

İFADE HÜRRİYETİ BAĞLAMINDA REKLAM YASAĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Özet

Hak ve Hürriyet(Özgürlük) kavramları, bu kavramların ötesinde de “Temel Hak ve Hürriyetler” mefhumu günümüz demokratik hukuk düzenlerinin vazgeçilmez parçaları olarak addedilmektedir. Hatta bu kavramların da üstünde “İnsan Hakları” veya bazı kaynaklarda geçtiği üzere “Temel İnsan Hakları” terimleri demokratik hukuk devletlerinin olmazsa olmazı kabul edilmektedir. Ne var ki, ayrıntısına ilerleyen kısımlarda değinileceği üzere, “İnsan Hakları” başlığı daha ziyade bir temenni, bir olması gereken ifade ediyor olduğundan “Temel Hak ve Hürriyetler” kavramını kullanmak kanaatimizce daha uygun görünmektedir.

Bu sebeple çalışmamızda esas alınacak ve incelenecek olan, temel hak ve hürriyetler üst başlığı olmakla; bu hak ve hürriyetleri tanıyan, koruyan ve bu standartların üstüne çıkmayı hedefleyen devletler her bir temel hak açısından ayrıntılı güvencelere yer vermeye çalışmakta bu yolla meşruiyet temelini sağlamak ve çoğulcu toplum yapısında birlikte yaşamı mümkün kılmayı amaçlamaktadırlar (TÜMAY, 2015). İfade hürriyeti bu bağlamda temel haklar içinde önem arz eden bir konumu haizdir. İfade hürriyeti temel hak ve hürriyetlerden birisi olması hasebiyle; vazgeçilemez haklardandır. Yine bu niteliğinden dolayı düşünce, kanaat ve ifade hürriyeti (özgürlüğü) biçiminde bir arada da ifade edilen bu hak özü itibari ile sınırlandırılmaz ve engellenemez durumdadır. Fakat hakkın bu yönü mutlak değildir. Her hak, hürriyet ve ödev için geçerli olduğu üzere İfade Hürriyeti için de belirli sınırlar ve düzen uygulamaları dünyanın her gelişmiş demokrasisinde az veya çok

mevcuttur. Zira toplum halinde yaşamının getirdiği bir takım sorumluluklar, temel hak ve hürriyetler açısından da sınırların belirlenmesi zaruretiini doğurmaktadır. Aksi kabul edilir, yani temel hak ve hürriyetlerin asla sınırlanamayacağı öngörülürse bu kabulün düzensizlik düzenini getireceği kanımızca muhakkaktır.

İşbu çalışmamızda usulü aşağıda açıklanacağı üzere; temel hak ve hürriyetlerin ne olduğu, hangi hallerde sınırlanabileceği, bu hak ve hürriyetler içinde ifade hürriyetinin yeri irdelenecek, yapılabilecek sınırlamalar çerçevesinde haksız rekabeti engellemek için getirilmiş reklam kısıtlaması/yasağı düzenlemelerinin durumu kendi bakış açımızdan açıklanmaya çalışılacaktır. Bu belirlemeler Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa), Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) esas hareket noktası kabul edilmek suretiyle gerekli yerlerde sair ilgili mevzuata da değinilerek yapılacaktır.

Giriş

İfade hürriyeti özelinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanıp sınırlanamayacağıının yanı sıra Haksız Rekabet düzenlemeleri (TTK md.55) çerçevesinde reklam konusunda mevzuata girmiş olan düzenlemelerin, temel hak ve hürriyetlerden birisi kabul edilen ifade hürriyetini ne ölçüde sınırlandırdığı ve bu sınırlamanın gerekli, yeterli, ölçülü olup olmadığı konularının işleneceği bu makalede izlenecek yol şu şekilde başlıklandırılmıştır:

- A. Hak ve Hürriyet Kavramları
- B. Temel Hak ve Hürriyetler Kavramı
- C. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması
- Ç. İfade Hürriyeti
- D. Reklam Yasağı

E. İfade Hürriyeti – Reklam Yasağı İlişkisinin Genel Değerlendirmesi

F. Sonuç

Her başlık altında ilgili konular makalenin bütünlüğü zedelenmeden ve gerekli kavram ve kurumlar fazla detaya girilmeden incelenmeye gayret edilmiş, belirlemelerimiz Anayasa, TTK ve AİHS çerçevesinde tutulmaya çalışılmıştır.

A. Hak ve Hürriyet Kavramları

A.a Hak Kavramı: Hak (right) kavramı hukukun esas kavramlarından biridir. Hak kavramı, hukuk açısından o denli önemlidir ki “hukuk” kelimesi aslında “hak” kelimesinin çoğul halidir ve “haklar” manasına gelmektedir.

Hak kavramı bu derece temel ve bu denli önemli olmakla birlikte, tanımı üzerinde oybirliği bulunmamaktadır. Herkesin anlayışını, beklentisini ve/veya tüm somut durumları karşılar biçimde bir “hak” tanımının yapılamıyor olması aslında belki de bu kavramın ne kadar güçlü ve temele sirayet etmiş, ayrıştırılamaz hale gelmiş bir mefhum olduğunun da kanıtıdır. Hakkın tanımı konusunda pek çok teori olmakla beraber hukukumuzda en çok inceleme konusu yapılan ve kitaplara giren teoriler şunlardır:

A.a.a İrade Teorisi: Bu teoriye göre hak, *kişilere hukuk düzenince verilmiş irade kudretidir* (AYAN, 2013, s. 87). Kanaatimizce irade teorisi (will theory) oldukça yetersizdir. Zira, bu tanıma göre hakkı kazanmada tek etken kişinin iradesidir. Bu teori; bir bebeğin yahut aklî melekelerini tamamen yitirmiş birinin nasıl hak sahibi olabileceğini veya haberi olmaksızın birisine mirasçı olmuş varisin durumunu açıklayamamaktadır.

A.a.b Menfaat Teorisi: Bu teoriye göre ise hak, *hukuken korunmuş kişisel menfaattir* (AYAN, 2013). Menfaat teorisinin (interest theory) mümeyyiz olmayanların

durumunu açıklayabildiği dolayısıyla irade teorisine nazaran daha oturaklı olduğu kabul edilmektedir. Ancak doktrinde bu tanımın, hukukun koruduğu fakat hak olmayan menfaatleri açıklayamadığı da ifade edilmektedir. Örnek olarak, kaldırım üzerine araçların park etmemesinde yayaların menfaati vardır fakat bu menfaat yayaya aracı yoldan kaldırma yahut araca ceza kesme gibi bir hak vermemektedir (GÖZLER, 2013, s. 395)

A.a.c Karma Teori: *Mixed theory* olarak İngilizceye tercüme edilebilecek olan bu anlayışa göre de hak, *hukuk düzeninin koruduğu ve kullanıp kullanmamayı sahibinin iradesine bıraktığı menfaatlerdir*. Bu teori meşhur Alman hukukçu Jellinek tarafından iki ana teoriyi birleştirmek suretiyle ortaya atılmıştır. Teori, temel mantığı itibari ile düzgündür zira Jellinek’e göre hak, menfaat ve irade unsurları birlikte değerlendirilerek anlaşılabilir.

Fakat bu tanımın da hak kavramını netleştirdiği söylenemez. Misalen, üzerinde serbestçe tasarruf edilmesi yasak olan “yaşama hakkı”nın durumu bu tanım ile açıklanamamaktadır.

Bu ifadelerden ortaya çıktığı üzere her ne kadar tanım hususunda netlik sağlanamasa da kanaatimizce Kemal GÖZLER’in de belirttiği üzere hakkı menfaat teorisi üzerinden ele almak şu an için yeterli bir çözümdür. Şu halde **hak; kişilerin hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaatleridir** (GÖZLER, 2013, s. 396).

A.b Hürriyet Kavramı: TDK tarafından “özgürlük” olarak tanımlanan hürriyet (liberty, freedom) kavramı üzerinde hak kavramında olduğu gibi bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Genel kabule göre **hürriyet, bir şeyi yapma veya yapmama, belli şekilde davranıp davranmama erkidir** (KABOĞLU, s. 14)

A.c Hak ile Hürriyet Arasındaki Farklar: Hürriyet ve hak kavramları aslında birbirinden farklı anlamlara gelseler de gerek günlük hayatta gerekse doktrinde ve

hatta pozitif hukuk metinlerinde aralarında fark bulunmuyormuş gibi kullanılmaktadır. Pek çok alanda artık bu iki kavram içi içe geçmiş vaziyette olmakla birlikte aslında farklı şeyleri ifade etmektedirler.

Her şeyden önce hak hürriyete göre daha somut bir kavramdır. Hatta denilebilir ki pek çok durumda hak dediğimiz şey aslında hürriyetin somutlaşmış halinden başka bir şey değildir. Bununla birlikte yine hak, hürriyetlerin kullanılabilmesi için kişilere yazılı yahut yazısız hukuk kuralları ile tanınmış yetkililerdir. Buradan çıkan sonuç şudur: hak aslında hürriyetin uygulanması aşamasında ortaya çıkan özü aynı kalmakla birlikte yapısı değişmiş bir şeklidir. Hürriyetlerin gerçekleşmesi için yalnızca kişinin fiili yeterliyken, hakkın yerine gelmesi için ise diğer kişilerin ve bazen devletin icraatta bulunması gerekir. Dolayısıyla denilebilir ki; hiçbir sınırın varlığı kabul edilmese, yani hürriyetin kullanımı devlet otoritesi veya üçüncü kişilerce bazı hallerde (sınırlı durumlarda) engellenmiyor olsa, hak kavramına gerek kalmayacak her şey gücünü yetirebilen herkes için hürriyet geri kalanlar için yükümlülük/külfet halini alacaktır.

Hülasa bu iki kavram tam olarak aynı şeyi açıklamamaktadır. Hak, hürriyetin yazılı veya yazısız kurallar ile kişiye tanınmak suretiyle korunmuş, somutlaşmış halidir denilebilir.

B. Temel Hak ve Hürriyetler Kavramı

Temel hak ve hürriyetler (Fundamental rights and liberties) demek suretiyle adlandırdığımız mefhum da aynı hak kavramında olduğu gibi sınırları tam çizilemeyen bir terimdir. Kanımızca, temel hak ve hürriyetler genel anlamda kişinin yalnızca bir kişi olmasından kaynaklanan özü itibari ile sınırlanamaz, engellenemez hak ve hürriyetlerden Anayasa korumasına kavuşmuş veya Anayasa'ya girmemiş

olmakla birlikte toplumda varlığını sürdüren hak ve özgürlüklerdir, şeklinde tanımlanabilir.

Bu haklar başka bir kabulle, “*insanın doğuştan sahip olduğu, insanın insanca ve özgürce yaşayabilmesi için gerekli olan haklardır*” yahut başka kişilerin durumu da hesaba katılarak “*insanın doğuştan sahip olduğu, başkalarının haklarını ihlal etmeden insanın insanca ve özgürce yaşayabilmesi için gerekli olan haklardır.*” Şeklinde de tanımlanabilmektedir.

Tanımın bir şekilde yapılabiliyor olması ise, temel haklar ve hürriyetler konusunda çerçevenin çizilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Bu sebeple pek çok hukukçu temel hak ve hürriyetlerin neler olduğu yanında bu hakların nasıl tasnif edilebileceği noktasında da fikir yürütmüştür. Temel hak ve hürriyetlerin sınıflandırılması bağlamında ziyadesiyle farklı yaklaşım bulunmaktadır. Fakat en temel birkaç belirlemeden kısaca bahsetmek kanaatimizce bu çalışmanın amacı ve hacmine daha uygundur. Bu alanda statü sınıflandırması, tarihi süreç sınıflandırması, konularına göre sınıflandırma ve biçimlerine göre sınıflandırma gibi pek çok sistem mevcuttur. Bunlardan en kabul görenleri ise; tarihi süreç sınıflandırması ile, Jellinek’in statü sınıflandırmasıdır. Jellinek’in sınıflandırmasına göre temel hak ve hürriyet alanında şu üçlü ayırım mevcuttur; 1- Negatif Statü Hakları, devlet tarafından aşilamayacak ve dokunulamayacak alandaki haklar: din hürriyeti, mülkiyet hakkı gibi. 2- Pozitif Statü Hakları, bireylere devletten somut bir iş-işlem-faaliyet isteme, bekleme imkânı veren haklar: sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı gibi. 3- Aktif Statü Hakları, katılma hakkı olarak da adlandırılan bu sınıf kişinin devlet yönetimine dâhil olması imkânını veren haklardır: seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı gibi.

C. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması

Yaşama hakkı, kişi dokunulmazlığı hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı, dilekçe hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkı; düşünce, kanaat ve ifade hürriyeti, basın hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, haberleşme hürriyeti, yerleşme ve seyahat hürriyeti, bilim ve sanat yapma hürriyeti gibi saymakla tüketilemeyen ve her birinin mevzuatla düzenlenmesi, hayatın ve toplum yapısının, kişisel ihtiyaç ve beklentilerin sürekli değiştiği insanlık tarihi göz önüne alındığında imkânsız olan “temel hak ve hürriyetler” elbette ki sınırsız bir güce sahip değildir ve olmamalıdır.

Buradaki ifademizden anlaşıldığı üzere bizce hiçbir hak sınırsız değildir. Her bir hak ve hürriyet, belirli durumların varlığı halinde keyfi uygulamalara mahal vermemek kaydıyla ölçülü bir sınırlamaya tabi tutulabilmeli ve hatta kişinin elinden geçici yahut sürekli alınabilmelidir.

Gerçekten devletin ve toplumun var olabilmesi, sürekliliğini sağlayabilmesi için hak ve hürriyetlerin bazı sınırlamalara tâbi tutulması elzemdir. Ancak elbette ki bu sınırlama bilinçsiz, kuralsız ve öngörülemez olmamalıdır. Yani sınırlamanın ilkeleri ve sınırlamada uyulacak kuralları bulunmalıdır ve günümüz hukuk sistemleri böyle mekanizmalara sahiptirler. Sınırlamada uyulacak kurallara bizim tarifimizle; “sınırlamanın hudutları” denir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması olağan dönemlerde başka, olağanüstü dönemlerde ise başka şartlara bağlı olarak gerçekleştirilmektedir. Bundan dolayı ikili bir ayrım ile özet halinde bir inceleme yapılacaktır.

Sınırlamanın nasıl yapıldığına geçmeden önce belirtmek isteriz ki “hürriyet asıl, sınırlama istisnadır” Dolayısıyla sınırlamanın ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Eğer sınırlamanın varlığı net değilse sınırlamanın bulunmadığını kabul etmek gerekir. Sınırlama mevcut olmakla beraber çerçevesi anlaşılamıyorsa,

hükümün dar yorumlanması suretiyle sınırlamanın hududunun dar çizilmesi gerekir.(GÖZLER,2011, s.291)

C.a Temel Hak ve Hürriyetlerin Olağan Dönemde Sınırlanması: Her şeyden önce temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamanın en azından esas unsurları ile Anayasa’da öngörülmesi gerekmektedir. Bu öngörme doğrudan kesin bir hak sınıfına işaret etmek suretiyle olmak zorunda da değildir. Belirli tür hakların nasıl sınırlanabileceğini öngörmek suretiyle de yapılabilir. Ayrıca sınırlanacak hakka ilişkin Anayasa hükmünden bir sonuca ulaşılamamış olsa dahi temel hukuki değerler (ölçülülük vb.) halen cari olduğundan sınırlamaların bu değerleri ihlal etmemesi gerekir.

Sınırlandırmanın genel prensibi Anayasa ile belirlenecek olmakla birlikte, sınırlamayı netleştiren metnin Kanun olması da mümkündür ve hatta ayrıntılı sınırlamanın Kanun ile yapılması çok daha makul bir çözüm yoludur. Kanun altı hiçbir düzenleme ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği kesinlikle kabul edilmemelidir.

Bunun haricinde sınırlama Kanun metninde “ şu hak şöyle sınırlanacaktır” gibi çok genel, herhangi bir çerçeve çizmeyen biçimde yapılmamalıdır. Hak sınırlandırılırken, bu işlem ölçülü olmalı, sınırlama önceden belirlenmiş, kanun metnine alınmak suretiyle netleştirilmiş öngörülebilir bir sebebe dayanmalı ve hakkın özünü yok etmemelidir. Bir hukuk devletinde, ölüm cezası haricinde kişilerin yaşam hakkının sınırlanabileceği kabul edilmemeli, kişilere işkence yapılabileceği, ölüm cezası icra edilirken dahi kişilerin kötü muameleye maruz bırakılabileceği, haysiyetlerini kırıci fiil ve söylemlerde bulunulabileceği şeklinde hükümler getirilmemelidir.

C.b Temel Hak ve Hürriyetlerin Olağanüstü Dönemlerde Sınırlanması: Burada da aslında sınırlama esasları temelde aynıdır. Zira temel hak ve hürriyetlerin sınırsız olmadığını savunduğumuz gibi bu hakların sınırlanmasının da hudutsuz ve keyfi olamayacağını savunmaktayız. İçinde bulunulan ahval olağanüstü olarak değerlendirilse dahi, haklar ve hürriyetler kural tanımaz bir şekilde sınırlandırılmaz.

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasından bahsedebilmek için her şeyden önce olağanüstü yönetim usullerinden birisi, devlet kanunlarına veya ortada devlet bulunmadığı hallerde devlet görevini ifa eden otoritenin belirlemelerine uygun olarak ilan edilmelidir.

İlan edilen hal çerçevesinde coğrafi olarak olağanüstü halin bulunduğu bölge dışında kalan yerlerde sınırlamaya gidilmemelidir.

Sınırlamada ölçülü davranılmalıdır. Buradaki ölçülülüğün kıstası elbette ki normal dönem sınırlamalarına göre çok daha geniş olacaktır. Zira normal şartlar altında kişilerin iletişim hakkını dinleme yapmak suretiyle ihlal etmek için uzun bir yargı-başvuru süresi gerekebilecekken, bir savaş halinde aynı dinleme işleminin veya iletişimin kesilmesi işleminin çok daha hızlı ve fakat yalnızca amaca hizmet edecek ölçüde ve gerekli alan ve kişiyle sınırlı yapılması kabul edilebilecektir ve böyle bir sınırlama normal dönem için ölçüsüz iken olağanüstü bir dönem için ölçülü sayılacaktır.

Bunlarla birlikte sınırlamanın süre olarak da meşru olması gerekmektedir. Hiçbir sınırlama, olağanüstü durum bahane gösterilerek süresiz bir sınırlamaya dönüştürülmemelidir. Olağanüstü durum devam ediyor olsa bile eğer sınırlamaya artık gerek kalmadıysa sınırlamanın derhal kaldırılması yahut olağandışı şartların gidişatına uygun olarak gevşetilmesi gerekmektedir.

Tüm bunların aynı sıra uluslararası hukuktan doğan yükümlölükler de unutulmamalıdır. Zira bir ölkede veya bölgede her ne kadar ciddi ve gerçek bir olağanüstü hal yaşıyor olursa olsun, bu halin bir şekilde biteceğı aşikârdır. Hal sona ermiyorsa zaten devletin yıkılacağı ölkenin parçalanacağı dahi düşünölebilir ki bu ihtimalde yukarıdaki belirlemelerimizin birçoğunun önemi kalmamaktadır. Fakat normal şartlar altında olağanüstü dönem sona erecek ve olağan günlere dönölecektir. Bu durumda, olağanüstü dönemdeki hak ihlallerinden devletin, dolayısıyla halkın sorumlu olması gibi bir durum ortaya çıkabilecektir ki bu hiçbir devlerin almak istemeyeceğı bir risktir. Tam burada vurgulamak isteriz ki, bu belirlemelerimiz devletin günümüz anlamında demokratik hukuk devleti olduğı varsayımı haline özgü olarak yapılmaktadır.

Son olarak da olağanüstü dönemlerde dahi hakkın özüne riayet edilmesi gerektiğı hakkı sınırlandırmanın; hakkı silmek, ortadan kaldırmak, yok etmek manasına gelmediğı unutulmamalıdır.

Ç. İfade Hürriyeti

İfade hürriyeti (freedom of speech, freedom of expression) net olarak tanımlanmamış olmakla birlikte hem Anayasamız hem de AİHS madde 10 ile güvence altına alınmıştır ve makalemizde esas ele alınacak olan temel hak-hürriyet, ifade hürriyetidir.

İfade hürriyeti Anayasamızın pek çok farklı maddesinde korunmuştur. Anayasa madde 40 temel hak ve hürriyetler ile ilgili genel bir koruma hükmü iken madde 25 ve 26 doğrudan ifade hürriyetine ilişkindir. Zira madde 25’te herkesin “düşünce ve kanaat hürriyetine” sahip olduğı belirtilmiştir.

Lakin günümüz teknolojik imkânları göz önüne alındığında henüz insanların ne düşündüğü – yalan makinesine bağlama durumunda bile gelen sonuçlar %100 doğru olmamaktadır- bilinmemektedir. Dolayısıyla aslında Anayasa’da düşünce ve kanaat hürriyetinin korunmuş olması tek başına aktüel bir değer ifade etmemektedir. Bununla birlikte maddenin ikinci fıkrası, “*Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*” demek suretiyle gerçek bir koruma öngörmüştür fakat bu koruma da 26. maddenin varlığı sebebiyle değer kazanmaktadır. Zira kişinin düşüncesini açıklamaya zorlanamıyor oluşu bir güvence olsa da, yine de düşündüğünü ifade edebileceği manasına gelmemektedir. Nitekim bir şeyi düşünmek suç olmamakla birlikte, onu açıklamanın suç sayılması halinde, düşünmekten dolayı kişinin cezalandırılmıyor olmasının – en azından günümüz şartlarında- hiçbir önemi kalmamaktadır.

Bu sebeple kanun koyucu 25. maddenin ardından 26. maddeyi ihdas etmiştir. “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı bu madde ile hem düşünce ve kanaat hem de ifade hürriyetleri gerçek bir korumaya kavuşturulmaktadır. Lakin bununla birlikte kanun koyucu korumayı sağlarken bir yandan da korumanın sınırsız olmadığını çok net bir şekilde ifade etmiştir. Madde metni aynen: “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların*

cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.” Şeklindedir. Bu hüküm AİHS 10. Maddeye de uygundur zira söz konusu madde: “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, **başkalarının şöhret ve haklarının korunması**, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” Hükümünü haizdir.

İlgili madde metinlerinden de rahatça anlaşıldığı haliyle, nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin ifade hürriyetinin temel hak ve hürriyetlere dâhil olduğu vaki olmakla, sınırsız olmadığı da açıktır. Madde metinlerinde bu hakkın değişik açılardan sınırlamalarına değinilmiştir. Çalışmamızı doğrudan ilgilendiren kısımlar ise “kalın” puntolarla ifade edilmiştir. Zira AİHS 10. madde açıkça: “...bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen... **başkalarının şöhret ve haklarının korunması...** için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” Diyerek başkalarının şan ve şöhretinin “temel hak ve hürriyetler” koruması arkasına sığınarak ihlal edilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir.

İlerleyen bölümlerde yalnızca çalışmanın konusunu ilgilendiren kısımlarla ilgili açıklamalara yer verilecek maddeler kısaca irdelenecektir. Fakat bu değerlendirme kısmına geçmeden önce son kavramımız olarak “Reklam Yasağı”nı incelemekte fayda görüyoruz.

D. Reklam Yasağı

Mevzuatımızda reklam yasağı başlıca; TTK md.55’te haksız rekabet halleri içinde ve Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir.

Aslen reklam yapmak (advertising), yani bir müteşebbisin ürününü ve/veya hizmetini daha büyük kitlelere ulaştırmak yahut müşteri çevresini tutabilmek için tanıtması, ürününün/hizmetinin özelliklerinden bahsetmesi, ürününü insanlara hatırlatması hatta başka ürünlerle karşılaştırması yasak değildir. Ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ışığında reklam yapmak ifade özgürlüğü içinde değerlendirildiğinden, aslında bir temel haktır. Hakkın konusu her ne kadar çoğunlukla yalnızca ticari/mali olsa da bu durum, hakkın özü itibariyle bir temel hak olma vasfını etkilememektedir.

Fakat yukarıda -çalışmanın kapsamı göz önüne alınırsa- detaylıca incelendiği üzere hiçbir hak ve hürriyet sınırsız kullanılmamalıdır. Karşıt görüşler olmakla beraber tarih boyunca da bu şekilde kabul görmüştür ki hiçbir sınırı olmayan sözde özgürlük düzeni aslında yalnızca güçlünün hak sahibi olacağı bir nizamdır. “Kontrolsüz güç, güç değildir” vecizesindeki sır, hak ve hürriyetler için de geçerlidir. Dolayısıyla denebilir ki: sınırsız hak, hak değil; sınırsız hürriyet, hürriyet değildir.

Reklam yasağı yahut daha doğru tabirle “reklam kısıtlaması” ise mevzuatımız gereği, halkı kendi ürünü/hizmeti konusunda yanıltacak, başka müteşebbisleri ve/veya

faaliyetlerini kötüleyecek, kamu düzenine aykırı yahut suç oluşturabilecek reklamlar için getirilmiştir.

Gerçek manada reklam yasağı ise (örneğin avukatların reklam yasağı, tabiplerin reklam yasağı) yasağın getirildiği faaliyet alanının kamu düzeni- kamu sağlığı için önemi ve bu alanda reklam faaliyetlerine izin verilmesi halinde maddi kaygıların mesleklerin asıl amaçlarının önüne geçebileceği ve kutsal hizmetlerin (zira misalen avukatlık, Kanun tarafından kutsal kabul edilmektedir. Bkz: Avukatlık Kanunu md. 34) alelade birer ticari işe dönüşebileceği kaygıları ve toplum açısından ortaya çıkabilecek kötü sonuçlar göz önünde bulundurularak getirilmiştir.

Bütün bu genel bilgilendirme bölümünün, çalışmanın devamı için yeterli bir giriş olduğuna inandığımız için asıl konumuzla ilgili değerlendirme bölümüne geçiyoruz.

E. İfade Hürriyeti – Reklam Yasağı İlişkisinin Genel Değerlendirmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına baktığımızda açıkça görmekteyiz ki, AİHM ticari veya reklam niteliğindeki ifadeleri ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmektedir. Bu durumda bir reklam faaliyetinin temelde ifade hürriyetinin kapsamında olduğu dolayısıyla temel hürriyetlerden birisini teşkil ettiği tartışmasızdır. Ticari ifadelerin siyasi, sanatsal veya insani ifadelere nazaran daha az koruma göreceği şüphesiz olmakla, tamamen güvencesiz halde bulunmadıkları da bir hakikattir.

AİHM yanında Anayasa Mahkememiz de aynı doğrultuda belirleme yapmakta ve ticari ifadeleri, reklamları ifade özgürlüğü kapsamında kabul etmektedir. (Bkz: AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. Kararı, B. No: 2013/2623, 11/11/2015)

Ürünün, hizmetin tanıtımını yapmak elbette ki temel bir hak olmakla birlikte bu hak sınırsız mıdır? Yani, kişi bir ürünü üretmekle artık onu tanıtmak için her yolu mubah görmeli ve her çeşit tanıtım faaliyeti korunmalı mıdır?

Muhakkak ki birisi hakkında eleştirilerin dile getirilmesi ifade özgürlüğü, aynı kişiye aynı olaydan bahisle küfür edilmesi ise suçtur. Bir suçun işlendiği gerekçesiyle yetkili mercilere başvuru hem bir hak hem de bir yükümlülükken, bu isnadın kasten yersiz yapılması ise iftira suçudur. Yani temel bir hürriyet öznesi olmak ile bir suçun faili olmak arasında ince bir çizgi vardır. Bu dahi tek başına göstermektedir ki, ifade hürriyeti her halükârda korunan bir özgürlük değildir.

Zannımızca burada reklam yasağı ile ifade hürriyeti değerlendirmesini; 1. Reklam kısıtlamaları için 2. Reklam yasakları için yapmak yerinde olacaktır.

E.a Reklam Kısıtlamaları Açısından Değerlendirme: Türk Medeni Kanunu madde 2: *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”* demek suretiyle aslında bütün makalemizin sonucunu ortaya koymuştur. Gerçekten, herkes bir hakkı kazanırken iyi niyet ve kullanırken dürüstlük kurallarına riayet etmelidir. Dürüstlük kuralına riayet kıstası her hak ve hürriyette olacağı üzere ifade hürriyeti için de temel kıstastır.

Bu açıdan bakıldığında mevzuatımızdaki reklam kısıtlamaları TTK md.55 başta olmak üzere, hakkın kötüye kullanımı sebebi ile bir kısıtlama getirmektedir. Gerçekten, doğru olmayan, yanıltıcı, aldatıcı, yanlış yönlendirici ibareler reklam oldukları gerekçesiyle korunmamakta, bilâkis bu ifadeler sebebiyle kullanıcıları sorumlu tutulmaktadır. Kanaatimizce bu ve benzeri belirlemeler son derece yerindedir ve aslında bakılırsa “C.a” bölümünde ele aldığımız olağan dönem sınırlamaları içine

dahil edilemezler. Zira buradaki kısıtlamalar aslında bir temel hak veya hürriyeti sınırlamamakta, başkalarının hak ve hürriyetlerini korumaktadır. Dolayısıyla buradaki sınırlamaların “temel hak ve hürriyetlerin” sınırlanması olduğu dahi kanaatimizce düşünülmemelidir, zira ortada kısıtlanan bir hürriyet bulunmamakta bilâkis hukuka aykırı bir faaliyet engellenmektedir.

Örneğin, bir doktorun hastasına ameliyat esnasında (adına “ilaç” dense bile) uyuşturucu vermesi yahut uyuşturucuyu ilaç olarak yazması ve kişinin reçetesi ile bu uyuşturucuyu eczaneden satın alması hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Öbür taraftan bir kişinin sokaktan satın aldığı uyuşturucuyu kullanması ise hukuk düzenimiz tarafından korunmamaktadır. Nitekim bu kullanımda hem kişinin hem de kamunun zararı olduğu kabul edilmektedir.

Her nasıl bu örnekte sokaktan uyuşturucu madde satın alan kişinin bu yönde bir temel hakkı olduğu kabul edilmiyor ve bu sebeple alım faaliyetinin suç sayılması temel bir hakkın sınırlanması olarak kabul edilmiyorsa, kanaatimizce haksız rekabeti önlemek amacıyla getirilmiş “reklam kısıtlamalarının” da aynı doğrultuda temel hak ve özgürlükleri kısıtladığından bahsedilemez.

Şüphesiz ki yaptığımız bu belirlemeler, kanuni düzenlemelerin dürüst, akılcı ve evrensel hukuk ilkelerine uygun ihdas edildiği haller için geçerlidir. Aksi takdirde, her hukuki düzenlemede olabileceği gibi reklam yasağı düzenlemeleri de temel hak ve özgürlükleri sınırlayan ve dahi ortadan kaldıran bir hüviyet arz edebilecektir. Lakin hukukumuz açısından mevzu “reklam kısıtlamalarının” hiç olmazsa kâğıt üzerinde temel hak ve hürriyetleri kısıtlamadığı görüşündeyiz.

E.b Reklam Yasakları Açısından Değerlendirme: Üstte ifade ettiğimiz reklam kısıtlamalarının haricinde bir de gerçek manasıyla reklam yasakları mevcuttur. Nitekim; 1219 sayılı “Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un

24. maddesi”, “Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 8.maddesi” düzenlemeleri ile tabip ve diş tabiplerinin reklam yapamayacakları, işlerini yerine getirirken ticari kaygılarını değil, kamu sağlığı ve menfaatini önde tutmaları gerektiği düzenlenmiştir. Aynı şekilde, Avukatlık Kanunu madde 55’e dayanan, 25296 sayılı sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, “Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği” ile avukatların icra ettikleri mesleğin niteliği göz önüne alınarak reklam yapamayacakları ifade edilmek suretiyle reklam yapma hak ve hürriyetleri tamamen ellerinden alınmıştır.

Bu başlık, bir üsteki “reklam kısıtlamaları” başlığından farklıdır. Zira burada bir kısıtlama değil gerçek anlamda bir yasak mevcuttur ve ortada herhangi bir aldatma, yanıltma, yanlış yönlendirme halinin varlığı aranmadan verdiğimiz örnekler çerçevesinde avukat ve tabiplerin ifade hürriyetleri ellerinden alınmıştır. İşte burada gerçek bir yasaktan bahsetmek mümkündür. şu durumda incelenmesi gereken husus, bu yasaklamanın hukuka uygun olup olmadığı, yukarıda açıkladığımız temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması şartlarına uyup uymadığıdır.

Avukatlara getirilen reklam yasağının bir temel hak ve hürriyet olan ifade hürriyetini sınırlandığı açıktır. şu aşamaya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşılabileceği üzere ise kanaatimizce ifade hürriyeti de dâhil tüm hürriyetler belirli şartların varlığı halinde sınırlanabilmelidir. Bu şartlar Anayasa 13. maddede açıkça şu şekilde ifade edilmiştir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve **ancak kanunla sınırlanabilir.** Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçölülük ilkesine aykırı olamaz.”

Burada maddenin ayrıntılı incelemesini yapmayacak olmakla birlikte avukatların reklam yasağını ilgilendiren en büyük noktaya değinmemiz

gerekmektedir. O da şudur ki “bir temel hak veya hürriyet ancak ama ancak kanunla sınırlanabilir.” Bu belirleme Anayasa’nın apaçık hükmüdür. Şu halde avukatların reklam yasağı düzenlemesinin nasıl yapıldığına bakmak gerekir. Önceki sayfalarda da ifade edildiği üzere avukatların reklam yasağı Avukatlık Kanunu madde 55’e dayanan, 25296 sayılı sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, “Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği” ile düzenleme altına alınmıştır.

Avukatların reklam yapmasının yasak olduğu Kanun metninde geçmekle birlikte Avukatlık Kanunu 55. madde bu kısıtlamanın hükümlerini düzenlemeyi, çerçevesini belirlemeyi bir alt norm olan “yönetmeliğe” bırakmıştır.

Kanaatimizce Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetler,...ancak kanunla sınırlanabilir.” hükmünü, “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanacağı kanunda söylendikten sonra sınırlamanın herhangi bir düzenleme metni ile yapılabileceği” biçiminde anlamamak gerekmektedir. Aksi takdirde, Anayasa 13. maddesi ile ulaşılmak istenen amaç tamamen devre dışı kalacak ve her temel hak, değiştirilmeleri kanuna nazaran daha kolay şartlara tabi alt normlar ile kolayca sınırlanabilecek, ortadan dahi kaldırılabilir. Bu, Anayasa’nın ruhuna aykırı olması bir yana aslında temel hak ve hürriyetlerin tamamen güvencesiz kalması ile çok yakın bir durumdur.

Sonuç olarak, Avukatlık Kanunu metninde açıkça ifadesini bulduğu için, reklam yasağı –yalnızca yasağın var oluşu bakımından- kanaatimizce hukuka uygun bir şekilde cari olmakla beraber, ifade hürriyeti sınırlamalarının kanun altı bir norm ile ihdas ediliyor olması kesinlikle bir temel hak-hürriyet ihlalidir.

İhlalin ortadan kaldırılması için yapılması gereken; Avukatlık Kanunu 55. madde 3. fıkranın ilga edilerek Yönetmeliğin ortadan kaldırılması ve maddeye reklam yasağını düzenlemek için yeteri kadar fıkra eklenmesidir.

Belirlemelerimiz bu yönde olmakla birlikte, yasağın bir an için Anayasa'ya uygun olduğunu ve Kanun ile düzenlendiğini farz ederek çalışmamıza devam edecek fakat aşağıda “yönetmelik” ifadesini kullanacağız.

Amacını “*İş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesi*” olarak belirten yönetmelik, gerçekten amacı gerçekleştirebilmekte midir?

Avukatlığın kamu düzenini tesis etmede büyük önemi olduğu ve bu sebeple diğer alanlardan farklı düzenlenmesi gereği aşikârdır. Bu sebeple avukatların tüccarlar, esnaflar gibi reklam yapamıyor oluşu hem mesleğin onuru hem de kamunun menfaatinedir. Fakat, getirilen bu yasak kanaatimizce yeniden düzenlenmesi gereken bir haldedir zira mevcut haliyle avukatların reklam yasağı ifade hürriyetini kısıtlamaktadır.

Her şeyden önce sınırlamanın hukuka uygun olması ve kapsamının belirlenebilmesi için neyi sınırladığı anlaşılmalıdır. Mevcut yönetmelik “reklam yasağı” başlığını taşımakla birlikte çok önemli bir noktayı es geçmiştir. Yönetmelik, “reklamı” tanımlamamaktadır. Dolayısıyla neyi kısıtladığı aslında bir muammadır. Zira aynı yönetmeliğin 9. maddesinde avukatın “kendini ifade etme hakkına” sahip olduğu vurgulanmaktadır. Fakat reklam kelimesinden maksadın açıklanmadığı şu durumda neyin kendini ifade, neyinse reklam sayılacağı belirsizdir. İlk olarak düzenleme, sınırlamanın hudutlarını çizmemiş olması sebebiyle ifade hürriyetini ihlal etmektedir.

Bu belirlememiz yanında, büroya isim koyma mevzusu ve büronun niteliğini belirlemede avukatlık bürosu-hukuk bürosu muamması da zannımızca bir ihlal oluşturmaktadır. Zira yönetmeliğe göre yalnızca isim ve soyisim tabelalarda kullanılabilmekte büroya orijinal başka bir isim konulamamaktadır. Bizce bu

uygulamanın mantıklı bir açıklaması bulunmamaktadır. Eğer endişe duyulan şey, büroya verilecek ismin yanıltıcı olabileceği ise, zaten mevcut mevzuatımız çerçevesinde yanıltıcı-aldatıcı isimler korunmayacak ve büronun isminin değişmesi sağlanabilecektir. Bunun yanında bir kişinin soyadının (misalen evlenmiş ve soyadını değiştirmemiş bir kadın avukat) ALDANMAZ ALDATMAZ olması ihtimalinde belirleme neye göre yapılacaktır? Ayrıca bürolara “hukuk bürosu” denmesi de yasaktır. Bürolar yalnızca “avukatlık bürosu” yahut “avukatlık ortaklığı” ibarelerini kullanabilecektir. Bu belirlemenin nedeni de bizce anlaşılamamaktadır. Hem günlük halk diline yerleşmiş, hem de uygulamada yaygın şekilde var olan bir kullanımın “aldatıcı” olabileceğinden bahsedilemeyeceği açıktır. Hal böyleyken, mevzuatımızda halen böyle bir yasağın kendine yer buluyor olması ilginçtir ve ifade hürriyetini ihlal etmektedir.

Bu bölümde yaptığımız belirlemelerden ise kesinlikle “reklam yasaklarının” tamamının ifade hürriyetini ihlal ettiğini kabul ettiğimiz gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Bizce de belirli meslek dalları için reklam yasakları bulunmalıdır. Fakat bununla birlikte bu yasakların akılcı, çağdaş, gerekli ve ölçülü olması gerekmektedir. Aksi takdirde hak ihlalleri ile karşılaşılabilir.

Reklam yasakları ile ilgili mevzuatımızdan bir örnek daha vermek gerekirse, Türk Ceza Kanunu madde 226’ya bakmak yerinde olacaktır. Müstehcenlik başlığını taşıyan maddenin ilgili yerleri şu şekildedir:

Madde 226- (1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten

...

f) Bu ürünlerin reklamını yapan,

Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.

Genel ahlaka karşı suçlar bölümü içinde düzenlenmiş madde metnine bakıldığında, bir konu hakkında reklam yapmanın tamamen yasaklandığı görülmektedir. Yukarıda “E.a” bölümünde reklam kısıtlamalarının hukuka uygun olmaları halinde temel hak ve özgürlükleri kısıtlamadıklarından bahsetmiştik. Burada ise bir kısıtlama değil tam bir yasak mevcuttur. Bu yasağa göre “bir çocuğa müstehcen görüntü ve sair kayıtları içeren ürünlerin reklamını yapan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacaktır.” Dolayısıyla burada, bir ürünle ilgili reklam faaliyetleri kısıtlanmamış tamamıyla engellenmiştir. Fakat somut düzenlemenin ifade hürriyetini ihlal ettiğinden bahsedilemeyecektir. Sanıyoruz ki bu konuda aksi bir belirleme de yapılmayacaktır.

Tüm bu belirlemelerimize ek olarak hatırlatmakta fayda görüyoruz, AİHS 10. maddesinin 2. Fıkrasındaki ve Anayasa 26’daki “başkasının şöhreti” ifadesi de durumu net olarak açıklamaktadır. Hükümlerin lafzi yorumundan başkasının şöhretinden haksız yararlanmanın genelde ifade hürriyeti, özelde de reklam hakkı kapsamında korunmayacağı anlaşılmaktadır.

F. Sonuç

Çalışmamızda nihai olarak ulaştığımız sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulamaz, ortadan kaldırılamaz nitelikte olmakla birlikte sınırlandırılmaz değildirler.
- Bu sınırlamanın demokratik hukuk devleti anlayışına uygun olarak öngörülebilir, ölçülü ve sınırlı yapılması gerekir.
- İfade hürriyeti temel haklar ve hürriyetler içine dâhildir. Bununla birlikte reklam yapma hakkı da ifade hürriyetinin bir cüzüdür. Şu halde reklam

yapmak temel bir hak veya hürriyet kabul edilmek zorundadır. Nitekim, AİHM ve Anayasa Mahkemesi belirlemeleri de bu doğrultudadır.

- Reklam yapma hakkı temel bir hak olmakla birlikte, mevzuatımız tarafından gerek haksız rekabet hükümleri çerçevesinde (TTK) gerekse diğer mevzuatlarda bazen kısıtlanmış bazen de tamamen yasaklanmıştır.
- Kanaatimizce genel olarak söz konusu kısıtlamaların ifade hürriyetini sınırlandırdığı kabul edilmemelidir. Hatta bu sınırlamaların hürriyetleri korur yönlerinin olduğu ifade edilebilir. Reklam yasakları açısından ise, özü itibariyle temel esaslara (ölçülülük, öngörülebilirlik, sınırlılık) uyulması durumunda bir ihlalden bahsedilemeyecek olmakla birlikte, düzenlemelerin ifade hürriyeti veya diğer temel hak ve hürriyetleri kısıtlar boyuta ulaşmaması gerekmektedir. Maalesef hukuk sistemimizde hem olumlu hem olumsuz kısıtlama ve yasak örnekleri mevcuttur.
- Sonuç itibariyle, reklam yapma hakkı ifade hürriyeti bağlamında temel bir hak-hürriyet olmakla beraber sınırlandırılmaz değildir. Bazen kamu düzeni, bazen kamu sağlığı endişeleri ile bazen de meslekî düzeni sağlamak adına getirilen kısıtlamalar geçmişte de günümüzde de var olmuştur ve gelecekte de olacakları ihtimali kuvvetlidir. Bu sınırlamalar ise, düzgün belirlendikleri ve belirlemeye uygun kullanıldıkları takdirde gereklidir. Unutulmamalıdır ki; sınırsız hak, hak değil; sınırsız hürriyet, hürriyet değildir.

Kaynakça

AYAN, M. (2013). *Medenî Hukuka Giriş*. Konya: Mimoza.

GÖZLER, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

GÖZLER, K. (2013). *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

KABOĞLU, İ. Ö. (tarih yok). *Kolektif Özgürlükler*.

TÜMAY, M. (2015). Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 355-378.