramları üzerine şekillenmiştir.¹⁸⁴ Burada insanın nihai amacı karakterinin ve potansiyelinin gerçekleştirilmesidir. İnsanı diğerlerinden ayıran zihinsel nitelikleri, soyut düşünme, düşündüklerini dili kullanarak iletme ve bir kültür inşası süreciyle dünyadaki anlamını ve yerini bulmaktır. Kendini gerçekleştirmenin zihinde bir fikrin oluşturulmasıyla başlayan süreci, diğer zihinlerden etkilense de bireysel ve sınırsızdır. Geliştirilen fikrin ifadesiyle devam eden sürecin baskılanması, insan onurunun zedelenmesi ve insan doğasının zarar görmesine sebep olacaktır. İşte ifade özgürlüğü bu sürecin gerçekleşmesindeki rolü bakımından değerlidir.¹⁸⁵

Bir yönü özerklik, kişinin kendi kaderini kendi belirlemesi ve insan onuru gibi liberal bakış açısını da şekillendiren kavramlarla ilgilenen bu teori “*insanın bizatihi*

¹⁸¹ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 55-56.

¹⁸² Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 70.

¹⁸³ Vincent Blasi, “The Checking Value in First Amendment Theory”, **American Bar Foundation Research Journal**, C. II, S. 3, 1977, s. 544; Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 70.

¹⁸⁴ Örneğin Emerson kişinin kendini gerçekleştirmesine odaklanırken, Blasi kişisel özerkliğe dair bir inceleme yapar. Bkz. Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 879; Blasi, **The Checking Value in First Amendment Theory**, s. 544.

¹⁸⁵ Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 879; Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 12.

amaç” olmasıyla ilgilidir.¹⁸⁶ Liberal anlayış ile devlet ve içerisindeki çoğunluğa karşı bireyselliğin kazandığı önem ile birlikte, kişinin kendi tercihlerini yapma ve bunlara göre hareket etmesine müdahale edilmemesi yoluyla insanın saygınlığını/ onurunu koruma fikri de değer kazanmıştır.¹⁸⁷ Bireyin hem siyasal hem de ekonomik alanda aklını kullanarak kendi yaşamını anlamlandırma ve değerine karar verme sürecinin, devlet veya toplum müdahalesinden arındırılarak bu konuda en iyi kararı verecek olan kendisine bırakılması gerekir. Bireye ayrılan, müdahaleden azade olması gerektiği düşünülen ve kendini gerçekleştirmeye katkıda bulunacak olan bu alan “*bireysel özerklik*” alanıdır. Ancak bireysel özerklik alanına sahip olmakla birey haline gelen insanın, insan onuruna sahip bir varlık olması da bu özerkliğe saygı talebinin gerekçesi olarak sunulmaktadır.¹⁸⁸ İfade özgürlüğü de bireyin alternatifler arasından bilinçli olarak kendi seçimlerini yaptıkları sürecin ayrılmaz bir parçası olduğu için kendi başına değerlidir ve özerkliğin gerçekleştirilmesine katkı sağlar.¹⁸⁹

İfade özgürlüğünün bireye dair ikinci yönü ise insanların fikirlerini özgürce ifade edip yaymadan kendilerini tam anlamıyla “*geliştirmeleri*” için ihtiyaçları olan gerekli fikir alışverişinin sağlanamayacağı argümanıdır.¹⁹⁰ Kişiliklerini ve fikirlerini geliştirmek için insanların düşüncelerini özgürce ifade etmeleri, başkaları tarafından dinlenmeleri ve eleştirilmeleri gerekir.¹⁹¹

Bu genel açıklamalardan sonra bu başlık altında ifade özgürlüğünü “bireysel kendini gerçekleştirme” (**individual self-realization**) değeri açısından temellendiren Martin Redish ve “özgürlük teorisi” (**liberty theory**) ile bireysel özerkliği inceleyen

¹⁸⁶ Bu bakış açısının temelleri özerkliği ilk kez insanlar için ele alan Kant’a dayanır. Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 147-149; Kant’ın ahlak felsefesinde aklın buyruğu olarak ele aldığı doğal hukuktan kaynaklanan bazı değişmez ilkeler vardır. Bu değişmez ilkelerin temelini doğuştan kazanılan özgürlük ilkesi oluşturur ve bu ilke sayesinde dışardan gelen zorlamalara rağmen kişinin hala özerk olarak davranabilmesi mümkün olacaktır. Yasemin Işıktaç, “Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye’deki Yansımaları”, **HfSA 11. KİTAP**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 138-139.

¹⁸⁷ Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 87-89.

¹⁸⁸ Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 148; Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 98.

¹⁸⁹ Blasi, **The Checking Value in First Amendment Theory**, s. 544; Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 143-144.

¹⁹⁰ Trager, Dickerson, **İfade Hürriyeti**, s. 7.

¹⁹¹ Badamchi, **Justifications of Freedom of Speech**, s. 912.

Edwin Baker’ın görüşlerine yer verilecektir.¹⁹² Bireye ve ifade özgürlüğünün bireyin kendini geliştirmesine katkısına odaklanmak bakımından aralarında benzerlik bulunsa¹⁹³ da Redish’in ifadenin alıcısının çıkarlarına, Baker’ın ise ifade sahibinin özerk karar vermesi üzerine yoğunlaşması bakımından aralarındaki keskin farklılık dikkate değerdir.¹⁹⁴ Redish için ifadenin kaynağı ve ifadeyi ortaya koyanın motivasyonu önem arz etmezken Baker bu nokta üzerinde özellikle durmaktadır.¹⁹⁵

1.1.1.1. Redish ve “Bireysel Kendini Gerçekleştirme”

Redish, ifade özgürlüğünün nihai olarak “*bireysel kendini gerçekleştirme*” olarak kavramsallaştırdığı tek bir değere hizmet ettiğini söyler.¹⁹⁶ Fakat bu belirsiz kavram iki bileşenden oluşan bir çatıdır ve “bireyin güç ve yeteneklerinin gelişimine” veya “bireyin yaşamını etkileyen kararları alarak kendi kaderini kontrol etmesine” atıfta bulunularak açıklanabilir. İlki bireyin potansiyelini “*gerçekleştirme*”, ikincisi ise koyduğu amaçları “*gerçekleştirme*” bakımından çatı kavram ile bağlantılı haldedir.¹⁹⁷

Redish’in teorisinde bireysel kendini gerçekleştirme sadece ahlaki açıdan değil aynı zamanda bilinçli bir tercih yapılarak sürdürülen demokratik yönetim sisteminden yola çıkılarak da temellendirilmelidir. Buna göre demokratik sistemin mantığında

¹⁹² Baker ve Redish’in teorileri bireyin gelişimine odaklanmak bakımından ortak noktalara sahip olsa da ayrıştıkları birçok nokta bulunmaktadır. Hatta birbirlerinin bakış açılarını ayrıntılı şekilde değerlendiren ve eleştiren makaleler yayınlamıştır. Söz konusu makaleler için bkz. Edwin C. Baker, “Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish’s ‘The Value of Free Speech’”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. CXXX, S. 3, 1982, s. 658; Martin Redish, “Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply To Professor Baker”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. CXXX, 1982, s. 678.

¹⁹³ Farber, Frickey, **Practical Reason and the First Amendment**, s. 1618-1619.

¹⁹⁴ Larry Alexander, “Redish on Freedom of Speech”, **Northwestern University Law Review**, C. CVII, S. 2, s. 599.

¹⁹⁵ Redish, **Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression**, s. 679.

¹⁹⁶ Redish, doktrinde kendinden önce ortaya konan teorileri dışlayıcı bir yol izlemediğini aksine onları kendini gerçekleştirmenin alt kategorileri olarak ele aldığını ifade eder. Redish, **Value of Free Speech**, s. 594; Ayrıca Redish aksi yönde itirazlara rağmen ifade özgürlüğünün koruduğu tek bir değer olduğunu ifade etmenin tüm ifade biçimlerine mutlak ve eşit anayasal koruma verileceği anlamına gelmeyeceğini, en azından uç noktadaki (extreme) olaylarda ifade özgürlüğüne verilen anayasal korunmanın, rekabet ettiği zorlayıcı toplumsal çıkarlara boyun eğmek zorunda kalabileceğini söyleyerek dengeleyici bir yaklaşımı kabul etmektedir. Redish, **Value of Free Speech**, s. 595.

¹⁹⁷ Redish, **Value of Free Speech**, s. 593; Baker, **Realizing Self-Realization**, s. 658.

kendini gerçekleştirmeye katkıda bulunan değerler mevcuttur. Sonuçta demokratik sistem ve ifade özgürlüğünün sistem içindeki rolünden yola çıkarak bireysel kendini gerçekleştirme değerine katkıda bulunan tüm ifade biçimlerinin anayasal korumayı hak ettiği sonucuna ulaşır.¹⁹⁸ Demokratik sistemin buradaki katkısı sonuçlarının diğer sistemlerden daha iyi olması anlamında verimlilik/ etkililikten kaynaklanmaz; daha ziyade “süreç odaklı” bir katkı mevcuttur.¹⁹⁹ Söz konusu “sürecin” değeri, biri içsel değeri araçsal iki form içerir. “İçsel” değer, demokratik bir sistemin varlığıyla elde edilen ve bireyin kendi kaderini kontrol etme yetisine sahip olmasının değeridir. Demokratik yönetim sistemi, bir süreç olarak öncelikle tanımından da kaynaklanan bir kavram olan kendi kendini yönetimi gerçekleştirmeyi içinde barındırır. İkinci olarak ise kamusal politikaların geliştirilmesine bireysel katılım yoluyla ve daha araçsal anlamda bireyin insani yeteneklerinin gelişimine hizmet etmesi açısından önem arz eder. Burada önemli olan sonuçta üretilen politika değil, politika üretimine katılımın sağlanması vasıtasıyla bireyin gelişimine katkıda bulunulmasıdır.²⁰⁰

¹⁹⁸ Redish, **Value of Free Speech**, s. 594; Baker ve Redish arasındaki bir diğer fark da Redish’in demokratik yönetim biçimine atıfla gerekçelendirme yapması fakat Baker’in demokrasi ile kişisel gelişimin birbirine ihtiyacı Redish kadar olmazsa olmaz görmemesidir. Redish, **Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression**, s. 679-680; Baker’a göre Redish, demokratik yönetim biçiminin bireysel gelişim değerinin kabulünü gerektirdiğini veya bu değerın Birinci Değişikliğin temelini oluşturduğunu göstermekte başarısız olmuştur. Baker, **Realizing Self-Realization**, s. 660.

¹⁹⁹ Redish, **Value of Free Speech**, s. 602.

²⁰⁰ Redish, **Value of Free Speech**, s. 602-603; Redish, **Freedom of Expression**, s. 20-21; Demokrasinin araçsal değerini açıklarken Redish, özellikle “klasik/ tamamen katılımcı” (fully participatory) demokrasi teorilerinin kamusal politikaların geliştirilmesine bireysel katılıma dair vurgusu üzerinde durur. Burada siyasi faaliyete katılım fırsatı verilerek insanların âtil durumdaki potansiyellerini kullanması ve böylelikle gelişiminin sağlanması söz konusudur. Redish, **Value of Free Speech**, s. 603; Fakat bu vurgusunun özellikle 1900’lerin ortalarından itibaren klasik demokrasi teorilerinin yeniden yorumlanması sonucu ortaya çıkan elitist demokrasi taraftarlarınca eleştirileceğinin farkındadır. Elitist teorilere göre geniş politik katılım neticesinde kişisel gelişimin gerçekleştirileceği düşüncesinde çeşitli değişikliklere gidilmiş, siyasi elitlerin seçim zamanında kitlelerin desteğini almak için rekabet ettiği, ancak çoğu seçmenin seçimler yoluyla oy kullanmanın ötesinde kamusal politikalara katılımda önemli bir rolünün olmadığı bir demokrasi vizyonu gelişmiştir. Redish’e göre bu değişimle demokrasinin araçsal değeri zarar görse de kendi kendine yönetimin içsel değerine dair bir etki söz konusu değildir. Hatta günlük politik meselelere katılma ilgi ve becerisinin azaldığı iddiası ile kişinin karar verme süreçlerine etkisi bakımından vurgunun kamusal süreçlerden günlük hayatta daha hızlı ve doğrudan kararlar vererek etkileyecekleri alanlara kaydırılması, kişinin özel alanında aldığı kararların da kendi kendini yönetimin etkin kullanımı için şart olduğu argümanını destekler niteliktedir. Redish, **Value of Free Speech**, s. 608-610; Demokratik teorilerin ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. Oktay Uygun, **Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

İfade özgürlüğü de demokratik yönetimin bu yönlerine kişinin konuşma, yazma, yaratma, anlama veya öğrenme özgürlüklerini kullanarak bireysel yeteneklerinin kullanımını ve gelişimini temsil etmesiyle araçsal değere doğrudan, kendi kendini yönetim değerine ise dolaylı katkısı sebebiyle korunmalıdır.²⁰¹

Fakat burada önem arz eden nokta bu katkının sadece politik alanla sınırlı olmayışıdır. Redish'in teorisinde ifade özgürlüğü sadece politik süreçlerde karar alma süreçlerine katılımı sağlamaz. Bunun yanında bireyin yaşamını etkileyen tüm karar alma süreçlerinde olası yarar ve zararları hesaba katarak farklı seçeneklerden haberdar olması gerekir. Bu sayede bilgiye dayanan ve bilinçli kararlar alınabilecektir. Bireyler nasıl ki politik kararlara katılım süreçlerine katılım için serbest bir bilgi ve fikir akışına ihtiyaç duyuyorsa benzer şekilde diğer kararlarını alırken de aynı akışa ihtiyaç duyarlar.²⁰² İfade özgürlüğü hem bireysel hem kolektif karar verme süreçlerinde önemli bir rol üstlenir.²⁰³ Teorinin ticari ifadeler açısından önem arz eden yönü de burasıdır ve çalışmanın ikinci bölümünün 2.1.2.1. numaralı başlığında incelenecektir.

1.1.1.2. Baker ve “Özgürlük Teorisi”

İfade özgürlüğünü bireyi temel alarak açıklamaya çalışan yazarlardan bir diğeri ise Edwin Baker'dır. Baker'ın “*özgürlük teorisi*”, zorlayıcı olmayan, şiddet içermeyen eylemlerden oluşan ve hükümet müdahalelerine kapalı bir bireysel özgürlük alanından yola çıkarak ifade özgürlüğünü temellendirir.²⁰⁴ Teorinin temel etik varsayımına göre bireysel bütünlük ve özerkliğe saygı, kişinin asli değerlerine karşılık gelecek ifadeler

²⁰¹ Buradaki dolaylılık ifade özgürlüğünün kullanımının kendi başına hayatı etkileyen kararlar verme pratiğinin bir kullanımı değil, ancak aracı olmasından kaynaklanmaktadır. Redish, *Value of Free Speech*, s. 604; Baker, *Realizing Self-Realization*, s. 658.

²⁰² Redish, *Value of Free Speech*, s. 604; Redish, *Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression*, s. 682.

²⁰³ Burada özellikle ifade özgürlüğünü sadece politik karar verme süreçleriyle ilgili olarak ele alan ve özel alana sirayetini itiraz eden Bork ve Meiklejohn'un argümanlarını savunulamaz bulmaktadır. Redish'in teorisinin henüz başında ifade ettiği Birinci Değişikliğin kapsamını genişletme iddiasının dayanağı da budur. Redish, *Value of Free Speech*, s. 605-607.

²⁰⁴ Baker, *Human Liberty*, s. 3-4.

yoluyla diğerlerini etkileme ve kendini geliştirme hakkının kabulünü gerektirir. Bu varsayım ahlaki açıdan özerk bireye saygı duyulmasının öncelikli şartıdır.²⁰⁵

İfade etme, kolektif bir fayda için bir araç olarak değil, ifade etme davranışının birey için değeri nedeniyle korunur. Özgürlük teorisi, başkalarının meşru iddialarına uygunsuz bir şekilde müdahale etmeden bireysel kendini gerçekleştirmeyi ve kendi kaderini tayin etmeyi geliştirmenin bir yolu olan ifade özgürlüğünün korunmasını gerektirir.²⁰⁶ Ancak ifade kullanımının “zorlayıcı” olduğu durumlarda hükümet müdahalesi söz konusu olabilir. Baker’a göre kullanılan ifade, başkasının iradesi veya zihinsel süreçlerinin bütünlüğüne açıkça saygısızlık veya zarar verme teşebbüsü içeriyorsa o zaman zorlayıcı kabul edilecektir. Zorlayıcı ifade etme eylemleri, diğerinin özerkliğine ve bireysel bütünlüğüne saygı duyulması ahlaki ilkesini ihlal eder. Aynı ahlaki ilke bireysel özerkliğe hükümetin saygı duymasını da gerektirir. Bu nedenle, bireysel kendini gerçekleştirme ve kendi kaderini tayin etme değerlerine katkıda bulunan ifadeler zorlayıcı olmadığı, şiddet veya baskı içermediği sürece Birinci Değişiklik çerçevesinde korunmalıdır.²⁰⁷

Fakat üç durumda zorlayıcı ifade mevcuttur ve bu sebeple hükümet müdahalesi söz konusu olacaktır. Bunlar:

- 1) Bir başkasının şahsına veya malına fiziksel zarar veren veya vermeye teşebbüs eden ifadeler,
- 2) Bir başkasının zihinsel süreçlerinin veya özerkliğinin bütünlüğünü bozmak için tasarlanmış ifadeler,

²⁰⁵ Baker, **Human Liberty**, s. 59; Redish, **Freedom of Expression**, s. 49.

²⁰⁶ C. Edwin Baker, “Scope of the First Amendment Freedom of Speech”, **UCLA Law Review**, C. XXV, S. 5, 1978, s. 966; Baker, **Human Liberty**, s. 48; Baker bu kavramlardan ilkinin Redish’in kendini geliştirme bileşenini, ikincisinin ise kendi kendini yönetim bileşenini karşıladığını fakat kavramların incelenmesinde farklılıklar olduğunu ifade eder. Örneğin Baker serbest bilgi ve fikir akışının hayatı etkileyen kararları vererek kendi kendini yönetim değerine dolaylı olarak katkıda bulunduğu iddiasını kabul etmez. Ona göre ifade özgürlüğü her iki değere de doğrudan katkıda bulunur. Baker, **Realizing Self-Realization**, s. 658.

²⁰⁷ Baker, **Human Liberty**, s. 5 ve 59.

3) İfade sahibinin özgür seçimlerine dayanmadığından asli değerlerini içermeyen ifadelerdir.²⁰⁸ Belirtmek gerekir ki bu kategori ticari ifade açısından özellikle önem arz eder ve tezin ikinci bölümünün 2.1.2.2. numaralı başlığında incelenecektir.

Böylelikle özgürlük teorisinin ifadeyi ortaya koyana ve onun neyi ifade edeceğine dair seçimine odaklandığı söylenebilir.²⁰⁹

1.1.2. Hakikatin Keşfine Dayanan Teori

1.1.2.1. Genel Olarak

İfade özgürlüğünü araçsal boyutuyla temellendirmeye çalışan görüşlerin uzun zamandır kullandığı bu teori, hakikate ulaşmanın yolunu fikirlerin serbest ve yarışmacı bir açık tartışma ortamında ortaya konulmasında görür.²¹⁰ Ortaya konan farklı fikirlerin karşıtlığı ilerlemeyi ve üretkenliği teşvik eden bir işleve sahiptir.²¹¹ İfade özgürlüğünün değerini bireysel çıkarlar yanında toplumu da ilgilendiren yönünde arayan bu teori²¹², özgür bir tartışmadan elde edilen toplumsal faydaya odaklanır.

²⁰⁸ Baker, **Human Liberty**, s. 59-60; Baker'ın teorisi soyut anlamda olmasa da verdiği örnekler bakımından eleştirilmektedir. Örneğin Baker'a göre casusluk (**espionage**) bazı durumlarda korunabilirken ticari ifadeler kişinin asli değerlerini içermemesi ve böylelikle kendini gerçekleştirmeye katkısı olmaması sebebiyle korunmaz. Redish ve Farber bu durumu eleştirerek ortaya konan tezin somut örnekler bakımından doğru şekilde uygulanmadığını ifade eder. Farber, Frickey, **Practical Reason and The First Amendment**, s. 1621.

²⁰⁹ Baker, **Human Liberty**, s. 197.

²¹⁰ Barendt, **Freedom of Speech**, s. 7; Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü**, s. 5; Doktrinde hakikat ve gerçeklik kavramlarının değişmeli olarak kullanımı göz önüne alınarak tezimizde derin bir analize girilmeksizin "hakikat" kavramının kullanılması yoluna gidilmiştir. Fakat ifade edilmelidir ki ayrımı yaparak birini diğerine tercih eden görüşler de mevcuttur. Örneğin "*Bilen kişiden ve bilinçten bağımsız şekilde var olanın bir özelliği olarak 'gerçeklik' kavramından farklı olarak hakikat, ontolojik bir kavramdır ve bilgiye dayalı olarak bellekte cisimleşir. Başka bir deyişle, bir şeyin gerçekliği nesneldir oysa hakikiliği (doğruluğu) gerçekliğin öznel olarak zihne yansımasıdır.*" diyen Şirin hakikat ve gerçeklik ayrımı yaparak ifade özgürlüğünün hakikate gönderme yapılarak temellendirildiğini ifade etmiştir. Şirin, **Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 50-51; Schauer ve Sadurski'nin eserlerinin Türkçe çevirilerinde ise "gerçeklik" kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Bkz. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 21; Wojciech Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. 3.

²¹¹ Şirin, **Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 51.

²¹² Birçok kişinin kendisi için hayatı yaşamaya değer kılacak konularda fikirlerini ifade etme ihtiyacı duyması anlamında kişisel bir çıkarı koruyan ifade özgürlüğünün, hakikatin elde edilmesi noktasında da sosyal/ toplumsal bir çıkarı koruduğunu belirten Chafee, ifadenin hem özel hem de kamusal çıkara

Burada toplumsal faydanın büyük, ifadenin ortaya konmasına izin vermekten kaynaklanan kaybın ise küçük olduğu söylenerek toplumun hakikat arayışına yapılan müdahalelere tolerans gösterilmemesi gerektiği ifade edilmiştir.²¹³

Hakikatin keşfine dayanan teori, herhangi bir önermenin lehine veya aleyhine ileri sürülebilecek tüm olgu ve argümanlar dikkate alınarak en somut ve akılcı yargıya ulaşılacağına kabulüyle başlar. Burada bilgi ve hakikati arayan bireyin farklı fikirlerle karşılaşarak tüm alternatifleri değerlendirmesi ve kendi yargısını başka fikirlerle kıyaslayarak sınamasının, yanlışları elemek bakımından en iyi yol olduğu varsayılmıştır. Aksi durumun rasyonel yargılara ulaşmayı ve yeni fikirlerin oluşmasını engelleyeceği ve yanlışın sürdürülmesi eğilimini doğuracağı kabul edilmiştir. Hakikatin aranması sürecinin devamlılığı ve koşulların değişimi ile yeni kavrayışların ortaya çıkması, kabul gören doğruların zamanla çürütülmesine sebep olabilir. Bu sebeple açık tartışmanın sürdürülmesi esastır ve toplum ile üyelerinin istek ve ihtiyaçlarını karşılayacak ortak kararlara ulaşması açısından faydalıdır.²¹⁴

Hakikatin keşfine dayanan teorinin eleştirilen yönleri mevcuttur. Keşfi mümkün bir hakikatin var olup olmadığı, varsa dahi özgür tartışma ortamının bu keşfe katkısının belirsiz olduğu iddia edilmiştir.²¹⁵ Piyasa rekabetinde her zaman en iyi malların seçileceğine şüpheyi yaklaşılabileceği gibi, hakikatin yanlış karşısında sürekli olarak kazanacağı da kesin değildir. Ancak keşfedilecek tek bir nesnel hakikatin var olduğu ve kişilerin temelde rasyonel davranarak bu gerçeği algılama kapasitesine sahip olduğu varsayılırsa, ifade özgürlüğünün çelişkili argümanların sunulduğu bir ortamda hakikatin keşfedilmesine yardımcı olması beklenebilir.²¹⁶ Bu yaklaşımın

katkıda bulunan yönlerinin Birinci Değişikliğin koruması altında olduğunu ifade etmiştir. Zechariah Chafee, **Free Speech in the United States**, 4. bs., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1948, s. 33; Fakat Alexander Meiklejohn bu ikiliği reddederek Birinci Değişikliğin sadece kamusal tartışmalara ilişkin ortak çıkarlara dair yönünü savunur. Kişisel çıkarlar bu kapsamda korunmayacaktır. Alexander Meiklejohn, **Free Speech and Its Relation to Self Government**, New York, Harper & Brothers Publishers, 1948, s. 62-63.

²¹³ Baker, **Scope of the First Amendment**, s. 965; Baker, **Human Liberty**, s. 4.

²¹⁴ Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 881-882.

²¹⁵ Özsoy, **Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar**, s. 31; Badamchi, **Justifications of Freedom of Speech**, s. 911.

²¹⁶ Baker, **Human Liberty**, s. 6-7.

kişilerin her zaman rasyonel seçimler yapmalarını varsaymak bakımından fazlasıyla iyimser ve ifade özgürlüğünü temellendirmek bakımından tek başına zayıf olduğu söylenmiştir.²¹⁷ Teoride soyut olarak herkesin kullanımına açık bırakılan ifade özgürlüğünün somut koşullarda hangi ölçüte göre, kim tarafından, nasıl kullanılacağına ve sınırına dair sorgulamalar da mevcuttur.²¹⁸

Ayrıca serbest piyasa ekonomisi benzerliğinden yola çıkılarak ekonomide koşulların istenen ideal sonuçların elde edilmesini zorlaştırmasına benzer bir riskin söz konusu teori için de var olduğu söylenebilir. Serbest ekonomik düzende imaj, reklam hatta bilinçaltına müdahalelerle yapay ihtiyaçlar yaratarak pazarlama teknikleriyle en iyi mallara gölge düşürülebildiği gibi, hakikatin keşfine dayanan teori açısından örneğin retorik sayesinde en iyi fikrin değil en iyi ifade edilen fikrin zaferi söz konusu olabilecektir.²¹⁹ Medya gibi fikirlerin yayılmasında etkin rolü olan araçlarda azınlıkta kalan grupların erişiminin eksikliği, çoğunluk görüşlerinin avantajlı durumu gibi serbest rekabete etki eden sebeplerle en iyi sonuçların alınması her zaman mümkün olmayabilir.²²⁰

Bu sebeple sosyal adaletin gerçekleştirilmesi bakımından serbest piyasaya yapılan müdahalelere benzer şekilde hakikatin keşfedilmesi sürecinde de ortaya konan fikirler arasında eşitliği sağlayacak müdahalelerde bulunulması gerekebilir.²²¹ Söz

²¹⁷ Barendt, *Freedom of Speech*, s. 12-13.

²¹⁸ Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı*, s. 68; Özsoy, *Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar*, s. 32; Doktrinde sınırı olmayan bir piyasadan ziyade hükümetin düzenin sağlanması, küçüklerin korunması gibi amaçları ile ifade özgürlüğü arasında gereken dengeyi kuran fakat ifade özgürlüğünün bu dengede oldukça ağır bastığı bir yaklaşım tavsiye edilmektedir. Chafee, *Free Speech in The United States*, s. 31; İfade özgürlüğü böylelikle imtiyazlı bir özgürlük olarak algılanmalıdır. Bkz. Emerson, *Toward a General Theory of The First Amendment*, s. 906; Meiklejohn ise hem bu dengeleme yaklaşımını hem de hakikatin keşfine dayalı teori ile birlikte gelişen rekabete dayalı bireysellik anlayışını reddeder. Meiklejohn’a göre hakikate ulaşılması kendi kendini yönetimin bir parçasıdır fakat birincil gerekliliği değildir. Daha önemli olan ortaya çıkan hakikatin toplumun tamamının kullanımına sunulmasıdır; Birinci Değişiklik öncelikle yeni bir hakikatin zafer kazanmasının değil galip gelen bu hakikatin paylaşılmasının aracıdır. Kendi kendini yöneten bir toplumda bireysel olarak hakikate ulaşılmış olmasından ziyade toplumun hakikatin bilgisine sahip olması ve kamusal meseleleri mümkün olduğunca iyi anlamış olması önemlidir. Meiklejohn, *Free Speech*, s. 88-89; Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı*, s. 197.

²¹⁹ Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı*, s. 70-72.

²²⁰ Baker, *Human Liberty*, s. 4.

²²¹ Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı*, s. 80.

konusu eleştiriler nedeniyle alternatif bir teori olarak “piyasa başarısızlığı modeli” ortaya konmuştur. Bu modelin savunucuları ekonomik alanda olduğu gibi ifade özgürlüğü alanında da hükümet müdahalesinin zaman zaman gerekli olduğu sonucuna varmışlardır. Burada amaç geniş tabanlı, etkili ve eşit erişimin sağlandığı bir fikir piyasası oluşturmaktır.²²²

Teorinin genel hatları bu şekilde ifade edildikten sonra öncelikle fikirleri teorinin oluşturulmasında temel alınan Milton’a ve Amerikan yargı teorisinde etkili olan Mill’e değinmek gerekir.²²³

1.1.2.2. İlk Örnek: Milton’ın Areopagitica’sı

Hakikatin keşfi argümanına dayanılarak ifade özgürlüğünün temellendirilmesinin en eski örneklerinden biri olarak 1644 yılında İngiliz şair John Milton tarafından yayımlanan “*Areopagitica: Lisanssız Basımın Özgürlüğü İçin John Milton’ın İngiliz Parlamentosu’na Hitaben Konuşması*” adlı eseri gösterilir.²²⁴ Milton eserini 1695 yılına kadar varlığını sürdüren ve her türlü yayının yapılmasını devlet yahut kilise yetkililerinden oluşan bir komite tarafından önceden bir onay/ lisans

²²² Baker, **Human Liberty**, s. 5; Bu anlayışın bir sonucu olarak eşitlik ilkesinin ifade özgürlüğü alanındaki değerine değinen temellendirmeler ortaya çıkmıştır. Özellikle 1975 yılında yazdığı makalesiyle eşitlik ilkesinin ifade özgürlüğü alanındaki etkisinin öne çıkmasını sağlayan Kenneth Karst, Mahkeme’nin bu alandaki bakış açısının değişme sinyalleri verdiğini fark eden ilk yazarlardandır. Karst’a göre özgürlüklerin eşit bir şekilde kullanımının sağlanması için siyasi alanda yapılan değişikliklerin yanı sıra, toplumun birbiriyle ilişkili tüm karar alma süreçlerinde eşit ifade özgürlüğü ilkesi “Birinci Değişikliğin merkezi anlamının” bir parçası olmalıdır. Birinci Değişikliğin kendi kendini yöneten bir demokraside vatandaşların bilinçli seçimlerine izin vermek, hakikati aramaya yardımcı olmak ve kendilerini geliştirmek olarak sayılan amaçlarının tam olarak gerçekleştirilmesi ancak eşitlik ilkesinin de gerçekleştirilmesi ile mümkün olacaktır. Karst, **Equality as a Central Principle**, s. 20-23; Geoffrey R. Stone, “Kenneth Karst’s Equality as a Central Principle in the First Amendment”, **University of Chicago Law Review**, C. LXXV, s. 37; Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, s. 101; Eşitliğe dair bakış açısının içtihatlarla yansımaları Schacht ve Mosley kararlarıyla temelleri atılan ve ifadenin içeriğine dayalı olarak (content-based) yapılan müdahalelerin zorlayıcı gerekçeler olmadıkça anayasaya aykırı kabul edilmesine dayanan anlayışın başlangıç noktası olduğu kabul edilir. Bu anlayış tüm ifade sahiplerinin ve bakış açılarının eşit söz hakkı olduğunun kabulünü ve ifadenin sadece içeriği sebebiyle sansürlenmemesini sağlar. Buradan sapmaya ancak esaslı bir zorunluluğun gösterilmesi halinde izin verilir. Söz konusu anlayış ve kararlara dair bkz. Schacht v. United States, 398 US 58 (1970); Police Department of Chicago v. Mosley, 408 US 92 (1972); Stone, **Kenneth Karst’s Equality**, s. 41; Karst, **Equality as a Central Principle**, s. 28-29.

²²³ Barendt, **Freedom of Speech**, s. 7.

²²⁴ Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 738; Trager, Dickerson, **İfade Hürriyeti**, s. 51.

verilmesine bağılı kılan bir parlamento düzenlemesi olan 1643 tarihli “**Licensing Order**” a rağmen ve onu eleştirmek amacıyla yayınlamıştır.²²⁵ Milton’ın eseri gerekli izin olmaksızın yayınlanmış ve meydan okur bir tavırla yazarın ismi koyu harflerle yazılarak Londra sokaklarında dağıtılmıştır.²²⁶

Söz konusu lisanslama ve sansür kararlarını²²⁷ hakikatin keşfinin önüne set çekecek nitelikte bulan Milton²²⁸, bu kuralların öğrenme ve ilerleme üzerindeki baskıcı niteliği üzerinde durmuş ve “tüm özgürlükler üzerinde en üstün olanlarını yani bilme, ifade etme ve vicdana uygun olarak serbestçe tartışma özgürlüğünü” açıkça geri istemiştir.²²⁹ Milton’un hakikat ile yanlışın açık ve adil bir çarpışması sonucunda hakikatin galip geleceğine olan inancı²³⁰ bu geri istemin ve günümüzde de önemini sürdüren fikirlerin serbest piyasası doktrininin en eski dayanağı olmuştur. Milton her ne kadar mutlak bir ifade özgürlüğü düşüncesini savunmamış, daha ziyade yakın durduğu Protestan kiliselerine ait dini ifadelerle ilgilenmiş ve bunun dışında Papalık ve laikliğe ilişkin hoşgörüsüzlüğünü açıkça dile getirerek tutarsız davranmışsa da karşıtlıkların toplumu canlı tutacağına ilişkin görüşleri daha sonra ortaya çıkacak teorilere ilham vermiştir.²³¹

1.2.2.3. Sistematik Bir Yaklaşım: Mill ve “Hürriyet Üstüne”

John Milton’ın argümanlarının ayrıntılı incelenmesi ve sistematikleştirilmesinin ilk olarak John Stuart Mill tarafından yapıldığı söylenebilir.²³² Mill’e göre bir kişi hariç bütün insanlık aynı fikirde de olsa, o kişinin

²²⁵ Vincent Blasi, “A Reader’s Guide to John Milton’s Areopagitica, the Foundational Essay of the First Amendment Tradition”, *The Supreme Court Review*, C. MMXVII, 2017, s. 275; Aydın, *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku*, s. 61, dp. 51.

²²⁶ Blasi, *A Reader’s Guide to John Milton’s Areopagitica*, s. 277; Trager, Dickerson, *İfade Hürriyeti*, s. 51.

²²⁷ Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı*, s. 52.

²²⁸ John Milton, *Areopagitica: Basın özgürlüğü Üzerine*, Çev. Derman Kızılay, İstanbul, Pinhan, 2018, s. 55.

²²⁹ Milton, *Areopagitica*, s. 98; John Bury, *Düşünce Özgürlüğünün Tarihi*, Çev. Durul Bartu, Erdini Basım ve Yayınevi, İstanbul, 1978, s. 92.

²³⁰ Milton, *Areopagitica*, s. 99.

²³¹ Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı*, s. 52-54.

²³² Baker, *Human Liberty*, s. 6; Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı*, s. 54.

nasıl tüm insanları susturmaya hakkı yoksa, aynı şekilde tüm insanların da bu kişiyi susturmaya hakkı yoktur.²³³ Fikirler arasındaki rekabetin korunması, azınlıkta kalan görüşler dahil tüm görüşlerin korunmasını gerektirir.²³⁴ İnsanlığın diğer tüm mutluluklarına kaynaklık ettiğini ileri sürdüğü düşünsel alandaki mutluluğun, düşünce ve ifade özgürlüğü ile sağlanacağını ifade eden Mill²³⁵ susturulan düşünceye dair farklı ihtimalleri ele almıştır.²³⁶

Mill'e göre ilk ihtimal doğru olan bir düşüncenin susturulması ile insanların yanlış olanı doğru olanla takas etme imkanından yoksun kalacak olmasıdır. İkincisi eğer susturulan düşünce yanlış ise kabul edilen gerçeğin yanlış olanla mücadelesi sonucunda gerçekliğinin daha açık ve net olarak ortaya konması ve etkisinin daha canlı şekilde ortaya çıkması imkanından mahrum kalınacak olmasıdır. Ki zaten susturulmaya çalışılan düşüncenin yanlışlığından da hiçbir zaman tam olarak emin olunamaz.²³⁷ Bir düşüncenin çürütülmesi için her türlü imkan varken çürütülememiş olması ile çürütülmesinin istenmemesi sebebiyle, buna dair imkanların ortadan kaldırılarak doğru olduğunun varsayılması arasında fark vardır.²³⁸ İnsanın hatalarını açık tartışma yoluyla düzeltme yeteneğine sahip olması sayesinde yanlış düşünce ve uygulamalar doğru olanların karşısında yavaş yavaş yok olacaktır.²³⁹ Düşüncenin başka düşüncelerle karşılaştırılıp düzeltilmesi ve eksiklerinin tamamlanması, temelleri sağlam düşünceler oluşturma en güvenilir yöntemlerindendir.²⁴⁰ Tamamen doğru olduğu varsayılan bir düşüncenin açık tartışmaya açılmaksızın kabul edilmesi halinde "ona canlı bir hakikat değil, ölü bir dogma" olarak inanılacak, anlamının ve etkisinin zayıflaması söz konusu olabilecektir.²⁴¹

²³³ John Stuart Mill, **Hürriyet Üstüne**, Çev. Mehmet Osman Dostel, Sadeleştiren Ömer Çaha, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s. 56-57.

²³⁴ Kenneth L. Karst, "Equality as a Central Principle in the First Amendment", **The University of Chicago Law Review**, C. XLIII, 1975, s. 25.

²³⁵ Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 107.

²³⁶ Bu ihtimallerin incelenmesi için bkz. Baker, **Scope of the First Amendment**, s. 964-965; Baker, **Human Liberty**, s. 4; Barendt, **Freedom of Speech**, s. 8; Trager, Dickerson, **İfade Hürriyeti**, s. 65.

²³⁷ Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 57.

²³⁸ Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 60.

²³⁹ Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 61.

²⁴⁰ Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 62.

²⁴¹ Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 82; Baker, **Human Liberty**, s. 4.

Üçüncü ihtimal ise ilk ikisinden daha sık karşılaşılan bir durum olarak karşımıza çıkan, hakikatin veya yanlışlığın bir düşüncenin tamamına tek başına nüfuz etmesinden ziyade ikisinin bir arada bulunmasıdır. Böyle durumlarda parçalara ayrılmış hakikatin eksik kısmının tamamlanması hakikat içeren diğer düşüncelerle karşılaşmasına bağlıdır.²⁴²

Doktrinde ifade edildiği üzere Mill'in gerçeklik yaklaşımı iki temel argüman ile şekillenir ki bunlar “yanılabilirlik” ve buna bağlı olarak “şüpheciliktir.”²⁴³ İfadeyi yanlışlık gerekçesiyle engelleyenlerin temel varsayımı yanılmazlıktır; yani kişisel yanılmazlıklarını savunan iktidarlar yanlış buldukları düşüncelerin ifade edilmesini daha baştan yasaklamaktadır. Fakat bu yasaklamanın doğruluğu konusunda yanılmak her zaman mümkündür; yanlış olduğu düşünüldüğü için yasaklanan ifadelerin doğruluğu konusunda yanılmış olunabileceğine dair şüphecilik her zaman olmalıdır. Bu şüphe, yanlışlanabilir olduğu düşünülen önermelerin geçerliliğine gölge düşürmeyecektir.²⁴⁴

Mill de Milton gibi sınırsız, mutlak bir ifade özgürlüğü temellendirmesi ortaya koymamıştır. İfadenin hangi bağlamlarda zararlı olabileceği yeterince örneklendirilmemiş olsa da “zarar ilkesi” doğrultusunda ifadenin bir başkasına zarar verecek nitelikte olduğunda sınırlanabileceğini kabul eder.²⁴⁵ İngiliz Mill'in

²⁴² Mill, *Hürriyet Üstüne*, s. 97.

²⁴³ Badamchi, *Justifications of Freedom of Speech*, s. 911.

²⁴⁴ Arslan, *ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü*, s. 5-6.

²⁴⁵ Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı*, s. 55-56.

görüşleri²⁴⁶ kendi ülkesinden ziyade Amerikan özgürlük ve bireysellik anlayışına ciddi katkılarda bulunmuştur.²⁴⁷

1.1.3. Demokrasiye Dayanan Teori: Karar Alma Süreçlerine Katılım

1.1.3.1. Genel Olarak

Demokrasiye dayanan teori, ifade özgürlüğünün bir devletin kendi kendini yönetim ilkesine göre yönetilmesini sağlayan bir araç olarak ele alındığı temellendirmedir.²⁴⁸ Bu teoride ifade özgürlüğü ilki seçmenlerin seçme gücünü bilinçli olarak kullanması bakımından ihtiyacı olan gelişmeyi sağlaması ikincisi de

²⁴⁶ Mill'in görüşleri birçok teoriye kaynaklık etmektedir. Örneğin Scanlon, Mill'in ifade özgürlüğüne dair savunusunun doğal bir uzantısı olarak gördüğü ve bu yüzden Millci İlke (**Millian Principle**) olarak adlandırdığı teorisinde, ifade edici eylemin sonucu olarak kişide yanlış/ zararlı düşüncelerin oluşması veya zararlı eylemlerin gerçekleştirilmesi ihtimalinin hükümet müdahalelerine gerekçe gösterilemeyeceğini ifade eder. Thomas Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression", **Philosophy & Public Affairs**, 1972, C. I, S. 2, 1972, s. 213; Robert Amdur, "Scanlon on Freedom of Expression", **Philosophy & Public Affairs**, C. IX, S. 3, 1980, s. 289; Scanlon'un teorisinde hem inanç hem de davranış düzeyinde birey nihai karar mercii olmaktadır. İfade özgürlüğünün buradaki rolü, verilen özerk kararın meselenin her yönüne dair fikirlerin alınması neticesinde bilgiye dayanan bir karar olmasını sağlamaktır. Böylelikle bilgi edinme hakkına dayalı ve iktidarın özerk karar verme sürecinden dışlandığı bir teori ortaya konmaktadır. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 100.

²⁴⁷ Baker, **Scope of the First Amendment**, s. 968; Trager, Dickerson, **İfade Hürriyeti**, s. 66; Yazarlar bu noktada farklı yüzyıllarda yaşayan kimseler ile güncel kavramsallaştırmaların entegrasyonu konusunda ihtiyatlı olunması gerektiğini ifade etmektedir. Milton'ın liberal veya demokratik fikirlere aşına olmaması, bazı kişisel nedenlerle ifade özgürlüğü üzerine eğildiği, fakat kadınlar, Yahudiler veya dini reformu desteklemeyenler gibi geniş bir kitlenin sansürünü önemsemediği, hatta sonraları eleştirilerinin odak noktası olan sansür kurullarında görev aldığı konusunda uyarırlar. Trager, Dickerson, **İfade Hürriyeti**, s. 52-53; Benzer bir uyarı Mill'in görüşleri hakkında da yapılabilir. Mill medeni olmayan toplumlar ile henüz ergin olmayan bir çocuğun kendisine karşı dahi korunması adına özgürlüğüne yapılan müdahalelerle benzerlik kurmaktadır. Böyle toplumlarda baskıcı rejimlerin meşru olduğunu, önemli olanın kullanılan araçların onları ıslah etme ve medenileştirme yolunda uygunluğu olduğunu ifade etmiştir. Yani ona göre özgürlük istisnasız veya genel değildir. Bkz. Mill, **Hürriyet Üstüne**, s. 48; Şirin de benzer bir uyarıda bulunarak Milton ve Mill söz konusu olduğunda ifade özgürlüğüne dair ilk bakışta özgürlükçü gözükken bakış açılarının, kamusal hayata dair diğer konulardaki fikirleri kullanılarak eleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Şirin, **Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 60.

²⁴⁸ Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 69; Martin H. Redish, Marie Mollen Abby, "Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes: The Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression", **Northwestern University Law Review**, C. CIII, S. 3, 2009, s. 1304.

başta hükümetler ve kamu görevlilerine dair olmak üzere eleştiri hakkının kullanılması olmak üzere iki amaca hizmet eder.²⁴⁹

İfade özgürlüğünün işlevi toplumun tüm üyelerinin erişebileceği açık tartışma sürecinin varlığı sayesinde karar alma süreçlerine katılımın sağlanmasıdır.²⁵⁰ Herkesin düşüncelerini oluşturma ve diğerlerine özgürce iletme hakkı demokratik olarak örgütlenmiş bir toplumun temel ilkesi olmalıdır.²⁵¹ Demokrasi sadece oy vererek yöneticilerin belirlendiği mekanik bir sürece indirgenmeksizin, asıl olanın karar alma mekanizmasına mümkün olduğunca geniş bir katılımın sağlanması olduğu bir yönetim biçimidir. Bunu gerçekleştirebilmek adına ifade özgürlüğünün, özellikle politik meselelere dair görüşlerini oluştururken kişilerin çeşitli bakış açılarından haberdar olarak bilgiye dayanan bir karar verebilecekleri²⁵² ve görüşlerini serbestçe açıklayabilecekleri açık tartışma sürecinin sağlanmasında oynadığı rol önemlidir.²⁵³

Demokratik yönetim sistemi söz konusu olduğunda kamusal yönü ağır basan ve hükümet politikalarının oluşumuna ilişkin politik ifadelerin ifade özgürlüğü alanında korunduğuna dair bir fikir birliği mevcuttur.²⁵⁴ Fakat hem politik ifadenin neleri kapsadığı hem de diğer ifade türlerinin durumuna dair tartışmalar mevcuttur.²⁵⁵ Politik ifadelerin neredeyse mutlak bir şekilde korunmasını, bunun dışında diğer ifade türlerinin Birinci Değişiklik kapsamında ele alınmaması gerektiğini savunan görüşler ile diğer ifadelerin de politik olanlarla eşit şekilde korunması gerektiğini ifade eden iki ayrı uçta görüşler söz konusudur.²⁵⁶ Demokrasi ve ifade özgürlüğü ilişkisine dair

²⁴⁹ Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 52; Trager, Dickerson, **İfade Hürriyeti**, s. 7-8.

²⁵⁰ Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 882; Badamchi, **Justifications of Freedom of Speech**, s. 914.

²⁵¹ Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 883.

²⁵² Demokrasiye dayanan teorinin konuşmacıların sözleri değil, dinleyenlerin zihniyle ilgilendiği söylenmektedir. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 61; Meiklejohn, **Free Speech**, s. 25.

²⁵³ Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, s. 22; Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü**, s. 7; Yusuf Şevki Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara, Seçkin, 2000, s. 15.

²⁵⁴ Daniel A. Farber, "Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment", **Harvard Law Review**, C. CV, S. 2, s. 562; Bork, **Neutral Principles**, s. 23.

²⁵⁵ Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 10.

²⁵⁶ İfade özgürlüğünün kapsamının politik olanın ötesine taşınarak sanattan, dine veya bilime uzanan insanın tüm öğrenme alanlarını kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiğine dair görüşler için bkz.

detaylı bir inceleme yapan siyaset felsefecisi Alexander Meiklejohn'un fikirleri doktrinde kapladığı önemli yere paralel olarak burada incelenecektir.²⁵⁷

1.1.3.2. Meiklejohn ve “Kendi Kendini Yönetim”

Meiklejohn Birinci Değişikliğin ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını mutlak olarak yasakladığını şiddetle savunmuştur fakat onun teorisi korunan ifade kategorisi bakımından sınırlıdır. Birinci Değişiklik yalnızca “kendi kendini yönetim süreciyle ilgili ifadelere” anayasal güvence sağlayacaktır.²⁵⁸ Meiklejohn bu sonuca ulaşırken kamusal politikalara katılımın bir yaşam biçimi olarak benimsendiği doğrudan demokrasiler ve karar alma süreçlerinde aktif rol alan bireylerden yola çıkar. Fakat bireyi toplumdan soyutlamayan toplumcu bir bakış açısıyla harekete eder²⁵⁹ ve yönetim biçimlerinden yola çıkarak şöyle bir teori oluşturur:

Özgür bir insan için özgür bir toplumda ifade özgürlüğünün anlamına karar vermek amacıyla öncelikle kişilerin kendi kendini yönettiği bir politik sistem ile rızaya dayanmaksızın başkaları tarafından yönetildikleri bir politik sistem arasındaki farkın ortaya konması gerekir. İkincisinde biri veya bir grup, kişiler üzerinde rızaya dayanmaksızın kontrolü elinde tutar ve burada bir yanda zorlama diğer yanda boyun eğme veya karşı çıkma olan bir ilişki söz konusudur.²⁶⁰ Buradaki temel olgu bir grubun güce sahip olması fakat diğerinin olmamasıdır. Ancak rızaya dayanan yönetimi yani diğer bir ifade şekliyle kendi kendini yönetimi ifade etmek bu kadar kolay değildir. Buradaki zorluk yöneten ve yönetilenlerin iki ayrı grup olmamasındadır; yalnızca bir grup vardır, onlar da kendi kendini yöneten kişilerdir.²⁶¹ Yöneticiler ve yönetilenler

Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 883; Chafee, **Free Speech in The United States**, s. 4.

²⁵⁷ Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 11; Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 196; Baker, **Human Liberty**, s. 26; Lillian R. BeVier, “The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle”, **Stanford Law Review**, C. XXX, S. 2, 1978, s. 308.

²⁵⁸ Baker, **Human Liberty**, s. 26.

²⁵⁹ Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 196-197; Blasi, **The Checking Value in First Amendment Theory**, s. 556.

²⁶⁰ Meiklejohn, **Free Speech**, s. 5.

²⁶¹ Meiklejohn, hükümet organlarını halkın bazı yetkilerini sınırları belli olarak devrettikleri ikincil ajanlar olarak görür. Martin H. Redish, “First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression”, **George Washington Law Review**, C. XXXIX, S. 3, 1971, s. 435.

aynıdır. Burada kişilerin kendileriyle olan içsel ilişkisi kuvvetle ve zorlamayla ifade edilemez.²⁶² Ayrıca kamu politikalarına dair kararların tüm yurttaşların katılımıyla alınacağına, sonuçta herkes için eşit derecede bağlayıcı olacağına ve gerekirse kararlara uymayı reddedenlere yaptırım uygulanacağına dair temel bir anlaşma vardır.²⁶³

Meiklejohn'un teorisinde mutlak ifade özgürlüğü ilkesi ancak böyle kendi kendini yöneten toplum için geçerlidir.²⁶⁴ Fakat böyle bir toplumda da herkese ve tüm ifadelere koruma verilmemiştir; geniş çaplı bir sınırlama mevcuttur. Yalnızca *“seçmenlerin kamu yararı bakımından ele almaları gereken konuların değerlendirilmesine doğrudan veya dolaylı olarak katkıda bulunacak ifadelerin”* ifade özgürlüğü kapsamında korunması söz konusudur. Bunun dışında kişisel ifadelerin veya ifadenin içindeki kişisel çıkarların Birinci Değişikliğin korunması açısından hiçbir talep hakkı yoktur.²⁶⁵

Sonuçta Meiklejohn'a göre ifade edilen düşünceler ancak halkın kendi kendini yönetimi ile ilgiliyse yani kamuya ait olmasıyla kamu malı niteliği taşıyorsa mutlak olarak korunmalıdır. Bu tür ifadeler özel amaçlar taşıyarak özel mal statüsünde olan ve mutlak koruma görmeyecek olan ifadelerden ayrılır.²⁶⁶ Asıl olan herkesin konuşması değil, söylenmeye değer her şeyin söylenmesidir. Söylenmeye değer olan ise kamusal politikalara karar verecek nihai merci olan ifadenin alıcılarına odaklanarak belirlenir. Önemli olan, seçmenlerin olabildiğince bilgiye dayanan bir karar vermesi

²⁶² Meiklejohn, **Free Speech**, s. 6.

²⁶³ Meiklejohn, **Free Speech**, s. 9.

²⁶⁴ Meiklejohn, **Free Speech**, s. 100.

²⁶⁵ Meiklejohn, **Free Speech**, s. 94; Bu durum kişisel çıkarlarla ilgili ifadelerin tamamen korumasız bırakıldığı ve hükümetin keyfi müdahalelerde bulunabileceği anlamına gelmez. Meiklejohn'un teorisinde bu ifadeler Beşinci Değişiklik kapsamında hukuki usul ve esaslara uyularak (**due process of law**) uyularak müdahale edilebilir. Alexander Meiklejohn, “The First Amendment is an Absolute”, **The Supreme Court Review**, C. MCMLXI, 1961, s. 255; Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 436.

²⁶⁶ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 56; Meiklejohn'un görüşleri için bkz. William J. Brennan, “The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment”, **Harvard Law Review**, C. LXXIX, S. 1, 1965, s. 11-14; Redish, Abby, **Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes**, s. 1310-1321.

için tüm olgu ve görüşlerin ortaya konmasıdır. Yazara göre ifade özgürlüğü kontrolsüz konuşkanlığın²⁶⁷ ya da konuşma özgürlüğünün²⁶⁸ koruyucusu değildir.

Meiklejohn'un teorisi demokrasi ve ifade özgürlüğü arasında kurduğu bağ ve başta kamu politikalarını oluşturan yöneticileri eleştirmek bakımından politik ifadelerin korunmasına güçlü katkısı için takdir edilse de çok sınırlı bir alanı koruduğu ve çoğunlukçu bir demokrasiden uzak hatta ona karşı olduğu yönünde eleştirilere de maruz kalmıştır.²⁶⁹ İlk eleştiriye cevaben Meiklejohn daha sonra yazdığı bir makalesinde sınırlarını genişletmiş, politik olmayan bazı ifade biçimlerini de koruma alanına dahil etme eğilimi göstermiştir.²⁷⁰ Bunlar seçmenlerin insani değerlere yönelik bilgiyi, zekayı ve duyarlılığı elde ettiği düşünce ve ifade biçimleridir. Fakat yine de bir noktada kendi kendini yönetimle ilgilidirler ve karar verme sürecinde olabildiğince akıllıca ve nesnel yargılara varmaya yararlar. Her seviyede eğitimin bu amaca katkısı bakımından eğitim özgürlüğünün özgür bir toplumun ön şartı olarak korunması, dünyayı anlama ve bilgi üretme bakımından felsefe ve bilimin varlığı ile edebiyat ve sanatın korunması da bu bakımdan gereklidir.²⁷¹

²⁶⁷ Meiklejohn, **Free Speech**, s. 24-25; Meiklejohn düşüncelerini somutlaştırmak adına bazı kasabalarda gerçekleştirilen kasaba toplantılarından (townmeeting) destek alır. Kendi kendini yönetimin bariz ve basit bir örneği olarak gördüğü bu toplantılarda kasabayı oluşturan topluluğun kamusal çıkarları ilgilendiren -yollar, okullar, sağlık, savunma vb.- konularda siyasal eşitler olarak herkesin gelmekte özgür olduğu bir ortamda, kendi düşüncelerini oluşturmak, diğerlerine açıklamak ve diğerlerinin argümanlarını dinlemek hak ve sorumluluğu vardır. Burada temel prensip ifade özgürlüğünün engellenmemesidir. Bir başkan veya moderatör ancak toplantı düzenini sağlamak adına seçilebilir, etkili bir müzakere ve karar alma süreci yürütmek adına belirlenen düzen kurallarından sapmalar olması halinde, örneğin seçili konu üzerinde tartışma yürütülürken konu dışına çıkan konuşmacı, düzeni bozan ilan edilerek ifade özgürlüğüne müdahale edilebilir. Kasaba toplantıları, özgür ve eşit bir grubun ortak bir girişimde iş birliği yaptığı ve bu amaçla düzenli ve sorumlu bir tartışmanın yürütüldüğü bir kendi kendini yönetim sistemidir. Meiklejohn, **Free Speech**, s. 22-23; Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 197.

²⁶⁸ Meiklejohn, **The First Amendment is an Absolute**, s. 255.

²⁶⁹ Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 64-65; Schauer’e göre Meiklejohn’un kişisel/ kamusal ifade ayrımı ve ifade özgürlüğüne vermeye çalıştığı mutlak anlam anayasanın lafzı, doktrin veya uygulama tarafından benimsenmemiştir ve kullanışlı değildir. Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 54.

²⁷⁰ Bu tavır ikna edici bulunmamış ve yazarlar genellikle onun başlangıç önermelerini benimsemiş ve yorumlamıştır. Redish, **Value of Free Speech**, s. 592; Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 436-437.

²⁷¹ Meiklejohn, **The First Amendment is an Absolute**, s. 256-257; Baker, **Human Liberty**, s. 26; Schauer, **İfade Özgürlüğü**, s. 63.

Meiklejohn'un teorisinde eleştirilen bir diğer nokta ise tasvir ettiği yönetim biçimini yıkıcı eğilimde olan ifadelerin de koruma kapsamında olduğuna dair fikirleridir. Yazar kamusal meselelere dair olmak şartıyla bu tarz aşırılıkçı ve tehlikeli fikirlerin de dinlenmesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir.²⁷²

1.1.4. Hoşgörü ve Çoğulculuğa Dayanan Teori

İfade özgürlüğünün neden değerli olduğuna dair bir diğer teori ise onun toplumdaki hoşgörüyü sağlama işlevi üzerinedir. Modern ifade özgürlüğü anlayışının kökenine dair inceleme yapıldığında özellikle dini farklılıklar temelinde hoşgörüye dair görüşlerin etkisinden bahsetmek mümkündür. Örneğin Locke'un devlet ve kilisenin birbirine karşı hoşgörüsüne dair yazdığı "*Hoşgörü Üzerine bir Mektup*" adlı eseri, doğrudan ifade özgürlüğü alanına özgülenmemiş olsa da bu konuda öncü addedilir.²⁷³ Daha yakın tarihte ise teorinin detaylı bir incelemesi Lee Bollinger ve onun "*Tolerans Toplumu*" adlı kitabı üzerinden tartışılmıştır.²⁷⁴

²⁷² Meiklejohn, **Free Speech**, s. xi; Şirin, **Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 200; Fakat buradaki sınırlamanın sınırı hakkında Meiklejohn ile aynı fikirde olmayan birçok yazar mevcuttur. Örneğin Robert Bork da ifade özgürlüğüne verilen anayasal korumanın tek amacının politik sürecin işlemesine katkıda bulunmak olduğunu, politik ifadeler dışında başka hiçbir ifade biçiminin bu sürece dahil olamayacağını savunur; bilimsel, edebi, müstehcen ya da pornografik gibi başka herhangi bir ifade biçimini korumak için bir temel yoktur. Fakat Bork'un Meiklejohn'dan ayrıldığı nokta hükümetin güç kullanılarak devrilmesini veya herhangi bir yasanın ihlalini savunan ifadeleri suç olarak düzenleyen kanunlara anayasal bir engel olmadığını savunmasıdır. Bork, **Neutral Principles**, s. 20; Bork ve Meiklejohn'un teorisi ve eleştirisi hakkında bkz. Baker, **Human Liberty**, s. 26-27; McGowan, **A Critical Analysis of Commercial Speech**, s. 432; Birinci Değişikliğin sadece temsili demokrasi sürecine katılımı sağlayan politik ifadeleri koruduğuna dair başka bir teori de BeVier'e aittir. BeVier politik, politik olmayan ve antidemokratik ifade olmak üzere üçlü bir ayrıma gitmiş ve bunlardan sadece politik olanların koruma kapsamında olacağına kanaat getirmiştir. Antidemokratik ifadeler ise demokratik hükümetin güç kullanılarak devrilmesini veya demokratik yöntemlerle çıkarılmış yasaların ihlalini savunan ifadelerdir ve ifade özgürlüğü korumasının dışındadır. BeVier, **The First Amendment and Political Speech**, s. 300-302; Fakat BeVier, Meiklejohn'un aksine politik ifadelerin mutlak olarak korunmasından ziyade bir dengeleme yaklaşımının benimsenmesini savunur. BeVier, **The First Amendment and Political Speech**, s. 347; Burada ayrıntılarıyla incelenmeye de demokratik sistem açısından ifade özgürlüğünün hayati önemini ele alan yazarlardan biri de Kalven'dir. Kalven'in teorisi hakkında bkz. Harry Kalven, **The Negro and the First Amendment**, Columbus, Ohio State University Press, 1965, s. 6; Harry Kalven, "The New York Times Case: A Note on 'The Central Meaning of the First Amendment'", **Supreme Court Review**, 1964, s. 191-221; Kenneth L. Karst, "The First Amendment and Harry Kalven: An Appreciative Comment on the Advantages of Thinking Small", **UCLA Law Review**, C. XIII, S. 1, 1965, s. 1-24.

²⁷³ Trager, Dickerson, **İfade Hürriyeti**, s. 56-57.

²⁷⁴ Bollinger'in eseri etkili ve özenli bulunsa da ifade özgürlüğüne dair bir gerekçelendirme olarak savunulamaz ve eksik görülmüştür. Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, s. 39; Greenawalt, **Free**

Bollinger ifade özgürlüğünün neden değerli olduğuna dair kendinden önce ortaya konan teorilerin tamamen geçersiz olduğunu iddia etmese de artık onların, toplumda karşılaşılan yeni sosyal problemlere cevap vermekte zorlandıkları iddiasıyla kendi teorisini oluşturmuştur. Ona göre Birinci Değişikliğin yeni sosyal anlamı hoşgörü/ tolerans değerine ilişkindir.²⁷⁵ İnsanlar, görüşlerini veya yaşam tarzlarını paylaşmayanlara karşı hoşgörüsüz olma eğilimindedir. Bu eğilimi telafi etmek için, onlara aykırı olanı tolere etmeleri öğretilmelidir. O halde Birinci Değişikliğin amacı, insanları kendi fikirlerine aykırı sözlere katlanmaya zorlayarak hoşgörüyü telkin etmektir.²⁷⁶ Kişi eğer fikirlerinden hoşlanmadığı grupların konuşma hakkını kabul etmek zorunda kalırsa hoşgörülü olması gerektiği konusunda eğitilmiş olur.²⁷⁷

İfade özgürlüğü, kişinin içinde bulunduğu sosyal etkileşimlerde bir kendi kendini sınırlama ve katlanma yeteneği oluşturması bakımından ayrıcalıklı bir alan işgal eder. Bu yetenek sosyal etkileşimlerde ortaya çıkan bazı duyguların kontrolünü sağlamaya yarayacak bir sosyal kapasite oluşturmaya ve geliştirmeye yarar. Bollinger işte bu kapasiteyi tanımlamak için tolerans/ hoşgörü terimini, bu kapasitenin yokluğu için ise hoşgörüsüzlük terimini kullanır.²⁷⁸ İfade özgürlüğünün bu öğretici işlevini özellikle aşırılıkçı/ radikal ifadeler (**extremist speech**) olarak adlandırdığı ifadelere odaklanarak yapar.²⁷⁹

Speech Justifications, s. 147; Eser üzerine genel bir inceleme ve eleştiri için bkz. Pierre Schlag, *Freedom of Speech as Therapy*, *UCLA Law Review*, C. XXXIV, 1986, s. 265-283.

²⁷⁵ Farber, Frickey, **Practical Reason and The First Amendment**, s. 1624; Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 146.

²⁷⁶ Farber, Frickey, **Practical Reason and The First Amendment**, s. 1624.

²⁷⁷ Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 146-147; David A. Strauss, "Why Be Tolerant?", *University of Chicago Law Review*, C. LIII, 1986, s. 1485-1486.

²⁷⁸ Lee C. Bollinger, **Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America**, 2. bs., New York, Oxford, Oxford University Press, 1988, s. 10.

²⁷⁹ Yazar burada örnek olarak 1977'de yaşanan Skokie vakasını gösterir ve incelemesini geniş çapta bu olay üzerinden yürütür. Söz konusu olay Nazi yanlısı bir grubun, nüfusu çoğunlukla toplama kamplarından kurtulan Yahudi kimselerden oluşan bir banliyö olan Skokie'de yürüyüş yapmayı talep etmeleri üzerine yaşanmıştır. Kamuoyunu yoğun şekilde meşgul eden bu olay sonucunda mahkemeler, böyle bir gösterinin ifade özgürlüğü kapsamında olduğuna karar vermiştir. Bollinger, **Tolerant Society**, s. 13; Farber, Frickey, **Practical Reason and The First Amendment**, s. 1624; Farber, Frickey, **Practical Reason and The First Amendment**, s. 1624; Hakyemez, **Militan Demokrasi**, s. 91.

Bu teori ifadenin alıcılarının sosyal alanda hoşgörü tavrı geliştirmelerine katkı sağlayarak bir kamu bilinci oluşturma açısından takdir edilse de²⁸⁰ ifade özgürlüğünü gerekçelendirmek için birincil argüman olamayacağı veya kısıtlamalara karşı diğer temellendirmeler olmaksızın güçlü ve kapsamlı olamayacağı açılarından eleştirilmektedir.²⁸¹

1.1.5. İstikrar ve Değişim Arasındaki Dengeyi Gözeten Teori

Emerson'un teorisine göre ifade özgürlüğünün bir diğer temellendirmesi sosyal kontrol işlevini yerine getirmesidir. Bunun anlamı açık tartışma ilkesinin toplumda bölünme ve fikir birliği arasındaki kırılgan dengenin sürdürülmesinde yeni koşullara uyumlanabilir ve istikrarlı bir yapıya ulaşmanın bir yöntemi olması ile kişilerin hukuk çerçevesinde nasıl hareket edeceklerini öğrendiklerinde açık toplumun daha güçlü ve uyumlu hale gelecek olmasıdır. Yazara göre tartışmanın engellenmesi rasyonel bir muhakemeyi imkânsız kılar ve en azından bir süreliğine sosyal değişmeyi engelleyebilirse de uzun vadede bu engellenmenin etkisiz olma ihtimali yüksektir. Bu engelleme yüzeysel kalarak düşünce veya inancı ortadan kaldıramaz yahut bağlılığı sağlayamaz. Aksine esnekliği ortadan kaldırarak toplumda durgunluğu teşvik eder ve toplumun değişen koşullara uyum sağlamasını veya yeni fikirler geliştirmesini engeller. Karşıt fikrin meydana getirdiği canlılık söz konusu durgunluk sürecini iyileştirme ve dengelemede hayati bir role sahiptir. Engellemeyle birlikte muhalefetin görünmez kılınması uzlaşmayı zorlaştırır ve ortak kararların desteklenmesi için gereken çoğunluğu güçsüzleştirir.²⁸²

Toplumda birbiriyle yarışan çıkar ve isteklerin kamusal tartışmalara yansıtılması, olayların doğru şekilde değerlendirilmesi ve uzlaştırılması noktasında

²⁸⁰ James L. Oakes, "Tolerance Theory and the First Amendment", *Michigan Law Review*, C. LXXXV, S. 5/6, 1987, s. 1152; Sadurski, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, s. 39.

²⁸¹ Greenawalt, *Free Speech Justifications*, s. 146-147; Farber, Frickey, *Practical Reason and The First Amendment*, s. 1625.

²⁸² Emerson, *Toward a General Theory of The First Amendment*, s. 884; Toplumdaki farklı çıkar ve isteklerin birbiriyle uzlaştırılmasında doğru ilkelerin tespit edilmesini hakikatin keşfine dayanan teoriden keskin çizgilerle ayırmak zor olsa da bu teori doktrinde ayrıca ele alınmaktadır. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, s. 141.

daha uygun düzenlemeler yapılmasını sağlar. Bu süreçteki eksiklikler çıkarlarına adil şekilde ağırlık verilmeyen sosyal grupların, daha şiddetli ve radikal tepkilerinin sosyal istikrarsızlığa sebep olması riskini taşır.²⁸³ Özetle ifade özgürlüğü, genel olarak durağanlık eğilimi bulunan toplumsal yapının kargaşadan uzak ve daha doğru bir şekilde sosyal ve politik dengesini sağlamaya yardımcı olmak için etkili bir araçtır.²⁸⁴

1.1.6. Denetim Değeri'ne Dayanan Teori

Detaylı analizi Vincent Blasi tarafından yapılan “*denetim değerine dayanan teoride*” (**the checking value**) ifade özgürlüğünün kamusal gücün kötüye kullanılmasını kontrol etme noktasında yerine getirdiği işlev sebebiyle değerli olduğu fikri hakimdir.²⁸⁵ Böylelikle Birinci Değişiklik kapsamında kamusal suistimallerle ilgili ifadeler en yüksek derecede anayasal korumaya sahip olacaktır.²⁸⁶

Kamu gücüne sahip kamu görevlilerin halkın güvenini kötüye kullanma eğiliminin yaygınlığından yola çıkan Blasi, özellikle basının da rolünden bahsederek ifade özgürlüğünün bu kötüye kullanım karşısında kontrol görevini üstlendiğini ifade eder.²⁸⁷ Başta toplumda kamusal gücün suistimalinin, kişisel gücün suistimalinden çok daha ciddi bir tehlike oluşturması ve çok sayıda kişiyi etkilemesi olmak üzere, modern devletin karmaşık yapısı ile insan doğası ve siyasal kurumlara karşı kötümser bakış açısı sebebiyle Blasi, halkın kamu görevlilerinin eylemlerinin nihai yargıcı olması gerektiği sonucuna ulaşır.²⁸⁸ İfade özgürlüğü burada hem onarıcı hem de caydırıcı bir

²⁸³ Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 141-142; Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 885.

²⁸⁴ Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 885.

²⁸⁵ Blasi, **The Checking Value in First Amendment Theory**, s. 528; Sam Terilli, “Blasi, Vincent. The Checking Value in First Amendment Theory. 3 A.B.A. Found. Res. J. 521 (1977)”, **Communication Law and Policy**, C. XXV, S. 3, 2020, s. 362-365; Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 142.

²⁸⁶ Bu teorinin genel mantığı kabul görse de denetim işlevinin hangi ifadeleri kapsadığına dair belirsizliği açısından eleştirilmektedir. Makalesinin farklı yerlerinde Blasi, kontrol işlevine sahip ifadelerin var olacağı durumları ifade etmek üzere gücün suiistimali, kamu gücünün kötüye kullanılması veya kamu görevlilerinin güveni kötüye kullanması gibi çeşitli söz grupları kullanmış, bunların anlamına dair yaptığı açıklamalar ise doktrinde tatmin edici bulunmamıştır. Redish, **Value of Free Speech**, s. 611-613; Ayrıca görüşlerinin bağımsız bir teori olmaktan ziyade demokratik kendi kendini yönetim ilkesinden türediği veya hakikatin keşfi teorisinin bir alt kategorisi olduğuna dair görüşler de mevcuttur. Redish, **Value of Free Speech**, s. 615-616; Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 142.

²⁸⁷ Blasi, **The Checking Value in First Amendment Theory**, s. 529 ve 538.

²⁸⁸ Blasi, **The Checking Value in First Amendment Theory**, s. 538-544.

etkiye sahiptir; kamu gücü kullananların yanlış davranışları kamuoyunda gündeme geldiğinde hem düzeltici önlemler alınma ihtimali artacak hem de böyle bir incelemeye tabi olduklarını bilmeleri sonraki keyfi davranışlarına engel olacaktır.²⁸⁹

1.2. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Görüşü

Mahkeme'nin ifade özgürlüğünü nasıl temellendirdiğine bakıldığında tek bir teoriden ziyade birden çok bakış açısından yararlanıldığı görülecektir. İlk olarak söylenebilir ki Mahkeme ifade özgürlüğünün araçsallığı sebebiyle mi yoksa kendisinin değerli olduğu için mi korunduğu tartışmasını aşarak, özgürlüklere “*hem bir amaç hem de bir araç olarak değer verildiğini*” ifade etmiştir.²⁹⁰ Buna göre Birinci Değişiklik ifade özgürlüğünü hem kişinin fikrini söyleme özgürlüğünün bireysel bir özgürlük olarak kendi başına iyi olması sebebiyle hem de araçsal olarak toplumun ortak hakikat arayışının ve canlılığının sağlanmasında hayati olduğu için korumaktadır.²⁹¹

ABD doktrininde ileri sürülen görüşlere de paralel şekilde bakış açısı incelenecek olursa Mahkeme'nin bireye dayalı teoriler, hakikatin keşfine dayanan teori ve demokrasiye dayanan teoriye ağırlıklı olarak dayandığı tespit edilecektir. Öncelikle bireye dayalı teoriler açısından bakıldığında Mahkeme'nin bireyin kendini ifade etmesinden kaynaklanan çıkarı Birinci Değişiklik alanında koruduğu görülecektir.²⁹² Fakat sadece ifadeyi ortaya koyanın kendini ifade etmesi değil ayrıca dinleme veya bilgi alma hakkı da korunmalıdır. İfade özgürlüğü bir ifade sahibinin varlığını kaçınılmaz olarak gerektirse de burada mevcut koruma iletişimin kaynağından alıcısına dek uzanır. İfadelerin yayılması, onları almaya istekli ve değerlendirmekte özgür alıcıları korumazsa anlamsız olacaktır. Aksi durum sadece satıcılardan oluşan ve alıcıları olmayan verimsiz bir fikir piyasası yaratacaktır. Bu

²⁸⁹ Greenawalt, **Free Speech Justifications**, s. 142.

²⁹⁰ *Whitney v. California*, 274 US 357, Yargıç Brandeis'in katılan oyu 375 (1927).

²⁹¹ *Bose Corp. v. Consumers Union*, 466 US 485, 503 (1984).

²⁹² *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 US 765, 777 dp. 12 (1978).

sebeple Birinci Değişiklik ifade özgürlüğü bağlamında bilgi ve fikir alma hakkını da kapsayacak şekilde bir “alma hakkını” da (**right to receive**) korumaktadır.²⁹³

Böylece hem ifadeyi ortaya koyanın hem de ifadenin alıcısının korunduğu özgür bir tartışma ortamını ifade etmek üzere “*fikirlerin serbest piyasası anlayışı*” ortaya çıkmıştır. Bu anlayış hem Mill’in görüşleri hem de Adam Smith tarafından sistematik hale getirilen ve ekonomik alanda her türlü müdahaleden uzak serbest piyasa koşulları altında kendiliğinden şekillenecek bir piyasa modeli ile ifade özgürlüğü arasında kurulan benzerlikle ortaya çıkmıştır.²⁹⁴ Bu yolla oluşturulan fikirlerin serbest piyasası metaforu, Birinci Değişiklik kapsamında hangi ifadelerin korunacağına karar verilirken sıkça kullanılan bir temellendirme haline gelmiştir.²⁹⁵

Yargıç Oliver Wendell Holmes’ün *Abrams*²⁹⁶ kararında yazdığı karşı oy, fikirlerin serbest piyasası anlayışının ortaya çıkması açısından dikkate değerdir ve tek bir paragrafta ifade özgürlüğünün hakikatin keşfine dayanan teori ile temellendirilmesi bakımından önemli bir yer tutmuştur.²⁹⁷ Karşı oyunda Holmes, zamanın birbiriyle savaşan birçok inancı altüst ettiği fark edildiğinde, insanların arzulanan nihai iyiye fikirlerin serbest ticaretiyle ulaşılacağına dair inancının güçleneceğini; gerçeğin en iyi testinin fikirlerin düşünce piyasasında rekabeti sonucu kendini kabul ettirme gücü olduğunu ifade etmiştir.²⁹⁸ Holmes’ün bu yaklaşımı rekabetçi bir fikir piyasasına olan

²⁹³ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council, 425 US 748, 756-757 (1976); Lamont v. Postmaster General, 381 US 301, Yargıç Brennan’ın katılan oyu 308 (1965).

²⁹⁴ Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı**, s. 65; Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 429.

²⁹⁵ Baker, **Scope of the First Amendment**, s. 968; Baker, **Human Liberty**, s. 7; Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, s. 3; Trager, Dickerson, **İfade Hürriyeti**, s. 52; Barendt, **Freedom of Speech**, s. 11; Sunstein, **Democracy and the Problem of Free Speech**, s. 256-257.

²⁹⁶ Abrams v. United States, 250 US 616 (1919).

²⁹⁷ Vincent Blasi, “Holmes and the Marketplace of Ideas”, **Supreme Court Review**, C. MMIV, S. 1, 2004, s. 2; Sadurski, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, s. 3; Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü**, s. 5.

²⁹⁸ Abrams v. United States 250 US 616, Yargıç Holmes’ün karşı oyu 630 (1919); Yargıç Oliver Wendell Holmes, Yargıç Louis Brandeis ile birlikte Amerikan hukuk tarihinde önemli bir yer kaplamaktadır. Bunun kaynağı Birinci Değişiklik üzerine dikkate değer çalışmalarıdır. Özellikle hükümetin politik ifadeleri sırf tehlikeli bulması sebebiyle yasaklayabileceği şeklindeki geleneksel görüşü reddederek yazdıkları karşı oylar, savaşların protesto edildiği ve dönemleri gereği sosyalizm savunucuları başta olmak üzere çeşitli grupların ifadeleri üzerinde özgürleştirici bir etki yaratmıştır. İfade özgürlüğünün koruma düzeyini son derece artıran “açık ve mevcut tehlike” testi, kökenini Holmes ve Brandeis’in karşı oylarında bulmaktadır. Bu görüşlerden çok sayıda modern ifade özgürlüğü teorisi

güveni ve bunun aksine ifadelere yapılan hükümet müdahalelerine güvensizliği ortaya koymaktadır.²⁹⁹

“Gerçeğin en iyi testinin, düşüncenin kendisini rekabet piyasasında kabul ettirme gücü olduğu” varsayımı, serbest fikir ticareti gerekliliğiyle birlikte düşünüldüğünde, Holmes’ün Birinci Değişiklik yorumunun tüketim malı olarak tahayyül edilen fikirlerin değerlendirilmesini herhangi bir siyasi yahut entelektüel otoriteye değil, topluluğu oluşturan bireylerin süregelen değerlendirmelerine bırakan açık uçlu bir süreç tarafından yapılmasını gerektirdiği söylenebilir.³⁰⁰ Hakikatin galibiyeti karşısında yanlış düşünceler kendine bir yer bulamayarak piyasadan eleneceklerdir.

Holmes’ün temellerini attığı fakat adlandırmadığı bu metaforu yorumlayanlar, zamanla fikirlerin serbest piyasası (**marketplace of ideas**) söz grubunu kullanmaya başlamış³⁰¹, bu ifade Mahkeme’nin kararlarında kullandığı dile de yerleşmiştir.³⁰²

Fikirlerin serbest piyasasında ortaya konan kamusal meselelerle ilgili ifadeler, kişinin kendini ifade etmesinin ötesine geçerek kendi kendini yönetimin özünü oluşturur. Demokrasiye dayanan teori kapsamında ortaya konan görüşlere paralel şekilde Mahkeme’nin kararlarında da Birinci Değişiklik kendi kendini yönetime katkısı açısından önemli bir araç olarak ele alınmıştır. Mahkeme’ye göre ifade özgürlüğü kamusal meselelerle ilgili tartışmaların sınırsız, çetin ve geniş kapsamlı olması gerektiği ve hükümete ve kamu görevlilerine yönelik şiddetli, sert ve bazen hoş olmayan saldırılar içerebileceği ilkesine olan bağlılığı somutlaştırmaktadır.³⁰³

ortaya çıkmıştır. Sunstein, **Democracy and the Problem of Free Speech**, s. 40; Bork, **Neutral Principles**, s. 23; Baker, **Scope of the First Amendment**, s. 968.

²⁹⁹ Ronald H. Coase, “Advertising and Free Speech”, **Journal of Legal Studies**, C. VI, S. 1, 1977, s. 1.

³⁰⁰ Blasi, **Holmes and the Marketplace of Ideas**, s. 4; Paul G. Chevigny, “Philosophy of Language and Free Expression”, **New York University Law Review**, C. LV, S. 2, 1980, s. 160.

³⁰¹ Blasi, **Holmes and the Marketplace of Ideas**, s. 24.

³⁰² Bu ifade Mahkeme’nin kararlarında ise ilk kez Yargıç Brennan’ın *Lamont* kararında yazdığı katılan oyunda yer almıştır. Bkz. *Lamont v. Postmaster General*, 381 US 301, 308 (1965); Blasi, **Holmes and the Marketplace of Ideas**, s. 24, dp. 80; *Red Lion Broadcasting* kararında da Birinci Değişikliğin amacının hakikatin nihayetinde galip geleceği sınırsız bir fikir piyasasını korumak olduğu ifade edilmiştir. Bkz. *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC*, 395 US 367, 390 (1969).

³⁰³ *Garrison v. Louisiana*, 379 US 64, 75 (1964).

Kamusal meseleler hakkında çeşitli ve karşıt kaynaklardan gelen rakip görüşler bastırıldığında kendi kendini yönetim zarar görür.³⁰⁴ İstenildiği şekilde düşünme, düşünülen şekilde konuşma özgürlüğü özellikle politik gerçeklerin keşfedilmesi için vazgeçilmezdir. Özgür şekilde konuşma ve toplanma özgürlüğü olmaksızın siyasi bir görev olan kamusal tartışma gerçekleştirilemeyecektir.³⁰⁵

Mahkeme, demokrasiye dayanan teorinin Meiklejohn tarafından ortaya konan yorumuna da benzer olarak, Birinci Değişikliğin temel amacının politik meseleler hakkında özgür tartışma ortamının sağlanması olduğunu ifade etmiştir. Fakat bunun sınırlayıcı bir yaklaşım olmadığını ve yalnızca politik ifadelerin değil bunun yanında felsefi, sanatsal, ekonomik, ahlaki konularda çeşitli işlevlere sahip ifadelerin de koruma kapsamında olduğunu özellikle belirtmiştir.³⁰⁶

Böylece Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün temellendirilmesi ve koruduğu değerler alanında birden fazla teoriyi birlikte kullandığı görülmektedir. Hem bireyi temel alan teoriler kullanılarak karşılıklı bir hakkın varlığı kabul edilmiş, hem de fikirlerin serbest piyasası anlayışı politik ve kişisel karar alma süreçlerinde en doğru yargıya ulaşılabilmesi için kullanılmıştır. Böylece hakikatin keşfine dayanan teoriler ve demokrasiye dayanan teoriler Mahkeme'nin anlayışını şekillendirmiştir. Özellikle Meiklejohn'un görüşlerine paralel şekilde demokrasiye dayanan teori çerçevesinde politik ifadelere ifade özgürlüğü alanında öncelik verildiği söylenebilirse de, Mahkeme bu sınırlı yaklaşımın ötesine geçmektedir.³⁰⁷ Burada Redish'in yaptığı yoruma benzer biçimde genişletici bir yorum yapılarak sadece politik değil, ek olarak kişisel çıkarları içeren ifadelerin de korunduğu gözlemlenebilir.

³⁰⁴ First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765, 777 dp. 12 (1978).

³⁰⁵ Whitney v. California, 274 US 357, Yargıç Brandeis'in katılan oyu 375 (1927).

³⁰⁶ Bkz. Abood v. Detroit Bd. of Educ., 431 US 209, 231 (1977).

³⁰⁷ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 57.

2. TİCARİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUDUĞU DEĞERLER

2.1. ABD Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Yirminci yüzyılın nispeten sonlarına kadar Mahkeme veya akademisyenler, ticari ifadelerin Birinci Değişiklik koruması dışında tutulmasına bir gerekçe bulma kaygısı taşımamıştır. Hatta bu alanda etkili olan ve ifade özgürlüğünü güçlü şekilde savunan yazarlar dahi ticari ifadenin, açıklama veya dayanağı olmaksızın, anayasal olarak sıkı düzeyde korunan ifade özgürlüğü alanına değil de çok daha az korunan mülkiyet hakları alanına girdiğini varsaymıştır.³⁰⁸ Örneğin Emerson ticari işlem yapmaya dair talep ve benzeri aktivitelerin ifade özgürlüğü alanı dışında yer alan ticari teşebbüs sistemi içerisinde yer aldığını açıkça ifade etmiştir.³⁰⁹

Fakat Mahkeme'nin 1976 tarihinde verdiği kararla ticari ifadelerin belli bir düzeyde Birinci Değişiklik koruması gördüğünü kabul etmesinden sonra konu dikkat çekici bir hal almış ve konuya dair incelemelerde ciddi bir artış meydana gelmiştir. Burada ortaya atılan görüşlerin ezici bir çoğunluğu ticari ifadeler için Birinci Değişiklik korumasını tamamen veya duruma bağlı olarak reddeden bir bakış açısı sergilese de³¹⁰ konuya çok çeşitli açılardan yaklaşılmıştır. Ticari ifadelerin de en az politik ifadeler kadar koruma görmesi gerektiği ve ticari/ ticari olmayan ayrımının tamamen reddedilmesini savunan görüşler³¹¹ ile ticari alanın ifade özgürlüğüne

³⁰⁸ Redish, **Commercial Speech**, s.73-74 ve 97; Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 430; Baker, **Human Liberty**, s. 195; Jackson ve Jeffries, bu görüşü açıklamak maksadıyla fikir piyasası ile ürün ve hizmet piyasasının birbirinden açıkça ayrılığına dayanır. Fikir alanında Birinci Değişiklik, hükümet müdahalelerine karşı sıkı önlemler alır. Fakat ekonomik alan hükümet eden çoğunluğun kontrolündedir. Ticari ifadeler de ürün ve hizmet piyasasının bir parçası olmakla Birinci Değişikliğin koruması kapsamı dışında; yani ürün ve hizmet piyasasının diğer herhangi bir yönü ile aynı şartlarda müdahalelere tabi olmalıdır. Ticari ifadeler ekonomik verimlilik ve serbest bir piyasada tüketici için maksimum faydayı yaratacak fırsatlar yaratılması gibi başka değerlere hizmet etse de bu değerler esasen ifade özgürlüğü alanına dahil değerler değildir. Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 2-6.

³⁰⁹ Emerson, **Freedom of Expression**, s. 311; Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 14.

³¹⁰ Redish, **Commercial Speech**, s. 74.

³¹¹ Coase, **Advertising and Free Speech**, s. 7; Note, "Dissent, Corporate Cartels, and the Commercial Speech Doctrine", **Harvard Law Review**, C. CXX, S. 7, 2007, s. 1899; Redish, **Value of Free Speech**, s. 635; Alex Kozinski, Stuart Banner, "Who's Afraid of Commercial Speech?", **Virginia Law Review**, C. LXXVI, S. 4, 1990, s. 627-653.

yabancı olduğu ve ticari ifadelerin bu kapsamda korunmaması gerektiğini savunan³¹² iki ayrı uçta görüşler ileri sürülmüştür. Böylelikle ticari ifade özgürlüğünün ifade özgürlüğü kapsamında temellendirilmesi konusunda fikir birliğine ulaşamadığı rahatlıkla söylenebilir.

Birinci Değişikliğin lafzının kısalığı göz önüne alındığında ifade özgürlüğünün ne anlama geldiğine, kapsamının ne olduğuna dair ipuçları vermediği veya ticari/ ticari olmayan gibi sınıflandırmalar içermediği ortadadır. Bu sebeple sonucunda neye karar verilecek olursa olsun bunun anayasa metnine bağlı olarak literal bir bakış açısıyla değil de anayasal korumanın amacına bakılarak oluşturulan teoriler ışığında yapılması gerekir.³¹³

Ticari ifadeler için anayasal korumayı reddeden görüşlerden bazıları, Birinci Değişikliğin yazım sürecinde Kurucu Babaların (**Founding Fathers**) amaçlarına gönderme yapar. Haklar Bildirgesi'nin (**Bill of Rights**) kabulü sürecinde Temsilciler Meclisi'ne hitap eden Madison'un, ifade özgürlüğünün vatandaşların hükümete dair eleştirilerini dile getirebilmeleri bakımından önemine ve seçim süreçlerinde doğru bilgi akışının sağlanmasında ifade ve basın özgürlüğünün rolüne vurgu yapması ile Jefferson'un gazetelerin hükümetin denetlenmesindeki yeri üzerinde durmasından yola çıkılarak Kurucuların ticari ifadeyle ifade özgürlüğü alanında ilgilenmediği argümanı öne sürülmüştür.³¹⁴ Sonuçta Kurucu Babalar Birinci Değişikliği yalnız politik ifadeleri korumak üzere tasarlamıştır; ticari ifadeler bu kapsamda korunmayacaktır.

Fakat bu iddia genel olarak kabul edilemez bulunmuştur. İlk olarak maddenin yazılışı esnasında tartışma tutanaklarının olmaması sebebiyle taşınan niyete dair çok

³¹² C. Edwin Baker, "Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom", **Iowa Law Review**, C. LXII, S. 1, 1976, s. 3; Vincent Blasi, "The Pathological Perspective and the First Amendment", **Columbia Law Review**, C. LXXXV, S. 3, 1985, s. 486-488; Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 5-6; Richard A. Posner, "Free Speech in an Economic Perspective", **Suffolk University Law Review**, C. XX, S. 1, 1986, s. 40.

³¹³ Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 8; Kozinski, Banner, **Who's Afraid of Commercial Speech?**, s. 631; Bork, **Neutral Principles**, s. 22.

³¹⁴ Kozinski, Banner, **Who's Afraid of Commercial Speech?**, s. 632-633.

az veri olduğu³¹⁵, var olan verilere göre Kurucuların ifade özgürlüğü yaklaşımının tutarlı olmadığı ve mevcut ifade özgürlüğü yaklaşımına göre çok daha farklı ve sınırlı bir yaklaşım sergilendiği ifade edilmektedir.³¹⁶ Kurucuların ancak İngiliz geleneğinden kalma lisanslandırma yoluyla sansür olasılığını ortadan kaldırmakla bilinçli olarak ilgilenmiş olabilecekleri, bunun dışında madde metninin kısalığı ve yüzeyselliği de göz önüne alındığında gelecek nesillere bir anlam geliştirme görevini devrettikleri yorumu yapılmaktadır.³¹⁷ Bir diğer olası itirazda ise ticari ifade dışında örneğin sanatsal ifadeler gibi esasen politik olmayan ama Birinci Değişiklik çatısı altında korunan ifadelerin varlığı örnek gösterilmektedir; Kurucular sanatsal veya edebi ifadeden de bahsetmemiştir fakat şu an bu ifadelerin de korunduğu ortadadır.³¹⁸

Çalışmanın bu kısmında ticari ifade özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün temellendirilmesi ve koruduğu değerler açısından durumunu inceleyen görüşler incelenmeye çalışılacaktır. Mahkeme bu konuda çok az açıklama yapmış olsa da ifade özgürlüğünün temellendirilmesi hakkında teoriler oluşturan birçok akademisyen, teorilerini ticari ifade özgürlüğüne uyguladıkları eserler vermiştir. Hoşgörü ve çoğulculuğa dayanan teori veya denetim değerine dayanan teori örneklerinde olduğu gibi, ifade özgürlüğünü temellendiren her görüş ticari ifadelere uygulanabilir olmasa da bu alanda ortaya konan temel tartışmalar ve son olarak da Mahkeme'nin görüşü burada incelenecektir.

³¹⁵ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 49.

³¹⁶ Bollinger, **Tolerant Society**, s. 5; Anayasayı tarihsel açıdan inceleyen çalışmalarda normalde ifade özgürlüğü kapsamında korunacak ifadelerin, özellikle sömürge dönemi ve sonrasında Amerikan Devrimi sırasında hükümet için tehlikeli görülerek cezalandırma eğiliminin arttığı, siyasal olayların etkisiyle her zaman özgürlükçü duruşun sergilenmediği, Haklar Bildirgesinin üzerinde az düşünülmüş bir belge olduğu ifade edilmiştir. Bork, **Neutral Principles**, s. 22; Birinci Değişikliğin tarihsel açıdan incelendiği bir eser için ayrıca bkz. Leonard W. Levy, **Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History**, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1960.

³¹⁷ BeVier, **The First Amendment and Political Speech**, s. 307.

³¹⁸ Kozinski, Banner, **Who's Afraid of Commercial Speech?**, s. 633; Note, **Commercial Speech Doctrine**, s. 1896-1897; Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 731, dp. 81.

2.1.1. Demokrasiye Dayanan Teori: Birinci Değişikliğin Sadece Politik İfadeleri Koruduğuna İlişkin Görüşler

Demokrasiye dayanan teori Birinci Değişikliğin sadece politik ifadeleri koruması sebebiyle ticari ifadelerin bu kapsamda korunmayacağını savunmaktadır. Ticari ifadelerin tanımı gereği ekonomik çıkarları ilgilendirmeleri, politik karar verme süreçlerine dair bir çıkar içermemeleri sebebiyle kendi kendini yönetim değerinin hayati bir parçası olmamaları onları hükümet müdahalelerine açık hale getirir.³¹⁹

Örneğin demokrasiye dayanan tezin güçlü savunucusu Meiklejohn demokratik yönetimin bir gereği olarak sadece kendi kendini yönetime katkıda bulunan ifadelerin Birinci Değişiklik kapsamında korunacağını düşündüğünden, ticari ifadelerin de dahil olduğu ifade grubu olan kişisel olarak kâr amacı güden ifadelerin bu kapsamda korunmayacağı sonucuna ulaşmaktadır. Yazar ticari ifadelerin politik süreçlerle doğrudan bir ilişkisi olmaması sebebiyle Birinci Değişikliğin daha sıkı düzeyde korumasından ziyade Beşinci Değişiklik kapsamında daha esnek olarak korunacağı sonucuna ulaşmıştır.³²⁰

Meiklejohn'un bu dar yorumuna karşılık öğretinin bir kısmının kendi kendini yönetimin anlamı ve gerçekleştirilmesine aracılık eden ifadelerin kapsamına dair genişletici bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Bu örnekler kendi kendini yönetimin anlamını kişisel karar alma süreçlerini de içerecek şekilde genişletmiştir. Örneğin Redish'in ifadenin alıcılarının çıkarlarına odaklanarak ve "kişisel kendi kendini yönetim" (**private self-governing**) kavramı ile ortaya koyduğu itiraz burada incelemeye değerdir.³²¹ Redish, Mahkeme'den de önce davranarak ticari ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında korunmasını savunan ilk yazarlardan biridir. Yazar hem

³¹⁹ Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 15; Bruce Ledewitz, "Corporate Advertising's Democracy", **Boston University Public Interest Law Journal**, C. XII, S. 2 & 3, 2003, s. 430; BeVier, **The First Amendment and Political Speech**, s. 355.

³²⁰ Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 436; Bollinger, **Tolerant Society**, s. 148. Alexander Meiklejohn, **Political Freedom: The Constitutional Powers of The People**, New York, Oxford University Press, 1965, s. 37.

³²¹ Note, **Commercial Speech Doctrine**, s. 1897.

kendi kendini yönetimin anlamı hem de fikirlerin serbest piyasası teorisi bakımından ticari ifadeleri, sıkı olarak korunan diğer ifadelerden ayırmanın bir temeli olmadığını savunur.³²² Özellikle fikirlerin serbest piyasasında ticari ifadelere de yer olduğunu göstermeye gayret etmiştir.³²³

2.1.2. Bireyi Temel Alan Teoriler Bakımından Ticari İfade Özgürlüğü

2.1.2.1. İfade Alıcısının Çıkarlarına Odaklanan Teoriler

Birinci Değişiklik kapsamında ticari ifade özgürlüğünün korunmasını savunanlar bunu sık sık ifadenin alıcılarının çıkarlarına ve ifadenin içerdiği bilginin bu çıkarlar açısından değerine odaklanarak yaparlar.³²⁴ Birçok yazar kişilerin yaşamlarının önemli bir bölümünü ekonomik faaliyetlere ayırmak zorunda kaldıkları gerçeği göz önüne alındığında tüketim, yatırım veya istihdam gibi devinim halindeki ticari alanlarda seçim yapma özgürlüğünün en az yönetime katılma özgürlüğü kadar önemli olduğunu ifade eder. Bu sebeple serbest piyasa ekonomisinde bilgi alma ve verme, en az politik, sanatsal veya dini nitelikteki ifadelerin kullanımı kadar önemlidir.³²⁵

Bu noktadan yola çıkan Redish'in teorisinde ana fikir, politik ifadelerin kolektif kendi kendini yönetim sürecine yaptığı katkının benzer şekilde ticari ürün ve hizmetlerle ilgili ifadeler ile kişisel kendi kendini yönetim alanında da var olduğudur. Hem kolektif hem de kişisel kendi kendini yönetim, kendini geliştirme ve kendi kaderini tayin hakkına ilişkin benzer kaygılara dayanmaktadır. Bu sebeple kişinin daha

³²² Redish, **Money Talks**, s. 62; Fikirleri temel alınan Mill, bu konuda aynı fikirde değildir ve serbest ticaretin kişisel özgürlükler alanına dahil olmadığını ifade eder. C. Edwin Baker, "The First Amendment and Commercial Speech", **Indiana Law Journal**, C. LXXXIV, S. 3, 2009, s. 997-998; Mill'in görüşleri hakkında bkz. Coase, **Advertising and Free Speech**, s. 3.

³²³ Baker, **Human Liberty**, s. 194.

³²⁴ Wu, **Commercial Speech**, s. 633; Burt Neuborne, "A Rationale for Protecting and Regulating Commercial Speech", **Brooklyn Law Review**, C. XLVI, S. 3, 1980, s. 462.

³²⁵ Aaron Director, "The Parity of the Economic Market Place", **Journal of Law & Economics**, C. VII, 1964, s. 6; Kozinski, Banner, **Who's Afraid of Commercial Speech?**, s. 652; Redish, **Commercial Speech**, s. 74, dp. 18.

az söz hakkına ve dolaylı bir etkiye sahip olduğu politik alandaki ifadeleri korunurken, kendine ait ve doğrudan etkileyebildiği özel alanındaki ifadelerinin korunmaması şeklindeki ayırım reddedilmelidir.³²⁶ Söz konusu iddianın dayanağı ticari ifadenin hizmet ettiği genel sosyal faydadır. Bir ürün veya hizmetin satışını kolaylaştırıcı bir rol üstlenen ticari ifadeler, tüketici açısından neyin satışa sunulduğunun keşfedilmesi ile ürün ve hizmetler hakkındaki bilginin aktarılmasını sağlayarak bu faydaya katkıda bulunur.³²⁷ Böylelikle kişinin var olan kaynaklarıyla kişisel olarak kendisini en çok tatmin edecek ve ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılayacak olan ürün ve hizmeti almak konusunda daha rasyonel kararlar vermesine yardımcı olur. Buradaki sosyal fayda, satıcıdan yani ifade özgürlüğü anlamında ifadenin sahibinden ziyade tüketici yani ifadenin alıcısına dairdir. Bu sosyal faydanın Birinci Değişiklik teorisinde kapladığı yerin anlaşılması ile ticari ifadelerin değeri konusunda bir yargıya ulaşılabilir.³²⁸

Redish, Meiklejohn'un görüşlerini başlangıç noktası olarak onun kendi kendini yönetim ve bireyin değeri arasındaki ilişkiye yeterince değinmediğinden bahseder. Aslında tek tek bireylerin, bir araya gelerek oluşturdukları toplumun kendi kendini yönetimine gerçekten katkı sağlayabilmesi için önemli olan her bir bireyin rasyonel yargılara varma kapasitesine sahip olmasıdır. Kendi kendini yönetim, bu bireysel kapasiteyle bir bütünlük oluşturur. Böylelikle kişinin zihinsel niteliklerinin ve muhakeme gücünün olabildiğince geliştirilmesi önem arz eder.³²⁹ Bu sebeple klasik demokrasinin kişinin gizli kalmış potansiyelini kullanmak ve geliştirmek için kendisini etkileyen kararlara katılımının bir fırsat olduğu düşüncesinin, sadece politik alandaki kararları kapsayacak şekilde ele alınması tutarsızlık içerir. Tutarsızlığın sebebi politik alanda söz konusu katılımın olmazsa olmaz görülmesi fakat kişinin daha

³²⁶ Redish, **Commercial Speech**, s. 81; Redish, **Money Talks**, s. 22-29; Redish, **Freedom of Expression**, s. 60-68.

³²⁷ Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 432-433.

³²⁸ Uygulamada özellikle ticari reklamcılığın bilgi verme amaçlı kullanımının azaldığı, hatta ürün ve hizmet hakkında gerçekleri gizli tutan bir yanının olduğu ve sadece ikna etme veya eğlence öğelerini içerdiği eleştirisini cevaplayan Redish, bu yöntemlerin kullanılmasının ifadenin bir miktar da olsa bilgi içeren doğasıyla tamamen uyumsuz olmadığını ve var olan bilginin daha iyi özümsemesini sağladığını ifade eder. Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 433-434.

³²⁹ Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 438.

fazla nüfuz edebildiği ve doğrudan hayatını etkileyen kişisel alanına ilişkin karar verme süreçlerindeki rolünün yadsınmasıdır.³³⁰

Kişinin dinleme, düşünme ve değerlendirme yaparak özgür iradesiyle karar verme ve amaçlarını gerçekleştirme yönündeki hareketini tanımlamak üzere “kişinin kendini gerçekleştirme” denecek olursa bu sürecin nihayete ermesi için politik alanda kendi kendini yönetiminin kabulüne ek olarak kişisel kendi kendini yönetiminin de değerinin kabulü gerekir. Kolektif hedeflere ulaşmak konusunda toplumun bir üyesi olarak değer gören birey, kendi amaçlarını oluşturma ve gerçekleştirme bakımından tatmin edici bir kişisel yaşam oluşturma konusunda da aynı şekilde değer görmelidir.³³¹ Buradaki kişisel sürecin ideal şekilde gerçekleştirilmesi ise nihai kararın, ancak tüm alternatifler değerlendirildikten sonra verilmesine bağlıdır.³³² Bu sebeple politik alanda kendini gerçekleştirmenin sağlanması için nasıl serbest bir bilgi akışına ihtiyaç duyuluyorsa, kişisel kendi kendini yönetimin sağlanması için de aynı ihtiyaç söz konusudur.³³³ Bu açıdan Redish, kişilere yaşamını etkileyen kararları verme noktasında yardımcı olması sebebiyle ticari ifadelerin, ifade özgürlüğünü temellendirirken kullandığı kendini gerçekleştirme değerine katkıda bulunduğu sonucuna ulaşmaktadır.³³⁴

³³⁰ Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 439.

³³¹ Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 441-442.

³³² Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 442.

³³³ Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 445; Martin H. Redish, Kyle Voils, “False Commercial Speech and the First Amendment: Understanding the Implications of the Equivalency Principle”, **William & Mary Bill of Rights Journal**, C. XXV, 2017, s. 778-779.

³³⁴ Redish, **Value of Free Speech**, s. 630; Redish ticari ifadelerin değerine dair yazdığı ilk makalesinde ticari ifadeleri bilgilendirici (informational), ikna edici (persuasional) ve sanatsal (artistic) olmak üzere üçe ayırarak incelemiştir. Burada sadece bilgilendirici ve sanatsal olanların ifade özgürlüğünün koruduğu değerlere doğrudan katkıda bulunduğunu ifade etmiştir. Buna göre ikna edici ve bilgilendirici ticari ifadeler arasındaki ayrım zorlayıcı değildir; ifadenin içerdiği rasyonel bilgi ne kadar artarsa o kadar bilgilendirici kabul edilecektir. Fakat sanatsal olan ve olmayan ticari ifade ayrımını yapmak daha zordur. Burada yapılması gereken ifadenin sanatsal olup olmadığına bakılmaksızın doğru olan ve yanıltıcı olmayan tüm ticari ifadelerin Birinci Değişiklik kapsamında korunmasıdır. Daha sonra olay bazında bir değerlendirme yapılarak ticari ifadenin sağladığı çıkar ile yarışan sosyal veya kişisel çıkarın dengelendiği bir yaklaşım sergilenmeli ve ifadenin bilgilendirici yönü ağır bastıkça korunmaya daha fazla layık olduğuna karar verilmelidir. Böylelikle olgusal bilgileri ileten ticari ifadelerin ifade özgürlüğünün koruduğu değerlere daha fazla hizmet ettiği ve ikna edici muadillerine göre daha fazla korunması gerektiğini ifade etmektedir. Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 447-448; Fakat sonraki bir makalesinde Redish bu görüşünü değiştirmiş ve yaptığı ayrımın kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bunun gerekçesi bireyin hayatını etkileyen kararları serbestçe alma hakkı söz konusu olduğunda, bu tür kararların alınmasına etki eden nedenlerin bazılarının daha iyi veya tercih

Böylelikle Redish, ifadenin alıcısının çıkarlarına odaklandığı ifade özgürlüğü teorisini ticari ifade özgürlüğüne uygularken kendi kendini yönetim kavramının Meiklejohn tarafından ortaya konan dar yaklaşımından ayrılarak kişisel karar verme süreçlerinin de bu bakımdan taşıdığı değer üzerinde durmuştur. Ticari ifadelerin de bilgi ve görüş sağlama konusundaki rolü sebebiyle fikirlerin serbest piyasasında yerini alması gerektiğini savunarak aslında demokrasiye dayanan teori, fikirlerin serbest piyasası ve bireyin özerkliği ile seçim yapma özgürlüğü konularını birlikte ele alan bir bakış açısı sunmaktadır.

2.1.2.2. İfade Sahibinin Çıkarlarına Odaklanan Teoriler

Bu teoride geniş anlamda bireyin, daha dar bir kapsamda ise ifadenin sahibinin çıkarlarına odaklanılarak ticari ifade özgürlüğünün ele alındığı görülmektedir. Özellikle Baker ticari ifadeleri bu bakış açısıyla değerlendiren çok sayıda eser vermiştir. Baker genel olarak ticari ifadenin hem kişinin özel yaşamında kapladığı alan hem de daha büyük ölçekte ekonomik sistem ve toplum açısından rolünü yadsımaz. Ekonomik alanda alınan kararların kişinin hayatındaki yeri bakımından politik ifadede daha fazla bireysel kendi kendini yönetime katkıda bulunduğunu ifade ederken ticari ifadelerin fikirlerin serbest piyasasındaki değerini de inkar etmez.³³⁵ Fakat ifade özgürlüğünü temellendirmek üzere oluşturduğu özgürlük teorisini (**liberty theory**) bu alana uyguladığında ticari ifadelerin kullanımının piyasa güçleri tarafından dikte edilmesi sebebiyle bir kişisel özgürlük kullanımı olmadığı ve bu yüzden korunmaması gerektiği sonucuna ulaşır.³³⁶

edilesi olduğuna dışardan bir güç tarafından karar verilmemesi gerektiğidir. Redish, **Value of Free Speech**, s. 630, dp. 135; Coase de benzer bir ayrım yaparak ürün veya hizmet hakkında bilgi içermekten ziyade etkisini duygusal bir çekicilik sağlayarak satın almanın kolaylaştırılması alanında gösteren ikna edici reklamın da (**persuasive advertising**) ürün hakkında olgu veya rakam sunarak değil, tüketicuyu ürünü denemeye teşvik ederek daha doğrudan bir bilgi sağlama işlevi olduğunu ifade eder. Coase, **Advertising and Free Speech**, s. 9.

³³⁵ Baker, **Human Liberty**, s. 194-195.

³³⁶ Michael Feldman, "Survey of the Literature: Commercial Speech and Commercial Speakers", **Cardozo Law Review**, C. II, S. 3, 1981, s. 660; Note, **Commercial Speech Doctrine**, s. 1895.

Baker ifade özgürlüğünün neden değerli olduğu konusunda oluşturduğu özgürlük teorisi bağlamında yasal düzenlemelerin meşruluğunu kişilerin özerkliğine ve eşitliğine saygı duymaktan almasının demokratik sistemin temel gerekliliği olduğunu ifade eder. Fikirlerin serbest piyasası metaforunun aksine bu yorum ifadenin sahibine odaklanır ve vurgusu kişinin ortaya koyacağı ifadeleri özgürce seçmesi üzerindedir.³³⁷ Ticari faaliyetlerin ayrılmaz bir parçası olan ticari ifadeler ise ifade özgürlüğü veya bireysel özgürlük sistemine dahil olmaktan ziyade ticari sistemin düzenlenebilir bir kısmı olarak ele alınmalıdır.³³⁸

Bu sebeple Baker Mahkeme'nin ticari ifade özgürlüğünü Birinci Değişiklik kapsamında gören yaklaşımını reddeder. Buradaki argümanına göre birey için ifade, kişisel dünyasını istediği şekilde düzenlemek için önemli gördüğü alanlarda anlama ve iletişim kurmanın bir aracıdır. Korunmasının gerekçesi bu ifadelerin bireysel özgürlüğün ve özgürce seçim yapmanın bir tezahürü olmasıdır. Fakat mevcut tarihsel bağlamda ticari ifadeler bireysel özgürlüğün veya seçimin bir tezahürü değildir. İfade özgürlüğü kapsamında korunan diğerlerinin aksine ticari ifadeler kişisel istekleri temsil edecek şekilde ortaya konan ve istenen dünyayı yaratma eğilimini içinde barındıran bir kategori değildir. Bu sebeple ticari ifadeler, -Baker'ın teorisinde kâr amaçlı ifadeler- bireysel özgürlük ve kendini gerçekleştirme değerleriyle sıkı bir ilişki içinde değildir.³³⁹

Baker burada her biri tek başına ticari alanda Birinci Değişiklik korumasını reddetmek için yeterli gördüğü birden fazla argüman ortaya koymaktadır.³⁴⁰ Bu argümanlardan ilki özerklikle ilgilidir. Baker argümanını ev ve işyerinin birbirinden ayrılarak modern ekonomik sistemin ortaya çıkışına kadar geriye götürmektedir. Hane halkının üretimini ve ondan bağımsızlaşarak kendi başına bir sistem oluşturan modern

³³⁷ Bunun yanında konuşmacının söyleyeceğini seçme hakkı kapsamında kalan ve dinlemeyi tercih ettiği şeyi duymaktan alıkoymamak anlamında dolaylı olarak dinleyici özerkliğini de sağlar. Baker, **The First Amendment and Commercial Speech**, s. 984-985.

³³⁸ Baker, **Human Liberty**, s. 218.

³³⁹ Baker, **Commercial Speech**, s. 3; Baker, **Human Liberty**, s. 196; Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 14, dp. 49.

³⁴⁰ Baker, **The First Amendment and Commercial Speech**, s. 984-985.

ekonomik piyasayı birbirinden ayırır. Modern ekonomik piyasa tüm katılımcılarına en verimli/ kârlı olacak şekilde davranmalarını dikte etmektedir.³⁴¹ Hanehalkının üretiminde ise ekonomik seçimlerin bireyin asli değerlerine ve özgür seçimlerine göre yapıldığı bir alan söz konusudur. Modern ekonomik piyasada ise kâr amaçlı ticari işletmeler ortaya çıkar ve kâr odaklı bir ticari faaliyet alanı mevcuttur.³⁴² Rekabetin olduğu bu alanda faaliyet gösteren herhangi bir ticari kuruluş, devamlılığını sağlayabilmek için sermaye biriktirmek ve yeniden üretmek durumunda olduğundan en kârlı teknikleri benimsemekten başka bir seçim yapma şansı ve özgürlüğü yoktur. Rekabetçi piyasa ortamı sürdüğü müddetçe gerçek anlamda seçme özgürlüğü ancak hane halkının kendisi için üretim yaptığı ekonomik alanda söz konusudur.³⁴³ Bu sebeple kaynağında bir bireysel özgürlük kullanımı olmayan ticari ifadeler için de Birinci Değişiklik koruması söz konusu olmamalıdır.³⁴⁴ Ticari ifadenin içeriği, ifade sahibinin özgür seçimlerinden ziyade piyasa tarafından belirlendiği için korunmasına gerek yoktur.³⁴⁵ Böylece diğer ifadelerin aksine ticari ifade alanında yapılan hükümet müdahaleleri kişisel özerkliğe saygının reddi anlamına gelmeyecektir.³⁴⁶

İkinci argüman ise ifade sahibinin yapısından kaynaklanır. Baker ticari işletmeleri modern ekonomik sistemin verimli bir şekilde sürdürülmesi için araçsal değeri olan ve var oluşunun tek amacı kâr maksimizasyonu olan yapay hukuki varlıklar olarak görür. Bu sebeple canlı ve yaşayan bir organizma olan insandan ahlaki olarak farklıdır ve bireysel özgürlük kullanımının ahlaki değerine odaklanan teorisi kapsamında seçim yapma hakkına sahip değildirler. Baker’a göre bu yapay varlığın canlı tarafını insanların oluşturmasının da bir önemi yoktur. Çünkü nihayetinde ticari işletmelerin faaliyet alanı, hak-yükümlülükleri ve sona ermesi yasal düzenlemelere bağlıdır.³⁴⁷ Ahlaki teori devletin ticari işletmenin özerkliğine veya özgürlüklerine

³⁴¹ Baker, **The First Amendment and Commercial Speech**, s. 985.

³⁴² Baker, **Human Liberty**, s. 200, dp. 45.

³⁴³ Baker, **The First Amendment and Commercial Speech**, s. 985.

³⁴⁴ Baker, **The First Amendment and Commercial Speech**, s. 986; Daniel Halberstam, “Commercial Speech, Professional Speech, and The Constitutional Status of Social Institutions”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. CXLVII, S. 4, 1999, s. 817.

³⁴⁵ Feldman, **Survey of the Literature**, s. 660.

³⁴⁶ Baker, **The First Amendment and Commercial Speech**, s. 987.

³⁴⁷ Baker, **The First Amendment and Commercial Speech**, s. 987-988.

saygı duymasını talep etmez; daha ziyade normatif teori, devletin bu varlıkları toplumsal çıkarlara hizmet edecek şekilde tasarlamasını talep eder. Ticari işletmelerin yapay doğası ve araçsallığı göz önüne alındığında, yasalar onları insanlara hizmet edecek şekilde düzenlemeli, haklar bakımından insanlarla eşitlememeli veya insanlara hükmetmelerine izin vermemelidir.³⁴⁸

Baker'ın teorisi ticari ifadenin ticari işletmeleri oluşturan bireylerin inanç ve fikirlerini yansıtabileceğini hesaba katmaması ve ifadenin alıcıları bakımından değerini göz ardı etmesi sebebiyle eleştirilmektedir.³⁴⁹

2.1.3. Devletin Ekonomiye Düzenleme Yetkisine Dayanan Görüşler

Ticari ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında korunmasını eleştiren bu teori devletin serbest ekonomik piyasayı düzenleme yetkisinden yola çıkar. Bu argümanı öne süren yazarlar Mahkeme'nin ticari ifadelerin Birinci Değişiklik kapsamında korunmasını öngören kararlarını serbest piyasaya devlet müdahalelerine karşı tepkisel bir davranış olarak ele almıştır. Söz konusu kararlar Amerikan ekonomi ve anayasal tarihi açısından hayli önemli olan Lochner dönemine ve *“economic due process”* doktrinine bir geri dönüş olarak nitelendirilmiştir.³⁵⁰

Söz konusu doktrin, 1890-1937 yılları arasında Mahkeme'nin ekonomik hakları koruyan *“due process”* hükmünü geniş bir şekilde yorumlayarak çalışma şartları, saatleri veya ücretine ilişkin ekonomik düzenlemeleri iptal etme eğilimi

³⁴⁸ Baker, *The First Amendment and Commercial Speech*, s. 988; Baker basının buradaki istisnai rolüne de özellikle değinir. Basın ve kitle iletişimi genellikle bir ayağı ticari bir ayağı demokratik kamusal alana uzanan bir yapıdır ve ticari alandaki diğer yapılardan, hükümetten bağımsız bilgi ve bakış açısı üreterek demokratik toplumdaki işleviyle ayrılır. Bu sebeple sansürden muaftır. Baker, *The First Amendment and Commercial Speech*, s. 990; Redish bu bakış açısının ticari şirketleri çok dar bir şekilde ele aldığını ve ticari şirketlerin kişinin ekonomik alanda hedeflerini gerçekleştirmelerini kolaylaştıracak bir araç olarak görülmesi gerektiğini gözden kaçırdığını ifade eder. Redish ticari şirketlerin bu rolünün kendini gerçekleştirmenin bir katalizörü (*catalytic self-realization*) olarak ele alınması gerektiğini düşünmektedir. Redish, *Commercial Speech*, s. 87-89.

³⁴⁹ Note, *Commercial Speech Doctrine*, s. 1895-1896.

³⁵⁰ Jackson, Jeffries, *Commercial Speech*, s. 30-31; Robert Post, Amanda Shanor, “Adam Smith’s First Amendment”, *Harvard Law Review Forum*, C. CXXVIII, 2015, s. 167.

göstermesine ilişkindir. Mahkeme'nin buradaki tutumu genel olarak ekonomik özgürlükleri, sözleşme özgürlüğünü ve serbest piyasa ekonomisinin müdahalesiz alanını aşırı koruma yönündedir. Bu döneme adını veren *Lochner* kararında³⁵¹ ise Mahkeme fırıncıların haftalık 60 saatten fazla çalışmasını suç haline getiren bir yasal düzenlemeyi kişisel özgürlüklere keyfi bir müdahale içermesi sebebiyle iptal etmiştir. Özellikle Başkan Roosevelt tarafından çıkarılan ve Büyük Buhran'ın izlerini silmeye çalışan bir ekonomik program niteliği taşıyan New Deal yasalarının çoğu Mahkeme tarafından bu dönemde iptal edilmiştir.³⁵²

Bu teoriye göre *Lochner* dönemi terk edildiğinden beri ekonomik alanı planlayan, ürün ve hizmetlerin fiyat ve satış koşullarını belirleyen hatta pazarda satışını yasaklayan, çalışanların ücret ve çalışma koşullarını düzenleyerek serbest piyasa ekonomisine müdahale eden ve ticari işlemleri etkileyen geniş çaplı müdahaleler ile ticari ifadelere dair müdahaleler benzer nitelikler taşır. Yazarlar bu noktada “*daha büyük gücün daha az olanı içerdği*” argümanını kullanarak ekonomik faaliyetlerin çeşitli amaçlarla müdahalelere tabi tutulması büyük gücünün, bu faaliyetlerle kaçınılmaz bir şekilde ilişkisi olan ticari ifadelere müdahale etmeye dair daha az gücü de içerdiğini kabul eder. Bu sebeple ticari ifade özgürlüğünün korunması ticari ifade şeklinde ortaya konan ticari işlem tekliflerine hükümet müdahalesinin kabul edilemeyeceği sonucuna götürür. Fakat esasen ticari ifadelere yapılan müdahaleler ekonomik piyasaya müdahale eden diğer örneklerden farklı değildir.³⁵³ Bu sebeple ticari ifadelere yapılan müdahaleler de meşru görülmelidir.

Fakat bu argüman genel olarak eleştirilmiştir. Argümanın mantığına göre, devletin çıkardığı yasalara karşı tüm protestoları yasadışı ilan edebileceği; belirli bir etkinliği düzenleme veya yasaklama konusundaki daha büyük gücün, bu faaliyete

³⁵¹ *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

³⁵² Söz konusu dönem ve doktrin hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 31, dp. 108; Cass R. Sunstein, “Lochner’s Legacy”, **Columbia Law Review**, C. LXXXVII, S. 5, 1987, s. 873-919; Stephen A. Siegel, “Lochner Era Jurisprudence and the American Constitutional Tradition”, **North Carolina Law Review**, C. LXX, S. 1, 1991, s. 1-112; David E. Bernstein, “Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism”, **Georgetown Law Journal**, C. XCII, S. 1, 2003, s. 1-60.

³⁵³ Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 31-34; Note, **Commercial Speech Doctrine**, s. 1896.

ilişkin ifadelerin yasaklanmasına dair gücü de içerdiği sonucuna ulaşılacağı, böyle bir sonucunsa savunulamaz olduğu ifade edilmiştir.³⁵⁴

2.1.4. Diğer Argümanlar

Ticari ifade özgürlüğünün Birinci Değişiklik kapsamında korunmasına karşı çıkan bazı teoriler ticari ifadenin toplumun işleyişi üzerindeki etkisine yönelik kötümser bir tavır sergilemek anlamında “ideolojik karşıtlık” sebebiyle bu görüşü savunmaktadır. Bu karşıtlık çeşitli şekillerde olabilir. Örneğin bazen daha genel anlamda ticari ifadenin içinden çıktığı ekonomik sistemin genel bir ideolojik reddi söz konusudur.³⁵⁵ Yahut bu fikrin altında ticari alanda geniş bir ifade özgürlüğünün, diğer alanlara göre daha fazla zarara neden olacağı korkusu olarak tanımlanabilecek serbest piyasaya güvensizlik yatabilir.³⁵⁶ İkincisi ise daha dar anlamda söz konusu ticari ifadeyle tanıtılan ürün veya hizmete dair politikaya bir karşıtlık sebebiyle olabilir. Fakat her iki bakış açısı da ilkesel olmayan yaklaşımı sebebiyle ifade özgürlüğünün merkezi bir unsuru olduğu demokratik sistemin mantığıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.³⁵⁷

Hoşgörüye dayanan teori açısından bakıldığında ise farklılıklara saygı temelinde hoşgörü geliştirmeyi amaçladığından, daha çok kavgacı sözcükler (**fighting words**), hakaret (**libel**), müstehcen ifadeler (**obscenity**) gibi ifade türleriyle ilgilendiği³⁵⁸, ticari ifadelere özgü bir koruma geliştirmekle ilgilenmediği söylenebilir. Benzer şekilde denetim değerine dayanan teori de kamusal güç kullanan görevlilerin denetimine odaklandığından ticari ifade özgürlüğü alanına uygulanabilir gözükmemektedir.

³⁵⁴ Note, **Commercial Speech Doctrine**, s. 1896; McGowan, **A Critical Analysis of Commercial Speech**, s. 437.

³⁵⁵ Redish, **Commercial Speech**, s. 106.

³⁵⁶ Kozinski, Banner, **Who's Afraid of Commercial Speech?**, s. 653; Ticarileşmenin, hayatın ticari olmayan alanlarının nasıl deneyimlendiğine etkisine ilişkin endişelerini dile getiren Wright'ın eseri, ideolojik bakış açısına örnek olarak gösterilmektedir. Redish, **Commercial Speech**, s. 107; Shiner, **Freedom of Commercial Expression**, s. 10-11; Söz konusu eser için bkz. R. George Wright, **Selling Words: Free Speech in a Commercial Culture**, New York, New York University Press, 1997.

³⁵⁷ Redish, **Commercial Speech**, s. 106.

³⁵⁸ Bollinger, **The Tolerant Society**, s. 185-186.

2.2. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Temellendirmesi

Doktrinde görülen temellendirme girişimlerinin aksine Mahkeme ticari ifadeler hakkında daha yüzeysel bir tavırla hareket etmiş ve ayrıntılı bir tartışma yürütmemiştir. Mahkeme ticari ifadelerin neden değerli olduğu ve ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerekip gerekmediğine ilişkin değerlendirmesini ticari ifadenin önerdiği ticari işlemin taraflarına odaklanarak ve fikirlerin serbest piyasası anlayışı çerçevesinde yapmıştır. Mahkeme'nin bakış açısına göre ticari bir ifadeyi ortaya koyan ifade sahibinin bundan kaynaklanan çıkarının tamamen ekonomik olması ifadeyi Birinci Değişiklik kapsamında korumadan tamamen dışlamayacaktır.³⁵⁹ Mahkeme'ye göre:

“Ticari piyasa, sosyal ve kültürel hayatımızın diğer alanları gibi, fikirlerin ve bilgilerin geliştiği bir forum sağlar. Bazı fikirler ve bilgiler hayati, bazıları ise önemsizdir. Ancak genel kural, sunulan bilginin değerini hükümetin değil, ifade sahibi ve alıcısının değerlendirmesidir. Bu nedenle, ticari bir işlem önermekten fazlasını yapmayan bir ifade bile Birinci Değişiklik'in kapsamına girme hakkına sahiptir.”³⁶⁰

Ticari ifadenin “bilgilendirme işlevi” olduğu ve fikir piyasasında değersiz olmadığı kararlarda kabul edilmiştir. Ticari ifade ile önerilen ticari işlemin alıcı tarafı olan tüketicilerin serbest ticari bilgi akışından elde edecekleri güçlü bir çıkar söz konusudur. Mahkeme, Birinci Değişiklik korumasını ticari ifadeleri de kapsayacak şekilde genişletmesini, ifadenin sağladığı bilginin tüketici için değeri ile gerekçelendirmiştir.³⁶¹ Tüketiciler ticari ifadenin içerdiği ticari bilgileri kişisel ekonomik kararlarını bilgiye dayanan ve kendileri için en iyi olacağını düşündükleri şekilde vermek üzere kullanacaklardır. Mahkeme'nin görüşüne göre kişinin ekonomik

³⁵⁹ Mahkeme'ye göre bir iş uyuşmazlığında da hem çalışanın hem işverenin çıkarları ekonomiktir fakat uyuşmazlığın esasına dair kendilerini ifade etmek üzere kullandıkları ifadeler Birinci Değişiklik kapsamında korunmaktadır. Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council 425 US 748, 762 (1976).

³⁶⁰ Edenfield v. Fane, 507 US 761, 767 (1993)

³⁶¹ Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel, 471 US 626, 651 (1985).

bir yararına ilişkin serbest bilgi akışına dair çıkarı, gündemdeki en önemli politik tartışmadan elde edeceğinden açık ara önde olmasa da, en az onun kadar güçlüdür.³⁶²

Mahkeme'ye göre ticari bir ifade ticari işlemin tarafları dışında toplumsal çıkarlara ve demokrasiye de katkıda bulunur. Buna göre ağırlıklı olarak serbest teşebbüs hürriyetine dayalı bir ekonomik sistemin varlığı korunduğu sürece, kaynakların tahsisi büyük ölçüde kişisel ekonomik kararlarla şekillenecektir. Ekonomik kararların bir bütün halinde akıllıca ve bilgiye dayanan bir şekilde verilmesi kamu yararını da ilgilendiren bir konudur. Bu sebeple ticari alanda serbest bilgi akışı vazgeçilmez niteliktedir. Kaynak tahsisinin doğru şekilde yapılması, ekonomik sistemi şekillendiren kararların doğru şekilde verilmesine bağlıdır. Bu sebeple Birinci Değişikliğin öncelikle demokraside kamusal karar alma süreçlerini aydınlatmak için bir araç olduğu düşünülse de ekonomik alanda serbest bilgi akışının da bu amaca hizmet etmediği söylenemeyecektir.³⁶³

Böylelikle Mahkeme ticari ifadelerin, ilki tüketicilerin kişisel satın alma kararlarını doğru şekilde vermesine dair daha somut ve doğrudan etkilerine odaklanan, ikincisi ise ekonomik düzenin şekillenmesine etkisi sebebiyle kamu yararına dair dolaylı faydasını vurgulayan çoklu bir analizine başvurmuştur.³⁶⁴ Burada ticari ifadelerin bilgi sağlama işlevi dolayısıyla tüketicilerin çıkarlarına ve kamu yararına dair yönüyle demokrasiye katkısının olduğunu kabul etmektedir. Aksi yönde bir davranışla ticari bilgilerin yayılması engellenirse hükümetin müdahalesi kişilerin bilgisizliğine dayanan bir koruma sağlayacaktır. Fakat Mahkeme'ye göre kişilerin yanlış karar vereceğinden korkularak ticari bilgileri almasının engellenmesi son derece paternalist bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımın alternatifi ise bilginin kendi başına zararlı olmadığını, kişilerin yeterince bilgilendirildiklerinde kendi çıkarlarını en iyi şekilde algılayacaklarını ve bunun için en iyi yolun, iletişim kanallarını kapatmaktan ziyade açmak olduğunu kabul etmektir. İletişim kanalları gerçekten açık bırakıldığında alternatifler arasından seçim yapma hakkı, Birinci Değişikliğin sağladığı koruma

³⁶² Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 US 748, 763 (1976).

³⁶³ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 US 748, 765 (1976).

³⁶⁴ Redish, **Value of Free Speech**, s. 631-632.

aracılığıyla gerçekleşen serbest bir ticari bilgi akışı neticesinde ifadenin alıcısına ait olacaktır.³⁶⁵ Ticari ifadenin sağladığı bilgi eksik dahi olsa bunun toptan bir yasaklamadan daha iyi olduğu ve ticari ifadelerin tamamen yasaklanması gibi paternalist bir bakış açısının reddedildiği kararlarda ifade edilmiştir.³⁶⁶

Mahkeme böylece ticari ifade özgürlüğünü Birinci Değişiklik alanına dahil etmiş olsa da ticari ifadelerin diğer ifadelerden belli noktalarda ayrışması sebebiyle farklı bir düzeyde korunması gerektiğini ifade etmiştir.³⁶⁷ Mahkeme bu düşüncesini *Virginia* kararında gerekçelendirmiş ve ticari ve ticari olmayan ifadeler arasında bir “sağduyu farklılığını” (**common-sense differences**) olduğunu belirtmiştir.³⁶⁸ Fakat bunun ne anlama geldiğine dair açıklamayı ancak bir dipnotta ve kısaca yapmıştır. Mahkeme’ye göre ticari ifadeler ve ifade özgürlüğü kapsamında korunan diğer ifadeler birbirinden iki sebeple farklıdır:

- Ticari ifadeler daha objektiftir. Yani ifadeyi ortaya koyan kişi tarafından ticari olmayan ifadelere göre daha kolay bir şekilde doğrulanabilir (**easily verifiable**). Bunun sebebi reklam veren kişinin, hakkında bilgi yaydığı ürün veya hizmetle ilgili herkesten daha fazla şey bilmesidir.

- Ticari ifadeler daha dayanıklıdır (**durable**). Yani ticari olmayan ifadelerle karşılaştırıldığında, kâr amacı gütmesi sebebiyle hükümet düzenlemelerinin caydırıcı etkisine daha az yatkındır.³⁶⁹

³⁶⁵ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council* 425 US 748, 768-770 (1976); *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 375-377 (1977).

³⁶⁶ *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York*, 447 US 557, 561-562 (1980).

³⁶⁷ Frederick Schauer, “Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment”, **University of Cincinnati Law Review**, C. LVI, S. 4, 1988, s. 1193; Jackson, Jeffries, **Commercial Speech**, s. 5, dp.17.

³⁶⁸ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748, 771 dp. 24 (1976); Mahkeme bu yaklaşımını sonraki kararlarında da sürdürmüştür. Bkz. *Friedman et al. v. Rogers et al.*, 440 US 1, 10 (1979); *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 381 (1977); *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 455-456 (1978).

³⁶⁹ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748, 771 dp. 24 (1976); Söz konusu kriterlerin doktrinde incelenmesi için bkz. Redish, **Commercial Speech**, s. 83; Note, **Commercial Speech Doctrine**, s. 1895.

Mahkeme'nin buradaki gerekçelendirmesi doktrinde tatmin edici bulunmamış, kapsayıcı olmadığı ve aksi iddia edilebilecek örnekler olduğu ifade edilmiştir.³⁷⁰ Örneğin ticari ifadenin doğruluğunu kanıtlamanın özellikle gelişmiş reklamcılık sektörü bakımından söz konusu olmayacağı, çünkü sadece fiyat bilgisi veya olgusal bilgi içeren reklamın neredeyse olmadığı ifade edilmiştir.³⁷¹ İkinci kriterin ise ilkinden daha da kaygan bir zemine oturduğu ifade edilmektedir. Ticari olmayan ifade sahibinin de kâr amacı güderek hareket edebileceği, sadece kâr amacı gütmenin caydırıcı etki karşısında daha fazla dayanıklılığa sebep olacağının açık olmadığı iddia edilmiştir. İfadeyi kullanan kişinin örneğin güçlü dini veya sanatsal bir motivasyonla hareket etmesi durumunda da hükümet müdahalelerine rağmen ifadenin varlığını sürdürerek caydırıcı etkiye dayanıklılık gösterebileceği; ekonomik amaçların ifadeleri daha dayanıklı kılacağı iddiasının bir varsayıma dayandığı öne sürülmüştür.³⁷²

Ayrıca Mahkeme, ticari ve ticari olmayan ifadeler için anayasal koruma açısından bir eşitlik sağlamanın, Birinci Değişikliğin sağladığı güçlü korumanın “seyreltilmesine” sebep olabileceğini belirtmiştir. Bunun anlamı ticari ifadelerin de ticari olmayan ifadelerle eşit düzeyde korunmasının Birinci Değişikliğin kapsamının genişlemesinden ziyade tüm ifadelere verilen korumanın azalmasına ve gücünü kaybetmesine sebep olacağıdır. Mahkeme'nin görüşüne göre ifade özgürlüğünü böyle bir cansızlaştırmaya tabi tutmak yerine, ticari ifadeler “*Birinci Değişikliğin koruduğu değerler skalasındaki ikincil konumu ile orantılı olarak sınırlı bir şekilde*” korunmalıdır.³⁷³ Böylece ticari olmayan ifade alanında izin verilmeyecek düzenleme şekillerine ticari ifadeler söz konusu olduğunda izin verilebilecektir.³⁷⁴

Mahkeme bu yaklaşımını daha sonraki kararlarında da sürdürmüş ve genel olarak daha ayrıntılı bir teori oluşturma yolunu seçmemiştir. Ancak yargıçların zaman

³⁷⁰ Note, **Commercial Speech Doctrine**, s. 1895; Redish, **Value of Free Speech**, s. 633.

³⁷¹ Kozinski, Banner, **Who's Afraid of Commercial Speech?**, s. 635-636.

³⁷² Kozinski, Banner, **Who's Afraid of Commercial Speech?**, s. 637.

³⁷³ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 456-457 (1978); McGowan, **A Critical Analysis of Commercial Speech**, s. 441; Redish, **Commercial Speech and The Values of Free Expression**, s. 10-11; Schauer, **Commercial Speech**, s. 1194.

³⁷⁴ McGowan, **A Critical Analysis of Commercial Speech**, s. 431.

zaman karşı veya katılan oylarında tartışmalar yürüttükleri görülmektedir.³⁷⁵ Örneğin Yargıç Thomas ve Brennan çeşitli kararlarda ticari ifadenin ticari olmayan ifadeden daha az değerli olduğunu iddia etmek için felsefi veya tarihsel bir temel olmadığını, hatta bazı tarihsel olayların aksini kanıtladığını ifade etmişlerdir. Yargıçlara göre ticari ve ticari olmayan ifadeler arasında tutarlı bir ayırım yapmanın mümkün olup olmadığı dahi şüphelidir.³⁷⁶



³⁷⁵ Ledewitz, **Corporate Advertising's Democracy**, s. 430.

³⁷⁶ Bkz. *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, Yargıç Brennan'ın karşı oyu 350-351 (1986); *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 US 484, Yargıç Thomas'ın katılan oyu 522 (1996); *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 US 525, Yargıç Thomas'ın katılan oyu 575 (2001).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE YAPILAN MÜDAHALELERİN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİNDE KULANILAN ÖLÇÜTLER

Birinci Değişiklik, ifade özgürlüğünün mutlak bir biçimde koruyan ve herhangi bir şekilde sınırlanmayacağını ifade eden bir dille kaleme alınmıştır. Bazı yargıçlar dahi böyle mutlakçı (**absolutist**) bir yaklaşım sergilemiş ve Birinci Değişikliğin herhangi bir “eğer” ya da “fakat” içermemesi sebebiyle ifade özgürlüğüne hükümet müdahalelerini mutlak olarak yasakladığını dile getirmiştir.³⁷⁷ Fakat pratikte uygulanma imkanı bulunmayan bu bakış açısının aksine ifade özgürlüğü elbette müdahalelere tabi tutulmuş ve bu müdahalelerin anayasaya uygunluğunu tayin edebilmek için Mahkeme “*kötülük eğilimi*” (**bad tendency**), “*dengeleme*” veya “*açık ve mevcut tehlike*” (**clear and present danger**) gibi testler ve standartlar oluşturmuştur. Mahkeme’nin testler açısından zengin bir literatürü vardır. Bazı testler tamamen terk edilmiş, bazıları ise bir evrim süreci içerisinde geliştirilerek bugüne kadar ulaşmış, hatta açık ve mevcut tehlike testi örneğinde olduğu gibi ülkemiz de dahil olmak üzere yabancı devletlerin yargı organlarınca kullanılmıştır.³⁷⁸

Bunun yanında Birinci Değişiklik kapsamında korunan ifade özgürlüğüne yapılan tüm müdahaleleri değerlendirmek için kullanılan güncel tek bir ölçüt ya da test bulunmamaktadır. Aksine Mahkeme *Chaplinsky*³⁷⁹ kararı ile birlikte ifadeleri belli kategorilere ayırarak incelemeye başlamıştır. Böylece bazı ifade kategorileri Birinci Değişiklik kapsamı dışında kalırken bazıları kendi kategorisine özgü sorunlara uygun ölçütlere göre değerlendirilmeye başlanmıştır.³⁸⁰

³⁷⁷ *Beauharnais v. Illinois*, 343 US 250, Yargıç Black’in karşı oyu 275 (1950); Aydın, **Üç Demokrasiye Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 229.

³⁷⁸ Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü**, s. 27; Söz konusu testlerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Emerson, **Toward a General Theory of The First Amendment**, s. 909-916.

³⁷⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942).

³⁸⁰ Redish, **First Amendment in the Marketplace**, s. 430-431; Colin R. Munro, “The Value of Commercial Speech”, **The Cambridge Law Journal**, C. LXII, S. 1, 2003, s. 135.

Genel olarak siyasal düşüncenin ve politik ifadelerin ifade özgürlüğünün merkezine yerleştirildiği görülse de günümüzde kabul edilen, politik olanlar dışındaki ifadelerin de daha az değerli olmadığıdır. Bunun sebebi hem politik olan ve olmayanın ayrılmasının zorluğu hem de devlet yönetimine dair konuların kişinin yaşamında ön planda olmamasıdır. Bu sebeple farklı derecede korunacak olsa dahi kişinin yaşamını ilgilendiren diğer tüm ifadeler ifade özgürlüğü bakımından göz önüne alınmaktadır.³⁸¹

Çalışmada ele alınan ticari ifade kategorisi de inişli çıkışlı bir serüven yaşamakla birlikte ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. Mahkeme genel olarak ticari ifadelere yönelik artan bir koruma anlayışı içerisinde olsa dahi yine de politik ya da sanatsal ifadelere sağladığı sıkı korumaya göre daha esnek bir koruma anlayışı sergilemektedir.³⁸² Mahkeme ticari ifadelerin Birinci Değişiklik koruması kapsamında olduğunu kabul etse de ifade özgürlüğüne ilişkin genel çerçeveden farklı ve tutarsız bir doktrin oluşturduğu; ticari ifadenin korunup korunmayacağı, ticari olmayan ifadelerden farklı bir düzeyde korunacaksa bunun gerekçesi veya oluşturduğu koruma düzeyinin gereklerinin neler olduğu sorularına tutarlı cevaplar vermediği konusunda eleştirilmektedir.³⁸³

Çalışmanın üçüncü bölümü ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin Mahkeme tarafından hangi sınırlama ölçütlerine göre incelendiği ve uygulanan orta inceleme (**intermediate scrutiny**) standardının ortaya çıkışı ile kararlarda nasıl uygulandığının tarihsel bir şekilde ele alınmasına ilişkindir.³⁸⁴

³⁸¹ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 76-78.

³⁸² Redish, **Commercial Speech and the Values of Free Expression**, s. 2.

³⁸³ McGowan, **A Critical Analysis of Commercial Speech**, s. 411; Baker, **Human Liberty**, s. 194; Note, **Commercial Speech Doctrine**, s. 1896.

³⁸⁴ Mahkeme'nin ticari ifadeleri ele aldığı kararların tarihsel olarak incelenmesi için bkz. Joseph S. Falchek, Edward J. Schoen, "Thompson v. Western States Medical Center: An Opportunity Lost", **Atlantic Law Journal**, C. XIII, 2011, s. 164-189; Michael Hoefges, "Protecting Tobacco Advertising Under the Commercial Speech Doctrine: The Constitutional Impact of Lorillard Tobacco Co.", **Communication Law and Policy**, C. VIII, S. 3, 2003, s. 270; Robert Sprague, "Business Blogs and Commercial Speech: A New Analytical Framework for the 21st Century", **American Business Law Journal**, C. XLIV, S. 1, 2007, s. 136-148; Ronald D. Rotunda, "The Commercial Speech Doctrine in the Supreme Court", **University of Illinois Law Forum**, C. MCMLXXVI, S. 4, 1976, s. 1080-1102; Richard Schiro, "Commercial Speech: The Demise of a Chimera", **The Supreme Court Review**, C. MCMLXXVI, 1976, s. 47; Hunter B. Thomson, "Whither Central Hudson?: Commercial Speech in the

1. TİCARİ İFADELERİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA KORUNMASININ TARİHSEL ARKA PLANI

1.1. Ticari İfadenin İfade Özgürlüğü Kapsamı Dışında Kalan Konumu: *Valentine* Kararı

Mahkeme ifade özgürlüğüne ilişkin müdahalelerin anayasallığını çok çeşitli konularda incelese dahi ticari ifadeler ancak 1940'lara gelindiğinde kararlarda kendine yer bulmaya başlamıştır. Mahkeme'nin Birinci Değişiklik kapsamında hangi ifadenin ne düzeyde korunduğuna karar verirken giderek daha yaygın bir şekilde ifadeleri belli kategorilere ayırma ve her bir ifade kategorisi için farklı bir koruma standardı oluşturma yoluna başvurmalarının sonuçlarından biri de ticari ifade kategorisinin oluşturulmasıdır.³⁸⁵ Mahkeme'nin bu eğilimi nihayetinde *Valentine*³⁸⁶ kararı ile ticari ifade kategorisini yaratmıştır. Fakat Mahkeme'nin konuya dair ilk incelemeleri ticari ifadelerin Birinci Değişikliğin koruması dışında olduğuna dairdir ve buna oybirliğiyle karar verilmiştir.³⁸⁷

Mahkeme'nin ticari ifadeleri ilk kez ele aldığı karar olan *Valentine* kararında uyuşmazlık bir denizaltını sergileyerek gelir elde eden Chrestensen'in bastırdığı, denizaltını tanıtan ve ücret karşılığında gezilebileceğini belirten el ilanlarının

Wake of Sorrell v. IMS Health", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, C. XLVII, S. 2, 2013, s. 173-183.

³⁸⁵ Schauer, *Commercial Speech*, s. 1198; Mahkeme'nin kararlarından önce bazı yerel mahkemeler ticari ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında korunduğuna dair kararlar vermiştir. Örneğin Kaliforniya Yüksek Mahkemesince verilen *McKay Jewelers v. Bowron* kararına göre ifade özgürlüğü, nasıl bir grev gözcüsünün barışçıl şekilde iş yerinin önünde durarak bir iş uyuşmazlığı sebebiyle kişilerin işyerine girmemesini talep etmesine dair ifadelerini koruyorsa, aynı mantıkla bir tüccarın kendi işyerinin önünde aynı şekilde durarak müşterileri iş yerine girmeye ve ticari mallarını satın almaya teşvik eden ifadelerini de korumalıdır. Bu bakış açısı daha sonra Mahkeme'nin *Valentine* kararında vardığı sonuca açıkça aykırıdır. Bkz. *McKay Jewelers, Inc. v. Bowron*, 19 Cal. (2d) 595 (1942); Aaron S. Resnick, "Freedom of Speech and Commercial Solicitation", *California Law Review*, C. XXX, 1942, s. 655; Redish, *First Amendment in the Marketplace*, s. 430.

³⁸⁶ *Valentine v. Chrestensen*, 316 US 52 (1942).

³⁸⁷ Weinberg, *Constitutional Protection of Commercial Speech*, s. 722; Arlen W. Langvardt, "The Incremental Strengthening of First Amendment Protection for Commercial Speech: Lessons From Greater New Orleans Broadcasting", *American Business Law Journal*, C. XXXVII, 2000, s. 592.

dağıtımının engellenmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu engellenmenin sebebi ticari reklamcılığa ilişkin materyallerin sokaklarda veya kamuya açık diğer yerlerde dağıtılmasını yasaklayan kanun maddesidir. Buna karşın bilgi içeren veya halka açık bir protestoya dair el ilanlarını dağıtmak serbesttir. Daha sonra el ilanının bir yüzünde denizaltını tanıtan ifadeler yer almaya devam ederken diğer yüzüne yerel denizcilik otoritelerini eleştiren bir sayfa eklense de ilanların dağıtımına yine de izin verilmemiştir.³⁸⁸

Söz konusu müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini inceleyen Mahkeme hem ticari ifade kategorisini yaratmış hem de onun Birinci Değişikliğin kapsamını aşan yönünü vurgulamıştır.³⁸⁹ Mahkeme'nin buradaki ifadesine göre:

*“Bu Mahkeme, sokakların bilgi iletme ve fikir yayma özgürlüğünün kullanılması için uygun yerler olduğuna ve eyaletler ve belediyelerin bu hakkı kamu yararına uygun şekilde düzenleyebilecek olmalarına rağmen, halka açık caddelerde hakkın kullanımını yasaklayamayacaklarına veya hakkın kullanımına gereksiz yük yükleyemeyeceklerine kesin olarak karar vermiştir. Fakat Anayasanın saf ticari reklamcılık (**purely commercial advertising**) açısından hükümete böyle bir sınırlama getirmediği konusunda da aynı derecede açığız. Kazanç getirici bir faaliyetin sokaklarda yürütülüp yürütülemeyeceği ve ne ölçüde yürütülebileceği, böyle bir faaliyetin ne ölçüde kullanıcıların kamusal haklarının ihlali olarak değerlendirileceği, yasama kararının konusudur.”³⁹⁰*

Chrestensen kamuoyunu ilgilendiren bir konuda görüşlerini açıkladığını ve bunun ticari reklamına ayrılmaz bir şekilde bağlı bulunduğunu iddia etse de Mahkeme, el ilanına eklenen ve kamu otoritelerini protesto niteliği taşıyan kısmın söz konusu yasal düzenlemenin uygulanmasından kaçınmak amacıyla yapıldığını kabul etmiştir. Eğer bu kaçınma başarılı olacak olursa tanıtım ve reklam materyallerini dağıtmak

³⁸⁸ Valentine v. Chrestensen, 316 US 52, 53 (1942).

³⁸⁹ Note, **Commercial Speech Doctrine**, s. 1892.

³⁹⁰ Valentine v. Chrestensen, 316 US 52, 54 (1942).

isteyen her tüccarın yalnızca kamusal meselelere dair basmakalıp bir cümle ekleyerek dahi yasanın uygulanmasından muafiyet elde etmesine izin verilmiş olacaktır.³⁹¹

Mahkeme böylece o yıllarda verdiği kararlarında Birinci Değişikliğin ticari olmayan el ilanlarının dağıtımını koruduğunu kabul ederken, ticari el ilanların dağıtılmasına yönelik bu tür bir korumayı kısa ve öz bir şekilde reddetmiştir.³⁹² Örneğin *Valentine* kararından 3 yıl önce Mahkeme'nin ticari olmayan, politik veya dini nitelik taşıyan el ilanlarının dağıtılmasıyla ilgili benzer somut olaylarda, bu faaliyetlerin ifade özgürlüğü kapsamında korunduğuna karar verdiğini görmek mümkündür³⁹³

Mahkeme'nin *Valentine* kararı ile ticari ifadeleri, teorik gerekçelendirme veya kesin bir tanım yapmaksızın, ifade özgürlüğü kapsamının dışında bırakması Birinci Değişiklik teorisinde bir anormallik olarak algılanmıştır.³⁹⁴ Hatta daha sonraki kararlarda bu tutum yargıçlar tarafından dahi eleştirilmiştir. Örneğin yazdığı bir katılan oyunda Yargıç Douglas, kararın “*üstünkörü, hatta neredeyse gelişigüzel*” olması sebebiyle tepkilere maruz kaldığını belirtmiştir.³⁹⁵

³⁹¹ *Valentine v. Chrestensen*, 316 US 52, 55 (1942).

³⁹² Redish, **Commercial Speech and The Values of Free Expression**, s. 2.

³⁹³ Shiner, **Freedom of Commercial Expression**, s. 27; Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 122; Örneğin Mahkeme, *Schneider* kararıyla kamusal alanlarda el ilanı dağıtılmasını yasaklayan düzenlemeleri, ağırlığı ifade özgürlüğüne verdiği bir dengeleme testi sonucunda anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme belediyelerin çeşitli düzenlemeleri ile sokaklarda veya diğer halka açık yerlerde el ilanı, broşür gibi basılı materyallerin dağıtımının toptan yasaklamasının ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini incelediği bu davada sokakları temiz ve güzel tutma amacının kamuya açık bir yerde söz konusu materyallerin, onu almaya gönüllü kimselere verilmesinin engellenmesini meşru kılmayacağını ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme düşüncelerin başkalarıyla paylaşılması noktasında el ilanı dağıtmanın temel bir araç ve sokakların da bunun için en uygun yer olduğunu özellikle vurgulamıştır. Fakat diğerlerinin aksine ticari bir işlem teklifi içeren veya reklam yapan el ilanları söz konusu olduğunda bu tür yasaklayıcı düzenlemelerin yapılabileceğini de açıkça ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre bu tür faaliyetlerin kamu yararı için düzenlenebilecek başka özellikleri vardır. *Schneider v. State*, 308 US 147 (1939).

³⁹⁴ Baker, **Commercial Speech**, s. 1.

³⁹⁵ Yargıç Douglas'a göre ifade özgürlüğü koruması belli tür ve yapıdaki ifadelerle sınırlı değildir. Bir işletmeyi etkileyen kararlara karşı protestolar veya maddi açıdan zarara sebep olacak kararlar sebebiyle çalışanların grev yapması gibi durumlarda Birinci Değişikliğin koruması söz konusu ise kâr sağlama amacının ifade özgürlüğünün kapsamı açısından bir fark yaratmaması gerekir. *Cammarano v. United States*, 358 US 498, Yargıç Douglas'ın katılan oyu 514 (1959).

Mahkeme yaklaşık on yıl sonra verdiği *Breard*³⁹⁶ kararında da *Valentine* kararındaki bakış açısını sürdürmüştür.³⁹⁷ Dava konusu olayda belediye tarafından yapılan bir düzenleme gereğince kapı kapı dolaşarak ticari amaçla satış yapılması yasaklanmış, ev sahiplerinin önceden bir daveti veya onayı olmaksızın evlerine giderek bir dergiye abone olmalarını talep eden başvurucuya yaptırım uygulanmıştır.³⁹⁸ Mahkeme söz konusu düzenlemenin Birinci Değişikliği ihlal etmediğine karar verirken çoğunluk görüşünü yazan Yargıç Reed açıkça “ıvır zıvır şeyler veya fırça satıcılarının” ifade özgürlüğü kapsamında böyle bir talep hakkının olmadığını ifade etmiştir.³⁹⁹

Mahkeme o yıllarda verdiği kararlarında ticari olan ve olmayan ifadeler arasında bilinçli bir ikilik yaratmıştır. Örneğin dini inançlarını sözlü veya yazılı olarak yayanların anayasal haklarının, ticari amaçla kitap satışı yapan veya el ilanı dağıtanlara sağlanan koruma ile ölçülmeyeceğini dile getirmiştir.⁴⁰⁰ Ticari materyallerin aksine, dini içerikli el ilanlarının kapı kapı dolaşarak satılabilmesi için sabit vergilendirmeler yapan düzenlemelerin⁴⁰¹ veya kişilerin yine aynı yöntemle dini, politik ya da diğer halka açık toplantılara davet edilmelerini yasadışı hale getiren düzenlemelerin Birinci Değişikliği ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁰²

1.2. Mahkeme’nin Değişim Sinyalleri

Ticari ifadenin ifade özgürlüğü kapsamı dışında bırakılması yetkili makamlara reklamcılık ve pazarlama faaliyetlerini kontrol etmek için geniş yetkiler vermiştir.⁴⁰³

³⁹⁶ *Breard v. Alexandria* 341 US 622 (1951).

³⁹⁷ Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 723.

³⁹⁸ *Breard v. Alexandria*, 341 US 622, 624 (1951).

³⁹⁹ *Breard v. Alexandria*, 341 US 622, 641 (1951); Yargıç Black ise Birinci Değişikliği mutlakçı bir bakış açısıyla yorumlasa da ticari ifadeler konusunda farklı bir konumdadır ve mevcut düzenlemenin kapı kapı dolaşarak satış yapan bir tüccara uygulanabileceği konusunda Mahkeme çoğunluğuyla hemfikirdir. *Breard v. Alexandria* 341 US 622, Yargıç Black’in karşı oyu 650 (1951).

⁴⁰⁰ Errol Copilevitz, “The Historical Role of The First Amendment in Charitable Appeal”, **Stetson Law Review**, C. XXVII, 1997, s. 460-461.

⁴⁰¹ Bkz. *Jones v. Opelika*, 319 US 103 (1943); *Murdock v. Pennsylvania*, 319 US 105 (1943).

⁴⁰² Bkz. *Martin v. Struthers*, 319 US 141 (1943); *Breard v. Alexandria* 341 US 622, Yargıç Black’in karşı oyu 649 (1951); Boedecker, Morgan, Wright, **Commercial Speech**, s. 38.

⁴⁰³ Boedecker, Morgan, Wright, **Commercial Speech**, s. 38.

Bu ilerleyiş içerisinde Mahkeme'nin *Sullivan*⁴⁰⁴ kararı “ticari ifadenin uğradığı saldırıda oluşan ilk çatlak” olarak nitelenmiştir.⁴⁰⁵ Mahkeme bu kararda ifadeyi ortaya koyanın ekonomik amacı ve ifadeyi ortaya koyma biçiminin ötesine geçerek, ifadenin içeriğinin kamu yararına dair önemli bilgiler içerip içermediğini incelemiştir.⁴⁰⁶

Dava konusu olayda New York Times gazetesinde yayımlanan ücretli ticari bir duyuru (**paid commercial announcement**), siyahilerin bazı haklardan mahrum bırakılmasını protesto eden bir öğrenci hareketi için maddi destek talep eden ve hareketin düzenlediği bazı gösterilerde polisin kötü muamelesini protesto eden bir içeriğe sahiptir.⁴⁰⁷ Söz konusu duyurunun niteliği incelenirken, *Valentine* kararına dayanılarak, ifadelerin ücret karşılığında yayınlanmış ticari bir duyurunun parçası olması sebebiyle Birinci Değişikliğin sağladığı korumadan yararlanamayacağı iddia edilmiştir. Fakat Mahkeme aynı fikirde değildir.⁴⁰⁸ Bunun sebebi söz konusu ücretli ticari duyurunun *Valentine* davasında kullanıldığı anlamda bir ticari reklam olmamasıdır. Somut olayda ifadelerin içeriği, yüksek derecede kamu yararı içeren bir konu hakkında bilgi ve görüş açıklama, hak ihlallerini protesto etme ve söz konusu öğrenci hareketine maddi destek talep etmeye ilişkindir. Mahkeme'ye göre duyurunun yayınlanması için Times gazetesine ödeme yapılması önemsizdir. Aksinin kabulü çeşitli ve karşıt kaynaklardan gelen bilgi ve fikirlerin paylaşılması ve mümkün olan en geniş şekilde yayılmasını sağlayan önemli bir aracın kullanımının engellenmesi riskini taşıyacaktır. Sonuçta Mahkeme bir ifadenin sırf ücret karşılığında yayınlanan ticari bir duyuru biçiminde ortaya konmasıyla otomatik olarak Birinci Değişikliğin kapsamı dışında kalmayacağını kabul etmektedir.⁴⁰⁹ Bu bakış açısı ticari olmayan reklamların

⁴⁰⁴ New York Times v. Sullivan, 376 US 254 (1964).

⁴⁰⁵ Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 723; Halberstam, **Commercial Speech**, s. 780; Langvardt, **Commercial Speech**, s. 593.

⁴⁰⁶ Barry S. Roberts, “Toward a General Theory of Commercial Speech and the First Amendment”, **Ohio State Law Journal**, C. XL, S. 1, 1979, s. 118.

⁴⁰⁷ Kalven, **The New York Times Case**, s. 194.

⁴⁰⁸ New York Times v. Sullivan, 376 US 254, 265 (1964).

⁴⁰⁹ New York Times v. Sullivan 376 US 254, 266 (1964); Boedecker, Morgan, Wright, **Commercial Speech**, s. 39; Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 723.

Birinci Değişiklik ile korunduğunu ve yayının kâr amacıyla yapılıp yapılmadığı sorusunun tek başına önemsiz olduğunu ortaya koymuştur.⁴¹⁰

1973 yılında verilen *Pittsburgh*⁴¹¹ kararında ise hem çoğunluğun kararı hem de Yargıç Douglas'ın yazdığı karşı oy ticari ifade alanında bir dönüşümün sinyalleri olarak yorumlanabilir.⁴¹² Karara konu olayda Pittsburgh Halkla İlişkiler Komisyonu cinsiyete dayalı ayrımcılığı önlemek amacıyla hazırladığı bir yönetmelik ile gazetelerin, işveren veya reklam verenin işe almaya dair kararlarını cinsiyet temelinde vermekte özgür olduğu durumlar haricinde, “eleman aranıyor” ilanlarını cinsiyete göre belirlenmiş ayrı bölümler halinde yayınlamasını yasaklayan bir düzenleme getirmiştir. Komisyon, Pittsburgh Yayıncılık Şirketi'ne ait günlük bir gazetenin iş ilanı sayfasının bu kuralı ihlal ettiği gerekçesiyle yayın şeklini değiştirmesini emretmiştir. Bunun üzerine Şirket düzenlemenin Birinci Değişiklik altında kapsamında basın özgürlüğüne anayasaya aykırı bir müdahalede bulunduğundan bahisle olayı Mahkeme önüne taşımıştır.⁴¹³

Mahkeme incelemesini yaparken iş ilanlarının ticari ifade olmasının Birinci Değişiklik koruması açısından önemi üzerinde durmuştur. Pittsburgh Şirketi, ifadeleri ticari ifade olarak ele alınacak ise, ticari ifadelerin ticari alanda bilgi alışverişinin sağlanması bakımından önemi sebebiyle *Valentine* kararında kabul edilenden daha sıkı bir düzeyde korunmasını, hatta ticari ve ticari olmayan ifadeler arasındaki ayrımın kaldırılması gerektiğini iddia etmiştir.⁴¹⁴ Mahkeme ise “*başka bağlamlarda bu talebe verilecek cevap ne olursa olsun*”, somut olay özelinde bu argümanı ikna edici bulmadığını belirterek *Valentine* kararındaki bakış açısını değiştirmeyi veya tartışmayı reddetmiştir. Bunun sebebi işe almada yapılan cinsiyete dayalı ayrımcılığın sadece bir ticari faaliyet değil, söz konusu düzenleme kapsamında yasadışı bir ticari faaliyet

⁴¹⁰ Coase, **Advertising and Free Speech**, s. 23.

⁴¹¹ *Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 US 376 (1973).

⁴¹² Munro, **The Value of Commercial Speech**, s. 136; Shiner, **Freedom of Commercial Expression**, s. 32.

⁴¹³ *Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 US 376, 378-381 (1973).

⁴¹⁴ *Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 US 376, 388 (1973).

olmasıdır.⁴¹⁵ Ticari faaliyetin kendisi yasa dışı olduğunda bu faaliyete bağlı bir ticari işlem teklifi de yapılan müdahalenin katkıda bulunduğu hükümet çıkarlarına ağır basabilecek herhangi bir Birinci Değişiklik çıkarından tamamen yoksun olacaktır.⁴¹⁶

Mahkeme'nin kararında “*başka bağlamlarda*” ticari ifadenin durumunu tartışmamış ve yoruma açık bırakmış olması dikkate değerdir. Mahkeme buradaki görüşlerinin, ticari ifadenin yasadışı bir ticari faaliyete ilişkin olmadığı durumlarda Birinci Değişiklik kapsamında korunabileceği anlamına geldiğini daha sonra verdiği bir kararında da dile getirmiştir.⁴¹⁷ Ayrıca *Pittsburgh* kararı oybirliğiyle alınmamıştır. Dokuz yargıçtan dördü çeşitli açılardan Birinci Değişikliğin ihlal edildiğini düşünmektedir. Konunun ticari ifade doktrini açısından önem arz eden karşı oyunu yazan Yargıç Douglas, çoğunluğun aksine ticari ifadelerin de Birinci Değişiklik korumasından yararlandığını düşünmektedir.⁴¹⁸

1.3. Dengeleme Yaklaşımı

Ticari ifadelerin önüne daha sık gelmeye başladığı sonraki yıllarda Mahkeme, doktrinin sınırlarını net bir şekilde çizmekten kaçınsa da⁴¹⁹, ticari ifadenin Birinci Değişiklik kapsamında olmadığına dair anlayışını aşındırmaya başlamıştır. Mahkeme 1975 yılında verdiği *Bigelow*⁴²⁰ kararında uyguladığı dengeleme testi ile ticari işlem teklifi içeren bir ifadenin hükümetin ulaşmaya çalıştığı kamu yararı amacı karşısında ağır basacak kadar kamu yararına dair materyal içerip içermediğine ilişkin bir inceleme yapmıştır.⁴²¹

⁴¹⁵ *Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 US 376, 388 (1973).

⁴¹⁶ *Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 US 376, 389 (1973).

⁴¹⁷ *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809, 821 (1975).

⁴¹⁸ *Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 US 376, Yargıç Douglas'ın karşı oyu 398 (1973); Yargıç Burger ise karşı oyunda basın özgürlüğünün haber, köşe yazısı veya reklam olup olmadığına bakılmaksızın gazetenin yayınlayacağı her türlü materyalin içeriğini düzenleme yetkisini içerdiğini ve kararda gösterilen tutumun ticari ifade doktrininin basın özgürlüğü alanına tecavüz edici derecede genişletilmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir. *Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 US 376, Yargıç Burger'ın karşı oyu 393-395 (1973).

⁴¹⁹ Ledewitz, **Corporate Advertising's Democracy**, s. 392.

⁴²⁰ *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809 (1975).

⁴²¹ Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 722; Boedecker, Morgan, Wright, **Commercial Speech**, s. 39.

Dava konusu olayda Bigelow, Virginia eyaletinde basılan ve dağıtılan Virginia Weekly adlı gazetenin yazı işleri müdürüdür. Gazete New York eyaletinde kürtaj danışmanlık hizmeti veren ve kâr amacı gütmeyen bir kuruluş için bir reklam yayınlamıştır. Reklam istenmeyen gebeliklere son vermek isteyen kadınlar için ikamet şartı olmaksızın ve yasal bir şekilde, anlaşma yapılan sağlık kuruluşlarında sunulan düşük maliyetli kürtaj hizmetini duyurmaktadır. Reklamın yayınlandığı tarihte herhangi bir yayının satılması veya basılması yoluyla kürtajın teşvik edilmesi New York'ta yasal olsa da Virginia'da bir kabahat (**misdemeanor**) oluşturmaktadır. Bu sebeple Bigelow hakkında 500 dolar para cezasına hükmedilmiştir.⁴²²

Mahkeme söz konusu yaptırım ile Birinci Değişiklik kapsamında korunan haklara anayasaya aykırı bir şekilde müdahale edildiğine karar vermiştir. Buna göre ifadelerin reklam biçiminde olması, içeriğinin reklam verenin ticari çıkarlarına ilişkin olması, satış teklifi içermesi ya da ticari faaliyetin varlığı Birinci Değişiklik korumasının tamamen dışında olmaları için tek başına yeterli değildir.⁴²³ Mahkeme her bir gerekçesi için önceki kararlarına atıflar verse de burada önemli olan *Valentine* davasında verdiği kararı “sınırlı” olarak nitelemesidir. *Valentine* kararında ticari el ilanlarının dağıtımını yasaklayan bir düzenlemenin anayasaya uygun bulunmuş olmasının, bu karardan sonra “*ticari reklamcılığı düzenleyen tüm kuralların anayasa aykırılık iddiasından muaf olduğu anlamına gelmeyeceğini*” ve “*reklamın kendiliğinden korumasız olduğuna dair herhangi bir kapsamlı önermeyi desteklemediğini*” ifade etmiştir.⁴²⁴ Daha sonra somut olayı değerlendiren Mahkeme yayınlanan ilanın, ticari bir işlem teklif etmesinin yanında “açıkça kamu yararı içeren olgusal bilgiler içerdiği” için bilgi iletme ve fikir yayma özgürlüğünün kullanımı olduğuna karar vermiştir. Ayrıca reklamı yapılan kürtaj hizmetinin yasadışı olmaktan ziyade anayasal düzeyde korunan çıkarlarla ilgili olması da önem taşımaktadır.⁴²⁵

⁴²² Bigelow v. Virginia, 421 US 809, 811-814 (1975).

⁴²³ Bigelow v. Virginia, 421 US 809, 818 (1975).

⁴²⁴ Bigelow v. Virginia, 421 US 809, 819-820 (1975).

⁴²⁵ Bigelow v. Virginia, 421 US 809, 822 (1975); Mahkeme eyaletlerin yetkilerinin sınırı ve bunun ifade özgürlüğüne etkisi üzerinde de durmuştur. Virginia Yasama Meclisi, başka bir eyalette sağlanan kürtaj hizmetinin şart ve standartlarına dair düzenlemeler yapma yetkisine sahip değildir veya kişilerin bu hizmeti elde etmek için New York'a gitmelerini engelleyemez ya da gittikleri için onları

Mahkeme vardığı bu sonuca rağmen ticari ifade özgürlüğünün çerçevesini tam olarak çizmekten kaçınmıştır. Mahkeme'nin ifadesine göre somut olayın şartları içerisinde Birinci Değişikliğin, eyaletin hukuka uygun olarak düzenleyebileceği hatta yasaklayabileceği faaliyetlerle ilgili reklamların düzenlenmesine ne ölçüde izin verileceğine karar verilmesine gerek yoktur.⁴²⁶ Mahkeme burada bir dengeleme testi uygulama yoluna giderek tüm kamuya açık ifadeler gibi ticari ifadelerin de meşru bir hükümet çıkarına katkıda bulunan makul düzenlemelere konu olabileceğini belirtmiştir. Bir ifadenin ticari, ticari reklam veya ticari işlem teklifi olarak adlandırılmış olması bir mahkemeyi söz konusu Birinci Değişiklik çıkarını, müdahalenin hizmet ettiği hükümet amacı karşısında tartma görevinden kurtarmayacaktır. Böyle bir ifadenin ürün ve hizmet piyasasıyla olan ilişkisi onu fikir pazarında değersiz yapmayacak ve Birinci Değişiklik korumasından tamamen yoksun bırakmayacaktır. İfadenin amacı, aracı veya içerdiği mesaj ifadeyi çok çeşitli derecelerde “ticari” kılabilir.⁴²⁷

Mahkeme buradaki dengelemede hükümetin, sağlık hizmetlerinin kalitesinin ve kadınların mesleki dürüstlük ve sorumluluk dışında, esas olarak mali kazançla ilgilenen kuruluşlardan korunması amacı ile Birinci Değişiklik tarafından korunan ifade ve basın özgürlüğünü bir tartıma tabi tutmuştur. Söz konusu ifadenin ilişkili olduğu ticari faaliyetin düzenlemelere ne ölçüde tabi olduğu ve yasal bir şekilde yürütülüp yürütülmediği, reklamın aldatıcı veya hileli olup olmadığı ve içeriğinin kamu yararına dair bilgiler içerip içermediği, uygulanan yaptırımın türü ve yaptırım uygulanan kişinin kim olduğu gibi birçok unsura yer vererek söz konusu düzenlemenin

cezalandıramaz. Bir eyalet, sırf kendi vatandaşlarının refahı ve sağlığı oraya seyahat ettiklerinde etkilenebileceği için, başka bir eyaletin iç işleri üzerinde güç veya denetim yetkisi elde etmeyecektir. Eyalet böyle bir durumda ancak vatandaşlarının daha bilinçli kararlar almalarını sağlamak için bilgiler yayabilecektir. Bu sebeple eyalet kendi yetki alanında yasa yapma ve bunları uygulama yetkisini kullanma kisvesi altında, başka bir eyaletin vatandaşını o eyalette yasal olan bir faaliyet hakkında bilgi yaymaktan alıkoymayacaktır. *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809, 822-825 (1975).

⁴²⁶ *Bigelow v. Virginia* 421 US 809, 825-826 (1975).

⁴²⁷ *Bigelow v. Virginia* 421 US 809, 826 (1975).

Birinci Değişiklik kapsamında korunan hakları ihlal etmeksizin uygulanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.⁴²⁸

Kararda uygulanan dengeleme yaklaşımı somut olaydaki ifadeye geniş bir koruma sağlasa bile, bu yaklaşımın ileride Mahkeme'ye büyük bir harekete alanı bırakacak olması ise eleştirilmiştir. Eleştirinin sebebi söz konusu dengelemede hangi unsura ne kadar ağırlık verileceğinin net bir şekilde belirlenmemiş olması ve istenen her sonucu vermeye müsait olacak şekilde manipülasyonlara açık olmasıdır.⁴²⁹

Fakat yine Mahkeme'de fikir ayrılıkları vardır. Yargıç Rehnquist karşı oyunda söz konusu reklamın fikir alışverişinden ziyade bir hizmet vermeyi taahhüt eden klasik bir ticari işlem teklifi olduğunu düşünmektedir. Yargıç'a göre reklamın zayıf olgusal içeriği ve o içerikten zorlukla çıkarılacak herhangi bir düşünce açıklaması, ağırlıklı olarak ticari içeriğini değiştirmeye yetecek kadar güçlü değildir.⁴³⁰

2. TİCARİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DOKTRİNİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

2.1. Dönüm Noktası: *Virginia State Kararı*

Bigelow kararından yalnızca bir yıl sonra ticari ifadelerin durumunun nihayet netleştirildiği ve Birinci Değişikliğin koruması kapsamına dahil edildiği *Virginia*

⁴²⁸ Mahkeme eyaletin, sınırları içinde sunulan sağlık hizmetlerinin kalitesini sürdürmek konusundaki çıkarını kabul etse de somut olay özelindeki reklamın Virginia'daki sağlık hizmetlerinin kalitesini herhangi bir şekilde etkilediğine dair bir iddiada bulunulmamıştır. Burada düzenleme, Virginia eyaletinin faaliyetlerini düzenleme yetkisine sahip olduğu bir kuruluşun reklamı değil aksine başka bir eyalette sunulan hizmetlerle ilgili bilgilendirici materyallerin yayınlanmasına dairdir. Başka bir eyalette yasal bir şekilde sürdürülen fakat Virginia'nın düzenleme gücünün olmadığı bu hizmet hakkında Virginialıların edinecekleri bilgiden koruma amacı bu şartlar altında çok az bir ağırlığa sahiptir. Söz konusu reklamın aldatıcı veya yanıltıcı olduğuna, Virginia veya New York'ta yasadışı olan bir ürün veya hizmetle ilgili olduğuna, Virginia'da cezai alana dahil bir faaliyet olduğuna yahut faaliyetin diğer kişilerin mahremiyetlerini veya haklarını ihlal etme ihtimali olduğuna dair bir kanıt yoktur. Ayrıca burada yaptırım uygulananın reklam veren kuruluş veya uygulayıcı değil de bir gazetenin yazı işleri müdürü olmasının basın özgürlüğüne müdahalelere kapı aralaması da Birinci Değişiklik iddialarının güçlenmesine sebep olmuştur. *Bigelow v. Virginia* 421 US 809, 827-829 (1975); Coase, **Advertising and Free Speech**, s. 24.

⁴²⁹ Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 724.

⁴³⁰ *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809, Yargıç Rehnquist'in karşı oyu 831-832 (1975).

*State*⁴³¹ kararı verilmiştir.⁴³² Somut olayda uyuşmazlığın taraflarından biri olan Virginia Eyaleti Eczacılık Kurulu (**Virginia State Board of Pharmacy**) eczacılık mesleğinin profesyonelliğini ve ilaçların kalitesini sağlamakla görevlendirilmiş düzenleyici bir kuruluştur ve bağlayıcı kurallar koyma yetkisine sahiptir. Diğer tarafta ise reçeteli ilaçlara ihtiyaç duyan tüketicilerden oluşan Tüketici Konseyi (**Virginia Citizens Consumer Council**) adlı bir organizasyon yer alır. Konsey, eczacıların reçeteli ilaç fiyatlarının reklamını yapmasını “profesyonel olmayan davranış” haline getirerek fiili olarak yasaklayan düzenlemesine itiraz etmek için Eczacılık Kurulu ve üyelerine karşı dava açmıştır.⁴³³

Burada Mahkeme ilk olarak Birinci Değişiklik ve ifade özgürlüğünün yapısına dair bir inceleme yapmıştır. Mahkeme’ye göre:

*“İfade özgürlüğü gönüllü bir ifade sahibinin varlığını ön koşul olarak gerektirir. Ancak, burada olduğu gibi, bir ifade sahibinin olduğu yerde, sağlanan koruma iletişimin kaynağından alıcısına dek uzanır. (...) Daha yakın zamanda, Kleindeist v. Mandel 408 US 753 (1972) davasında, Birinci Değişikliğin “bilgi ve fikir alma” hakkına atıfta bulunduğunu ve ifade özgürlüğünün “alma hakkını” da (right to receive) mutlaka koruduğunu kabul ettik. (...) Eğer reklam verme hakkı (**right to advertise**) varsa, karşılıklı bir hak olarak reklamı alma hakkı (**right to receive the advertising**) da vardır ve burada başvurucular tarafından ileri sürülebilir.”*⁴³⁴

Bu yaklaşımdan hareketle somut olaydaki ifadelerin ticari olması sebebiyle Birinci Değişiklik koruması kapsamında olmadığı iddiasını yanıtlayan Mahkeme, daha önce verdiği kararlarda ticari ifadenin koruma kapsamında olmadığına dair bazı

⁴³¹ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council, 425 US 748 (1976).

⁴³² Munro, **The Value of Commercial Speech**, s. 136; Redish, **Value of Free Speech**, s. 630; Langvardt, **Commercial Speech**, s. 587; Michael Hoefges, Milagros Rivera-Sanchez, “Vice Advertising under the Supreme Court’s Commercial Speech Doctrine: The Shifting Central Hudson Analysis”, **Hastings Communications and Entertainment Law Journal**, C. XXII, S. 3 & 4, 1999-2000, s. 350.

⁴³³ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council, 425 US 748, 748-752 (1976).

⁴³⁴ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council, 425 US 748, 756-757 (1976).

ipuçları vermiş olsa da uzun süredir bir ifadenin sadece “ticari” olduğu gerekçesiyle korunmasını reddetmediğini dile getirmiştir. Nihayetinde eleştirilere maruz kalan ve kendi üyeleri tarafından dahi geçerliliğinden şüphe edilen bu basit yaklaşımdan ayrılarak, ticari ifadelerin Birinci Değişiklik korumasının bir istisnası olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁴³⁵

Mahkeme ticari ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında korunduğu sonucuna varırken, hangi müdahale biçimlerine izin verdiğini de açıklamış ve sınırlı sayıda olmasa da ticari ifade alanında yapılabilecek müdahalelere dört örnek vermiştir. Bunlar:

- ifadenin içeriğine atıfta bulunmadan gerekçelendirilmeleri, “önemli” bir hükümet amacına katkıda bulunmaları ve ifadenin yayılabilmesi için geniş alternatif kanalları açık bırakmaları koşuluyla zaman, yer ve yöntem müdahaleleri (**time, place and manner**),
- yanlış (**false**) veya yanıltıcı (**misleading**) ifadelere yönelik müdahaleler,
- teklif edilen ticari işlemin yasadışı olduğu durumlarda yapılacak müdahaleler,
- elektronik görsel medyada yayınlanan bir reklamın varlığı halinde bu alanın kendine özgü problemlerine dair müdahalelerdir.⁴³⁶

Fakat sayılanların aksine somut olayda bir eyaletin yasal bir faaliyet hakkında doğru olduğu kabul edilen bir bilginin, ifadenin sahibi ve alıcılarının üzerindeki etkisinden korkularak, tamamen yasaklandığı görülmektedir. Mahkeme böyle paternalist bir düzenlemenin yapılamayacağı sonucuna varmıştır.⁴³⁷

Mahkeme *Virginia* kararını öncü kabul ederek daha sonra ele aldığı somut olayların bu kararda ortaya konan kriterlere uygun olup olmadığını incelemeye

⁴³⁵ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council*, 425 US 748, 758-762 (1976).

⁴³⁶ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council*, 425 US 748, 770-773 (1976); Boedecker, Morgan, Wright, **Commercial Speech**, s. 39.

⁴³⁷ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council*, 425 US 748, 773 (1976).

başlamıştır. Örneğin *Linmark*⁴³⁸ kararında Mahkeme, Willingboro bölgesinde siyahi nüfusun artışıyla birlikte beyaz ev sahiplerinin evlerini satarak bölgeden ayrılması olarak algılanan “panik satışı” hareketlerinin engellenmesi amacıyla, bazı örnek daireler dışında “satılık” veya “satıldı” tabelalarının asılmasını yasaklayan bir belediye yönetmeliğinin Birinci Değişikliği ihlal ettiğine karar vermiştir. Söz konusu tabelaların bölgede siyahi nüfusun artması sebebiyle emlak değerlerinin düşeceğinden endişe eden beyaz halkın bu endişelerini artırarak kendi evlerini de satmaya yönlendirdiği iddia edilmektedir.⁴³⁹

Mahkeme incelemesine başlarken öncelikle son iki kararıyla birlikte aşındırdığı ticari ifade istisnasını değerlendirmek gerektiğinden bahisle Bigelow kararında yaptığı dengeleme yaklaşımını ve Virginia kararı ile ticari ifadenin Birinci Değişiklik korumasının tamamen dışında olmadığına fakat yine de bazı düzenlemelere izin verildiğini hatırlatmıştır.⁴⁴⁰ Bu hatırlatmanın sebebi Mahkeme’nin somut olayı değerlendirirken incelemesini bu kararlarından ayrılmayı gerektirir bir farklılık olup olmadığı üzerine kurgulamasıdır. Mahkeme öncelikle tarafların korunan menfaatleri açısından bir karşılaştırma yapmış ve bir farklılık bulunmadığına karar vermiştir. Buna göre somut olayda evlerini satmak isteyen ev sahipleri ile diğer satıcılar arasında yahut bu ifadelerin alıcıları arasında ürün ve hizmetler hakkında olgusal bilgileri iletmekten veya bu bilgileri almaktan elde edecekleri çıkar bakımından bir fark yoktur. Ayrıca ticari bilginin serbest akışından elde edilecek toplumsal çıkar, buradaki ifadenin konusunun kürtaj veya reçeteli ilaçtan ziyade gayrimenkul olması sebebiyle azalmayacaktır.⁴⁴¹

Müdahalenin *Virginia* kararında izin verilen bir sınırlama şekli olarak, bir zaman, yer ve yöntem kısıtlaması olduğu; yani müdahale ile yalnızca bir iletişim yöntemi kısıtlanarak, bunun dışında çok sayıda alternatif iletişim kanalının açık bırakıldığı iddia edilmektedir. Mahkeme ise sayılan alternatifleri tatmin edici

⁴³⁸ *Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro*, 431 US 85 (1977).

⁴³⁹ *Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro*, 431 US 85, 86-88 (1977); Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 727.

⁴⁴⁰ *Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro*, 431 US 85, 91 (1977).

⁴⁴¹ *Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro*, 431 US 85, 92 (1977).

olmaktan uzak gördüğünden bu argümanı kabul etmemiştir. Bunun sebebi alternatif olarak gösterilen gazeteyle reklam verme, emlakçıların satış listesine koyma veya ses sistemiyle donatılmış araçlarla ilan yapılması gibi yöntemlerin tabelalardan daha maliyetli, ilan verene daha az özerk alan bırakan, alıcılara ulaşma olasılığı daha düşük ve daha az etkili yöntemler olmasıdır.⁴⁴² Ayrıca Mahkeme siyahi ve beyaz vatandaşların istikrarlı şekilde bir arada yaşadığı bir konut yerleşimi sağlama amacının, Kongre tarafından da desteklenen ve tüm vatandaşlara fayda sağlayan önemli bir hükümet amacı olduğunu kabul etmektedir. Fakat düzenlemenin bu amaca ulaşmak bakımından gerekli olmaması⁴⁴³ ve doğru bilgilerin serbest akışını kısıtlayarak Birinci Değişikliğin amacına ulaşmasını engellemesi sebebiyle yapılan müdahale anayasaya aykırı bulunmuştur.⁴⁴⁴

Bunlar dışında müdahaledeki anayasal kusur çok daha temelde bölgede yaşayanların satışla alakalı belirli bilgileri elde etmesini engelleyerek kişilerin, ev sahiplerinin ve Belediye gibi çeşitli kurumların çıkarlarına aykırı olarak bölgeden taşınmalarının engellenmesinin amaçlanmasıdır. Bu şekilde hareket edilmesinin sebebi kişilerin nerede yaşayacaklarına dair hayatlarına ilişkin en önemli kararlardan birini verirken irrasyonel davranacakları endişesidir. Fakat Mahkeme yine Virginia kararında olduğu gibi kişilerin yanlış kararlar verecekleri endişesiyle yapılan paternalist düzenlemelere karşı tavrını sürdürdüğünü, en iyi yolun bilginin yayılmasının kısıtlanması değil kişinin kendi yararına olacak kararı en iyi şekilde vermesi için ifadelerin yayılma yollarının açık tutulması olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak bu müdahale ile Virginia kararı arasında anlamlı bir fark bulunmadığı için, Birinci Değişikliğin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁴⁴⁵

⁴⁴² Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro, 431 US 85, 93-94 (1977).

⁴⁴³ Mahkeme'ye göre kendisine sunulan kanıtlar düzenlemenin Willingboro'nun siyahi ve beyaz vatandaşların bir arada yaşadığı bir topluluk olarak kalmasını sağlamak için gerekli olduğunun tespit edilemediğini göstermektedir. Alt derece mahkemelerinin bulgularına göre beyaz ev sahiplerinin bir panik satışı yaşadığı, evlerin %2'sinin önündeki "satılık" tabelalarının panik satışının ana nedeni olduğu veya bu tür işaretlerin yasaklanmasının emlak satışları konusunda farkındalığı azaltacağı ve böylece satış konusundaki endişesinin azalacağı varsayımlarını doğrulayan bir kanıt bulunmamaktadır. Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro, 431 US 85, 94-96 (1977).

⁴⁴⁴ Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro, 431 US 85, 95 (1977).

⁴⁴⁵ Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro, 431 US 85, 96-97 (1977); *Carey* kararında da benzer bir inceleme yapılmıştır. Mahkeme bu kararda doğum kontrol ürünlerinin reklamını ve eczaneler

Mahkeme ticari ifade doktrini altında çok çeşitli konuları ele almıştır. Çeşitli meslek gruplarının yaptıkları reklamlara dair somut olayları ele alan Mahkeme, *Virginia* kararını takip ederek başta avukatlar olmak üzere mesleki reklam kısıtlamalarını gevşetmiştir.⁴⁴⁶ Örneğin *Bates*⁴⁴⁷ kararına konu olayda baroya bağlı olarak avukatlık yapan Bates ve O'Steen, "hukuk kliniği" adını verdikleri ofislerinde adli yardım talepleri devlet tarafından kabul edilmeyen kişilere makul ücretler karşılığında hukuki hizmet vermeyi amaçlamaktadır. Bu amaçla sadece anlaşmalı boşanma, anlaşmalı evlat edinme, basit kişisel iflas gibi sıradan ve birbirine benzer şekilde yapılabilecek işleri kabul edecek, çekişmeli boşanma gibi karmaşık işleri almayarak maliyetleri düşük tutacaklardır. Avukatlar aldıkları her davada nispeten düşük bir kazanç sağlayacakları için, önemli olan yaptıkları iş sayısının yüksek olmasıdır. Bu amaçla günlük bir gazetede çok uygun ücretlerle hukuki hizmetler verdiklerini ve bazı hizmetler için aldıkları ücretleri belirten ilanlar vermişlerdir.⁴⁴⁸

İlanın yayınlanmasının ardından avukatların gazete veya dergi reklamları, radyo veya televizyon duyuruları veya diğer ticari tanıtım araçları yoluyla reklam yapamayacağı veya başkalarının kendi adına bunu yapmasına izin veremeyeceğini düzenleyen disiplin kuralına muhalefet ettikleri gerekçesiyle Eyalet Barosu İdare Meclisi (**Board of Governors of the State Bar**) bir hafta görevden uzaklaştırılmalarını tavsiye etmiştir. Avukatlar söz konusu yaptırımın Birinci Değişiklik kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini iddia ederek yerel mahkemelere

dahil satış yerlerinde sergilenmesini yasaklayan yasa hükmünü Birinci Değişiklik bakımından anayasaya aykırı bulurken *Virginia* kararında ortaya koyduğu standartları takip etmiştir. Somut olayda doğum kontrol ürünlerinin mevcudiyeti ve fiyatı hakkındaki herhangi bir bilginin iletilmesini tamamen ortadan kaldırmaya çalışan düzenlemeler, reklamların maruz kalanları rahatsız edeceği veya onları utandıracağı ya da gençlerin cinsel faaliyetlerini meşrulaştıracağı gerekçesiyle yapılmıştır. Mahkeme'ye göre bunlar, müstehcenlik söz konusu olmadığı sürece, Birinci Değişiklik ile korunan ifadelerin yasaklanmasını haklı kılan gerekçeler değildir. Sonuçta Mahkeme ticari ifade olarak sınıflandırılrsa da yasal bir faaliyet hakkında doğru bilgilerin yayılmasının tamamen engellenemeyeceğine dair görüşünü yineleyerek, *Virginia* kararında ifade ettiği ve ticari ifadenin sınırlanabileceği durumlardan birinin var olmadığını belirtmiştir. Burada hükümetçe ileri sürülen argümanların hiçbiri, yasal bir faaliyet olarak doğum kontrol ürünleri ile ilgili reklam ve sergilemelerden oluşan ve doğru bilgiler içeren ticari ifadelerin yayılmasının tamamen yasaklanmasını haklı gösteremeyecektir. *Carey v. Population Services International*, 431 US 678 (1977).

⁴⁴⁶ Boedcker, Morgan, Wright, **Commercial Speech**, s. 39.

⁴⁴⁷ *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350 (1977).

⁴⁴⁸ *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 353-354 (1977).

başvurmuşşalar da talepleri reddedilmiştir.⁴⁴⁹ Yerel mahkemeler bu sonuca varırken *Virginia* kararının tüm meslekler bakımından geçerli olmadığı, doktorluk, avukatlık gibi farklı nitelikleri olan meslekler söz konusu olduğunda ifadenin yanıltıcı olma olasılığını artırabilecek başka faktörlerin de dikkate alınması gerektiğine dair vurgusuna değinmişlerdir.⁴⁵⁰

Somut olayı inceleyen Mahkeme söz konusu düzenlemenin Birinci Değişikliğe aykırılığının *Virginia* kararından evleviyetle çıkarılacağını belirtmiştir. Bunun sebebi her iki davada da belli bir ürün veya hizmetin hangi fiyata satılacağına dair ifadelerin yer alması ve ticari bilginin serbest akışını engellemeye ve kişileri bilgisiz bırakmaya hizmet eden kuralların varlığıdır. Bununla birlikte Mahkeme meslekler arasındaki farklılıkların farklı anayasal mülahazaları devreye sokma olasılığı nedeniyle *Virginia* kararında özellikle diğer mesleklerle ilgili görüşlerini saklı tutarak karar verdiğini, bu sebeple mevcut davada avukatlık mesleğine özgü argümanlarla karşı karşıya kalındığını belirtmiştir.⁴⁵¹

Burada Mahkeme avukatların yerine getirdiği “rutin hukuki hizmetlerin” ücretlerinin reklamını yapıp yapamayacağı özelinde ortaya çıkan ve avukatlık mesleğine özgü olan argümanları ayrıntılı şekilde incelemiş, fakat hiçbirini avukatlar tarafından yapılan “tüm” reklamların yasaklanması için yeterli bulmamıştır.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 355-356 (1977).

⁴⁵⁰ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 357-358 (1977); *Virginia* kararında Mahkeme eczacıların ticari reklamlarına dair düzenlemeyi dikkate alarak inceleme yaptığını özellikle vurgulamış ve diğer meslekler hakkında bir fikir belirtmediğini ifade etmiştir. Buna göre meslekler arasındaki tarihsel ve işlevsel ayrımlar farklı faktörlerin dikkate alınmasını gerektirebilir. Örneğin doktorlar ve avukatların standart bir ürünü satmaktan ziyade çok çeşitli hizmetler sunmaları ticari ifadelerinin yanıltıcı olma olasılığını artırabilir. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council*, 425 US 748, 773 dp. 25 (1976).

⁴⁵¹ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 363-366 (1977).

⁴⁵² Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 367-368 (1977); Mahkeme sunulan her bir argümanı ayrıntılı şekilde değerlendirmiştir. Burada sunulan argümanlar reklam serbestisinin beraberinde getireceği ticarileşmenin mesleğin profesyonel şekilde yürütülmesine olumsuz etkisi, avukatların reklamlarının doğası gereği yanıltıcı olması, avukatların reklam yapmasının uyuşmazlıkların çıkmasını ve bu sebeple yargı organına daha fazla başvurulmasına neden olacağı için yargı sisteminin işleyişi üzerinde olumsuz etki yaratacağı, reklamın mesleğin sabit maliyetlerini artıracağı ve bu maliyetlerin daha sonra artan ücretler şeklinde tüketicilere aktarılacağı, ek maliyetlerin genç avukatların piyasaya girmesini zorlaştıracığı ve baronun kıdemli üyelerinin konumunu sağlamlaştıracığı gibi istenmeyen ekonomik etkileri olacağı ile hizmet kalitesi üzerinde olumsuz etki göstereceğidir. Fakat Mahkeme bu

Mahkeme daha sonra, yine *Virginia* kararında ortaya koyduğu ilkelere göre değerlendirme yaparak somut olayda o kararda izin verdiği türden bir müdahale olmadığına karar vermiştir.⁴⁵³ Böylece avukatların rutin hukuki hizmetlerinin mevcudiyeti ve şartları ile ilgili doğru bilgiler içeren tüm reklamların bir gazetede yayınlanmasının engellenmesinin Birinci Değişikliği ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁵⁴

Görüldüğü üzere Mahkeme *Virginia* kararında koyduğu standartları takip ederek değerlendirmeler yapmış ve bu dönemde yasal bir faaliyet hakkında doğru ve yanıltıcı olmayan bilgiler içeren ticari ifadelerin korunması ve paternalist müdahalelerin reddi yerleşik bir anlayış olmuştur.⁴⁵⁵

2.2. Ticari İfade Özgürlüğünün İkincilliği: *Ohralik* Kararı

Mahkeme verdiği her bir kararda ticari ifade özgürlüğü doktrininin geliştirmeye devam etmiş ve ticari/ ticari olmayan ifadeler arasında yaptığı ayrımın anlamına dair bakış açısını daha net bir şekilde ortaya koymuştur. *Ohralik*⁴⁵⁶ kararının bu noktada önemi “*ticari ifadelerin Birinci Değişikliğin koruduğu değerler skalasındaki ikincil konumu ile orantılı olarak sınırlı bir koruma göreceğinin*” belirtilmesidir. Mahkeme’ye göre bunun anlamı ticari olmayan ifade alanında izin verilmeyen bazı müdahalelere ticari ifade alanında izin verilecek olmasıdır.⁴⁵⁷ Çalışmada da bu kararlar ne kastedildiğinin ve ticari ifadenin ikincil olarak korunmasının ne anlama geldiğinin anlaşılması önem arz etmektedir. Bu sebeple Mahkeme’nin hem *Ohralik* kararı hem

argümanlardan hiçbirini toptan bir yasaklama için yeterli gerekçe olarak kabul etmemiştir. *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 368-379 (1977).

⁴⁵³ *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 384 (1977).

⁴⁵⁴ *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 384 (1977); Mahkeme bu kararı ile süregelen bir anlayış olarak avukatların reklam yapmasının tamamen yasaklanmasının sebepleri hakkında ayrıntılı bir inceleme yapmıştır. Kararın verilmesinin ardından avukatların tabi olduğu reklam yasaklamalarını içeren benzer birçok olay Mahkeme önüne taşınmıştır. Bu davalarda Mahkeme hükmünü genel olarak “ifadelerin doğası gereği veya somut olayda yanıltıcı olup olmadığı” üzerine kurgulamıştır. İfadelerin yanıltıcılığı Mahkeme’nin 1980 yılında verdiği bir kararla oluşturduğu inceleme testi olan Hudson testinin ilk basamağı açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple söz konusu kararlar tezimizin üçüncü bölümünün 2.3.1. numaralı başlığı altında incelenecektir.

⁴⁵⁵ Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 727.

⁴⁵⁶ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447 (1978).

⁴⁵⁷ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 456-457 (1978).

de sonraki kararlarında ticari ve ticari olmayan ifadelerin koruma rejimi bakımından farklılık arz eden hususlar ifade edilmeye çalışılacaktır.

İfadenin ticari olmasına bağlanan ilk ve en önemli sonuç ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin hangi düzeyde bir denetime tabi tutulacağıdır. Mahkeme ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerinin anayasaya uygunluğunu temelde üç ayrı düzeye göre incelemektedir. Bunlar rasyonel temelli inceleme (**rational basis review**), orta düzeyde inceleme (**intermediate scrutiny**) ve sıkı düzeyde inceleme (**strict scrutiny**) olmak üzere en esnek olandan en katı olana doğru sıralanabilir. Rasyonel temelli inceleme yapılacaksa hükümetin müdahaleyi yaparken meşru (**legitimate**) bir amacının olması ve kullanılan araç ile hükümetin amacı arasında rasyonel bir bağlantı olması aranacaktır. Orta düzeyde inceleme söz konusu olduğunda hükümetin müdahaleyi yaparken önemli (**substantial/ important/ significant**) bir amacı olmalı, kullanılan araç ile öne sürülen amaç arasında önemli (**substantial**) bir bağlantı olmalı ve araç amaca katkıda bulunmak için gerekenden daha kapsamlı olmamalıdır. Sıkı düzeyde incelemede ise hükümetin zorlayıcı (**compelling/ overriding**) bir amacı olmalı, kullanılan araç ile hükümetin amacı arasında doğrudan (**directly**) bir bağlantı olmalı ve amaca katkıda bulunacak en az kısıtlayıcı araç kullanılmalıdır.⁴⁵⁸

Mahkeme rasyonel temelli incelemeyi istisnai olarak kullanmaktadır. Politik ifade örneğinde olduğu gibi ticari olmayan ifadelere ise ancak açık ve mevcut bir tehlikenin varlığı halinde müdahale edilebileceğini, yapılan müdahalenin de sıkı düzeyde inceleneceğini kabul etmektedir. Ticari ifade özgürlüğüne ise açık ve mevcut bir tehlikenin varlığı aranmaksızın müdahale edilebileceğini ve yapılan müdahalenin de orta düzeyde bir incelemeye tabi tutulacağını öngörmektedir. Bunun dışında Mahkeme, ticari olmayan ifadelere uyguladığı bazı doktrinleri ticari ifade alanında hiç uygulamamakta veya farklı şekilde uygulamaktadır.

⁴⁵⁸ R. Randall Kelso “The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and ‘Reasonableness’ Balancing”, *Elon Law Review*, C. VIII, 2016, s. 404; Jeffery M. Shaman, “The Theory of Low-Value Speech”, *SMU Law Review*, C. XLVIII, S. 2, 1995, s. 329-330.

2.2.1. İfadelerin Yanlışı ve Yanıltıcılığı

Ticari ifadelerin ticari olmayan ifadelere göre ikincil düzeyde korunmasının nasıl farklılıklara sebep olduğunun önemli bir örneği, ifadenin yanlış veya yanıltıcı olması durumunda uygulanan standarttır. Ticari olmayan ifadelerin yanlışlığı ve yanıltıcılığı zaman zaman tolere edilerek Birinci Değişiklik kapsamında sıkı düzeyde korunurken, ticari ifadeler ancak doğru olması ve yanıltıcı olmaması şartıyla ve orta düzeyde korunacaktır.⁴⁵⁹

Mahkeme 20. yüzyılın ortalarında yanlış ifadeleri genel olarak Birinci değişikliğin kapsamından çıkarmıştır. Bu özellikle iftira (**defamatory speech**) gibi kişilerin itibarına zarar veren ifadeler için durum böyledir. Ancak daha sonra Mahkeme bu bakış açısını değiştirerek yanlış ifadenin, sadece yanlışlığı sebebiyle kategorik olarak Birinci Değişiklik kapsamından çıkarılmayacağına dair karmaşık bir anlayış geliştirmiştir.⁴⁶⁰ Mahkeme 1964 yılında verdiği *Sullivan* kararı ile ilk olarak kamu görevlileri hakkında iftira niteliği taşıyan ifadelerin yanlış olması durumunda dahi ifade özgürlüğü kapsamında korunabileceğine hükmetmiştir. Dava konusu olayda New York Times gazetesinde yayımlanan bir duyuru siyahilerin bazı haklardan mahrum bırakılmasına karşı çıkan bir öğrenci hareketinin düzenlediği gösterilerde polisin kötü muamelesini protesto eden bir içeriğe sahiptir. Burada özellikle polisin protesto esnasında şiddet içeren müdahaleleri hakkında gerçeğe uygun olmadığından şüphe edilen bazı örnekler verilmiştir. Duyuruda ismi açıkça yazılı olmasa da o esnada polis müdürü olan Sullivan, söz konusu duyurunun kendisi hakkında yanlış beyanlar içerdiğini, iftira ve hakaret oluşturduğunu iddia etmektedir. Hakaret teşkil eden bir duyuruyu yayınladığı gerekçesiyle gazeteye yüklü miktarda para cezası verilmiş ve somut olay Mahkeme önüne taşınmıştır.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Lin, **Corporate Image Advertising**, s. 460; Ronald D. Rotunda, “Lawyer Advertising and the Philosophical Origins of the Commercial Speech Doctrine”, **University of Richmond Law Review**, C. XXXVI, S. 1, 2002, s. 103.

⁴⁶⁰ Martin H. Redish, **Commercial Speech As Free Expression: The Case For First Amendment Protection**, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 42; Neslihan Özeler Sezici, “Amerikan Yüksek Mahkemesi Perspektifinde Yanlış İfadelerin Anayasal Koruması”, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi**, C. V, S. 8, 2022, s. 103.

⁴⁶¹ New York Times v. Sullivan, 376 US 254 (1964); Kalven, **The New York Times Case**, s. 194.

Mahkeme burada özellikle kamusal meseleler hakkında yürütülen tartışmaların sınırsız, çetin ve geniş kapsamlı olması gerektiği ilkesine bağlılıkla hareket edildiğinde, ifadelerin zaman zaman hükümete ve kamu görevlilerine yönelik şiddetli, onur kırıcı ve hoş olmayan keskin saldırılar içerebileceğini belirtmiştir.⁴⁶² Ancak özgür bir tartışmada yanlış ifadelerin de kullanılmasının kaçınılmaz olduğunu ve ifade özgürlüğünün ihtiyaç duyduğu “*nefes alanına*” sahip olması için bu yanlışların da korunması gerektiğini kabul etmiştir.⁴⁶³ Mahkeme’nin buradaki gerekçesi özellikle caydırıcı etki üzerine şekillenmiştir. Mahkeme’ye göre iddialarının doğruluğunu garanti etmeye zorlayan bir kural ile ispat külfetinin ifade sahibine yüklenmesi, yalnızca yalan söylemenin caydırılacağı anlamına gelmeyecektir. Aksine bazen kişiler doğru olduğuna inandıkları ifadeleri de böyle bir ispat külfeti altında kalmaktan korkarak ortaya koymaktan kaçınabilecek ve bu bir “oto-sansüre” yol açacaktır. Böylece ifadelerin ortaya konmasındaki canlılık sınırlanarak kamusal tartışmalara sunulan katkıların çeşitliliği azalacaktır. Bu sebeple bir kamu görevlisi hakkında göreviyle ilgili iftira niteliğinde yanlış bir ifadenin varlığı durumunda, sadece ifadenin yanlış olduğu kanıtlanmakla kalmamalı, aynı zamanda ifadeyi kullananın ifadenin yanlış olduğunu bildiği veya gerçek yahut yanlış olduğunu göz ardı ederek hareket ettiği de kanıtlanmalıdır.⁴⁶⁴ Bunun anlamı ifadenin yalnızca yanlış olması sebebiyle kapsam dışına çıkarılmayarak bir noktaya kadar ifade özgürlüğü korumasından yararlanacağıdır.

Mahkeme *Sullivan* kararı ile kamu görevlileri hakkında yanlış ifadelere yönelik bir anlayış geliştirse de kısa zaman içerisinde doktrinin uygulama alanını kamusal figürlere de genişletmiştir. Yani iftira edilen kişi kamu görevlisi olmasa dahi kamusal bir figür ise *Sullivan* kararında ortaya konan standartlar geçerlidir.⁴⁶⁵ Mahkeme *Gertz* kararı ile *Sullivan* standardının özel kişilerle ilgili ifadelere uygulanıp

⁴⁶² New York Times v. Sullivan, 376 US 254, 270 (1964).

⁴⁶³ New York Times v. Sullivan, 376 US 254, 271-272 (1964).

⁴⁶⁴ New York Times v. Sullivan, 376 US 254, 279-280 (1964); Brannigan, Ensor, **Product Critiques and the First Amendment**, s. 577; Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 161-162.

⁴⁶⁵ Bkz. Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 US 130 (1967); Redish, **Commercial Speech As Free Expression**, s. 44; Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 163.

uygulanmayacağını da incelemiş ve kamusal figür kavramının kapsamını genişletici bir yorum yapmıştır. Somut olay oğlu polis tarafından öldürülen bir ailenin avukatlığını yapan Gertz hakkında bu işi kabul etmesi sebebiyle komünizm destekçisi olduğuna dair bir haber yayınlamasına ilişkindir.⁴⁶⁶ Bu karar ile özel bir kişi hakkında yayınlanan ve iftira niteliğinde olabilecek ifadeler söz konusu olduğunda *Sullivan* standardının uygulanmayacağı ifade edilse dahi daha önemli olan kamusal figür kavramının genişletilmiş olmasıdır. Buna göre *Sullivan* standardının uygulanabilmesi için kişinin kamusal bir figür olması gereklidir fakat sürekli olarak kamuoyunun gündeminde olması gerekli değildir. Tekil bir olayla kamuoyunun ilgisini çeken kişiler de kamusal figür olarak kabul edilecek⁴⁶⁷ ve özel bir kişi hakkında kamuoyunu ilgilendiren tartışmalarda kullanılan ifadelere de *Sullivan* standardı uygulanacaktır.⁴⁶⁸

Mahkeme'nin yanlış ve yanıltıcı ticari ifadelerle karşı bakış açısı ise tersi niteliktedir. Ticari bir ifade doğru olmaması veya yanıltıcı olması durumunda ifade özgürlüğü kapsamında korunmayacaktır.⁴⁶⁹ Bunun sebebi ticari ifadenin sağladığı kamusal ve kişisel yararın ifadenin içerdiği bilginin doğruluğuna duyulan güvenden

⁴⁶⁶ Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 US 323 (1974).

⁴⁶⁷ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 163; Örneğin *Bose* davasında olay hoparlör üreticisi olan Bose Şirketi, ürünleri hakkında olumsuz bir inceleme yayınladığı için Tüketici Birliği'ne karşı açtığı ürün aşağılama davası (**product disparagement action**) sonucunda Mahkeme önüne taşınmıştır. Burada Mahkeme, Bose'un kamusal figür (**public figure**) olduğunu kabul etmiş ve *Sullivan* kararında ortaya koyduğu standardı uygulamıştır. Bose Corp. v. Consumers Union, 466 US 485 (1984); Karar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Brannigan, Ensor, **Product Critiques and the First Amendment**, s. 571-619.

⁴⁶⁸ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 163; Hatta Mahkeme'nin kimi zaman kişi bilinçli olarak yalan söylemiş olsa dahi yanlış ifadeleri koruduğu gözlemlenebilir. Örneğin *Alvarez* kararında açıkça böyle bir durum söz konusudur. Alvarez, Kaliforniya eyaletinde katıldığı halka açık bir toplantıda, Kongre tarafından verilen bir onur madalyası alan emekli deniz piyadesi olduğuna dair yalan söylemiştir. Alvarez'in madalya hakkında söylediği yalan bir yasa ile suç olarak düzenlenmiş ve Alvarez bu düzenleme uyarınca cezalandırılmıştır. Somut olayı değerlendiren Mahkeme, hükümetin daha az kısıtlayıcı bir müdahale olarak örneğin internette madalya sahiplerinin bulunduğu bir veri tabanı oluşturabileceğini ve böylece bu konuda yalan beyanlarda bulunma ihtimalinin azaltılacağını söyleyerek ifade özgürlüğünü ihlal eden bir düzenleme yapıldığına karar vermiştir. Bu noktada hükümet neden daha az kısıtlayıcı bir araç kullanmadığını kanıtlayamamıştır. Bkz. United States v. Alvarez, 567 US 709 (2012); Karar hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Sezici, **Yanlış İfadelerin Anayasal Koruması**, s. 105-113; Cass R. Sunstein, "Falsehoods and The First Amendment", **Harvard Journal of Law and Technology**, C. XXXIII, S. 2, 2020, s. 388-426; Redish, **Commercial Speech As Free Expression**, s. 45.

⁴⁶⁹ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 383 (1977); Redish, **Commercial Speech As Free Expression**, s. 47; G. Edward White, "Falsity and the First Amendment", **SMU Law Review**, C. LXXII, S. 3, 2019, s. 516.

kaynaklanmasıdır.⁴⁷⁰ Birinci Değişiklik hükümetin ticari bilgi akışının doğru ve özgür bir şekilde olmasını sağlamak üzere müdahalelerde bulunmasını yasaklamamaktadır.⁴⁷¹ Bu gerekliliğin sağlanması için ticari ifadeler söz konusu olduğunda farklı bir koruma derecesinin uygulanması gerekir.

Mahkeme bu düşüncesinin sebebini ticari ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında korunduğunu ilk kez ifade ettiği *Virginia* kararında açıklamış, ticari ve ticari olmayan ifadeler arasındaki “sağduyu farklılığını” gerekçe göstermiştir.⁴⁷² Mahkeme’ye göre ticari ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında korunan diğer ifadelere göre daha objektiftir. Yani ifadeyi ortaya koyan kişi tarafından ticari olmayan ifadelere göre daha kolay bir şekilde doğrulanabilir. Bunun sebebi ifadeyi ortaya koyan kişinin, hakkında bilgi yaydığı ürün veya hizmetle ilgili herkesten daha fazla şey bilmesidir. İkinci olarak ise ticari ifadeler daha dayanıklıdır. Yani ticari olmayan ifadelerle karşılaştırıldığında, kâr amacı gütmesi sebebiyle hükümet müdahalelerinin caydırıcı etkisine daha az yatkındır. Bu farklılık ticari ifadenin değersiz olduğu veya yayılmasının tamamen yasaklanabileceği anlamına gelmese de ticari bilgi akışının “doğruluğunun” sağlanabilmesi için daha farklı bir koruma düzeyinin uygulanmasını gerekli kılar.⁴⁷³

İfadelerin yasadışı bir faaliyete ilişkin olduğu durumlarda da benzer bir ayırım yapılmaktadır. Ticari olmayan ifadeler yasadışı bir faaliyetin savunuculuğunu yapacak

⁴⁷⁰ *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 US 490, 505 dp. 12 (1981).

⁴⁷¹ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748, 771 (1976); *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 383 (1977).

⁴⁷² *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748, 771 dp. 24 (1976); Mahkeme bu yaklaşımını daha sonraki kararlarında da sürdürmüştür. Bkz. *Friedman et al. v. Rogers et al.*, 440 US 1, 10 (1979); *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 381 (1977); *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 455-456 (1978).

⁴⁷³ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748, 771 dp. 24 (1976); *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York*, 447 US 557, 564 dp. 6 (1980); Ticari ifade ile diğer ifadeler arasında doğru ve yanlışlık bakımından yaratılan bu ikilik kimi yazarlarca makul bulunmamıştır. Örneğin iki yiyecekten birinin diğerinden tat olarak daha iyi olduğunu iddia eden bir reklam ile iki siyasi partiden birinin daha iyi yöneteceğini iddia eden bir reklam arasında objektiflik bakımından Mahkeme’nin iddia ettiği gibi bir ayırım yapmanın zor olduğu ve sırf bu sebeple farklı muamele etmenin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Kozinski, Banner, **Who’s Afraid of Commercial Speech?**, s. 635-636; Steven Shiffrin, “First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment”, **Northwestern University Law Review**, C. LXXVIII, S. 5, 1983-1984, s. 1218.

şekilde kullanılsa dahi bu savunuculuğun ancak kanunsuz bir eylemi ortaya çıkarma ihtimali açık ve mevcut tehlike düzeyindeyse ifade özgürlüğüne müdahale edilebilecektir. Ancak ticari ifade alanında, yasadışı bir faaliyete ilişkin ticari ifadeler ticari ifade özgürlüğü kapsamında korunmayacaktır.⁴⁷⁴

2.2.2. Tehlikenin Derecesi

Ticari ve ticari olmayan ifadelere uygulanan koruma standardı açısından bir diğer farklılık da ifade özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için aranan tehlike düzeyine ilişkindir. Ticari olmayan ifadelere ancak “açık ve mevcut bir tehlikenin” varlığı halinde müdahale edilebilecekken, ticari ifadeler söz konusu olduğunda “soyut zarar tehlikesinin” varlığı yeterlidir.

Mahkeme’nin ticari olmayan ifadeler alanında kullandığı açık ve mevcut tehlike kriteri 1919 tarihli *Schenck* kararı ile Yargıç Holmes tarafından ortaya konmuş⁴⁷⁵ ve ifade özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için “*kelimelerin Kongre’nin önleme yetkisine sahip olduğu kötülöklere yol açabilmek bakımından ‘açık ve mevcut bir tehlike’ yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığının*” dikkate alınacağı belirtilmiştir.⁴⁷⁶ Mahkeme’nin görüşü zaman zaman değişse de 1969 tarihli *Brandenburg*⁴⁷⁷ kararı ile bugün halen uygulamakta olan “açık ve mevcut tehlike” ölçütü oluşturulmuştur. Bu ölçüte göre soyut düzlemde şiddet kullanımını savunan ifadelerin kullanılması ifade özgürlüğüne müdahale etmek için yeterli değildir. Müdahale ancak kişileri hukuka aykırı bir fiile hazırlama ve kışkırtmaya yönelmiş ve bu amaçları gerçekleştirmesi muhtemel olan ifadelerin varlığı halinde yapılabilecektir.⁴⁷⁸ Burada önüne geçilmeye çalışılan zarar soyut hale geldikçe,

⁴⁷⁴ Ledewitz, **Corporate Advertising’s Democracy**, s. 396; Kathleen M. Sullivan, “The Intersection of Free Speech and the Legal Profession: Constraints on Lawyers’ First Amendment Rights”, **Fordham Law Review**, C. LXVII, 1998, s. 575.

⁴⁷⁵ Özsoy, **Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar**, s. 35.

⁴⁷⁶ *Schenck v. US*, 249 US 47, 52 (1919).

⁴⁷⁷ *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969).

⁴⁷⁸ *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444, 447-448 (1969); Açık ve mevcut tehlike ölçütü açısından ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 328 vd.

yapılacak müdahalenin meşru görülme ihtimali azalmaktadır.⁴⁷⁹ Bu sebeple ifadenin zarar yaratma olasılığı kesine yakın olmalıdır.

Ticari ifadeler söz konusu olduğunda ise böyle bir kesinlik aranmamakta, çok daha soyut bir zarar tehlikesi müdahalenin anayasal olması için yeterli görülmektedir. Örneğin Mahkeme Ohralik kararı ile, bir avukatın potansiyel bir müvekkil adayından şahsen iş talebinde bulunarak kendisiyle hukuki işlerini yürütmesini talep etmesini yasaklayan düzenlemenin anayasallığını incelemiştir. Söz konusu kural ile avukatın maddi çıkar sağlamak amacıyla böyle bir talepte bulunması, müvekkil için önemli bir “zarar potansiyeli” taşıması sebebiyle Baro tarafından uzun yıllardır yasaklanmıştır.⁴⁸⁰

Mahkeme’ye göre burada hükümetin önleyici düzenlemeler yoluyla müvekkilleri zararlardan korumak konusundaki çıkarlarının önemi karşısında zarar veya zarara ilişkin açık kanıt veya bulguların bulunmaması önemsizdir.⁴⁸¹ Bir avukatın şahsen iş talebinde bulunduğu tespit edildiğinde müvekkil adayının “gerçek ve kanıtlanmış bir zarara” uğraması aranmayacaktır.⁴⁸² Bu gibi durumlarda potansiyel zarar algısının sağlam temellere dayanması yeterlidir. Avukatların kişileri ikna etmeye dayalı bir eğitim almaları ve genellikle karşılarında hukuki konularda bilgi sahibi olmayan ve zarar görmüş bir kişi bulunması şahsen iş talebinde bulun- manın zarar potansiyelini artırmaktadır. Bu durumdaki kişinin içinde bulunduğu kötü durum, onu avukatın ifadelerinden etkilenmeye karşı daha savunmasız kılar ve ifadeleri daha da müdahaleci hale getirir. Bu sebeple avukatın talebi, başka bir zarar ortaya çıkmaya bile, sadece rahatsız edici olması ve bireyin özel hayatını ihlal etmesi nedeniyle talep yöneltlen kişiye zarar verebilir.⁴⁸³ Şahsen iş talebinin herkese açık bir şekilde ortaya konmaması ve denetlenmesinin zor olması sebebiyle de ifade özgürlüğüne müdahale

⁴⁷⁹ Özsoy, **Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar**, s. 38.

⁴⁸⁰ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 455 (1978).

⁴⁸¹ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 468 (1978).

⁴⁸² Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 464 (1978).

⁴⁸³ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 464-465 (1978).

edilebilmesi için gerçek zararın kanıtlanması beklenmeyecek ve zarar potansiyelinin varlığı yeterli görülecektir.⁴⁸⁴

Görüldüğü üzere Mahkeme ticari olmayan ifadelere müdahale edilebilmesi için açık ve mevcut bir tehlikenin varlığını ararken, ticari olmayan ifadeler söz konusu olduğunda daha soyut ve potansiyel bir tehlikenin varlığını yeterli görmektedir. Ayrıca yine *Ohralik* kararında görüldüğü üzere Mahkeme ticari ifadeler henüz ortaya konmadan önce, önleyici bir tedbir olarak ifadenin ortaya konmasının yasaklanmasında bir sorun görmemektedir. Bunun anlamı ticari olmayan ifade alanında anayasaya aykırılığı yönünde aşılması zor bir karine bulunan sansürün (**prior restraints**)⁴⁸⁵, ticari ifadelere uygulandığında böyle ağır bir ispat yükü gerekmeksizin anayasaya uygun bulunmasıdır. Mahkeme'nin ticari ifadenin ikincil olmasına bağladığı sonuçlardan biri de budur.⁴⁸⁶

2.2.3. Geniş Kapsam Doktrini

Geniş kapsam (**overbreadth**) doktrini, anayasal hakların kişisel olduğu ve dolaylı olarak ileri sürülemeyeceği kuralının bir istisnasıdır.⁴⁸⁷ Mahkeme'nin kararlarında genel kural davranışı anayasal koruma görmeyen kişiye uygulanan bir düzenlemenin, davranışı anayasal olarak koruma görebilecek diğer kişilere anayasaya aykırı şekilde uygulanma ihtimalinin yarattığı caydırıcı etki sebebiyle anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyecek olmasıdır. Fakat bu genel kuralın aksine Birinci Değişiklik kapsamında korunan bir davranışı yaptırıma bağlayan ve gelecekte somut olayın tarafı dışında, davranışları Birinci Değişiklik tarafından korunan başka kişilere de uygulanabilecek kadar geniş kapsamlı olan bir düzenlemenin geçersiz kılınması

⁴⁸⁴ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 466 (1978); Sullivan, **Lawyers' First Amendment Rights**, s. 572.

⁴⁸⁵ *Carroll v. Princess Anne*, 393 US 175, 181 (1968); *New York Times Co. v. United States*, 403 US 713 (1971).

⁴⁸⁶ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748, 771 dp. 24 (1976); Thomas M. Schneider, "Prior Restraints and Restrictions on Advertising After Virginia Pharmacy Board: The Commercial Speech Doctrine Reformulated", **Missouri Law Review**, C. XLIII, S. 1, 1978, s. 65-66.

⁴⁸⁷ Daniel A. Farber, "Commercial Speech and First Amendment Theory", **Northwestern University Law Review**, C. LXXIV, S. 3, 1979-1980, s. 373, dp. 6.

mümkündür.⁴⁸⁸ Burada üzerinde durulan somut olayın tarafı olan kişinin davranışının korunup korunmadığı değil, düzenlemenin geniş kapsamının yarattığı belirsizlik sebebiyle gelecekte nasıl uygulanacağını önceden bilememe ve yaptırım tehdidinin oluşturduğu caydırıcı etkinin ifade özgürlüğüne vereceği zarardır.

Mahkeme'ye göre geniş kapsam doktrini son çare olarak kullanılan bir yoldur ve istisnaidir. Ancak ticari ifadeler söz konusu olduğunda geniş kapsam doktrini uygulanmamaktadır.⁴⁸⁹ Mahkeme bunun gerekçesi olarak yine ticari ve ticari olmayan ifade arasındaki “sağduyu farklılığına” işaret etmektedir. Ticari ifadeler ticari çıkarlarla ilgili olduğundan caydırıcı etkiye maruz kalmaları daha az olasıdır.⁴⁹⁰

2.2.4. İçeriğe Dayalı ve İçerikten Bağımsız Müdahaleler

Mahkeme'nin Birinci Değişiklik doktrininin temelini oluşturan ayrımlarından biri ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ifadenin içeriğine dayalı veya içeriğinden bağımsız olmasıdır. İçeriğe dayalı müdahaleler (**content-based**), ifade ile anlatılmak istenen konu, verilmek istenen mesaj ve ifadenin içeriğine dayanır ki böyle müdahaleler taraflı bir şekilde uygulanma riski taşıyarak hükümetin ifadeler üzerinde yoğun bir denetime sahip olma ihtimalini artırır. Bunun aksine ifadenin içeriğinden bağımsız müdahaleler (**content-neutral**) ifadenin içeriğinin ne olduğuna bakılmaksızın ortaya konma zamanı, yeri ve yöntemi (**time, place, manner**) ile ilgilidir.⁴⁹¹

Ticari olmayan ifadeler söz konusu olduğunda ifadenin içeriğine yönelik müdahaleler sıkı düzeyde bir incelemeye tabi tutulurken, içerikten bağımsız olanlar

⁴⁸⁸ Gooding v. Wilson, 405 US 518, 521-522 (1972); Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 380 (1977); Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 318-320; Doktrin hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Note, “The First Amendment Overbreadth Doctrine”, **Harvard Law Review**, C. LXXXIII, S. 4, 1970, s. 844-927.

⁴⁸⁹ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 380-381 (1977); Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 462 dp. 20 (1978); Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 453 US 490, 504 dp. 11 (1981).

⁴⁹⁰ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 US 748, 771 dp. 24 (1976).

⁴⁹¹ Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku**, s. 135.

daha sınırlı ve orta düzeyde (**intermediate**) incelemeye tabi tutulmaktadır.⁴⁹² Bu durumda Mahkeme, içeriğe dayalı müdahalelerin en olağanüstü şartlar altında yapılabileceğini kabul etmekte⁴⁹³ ve bunun dışında anayasaya aykırı olduklarına karar vermektedir.⁴⁹⁴ İfadenin içeriğinden bağımsız zaman, yer ve yöntem müdahalelerinin anayasaya uygun kabul edilmesi için ise daha esnek ve dört basamaklı bir inceleme yapılır. Buna göre müdahale ifadenin içeriğinden bağımsız olmalı, önemli bir kamusal çıkara katkıda bulunmayı amaçlamalı, dar bir şekilde çizilmiş olmalı (**narrowly drawn**) ve ifadenin ortaya konması için yeterli alternatif yolları açık bırakmalıdır.⁴⁹⁵

Ticari ifadeler söz konusu olduğunda ise ifadenin içeriğine yönelik müdahaleler ile içerikten bağımsız müdahaleler arasında böyle bir ayrım yapılmadığı görülür. Ticari ifade alanında içeriğe dayalı müdahaleler daha az sorunlu görülmüş ve bu düzenlemelere bir dereceye kadar izin verilmiştir.⁴⁹⁶ Ticari ifadelerin tüketicileri aldatma ve kafa karışıklığı oluşturma potansiyeli daha fazla olduğunda içeriğe dayalı müdahalelere izin verilecektir.⁴⁹⁷ İçerikten bağımsız zaman, yer ve yöntem düzenlemeleri açısından ise bir ayrım yapılmamıştır ve ticari olmayan ifadelerde olduğu gibi bir değerlendirme yapılacaktır. Buna göre ticari ifadenin içeriğine atıfta bulunmadan gerekçelendirilmeleri, önemli bir hükümet çıkarına hizmet etmeleri ve bunu yaparken ifadenin yayılması için geniş alternatif kanalları açık bırakmaları koşuluyla zaman, yer ve yöntem müdahaleleri anayasaya uygun kabul edilmiştir.⁴⁹⁸

⁴⁹² Martin H. Redish, “The Content Distinction in First Amendment Analysis”, **Stanford Law Review**, C. XXXIV, S. 1, 1981, s. 113; Leslie Gielow Jacobs, “Clarifying the Content-Based/Content Neutral and Content/Viewpoint Determinations”, **McGeorge Law Review**, C. XXXIV, S. 3, 2003, s. 596.

⁴⁹³ Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 65 (1983).

⁴⁹⁴ Farber, **Commercial Speech**, s. 374.

⁴⁹⁵ Ward v. Rock Against Racism, 491 US 781, 782 (1989); Elisabeth Alden Langworthy, “Time Place or Manner Restrictions on Commercial Speech”, **George Washington Law Review**, C. LII, S. 1, 1983, s. 130.

⁴⁹⁶ Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 729.

⁴⁹⁷ Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 65 (1983); Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 564 dp. 6 (1980).

⁴⁹⁸ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council, 425 US 748, 770-773 (1976).

2.3. Güncel Yaklaşım: *Central Hudson Testi*

Mahkeme ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin anayasallığını değerlendirdiği kararlarında ortaya koyduğu kriterleri ancak 1980 yılına gelindiğinde bir test altında bir araya getirmiştir. “*Hudson testi*” olarak anılan bu test, kısmi değişikliklere uğramış ve sık sık eleştirilere maruz kalmış olsa da Mahkeme’nin kararlarında halen uygulanmaktadır.⁴⁹⁹ Bu sebeple burada öncelikle *Hudson testi*ni doğuran *Central Hudson* kararı genel olarak incelenerek daha sonra testin her bir basamağının Mahkeme’nin kararlarında nasıl ele alındığı açıklanmaya çalışılacaktır.

Central Hudson kararına konu olay 1973 yılında New York Kamu Hizmeti Komisyonu’nun (**New York Public Service Commission**) o yıllarda tüketici taleplerini karşılamaya yetecek yakıt stoğuna sahip olunmaması sebebiyle elektrik dağıtım şirketlerine, “elektrik tüketimini teşvik eden” tüm reklamların yayımını durdurmalarını emretmesi ile başlamıştır.⁵⁰⁰ Üç yıl sonra yakıt yetersizliği hafiflediğinde Komisyon yayınladığı yeni bildirisi ile reklamları, tanıtım amaçlı ve bilgilendirici reklamlar olmak üzere iki büyük başlık altında düzenlemiştir. İlki kamu hizmetlerinin satın alınmasını teşvik etmeyi amaçlayanlar ikincisi ise satın almayı teşvik etmeyi açıkça amaçlamayan tüm reklamları kapsamaktadır. Bilgilendirici reklamların yapılması serbestken tüm tanıtım amaçlı reklamlar ulusal enerji tasarrufu politikasına aykırı olduğundan yasaklanmıştır. Başvurucu Central Hudson Gaz & Elektrik Şirketi Birinci Değişiklik kapsamında korunan haklarını öne sürerek yasağa karşı çıkmıştır.⁵⁰¹

Nihayetinde Mahkeme ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiş olsa da daha önemlisi Mahkeme’nin ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin

⁴⁹⁹ Langvardt, **Commercial Speech**, s. 599; Nat Stern, “The Stubborn Survival of the Central Hudson Test for Commercial Speech”, **Seattle University Law Review**, C. XLV, 2021, s. 648.

⁵⁰⁰ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 558 (1980); Komisyon eyalette kamu hizmeti verecek kuruluşların lisanslanması ve denetlenmesinden sorumludur. Komisyon’un böyle bir karar vermesinin sebebi 1973 petrol krizi ve ambargosudur. Kathleen McKeon, “Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York, 100 S. Ct. 2343 (1980)”, **Environmental Law**, C. XI, S. 3, 1981, s. 769.

⁵⁰¹ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 559 (1980).

anayasallığının hangi kriterlere göre inceleneceğini bir dört basamaklı bir test altında bir araya getirmiş olmasıdır. Bu teste göre:

“İlk olarak ifadenin Birinci Değişiklik kapsamında korunup korunmadığını belirlememiz gerekir. Ticari ifadenin bu hüküm kapsamına girmesi için, en azından yasal bir faaliyetle ilgili olması ve yanıltıcı olmaması gerekir. Ardından, öne sürülen hükümet amacın önemli olup olmadığını soruyoruz. Her iki soruya da olumlu yanıt verilirse yapılan müdahalenin ileri sürülen hükümet amacına doğrudan katkıda bulunup bulunmadığını ve bu amaca katkıda bulunmak için gerekenden daha kapsamlı olup olmadığını belirlememiz gerekir.”⁵⁰²

Mahkeme *Hudson testi* ile ticari ifadelere yapılan müdahalelerin incelenmesinde, politik ve sanatsal gibi ticari olmayan ifade kategorilerinin korunmasında uygulanan sıkı düzeyde (**strict**) korumanın altında kalan⁵⁰³ ve “orta düzeyde” (**intermediate**) bir inceleme standardı oluşturmuştur.⁵⁰⁴ Ancak testin sağladığı koruma düzeyi veya somut olaylarda nasıl uygulanacağını öngörülemez olduğuna yönelik hem yargı kararlarında hem de yazarlar arasında tartışmalar mevcuttur.⁵⁰⁵ Öncelikle *Hudson* kararı oybirliğiyle alınmamıştır. Örneğin Yargıç Brennan katılan oyunda ifade ettiği üzere çoğunluğun oluşturduğu testin doğru olan ve yanıltıcı olmayan ifadeler için yeterli koruma sağlamadığını düşünmektedir.⁵⁰⁶ Yargıç Rehnquist ise tam aksine testin hükümetin ticari ifadelere müdahale gücünü azaltacağını düşündüğünden karşı oy yazmıştır.⁵⁰⁷

⁵⁰² Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 566 (1980); Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 729.

⁵⁰³ Redish, **Commercial Speech and The Values of Free Expression**, s. 3; Ledewitz, **Corporate Advertising's Democracy**, s. 394.

⁵⁰⁴ Post, **Compelled Commercial Speech**, s. 881; Langvardt, **Commercial Speech**, s. 598.

⁵⁰⁵ Lora E. Barnhart Driscoll, “Citizens United v. Central Hudson: A Rationale For Simplifying and Clarifying The First Amendment's Protections for Nonpolitical Advertisements”, **George Mason Law Review**, C. XIX, S. 1, 2011, s. 221.

⁵⁰⁶ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 573 (1980).

⁵⁰⁷ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, Yargıç Rehnquist'in karşı oyu 585 (1980); Yargıç burada Mahkeme çoğunluğunun aksine Hudson şirketinin tekel olarak faaliyet göstermesinin hükümetin müdahale yetkisini artırıcı bir etkisi olduğunu düşünmektedir. Devletin elektrik tedariki alanında tekel olma yetkisi vermesinin sebebi tüketicilerin

Yargıçlar arasındaki görüş ayrılığı sonraki kararlarda da sürmüştür. Yargıçlar eleştirilerinde ticari ifadelere uygulanan tüm müdahalelerin aynı teste tabi olmaması gerektiği noktasında birleşmektedir. Buna göre hükümet, tüketicileri yanıltıcı ifadelerden veya saldırgan satış uygulamalarından korumak için ticari ifadelere müdahale ettiğinde müdahalenin amacı, ticari ifadelere verilen orta düzeyde anayasal korumanın gerekçeleriyle tutarlı olsa da⁵⁰⁸, doğru olan ve yanıltıcı olmayan ticari ifadelere yapılan müdahalelerin daha sıkı düzeyde korunması gerekir. Örneğin Posadas kararında yazdığı karşı oyunda Yargıç Brennan, yasal faaliyetlerle ilgili yanıltıcı olmayan ticari ifadelere yapılan müdahalelerin, “sıkı yargı denetimine” tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Brennan’a göre böyle bir durumda ticari ifadelerin diğer ifade türlerinden daha az korunması için gerekçe yoktur.⁵⁰⁹ Özellikle hükümet adil bir satış sürecinin korunmasıyla ilgisi olmayan nedenlerle, örneğin paternalist amaçlarla ve tüketici seçimlerini manipüle etmek için gerçeğe uygun, yanıltıcı olmayan ticari ifadelerin yayılmasını tamamen yasaklarsa, Birinci Değişikliğin genel olarak talep ettiği sıkı incelemeden ayrılmak için çok daha az neden vardır.⁵¹⁰ Bunun yanında içeriğe dayalı (**content-based**) müdahaleler de daha sıkı düzeyde korunmalıdır.⁵¹¹

rekabetten korunmasıdır ve bu durumda şirket özel şirketten çok devlet kontrolünde faaliyet gösteren bir işletme gibidir. Bu sebeple somut olayda yapılan müdahaleler anayasaya uygundur. *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York*, 447 US 557, Yargıç Rehnquist’in karşı oyu 587-589 (1980).

⁵⁰⁸ 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 US 484, 501-504 (1996); Benzer yönde bir karşı oy için bkz. *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 US 410, Yargıç Blackmun’un katılan oyu 438 (1993).

⁵⁰⁹ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, Yargıç Blackmun ve Marshall’ın katıldığı Yargıç Brennan’ın karşı oyu 348-359 (1986); Mary B. Nutt, “Trends in First Amendment Protection of Commercial Speech”, **Vanderbilt Law Review**, C. XLI, 1988, s. 200-201.

⁵¹⁰ 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 US 484, 501-504 (1996); Benzer yönde bir karşı oy için bkz. *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 US 410, Yargıç Blackmun’un katılan oyu 438 (1993); Yargıç Thomas bu yöndeki görüşünü istikrarlı olarak dile getirmektedir. Bkz. 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 US 484, Yargıç Thomas’ın katılan oyu 518-528 (1996); *Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc. v. United States*, 527 US 173, Yargıç Thomas’ın katılan oyu 197 (1999); *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 US 525, Yargıç Thomas’ın katılan oyu 572 (2001).

⁵¹¹ Archibald Cox, “The Supreme Court, 1979 Term”, **Harvard Law Review**, C. XCIV, S. 1, 1980, s. 168.

Ayrıca *Hudson testinin* ticari ifadelerin neden daha az korunacağına dair soru işaretlerini giderecek bir gerekçelendirme içermemesi de görüş ayrılıklarını artırmıştır. Mahkeme'nin oluşturduğu kurallar silsilesinin net olmadığı, manipölasyonlara açık olduğu ve istikrarlı bir şekilde uygulanmasının zorluğuna sıkça işaret edilmiştir.⁵¹²

Tüm bu itiraz ve eleştiriler beraberinde *Hudson testinin* terk edilerek ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerinin anayasallığını değerlendirmek için daha basit, belirli ve sıkı bir testin oluşturulması taleplerini doğurmuştur.⁵¹³ Özellikle 44 *Liquormart*⁵¹⁴ kararı yargıçlar arasındaki görüş ayrılıklarını göstermesi bakımından oldukça önemlidir. Karar ile satış yerleri dışında alkollü içeceklerin fiyatına atıfta bulunarak reklamlar yapmayı kategorik olarak yasaklayan bir düzenlemenin Birinci Değişikliği ihlal ettiğine oybirliğiyle karar verilmiştir. Ancak her bir yargıcın bu sonuca ulaşırken ticari ifadelere yapılan müdahalelerin nasıl analiz edileceğine ilişkin görüşleri birbirinden farklıdır.⁵¹⁵ Karar ticari ifade doktrininin ortaya konmasından ziyade yargıçların birbirinden farklı görüşlerinin bir araya toplandığı bir küme gibi gözükmektedir.⁵¹⁶

⁵¹² Daniel E. Troy, "Advertising Not 'Low Value' Speech", *Yale Journal on Regulation*, C. XVI, 1999, s. 123; Deborah J. La Fetra, "Kick It up a Notch: First Amendment Protection for Commercial Speech", *Case Western Reserve Law Review*, C. LIV, S. 4, 2004, s. 1216; Bu eleştirinin temel sebebi yerel mahkemelerin kararlarında *Hudson testinin* uygulanmasında farklılıklar bulunmasıdır. Örneğin yerel mahkemeler genellikle ticari bir ifadenin zaman, yer ve yöntemine dair müdahaleleri değerlendirirken *Hudson testi*ni uygulamış ve müdahalenin anayasal olduğuna karar vermiştir. İfadenin içeriğine dayalı müdahalelerin ise bazen *Hudson testi* uygulanarak bazen de test tamamen göz ardı edilerek anayasaya aykırı bulunduğu gözlemlenmiştir. Weinberg, *Constitutional Protection of Commercial Speech*, s. 730; Bu uygulamanın aksine *Hudson testi* ticari ifadelere yapılan her türlü müdahalenin incelenmesi için oluşturulduğundan, uygulanmasında içeriğe dayalı olan veya zaman, yer ve yöntem müdahaleleri açısından bir ayrım yapılmamalıdır.

⁵¹³ Valarie D. Wood, "The Precarious Position of Commercial Speech. *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 115 S. Ct. 1585 (1995)", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, C. XIX, 1996, s. 613; Recent Cases, "First Amendment—Commercial Speech—Fourth Circuit Holds That a Regulation Largely Prohibiting Alcohol Advertisements in College Newspapers is Constitutional—Educational Media Co. at Virginia Tech v. Swecker, 602 F.3d 583 (4th Cir. 2010)", *Harvard Law Review*, C. CXXIV, 2011, s. 850.

⁵¹⁴ 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 US 484 (1996).

⁵¹⁵ Fred S. McChesney, "De-Bates and Re-Bates: The Supreme Court's Latest Commercial Speech Cases", *Supreme Court Economic Review*, C. V, 1997, s. 135.

⁵¹⁶ McChesney, *Supreme Court's Latest Commercial Speech Cases*, s. 139; Andrew S. Gollin, "Improving the Odds of the Central Hudson Balancing Test: Restricting Commercial Speech as a Last Resort", *Marquette Law Review*, C. LXXXI, S. 3, 1998, s. 875.

Örneğin Yargıç Scalia'ya göre Mahkeme'nin mevcut içtihatlarına bağlı kalınarak müdahalenin anayasaya aykırı bulunması yeterlidir ve bu konuda yeni bir bakış açısı geliştirmeye gerek yoktur.⁵¹⁷ Yargıç O'Connor, Rehnquist, Souter ve Breyer da ticari ifadeler için yeni bir inceleme testi oluşturmanın gereksiz olduğunu ifade etmişlerdir. Ancak yargıçlara göre *Hudson testi* daha sıkı bir şekilde uygulanarak sorun çözülmelidir.⁵¹⁸ Yargıç Thomas ise yasal bir ürün veya hizmetin kullanıcılarının ekonomik seçimlerini manipüle etmek amacıyla yapılan bu müdahalenin anayasaya uygunluğunun *Hudson testine* göre incelenmemesi gerektiğini ve böyle paternalist bir amacın kendi başına gayrimeşru olması sebebiyle müdahalenin anayasaya aykırı bulunması gerektiğini belirtmiştir.⁵¹⁹

Ancak bu itirazlara rağmen *Hudson testi* kullanılmaya devam etmiş, Mahkeme alternatif bir yaklaşım sergilememiştir.⁵²⁰ Görüldüğü üzere Hudson testinin varlığı da ticari ifadeler söz konusu olduğunda kişinin ifade özgürlüğü ile hükümetin düzenleme yapma gücü arasındaki gerilimi çözmeye yetmemiş ve ticari ifadeler ifade özgürlüğü içerisinde tartışmalı niteliğini sürdürmüştür.⁵²¹

2.3.1. Birinci Basamak: İfadenin Yasal Bir Faaliyetle İlgili Olması ve Yanıltıcı Olmaması

Mahkeme'nin oluşturduğu testin ilk basamağına göre ticari ifadenin yasal bir faaliyetle ilgili olması ve yanıltıcı olmaması gerekir.⁵²² İfade yanıltıcı (**misleading**) veya yasa dışı faaliyetlerle (**related to unlawful activity**) ilgili değilse, hükümetin

⁵¹⁷ 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484, 517-518 (1996).

⁵¹⁸ 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484, 528-534 (1996).

⁵¹⁹ 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484, 518-528 (1996).

⁵²⁰ Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc. v. United States, 527 US 173, 184 (1999); Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 US 525, 554 (2001); Thompson v. Western States Medical Center, 535 US 357, 367-368 (2002); Sorrell v. IMS Health Inc., 564 US 552, 572 (2011); Sukhatme, **A New Model for Commercial Speech**, s. 2853, dp. 87; Driscoll, **Nonpolitical Advertisements**, s. 213; Rodney A. Smolla, "The Puffery of Lawyers", **University of Richmond Law Review**, C. XXXVI, S. 1, 2002, s. 11.

⁵²¹ Sukhatme, **A New Model for Commercial Speech**, s. 2845.

⁵²² Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 566 (1980).

müdahale gücü daha sınırlıdır.⁵²³ Ticari ifadenin kişileri yasal bir faaliyet hakkında doğru şekilde bilgilendirme işlevi sayesinde Birinci Değişiklik kapsamında korunması hükümete, aldatma olasılığı bulunan veya yasadışı faaliyetlerle ilgili olan ticari ifadeleri yasaklama yetkisi verir.⁵²⁴ Ticari bilginin serbest akışının yanı sıra doğru bir şekilde akışının sağlanması önem arz etmektedir.⁵²⁵

Bir ticari ifadenin yasal bir faaliyetle ilgili olup olmadığının belirlenmesi nispeten kolaydır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Mahkeme yalnızca *Pittsburgh* kararında yasa dışı ticari faaliyete ilişkin bir ticari işlem teklifinin yayılmasına yapılan müdahalenin anayasal olduğuna karar vermiştir.⁵²⁶ Fakat ifadenin yanıltıcı olup olmadığının belirlenmesi her zaman bu kadar kolay değildir. Mahkeme, müdahale ifadenin aldatıcı olabileceğinden bahisle yapılmadıysa, ayrıntılı bir tartışma yürütmeksizin ilk basamağın karşılandığını kabul etmektedir.⁵²⁷ Yanıltıcı olduğu gerekçesiyle ticari ifadeye yapılan müdahalenin anayasaya uygun bulunduğu nispeten az sayıda karar bulunmaktadır. Bu kararlara bakıldığında özellikle avukatlar, muhasebeciler gibi meslek gruplarının yaptığı reklamlara ve ticari unvanlara dair kararlarda yanıltıcılık değerlendirmesi yapıldığı görülmektedir. Bu sebeple söz konusu kararlar ayrıca incelenecektir.

2.3.1.1. Bazı Mesleklere Mensup Kişilerin Ticari İfadeleri

Mahkeme *Hudson testinin* birinci basamağı altında ifadelerin yanıltıcılığını incelerken ifadelerin soyut düzlemde ve doğası gereği (**inherently misleading**)

⁵²³ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 564 (1980).

⁵²⁴ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 561-562 (1980).

⁵²⁵ Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, 9-10 (1979).

⁵²⁶ Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations, 413 US 376, 389 (1973). Karar çalışmanın üçüncü bölümünün 1.2. başlığında incelendiğinden burada ayrıntılı olarak incelenmemiştir.

⁵²⁷ Bkz. Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 566-567 (1980); Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 453 US 490, 507 (1981); Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 69 (1983); State University of New York v. Fox, 492 US 469, 475 (1989); Cincinnati v. Discovery Network, Inc., 507 US 410, 416 (1993); United States v. Edge Broadcasting Company, 509 US 418, 426 (1993); Rubin v. Coors Brewing Company, 514 US 476, 483 (1995).

yanıltıcı olup olmadığını ve somut olayda yanıltıcı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını (**actually**) ayrı ayrı incelemektedir.⁵²⁸

Mahkeme bu kapsamda avukatların ticari ifadelerini ilk kez ele aldığı *Bates* kararında ifadelerin yanıltıcılığına ilişkin değerlendirmeler yapmıştır. *Bates* kararında iki avukat “hukuk kliniği” adını verdikleri ofislerinde çok uygun ücretlerle hukuki hizmetler verdiklerini ve bazı hizmetler için aldıkları ücretleri belirten ilanları günlük bir gazetede yayınlamıştır.⁵²⁹ Avukatların reklam yapamayacağına ilişkin kurala muhalefet ettikleri gerekçesiyle Baro tarafından kendilerine yaptırım uygulanmıştır.⁵³⁰ Burada Baro’nun avukatların reklam yapmasını tamamen yasaklamasının gerekçelerinden biri “avukatlar tarafından yapılan reklamların doğası gereği yanıltıcı olmasıdır”. Bunun anlamı avukatlar tarafından verilen hizmetlerin, içerik ve kalite açısından bir reklama dayalı olarak karşılaştırmaya elverişsiz ve bireysel olması ile hukuki hizmet alacak kişinin ihtiyaç duyduğu hizmetin kapsamını önceden tam olarak bilememesi nedeniyle yapılan reklamın müvekkilin hukuki ihtiyaçlarıyla ilgisiz başka faktörleri de içermesidir. Fakat Mahkeme bu argümanı ikna edici bulmamıştır. Avukatlar tarafından verilen hizmetlerin kendine özgü yanları olması sebebiyle her zaman sabit bir fiyat reklamı yapılabileceği konusunda şüpheleri olsa da Mahkeme, somut olaydaki gibi rutin ve birbirine benzeyen yöntemlerle yapılan işlerde verilen hizmetler arasında çok az farklılık bulunacağından, fiyat reklamı yapmanın uygun olduğunu düşünmektedir. Her hizmet kesin olarak birbiriyle aynı olmasa da avukat gerekli işi ilan ettiği fiyattan yaptığı sürece bu durum reklamda kullanılan ticari ifadeleri yanıltıcı yapmayacaktır.⁵³¹ Ayrıca hukuki hizmetlerin sabit ücretler belirlenemeyecek kadar kişiye özel olduğu iddiası ileri sürülse de Mahkeme bazı baroların asgari ücret tarifelerine sahip olmasını örnek göstererek bu iddiayı da reddetmiştir. Böylelikle hukuki hizmetlerin doğası gereği standartlaştırılamaması sebebiyle reklamının yanıltıcı olduğu iddiası güçsüz bulunmuştur. Bir reklam kişinin hangi avukatı seçeceği konusunda tek başına temel alınamayacak olsa da yine de

⁵²⁸ In re R.M.J., 455 US 191, 207 (1982).

⁵²⁹ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 353-354 (1977).

⁵³⁰ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 355-356 (1977).

⁵³¹ Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350, 372 (1977).

bilgiye dayanan bir karar verme konusunda tüketicilere yardımcı olacaktır.⁵³² Mahkeme daha sonra somut olayda yayınlanan reklamın yanıltıcı olduğuna ilişkin iddiayı değerlendirmiş ve reklamda kullanılan kavramların ve ücretin doğru şekilde yansıtılması sebebiyle yanıltıcı olmadığına karar vermiştir.⁵³³

Mahkeme *Bates* kararını verirken avukatların yaptığı reklamlara ilişkin her türlü müdahaleye uygulanabilecek bir karar vermediğini belirtmiş, özellikle yanıltıcı ve yanıltıcı olmayan ticari ifade arasındaki sınırın çizilmesine dair birçok sorunun devam ettiğini kabul etmiştir. Örneğin kaza mahalli veya hastane gibi ticari ifadelerin kişi üzerinde aşırı etki yaratabileceği durumlarda avukatların, potansiyel müvekkillerin talebi olmaksızın onlara ulaşması ve hukuki işlemlerini yürütmeyi teklif etmesi gibi durumlarda nasıl düzenlemeler yapılacağı sorusunu cevapsız bıraktığını açıkça ifade etmiştir.⁵³⁴ Buna rağmen *Bates* kararı, *Central Hudson* kararı ile birlikte, hükümetin yanlış veya yanıltıcı ticari ifadeleri yasaklama yetkisi bakımından avukatlar tarafından yapılan reklamlara yapılacak müdahalelerin değerlendirilmesinde temel olmuştur.⁵³⁵

Mahkeme daha sonra verdiği *Ohralik*⁵³⁶ kararında *Bates* kararında bahsettiği istisnalardan birini ele almış ve ifadenin ortaya konduğu bağlamın yanıltıcılığa nasıl

⁵³² *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 373 (1977).

⁵³³ Hükümet söz konusu ticari ifadelerin yanıltıcı şekilde kullanıldığını ve bu nedenle korunmaması gerektiğini üç sebeple ileri sürmektedir. Bunlar reklamda atıfta bulunulan “hukuk kliniği” kavramının belirsiz olması, “çok uygun” fiyatlarla hizmet verildiğinin iddia edilmesi, reklamın tüketicilere bir avukattan hizmet almaksızın da hukuki işlemlerini yapabileceği bilgisini vermemesidir. Mahkeme için bu iddialar ikna edici değildir. Klinik kavramından standartlaştırılmış ve çeşitli işlemlerin yürütüldüğü iş alanının anlaşılması kamuoyunda kabul görmektedir. İkinci iddiaya gelindiğinde avukatların reklamını yaptığı ücretlerin, piyasayla karşılaştırıldığında gerçekten alışılmışın dışında ve çok uygun olduğu görülmüştür. Son argümana gelindiğinde ise hukuki işlemlerin kişilerin kendisi tarafından yerine getirilebildiği gerçeği karşısında bunun belirtilmemesinin reklamın yanıltıcı olup olmadığının belirlenmesinde net bir kriter olmadığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak reklamın bu üç gerekçeyle yanıltıcı olduğunun kanıtlanamadığına karar verilmiştir. *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 381-382 (1977).

⁵³⁴ *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 US 350, 366 (1977); Vernon R. Pearson, Michael O’Neill, “The First Amendment, Commercial Speech, and the Advertising Lawyer”, **University of Puget Sound Law Review**, C. IX, S. 2, 1986, s. 314; *Bates* kararı hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Tiffany S. Meyer, Robert E. Smith, “Attorney Advertising: Bates and a Beginning”, **Arizona Law Review**, C. XX, S. 2, 1978, s. 427-484.

⁵³⁵ William E. Hornsby Jr., “Ad Rules Infinitum: The Need for Alternatives to State-Based Ethics Governing Legal Services Marketing”, **University of Richmond Law Review**, C. XXXVI, 2002, s. 64.

⁵³⁶ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447 (1978).

etkide bulunabileceğine dair değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme bu karar ile baroların önleme yetkisine sahip olduğu tehlikeler oluşturması muhtemel olan durumlarda, bir avukata maddi kazanç sağlamak amacıyla şahsen iş talebinde bulunması sebebiyle disiplin cezası verilmesinin anayasallığına karar vermiştir.⁵³⁷ Böylece *Hudson testi* kullanılarak tüketicileri yanıltma riski barındıran ticari ifadelerin önleyici kurallar yoluyla ortaya konmasının yasaklanması mümkündür.⁵³⁸

Karara konu somut olayda başvuru Avukat Albert Ohralik, 18 yaşlarında iki genç kadının trafik kazasında yaralandığını tesadüfen öğrenmiş, bunun üzerine kadınlardan birinin ailesini arayarak kızlarını hastanede ziyaret etmeyi teklif etmiş, ziyareti esnasında kendilerini temsil etmek üzere bir sözleşme imzalatmak istemiş fakat bu teklifi kabul edilmemiştir. Bunun üzerine hastaneden yeni taburcu olan diğer genç kadını evinde ziyaret etmiş ve ona da kendisini temsil etmeyi teklif etmiş, hatta bu diyalog esnasında kadının temsile onay verdiğine dair kanıta sahip olmak için gizli bir ses kayıt cihazı kullanmıştır. Ayrıca bu teklifi yaparken ücretini tazminattan alacağını söyleyerek kulağa ücretsiz hizmet verecektiği gibi gelen bir dil kullanmıştır. Bu ziyaretten bir gün sonra kadının ailesi bu temsil ilişkisinin kurulmasına itiraz etmiş olsa da Ohralik kadının avukatıymış gibi hareket etmeye devam etmiş, hatta bu ilişkiyi kullanarak diğer kadını da temsile dair bir sözleşme yapmaya ikna etmeye çalışmıştır.⁵³⁹

Her iki kadının da Ohralik'i baroya şikayet etmesi üzerine disiplin kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle avukat hakkında kınama cezasına hükmedilmiştir.⁵⁴⁰ Ohralik, Mahkeme önüne taşıdığı davasında *Bates* kararına dayanarak ifade özgürlüğünün ihlal

⁵³⁷ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 449 (1978).

⁵³⁸ Halberstam, *Commercial Speech*, s. 783-784.

⁵³⁹ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 449-452 (1978).

⁵⁴⁰ Burada kınama cezasının dayandığı hüküm şu şekildedir: "Bir avukatın kendisi veya ortağı veya ilişkili olduğu avukat olmayan bir kimse, bir avukatın istihdam edilmesiyle ilgili tavsiyesini almayı talep etmemiş kişilere bir avukat istihdamı önermeyecektir." Ayrıca meslekten olmayan bir kişiye, hukuki danışmanlık alması veya yasal işlem başlatması konusunda talep etmediği halde tavsiye veren (**unsolicited advice**) bir avukat bazı istisnalar dışında bu tavsiyeden kaynaklanan istihdamı kabul etmeyecektir. Burada istisna olarak bir avukatın ancak yakın bir arkadaşı, akrabası, eski müvekkili (tavsiye eski istihdamla ilgiliyse) veya makul olarak müvekkil olduğuna inandığı bir kişinin istihdamını kabul edebileceği düzenlenmiştir. Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 453 dp. 9 (1978).

edildiğini öne sürse de iddiası yerinde görülmemiştir.⁵⁴¹ Mahkeme *Bates* kararında kurulan dengenin somut olayda uygulanabilir olmadığını, iki olayda avukatların ifadelerinin Birinci Değişiklik kapsamındaki yerinin ve eyaletin söz konusu müdahaleyi yaparken ortaya koyduğu amaçların birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bir avukatın potansiyel bir müvekkil adayıyla şahsen iletişim kurarak kendisiyle hukuki işlerini yürütmesine dair talepte bulunması mesleğin avukat-müvekkil ilişkisi idealiyle tutarsız ve müvekkil için önemli derecede zarar potansiyeli içeren bir durum olarak görülmesi sebebiyle uzun yıllardır yasaklanmıştır.⁵⁴²

Mahkeme kullanılan ticari ifadenin ilettiği bilgiye ilişkin bir değerlendirme de yapmıştır. Buna göre davada uygulanan hükmün iki tür bilginin iletilmesini sınırladığı söylenebilir. İlk olarak avukatın ticari ifadeleri hukuki hizmetlerinin mevcudiyeti ve şartları açısından bazı bilgiler içerir. Bu açıdan bakıldığında, şahsen iş talebi *Bates*'teki ifadelerle hemen hemen aynı işlevi görür. Fakat aralarında önemli farklılıklar vardır. Yalnızca bilgi sağlayan ve alıcıyı buna göre hareket edip etmeme konusunda özgür bırakan herkese açık bir reklamdaki farklı olarak şahsen iş talebinde bulunma, karşı tarafa baskı uygulayabilir ve genellikle düşünme fırsatı vermeden anında yanıt verilmesini gerektirir. Şahsen iş talebinin amacı ve etkisi, tek taraflı bir sunum yapmak ile hızlı ve bilgisiz karar vermeyi teşvik etmek olabilir. Hal böyle olunca Baro veya başka makamların duruma müdahale etme imkânı da azalır.⁵⁴³ Böylelikle şahsen iş talebinde bulunma, *Bates* kararında ortaya konduğu üzere bilgiye dayanan bir karar verme sürecini sağlayarak bireysel ve toplumsal çıkarlara katkıda bulunmanın aksine kişilerin eleştirel bir kıyaslama yapmasına izin vermez.⁵⁴⁴

Ayrıca şahsen iş talebinde bulunmanın kişiye yasal hakları ve başvurabileceği hukuki yollar hakkında bilgi sağlayabileceği iddia edilse de uygulanan disiplin kuralı avukatların potansiyel müvekkillere yasal hakları ve maddi bir kazanç elde etme

⁵⁴¹ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 454 (1978).

⁵⁴² *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 455 (1978).

⁵⁴³ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 457 (1978).

⁵⁴⁴ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 457-458 (1978).

olasılıkları hakkında bilgi vermesini veya avukat tutmalarını önermesini yasaklamamıştır. Yalnızca bu bilgileri bir ücret karşılığında kendilerini temsil etmek üzere ikna etmek için yem olarak kullanmasını yasaklamıştır.⁵⁴⁵ Özellikle avukatların kişileri ikna etmeye yönelik bir eğitim alması, müvekkilin ise hukuki konularda bilgi sahibi olmayan ve zarar görmüş olması ifadenin yanıltıcı olma potansiyelini önemli ölçüde artırmaktadır. Bu durumdaki bir kişi için yasal haklarından haberdar edilme noktasında şahsen iş talebinin değerli olduğu kabul edilse dahi kişinin içinde bulunduğu kötü durum, avukatın tavsiyelerini daha müdahaleci hale getirerek kişiyi de bu talepten etkilenmeye karşı daha savunmasız kılacaktır.⁵⁴⁶

Ayrıca *Bates*'teki ifadelerden farklı olarak, şahsen iş talebi herkese açık bir şekilde ortaya konmadığından kamuoyu incelemesine de açık değildir. Bu da gerçekte ne olduğuna dair güvenilir bir kanıt elde etmeyi zorlaştırarak hükümetin veya meslekten diğer kişilerin gözetim ve denetiminden fiilen bağışıklık sağlamaktadır.⁵⁴⁷ Somut olay özelinde bakıldığında da gerçekleşen olaylar avukatın şahsen iş talebinde bulunmasının doğasında bulunan aldatma potansiyelinin bariz bir örneğini sunmaktadır. Tüm bu sebeplerle söz konusu disiplin kurallarının Ohralik'e uygulanmasının anayasayı ihlal etmediğine oybirliğiyle karar verilmiştir.⁵⁴⁸

Mahkeme'nin daha sonra verdiği bir başka karar avukatların yaptığı reklamlardaki yanıltıcılık potansiyelinin değerlendirmesine dair bir karşılaştırma zemini sunabilir. *Shapero*⁵⁴⁹ kararında Baronun, avukatların belli hukuki sorunlarla karşı karşıya olduğu bilinen potansiyel müvekkillere hukuki yardımda bulunabileceklerine dair doğrudan postalar göndermelerini kategorik olarak yasaklayıp yasaklayamayacağı Birinci Değişiklik açısından değerlendirilmiştir. Hakkında hacze gidilmiş kişilere haczin durdurulma ihtimali olduğu ve hukuki yardım için kendilerini arayabileceklerine dair postalar gönderilmesi buna bir örnektir. Söz konusu yasaklama postanın içeriği yanlış ve yanıltıcı olmasa dahi geçerlidir ve kişileri

⁵⁴⁵ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 460 (1978).

⁵⁴⁶ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 464-465 (1978).

⁵⁴⁷ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 466 (1978).

⁵⁴⁸ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447, 467-468 (1978).

⁵⁴⁹ Shapero v. Kentucky Bar Association, 486 US 466 (1988).

avukatların maddi çıkar sağlama motivasyonundan korumak amacıyla yapılmıştır. Mahkeme burada davanın *Ohralik* kararından ayrılan yönü üzerinde durarak şahsen iş talebinde bulunmanın doğrudan posta gönderme yöntemi ile farklılıklarına değinmiş ve sonuçta *Ohralik*'in aksine burada Birinci Değişiklik kapsamında böyle bir yasaklamanın yapılamayacağına karar vermiştir. Mahkeme'nin gerekçesine göre doğrudan posta gönderme yönteminin kişiler üzerinde yaratacağı baskı ve yanıltıcılık daha azdır ve toptan bir yasaklamayı haklı kılacak boyutta değildir. Bunun yerine bir hükümet kuruluşunun ön denetiminin öngörülmesi gibi daha az kısıtlayıcı yöntemlerin benimsenmesi yoluna gidilebilir. Denetim konusunda şahsen iş talebi söz konusu olduğunda karşılaşılan zorluklar burada söz konusu değildir. Bu sebeple *Ohralik* kararında toptan bir yasaklamaya izin verilmiş olsa dahi somut olay bakımından gönderilme zamanı ve alıcısı kim olursa olsun, tüm doğrudan postalara geniş bir yasak getirilmesinin Birinci Değişikliği ihlal ettiğine karar verilmiştir.⁵⁵⁰

Shapero kararındaki toptan yasaklamanın aksine avukatların, yaşadıkları kaza veya kötü olaylar üzerinden otuz gün geçmeden kişilere ve yakınlarına doğrudan postalar gönderemeyeceğine dair düzenlemenin ise anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme otuz günlük kısa süreli yasağa alternatif ve daha az kısıtlayıcı araçlar olduğu iddiasını kabul etmemiştir.⁵⁵¹

Mahkeme'nin avukatların kullandığı ticari ifadelerin yanıltıcılığını ele aldığı bir diğer konu ise bazı uzmanlık unvanlarının kullanılmasına ilişkindir. Örneğin *Peel* kararında bir avukatın özel bir kuruluştan aldığı sertifikayla elde ettiği uzmanlık unvanlarını antetli kağıtlarında kullanmasının doğası gereği veya somut olayda kullanıldığı şekliyle yanıltıcı olmadığına karar verilmiştir. Burada söz konusu unvanın devlet tarafından mı yoksa özel bir kuruluş tarafından mı verildiğinin anlaşılmama ihtimali ile avukatın verdiği hizmetin diğer avukatlardan üstün olduğuna dair bir izlenim yaratıyor olmasının yanıltıcı olduğu iddiası kabul edilmemiştir.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Fakat karar 6-3 çoğunlukla verilmiştir. Çoğunluğun aksine karşı oy kullanan Yargıçlar avukatlık mesleğinin saygın bir şekilde varlığını devam ettirebilmesi için böyle düzenlemelerin yapılması gerektiğine vurgu yapmıştır. *Shapero v. Kentucky Bar Association*, 486 US 466 (1988).

⁵⁵¹ *Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 515 US 618 (1995).

⁵⁵² *Peel v. Attorney Registration & Disciplinary Commission of Illinois*, 496 US 91 (1990).

Mahkeme'nin daha sonra verdiği *Edenfield* kararı ise ticari ifadelerin yanıltıcılığı olup olmadığına ifadeyi ortaya koyanın hangi mesleğe mensup olduğu ve ifadenin alıcısının niteliğine bağlı olarak karar verilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Karar ile mali müşavirlerin potansiyel müşterilerine şahsen iş talebinde bulunmasını toptan yasaklayan bir düzenleme Birinci Değişikliğe aykırı bulunmuştur. Mahkeme'ye göre meslekler arasındaki tarihsel ve işlevsel ayrımlar farklı faktörlerin dikkate alınmasını gerektirebilir. Bu sebeple şahsen iş talebi yasağının anayasaya uygunluğu, tarafların kimliğine ve talebin koşullarına bağlı olacaktır. Mali müşavirler açısından bu yasak değerlendirilirken *Ohralık* kararı ile bir karşılaştırma yapılmıştır. Buna göre avukatların ikna etmeye yönelik eğitimlerinin aksine mali müşavirlik bağımsızlık ve nesnelliği vurgulayan bir iştir. Ayrıca bir avukatın hukuki alanda bilgisiz ve zor bir durumda olan kişiye yönelen talebinin aksine mali müşavirlerin karşısında genelde aralarında bir iş ilişkisi bulunan ve mali konularda bilgi sahibi olan kişiler bulunduğundan, mali müşavirin müşterileri manipülasyonlara ve aldatılmaya daha az yatkındır.⁵⁵³ Bu sebeple *Ohralık* kararıyla avukatların şahsen iş talebinde bulunmasının yasaklanması anayasaya uygun olsa dahi mali müşavirler için aynı yasaklama anayasaya uygun bulunmamıştır.

2.3.1.2. Ticari Unvanlar

Mahkeme'nin ticari ifadelerin yanıltıcılığına dair inceleme yaptığı bir diğer konu da ticari unvanların kullanımınıdır. *Friedman* kararına konu olayda Teksas Optometri Yasası'nın optometristlerin mesleki faaliyetlerini sahip olduğu lisansında yer alan gerçek adı dışında herhangi bir ticari unvan, takma ad veya şirket adı altında yerine getirmesini yasaklayan hükmü⁵⁵⁴ ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

Somut olayda uyuşmazlığın tarafı olan Jay Rogers, Teksas'ta Texas State Optical (TSO) ticari unvanını kullanarak faaliyet gösteren yüzden fazla optometrist

⁵⁵³ *Edenfield v. Fane*, 507 US 761, 774-777 (1993).

⁵⁵⁴ *Friedman et al. v. Rogers et al.*, 440 US 1, 5 dp. 6 (1979).

ofisinin temsilcisidir. Rogers ticari unvan kullanımına ilişkin kısıtlamalara karşı tedbir alınması için bir dava açmıştır.⁵⁵⁵ Mahkeme'nin optometristler tarafından kullanılan ticari unvanların, kullanıldığı ilk anda belli bir ürün veya hizmet hakkında bilgi iletmemesi, ancak zaman içerisinde kullanıldıkça bu işlevi yerine getirmesi bakımından diğer ticari ifadelerden farklı olduğuna karar verdiği, ticari ifadenin kapsamı bahsinde söylenmişti.⁵⁵⁶ İşte Mahkeme'nin ticari unvanlara verdiği bu anlam, bir ticari ifade olarak ticari unvan kullanımına yapılan müdahalelerin de nasıl ele alınacağına etki eden bir faktördür.

Mahkeme'ye göre ticari unvanlar ve ürün veya hizmetler hakkındaki bilgi arasındaki söz konusu ilişki ticari unvan kullanıcıları tarafından manipüle edilmeye açıktır. Bu da ticari unvanların yanıltıcı olarak kullanılma olasılığını önemli ölçüde artırmaktadır. Mahkeme çeşitli örneklerle bu iddiasını gerekçelendirmeye çalışmıştır. Örneğin optometristlik hizmeti bir ticari unvan altında verildiğinde, bu unvan altında çalışan optometristlerin değişmesi durumunda da unvan varlığını sürdürecektir. Böylece kişiler artık hizmet ile ilişkili olmayan bir optometristin itibarını yansıtan bir ticari unvan sayesinde yine de cezbedilmiş olacaktır. Ticari unvan, bir optometristi müşteri elde etmek için kişisel itibarına bağımlı olmaktan kurtarır. Hatta bir ticari unvan ihmal veya suiistimal gibi çeşitli olaylar neticesinde artık kişilerin gözünde itibarsız hale gelirse de optometrist yeni bir ticari unvan kullanarak bu durumu tersine çevirebilir. Bir optometrist, farklı işletmelerinde farklı ticari unvanlar kullanarak suni bir rekabet ortamı da yaratabilecektir.⁵⁵⁷ Mahkeme bu ihtimallerin tamamen varsayımsal olmadığını ve ticari unvanların yanıltıcı şekilde kullanımına ilişkin birçok somut olayın mahkemeler önüne taşındığını ifade etmiştir.⁵⁵⁸ Bu açılardan bakıldığında Rogers'ın ticari unvan kullanması ve onun reklamını yapması esasen

⁵⁵⁵ Young, **Unprotected Commercial Speech**, s. 485.

⁵⁵⁶ Bkz. Çalışmanın birinci bölümünde yer alan 2.2.4. başlık ve ayrıca bkz. Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, 11-12 (1979).

⁵⁵⁷ Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, 13 (1979).

⁵⁵⁸ Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, 14 (1979).

yanıltıcı olmasa da yanıltıcı şekilde kullanılma riskini artırmaktadır. Bu sebeple ticari unvan kullanımını yasaklayan düzenleme anayasaya uygun bulunmuştur.⁵⁵⁹

Mahkeme'nin burada verdiği karar ile yanıltıcı olabilecek ifadelerin kapsamını genişleterek ticari ifadelere tanınan koruma düzeyini azalttığı ve hükümetin kişilerin yanlış kararlar vereceklerinden korkarak bazı bilgilerin saklanmasıyla onları koruması şeklinde paternalist bir yaklaşımı benimsediği eleştirilerine sebep olmuştur.⁵⁶⁰ Karara karşı oy yazan Yargıç Blackmun da benzer noktalar üzerinde durmuştur. Blackmun'a göre Mahkeme'nin değerlendirmesi, ticari unvanların kullanımının yanıltıcılık potansiyelini gözünde büyütmede ve düzenlemenin geniş kapsamının zararlı etkisini hafife almaktadır. Ayrıca Mahkeme optometristliğin yasal bir çerçevede yürütüldüğünü göz ardı etmekte ve esasen doğru bilgilerin yayılmasını engellemektedir. Ek olarak verilen hizmetin belli bir ticari unvan altında bir standarda bağlanmasının bireysel ve toplumsal açıdan faydalı olabileceğini, örneğin bir yerden bir yere taşınan kişiler için hangi ürün veya hizmeti tercih edeceklerine dair karar vermeyi kolaylaştıracağını öne sürmüştür. Sonuçta Yargıç yanıltıcılığın, ticari unvanın kendisinin kullanılmasından değil, "aynı anda optometristin gerçek adının kamuya açıklanmamasından" kaynaklandığını düşünmektedir. İfade özgürlüğüne daha az müdahale eden böyle bir alternatif tercih edilerek çoğunluğun benimsediği "son derece paternalist" yaklaşım terk edilebilecektir.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, 15 (1979); Mahkeme bu kararın optometristlerin ticari ifadeleri üzerindeki etkisinin zayıf olduğunu vurgulamaktadır. Bunun sebebi ticari unvan kullanmanın yasak olmasına karşın bunun dışında optometristlerin bilgilendirici reklamlar yapmalarının önünde bir engel olmamasıdır. Söz konusu düzenleme ticari ifadeleri tamamen yasaklamak yerine, verilen hizmete ilişkin bilgilerin tüketicilere daha doğru bir şekilde iletilmesini sağlayacaktır. Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, 16 (1979).

⁵⁶⁰ Weinberg, **Constitutional Protection of Commercial Speech**, s. 727-728; Farber, **Commercial Speech**, s. 396.

⁵⁶¹ Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1, Yargıç Blackmun'un karşı oyu 19 vd. (1979).

2.3.2. İkinci Basamak: Hükümetin “Önemli” Amacı

Hudson testinin ikinci basamağına gelindiğinde hükümetin yapılan müdahale ile elde edilecek önemli (**substantial**) bir amaç ileri sürmesi aranmaktadır.⁵⁶² Mahkeme hangi amaçların önemli olduğunu tahdidi olarak saymamış, her somut olayda ileri sürülen amacın niteliğini incelemiştir. Ancak hükümet genel olarak böyle bir amacın ileri sürülmesinde zorlukla karşılaşmamış, kamu yararıyla bağlantılı olan neredeyse her amaç Mahkeme tarafından önemli kabul edilmiştir.⁵⁶³

In re R.M.J. kararı, Mahkeme’nin önemli bir amaç tespit edemediği istisnai kararlardan biridir. Karara konu düzenleme ile avukatlar tarafından yayınlanan reklamların yalnızca isim, adres ve telefon numarası, çalışma alanı, doğum tarihi ve yeri, gidilen okullar, yabancı dil yeterliliği, danışma ücreti gibi sınırlı olarak sayılan on kategoride bilgiler içerebileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bir başka düzenleme “çalışma alanlarının” reklamı yapılacaksa yine sınırlı olarak sayılan yirmi üç çalışma alanından bir veya daha fazlasının düzenlemede belirtilen kesin ifadelerle kullanılmasını şart koşturmaktadır. Örneğin bir avukat listede düzenlenen “haksız fiil hukuku” yerine “fiziksel yaralanma hukuku” veya “mülkiyet hukuku” yerine “gayrimenkul hukuku” ifadelerini kullanamayacaktır. Somut olayda bir avukata reklamında çalışma alanlarını söz konusu listeden farklı ifadelerle yaptığı gerekçesiyle yaptırım uygulanmıştır. Mahkeme incelemesinde bir avukatın çalışma alanlarını listede düzenlenen kesin ifadelerden başka şekilde ortaya koymasının yasaklanmasının hizmet ettiği “önemli” bir hükümet amacı tespit edilemediğine karar vermiştir.⁵⁶⁴

Bolger kararında da Mahkeme ileri sürülen iki hükümet amacını değerlendirmiş ve bir tanesini önemli görmemiştir. Somut olayda doğum kontrol ürünlerine dair elektronik postaların teklifsiz reklamcılık yoluyla gönderilmesinin tamamen yasaklanması lehine öne sürülen hükümet amaçları, alıcıları rahatsız edici

⁵⁶² Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 566 (1980).

⁵⁶³ Langvardt, **Commercial Speech**, s. 600.

⁵⁶⁴ In re R.M.J., 455 US 191, 205 (1982).

bulabilecekleri materyallerden korumak ve ebeveynlerin çocuklarını doğum kontrolü gibi hassas ve önemli konular hakkında istedikleri şekilde bilgilendirme çabalarına destek olmaktır. Mahkeme “*rahatsız edicilikten koruma*” amacını önemli görmemiş ve müstehcenlik söz konusu olmadıkça ifade özgürlüğü kapsamında korunan ifadelere, bu gerekçeyle müdahale edilemeyeceğine karar vermiştir. İfadenin alıcılarının rahatsız edici buldukları ifadelerden kaçınmasının mümkün olmadığı durumlar haricinde hükümetin bu gerekçeyle ifadenin yayılmasını yasaklamasına izin verilmeyecektir. Öne sürülen ikinci amaç ise ebeveynlerin, çocuklarının yetiştirilmesinde oynayacağı önemli rehber rolü dolayısıyla önemli bir hükümet çıkarı olarak ele alınmıştır.⁵⁶⁵

Bahsedilen istisnai kararlar dışında Mahkeme’nin ileri sürülen hangi hükümet amaçlarını önemli kabul ettiğine bakılacak olursa çok çeşitli örnekler ortaya konabilecektir. Çeşitli mesleklere mensup kişilerin ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler genel olarak mesleğin itibarının ve hizmet alan kişilerin korunması amacıyla yapılmaktadır. Örneğin avukatların yaşadıkları kaza veya kötü olaylar üzerinden otuz gün geçmeden kişilere ve yakınlarına içinde bulundukları duruma dair hukuki hizmet verme teklifinde bulunan postalar gönderemeyeceğine dair düzenleme nin katkıda bulunduğu, mağdurlar ile ailelerinin mahremiyet ve huzurunun korunması ile mesleğin itibarının korunması amaçları önemli kabul edilmiştir.⁵⁶⁶ Benzer şekilde mali müşavirlerin potansiyel müşterilerine yönelik şahsen iş talebinde bulunmasını toptan yasaklayan bir düzenlemenin tüketicileri dolandırıcılıktan veya aldatmadan korumak ve mali müşavirlerin bağımsızlığını sağlamak olan önemli hükümet çıkarlarına katkıda bulunmak üzere yapıldığı kabul edilmiştir.⁵⁶⁷

Mahkeme alkol ve sigara kullanımı, kumar oynanması gibi zararlı faaliyetlere ilişkin ticari ifadelerin yayılmasına müdahale edildiğinde birbirine benzer amaçları önemli bulmuştur. Örneğin *Liquormart* kararında satış yerleri dışında alkollü içeceklerin fiyatına atıfta bulunan reklamları kategorik olarak yasaklayan bir

⁵⁶⁵ Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 71-73 (1983).

⁵⁶⁶ Florida Bar v. Went For It, Inc., 515 US 618, 624-625 (1995).

⁵⁶⁷ Edenfield v. Fane, 507 US 761, 767-770 (1993).

düzenlemenin alkolle mücadelenin desteklenmesi amacının⁵⁶⁸, *Rubin* kararında ise bira şişelerinde yer alan etiketlerde alkol oranının belirtilmesini yasaklayan düzenlemenin hükümetin bira üreticileri arasındaki “sertlik savaşlarını” önlemeye yönelik amacının testin ikinci basamağını karşılamak için yeterince önemli olduğuna hükmedilmiştir. Bunun anlamı bira üreticilerinin daha yüksek oranda alkol içeren biralar üretmek konusunda birbiriyle rekabet etmesinin alkol tüketimini artırmasının ve beraberinde getirdiği sosyal maliyetlerin engellenmesidir. Mahkeme’ye göre üreticiler arasındaki bu türden bir rekabetin hükümetin önlemeyi umduğu türden bir toplumsal zarar üretmeyeceğini düşünmek için hiçbir neden yoktur.⁵⁶⁹ Ayrıca *Posadas* kararında kumarhanelerin, turistlere yönelik olarak reklamının yapılması serbestken, eyalette yaşayanları kumarhaneleri ziyaret etmeye davet eden reklamları yasaklayan düzenlemenin eyalette yaşayanların kumarhanelere olan talebini azaltmak ve böylece sağlıklarını, güvenliklerini ve refahlarını korumak olarak ileri sürülen hükümet amaçları önemli görülmüştür.⁵⁷⁰

Federal düzeyde uygulanan bir yasa ile kumar ve piyangolara dair herhangi bir reklam veya bilginin yayınlanmasının yasaklanması ele alınmış ve hükümetin öne sürdüğü amaçlar önemli bulunmuştur. Somut olayda piyangoların reklamının yapılmasının yasak olmadığı bir eyaletten yapılan radyo yayınının, piyangoların reklamının yapılmasının yasak olduğu bir diğer eyalette dinlenebilmesi sebebiyle radyo yayıncısına yaptırım uygulanmıştır. Hükümetin müdahale ile piyango serbest olduğu ve olmadığı eyaletler arasında bir tercih yapmak yerine, her iki eyaletin politikasına müdahale etmemek konusunda önemli bir çıkara sahip olduğuna karar verilmiştir.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 US 484, 504 (1996).

⁵⁶⁹ *Rubin v. Coors Brewing Company*, 514 US 476, 483-485 (1995).

⁵⁷⁰ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 341 (1986).

⁵⁷¹ *United States v. Edge Broadcasting Company*, 509 US 418, 426 (1993); Bazı tütün ürünlerinin okul veya çocuk oyun alanlarına yakın bölgelerdeki reklamlarına ilişkin düzenlemeler lehine küçüklerin tütün ürünleri kullanmasının önlenmesi amacı ileri sürülmüştür. *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 US 525, 555 (2001).

Mahkeme kamuya açık alanlarda kullanılan reklam panosu, stant gibi çeşitli araçlarla yayılan ticari ifadelere yapılan müdahaleleri estetik ve güvenliğin sağlanması amaçları bakımından ele almıştır. Örneğin *Metromedia* kararında açık havada bulunan reklam panolarını belli istisnalar dışında yasaklayan bir düzenleme yaparken hükümetin öne sürdüğü trafik güvenliğinin ve şehrin estetik görünümünün sağlanması amaçlarının önemli olduğundan şüphe edilmemiştir.⁵⁷² Ayrıca şirketlerin sundukları hizmetlerin reklamını yapan ücretsiz dergiler dağıtmaları amacıyla kamuya ait yerlere gazete-dergi standı yerleştirmesinin yasaklanması lehine ileri sürülen, sokakların ve kaldırımların güvenliği ile estetiğine dayalı amaçlar önemli görülmüştür.⁵⁷³

Central Hudson kararında elektrik dağıtım şirketlerinin, kamu hizmetlerinin satın alınmasını teşvik etmeyi amaçlayan tanıtım amaçlı reklamlar yapmasını yasaklayan düzenlemenin gerekçesi olarak sunulan enerji tasarrufunu ve fiyatların adil ve rasyonel olmasını sağlamak da önemli bir hükümet amacı olarak görülmüştür.⁵⁷⁴ *Fox* kararında ise bir üniversitenin yiyecek tedariki, kitap satışı veya bankacılık gibi sınırlı konular haricinde özel ticari işletmelerin üniversiteye ait yerlerde faaliyet göstermesini yasaklamasının, kampüslerde ticari değil eğitici bir atmosferin teşvik edilmesi, güvenliğin sağlanması, öğrencilerin ticari olarak sömürülmesinin önlenmesi ve yaşam alanlarının huzurunun korunması olarak öne sürülen hükümet çıkarları önemli kabul edilmiştir.⁵⁷⁵

2.3.3. Üçüncü Basamak: Müdahalenin Önemli Hükümet Amacına “Doğrudan” Katkısı

Hudson testinin son iki basamağı, temelde hükümetin amaçları ile bu amaçları gerçekleştirmek için seçilen araçlar arasındaki “uyumun” (**fit**) değerlendirilmesini içerir.⁵⁷⁶ Testin ilk iki basamağına olumlu yanıt verildikten sonra üçüncü ve dördüncü

⁵⁷² *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 US 490, 507 (1981).

⁵⁷³ *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 US 410, 416 (1993).

⁵⁷⁴ *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York*, 447 US 557, 568-569 (1980).

⁵⁷⁵ *State University of New York v. Fox*, 492 US 469, 475-476 (1989).

⁵⁷⁶ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 341 (1986).

basamakta düzenleyici aracın öne sürülen hükümet amacıyla orantılılığı değerlendirilecektir. Buna göre düzenleyici araç öne sürülen önemli amaca ulaşmak için dikkatlice (**carefully**) tasarlanmalıdır. Bu koşula uygunluğun ilk şartı olarak üçüncü basamakta müdahalenin ilgili hükümet amaçlarına “doğrudan katkıda” (**directly advance**) bulunup bulunmadığı incelenir. Kullanılan araç hükümetin amacı için yalnızca etkisiz (**ineffective**) veya uzaktan (**remote**) bir katkı sağlıyorsa varlığını sürdüremeyecektir. Mahkeme ilgili hükümet amaçlarına yalnızca dolaylı olarak katkıda bulunan müdahaleleri anayasaya aykırı bulmaktadır.⁵⁷⁷

Ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde hükümet, müdahalesinin haklılığını ispat etme ve gerekçelendirme yükümlülüğünü taşır.⁵⁷⁸ *Hudson testinin* üçüncü basamağı söz konusu olduğunda da yapılan müdahalenin ileri sürülen önemli hükümet amacına “doğrudan” katkıda bulunduğunu ispat etme yükü hükümete aittir. Bu sebeple doğrudan katkının nasıl ispat edileceği konusu önem arz etmektedir ve Mahkeme’nin kararları ile tartışmalı hale gelmiştir. *Hudson testinin* üçüncü basamağının nasıl uygulanması gerektiği konusunda fikir birliği mevcut değildir.⁵⁷⁹ Bu noktada müdahalenin söz konusu önemli hükümet amacına doğrudan katkıda bulunup bulunmadığının kanıtlanması için biri sezgiye ve sağduyuya güvenen diğeri ise istatistiki veri gibi daha güçlü kanıtlar talep eden iki ayrı bakış açısı şekillenmiştir.⁵⁸⁰ Mahkeme’nin *Hudson testini* uyguladığı ilk kararlarında birinci bakış açısına yakın dururken, *Edenfield* kararı ile birlikte üçüncü basamağın karşılanabilmesi için daha güçlü kanıtların varlığını aradığı ve ikinci bakış açısına yaklaştığı söylenebilir.

Mahkeme *Hudson* kararı gibi erken dönem bir kararında doğrudan katkının varlığını incelediğinde, “reklam ve elektrik talebi arasındaki dolaysız bağlantı sebebiyle” tanıtım amaçlı reklamların yasaklanması ve enerji tasarrufunun sağlanması

⁵⁷⁷ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 564 (1980).

⁵⁷⁸ Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60, 71 dp. 20 (1983); Rubin v. Coors Brewing Co., 514 US 476, 487 (1995).

⁵⁷⁹ Driscoll, *Nonpolitical Advertisements*, s. 214.

⁵⁸⁰ Driscoll, *Nonpolitical Advertisements*, s. 222.

amacı arasında doğrudan bir bağlantı olduğunu kabul etmiştir. Elektrik dağıtım şirketi tanıtım amaçlı reklamlarının satışlarını artıracığına inanmasa söz konusu yasaklamaya da itiraz etmeyecektir.⁵⁸¹ Mahkeme bu kabule ulaşmak için hükümetin herhangi bir ampirik veri, istatistik veya kanıt sunmasını talep etmemiştir.⁵⁸² *Posadas* kararında da kumarhanelerin reklamlarını kısıtlayan düzenlemenin kişilerin kumarhanelere olan talebini azaltmak ve böylece sağlıklarını, güvenliklerini ve refahlarını korumak ile bununla bağlantılı olarak yolsuzluğun ve suç oranlarının azalmasının sağlanması olan önemli hükümet amaçlarına doğrudan katkıda bulunduğu kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre yasama organı söz konusu reklam kısıtlamalarını yürürlüğe koyduğunda kumarhane reklamlarının, reklamı yapılan ürüne olan talebi artırmaya hizmet edeceğine inanmaktadır. Yasama organının bu inancı makuldür ve başvurucunun davasını bu aşamaya kadar taşımış olması da bu görüşü paylaştığını göstermektedir.⁵⁸³ Görüldüğü üzere Mahkeme herhangi bir kanıt yahut veri olmaksızın kumarhane reklamlarının kumarhanelere olan talebi artıracığı ve buna bağlı olumsuz sonuçların ortaya çıkacağını varsaymıştır.⁵⁸⁴

Mahkeme'nin daha sonra verdiği *Edenfield* kararı, *Hudson testinin* üçüncü basamağına dair belirlemesi açısından önem taşımaktadır. Somut olayda yeminli mali müşavir olan Fane, Florida Muhasebe Kurulu'nun mali müşavirlerin yeni müşteriler edinmek için şahsen iş talebinde bulunmalarını yasaklayan düzenlemesine karşı bir tespit ve ihtiyati tedbir talebi ile yerel mahkemelere başvurmuşsa da talepleri kabul edilmemiştir.⁵⁸⁵ Mahkeme ise mali müşavirlerin potansiyel müşterilerine yönelik şahsen iş talebinde bulunmasını toptan yasaklayan bu düzenlemeyi *Hudson testinin* üçüncü basamağını karşılayamaması sebebiyle Birinci Değişikliğe aykırı bulmuştur.⁵⁸⁶ Mahkeme'nin değerlendirmesine göre testin üçüncü basamağı ile bir

⁵⁸¹ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 569 (1980).

⁵⁸² Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, Yargıç Blackmun'un katılan oyu 573-574 (1980).

⁵⁸³ Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328, 341-342 (1986).

⁵⁸⁴ Hoefges, Sanchez, **The Shifting Central Hudson Analysis**, s. 361.

⁵⁸⁵ Edenfield v. Fane, 507 US 761, 761 (1993).

⁵⁸⁶ Edenfield v. Fane, 507 US 761, 761-762 (1993).

müdahalenin, hükümet tarafından öne sürülen amaçlara “doğrudan” ve “esaslı” bir katkı sağladığı gösterilmelidir. Bunun için hükümet, ticari ifadenin ortaya konulması ile sebep olunan zararların gerçek olduğunu ve müdahalenin bu zararı esaslı bir şekilde hafifleteceğini göstermelidir. Ticari ifade özgürlüğüne kolaylıkla müdahale edilmesinin önüne geçilebilmesi için burada spekülasyon veya varsayımlar yeterli değildir.⁵⁸⁷

Mahkeme bu belirlemesine dayanarak Kurul’un müdahalesini haklı göstermek üzere sunduğu kanıtları incelemiştir. Ancak somut olayda müdahaleyi yapan Kurul mali müşavirlerin şahsen iş talebinde bulunmasının iddia ettiği gibi dolandırıcılık, aldatma veya mali müşavirlerin bağımsızlığının zarar görmesi açısından yarattığı tehlikeleri haklı gösterebilecek herhangi bir kanıt sunmamaktadır. Kurul’un buradaki tek dayanağı eski Kurul başkanı tarafından yapılan bir çalışmada şahsen iş talebi yoluyla müşteri edinmeye çalışan bir muhasebecinin açıkça işe ihtiyacı olduğu ve bu sebeple mesleğine ilişkin kuralları esnetme eğiliminde olabileceğine dair varsayımlar içeren beyanlarıdır. Kurul ayrıca Mahkeme’nin dikkatini 1981’de ABD Yeminli Mali Müşavirler Enstitüsü tarafından hazırlanan mali müşavirlerin şahsen iş talebi hakkında bir rapora çekmiştir. Ancak bu rapor Kurul’un görüşlerini güçlendirmekten ziyade onlarla çelişmektedir. Ayrıca yirmi bir eyalet, mali müşavirlerin şahsen iş talebine herhangi bir kısıtlama getirmezken yalnızca üç eyalet bu konuda kategorik bir yasak getirmiştir. Somut olay bakımından Fane’in davranışları da Kurul’un endişelerini haklı gösterecek nitelikte değildir. Mali müşavirlik mesleğine ilişkin bilimsel literatür de Kurul’un aksine bir mali müşavirin bir müşterisiyle uzun süre devam eden iş ilişkisinin bağımsızlığını tehlikeye atabileceğini öne sürmektedir.⁵⁸⁸ Böylece somut olayda mali müşavirler tarafından şahsen iş talebinde bulunmanın tehlikeleri hakkında hükümetin öne sürdüğü varsayımlar, çeşitli çalışmalar, anektodal kanıtlar veya mali müşavirin kendi davranışları tarafından doğrulanmamaktadır. Bu sebeple somut olayda *Hudson*

⁵⁸⁷ Edenfield v. Fane, 507 US 761, 770-771 (1993).

⁵⁸⁸ Edenfield v. Fane, 507 US 761, 771-773 (1993).

testinin üçüncü basamağını geçmekte başarısız olan bu düzenlemenin hükümet amaçlarına doğrudan bir katkıda bulunduğu gösterilememiştir.⁵⁸⁹

Mahkeme üçüncü basamağa dair bu inceleme standardını *Edenfield* kararına atıfla sonraki kararlarında da uygulamaya devam etmiştir.⁵⁹⁰ Söz konusu değerlendirmeler hükümet müdahalesinin etkililiğine dair spekülasyonların yeterli olmadığı, doğrudan katkının ispatında belli kanıtlar sunulmasının gerekli olduğu şeklinde yorumlanmıştır.⁵⁹¹ Ancak Mahkeme daha sonra verdiği *Florida* kararında üçüncü basamağın karşılandığının nasıl kanıtlanacağı konusunda sınırlayıcı olmayan bir bakış açısına işaret etmiştir. Buna göre Mahkeme, önceki kararlarında başvuruçuların müdahalelerini çeşitli akademik çalışmalara veya istatistiki verilere atıfta bulunarak gerekçelendirmelerine izin verseyse de bunun Mahkeme'nin kararlarını her zaman ampirik verilerin sağladığı bilgiye dayalı olarak vereceği anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Müdahalelerin yalnızca tarihi kanıtlara, bir konudaki fikir birliğine veya basitçe sağduyuya dayanarak dahi gerekçelendirilebileceği belirtilmiştir.⁵⁹² Mahkeme'nin bu konuda ayrıntılı tartışmalar yürütmemesi mevcut bakış açısının yargıçlara, hükümet tarafından sunulan kanıtları değerlendirme konusunda çok geniş bir takdir yetkisi verdiği ve öngörülemez olduğu eleştirilerini de beraberinde getirmiştir.⁵⁹³

2.3.4. Dördüncü Basamak: Müdahalenin Gerekenden Daha Kapsamlı Olup Olmadığı

Hudson testinin dördüncü basamağında, üçüncü basamağın tamamlayıcısı olarak, düzenleyici aracın öne sürülen hükümet amacı ile orantılılığının

⁵⁸⁹ *Edenfield v. Fane*, 507 US 761, 771-773 (1993).

⁵⁹⁰ Bkz. *Ibanez v. Florida Dept. of Business and Professional Regulation*, Bd. of Accountancy, 512 US 136, 143 (1994); *Rubin v. Coors Brewing Company*, 514 US 476, 487 (1995); *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 US 525 (2001); *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 US 484, 504-508 (1996); *Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc. v. United States*, 527 US 173, 188 (1999).

⁵⁹¹ Driscoll, *Nonpolitical Advertisements*, s. 221.

⁵⁹² *Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 515 US 618, 628-629 (1995); *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 US 525, 555 (2001).

⁵⁹³ Driscoll, *Nonpolitical Advertisements*, s. 222.

değerlendirilmesine devam edilir ve yapılan müdahalenin ulaşılmak istenen amaca katkıda bulunmak için “gerekenden daha kapsamlı olup olmadığı” incelenir. Bu basamağa göre eğer ticari ifade özgürlüğüne uygulanan daha sınırlı bir müdahale de hükümetin amacına aynı derecede katkıda bulunuyorsa, ölçüsüz (**excessive**) müdahaleler varlığını sürdüremeyecektir.⁵⁹⁴ Birinci Değişiklik yapılan müdahalenin “dar bir şekilde çizilmesini” (**narrowly drawn**) zorunlu kılmaktadır. Bunun anlamı düzenleyici aracın, ancak söz konusu amaca katkıda bulunduğu ölçüde genişleyebilmesidir. Hükümet öne sürdüğü amaca ilişkin bir tehlike içermeyen ifadeler müdahalelerde bulunulacaksa veya daha dar kısıtlamalar da amaca aynı oranda katkıda bulunuyorsa ifadenin yayılması tamamen yasaklanamayacaktır.⁵⁹⁵

Testin dördüncü basamağı özellikle sıkı inceleme düzeyinde arandığı şekilde “en az kısıtlayıcı aracın seçilmesini” gerektirip gerektirmediği konusunda tartışmaların odak noktası olmuştur.⁵⁹⁶ Mahkeme’nin bazı kararlarında en az kısıtlayıcı aracın seçilip seçilmediğini denetleyen bir dil kullanması bu tartışmaya sebep olmuştur. Örneğin *Hudson* kararında yapılan incelemede enerji kullanımı üzerindeki etkisine bakılmaksızın tanıtım amaçlı reklamların tamamen yasaklanmasının, hükümetin enerji tasarrufuna dair önemli çıkarına katkıda bulunmak için gerekenden daha kapsamlı olup olmadığı incelenmiştir.⁵⁹⁷ Mahkeme, enerji kullanımı üzerindeki etkisine bakılmaksızın tüm tanıtım amaçlı reklamların yasaklanmasının hükümetin amacına katkıda bulunmak için gerekenden kapsamlı olduğunu düşünmektedir. Bu amaç ne kadar önemli olursa olsun toplam enerji kullanımında bir artışa neden olmayacak elektrikli cihazlar veya hizmetlerin kullanımı hakkındaki bilgilerin yayılmasının engellenmesi haklı gösterilemeyecektir.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 564-565 (1980); Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 US 525, 556 (2001).

⁵⁹⁵ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 565 (1980).

⁵⁹⁶ Boedecker, Morgan, Wright, **Commercial Speech**, s. 40; Hoefges, **Tobacco Advertising**, s. 280.

⁵⁹⁷ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 569 (1980).

⁵⁹⁸ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 570 (1980).

Somut olayda yasağa karşı çıkan Hudson Şirketi, yasak olmasaydı enerjiyi verimli kullanan ürün ve hizmetlerin reklamını yapacağını iddia etmektedir. Bu sebeple yasaklama, enerji kullanımını azaltma ihtimali bulunan alternatiflerin kullanımının teşvik edilmesini de engellemektedir ve esasen bu türden reklamlara izin verilmesi enerji tasarrufunu sağlama amacına zarar vermeyecektir. Söz konusu yasak hükümetin amacına zarar vermeyen ifadelerin yayılmasını engellediği ölçüde Birinci Değişikliği ihlal etmektedir.⁵⁹⁹ Burada tanıtım amaçlı reklamların tamamen yasaklanmasından daha sınırlı müdahalelerin hükümetin amaçlarına katkıda bulunmak bakımından etkisiz olacağına dair bir kanıt veya inceleme olmaması sebebiyle müdahale anayasaya aykırı bulunmuştur. Mahkeme toptan yasaklama yerine, tanıtım amaçlı reklamların biçimi veya içeriğine yönelik daha sınırlı bir müdahalenin yapılabileceğini ifade etmektedir. Örneğin tanıtım amaçlı reklamların, sunulan hizmetin verimliliği ve maliyetine nasıl etki edeceğine ilişkin bilgiler içermesi zorunlu kılınabilecektir.⁶⁰⁰

Mahkeme'nin *Hudson* kararında daha az kısıtlayıcı araçların etkisiz olacağına dair bir incelemenin yapılmamış olmasını Birinci Değişikliğe aykırı görmesi, en az kısıtlayıcı aracın kullanılması gerektiğine dair yorumları beraberinde getirirse de Mahkeme sonraki kararlarında aksini düşündürecek ifadeler de kullanmıştır. Örneğin avukatlar tarafından yayımlanan reklamlara yönelik kısıtlamaların incelendiği *In re R.M.J.* kararında yapılan müdahalenin Birinci Değişikliği ihlal ettiğine karar verilse dahi Mahkeme *Hudson testinin* dördüncü basamağına dair inceleme standardında küçük de olsa değişiklikler yapma yoluna gitmiştir. *Hudson testinin* dördüncü basamağının ilk halinde, yapılan müdahalenin “ileri sürülen hükümet amacına katkıda bulunmak için gerekenden daha kapsamlı olup olmadığı” (**restriction be no more extensive than is necessary to serve the state interest**) denetlenirken, Mahkeme'nin *In re R.M.J.* kararında bu ifade yapılan müdahalenin “ileri sürülen hükümet amacına katkıda bulunmak için gerekenden ‘makul ölçüde’ daha kapsamlı olup olmadığı” (**no**

⁵⁹⁹ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 570 (1980).

⁶⁰⁰ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 US 557, 570-571 (1980).

more extensive than ‘reasonably’ necessary to further substantial interests) olarak değiştirilmiştir.⁶⁰¹ Bu kararda “makul ölçüde” olmanın düzenleyici aracın seçiminde nasıl bir etkisi olacağı netleştirilmese de daha sonra verdiği kararlarında Mahkeme kademeli olarak bunun anlamını açıklamıştır.

İlk olarak *Posadas* kararında düzenleyici aracın seçilmesi konusunda hükümete daha geniş bir takdir alanı bırakıldığı gözlemlenebilir. *Posadas* kararına konu olayda bir eyalet düzenlemesi olan Şans Oyunları Yasası, turizmin gelişmesini teşvik etmek için lisanslı kumarhanelerde oynanan bazı kumar biçimlerini yasal hale getirmiş, fakat aynı zamanda hiçbir kumarhaneye eyalette yaşayan halka yönelik reklam veya tanıtım yapması konusunda izin verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yasanın uygulanmasına yönelik çıkarılan çeşitli düzenlemelerde ise kumarhanelerin eyalette yaşayan halka yönelik olarak reklamının yapılması yasaklanmakta, ancak eyalet dışındaki tanıtım araçları ile sınırlı şekilde reklam yapılmasına izin verilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre bu tarz bir reklam ancak eyalet dışındaki gazeteler, dergiler, radyo, televizyon ve diğer tanıtım araçları yoluyla ve taslağı önceden düzenlemeleri uygulamaya yetkili kamu kuruluşu olan Turizmi Geliştirme Birliği’nin (Birlik) onayı alınmak şartıyla yapılacaktır.⁶⁰²

Söz konusu eyalette kumarhane işleten bir şirket olan başvuru Posadas de Puerto Rico, reklam kısıtlamalarını ihlal ettiği için Birlik tarafından para cezasına çarptırılmıştır. Bunun üzerine Birlik tüm kumarhane işletmecilerine gönderdiği bir bildiri ile “kumarhane” kelimesinin afişler, el ilanları, faturalar, çakmaklar, peçeteler gibi nesneler ile lobiler veya otelin herhangi bir eklentisinde, eyalette yaşayan halka yönelik olarak kullanılmasının yasak olduğunu belirtmiştir.⁶⁰³

Şirket ise söz konusu ceza ile ifade özgürlüğüne Birinci Değişikliğe aykırı bir müdahalede bulunulduğundan bahisle Üst Mahkeme’ye (Superior Court)

⁶⁰¹ In re R.M.J., 455 US 191, 207 (1982).

⁶⁰² *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 331-333 (1986).

⁶⁰³ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 333 (1986).

başvurmuştur. Üst Mahkeme, reklam kısıtlamalarının başvurucunun davranışlarına anayasaya aykırı olarak uygulandığına karar verse de yasa koyucunun yasaklamaları yapma amacına da bakarak düzenlemelerin daraltıcı bir yorumunu yapmıştır. Buna göre eyalet sakinlerini kumarhaneleri ziyaret etmeye davet eden yerel reklamların yasak olduğunu, ancak tesadüfen eyalette yaşayanların dikkatini çekebilecek olsa bile turistlere yönelik belirli reklamların yapılabileceğini kabul etmiştir.⁶⁰⁴ Böylece düzenlemelerin, başvurucunun haklarını ihlal eder şekilde uygulandığını kabul etse dahi, yaptığı yorumdaki ilkeler tarafından değiştirildiği şekliyle varlığını devam ettirilebileceğine karar vermiştir.⁶⁰⁵

Nihayetinde Mahkeme önüne gelen bu davada, düzenlemelerin Üst Mahkeme'nin yaptığı yorum sonucunda Birinci Değişikliği ihlal etmediğine karar verilmiştir.⁶⁰⁶ Yapılan müdahale *Hudson testinin* dördüncü basamağı kapsamında hükümetin amaçlarına katkıda bulunmak için gerekenden daha kapsamlı değildir. Çünkü Üst Mahkeme tarafından yorumlandığı haliyle düzenlemeler turistlere yönelik kumarhane reklamlarını etkilemezken, yalnızca eyalet sakinlerine yönelik reklamlar için geçerli olacaktır.⁶⁰⁷

Başvurucu Posadas hükümetin öne sürdüğü amaca, kumar oynamayı teşvik edebilecek ticari ifadeleri yasaklayarak değil, caydırıcı nitelikte ifadeler yayınlayarak ulaşması gerektiğini iddia etmiştir. Fakat Mahkeme'ye göre böyle bir hükümet politikasının kumarhanelere olan talebi azaltmada reklam kısıtlamaları kadar etkili olup olmayacağına karar vermek “*yasama organının takdirine*” bağlıdır.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328, 328 (1986); Mahkeme'ye göre örneğin uluslararası havalimanlarında veya turistik yolcu gemilerinde yapılan reklamlar gibi temel amacı eyaleti transit geçen turistleri şans oyunlarının oynanmasında sağlanan kolaylıklardan haberdar etmek olan reklamlar, eyalette yaşayanların eline geçme ihtimali olsa dahi, serbesttir. Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328, 335 (1986).

⁶⁰⁵ Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328, 336-337 (1986).

⁶⁰⁶ Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328, 329 (1986).

⁶⁰⁷ Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328, 343 (1986).

⁶⁰⁸ Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328, 344 (1986).

Mahkeme burada düzenleyici aracın seçiminde yasama organına verdiği takdir yetkisini reklamı yapılan faaliyetin niteliğine dayandırmıştır. Mahkeme'ye göre önceki kararları ile bu dava arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Eski kararlarında⁶⁰⁹ reklama konu olan esas davranış anayasal olarak korunmuştur ve hükümet tarafından yasaklanamaz niteliktedir. Söz konusu davada ise yasama organı eyalette yaşayanların kumarhanelerde kumar oynamasını tamamen yasaklayabilir. Bu sebeple *“kumarhanede kumar oynamayı tamamen yasaklamak için gereken daha büyük güç, onun reklamını yapmayı yasaklamak için gereken daha az gücü içerir.”*⁶¹⁰ Hükümet, temelde yatan davranışı toptan yasaklayabildiği zamanlarda, reklam üzerindeki kısıtlamalar yoluyla talebi azaltmak gibi daha az müdahaleci adımlar atmasına da izin verilebilir.⁶¹¹

Sonuçta Mahkeme, hükümetten reklam yasağının halkı kumarın tehlikelerinden korumanın en az kısıtlayıcı yolu olduğuna dair kanıt talep etmemiştir. Bunun yerine daha az kısıtlayıcı alternatiflerin halkı korumak için eşit derecede etkili olup olmayacağına karar vermenin “yasama organına bağlı” olduğunu belirtmiştir. Bu bakış açısı yasama organına çok geniş bir takdir verdiği ve “rasyonel temelli inceleme” standardının uygulandığı, hatta düzenlemenin gereğinden daha kapsamlı olmadığını kanıtlama yükünün hükümetten alınarak başvurucuya yüklendiği eleştirilerine sebep olmuştur.⁶¹²

Karara yazılan karşı oylara göre de böyle bir gerekçelendirme Birinci Değişikliğin gereklerini yok saymaktadır. Yargıç Brennan'ın karşı oyuna göre ifade özgürlüğüne müdahale edildiğinde hükümetin önemli amacına daha sınırlı müdahalelerle de ulaşıp ulaşılmadığına karar vermek “yasama organına” bağlı

⁶⁰⁹ Mahkeme burada doğum kontrolünde kullanılan ürünlerin sergilenmesi veya reklamının yapılmasının yasaklanmasını ve bir kürtaaj kliniğinin yaptığı reklam dolayısıyla cezai yaptırıma uğramasında verdiği anayasaya aykırılık kararlarını örnek göstermiştir. Bkz. *Carey v. Population Services International*, 431 US 678, (1977); *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809 (1975).

⁶¹⁰ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 345-346 (1986).

⁶¹¹ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 346 (1986).

⁶¹² Gollin, **Central Hudson Balancing Test**, s. 886; Albert P. Mauro, “Commercial Speech After *Posadas & Fox*: A Rational Basis Wolf in Intermediate Sheep's Clothing”, **Tulane Law Review**, C. LXVI, 1992, s. 1932; Langvardt, **Commercial Speech**, s. 603-604.

değildir. Aksine daha sınırlı müdahalelerin kendi amacına ulaşmak için yeterli olmadığını kanıtlamak hükümetin görevidir ve bir mahkemenin hükümetin bu konudaki ispat yükünü yerine getirip getirmediğini denetlemesi gerekir. Somut olayda ise hükümet ifadeleri yasaklamaktan daha sınırlı müdahalelerin etkisini değerlendirmemiş veya alternatif müdahalelerin amacına katkısının yetersiz olduğuna dair kanıt da sunmamıştır.⁶¹³

Mahkeme söz konusu *Posadas* kararında yaptığı incelemenin ve *In re R.M.J.* kararındaki “makul olma” kriterinin dördüncü basamak açısından nasıl bir değişikliğe yol açacağını daha sonra Fox kararında netleştirmiştir. Fox kararına konu somut olayda New York Eyalet Üniversitesi aldığı bir karar ile yiyecek tedariki, kitap satışı veya bankacılık gibi sınırlı konular haricinde ticari işletmelerin üniversiteye ait yerlerde faaliyet göstermesini yasaklamaktadır. Yasaklamanın öğrenci yurtlarında düzenlenen çeşitli etkinliklerde çini, kristal, gümüş eşya gibi ev eşyalarını sergileyen ve satan bir şirkete uygulanmasının ardından başvuru Fox ve beraberindeki öğrenciler, Birinci Değişikliğin ihlal edildiği iddiasıyla yerel mahkemelere başvurmuştur. Bölge Mahkemesi (**The District Court**) yapılan müdahalenin makul olduğuna karar vermiştir.⁶¹⁴

Karara yapılan itirazı değerlendiren Temyiz Mahkemesi (**Court of Appeals**) ise, *Hudson testinin* dördüncü basamağının karşılanabilmesi için yapılan müdahalenin “gerekenden daha kapsamlı olmaması” şartının, seçilen aracın öne sürülen hükümet amacını etkili bir şekilde gerçekleştirecek “en az kısıtlayıcı araç” (**least restrictive means to that end**) olması gerektiğini belirtmiştir.⁶¹⁵

Daha sonra Mahkeme önüne taşınan kararda *Hudson testinin* dördüncü basamağına dair açıklayıcı ve önemli bir tartışma yürütülmüştür. Mahkeme değerlendirmesine bu zamana kadar verdiği birçok kararında ticari ifadelere yapılan

⁶¹³ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, Yargıç Blackmun ve Marshall’ın katıldığı Yargıç Brennan’ın karşı oyu 357 (1986).

⁶¹⁴ *State University of New York v. Fox*, 492 US 469, 471-472 (1989).

⁶¹⁵ *State University of New York v. Fox*, 492 US 469, 472-476 (1989).

müdahalelerin önemli hükümet amaçlarına katkı sağlamak için “gerekli” olandan daha geniş olmamasına değindiğini belirterek başlamıştır. Mahkeme’ye göre buradaki “gerekli” kelimesi katı bir şekilde yorumlanırsa, *Hudson testi* Temyiz Mahkemesi tarafından kullanılan “en az kısıtlayıcı araçlar” testine dönüşecektir. Bazı ticari ifade davalarında bu görüşü destekleyen incelemeler yapılmış olsa dahi “gerekli” kelimesi bazen daha gevşek bir şekilde de kullanılmaktadır.⁶¹⁶ Mahkeme bu görüşünü desteklemek üzere yakın tarihli bazı ticari ifade kararlarını örnek göstermiştir. Örneğin yukarıda incelediğimiz *In re R.M.J.* kararında yanıltıcı reklamları önlemek için yapılan müdahalelerin “dar bir şekilde çizilmesi” gerektiğini⁶¹⁷ ve “önemli çıkarlara katkıda bulunmak için makul ölçüde gerekli olandan daha kapsamlı olmaması”⁶¹⁸ gerektiğini dile getirdiğini hatırlatmıştır. Önceki kararlarının birbiriyle çelişen ifadeler içerdiğini kabul etmesine rağmen Mahkeme, dördüncü basamağın karşılanması için “en az kısıtlayıcı araç” standardından daha azının aranması gerektiği sonucuna varmıştır. Eğer hükümete ağır bir yük getiren en az kısıtlayıcı araç şartı aranırsa, ticari ifadeler üzerindeki geniş düzenleme yetkisi ve ticari ifadelere ikincilliliğiyle orantılı bir koruma sağlanması anlayışı da hayali olacaktır.⁶¹⁹ Mahkeme bunun yerine söz konusu müdahaleleri, önemli bir hükümet çıkarına hizmet etmek için “*dar bir şekilde çizildikleri*” sürece anayasaya uygun bulduğunu ve bunun dışında daha az kısıtlayıcı tüm alternatiflerin ortadan kaldırılmasını gerektirecek şekilde yorumlamadığını belirtmiştir. Akla gelebilecek başka bir alternatifin olup olmadığında ısrarcı olmak yerine sadece “*hükümetin meşru çıkarlarına katkıda bulunmak için gerekenden çok daha fazla yükü yüklememesi*” standardı uygulanmalıdır.⁶²⁰

Özetle Mahkeme, sıkı düzeyde korunan ticari olmayan ifadelere yapılan müdahaleleri incelerken kullandığı standart olan “en az kısıtlayıcı araç” standardının karşılanmasını aramamaktadır. Bunun yerine hükümetin amaçları ile bu amaçları

⁶¹⁶ State University of New York v. Fox, 492 US 469, 476-477 (1989); Driscoll, **Nonpolitical Advertisements**, s. 214.

⁶¹⁷ In re R.M.J., 455 US 191, 203 (1982).

⁶¹⁸ In re R.M.J., 455 US 191, 207 (1982).

⁶¹⁹ State University of New York v. Fox, 492 US 469, 477 (1989).

⁶²⁰ State University of New York v. Fox, 492 US 469, 478 (1989); Mahkeme bu anlayışını sonraki kararlarında da sürdürmektedir. Bkz. Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 US 525, 556 (2001).

gerçekleştirmek için seçilen araçlar arasında bir “uyum” yeterli görülmektedir. Bu uyum, mükemmel olması aranmayan “makul” bir uyumdur; yani seçilen aracın mutlaka en iyi tek düzenleme olması gerekmez, katkıda bulunduğu amaç ile orantılı olması yeterlidir. Bu da mutlaka en az kısıtlayıcı aracın seçilmesini değil, istenenamaca ulaşmak için dar bir şekilde çizilmiş bir aracın kullanımını gerektirir.⁶²¹

Böylece Mahkeme *Hudson testinin* dördüncü basamağına dair bir düzeltme yapma yoluna gitmiş ve hükümetin ticari ifade özgürlüğüne müdahale gücünü artıran bir seyir söz konusu olmuştur.⁶²²

2.4. Zararlı Faaliyetlere Dair Ticari İfadelere Yapılan Müdahalelerin Denetimi

Mahkeme’nin alkol, sigara kullanımı ve kumar oynanması gibi yasal olan fakat zararlı olarak nitelendirilen faaliyetlere dair ticari ifadelere yapılan müdahalelerin nasıl değerlendirileceği ve *Hudson testinin* uygulanmasında bir istisna oluşturup oluşturmadığı tartışma konusu olmuştur.⁶²³ Bu sebeple söz konusu tartışma ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Mahkeme *Hudson testini* oluşturduktan sonra verdiği altı kararında zararlı faaliyetlere dair ticari ifadelere yapılan müdahalelerin anayasallığını incelemiş ve birbirinden farklı yaklaşımlar sergilemiştir. İlk olarak *Posadas* ve *Edge* kararlarında Mahkeme, zararlı faaliyetlerin tamamen yasaklanabileceğinden bahsederek bunlara dair ticari ifadelere de daha geniş bir şekilde müdahale edilebileceğini hatta ifadelerin yayılmasının yasaklanabileceğini ima etmiştir.⁶²⁴

⁶²¹ Mahkeme bu sınırlar içinde nasıl bir müdahalenin yapılabileceğine karar vermeyi hükümetin karar verme mekanizmalarına bırakmış ve oluşturduğu testin müsamahakâr olduğu iddiasını reddetmiştir. *State University of New York v. Fox*, 492 US 469, 480 (1989).

⁶²² Gollin, *Central Hudson Balancing Test*, s. 888; Boedecker, Morgan, Wright, *Commercial Speech*, s. 41; Munro, *The Value of Commercial Speech*, s. 137; Mauro, *Commercial Speech*, s. 1932.

⁶²³ Hoefges, Sanchez, *The Shifting Central Hudson Analysis*, s. 347; Hoefges, *Tobacco Advertising*, s. 282.

⁶²⁴ Hoefges, Sanchez, *The Shifting Central Hudson Analysis*, s. 361; Hoefges, *Tobacco Advertising*, s. 268; Dale Carpenter, “The Antipaternalism Principle in the First Amendment”, *Creighton Law Review*, C. XXXVII, S. 3, 2004, s. 600-601.

Posadas kararına konu olayda kumarhanelerde kumar oynamanın yasal olduğu bir eyalette kumarhanelerin reklam veya başka bir şekilde tanıtım yapmasına çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir.⁶²⁵ Mahkeme söz konusu düzenlemelerin Birinci Değişikliği ihlal etmediğine karar verirken incelemesini *Hudson testi* çerçevesinde yapmış ve testin her bir basamağının karşılandığına karar vermiştir. Ancak dördüncü basamakta hangi düzenleyici aracın seçileceğine dair yasama organına geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Mahkeme’ye göre hükümetin öne sürdüğü amaca ulaşmak için, kumar oynamayı teşvik edebilecek ticari ifadeleri tamamen yasaklamak veya bundan daha az sınırlayıcı bir seçenek olarak caydırıcı nitelikte ifadeler yayınladığı bir hükümet politikası takip etmek arasında seçim yapmak “yasama organının takdirine” bağlı olacaktır.⁶²⁶ Bu bakış açısının dayanağı müdahalelere konu olan esas davranışın anayasal olarak korunmayan ve hükümet tarafından tamamen yasaklanabilir niteliğidir. Yani Mahkeme’nin ifadesiyle kumarhanede kumar oynamayı tamamen yasaklamak için gereken daha büyük güç, onun reklamını yapmayı yasaklamak için gereken daha az gücü içermektedir.⁶²⁷ Hükümetin, temelde yatan davranışı toptan yasaklayabildiği zamanlarda, ifadeler üzerindeki müdahaleler yoluyla talebi azaltmak gibi daha az müdahaleci adımlar atmasına da izin verilebilir.⁶²⁸

Mahkeme *Posadas* kararını takiben *Edge* kararı ile yine bir kumar türüne ilişkin düzenlemeleri Birinci Değişiklik açısından benzer bir yaklaşımla incelemiştir. Mahkeme öncelikle somut olayda piyangolar zararlı görüldüğünden kontrol altına alınması amacıyla çeşitli yasal düzenlemeler yapıldığından bahsetmiştir. Federal düzeyde uygulanan bir yasa, piyangoların reklamının yapılmasına dair genel bir yasak içerirken istisnai olarak eyalet tarafından yürütülen piyango faaliyetlerine izin verilen yerlerde, yine eyalet tarafından lisanslanmış gazeteler ile radyo ve televizyonlarda bunların reklamının yapılmasına izin verilecektir. Kuzey Karolina piyangoonun yasaklandığı bir eyaletken, Virginia piyangoyu devlet tekeli altında yasallaştırmayı

⁶²⁵ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 331-333 (1986).

⁶²⁶ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 344 (1986).

⁶²⁷ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 345-346 (1986).

⁶²⁸ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 346 (1986).

seçmiştir. Somut olayda yayıncı Edge, yayın lisansı Kuzey Karolina’da yetkili kamu kuruluşu tarafından verilmiş bir radyo istasyonu sahibi ve işleticisidir. Edge, Kuzey Karolina sınırları içerisinde faaliyet gösterse de Virginia sınırına yakın bir yerden yayın yapmaktadır. Böylelikle dinleyicilerinin yüzde doksanı Virginia’da kalanı ise Kuzey Karolina’da yer almaktadır. Edge, Kuzey Karolina halkına hizmet sunmak üzere lisanslı olduğundan Virginia’ya ait piyango reklamlarını yayınlamasına federal yasa tarafından getirilen kısıtlamanın Birinci Değişikliği ihlal ettiği iddiasını mahkeme önüne taşımıştır.⁶²⁹

Mahkeme yapılan müdahalenin *Hudson testi* çerçevesinde anayasallığına karar verirken yine *Posadas* kararında ortaya koyduğu gerekçeye atıf yaparak ilgili reklama temel teşkil eden faaliyetin yani bir kumar biçimi olarak piyangoların anayasal olarak korunan hiçbir hak içermediğini; daha ziyade tamamen yasaklanabilecek ve genelde yasaklanmış olan bir “zararlı faaliyet” olduğunu da göz önünde bulundurmıştır.⁶³⁰

Mahkeme’nin bu iki kararı eleştirilere sebep olmuş ve zararlı faaliyetlerin *Hudson testinin* uygulanmasının bir istisnası olup olmadığı tartışılmaya başlanmış, hatta zararlı faaliyetlere dair ticari ifadelerin korunma düzeyinin neredeyse sıfıra indirildiği ifade edilmiştir.⁶³¹

Ancak Mahkeme daha sonra ele aldığı dört kararı ile bu gerekçelendirmelerini terk etmiş ve *Hudson testinin* zararlı faaliyetlerde de aynı şekilde uygulanacağını belirtmiştir. Mahkeme’nin bu dört karar ile oluşturduğu ifade hiyerarşisi kapsamında, ticari ifadeler ile sıkı düzeyde korunan ticari olmayan ifadeler arasındaki ayrımı neredeyse ortadan kaldırdığı dahi belirtilmiştir.⁶³² Mahkeme’nin benzer olaylara dair incelemelerinin birbirinden bu kadar farklı olması dikkate değerdir.

İlk olarak *Rubin* kararında Mahkeme zararlı faaliyet olarak ele aldığı alkollü içeceklerle dair müdahaleleri ele almış ve bira şişelerinde yer alan etiketlerde alkol

⁶²⁹ United States v. Edge Broadcasting Company, 509 US 418, 421-427 (1993).

⁶³⁰ United States v. Edge Broadcasting Company, 509 US 418, 426 (1993).

⁶³¹ Hoefges, **Tobacco Advertising**, s. 268.

⁶³² Hoefges, **Tobacco Advertising**, s. 268-269.

oranın belirlenmesini yasaklayan düzenlemenin anayasal olmadığı sonucuna varmıştır. Burada hükümet, *Posadas* ve *Edge* kararlarına dayanarak *Hudson testinin* alkol tüketimi ve kumar gibi “toplumsal olarak zararlı” ancak yasal faaliyetleri teşvik eden reklamların düzenlenmesi lehine gevşetilmesi iddiasında bulunmuştur. Fakat bu iddia Mahkeme tarafından reddedilmiş ve bir nevi *Posadas* kararındaki görüşten de geri adım atılmıştır. Mahkeme *Posadas* kararında “kumarın tamamen yasaklanabilecek bir faaliyet olması sebebiyle buna dair reklamların da yasaklanabileceğinin ifade edildiğinin açık olduğunu”, ancak yapılan müdahalenin *Hudson testi*ni karşıladığına karar verildikten sonra bu sonuca ulaşıldığını belirtmiştir. Yani asıl olan *Hudson testinin* uygulanmasıdır ve zararlı faaliyetlere dair ticari ifadeler bir istisna değildir. Sonuç olarak *Posadas* ve *Edge* kararının “zararlı faaliyetlere” ilişkin ticari ifadelere geniş kapsamlı müdahalelerde bulunabilmek için güvenli bir liman olmadığı ve *Hudson testi* içerisinde bir katmanlaşma oluşturma gerekeceğine dikkat çekilmiştir.⁶³³

Mahkeme ele aldığı diğer kararlarında da bu bakış açısını sürdürmüştür. Örneğin *44 Liquormart*⁶³⁴ kararı ile satış yerleri dışında alkollü içeceklerin fiyatına atıfta bulunarak reklamlar yapmayı kategorik olarak yasaklayan bir düzenleme oybirliğiyle anayasaya aykırı bulunmuştur. Somut olayda 44 Liquormart adlı lisanslı bir alkol satıcısı, yayınladığı bir gazete reklamında somut bir fiyat bilgisi vermese de ürünlerin düşük fiyatlı olduğunu belirtmektedir. Satıcı burada yapılan zımni referansın yasağı ihlal ettiği gerekçesiyle 400 dolar para cezasına çarptırılmıştır.⁶³⁵ Mahkeme incelemesinde hükümetin *Posadas* kararına dayanan argümanlarını reddetmiştir. İlk olarak hükümet daha az kısıtlayıcı başka araçların da var olduğu durumlarda bu müdahalelerin toptan bir yasaklama kadar etkili olup olmayacağına karar vermenin yasama organının takdirine bağlı olduğunu iddia etmiştir.⁶³⁶ Ancak Mahkeme *Posadas* kararında yapılan analizin hatalı olduğunu, doğru ve yanıltıcı olmayan ticari ifadelerin

⁶³³ Rubin v. Coors Brewing Company, 514 US 476, 482-483 dp. 2 (1995); *Rubin* kararının ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Hoefges, Sanchez, **The Shifting Central Hudson Analysis**, s. 363-366; Wood, **Rubin v. Coors Brewing**, s. 612.

⁶³⁴ 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484 (1996).

⁶³⁵ 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484, 492 (1996).

⁶³⁶ Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328, 344 (1986).

daha az sınırlayıcı alternatifler varken tamamen yasaklanmasının anayasaya aykırı bulunduğu önceki kararlarından bir kopuş olduğuna ikna olunduğunu kabul etmiştir. Bu sebeple *Posadas* kararının son derece toleranslı yaklaşımı reddedilmelidir.⁶³⁷ Ayrıca bir faaliyeti tamamen yasaklamak için gereken daha büyük gücün, onun reklamını yapmayı yasaklamak için gereken daha az gücü de içerdiği argümanına⁶³⁸ dayanılarak, eyaletin isterse alkollü içeceklerin satışını tamamen yasaklayabileceği, bu sebeple reklamının yasaklanmasına da saygı gösterilmesi gerektiği iddia edilmiştir. Fakat Mahkeme ifadelerin eylemlerden daha az hayati olduğunu veya bir faaliyeti yasaklama gücünün, onun hakkında konuşmayı yasaklama gücünden zorunlu olarak daha büyük olduğu varsayımını reddetmiştir. Bu varsayım, bilginin serbest akışının demokratik bir toplumda oynadığı temel rolle uyumlu bulunmamıştır.⁶³⁹

Yine *Posadas* ve *Edge* kararlarına dayanılarak ileri sürülen, alkollü içeceklerin “zararlı” ürünler olduğu için hükümetin yasaklayıcı tavrına saygının gerektiği argümanı⁶⁴⁰ da reddedilmiş, Mahkeme bu iddiayı *Rubin* kararında reddettiğini⁶⁴¹ hatırlatmıştır. Buna göre Birinci Değişiklik tarafından korunan alanda bir zararlı faaliyet istisnası tanınmamıştır. Bunun sebebi hem zararlı faaliyetlerin kapsamını belirlemenin zor olması hem de hükümetin yasal faaliyetlere “zararlı” etiketi yerleştirmek gibi basit bir yöntemle sansürü haklı çıkarmasına yol açma tehlikesidir.⁶⁴²

Sonuç olarak zararlı faaliyetlere dair ticari ifadeleri yasaklama yetkisinin, bu tür davranışları yasaklama yetkisi kadar geniş olduğu bakış açısı açıkça terk edilmiş

⁶³⁷ 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484, 509-510 (1996).

⁶³⁸ *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 345-346 (1986).

⁶³⁹ 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484, 510-511 (1996).

⁶⁴⁰ *United States v. Edge Broadcasting Company*, 509 US 418, 426 (1993); *Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 346-347 (1986).

⁶⁴¹ *Rubin v. Coors Brewing Company*, 514 US 476, 482-483 dp. 2 (1995).

⁶⁴² 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484, 513-514 (1996); *Gretaer New Orleans* kararında da Mahkeme radyo ve televizyon yayınları yoluyla özel olarak işletilen kumarhaneler hakkında reklamların yapılmasının yasaklanmasına dair bir somut olayı incelemiş ve *Posadas* kararını reddeden bakış açısını sürdürmüştür. Bkz. *Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc. v. United States*, 527 US 173, 181-183 (1999); Kararın ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Langvardt, **Commercial Speech**, s. 624-639.

ve zararlı faaliyetlere dair ticari ifadelere yapılan müdahalelerin anayasallığının incelenmesinde *Hudson testinin* uygulanmasına devam edilmiştir.⁶⁴³

2.5. *Sorrell* Kararının Yarattığı Belirsizlik

Mahkeme'nin *Sorrell* kararında yaptığı inceleme ticari ifade özgürlüğü doktrini ve *Hudson testinin* geçerliliğine dair tartışmaları beraberinde getirmiştir. Mahkeme'nin *Sorrell* kararından sonra ticari ifade özgürlüğüne uygulanacak standardın esasını tartıştığı başka bir karar vermemiş olması bu alanda belirsizliğin sürmesine sebep olmuştur.⁶⁴⁴

Sorrell kararı ile doktorlar tarafından yazılan reçetelerden elde edilen bilgilerin “detaylandırma” sürecinde kullanımı ve satışını kısıtlayan yasal düzenlemelerin Birinci Değişikliğe uygunluğu incelenmiştir. Detaylandırma, ilaç üreticileri adına çalışan satış temsilcilerinin reçeteli ilaçları hastalarına reçete etmeleri için doktorlara tanıtmasına verilen isimdir. Satış temsilcileri doktorları belli bir ilacı reçete etmeye ikna etmek için düzenli olarak muayenehanelerini ziyaret ederek numuneler dağıtır ve doktorların ilaçlara dair sorularını yanıtlar. Satış temsilcileri doktorların yazdığı önceki reçeteler hakkında bilgi sahibi olduklarında hangi doktora hangi ilaç hakkında nasıl bir sunum yapacaklarını planlayarak satış sürecini daha verimli bir şekilde yürütebilir. Satıcıların bu bilgiye sahip olmasının yollarından biri eczanelerle ilişki kurmalarıdır. Federal bir yasanın bir doktor tarafından yazılan reçete sunulmadıkça reçeteli ilaçların satılmasını yasaklaması sebebiyle eczaneler doktorların reçete yazma alışkanlıkları hakkında temel bilgi kaynağıdır. Sağlık sigortası şirketleri de ilaç ücretlerini karşılamak için önce yazılan reçeteye ilişkin bilgilerin kendileriyle paylaşılmasını talep etmektedir. Eczacılar ve sigorta şirketleri bu yollarla elde ettikleri bilgileri genellikle veri madencilerine satarlar. Veri madencileri bu bilgileri analiz eder ve pazarlama sürecinde kullanılması için ilaç şirketlerine satmak üzere raporlar ve istatistikler hazırlarlar. Ancak bir yasa eczacıların, sigorta şirketlerinin ve diğerlerinin,

⁶⁴³ Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc. v. United States, 527 US 173, 181-183 (1999).

⁶⁴⁴ Thomson, *Commercial Speech*, s. 173.

bazı istisnalar dışında, reçetelere ilişkin bilgilerin reçete edenin izni olmadan ticari amaçla satmasını ve ilaç şirketleri ile satış temsilcilerinin bu bilgileri doktorun izni olmadan ticari amaçla kullanmasını yasaklamıştır. Söz konusu yasaklamanın Birinci Değişiklik kapsamında korunan haklarını ihlal ettiğini iddia eden üç veri madencisi ve bir ilaç üreticileri derneği somut olayı Mahkeme önüne taşımıştır.⁶⁴⁵

Sorrell Sorrell kararından önce Mahkeme, ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin ifadenin zaman, yer, yöntemine (**time, place, manner**) ilişkin veya içeriğine dayalı (**content-based**) olup olmadığına göre değişen bir inceleme yapmamış, her türlü müdahalenin Birinci Değişikliğe uygunluğunu *Hudson testi* çerçevesinde ve orta düzeyde incelemiştir.⁶⁴⁶ *Sorrell* kararında ise Mahkeme çoğunluğu daha önce ele alınan ticari ifade özgürlüğü davalarından farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Buradaki incelemesine göre Mahkeme ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin içeriğe (**content-based**) ve konuşmacıya dayalı (**speaker-based**) olduğunu tespit ederek başlamıştır. Devamında ise böyle bir müdahalenin “artırılmış yargısal denetime” (**heightened judicial scrutiny**) tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁴⁷

Ancak Mahkeme artırılmış yargısal denetimin, *Hudson testi* kapsamında uygulanan orta düzeyde incelemeden farkının ne olduğuna dair bir belirleme yapmamıştır. Bunun yerine somut olayda “*ticari ifadelere uygulanan koruma düzeyi ile daha sıkı düzeyde bir inceleme uygulanmasının sonuçlarının aynı olacağından*” bahsetmiş ve somut olayda yine *Hudson testi*ni uygulayarak müdahaleleri Birinci Değişikliğe aykırı bulmuştur. Aynı nedenle, Mahkeme söz konusu düzenlemeler tarafından ortaya konması engellenen tüm ifadelerin ticari olup olmadığını da

⁶⁴⁵ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 US 552, 557-561 (2011).

⁶⁴⁶ Richard Samp, “*Sorrell v. IMS Health: Protecting Free Speech or Resurrecting Lochner?*”, **Cato Supreme Court Review**, 2011, s. 129-130; Bu konu çalışmanın üçüncü bölümünün 2.2.4. başlığında incelendiğinden burada ayrıntılarına ayrıca değinilmemiştir.

⁶⁴⁷ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 US 552, 563-565 (2011); Oleg Shik, “The Central Hudson Zombie: For Better or Worse, Intermediate Tier Review Survives *Sorrell v. IMS Health*”, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, C. XXV, S. 2, 2015, s. 570-571; Thomson, **Commercial Speech**, s. 171.

belirlemenin gerekli olmadığını ifade etmiştir.⁶⁴⁸ Böylece ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin ne zaman artırılmış yargısal denetime tabi olması gerektiği veya bu denetimin gereklerinin neler olduğu belirlenmemiştir.⁶⁴⁹

Mahkeme artırılmış yargısal denetimin gerekliliğini önceki kararlarına atıfla belirtmiştir.⁶⁵⁰ Bu kararların her biri Mahkeme'nin, hükümetin ifadenin ortaya konmasını tamamen yasaklamadan içeriğine dayalı olarak müdahalede bulunduğu durumlarda artırılmış bir yargısal denetime tabi olacağını belirttiği kararlardır. Ancak burada örnek verilen kararlardan hiçbiri ticari ifade özgürlüğüyle ilgili değildir yahut içeriklerinde artırılmış yargısal denetimin ticari ifadeleri de kapsadığına dair bir ifade bulunmamaktadır.⁶⁵¹ *Sorrell* kararından önce hiçbir ticari ifade davasında artırılmış yargısal denetimin uygulanacağına dair bir ifade bulunmamaktadır.⁶⁵² Karara karşı oy yazan Yargıçlar da bu husus üzerinde durmuştur. Yargıç Breyer'ın karşı oyuna katılan, Yargıç Ginsburg ve Kagan, çoğunluğun uyguladığı daha sıkı ve artırılmış yargısal denetimin ticari ifadelere müdahale edildiğinde uygulanmasının gerekmediğini, somut olayda daha önce kullanılan inceleme standartlarının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁵³

Mahkeme'nin *Sorrell* kararındaki belirsiz ve tutarsız tavrının ticari ifade doktrinine etkisine dair çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşler *Sorrell* kararıyla *Hudson testinin* tamamen ortadan kaldırıldığını iddia edenlerle⁶⁵⁴, Mahkeme'nin *Hudson testini* yahut ticari ifadelere uyguladığı inceleme rejimini değiştirmeye isteksiz olması sebebiyle böylesi belirsiz bir karar verdiğini iddia edenler⁶⁵⁵ arasında iki uçta yer alır. Kimi yazarlara göre bu karar ile yeni bir koruma düzeyi oluşturulmuş ve ticari

⁶⁴⁸ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 US 552, 571-572 (2011).

⁶⁴⁹ Samp, *Sorrell v. IMS Health*, s. 135.

⁶⁵⁰ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 US 552, 566 (2011).

⁶⁵¹ Samp, *Sorrell v. IMS Health*, s. 133-134.

⁶⁵² Shik, *Sorrell v. IMS Health*, s. 571-572.

⁶⁵³ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 US 552, Yargıç Ginsburg ve Kagan'ın katıldığı Yargıç Breyer'ın karşı oyu 580-581 (2011).

⁶⁵⁴ Jonathan Weinberg, "On Commercial—and Corporate—Speech", *Marquette Law Review*, C. XCIX, 2016, s. 569.

⁶⁵⁵ Samp, *Sorrell v. IMS Health*, s. 130.

ve ticari olmayan ifadeler arasındaki ayrım iyice dar bir hale getirilmiştir.⁶⁵⁶ Örneğin Thomson’a göre *Sorrell* kararı *Hudson testi*ni açıkça ortadan kaldırmasa da bunun ilk adımıdır. Bundan sonra ticari ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale incelenirken, önceki kararlardan farklı olarak, ilk olarak müdahalenin içerik veya konuşmacıya dayalı olup olmadığı sorgulanacaktır. Eğer öyleyse ticari olmayan ifadelere yapılan müdahalelere yapılan incelemeye benzer şekilde, müdahalenin Birinci Değişikliğe aykırı olduğu varsayımıyla hareket edilecektir. Daha sonra hükümetin müdahalesini artırılmış yargısal denetim düzeyini karşılayacak şekilde Birinci Değişiklik ile tutarlı olup olmadığını gösterip gösteremediği değerlendirilecektir. *Hudson testi* uygulanmaya devam edilecekse de *Sorrell* kararında uygulandığı şekliyle sıkı düzeyde incelemeden çok az farklı şekilde uygulanmalıdır.⁶⁵⁷ *Sorrell* kararı ile Mahkeme, *Hudson testi*nin uzun süredir orta düzeyde koruduğu ticari ifadelere dair bakış açısını nispeten fark ettirmeden değiştirmiş ve sıkı inceleme düzeyine daha da yaklaştırmıştır.⁶⁵⁸

Ayrıca ticari ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin içeriğe dayalı olup olmadığının incelenmesinin ticari ifade doktrini tutarsız hale getireceği de ifade edilmektedir. Tanımı gereği ticari ifade doktrini içeriği itibarıyla ticari olduğu belirlenen ifadelere uygulanmaktadır.⁶⁵⁹

Görüldüğü üzere Mahkeme’nin artırılmış yargısal denetimin nasıl uygulanacağını *Sorrell* veya diğer kararlarında⁶⁶⁰ açıklamamış olması, kararın Birinci Değişiklik ve ticari ifade doktrini açısından neye işaret ettiğine dair çeşitli yorumların yapılmasına kapı aralamaktadır. Bu nedenle Mahkeme’nin gelecekte vereceği kararlarla konumunu netleştirmesini beklemek makul gözükmemektedir.⁶⁶¹ Doktrinde

⁶⁵⁶ Thomson, **Commercial Speech**, s. 171; Nat Stern, Mark Joseph Stern, “Advancing an Adaptive Standard of Strict Scrutiny for Content-Based Commercial Speech Regulation”, **University of Richmond Law Review**, C. XLVII, S. 4, 2013, s. 1171.

⁶⁵⁷ Thomson, **Commercial Speech**, s. 201.

⁶⁵⁸ Shik, **Sorrell v. IMS Health**, s. 569.

⁶⁵⁹ Tamara Piety, “‘A Necessary Cost of Freedom’? The Incoherence of *Sorrell v. IMS*”, **Alabama Law Review**, C. LXIV, S. 1, 2012, s. 1.

⁶⁶⁰ Bkz. *Barr v. American Association of Political Consultants Inc.*, 591 US ____ (2020).

⁶⁶¹ Samp, **Sorrell v. IMS Health**, s. 129-133; *Sorrell* kararı yerel mahkemelerin kararlarında da belirsizliklere yol açmıştır. Çoğu yerel mahkeme bu kararın *Hudson testi*ni veya ticari ifadelere uygulanan koruma düzeyini değiştirdiğine dair bir yorum yapmakta isteksiz olsa da nadiren de olsa bu

Mahkeme artırılmış yargısal denetim kavramının açık bir analizini yapana kadar *Hudson testinin* daha önce uygulandığı haliyle uygulanmaya devam edilmesi önerilmektedir. Bu görüşü paylaşan yazarlara göre eğer Mahkeme içeriğe ve konuşmacıya dayalı müdahalelerin sıkı düzeyde incelenmesini isteseydi bunu açıkça ifade ederdi. Ancak bu tercih edilmeyerek yine *Hudson testinin* ve orta düzeyde inceleme standardının uygulanması böyle bir yolun tercih edilmediğini göstermektedir.⁶⁶²



yönde yorum yapan mahkemeler mevcuttur. Thomson, **Commercial Speech**, s. 171; Lee Mason, “Content Neutrality and Commercial Speech Doctrine after ‘Reed v Town of Gilbert’”, **The University of Chicago Law Review**, C. LXXXIV, S. 2, 2017, s. 958; Örneğin alkollü içeceklerin reklamına dair iki benzer somut olayda alt derece mahkemeleri birbirinden farklı kararlar vermiştir. Bu farklılığın temel sebebi mahkemelerden birinin Hudson testinin geleneksel halini kullanarak karar vermesi diğerinin ise *Sorrell* kararıyla yeni bir standart oluşturulduğundan bahisle Hudson testinin daha sıkı düzeyde uygulanacağını kabul etmesidir. John M. Middleton, “Regulations in Alcohol Advertising: Scrutiny Applied to Commercial Speech”, **Business, Entrepreneurship & Tax Law Review**, C. V, S. 1, 2021, s. 111.

⁶⁶² Shik, *Sorrell v. IMS Health*, s. 564

SONUÇ

Çalışma kapsamında birinci bölümde ticari ifade kavramı incelenmiş, ticari ifadenin tanımı ve kapsamına ilişkin akademik görüşler ve Mahkeme'nin belirlediği kriterler anlaşılmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde ticari ifadelerin ifade özgürlüğünün koruduğu değerler içerisinde kendisine yer bulup bulamadığı tartışılmıştır. Burada öncelikle ifade özgürlüğü kapsamında korunan ifadelerin neden değerli olduğu sorusuna cevap aranmış, daha sonra ticari ifadelerin de bu değerlere sahip olup olmadığı incelenmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümü ise Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin ticari ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin anayasaya uygunluğunun denetiminde nasıl bir inceleme yaptığının tarihsel bir bakış açısıyla incelenmesine ayrılmıştır.

Birinci bölümde ortaya konduğu üzere ticari ifadenin tanımı ve kapsamı konusunda yazarlarca çok farklı görüşlerin ortaya atıldığı ve Mahkeme'nin de bazı kriterler ortaya koymakla birlikte konuyu tam olarak netleştirmedeğini söylemek yanlış olmayacaktır. Mahkeme, ticari ifadeleri öncelikle ve halen “*ticari bir işlem önermekten başka bir şey yapmayan ifadeler*” olarak tanımlamış ve bir ifadenin ticari işlemlerle yakın bağlantı içerisinde olmasını aramıştır. Ancak her ifadenin sadece ticari unsurlardan oluşmadığı ve çoğu zaman ticari olmayan unsurların da ifadenin içeriğine dahil olduğu görüldüğünde konu daha zor bir hal almaya başlamıştır.

Mahkeme'nin kararları incelendiğinde başta *Bolger testi*yle belirlenen kriterler olmak üzere birçok farklı faktörün ifadenin hangi kategori içerisinde değerlendirileceğini etkilediği görülmektedir. Hangi faktöre nasıl bir ağırlık verileceği somut olayın özelliklerine göre belirlenen *Bolger testi*nde, ifadenin reklam biçiminde olup olmadığı, ifadenin belirli bir ürün veya hizmetle ilgili olup olmadığı ve ifadeyi ortaya koyanın ekonomik bir motivasyona sahip olup olmadığı dikkate alınacaktır. İlk kriter açısından bakıldığında her türlü reklamın ticari ifade kategorisi içerisinde değerlendirilmediği görülmektedir. Ticari reklamların ürün veya hizmetlerin satışını amaçlayarak fiyat, kalite, mevcudiyet vb. hakkında bilgiler içermesi bakımından ticari ifade olarak değerlendirilmeleri kolaydır. Ancak doğrudan ticari bir ürün veya hizmete

atıfta bulunmadan, ticari bir aktör olarak özellikle şirketlerin kimi reklamlarının nasıl değerlendirileceği tartışma konusudur.

Bu kapsamda çalışmada öncelikli olarak “doğrudan imaj reklamcılığı” kavramsallaştırması altında şirketlerin kendileri, faaliyetleri ve şirket politikaları hakkında ifadelerini içeren reklamları ve Mahkeme’nin *Nike* kararı incelenmiştir. *Nike* kararında yer alan ifadelerin niteliğine dair tartışmaların, Mahkeme’nin davanın esasına dair bir karar vermemesi sebebiyle netleştirilemediği ve bu türden reklamların hangi kategori içerisinde değerlendirileceğinin içtihadı bakımından belirli olmadığı söylenebilir. Daha sonra ise “doğrudan konu reklamcılığı” kavramı altında şirketlerin kamusal konulara dair görüşlerini “doğrudan” ortaya koyduğu reklamların nasıl değerlendirileceği ele alınmaya çalışılmıştır. Mahkeme’nin kamusal tartışmalara katılım bakımından, ifadeyi ortaya koyanın kimliğine dayalı bir ayırım yapmadığı görülmektedir. Sonuçta ortaya koyan bir şirket dahi olsa ifadenin içeriği “doğrudan” kamusal bir konuya dair olduğunda ticari olmayan ifade olarak ele alındığı görülmektedir. Burada sorunun başlangıç noktası ise Mahkeme’nin *Bolger* kararında da açıkça ifade ettiği şekliyle “*bir ticari işlem teklifini kamusal bir tartışmayla ilişkilendiren*” ifadelerin ticari ifade olarak değerlendirilmesidir. “*Doğrudan*” ve “*ilişkilendirmek*” arasındaki sınırın nasıl çizileceği konusunda oluşan belirsizlik hakkında Mahkeme yine bir kriter koymaya çalışmıştır.

Riley kararında Mahkeme’nin “*ayrılmaz bir şekilde iç içe olma*” kriteri ile soyut olarak ticari olan bir ifadenin, ticari olmayan bir ifadeyle ayrılmaz bir şekilde iç içe olması durumunda, ifadenin doğası ve ticari kısmın ifadenin bütünü üzerindeki etkisine bakarak karar verdiği görülmektedir. Eğer ticari ve ticari olmayan ifadeler ayrılmaz bir şekilde iç içe geçmiş ise ifadeyi parçalara bölmek yerine ifadenin tümü ticari olmayan ifade olarak değerlendirilecektir. Fakat burada da ifadenin doğası ve ayrılmazlık kriteri geniş bir takdir yetkisi içermesi bakımından eleştirilmiştir.

Bolger testi açısından bir diğer önemli husus da ifadenin belirli bir ürün veya hizmetle ilgili olup olmadığıdır. Ancak bu kriter sağlanmış olsa da ifadeyi ortaya koyanın ekonomik amaçlarla hareket ediyor olması da önemlidir. Tüketici raporları örneğinde olduğu gibi belirli bir ürün veya hizmetle ilgili olmasına rağmen, ekonomik

bir motivasyon olmaksızın tüketicilerin korunması veya bilgilendirilmesi amacıyla ortaya konan ifadeler ticari değildir. Bunun yanında ifadeyi ortaya koyanın ekonomik motivasyonunun belirlenmesi de sadece bir satış işleminin gerçekleştirilmesi veya kişinin ifadeyi ortaya koymakla maddi bir çıkar elde etmesine bağlı değildir. Mahkeme'ye göre sonucunda maddi bir çıkar sağlanıyor olsa da kitap satışı, film yapımcılığı veya dini yayma faaliyeti kapsamında kutsal kitapların satılması örneklerinde ticari ifade söz konusu değildir. Bir avukatın potansiyel bir müvekkile kendisiyle hukuki işlerini yürütmesi için talepte bulunması ifade sahibinin taşıdığı ekonomik motivasyon sebebiyle ticari ifade olarak değerlendirilirken, başka bir avukatın bir insan hakları savunuculuğu hareketine dahil olarak hakları ihlal edilen kişilere ücretsiz hukuki yardımda bulunacağını açıklaması ticari ifade olarak değerlendirilmemiştir.

Ticari unvanlara bakıldığında, bazı farklılıkları mevcut olsa da ticari ifade olarak ele alındıkları görülürken ticari markaların hangi ifade kategorisi içerisinde değerlendirileceklerinin net olmadığı anlaşılmaktadır. Ticari markaların ticari yönü dışında kamusal tartışmalara da değinecek şekilde kullanılması hangi kategoride ele alınacaklarına dair bir şüpheyi beraberinde getirmektedir. Nitekim Mahkeme de bu şüpheyi aşacak bir açıklama yapmaksızın ticari markaların hangi kategori içerisinde değerlendirilecekleri sorusunu cevapsız bırakmıştır.

Görüldüğü üzere ticari ifadenin tanımlanması ve kapsamı, ifadenin hangi düzeyde korunacağına etki etmesi sebebiyle temel öneme sahip bir konudur fakat bir o kadar da karmaşıktır. Mahkeme'nin ifadenin ticariliğine dair incelemesi başta ifadenin ticari işlem teklifi içerip içermediği ve *Bolger testi* olmak üzere, *Riley* kararında ortaya konan kriterlere kadar uzanmaktadır. Fakat Mahkeme çoğu zaman somut olayın şartlarına dayanarak ifadenin ticariliğine karar vermiş, testleri bir süreklilik içerisinde uygulamamıştır. Dahası söz konusu testlerin gerekleri de açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu sebeple ticari ifade kategorisinin sınırlarını şüpheden uzak şekilde belirlemenin zor olduğu sonucuna kolayca ulaşılabilir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise ticari ifadelerin ifade özgürlüğünün koruduğu değerler içerisinde yer bulup bulamayacağına dair çeşitli teoriler incelenmiştir. Bu

incelemede öncelikle doktrinde yazarlarca ortaya konan görüşler ve daha sonra Mahkeme'nin bu teorilerin hangilerinden kararlarında faydalandığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda demokrasiye dayanan teori, bireyi temel alan teori, hakikatin keşfine dayanan teori, hoşgörü ve çoğulculuğa dayanan teori, istikrar ve değişim arasındaki dengeyi gözeten teori ve denetim değerine dayanan teori kapsamında ifade özgürlüğünün nasıl temellendirildiği incelenmiştir. Daha sonra ise bu teorilerin ticari ifade özgürlüğü özelinde nasıl bir değerlendirme yaptığı anlaşılmaya çalışılmıştır.

İlk olarak demokrasiye dayanan teori kapsamında ifade özgürlüğünün “*kendi kendini yönetime*” katkısı açısından ele alındığı, politik karar verme süreçlerine katılımın sağlanması ve politik ifadelerin temellendirilmesinde ağırlıklı olarak kullanıldığı belirlenmiştir. Bu teoriyi kullanarak Birinci Değişikliğin yalnızca kendi kendini yönetim süreciyle ilgili ifadelerle mutlak bir anayasal güvence sağladığı, ancak kişisel ifadelerin veya ifadenin içindeki kişisel çıkarların Birinci Değişikliğin koruması kapsamında olmadığını ileri süren Alexander Meiklejohn'un fikirleri incelenmiştir. Meiklejohn'a göre ticari ifadeler de kişisel olarak kâr amacı güttüğünden Birinci Değişiklik ve ifade özgürlüğü alanında korunmayacaktır.

Daha sonra bireyi temel alan teoriler kapsamında ifade özgürlüğünü “*bireysel kendini gerçekleştirme*” değeri ile ifadenin alıcısının çıkarları açısından temellendiren Martin Redish ve “*özgürlük teorisi*” ile bireysel özerklik ve ifadenin sahibinin çıkarlarını inceleyen Edwin Baker'ın görüşlerine yer verilmiştir. Özellikle Redish'in teorisinde ifade özgürlüğü, kendi kendini yönetimin anlamı genişletilerek, politik karar alma süreçlerine katılım dışında, kişinin yaşamını etkileyen tüm karar alma süreçlerinde bilgiye dayanan ve bilinçli kararlar almasına yardımcı olacak serbest bir bilgi ve fikir akışını sağlaması bakımından değeriyle ele alınmıştır. Bu açıdan Redish, bireye yaşamını etkileyen kararları verme noktasında yardımcı olması ve buradan hareketle bireysel kendini gerçekleştirmeye olan katkısı sebebiyle ticari ifadelerin de ifade özgürlüğü kapsamında korunacağı sonucuna ulaşmıştır.

Edwin Baker ise ifadeyi ortaya koyana odaklanarak bireysel bütünlük ve özerkliğe saygının, kişinin asli değerlerine karşılık gelecek ifadeler yoluyla etkileşime

geçerek diğerlerini etkileme ve kendini geliştirme hakkının kabulünü gerektirdiğini belirtmiştir. Baker’a göre “zorlayıcı ifade” söz konusu olmadıkça, bireysel kendini gerçekleştirmeyi ve kendi kaderini tayin etmeyi geliştirmenin bir yolu olan ifadeler ifade özgürlüğü kapsamında korunacaktır. Ancak üç tür durumda zorlayıcı ifade mevcuttur. Ortaya konup konmayacağına dair seçimin ve içeriğinin, ifadeyi ortaya koyanın özgür iradesine bağlı olmadığı ifadeler, ifade sahibinin asli değerlerinin tezahürü olarak değerlendirilemez ve bu durumda zorlayıcı ifade söz konusudur. Ticari ifadeler de kullanımının piyasa güçleri tarafından dikte edilmesi sebebiyle bir özgürlük kullanımı olmadığından zorlayıcı ifadedir ve ifade özgürlüğü kapsamında değildir.

Hakikatin keşfine dayanan teori bakımından ise ifade özgürlüğü hakikate ulaşmanın bir aracı olarak fikirlerin serbest ve yarışmacı bir açık tartışma ortamında ortaya konulduğu fikir piyasasının oluşturulmasına katkısı sebebiyle değerlidir. Bu kapsamda öncelikle teorinin temelini dayandırdığı John Milton ve John Stuart Mill’in görüşlerine yer verilmiştir.

Ayrıca ifade özgürlüğünü toplumdaki hoşgörüyü sağlama işlevi sebebiyle değerli gören hoşgörü ve çoğulculuğa dayanan teori, toplumun istikrar ve değişim arasındaki dengeyi sağlaması işlevine dayandıran teori ve ifade özgürlüğünün kamusal gücün kötüye kullanılmasını kontrol etme noktasında yerine getirdiği işlev sebebiyle de değerli olduğu fikrini savunan Vincent Blasi’nin denetim değerine dayanan teorisi kapsamında ifade özgürlüğünün nasıl temellendirildiği incelenmiştir. Bu teoriler nitelikleri gereği ticari ifade özgürlüğü açısından bir değerlendirmeye tabi tutulmamıştır.

Bu teoriler dışında ticari ifade özgürlüğü özelinde ortaya çıkan ve devletin ekonomiyi düzenleme yetkisine dayanan görüşler çerçevesinde ticari ifadelerin nasıl değerlendirileceği ele alınmıştır. Bu görüş “daha büyük gücün daha az olanı içerdiği” argümanını kullanarak ekonomik faaliyetlerin çeşitli amaçlarla müdahalelere tabi tutulması büyük gücünün, bu faaliyetlerle kaçınılmaz bir şekilde ilişkisi olan ifadelere müdahale etmeye dair daha az gücü de içerdiğini kabul eder. Buna göre ticari ifadelere yapılan müdahaleler ekonomik piyasaya müdahale eden diğer düzenlemelerden farklı olmadığından meşru görülmelidir.

Daha sonra Mahkeme'nin ifade özgürlüğü ve özelde ticari ifade özgürlüğü temellendirmesinde bu teorilerin hangilerinden faydalandığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Mahkeme'nin kararlarında bireye dayanan teoriler ve Baker'a benzer şekilde kişinin kendini ifade etmesinden kaynaklanan çıkarı Birinci Değişiklik alanında koruduğu görülmektedir. Fakat sadece ifadeyi ortaya koyanın kendini ifade etmesi değil ayrıca bir dinleme veya bilgi alma hakkı da korunmaktadır. Böylece hem ifade sahibinin hem de ifadenin alıcısının korunduğu özgür bir tartışma ortamını ifade etmek üzere ve hakikatin keşfine dayanan teori takip edilerek “fikirlerin serbest piyasası anlayışı” ortaya çıkmıştır. Fikirlerin serbest piyasasında sadece kamusal meselelerle ilgili ifadeler korunmayacaktır. Mahkeme, demokrasiye dayanan teorinin Meiklejohn tarafından ortaya konan yorumuna da benzer olarak, Birinci Değişikliğin demokrasi ve kendi kendini yönetim açısından katkısını birincil olarak ele almaktadır. Ek olarak kişisel karar alma süreçlerinde en doğru yargıya ulaşılabilmesi için felsefi, sanatsal, ekonomik, ahlaki konularda çeşitli işlevlere sahip ifadelerin de koruma kapsamında olduğunu belirtmiştir. Böylece Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün temellendirilmesi ve koruduğu değerler alanında birden fazla teoriyi birlikte kullandığı görülmektedir.

Ticari ifadeler söz konusu olduğunda ise Mahkeme, ayrıntılı tartışmalar yürütmeksizin, ticari ifadenin “*bilgilendirme işlevi*” olduğunu ve fikir piyasasında değersiz olmadığını kabul etmektedir. Ticari ifade ile önerilen ticari işlemin alıcı tarafı ve tüketicilerin serbest ticari bilgi akışından elde edecekleri güçlü bir çıkar vardır. Özellikle tüketiciler ticari ifadenin içerdiği ticari bilgileri kişisel ekonomik kararlarını bilgiye dayanan ve kendileri için en iyi olacağını düşündükleri şekilde vermek üzere kullanacaklardır. Mahkeme'ye göre ticari bir ifade ticari işlemin tarafları dışında toplumsal çıkarlara ve demokrasiye de katkıda bulunur. Mahkeme burada Redish'e benzer şekilde genişletici bir yorum yaparak, serbest teşebbüs hürriyetine dayalı bir ekonomik sistemin varlığı sebebiyle kişisel ekonomik kararların bilgiye dayanan bir şekilde verilmesinin kamu yararını da ilgilendirdiği sonucuna ulaşmıştır. Bu sebeple ticari alanda serbest bir bilgi akışı vazgeçilmezdir.

Böylelikle Mahkeme ticari ifadelerin, ilki tüketicilerin kişisel satın alma kararlarının doğru şekilde verilmesine dair daha somut, yakın ve doğrudan etkilerine odaklanan, ikincisi ise ekonomik düzenin şekillenmesine etkisi sebebiyle kamu yararına dair dolaylı faydasını vurgulayan çoklu bir analizine başvurmuştur. Ancak ticari ifadelerle ticari olmayanlar arasında bir “sağduyu farklılığı” mevcut olduğuna ve bu sebeple farklı düzeyde korunmaları gerektiğine hükmedilmiştir. Mahkeme buradaki tartışmalı sağduyu farklılığı kavramının anlamını netleştirmemiş, sadece ticari ifadelerin ticari olmayanlara göre ‘caydırıcı etkiye karşı daha dayanıklı’ ve daha ‘kolay bir şekilde doğrulanabilir’ olduğundan bahisle farklı bir düzeyde korunması gerektiğini ifade etmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise ticari ifadelere uygulanacak koruma düzeyi ve bu düzeyin gereklerine odaklanılarak Mahkeme’nin kararlarında ticari ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin ifade özgürlüğü hakkını koruma altına alan Birinci Değişiklik kapsamında anayasaya uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde hangi ölçütleri kullandığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu tespit yapılırken tarihsel bir bakış açısıyla hareket edilmesi, ölçütlerin değişim ve gelişiminin daha net bir şekilde görülmesine hizmet etmektedir.

Mahkeme’nin ticari bir ifadeye yapılan müdahalenin anayasallığını değerlendirdiği ilk kararı olan 1942 tarihli *Valentine* kararında ticari ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında yer almadığına ilişkin belirlemesinden kademeli olarak vazgeçtiği görülmektedir. 1976 tarihine gelindiğinde Mahkeme *Virginia* kararı ile görüşünü tamamen değiştirerek ticari ifadelerin de ifade özgürlüğü kapsamında korunduğunu kabul etmiştir. *Virginia* kararının verilmesi ile ticari ifade özgürlüğüne ilişkin hangi müdahalelerin anayasal sınırlar içerisinde yapılabileceğine dair belli bir anlayış gelişmiş ve bir süre bu karardaki ölçütlere göre değerlendirme yapılmış olsa da yeterli olmamıştır.

Virginia kararıyla ticari ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında olduğuna karar verilmiş olsa da ticari olmayan ifadelere göre ikincil bir düzeyde korunmaları kabul edilmiştir. Bunun anlamı ticari olmayan ifadelere uygulanan bazı doktrinlerin ticari ifadeler söz konusu olduğunda hiç veya aynı şekilde uygulanmamasıdır. Daha da

önemlisi Mahkeme'nin ticari olmayan ifadelere yapılan müdahaleleri aşılması zor bir standart olan sıkı inceleme düzeyinde incelerken, ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri daha az sıkı olan “orta düzeyde” korumasıdır. İkincil düzeyde korunmanın anlamı ve orta düzeyde incelemenin nasıl yapılacağına netleştirilmesi için ise diğer kararları beklemek gerekmiştir.

Mahkeme 1980 yılında verdiği *Central Hudson* kararı ile ticari ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri değerlendirmek üzere dört basamaklı bir test oluşturmuştur. Bu teste göre birinci basamak altında ticari ifadenin yasal bir faaliyetle ilgili olması ve yanıltıcı olmaması aranacaktır. Ticari olmayan ifadelerden farklı olarak ticari ifadelerin yanıltıcılığı ve yanıltıcılığına tolerans gösterilmemektedir. İkinci basamakta ise hükümetin ticari ifadelere müdahalede bulunmak için “önemli” bir hükümet amacı ileri sürmesi beklenmektedir. Ticari olmayan ifadelerde uygulanan sıkı düzeyde incelemenin gerektirdiği “zorlayıcı” hükümet amacı ile kıyaslandığında önemli bir hükümet amacının varlığının ispatlanması daha kolaydır. Üçüncü ve dördüncü basamak ise bir ölçülülük değerlendirmesi içerir. Üçüncü basamakta yapılan hükümet müdahalesinin önemli hükümet amacına “doğrudan” katkıda bulunduğu gösterilmelidir. Son olarak testin dördüncü basamağında hükümet müdahalesinin gerekenden daha kapsamlı olmaması aranacaktır. Bu basamak ticari olmayan ifadelere uygulanan sıkı inceleme düzeyinin gerektirdiği “en az kısıtlayıcı aracın seçilmesi” kıstasından daha esnek bir değerlendirmenin yapılmasını gerektirmektedir.

Testin her bir basamağının nasıl uygulanacağı konusunda tartışmalar mevcuttur. Gerek test oluşturulurken kullanılan dilin yoruma açık olması gerek Mahkeme'nin testi uygulayarak verdiği kararlarında sergilediği tutarsız tavır soru işaretlerini artırarak tartışmalara sebep olmuş ve özellikle alt derece mahkemelerinin birbirinden farklı kararlar vermesine yol açmıştır. Örneğin testin birinci basamağı açısından ticari ifadenin yasadışı bir faaliyetle ilgili olup olmadığının tespiti kolay olsa da yanıltıcı nitelikte olup olmadığının belirlenmesi bu kadar kolay değildir. Mahkeme ifadenin yanıltıcı olup olmadığına karar verirken soyut düzeyde ve somut olayda yanıltıcı olup olmadığını incelemektedir, ancak yanıltıcılığın ölçütü konusunda bir kriter bulunmamaktadır.

Testin ikinci basamağı hakkında karar verilmesi en kolay olan basamaktır denilebilir. Kamu yararına ilişkin olduğu sürece öne sürülen hükümet çıkarlarının önemli olduğu genellikle kabul edilmiştir. Önemli bir hükümet çıkarının tespit edilemediği kararlar istisnaidir ve çalışmada incelenmiştir.

Üçüncü basamakta ise bir müdahalenin, hükümet tarafından öne sürülen amaçlara “doğrudan” ve “esaslı” bir katkı sağladığı gösterilmelidir. Bunun için hükümet, ticari ifadenin ortaya konulması ile sebep olunan zararların gerçek olduğunu ve müdahalenin bu zararı esaslı bir şekilde hafifleteceğini göstermelidir. Burada spekülasyon veya varsayımları yeterli görmeyen Mahkeme, müdahalenin önemli hükümet çıkarına doğrudan katkısının nasıl ispat edilmesi gerektiği konusunda ise açık değildir.

Dördüncü basamak açısından ise en az kısıtlayıcı aracın seçilmesinin gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuştur. Ancak kararlarında kullandığı çelişkili dilin varlığını kabul eden Mahkeme, *Fox* kararıyla dördüncü basamakta yer alan gereklilik ölçütünün esnek bir yoruma tabi tutulması gerektiğine karar vermiştir. Buna göre ticari ifade özgürlüğüne müdahale edilirken seçilen araç, önemli bir hükümet çıkarına hizmet etmek için “*dar bir şekilde çizildiği*” sürece müdahale anayasaya uygundur. Bunun dışında ticari olmayan ifadelerde aranan daha az kısıtlayıcı tüm alternatif araçların ortadan kaldırılması gerekliliği aranmayacaktır.

Hudson testinin ifade özgürlüğüne yapılan her türlü müdahalenin denetiminde kullanılıp kullanılmayacağına dair de bazı soru işaretleri mevcuttur. Alkol ve sigara gibi yasal ancak sağlığa zararlı ürünlere dair ticari ifadeler söz konusu olduğunda *Hudson* testinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması Mahkeme’nin *Posadas* kararıyla ortaya çıkmıştır. Bu kararda zararlı faaliyetlerle ilgili ticari ifadeler söz konusu olduğunda düzenleyici aracın seçiminin “yasama organının takdirine” bağlı olacağını belirten Mahkeme, bu düşüncesini müdahalelere konu olan esas davranışın anayasal olarak korunmaması ve hükümet tarafından tamamen yasaklanabilirliğine dayandırmıştır. Mahkeme’nin kumarhanede kumar oynamayı tamamen yasaklamak için gereken daha büyük gücün, onun reklamını yapmayı yasaklamak için gereken daha az gücü içerdiği argümanı, uzun süren tartışmalara sebep olmuştur. Mahkeme

daha sonraki kararlarında bu gerekçelendirmesinin hatalı olduğunu açıkça kabul ederek bakış açısını değiştirmiştir.

Hudson testinin basamaklarının nasıl uygulanacağı dışında genel anlamda geçerliliğine dair tartışmalar da ilk günden beri mevcuttur. Doktrindeki tartışmaların yanı sıra Mahkeme üyeleri arasındaki derin görüş farklılıklarını yansıtan kararlar çalışmada incelenmiştir. Özellikle 44 *Liquormart* kararı tüm yargıçların yapılan müdahalenin Birinci Değişikliğe aykırı olduğu konusunda hem fikir olmalarına rağmen *Hudson testinin* uygulanıp uygulanmaması yahut ne şekilde uygulanacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürmüş olmaları bakımından dikkate değerdir.

Mahkeme daha sonraki kararlarında *Hudson testi* yerine geçecek başka bir standart oluşturmayı reddetmiş olsa da *Sorrell* kararında içeriğe dayalı müdahalelerin “artırılmış inceleme” düzeyinde incelenmesi gerektiğini ifade etmesi bu konuda yeni bir adım olarak nitelendirilmiştir. Ancak artırılmış inceleme esasen ticari olmayan ifadeler için kullanılan ve daha önce ticari ifadeler açısından hiç değinilmeyen bir kavramdır. Buna rağmen Mahkeme bu inceleme düzeyinin ticari ifadeler açısından kullanılıp kullanılamayacağı veya *Hudson testinden* farklılığına dair bir açıklama yapmamıştır. Hatta kararın devamında yine *Hudson testi* çerçevesinde yaptığı incelemeye sonuca ulaşmıştır. Yine de bu tutum ticari ifade doktrini ve *Hudson testinin* geçerliliğine ilişkin belirsizliği tetikleyerek alt derece mahkemeleri arasındaki görüş ayrılıklarını da artırmıştır.

Görüldüğü üzere çalışmada üç bölümde ve Amerikan Yüksek Mahkemesi örneği özelinde ele alınan ticari ifade özgürlüğü doktrini tanımı, kapsamı, temellendirilmesi ve uygulanacak koruma düzeyi açısından hayli tartışmalı yapısını ortaya çıktığı ilk günden beri korumaktadır. Özellikle birbirine yakın tarihlerde ve benzer somut olaylarda verdiği kararlarında Mahkeme’nin kararsız tutumu ve yaptığı gerekçelendirmelerden sıkça geri adım atması ticari ifade özgürlüğüne uygulanacak koruma düzeyi ve sınırlama ölçütleri konusunda tutarlı bir yaklaşım sergilenmediğini açıkça göstermektedir. Mahkeme’nin kafa karıştırıcı ve değişken ticari ifade

özgürlüğü anlayışını neredeyse mutlak düzeyde bir koruma ile hiç korumama arasında gidip gelen bir sarkaca benzetmek mümkündür.⁶⁶³



⁶⁶³ Gollin, **Central Hudson Balancing Test**, s. 873-874.

KAYNAKÇA

- Adler, Jonathan H.: “Compelled Commercial Speech and the Consumer Right to Know”, **Arizona Law Review**, C. LVIII, S. 2, 2016, s. 421-477.
- Alderman, Richard M.: “Commercial Entities’ Noncommercial Speech: A Contradiction in Terms”, **Utah Law Review**, C. MCMLXXXII, S. 4, 1982, s. 731-762.
- Alexander, Larry: “Redish on Freedom of Speech”, **Northwestern University Law Review**, C. CVII, S. 2, 2013, s. 593-602.
- Amdur, Robert: “Scanlon on Freedom of Expression”, **Philosophy & Public Affairs**, C. IX, S. 3, 1980, s. 287- 300.
- Annett, Meaghan: “When Trademark Law Met Constitutional Law: How a Commercial Speech Theory Can Save the Lanham Act”, **Boston College Law Review**, C. LXI, 2020, s. 253-293.
- Arslan, Zühtü: “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Ed. Zühtü Arslan, Ankara, Liberte Yayınları, 2003.
- Aydın, Öykü Didem: “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü

Sınırlamanın Anayasallığı - ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi ve AİHS Sözleşmesi'nin 10. Maddesi Zemininden Hareket Eden Bir Kuram Çatısı", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 2, 2011, s. 26-63.

Badamchi, Devrim Kabasakal:

"Justifications of Freedom of Speech: Towards A Double-Grounded Non-Consequentialist Approach", **Philosophy and Social Criticism**, C. XLI, S. 9, 2015, s. 907-927.

Baker, C. Edwin:

Human Liberty and Freedom of Speech, 2. bs., New York-Oxford, Oxford University Press, 1992.

Baker, C. Edwin:

"Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's 'The Value of Free Speech'", **University of Pennsylvania Law Review**, C. CXXX, S. 3, 1982, s. 646-677.

Baker, C. Edwin:

"Scope of the First Amendment Freedom of Speech", **UCLA Law Review**, C. XXV, S. 5, 1978, s. 964-1040.

Baker, C. Edwin:

"Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom", **Iowa Law Review**, C. LXII, S. 1, 1976, s. 1-56.

Baker, C. Edwin:

"The First Amendment and Commercial Speech", **Indiana Law Journal**, C. LXXXIV, S. 3, 2009, s. 981-998.

- Barendt, Eric: **Freedom of Speech**, 2. bs., New York, Oxford University Press, 2007.
- Bernstein, David E.: “Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism”, **Georgetown Law Journal**, C. XCII, S. 1, 2003, s. 1-60.
- BeVier, Lillian R.: “The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle”, **Stanford Law Review**, C. XXX, S. 2, 1978, s. 299-358.
- Blasi, Vincent: “The Checking Value in First Amendment Theory”, **American Bar Foundation Research Journal**, C. II, S. 3, 1977, s. 521-649.
- Blasi, Vincent: “A Reader’s Guide to John Milton’s Areopagitica, the Foundational Essay of the First Amendment Tradition”, **The Supreme Court Review**, C. MMXVII, 2017, s. 273-312.
- Blasi, Vincent: “Holmes and the Marketplace of Ideas”, **Supreme Court Review**, C. MMIV, S. 1, 2004, s. 1-46.
- Blasi, Vincent: “The Pathological Perspective and the First Amendment”, **Columbia Law Review**, C. LXXXV, S. 3, 1985, s. 449-514.

- Boedecker, Karl A., Fred W. Morgan, Linda Berns Wright: "The Evolution of First Amendment Protection for Commercial Speech", **Journal of Marketing**, C. LIX, S. 1, 1995, s. 38-47.
- Bollinger, Lee C.: **Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America**, 2. bs., New York, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- Bork, Robert: "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", **Indiana Law Journal**, C. XLVII, S. 1, 1971, s. 1-35.
- Brannigan, Vincent, Bruce Ensor: "Did Bose Speak Too Softly?: Product Critiques and the First Amendment", **Hofstra Law Review**, C. XIV, S. 3, 1986, s. 571-619.
- Brennan, William J.: "The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment", **Harvard Law Review**, C. LXXIX, S. 1, 1965, s. 1-20.
- Brudney, Victor: "The First Amendment and Commercial Speech", **Boston College Law Review**, C. LIII, S. 4, 2012, s. 1153-1224.
- Bury, John: **Düşünce Özgürlüğünün Tarihi**, Çev. Durul Bartu, Erdini Basım ve Yayınevi, İstanbul, 1978.

- Chafee, Zechariah: **Free Speech in the United States**, 4. bs., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1948.
- Chemerinsky, Erwin, Catherine Fisk: "What is Commercial Speech?: The Issue Not Decided in Nike v. Kasky", **Case Western Reserve Law Review**, C. LIV, S. 4, 2004, s. 1143-1160.
- Chevigny, Paul G.: "Philosophy of Language and Free Expression", **New York University Law Review**, C. LV, S. 2, 1980, s. 157-194.
- Coase, Ronald H.: "Advertising and Free Speech", **Journal of Legal Studies**, C. 6, S. 1, 1977, s. 1-34.
- Copilevitz, Errol: "The Historical Role of The First Amendment In Charitable Appeal", **Stetson Law Review**, C. XXVII, 1997, s. 457-472.
- Cox, Archibald: "The Supreme Court, 1979 Term", **Harvard Law Review**, C. XCIV, S. 1, 1980, s. 1-295.
- Cutler, Bob D., Darrel D. Muehling: "Advocacy Advertising and the Boundaries of Commercial Speech", **Journal of Advertising**, C. XVIII, S. 3, 1989, s. 40-50.

- Carpenter, Dale: “The Antipaternalism Principle in the First Amendment”, **Creighton Law Review**, C. XXXVII, S. 3, 2004, s. 579-652.
- Dimitrakopoulos, Ioannis G.: **Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2007.
- Director, Aaron: “The Parity of the Economic Market Place”, **Journal of Law & Economics**, C. VII, 1964, s. 1-10.
- Driscoll, Lora E. Barnhart: “Citizens United v. Central Hudson: A Rationale For Simplifying and Clarifying The First Amendment’s Protections for Nonpolitical Advertisements”, **George Mason Law Review**, C. XIX, S. 1, 2011, s. 213-254.
- Earnhardt, J. Wesley: “Nike, Inc. v. Kasky: A Golden Opportunity to Define Commercial Speech-Why Wouldn’t the Supreme Court Finally ‘Just Do It’?”, **North Carolina Law Review**, C. LXXXII, S. 2, 2004, s. 797-810.
- Emerson, Thomas I.: “Toward A General Theory of The First Amendment”, **Yale Law Journal**, C. LXXII, 1963, s. 877- 956.

- Emerson, Thomas I.: "First Amendment Doctrine and the Burger Court", **California Law Review**, C. LXVIII, 1980, s. 422-481.
- Emerson, Thomas I.: **The System of Freedom of Expression**, New York, Random House, 1970.
- Falchek, Joseph S., Edward J. Schoen: "Thompson v. Western States Medical Center: An Opportunity Lost", **Atlantic Law Journal**, C. XIII, 2011, s. 164-189.
- Farber, Daniel A., Philip P. Frickey: "Practical Reason And The First Amendment", **UCLA Law Review**, C. XXXIV, 1987, s. 1615-1656.
- Farber, Daniel A.: "Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment", **Harvard Law Review**, C. CV, S. 2, s. 554-583.
- Farber, Daniel A.: "Commercial Speech and First Amendment Theory", **Northwestern University Law Review**, C. LXXIV, S. 3, 1979-1980, s. 372-408.
- Feldman, Michael: "Survey of the Literature: Commercial Speech and Commercial Speakers", **Cardozo Law Review**, C. II, S. 3, 1981, s. 659-698.
- Fetra, Deborah J. La: "Kick It up a Notch: First Amendment Protection for Commercial Speech",

Case Western Reserve Law Review, C. LIV, S. 4, 2004, s. 1205-1241.

Gardberg, Naomi A., Charles J. Fombrun: “Corporate Citizenship: Creating Intangible Assets Across Institutional Environments”, **Academy of Management Review**, C. XXXI, S. 2, 2006, s. 329-346.

Gilbert, Kathryn E.: “Commercial Speech in Crisis: Crisis Pregnancy Center Regulations and Definitions of Commercial Speech”, **Michigan Law Review**, C. CXI, S. 4, 2013, s. 591-616.

Goldstein, Thomas C.: “Nike v. Kasky and the Definition of ‘Commercial Speech’”, **CATO Supreme Court Review**, 2002-2003, s. 63-79.

Gollin, Andrew S.: “Improving the Odds of the Central Hudson Balancing Test: Restricting Commercial Speech as a Last Resort”, **Marquette Law Review**, C. LXXXI, S. 3, 1998, s. 873-918.

Gower, Karla K.: “Looking Northward: Canada’s Approach To Commercial Expression”, **Communication Law and Policy**, C. X, S. 1, 2005, s. 29-62.

Göze, Ayferi: **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Tıpkı 18. Basım, İstanbul, Beta, 2020.

- Greenawalt, Kent: **Speech, Crime, and the Uses of Language**, 2. bs., New York-Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Greenawalt, Kent: “Free Speech Justifications”, **Columbia Law Review**, C. LXXXIX, S. 1, 1989, s. 119-155.
- Hakyemez, Yusuf Şevki: **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara, Seçkin, 2000.
- Halberstam, Daniel: “Commercial Speech, Professional Speech, and The Constitutional Status of Social Institutions”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. CXLVII, S. 4, 1999, s. 771-874.
- Hoefges, Michael: “Protecting Tobacco Advertising Under the Commercial Speech Doctrine: The Constitutional Impact of Lorillard Tobacco Co.”, **Communication Law and Policy**, C. VIII, S. 3, 2003 s. 267-311.
- Hoefges, Michael, Milagros Rivera-Sanchez: “Vice Advertising under the Supreme Court’s Commercial Speech Doctrine: The Shifting Central Hudson Analysis”, **Hastings Communications and Entertainment Law Journal**, C. XXII, S. 3 & 4, 1999-2000, s. 345-390.
- Hornsby Jr., William E.: “Ad Rules Infinitum: The Need for Alternatives to State-Based Ethics

- Governing Legal Services Marketing”, **University of Richmond Law Review**, C. XXXVI, 2002, s. 49-89.
- Işıқтаç, Yasemin: “Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye’deki Yansımaları”, **HFSA 11. KİTAP**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 138-154.
- Jackson, Thomas H., John C. Jeffries: “Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment”, **Virginia Law Review**, C. LXV, S. 1, 1979, s. 1-41.
- Jacobs, Leslie Gielow: “Clarifying the Content-Based/Content Neutral and Content/Viewpoint Determinations”, **McGeorge Law Review**, C. XXXIV, S. 3, 2003, s. 595-636.
- Kalven, Harry: **The Negro and the First Amendment**, Columbus, Ohio State University Press, 1965.
- Kalven, Harry: “The New York Times Case: A Note on ‘The Central Meaning of the First Amendment’”, **Supreme Court Review**, 1964, s. 191-221.
- Karst, Kenneth L.: “Equality as a Central Principle in the First Amendment”, **The University of Chicago Law Review**, C. XLIII, 1975, s. 20-68.

- Karst, Kenneth L.: “The First Amendment and Harry Kalven: An Appreciative Comment on the Advantages of Thinking Small”, **UCLA Law Review**, C. XIII, S. 1, 1965, s. 1-24.
- Kelso, Randall: “The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and “Reasonableness” Balancing”, **Elon Law Review**, C. VIII, 2016, s. 291-405.
- Kerr, Robert L.: “Justifying Corporate Speech Regulation Through a Town-Meeting Understanding of the Marketplace of Ideas”, **Journalism & Communication Monographs**, C. IX, S. 2, 2007, s. 57-113.
- Kozinski, Alex, Stuart Banner: “Who’s Afraid of Commercial Speech?”, **Virginia Law Review**, C. LXXVI, S. 4, 1990, s. 627-653.
- Kozinski, Alex, Stuart Banner: “The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech”, **Texas Law Review**, C. LXXI, S. 4, 1993, s. 747-776.
- Küçük, Adnan: **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.
- Langvardt, Arlen W.: “The Incremental Strengthening of First Amendment Protection for Commercial Speech: Lessons From Greater New

- Orleans Broadcasting”, **American Business Law Journal**, C. XXXVII, 2000, s. 587-652.
- Langvardt, Arlen W.; “Tobacco Advertising and the First Amendment: Striking the Right Balance”, **William and Mary Business Law Review**, C. V, S. 2, 2014, s. 331-412.
- Langworthy, Elisabeth Alden: “Time Place or Manner Restrictions on Commercial Speech”, **George Washington Law Review**, C. LII, S. 1, 1983, s. 127-145.
- Ledewitz, Bruce: “Corporate Advertising’s Democracy”, **Boston University Public Interest Law Journal**, C. XII, S. 2 & 3, 2003, s. XII, s. 389-460.
- Levy, Leonard W.: **Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History**, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1960.
- Lin, C.C. Laura: “Corporate Image Advertising and the First Amendment”, **Southern California Law Review**, C. LXI, S. 2, 1988, s. 459-496.
- Marcantonio, Stephanie: “What is Commercial Speech? An Analysis in Light of *Kasky v. Nike*”, **Pace Law Review**, C. XXIV, S. 1, 2003, s. 357-393.

- Marcus, Joshua A.: “Commercial Speech on the Internet: Spam and the First Amendment”, **Cardozo Arts & Entertainment, C. XVI**, S. 1, 1997-1998, s. 245-302.
- Mason, Lee: “Content Neutrality and Commercial Speech Doctrine after ‘Reed v Town of Gilbert’”, **The University of Chicago Law Review**, C. LXXXIV, S. 2, 2017, s. 955-998.
- Mauro, Albert P.: “Commercial Speech After Posadas & Fox: A Rational Basis Wolf in Intermediate Sheep’s Clothing”, **Tulane Law Review**, C. LXVI, 1992, s. 1931-1969.
- McIntyre, Vicki: “Nike v. Kasky: Leaving Corporate America Speechless”, **William Mitchell Law Review**, C. XXX, S. 4, 2004, s. 1531-1569.
- McGowan, David F.: “A Critical Analysis of Commercial Speech”, **California Law Review**, C. LXXIX, S. 2, 1990, s. 359-448.
- McKeon, Kathleen: “Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York, 100 S. Ct. 2343 (1980)”, **Environmental Law**, C. XI, S. 3, 1981, s. 767-783.

- Meeske, Milan D.: "Editorial Advertising and the First Amendment", **Journal of Broadcasting**, C. XVII, S. 4, 1973, s. 417-426.
- Meiklejohn, Alexander: **Free Speech and Its Relation to Self Government**, New York, Harper & Brothers Publishers, 1948.
- Meiklejohn, Alexander: **Political Freedom: The Constitutional Powers of The People**, New York, Oxford University Press, 1965.
- Meiklejohn, Alexander: "What Does the First Amendment Mean?", **University of Chicago Law Review**, C. XX, S. 3, 1953, s. 461-479.
- Meiklejohn, Alexander: "The First Amendment is an Absolute", **The Supreme Court Review**, C. MCMLXI, 1961, s. 245-266.
- Merrill, Thomas W.: "First Amendment Protection for Commercial Advertising: The New Constitutional Doctrine", **The University of Chicago Law Review**, C. XLIV, 1976, s. 205-254.
- Meyer, Tiffany S., Robert E. Smith: "Attorney Advertising: Bates and a Beginning", **Arizona Law Review**, C. XX, S. 2, 1978, s. 427-484.
- Middleton, John M.: "Regulations in Alcohol Advertising: Scrutiny Applied to Commercial Speech", **Business, Entrepreneurship**

- & Tax Law Review**, C. V, S. 1, 2021, s. 111-124.
- Mill, John Stuart: **Hürriyet Üstüne**, Çev. Mehmet Osman Dostel, Sadeleştiren Ömer Çaha, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.
- Milton, John: **Areopagitica: Basın özgürlüğü Üzerine**, Çev. Derman Kızılay, İstanbul, Pinhan, 2018.
- Munro, Colin R.: “The Value of Commercial Speech”, **The Cambridge Law Journal**, C. LXII, S. 1, 2003, s. 134-158.
- Neuborne, Burt: “A Rationale for Protecting and Regulating Commercial Speech”, **Brooklyn Law Review**, C. XLVI, S. 3, 1980, s. 437-462.
- Newton, Sally H.: “The Commercial Speech Doctrine: Bigelow v. Virginia”, C. XII, **Urban Law Annual**, 1976, s. 221-232.
- Note: “Dissent, Corporate Cartels, and the Commercial Speech Doctrine”, **Harvard Law Review**, C. CXX, S. 7, 2007, s. 1892-1913.
- Note: “The First Amendment Overbreadth Doctrine”, **Harvard Law Review**, C. 83, S. 4, 1970, s. 844-927.

- Oakes, James L.: “Tolerance Theory and the First Amendment”, **Michigan Law Review**, C. LXXXV, S. 5/6, 1987, s. 1135-1152.
- Özsoy, Şule: “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, **TBB Dergisi**, C. LVI, 2005, s. 29-47.
- Paladino, Alyssa L.: “Comments: Just [Can’t] Do It: The Supreme Court of California Overly Restricted Nike’s First Amendment Rights in Holding That Its Public Statements Were Commercial Speech”, **University of Baltimore Law Review**, C. XXXIII, S. 2, 2004, s. 283-305.
- Pearson, Vernon R., Michael O’Neill: “The First Amendment, Commercial Speech, and the Advertising Lawyer”, **University of Puget Sound Law Review**, C. IX, S. 2, 1986, s. 293-336.
- Petty, Ross D.: “Advertising and the First Amendment: A Practical Test for Distinguishing Commercial Speech from Fully Protected Speech”, **Journal of Public Policy & Marketing**, C. XII, S. 2, 1993, s. 170-177.
- Piety, Tamara R.: **Brandishing the First Amendment: Commercial Expression in America**, United States, University of Michigan Press, 2012.

- Piety, Tamara R.: “‘A Necessary Cost of Freedom’? The Incoherence of *Sorrell v. IMS*”, **Alabama Law Review**, C. LXIV, S. 1, 2012.
- Pomeranz, Jennifer L., Sabrina Adler: “Defining Commercial Speech in the Context of Food Marketing”, **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, C. XLIII, S. 1, 2015, s. 40-43.
- Posner, Richard A.: “Free Speech in an Economic Perspective”, **Suffolk University Law Review**, C. XX, S. 1, 1986, s. 1-54.
- Post, Robert, Amanda Shanor: “Adam Smith’s First Amendment”, **Harvard Law Review Forum**, C. CXXVIII, 2015, s. 165-182.
- Post, Robert: “Compelled Commercial Speech”, **West Virginia Law Review**, C. CXVII, 2015, s. 867-919.
- Post, Robert: “The Constitutional Status of Commercial Speech”, **UCLA Law Review**, C. XLVIII, s. 1-57.
- Recent Cases: “First Amendment—Commercial Speech—Fourth Circuit Holds That a Regulation Largely Prohibiting Alcohol Advertisements in College Newspapers is Constitutional—*Educational Media Co. at Virginia Tech v. Swecker*, 602

- F.3d 583 (4th Cir. 2010)”, **Harvard Law Review**, C. CXXIV, 2011, s. 843-850.
- Redish, Martin H., Howard M. Wasserman: “What’s Good for General Motors: Corporate Speech and the Theory of Free Expression”, **The George Washington Law Review**, C. LXVI, 1998, s. 235-297.
- Redish, Martin H., Kyle Voils: “False Commercial Speech and the First Amendment: Understanding the Implications of the Equivalency Principle”, **William & Mary Bill of Rights Journal**, C. XXV, 2017, s. 765-799.
- Redish, Martin H., Marie Mollen Abby: “Understanding Post’s and Meiklejohn’s Mistakes: The Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression”, **Northwestern University Law Review**, C. CIII, S. 3, 2009, s. 1303-1370.
- Redish, Martin H.: “Value of Free Speech”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. CXXX, 1982, s. 591-645.
- Redish, Martin H.: “Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply to Professor Baker”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. CXXX, 1982, s. 678-688.

- Redish, Martin H.: “First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression”, **George Washington Law Review**, C. XXXIX, S. 3, 1971, s. 429-473.
- Redish, Martin H.: “Commercial Speech, First Amendment Intuitionism and the Twilight Zone of Viewpoint Discrimination”, **Loyola of Los Angeles Law Review**, C. XLI, S. 1, 2007, s. 67-132.
- Redish, Martin H.: **Money Talks: Speech, Economic Power, and the Values of Democracy**, New York, New York University Press, 2001.
- Redish, Martin H.: “Commercial Speech and The Values of Free Expression”, **Policy Analysis**, S. 813, 2017, s. 1-14.
- Redish, Martin H.: “The Content Distinction in First Amendment Analysis”, **Stanford Law Review**, C. XXXIV, S. 1, 1981, s. 113-151.
- Redish, Martin H.: **Freedom of Expression: A Critical Analysis**, Charlottesville, Virginia, The Michie Company, 1984.
- Redish, Martin H.: “Compelled Commercial Speech and the First Amendment”, **Notre Dame Law**

- Review**, C. XCIV, S. 4, 2019, s. 1749-1774.
- Reid, Caroline: “Freedom of Expression, Commercial Expression and Tobacco In Canada”, **Victoria University of Wellington Law Review**, C. XXXIX, S. 2, 2008, s. 343-364.
- Resnick, Aaron S.: “Freedom of Speech and Commercial Solicitation”, **California Law Review**, C. XXX, 1942, s. 655-662.
- Roberts, Barry S.: “Toward a General Theory of Commercial Speech and the First Amendment”, **Ohio State Law Journal**, C. XL, S. 1, 1979, s. 115-154.
- Rome, Edwin P., William H. Roberts: **Corporate and Commercial Free Speech: First Amendment Protection of Expression in Business**, Quorum Books, Westport, Connecticut, 1985.
- Rotunda, Ronald D.: “Lawyer Advertising and the Philosophical Origins of the Commercial Speech Doctrine”, **University of Richmond Law Review**, C. XXXVI, S. 1, 2002, s. 91-136.
- Rotunda, Ronald D.: “The Commercial Speech Doctrine in the Supreme Court”, **University of Illinois Law Forum**, C. MCMLXXVI, S. 4, 1976, s. 1080-1102.

- Sadurski, Wojciech: **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002.
- Samp, Richard: “Sorrell v. IMS Health: Protecting Free Speech or Resurrecting Lochner?”, **Cato Supreme Court Review**, 2011, s. 129-148.
- Scanlon, Thomas: “A Theory of Freedom of Expression”, **Philosophy & Public Affairs**, 1972, C. I, S. 2, 1972, s. 204-226.
- Schauer, Frederick: **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002.
- Schauer, Frederick: “Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment”, **University of Cincinnati Law Review**, C. LVI, S. 4, 1988, s. 1181-1204.
- Schiro, Richard: “Commercial Speech: The Demise of a Chimera”, **The Supreme Court Review**, C. MCMLXXVI, 1976, s. 45-98.
- Schlag, Pierre: “Freedom of Speech as Therapy”, **UCLA Law Review**, C. XXXIV, 1986, s. 265-283.
- Schneider, Thomas M.: “Prior Restraints and Restrictions on Advertising After Virginia Pharmacy Board: The Commercial Speech

- Doctrine Reformulated”, **Missouri Law Review**, C. XLIII, S. 1, 1978, s. 64-89.
- Shaman, Jeffery M.: “The Theory of Low-Value Speech”, **SMU Law Review**, C. XLVIII, S. 2, 1995, s. 297-348.
- Shiffrin, Steven: “First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment”, **Northwestern University Law Review**, C. LXXVIII, S. 5, 1983-1984, s. 1212-1283.
- Shik, Oleg: “The Central Hudson Zombie: For Better or Worse, Intermediate Tier Review Survives *Sorrell v. IMS Health*”, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, C. XXV, S. 2, 2015, s. 561-588.
- Shiner, Roger: **Freedom of Commercial Expression**, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Siegel, Stephen A.: “Lochner Era Jurisprudence and the American Constitutional Tradition”, **North Carolina Law Review**, C. LXX, S. 1, 1991, s. 1-112.
- Simon, Todd F.: “Defining Commercial Speech: A Focus on Process Rather than Content”, **New England Law Review**, C. XX, S. 2, 1984-1985, s. 215-246.

- Smolla, Rodney A.: “The Puffery of Lawyers”, **University of Richmond Law Review**, C. XXXVI, S. 1, 2002, s. 1-20.
- Sprague, Robert: “Business Blogs and Commercial Speech: A New Analytical Framework for the 21st Century”, **American Business Law Journal**, C. XLIV, S. 1, 2007, s. 127-159.
- Stern, Nat: “The Stubborn Survival of the Central Hudson Test for Commercial Speech”, **Seattle University Law Review**, C. XLV, 2021, s. 647-705.
- Stern, Nat, Mark Joseph Stern: “Advancing an Adaptive Standard of Strict Scrutiny for Content-Based Commercial Speech Regulation”, **University of Richmond Law Review**, C. XLVII, S. 4, 2013, s. 1171-1204.
- Stohr, Alison L.: “Valor For Sale: Applying The Commercial Speech Exception To Self-Promoting Individuals”, **Temple Law Review**, C. LXXXV, S. 2, 2013, s. 455-484.
- Stone, Geoffrey R.: “Kenneth Karst’s Equality as a Central Principle in the First Amendment”, **University of Chicago Law Review**, C. LXXV, 2008, s. 37-45.

- Strauss, David A.: “Why Be Tolerant?”, **University of Chicago Law Review**, C. LIII, 1986, s. 1485-1507.
- Sukhatme, Neel: “Making Sense of Hybrid Speech: A New Model for Commercial Speech and Expressive Conduct”, **Harvard Law Review**, C. CXVIII, S. 8, 2005, s. 2836-2857.
- Sullivan, Kathleen M.: “The Intersection of Free Speech and the Legal Profession: Constraints on Lawyers’ First Amendment Rights”, **Fordham Law Review**, C. LXVII, 1998, s. 569-588.
- Sunstein, Cass R.: **Democracy and the Problem of Free Speech**, New York, The Free Press, 1995.
- Sunstein, Cass R.: “Lochner’s Legacy”, **Columbia Law Review**, C. LXXXVII, S. 5, 1987, s. 873-919.
- Sunstein, Cass R.: “Falsehoods and The First Amendment”, **Harvard Journal of Law and Technology**, C. XXXIII, S. 2, 2020, s. 388-426.
- Şirin, Tolga: **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-1: İfade Özgürlüğünün Grisi**, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2020.

- Terilli, Sam: “Blasi, Vincent. The Checking Value in First Amendment Theory. 3 A.B.A. Found. Res. J. 521 (1977)”, **Communication Law and Policy**, C. XXV, S. 3, 2020, s. 362-365.
- Thomson, Hunter B.: “Whither Central Hudson?: Commercial Speech in the Wake of Sorrell v. IMS Health”, **Columbia Journal of Law and Social Problems**, C. XLVII, S. 2, 2013, s. 171-207.
- Trager, Robert, Donna L. Dickerson: **Yirmibirinci Yüzyılda İfade Hürriyeti**, Çev. A. Nuri Yurdusev, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.
- Troy, Daniel E.: “Advertising Not ‘Low Value’ Speech”, **Yale Journal on Regulation**, C. XVI, 1999, s. 85-144.
- Tunçel, Hakan: “Halkla İlişkiler Perspektifinden Kurumsal Vatandaşlık Anlayışına Bir Bakış”, **Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi**, S. 14, 2011, s. 79-95.
- Uygun, Oktay: **Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Vladeck, David C.: “Lessons from a Story Untold: Nike v. Kasky Reconsidered”, **Case Western**

- Law Review**, C. LIV, S. 4, 2004, s. 1049-1089.
- Weinberg, Jonathan: “Constitutional Protection of Commercial Speech”, **Columbia Law Review**, C. LXXXII, S. 4, 1982, s. 720-750.
- Weinberg, Jonathan: “On Commercial—and Corporate—Speech”, **Marquette Law Review**, C. XCIX, 2016, s. 559-630.
- Whelan, Margaret: “Common Sense and Commercial Speech”, **University of Pittsburgh Law Review**, C. XLVIII, S. 4, 1987, s. 1121-1150.
- White, G. Edward: “Falsity and the First Amendment”, **SMU Law Review**, C. LXXII, S. 3, 2019, s. 513-533.
- Wood, Valarie D.: “The Precarious Position of Commercial Speech. *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 115 S. Ct. 1585 (1995)”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, C. XIX, 1996, s. 612-625.
- Wright, R. George: **Selling Words: Free Speech In A Commercial Culture**, New York, New York University Press, 1997.
- Wu, Felix T.: “Commercial Speech Protection as Consumer Protection”, **Colorado Law Review**, C. XC, S. 2, 2019, s. 631-652.

Young, James L.:

“Professional Trade Names: Unprotected Commercial Speech: Friedman v. Rogers, 440 U.S. 1 (1979)”, **Nebraska Law Review**, C. LIX, S. 2, 1980, s. 482-506.

Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

Lochner v. New York, 198 US 45 (1905)

Abrams v. United States, 250 US 616 (1919)

Schenck v. US, 249 US 47 (1919)

Gitlow v. New York, 268 US 652 (1925)

Whitney v. California, 274 US 357 (1927)

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568 (1942)

Valentine v. Chrestensen, 316 US 52 (1942)

Murdock v. Pennsylvania, 319 US 105 (1943)

Jones v. Opelika, 319 US 103 (1943)

Martin v. Struthers, 319 US 141 (1943)

Beauharnais v. Illinois, 343 US 250 (1950)

Breard v. Alexandria, 341 US 622 (1951)

Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 US 495 (1952)

Cammarano v. United States, 358 US 498 (1959)

Smith v. California, 361 US 147 (1959)

Lamont v. Postmaster General, 381 US 301 (1965)

Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 US 130 (1967)

Carroll v. Princess Anne, 393 US 175, 181 (1968)

Brandenburg v. Ohio, 395 US, 444 (1969)

Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC, 395 US 367 (1969)

Police Department of Chicago v. Mosley, 408 US 92 (1972)

Kleindeist v. Mandel 408 US 753 (1972)

Pittsburgh v. Pittsburgh Commission on Human Relations, 413 US 376 (1973)

Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 US 323 (1974)

Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 US 748 (1976)

Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350 (1977)

Carey v. Population Services International, 431 US 678 (1977)

Linmark Assocs., Inc. v. Township of Willingboro, 431 US 85 (1977)

Abood v. Detroit Bd. of Educ., 431 US 209 (1977)

In re Primus, 436 US 412 (1978)

Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 US 447 (1978)

First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765 (1978)

Friedman et al. v. Rogers et al., 440 US 1 (1979)

Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment, 444 US 620 (1980)

Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission, 447 US 557 (1980)

Consolidated Edison Company of New York v. Public Service Commission of New York, 447 US 530 (1980)

Metromedia, Inc. v. City of San Diego, 453 US 490 (1981)

In re R.M.J., 455 US 191 (1982)

Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 US 60 (1983)

Bose Corp. v. Consumers Union, 466 US 485 (1984)

State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., 467 US 947 (1984)

Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel, 471 US 626 (1985)

Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California, 475 US 1 (1986)

Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 478 US 328 (1986)

Shapiro v. Kentucky Bar Association, 486 US 466 (1988)

Riley v. National Federation of the Blind, 487 US 781 (1988)

Ward v. Rock Against Racism, 491 US 781 (1989)

State University of New York v. Fox, 492 US 469 (1989)

Peel v. Attorney Registration & Disciplinary Commission of Illinois, 496 US 91 (1990)

Edenfield v. Fane, 507 US 761 (1993)

United States v. Edge Broadcasting Company, 509 US 418 (1993)

City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc., 507 US 410 (1993)

Ibanez v. Florida Dept. of Business and Professional Regulation, Bd. of Accountancy, 512 US 136 (1994)

Florida Bar v. Went For It, Inc., 515 US 618 (1995)

44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 US 484 (1996)

Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc. v. United States, 527 US 173 (1999)

Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 US 525 (2001)

Thompson v. Western States Medical Center, 535 US 357 (2002)

Nike, Inc. v. Kasky, 539 US 654 (2003)

Citizens United v. Federal Election Commission, 558 US 310 (2010)

Matal v. Tam, 582 US ____ (2017)

Iancu v. Brunetti, 588 US ____ (2019)

Barr v. American Association of Political Consultants Inc., 591 US ____ (2020).

Tezde atıf yapılan tüm Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarına <https://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/19> ve <https://www.oyez.org/> adreslerinden ulaşılmıştır.

Çevrimiçi Kaynaklar

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, (Çevrimiçi) https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en , 19 Ocak 2021.

Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168007b0d8>, 19 Ocak 2021.

David L. Hudson, Iancu v. Brunetti (2019), (Çevrimiçi) <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1672/iancu-v-brunetti>, 27 Şubat 2022.

Telephone Consumer Protection Act, (Çevrimiçi) <https://www.fcc.gov/sites/default/files/tpca-rules.pdf>, 09 Nisan 2021.

Valerie C. Brannon, Assessing Commercial Disclosure Requirements under the First Amendment, **Congressional Research Service**, 2019, (Çevrimiçi) <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45700.pdf>, 10 Nisan 2021.

<https://www.consumerreports.org/cro/index.htm>, 07 Nisan 2021.