



KÜRESEL BAKIŞ

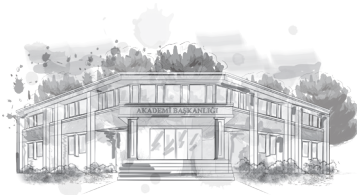
ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanır)

15

YIL: 4, SAYI:15, Ekim 2014

ISSN: 2146-1376



SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/ GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/ EDITOR

Aşkın GÜVEN
Hâkim
Bahdiyar ÇOBAN
Hâkim

*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/ EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ
Hâkim

*

YAYIN KURULU/ EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi
Rifat İNANÇ
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı
Eğitim Merkezi Başkanı
Mehmet GEDİK
Strateji Geliştirme Daire Başkanı
Dr. İhsan BAŞTÜRK
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı
Dr. Gürsel ÖZKAN
Ankara 17. İdare Mahkemesi Başkanı

*

GRAFİK TASARIM / GRAPHIC DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ
PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095
Çankaya-Ankara

Tel: 312 489 81 80 **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web : www.taa.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ / ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

- * Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.
- * Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılırlar. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
- * Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, makalesinin Türkçe'ye çevrilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren yazının yanı sıra, makalenin tüm telif hakları yazarında değilse, telif hakkı sahibinden de söz konusu makalenin Türkçe'ye çevrilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren izin yazılarının (e-posta yolu ile de alınmış olabilir) Türkiye Adalet Akademisi Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanlığına ulaştırılması gerekmektedir.
- * Çevirilerin öncelikle www.taayayinlari.gov.tr internet sitesinden “makale ve çeviri gönder” bölümünden gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
- * Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orijinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11,5 Times New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlar dan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- * Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelenmek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.
- * Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, mobil telefon numarası, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
- * Yazarlara ve hakemlere “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.
- * Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

- * Hatalı çevirilerden kaynaklanan sorumluluk çevirene aittir. Türkiye Adalet Akademisi'nin saptadığı yayın ilkeleri doğrultusunda metinler üzerinde biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Oğuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargın
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırca
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçın
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

- Avrupa Birliği Adalet Divanının Türkiye -
Avrupa Birliği Ortaklık Hukukuna
(Yerleşme Serbestisi ve Aile Birleşimine) İlişkin Doğan Kararı 1
Çeviren: Yrd. Doç. Dr. İlke GÖÇMEN
- Devlet Başkanlığı 12965 Sayılı Kanun, 23 Nisan 2014..... 13
Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Sırrı DÜĞER
- Şirketler Hukuku İçin Tarihin Sonu 31
Henry HANSMANN ve Reinier KRAAKMAN
Çeviren: Alper Hakkı YAZICI
- Avrupa Birliği Adalet Divanının Türkiye – Avrupa Birliği Ortaklık
Hukuku (1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Md. 6 (1))
İle İlgili Bir Yıllık Yasal Çalışma Sürelerini Dolduran Türk İşçilerinin
Oturma İzinlerinin Bu Tarihten Sonra Geriye Etkili Olarak İptal
Edilemeyeceğine İlişkin Unal Kararı 73
Çeviren: Emriye Özlem ŞEKER
- (ABD Hukukunda) İfade Özgürlüğü, Hakaret ve Yasaklama Kararları 85
Prof. David S. ARDIA
Çeviren: Hacı Ali AÇIKGÜL
- Hukuk Sosyolojisinin Metodolojik Meseleleri Üzerine Düşünceler..... 173
Reza Banakar
Çev. Uğur Dinç

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:



**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ
TÜRKİYE - AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIK HUKUKUNA
(YERLEŞME SERBESTİSİ VE AİLE BİRLEŞİMİNE)
İLİŞKİN DOĞAN KARARI**

*Çeviren: Yrd. Doç. Dr. İlke GÖÇMEN**

Dava C-138/13 *Naime Dogan v Bundesrepublik Deutschland*,
Karar Tarihi: 10 Temmuz 2014.

DİVAN KARARI (İkinci Daire)**

10 Temmuz 2014***

(Ön karar başvurusu – AET¹-Türkiye Ortaklık Anlaşması – Katma Protokol – Madde 41 (1) – Türk vatandaşlarının aile üyelerinin ikamet hakkı – Ulusal ülkeye girmek isteyen aile üyesinden temel dil bilgisi isteyen ulusal düzenleme – Hukuka uygunluk – 2003/86/AT² sayılı Direktif – Aile birleşimi – Madde 7 (2) – Uyumluluk)

C-138/13 sayılı Davada,

ABİHA³ madde 267 uyarınca (Almanya) Berlin İdare Mahkemesi (*Verwaltungsgericht Berlin*) tarafından 13 Şubat 2013 tarihli karar ile yapılan ve Divan tarafından 19 Mart 2013 tarihinde alınan ön karar başvurusu,

Naime Dogan ile **Bundesrepublik Deutschland** arasındaki uyuşmazlık ile ilgilidir.

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı.
Visiting Researcher, Universiteit Leiden, Europa Institute.
igocmen@ankara.edu.tr / i.gocmen@law.leidenuniv.nl

** <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-138/13>>

*** Davanın dili: Almanca.

¹ AET: Avrupa Ekonomik Topluluğu.

² AT: Avrupa Topluluğu.

³ ABİHA: Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma.

DİVAN (İkinci Daire),

Daire Başkanı R. Silva de Lapuerta (Raportör), Hâkimler J. L. da Cruz Vilaça, G. Arestis, J.-C. Bonichot ve A. Arabadjev ile oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü : P. Mengozzi,

Kâtip : Yönetici A. Impellizzeri,

Yazılı usul ve 5 Şubat 2014 tarihindeki duruşmayı göz önüne alarak,

– Avukat C. Käss tarafından Bayan Dogan,

– Vekil sıfatıyla T. Henze ve J. Möller tarafından Alman Hükümeti,

– Vekil sıfatıyla M. Wolff, C. Thorning ve V. Pasternak Jørgensen tarafından Danimarka Hükümeti,

– Vekil sıfatıyla J. Langer ve M. Bulterman tarafından Hollanda Hükümeti,

– Vekil sıfatıyla C. Pesendorfer tarafından Avusturya Hükümeti,

– Vekil sıfatıyla M. Condou-Durande, M. Kellerbauer ve W. Bogensberger tarafından Avrupa Komisyonu namına sunulan görüşleri değerlendirdikten sonra, 30 Nisan 2014 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsünün Görüşünü dinledikten sonra,

Aşağıdaki kararı vermektedir:

Karar

1. Bu ön karar başvurusu, 23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel’de imzalanan ve Topluluk adına 23 Kasım 1970 tarihinde imzalanan ve Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Türkiye arasında bir Ortaklık Kuran Anlaşmaya eklenen ve onların uygulanması için alınacak önlemlere ilişkin katma protokolü ve mali protokolü tamamlayan 2760/72/AET sayılı ve 19 Aralık 1972 tarihli Konsey Tüzüğü⁴ ile tamamlanan, uygun bulunan ve onaylanan Katma Protokol (“Katma Protokol”) madde 41 (1)’in yorumuna ilişkindir. Bu Anlaşma (“Ortaklık Anlaşması”), bir tarafta Türkiye Cumhuriyeti, diğer tarafta AET üyesi devletler ile Topluluk tara-

⁴ Resmi Gazete 1977 L 361, s. 60.

findan 12 Eylül 1963 tarihinde Ankara’da imzalanmış ve Topluluk adına 64/732/AET sayılı ve 23 Aralık 1963 tarihli Konsey Kararı⁵ ile tamamlanmış, uygun bulunmuş ve onaylanmıştır. Bu ön karar başvurusu, aynı zamanda, aile birleşimi hakkına ilişkin 2003/86/AT sayılı ve 22 Eylül 2003 tarihli Konsey Direktifi⁶ madde 7 (2)’nin ilk alt paragrafının yorumu ile ilgilidir.

2. Bu başvuru, Bayan Dogan ve Almanya Federal Cumhuriyeti (*Bundesrepublik Deutschland*) arasında geçen ve Bayan Dogan’ın aile birleşimi amacıyla yaptığı vize başvurusunun Almanya tarafından reddine ilişkin dava esnasında yapılmıştır.

Hukuki Çerçeve

AB⁷ hukuku

Ortaklık Anlaşması

3. Ortaklık Anlaşması madde 2 (1)’e göre açıktır ki; bu Anlaşma, Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk halkının çalıştırılma seviyesinin ve yaşama şartlarının yükseltilmesini sağlama gereğini tümü ile göz önünde bulundurarak, taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmeyi amaçlamaktadır.

4. Ortaklık Anlaşması madde 12 uyarınca: “Âkit taraflar, aralarında serbest işçi akımını kademeli olarak gerçekleştirmek için, [ATA⁸ madde 39], [ATA madde 40] ve [ATA madde 41]’den esinlenmekte uyuşmuştur” ve bu Anlaşma madde 13 uyarınca âkit taraflar: “yerleşme serbestisi kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, [ATA madde 43 ilâ 46] ve [ATA madde 48]’den esinlenmekte uyuşmuştur”.

Katma Protokol

5. Katma Protokol madde 62 uyarınca Katma Protokol ve Ekleri, Ortaklık Anlaşması’nın ayrılmaz bir parçasını oluşturur.

⁵ Resmi Gazete 1973 C 113, s. 1.

⁶ Resmi Gazete 2003 L 251, s. 12.

⁷ AB: Avrupa Birliği.

⁸ ATA: Avrupa Topluluğu Antlaşması.

6. Katma Protokol madde 41 (1), şu şekildedir:

“Âkit taraflar, aralarında, yerleşme serbestisi ve hizmet sunumu serbestisine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınır.”

2003/86 sayılı Direktif

7. 2003/86 sayılı Direktif madde 1, şu şekildedir:

“Bu Direktifin amacı, üye devlet ülkelerinde hukuka uygun mukim üçüncü ülke vatandaşlarının aile birleşimi hakkını kullanımının koşullarını belirlemektir.”

8. 2003/86 sayılı Direktif madde 4 (1), şu şekildedir:

“Üye devletler, bu Direktif uyarınca ve Bölüm IV’tekilerin yanı sıra 16. maddedeki koşullara uyuma tâbi olarak, aşağıdaki aile üyelerinin girişine ve ikametine izin verir:

(a) sponsorun eşi;

...”

9. 2003/86 sayılı Direktif madde 6 (1), şu şekildedir:

“Üye devletler; kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı sebepleriyle aile üyelerinin giriş ve ikamet başvurularını reddedebilir.”

10. 2003/86 sayılı Direktif madde 7, şu şekildedir:

“1. İlgili üye devlet, aile birleşimi başvurusu yapıldığında, bu başvuruyu yapan kişiden sponsorun aşağıdakilere sahip olduğuna dair kanıt sunmasını isteyebilir:

(a) aynı bölgedeki karşılaştırılabilir bir aile için normal sayılan ve ilgili üye devlette yürürlükteki genel sağlık ve güvenlik standartlarını karşılayan konut;

(b) ilgili üye devlette o devletin vatandaşları için normal olarak kapsanan tüm riskler yönünden hem kendisi hem de aile üyeleri için hastalık sigortası;

(c) ilgili üye devletin sosyal yardım sistemine başvurmaksızın, hem kendisini hem de aile üyelerini geçindirmeye yetecek istikrarlı ve düzenli kaynaklar. Üye

devletler, bu kaynakları niteliğine ve düzenliliğine bakarak değerlendirir ve asgari ulusal maaş ve aylık düzeyinin yanı sıra aile üyelerinin sayısını da dikkate alabilir.

2. Üye devletler, ulusal hukuka uygun olarak, üçüncü ülke vatandaşlarının entegrasyon önlemleri ile uyumunu arayabilir.

Madde 12’de anılan mülteciler ve/veya mültecilerin aile üyeleri ile ilgili olarak, birinci alt paragrafta anılan entegrasyon önlemleri, yalnızca ilgili kişiler aile birleşimine hak kazanınca uygulanabilir.”

11. 2003/86 sayılı Direktif madde 17, şu şekildedir:

“Üye devletler, bir başvuruyu reddettiklerinde, bir ikamet iznini geri aldıklarında veya uzatmayı reddettiklerinde veya sponsoru ya da onun aile üyelerini göndermeye karar verdiklerinde; ilgili kişinin aile ilişkilerinin niteliğini ve sağlamlığını ve o üye devlettteki ikametinin süresi ile köken ülkesindeki ailevi, kültürel ve sosyal bağlarının varlığını gereğince dikkate alır.”

Alman Hukuku

12. Ön karar başvurusundan bellidir ki; istenilen vizenin verilmesi, 25 Şubat 2008 tarihli bildiri kaynaklı versiyonu⁹ ve 21 Ocak 2013 tarihli Kanun’un 2. maddesi ile değişik hâliyle,¹⁰ Federal Bölgedeki Yabancıların İkameti, Kazançlı İstihdamı ve Entegrasyonu Kanunu’nun (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*) (“Yabancıların İkameti Hakkında Kanun”) müteakip hükümlerine tâbidir.

13. Bu Kanun paragraf 2 (8), şu şekildedir:

“Alman dilinin temel bilgisi, Dil için Ortak Avrupa Referans Çerçevesi’nin (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye devletlere yönelik R (98) 6 numaralı ve 17 Mart 1998 tarihli dil için ortak referans çerçevesine ilişkin Tavsiyesi) A1 seviyesine karşılık gelen dil becerisi seviyesidir.”

14. Yabancıların İkameti Hakkında Kanun paragraf 27 (1), şu şekildedir:

⁹ BGBl. 2008 I, s. 162.

¹⁰ BGBl. 2013 I, s. 86.

“Alman Anayasası’nın (*Grundgesetz*) 6. maddesinde belirtildiği üzere, evliliği ve aileyi korumak amacıyla, belirli süreli ikamet izni, yabancı aile üyelerinin yararına, federal bölge içinde bir ailenin birlikte yaşamasının tesis veya muhafaza edilmesi için verilebilir ve uzatılabilir (aile birleşimi).”

15. “Eş birleşimi” başlıklı Yabancıların İkameti Hakkında Kanun paragraf 30, şu şekildedir:

“1. Bir yabancınnın eşine, eğer:

(1) her bir eş 18 yaşına erişmişse,

(2) eş Alman dilinde en azından temel seviyede iletişim kurabiliyorsa ve

(3) yabancı

(a) süresiz ikamet izni sahibiyse ...

belirli süreli ikamet izni verilir.

Belirli süreli ikamet izni, birinci cümlenin 1. ve 2. noktalarına bağlı olmaksızın, eğer:

(1) yabancı, bu Kanununun 19 ila 21. paragrafları uyarınca bir ikamet izni [belirli mesleki etkinlikler için ikamet izni] sahibiyse ve evlilik, o yabancınnın asıl ilgi merkezini federal bölgeye transfer etmesinden önce gerçekleşmişse...

verilebilir.

Belirli süreli ikamet izni, birinci cümlenin 2. noktasına bağlı olmaksızın, eğer:

(1) ...

(2) eş Alman dilinin temel bilgisini fiziksel, akli veya psikolojik hastalık veya özürlülük nedeniyle gösteremeyecek pozisyondaysa,

verilebilir. ...”

16. Ön karar başvurusundan bellidir ki; Yabancıların İkameti Hakkında Kanun paragraf 30 (1)’in ilk cümlesinin 2. noktası, ikamet hakkı ve iltica hakkındaki Avrupa Birliği Direktiflerini iç hukuka aktaran 19 Ağustos 2007 tarihli Ka-

nun¹¹ (*Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union*) ile eklenmiştir.

Esas davadaki uyuşmazlık ve ön karar için gönderilen soru

17. Esas davadaki başvuru, 1970 yılında Türkiye’de doğmuş ve bu ülkede mukim bir Türk vatandaşıdır. Bu kişi, eşi ile aile birleşimi amacıyla vize başvurusu yapmıştır ve eşi, 1964 yılında doğmuş, 1998 yılından bu yana Almanya’da yaşayan bir Türk vatandaşıdır.

18. 2002 yılından bu yana, Bay Dogan, sonradan süresiz ikamet iznine dönüşen belirli süreli ikamet iznine sahiptir. Bay Dogan, çoğunluk hissesini elinde tuttuğu bir limited şirketin müdürüdür. Bay Dogan, hâlen, bu etkinliği devam ettirmektedir.

19. 18 Ocak 2011 tarihinde, başvuru, kendisi ve başlangıçta iki çocuğu adına eşlerin ve çocukların aile birleşimi amacıyla vize için Ankara’daki (Türkiye’deki) Alman büyükelçiliğine başvurmuştur. Bu amaçlarla, başvuru, diğerlerinin yanında, 28 Eylül 2010 tarihinde aldığı ve (100 puan üzerinden 62) “yeterli” notu ile geçtiği A1 seviyesindeki dil testine ilişkin *Goethe* Enstitüsünün çıkardığı sertifikayı sunmuştur. Başvurucunun testin yazılı kısmındaki sonuçları, 25 puan üzerinden 14.11’dir.

20. Bununla birlikte, Alman büyükelçiliğine göre, esas davadaki başvuru, okuma-yazma bilmemektedir. Başvuru, çoktan seçmeli soruları rastgele cevaplayarak testi çözmüştür ve üç standart cümleyi de ezberlemiştir.

21. Alman büyükelçiliği, Alman dili bilgisine ilişkin kanıtın yokluğunda, 23 Mart 2011 tarihli kararı ile Bayan Dogan’ın başvurusunu geri çevirmiştir. Esas davadaki başvuru, bu karara itiraz etmemiştir; fakat 26 Temmuz 2011 tarihinde yalnızca kendisiyle ilgili olarak aile birleşimi amacıyla vize için aynı büyükelçiliğe yeni bir başvuru yapmıştır. Bu başvuru, bu büyükelçilik tarafından 31 Ekim 2011 tarihli karar ile tekrardan geri çevrilmiştir.

22. Ankara’daki Alman büyükelçiliği, Bayan Dogan’ın avukatı aracılığıyla 15 Kasım 2011 tarihinde yaptığı yeniden değerlendirme (“protesto”) başvuru-

¹¹ BGBl. 2007 I, s. 1970.

sunu yanıt olarak, orijinal kararı kaldırmış ve 24 Ocak 2012 tarihli “protesto” hakkında karar ile onu değiştirmiştir. Bu karar da, başvuruyu geri çevirmektedir; zira esas davadaki başvurucu okuma-yazma bilmediğinden gerekli dil bilgisine sahip değildir.

23. Bayan Dogan, gerekli dil bilgisine sahip olduğunu ve dahası, Alman dili bilgisi kanıtının Ortaklık Anlaşması’ndan kaynaklanan kötüleştirme (*reformatio in pejus*) yasağının ihlal ettiğini düşündüğünden, 24 Ocak 2012 tarihli karara karşı Berlin İdare Mahkemesi’nde (*Verwaltungsgericht Berlin*) dava açmıştır.

24. Bu koşullar altında, Berlin İdare Mahkemesi (*Verwaltungsgericht Berlin*), yargılamayı durdurarak, Divana ön karar için şu soruları göndermeye karar vermiştir:

“ (1) [Ortaklık] Anlaşması ile kurulan ortaklığın geçiş döneminde alınacak önlemlere ilişkin ... Katma Protokol’ün 41 (1). maddesi, söz konusu hüküm yürürlüğe girdikten sonra ilk kez getirilmiş olan ve Katma Protokol’ün 41 (1). maddesi uyarınca hukuki statüden yararlanan bir Türk vatandaşının aile üyesinin [Federal Alman Cumhuriyeti’ne] ilk kez girişini girişten önce o aile üyesinin Alman dilinde temel şekilde iletişim kurma yeteneğini göstermesi gerekliliğine bağlayan ulusal hukuk hükmünün önüne geçer mi?

(2) 2003/86 sayılı Direktif’in ... 7 (2). maddesinin birinci alt paragrafı, 1. soruda belirtilen ulusal hukuk hükmünün önüne geçer mi?”

Gönderilen Soruların Değerlendirilmesi

Birinci Soru

25. Başvurucu mahkemenin birinci sorusu, esas olarak, şu şekildedir: Katma Protokol madde 41 (1), bu hükümdeki “*standstill*”¹² klozunun ilgili üye devlette bu Katma Protokol’ün yürürlüğe girmesinden sonra getirilen ve o üye devlette mukim Türk vatandaşlarının aile birleşimi amacıyla o devletin ülkesine girmek isteyen eşlerine o üye devletin resmi dilinin temel bilgisini hâlihazırda edinmiş olduklarını göstermeleri koşulunu vazedenden ulusal hukuk önleminin önüne geçe-

¹² “Standstill”, tam bir Türkçe karşılık kolay bulunamasa bile; “dondurma” olarak ifade edilebilir. Bu çeviri boyunca ise “standstill” ifadesi kullanılacaktır.

ceği şeklinde yorumlanabilir mi?

26. İlk olarak, belirtmek gerekir ki; yerleşik içtihat hukuku uyarınca Katma Protokol madde 41 (1)'deki “*standstill*” klozu, genel olarak, bir Türk vatandaşının bir üye devlet ülkesinde yerleşme serbestisini veya hizmet sunma serbestisini kullanmasını, o üye devlet yönünden Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği zamanda uygulanan koşullara nazaran daha sıkı koşullara tâbi tutmak amacını veya etkisini taşıyan her türlü yeni önlemin getirilmesini yasaklar (*Dereci and Others* kararı, C-256/11, EU:C:2011:734, paragraf 88 ve alıntılanan içtihat hukuku).

27. Yine, benimsenmiştir ki; bu hüküm, ev sahibi üye devlette bir parçasını oluşturduğu hukuki işlemin yürürlüğe girdiği günden başlamak üzere, yerleşme serbestisinin veya hizmet sunma serbestisinin kullanımı üstüne, bu ekonomik serbestilerden faydalanmak niyetindeki Türk vatandaşlarının o üye devlet ülkesine ilk girişini düzenleyen maddi ve/veya usuli koşullara ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, herhangi bir yeni kısıtlamanın getirilmesini yasaklar (*Oguz* kararı, C-186/10, EU:C:2011:509, paragraf 22 ve alıntılanan içtihat hukuku).

28. Son olarak, Divanın içtihat hukuku uyarınca, yerleşme serbestisinin veya hizmet sunumu serbestisinin ileri sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın, “*standstill*” klozu, yalnızca ihtilafli etkinlik bir ekonomik etkinliğin yürütülmesinin doğal sonucu olduğunda Türk vatandaşlarının bir üye devlet ülkesine girişi ve orada ikameti koşulları yönünden alakalı olabilir (*Demirkan* kararı, C-221/11, EU:C:2013:583, paragraf 55).

29. Bu davada tartışmasızdır ki; esas davada ihtilafli olan ulusal hüküm, Katma Protokol'ün ilgili üye devlette yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973 tarihinden sonra getirilmiştir ve bu ulusal hüküm, o üye devlette mukim yabancıların eşleri bakımından, daha önceden mevcut bulunan aile birleşimine ilişkin ülkeye kabul koşullarının sıkılaşmasına yol açarak, böyle bir birleşimi daha zor hâle getirmiştir.

30. Dahası, ön karar başvurusundan bellidir ki; Bayan Dogan, ilgili üye devletin ülkesine orada hizmet sunumu serbestisini veya yerleşme serbestisini kullanmak amacıyla değil; orada mukim eşine katılmak ve böylece onunla bir aile hayatı başlatmak amacıyla girmek istemektedir.

31. Son olarak, ön karar başvurusundan ayrıca bellidir ki; Bay Dogan, söz konusu üye devlette 1998 yılından bu yana mukim bir Türk vatandaşıdır ve çoğunluk hissesine sahip olduğu bir limited şirketin müdürü olarak gelirini serbest meslek faaliyetinden elde etmektedir (Bu hususta bkz. *Asscher* kararı, C-107/94, EU:C:1996:251, paragraf 26). Sonuç olarak, Bay Dogan'ın durumu, yerleşme serbestfisi ilkesinin kapsamı içinde kalır.

32. Dolayısıyla, esas davadaki ihtilafı ulusal hükmün Katma Protokol madde 41 (1)'deki “*standstill*” klozuna uyup uymadığı sorusu, Bay Dogan'ın yerleşme serbestfisini kullanımı ışığında analiz edilmelidir.

33. Öyleyse, aile birleşimi bağlamında, ilgili üye devlette mukim Türk vatandaşlarının eşlerinin ilk kez ülkeye kabulü koşullarını o üye devlette Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği anda uygulanabilir olan koşullara nazaran sıkılaştıran yeni düzenlemenin getirilmesi, söz konusu Türk vatandaşlarının yerleşme serbestfisi üstünde, Katma Protokol madde 41 (1) anlamında, “yeni kısıtlama” oluşturur mu; bu, belirlenmelidir.

34. Bu bakımdan, belirtilmelidir ki; Divana göre aile birleşimi, üye devletlerin iş gücüne dâhil bulunan Türk işçilerinin aile hayatını mümkün kılan asli yoldur ve Türk işçilerinin hem kalışlarının kalitesini arttırmaya hem de alakalı üye devletlerdeki entegrasyonlarına katkı yapar (Bkz. *Dülger* kararı, C-451/11, EU:C:2012:504, paragraf 42).

35. Bir Türk vatandaşının bir üye devlette istikrarlı bir ekonomik etkinlik yürütmek için oraya yerleşme kararı, o üye devletin düzenlemeleri aile birleşimini zor veya imkânsız hâle getiriyorsa; negatif biçimde etkilenebilir. Böyle bir durumda, o Türk vatandaşı, duruma göre, kendisini ilgili üye devletteki etkinliği ile Türkiye'deki aile hayatı arasında bir seçim yapmaya zorlanmış bulabilir.

36. Öyleyse, belirlenmelidir ki; esas davada ihtilafı olan gibi Türk vatandaşlarının eşlerinin ilgili üye devlet ülkesine ilk kez kabulü koşullarını Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği anda uygulanabilir olan koşullara nazaran sıkılaştırarak, aile birleşimini daha çok zorlaştıran bir düzenleme, söz konusu Türk vatandaşlarının yerleşme serbestfisini kullanımının üstünde, Katma Protokol madde 41 (1) anlamında, “yeni kısıtlama” oluşturur.

37. Son olarak, belirtilmelidir ki; bir Türk vatandaşının ulusal ülkede yerleşme serbestisini kullanmasını Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği anda uygulanabilir olan koşullara nazaran daha kısıtlayıcı koşullara tâbi tutmak amacı veya etkisi taşıyan bir kısıtlama, kamu yararına ilişkin ağır basan bir sebep ile haklı gösterilemediği; güttüğü meşru amaca erişmek için uygun olmadığı veya ona erişmek için gerekli olanın ötesine geçtiği müddetçe; yasaklanmıştır (Kıyasen bkz. *Demir* kararı, C-225/12, EU:C:2013:725, paragraf 40).

38. Bu bakımdan, Alman Hükümetinin gösterdiği sebeplerin, yani zorla evliliklerin önlenmesinin ve entegrasyonun arttırılmasının kamu yararına ilişkin ağır basan birer sebep oluşturduğu varsayımı altında bile, bu sefer de, esas davada ihtilafli olan gibi bir ulusal hüküm, yeterli dil bilgisi kanıtının yokluğu -her bir olayın spesifik koşulları dikkate alınmaksızın- otomatik olarak aile birleşimi başvurusunun geri çevrilmesine yol açtığından, güdülen amaca erişmek için gerekli olanın ötesine geçmektedir.

39. Buraya kadar belirtilenler ışığında, birinci sorunun yanıtı uyarınca: Katma Protokol madde 41 (1), bu hükümdeki “*standstill*” klozunun ilgili üye devlette bu Katma Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonra getirilen ve o üye devlette mukim Türk vatandaşlarının aile birleşimi amacıyla o devletin ülkesine girmek isteyen eşlerine o üye devletin resmi dilinin temel bilgisini hâlihazırda edinmiş olduklarını göstermeleri koşulunu vazeden ulusal hukuk önleminin önüne geçeceği şeklinde yorumlanmalıdır.

İkinci Soru

40. Birinci soruya verilen yanıt gereğince, ikinci soruyu yanıtlamaya gerek yoktur.

Masraflar

41. Buradaki yargılama, esas davanın tarafları açısından ulusal mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan; masraflar hakkındaki karar, ulusal mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan masraflar, bahsi geçen tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu sebepler ışığında Divan (İkinci Daire) şu şekilde karar vermektedir:

23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel’de imzalanan ve Topluluk adına 23 Kasım 1970 tarihinde imzalanan ve Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Türkiye arasında bir Ortaklık Kuran Anlaşma’ya eklenen ve onların uygulanması için alınacak önlemlere ilişkin katma protokolü ve mali protokolü tamamlayan 2760/72/AET sayılı ve 19 Aralık 1972 tarihli Konsey Tüzüğü ile tamamlanan, uygun bulunan ve onaylanan Katma Protokol madde 41 (1), bu hükümdeki “*standstill*” klozunun ilgili ye devlette bu Katma Protokol’n yürürlüğe girmesinden sonra getirilen ve o ye devlette mukim Türk vatandaşlarının aile birleşimi amacıyla o devletin ülkesine girmek isteyen eşlerine o ye devletin resmi dilinin temel bilgisini hâlihazırda edinmiş olduklarını göstermeleri koşulunu vazeden ulusal hukuk önleminin önüne geçeceği şeklinde yorumlanmalıdır.

[İmzalar]

DEVLET BAŞKANLIĞI
12965 Sayılı Kanun, 23 Nisan 2014*

*Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Sırrı DÜĞER***

Brezilya’da internetin kullanılması
ile ilgili ilkeleri, teminatları, haklar
ve yükümlölükleri belirlemektedir.

Devlet başkanı olarak ilan ederim ki, ulusal kongre tarafından kabul edilen aşağıdaki kanunu onaylıyorum.

BÖLÜM I
BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

MADDE 1

Bu kanun, Brezilya’da internetin kullanımı ile ilgili ilkeleri, teminatları, hak ve yükümlölükleri belirlemekte ve bu bağlamda Birlik, Devletler ve Federal Bölge ve belediyelerin işlemleri için temel esasları belirlemektedir.

MADDE 2

Brezilya’da internet kullanımının düzenlenmesi, ifade özgürlüğünün yanında,

- I.** Ağın/internetin küresel niteliğinin/ölçeğinin kabul edilmesine/tanınmasına,
- II.** İnsan hakları, kişilik gelişimi ve dijital medyada vatandaşlık haklarının kullanılmasına,
- III.** Çoğulculuk ve çeşitliliğe,
- IV.** Açıklık ve işbirliğine,

** <https://www.publicknowledge.org/assets/uploads/documents/APPROVED-MARCO-CIVIL-MAY-2014.pdf> adresindeki İngilizce metinden çevrilmiştir.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, duger@live.de.

V. Teşebbüs özgürlüğü, serbest rekabet, tüketicinin korunması ve

VI. İnternetin sosyal amacına (*social purpose of the network*), dayanmaktadır.

MADDE 3

Brezilya'da internet kullanımının düzenlenmesi aşağıdaki ilkelere dayanmaktadır;

I. Federal Anayasa uyarınca ifade ve iletişim hürriyeti ile düşünceyi açıklama hürriyetinin teminat altına alınması,

II. Özel hayatın gizliliğinin korunması,

III. İlgili mevzuat uyarınca kişisel verilerin korunması,

IV. Net tarafsızlığının korunması ve teminat altına alınması,

V. En iyi uygulamaların kullanılmasının teşviki ve uluslararası standartlara uygun teknik önlemler ile ağın/internetin istikrarının, güvenliğinin ve işlevselliğinin korunması,

VI. İlgili mevzuat çerçevesinde, aracılardan (*agents*) işlemlerinden sorumluluğu,

VII. Ağın katılımcı niteliğinin korunması,

VIII. Bu kanunda düzenlenen diğer ilkelere aykırı olmadığı ölçüde internet üzerinde desteklenen iş modellerinin serbestliği,

Tek paragraf. Bu kanunda belirtilen ilkeler, bu konuyla ilgili diğer kanunlarda belirtilen ilkeler ile Brezilya Federal Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalardaki ilkelerin uygulanmasını engellemez.

MADDE 4

Brezilya'da internet kullanımının düzenlenmesi;

I. Herkesin internete erişim hakkını,

II. Kamusal işlerin idaresinde ile kültürel hayatta, katılım, bilgi ve bilime erişimi,

III. İnovasyonu, yeni teknolojilerin yaygınlaştırılmasını, kullanılmasını ve onlara erişimi ve

IV. Uygulamalar ve veri tabanlarının birlikte çalışabilirliğini (*interoperability*), iletişimini ve onlara erişimi sağlayacak açık teknoloji standartlarının kabul edilmesini,

Desteklemeyi (*promote*) amaçlamaktadır.

MADDE 5

Bu kanunun amaçları açısından aşağıdaki kavramlar uygulanacaktır; (Bu kanunun uygulamasında)

I. İnternet: farklı ağlar vasıtasıyla, terminaller arasındaki iletişimi sağlayabilmek için küresel ölçekte kamusal ve sınırlandırılmamış bir kullanım için yapılandırılmış mantıksal protokoller bütününden oluşan sistem,

II. Terminal: internete bağlanabilen herhangi bir bilgisayar veya herhangi bir cihaz,

III. İnternet Protokol Adresi: Ağ üzerinden bir terminale, terminalin tanımlanması için atanan, uluslararası standartlara göre belirlenmiş kod,

IV. Otonom sistem yöneticisi: Kendisini, bir ülkeye coğrafi olarak tahsis edilmiş IP adreslerinin kaydedilmesi ve dağıtımından sorumlu ulusal kurum nezdinde tescil ettirmiş, spesifik IP adres blokları ile onun otonom/bağımsız dağıtım sistemini yöneten gerçek veya tüzel kişi,

V. İnternet bağlantısı: bir terminale IP adresi atamak veya tanımlamak suretiyle onun internet üzerinden veri paketleri almasını ve göndermesini sağlamak,

VI. Bağlantı kayıtları: İnternet bağlantısının başlangıç ve sona erme tarihi ve saati, bağlantının süresi ve terminalin bilgi almak ve göndermek üzere kullandığı IP adresine ilişkin bilgiler seti/bütünü,

VII. İnternet Uygulamaları: İnternete bağlı bir terminal vasıtasıyla erişilebilen işlevsellikler bütünü (*a set of functionalities*),

VIII. İnternet uygulamalarına erişim kayıtları: belirli bir IP adresi üzerinden kullanılan belirli bir internet uygulamasının kullanılma tarihi ve zamanına ilişkin veriler bütünü/seti,

(ifade eder.)

MADDE 6

Bu kanunun yorumlanmasında, burada belirtilen teminat, ilke ve amaçlar dışında internetin niteliği, kullanım şekli (özel kullanımları/*its particular uses*) ve gelenekleri (*customs/traditions*) ile insani, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişim açısından önemi de dikkate alınmalıdır.

BÖLÜM II

KULLANICILARIN HAKLARI VE TEMİNATLARI

MADDE 7

İnternete erişim vatandaşlık haklarının kullanılması açısından elzemdir ve kullanıcıların aşağıdaki hakları teminat altına alınmıştır;

I. Mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edilemezliği, bunların korunması hakkının teminat altına alınması ve bunların ihlal edilmesinden kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmini,

II. Mevzuatta öngörülen hallerde verilen mahkeme kararları dışında internet üzerinden kullanıcıların iletişim içeriğinin (akışının/*flow of user's communications*) gizliliği ve dokunulmazlığı (*inviolability*),

III. Bir mahkeme kararı dışında depolanmış özel iletişimin (*stored private communications*) dokunulmazlığı ve gizliliği,

IV. İnternet bağlantısının doğrudan doğruya onun kullanılmasından kaynaklanan bir borç dışında kesilmemesi/askıya alınmaması,

V. İnternet bağlantı kalitesinin, sağlayıcı ile yapılan sözleşmede belirlenen kalitesinin korunması (devam ettirilmesi),

VI. İnternet hizmet sözleşmelerindeki bilgilerin açık ve tam/bütün olması,

özellikle de internet uygulamalarına erişim kayıtları ile bağlantı kayıtlarına ilişkin detayların yer alması ve sağlanan hizmetin kalitesini etkileyebilecek ağ yönetimi uygulamalarının da belirtilmesi,

VII. Bağlantı kayıtları ile internet uygulamalarına erişim kayıtları da dahil olmak üzere kullanıcıların kişisel bilgilerinin; açık, özgür ve bilgilendirilmiş bir rıza olmadığı ve ilgili mevzuatta öngörülmediği sürece üçüncü kişilere açıklanmaması (ifşa edilmemesi)

VIII. Kullanıcıların kişisel bilgilerinin toplanması, kullanılması, depolanması ve korunması ile ilgili açık ve tam bir bilgi; bu bilgi ancak toplanmasını meşru kılan, hukuk tarafından yasaklanmamış ve hizmet sözleşmelerinde veya internet uygulamalarının kullanım şartlarında (*terms of use of the internet application*) belirtilen hallerde kullanılabilir.

IX. Kişisel verilerin toplanması, kullanılması, depolanması ve işlenmesi ile ilgili sözleşmenin ayrı bir maddesinde belirtilmiş açık bir rıza,

X. Bağlantı bilgilerinin muhafazasına ilişkin bu kanunda belirtilen durumların dışında, taraflar arasındaki ilişkinin sona ermesinden sonra belirli bir internet uygulamasına ilişkin verilerin kesin (eksiksiz) olarak çıkarılması/yok edilmesi (*definitive elimination*),

XI. İnternet bağlantı sağlayıcıları ile internet uygulama sağlayıcılarının kullanım şartlarına ilişkin maddelerin açık ve bilindir (*publicity and clarity*) olması,

XII. Erişilebilirlik; - mevzuatta öngörüldüğü şekilde kullanıcıların fiziksel, motor, algısal, duyuşsal, entelektüel ve zihinsel kabiliyetlerini dikkate alarak - ve

XIII. İnternette gerçekleşen tüketici işlemlerinde tüketiciyi koruma kurallarının uygulanması,

MADDE 8

İletişimde özel hayatın gizliliği ile ifade özgürlüğünün teminat altına alınması internete erişim hakkının tam olarak kullanılabilmesi için şarttır.

Tek paragraf. Madde 8’de belirtilen hükümleri ihlal eden sözleşme maddeleri kanun/hukuk gereği (*by operation of law*) geçersizdir. Örneğin,

I. İnternet üzerinde özel iletişimin dokunulmazlığını (inviolability) ve gizliliğini ihlal etmek veya

II. Katılmalı (iltihaki) sözleşmelerde, Brezilya’da sunulan hizmetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların Brezilya mahkemelerinde çözülmesi alternatifinin sözleşmenin karşı tarafına tanınmaması.

BÖLÜM III

İNTERNET UYGULAMALARININ VE BAĞLANTISININ SAĞLANMASI

KISIM I

AĞ/NETWORK TARAFSIZLIĞI

MADDE 9

İletim, aktarma ve yönlendirmeden sorumlu olan taraf; içeriği, kaynağı, istikameti, hizmeti, terminali veya uygulamasına bakılmaksızın her veri paketine eşit olarak muamele etmekle yükümlüdür.

1. Trafiğin ayrımcılığa veya ayrıştırmaya (*discrimination or degradation of traffic*) tabi tutulması, devlet başkanına Federal Anayasanın 84. maddesinin IV. fıkrasında verilen yetki çerçevesinde düzenlenmelidir ve bu kanunun tam olarak uygulanması amacıyla ve Brezilya İnternet Yönlendirme Komitesi ve Ulusal Telekomünikasyon Kurumuna danışılarak aşağıdaki durumlardan kaynaklanmalıdır;

I. Hizmet ve uygulamaların yeterli bir şekilde sağlanması için gerekli teknik gerekliliklerden,

II. Acil hizmetlerin önceliğinden,

2. Trafiğin 1. paragrafta belirtilen şekilde ayrımcılığa veya ayrıştırmaya tabi tutulması halinde madde 9’da sorumlu kurum,

I. 10 Ocak 2002 tarih ve 10406 sayılı Medeni Kanununun 927. maddesinde belirtildiği gibi, kullanıcılara bir zarar vermekten kaçınacaktır.

II. Orantılılık, saydamlık ve eşitlik içinde hareket edecek,

III. Kullanıcılarına önceden duyurarak, saydam, açık ve yeterince tanımlayıcı bir şekilde, ağ güvenliği ile ilgili olanlar dahil olmak üzere trafik yönetimi ve azaltma uygulamalarından (*mitigation practices*) kullanıcıları bilgilendirecek, ve

IV. Hizmetleri ayrımcı olmayan ticari şartlarda sunacak ve rekabete aykırı uygulamalardan kaçınacaktır.

3. Ücretli veya ücretsiz İnternet bağlantısı sağlarken aynı zamanda (veri) iletimini, dağıtımını veya yönlendirmesini (transmission, switching or routing) gerçekleştirirken bu maddeye aykırı bir şekilde veri paketlerinin içeriğinin engellenmesi, takip edilmesi, filtrelenmesi ve incelenmesi/analiz edilmesi yasaktır.

KISIM II

KAYITLAR, KİŞİSEL VERİ VE ÖZEL İLETİŞİMİN KORUNMASI

MADDE 10

Bağlantı ve internet uygulamalarına erişim kayıtlarının ve kişisel bilgiler ile özel iletişimin içeriğinin saklanması ve kullanıma sunulması; ilgili kişilerin gizliliğinin, özel hayatlarının gizliliğinin, şeref ve resimlerinin korunmasına uygun olmak zorundadır.

1. Madde 10'a göre kayıtların saklanmasından sorumlu olan sağlayıcı, bu kayıtları gerek ayrı olarak gerekse de kişisel bilgiler veya terminalin kullanıcı-sının tanımlanmasına izin veren diğer bilgiler ile birlikte ancak bu bölümün IV. kısmında belirtilen şekilde bir mahkeme kararı olduğu takdirde ve madde 7'de belirtilen ilkelere uygun olarak vermekle yükümlüdür.

2. Özel iletişimin içeriği ancak mahkeme kararıyla ve Madde 7'nin II. ve III. paragraflarında belirtilen durumlarda ve şekilde kullanılabilir.

3. Madde 10'daki temel düzenleme, kişisel nitelikler, bağlantılar/ilişkiler (affiliation) ve adres ile ilgili bilgilere idari makamların hukuka uygun bir şekilde erişmelerine engel değildir.

4. Güvenlik ve gizlilik ile ilgili önlemler ve prosedürler, hizmeti sunan taraftan açık bir şekilde açıklanmalıdır ve ticari sırların korunması hakkına ve mevzuatta belirtilen standartlara uygun olmalıdır.

MADDE 11

Bağlantı sağlayıcılar veya internet uygulama sağlayıcılarının kişisel veriler veya bağlantı verilerinin toplanması, depolanması, saklanması ve işlenmesi ile ilgili uygulamalarından en az biri Brezilya sınırları içinde gerçekleşmişse, bu uygulamalar - özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması, özel iletişimin ve bağlantı bilgilerinin gizliliği ile ilgili mevzuat da dâhil olmak üzere- Brezilya hukukuna aykırı olmayacaktır.

1. Madde 11’de belirtilen ilkeler, Brezilya sınırları içinde toplanan verilere ve en az bir tanesi Brezilya’da bulunan terminaller arası iletişimin içeriğine uygulanacaktır.

2. Madde 11’de belirtilen ilkeler, ülke dışında bulunan fakat Brezilya halkına hizmet sunan tüzel kişiler ile an az bir üyesi Brezilya’da bulunan ekonomik gruplar hakkında da uygulanır.

3. Bağlantı sağlayıcıları ve internet uygulama sağlayıcıları, verilerin toplanması, depolanması, saklanması ve işlenmesi ile ilgili mevzuata ve aynı zamanda özel hayata saygı ve iletişimin gizliliği ile mevzuata uygun hareket ettiklerini doğrulayan verileri ilgili mevzuatta gösterildiği şekilde sunmak zorundadırlar.

4. Bir kararname ile bu maddede belirtilen ihlallerin belirlenmesi usulü (*procedures to determine the infringements*) düzenlenecektir.

MADDE 12

Diğer hukuki, cezai ve idari müeyyideler saklı kalmak kaydıyla 10. ve 11. maddelerde belirtilen kuralların ihlali bireysel ve kümülatif olarak uygulanabilecek aşağıdaki müeyyidelere tabidir;

I. Düzeltici önlemlerin alınması için son günü de belirleyen bir uyarı/ihtar,

II. Ekonomik grubun son mali yılda Brezilya’daki brüt gelirinin –vergiler çıkarılarak- yüzde onuna kadar para cezası; bu para cezası ihlalcinin ekonomik durumu ve ihlalin ağırlığı ile cezanın büyüklüğü arasındaki orantılık ilkesi dikkate alınarak belirlenecektir.

III. Madde 11’de belirtilen aktivitelerin geçici olarak askıya alınması, veya

IV. Madde 11’de belirtilen aktivitelerin icra edilmesinin yasaklanması.

Tek paragraf. Bir yabancı şirket olması durumunda, (bu şirketin) ülkede bulunan bağlı ortaklığı, şubesi, bürosu veya kuruluşu madde 11’de belirtilen para cezasının ödenmesinden (yabancı şirket ile) birlikte sorumludur.

ALT BÖLÜM

BAĞLANTI KAYITLARININ TUTULMASI

MADDE 13

İnternet bağlantısının sağlanmasında, otonom sistemin yönetiminden sorumlu kurum, bağlantı kayıtlarını mevzuata uygun bir şekilde; gizlilik içinde, kontrollü ve güvenli bir ortamda, bir yıl süre ile saklamak zorundadır.

1. Bağlantı kayıtlarının saklanması sorumluluğu üçüncü kişilere devredilemez.

2. İdari makam, kolluk makamı veya savcı, önleyici (bir tedbir) olarak bağlantı kayıtlarının yukarıda madde 13’te belirtilenden daha uzun bir süre saklanmasını talep edebilir.

3. Madde 13/2’de belirtilen durumda tedbir olarak (bağlantı kayıtlarının) saklanmasını talep eden makam, madde 13’te belirtilen şekilde kayıtlara ulaşmak için ilk talep tarihinden itibaren 60 gün içinde gerekli mahkeme sürecini başlatmak zorundadır.

4. Kayıtların tutulmasından sorumlu olan sağlayıcı (*provider*), madde 13/2’de hükme bağlanan bir talebin söz konusu olması durumunda; mahkemenin talebi reddetmesi veya madde 13/3’te belirtilen sürede mahkeme süreci başlatılmamış olması nedeniyle talebin etkisiz/geçersiz (ineffective) hale gelmesi durumunda, kayıtların gizliliğinin devamını sağlayacaktır.

5. Her şartta, bu madde kapsamında bağlantı kayıtlarının, talep eden makama/tarafa açıklanması, bu bölümün IV. kısmında belirtildiği şekilde öncesinde alınacak mahkeme kararı ile olmalıdır.

6. Bu maddenin ihlali nedeniyle bir müeyyide uygulanırken, ihlalin mahiyeti ve ağırlığı ile birlikte bu ihlal sonucu ortaya çıkan zarar, ihlal edenin elde ettiği çıkar,

diğer ağırlaştırıcı nedenler, daha önceki kayıtlar ve tekerrür dikkate alınmalıdır.

ALT BÖLÜM II

BAĞLANTI SAĞLANMASINDA İNTERNET UYGULAMALARINA ERİŞİM KAYITLARININ TUTULMASI

MADDE 14

Ücretli veya ücretsiz internet bağlantısı sağlanmasında, kullanıcıların internet uygulamalarına erişimi ile ilgili kayıtların tutulması / saklanması yasaktır.

ALT BÖLÜM III

İNTERNET UYGULAMALARINA ERİŞİMDE KAYITLARIN TUTULMASI

MADDE 15

Usulüne uygun olarak tüzel kişilik kazanmış bir kuruluş olan internet servis sağlayıcısı, aktivitelerini organize (bir şekilde), profesyonel ve ekonomik amaçları dikkate alarak yerine getirmeli, uygulamalara erişim bilgilerini mevzuatta detaylı olarak belirtildiği şekilde kontrollü ve güvenli bir ortamda altı ay gizli tutmalıdır.

1. Mahkeme kararı ile madde 15'e tabi olmayan uygulama hizmet sağlayıcılarına, belirli bir süre devam eden belirli bir olayla ilgili olarak ve kararda belirlenen süre boyunca internet uygulamalarına ilişkin bağlantı kayıtlarının tutulması yükümlülüğü getirilebilir.

2. Kolluk makamı, idari makam veya savcı önleyici tedbir olarak, uygulama hizmet sağlayıcısından (*application service provider*), uygulama bağlantı kayıtlarının madde 13/3 ve 4'e uygun olarak 15. maddede belirtilenden daha uzun bir süre saklanmasını talep edebilir.

3. Her şartta, bu madde kapsamında bağlantı kayıtlarının, talep eden makama/tarafa açıklanması, bu kısmın IV. bölümünde belirtilen şekilde öncesinde alınacak mahkeme kararı ile olmalıdır.

4. Bu maddenin ihlali nedeniyle bir müeyyide uygulanırken, ihlalin mahiyeti ve ağırlığı ile birlikte bu ihlal sonucu ortaya çıkan zarar, ihlal edenin elde ettiği çıkar, diğer ağırlaştırıcı nedenler, daha önceki kayıtlar ve tekerür dikkate alınmalıdır.

MADDE 16

İnternet uygulamalarının ücretli veya ücretsiz olarak sağlanmasında;

I. Diğer internet uygulamalarına erişim kayıtlarının, kullanıcıların madde 7'ye göre verilmiş açık rızaları olmaksızın saklanması,

II. Kişisel verilerin, sahiplerince rıza gösterilen amacın ötesinde geçecek şekilde saklanması,

Yasaktır.

MADDE 17

Bu kanunda aksi belirtilmediği sürece, internet uygulamalarına erişim kayıtlarının tutulmaması hali, bu hizmetlerin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasından kaynaklanan zarar için sorumluluğu gerektirmez.

KISIM III

ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN ÜRETİLEN İÇERİKTEN KAYNAKLANAN ZARARDAN DOLAYI SORUMLULUK

MADDE 18

Erişim sağlayıcının, üçüncü kişiler tarafından sağlanan içerikten dolayı hukuki sorumluluğu yoktur.

MADDE 19

İfade hürriyetinin sağlanması ve sansürün önlenmesi için internet uygulama sağlayıcısının (içerik sağlayıcı), üçüncü kişiler tarafından üretilen içerikten hukuki sorumluluğu ancak mahkemece hukuka aykırı olarak nitelendirilen içeriğe; mahkemenin kararına rağmen, kararda belirtilen süre ve şartlar dâhilinde, erişilmesi engellenmezse söz konusudur.

1. Belirtilen mahkeme kararı, hukuka aykırı olarak nitelendirilen içeriği açık bir şekilde tanımlamalı ve bu şekilde materyalin konumu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmelidir. Bu şekilde olmayan bir mahkeme kararı geçersizdir.

2. Bu madde hükümlerinin telif hakları ve komşu (bağlantılı) haklar için uygulanmasında, Federal Anayasa'nın 5. maddesindeki ifade özgürlüğü ve diğer teminatlarla ilişkin özel düzenleme dikkate alınmalıdır.

3. İnternetteki onur, şeref ve kişilik hakları ile ilgili içerikten kaynaklanan zararlara ilişkin tazminat uyuşmazlıkları ile internet uygulama sağlayıcıları tarafından içeriğin kaldırılmasına uyuşmazlıklar, özel küçük talepler mahkemesine sunulabilir.

4. Hâkim, 3. Paragrafta belirtilen prosedürün uygulanması hali de dahil olmak üzere, kısmen ve tamamen ilk dilekçedeki talebin etkilerini değerlendirerek, olayla ilgili kesin deliller olması halinde, içeriğin internette bulunmasında toplumun kolektif çıkarı (içeriğin doğru olması şartı ile) ve telafi edilemez veya telafisi çok zor olan zarar ile ilgili makul kaygıları dikkate almalıdır.

MADDE 20

İlgili mevzuatta veya mahkeme kararında aksi belirtilmediği takdirde, içerikten doğrudan sorumlu olan kullanıcının iletişim bilgilerinin bulunması halinde, internet uygulama sağlayıcısı, hukuken itiraz edebilmesi ve savunmasını sunabilmesi imkânını sağlamak için kullanıcıyı mahkeme kararının icrasından ve bununla ilgili bilgilerden haberdar etmekle yükümlüdür.

Tek paragraf. Aktivelerini organize ve profesyonel şekilde ve ekonomik amaçlar için gerçekleştiren internet uygulama sağlayıcısı, içeriği sağlayan kullanıcı tarafından talep edilmesi durumunda; internetteki içeriği, bir açıklama notu veya içeriğin kaldırılmasının dayanağı olan mahkeme kararının metni ile değiştirmelidir.

MADDE 21

Üçüncü kişi tarafından üretilen içeriği yayınlayan internet uygulama sağlayıcı-

cısının, özel/gizli nitelikli müstehcenlik veya cinsel ilişki (*nudity or sexual activities of a private nature*) içeren resim, video ve diğer materyalin katılımcıların (materyalde yer alanlar) rızası olmaksızın ifşasından kaynaklanan özel hayatın ihlalden sorumlu tutulabilmesi için katılımcı veya hukuki temsilcisi tarafından yapılan uyarıya rağmen içeriği kendi teknik imkânları dâhilinde özenli bir şekilde kaldırmaktan kaçınması gerekir.

Tek paragraf. Yukarıda belirtilen uyarı, özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiği iddia edilen materyalin tam olarak tanımlanmasını sağlamak için gerekli unsurları ve talebin meşruluğunun teyidini içermelidir.

BÖLÜM IV

KAYITLAR İÇİN YARGISAL TALEPLER

MADDE 22

İlgili taraf, hukuki veya cezai yargı süreçlerinde delil olarak kullanılması amacı ile bağımsız veya tali bir talep olarak mahkemeye başvurarak kayıtları tutmakla sorumlu kurumun internet uygulamalarına bağlantı veya erişim kayıtlarının kendisine verilmesine hükmedilmesini isteyebilir.

Tek paragraf. Diğer hukuki gereklilikler saklı kalmak kaydıyla, talep (aksi takdirde kabul edilmeme müeyyidesi altında);

I. Hukuka aykırı durumla ilgili kanıtları,

II. Kayıtların inceleme/soruşturma için gerekliliği veya delil niteliği ile ilgili gerekçeleri,

III. Kayıtların ilgili olduğu zaman dilimini,

İçermelidir.

MADDE 23

Hâkim, alınan bilgilerin gizliliğinin sağlanması için gerekli önlemleri almakla ve kullanıcının mahremiyetini, özel hayatının gizliliğini, şeref ve resmini korumakla görevlidir. Hâkim kayıtların sağlanmasına ilişkin talepleri içeren yargılamanın gizliliğine karar verebilir.

KISIM IV

KAMU OTORİTELERİNİN ROLÜ

MADDE 24

Aşağıda belirtilen hükümler, Brezilya’da internetin gelişmesi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirirken, Federal Hükümet, devletler, federal bölge ve belediyelerin uymaları gereken ana/temel esaslardır:

I. Devlet, iş dünyası, sivil toplum ve akademinin katılımı ile çok paydaşlı, saydam, işbirliğine dayalı ve demokratik yönetim mekanizmalarının oluşturulması,

II. Brezilya İnterneti Yönlendirme Komitesinin katılımı ile birlikte internetin yönetimi, genişletilmesi (*expansion*) ve kullanılmasının rasyonalizasyonuna destek verilmesi,

III. Bilgi değişimi ve prosedürlerin süratinin sağlanması için federasyonun farklı birim ve seviyelerindeki e-devlet hizmetlerinin teknolojik olarak birlikte işlerliğinin ve rasyonalizasyonun teşvik edilmesi,

IV. Toplumun farklı kesimleri ve farklı federal yapı içindeki farklı seviyeleri de içine alacak şekilde farklı sistemler ve terminaller arasındaki birlikte işlerliğin (*interoperability*) teşvik edilmesi,

V. Açık ve ücretsiz teknolojilerin, standartların ve formatların tercih edilmesi,

VI. Kamusal bilgi ve verilerin açık ve yapılandırılmış (*structured*) bir şekilde açıklanması ve yayılması,

VII. Ağ altyapısının optimizasyonu ve ülkede verilerin depolanması, yönetilmesi ve yayılması için veri merkezlerinin kurulmasının desteklenmesi, açıklık, tarafsızlık ve katılımcı niteliğine zarar vermeksizin, teknik kalitenin, inovasyonun ve internet uygulamalarının yayılmasının desteklenmesi,

VIII. İnternet kullanımı ile ilgili inisiyatiflerin ve eğitim programlarının geliştirilmesi,

IX. Kültür ve vatandaşlığın teşvik edilmesi (*promotion of culture and citizenship*) ve

X. Kamu hizmetlerinin vatandaşlara bütünlük içinde, etkili ve basit şekilde ve uzaktan erişimin de dâhil olduğu çoklu erişim seçenekleri aracılığıyla gerçekleştirilmesi,

MADDE 25

Kamu kurumları tarafından sağlanan internet uygulamaları;

I. E- Devlet hizmetlerine erişim için hizmetlerin, birden çok terminal, işletim sistemi ve uygulama ile uyumlu (*compatible*) olmasını,

II. Gizliliğe, hukuki ve idari sınırlamalara uygun olarak; fiziksel ve motor yetenekleri, algısal, duyuşsal, entelektüel, zihinsel, sosyal ve kültürel karakteristiklerine bakılmaksızın tüm ilgililerin erişimini,

III. Bilgilerin hem insan tarafından okunabilirliğini hem de otomatik olarak işlenebilme ile uyumluluğunu,

IV. E-devlet hizmetlerinin kolay anlaşılabilirliğini (*easy understanding*),

V. Kamu politikalarına sosyal katılımın geliştirilmesini,

Hedeflemek zorundadır.

MADDE 26

Devlet anayasal ödevi çerçevesinde tüm seviyeler için eğitim imkânı sağlarken vatandaşlık haklarının kullanılması, kültürün teşviki ve teknolojik gelişme açısından internetin güvenli, bilinçli ve sorumlu bir biçimde kullanımı için gerekli eğitimi ve eğitimsel uygulamaları da sağlamalıdır.

MADDE 27

Sosyal bir araç olarak interneti ve dijital kültürü teşvik eden kamusal girişimler/inisiatifler;

I. Dijital katılmayı/içermeyi (*dijital inclusion*) teşvik etmeli,

II. Bilişim ve iletişim teknolojilerinin kullanımı ve bunlara erişimle ilgili özellikle farklı bölgeler arasındaki farklılıkların azaltılmasını amaçlamalı,

III. Ulusal içeriğin üretilmesi ve yayılmasını teşvik etmelidir.

MADDE 28

Devlet ülkede internetin kullanılması ve gelişmesi için çalışmalar geliştirmeli ve teşvik etmelidir (*to develop and promote studies*); aynı zamanda hedefler, stratejiler, planlar ve programlar belirlemelidir.

KISIM V

SON HÜKÜMLER

MADDE 29

Kullanıcı, bu kanun ve 8069 sayılı kanundaki ilkelere uygun olduğu ölçüde, küçükler için uygun olmayan içerik üzerinde kontrol uygulamasını sağlayan bir yazılımı kendi cihazında kullanmakta serbesttir.

Tek paragraf. Devlet/Hükümet bağlantı (hizmeti) sağlayıcıları ve internet uygulamaları sağlayıcıları ve aynı zamanda sivil toplum ile birlikte maddede belirtilen yazılımın kullanımı ile ilgili eğitim inisiyatiflerini/girişimlerini desteklemeli ve bilgi sağlamalıdır. Ayrıca çocuklar ve gençlerin dijital katılımının/içermesinin (*digital inclusion*) sağlanması için iyi uygulamalar (*good practices*) geliştirmelidir.

MADDE 30

Bu kanunda belirtilen menfaatler (*interestes*) ve hakların korunması, bireysel veya kolektif bir şekilde yerine getirilebilir.

MADDE 31

Madde 19/2'deki özel düzenleme yürürlüğe girene kadar, telif haklarının ve bağlantılı hakların ihlali durumunda, üçüncü kişi tarafından üretilen içerikten kaynaklanan zararlar ilgili internet uygulama sağlayıcısının sorumluluğu, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan telif hakları mevzuatı ile düzenlenmeye devam edecektir.

MADDE 32

Bu kanun, kanunun resmi olarak yayınlanmasından 60 gün geçtikten sonra yürürlüğe girecektir.

Brasilia, 23 Nisan 2014, Bağımsızlığın 193. ve Cumhuriyetin 126. Yılı.

DILMA ROUSSEFF

ŞİRKETLER HUKUKU İÇİN TARİHİN SONU*

Henry HANSMANN** ve Reimier KRAAKMAN***

Çeviren: Alper Hakkı YAZICI ****

GİRİŞ

Son zamanlarda yapılan çalışmalar, kurumsal yönetim (*corporate governance*), sermaye piyasaları ve Avrupa, Amerika ve Japon şirketler hukukundaki kurumsal farklılıklara vurgu yapmaktadır.¹ Şirket tiplerine yönelik gözle görülür farklılıklara rağmen ondokuzuncu yüzyıldan buyana daha derinde devam eden bir ortak prensiplere yönelik görülmektedir. Kurumsal yönetime ilişkin temel kurallar – aslında çoğu şirketler hukuku meseleleri – çoğu serbest piyasa hukuk sistemlerinde yüksek oranda yeknesaklaşmayı gerçekleştirmiş olup tek ve standart bir modelin elde edilmesi muhtemeldir. Şirket yapısının temel hukuki özellikleri gelişmiş ülkelerde zaten yüzyıl önce yirminci yüzyıla henüz girerken sağlam bir şekilde yerleşmişti. Yirminci yüzyıl boyunca yönetim pratiklerinde farklılaşmaya ve şirketler hukukunun iyi yapılandırılması noktasında önemli derecede hareket alanı kalmakla birlikte günümüzde daha fazla yeknesaklaşma baskısı hızla artmaktadır. Bu baskı unsurlarından en önemlisi son zamanlarda ticaret hukukunda gelişmiş hukuk sisemlerindeki iş, devlet ve hukuk elitlerince baskın bir şekilde kabul gören şirketler hukukunun pay sahibi odaklı yaklaşımıdır. Şirketler hukuku esas olarak uzun dönemde pay sahibinin menfaatini artırmayı hedeflemelidir şeklindeki bu yaklaşıma artık ciddi bir rakip bulunmamaktadır. Ortaya çıkan bu görüş birliği tüm dünyada kurumsal yönetim uygulamalarını derinden etkilemiştir. Şirketler hukuku

* The End Of History For Corporate Law, THE GEORGETOWN LAW JOURNAL, Vol: 89, 2000 – 2001, 439.

** Profesör, Yale Hukuk Fakültesi

*** Profesör, Harvard Hukuk Fakültesi

**** Hâkim, Türkiye Adalet Akademisi. alperhyazici@gmail.com

¹ *Bkz e.g.,* Bernard S. Black & John C. Coffee, Jr., *Hail Britannia?: Institutional Investor Behavior Under Limited Regulation*, 92 MICH. L. REV. 1997 (1994); Ronald J. Gilson & Mark J. Roe, *Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps Between Corporate Governance and Industrial Organization*, 102 YALE L.J. 871 (1993); Mark J. Roe, *Some Differences in Company Structure in Germany, Japan, and the United States*, 102 YALE L.J. 1927 (1993).

reformunda da etkisinin hissedilmesi artık bir zaman meselesidir.

I. GEÇMİŞ UYUŞMA: KURUMSAL FORMUN (ŞİRKETİN) ORTAYA ÇIKIŞI

İlk olarak ondokuzuncu yüzyılın sonunda Kurumsallaşmış İşletmeleri – veya şirketleri - düzenleyen hukukun dünya ölçeğinde önemli derecede benzeşmiş olduğunun tespitiyle araştırmamıza başlamalıyız. Bu vakte kadar, bütün önemli ticaret hukuku yargılarında bulunan büyük çaplı işletmeler kurumsal bir yapı altında organize olmuşlardı ve bu formun işlevsel temel özellikleri bu hukuk sistemlerinde temel olarak benzeşmişti. Bugün de şirket formunu tanımlamaya devam eden bu özellikler: (1) açıkça tanımlanmış, firmayı sözleşmelerle bağlama ve bu sözleşmelerle firma malvarlığı arasında bağlantı kurma yetkisini de içeren firma sahiplerinden bağımsız tam tüzel kişilik;² (2) paydaşlar ve yöneticilerin sınırlı sorumluluğu; (3) sermayedarlar arasında paylaşılmış mülkiyet; (4) yönetim yetkisinin bir kurula devri; (5) devredilebilir hisseler.

Bu temel nitelikler, hem bireysel olarak hem de birlikte, gelişmiş piyasa ekonomilerinde önemli bir rol oynayan büyük işletmelerin çok sayıda paydaşla organize olmasını teşvik eden önemli faydalar sunmaktadır. Bu faydaları başka bir çalışmamızda daha detaylı olarak ele almıştık.³ Şu aşamada dikkat edilmesi gereken husus bu nitelikler ve faydaları bugün hazır, sunulmuş halde elde edilirken, on dokuzuncu yüzyılın başlangıcından önce bu nitelikleri taşıyan sadece bir avuç özellikle sözleşmeye dayalı şirket bulunmaktaydı. Tedavül edebilir hisselerle sahip anonim şirket yapısı 1844'e kadar İngiltere'de ki işletme faaliyetleri için genel olarak mevcut değildi ve sınırlı sorumluluk 1855'te bu forma dâhil edildi.⁴ Bazı Amerikan eyaletleri bu formu genel kullanım amacıyla birkaç yıl öncesinde kabul etmişse de, ortaklıklar hukukunu düzenleyen genel kanunların

² See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, YALE L.J. (forthcoming 2000).

³ Bkz HENRY HANSMANN, THE OWNERSHIP OF ENTERPRISE (1996); Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *What Is Corporate Law?*, in THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH (Reinier Kraakman et al. eds., forthcoming 2001).

⁴ Bkz PHILLIP BLUMBERG, THE LAW OF CORPORATE GROUPS: SUBSTANTIVE LAW 9-20 (1988).

ortaya çıkışı 1800 yılından bayağı bir sonra olmuştur. Ancak, 1900'e doğru, ticari konularda önde gelen ülke yargılarının neredeyse tamamı en azından yukarıda değinilen beş özelliği matbu olarak içeren standart form bir hukuki yapıyı düzenlemiş ve bu bugüne kadar devam etmiştir. Dolayısıyla yüzyıl önce bile ortaklıklar hukukunun temel unsurları üzerinde güçlü ve hızlı bir uyuşma sağlanmıştı. Zaman içerisinde, genel olarak şirket yapısının daha detaylı teşkili konusunda farklılıklar ortaya çıkmıştır.

Ortaklık yapısının beş temel özelliği doğası gereği pay sahibi menfaatini temel alan bir yapı ortaya koymaktadır. Bu beş özellik, çalışanlar, alacaklılar, diğer sağlayıcılar, müşteriler veya genel olarak toplum gibi diğer katılımcıların menfaatlerini her zaman dikkate almamaktadır. Benzer şekilde, özellikle kontrol gücünü elinde bulunduran ve bulundurmeyen ortaklar arasında olmak üzere, ortaklar arasında doğacak ihtilafların çözüm yolunu da göstermemektedir. Yirminci yüzyılın önemli bir kısmında bu konular üzerinde tartışmalar yaşanmış ve bunlara yönelik alternatif yaklaşımlar geliştirilmeye çalışılmıştır.

II. PAY SAHİBİ ODAKLI (VEYA “STANDART”) MODEL

Ancak, son zamanlarda, bu konular üzerinde önde gelen hukuk sistemlerinde bulunan akademik çevreler, iş dünyası ve hükümet yetkilileri arasında gitgide artan bir fikir birliğinin doğduğuna ilişkin güçlü kanıtlar ortaya çıkmıştır. Doğmakta olan bu mutabakatın temel unsurları kuruluş üzerindeki nihai kontrolün ortaklarda olması; idarecilerin şirketi ortakların menfaatini hedef alarak yönetme borcuyla yükümlü kılınmaları; alacaklılar, çalışanlar, tedarikçiler ve müşteriler gibi diğer şirket ilgililerinin menfaatlerini kurumsal yönetime katılarak değil de sözleşmesel araçlar vasıtasıyla koruma altına aldirtmaları; şirketi kontrol eden ortakların istismarına karşı azınlıkta kalan hissedarlara güçlü bir koruma sağlanması; ve halka açık anonim şirketlerin paylarının piyasa değerlerinin, pay sahibi çıkarının tespitinde başlıca ölçü olması. Basitleştirmek için bu unsurları içeren şirket görüşünü kurumsal formun “standard - ortak odaklı model”i (veya kısaca “standart model”) olarak adlandırıyoruz. Şirketler hukuku bu standart modelin uygulanmasını içerdiği oranda, kurumsal ilişkilerin sağlıklı yürütülmesi noktasında varılan bu mutabakat aynı zamanda şirketler hukukunun olması gereken

içeriği hakkında da ulaşılmış bir mutabakat olacaktır ve bu hukukun şekillenmesinde derin bir etkiye sahip olacaktır.

A. KİMİN YARARI?

Dördüncü bölümde iddia ettiğimiz üzere, bugün yöneticilerin sorumlu olmaları tarafın sadece şirket ortakları olduğu yönünde genel kabul gören bir mutabakat vardır ki bu yöneticilerin, çalışanların veya devletin şirket işlerindeki ayrıcalıklı rolünün doğurduğu memnuniyetsizlikten kaynaklanmaktadır. Bu şirketlerin tamamen ortaklar menfaatine yönetilmesi gerektiği yönünde bir anlaşma olduğu anlamına gelmemekte olup bilakis hukuk böyle bir sonucu müeyyide altına almalıdır. Bütün vicdan sahibi insanlar inanırlar ki kurumsal işletmeler bir bütün olarak toplum yararına organize edilmeli ve işletilmelidir ve şirket ortaklarının faydası bu sosyal düzen içerisinde toplumun diğer mensuplarınınkilere göre ağırlıklı olmamalıdır. Bu aşamada ana fikir basittir; mantık ve tecrübenin bir sonucu olarak bu amaca (yani ortalama bir sosyal refahın gözetilmesi) hizmet eden en iyi araç şirket idarecilerini sıkı sıkıya şirket ortaklarına karşı veya en azından daha açık belirtmek gerekirse onların faydasını esas alacak şekilde sorumlu kılmaktan geçmektedir. Bunu, “ödün teorisi” (*concession theory*) olarak adlandırılan görüşün en uç bileşenlerinin bile şirket ortaklarının menfaatlerinin vicdan ölçüsünde öncelenmesi fikrini benimsemesi takip edecektir.⁵

Elbetteki, şirketler hukukunda ortak menfaatinin üstün tutulması gerektiğini ileri sürmek diğer paydaşların menfaatlerinin korunmaması gerektiği anlamına

⁵ Sınırları aşan eski bir tartışmada, şirketlerin bir devlet tavizi veya imtiyazı sayesinde hayat bulduğu görüşünün bileşenleri aynı zamanda şirketlerin sadece şirket ortaklarının şahsi menfaatlerini değil toplumun - veya tüm ilgililerin- menfaatini esas alarak yönetilmesi gerektiği yönündeki görüşle de ilintilidir. Bkz. Örn. E. Merrick Dodd, Jr., For Whom Are Corporate Managers Trustees?, 45 HARV. L. REV. 1145, 1148-50 (1932); PAUL G. MAHONEY, CONTRACT OR CONCESSION? A HISTORICAL PERSPECTIVE ON BUSINESS CORPORATIONS (University of Virginia School of Law, Working Paper, 1999) (on file with author). Bunun aksine, şirketi ortaklar arasındaki bir sözleşme temelinde gören görüşün bileşenleri kurumsal yönetimde ortak menfaatlerinin esas alınmasına meyillidir. Bize göre geleneksel taviz (*concession*) ve sözleşme (*contract*) teorilerini destekleyenler arasındaki geleneksel tartışma kısaca hatalıdır. Bir taraftan, şirketler “imtiyaz” ya da “sözleşme” kamu yararı sebebiyle düzenlemeye tabi tutulmalıdır. Diğer taraftan, fiiliyatta standart model sosyal refahı elde etmenin en etkili yolunun şirket yöneticilerinin ortaklar menfaatini gözetmeye teşvik edilmesi olduğunun ileri sürülmesidir.

gelmez. Ortaklar dışındaki – ya da en azından alacaklılar dışındaki – ilgililerin menfaatlerinin korunması konusundaki en etkin hukuki mekanizmalar şirketler hukukunun alanı dışında kalmaktadır. İşçiler için, iş sözleşmesi hukuku, emeklilik hukuku, sağlık ve iş güvenliği hukuku ve ayrımcılığa karşı korunma hükümleri bulunmaktadır. Tüketiciler söz konusu olduğunda, üretim güvenliği mevzuatı, garanti hukuku, üretim sorumluluğunu ele alan haksız fiil hukuku, rekabet hukuku ve ürünlerin içerik ve özelliklerinin zorunlu olarak açıklanmasıyla ilgili kurallar gösterilebilir. Genel olarak toplum veya kamu dikkate alındığında çevre hukuku ve eşya hukuku ve kitlesel zararlara ilişkin haksız fiil hukuku ifade edilebilir.

Tabi ki alacaklılar bir noktaya kadar istisnadır. Şirketler hukukunun, şirket ile alacaklıları arasındaki bir takım ilişkileri doğrudan düzenlemesi gerektiği yönünde genel bir görüş birliği vardır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve yetersiz sermaye durumunda kâr payı dağıtımının kısıtlandırılmasıyla ilgili kurallar en fazla göze çarpan örneklerlerdir. Ancak bu kuralların altında yatan sebep, sözleşmeden kaynaklanan borç alacaklılarına özgü şirket formunun bir sonucu olan, esas olarak sınırlı sorumluluk ilkesinden kaynaklanan problemlerin olmasıdır. Ancak, bu tip kuralların kapsamı dardır. İflas dışında alacaklıları kurumsal yönetime dâhil etmemektedirler. Bu kurallar daha çok ortakların şirket formunu alacaklılara karşı bir sömürü vasıtası olarak kullanma kabiliyetlerini kısıtlamaya sınırlıdır.

B. HANGİ ORTAKLAR?

Pay sahibi-odaklı model, ortak menfaatlerinin üstün tutulması gerektiğini iddia etmekten daha fazlasını yapmaktadır. Azınlık hissedarları da dâhil *bütün* ortakların menfaatlerini gündeme getirmektedir. Daha özelden, azınlık pay sahiplerinin veya şirketi kontrol edemeyen ortakların, kontrol gücünü ellerinde bulunduran ortaklara karşı güçlü bir korumaya sahip olmaları gerekliliği standart modelin temel ilkelerinden birisidir. Halka açık şirketlerde bu bütün ortakların şirket varlıkları ve kârı üzerinde eşit hak iddia edebilmelerinin temini anlamına gelmektedir.

Bu yaklaşımın etkinlik endişelerinden kaynaklanan iki çok açık sebebi var-

dır. İlk olarak, eğer şirketi kontrol edemeyen paydaşlara etkili bir koruma sağlanamazsa şirketin sermaye piyasalarından sermaye yatırımı sağlaması güçleşir. İkinci sebep ise, şirketi kontrol eden ortakların orantısız bir şekilde şirketin sağladığı menfaatleri kendilerine yöneltmekte kullandıkları araçlar genel olarak verimsiz yatırım seçeneklerini ve yönetim politikalarını içermektedir.

C. MÜLKİYET YAPISININ ÖNEMİ

Şirketler hukukunun pay sahibi – odaklı modelinin ABD ve Birleşik Krallık örneklerinde olduğu gibi çok geniş dağılımlı, seyrek pay mülkiyeti yapısına sahip çok sayıda firmanın faaliyet gösterdiği hukuk sistemlerine iyi uyum göstereceği zaman zaman belirtilmektedir. Kıta Avrupa’sı ülkelerinde olduğu gibi mülkiyetin daha konsantre olduğu – yani daha çok belirli ellerde toplandığı – hukuk sistemleri için farklı bir modelin uygun olacağı söylenmektedir. Ancak bu görüş ikna edici değildir.

Halka açık şirketlerde olduğu gibi kapalı şirketlerde de faaliyetlerin azami verimlilikle yürütülmesinin şartı hukukun yöneticileri ortaklar menfaatini esas almaya teşvik etmesi ve kontrol sahibi ortakların diğerleri aleyhine şirketi sömürmelerini engellemesidir. Ortak öncelikli model mantıki olarak herhangi bir belirli mülkiyet yapısına öncelik tanımaz. Aslında, hem konsantre hem de seyrekleşmiş pay sahipliği farklı zamanlarda farklı yorumcular tarafından, önemli temsil sorunlarına karşılık ortak menfaatlerini artırma hususundaki kabiliyetleri noktasında destek görmüştür.

Eşit önemde olan diğer bir husus, her bir hukuk sisteminin değişik kurumsal mülkiyet yapısını bir arada içermesidir. ABD ve İngiltere çok sayıda dağınık mülkiyet yapısına sahip şirketi barındırmaktayken, aynı ülkeler aynı zamanda daha fazla sayıda kapalı mülkiyet yapısına sahip şirketi de içermektedir. Benzer şekilde, her bir önde gelen kıta Avrupası hukuk sistemi en azından elle tutulur bir miktarda seyrekleşmiş mülkiyet yapısına sahip şirkete ev sahipliği yapmaktadır ve bunların sayısı gitgide artmaktadır. Buna göre, her hukuk sisteminin bütün mülkiyet yapılarını ele alacak şekilde tasarlanmış bir şirketler hukuku sistemine sahip olması şarttır.

Dolayısıyla, aynı ondokuzuncu yüzyılda şirket formunun temel özelliklerinin hızlı bir şekilde berraklaşmasında olduğu gibi, yirmibirinci yüzyılın başlangıcında da şirket yapısı ve yönetimine ilişkin normatif bir görüş olarak standart ortak merkezli modele doğru hızlı bir yöneliş olduğuna şahitlik etmekteyiz. Bu normatif yönelişin kurumsal yönetim pratiklerinde ve şirketler hukukunda da kayda değer bir yeknesaklaşmaya yol açmasını beklemeliyiz.

III. İDEOLOJİK UYUŞMANIN AMİLLERİ

Standart model üzerinde fikir birliğini zorlayan üç esas unsur vardır: alternatif modellerin başarısızlığı; küresel ticaretten kaynaklanan rekabetçi baskılar; ve doğmakta olan ortak sınıfı lehine değişen çıkar grubu etkisi. Bu gelişmeleri bir sıra içerisinde değerlendireceğiz.

A. ALTERNATİF MODELLERİN BAŞARISIZLIĞI

Şirketler hukukunun temel yapısı üzerinde yirminci yüzyıl boyunca devam eden tartışma ve araştırmalar, hukukun hangi yollarla ortaklar dışındaki ilgililerin çıkarlarını düzenlemesi gerektiği üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu anlamda, pay sahibi – odaklı modele karşı önerilen üç önemli alternatif model geleneksel olarak ilgi odağı olmuştur. Biz bunları şirketler hukukunun yönetici – odaklı, çalışan – odaklı ve devlet – odaklı modelleri olarak adlandırıyoruz. Her ne kadar bu alternatif modellerin her biri çeşitli hukuk sistemlerinde ve farklı farklı alanlarda, gerek uygulama gerekse taraftar bulma noktasında bir noktaya kadar başarılı olmuşa da, sonuç olarak üçü de büyük oranda normatif çekiciliklerini kaybetmiştir.

1. Yönetici Odaklı Model

ABD’de, 1930’lardan 1960’lı yıllara kadar büyük şirketlerde yöneticilere geniş yetkiler verilmesinin sağlayacağı yararları öven bir normatif düşüncenin önemli etkileri hissedilmiştir. Merrick Dodd ve John Kenneth Galbraith meselele açıkça bu görüşün taraftarı olarak tanınıyorlardı, Adolph Berle ise yaşamının sonlarına doğru bu düşünceye taraftar olmuştu.⁶ Bu düşüncenin temelinde,

⁶ Dodd ve Berle bu konuyla ilgili 1930’ların sonlarında klasik bir tartışmaya girmişlerdi. Dodd şirket yöneticilerinin sosyal sorumluluğuna vurgu yaparken, Berle ortakların çıkarlarını sa-

profesyonel şirket yöneticilerinin, şirketi genel kamu menfaatlerine uygun bir şekilde idare edecek tarafsız teknokrat vekiller oldukları yönündeki inanç bulunmaktaydı. Kurumsal sosyal sorumluluğa ilişkin 1950’li yıllara ait literatürde bu görüşlerin tecessüm ettiğini görebiliriz.⁷

Bu görüşün normatif çekiciliği 1950 ve 60’lı yıllarda şirket idarecilerinin takdir yetkisini güçlendirme eğilimindeki SEC Proxy kuralları ve Williams Act gibi çeşitli hukuki gelişmelere gerekçe sağlamıştır. Ancak 1970 ve 80’li yıllarda şirketler topluluğu hareketinin çöküşü büyük oranda yönetici odaklı modelin normatif çekiciliğini yok etmiştir. Yöneticilere şirketin yatırım politikaları üzerinde geniş takdir yetkisi verilirse, ne kadar iyi niyetli olurlarsa olsun onların orantısız bir şekilde kendi çıkarlarına hizmet etme eğilimine girebilecekleri bugün genel kabul gören bir anlayıştır. Yönetici merkezli firmalar, ortaklarının çıkarlarına daha bağlı olan şirketlere göre bazı durumlarda ortaklar dışındaki şirket ilgililerine karşı daha hassas olabilirlerse de faaliyetlerin verimsizliğinin bedeli ve değeri düşük projelere yapılan aşırı yatırımlara artık hoşgörü gösterilmemektedir.

2. Çalışan – Odaklı Model

Büyük çaplı işletmelerde iş akdi kaynaklı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Basit sözleşmeler ve sözleşmeler hukukunun temel ilkeleri işçi ve şirket arasındaki uzun süreli ilişkileri düzenlemekte yetersiz kalmaktadır. Taraflar arasındaki ilişki diğer hususların yanı sıra somut olgular, belirli yatırımlar ve bilgi almadaki dengelessiz konumdan dolayı zarar görmüş olabilir.

yunuyordu. Bkz. Adolph A. Berle, Corporate Powers as Powers in Trust, 44 HARV. L. REV. 1049, 1049 (1931); Adolph A. Berle, For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note, 45 HARV. L. REV. 1365, 1367-68 (1932); Dodd, *supra* note 5, at 1145. 1950’lerde Berle’nin, Dodd’un yöneticilere takdir yetkisi verilmesinin olumlu bir adım olacağı çünkü bu sayede yöneticilerin bir bütün olarak toplum menfaatine davranışlarının mümkün olacağı yönündeki görüşüne yaklaşmış görünmektedir. Bkz. ADOLPH A. BERLE, JR., POWER WITHOUT PROPERTY: A NEW DEVELOPMENT IN AMERICAN POLITICAL ECONOMY 107-10 (1959) bundan böyle BERLE, POWER WITHOUT PROPERTY]. John Kenneth. Galbraith de benzer bir yaklaşıma sahiptir. The New Industrial State. See JOHN KENNETH GALBRAITH, THE NEW INDUSTRIAL STATE (1967).

⁷ Bkz, e.g., BERLE, POWER WITHOUT PROPERTY, *supra* note 6; GAULRAITH, *supra* note 6. Geniş toplum çıkarlarını gözetim sorumluluğu meselesinin her iki tarafını da ele alan makalelerin toplandığı önemli bir derleme için bkz. **THE CORPORATION IN MODERN SOCIETY** (Edward Mason ed., 1959).

Organize sendikalar vasıtasıyla yürütülen toplu pazarlık bu sorunlara karşılık bir yaklaşım olmuştur. İşçilerin pazarlık yaptığı firmanın kurumsal yapısına bağlı olmadığı için bu yaklaşım şirketler hukukunun alanı dışında gelişmektedir. Şirketler hukuku kapsamında değerlendirilebilecek diğer bir yaklaşım, mesela işçileri yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı tanıyarak, doğrudan kurumsal yönetime dâhil etmektir. Her ne kadar Almanya’da işçilerin kurumsal yönetime katılımlarıyla ilgili çekinceler Weimar Cumhuriyeti dönemine kadar gitmekteyse de ikinci dünya savaşına kadar sendikacılık yaklaşımı her yerde baskın olan yaklaşımdı. Savaştan sonra ise işçilerin yönetime katılımıyla ilgili ciddi çalışmalar Avrupa’da başlamıştır. Bu çalışmaların sonuçları en fazla Almanya’da hissedilebilir. Almanya’da ilk olarak 1951 yılında kömür ve çelik endüstrileri için daha sonra 1952 – 1957 arası aşama aşama tüm büyük Alman şirketleri için kanunla işçilere şirket üst yönetim kurulu üyelerinin yarısını seçme hakkı tanınmıştır. Bu Alman tipi “birlikte karar alma” (*codetermination*) mekanizması işçi katılımıyla ilgili en uç deneyim olmuştur. Ancak tek değildir. Daha mütevazı olmakla birlikte diğer bazı Avrupa ülkeleri genelde büyük şirketlerin yönetim kurulunda bir veya üç kişilik işçi temsilcisi kontenjanı bulundurmalarını şart koşmaktadır. Ayrıca, Hollanda yerli büyük şirketler için yönetici, çalışan ve devlet merkezli yaklaşımlardan unsurları birleştiren oldukça sıra dışı bir model kabul etmiştir. Hollanda’nın “yapı” (*structure*) rejimine göre üst kurulların kendisi üye atamasında bulunur, ancak hem çalışanlar hem de ortakların kurul atamalarına itiraz hakkı vardır. İtiraz halinde ticaret mahkemesi konuyu karara bağlar.

Almanya’daki birlikte karar alma mekanizmasının yayılması ve Alman tipi bu yaklaşımın tüm Avrupa’ya yayılmasını sağlayacak Avrupa Topluluğunun şirketler hukukuna ilişkin beşinci yönerge taslağının⁸ teklifiyle birlikte, işçilerin yönetime katılımıyla ilgili isteklilik 1970’lerde tavan yapmıştır. İşçilerin katılımı bu esnada mücadeleci sendikacılığın iş sözleşmesi kaynaklı sorunların çözümünde araç olarak çekiciliğini kaybetmesi ve esasında endüstriyel alandan tamamen çekilmeye başlaması sebebiyle ABD’de de büyük ilgi çekmiştir. O zamandan

⁸ Halka Açık Sınırlı Sorumlu Şirketlerin Yapısı ve Bunların Organlarının Yetki ve Yükümlülüklerine İlişkin Antlaşmanın, 54 (3) (G) maddesine dayanan tadil edilmiş beşinci yönerge teklifi, 1983 OJ (C 240) 2.

bu yana, normatif bir ideal olarak işçilerin kurumsal yönetime katılımı devamlı olarak güç kaybetmiştir. Devamlı sulandırılmasına rağmen AB beşinci yönergesi henüz müktesebatın bir parçası haline gelmemiştir ve şu an için Alman tarzı birlikte karar alma mekanizmasının başka bir ülkede kabul görmesi pek mümkün görünmemektedir.

Bugün, kayda değer bir şekilde doğrudan işçilerin oy hakkına sahip olarak şirket yönetimine katılımlarının verimsiz kararlara, kilitlenmelere ve güçsüz yönetim kurullarına neden olabileceği ve bunun getireceği olumsuz sonuçların işçi katılımından sağlanacak muhtemel faydadan fazla olacağı git gide taraftar bulan bir görüştür. Görüldüğü kadarıyla sorun esasında bir yönetim sorunudur. Şirket karar alma mekanizmalarına işçilerin doğrudan katılımı, işçi istihdamını etkileyecek bazı verimsizlikleri azaltabilecekse de alışıldık şirketlerdeki iş gücü çıkarları etkili bir yönetim organı oluşturamayacak derecede farklılıklar göstermektedir ve yönetim gücünün işçiler ile yatırımcılar arasında paylaşılması birlikte karar alma mekanizmasını uygulayan şirketlerde olduğu gibi sorunların daha da büyümesine yol açmaktadır. Genel olarak, ne kadar zayıflıkları olsa da akdi araçlar (etkin iş piyasası düzenlemeleriyle desteklendiklerinde) şirketin yatırımcılarıyla çalışanları arasındaki uyuşmazlıkları çözmede oy hakkı ve diğer toplu mekanizmalardan açıkça daha etkindir.⁹

Bugün, Almanya’da bile, birlikte karar almayı şirketler hukuku için genel bir model olarak savunan bilim adamı sayısı oldukça azdır. Aslında bugünlerde birlikte karar alma en çok yerel çıkar ve şartlara göre işe yarayabilir bir uyarlama veya sorgulanabilir değerine rağmen siyasi sonuçları itibariyle ortadan kaldırılması zor olan bir deneyim olarak savunulma eğilimindedir.¹⁰

⁹ Bkz HANSMANN, *supra* note 3, at 89-119; Henry Hansmann, *Probleme von Kollektiventscheidungen und Theorie der Firma-Folgerungen für die Arbeitnehmermitbestimmung*, in OKONOMISCHE ANALYSE DES UNTERNEHMENSRECHTS 287-305 (Claus Ott & Hans-Bernd Schdfer eds., 1993); Henry Hansmann, *Worker Participation and Corporate Governance*, 43 U. TORONTO L.J. 589, 589-606 (1993) Alman yönetim kurullarının zayıflığıyla ilgili örnek olarak bkz, Mark Roe, *German Securities Markets and German Codetermination*, 1998 COLUM. Bus. L. REV. 167.

¹⁰ Elbetteki bazı yazarlar birlikte karar almayı hala kurumsal yönetimin kendine özgü Kuzey Avrupa formunun değişmez bir unsuru olarak görmeye devam etmektedir. Bkz. Örn. MICHEL ALBERT, *CAPITALISM VS. CAPITALISM* (1993) (genel olarak kapitalizmin “Ren Modeli”nin “Anglo – Saxon Modeli”nden üstün olduğunu iddia etmektedir) Albert kurumsal

3. Devlet – Odaklı Model

İkinci dünya savaşının hem öncesi hem de sonrasında, özel teşebbüsün kamu yararına hizmetini temin için, hükümetlerin doğrudan büyük şirketler üzerinde güçlü etkiye sahip olacakları bir şirket sistemine büyük oranda destek vardı. Teoriye göre, teknokrat devlet bürokratları şirket işlerine doğrudan müdahale ederek piyasanın aksi etkilerinden kaçınılmasına yardımcı olabilirler deniyordu. Bu yaklaşım en geniş olarak savaş sonrası Fransı ve Japonyasında uygulanmıştır. Amerika Birleşik Devletlerinde savunma sanayi dışında çok az uygulama olmasına rağmen, bu yaklaşım entelektüel olarak önemli derecede ilgi çekmiştir. Devlet odaklı yaklaşımın belki de Anglo – Amerikan dünyasında ki en etkili tasviri Andrew Shonfield’in 1968 tarihli *Modern Capitalism* isimli kitabıdır ki burada Fransız ve Japon tarzı “yol gösterici planlama” (*indicative planning*) hayranlık uyandıracak bir şekilde tarif edilmiştir.¹¹ Japon ekonomisinin güçlü performansı ve daha sonra gelen devlet destekli Asya ekonomileri bu modelin 1980’lerde bile saygınlığını önemli derecede artırmıştır.

Dayanımcı ekonomilerde şirket işleri üzerinde devlet kontrolü sağlanmasının temel araçları genelde şirketler hukukunun alanı dışında bulunmaktadır. Bunlar, örnek olarak kredi, döviz, lisans ve rekabet kurallarından bağışık tutulma gibi konularda hükümet bürokratlarına geniş takdir yetkisi tanımak olabilir. Yine de, mesela ortakların şirket yöneticileri üzerindeki kontrolünü zayıflatarak (yöneticilerin devlet önceliklerine aykırı işler yapabilmelerine yönelik muhtemel baskıyı azaltmak için) ve yöneticilerin yanlış uygulamalarına karşı ortaklar tarafından ileri sürülen hukuki dava ve taleplerden ziyade devlet tarafından işletilen cezai müeyyideler belirleyerek (hükümetin takdirine bağlı olarak yöneticiler üzerinde uygulanacak güçlü bir otorite sağlamak için) şirketler hukuku da bir rol oynamaktadır.

Ancak devlet – odaklı model de bugün büyük oranda çekiciliğini yitirmiştir. Bunun bir sebebi devlet sosyalizminden uzaklaşmanın genel olarak popüler en-

yönetiminin Ortak-Merkezli ideolojisinin gücünün yükselişte olduğunu kabul etse bile. Bkz 169-90.

¹¹ ANDREW SHONFIELD, MODERN CAPITALISM: THE CHANGING BALANCE OF PUBLIC AND PRIVATE POWER 84-85 (1968).

telektüel ve siyasi bir model olmasıdır. Bu yoldaki önemli köşe başları 1970’lerde İngiltere’de görülen Thatcherizm’in yükselişi, 1980’lerde Mitterand’ın Fransa’da devlet mülkiyetini terk etmesi ve 1990’larda komünizmin hemen hemen her yerde ani çöküşüdür. Japon şirketlerinin 1989’dan sonraki görece zayıf performansları, devletçi şirketleşme anlayışı üzerine inşa edilen diğer Asya ekonomilerinde yaşanan daha yakın tarihli krizler bu modelin itibarını bugün daha da fazla azaltmıştır. Bugün, çok az kişi şirket işlerine müdahale için devlete doğrudan güçlü bir yetki verilmesinin normatif olarak oldukça çekici olduğunu ileri sürebilir.

4. Paydaş / Katılımcılar Odaklı Modeller (*Stakeholder Models*)

Geçtiğimiz on yıl boyunca şirketler hukuku ve kurumsal yönetim (*corporate governance*) literatüründe zaman zaman “paydaş/katılımcı” modellerini, güçlü ortak – odaklı şirket yaklaşımına normatif olarak çekici bir alternatif olarak savunan görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu paydaşlar/katılımcılar kavramı işçileri, alacaklıları, tüketicileri, şirketin iş yaptığı yerel ölçekteki tacirleri veya hatta hatta iyi korunmuş bir çevreden faydalananlar gibi daha geniş tanımlı çıkar gruplarını içerebilir. Eğer şirket yöneticileri sadece ortaklara karşı sorumlu kılınırsa, diğer ilgililerin şirket ve ortaklar tarafından istismar edilebileceği iddia edilmektedir; dolayısıyla şirketler hukuku yöneticilerin diğer katılımcıların çıkarlarına karşı da hassas olmalarını sağlamalıdır.

Katılımcı modelleri ortak bir problemle karşılaşırken iki farklı tipte çözüm getirmektedir. Bir grup katılımcı modelleri, bizim “mütevelli” model olarak adlandırdığımız yapıya tekabül etmektedir. Burada yönetim kurulu sağlanan katkıların kullanımı ve elde edilen gelirlerin dağıtımını konusunda tarafsız idareciler olarak çalışmaktadırlar. Bu modele göre kurulda doğrudan temsil hakkı sadece yatırımcılara verilir. Diğer katılımcıların korunması ise kurula verilen sadece pay sahiplerini temsil etme yükümlülüğünün gevşetilmesi ve diğer paydaşların çıkarlarını gözetme konusunda kurula daha geniş takdir yetkisi tanınmasıyla mümkündür.

Mütevelli modeli (*fiduciary model*) en fazla tanınmayı ABD hukukunda bulmuştur. Bunda yönetim kurullarına, gitgide artan devralmalarla (*takeover*) il-

gili sorunlarda kurucuların menfaatlerini ortaklarınkine tercih edebilme imkânı veren Katılımcı Kanunlarının (*constituency statutes*) rolü büyüktür.¹² Mütevellî modelinin önde gelen Amerikalı savunucuları Margaret Blair ve Lynn Stout ayrıca bu yaklaşımın devralmalar dışında, ABD şirketler hukukuyla ilgili diğer meselelerle ilgili olarak daha geniş kapsamda uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar.¹³ Mütevellî Modeli, İngiltere’de şirket yöneticilerinin görevleriyle ilgili devam etmekte olan tartışmanın anahtar unsurlarındandır.¹⁴

İkinci grup katılımcı merkezli modeller mütevellî idareciler yerine doğrudan katılımcıların temsilcilerini içermektedir. Bu “temsilci” (*representative*) modelinde iki veya daha fazla sayıda paydaş katılımcılar (*stakeholder constituencies*) yönetim kuruluna temsilciler atamaktadırlar ve böylece şirket politikalarının tüm paydaşların ortak çıkarları düşünülerek belirlenmesi amaçlanmaktadır. Her grup pazarlık gücüne bağlı olarak meselelerini yönetim kurulu önüne getirebilir. İdeal durumda, her ne kadar her bir üye grup temsilcisi olarak kalmaya devam etse de yönetim kurulu bir nevi kolektif mütevellî heyeti gibi faaliyet göstermektedir. Yönetim kurulu (veya gözetici kurul - *supervisory board*) araçlar olmaksızın “paydaş gruplar koalisyonu” haline gelmektedir ve “farklı paydaşların çıkar ça-

¹² Çevirmenin notu: ABD’de otuz eyalette kabul edilen *constituency statutes* veya *stakeholder statutes* olarak adlandırılan kanunlar, yöneticilerin ortaklara karşı mutlak sorumluluğunu yumuşatmıştır. Bu kanunlaştırmalar ile yöneticilerin alacaklılar, tüketiciler gibi diğer katılımcılar veya ilgilileri de göz önünde bulundurabilmelerine imkân tanımaktadır. Mütevellî modeli olarak çevirdiğimiz *Fiduciary model* ile kastedilmek istenilenin hukukumuzda vakıf yönetim organına benzer güvenilir kişilerden oluşan ve tüzel kişiliğin mallarını onun adına idare eden bir kurulun esas alınmasıdır.

¹³ *Bkz* Margaret M. Blair & Lynn A. Stout, *A Team Production Theory of Corporate Law*, 85 VA. L. REV. 247, 287-319 (1999). **13. See** COMPANY LAW REFORM

¹⁴ *Bkz* COMPANY LAW REFORM STEERING GROUP, MODERN COMPANY LAW FOR A COMPETITIVE ENVIRONMENT: THE STRATEGIC FRAMEWORK 39-46 (1999) (halihazırda bulunan yöneticinin aydınlatılmış ortak çıkarlarını gözetme ödevinin devamı yerine düşünülebilecek seçeneklerin ortaya atılması veya şirket-bazlı yatırımları teşvik amacıyla tüm başta gelen katılımcılara yönelik çoğulcu bir sorumluluk anlayışının yeniden formüle edilmesi).

Ancak, Yorum ve tartışmalardan sonra İngiliz Şirketler Hukuku Reform Araştırması Grubu hukukçu bilim adamları ve uygulamacılarla varılan fikir uyuşmasına uygun olarak ortakların öncelikli olduğu kuralını kabul etme yoluna gitmiştir. *Bkz* COMPANY LAW REFORM STEERING GROUP, MODERN COMPANY LAW FOR A COMPETITIVE ECONOMY: DEVELOPING THE FRAMEWORK 29-31 (2000) (Yöneticiler bir bütün olarak şirket ortaklarının yararına hareket etmek zorundadır).

tışmalarının çözüm meclisi” olmanın yanı sıra “yönetimi denetleme işlevi konusunda uzlaşanların bir araya geldiği bir meclis” olarak da faaliyet göstermektedir.¹⁵

Ne müteveli ne de temsilci tipi paydaş modelleri temelde şirket konusunda yeni bir yaklaşım getirmektedir. Daha doğrusu, paydaş modellerinin sunumunda kullanılan yeni retoriğe ve zaman zaman bunlara eşlik eden daha açık ekonomik teorileştirmelere rağmen, bu yaklaşımlar esasında eski yönetici-merkezli ve işçi-merkezli modellerin değişik varyasyonlarıdır. Müteveli tipi katılımcı merkezli modeller fiili olarak yönetici – merkezli modelin yeniden formüle edilmiş halinden başka bir şey değildir ve bu sebeple aynı sıkıntılar bu görüş için de geçerlidir. Başboş yöneticiler, mesela şirketin mevcut işçileri veya alacaklıları gibi bazı katılımcı grupların çıkarlarına daha iyi hizmet edebilirken, yöneticilerin kendi menfaatleri sıklıkla karar almalarında orantısız bir şekilde ehemmiyet sahibi olacaktır ve faydalanıcı katılımcıların yararından fazla bir maliyete ortaklar, müşteriler ve muhtemel yeni işçiler ve alacaklılar katlanmak durumunda kalacaktır. Dahası, mahkemelerin yöneticilerin daha etkili ve adil davranmalarını sağlayacak güven ödevleriyle (*fiduciary duties*) ilgili gerekli rötuşları yapmakta ve uygulamakta yetersiz kaldıkları açıkça görülmektedir.

Temsilci tipi katılımcı modelleri ise tüm katılımcıları içerecek şekilde genişletilmiş olmasına rağmen geçmişte bulunan çalışan – odaklı modele oldukça benzemektedir ve bundan dolayı bu modelin zayıflıkları burada da söz konusu olmaktadır. Her hangi bir katılımcı grubunun temsilcilerinin zorunlu olarak yönetim kuruluna dâhil edilmesi katılan grupların elde ettiği faydadan çok zarara sebep olacak nitelikte şirket karar alma süreçlerinin zorlaşmasına sebebiyet verebilir. Dolayısıyla, eski modelleri gündem dışı kılan aynı zorlayıcı faktörler katılımcı - odaklı modelin de pay sahibi - odaklı modele karşı sağlam bir alternatif oluşturmasını engellemektedir.

¹⁵ REINHARD H. SMİTH & GERALD SPINDLER, PATH DEPENDENCE, CORPORATE GOVERNANCE AND COMPLEMENTARITY- A COMMENT ON BEBCHUK AND ROE 14, (Johann Wolfgang Goethe-Universitat Working Paper Series: Finance and Accounting No. 27, 1999).

B. UZLAŞMAYI GEREKTİREN REKABETÇİ BASKILAR

Ortak-merkezli model sadece alternatiflerinin başarısızlığından dolayı değil aynı zamanda önemli ekonomik etkilerin bu modelin getirilerini daha da göze çarpar hale getirmesinden dolayı da normatif bir uzlaşma olarak ortaya çıkmıştır. Geniş manada, bir kurumsal yönetim modelini üstün kılan üç husus vardır: mantık gücü, örnek olma gücü ve rekabet gücü. Standart model lehine ortaya çıkmakta olan uzlaşma son yıllarda bu üç güçte meydana gelen yoğunlaşmanın bir sonucudur. Burada bunları sırasıyla ele alacağız.

1. Mantık Gücü

Standart modelin önemli başarı kaynaklarından birisi hukuk, ekonomi ve işletme alanlarında bulunan bilim adamları ve yazarların son yıllarda bu modelin başta gelen alternatiflerine göre daha fazla verimlilik sağlayacağına yönelik yukarıda incelediğimiz ikna edici gerekçeleri geliştirmiş olmalarıdır. Bu gerekçelerden birisi çoğu zaman hisse senedi yatırımcılarının çıkarlarının sözleşmeyle korunamayacak olmasıdır. Daha doğrusu, çıkarlarını korumaları için şirketi kontrol yetkisinin kendilerine verilmiş olması şarttır. İkinci bir sebep, hissedarların kişiye özel ve kuvvetli kontrol haklarına sahip olması halinde bu onları şirketin değerini azami seviyeye çıkartmak için çaba göstermeye güçlü bir şekilde teşvik edecektir. Üçüncü bir gerekçe ise ortaklar dışındaki şirket katılanlarının çıkarlarına genel olarak sözleşme ve mevzuat hükümleriyle önemli bir koruma sağlanmaktadır. Dolayısıyla, ortakların katkılarıyla şirketin değerinin maksimize edilmesi diğer katılımcıların da yararına. Dördüncü bir sebep, sözleşme ve mevzuat diğer katılımcılara tam bir koruma sağlamasa bile şirketin yönetim yapısının bunu sağlayacak bir şekilde uyarlanması getireceği yarardan daha fazla soruna yol açacaktır.

Bu gerekçeler bugün şirket finansmanı ve ekonomisi üzerine gitgide uluslar arası bir hal alan literatürde etkisini göstermektedir. Sonuç olarak yönetimin ortak – odaklı modelinin ekonomik sonuçları vurgulanmaktadır. Ayrıca, dünya çapında faaliyet gösteren uluslararası hukuk firmalarını da içeren kurumsal arabuluculuk müesseseleri ağının, beş büyük muhasebe şirketi ve başlıca yatırım bankaları ve danışma şirketlerinin de standart modeli kabul etmesi onun ikna

edici gücünü daha da artırmıştır. Bu ağın kapsam ve büyüklüğünün hızla artması ortak merkezli kurumsal yönetim standart modelinin yaygınlaşmasında olağanüstü etki sağlamaktadır.

2. Emsal Gücü

Kurumsal yönetimin standart modelinin ikinci başarı kaynağı hâkim olduğu yargı sistemlerindeki ekonomik performansdır. Farklı modelleri uygulayan ülkeler arasındaki basit bir kıyaslama – en azından yakın geçmişte – göstermektedir ki standart modeli uygulayan ülkeler daha iyi ekonomik sonuçlar almaktadır. Gelişmiş *common-law* sistemleri, standart modeli daha az benimseyen Doğu Asya ve kıta Avrupası ülkelerine göre daha iyi performans göstermiştir. Bu hususta başlıca örnekler, daha zayıf performans gösteren Alman, Fransız ve Japon ekonomileriyle bunlarla kıyaslandığında güçlü performansı ile dikkat çeken Amerikan ekonomisidir.

Elbetteki ortak-odaklı modelin başarısının henüz çok erken olduğu ve belki de hem kendisinin hem de başarısı sebebiyle üzerinde varılan açık normatif uzlaşmanın gelip geçici olacağı bir itiraz olarak ileri sürülebilir. Her şeyden önce, sadece on beş yıl önce pek çoğu ortak-odaklı modeli benimsemeyen Alman ve Japon şirketlerinin müsabakayı kazandığını ve bunun daha üstün bir kurumsal yönetim formunu benimsemiş olmalarından kaynaklandığını ileri sürüyorlardı.¹⁶ Ancak, bu muhtemelen son yıllardaki ekonomik rekabetin yanlış yorumlanmasının bir sonucuydu ve bugün kabul gören düşünceyle bağdaşmamaktaydı. 1960'lar, 70'ler ve 80'li yılların başındaki rekabet Japon tipi devlet – odaklı şirketlerle, Alman tipi işçi – odaklı şirketler ve Amerikan tipi yönetici – odaklı şirketler arasındaydı. 1980'li yılların sonuna kadar ortak-merkezli şirketlerin uluslar arası ölçekte yaygın rekabetinden bahsetmek mümkün değildi.

¹⁶ Ancak, dürüst olmak gerekirse Amerikalı yazarlar Almanya ve Japonya'da ki kurumsal yönetim anlayışını ortak modelini savunma adına destekleme eğilimindeydiler. Aslında, Amerikalı yazarların 1970'li yıllardan sonra dikkatini çeken husus işçi-merkezli şirket modelinin birlikte karar alma mekanizması değil Alman bankalarının yöneticileri denetleme ve uzun vadeli yatırımları doğru değerlendirme konusundaki iddia edilen yetenekleriydi. *Bkz, örn. MICHAEL T. JACOBS, SHORT-TERM AMERICA: THE CAUSES AND CURES OF OUR BUSINESS MYOPIA 69-71 (1991).*

3. Rekabet Gücü

Hem ürün hem de finansal piyasaların gitgide artan bir şekilde uluslararasılaşmasıyla birlikte farklı farklı modelleri benimseyen hukuk sistemlerinde faaliyet gösteren bireysel şirketler arasında doğrudan bir rekabet başlamıştır. Ortak – odaklı modele göre yapılan ve faaliyet gösteren şirketlerin rakiplerine göre önemli artılara sahip oldukları bugün genel olarak kabul görmektedir.¹⁷ Bu şirketlerin diğer modellere yakın olan rakiplerine göre önemli rekabet avantajları vardır. Bu avantajlar daha düşük maliyetle menkul kıymet piyasalarından sermaye tedariki (mesela başlangıç sermayesi olarak), yeni ürün piyasalarının daha atak bir şekilde gelişimi, yönetsel olarak tutarlı bağlar temel alınarak yeniden yapılanma hususunda daha güçlü uyarıcılar ve verimsiz yatırımların daha hızlı bir şekilde terk edilmesi gibi hususları içermektedir.

Bu rekabetçi avantajlar, iki sebepten dolayı, her zaman standart modele göre idare edilen şirketlerin şirket şirkete rekabette diğer modelleri benimseyen şirketleri saf dışı bırakacakları anlamına gelmez. Birincisi, standart modele göre idare edilen bir şirket pek çok açıdan diğer şirkete göre daha verimsiz olabilir. Mesela, devlet-odaklı Japon ve Koreli şirketler yönetim ve standartlaştırılmış üretim süreçlerinin genişletilmesinde büyük verimlilik göstermişler, buna karşılık Daimler Benz ve Philips gibi Alman ve Hollandalı şirketler (birincisi işçi – odaklı diğeri yönetici- odaklı modeli benimsemiştir) mühendislik mahareti ve teknik yenilikçilik noktasında büyük oranda tanınmıştır. İkinci olarak, standart modele göre yönetilen şirketler açıkça rakiplerine göre daha verimli olsa bile maliyet-bilinçli (*cost-conscious*) standart model şirketler tam da bu sebepten belirli piyasaları terk etmeye zorlanacaktır. Alternatif modellere göre organize olmuş daha az verimliliğe sahip şirketler haddinden fazla kapasite yatırımı yapabilir veya yatırımlarının anormal derecede düşük getirilerini genel olarak kabullenebilirler ve bu surette kâr maksimizasyonunu hedefleyen rakiplerine nazaran düşük fiyatlamayla bir ürün pi-

¹⁷ Bu anlamda *The Financial Times* tarafından yapılan en iyi yöneticiler anketi gibi uluslar arası araştırmalar dünyanın en saygın şirketlerinin belirlenmesi noktasında dolaylı bir delil olarak zikredilebilir. En saygın beş şirketin dördü Amerikalıdır ve dolayısıyla ortak merkezli modele göre yapılmıştır (beşincisi ise DaimlerChrysler olup bu anlamda o da Amerikalıdır). Benzer şekilde en büyük kırk firmanın yirmidokuzu ya Amerikalı ya da İngiliz menşelidir. *Bkz Annual Review, World's Most Respected Companies*, FIN. TIMES (LONDON), Dec. 7, 1999.

yasasını domine edebilirler. Fakat, eğer standart-model şirketlerin rekabetçi avantajları yerleşik piyasalarda bulunan diğer model şirketleri piyasa dışına çıkmaya zorlamazsa, bu standart model şirketler yukarıda ortaya atılan gerekçelerle yeni ürün piyasalarında ve hızlı değişim süreçlerinin yer aldığı endüstrilerde oluşacak yeni kuruluşlarda orantısız bir paya sahip olabilir.¹⁸

Standart – model şirketlerin büyüyen endüstrilerdeki hızla genişleme kapasitesi anlaşılabilir bir şekilde ortak – odaklı yönetimi tercih eden ve standart model etkili destekçileri olan kurumsal yatırımcılara ve uluslararası menkul kıymet piyasalarına ulaşmalarının daha kolay olması sebebiyle daha da büyümektedir. Bu hisse senedi yatırımcıları her şeyden önce yatırımlarından azami kâr elde etmeye odaklanmışlardır. Zaman içerisinde standart modelin, diğer yönetim modellerini eski firmalar ve olgunlaşmış piyasalarla sınırlı kılarak, kârlılık konusundaki mücadeleyi kazanması muhtemeldir. Teknolojik değişimin hızı artmaya devam ettikçe, bu rekabetçi avantaj da artmaya devam edecektir.

C. PAY SAHİBİ SINIFININ YÜKSELİŞİ

Biraz önce izah edilen rekabetçi güçlerle birlikte standart model üzerindeki uzlaşmanın son bir sebebi de gelişmiş ekonomilerdeki çıkar grup yapılarının köklü bir şekilde yeniden şekillenmiş olmasıdır. Bu yeniden şekillenişin kökeninde yatan sebep halktan gelen hissedarlar sınıfının¹⁹ (*public shareholder class*) gerek kurumsal olarak şirket işlerinde gerekse politik ilişkilerde geniş ve güçlü bir çıkar gurubu olarak ortaya çıkmasıdır. Bu yeniliğin iki unsuru vardır. Birincisi hisse senedi mülkiyetinin değişik halk katmanları arasında hızla yaygınlaşması yöneticilerin, çalışanların ve devletin örgütlü çıkarlarına karşı bir güç olarak tutarlı bir çıkar grubunun ortaya çıkmasını sağlamıştır. İkinci olarak, bu genişleyen ortaklar sınıfı içerisinde de azınlık ve kontrol sahibi olmayan ortaklar lehine gücün el değiştirmesidir.

¹⁸ Bu bağlamda, her hukuk sistemindeki küçük ve orta ölçekli şirketler standart modelle uyumlu hukuki rejimlere göre yapılanmıştır. Dolayısıyla, ortaklar – ve yalnız ortaklar – küçük çaplı Alman ve Hollandalı şirketlerin büyük çoğunluğunda yönetim kurulları üyelerini seçmektedirler. Bu yargı sistemleri alternatif işçi veya yönetici merkezli rejimleri sadece görece büyük şirketlerin küçük bir kısmına uygulamaktadır.

¹⁹ Çevirenin notu; halka açık şirketlerde kamuya arz edilen hisse senetlerini satın alarak yatırımda bulunan geniş halk kitlelerinden müteşekkil hissedarların oluşturduğu sınıf.

1. Hisse Senedi Mülkiyetinin Yaygınlaşması

Hisse senedi mülkiyeti her yerde giderek daha da yaygınlaşmaktadır.²⁰ Artık sadece varlıklı kişilerle sınırlı değildir. Birleşik Devletlerde, hisse senedi mülkiyetinde yaşanan bu yayılma yirminci yüzyılın başından bu yana devam etmektedir. Ancak, son yıllarda oldukça hızlanmıştır. İkinci dünya savaşından beri, git gide daha fazla sayıda Amerikalı işçi birikimlerini emeklilik fonları vasıtasıyla hisse senetlerine yatırmaktadır. Aynı süre zarfında, yatırım fonları endüstrisi de hızla genişlemiş ve halkın emeklilik dışı tasarruflarının git gide artan bir kısmının yoğunlaştığı bir alan haline gelmiştir.²¹ Paralel gelişmeleri Avrupa ve Japonya’da ve bir yere kadar hisse senedi piyasalarının gelişmeye başladığı diğer yerlerde de görmeye başladık.²²

Gelişmiş toplumların gitgide artan refahı bu değişimlerin altında yatan önemli bir faktördür. Artık mavi yakalı işçiler bile hisse senedi yatırımında bulunacak derecede tasarruf yapabilmektedirler. Artık emek ve sermaye toplum içerisinde açıkça iki farklı çıkar grubu olarak ortaya çıkmamaktadır. Hisse senedi mülkiyeti sayesinde işçiler artan bir şekilde diğer hissedarların ekonomik menfaatlerini paylaşmaktadır. Aslında, ABD’de emeklilik fonları, bugün şirketler ortakların çıkarları temel alınarak yönetilmelidir tezini destekleyecek derecede aktiftir.²³

²⁰ Son yirmi yıl içerisinde belli başlı hukuk sistemlerinin geçerli olduğu ülkelerde hissi senedi sermayesinin milli gelire olan oranı hemen hemen her yıl önemli miktarda artmaktadır. Çoğu Avrupa ülkesinde artış üç veya dörde katlanmaktadır. *Bkz Schools Brief: Stocks in Trade, THE ECONOMIST*, Nov. 13, 1999, at 85-86.

²¹ *Genel olarak bkz. THE GLOBAL CORPORATE GOVERNANCE RESEARCH CENTER, THE CONFERENCE BOARD, INSTITUTIONAL INVESTMENT REPORT: PATTERNS OF INSTITUTIONAL INVESTMENT AND CONTROL IN THE UNITED STATES (1997).*

²² Latin America yaşayan bir örnek olarak değerlendirilebilir. 1981 yılında Şili özel emeklilik fon sistemlerini kuran ilk ülke olmuştur. 1995’e kadar Arjantin, Kolombiya ve Peru ona katılmıştır. 1996 yılına kadar Latin Amerika emeklilik fonlarında oluşan miktar toplamda 108 milyar doları bulmuştur ki bu rakam o gün ki şartlarda yerel menkul kıymet piyasalarının gelişiminde önemli bir rol oynamıştır. 1997 yılı tahminlerine göre toplam varlıkların 2000 yılına kadar 200 milyar, 2011 yılına kadar da 600 milyar dolara ulaşması tahmin edilmektedir. *Bkz. A Private Affair; LATIN FIN.*, Dec. 1998, at 61; Stephen Fidler, *Chile’s Crusader for the Cause*, *FIN. TIMES (LONDON)*, Mar. 14, 1997, at 3; *Save Amigo Save, THE ECONOMIST*, Dec. 9, 1995, at 15.

²³ *Bkz. Stewart J. Schwab & Randall S. Thomas, Realigning Corporate Governance: Shareholder Activism by Labor Unions, in EMPLOYEE REPRESENTATION IN THE EMERGING WORKPLACE: ALTERNATIVES/ SUPPLEMENTS TO COLLECTIVE BARGAINING*

2. Halktan Ortaklara Kayan Denge

Hareketli emeklilik fonları örneğinin de gösterdiği gibi, pay mülkiyetinin yaygınlaşması ortaklar sınıfının yükselişinin sadece bir yönüdür. Diğer husus ise halktan ortaklar ile çıkar birliği yapan ve bu çıkarları genişletme ve savunmaya hazır önemli kuruluşların öne çıkmasıdır. Özellikle ABD’de ön planda olan ve giderek diğer yerlerde de büyüyen emeklilik fonları ve yatırım fonları gibi kurumsal yatırımcılar bu kuruluşların en açık örnekleridir. Avrupa ülkelerinde bulunan azınlık yatırımcıları için kurulmuş birlikler de başka bir örnek sunmaktadır. Bu kuruluşlar sadece ortak çıkarlarının etkin sözcülüğünü yapmakla kalmaz ayrıca özellikle dağınık bir şekilde bulunan birbirinden habersiz hissedarları kontrol gücüne sahip ortaklara veya şirket görevlilerine karşı da destekler. Sonuç olarak halk arasında hisse mülkiyeti her zamankinden daha fazla yaygınlaşmakta ve aynı zamanda şirket ilişkilerinde daha etkili bir rol oynamaktadır.

Dahası, yeni ortak – odaklı kuruluşlar günümüzde artan bir şekilde uluslararası düzeyde faaliyet göstermektedir. Sonuç olarak, bunların etkileri artık bağlı oldukları yargı sisteminin çok daha ötesine ulaşmaktadır.²⁴ Bugün sadece ortak-odaklı şirketler hukukunu destekleyen ortak bir ideolojiye değil aynı zamanda bu ideolojiyi kabul ettirmeye çalışan organize bir çıkar grubuna da sahibiz – öyle ki bu çıkar grubunun üyeleri geniş tabanlı, çeşitliliği yüksek ve gitgide daha da uluslararası niteliktedir.

ABD’de ortak sınıfının yayılması ve güçlenmesinin başlıca etkisi çıkar grubu olarak gücün yöneticilerden ortaklara geçmesi olmuştur. Avrupa ve Japonya’da ise daha önemli bir etkisi işçiler ve devletin ve daha da fazlası hâkim ortakların güçlerini kaybetmesi olmuştur.²⁵

341 (S. Estreicher ed., 1998).

²⁴ *Bkz., örn., Greg Steinmetz & Michael R. Sesit, Rising U.S. Investment in European Equities Galvanizes Old World*, WALL ST. J., Aug. 4, 1999, at A1, A8 (ABD’li yatırımcıları büyük Avrupalı şirketlerdeki önemli yönetim değişikliklerini başlatan güç olarak tanımlamaktadır.)

²⁵ Başta gelen Alman ve Japon firmaları arasında meydana gelen karşılıklı mülkiyet ağlarındaki değişiklikler önemli bir göstergedir. Alman hükümeti tarafından hazırlanan yeni kanun tasarısı şirket hisse satımı üzerine konan ağır gelir vergisini (yüzde elliye kadar) ortadan kaldırmaktadır ki bunun blok hisse sahipliğini büyük oranda engelleyeceği düşünülmektedir. *Bkz. Haig Simonian, Germany to End Tax on Sale of Cross-Holdings*, FIN. TIMES (LONDON), Dec. 24, 1999, at 1. Japonya’da *keiretsu* yapıları banka birleşmeleri ve sermayeden daha fazla getiri

D. UYUŞMANIN ZAYIF AMİLLERİ

Buraya kadar şirketler hukukunun görece olarak yeknesak standart modeli üzerinde uluslararası düzeyde uzlaşılmasını zorlayan bir takım güçlerden bahsettik. Bu etkenler verimliliğin içte yatan mantığı, rekabet, çıkar grubu baskısı, taklit etme ve uyuşma ihtiyacı olarak ifade edilebilir. Bunun dışında bağdaşmayı zorlayan diğer iki potansiyel etkeni büyük ölçüde görmezden geldik: sınır ötesi uyuşma konusundaki açık çabalar ve şirket kuruluşları konusunda yargı sistemleri arasındaki rekabet.

1. Uyumlaşma (*Harmonization*)

Bugün Avrupa Birliği değişik hukuk sistemlerinde mevcut şirketler hukuklarının uyumlu hale gelmesi konusundaki en bilinçli çabaların yoğunlaştığı mecra haline gelmiştir. Ancak bu süreç, bağdaşma hususunda görece zayıf bir etken olarak kalmıştır: üye devletler arasında şirketler hukuku konusunda önemli farklılıklar varken uyumlaşma çabalarının meyveleri de genel olarak az olmuştur. Ayrıca, uyumlaşma teklifleri etkinliği şüpheli AB mevzuat çalışmalarının tüm AB düzleminde kabul ettirilmesi şeklinde bir karaktere bürünmüş olup bunun sonucunda uyumlaşma bazen bırakın standart modelin daha da yükseltilmesini bunu zedeleyecek bir çaba gibi görünmüştür.

Bu sebeplerle, yukarıda bahsi geçen baskı unsurlarının bağdaşma konusunda açık uyumlaşma çabalarından çok daha önemli faktörler olmaları muhtemeldir. Uyumlaşma en fazla, standart modelin kabulü konusundaki anlaşma yeterince güçlü olduğunda her bir devlette şirketler hukuku reformuna direnç gösteren yerleşik ulusal çıkar gruplarının itirazlarının ortadan kaldırılması için uygun bir gerekçe olarak hizmet görebilir.

elde etme amaçlı rekabetçi baskıların bir sonucu olarak gevşemeye başlamıştır. *Bkz Paul Abrahams & Gillian Tett, The Circle Is Broken*, FIN. TIMES (LONDON), Nov. 9, 1999, at 18.

2. Yeni Kuruluşlar İçin Rekabet²⁶

ABD'nin eyalet yargı sistemleri arasındaki rekabet tecrübesi göstermektedir ki yeni kuruluşların cezbedilmesi hususundaki sınır-aşan rekabet, şirketler hukuku üzerindeki anlaşmanın, özellikle de etkin bir model üzerindeki uyuşmanın güçlü etkenlerinden birisi olabilir.²⁷ Ancak, bu tarz bir rekabet için gerekli kanunlar ihtilafı kurallarının kayda değer bir bağdaşma sağlanıncaya dek çoğu ülkede kabul edilmeyecek olması oldukça mantıklıdır. Anlayış birliğine doğru atılacak en önemli adımların ülkelerin büyük çoğunluğunda mevzuatın sınır-aşan bir şekilde yeni şirket kuruluşlarını çekecek düzenlemeler barındırmasına olanak tanınmasından daha önce görece hızlı bir şekilde atılabileceğini ve atılacağını ve eksikliklerin artı ve eksiler değerlendirilerek daha sonra giderilebileceğini bekliyoruz.

IV. YÖNETİM PRATİKLERİNDE UYUŞMA

Şu ana kadar kurumsal yönetim üzerindeki teorik uyuşmanın kaynaklarını izah etmeye çalıştık. bu tartışmada başlıca argümanımız normatif seviyeye ilişkindir; kurumsal yönetimin standart modeline rakip olabilecek ciddi bir teorinin bugün için mevcut olmadığını iddia ediyoruz. Bu iddia farklı hukuk sistemlerinde geçerli şirket pratikleri ve hukuki mevzuat dikkate alındığında kısa vadede tutarlıdır; teorideki uzlaşma mutlaka pratikte de hızlı bir uzlaşmanın gerçekleşeceği anlamına gelmez. En iyi uygulamalar konusunda genel bir konsensus sağlanmış olsa dahi müesseseler üzerinde hızlı bir uyuşmaya engel olan pek çok potansiyel engel bulunmaktadır. Yine de standart model üzerinde oluşmakta olan teorik uyuşmanın uzun vadede hem uygulama hem de hukuk üzerinde önemli etkilere sahip olacağına inanıyoruz.

Kurumsal yönetimde yapılacak reform pratiklerinin genel olarak şirketler hukuku reformlarına da öncülük yapacağını umut ediyoruz. Esasında yöneti-

²⁶ Çevirenin notu: Orijinal belgede bu başlık "Competition for Charters" şeklinde ifade edilmektedir. Burada bahsi geçen rekabet, söz konusu eyalet veya devlette mevzuatın şirketleri cezbedecek kolaylıklar barındırması, şirket ana sözleşmelerinin hazırlanmasında kuruculara daha geniş yetkiler tanınması gibi yöntemlerle o yer hukukunun bir çekim merkezi haline getirilmesi yönündeki çabaları ifade etmektedir.

²⁷ Genel olarak bkz. ROBERTA ROMANO, **THE GENIUS OF AMERICAN CORPORATE LAW (1993)**.

me ilişkin çalışmalar yasama faaliyetlerini gerektirmeyen özel düzenlemeler ve planlamalarla hayata geçirilebilir. Gelişmiş – ve pek çok gelişmekte olan – hukuk sistemlerinde görülen son gelişmeler bu öngörüğü destekler mahiyettedir. Yukarıda bahsi geçen teorik gelişmeler ve çıkar grubu ilişkilerinde yaşanan değişimlerin etkisiyle kurumsal yönetim reformu sadece Kuzey Amerika’da değil Avrupa ve Japonya’da da hâlihazırda tartışma konusu haline gelmiştir. Şirket aktörlerinin bizzat kendileri firmalarını standart modele yaklaştıracak yapısal değişiklikleri uygulamaya sokmaktadırlar. ABD’de bu değişiklikler daha fazla sayıda bağımsız üyenin yönetim kuruluna atanması, kurul hacminin daraltılması, şirket dışı aktörler tarafından aday gösterilenlerin oluşturduğu kuvvetli komitelerin geliştirilmesi (mesela denetim komitesi, tazminat komiteleri ve seçici komiteler gibi) yönetici tazminatları ile şirket hisselerinin değeri arasında daha sıkı ilişkilendirme ve yönetim kurulu üyeleri ile kurumsal hisse sahipleri arasında güçlü iletişim gibi hususları içermektedir. Avrupa ve Japonya’da da daha yavaş seyretmekle birlikte benzer gelişmeleri gözlemleyebiliyoruz. Örnekler OECD’nin ilan ettiği yeni kurumsal yönetim ilkelerinden ve Japon şirketlerinin aldığı yönetim kurulunu küçültme ve idare görevi olmayan yöneticileri kurula dâhil etme kararından (Sony’nin öncülüğünde) tutun da, İngiltere’de ve belli başlı kıta Avrupası ticaret hukuku sistemlerinde cari üst yöneticilerin ortaklık opsiyonlarının kaldırılması tazminatının hızlandırılması planına kadar uzanmaktadır.

V. HUKUKİ UYUŞMA

Şirketler hukuku için en iyi yapının nasıl olacağı fikri üzerindeki uzlaşmanın idari pratikler üzerindeki uzlaşmadan daha yavaş ilerlemesi şaşırtıcı değildir. Hukuki değişim yasama teşebbüsünü gerektirmektedir. Buna rağmen, Anglo – Amerikan şirketler ve menkul kıymetler hukukunda ortak baskısının (ve ortak odaklı yaklaşımın gücünün) yavaş yavaş tam tekmil olmasa dahi büyük oranda hukuki değişiklikleri zorunlu kılacağını bekliyoruz. Kurul yapısıyla ilgili konularda, menkul kıymetlerle ilgili düzenlemeler ve muhasebe yöntemleri ve hatta devralmalarla ilgili mevzuatta zaten evrimsel bir uyuşmanın önemli göstergeleri bulunmaktadır.

A. KURUL YAPISI

Kurul yapısıyla ilgili olarak göreceli olarak küçük ve çoğunluğu şirket dışından olmakla birlikte ortakların da yer aldığı tek – katmanlı bir kurul yapısını güçlü bir şekilde destekleyen bir hukuki rejim üzerinde uyuşma sağlanmıştır. Zorunlu iki – katmanlı yapılar geçmişe ait olarak değerlendirilmektedir; daha güçsüz ve az duyarlı kurullar esas olarak çalışanların yönetime katılımını tamamlayıcı olarak düşünülmüştür ve bundan dolayı da bu yaklaşımın zayıflıklarıyla maluldür. İki-katmanlı kurulun tersine dönen talihi Avrupa Birliğinin Avrupa Şirketi Statüsü tüzük teklifinde de kendisini göstermiştir. İlk olarak 1970 tarihli taslağında bu tüzük zorunlu bir şekilde iki – katmanlı bir kurul yapısı öngörmekteydi. Ancak, 1991 yılında teklif edilen tüzük üye devletleri tek veya iki – katmanlı sistemi kabul etme serbestisi tanımıştır. Bu arada, uygulamada ise, kavramın oldukça revaçta olduğu bir dönemde iki – katmanlı kurulu isteğe bağlı olarak öngören Fransa çok az sayıda şirketin bu aracı kabul ettiğine şahitlik etmiştir.²⁸

Aynı zamanda, geleneksel olarak tam aksi yönde şirket içi aktörlerin baskın olduğu tek – katmanlı kurulları benimseyen hukuk sistemleri şirket dışından yöneticilerin tamamlayıcı olarak katılımını kabul etme noktasına gelmişlerdir. ABD’de New York Borsası kuralları uzun süre bağımsız yöneticilerin halka açık şirketlerde denetim komitelerinde yer almasını şart koşmuştur²⁹, daha yakın bir tarihte ise devlet hukuk doktrini şirket dışından yöneticilere çıkar ihtilaflarına yol açabilecek işlemlerin onaylanmasında önemli bir rol vermiştir.³⁰ Japonya’da da Japon şirketleri arasındaki son gelişmeler benzer bir evrimin habercisidir. Yukarıda da belirtildiği gibi daha küçük yönetim kurullarına ve bağımsız yöneticilere yönelik ile önde gelen Japon yöneticilerce oluşturulmuş bir komite tarafından yayımlanan en son kurumsal yönetim kuralları bu reformları destekler niteliktedir.³¹ Sonuç farklı iki çizginin ortada buluşmasıdır. İki-katmanlı kurullar

²⁸ Bkz Lauren J. Aste, *Reforming French Corporate Governance: A Return to the Two Tier Board?*, 32 GEO. WASH. J. INT’L L. & EcON. 1, 45 (1999).

²⁹ Bkz NEW YORK STOCK EXCHANGE, NYSE LISTED COMPANY MANUAL § 303.00, <http://www.nyse.com/listedlisted.html> (last visited Nov. 1, 2000) adresinde bulunmaktadır.

³⁰ Bkz, *örn.*, Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701 (Del. 1983).

³¹ CORPORATE GOVERNANCE COMM., CORPORATE GOVERNANCE FORUM OF JAPAN, CORPORATE GOVERNANCE PRINCIPLES 48-50 (1998).

gündem dışı kalırken tek – katmanlı yapıyı benimseyen ülkeler kendi rejimlerine iki – katmanlı yapının en güçlü özelliklerinden birisini, yani bağımsız (dışarıdan) yöneticileri dâhil ediyorlar.

B. KAMUYU AYDINLATMA VE SERMAYE PİYASASI DÜZENLEMELERİ

Kurumsal yöneticilerin gözetiminde yardımcı olması amacıyla hükme bağlanmış olan ortaklara rutin açıklamalarda bulunma yükümlülüğü üzerinde de açık bir görüş birliği oluşmaktadır. Burada bu karmaşık konunun detaylarına girmeksizin ABD dışındaki kayda değer hukuk sistemlerinin kamuyu aydınlatma sistemlerini güçlendirdiklerine, buna karşılık ABD'nin son zamanlara kadar kurumsal yatırımcılar arasındaki münasebetleri tamamen tıkayan başkasının yerine oy kullanma usulüne benzer gereksiz derecede ağır bazı federal düzenlemelerden vazgeçtiğine dikkati çekiyoruz. Aslında, bugün belli başlı hukuk sistemlerinde halka açık şirketler için öngörülen kamuyu aydınlatma zorunluluğunun konusu şaşırtıcı derecede benzerdir.³²

Benzer bir şekilde tekdüze muhasebe standartları da ulusal kurallar ve uygulamaların ötesine geçerek iyi tanımlanmış iki uluslar arası standart kurallar etrafında hızla şekillenmektedir, bunlar: ABD Finansal Denetim Standartları Kurulunca uygulanan GAAP muhasebe kuralları ile Londra'da bulunan Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesince belirlenen Uluslararası Muhasebe Standart-

³² Örnek vermek gerekirse bu husus AB'nin Listeleme Şartları Yönergesiyle 1933 tarihli Kanun hükümleri gereğince menkul kıymetlerin kayda alınması için öngörülen SEC'in S-1 formunun karşılaştırılmasında görülebilir. Eğer ABD'nin ifşaat yükümlülükleri daha katı olsa, AB yönergelerinin de üye devletlerce eklemelerde bulunulabilecek asgari gereklilikler öngörebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz John C. Coffee, Jr., *The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications*, 93 Nw. U. L. REV.

641, 668-72 (1999). See generally Amir N. Licht, *International Diversity in Securities Regulation: Roadblocks on the Way to Convergence*, 20 CARDOZO L. REV. 227 (1998) (kamuyu aydınlatma kurallarında, muhasebe standartlarında ve kurumsal yönetimde meydana gelen uzlaşmayı tartışmaktadır). Ayrıca, Avrupalı halka açık şirketlerin uygulamalarıyla ilgili yeni bir anket fiili aydınlatma pratiklerinin hukuken öngörülen aydınlatma koşullarından çok ABD ve İngiliz aydınlatma standartlarına yakın olduğunu göstermektedir. Bkz HOWELL JACKSON & ERIC PAN, *REGULATORY COMPETITION IN INTERNATIONAL SECURITIES MARKETS: EVIDENCE FROM EUROPE IN 1999* 34-39 (John M. Olin Center for Law, Econ. & Bus. Working Paper, Sept. 18, 2000).

larıdır. Her ne kadar birbiriyle rekabet halindeki uluslararası standartlar arasında önemli farklılıklar olsa da bu farklılıklar GAAP ve yeni uluslar arası standartlar öncesinde etkili olan ulusal standartlar arasındaki farklılıklardan çok daha azdır. Ayrıca, sırf tek bir muhasebe standardının küresel ölçekte uygulanmasının sağlayacağı ekonomik tasarruflardan dolayı bu iki uluslar arası standardın daha da fazla benzeşmeleri muhtemeldir.³³

C. PAY SAHİBİ DAVALARI

Ortaklar tarafından yöneticiler ve diğer idareciler aleyhine açılan davalar daha önceleri fazla etkiye sahip olmadıkları ülkeler tarafından düzenleme altına alınmaktadırlar. Almanya son zamanlarda idarecilere karşı dava açılmasını talep için aranan pay sahipliği eşliğini (söz konusu dava denetim kurulu veya özel şirket temsilcisi tarafından açılabilir) düşürmüştür. Önceden yüzde on hisse sahipliği aranmaktayken artık bu oran yüzde beşin altına indirilmiş ve hile veya hukuka aykırılık şüphesi varsa bir milyon Alman markı değerinde hisse sahibi olmak yeterli sayılmıştır.³⁴ Buna karşılık Japonya dava açmak için öngörülen depo etmeye ilişkin kurallarını zorlaştırıcı olabileceği için değiştirmiştir. Diğer taraftan ABD hukuku mevcut sistemde bulunan kötüniyetli davalar açmayı teşvik edici hususları dizginlemeye başlayarak başka bir yönden merkeze doğru ilerlemektedir. Federal düzeyde, ortaklar davasının açılmasıyla ilgili daha da sıkılaştırılmış koşullar, ileriye dönük şirket planlamaları için yeni teminatlar ve önde gelen ortakların sınıf davalarında kontrolü ele almalarını öngören yeni kabul edilmiş bir hüküm bulunmaktadır. Bu arada, eyalet yasalarının pay sahibi davalarının boşa çıkartılması noktasında şirketler için daha elverişli olduğunu belirtebiliriz.

D. DEVRALMALAR (TAKEOVERS)

Devralmalarla ilgili düzenlemeler de görüncüğü kadarıyla bir uyuşmaya doğru gidiyor. Buna göre, devralma mevzuatındaki mevcut farklılıklar gerçek olmaktan ziyade yüzeyseldir. Saldırgan devralmalar (*hostile takeovers*)³⁵ Anglo

³³ *Bkz, örn., Elizabeth MacDonald, U.S. Accounting Board Faults Global Rules, WALL ST. J., Oct. 18, 1999, atA1.*

³⁴ *Bkz THEODOR BAUMS, CORPORATE GOVERNANCE IN GERMANY: SYSTEM AND CURRENT DEVELOPMENTS pt. VII.1 (Universitat Osnabruck Working Paper, 1999).*

³⁵ Çevirenin notu: bir şirketin yönetimini ele geçirmek amacıyla tedavülde bulunan hisse se-

– American hukuk sistemleri dışındaki ülkelerde nadirdir. Bunun başlıca sebebi bu ülkelerde hisse sahipliği kalıbı daha konsantre bir yapı izlemektedir. Pay sahipliği homojen bir kalıba oturdukça (ileride öyle olmasını bekliyoruz) ve her bölgedeki şirket kültürü devralmaları bir düzenleme altına aldıkça (öyle olacak gibi görünüyor), devralmalar Avrupa, Japonya ve diğer yerlerde gitgide daha da benzer hale gelecektir.³⁶

Bunun dışında, devralmalarla ilgili uygulamada olan hukuki sınırlandırmalar gerçekte farklılaşmaktaysa da uyuşma işaretleri vermektedir. Özellikle, uzun yıllardır ABD, hem fırsatçılık yapabilecek alıcıların hem de şirket yöneticilerinin yerlerini sağlamlaştırma veya kendi kendileriyle işlem yapma kabiliyetlerini kısıtlayacak ek önlemler olarak devralmalarla ilgili düzenlemelerinin sayısını artırmaktadır. “Acı ilaç” savunmasının³⁷ yaygın kullanımı ve de mahkemelerin bu savunmanın kullanılmasına getirdiği limitlerle birlikte zorlayıcı niteliği haiz kısmen saldırgan alım teşebbüsleri artık geçmişe ait bir olgu haline gelmiştir. Benzer bir başarıyı “zorunlu fiyat kuralı”nı öngören Avrupa hukuk sistemleri de gerçekleştirmişlerdir. Buna göre, kontrolü ele geçiren devralanların hedef şirketin bütün hisselerini aynı bedel üzerinden satın alması zorunludur.

Elbetteki, uyuşma alanlarının hala belirsiz olduğu devralmalar hukukunda ülkelerin hukuk sistemleri diğer konularda farklılıklar göstermektedir. Mesela, Avrupalılarla kıyaslandığında Amerikalı yöneticiler saldırgan devralma teşebbüslerine karşı daha rahat bir tavır takınmaktadırlar. Mevcut Delaware hukukuna göre, her ne kadar genel kurullarda hissedarlar arası güç çekişmelerine karşı çok

netlerinin satın alınması.

³⁶ Avrupa zaten 1999 yılında göze çarpar nitelikte bir devralmalar dalgası yaşamıştır ki bunun sonucunda tarihin en büyük saldırgan devralma teşebbüsü gündeme gelmiştir: Vodaphone’nun Mannesmann’ı satın alınması. Ayrıca, pek çok köklü hukuk sistemi toplu hisse alımlarını düzenleyen Williams Act ya da London City Code’dakilere benzer kurullar kabul etmektedir. Mesela, Brezilya’nın toplu alımlar tüzüğüne bkz. Secs. Comm’n Ruling 69, Sept. 8, 1987, Arts. 1-4, ve İtalya’nın yeni kabul edilen devralmalar reformu, Yönetmelik 58 of February 24, 1998 (Finansal Piyasalar Kanunu veya kısaca “Draghi Reform”), *cited in* STUDIO LEGALE ABBATESCIANNI: AssocIAZIONE PROFESSIONALE DI AVVOCATI E DOTTORI COMMERCIALISTI, *The New Italian Law on Takeovers*, at <http://www.sla.it/takeovers.htm> (last visited Nov. 1, 2000).

³⁷ Çevirenin notu; “acı ilaç” savunması olarak çevrilen “*poison pill*” defense, saldırgan devralmalara (*hostile takeovers*) karşı koymak için hedef şirketin kendi hisselerinin çekiciliğini devralmak isteyen şirket açısından azaltmasıdır.

da etkili olmasalar da görevli kurullar saldırgan tekliflere karşı direnme yetkisine sahiptir. Avrupa’da saldırgan devralma vakaları arttıkça, Avrupa hukuk sistemleri de Delaware benzeri ek tedbirler alma yoluna gidebilir. Ya da, yönetimin iyice yerini tahkim etmesi tehlikesi düşünüldüğünde, Delaware savunma taktiklerini çok daha ciddi bir şekilde sınırlandırarak Avrupa normlarına yönelebilir. Denge noktasının tam olarak nerede olacağını tahmin edememekle birlikte, Atlantığın iki yakasındaki hukukların eninde sonunda tek bir rejim üzerinde uyuşmaları mantıklı bir beklentidir.

E. YARGISAL TAKDİR YETKİSİ

Üzerinde uyuşmanın yavaş ilerleyeceği hiss edilen şirketler hukukunun oldukça genel bir vechesi vardır: kurumsal aktörler arası ihtilafların çözümünde yargı makamlarının sahip olacağı takdir yetkisi. Bahsi geçen yetki common-law sistemlerinde ve özellikle ABD’de, kıta Avrupası (*civil law*) sistemlerine göre uzun bir süre çok daha geniş bir şekilde uygulanmıştır. Ancak, bu konuda bile zaman içerisinde güçlü bir bağdaşmanın gerçekleşeceğine inanmak için iyi sebepler vardır. *Civil – law* hukuk sistemleri, ister mahkeme isterse tahkim şeklinde olsun daha genişletilmiş bir takdir yetkisi modeline doğru ilerlemektedir.³⁸ Birleşik Devletler menkul kıymetler hukuku anlayış olarak *Civil – law* mantığına yakındır ve Menkul Kıymetler Ticareti Komisyonu (Securities Exchange Commission - SEC) tarafından çıkartılan detaylı kurullarla dikkatli bir şekilde düzenlenmiştir. Aynı zamanda, bazen Delaware mahkemelerinin özelliği haline gelen öngörülemez kararların yarattığı büyüyen bir hoşnutsuzluğun işaretleri de vardır. Açıkça bilindiği üzere, güvene dayalı sadakat ve ihtimam ödevlerini düzenleyen ABD içtihat hukuku muğlak ve istikrarsızdır. Bu hususu da içerecek bir şekilde Amerikan Hukuk Enstitüsü Kurumsal Yönetim Projesi şeklinde şirketler hukukunun kanun benzeri bir düzen içerisinde sistemleştirilmesini önermektedir. Bilim insanları da artık esnek yapılı Delaware içtihat hukukuna³⁹ kuşkuyla yaklaşmaya başlamışlardır.

³⁸ Bkz. Alman federal Mahkemesinin *Holzmuller* kararı, BGHZ, Zivilsenat, II ZR 174/80 (1982) (Alman içtihat hukukunun, şirketin temel hukuki işlemleriyle ilgili olarak ortakların sahip oldukları oy hakkının kapsamını genişletmesi)

³⁹ See, e.g., Douglas M. Branson, *The Chancellor’s Foot in Delaware: Schnell and Its Progeny*, 14 J. CoRP. L. 515 (1989); Ehud Kamar, *A Regulatory Competition Theory of Indeterminacy in Corporate Law*, 98 COLUM. L. REV. 1908 (1998); Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller,

VI. UZLAŞMA ÖNÜNDEKİ POTANSİYEL ENGELLER

Elbetteki, uzlaşma yönünde atılan adımlar önemli bir takım menfaatleri tehdit etmektedir. Dolayısıyla, bu menfaatlerin değişimin önünde bir engel teşkil etmeleri beklenebilir. Ancak, bu menfaatlerin uzun süre standart model üzerinde büyüyerek artan ideolojik görüş birliğinin bir sonucu olan reformları sekteye uğratabileceğini zannetmiyoruz.

Örnek olarak, özellikle Lucian Bebchuk ve Mark Roe tarafından ortaya atılan argümanı ele alabiliriz.⁴⁰ Buna göre, şirketi hâkimiyetleri altında tutanlar (hâkim ortaklar veya güçlü yöneticiler) tarafından elde edilen özel değer uzun bir süre etkili mülkiyet yapısının, yönetim pratiklerinin ve şirketler hukukunun evrimleşmesi önünde bir engel olarak kalacaktır. Bebchuk ve Roe tarafından ileri sürülen görüşün esası şu şekildedir: Azınlık pay sahipleri için güçlü koruma tedbirleri öngörmeyen hukuk sistemlerinde pay sahipleri, gereğinden fazla bir şekilde şirket nakit akışlarına kendilerini yöneltebilirler. Dolayısıyla hâkimiyet sahibi pay sahiplerinin mülkiyet ve yönetim yapısını değiştirmemek, şirket gelirlerinin daha adilane dağıtımını sağlayacak düzenlemeleri yapmama konusunda önemli gerekçeleri vardır. Dahası, şirket üyesi bu kişilerin (*corporate insiders*) pek çok hukuk sisteminde bu değişiklikleri önleme gücü de bulunmaktadır. Hâkim ortakların pozisyonlarını korumak için sadece hisselerini satmamaları yeterlidir ve bu sayede şirketin mülkiyet yapısını muhafaza etmeleri mümkündür. Onların konumu ayrıca istedikleri kişiyi yönetici olarak seçebilmeye imkân verdiği için yönetim değişikliklerini de engelleyebilirler. Ve çoğu Avrupa ülkesinde olduğu gibi kapalı, yakın kontrol altındaki şirketlerin ekonomiyi domine ettikleri toplumlarda hâkim ortakların zenginlikleri ve siyasi ağırlıkları onların olması gerekenden fazla olan kazançlarından ödün vermeleri sonucunu doğuracak hukuk reformlarına engel olmalarına imkân vermektedir.

Ancak bu kötümser bakış açısı temelsiz görünmektedir. Eğer standart pay sahibi – odaklı yönetim modelinin şirket değerini maksimize edeceği yönündeki artmakta olan görüş birliği böyle devam ederse, esas olarak iktisadi saiklerle ha-

Toward an Interest- Group Theory of Delaware Corporate Law, 65 TEx. L. REv. 469 (1987).

⁴⁰ *Bkz* Lucian Bebchuk & Mark Roe, *A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance*, 52 STAN. L. REv. 127 (1999).

rekete eden hâkim ortaklar, firmaları üzerindeki kontrollerini devam ettirmekten vazgeçebilirler. Ve parasal olmayan sebepler içerdekilerin hâkimiyetlerini devam ettirmelerini teşvik etse bile bu üyeler tarafından idare edilen şirketlerin ekonomik öneminin hem yerel hem de küresel pazarlarda azalması muhtemeldir.

A. GETİRİLERİ ELE GEÇİRMEYE YÖNELİK İŞLEMLER

İlk olarak maddi getirilerini çoğaltmak isteyen hâkim ortakların (kontrol sahipleri) durumunu ele alalım. Diyelim ki cari hukuki düzen kontrol sahibi ortakların halktan paysahiplerini dışlayarak yüksek gelirler elde etmelerine imkân veriyor. Tahminen, bu kontrol sahipleri ancak bu ayrıcalıkların da içeren özel bir fiyat teklif edildiğinde paylarını satabileceklerdir ve bu getirilerini değersizleştirecek her türlü kurumsal yönetim reformuna da karşı çıkacaklardır. Bu kontrol sahiplerinin kendi gelirlerini artırmayı şirketin kurumsal gelirlerinden önde tutacak olmaları, onların şirketin değerini artıracak yönetsel reformları reddedecekleri anlamına gelmez. Bebchuk ve Roe'nun kontrol sahiplerine yönelik yaptıkları etkin yönetimi kolaylaştırarak şahsi gelirlerini artıramayacakları yönündeki değerlendirme biraz erken olmuştur.

Halka açık şirketlerden aşırı nitelikte özel menfaatler elde eden kontrol sahibi ortaklar iki yönetim anlayışından faydalanabilirler. Birincisi, şirketinkilerden ziyade kendi menfaatlerini maksimize edecek yatırım projelerini seçebilirler. Mesela, kontrol sahibi ortak şahsen şirketle iş yaparak kâr elde edebileceği için şirket açısından daha az getirisini olan bir projeyi aslında şirket için daha kârlı olacak bir projeye tercih edebilir. İkincisi, verimliliği olmasa bile kontrol sahipleri şirket kârını dağıtmak yerine muhafaza ederek yeniden yatırıma dönüştürme eğilimindedirler. Bunun sebebi normal kâr payı dağıtımında gelirin azınlık pay sahipleri arasında pay edilmesi zorunludur. Buna karşılık yeniden yatırıma dönüştürülen gelirlerin meselâ hâkim ortağın şahsıyla işlem yapmak gibi yollarla daha sonra yeni özel menfaatler getirmesi daha olasıdır. Ayrıca, çoğu Avrupa ülkesinde olduğu gibi hisse piramidi, kurumsal karşılıklı pay sahipliği ve oransal olarak pay sahipliği düşse bile karar alma yollarını tıkama imkânı veren ikili klas hisse stoğu gibi araçlara sahipse bir kontrol sahibinin

her iki verimsiz yaklaşımı da benimseme isteği daha da artmaktadır.⁴¹

Ancak, hukukun uygulanması etkin ise verimsiz yaklaşımların kendisi daha verimli mülkiyet ve yönetim yapılarını benimseme açısından güçlü mali teşvikler yaratabilir. Hisse fiyatları yeterince baskı altındaysa, herkes – kontrol sahiplerinin kendileri de dâhil – daha etkili yönetim biçimleri benimseyerek net kazançlar elde edebilirler. Bu verimlilik getirilerinin tamamını veya çoğunu elde eden kontrol sahipleri şahsi olarak daha fazla kazanmayı kötü yönetilen bir şirketten orantısız bir gelir elde etmeye tercih edebilirler. Kontrol sahipleri bu verimlilik gelirlerini iki şekilde ele geçirebilirler: (1) potansiyel verimlilik gelirlerini de içerecek şekilde sömürücü olmayan yönetim kurallarına göre faaliyet göstermeye istekli ve kabiliyetli bir alıcıya veya alıcılar grubuna yüksek bir fiyattan satarak, veya (2) azınlık hisselerini (düşük fiyatlardan) satın alarak ve firmayı tek malik gibi idare ederek veya bütün firmayı verimli mülkiyet yapılarına sahip alıcılara tekrar satarak.

Kontrol sahiplerinin bu verimlilik gelirlerini elde etmesi için yine de etkili yeniden yapılanmanın hukuken mümkün olması şarttır: Yani, hukuk rejimi yeniden yapılandırılmış firmaların iyi yönetim pratiklerine uyabilmelerine olanak sağlayan araçlar sunmalıdır. Henüz yeniden yapılandırmaya girişmemiş kontrol sahiplerinin özel gelirlerini tehdit etmeksizin bunun gerçekleştirilebilmesi değişik şekillerde mümkündür. Bir çözüm, azınlık pay sahiplerini koruma hususunda mevcut düzenlemelerden daha hassas isteğe bağlı şirketler ve menkul kıymetler hukukudur. Örneğin, firmaların hisselerini ortakların korunmasında daha titiz olan yabancı ülkelerde halka arz etmesine izin verilebilir. Başka bir çözüm ise basit olarak ortakların korunmasını sağlayacak bir takım hükümlerin yeniden yapılandırılmış şirket ana sözleşmesine dâhil edilmesidir.

Bunun sonucunda maddi olarak çıkarıcı kontrol sahipleri dahi firmaların en azından verimlilik diresi dahilinde kurulabileceği hukuk rejimlerinin yaratılmasını destekleyeceklerdir ki, bu iddia ettiğimiz üzere bugün ortak – odaklı yaklaşımı gerektirmektedir. Böyle (isteğe bağlı) etkili bir rejim kurulduğunda ve

⁴¹ *Bkz LUCIAN BEBCHUK ET AL., STOCK PYRAMIDS, CROSS-OWNERSHIP, AND DuAL CLASS EQUITY: THE CREATION AND AGENCY COSTS OF SEPARATING CONTROL FROM CASH FLOW RIGHTS (NBER Working Paper No. 6951, 1999).*

mevcut firmaların çoğu etkili yeniden yapılandırmadan kâr elde etmek için yararlandığında, azınlık pay sahiplerine karşı çıkarıcı yaklaşan eski rejimin firmalarının seçenek olarak muhafazasını dileyen çıkar gruplarının büyüklüğünde ciddi bir düşüş olmalıdır.

Bebchuk ve Roe'ya göre hukuk kontrol sahibi ortakları yeniden yapılandırmadan elde edecekleri kazancı azınlık pay sahipleriyle eşit paylaşmaya zorlayacağından, onların etkili yeniden yapılandırma arayışlarına engel olmaları muhtemeldir ve bundan dolayı böyle gelişmelerin meydana gelmeyecektir. Ancak, hukukun – azınlığı dışlama amaçlı şirket birleşmeleri ve zorlayıcı toplu pay alım teklifleri gibi vasıtalarla – kontrol sahiplerinin sıradan şirket faaliyetlerinden yüksek gelirler elde edebildikleri hukuk sistemlerinde, bu ortakların etkili yeniden yapılandırmadan kaynaklanan kazançlar üzerinde hak iddia etmelerine olanak tanınması daha akla yatkındır. Özetle, mevcut kontrol sahibi ortaklar sadece kârlarını en üst seviyeye çıkarmakla meşgul olurlarsa, verimliliği amaçlayan hukuk kurallarının benimsenmesi noktasında kaydadeğer baskıların ortaya çıkmasını bekleyebiliriz.

B. İMPARATORLUK KURMAK İSTEYEN KONTROL SAHİPLERİ

Kontrol sahibi ortaklar yine de her zaman gelirlerini azami derecede artırmak istemezler. Daha çok – ve bunun Avrupa'da da böyle olduğu yönünde şüphelerimiz var – maddi olmayan getirileri de elde etmeyi amaçlayabilirler. Mesela, kontrol sahibi bir ortak sadece mümkün olabilecek en büyük şirketler imparatorluğunun tepesinde olmayı istiyor olabilir ve bu sebeple pazar payı elde etmek için haddinden fazla yatırım yapmaya hazırlıklı olabilir. Bunu yaparken, tüm mevcut kaynakları genişleyen kapasiteye ve araştırma ve geliştirmeye yatırırken hisse satışlarını geri dönüşü olmayacak seviyelerden gerçekleştirebilir. Yahut da hâkim ortak yetenezsiz bir aile üyesine sorumluluk vermekten tutun da işçiler ve yerel gruplarla kurulmuş yarı feodal ilişkileri korumaya kadar diğer maliyetli uygulamaların tadına varmak için de düşük mali geliri kabullenmeye istekli olabilir. Kontrol sahibi vazgeçtiği maddi gelirlerden daha fazla gayri maddi gelirleri önemsiyorsa böyle uygulamalar verimli bile olabilir. Ancak, Kontrol sahibinin mülkiyeti maddi olmayan getirilere değer vermeyen azınlık ile paylaştığı du-

rumlarda kontrol sahibinin şirket gelirlerini dağıtmak yerine kendince önemli gördüğü düşük getirili projelere yatırım yaparak diğerlerini zarar uğratma riski de vardır.⁴²

Önceki bölümde bahsedilen tipte verimlilik artırıcı kontrol işlemleri bu nitelikteki kontrol sahibi ortaklara çok az şeyler sunabilir. Bu sebeple yeniden yapılanma firmanın kontrolünden vazgeçmeyi ve dolayısıyla sadece azınlık pay sahiplerinin paralarıyla elde ettikleri değil kendilerinin de hak sahibi oldukları şirket kaynaklarından karşılanan gayrimaddi getirilerden de vazgeçmeyi gerektirebilir. Dolayısıyla, maddi olmayan geri dönüşlere değer atfeden kontrol sahibi ortakların sadece maddi saiklerle hareket edenlere oranla verimliliği hedefleyen şirket mevzuatlarını destekleme hususunda daha az istekliliği olacaktır.

Dahası, böyle hâkim ortakların kontrol ettikleri verimsiz şirketler rekabetçi piyasalarda oldukça iyi bir şekilde ayakta kalabilir ve aslında verimsizliklerine rağmen genişleyebilirler. Örneğin, eğer hâkim ortaklar sadece kontrol ettikleri şirketin büyüklüğüne önem veriyorlarsa genişlemeye yatırım yapmaya devam etmeleri için bunun getirisinin sıfır olmaması onlar için yeterli olacaktır. Sonuç itibarıyla çok daha verimli yönetilmekle birlikte ortaklarına kârdan pay vermek zorunda olan rakip firmaların pazar paylarından kendilerine aktarımda bulunmuş olacaktırlar.

Maddi olmayan saiklerle hareket eden kontrol sahibi ortakların baskın olduğu şirketlerin Çok sayıda bulunduğu hukuk sistemleri diğerlerine göre standart model şirketler hukukunun benimsenmesi hususunda görece daha az baskı hissedecektir. Yine de bu hukuk sistemlerinde – Batı Avrupa ülkeleri bu kapsamdadır – standart modele doğru yönelme baskısı yakın gelecekte karşı konulmaz bir şekilde güçlenecektir. Burada kısaca bunun bazı sebeplerini irdelemeye çalışacağız.

⁴² Bu elbetteki kontrol sahiplerinin bir şekilde azınlık pay sahiplerini yanlış yönlendirmelerinin mümkün olması halinde gerçekleşebilir. Eğer azınlık pay sahipleri etkin olamayacaklarını ve kontrol sahiplerinin gelirlerin bir kısmını verimsiz yatırımlar yoluyla kendilerine yönelteceklerini bilerek pay satın almışlarsa, o zaman bu hususun yansıtıldığı düşük fiyatlar üzerinden pay satın almış olabilirler. Bu durumda, kontrol sahibi olmayan ortaklar yatırımları için normal piyasa getirisini hesaba katmaktadırlar.

1. Şirket Üyelerinin (*Insiders*) Siyasi Nüfuzları Onları Korumaya Yetmeyecektir.

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, gayrimaddi getiriler üzerine yoğunlaşan düşük kârlılığa sahip firmalar sahiplerine karşılık endüstrinin hâkimi olarak ortaya çıkabilir. Bu firmaların sahipleri düşük verimliliğe sahip uygulamaları sübvansе ettikleri sürece yeni işlere yatırım yapan yatırımcılara ve pay sahibi çıkarlarını yükseltmeye çalışan veya firmayı yüksek fiyatlardan devrederek kâr elde etmeyi amaçlayan köklü firmaların sahiplerine nazaran git gide fakirleşeceklerdir ve bunun sonucunda da ekonomik ve siyasi güç bu çevrelere doğru kayacaktır.

Ayrıca, ortak odaklı yönetim pratiklerini takip eden firmaların başarısının kurumsal yönetimin alternatif modellerine yönelik siyasi desteği iki sebepten dolayı azaltması muhtemeldir. Birincisi, yukarıda belirttiğimiz gibi ortaklar sınıfının artan refah seviyesiyle birlikte yükselişi değer artıran uygulamaları ve kontrol sahibi ortakların özel çıkarlar elde etmelerinin önüne geçilmesini cesaretlendirecek kurumsal yönetim reformları için baskı yapacak bir çıkar grubu olarak ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Yerli veya yabancı olsun daha iyi bir bilanço geliri vaadederek halktan ortakları ve emeklilik fonlarını cezbedecek şirketler, ayrıca doğal bir hukuk reformu ve standart model isteği de yaratmaktadırlar.

Kurumsal yönetimin alternatif tiplerine yönelik ilgideki düşüşün ikinci sebebi standart model üzerindeki ideolojik uyuşmanın daha geniş olgularıdır. Önceki ideolojiler feodal yapıya benzer aile şirketlerinin nimet – külfet dengesini veya şirket üyeleri tarafından yönetilen büyük holdinglerin endüstriyel becerisini takdir etmiş olsalar da, standart modelin artan dikkat çekiciliği imparatorluk kurma teşebbüslerini ve hâkimiyet kurmayı şüpheli hale getirmiş, azınlık pay sahiplerinin aleyhine zenginleşmeyi hukuk dışı kılmıştır. Dolayısıyla, maliyetli yönetim pratiklerinin devamı siyasi sebeplerle gitgide daha da zorlaşmıştır. Yeni ideolojinin penceresinden bakıldığında, eski uygulamalar sadece verimsiz değil aynı zamanda adaletsizdir, çünkü emekliler ve küçük yatırımcılar da dâhil olmak üzere sıradan vatandaşları yatırımlarının adil bir karşılığını almaktan mahrum bırakmaktadır. Sivil toplum demokratikleştikçe, hâkim ortakların ayrıcalıklı gelirleri,

yönetici aileler ve çakılı şirket yöneticileri gitgide sorgulanır hale gelecektir.

Aslında, şirket imparatorluklarını hâkimiyet altında bulundurmaya prestijli kılan sosyal değerlerin pek çok ülkede zaman içerisinde değişmesini bekliyoruz. Bugün, endüstriyel alandaki mülkiyet ilişkilerinde pek çok kalıp içerisinde gördüğümüz feodal kökenli kurallar yerlerini sosyal eşitliğe ve bireysel müteşebbisliğe dayanan sosyal değerlere bırakacaktır. Bunun sonucunda şirket derebeyliği üzerinde şahsi egemenliğini kullanarak elde edeceği ekonomik nitelikte olmayan getirilere ağırlık veren kontrol sahipleri tarafından hâkimiyet altında tutulan şirketler toplulukları sürekli küçülecektir.

2. Firmalarını ve Hukuki Bağışıklıklarını Muhafaza Eden Şirket İçerisinden Üyeler Giderek Alakasız Hale Gelecektir

Son olarak, baskın kontrol sahiplerinin herhangi bir ülkede belirli bir süre için reformları engellemeyi başarsa dahi ülke veya dünya ekonomilerinde veya her ikisinde de gitgide marjinalleşmeleri muhtemeldir. Zaten dikkat çektiğimiz üzere, yurt içinde halka açılmadan sağlanan sermayenin yeni firmaları ve ürün piyasalarını finanse edecek olması hususu muhtemelen ağırlıklı olarak standart model tarafından anlamlandırılacaktır. Azınlık pay sahiplerine önemli koruma mekanizmaları sağlanmazsa, risk sermayesi yatırımları ve kuruluş halka arzlarının gerçekleşmesi olası değildir. Bu koruma yeni kurulan şirketlere münhasır bağımsız standart model müesseseleri öngörerek daha eski, yerleşik firmaları rahatsız etmeden sağlanabilir. Bunun bir örneği Frankfurt Borsasında işlem gören *Neuer Markt* uygulamasıdır. Burada, halktan sermaye katılım talebinde bulunan yeni kurulmuş şirketler daha fazla kamuyu aydınlatma ve GAAP muhasebe standartları yükümlülüğü altına alınarak yatırımcılara ayrıca korumalar sağlanmıştır. Buna karşılık, hâlihazırda mevcut olan şirketler ise daha az kapsamlı eski kurallara tabi olmaya devam etmektedir.

Ayrıca, iç hukuk veya yerli şirketler yatırımcılarına yeterli korumaları sağlayamadığı ölçüde diğer ülkeler standart model korumasını sunabilirler. Yatırım sermayesi diğer ülkelere veya o ülkede faaliyet gösteren yabancı şirketlere yönelebilir. Yahut yerli şirketler yabancı ülkelerde yeniden kuruluş yoluna gidebilirler veya yabancı bir borsaya kote olarak (bazı İsrail firmalarının NASDAQ'a

kaydolarak yaptıkları gibi) yabancı hukukun ortaklara sağladığı koruyucu tedbirlerle kendilerini bağlayabilirler.⁴³

Bunun gibi yeni şirketlere eskilerden farklı kuralları benimseme imkânı veren etkin araçlarla, mevcut şirketlerdeki kontrol sahibi üyeleri koruyan ulusal hukuk ve yönetim pratikleri ülke ekonomisini felce uğratmaksızın muhafaza edilebilir. Sonuç, parçalara ayırmak ve maliyetli yönetim pratiklerinden dolayı ulusal hukuk sistemlerinde dahi güncelliğini kaybetmiş eski aile şirketlerini veya yönetici ağırlıklı şirketlerin kazanılmış statülerini tanımaktır.

VII. VERİMLİ UYUŞMASIZLIK

Şirketler hukuku rejimiyle ilgili bütün sapmalar verimsizliği yansıtmamaktadır. Verimli sapmalar ya yerel sosyal yapılara uyum gösterme yoluyla ya da tesadüf eseri ortaya çıkabilirler. Ne mantık ne de rekabet bu tip bir sapmanın ortadan kalkması için güçlü bir baskı yaratamayabilir. Sonuç olarak, bu önemli bir zaman için yaşamaya devam edebilir. Yine de, değişim hızı yavaş olsa bile tıpkı verimsiz sapma gibi verimli sapmanın kapsamının hızla azalacağına inanmak için iyi sebepler vardır.

A. KURUMSAL BAĞLAMDA FARKLILIKLAR

Zaman zaman ülkeler, paysahipliği formları, hukukun uygulanmasında kullanılan araçlar veya iflâs gibi diğer hukuki düzenlemelerdeki farklılıklar gibi diğer ulusal nitelikteki farklılıkları tamamladığı için şirketler hukukunun alternatif formlarını tercih ederler. Bu hususa ilişkin bir örnek bilinçli olarak daha gelişmiş ülkelerde standart modelin başvurabileceği şirket ana sözleşmesi tipinden sapan yeni Rus Şirketler Kanunudur. Tek bir örnek göstermek gerekirse, en gelişmiş ülkelerin düzenlemelerinin tam tersine Rus düzenlemesi zorunlu olarak bütün şirketlere birikimli oylamayı (*cumulative voting*) şart koşturmuştur. Bu yaklaşımın altında yatan sebep büyük oranda ortak etkinliğini bir yere kadar temin etmek ve ülkenin eşi benzeri görülmemiş büyük çaplı özelleştirme süreçleri sonucunda

⁴³ *Bkz örn.* Coffee, *supra* note 30, at 674-76; EDWARD ROCK, MANDATORY DISCLOSURE AS CREDIBLE COMMITMENT: GOING PUBLIC, OPTING IN, OPTING OUT, AND GLOBALATION (University of Pennsylvania Institute for Law and Economics Working Paper, 1998).

ortaya çıkan Rusya'ya özgü ortaklık kalıbı bağlamında onların bilgiye erişimini sağlamaktır.⁴⁴

Yine de şirketler hukukunda verimli sayılabilecek nitelikteki sapma şirket faaliyetlerinin de ilgili olduğu diğer müesseselerdeki sapmalardan çok daha az gibidir. Mesela, alacaklıyı koruma yöntemlerindeki verimli sapma muhtemelen şirket borçlanma yapısı ve kaynaklarıyla ilgili gözlemlenen farklılıklardan çok daha dardır. Benzer şekilde yönetsel fırsatçılıklardan pay sahiplerini koruma için öngörülen mekanizmaların etkili kapsama alanı farklı hukuk sistemlerinde görülen pay sahipliği kalıplarındaki farklılıklardan çok daha dardır.

Ayrıca, şirketler hukukunun faaliyet alanını belirleyen ekonomik müesseseler ve hukuki yapıların kendisi farklı hukuk sistemleri arasında yeknesak hale gelmektedir. Bu, mesela pay sahipliği kalıpları için oldukça doğrudur. Bütün ülkeler, kontrol sahibi blok hisse sahiplerinden tutun da oldukça dağılmış bireysel paysahiplerine kadar aynı çeşitlendirilmiş pay sahipleriyle karşılaşmaya veya karşılaşmak zorunda kalmaya başlamışlardır. Bunlardan bazıları iç ekonomik gelişmelerden kaynaklanan uzlaşmacı kuvvetler tarafından sevkedilmektedir. Dolayısıyla, işletmelerin özelleştirilmesi kişisel refah artışları ve başlangıç sermayelerine duyulan ihtiyacın (kurucu özel yatırımcılara bir çıkış yolu sağlayan piyasaların tedarikinde yardımcı oldukları) tamamı gitgide artan küçük pay sahipliği olgusunu ve sonuç itibarıyla azınlık pay sahipleri için gerekli güçlü bir koruma ihtiyacını destekler mahiyettedir. Sermaye piyasalarının küreselleşmesi de aynı sonuç için baskı kurmaktadır. Dolayısıyla daha önceki örneğimize dönecek olursak, Rusya zaman içerisinde gelişmiş ekonomilere özgü pay sahipliği kalıplarına doğru muhtemelen bir evrim geçirecek ve sonunda bu ekonomilerde bulunan oylama sistemlerini benimseyecektir.

⁴⁴ Rusya'nın 1993 yılında uyguladığı kupon karşılığı özelleştirme (*Russian voucher privatization*) sonucunda yöneticiler ve diğer çalışanlar büyük şirketlerdeki çoğunluk hisselerine sahip oldular. Halka arz edilen paylar çoğunlukla çok parçalı bir şekilde dağılmıştı ancak genelde en az bir dışarıdan önemli paysahibi kişi birikimli oy sisteminden yararlanacak hisse ağırlığına sahip olduğu için yönetim kurulunda temsil edilirdi. *Bkz Bernard Black & Reinier Kraakman, A Self-Enforcing Model of Corporate Law*, 109 HARV. L. REV. 1911, 1922-23 (1996).

B. ZARARSIZ MUTASYONLAR

Çeşitli durumlarda, çoklu alternatif şirketler hukuku kurallarının ya çok az ya da hiç verimlilik farkı yaratmayacağını düşünüyoruz. Bu durumlarda, tamamen ortadan kalkmamakla birlikte bağdaşma üzerine baskılar azalmıştır (çünkü hala küresel yatırımcıların yeknesaklaşma baskısı yapacakalarını bekliyoruz).⁴⁵ Muhasebe standartları örnek teşkil etmektedir. Daha önce dikkat çektiğimiz üzere, gelişmiş ülkelerde itibar gören iki farklı muhasebe yöntemi vardır: Amerikan GAAP ve Avrupa ilhamlı Uluslararası Muhasebe Standartları. Bu iki standart birbirinden bağımsız gelişim gösterdiklerinden pek çok önemli detayda farklılaşmaktadırlar. Ancak ikisi de verimlilik noktasında birbirinden daha belirgin değildir.

Söz konusu ekonomiler tamamen otarşik olsa her iki muhasebe standardı da verimlilikten ödün vermeksizin sürekli yaşayabilir. Ancak, sermaye piyasalarının artan küreselleşmesi bütün ülkelerde sadece bu rejimlerden birisini benimsemeyi değil ayrıca yeknesak bir muhasebe rejimini benimsemeyi de dayatmaktadır. Dolayısıyla zaman içerisinde, küresel piyasalarda oluşan ortak bir standart formun yarattığı birbirine bağlı verimliliklerin şirketler hukukundaki bu ve diğer tesadüfi ayrışmaları ortadan kaldırması muhtemeldir.

VIII. VERİMSİZ BAĞDAŞMA

Henüz gördüğümüz üzere verimlilik her zaman şirketler hukuku üzerinde bir bağdaşmayı dayatmaz, aksinin de mümkün olabileceğini görmek zorundayız: yüksek seviyede bir bağdaşmanın her zaman verimliliği yansıtması şart değil-

⁴⁵ Ronald Gilson, aynı sorunun çözümü noktasında görünüşte farklı yönetim yapıları veya hukuki düzenlemelerin geliştirdiği süreçleri “işlevsel bağdaşma” (*functional convergence*) olarak adlandırmaktadır. RONALD J. GILSON, GLOBALIZING CORPORATE GOVERNANCE: CONVERGENCE OF FORM OR FUNCTION (Columbia Law School, Center for Law and Economics Working Paper No. 174, 2000). Şekli hukuk ve yönetim pratiklerinin sadece ve sadece yavaş değişen daha geniş kurumsal içeriklere tabi olduğu varsayımında Gilson işlevsel bağdaşmanın şekli bağdaşmayı geride bırakacağını düşünmektedir. Böyle bir işlevsel bağdaşmaya gerçekleşirse vereceğimiz isim zararsız mutasyon olurdu. Gilson’un aksine, pay sahiplerinin önveligi kabul edilmediğinde, şekli hukuk ve yönetim yapıları daha az içerikseldir ve sanıldığından daha esneklerdir. İşlevsel bağdaşma – birebir taklidinden ziyade – bu sebeple Gilson’un sandığından daha az lüzumludur. Ayrıca alternatif yönetim yapıları ve hukuki düzenlemeler arasında geçişkenliğin Gilson’un belirttiğinden daha az yaygın olduğunu zannediyoruz.

dir. Bu tip verimsiz bağdaşmanın en muhtemel kaynakları modern ekonomilerde sıklıkla görülen ve sınır aşan rekabet tarafından giderilmek yerine daha da artırılan piyasalar veya politik müesseselerdeki eksikliklerdir.

A. ÜÇÜNCÜ ŞAHIS ZARARLARI: ŞİRKET HAKSIZ FİİLLERİ

Verimsiz bağdaşmanın belki de en bariz örneği, - ülkeden ülkeye değişebilen önemsiz farklılıklar olmakla birlikte - hâlihazırda evrensel bir kural olan şirket haksız fiillerinden dolayı ortakların sorumluluğunun sınırlı olmasıdır. Bu kural, dava masraflarından tasarruf veya menkul kıymet piyasalarının daha sorunsuz çalışması gibi telafi edici avantajları fazlasıyla aşar nitelikte verimsiz risk almayı ve aşırı derecede riskli faaliyetleri girişmeyi teşvik eder. Başka bir çalışmamızda ileri sürdüğümüz gibi şirketlerin faaliyetlerinden kaynaklanan haksız fiillerde ortaklar için müteselsil olmayan sınırsız sorumluluğun genel kural haline getirilmesinin getireceği artılar genel olarak çok daha fazla olacaktır.⁴⁶

O halde neden verimliliği olmayan bir kural üzerinde evrensel olarak bir görüş birliği oluşmuştur? Bu sorunun açık cevabı; ne piyasalar ne de siyaset sınırlı sorumluluk kuralının sonuçlarından doğrudan etkilenen kişilerin, yani haksız fiil mağdurlarının, çıkarlarını temsil noktasında iyi işlememektedir. Tanımı itibariyle haksız fiiller üçüncü kişilere verilen zararları konu aldığından, kuraldan etkilenen taraflar – şirketler ve onların olası haksız fiil mağdurları – bu kuralın tadilinden kaynaklanacak kazançları elde etme ve paylaşma hususunda sözleşme yapamazlar. Aynı zamanda çoğu şirket kaynaklı haksız fiil oldukça rastlantısal nitelikte olduğundan haksız fiil mağdurları – ve özellikle oldukça geniş olası mağdurlar topluluğu – kolaylıkla organize olmuş bir politik baskı grubu oluşturamaz.⁴⁷ Ayrıca, herhangi bir hukuk sistemi şirket haksız fiilleri için ortakların sorumluluğunu kabul etse bile, sınırlı sorumluluk ilkesini muhafaza eden diğer ülkeler varken bugün için geçerli olan hangi ortaklık veya şirket yapısına sorumluluk atfedileceğiyle ilgili uygulamaya yönelik güçlükler ortaya çıkacaktır.

⁴⁶ Bkz Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 YALE L.J. 1879, 1882-83 (1991).

⁴⁷ Çevreyi kirletmenin genel olarak rastlantısal olarak görülmemesi ABD’de siyasi iradeyi harekete geçiren bir unsur olmuş ve aşağıda dikkat çektiğimiz üzere, çevreyi kirleten şirketler için tüzel kişilik perdesini kısmen kaldıran güçlü bir kanunlaştırmaya ön ayak olmuştur.

B. YÖNETİCİLİK

Verimliliği olmayan uyuşmaya ikinci bir örnek yöneticilerin neredeyse bütün hukuk sistemlerinde sahip oldukları, ortaklarla çatışma hali söz konusu olabilecek durumlarda imtiyazlarını koruma, özellikle de saldırgan devralmalara karşı yerlerini muhafaza etme imkânı veren özgürlükleridir. Burada da siyasi ve piyasa başarısızlıkları sorumlu görünmektedir. Muhtemelen yerlerini devamlı koruyan yöneticilerin gücünden en fazla zarar gören kişiler olan halktan ortaklar, çok dağılmış olduklarından seslerini duyurmak için kolektif tutum geliştirme noktasında ciddi zorluklar yaşamaktadırlar. Konumları itibarıyla her yerde etkili ve güçlü bir çıkar grubu olan yöneticiler siyasi etkinliklerini kolektif faaliyetleri daha da maliyetli hale getirmek için kullanabilirler – mesela, mevcut pay sahiplerinden kontrolü ele geçirecek oranda hisse satın alınmasını saldırgan bir devralıcı için zorlaştırabilirler. Dolayısıyla şirketler hukuku, tam anlamıyla ideolojik görüş birliğini yansıtan standart model üzerinde değil de bu modelin bir çeşidi üzerinde - daha çok yönetici ağırlıklı yaklaşımların biraz farklılıklar gösterdiği – uyuşabilir.

C. NE KADAR BÜYÜK BİR PROBLEM?

Şirketler hukukundaki verimsiz bağdaşma problemi görünüşe göre sınırlı bir sorundur. Haksız fiil mağdurları bir tarafa, şirketle ilgili neredeyse tüm aktörler arasındaki ilişkiler ağırlıklı olarak sözleşmeseldir. Bu durumda, tüm aktörlerin etkili bir hukuk kurma konusunda ortak bir çıkarları vardır. Ayrıca, daha önceki tartışmalarımızda da vurguladığımız gibi, pay sahipleri, yöneticiler, işçiler ve iradi alacaklılar verimli bir şirketler hukuku için önemli bir çıkara sahiptir veya sahip olmaya başlamışlardır. Haksız fiillerde sorumluluğun sınırlı olması aslında şirketler hukukunun değil haksız fiil hukukunun bir meselesi olarak görülmelidir. Ve hatta büyük çaplı haksız fiil zararları daha fazla görülmeye başladıkça ve sonucunda siyasi ilgiye mazhar oldukça haksız fiillerde sınırlı sorumluluk ilkesi terkedilme noktasına gelebilir. Bu anlayışa doğru bir yöneliş, belirli durumlarda tüzel kişilik perdesini şaşırtacak derecede kaldıran ABD çevre hukukunda zaten görmekteyiz.

SONUÇ

Yirmibeş yıl önce de şimdiki gibi sorunlu noktalara sahip olsa da pay sahibi – odaklı şirket modelinin rakiplerine olan üstünlüğü artık kesin olarak kanıtlanmıştır. Mantık başlıbaşına bu standart modelin ve onun getirdiği kuralların üstünlüğünü ortaya koymamaktadır. Bu kuralların getirdiği kurumsal yönetim anlayışında sadece pay sahiplerinin çıkarlarına hizmet görev olarak belirlenmişken azınlık pay sahipleri için de güçlü koruma tedbirleri bulunmaktadır. Dahası standart model büyük şirket yapısı için sahip olduğu baskın model olma konumunu zorlu bir süreçten sonra ikinci dünya savaşı sonrası dönemde rakibi üç alternatif modele karşı elde etmiştir: yönetici odaklı model, işçi odaklı model ve devlet odaklı model.

Başlıca alternatiflerin başarısızlığı standart modelin teorik hegemonyasını kursa dahi bu tamamıyla bir sürpriz olarak görülmemelidir. Standart model şirketlerin büyük çoğunluğu için sorgulanmamıştır. Her hukuk sisteminde kapalı şirketler için öngörülen hukuk ve yönetim kurallarında baskın çıkmıştır. Çoğu Alman şirketi ortak yönetim rejimini (*codetermination regime*) kabul etmemiştir ve çoğu Hollanda şirketi yönetici odaklı “yapı” rejimi (“*structure*” *regime*) tarafından düzenlemeye tabi tutulmamışlardır. Benzer şekilde pay sahibini önceleyen standart model, model seçimiyle ilgili en büyük hassasiyete sahip iki hukuk sisteminde her zaman baskın hukuki model olmuştur: ABD ve İngiltere. Büyük şirketler genelde aşırı parçalı bir mülkiyet yapısına sahip olduğundan, model seçenekleri bu sistemlerde her zaman önemli olmuştur. En büyük şirketlerin büyük pay sahipleri tarafından kontrol edildiği kara Avrupasında⁴⁸ şirket formunun temelinde bulunan ideoloji ne olursa olsun kontrol sahibi ortağın çıkarları geleneksel olarak şirket politikalarını belirlemiştir.

Menkul kıymet piyasaları Avrupa ve gelişmiş dünyada ilerledikçe standart modelin ideolojik ve rekabetçi çekiciliği hukuk akademisyenleri arasında dahi itiraz edilemez hale gelecektir. Ve pay sahibinin öncelenmesi amacı ikinci bir özellik oldukça - siyasetçiler için bile – hukukun ve kurumsal yönetim pratiklerinin çoğu üzerinde uzlaşma kesin olarak bunu takip edecektir.

⁴⁸ Bkz Rafael La Porta et al., *Corporate Ownership Around the World*, 54 J. FnI. 471, 505 (1999) (büyük şirketlerin common-law sistemi dışındaki ülkelerde kontrol sahibi pay sahiplerini içermeye müsait olduğunu belirtmektedir).

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ
TÜRKİYE – AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIK HUKUKU
(1/80 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARI MD. 6 (1))
İLE İLGİLİ BİR YILLIK YASAL ÇALIŞMA SÜRELERİNİ
DOLDURAN TÜRK İŞÇİLERİNİN OTURMA İZİNLERİNİN
BU TARİHTEN SONRA GERİYE ETKİLİ OLARAK İPTAL
EDİLEMEYECEĞİNE İLİŞKİN UNAL KARARI**

Dava C-187/10 *Baris Unal v Staatssecretaris van Justitie*,
Karar Tarihi: 29 Eylül 2011.

Çeviren: *Emriye Özlem ŞEKER**

Divan Kararı (İkinci Daire)**

29 Eylül 2011***

(AET¹-Türkiye Ortaklık Anlaşması – 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı – Madde 6 (1), ilk kısmı – Türk vatandaşı – Oturma izni – Aile Birleşimi – Partnerlerin ayrılması – Oturma izninin iptali – Geriye yürür etki)

C-187/10 sayılı Davada,

ABİHA² md.³ 267 uyarınca (Hollanda) Danıştay (*Raad van State*) tarafından 13 Nisan 2010 tarihli karar ile yapılan ve Divan tarafından 16 Nisan 2010 tarihinde alınan ön karar başvurusu

Baris Unal ile **Staatssecretaris van Justitie** arasındaki uyuşmazlık ile ilgilidir.

* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı.
eoseker@ankara.edu.tr / eozlemseker@yahoo.com

** <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de96de454984c044a8bc3b8675ae434927.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNyTe0?text=&docid=110210&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=242711>

*** Davanın dili: Flemenkçe.

¹ AET: Avrupa Ekonomik Topluluğu

² ABİHA: Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma.

³ md.: madde.

DİVAN (İKİNCİ DAİRE)

Daire Başkanı J. N. Cunha Rodrigues (Raportör), ile Hâkimler A. Arabadjiev, A. Rosas, M. Lõhmus ve P. Lindh ile oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü : E. Sharpston,

Katip : A. Calot Escobar,

- Yazılı usulü göz önüne alarak:

- Avukat A. H. Hekman ve B. Mor-Yazir tarafından Bay Unal,

- Vekil sıfatıyla C. Wissels ve M. De Ree tarafından Hollanda Hükümeti,

- Vekil sıfatıyla G. Rozet ve M. Van Beek tarafından Avrupa Komisyonu

namına sunulan görüşleri değerlendirdikten sonra,

21 Temmuz 2011 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsünün Görüşü dinlendikten sonra,

Aşağıdaki kararı vermektedir.

Karar

1. Bu ön karar başvurusu, Ortaklık Konseyi'nin Ortaklığın Geliştirilmesine ilişkin 19 Eylül 1980 tarihli 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ("1/80 sayılı Karar") md. 6 (1)'in ilk kısmının yorumuna ilişkindir. Ortaklık Konseyi, Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye arasında, 12 Eylül 1963 tarihinde Ankara'da tarafları Türkiye Cumhuriyeti, AET üye devletleri ve Topluluk olan ve Topluluk adına 64/732/EEC sayılı ve 23 Aralık 1963 tarihli Konsey Kararı⁴ ile tamamlanan, uygun bulunan ve onaylanan Anlaşma ("Ortaklık Anlaşması") ile kurulmuştur.

2. Bu başvuru, Türk vatandaşı Bay Unal ile Adalet Bakanlığı (*Staatssecretaris van Justitie*; "Bakanlık") arasında geçen ve Bay Unal'ın ilk olarak belirli süreli oturma iznindeki kısıtlamaya karşı değişiklik başvurusunun reddi, ikinci olarak da iznin iptali hakkındaki Adalet Bakanlığı kararlarına ilişkin dava esnasında yapılmıştır.

⁴ Resmi Gazete 1973 C 113 s. 1.

Hukuki çerçeve

Avrupa Birliği mevzuatı

Ortaklık Anlaşması

3. Ortaklık Anlaşması madde 2 (1)'e göre Ortaklık Anlaşması'nın amacı, işgücü ile ilgili olarak işçiler için dolaşım serbestisinin tedrici olarak sağlanması ve yerleşme serbestisi ile hizmet sunumu serbestisi üzerindeki kısıtlamaların kaldırılmasını içerir şekilde Türk halkının yaşama şartlarının yükseltilmesi ve Türkiye'nin daha sonraki bir tarihte Topluluğa katılımını kolaylaştırma açısından taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektedir.

4. 1/80 sayılı Karar md. 6 (1), şu şekildedir:

“Aile bireylerinin serbestçe işe girmelerine ilişkin 7'nci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir üye devletin işgücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunan bir Türk işçisi:

- O üye devlette bir yıllık yasal çalışmadan sonra, eğer iş mevcut ise, aynı işverenin yanında çalışma iznini yenileme hakkına sahiptir;

- O üye devlette, üç yıllık yasal işten sonra ve Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla, dilediği bir işveren yanında, ancak aynı meslek için, o üye devletin iş bulma kurumlarına kayıtlı ve normal şartlarda yapılmış bir iş teklifine başvurma hakkına sahiptir;

- O üye devlette, dört yıllık yasal çalışmadan sonra, dilediği bütün ücretli işlere serbestçe girme hakkına sahiptir.”

5. 1/80 sayılı Karar md. 7'nin birinci paragrafının ilk kısmı uyarınca, bir üye devletin işgücü piyasasına yasal olarak dahil bulunan bir Türk işçisinin onunla birlikte oturma hakkına sahip bulunan aile bireyleri, o üye devlette üç yıl ikamet ettikten sonra –Topluluk üye devletleri işçilerine tanınan öncelik saklı kalmak kaydıyla– her türlü işe başvurma hakkına sahiptir.

Ulusal mevzuat

6. Yabancı Uyruklular Kanununun kapsamlı olarak gözden geçirilmesine ilişkin 23 Kasım 2000 tarihli Kanun (*Wet tot algehele herziening van de Vreemdeligenwet, Stb. 2000, No 495; “Vw 2000”*) md. 8 (a)'ya göre; Kanun md. 14 uyarınca düzenlenmiş belirli süreli oturma iznine sahip yabancı uyruklular, Hollanda'da oturma hakkına sahiptir.

7. Vw 2000 md. 14 (2), şu şekildedir:

“Belirli süreli oturma izni verilme amacı ile sınırlı olarak düzenlenecektir. Diğer şartlar izne eklenebilir...”

8. İlgili Kanun md. 16 (1) (g)'ye göre Hollanda makamları, başvuranın Hollanda'da oturma izni talep etme amacına ilişkin sınırlamaya uyulmaması halinde belirli süreli oturma izni başvurularını reddedebilir.

9. Vw 2000 md. 16a (1), belirli süreli oturma izninde değişiklik yapma başvurusunun ilgili Kanun md. 16 (1) (b) ile (g) arasında sayılan gerekçelerle reddedilebileceğini düzenlemektedir.

10. Vw 2000 md. 18 (1), şu şekildedir:

“Madde 14'te düzenlenen belirli süreli oturma izninin geçerlilik süresinin uzatılmasına ilişkin başvuru:

...

(f) yabancı uyruklu kişinin verilen oturma izninin tâbi tutulduğu bir kısıtlamaya veya bu izne eklenen bir koşula uymaması halinde;

...

reddedilebilir.”

11. Vw 2000 md. 19 uyarınca belirli süreli oturma izni, ilgili Kanun md. 18 (1) (f)'de düzenlenen gerekçeye dayanılarak iptal edilebilir.

12. Yabancı Uyruklulara İlişkin 2000 tarihli Kararname (*Vreemdelingenbesluit 2000, Stb. 2000, No 497; “Vb 2000”*), md. 3.51 (1) şu şekildedir:

“Madde 14 (*Vw 2000*) kapsamında verilen belirli süreli oturma izni, devam

eden oturuma ilişkin sınırlamalara tabidir ve Hollanda'da üç yıl süreyle oturum izni ile yaşamış yabancı uyruklu kişilere aşağıdaki durumlarda verilir:

Sürekli oturum iznine sahip bir kişiyle aile birleşimi veya aile kurulması;
...”

13. Vb 2000 md. 3.51 (2)'ye göre; esas oturma izninin geçerlilik süresinin uzatılmasına ilişkin koşullara uygunluk halinde md. 3.51 (1)'de belirtilen dönem içerisinde oturma izni düzenlenebilir.

14. Vb 2000 md. 4.43 (1), şu şekildedir:

“Madde 8 (a) (*Vw 2000*)'ya göre hukuki oturma hakkı sahibi ve oturma izninin tabi olduğu kısıtlamaya uygunluğu sona eren yabancı uyruklular, konuyu derhal oturdıkları belediyenin bölgesel polis teşkilatının başkanına bildirmelidir.”

Esas davadaki uyumsuzluk ve ön karar için gönderilen soru

15. Bay Unal, 24 Şubat 2004 tarihinde geçici oturma izni belgesi ile Hollanda'ya giriş yapmıştır. 2 Eylül 2004'te, 29 Mart 2004 tarihinden itibaren geçerli ve “partneri, A. M. De Sousa van der Molen” ile birlikte oturması amacıyla Bay Unal adına belirli süreli oturma izni düzenlenmiştir. Bu oturma izni, ayrıca “serbestçe çalışabilir, çalışma izni gerekmez.” kaydını içermektedir.

16. Bay Unal, Bayan van der Molen'in 't Zandt (Hollanda) Belediyesindeki evinde yaşamaya gitmiştir.

17. Bay Unal'ın oturma izninin geçerlilik süresi, 26 Temmuz 2005'te 21 Nisan 2006'ya kadar, 4 Mayıs 2006'da 1 Mart 2009'a kadar uzatılmıştır. Yeni izinler de, partneri ile oturma şartı ve “serbestçe çalışabilir; çalışma izni gerekmez.” kaydını içermeye devam etmiştir.

18. Bay Unal, 8 Mayıs 2006 tarihinde yerleşim yeri olan 't Zandt'a 150 kilometre uzaklıktaki Nunspeet'te (Hollanda) bulunan bir işletmede üretim işçisi olarak geçici iş sözleşmesi ilişkisine girmiştir. 21 Kasım 2007 tarihinde, 21 Kasım 2008 tarihine kadar geçerli olacak yeni bir sözleşmesi, aynı geçici iş temsilciliği ile akdedilmiştir. Bay Unal, bu sözleşmeye dayanarak Nunspeet'teki işletmede çalışmaya devam etmiştir.

19. Bay Unal, 4 Haziran 2007 tarihinde oturma iznindeki “partneri A. M. De Sousa van der Moulen ile oturmak amacıyla” şeklindeki sınırlandırmanın “sürekli oturma” olarak değiştirilmesi için başvurmuştur.

20. Bakanlık, 28 Aralık 2007 tarihinde Bay Unal’ın 2 Nisan 2007 itibariyle kendisi hakkında düzenlenen belirli süreli oturma iznindeki kısıtlamalara ilişkin şartlara uymaması sebebiyle bu başvuruyu reddetmiştir. Bakanlık, Bay Unal’ın 2 Nisan 2007 tarihinde Leystad’ta (Hollanda) bir apartmana yerleşirken Bayan van der Molen’in ‘t Zandt Belediyesi’nde kayıtlı olmaya devam etmesi sebebiyle Bay Unal ve Bayan van der Molen arasındaki ilişkinin bu tarihte sonlandığı yönünde görüş açıklamıştır.

21. Bakanlık, daha sonra 7 Şubat 2008 tarihinde aldığı kararda, Bay Unal’ın 2 Nisan 2007 tarihi itibariyle aynı işveren için bir yıldan az süredir yasal olarak çalıştığından hareketle, 1/80 sayılı Karara dayanarak oturma iznini yeniletme hakkına sahip olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle, Bay Unal’ın oturma izni, geçmişe etkili olacak şekilde 2 Nisan 2007 tarihinden itibaren geri alınmıştır.

22. Bakanlık, 31 Temmuz 2008 tarihli kararı ile Bay Unal’ın 28 Aralık 2007 ve 7 Şubat 2008 tarihli kararlara karşı yaptığı itirazları reddetmiştir. Bakanlık, ilaveten, Bay Unal’ın önceki partneri ile birlikte Lelystad’ta birlikte yaşadığı ve Bayan van der Molen’in ‘t Zandt’taki apartmanını Lelystad’ı beğenmeme ihtimaline karşı tuttuğu yönündeki ifadesini objektif kanıtlanabilir delillere dayanmaması nedeniyle reddetmiştir. Bay Unal tarafından sunulan ve önceki partneri tarafından hazırlanmış tarafların ilişkisinin sonraki bir tarihte bittiğini teyit eden yazılı açıklama, yeterli delil olarak değerlendirilmemiştir.

23. Lahey Bölge Mahkemesi (Rechtbank ‘s-Gravenhage), 6 Temmuz 2009 tarihli kararı ile Bay Unal’ın itirazının reddine karşı açtığı davayı temelsiz bulmuştur. Bunun üzerine Bay Unal, karara karşı Danıştay’a (Raad van State) temyiz başvurusunda bulunmuştur.

24. Danıştay, Dava C-337/07 Altun [2008] ECR I-10323 kararını temel alarak esas davadaki vakayı karara bağlayabilip bağlayamayacağından emin olmadığını belirtmiştir. Bu karar uyarınca oturma izninin geri alımı, 1/80 sayılı Karar md. 7’nin birinci paragrafının ilk kısmının uygulanması bakımından, işçinin aile

üyesinin oturma hakkı yönünden –eğer geri alım gününde bu aile üyeleri söz konusu oturma hakkını hâlihazırda elde etmişse– herhangi bir etki doğurmaz. Herhangi başka bir yorum, hukuki belirlilik ilkesine aykırı olacaktır.

25. Danıştay, bu içtihadın Türk işçinin oturma izninin geriye yürür etki ile geri alınmasının sonuçlarına da uygulanıp uygulanmayacağından –mevcut davada ilgili kişinin hileli davranışının da olmadığını göz önüne alınca– emin olamamıştır.

26. Bu koşullar altında, Danıştay (Raad van State), davayı durdurarak, Divana ön karar için şu soruyu göndermeye karar vermiştir:

“1/80 sayılı Karar madde 6 (1)'in ilk kısmı..., hukuki belirlilik ilkesi göz önünde tutularak, hileli davranışın bulunmadığı bir durumda, yetkili ulusal otoritelerin, yukarıda belirtilen madde 6 (1)'in birinci kısmında düzenlenen bir yıllık süre dolduktan sonra, Türk işçinin oturma iznini, ulusal hukuka göre oturma izninin düzenlenme sebebine uygunluğun mevcut olmamasına dayanarak, uygunluğun sağlanmadığı tarihten itibaren geçmişe etkili olacak şekilde geri almasının önüne geçer mi?”

Ön karar için gönderilen soru

27. Başvurucu mahkemenin sorusu, esas olarak, şu şekildedir: 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı md. 6 (1)'in ilk kısmı, yetkili ulusal otoritelerin Türk işçinin oturma iznini, işçinin hileli davranışının söz konusu olmadığı ve yukarıda belirtilen md. 6 (1)'in ilk kısmında düzenlenmiş bir yıllık yasal çalışma süresinin dolmasından sonra, oturma izninin ulusal hukuka göre dayandığı sebebin mevcut olmadığı andan itibaren geriye etkili olarak geri almasının önüne geçer şekilde mi yorumlanacaktır?

28. 1/80 sayılı Karar md. 6 (1) ile Türk işçilere tanınan haklar tedrici bir biçimde yasal ücretli çalışma süreleri ile orantılı olarak genişletilmiştir ve bu kişilerin ev sahibi üye devletlerdeki durumunu tedrici olarak pekiştirmeyi amaçlamaktadır (Diğerlerinin yanında bkz. Dava C-230/03 *Sedef* [2006] ECR I-157, paragraf 34).

29. 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'den açık olarak anlaşılabilceğı üzere Türk

işçiler, bir yıllık yasal çalışmadan sonra aynı işveren yanında çalışmaya devam etme hakkına sahiptir.

30. Divan'ın içtihadına göre bu hakkın etkin kullanımı, ilgili kişilerin oturma hakkını da içermesini gerekli kılmaktadır (Diğerlerinin yanında bkz. Dava C-383/03 *Dogan* [2005] ECR I-6237, paragraf 14).

31. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı md. 6 (1)'in ilk kısmı kapsamında Türk işçilerin ev sahibi üye devlette çalışmasının yasallığı, o üye devletin işgücünün bir üyesi olarak istikrarlı ve güvenli bir durumu gerektirir ve bundan dolayı, ihtilafsız bir oturma hakkını dolaylı olarak gerektirir (Dava C-237/9 *Kus* [1992] ECR I-6781, paragraf 22 ve *Altun*, paragraf 53).

32. Esas dava yönünden 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmında düzenlenen bir yıllık çalışma süresinin başlangıcının Bay Unal'ın çalışmaya başlama tarihi olan 8 Mayıs 2006 olduğu konusunda taraflar hemfikirdir. Bakanlığın oturma iznindeki “partneri *A. M. De Sousa van der Moulén* ile oturma amacıyla” sınırlandırmasının değiştirilmesi talebini reddeden kararı ise, 28 Aralık 2007'de, başka bir ifadeyle, Bay Unal aynı işveren yanında çalışmaya başladıktan bir buçuk yılın üzerinde bir süre geçtikten sonra verilmiştir. Bununla birlikte, ret kararı, Bay Unal ile Bayan *van der Molen*'in ilişkisinin 2 Nisan 2007 tarihinde bitmesi dolayısıyla, Bay Unal'ın bu tarih itibariyle adına düzenlenen oturma izninin şartlarına uymadığına dayanmaktadır.

33. Bu nedenle, Bay Unal'ın oturma iznini iptal eden 28 Aralık 2007 ve 7 Şubat 2008 tarihli kararların ikisi de, 2 Nisan 2007'den itibaren, dolayısıyla da Bay Unal Hollanda'da bir yıllık yasal çalışma süresini doldurmadan önce olacak şekilde geriye etkilidir.

34. Hollanda Hükümeti, Bay Unal'ın 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmından kaynaklanan haklardan faydalanmaya ehil olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.

35. Hükümete göre, eğer Türk işçi yasal çalışma süresinin ilk yılı içerisinde adına düzenlenen oturma izninin şartlarına uymamaya başlarsa; oturma hakkının çekişmesiz olma özelliği sona erer. Dolayısıyla, uymama tarihinden itibaren iş-

leyen tamamlanmış çalışma süreleri, 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmında düzenlenen hakların kazanılması bakımından değerlendirmeye alınamaz. Bay Unal, belirtildiği gibi, bu nedenle Divan içtihadı açısından bir yıllık yasal çalışma şartına uymamaktadır.

36. Bu görüş kabul edilemez.

37. Unutmamak gerekir ki, *Kus* kararını oluşturan davada Divan, bir üye devletin vatandaşı ile evlenmek amacıyla oturma izni alan ve orada yasal oturma izni ile aynı işveren yanında bir yıldan fazla süre çalışmış Türk vatandaşının, başvuru tarihinde evliliğinin sona ermesine karşın, 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmına dayanarak çalışma iznini yenileme hakkı olup olmadığı hakkında karar vermeye çağırılmıştır.

38. Bu kararda Divan, ilk olarak 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmına göre Türk işçilerin aynı işveren yanında çalışma izninin yenilemesi hakkına sahip olabilmesi için sadece yasal olarak bir sene çalışması gerektiğini; zira söz konusu hükmün ilgili hakkı, giriş ve oturma hakkının elde edilmesi şartları da dahil, başka herhangi bir koşula tabi tutmadığını belirtmiştir (*Kus*, paragraf 21).

39. Divan, bu bulguya dayanarak, bir Türk işçinin geçerli bir çalışma iznine dayanan bir yıllık çalışmasından sonra, önceki oturma izni ücretli çalışma amacı dışında bir sebebe dayanılarak düzenlenmiş olsa da, 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmında düzenlenen koşulu sağlamış sayılacağına karar vermiştir (*Kus*, paragraf 23).

40. Bu nedenle Bay Unal'ın 8 Mayıs 2006 – 7 Mayıs 2007 tarihleri arasında tamamladığı çalışma döneminin, Bay Unal ile Bayan *van der Molen* arasındaki ilişkinin görünüşte 2 Nisan 2007'de bitmesine rağmen, onun 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmı anlamında bir yıllık yasal çalışma koşulunu sağladığı çıkarımına izin verip vermediğini belirlemek gerekir.

41. Şu anki Avrupa Birliği Hukukuna göre, 1/80 sayılı Karar, Türk vatandaşlarının üye devlet ülkesine giriş ve ilk işe girme haklarını reddetme konusunda üye devletlerin yetkilerine dokunmamaktadır. Bu karar, ayrıca bu üye devletlerin bu kişilerin 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmında düzenlenmiş bir

yıla kadar çalışmalarının şartlarını belirlemesini, kural olarak, önlememektedir (bkz. Dava C-36/96 *Günaydın* [1997] ECR I-5143, paragraf 36).

42. Bununla birlikte, 1/80 sayılı Karar md. 6 (1), bir üye devletin, ülkesine giriş izni verdiği ve aynı işveren ile bir yıldan uzun süren devamlı bir dönem için gerçek ve etkili bir ekonomik etkinliği yasal olarak sürdüren bir işçinin bu hükümün üç kısmının onun istihdam süresine göre tedrici olarak ona tanıdığı hakları inkar etmek suretiyle, Türk işçilerin tedrici bir biçimde ev sahibi üye devletin işgücüne katılması sisteminin kapsamını tek taraflı olarak değiştirebileceği şeklinde yorumlanamaz (bkz. Dava C-1/97 *Birden* [1998] ECR I-7747, paragraf 37).

43. Bu tür bir yorum, 1/80 sayılı Kararı anlamsız kılacak ve her türlü pratik etkiden yoksun bırakacaktır (bkz. Dava C-188/00 *Kurz* [2002] ECR I-10691, paragraf 55).

44. 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in lafzı, ilgili madde ile Türk işçilerine doğrudan verilen hakların üye ülkelerce sınırlandırılmasına izin verilmemesi konusunda genel ve koşulsuzdur (Diğerlerinin yanında bkz. *Birden*, paragraf 38).

45. Bu kapsamda Divan önceki kararlarında, bir Türk vatandaşının mahkûmiyetine de sebep olan hileli davranışı sonucu elde ettiği oturma iznine binaen çalıştığı dönemin istikrarlı bir duruma dayanmadığına ve bu tür bir çalışmanın, ilgili kişinin söz konusu dönemde hukuka uygun olarak oturma iznine hak kazanmadığı göz önüne alınınca, güvenli olarak addedilemeyeceğine hükmetmiştir (Diğerlerinin yanında bkz. Dava C-285/95 *Kol* [1997] ECR I-3069, paragraf 27 ve Dava C-37/98 *Savas* [2000] ECR I-2927, paragraf 61).

46. Benzer şekilde, devam eden oturma izni işlemlerinin tamamlanması sebebi ile ulusal mevzuat gereği kendisine ilgili ülke tarafından verilen geçici oturma iznine sahip olan ve bu oturma hakkına dayanarak çalışan Türk işçisi, ev sahibi üye devlette yasal çalışma koşulunu yerine getirmez (Bu hususta bkz. Dava C-192/89 *Sevince* [1990] ECR I-3461, paragraf 31, ve *Kus*, paragraf 18).

47. Bu kararın 45 ve 46. paragraflarına göre açıktır ki; Türk vatandaşının mahkûmiyetine de sebep olan hileli davranışı sonucu elde ettiği oturma iznine veya sadece oturma izni başvurusu hakkında son karar verilene kadar geçerli

olan geçici oturma iznine dayanarak çalışması, 1/80 sayılı Karar md. 6 (1) gereği o vatandaş lehine herhangi bir hak doğurmaz.

48. Bununla birlikte, esas dava bakımından, ön karar başvurusundan ve gönderilen sorunun lafzından açıktır ki, davada Bay Unal'ın hileli davranışı söz konusu değildir.

49. Dahası, Bay Unal, Hollanda'da, geçici oturma izni değil, kendisine serbestçe çalışma hakkı veren oturma iznine sahiptir. Taraflar, Bay Unal'ın ev sahibi üye devletin ülkesine girişı ve ilgili çalışması bakımından o devletin belirlediği kanun ve düzenlemelere uygun davrandığı konusunda hemfikirdir.

50. Bu koşullar altında ve Hukuk Sözcüsünün Görüşününün 52. noktasında da belirtildiği gibi, Bay Unal'ın Hollanda'da bir yıldan fazla bir süre yasal olarak çalıştığını kabul etmemek, Divan içtihadı ile getirilmiş kazanılmış haklara saygı genel ilkesine aykırı olacaktır. Bu ilkeye göre, Türk vatandaşının yasalara uygun olarak 1/80 sayılı Karar'da düzenlenen haklara dayanması halinde, bu haklar onları meydana getiren koşulların devamına bağlı değildir; zira bu tür bir şarta ilgili Kararda yer verilmemiştir (bkz. Dava C-303/08 *Bozkurt* [2010] ECR I-0000, paragraf 41).

51. Bu bulgu, ayrıca, Divanın *Altun* kararı ile ortaya koyduğu içtihat hukuku ile de desteklenmektedir. Bu kararında Divan, Türk işçisinin 1/80 sayılı Karar dolayısıyla sahip olduğu haklar ile bu Karar md. 7 temelinde onunla birlikte yaşamasına izin verilen aile üyelerinin hakları arasındaki ilişki göz önüne alınınca, o işçinin hileli davranışının aile üyelerinin hukuki haklarını etkileyebileceğine karar vermiştir. Bununla birlikte, Divan, bu etkilerin ev sahibi üye devletin ulusal otoritelerinin o işçinin oturma iznini geri alma kararını kabul ettiği tarihe göre belirleneceğini ifade etmiştir (*Altun*, 56 ve 57. paragraflar). Bahsedilen kararın 59. paragrafına göre açıktır ki, yetkili otoriteler, öyleyse, o aile üyelerinin o tarihte ev sahibi üye devletin istihdam pazarına erişime yönelik özerk bir hakkı ve bunun tamamlayıcısı olarak, orada oturma hakkını elde edip etmediğini belirlemekle yükümlüdür. Divan, kararın 60. paragrafında aksi bir çözümün hukuki belirlilik ilkesine aykırı olacağını eklemiştir.

52. Sonuç olarak, esas davanın temyiz edeninin oturma iznini elde ettikten

sonra tamamladığı çalışma süresinin, 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmı kapsamında bir yıllık çalışma süresi koşulunu sağladığı kabul edilmelidir.

53. Buraya kadar belirtilenler ışığında, 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmı, yetkili ulusal otoritelerin, işçinin hileli davranışı söz konusu değilse ve 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmında düzenlenmiş bir yıllık yasal çalışma süresi dolmuşsa, Türk işçinin oturma iznini ulusal hukuka göre dayandığı sebebin mevcut olmadığı andan itibaren geriye etkili olarak geri almasının önüne geçer şekilde yorumlanacaktır.

Masraflar

54. Buradaki muameleler, esas davanın tarafları açısından ulusal mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan; masraflar hakkındaki karar ulusal mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan masraflar, bahsi geçen tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu sebepler ışığında Divan (İkinci Daire) şu şekilde karar vermektedir.

Türkiye ile Avrupa ekonomik Topluluğu arasında Ortaklık kuran Anlaşma uyarınca 19 Eylül 1980 tarih ve 1/80 sayılı Karar madde 6 (1)'in ilk kısmı, yetkili ulusal otoritelerin, işçinin hileli davranışı söz konusu değilse ve 1/80 sayılı Karar md. 6 (1)'in ilk kısmında düzenlenmiş bir yıllık yasal çalışma süresi dolmuşsa, Türk işçinin oturma iznini ulusal hukuka göre dayandığı sebebin mevcut olmadığı andan itibaren geriye etkili olarak geri almasının önüne geçer şekilde yorumlanacaktır.

[İmzalar]

(ABD HUKUKUNDA)

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ, HAKARET VE YASAKLAMA KARARLARI*

Prof. David S. ARDIA**

Çeviren: Hacı Ali AÇIKGÜL***

GİRİŞ¹

Hakaret davalarında davacının yasaklama kararı² alma hakkı olmadığı, yalnızca parasal hakkı olduğu, Anglo-Amerikan Hukukunun uzun süredir kabul ettiği bir ilkedir.³ Aslında bu, “hakkaniyet, hakareti engelleyemez” şeklinde tek-

* Bu makalenin İngilizcesi “Freedom of Speech, Defamation, and Injunctions” başlığıyla yazarın SSRN sayfasında yayımlanmış olup, aslına http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307744 linkinden ulaşılabilir. Makale ayrıca 55 William & Mary Law Review 1 (2013) ile UNC Legal Studies Research Paper No. 2307744’de yayımlanmıştır. Makale, TÜBİTAK tarafından doktora öğrencileri için sağlanan araştırma bursuyla Houston Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yürütülen araştırması sırasında, Hacı Ali AÇIKGÜL tarafından Türkçe’ye çevirilmiştir. Çeviri yazarın izniyle yayımlanmıştır.

** Prof David S. ARDIA, North Carolina Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi, North Carolina Üniversitesi Medya Hukuku ve Politikası Merkezi Eş Direktörü ve Harvard Üniversitesi Berkman İnternet ve Toplum Merkezi üyesi.

*** Adalet Bakanlığı UHDİGM İnsan Hakları Daire Başkan Yardımcısı.

¹ Amerikan Hukuku ile Türk Hukuku arasındaki sistematik farklar, kurumsal düzenlemelerde kendisini daha çok belli ettiğinden, hukuk sistemimizde kullanılan terimler, çoğunlukla Amerikan Hukukunda birebir karşılığını bulmamaktadır. Bu durumda ayrıca İngilizcenin, her farklı durum için farklı bir kelime tercih etmesinin de bir etkisi vardır. Çeviri yaparken Amerikan sisteminin mümkün olduğunca anlaşılabilirliği açısından kullanılan hukuki terimlerin hukukumuzdaki tam veya yakın karşılıklarını tespit etmek amacıyla Black’s Law Dictionary, (9th Edition, West Publishing) ve Dictionary of Law (4th Edition Bloomsbury Reference Publishing) kaynaklarından özellikle faydalanılmıştır. Buna rağmen hata yapılması muhtemel olup, tespit edilen hataların bildirilmesi halinde müteşekkireceğimizi şimdiden belirtmek isterim. (ç.n.)

² Injunction kelimesi İngilizce’de kesin emir, ihtiyati tedbir, ihtar gibi anlamlara gelmektedir. Hukukun ise mahkeme tarafından gerek yargılamadan önce veya yargılama sırasında verilen ihtiyati tedbir kararlarını, gerek se de hükümle birlikte verilen tedbir kararları ile bir şeyin yapılmasından men veya icrasını emir gibi hükümleri kapsamaktadır. Bu nedenle tercüme de, konuyla da bağlantılı olarak, injunction kelimesi, yasaklama kararı olarak çevirilmiştir. (ç.n.)

³ *Bk., örn.,* Konigsberg v. Time, Inc., 288 F. Supp. 989, 989 (S.D.N.Y. 1968) (“Ne kadar hakaret içerirse içersin, herhangi bir yayını engellemek First Amendment’te ... ve hakkaniyet ilkelerinin tarihsel kurallarına aykırılık teşkil eder. (internal citations omitted); Kuhn v. Warner Bros. Pictures, 29 F. Supp. 800, 801 (S.D.N.Y. 1939) (“Eyaletimiz mahkemeleri ve federal mahkemelerdeki kararlar, hakaret içeren bir yayının engellenmesi veya durdurulmasının söz konusu olmayacağına ilişkin açık bir hukuki ilke kararı oluşturmuştur.”); Brandreth v. Lance,

rarlayan bir basmakalıp ifadedir.⁴ Bu ifade, hakaret ve diğer türlü ifadelere yönelik yasaklama kararlarının, anayasaya aykırı, yayımlanmadan önce engelleme olduğu şeklindeki, First Amendment⁵ içtihatlarındaki en güçlü varsayımlardan birine dayanmaktadır.⁶ Fakat bu, en azından bundan sonra doğru olmayabilir.

Geçtiğimiz 10 yıllık süre boyunca İnternet, hakaret davalarında mevcut olan, hukuk yollarının yeterliliği prensibine giderek artan bir dikkat atfetmiştir.⁷ Dijital yayıncılık bu denli yaygın olmadan önce, Birleşik Devletlerde çoğu hakaret davası kitlesel medya hakkındaki iddiaları içermekteydi. Bu davahılar, yüksek miktarlı tazminat tehditlerine karşı en azından teoride son derece duyarlıydılar

8 Paige Ch. 24, 26 (N.Y. Ch. 1839) (mahkeme basın özgürlüğünü engellemeksizin ve özgür devlet ilkesiyle uyumlu mahkeme anlayışına güveni sarsmadan engelleyici adaletin gücünü uygulamaya koymaya kalkışmaksızın bir yasaklama kararı veremez); Prudential Assurance Co. v. Knott, (1875) 10 Ch.App. 142 at 145 (Eng.) (bu uygulamayı gerçekleştirecek yetkili bir otorite olmadığı gibi, kitaplar da sürekli bir şekilde bu alanda yargı yetkisinin kullanımının reddilmesi gerektiğini belirtmektedirler, gerekçesiyle yasaklama kararı talebini reddetmiştir.). Birleşik Krallıktaki mahkemeler 19. Yüzyılın sonundan itibaren bu kuraldan ayrılmaya başladılar. Bk. Stephen A. Siegel, *Injunctions for Defamation, Juries, and the Clarifying Lens of 1868*, 56 BUFF. L. REV. 655, 708 (2008) (1878 de İngilterenin yasaklama kararı olmaması kuralını yumuşatmaya başlattığını ve yüzyılın sonunda da bu kuralı terk ettiğini not etmiştir.).

⁴ 2 RODNEY A. SMOLLA, LAW OF DEFAMATION § 9:85 (2d ed. 2012) (“Hakkaniyet hakareti engelleyemez” şeklinde geleneksel bir vecize vardır.); bk. also 2 ROBERT D. SACK, SACK ON DEFAMATION: LIBEL, SLANDER, AND RELATED PROBLEMS § 10:6.1 (4th ed. 2010) (“uzun süredir hakaret davalarıyla birlikte yaşayan bir kural vardır ki, mahkeme hakareti engelleyemez. Bu kuralın kesinliği hayati önem arz eder.); BRUCE W. SANFORD, LIBEL AND PRIVACY § 13.3.3A (2d ed. Supp. 2006) (Anayasa hukukunun yayımlanmadan önce engellemeye ilişkin antipatisi nedeniyle, mahkemeler söz konusu yasaklama tedbirlerini nadiren dikkate almaktadırlar.).

⁵ Temel haklar ve özgürlükler, Anayasanın kabulünden sonra eklenen ve Amendment olarak bilinen ek maddelerle Amerikan Anayasasına girmiştir. Bunlar ayrıca temel haklar bildirgesi olarak da bilinmektedir. En önemli temel haklardan 10 tanesi 1791’de Amerikan Anayasasına eklenmiş olup, ifade ve din özgürlüğüne ilişkin madde, First Amendment olarak bilinmektedir. Bugün itibariyle Amerikan Anayasasında 27 Amendment bulunmaktadır. Amerikan Hukukunda ifade ve din özgürlüğüne ilişkin çalışmalarda First Amendment, anayasal bir dayanak olarak kullanıldığından, aslına uygun olarak bu terim orijinal haliyle kullanılmış ve Türkçeye çevrilmemiştir. (ç.n.)

⁶ Bkz. aşağıdaki Bölüm II.B.

⁷ Hakaret hem yazılı veya yazılı ifadeye benzeyen şekilde iletilmiş hakaretamiz ifadeleri, hem de sözlü veya fiziksel olarak korunması söz konusu olmayan veya geniş bir şekilde yayımlanan ifadeleri içermektedir. Bk. SACK, supra note 2, at xliii, §§ 2:4.1-2. bu her iki tür hakaret arasındaki fark, bu makaladaki analizin konusuyla ilgili değildir. Bu nedenle bu makalede genel terim olarak hakaret kullanılmaktadır. (İngilizcede genel olarak yazılı hakaret “libel”, sözlü hakaret ise “slander” kelimesiyle ifade edilmekte olup, yazar bu makale açısından bu ayrımı önemli olmadığına işaret etmektedir. ç. n.)

ve ayrıca doğru habercilik için kendi şöhretlerini devam ettirebilmek açısından, profesyonel ve mali yararlarına sahiptiler. Bugün ise hakaret davalarında davalılar çoğunlukla, blogçular ya da Facebook ve Twitter gibi sosyal medya kullanıcıları olmaya eğilimlidir. Bu tür yeni ortaya çıkmış davalılar için, parasal tazminat tehdidi, onların internet üzerindeyken sergiledikleri davranışları üzerinde aynı sınırlayıcı etkiyi göstermemektedir.

Hakaret içeren gerçek dışı beyanlardan dolayı meydana gelen kişisel itibarın zarar görme durumunu hâkimlerin engelleyemeyeceğine ve sadece zarar gerçekleştikten sonra parasal tazminata hükmedebileceklerine ilişkin, sözde “yasaklama olmaması kuralı”, şaşırtıcı olmayan bir şekilde önemli eleştiriler almaktadır. Profesör Douglas Laycock’un gözlemlediği gibi, söz konusu kural, “ne avukat ne de ekonomist olmayan insanlar tarafından absürt olarak algılanan” bir kuraldır.⁸ Hatta çoğu avukata göre bile, yasaklama kararı olmaması kuralı genellikle mantıksız görülmektedir.⁹

Yüksek Mahkemenin yasaklamanın, hakaret davalarında başvurulabilecek bir hukuk yolu olduğuna ilişkin bir karar vermemesine rağmen, geçtiğimiz on yıl içerisinde, özellikle internetteki ifadelere ilişkin olmak üzere, hakaret içeren beyanlara karşı yöneltilen yasaklama taleplerinde büyük bir artış görülmüştür.¹⁰ Bu artışa rağmen, mahkemeler uzun süredir hâkim olan hakkaniyet ilkelerine tutarlı kalmışlar ve First Amendment uyarınca yasaklama kararı verilebilme nedenlerini açıkça belirtmemişlerdir. Sonuç olarak hakaret davalarında yasaklama kararlarının - uygun kapsamda - verilip verilemeyeceği hususunda birçok hâkimin

⁸ DOUGLAS LAYCOCK, THE DEATH OF THE IRREPARABLE INJURY RULE viii (1991). Bu bakış açısı tamamiyle şaşırtıcı değildir çünkü çoğu ifade özgürlüğü doktrini normal insanları irrasyonel olarak kabul etmektedir. İfade özgürlüğü normal vatandaşa doğal gelmemekte, fakat bunlar tarafından öğrenilmesi gerekmektedir. THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 12 (1970).

⁹ *Bk., örn., LAYCOCK, supra note 5, at 164-65; William O. Bertlesman, Injunctions Against Speech and Writing: A Re-Evaluation, 59 KY. L.J. 319, 323 (1971); George E. Frasier, An Alternative to the General-Damage Award for Defamation, 20 STAN. L. REV. 504, 508-09 (1968); Estella Gold, Does Equity Still Lack Jurisdiction to Enjoin a Libel or Slander?, 48 BROOK. L. REV. 231, 262-63 (1982); Joseph R. Long, Equitable Jurisdiction to Protect Personal Rights, 33 YALE L.J. 115, 118-21 (1923); Roscoe Pound, Equitable Relief Against Defamation and Injuries to Personality, 29 HARV. L. REV. 640, 648 (1916).*

¹⁰ Bakınız aşağıdaki Bölüm III.

kafası karışmıştır. Birçok davada hâkimler şaşılacak derecede geniş kapsamlı ihtiyati tedbir kararı vermişlerdir. Davacının isminin bir daha asla belirtilmesine hükmedilmesi¹¹ veya sadece bir sayfanın hakaret içermesi nedeniyle internet sayfasının tamamen kaldırılması¹² bunlara örnek olarak verilebilir. Bu tür yasaklama kararları First Amendment'e dayalı olan yayınlanmadan önce sınırlandırma doktrini uyarınca çok açık problem oluşturmaktadır. Bununla birlikte bu hâkimlerin, yasaklama kararının, haksız fiil davacısı açısından, sadece diğer bir hukuk yolu olduğu bakış açısıyla, verdikleri hükümlerin anayasal sonuçlarına kayıtsız oldukları görülmektedir.

Profesör Eugene Volokh'un geçenlerde yorumladığı gibi, hakaret davalarında yasaklama kararı verme imkânı olup olmadığına ilişkin belirsizlik, günümüzde First Amendment hukukundaki en önemli hususlardan birisidir.¹³ Buna rağmen bu hususun hukukçu bilimadamlarının dikkatini kayda değer bir şekilde çekmediği de bir gerçektir.¹⁴

¹¹ *Bk., örn.*, Baker v. Haiti-Observateur Group, No. 12-CV-23300-UU (S.D. Fla. Feb. 6, 2013) (order granting permanent injunction), *vacated*, Baker v. Joseph, No. 12-CV-23300-UU, 2013 WL 1458665 (S.D. Fla. Apr. 9, 2013); Eppley v. Iacovelli, No. 1:09-CV-386-SEB-JMS, 2009 WL 1035265 (S.D. Ind. Apr. 17, 2009) (entry granting preliminary injunction); Cochran v. Tory, No. BC239405, 2002 WL 33966354 (Cal. Super. Ct. Apr. 24, 2002) (granting permanent injunction), *vacated*, 544 U.S. 734 (2005); Apex Tech. Grp., Inc. v. Doe, No. MID-L- 7878-09 (N.J. Super. Ct. Law Div. Dec. 23, 2009) (order granting preliminary injunction).

¹² *Bk., örn.*, Bluemile, Inc. v. Yourcolo, LLC, No. 2:11-CV-497, 2011 U.S. Dist. LEXIS 62178, at *5 (S.D. Ohio June 10, 2011); *In re Davis*, 334 B.R. 874, 889 (Bankr. W.D. Ky. 2005), *rev'd in part*, 347 B.R. 607 (W.D. Ky. 2006); *Burfoot v. May4thCounts.com*, No. CL10-2735 (Va. Cir. Ct. Apr. 21, 2010), *withdrawn*, 80 Va. Cir. 306 (Apr. 22, 2010).

¹³ Eugene Volokh, Oral Statement at the Association of American Law Schools' Section on Defamation and Privacy (Jan. 5, 2013).

¹⁴ Profesör Volokh, Mark Lemley birlikte yazdığı Fikri Mülkiyet davalarında Yasaklama Kararları adlı etkileyici eserinde bu konu hakkında bir bakış açısı önermiştir, bk. Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147, 176-77 (1998) (hakaret davalarında ihtiyati tedbire karşı çıkan kuralın, telif hakkı, marka, yayın hakkı ve ticari sır davalarında da uygulanması gerektiğini tartışmıştır.), Yasaklama kararı olmaması kuralını değişik açılardan inceleyen birkaç diğer hukuk bilgini daha vardır. *Bk. Bertlesman, supra* note 6, at 320 (explaining that equity has failed to result in just outcomes in defamation law); Erwin Chemerinsky, *Injunctions in Defamation Cases*, 57 SYRACUSE L. REV. 157, 166-67 (2007) (Yasaklama kararlarının anayasaya aykırı olarak yayımlanma öncesi sınırlandırma teşkil ettiğine ilişkin inancı açıklamıştır.); Michael I. Meyerson, *Rewriting Near v. Minnesota: Creating a Complete Definition of Prior Restraint*, 52 MERCER L. REV. 1087, 1087-88 (2001) (Yüksek Mahkemeyi yayımlanmadan önce sınırlandırmayı tanımlamadığı için eleştirmiştir); Siegel, *supra* note 1, at 663 (yayımlanmadan önce sınırlandırma doktrininin kökenini ve hakaret davalarında hukuki ve cezai sorumluluğun tarihini açıklamıştır); Christina

Bu makale hakaret davalarında yasaklama kararlarını da içeren, iki yüzyıldan fazla bir süreyi kapsayan mahkeme kararlarını analiz ederek, bu eksikliği düzeltmeyi amaçlamaktadır. Hem anayasal olarak hem de hakkaniyet ilkeleri uyarınca, yasaklama olmaması kuralının gerekçesini davaları inceleyerek belirleyecektir. Ayrıca bazı durumlarda, bu kuralın uygulanmaması gerektiğini ve hakaretimiz ifadelerden dolayı devam eden zarar gören davacıların daha fazla mağdur olmalarını engellemek için, mahkemelerin dar kapsamlı bir yasaklama kararına hükmetmesi gerektiğini tartışmaktadır. Buna ek olarak, internet üzerindeki hakaretimiz ifadelerine karşı yöneltilen yasaklama kararının, etkili bir hukuk yolu olarak her hangi bir şansı olup olmadığına ilişkin sinir bozucu bir sorunu da açıklamaktadır.

Giderek bir networkla birbirine bağlanan dünyamızda, hakaretimiz ifadeleri engellemek, mahkemelerin gücünün ötesinde olabilir.¹⁵ Facebook'ta paylaşılan bir mahalle dedikodusu, Google aracılığıyla aranabilen ve indekslenen arşivlenmiş bir haber makalesi veya Youtube'da dağıtılan bir yayının küçük parçaları olsun, bütün beyanların günümüzde dijital bir yansıması vardır. Hâkim Thurgood Marshall'ın Pentagon Paper davasında dediği gibi, "bir hakkaniyet mahkemesi işe yaramaz bir şey yapmaz".¹⁶ Gazete baskı süresinin devam etmesini buyuran bir mahkeme emri, belki de internet öncesi dönemde hakaretimiz ifadelerin yayılmasını önlemek için etkili bir yöntemdi. Fakat günümüzde, beyanlar, sadece çeyrek yüzyıl önce bile hayal edilemeyecek şekilde iletilmekte ve kalıcı hale gelmektedir.¹⁷

E. Wells, *Bringing Structure to the Law of Injunctions Against Expression*, 51 CASE W. RES. L. REV. 1, 2-3 (2000) (Yüksek Mahkeme içtihatlarında yer alan, yasaklama kararlarına ilişkin karışıklıkları dateylandırmıştır).

¹⁵ Bk. David S. Ardia, *Reputation in a Networked World: Revisiting the Social Foundations of Defamation Law*, 45 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 261, 314 (2010) [hereinafter Ardia, *Reputation in a Networked World*] (yargısal hukuk yollarının hakarettten kaynaklanan zararlara ilişkin olarak genellikle etkisiz olduğunu not etmiştir).

¹⁶ N.Y. Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 744 (1971) (Marshall, J., concurring) (Hükümetin, Amerikan ordusunun Vietnama müdahalesine ilişkin gizli çalışma dokümanlarının *The New York Times* ve *The Washington Post*'ta yayınlamasını engellemeye ilişkin taleplerini reddetmiştir).

¹⁷ İngiliz medya şirketleri hakkında verilen ve bir TV show programı yıldızı ile evlilik dışı ilişkisi olduğu iddia edilen ünlü İngiliz futbolcusunun isminin belirtilmemesi ve haber yapılmaması hakkındaki yasaklama kararına ilişkin olarak Birleşik Krallıkta geçtiğimiz günlerde yaşanan

Birinci bölüme hakaret davalarında davacılara sağlanabilecek hukuk yolları incelenerek başlanmıştır. Bu arada genellikle davacının talep ettikleri ile gerçekte neyi elde edebileceği arasında bir boşluk olduğu sonucuna da ulaşılabilir. Hemen hemen bütün hakaret davalarında davacılar için mevcut hukuk yolu parasal tazminattır. Fakat para bu davacıların çoğunlukla istedikleri bir şey değildir. Onlar aklanma ve davalının hakaretine son vermesini istemektedirler. Bununla birlikte son zamanlardaki davalarda olduğu gibi, özellikle hakaretimiz ifadeler internette yayınlandığı zaman, bu amacın gerçekleştirilmesi oldukça zordur.

İkinci bölümde, yasaklama olmaması kuralının tarihi kökenleri araştırılmakta ve mahkemelerin bu kuralı kabul etmesinin ve halen uygulamasının nedenleri tespit edilmektedir. 242’den fazla hakaret kararına ilişkin bir araştırma göstermiştir ki, yasaklama olmaması kuralı devletin ifadenin susturulmasına ilişkin yetkisi hakkında hem anayasal hem de hakkaniyete ilişkin endişelere dayanmaktadır. Modern mahkemeler yasaklama talebinin reddine gerekçe olarak, sık sık First Amendment’in yayınlanmasından önceki sınırlandırma doktrinine atıf yapmaktadırlar. Fakat yasaklama olmaması kuralı, Anglo-Amerikan hukukuna, Amerikan Anayasası kabul edilmeden çok uzun süre önce girmiştir. İfade özgürlüğü davalarında yasaklama sorunu hakkında First Amendment’da çok fazla ifade bulunmasına rağmen, yasaklama olmaması kuralı aynı zamanda, diğer gerekçelerin yanı sıra, özgür ifade tartışmalarında jürinin rolüne saygı, hakkaniyete dayalı yollardan ziyade hukuk yollarının genel olarak tercih edilmesi ve ifadeler hakkındaki yasaklama kararlarının etkin olup olmadığı hakkındaki şüpheciliğe dayanmaktadır.

Ancak üçüncü bölümde, hâkimlerin anayasaya uygun olup olmadıklarını ve

bir tartışma, bu yasaklama kararının etkisiz olduğunu göstermiştir. *Bk. Peter Preston, Twitter and Wikileaks Have Made A Mockery of the Courts, THE OBSERVER (May 22, 2011), <http://www.guardian.co.uk/media/2011/may/22/twitter-wikileaks-mockery-of-the-courts>. The New York Times’in bildirdiği üzere, “Onbinlerce internet kullanıcısı onun ismini, basının tanımını bulandıran ve takibini hemen hemen imkansızlaştıran internet üzerindeki futbol forum siteleri, twitter ve Facebook’ta açıklayarak yasaklama kararına karşı geldiler.” Claire Cain Miller & Ravi Somaiya, *Free Speech on Twitter Faces Test*, N.Y. TIMES, May 23, 2011, at B1. İngiliz milletvekilleri yasaklama kararının etkisiz olduğunu beyan ederek oyuncunun adının Ryan Giggs olduğunu mecliste belirtmişler ve basın da bunu haber yapma konusunda özgür kalmıştır. *Bk. Eben Harrell, The Great British Battle Between Privacy and the Press*, TIME (May 24, 2011), <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2073851,00.html>.*

uzun süredir uygulanmakta olan hakkaniyet prensibine dayanıp dayanmadıklarının dikkate almaksızın, hakaret davalarında artan bir şekilde yasaklama kararı verdiklerini göstermektedir. Mahkeme içtihatları incelendiğinde, özellikle 2000 yılından sonra bu tür davalarda keskin bir artışla, hakaretimiz ifadelere yönelik en az 56 yasaklama kararı verildiği veya onaylandığı görülmektedir.¹⁸ Yasaklama kararı verilen dava sayısı, yasaklama kararı istenen toplam dava sayısına göre az olmasına rağmen, yasaklama hakkında daha izin verici bir tutum sergilendiği açıkça ortaya çıkmaktadır. Bazı mahkemelerce “modern yaklaşım”¹⁹ olarak tanımlanan bu yaklaşım uyarınca, hakaretin tespit edildiği ve yasaklamanın da hakaretimiz olduğuna hükmedilen ifadeyle sınırlı olduğu durumlarda, hâkimler yasaklama kararına hükmedebileceklerdir. Üçüncü bölümde verilen veya onaylanan yasaklama kararları dikkatli bir şekilde incelenmekte ve kararların dar kapsamlı olarak verilip verilmediği hususunda bir sınıflandırma yapılmaktadır. Ayrıca yasaklanmasına karar verilenlerden % 75’inden fazlasında, engellenen ifadelerin hakaretimiz olmadığı sonucuna varmıştır.

Dördüncü bölümde yasaklama olmaması kuralının günümüzde halen mantıklı olup olmadığını değerlendirilmektedir. Mahkemelerin yasaklama kararı verirken dikkatli olmaya devam etmeleri gerekmesine rağmen, yargılama sonunda söz konusu ifadelerin yalnızca özel hayata ilişkin yanlış beyanla sınırlı olduğundan dolayı hakaretimiz olduğuna karar verdiyse, sınırlı şekildeki ihtiyati tedbir kararı anayasal ve hakkaniyet prensipleriyle de uyumlu olabileceğini ileri sürmektedir. Daha sonra da bu tür bir hukuk yolunun hem etkili hem de First Amendment ile uyumlu olarak nasıl yapılandırılacağını açıklamaktadır.

¹⁸ Verilen veya onaylanan bu 56 karardan 31 tanesi 1 Ocak 2000 den sonra verilmiştir. *Bk. infra* note 189. Bu diğer bilim adamlarının 20. Yüzyılda yasaklama kararı verilmesine ilişkin not ettiği bir eğilimi – 20. Yüzyıl boyunca arttığının görüldüğü şeklindeki - takip etmektedir. *Bk. Doug Rendleman, The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction*, 33 U. FLA. L. REV. 346, 347 (1981) (“Çağdaş hâkimler, seleflerinden daha fazla yasaklama kararı vermektedirler.”); *Developments in the Law –Injunctions*, 78 HARV. L. REV. 994, 996 (1965) (“Yasaklama kararının büyüyen rolü, kısmen, karmaşık sosyal ve ekonomik ilişkilerin düzenlemelerinin genişlemesi nedeniyle, modern toplumlarda çok esnek bir hukuk yolu olmasının çekiciliğinden kaynaklanmaktadır.”).

¹⁹ *Bk., örn.*, *Wagner Equip. Co. v. Wood*, 893 F. Supp. 2d 1157, 1160 (D.N.M. 2012); *Hill v. Petrotech Res. Corp.*, 325 S.W.3d 302, 306 (Ky. 2010).

I. İTİBARA YÖNELİK ZARARLAR VE HAKKANİYETE DAYALI YOLLAR

Bir kişi veya bir kuruluş itibarının zarara uğradığına inandığı zaman, genel olarak bir hakaret davası açmak şeklinde buna karşılık vermektedir. Hakaret hem sözlü hem de yazılı ifadelerden²⁰ oluşmakta olup, gerçeğe aykırı beyandan dolayı itibarı zarar gören davacının zararını gidermeye yönelik manevi bir haksız fiil davasıdır.²¹ Eyalet kanunlarının konusu olarak, hakaretin unsurları değişmekle birlikte; genel olarak davacı, davalının kendisi hakkında yanlış ve hakaretamiz ifadeleri, üçüncü kişilere hitaben yayınladığını ispat etmesi gerekmektedir. Ayrıca davalının bu ifadeyi yayınlarken bilerek veya ihmalle bu şekilde davrandığını ve ifadenin ya özel bir zarara neden olmasından dolayı ya da özel bir zarar olmaksızın dava edilebilir olduğunu da ispat etmelidir.²²

Bu açıklamalar uyarınca dava sebepleri çok açık gibi görünmesine rağmen, hakaret davaları, davacının davayı kazanması açısından son derece karışık ve zor davalardır.²³ Dahası hakaret davaları itibara zarar veren her türlü ifade için sorumluluk gerektirmez. Hukuk, bu davalarda mağdur davacının yoluna çok sayıda engel koymaktadır.²⁴ Buna rağmen davacı sonunda davayı kazanarak başarılı olsa bile, onun zaferi birçok kayıpla kazanılan bir zafer gibidir. Bu makalede tartışıldığı gibi, hakaret davalarında davacı tipik olarak parasal tazminatla tatmin edilir. Fakat para, birçok davacının çoğunlukla istediği bir şey değildir.²⁵

A. Hakaret Davasının Değişen Yüzü

Hakaretin common law'daki en eski haksız fiillerden birisi olmasına rağmen,²⁶

²⁰ *Bk. generally supra* note 4 (defining defamation).

²¹ *Bk. Ardia, Reputation in a Networked World, supra* note 12, at 277-78.

²² *Bk. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 558 (1977); bk. also discussion infra* Part IV.A.1.

²³ *Bk. David A. Anderson, Is Libel Law Worth Reforming?*, 140 U. PA. L. REV. 487, 488-90 (1991); *Ardia, Reputation in a Networked World, supra* note 12, at 304-05; Lyriisa Barnett Lidsky, *Defamation, Reputation, and the Myth of Community*, 71 WASH. L. REV. 1, 4 (1996); David A. Logan, *Libel Law in the Trenches: Reflections on Current Data on Libel Litigation*, 87 VA. L. REV. 503, 520 (2001).

²⁴ *Bk. Ardia, Reputation in a Networked World, supra* note 12, at 314-15.

²⁵ *Bk. infra* notes 54-55 ve beraberindeki metin.

²⁶ *Bk. NORMAN L. ROSENBERG, PROTECTING THE BEST MEN: AN INTERPRETIVE HISTORY OF THE LAW OF LIBEL 3 (1986) ("The common law crime of libel can claim a*

durağan değildir. 1960’lı yıllarda Yüksek Mahkeme yanlış beyanların bile First Amendment tarafından sağlanan bazı korumaları hak ettiğini belirterek, hakaret haksız fiilini anayasal hale getirmiştir.²⁷ Bu durum, konuşmacıların toplum huzurunda konuşurken “nefes alacak bir ortama” sahip olmalarını sağlayan ve Yüksek Mahkeme tarafından uygulanan esaslı ve usuli bir değişikliğe yol açmıştır.²⁸ Örneğin, Yüksek Mahkeme hakaret davasında davacının, yanlışlığın²⁹ yanı sıra, davalının hakaretimiz ifadeleri yayınlamakla kusurlu olduğunu da ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁰ Son zamanlarda, internet sayfası operatörleri ve kullanıcıları ile diğer interaktif bilgisayar hizmetlerine, üçüncü kişilerin ifadeleri nedeniyle hakaret iddialarına karşı geniş bir koruma sağlayan 230 no.lu Communications Decency Act’ın Kongreden geçmesiyle hakaret hukuku kesinlikle orta-özel bir boyuta bürünmüştür.³¹

Hakaret davaları sadece doktrinlere dayalı bir evrim gerçekleştirmemekte, ayrıca hakaret davalarının doğası da değişmektedir. 1960’larda Birleşik Devletlerdeki bütün yazılı hakaret davalarının % 70’i kitlesel medya hakkındaki iddia-

long and broad ... ancestry.”).

²⁷ N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 272-73 (1964).

²⁸ *Id.* at 271-72 (“[Özgür bir tartışma sırasında hatalı ifade kaçınılmazdır; ve ... bu nedenle eğer ifade özgürlüğü, konuşmacıların tartışmayı canlı tutmaları için ihtiyaç duydukları nefes alacak bir boşluğu onlara sağlıyorsa korunmalıdır.”) (quoting N.A.A.C.P. v. Button, 371 U.S. 415, 433 (1963)).

²⁹ *Bk., örn.,* Phila. Newspapers, Inc. v. Hepps, 475 U.S. 767, 775-76 (1986).

³⁰ *Bk., örn.,* Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 349-50 (1974) (özel şahısların kamu yararı olan meselelerde en azından davalının ihmali olduğunu kanıtlaması gerektiğini belirtmektedir); *Sullivan*, 376 U.S. at 279-80 (kamu görevlilerin yazılı hakaret davalarında davalının bilerek bu şekilde hareket ettiğini ispat etmesi gerektiğini belirtmektedir.) özel şahısların, özel meselelerde yalan ifadeyi ve en azından davalının ihmali ispat etmesinin zorunluluğunu First Amendment’in gerektirip gerektirmediği halen açık bir sorun olarak kalmıştır. *Bk.* Ruth Walden & Derigan Silver, *Deciphering Dun & Bradstreet: Does the First Amendment Matter in Private Figure-Private Concern Defamation Cases?*, 14 COMM. L. & POL’Y 1, 34-39 (2009) (özel şahısların bütün davalarda en azından ihmali kanıtlaması gerektiğini ileri sürmüş ve bu karışık konu üzerinde tartışmıştır.)

³¹ Telecommunications Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, § 509, 110 Stat. 56, 137-38 (codified as amended at 47 U.S.C. § 230). & 230 The Communications Decency Act’ta, aldatıcı bir şekilde basit bir dil ile şu şekilde bir hüküm vardır. “İnteraktif bilgisayar hizmetlerinin herhangi bir sağlayıcısı veya kullanıcısı, diğer bir bilgilisel içerik sağlayanın yayıncısı veya sözcüsü olarak kabul edilemez.” 47 U.S.C. § 230 (c) (1) (2006); David S. Ardia, *Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity Under Section 230 of the Communications Decency Act*, 43 LOY. L.A. L. REV. 373, 379 (2010) [hereinafter Ardia, *Intermediary Immunity*]. The impact of section 230 is discussed *infra* Part I.B.

ları içermekteydi.³² Bugün sosyal medya kullanıcıları, blog sahipleri ve “gazeteci vatandaşlar” daha sık bir şekilde hakaret davalarının muhatabı olmaktadır.³³ Aslında geçtiğimiz 5 yıl içerisinde kitlesel medya aleyhine sadece birkaç tane hakaret davası açılmıştır. Bu nedenle de önde gelen çeşitli ulusal medya şirketlerinin avukatları yazılı hakaret davasının artık sona erdiğini ileri sürmüşlerdir.³⁴ Örneğin, New York Times gazetesinin başkan yardımcısı ve genel danışman yardımcısı George Freeman, gazetede 29 yıllık meslek hayatı boyunca ilk defa gazete aleyhine devam eden bir yazılı hakaret davası olmadığını belirtmiştir.³⁵

Birleşik Devletlerdeki hakaret davalarına ilişkin çok kapsamlı bir çalışma olmamasına rağmen,³⁶ anekdotal kanıtlar hakaret iddialarının gerçekten arttığını göstermektedir.³⁷ Bunun nedeni, davacıların artık farklı yayıncılara karşı dava

³² *Bk.* DONALD M. GILLMOR, POWER, PUBLICITY AND THE ABUSE OF LIBEL LAW 133 (1992). Açılan her hakaret davasını bulmak ve sınıflandırmak aşırı bir şekilde zordur. Sonuç olarak söz konusu davaların toplam sayısının değerlendirmesi sadece yaklaşık bir hesaplama. Çoğu dava sonucunda verilen karar ise yayınlanmamakta ve haberlere de konu olmamaktadır.

³³ *Bk., örn.*, Dan Frosch, *Venting Online, Consumers Can Land in Court*, N.Y. TIMES, June 1, 2010, at A1; Debra Cassens Weiss, *As Sites Like Yelp Increase in Popularity, More Consumers Get Sued for Defamation*, ABA JOURNAL (Dec. 6, 2012, 6:30 AM), http://www.abajournal.com/news/article/as_sites_like_yelp_increase_in_popularity_more_consumers_get_sued_for_defam/

³⁴ *Bk.* John Koblin, *The End of Libel?*, THE NEW YORK OBSERVER (June 9, 2010, 1:23 AM), <http://observer.com/2010/06/the-end-of-libel/> (quoting prominent First Amendment attorney Floyd Abrams, Time Inc. general counsel Robin Bierstedt, and *New York Times* assistant general counsel George Freeman). *But bk.* Eric P. Robinson, *The End of Libel? Or Just Libel Trials?*, BLOG L. (June 11, 2010), <http://bloglawonline.blogspot.com/2010/06/end-of-libel-or-just-libel-trials.html> (Medya şirketleri aleyhine derdest bulunan davalara odaklanmış ve bunların hakaret davalarının toplam sayısının doğru bir göstergesi olmadığını belirtmiştir.).

³⁵ Koblin, *supra* note 31.

³⁶ Birkaç araştırmacı tarafından özellikle 1970 ve 1980’lerde sınırlı ampirik çalışmalar yapılmıştır. *Bk.* RANDALL P. BEZANSON ET AL., LIBEL LAW AND THE PRESS: MYTH AND REALITY 4-5 (1987) [hereinafter BEZANSON ET AL., LIBEL LAW AND THE PRESS]; Randall P. Bezanson, *Libel Law and the Realities of Libel Litigation: Setting the Record Straight*, 71 IOWA L. REV. 226, 226-27 (1985) [hereinafter Bezanson, *Libel Law and the Realities of Libel Litigation*]; Marc A. Franklin, *Suing Media for Libel: A Litigation Study*, 1981 AM. B. FOUND. RES. J. 795, 798, 829-31 (1981) [hereinafter Franklin, *Suing Media for Libel*]; Marc A. Franklin, *Winners and Losers and Why: A Study of Defamation Litigation*, 1980 AM. B. FOUND. RES. J. 455, 459, 497- 501 [hereinafter Franklin, *Winners and Losers and Why*].

³⁷ *Bk., örn.*, Frosch, *supra* note 30, at A1; David Ardia, *Bloggers and Other Online Publishers Face Increasing Legal Threats*, OYNTER (Sept. 22, 2008, 11:19 AM), <http://www.poynter.org/latest-news/top-stories/91639/bloggers-and-other-online-publishers-face-increasing-legal-threats/> [hereinafter Ardia, *Legal Threats*]; *Defamation Lawsuits, Abound*, LAWYERS.

açıyor olmalarıdır. İnternet üzerindeki yayıncılar hakkında çalışma yapan veya onları temsil eden medya avukatları, blog sahipleri ve sosyal medya kullanıcıları aleyhine açılan hakaret davalarında çok önemli bir artış olduğunu görmektedirler. Örneğin, blog sahiplerine karşı açılan hakaret davalarına ilişkin veritabanı oluşturan Media Law Resource Center verilerine göre 2006 ile 2009 yılları arasında bu davalarda % 216 artış olmuştur.³⁸ Ayrıca İnternet&Society için 2008 yılında Harward’s Berkman Center tarafından yapılan çalışmada, araştırmacılar ünlülerin dedikodularını yapan bloglara karşı telif hakkı ihlali iddialarından, çok küçük yerel gazete siteleri işleticilerine karşı açılan hakaret davaları gibi, son on yılda blog sahiplerine ve diğer internet üzerindeki yayıncılara karşı açılan 280’den fazla davayı sınıflandırmışlardır.³⁹

Günümüzdeki hakaret davalarında sadece davalı farklı değildir. Ayrıca hakaret davası açan davacı türünde de bir değişiklik söz konusudur. Geçtiğimiz on yıllık sürede tipik hakaret davacısı kamu görevlisi ya da kamuya mal olmuş kişilerdi.⁴⁰ Buradan medya şirketlerinin toplumun önde gelen bireyleri ve organizasyonları hakkında haber yaptığı sezgisi ortaya çıkmaktadır. Bu tür haberler itibarlarına dil uzattığı zaman, bu kişiler tipik olarak çok iyi finanse edilen medya şirketlerine karşı hakaret davası açabilmek için gerekli mali kaynağa ve hukuki danışmanlığa sahiptiler.

İnternet üzerinde kolay bir şekilde bilgilerin yayınlandığı ve paylaşıldığı günümüzde, çoğu hakaret davasında davacılar tanınan kişiler değildir. Bunlar hakaret hukukunda belirtilen özel kişilerdir.⁴¹ Onlar, soyadını kullanarak bir in-

COM (2011), <http://communications-media.lawyers.com/libel-slanderdefamation/Defamation-Lawsuits-Abound.html> (last visited Sept. 21, 2013).

³⁸ Bk. James C. Goodale, *Communication and Media Law: Can You Say Anything You Want on the Net?*, 242 N.Y. L.J. 3, 3 (2009) (reporting on the MLRC data). Bu tür davalarda benzer bir artışın Birleşik Devletler dışında da olduğu ortaya çıkmaktadır. Bk. *Online Defamation Cases in England and Wales ‘Double,’* BBC NEWS UK (Aug. 26, 2011, 1:03 PM), <http://www.bbc.co.uk/news/uk-14684620> (“Bir yıl içinde internet üzerinde ikiden fazla hakarete maruz kaldıklarından dolayı dava açan kişilerin açtıkları mahkeme dosyası sayısı.”).

³⁹ Bk. Ardia, *Legal Threats*, *supra* note 34.

⁴⁰ Bk. Franklin, *Suing Media for Libel*, *supra* note 33, at 798-99, 807 (1977 ve 1980 arasında medyaya karşı 291 yazılı hakaret davası açıldığı rapor edilmiştir. Bu davalarda belirlenebilen davacıardan 2/3’den fazlası kamu görevlisi, iş yöneticisi, hükümet çalışanı, profesyonel meslek sahipleri yada ticari şirketlerdir).

⁴¹ Bk. Walden & Silver, *supra* note 27, at 3 (Her yıl özel şahısların açtıkları hakaret davalarının,

ternet sayfası oluşturarak, gerçeğe aykırı bir şekilde Kirk'ün annesini istismar ettiğini ve hile ile hak etmediği mirası aldığını belirten kardeşi Chad'a hakaret davası açan Kirk Burbage gibi davacıdırlar.⁴² Ayrıca onlar, kendisine karşı gerçeğe aykırı bir şekilde, diğerlerinin yanı sıra, “mental rahatsızlığı” olduğunu ve “suçlu” olduğunu belirterek hakaret eden “en büyük kaybeden” isimli blogun kurucusuna karşı dava açan Lübnan asıllı Amerikalı avukat Edward Saadi gibi kişilerdir⁴³.

Bu özel kişilerin, kamu görevlileri ve kamuya mal olmuş kişilerin aksine, davalının bilerek hareket ettiğini kanıtlamak gibi ağır bir ispat yükü altında olmamaları nedeniyle, hakaret davalarını kazanma olasılıklarının yüksek olmasına rağmen⁴⁴, onlar da hala sınırlı hukuk yollarına sahip olduklarına ilişkin acı gerçekle yüzleşmektedirler. Bay Burbage ve Bay Saadi jüriyi sorumluluk yüklemek konusunda ikna etmişlerdir. Her ikisi de tazminat olarak binlerce dolar kazanmalarına rağmen, davalının hakaretimiz ifadeleri internetten çıkarması ve gelecekte de benzer ifadelerden kaçınması konusunda mahkemeden yasaklama talebinde

tüm hakaret davalarının önemli bir kısmını oluşturduğunu gözlemlemiştir.”). Özel şahıslar, kamuoyuna malolmamış kişilerdir. Kamuoyuna mal olmuş kişiler, ünleri veya güçleri ve başarıları nedeniyle kamuoyunun dikkatini çekmeleri referans alınarak belirlenmiştir. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 342 (1974). Bir kişinin kendisini kamuya mal eden söz konusu yaygın ün veya şöhreti, bütün alanlarda olabileceği gibi sınırlı bir alanda da başarılabilir. *Id.* at 351.

⁴² *Bk. Burbage v. Burbage*, No. 03-09-00704-CV, 2011 WL 6756979, at *1-2 (Tex. App. Dec. 21, 2011). Jüri bay Burbage lehine yaklaşık \$10,000,000 tazminat ve cezai zarar hükmetmiş ve yargılamayı yürüten mahkeme de kişinin kardeşini, dava konusu ifadelerin yayınlanmasından sürekli olarak men etmiştir.

⁴³ *Saadi v. Maroun*, No. 8:07-CV-1976-T-24-MAP, 2008 WL 4194824, at *2 (M.D. Fla. Sept. 9, 2008). Jüri Bay Saadi lehine bütün hakaretler için \$ 30.000 tazminat ve \$ 60.000 dolar cezai tazminat hükmetmiştir. *Bk. Saadi v. Maroun*, No. 8:07-CV-01976-T-24-MAP, 2009 WL 3617788, at *1 (M.D. Fla. Nov. 2, 2009). Hâkim de jüri tarafından hakaretimiz bulunan davacı hakkındaki belli içeriklerin sürekli olarak internet sayfasından kaldırılmasına karar vermiştir. *Id.* at *3.

⁴⁴ Davalının bilerek hareket ettiğinin kanıtlanabilmesi, davalının söz konusu hakaretimiz ifadenin gerçeğe aykırı olduğunu bilerek veya onun yanlış olup olmadığını önemsemeyen bir ihmalle hareket ettiğini ispatlayan bir delil gerektirmektedir.” *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-80 (1964). Farklı tip hakaret davalarında davacıların başarı oranının ne olduğuna ilişkin kapsamlı bir araştırma bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 1980 ve 1996 yılları arasında medya aleyhine açılan hakaret ve ilgili davalarının analizinde Profesör David Logan, kamu görevlileri veya kamuya mal olmuş kişiler tarafından açılan davaların % 85 gibi çok yüksek bir oranda reddildiğini ortaya çıkarmıştır. *Bk. Logan, supra* note 20, at 509-10. Aynı çalışmaya göre özel kişi davacıların yaklaşık % 20 daha iyi sonuç aldıkları anlaşılmıştır. *Bk. id.* at 510.

bulunmuşlardır. Her iki davada da yargılamayı yürüten hâkim bu tazmin yoluna hükmetmiştir. Fakat Bay Burbage’in davasında Teksas İstinaf Mahkemesi, “hakaretimiz ifadelerin yayınlanmadan önce sınırlandırmayı makul gösterecek derecede aşağılayıcı olmadığı” gerekçesiyle yasaklama talebini geri çevirmiştir.⁴⁵

B. Telifisi Mümkün Olmayan Zararlar ve Yetersiz Hukuk yolları

Haksız fiil hukuku davacılar için eksiksiz bir hukuk yolu sağlamayı amaçlar.⁴⁶ Buna rağmen her somut olayda davacı için mevcut olan hukuk yolları davanın niteliğine göre değişmektedir.⁴⁷ Hukuk yolları hakkındaki önde gelen anlaşmalardan birine göre, “en yaygın iki hukuk yolu, davalının davacıya belli bir miktar para ödemesini öngören mahkeme kararı ve davalıya yanlış davranışından kaçınma veya onun sonuçlarını telafi etmeye ilişkin mahkeme emridir.”⁴⁸ Çoğu haksız fiil davacısı, “hukuk yolları” olarak öngörülen zararı karşılayan tazminat ve cezai tazminat talep etmektedir.⁴⁹ Davacının mahkemeden, davalının belli bir davranıştan kaçınması veya olumlu bir davranış sergilemesine hükmetmesini talep ettiği durumlarda ise, davacı “hakkaniyete dayalı hukuk yolu” talep etmektedir.⁵⁰

Doğal olarak, zararı tamamıyla engelleyen hukuk yolu, davacı açısından eksiksiz bir hukuk yoludur. Bu nedenle davacılar genellikle parasal tazminata ila veten, “hakkaniyete dayalı öncelikli hukuk yolu”⁵¹ olan yasaklama kararını da

⁴⁵ *Burbage*, 2011 WL 6756979, at *10. The Texas Court of Appeals did, however, leave the jury award intact. *Id.*

⁴⁶ *Bk.* 1 DAN B. DOBBS, DOBBS LAW OF REMEDIES § 1.9, at 43 (2d ed. 1993) (Mahkemelerin bütün hukuki zararları gidermeyi arzuladığını not etmiştir”).

⁴⁷ “Hukuk yolu, haksızlığa uğramış veya uğramak üzere olan bir davacı için, mahkemenin yapabileceği herhangi bir şeydir.” DOUGLAS LAYCOCK, MODERN AMERICAN REMEDIES 1 (3d ed. 2002).

⁴⁸ *Bk. id.*

⁴⁹ BLACK’S LAW DICTIONARY 979, 1407-08 (9th ed. 2009) (“Tarihsel olarak hukuk mahkemesinde mevcut olan bir hukuk yolu, tarihsel olarak sadece hakkaniyete dayalı hukuk yolundan ayrılır.”).

⁵⁰ Hakkaniyete dayalı hukuk yolları, özel performans, bölme, mülkiyetin geri verilmesi, güvence, koruma ve yasaklama kararlarını içerir. *Bk.* Doug Rendleman, Irreparability Irreparably Damaged, 90 MICH. L. REV. 1642, 1643-44 (1992).

⁵¹ *Id.* (“Yasaklama, hakkaniyete dayalı birinci modern hukuk yoludur. Bu, teşebbüsleri iki mahkeme arasında ayırarak ve mülkiyeti koruyarak bir bilinmezlikle başlamış ve çalışanlarına karşı girişimciler tarafından bir araç olarak kullanılmak üzere ukale bir ergen gibi büyümüş ve hâkimlerin anayasal hakları garanti altına almalarını sağlayan bugünkü seviyesine gelmeyi

talep etmektedirler. Davacıların sorumluluğunun ispatı için yeterli delil sunması gerektiği zararı karşılayan tazminatın aksine, davacıların yasaklama kararı açısından her hangi bir hakkı bulunmamaktadır: “yasaklama kararı verilmesi her zaman mahkemenin takdirindedir ve eğer hükmedilirse, her somut olayda şartlara bağlı olarak hakkaniyetli bir sonuca ulaşacak şekilde uyarlanacaktır.”⁵² Dahası, hakkaniyetin genel ilkeleri uyarınca, hâkim hakkaniyete uygun bir hukuk yoluna hükmetmeden önce, ilk olarak hukuken mevcut hukuk yolunun yeterliliğini değerlendirmelidir.⁵³ Eğer mahkeme parasal tazminatın yeterli bir hukuk yolu sağladığına inanırsa, yasaklama kararı vermeyi düşünmeyecektir.⁵⁴

Yasalarca tercih edilen hukuk yolu dikkate alındığında, davacıların istediği ile onlar için mevcut olan arasında genellikle bir boşluk vardır. Yasaklama olmaması kuralı, parasal tazminatı kesin bir kural olarak genel bir tercih yapmak suretiyle, hakaret davalarında bu boşluğu daha da genişletmektedir.⁵⁵ Sonuç olarak parasal tazminat tipik olarak hakaret davacıları için mevcut olan tek hukuk yoludur.⁵⁶ Buna rağmen araştırmalar göstermektedir ki, para, davacıların çoğunlukla istedikleri şey değildir. 1980’de Profesör Randall Bezanson tarafından yürütülen çalışma, itibarlarının gördüğü zarar nedeniyle davacıların sadece % 20’sinin para elde etmek için dava açtıklarını ortaya çıkarmıştır.⁵⁷ Profesör Bezanson’un araştırması, hakaret davacılarının, bunun yerine daha çok ortadan kaldırma veya düzeltmeyi arzu ettiklerini ortaya çıkarmıştır.⁵⁸

başarmıştır.). Yasaklama kararı terimi, bir fiilin engellenmesi veya belli bir şekilde davranışın yapılmasını emretme şeklinde verilen mahkeme kararlarından oluşur.” BLACK’S LAW DICTIONARY 855 (9th ed. 2009). Bu geçici sınırlama kararlarını, ihtiyati tedbirleri, kalıcı tedbirleri ve belli davranışa yönelik benzer mahkeme kararlarını kapsar. *Bk. id.*

⁵² Monica E. McFadden, *Provisional and Extraordinary Remedies*, 2 LITIGATING TORT CASES § 13:3 (Roxanne Barton Conlin & Gregory S. Cusimano eds., 2012) (citing *Bhd. Of Locomotive Eng’rs v. Missouri-Kansas-Texas R. Co.*, 363 U.S. 528 (1960)).

⁵³ *Franklin v. Gwinnett Cnty. Pub. Sch.*, 503 U.S. 60, 75-76 (1992).

⁵⁴ *Bk. id.*

⁵⁵ *Bk. infra* Part II.

⁵⁶ Tabii ki davanın sulh görüşmeleri sırasında davacı söz konusu eylemin ortadan kaldırılmasını veya düzeltilmesini müzakere edebilecektir. Fakat sadece birkaç tane çalışmada hakaret davalarında sulh yolu incelenmiş ve bu davaların nadiren sulh ile sonuçlandığı görülmüştür. *Bk. Bezanson, Libel Law and the Realities of Litigation, supra* note 33, at 228 (reporting that approximately 15 percent of libel cases settle).

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ BEZANSON ET AL., LIBEL LAW AND THE PRESS, *supra* note 33, at 24 (davacıların % 71’inin, ortadan kaldırma veya düzeltme ile tatmin olabileceklerini söyledikleri sonucuna varmıştır.).

İtibarlarının zarar görmesi nedeniyle sıkıntı çekenler açısından ironik olan ise paranın özellikle hakaret için yetersiz bir hukuk yolu olmasıdır. Bunun nedeni kişilik değerlerine yönelik zararlar için, parasal yolların bir hukuk yolu oluşturmamasındandır; çünkü para ne düşürülen itibarı geri getirebilir, ne de davacının yaşadığı duygusal stresten kurtulmasını sağlayabilir.⁵⁹ Dahası, hakaret davalısı için mevcut olan usulî korumalar⁶⁰ nedeniyle, davacılar hakaret davasının tamamlanabilmesi için çok önemli miktarda hukuki masrafa katlanmak zorunda kalmaktadırlar. Fakat çok az sayıda davacı, davada haklı çıkabilmek için yeterince ispatlanabilir maddi kayba katlanmaktadır.⁶¹

Parasal tazminatın yetersizliği, hakaretimiz ifadeler internet üzerinde yayımlandığı zaman daha belirgin hale gelmektedir. Gittikçe artan bir şekilde network haline gelen günümüz dünyasında internet üzerindeki beyanlar, sürekli bir şekilde dağıtan, ev sahipliği yapan ve indeksleyen milyonlarca internet sayfası, e-mailler ve sosyal medya içeriklerinden oluşan dijital hayatımız, sayısız aracının eline geçmektedir.⁶² Buna rağmen, internet sayfası işleticileri ve diğer interaktif bilgisayar hizmetlerine üçüncü kişilerin⁶³ beyanları nedeniyle yasaklama kararından korunmayı da içeren, hakaret iddialarına yönelik çok geniş bir koruma sağlayan veren § 230 of the Communications Decency Act⁶⁴ dolayısıyla bu araçlar, hakaret sorumluluğundan bağıştıktırlar.⁶⁵

Bu durum, Facebook veya Google gibi internet içerik sağlayıcılarının, söz konusu içeriği çıkarmaya ve yayınlamaya devam etmeleri durumunda dahi, ha-

⁵⁹ *Bk., örn.*, RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 944 cmt. b (1977) (paranın kişisel itibar kaybını kesinlikle tazmin edemeyeceği yorumunda bulunmuştur); LAYCOCK, *supra* note 5, at 165 (“Hem kaybın yerine konulamaz olması, hem de kaybın ölçülmesinin çok zor olması nedeniyle, hakaret davalarında tazminat, ciddi bir şekilde yetersiz bir hukuk yoludur.”).

⁶⁰ *Bk. infra* Part II.B.2.

⁶¹ Anderson, *supra* note 20, at 542.

⁶² *Bk. Ardia, Intermediary Immunity, supra* note 28, at 383-84.

⁶³ *Bk. Ardia, Intermediary Immunity, supra* note 28, at 409-12.

⁶⁴ 47 U.S.C. § 230 (2006).

⁶⁵ *Bk., örn.*, Ben Ezra, Weinstein, & Co. v. Am. Online Inc., 206 F.3d 980, 983 (10th Cir. 2000); Kathleen R. v. City of Livermore, 104 Cal. Rptr. 2d 772, 781 (Cal. Ct. App. 2001). *But bk.* Giordano v. Romeo, No. 09-68539-CA-25, 2010 BL 318373, at *1-2 (Fla. Cir. Ct. Dec. 28, 2010) (internet sitesi işleticisine yönelik engelleme kararına hükmetmiştir.), *withdrawn*, No. 09-68539-CA-25, (Fla. Cir. Ct. Feb. 18, 2011) (230. bölüm uyarınca internet sitesi işleticisine yönelik iddiaları reddetmiştir.).

karet davacısını, sadece ilk konuşmacı veya yayıncıya karşı dava açmak gibi hiç de hoş olmayan bir durumda bırakmaktadır.⁶⁶ Bu internet üzerindeki araçlar, gönüllü bir şekilde hakaretimiz ifadeyi kaldırmadıkları sürece, mahkeme onları bunu yapmaya zorlayamaz.⁶⁷ Sonuç olarak yaralayıcı yalanlar, arama motoru tarafından bulunmayı ve geri dönüştürülmeyi bekleyerek internette süresiz olarak yaşayabilecektir.⁶⁸ Bu davacılar sonuç olarak bazı hukuki sonuçlar kazansalar bile, cin tekrar tamamıyla şişeye hapsedilemeyecektir.

Belki de hakaret davalarında, davalıların çoğunluğunu medya şirketlerinin oluşturduğu günlerde, davacıların yasaklama kararına duydukları ihtiyaç daha az şiddetliydi. İnternet öncesi iletişim teknolojisi medya aracılığıyla göreceli ola-

⁶⁶ *Bk.* 47 U.S.C. § 230. Bölüm 230'un internet üzerindeki araçları korumasının çok sayıda nedeni vardır. *Bk.*, *örn.*, Ardia, *Intermediary Immunity*, *supra* note 28, at 389-92 (İnternet üzerindeki araçların aşırı bir şekilde kullanıcılarının konuşmalarını sansürleyecekleri ihtimalini nasıl azalttığını tartışmaktadır.); Eric Goldman, *The Regulation of Reputational Information*, in *THE NEXT DIGITAL DECADE: ESSAYS ON THE FUTURE OF THE INTERNET* 293 (Berin Szoka & Adam Marcus eds., 2010) (“Tüketici görüşleri internet siteleri, piyasa mekanizması (ör. Üçüncül, görünmeyen el) tarafından belirlendiği gibi, hukuki sorumluluk konusunda endişe etmeksizin tüketicilerin görüşlerini paylaşmaları ve bu görüşleri geniş bir şekilde yayınlamaları konusunda motive edebilir.”); H. Brian Holland, *In Defense of Online Intermediary Immunity: Facilitating Communities of Modified Exceptionalism*, 56 U. KAN. L. REV. 369, 395-96 (2008) (“Dolaylı sorumluluk, geliştirilmesi bölüm 230'un başlıca politikai amaçlarından biri olan yer ve kimlik izleme yazılımları ve kullanıcıyla sonuçlanan filtreleme gibi self-help teknolojilerinin gelişmesine yönelik teşvikleri azaltır.”). *But see* Rebecca Tushnet, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, 76 GEO. WASH. L. REV. 986, 1002-05 (2008) (Bölüm 230'un araçlar için getirdiği örtü bağışıklığının, konuşmacı ve araçların göreceli teşvikleri ve faydalarının, araçlar üzerine bir sorumluluk empoze edilmesini gerekçelendirdiği durumların dikkate alınmasında başarısız olduğu sonucuna varmıştır.); Felix T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, 87 NOTRE DAME L. REV. 293, 330-31, 340 (2011) (Araçların orijinal konuşmacı için bir teşvik olarak hareket ettikleri ve söz konusu sorumluluk şeklinin orijinal konuşmacıdan ziyade özgün bir şekilde aracı hakkında uygulanabilir olduğu zamanlarda, araçların sorumluluktan bağışık olmamaları gerektiğini tartışmıştır.).

⁶⁷ *Bk.*, *örn.*, Bobolas v. Does, No. CV-10-2056-PHX-DGC, 2010 WL 3923880, at *2 (D. Ariz. Oct. 1, 2010) (Davalının ajanı olmadığı gerekçesiyle GoDaddy.com'un engellenmesini reddetmiştir.); Blockowicz v. Williams, 675 F. Supp. 2d 912, 915-16 (N.D. Ill. 2009) (refusing to enjoin third-party website operator under FED. R. CIV. P. 65), *aff'd*, 630 F.3d 583 (7th Cir. 2010).

⁶⁸ İnternet arşivindeki en büyük online depo, 1996'dan beri arşivlenen ve 240 milyar internet sayfası içeren kar amacı gütmeyen dijital bir kütüphane olan the Internet Archive'dir. *Bk.* INTERNET ARMING: WAYBACK MACHINE, <http://www.archive.org/web/web.php> (last visited Sept. 21, 2013). As part of its indexing process, Google Search maintains cached versions of web pages for an indeterminate period. *Bk.* RAYMOND T. NIMMER, INFORMATION LAW § 4:77 (2006 & Supp.2012).

rak daha kısa ömürlü bir bilgi akışı sağlamaktaydı. Gazetelerin 24 saatten daha az bir raf ömrü vardı. Televizyon ve radyo yayınları basit bir şekilde havada kayboluyordu. Her ne kadar bazı medya kaynakları kütüphanelerde fiziki olarak saklanmaktaysa da (daha sonraları özel elektronik veri tabanlarında), hakaret-amiz ifadeler devam etmemekte veya kamuoyunun gözleri önünde uzun süre kalmamaktaydı. Günümüzde ise hakaret-amiz ifadelerin ömrü sonsuzdur.

Hakaret davacıları onlara sunulan hukuk yolları nedeniyle şaşkırtıcı olmayan bir şekilde hayal kırıklığına uğramaktadırlar. Bu makalenin 3. Bölümünde açıklandığı gibi, çoğu hâkim de bu hukuk yolları nedeniyle hayal kırıklığına uğramaktadır.

II. HAKARET DAVALARINDA YASAKLAMA OLMAMASI KURALI

Yasaklama olmaması kuralı son üç yüzyıldır Anglo-Amerikan hukuk sisteminin bir demirbaşı olmuştur. First Amendment onaylanmadan çok önce, yargılama sonrası verilen sürekli yasaklamayı da içeren yasaklama kararının, hakaret davalarında müsaade edilebilir bir hukuk yolu olmadığı, hâkimler ve avukatlar tarafından kabul edilmiştir.⁶⁹ Bu kuralın kökeni kötü şöhretli İngiliz Star Chamber'dan ortaya çıkan boşluklarda görülebilir. Bu Chamber, kanun yaparak ve hakaretle suçlananları yargılayarak - ki hem hâkim hem de jüri olarak - hareket etmiş, zararlı bir yasama ve mahkeme karışımı olarak faaliyet göstermiştir.⁷⁰

İngiliz sansürünün Amerikan kolonilerinde bıraktığı silinmez ize rağmen, yasaklama olmaması kuralının Amerika kurulduktan uzun bir süre geçmeden

⁶⁹ *Bk. THOMAS STARKIE, A TREATISE ON THE LAW OF SLANDER, LIBEL, SCANDALUM MAGNATUM, AND FALSE RUMOURS 3* (London, W. Clarke & Sons 1813) (İtibara ilişkin iletişim yasaklanamaz); Note, *The Restraint of Libel by Injunction*, 15 HARV. L. REV. 734, 734 (1902) (Hakkaniyetin hakareti engelleme yetkisi olmadığına dair, 150 yıldır yaşayan tam hukuki güce sahip bir gelenek vardır.).

⁷⁰ Michael I. Meyerson, *The Neglected History of the Prior Restraint Doctrine: Rediscovering the Link Between the First Amendment and the Separation of Powers*, 34 IND. L. REV. 295, 299 (2001). 13. ve 14. Yüzyıllarda hakaret davalarına dini mahkemeler tarafından bakılıyordu. *Bk. R. C. Donnelly, History of Defamation*, 1949 WIS. L. REV. 99, 100-03. Bir süre sonra Star Chamber, yazılı hakaret yargılamasını kendi yetkisine aldı ve yazılı hakaretin ceza gerektiren bir suç olduğunu deklare etti. *Bk. Brief for Historians Alfred L. Brophy et al. as Amici Curiae Supporting Petitioners, Tory v. Cochran*, 544 U.S. 734 (2005) (No. 03-1488), 2004 WL 2582553, at *11 [hereinafter Brief Amici Curiae of Historians].

oldukça güçlü bir şekilde ortaya çıkması şaşırtıcı olmamalıdır.⁷¹ Bu türdeki ilk yayınlanan karar 1839 tarihli *Brandreth v. Lance* adlı New York davasıdır.⁷² *Brandreth* kararında Chancellor Reuben Walworth bir mahkemenin “özgür devlet ilkesiyle uyumlu herhangi bir mahkemeye kesin bir şekilde güvenilmeyeceğine ilişkin önleyici adaletin gücünü kullanmaya kalkışmaksızın” tedbir kararı vermeyeceğini yazmıştır.⁷³ Eğer bir mahkeme yazılı hakareti engelleseydi, bunun İngiliz sansürüne geri dönüşün işareti olacağı şeklinde uyarmıştır:

İngiltere’de star chamber mahkemesi, bir zamanlar kulak kesme, alın çizme ve önemli şahsiyetlere hakaret edenlerin burunlarını yarma yetkisini kullandı. Söz konusu yetkilere sahip bir örnek olarak, bu mahkeme şüphesiz ki yasaklama kararıyla yayınları sınırlandırma alışkanlığı içerisindeydi.⁷⁴

Bundan sonraki altbaşlık, yasaklama olmaması kuralının tarihi kökenlerini ortaya çıkarmakta ve mahkemelerin başlangıçta neden bu kuralı kabul ettikleri ve halen uyguladıkları hususunu aydınlatmaktadır. Hakaret davalarında yasaklama kararını ele alan 242’den fazla kararın incelenmesi, yasaklama olmaması kuralının, özgür ifadenin hâkimlerin gücüyle susturulacağına ilişkin hem anayasal, hem de hakkaniyet gereği var olan endişeye dayandığını ortaya çıkarmıştır.⁷⁵ Mahkemeler bu kararların % 75’inden fazlasında şu dört nedenden birini belirterek tedbir kararı vermeyi reddetmişlerdir: (1) Mahkemelerin hakaretimiz beyanlara yönelik olarak yasaklama kararı verme yetkisi bulunmamaktadır; (2)

⁷¹ *Bk., örn.*, *Brandreth v. Lance*, 8 Paige Ch. 24, 26 (N.Y. Ch. 1839); STARKIE, *supra* note 66, at 3.

⁷² 8 Paige Ch. at 24.

⁷³ *Id.* at 26.

⁷⁴ *Id.* (internal citations omitted).

⁷⁵ Yazar mahkemelerin, hakaretimiz ifadelere ilişkin taraflardan birinin mahkemeden tedbir talep ettiğini belirttiği kararlara ilişkin olarak Westlaw ve Nexis’te bir arama yapmıştır. Şu terimler kullanılmıştır: (defamation libel slander) /p (injunction enjoin gag). Bu liste daha sonra haber aramaları ve atıflarda bulunan ek kararlarla desteklenmiştir. Yazar ilgisiz olanları çıkardıktan sonra, toplam 242 karar 15 Mart 2013 tarihine kadar incelemiştir. Özellikle ilk derece eyalet mahkemeleri tarafından verilen çok sayıda kararın bu aramada elde edilemediği çok büyük olasılıktır. Deneysel olarak dava hukukunu incelemeye kalkışan diğer çalışmalar gibi, bazı yayınlanmamış kararların dışlanması, yayınlanan ve yayınlanmayan kararlar arasında sistematik bir fark olduğu sonucuna ilişkin bir önyargı oluşturmaktadır. *Bk.* Kimberly D. Krawiec & Kathryn Zeiler, *Common-Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-Theories*, 91 VA. L. REV. 1795, 1884-87 (2005).

Para, zarar gören davacı açısından yeterli ve tercih edilen bir hukuk yoludur; (3) Yasaklama davacının zararının giderilmesi açısından etkin olmaz veya (4) Hakaretimiz beyanlara yönelik olarak talep edilen yasaklama kararı, anayasaya aykırı bir erken sınırlandırma teşkil eder.⁷⁶ Elbette mahkemeler tedbir talebini reddederken bazen bu gerekçelerden birden fazlasına dayanmışlar, bazen de herhangi bir gerekçe belirtmemişlerdir.

A. Yasaklamaya İlişkin Hukuk Yollarının Hakkaniyet Gereği Sınırlandırılması

Amerikan mahkemeleri yasaklama olmaması kuralını ilk başlattıkları zaman, buna ilişkin olarak en çok belirtilen gerekçe, hukuk mahkemelerinin bu şekilde bir yasaklama kararı verme yetkisi olmadığına ilişkin inançtı. Hukuk mahkemeleri ile hakkaniyet mahkemeleri arasındaki tarihi ayırım nedeniyle common law hâkimleri gerçekte hakkaniyet uyarınca bir hüküm verme yetkisinden mahrumdular.⁷⁷ 1641 de Kraliyet star chamberi kaldırdıktan sonra, İngiliz common law mahkemeleri hakaret davalarına bakmaya başlamıştır⁷⁸. Bu mahkemelerin yasaklama kararı verme yetkisi bulunmaması, hakkaniyet mahkemelerinin de hakaret davalarında yargılama yetkisi bulunmaması nedeniyle, hakaret için tek hukuk yolu parasal tazminattı.⁷⁹

Birleşik Devletler'de 1938 yılında hukuk ve hakkaniyet yargılama yollarını federal mahkemelerde resmen birleştiren Federal Rules of Civil Procedure kabul edilinceye kadar, hukuk mahkemeleri ile hakkaniyet mahkemeleri arasındaki bu yetki ayrımı mevcuttu.⁸⁰ Bundan kısa bir süre sonra çoğu eyalette de bu birleşme

⁷⁶ *Bk. id.*

⁷⁷ “Hakkaniyet uygulamaları, İngiliz mahkemelerinin mahkeme kararları sistemine sıkı sıkıya bağlı kaldığı 13. yüzyıl boyunca artmıştır. Bu sistem çoğu mağdur tarafa başvuru imkânı tanımazken, Kralın yüksek düzeyli görevlilerine yönelik özel bir hukuk yolu gerektiren dilekçe hakkı vermiştir.” Anthony DiSarro, *Freeze Frame: The Supreme Court's Reaffirmation of the Substantive Principles of Preliminary Injunctions*, 47 GONZ. L. REV. 51, 55 (2012).,

⁷⁸ *Bk. Brief Amici Curiae of Historians, supra note 67, at *12.*

⁷⁹ *Bk. Francis v. Flinn*, 118 U.S. 385, 389 (1886) (“Eğer hakkaniyet mahkemesi hakaret davalarında tedbir kararını uygulaysaydı, hukuk mahkemesine ait olan yargılama yetkisinin büyük bir bölümünü kendi üzerine almış olurdu.”); *Brief Amici Curiae of Historians, supra note 67, at *12.*

⁸⁰ *Bk. FED. R. CIV. P. 2* (1938) (amended 2007) (“Civil action olarak bilinen herhangi bir dava türü yoktur”).

devam etmiştir.⁸¹ Buna rağmen yasaklama olmaması kuralı hem federal, hem de eyalet mahkemelerince benimsenmiştir. Önde gelen birkaç hukuk tarihçisinin, Yüksek Mahkeme’de geçenlerde görülen ve hakaret nedeniyle yasaklama istenilen *Tory v. Cochran* davasında bilirkişi olarak verdikleri görüşlerinde not ettikleri gibi, “hakaret davalarında mahkeme kararıyla yasaklamanın mümkün olmaması, Birleşik Devletlerde özgür basın anlayışının ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilerek uygulanmıştır.”⁸²

Aslında Amerikan hâkimleri, hakaretamiz ifadeler nedeniyle yasaklama taleplerini hızlı bir şekilde reddetmekteydiler. İlk kararların gerekçesi de hemen hemen tamamında aynı şekilde olmak üzere, mahkemenin hakkaniyet temelinde zararın giderilmesine yönelik olarak hükmetme yetkisi bulunmadığına dayanıyordu.⁸³ Ancak, Birleşik Devletlerde birçok yerde hukuk ve adalet mahkemele-

⁸¹ *Bk.* John J. Kircher & Christine M. Wiseman, 2 PUNITIVE DAMAGES: LAW AND PRACTICE § 20:2 (2d ed. 2012) (“iki sistemi tek bir eyalette birleştiren reform New York’ta 1948’de başlamıştır ve neredeyse bütün diğer bölgeler de sonuç olarak bunu izlemişlerdir.”). Fakat bkz. Rendleman, *supra* note 47, at 1643 (“Hukuk ve hakkaniyetin birleşmesi tamamlanmadı, çoğu eyalet sistemimizde bazı alanların sürekli olarak hakkaniyet yargılamasında olduğu düşünülmektedir.”).

⁸² Brief Amici Curiae of Historians, *supra* note 67, at *13. For a discussion of *Tory v. Cochran*, 544 U.S. 734 (2005), bk. *infra* Part II.B.

⁸³ *Bk.* *Citizens’ Light, Heat & Power Co. v. Montgomery Light & Water Power Co.*, 171 F. 553, 557 (C.C.M.D. Ala. 1909); *Balliet v. Cassidy*, 104 F. 704, 706 (C.C.D. Or. 1900); *Kidd v. Horry*, 28 F. 773, 776 (C.C.E.D. Pa. 1886); *Balt. Car-Wheel Co. v. Bemis*, 29 F. 95, 95 (C.C.D. Mass. 1886); *Palmer v. Travers*, 20 F. 501, 502 (C.C.S.D.N.Y. 1884); *Willis v. O’Connell*, 231 F. 1004, 1009 (S.D. Ala. 1916); *Dailey v. Super. Ct. of S.F.*, 44 P. 458, 460 (Cal. 1896); *Reyes v. Middleton*, 17 So. 937, 939 (Fla. 1895); *McFarlan v. Manget*, 174 S.E. 712, 712 (Ga. 1934); *Bell & Co. v. Singer Mfg. Co.*, 65 Ga. 453, 459 (1880); *Singer Mfg. Co. v. Domestic Sewing Mach. Co.*, 49 Ga. 70, 74 (1873); *Christian Hosp. v. People ex rel. Murphy*, 79 N.E. 72, 74 (Ill. 1906); *Allegretti Chocolate Cream Co. v. Rubel*, 83 Ill. App. 558, 565 (1898); *Everett Piano Co. v. Bent*, 60 Ill. App. 372, 378 (1895); *Raymond v. Russell*, 9 N.E. 544, 544 (Mass. 1887); *Boston Diatite Co. v. Florence Mfg. Co.*, 114 Mass. 69, 70 (1873); *Flint v. Hutchinson Smoke Burner Co.*, 19 S.W. 804, 805 (Mo. 1892); *Marlin Firearms Co. v. Shields*, 64 N.E. 163, 165 (N.Y. 1902); *Brandreth v. Lance*, 8 Paige Ch. 24, 24 (N.Y. Ch. 1839); *Singer v. Romerrick Realty Corp.*, 5 N.Y.S.2d 607, 607 (App. Div. 1938); *Koussevitzky v. Allen, Towne, & Heath, Inc.*, 68 N.Y.S.2d 779, 785 (Sup. Ct. 1947), *aff’d*, 69 N.Y.S.2d 432 (App. Div. 1947); *League for Peace with Justice in Palestine v. Newspaper P.M.*, 65 N.Y.S.2d 480, 481 (Sup. Ct. 1946); *Judson v. Zurhorst*, 20 Ohio Cir. Dec. 9, 11 (1907), *aff’d*, 85 N.E. 1127 (Ohio 1908); *Balt. Life Ins. Co. v. Gleisner*, 51 A. 1024, 1024 (Pa. 1902); *Houston v. Interstate Circuit, Inc.*, 132 S.W.2d 903, 906-07 (Tex. Civ. App. 1939); *Strang v. Biggers*, 252 S.W. 826, 827 (Tex. Civ. App. 1923); *Mitchell v. Grand Lodge Free & Accepted Masons of Tex.*, 121 S.W. 178, 179 (Tex. Civ. App. 1909). *But bk.* *Hawks v. Yancey*, 265 S.W. 233, 237 (Tex. Civ. App. 1924) (asserting that the rule that equity would not protect purely personal rights was known chiefly

ri birleştikten çok sonraları da hâkimler, bu şekilde bir hüküm verme yetkileri olmadığı gerekçesiyle, hakaretamiz ifadeleri hedef alan yasaklama taleplerini reddetmeye devam etmişlerdir.⁸⁴ Birçok hâkim de, “eğer uygun görürlerse bu jürinin yetkisindedir” şeklinde görüş belirtmişlerdir.

1. Yargı Yetkileri Üzerindeki Kontrolün Devam Ettirilmesi

İfade özgürlüğü tartışmalarında jürinin rolüne duyulan saygı, Amerikan mahkemeleri tarafından yasaklama olmaması kuralının kabul edilmesinin tohumlarını ekmiştir. “Hakkaniyet hakareti engelleyemez” şeklindeki vecize de aslında jüri olmaksızın görev yapan hâkimin ifadeyi sansürleyemeyeceğine ve jürinin hükümetin temel özgürlüklere müdahalesinin önündeki bir siper olduğuna ilişkin bir iddiaydı.⁸⁵ Hukuk mahkemeleri ile hakkaniyet mahkemeleri arasındaki en önemli farklılıklardan birisi, hukuk mahkemelerinde jüri olması, hakkaniyet mahkemelerinde ise olmamasıydı.⁸⁶ Örneğin, *Citizens' Light, Heat & Power Co. v. Montgomery Light & Water Power Co.* davasında mahkeme hakaretin engellenmesi talebini şu gerekçeyle reddetmiştir:

Common lawda olduğu gibi, dava konusu iddiaların doğruluğunun veya gerçek dışı olduğunun jüri yargılaması tarafından belirlenmesi davalının hakkıdır. Bu, hakkaniyet mahkemesinde anlaşılabilir. Fiilin hatalı olduğu adil bir şekilde açıkça ortaya çıkarılmadıkça veya engellenmek istenilen kişinin, söz konusu fiili gerçekleştirmek için hakkının olmaması durumunda kişinin herhangi bir fiilde bulunması kesinlikle engellenemez. Yalan olduğu iddia edilen ifadeler konusun-

by its breach and could be regarded as a fiction).

⁸⁴ *Bk. Am. Univ. of Antigua Coll. of Med. v. Woodward*, No. 10-10978, 2010 WL 5185075, at *3 (E.D. Mich. Dec. 16, 2010); *Kessler v. Gen. Servs. Admin.*, 236 F. Supp. 693, 698 (S.D.N.Y. 1964), *aff'd*, 341 F.2d 275 (2d Cir. 1964); *Hoxsey Cancer Clinic v. Folsom*, 155 F. Supp. 376, 378 (D.D.C. 1957); *Birnbaum v. Wilcox-Gay Corp.*, 17 F.R.D. 133, 139 (N.D. Ill. 1953); *Weiss v. Weiss*, 5 So. 3d 758, 760 (Fla. Dist. Ct. App. 2009); *Rodriguez v. Ram Sys., Inc.*, 466 So. 2d 412, 412 (Fla. Dist. Ct. App. 1985); *Montgomery Ward & Co. v. United Retail, Wholesale & Dep't Store Emps. of Am.*, 79 N.E.2d 46, 48 (Ill. 1964); *Krebiozen Research Found. v. Beacon Press, Inc.*, 134 N.E.2d 1, 6 (Mass. 1956); *Prucha v. Weiss*, 197 A.2d 253 (Md. 1964); *Rosenberg Diamond Dev. Corp. v. Appel*, 735 N.Y.S.2d 528, 528 (App. Div. 2002); *Donnelly v. United Fruit Co.*, 166 N.Y.S.2d 392, 392 (App. Div. 1957); *Schmoldt v. Oakley*, 390 P.2d 882, 883 (Okla. 1964); *Kyritsis v. Vieron*, 382 S.W.2d 553, 557 (Tenn. Ct. App. 1964); *Kwass v. Kersey*, 81 S.E.2d 237, 243 (W. Va. 1954).

⁸⁵ *Bk. supra* note 2 ve beraberindeki metin.

⁸⁶ *Bk. Rendleman, supra* note 47, at 1644-45.

da hakların mevcut olduğu durumlarda, hakkaniyet mahkemesi nasıl ikna edilecektir? Bu hususla ilgili olarak kendi başına yargılama yapamaz veya hukuk mahkemesi önünde bu hakkı belirleyemez.⁸⁷

Aslında jürinin hukuk ve ceza davalarındaki genişleyen rolünü, Amerikalıların gördüğü ve ifade ve basın özgürlüğü açısından hayati derecede önemli olan korumalardaki artış takip etmiştir. Star Chamber hakkındaki birçok eleştiriden birisi de, jürinin mevcut olmamasıydı. Common law mahkemeleri hakaret davalarını görmeye başladıkları zaman, jürinin dâhil olması, hükümetin ifadenin sansür edilmesi konusundaki yetkisine çok önemli sınırlandırmalar getirilmesini önermiştir. Fakat İngiliz common law’una göre başlangıçta jürinin rolü, davacı tarafından dile getirilen dava konusu ifadelerin, davalı tarafından yayınlanıp yayınlanmadığı hususuna karar vermekle sınırlıydı.⁸⁸ İfadelerin hakaretimiz olup olmadığı veya jürinin davacı lehine ne tür bir hukuk yoluna hükmedilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir rolü bulunmamaktaydı.⁸⁹

Jüri için sunulan bu sınırlı rol, Amerikan kolonilerinde ise tam yerleşmemiştir. John Peter Zenger yargılaması bunu oldukça açık bir şekilde göstermektedir. Hükümet aleyhine kışkırtıcı hakaret iddiasıyla 4 Ağustos 1735 yılında yargılanması için hakkında dava açıldığı zaman, New York Weekly Journal’in yayıncısı olan Zenger, özgür basının önde gelen savunucularından biriydi.⁹⁰ Hâkim, hakikatın bir savunma olmayacağına ve basılı ifadenin “hakaret teşkil edip etmeyeceği” konusunun da hâkimin özel yetkisine girdiğine karar verdikten sonra, jüriye sadece “söz konusu ifadeyi içeren materyalleri Zenger’in bastırıp bastırmadığına karar vermesi” talimatını vermiştir.⁹¹ Zenger’in avukatı Andrew Hamilton müvekkilinin söz konusu materyalleri yayınladığını kabul etmiş, fakat jüriden, “Tiranlık girişimine engel olan insanlar olarak”⁹², suçun belirlenmesi konusunda kendi değerlendirmesini yapmasını rica etmiştir. Jüri suçsuz olduğuna dair bir

⁸⁷ 171 F. at 556; *accord Hutchinson Smoke Burner Co.*, 19 S.W. at 806; *Balt. Life Ins. Co.*, 51 A. at 1024.

⁸⁸ *Bk. Meyerson, supra* note 67, at 306.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.* at 318-19.

⁹¹ *Id.* (quoting FREEDOM OF THE PRESS FROM ZENGER TO JEFFERSON 47, 60 (Leonard W. Levy ed., 1966) [hereinafter FREEDOM OF THE PRESS]).

⁹² *Id.* (quoting FREEDOM OF THE PRESS, *supra* note 88, at 59).

karar verince, salonu dolduran kalabalıkta çok büyük bir sevinç vardı.⁹³

Zenger davasında jürinin yetkiyi hâkime devretmedeki isteksizliği, hem jüri yargılamasını⁹⁴ garanti altına alan 6. Amendment'in kabul edilmesi, hem de hakaret davalarında jürinin genişleyen yetkisi⁹⁵ için güçlü bir slogan haline gelmiştir. Bugün jürinin yetkileri gerçek dışılığın, kusurun ve zararın tespitinden oluşmaktadır. Kolonilerde yaşayanlar için jüri, ister vali, ister parlamento, isterse de hâkim olsun, otoritenin kötüye kullanılmasının önünde önemli bir kalkan olduğuna dair bir inanç haline gelmişti.⁹⁶ Tarihçi Michael Meyerson'un gözlemlediği gibi, "Amerika'da özgürlük, koloni hâkimleri tarafından değil, onlardan korunma olarak görülmüştür."⁹⁷

Gerçekten de jüri, hakaret davalarında çok önemli ve çeşitli roller oynamaktadır. Davaya bakabilmek için öncelikli bir mesele olarak, jüri davacının dava konusu ifadeye atfettiği hakaretimiz anlamın, üçüncü kişiler tarafından da aynı şekilde anlaşılıp anlaşılamayacağını değerlendirmelidir.⁹⁸ Bu her ne kadar basit bir soruşturma olsa da, ifadenin kişisel itibara bir zarar verip vermediği sadece kullanılan kelimelere atıf yapmak suretiyle belirlenemez. "Çünkü itibara yönelik zararlar, sosyal değerler üzerinden inşa edilen zararlar olduğu için, mahkeme ilgili toplumun tutumları, inançları ve önyargıları aracılığıyla söz konusu zararın etkilerini ölçmelidir."⁹⁹ Bu nedenle hakaret davalarında jürinin fonksiyonu, "hü-

⁹³ *Id.* (quoting FREEDOM OF THE PRESS, *supra* note 88, at 61).

⁹⁴ *Bk.*, *örn.*, Albert W. Alschuler & Andrew G. Deiss, *A Brief History of Criminal Jury in the United States*, 61 U. CHI. L. REV. 867, 874 (1994).

⁹⁵ *Bk.* ZECHARIAH CHAFEE, JR., FREEDOM OF SPEECH AND PRESS 40 (1955) (Hükümet aleyhine kışkırtma davaları sayesinde kolonilerin, cezalandırma konusuna jüri aracılığıyla sade vatandaş karar vermediği müddetçe, insanların siyasi meseleler hakkındaki bu önemli konuşma yetkilerinin, yöneticiler tarafından ortadan kaldırılacağını öğrendiklerini iddia etmiştir.).

⁹⁶ Meyerson, *supra* note 67, at 319; *bk. also* Siegel, *supra* note 1, at 698 ("18. Yüzyılda ve yüzyılın sonuna kadar, jürinin dahil söz konusu olmaksızın ifade ve basın özgürlüğü tartışmalarında tamamiyle hâkimlerin görevlendirilmesine ilişkin gittikçe artan ve baskın bir hoşnutsuzluk vardı.").

⁹⁷ Meyerson, *supra* note 67, at 320; *bk. also* Kidd v. Horry, 28 F. 773, 776 (C.C.E.D. Pa. 1886) (Yasaklamaverilmemesi kuralının, jüri tarafından yargılanma hakkının öncüsü olduğunu not etmiştir.); State *ex rel.* Liversey v. Judge of Civil Dist. Court, 34 La. Ann. 741, 745 (1882) (Basının tamamıyla susturulduğu, kamuoyu üzerindeki etkisinin tamamen ortadan kalktığı, bağımsız olmayan ve yolsuz bir yargının olduğu koşullarda yasaklama veya uyarma kararı vermeyi reddetmiştir.").

⁹⁸ *Bk.*, *örn.*, MacLeod v. Tribune Pub. Co., 343 P.2d 36, 41 (Cal. 1959).

⁹⁹ Ardia, *Reputation in a Networked World*, *supra* note 12, at 296 (quoting Lidsky, *supra* note 20,

kümetin ifade özgürlüğüne ilişkin yaptırım uygulama yetkisi hakkında veto gücü olan yaygın bir kurum olarak, bir halk platformu şeklinde hareket etmektedir.”¹⁰⁰

2. Hakkaniyete Dayalı Hukuk Yolları Yerine Hukuki Yolların Tercih Edilmesi

Hukukun hakaret davalarında yasaklama kararı vermeye yaklaşmaması, hakkaniyete dayalı hukuk yolları yerine hukuki yolların daha çok tercih edildiğine ilişkin olarak uzun bir süredir var olan bakış açısıyla kökleşmiştir.¹⁰¹ Bu ilke artık hukuk sistemimize o kadar işlemiştir ki, Yüksek Mahkeme de, “mahkemelerin hakkaniyete dayalı hukuk yollarına hükmetmeden önce, hukuki yolların yeterli olup olmadığını değerlendirmesinin gerekliliği olduğunu”¹⁰² belirtmiştir. Her ne kadar bu anlayış, hukuk mahkemeleri ile hakkaniyet mahkemeleri arasındaki tarihsel ayrıma kısmen atfedilebilirse de, hukuki yolların tercih edilmesi günümüzde halen geçerlidir.¹⁰³

Yirminci yüzyılın ortalarına kadar, çok az sayıda mahkeme yasaklama talebini reddetmenin gerekçesi olarak, hakkaniyete ilişkin yetkisi olmadığını belirtiyordu. Söz konusu mahkemeler bu gerekçenin yerine, davacı eğer yeterli hukuk yoluna sahipse, yasaklama kararı istemeye hakkı olmadığına ilişkin genel bir hakkaniyet prensibine dayanmaktaydılar.¹⁰⁴ Örneğin Teksas’ta mahkeme-

at 25). Hakaret davalarında kişisel itibara verilen zararların nasıl sosyal değerler üzerinden inşa edilen zararlar olduğuna örnek olarak şu iddialar gösterilebilir. Davacının komünist, zenci veya homoseksüel olduğuna ilişkin iddialar bir zamanlar hakaretimiz olarak değerlendiriliyordu. Fakat günümüzde bunlar genellikle bu şekilde değerlendirilmemektedir.. *Bk. id.* at 295-300.

¹⁰⁰ Siegel, *supra* note 1, at 729.

¹⁰¹ *Bk. OWEN M. FISS, THE CIVIL RIGHTS INJUNCTION 1 (1978).*

¹⁰² *Franklin v. Gwinnett Cnty. Pub. Sch.*, 503 U.S. 60, 75-76 (1992).

¹⁰³ *Bk. id.*; *bk. also FISS, supra* note 98, at 1.

¹⁰⁴ *Bk. Oorah, Inc. v. Schick*, No. 09-CV-00353 (FB) (JO), 2012 WL 3233674, at *4 (E.D.N.Y. Aug. 6, 2012); *Allen v. Ghoulsh Gallery*, No. 06CV371NLS, 2007 WL 1555739, at *2 (S.D. Cal. May 23, 2007); *Freedom Calls Found. v. Bukstel*, No. 05CV59460 (SJ) (VVP), 2006 WL 845509, at *22 (E.D.N.Y. Mar. 3, 2006); *Ameritech v. Voices for Choices, Inc.*, No. 03C3014, 2003 WL 21078026, at *2 (N.D. Ill. May 12, 2003); *Bihari v. Gross*, 119 F. Supp. 2d 309, 324 (S.D.N.Y. 2000); *Tilton v. Capital Cities/ABC Inc.*, 827 F. Supp. 674, 681 (N.D. Okla. 1993); *Ga. Soc. of Plastic Surgeons, Inc. v. Anderson*, 363 S.E.2d 140, 144 (Ga. 1987); *Basarich v. Rodeghero*, 321 N.E.2d 739, 743 (Ill. App. Ct. 1974); *Everett Piano Co. v. Bent*, 60 Ill. App. 372, 378 (1895); *Daugherty v. Allen*, 729 N.E.2d 228, 235 (Ind. Ct. App. 2000); *Greenberg v. Burglass*, 229 So. 2d 83, 83 (La. 1969); *Vartech Sys., Inc. v. Hayden*, 951 So. 2d 247, 262 (La. Ct. App. 2006); *Wolf v. Harris*, 184 S.W. 1139, 1141 (Mo. 1916); *Mescalero Apache Tribe*

ler, engellenmesi talep edilen dava konusu ifadenin başkalarına yönelik zarar tehdidi içermedikçe, hakaret davalarında parasal tazminatın yeterli hukuk yolu olduğunu düşünmektedir.¹⁰⁵ Bazı hâkimler ise yasaklama talebini reddederken bu gerekçeyi, basitçe davacının hukuken yeterli hukuk yoluna sahip olduğunu söylemenin diğer bir şekli olan, davacının “telafisi imkânsız zarar”ın¹⁰⁶ gerçekleşeceğini kanıtlayamaması olarak tanımlamaktadırlar.¹⁰⁷ Her iki yaklaşım da sonuç olarak davacıyı, yasaklama gibi bir hakkaniyet hukuk yolundan, parasal tazminata kanalize eden bir araç fonksiyonu görmektedir.

Mahkeme davacının hukuken yeterli hukuk yoluna sahip olduğuna karar verdiği zaman, hakaretamiz ifadenin içeriğinin, mahkemelerin vardığı sonuçla ilgisi yoktur. Bu mahkemeler, davacının mevcut hukuk yollarını nasıl kullanabileceği konusunu pek fazla irdelememektedirler. Mahkemeler davalının hükmedilen tazminatı ödeme kabiliyetine ilişkin ciddi soru işaretleri olduğu¹⁰⁸ veya hakare-

v. Allen, 469 P.2d 710, 711 (N.M. 1970); Ashinsky v. Levenson, 100 A. 491, 493 (Pa. 1917); Frick v. Stevens, 43 Pa. D. & C.2d 6, 28 (C.P. Ct. Cumberland Cnty. 1967); Cullum v. White, No. 04-09-00695-CV, 2011 WL 6202800, at *13 (Tex. App. Dec. 14, 2011); Perez v. Dietz Dev., LLC, No. 122157, 2012 WL 6761997, at *1 (Va. Dec. 28, 2012); Kwass v. Kersey, 81 S.E.2d 237 (W. Va. 1954).

¹⁰⁵ *Bk., örn.*, Hajek v. Bill Mowbray Motors, Inc., 647 S.W.2d 253, 255 (Tex. 1983); Brammer v. KB Home Lone Star, L.P., 114 S.W.3d 101, 109 (Tex. App. 2003).

¹⁰⁶ *Bk.* Kramer v. Thompson, 947 F.2d 666, 679-80 (3d Cir. 1991); McGath v. Hamilton Local Sch. Dist., 848 F. Supp. 2d 831, 839 (S.D. Ohio 2012); Allen v. Quest Online, LLC, No. CV-11-138-PHX-GMS, 2011 WL 4403674, at *13 (D. Ariz. Sept. 22, 2011); Bobolas v. Does, No. CV-10-2056-PHX-UGC, 2010 WL 3923880, at *3 & n.2 (D. Ariz. Oct. 1, 2010); Bynog v. SL Green Realty Corp., No. 05CIV.0305WHP, 2005 WL 3497821, at *3 (S.D.N.Y. Dec. 22, 2005); Hammer v. Trendl, No. CV02-2462 (ADS), 2003 WL 21466686, at *3 (E.D.N.Y. Oct. 10, 2002); Evans v. Evans, 76 Cal. Rptr. 3d 859, 867 (Ct. App. 2008); Cohen v. Advanced Med. Grp. of Ga., Inc., 496 S.E.2d 710, 711 (Ga. 1998); Pittman v. Cohn Cmty., Inc., 239 S.E.2d 526, 528 (Ga. 1977); Richter Bros. v. Journeymen Tailors’ Union, 11 Ohio Dec. Reprint 45, 46 (Franklin C.P. 1890).

¹⁰⁷ *Bk.* United States v. Am. Friends Serv. Comm., 419 U.S. 7, 11 (1974) (“Mevcut hukuk yollarının yetersizliği sadece telafisi imkansız zarar olduğunda söz konusudur.”); Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (*Steel Seizure*), 343 U.S. 579, 585 (1952) (“Bu her iki konu eğer özdeş değilse, yakın bir şekilde birbiriyle ilişkilidir.”).

¹⁰⁸ *Bk., örn.*, Willis v. O’Connell, 231 F. 1004, 1014 (S.D. Ala. 1916) (“eğer bu güçlü bir prensip ise şu sonuca varabiliriz: zengin kişiler özgür bir şekilde hakaret edebilirler çünkü sadece mahkemede jüri tarafından karar verilecek olan tazminat ve ceza soruşturması hakkına tabidirler. Fakir kişiler ise fakir oldukları için jüri yargılamasından mahrumdurlar ve özet yasaklama kararına maruz kalma olasılıkları çok yüksektir. Bu nedenle bunun hukuk olarak adlandırılmayacağını söyleyebilirim.”); Willing v. Mazzocone, 393 A.2d 1155, 1158 (Pa. 1978) (“Davalının iflasının bir hukuk yolu olmadığına ilişkin bir veri oluşturmaz. Hukuk yolunun yeterli

tamiz davranışın zarara sebep olmaya devam ettiği zamanlarda bile, davacının yeterli hukuk yoluna sahip olduğunu belirtmişlerdir.¹⁰⁹ Davaların incelenmesi sonucunda, davalı olan polis departmanının soruşturması düştükten sonra dahi “suçlulara ilişkin fotoğraf galerisinde” davacının fotoğrafının yayınlanmasına devam ettiği,¹¹⁰ davalının bir iç yönerge yayımlayarak ve gerçeğe aykırı bir şekilde davacının avukatının hukuki yargılamada “bilerek gerçeğe aykırı beyanda bulunan üçkağıtçı egoist” olduğunu beyan ettiği¹¹¹ ve davacının kayın validesinin kocasıyla ilişkisini bozmak için kendisine iftira ettiği¹¹² durumları da içeren çok çeşitli hallerde, mahkemelerin yasaklama talebini reddettiğini ortaya çıkarmıştır.

Birçok eleştirmen, parasal hukuk yollarını açıkça yetersiz olduğunu görerek ve mahkemelerin hukuk yollarını yeterli kabul etmesinin de yasaklama hakkındaki antipatiyi maskeleydiğini fark ederek, hukuk yollarının itibara yönelik zararları onarmada yeterli olduğu konusunda, hiç de şaşırtıcı olmayan bir şekilde öneride bulunmuşlardır. Telif edilemeyen zararlar hakkında oldukça ikna edici bir eleştiri¹¹³ yazan Douglas Laycock, “hukuk yollarının neredeyse hiçbir zaman yeterli olmaması nedeniyle” bu kuralın hâkimleri, hükmedilecek hukuk yolunu tercih ederken gerçek nedenleri belirtmekten alıkoyduğu sonucuna varmaktadır.¹¹⁴ “Tazminat, kaybedilen itibarı geri getiremeyeceği ve çekilen sıkıntı nedeniyle yaşanan duygusal üzüntüyü silemeyeceği” için, Profesör Laycock parasal tazminatın kabaca yetersiz bir hukuk yolu olduğunu ve bu nedenle de telifsiz imkânsız zararın gerekliliklerinin karşılanmasının davacı açısından kolaylaştırılması gerektiğini ileri sürmüştür.¹¹⁵ Fakat O’nun da işaret ettiği gibi

olup olmadığı hakkında karar verirken belirleyici faktör, sadece hukuk yolunun kendisidir, muhtemel başarısı değildir.”).

¹⁰⁹ *Bk. infra* notes 107-09 ve beraberindeki metin.

¹¹⁰ *Owen v. Partridge*, 82 N.Y.S. 248, 249 (Sup. Ct. 1903).

¹¹¹ *Garipey v. Springer*, 48 N.E.2d 572, 573 (Ill. App. Ct. 1943).

¹¹² *Devine v. Devine*, 90 A.2d 126, 127 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1952).

¹¹³ LAYCOCK, *supra* note 44, at 237-43. Birkaç yüz yargısal kararı analiz ettikten sonra telifsiz imkânsız zarar kuralının uygulanmasını ileri süren, Professor Laycock: “Alternatif hukuk yolları asla yeterli olmayacağı için, telifsiz imkansız zarar kuralının neredeyse hiçbir zaman özel hukuk yollarını engellemeyeceği sonucuna varmıştır. Kalıcı bir çözüm olarak, herhangi bir davacının makul bir ihtiyaç ile özel bir hukuk yolu için telifsiz imkânsız zarar kuralının gereklerini yerine getirebileceğini belirtmiştir.” *Id.* at 23.

¹¹⁴ *Id.* at 161.

¹¹⁵ *Id.* at 165 (footnote omitted).

mahkemeler tipik olarak bu hukuk yoluna hükmetmişlerdir. Bunun yerine yasaklama olmaması kuralı, hakaret davacısını, “bu kuralın haksız ve suç beyanlarına karşı da uygulanacağından korktuğumuz için daha az etkili hukuk yollarıyla sınırlandırmıştır.”¹¹⁶ Profesör Laycock davacının kendi tercih ettiği hukuk yolunu seçmesi gerektiğine inanmasına rağmen, diğer çıkarların davacının çıkarından ağır bastığı durumlarda, mahkemenin yasaklama emri vermeyi reddetmesi gerektiğini kabul etmek zorunda kalmıştır.¹¹⁷ Profesör Laycock’a göre bu çıkarlar, davalının ispat kabiliyeti, mahkemeler veya kamuoyu ile maddi hukukun telafi edici politikalarıdır.¹¹⁸

Hukuk yollarının tercih edilmesi, ayrıca jüriyle olan ilişkiyi de yansıtmaktadır. Her ne kadar jürinin, hakkaniyete dayalı hukuk yoluna hükmedilmesinde tipik olarak herhangi bir rolü söz konusu değilse de, davacılar karşı tarafı jüri yargılaması hakkından mahrum etmek için böyle bir talepte bulunabilmektedirler.¹¹⁹ Uzun zamandır var olan hakkaniyet kuralları, bu şekildeki stratejik davranışları sınırlandırmaya hizmet etmektedir.¹²⁰ “Hâkimler hukuk yollarını tercih ederek, davacının jüri tarafından görülen bir hukuk davası açma hakkını koruyacak şekilde, hakkaniyete dayalı hukuk yollarından, hukuk yollarına yönlendirmek amacıyla telafisi imkânsız zarar kuralını uygularlar.”¹²¹

Her ne kadar hakkaniyet kurallarının, hukuk mahkemeleri ve hakkaniyet mahkemeleri birleştiğinden dolayı artık bir etkisi olmayacağını düşünebilirsek de, Yüksek Mahkeme hakaret bağlamında olmasa da, son zamanlarda verdiği iki kararında “yerleşmiş hakkaniyet kurallarının”, yasaklamaya ilişkin hukuk yollarını değerlendirirken bir rehber olarak kaldığını onaylamıştır.¹²² Bu hakka-

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.* at 266.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.* at 213-14. Birçok sayıda davada, davacılar bu şekilde yapmışlardır.

¹²⁰ *Bk., örn., Dairy Queen, Inc. v. Wood, 369 U.S. 469, 478 (1962); Beacon Theatres, Inc. v. Westover, 359 U.S. 500, 510-11 (1959).*

¹²¹ Rendleman, *supra* note 47, at 1645; *bk. also id.* at 1645 n.12 (“Ulusal tarihimiz boyunca hukuki ve hakkaniyete dayalı hukuk yollarından hangisinin kabul edileceğine karar verecek mekanizmanın, sivil jüri olarak tercih edildiği beyan edilmiştir.”)

¹²² *eBay Inc. v. MercExchange, LLC, 547 U.S. 388, 391 (2006)* (Patent davalarında sürekli bir tedbir kararı değerlendirilirken geleneksel hakkaniyet kurallarının dikkate alınması gerektiğini beyan etmiştir.); *bk. also Winter v. Natural Res. Def. Council, Inc., 555 U.S. 7, 32 (2008)*

niyet kurallarının arasında, mahkemelerin hakkaniyete dayalı hukuk yollarına hükmetmeden önce hukuk yollarının yeterliliğini değerlendirmesi gerekliliğine ilişkin talimat ve hakkaniyete dayalı hukuk yollarının uygun olduğu durumda bile, mahkemenin bir taraf açısından yapılması son derece “faydasız bir şeyi” emretmemesine ilişkin öneri bulunmaktadır.¹²³

3. İfadenin Yasaklanmasının Etkililiğine İlişkin Endişeler

Hakaretamiz ifadeye yönelik yasaklamanın işe yaramaması iyi bir şey olabilir. Zira hâkimler çok geniş veya çok dar kapsamlı olmaksızın, davacının amacını gerçekleştirecek bir mahkeme kararı verirken çok büyük zorluklarla karşılaşır. Hatta çok iyi bir şekilde yazılmış bir tedbir kararı dahi hem mahkemenin görev ve yetki sınırına hem de uygunluğun sağlanmasına ilişkin uygulama sorunları konusunda ciddi icra problemleriyle yüz yüze gelir.¹²⁴ Özellikle kamu çıkarını ilgilendiren durumlarda ifadenin kısıtlanması herkesin bildiği gibi çok zordur.¹²⁵ Profesör Doug Rendleman’ın gözlemlediği gibi, “yasaklama kararı ancak dur işaretinin bir aracı durdurduğu gibi, bir davranışı durdurabilir; davalı, dur işaretine uymalı ve frene basmalıdır.”¹²⁶

Aslında hakaret davalarında hâkimlerin yasaklama kararına hükmetmeyi reddetmelerinin sebepleri arasında, yasaklama kararının davacının özel ihtiyaçlarına uyarlanmasında karşılaşılan zorluklar ve hakkaniyete dayalı hukuk yollarıyla iç içe geçmiş olan idari ve uygulamadan kaynaklanan ağır külfetler bulunmaktadır.¹²⁷ Mahkemenin son hükmü vermesinin haricinde, tipik olarak başka bir şey

(Donanmanın sonar sistemi kullanmasına karşı verilen ihtiyati tedbir kararını bozmuş ve tedbirin hakkaniyet takdirinin konusu olduğuna, elbette meselenin, davanın esastan kazanıldığı anlamına gelmediğine dikkat çekmiştir”).

¹²³ N.Y. Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 744 (1971) (Marshall, J., concurring); *bk. also* Mitchell v. Chambers Constr. Co., 214 F.2d 515, 517 (10th Cir. 1954) (“Hakkaniyet kuralları faydasız ve gereksiz bir şey yapamaz, ayrıca ihlalin tekrarlayacağı konusunda bir ihtimalin bulunmadığı durumlarda mahkemenin boş bir emir vermekten kaçınmasında tamamiyle haklı bir gerekçesi vardır.”).

¹²⁴ *Bk.* Rendleman, *supra* note 47, at 1650.

¹²⁵ *Bk. infra* Part IV.A.4-5.

¹²⁶ Rendleman, *supra* note 15, at 357.

¹²⁷ *Bk.* Alberti v. Cruise, 383 F.2d 268, 272 (4th Cir. 1967) (“Esnek yasaklama kararlarına ne kolaylıkla uyulur, ne de bu kararlar sıkı bir şekilde uygulanabilir.”); *Oakley, Inc. v. McWilliams*, 819 F. Supp. 2d 1087, 1090 (C.D. Cal. 2012) (“Buradaki yasaklama kararı, genel olarak hakarettteki gibi etkisiz veya çok geniş kapsamlıdır ya da her ikisidir.”); *Jordan v. Metro. Life*

yapmasını gerektirmeyen parasal tazminatın aksine, yasaklamaya ilişkin hukuk yolları dikkatli uyarlama gerektirmekte ve genellikle de uygulama için ek adımlar atılmasını gerekli kılmaktadır.¹²⁸

Örneğin *Devine v. Devine* davasında, davacı kayın validesi aleyhine, evliliğini yıkmak niyetiyle kocasına yanlış ifadeler söylediğini beyan ederek dava açmıştır.¹²⁹ New Jersey hakkaniyet mahkemesi (chancery court) “uygulamadaki doğal zorluklar nedeniyle icra edilemeyeceği” gerekçesiyle davacının yasaklama talebini reddetmiştir.¹³⁰ Mahkeme dava konusu ifadelerin etkin şekilde engellenmesinin ne kadar zor olabileceğini şu şekilde vurgulamıştır:

Davacının mahkemeden, davalının oğlu ile olan yazılı ve sözlü iletişimini sansürlemesini, oğluna davalı hakkında kötü yorum ve eleştiride bulunmasını, yalan hikâyeler anlatmasını ve yanlış bilgileri vermesini sınırlandırmayı ve engellemeyi talep ettiği anlaşılmaktadır. Şayet mahkeme böyle bir yasaklama kararı verse bile, bunu nasıl uygulayacağı açık değildir. Ayrıca söz konusu yasaklama kararının uygulanması başa çıkılması mümkün olmayan zorluklar barındırmaktadır.¹³¹

Mahkemenin dava konusu ifadelere ulaştığı durumlarda dahi, hâkimler itibarıyla yönelik daha fazla zararı engelleyecek çok fazla veya çok dar kapsamlı olmayan yasaklama kararını tasarlarlarken çok önemli zorluklarla karşılaşır. Hakaret

Ins. Co., 280 F. Supp. 2d 104, 112 (S.D.N.Y. 2003) (“İşçinin çıkarılmasının ihbarında işverenin yararının korunarak hakaretimiz ifadenin engellenmesini sağlayacak bir yasaklama kararı uyarlamak mahkeme açısından imkansızdır.”); *Balboa Island Vill. Inn, Inc. v. Lemen*, 156 P.3d 339, 356 (Cal. 2007) (Kennard, J., concurring and dissenting) (“kararın kaleme alınması konusundaki ince farklar, belli bir söylemin yasaklama kararı kapsamına girip girmediğinin belirlenmesini istisnai bir şekilde zorlaştırır.”); *Devine v. Devine*, 90 A.2d 126, 129 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1952) (“[Önerilen yasaklama kararı, uygulama aşamasına ilişkin doğal zorluklar nedeniyle uygulanabilir değildir.”).

¹²⁸ *Bk. Rendleman, supra* note 15, at 354 (“Hakkaniyette idari endişeler, hukuki endişelerden daha fazladır. Yasaklama kararına hükmetmek, formüle etmek, yönetmek ve uygulamak oldukça zordur.”); Douglas Laycock, *Injunctions and the Irreparable Injury Rule*, 57 TEX. L. REV. 1065, 1084 (1979) (reviewing OWEN M. FISS, *THE CIVIL RIGHTS INJUNCTION* (1978)) (“Bazen yasaklama kararlarının yerine getirilmesi veya istinaf mahkemesi tarafından denetlenmesi çok zordur.”).

¹²⁹ 90 A.2d at 127.

¹³⁰ *Id.* at 129.

¹³¹ *Id.*

hukukunun korumak istediği¹³² sosyal değerler üzerine inşa edilen yararlar nedeniyle, bir yasaklama kararı, davalının kullandığı bazı kelimeleri yasaklamaktan daha fazlasını yapmalı, yani davalının ifadesine atfedilen hakaretimiz anlamı hedef almalıdır. Örneğin davacının yalan yere yemin ettiğine ilişkin suçlama, “yeminli ifadede yalan söyledi”, “yalandı”, “mahkemeyi aldattı”, “tanıklık ifadesinde gerçeği gizledi”, “jüriyi yanlış yönlendirdi” veya “kaçamak cevap verdi” gibi durumları da kapsayan çok çeşitli şekillerde belirtilebilir. Çoğu davada mahkemenin hakaretimiz olduğuna karar verdiği sadece belli bir özel kelime hakkında verilen yasaklama kararı, “davalı başka ifadeleri kullanarak da aynı anlamda beyanda bulunarak mahkeme kararını ihlal edebileceğinden dolayı son derece işe yaramaz bir karardır.”¹³³

Davalının daha fazla zarara sebep olmasını engellemek için, yasaklama kararı davalının kullandığı somut kelimenin ötesine geçmeli ve davalıyı, davacının yeminli ifadesinde yalan söylediğine ilişkin fikri yaymaktan alıkoymalıdır. Fakat İngilizce nüanslarla doludur. Kullanıldığı bağlama göre kelimeler birçok anlama gelebilir. Örneğin, davacının yalan yere yemin ettiğine ilişkin düşüncesini söylemesi yasaklanan davalının, davacı hakkında “ikiyüzlü” demesi de yasaklanmış mıdır? Acaba davalı elinde, davacı hakkında “çok kötü adam”, “sakın gülme, o sizi de kandırdı” veya “ateş olsan cürmün kadar yer yakarsın” gibi ifadeler yazan bir afiş taşırsa ne olur? Bu afişler, grev sözcüsü avukat Johnie Cochran Jr’ın hakaret nedeniyle dava açtığında kullanılan afişlerdendir.¹³⁴

Açıkçası bu afişler bağlamlarından farklı olarak anlaşılabilir. Hakaretimiz

¹³² *Bk. Ardia, Reputation in a Networked World, supra* note 12, at 267-69.

¹³³ *Chemerinsky, supra* note 11, at 171; *bk. also* *Ne. Press Ass’n v. Stuart*, 427 U.S. 539, 566-67 (1976) (zararın tekrar gerçekleşmesini etkili bir şekilde engelleyecek bir mahkeme emri tasarlanmanın zorluğunu not ederek tedbir kararını ortadan kaldırmıştır.); *Oakley, Inc. v. McWilliams*, 819 F. Supp. 2d 1087, 1091 (C.D. Cal. 2012) (“Davacı McWilliamsın, kendisini korkutmak amacıyla eşkiya, kara su işletici veya askeri özel kuvvetler gönderdiği şeklindeki beyanlarının engellenmesini talep etmiştir. Fakat eğer McWilliams bu ifadelerin yerine, davacının kendisini tehdit etmek için mafya veya sokak çetesi tuttuğunu basitçe ileri sürmüşse bu tedbir kararının bir değeri yoktur. Böyle dar bir şekilde uyarlanmış olan tedbir kararı davalının hakaretimiz beyanlarını durdurması amacını gerçekleştirmede başarısız olacaktır.”)

¹³⁴ *Bk. Cochran v. Tory*, No. BC239405, 2002 WL 33966354 (Cal. Super. Ct. Apr. 24, 2002) (sürekli bir tedbir kararına hükmedilmiştir.), *aff’d*, No. B159437, 2003 WL 22451378, at *1 (Cal. Ct. App. Oct. 29, 2003), *vacated*, 544 U.S. 734 (2005).

ifadeler, büyük oranda ifadenin gerçekleştiği zamanda mevcut olan koşullara bağlıdır. Bir ifadenin yalnızca abartı olarak anlaşıldığı veya davacının atfettiği hakaretimiz çıkarımın, bağlamla ters düştüğü durumlarda, bu ifade dava konusu yapılamaz.¹³⁵ Bu durum, hakaretimiz ifadeleri engellerken hâkimlere birkaç geçerli seçenek sunmaktadır. Erwin Chemerinsky'nin işaret ettiği gibi, "etkin bir yasaklama geniş kapsamlı, sınırlı bir yasaklama ise etkisiz olur."¹³⁶

B. Yasaklama Yollarına İlişkin Anayasal Sınırlandırmalar

Hakaretimiz ifadelere yönelik yasaklama, ya yayınlanmadan önce durdurmayı amaçlayan ya da daha fazla yayılmasını engelleyen bir mahkeme kararı gerektirdiğinden dolayı, bu tür yasaklama kararları First Amendment'an ilişkin olarak ciddi endişeler ortaya çıkarmaktadır. Aslında, mahkemelerin hakaretimiz ifadelere yönelik yasaklama kararı vermeyi düşündükleri davaların çoğunda, mahkemeler yasaklamanın, anayasaya aykırı bir yayınlanmadan önce sınırlandırma olduğu gerekçesiyle, bu talepleri reddetmektedirler.¹³⁷

¹³⁵ *Bk., örn.*, Greenbelt Coop. Publ'g Ass'n v. Bresler, 398 U.S. 6, 13-14 (1970); MacElree v. Phila. Newspapers, Inc., 674 A.2d 1050, 1053 (Pa. 1996).

¹³⁶ Chemerinsky, *supra* note 11, at 171.

¹³⁷ *Bk., örn.*, Crosby v. Bradstreet Co., 312 F.2d 483, 485 (2d Cir. 1963); *Oakley, Inc.*, 819 F. Supp. 2d at 1092; Mahmoodian v. Pirnia, No. 3:11-CV-00005, 2012 WL 4458160, at *9 (W.D. Va. June 7, 2012); Am. Univ. of Antigua Coll. of Med. v. Woodward, No. 10-10978, 2010 WL 5185075, at *3 (E.D. Mich. Dec. 16, 2010); Gunder's Auto Ctr. v. State Farm Ins., 617 F. Supp. 2d 1222, 1225 (M.D. Fla. 2009), *aff'd*, 442 F. App'x 819 (11th Cir. 2011); Kissner v. Coal. for Religious Freedom, No. 95-MC-0174, 1995 WL 590169 (E.D. Pa. Oct. 4, 1995); Tilton v. Capital Cities/ABC Inc., 827 F. Supp. 674, 682 (N.D. Okla. 1993); Konigsberg v. Time, Inc., 288 F. Supp. 989, 989 (S.D.N.Y. 1968); Am. Malting Co. v. Keitel, 217 F. 672, 674 (S.D.N.Y. 1914); Paradise Hills Assocs. v. Procel, 1 Cal. Rptr. 2d 514, 519 (Ct. App. 1991); Animal Rights Found. of Fla., Inc. v. Siegel, 867 So. 2d 451, 458 (Fla. Dist. Ct. App. 2004); Cohen v. Advanced Med. Grp. of Ga., Inc., 496 S.E.2d 710, 711 (Ga. 1998); Ellerbee v. Mills, 422 S.E.2d 539, 541 (Ga. 1992); High Country Fashions, Inc. v. Marlenna Fashions, Inc., 357 S.E.2d 576, 577 (Ga. 1987); Brannon v. Am. Micro Distribs., Inc., 342 S.E.2d 301, 302-03 (Ga. 1986); Montgomery Ward & Co. v. United Retail, Wholesale & Dep't Store Emps., 70 N.E.2d 75, 87 (Ill. 1948); St. Margaret Mercy Healthcare Ctrs., Inc. v. Ho, 663 N.E.2d 1220, 1224 (Ind. Ct. App. 1996); Am. Broad. Cos. v. Smith Cabinet Mfg. Co., 312 N.E.2d 85, 91 (Ind. Ct. App. 1974); Hill v. Petrotech Res. Corp., 325 S.W.3d 302, 305 (Ky. 2010); Guste v. Connick, 5115 So. 2d 436, 438 (La. 1987); Greenberg v. Burglass, 229 So. 2d 83, 87 (La. 1969); State *ex rel.* Liversey v. Judge of Civil Dist. Court, 34 La. Ann. 741, 746 (1882); Wolf v. Harris, 184 S.W. 1139, 1141 (Mo. 1916); Marx & Haas Jeans Clothing Co. v. Watson, 67 S.W. 391, 395 (Mo. 1902); Flint v. Hutchinson Smoke Burner Co., 19 S.W. 804, 806 (Mo. 1892); Lindsay & Co. v. Mont. Fed'n of Labor, 96 P. 127, 131 (Mont. 1908); Pebble Brook, Inc. v. Smith, 356 A.2d 48 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1976); O'Leary v. Police Dep't of N. Y., 409

Erken sınırlandırma doktrini, genellikle ifadenin yayımlanmadan önce hükümet uygulamalarıyla sınırlandırılmasının engellenmesi olarak anlaşılmaktadır. Çok farklı hükümet davranışları yayımlanmadan önce sınırlandırma olabildiği halde, ifadeye yönelik yasaklama, yayımlanmadan önce sınırlandırma şeklinin bir örneği olarak değerlendirilmektedir.¹³⁸ Yasaklama kararı iletişimin belli bir boyutunu sınırlandırabileceği gibi, ifadenin tamamını da yasaklayabilir.¹³⁹ İfadeye yönelik yasaklamanın klasik örneği, hâkim Gurfein'in, New York Times Şirketini, Pentagon belgelerine dayanarak haber makaleleri yayımlamasının engellenmesine ilişkin kararıdır.¹⁴⁰

Yasaklamanın First Amendment ile çatışabileceğine ilişkin düşünce Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğü içtihatlarında göreceli olarak yeni bir gelişmedir.¹⁴¹ Yüksek Mahkemenin ilk kez First Amendment'in ifade özgürlüğü garantileri ileri sürerek yasaklama kararını geçersiz kıldığı 1931 deki *Near v. Minnesota* davasına kadar, durum böyle değildi.¹⁴² *Near* davasında yerel hükümet görevlileri “kanunda belirtildiği gibi, kasdi, lekeleyici ve hakaretamiz olan herhangi bir yayın” yayınlama veya dağıtmanın yasaklanmasına ilişkin bir tedbir kararı alabilmek için *Saturday Press*'in kendileri hakkında hakaretamiz hikâyeler yaz-

N.Y.S.2d 676, 678 (Sup. Ct. 1978); *League for Peace with Justice in Palestine v. Newspaper P.M.*, 65 N.Y.S.2d 480, 481 (Sup. Ct. 1974); *Hajek v. Bill Mowbray Motors, Inc.*, 647 S.W.2d 253, 255 (Tex. 1983); *Ex parte Tucker*, 220 S.W. 75, 76 (Tex. 1920); *Corpus Christi Caller-Times v. Mancias*, 794 S.W.2d 852, 854 (Tex. App. 1990); *Pirmantgen v. Feminelli*, 745 S.W.2d 576, 578 (Tex. App. 1988); *Mitchell v. Grand Lodge, Free & Accepted Masons of Tex.*, 121 S.W. 178, 179 (Tex. Civ. App. 1909).

¹³⁸ *Bk. Ariel L. Bendor, Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means*, 68 *FORDHAM L. REV.* 290, 295 (2000); John Calvin Jeffries, Jr., *Rethinking Prior Restraint*, 92 *YALE L.J.* 409, 426 (1983).

¹³⁹ EMERSON, *supra* note 5, at 656.

¹⁴⁰ *United States v. N.Y. Times Co.*, 328 F. Supp. 324, 325 (S.D.N.Y. 1971) (Birleşik Devletlerin çok gizli veya gizli olduğu iddia edilen bazı belgelerini açığa çıkarmak veya dağıtımından kaçınmaları için New York Times, onun yayıncısı, diğer görevlileri ve çalışanları aleyhine geçici bir sınırlandırma kararı vermiştir.”), *rev'd*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁴¹ Yüksek Mahkemenin *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), davasında ifadeye yönelik yasaklama kararını ilk kez bozmasından çok uzun süre önce, çeşitli eyalet mahkemeleri hakaretamiz ifadeye yönelik yasaklama kararının federal anayasayı veya kendi eyaletlerinin anayasasını ihlal ettiğine hükmetmişlerdir. *Bk., örn.*, *Dailey v. Superior Court of S.F.*, 44 P. 458, 459 (Cal. 1896) (California Constitution); *State ex rel. Liversy*, 34 La. Ann. at 746 (U.S. and Louisiana Constitutions); *Life Ass'n of Am. v. Boogher*, 3 Mo. App. 173, 180 (1876) (Missouri Constitution).

¹⁴² 283 U.S. 697 (1931).

makla suçlamak için “kamusal kabahatler” kanununa dayandılar.¹⁴³ Mahkemeye göre bu tedbirden kurtulmak için yeni yayının karakteri hakkında mahkemeyi ikna etmek zorunda olan yayıncı açısından sürekli bir sınırlandırma oluşturması nedeniyle, yasaklama kararı anayasaya aykırıydı.¹⁴⁴ Mahkeme başkanı Hughes bunun “sansürün özü” olduğu sonucuna varmıştır.¹⁴⁵

Mahkeme, uygulanan prensibin “kesinlikle sınırsız olmadığına” dikkat çekmesine rağmen,¹⁴⁶ herhangi bir sınırı da izah etmemiştir.¹⁴⁷ Bunun yerine yasaklamanın izin verilebileceği dört “istisnai durumu” not etmiştir.¹⁴⁸ Mahkemenin sonuç kararı, yasaklama kararının zararın çok ağır ve tehdidin de First Amendment değerleri açısından önemli olmadığı durumlarda mümkün olabileceğini tavsiye ederek, bir dereceye kadar bu istisnaların kapsamını açıklığa kavuşturmuştur.¹⁴⁹

Bununla birlikte mahkemenin önceden gördüğü yayınlanmadan önce sınırlandırma davaları, neyin yayınlanmadan önce sınırlandırma teşkil ettiğine ilişkin açık bir tanım içermemektedir. Ayrıca mahkeme de bu doktrini sınırlandıran is-

¹⁴³ *Id.* at 706. For background on the case, bk. FRED W. FRIENDLY, MINNESOTA RAG: THE DRAMATIC STORY OF THE LANDMARK SUPREME COURT CASE THAT GAVE NEW MEANING TO FREEDOM OF THE PRESS (1981).

¹⁴⁴ 283 U.S. at 712. Eğer yayıncı suçlamanın doğruluğu ve iyi niyetle ve makul bir amaçla yayınladığı konusunda hâkimi ikna ederse, cezalandırılmadan varestede tutulmalıdır.” *Id.* at 713.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.* at 716.

¹⁴⁷ *Bk.* Meyerson, *supra* note 11, at 1087 (Mahkemenin Near davasında yayınlamadan önce sınırlandırma kuralını tanımladığını ve yasaklamanın neden yayınlanmadan önce sınırlandırma kuralının tanımına uyduğunu açıklamadığını not etmiştir.”).

¹⁴⁸ 283 U.S. at 715-16. Bu istisnalar: (1) “Hükümetin askere alma eyleminin fiili olarak engellenmesi veya askerlerinin seyahate çıkacağı tarihin veya askerlerin sayısı ve yerlerinin yayımı,”; (2) “Müstehcen yayınlara karşı ılımlı olmaya ilişkin başlıca gereklilik”; (3) “Şiddet olaylarına ve zorla hükümeti devirmeye teşvik[,] ... Şiddetin bütün etkilerine sahip olan kelimeler”; ve (4) “Hakkaniyet mahkemelerinin yetkilerini kullanırken uyguladığı temel ikelere göre kişisel hakların korunması.” *Id.* at 716. Mahkeme ayrıca, yayının doğrudan yargılamayla aklanmayı engellemeye yöneldiği zaman, aşışılama nedeniyle cezalandırmak hususunda mahkemelerin kabul edilmiş bir yetkisi olması gerektiğini belirtmiştir.” *Id.* at 715.

¹⁴⁹ *Bk.* THOMAS IRWIN EMERSON, TOWARD A GENERAL THEORY OF THE FIRST AMENDMENT 51-53 (1966); LAYCOCK, *supra* note 44, at 168; Bendor, *supra* note 135, at 299. Mahkeme ayrıca, yayınlanmadan önce sınırlandırma doktrininin, tarafsız bir şekilde ifadenin zamanı, yeri ve tarzını belirleyen mahkeme kararını engellemediğine hükmetmiştir. *Bk.* Madsen v. Women’s Health Ctr., 512 U.S. 753, 763- 64 (1994).

tisnaların ne olacağına yönelik tutarlı bir teorik yaklaşım belirtmemiştir.¹⁵⁰ Aksi-ne mahkemenin yayınlanmadan önce sınırlandırma kuralına ilişkin uygulaması genellikle olaya ilişkin olup, her somut olaydaki spesifik gerçeklere göre değişmektedir. “Genel olarak kabul edilmiş bir tanım eksikliği ve istisnalar nedeniyle oluşturulan kuralsız boşluk, yayınlanmadan önce sınırlandırma kuralının artan bir şekilde hukukçu bilginler tarafından eleştirildiği ve Mahkemenin kendisi tarafından dahi yanlış anlaşıldığı bir duruma şaşırtıcı olmayan bir şekilde sebebiyet vermiştir.”¹⁵¹ Buna rağmen, bu doktrin hâkimlerin dikkatini güçlü bir şekilde çekmeye ve yasaklama kararının varsayımsal olarak anayasaya aykırı olduğunu kısa yoldan söyleme yolu olarak hâkimlerin buna başvurmalarına devam etmelerini sağlamıştır.

Fakat acaba mahkemeleri, güçlü bir şekilde yüksek şüpheli olarak gündeme getiren hakarete ilişkin verilen yasaklama kararları ne olacaktır? Burada belirli endişeler ortaya çıkaran iki karakteristik vardır. Birincisi, ifade söylenmeden veya yayınlanmadan önce yasaklama uygulandığı zaman, toplumun kamuoyu değerlendirmesine tabi olmamış ifadeye ulaşması reddedilmektedir. İkincisi ise, eğer ifadenin hakaretimiz olduğuna dair son bir değerlendirmeden önce yasaklama kararı verilirse, yaptırım uygulanamayacak ifade hakkında sınırlandırılma ihtimali vardır. Bu her iki endişe de aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır.

1. Yayınlanmadan Önce Sınırlandırma ve Sonrasındaki Yaptırımlar

Yayınlanmadan önce sınırlandırma doktrini başlangıçta, ifadenin kamuoyuna açıklanmasından önce hükümet tarafından sınırlandırılması çabalarına bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.¹⁵² Sir William Blackstone Commentaries adlı eserini yazdığı zaman, “yayınlanmadan önce herhangi bir kısıtlama olmaması ve suç

¹⁵⁰ *Bk., örn.*, Marin Scordato, *Distinction Without a Difference: A Reappraisal of the Doctrine of Prior Restraint*, 68 N.C. L. REV. 1, 2 (1989) (“İlgili mahkeme kararları, ifadenin yayınlanmadan önce sınırlandırılmasının, kısa ve mantıklı olarak anlaşılır bir tanımını yapmamıştır.”).

¹⁵¹ Meyerson, *supra* note 11, at 1087-88.

¹⁵² *Bk., örn.*, Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454, 462 (1907) (“First Amendment’in özgür ifadeyi korumasının esas amacı, “hükümetler tarafından yayın hakkında uygulanan önceden sınırlandırma uygulamalarını engellemektir.”) (quoting Commonwealth v. Blanding, 20 Mass. (3 Pick.) 304, 313-14 (1825)).

içeren konular yayımlandığı zaman sansürden bağışık olmamasından oluşan basın özgürlüğü, aslında özgür devletin mevcudiyeti açısından çok önemlidir,” şeklinde söz konusu kısıtlamaların özgürlük açısından lanetlenmiş bir bakış açısı olduğunu özetlemiştir.¹⁵³

Blackstone’un yorumunun ortaya çıkardığı gibi yayınlanmadan önce sınırlandırmaya ilişkin kurumsallaşan hukuki antipati, ifadelere ilişkin eylemlere yanıt olarak uygulanan sonrasındaki yaptırımları kapsamamıştır.¹⁵⁴ Bu sonuç önemli bir tartışma konusu olmakla birlikte, bazı bilim adamlarının ileri sürdüğü gibi önceki ve sonraki yaptırımları ayırmak, yayınlanmadan önce sınırlandırma açısından tutarlı olmak için hayatidir.¹⁵⁵ Bununla beraber bazı kişiler bu ayrımın gereksiz ve yanıltıcı olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹⁵⁶ Yine de nihai olarak gerçekleştirilen cezalandırmanın durduğu nokta da, ifadeyi yayınlanmadan önce sınırlandırma amacını taşır.¹⁵⁷

Buna rağmen yayınlanmadan önce hakaretimiz ifadeyi engelleyen yasaklama kararı, ifade kamuoyuna yayınlandıktan sonra uygulanan hukuki ve cezai yaptırımlara göre birçok hâkimi niteliksel olarak daha farklı etkilemiştir. Aslında

¹⁵³ 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 151 (1769) (alteration in original).

¹⁵⁴ *Bk. id.* at 151-52. Elbette, diğer First Amendment doktrinleri konuşmacı hakkında uygulanan hukuki ve cezai yaptırımları sınırlandırabilir. *Bk., örn.,* Smith v. Daily Mail Publ’g. Co., 443 U.S. 97, 105-06 (1979) (mahkemece önceden verilmiş bir onay olmaksızın gazeteler tarafından çocukların isminin yayınlanmasını suç olarak kabul eden bir kanunu iptal etmiştir.; Landmark Comm’ns v. Virginia, 435 U.S. 829, 845 (1978) (Adli soruşturmaya ilişkin gizli bilgileri yayınlayan gazeteler hakkında uygulanan cezai müeyyideleri geçersiz kılmıştır.).

¹⁵⁵ *Bk., örn.,* Martin Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 VA. L. REV. 53, 53 (1984) (yayınlanmadan önce sınırlandırma doktrinini yayınlanmadan önce yasaklamanın özgür ifade açısından diğer türlü düzenlemelerden daha zararlı olduğunu farzedtiğini ileri sürmüştür”); Scordato, *supra* note 147, at 30-31 (önceki ve nihai yaptırımlar arasındaki karışıklıkları açıklayarak, yayınlanmadan önce sınırlandırma doktrininin sadece fiziksel müdahaleler ve kamuoyuna ifade edilmeden önce ifadenin bastırılması şeklindeki hükümet fiillerini kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini önermiştir.”).

¹⁵⁶ *Bk., örn.,* Jeffries, *supra* note 135, at 429 (“özel olarak bir fiili hedef almış bir tedbir emrinin, kaçınılmaz bir şekilde genel tanımlamalar içeren bir ceza kanununa göre ifade özgürlüğü sistemi açısından aslında daha az tehdit edici olduğu bütünüyle makul görülmektedir.”); Siegel, *supra* note 1, at 735 (“Modern yorumcular önceden sınırlandırma-nihai ceza ayrımını, her iki rejimin de ifadeden caydıracağı ve konuşanın cesaretini kıracağı endişesiyle fazla abartılı bulmaktadırlar.”).

¹⁵⁷ Steven Helle, *Prior Restraint, in* COMMUNICATION AND THE LAW 62 (W. Wat Hopkins ed., 2012).

yasaklama kararının anayasaya aykırı olarak önceden sınırlandırma olduğuna karar veren mahkemeler, bu kararların çoğunda tedbir kararının ifade yayınlanmadan önce ifadeyi gölgeleyeceği gerekçesiyle uygulanamayacağı sonucuna varmışlardır.¹⁵⁸ Teksas Yüksek Mahkemesinin Ex parte Tucker davasındaki görüşü, yayınlanmadan önce hakaretimiz ifadeyi sınırlandıran yasaklama kararının, temel özgürlük kavramıyla uyumlu olmadığına ilişkin bakış açısını örnekleriyle açıklamaktadır:

Vatandaşların mahkemeler ve kanun koyucunun ona verdiği izne göre konuşabileceği veya herhangi bir konu hakkındaki veya kişiye ilişkin duygularını dile getirmeden önce denetlenmesi gerektiğine ilişkin bir özgür kurumlar teorisi asla bulunmamaktadır. Özgürlüğü bundan fazla ihlal eden, ortadan kaldıran ve daha iğrenç bir şey olamaz... tabii ki hakaretin de bir gerekçesi olamaz. Fakat bu çok güçlü bir şekilde de kınanamaz. Hukuken suç oluşturmaktadır. Fakat mahkemelerin bir kişiyi diğerine sadece iyi konuşturmak gibi bir yetkileri de yoktur. Anayasa kişileri iyi veya kötü konuşmak hususunda serbest bırakmıştır. Eğer kişi bu ayrıcalığını kötüye kullanarak başkalarına yanlış yaparsa hem verdiği zarardan sorumludur, hem de ceza kukuku açısından cezalandırılır.¹⁵⁹

Hükümetin ifade vukubulduktan sonra cezalandırabileceği, fakat önceden sınırlandırılmayacağına ilişkin düşünce, çoğu First Amendment içtihatlarında apaçık bellidir. Southeast Promotions, Ltd. v. Conrad davasında hâkim Blackmun'un dile getirdiği gibi, "Hukukumuzda derin bir iz bırakan teorinin arkaplanındaki fark: özgür toplumun, ifade özgürlüğü hakkını kötüye kullanan

¹⁵⁸ *Bk. Oakley, Inc. v. McWilliams*, 879 F. Supp. 2d 1087, 1089, 1092-93 (C.D. Cal. 2012); *Branon v. Am. Micro Distribs., Inc.*, 342 S.E.2d 301, 302-03 (Ga. 1986); *Montgomery Ward & Co. v. United Retail, Wholesale & Dep't Store Emps.*, 70 N.E.2d 75, 84 (Ill. 1948); *St. Margaret Mercy Healthcare Cntrs., Inc. v. Ho*, 663 N.E.2d 1220, 1224 (Ind. Ct. App. 1996); *Am. Broad. Cos. v. Smith Cabinet Mfg. Co.*, 212 N.E.2d 85, 91 (Ind. Ct. App. 1974); *Greenberg v. Burglass*, 229 So. 2d 83, 89 (La. 1969); *State ex rel. Liversey v. Judge of Civil Dist. Court*, 34 La. Ann. 741, 746 (1882); *Marx & Haas Jeans Clothing Co. v. Watson*, 67 S.W. 391, 395 (Mo. 1902); *Lindsay & Co. v. Mont. Fed'n of Labor*, 96 P. 127, 131 (Mont. 1908); *O'Leary v. Police Dep't of N. Y.*, 409 N.Y.S.2d 676, 679 (Sup. Ct. 1978); *Ex parte Tucker*, 220 S.W. 75, 76 (Tex. 1920); *Corpus Christi Caller-Times v. Mancias*, 794 S.W.2d 852, 854 (Tex. App. 1990); *Pirmantgen v. Feminelli*, 745 S.W.2d 576, 578 (Tex. App. 1988); *Mitchell v. Grand Lodge, Free & Accepted Masons of Tex.*, 121 S.W. 178, 179 (Tex. Civ. App. 1909).

¹⁵⁹ 220 S.W. 75, 76 (Tex. 1920).

çok az sayıda kişinin, hukuku ihlal ettikten sonra cezalandırılmasını, onların ve diğer herkesin önceden boğazını sıkmaya tercih etmesidir.¹⁶⁰

Buna rağmen ifadeye yönelik sınırlandırmaları önceden sınırlandırma veya sonradan yaptırım şeklinde kategorize etmek, bazen zor olabilmektedir.¹⁶¹ Bu, özellikle mahkeme emrine uyulup uyulmadığının tespitine ilişkin yasaklama kararının içeriğine ilişkin yargılamalarda söz konusudur. Hâkimler bir yasaklamaya karar verdiği zaman, tarafları mahkeme emrine uymayı reddettikleri takdirde bir yaptırım uygulamakla tehdit etmektedirler. Aslında hakaretimiz ifadelerin engellendiği davaların çoğunda, mahkeme aslında davalıya gelecekte davacı hakkında tekrar hakaretimiz beyanda bulunmamasına ilişkin basitçe talimat vererek, esasen şunu söylemektedir: “kanuna uy, yoksa cezalandırılırsın”.¹⁶² Tehdit edici yaptırım –mahkeme değerlendirmesi– ifade beyan edilinceye kadar uygulanmamasına rağmen, kişi yayınlanmadan önce sınırlandırma doktrininin uygulanıp uygulanmadığını doğal olarak sorabilir.

Bununla birlikte bu görüş, yasaklamaya ilişkin hukuk yollarına karşı çıkmak için mevcut olan sınırlı usulleri göz ardı etmektedir. “Teminatsal engelleme kuralı” olarak bilinen kurala göre, yasaklamaya karşılaşılan taraf, kararı veren mahkeme veya itiraz üzerine yüksek mahkeme tarafından ortadan kaldırılıncaya kadar, engellenen davranışa ilişkin anayasal hak mevcut olmasına rağmen bu yasaklama kararına uymak zorundadır.¹⁶³ Başka bir deyişle, mahkeme daha son-

¹⁶⁰ 420 U.S. 546, 559 (1975).

¹⁶¹ *Bk. Lemley & Volokh, supra* note 11, at 171 n.113 (“Bu alan özellikle nihai cezalandırmanın bile uygulanamayacağı durumlarda, mahkemenin yayınlanmadan önce sınırlandırma olarak zaman zaman eleştirdiği ifade sınırlandırmalarına ilişkin eğilimince kaydedeğer bir şekilde karıştırılmaktadır.”).

¹⁶² *Bk. discussion infra* Part III.B.2.

¹⁶³ *Bk. GTE Sylvaia, Inc. v. Consumers Union*, 445 U.S. 375, 386 (1980) (“[Yetkili mahkeme tarafından verilen bir yasaklama kararıyla karşılaşılan kişiler, söz konusu karar değiştirilinceye veya ortadan kaldırılıncaya kadar uymak zorundadırlar.”); *Walker v. City of Birmingham*, 388 U.S. 307, 321 (1967) (“yargısal sürece saygı, hukukun medenileşmesi için ödenen küçük bir bedeldir” şeklinde teminatsal engelleme kuralını gerekçelendirmiştir.”). Teminatsal engelleme kuralının soğutucu etkisine ilişkin endişeler nedeniyle, bazı mahkemeler ifadeye ilişkin davalarda söz konusu kuralı uygulamamaktadırlar. Örneğin *Walker davasında*, Yüksek Mahkeme, yasaklama kararı “açıkça geçersiz” ise söz konusu kuralın uygulanamayacağını belirtmiştir.” 388 U.S. at 315. Çok sayıda alt mahkeme bu dili, açıkça geçersiz yasaklama kararının belli şartlar altında göz ardı edilebileceği ve karşı çıkılabileceği anlamına geldiği şeklinde yorumlamışlardır. *Bk., örn.,*

ra yasaklama kararının uygun bir şekilde verilmediği veya First Amendmentin yasaklanan ifadeyi bütünüyle koruduğunu tespit etse bile, tedbir kararı ihlal eden davalı para cezasına çarptırılabilir veya hapsedilebilir.¹⁶⁴ Kanunun anayasaya aykırı olduğu tespit edildiği takdirde, onun ihlali cezalandırılmamakta ancak anayasaya aykırı yasaklama kararının ihlali ise cezalandırılabilir olduğu için, *Near v. Minnesota* davasındaki yasaklama kararı, First Amndment için, davacının dayandığı Minneseta kanunundan daha büyük bir tehdit oluşturmaktadır.¹⁶⁵

Yayınlanmadan önce verilen yasaklama kararı ile nihai yaptırımın ayırt edilmesindeki başarısızlık ayrıca yasaklama kararının, pratik bir terim olarak konuşmacıyı derhal sınırlandırma işlevi gören, zorlayıcı etkisini de göz ardı etmektedir.¹⁶⁶ Aslında bu davalar ortaya çıkarmıştır ki, belli bir şekilde konuşmaktan sakınmak şeklinde bir yargısal talimatla karşılaşan taraflar, ifadelerinin sonrasındaki yaptırımdan tamamen korunduğuna inansalar dahi tipik olarak sessiz kalmaktadırlar.¹⁶⁷

Yüksek Mahkeme Başkanı Burger, haber medyasını mahkemenin sanığın itiraflarının yayını veya yayımından alıkoyan eyalet ilk derece hâkiminin verdiği yasaklama kararının uygulanması mümkün olmayan bir önceden sınırlandırma

In re Providence Journal Co., 820 F.2d 1342, 1344, (1st Cir. 1986), *modified on reh'g*, 820 F.2d 1354 (1st Cir. 1987); *Phx. Newspapers, Inc. v. Superior Court*, 418 P.2d 594, 592 (Ariz. 1966) (Gazeteciye mahkemeyi aşağılama suçlamasını çürütmek için anayasal gerekçeyle izin vermiştir.); *State v. Coe*, 679 P.2d 353, 365 (Wash. 1984) (daha önce kamuya açık mahkemede çalınan kayıtları yayınladığından dolayı yayıncıya karşı aşağılama kararını bozmuştur).

¹⁶⁴ *Bk. Meyerson, supra* note 67, at 1140-41; *Redish, supra* note 152, at 93. Sonuç olarak bozulan bir yasaklama kararı bile yayınlanmadan önce sınırlandırma teşkil etmektedir: “Yasaklama kararını iptal ettirirken veya değiştirirken, engellenen konuşmacılar diletini tutmak zorundadırlar.” Vincent Blasi, *Toward a Theory of Prior Restraint: The Central Linkage*, 66 MINN. L. REV. 11, 32 (1981). Bu ertelemeyi dolaylı bir ifade ya “piyasaya hiç ulaşamaz” ya da “boş ve yararsız hale gelebilir.” Thomas Emerson, *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 LAW & CONTEMP. PROBS. 648, 657 (1955).

¹⁶⁵ *Bk. ALEXANDER M. BICKEL, THE MORALITY OF CONSENT* 61 (1975); Chemerinsky, *supra* note 11, at 165.

¹⁶⁶ *Near v. Minnesota*, davasında Yüksek Mahkeme, kanunun “uygulama ve etkisinin” ifadenin yayınlanmadan önce sınırlandırma teşkil ettiği sonucuna varmak için “yalnızca usuli detaylara” baktı ve geçti. 283 U.S. 697, 713 (1931).

¹⁶⁷ *Bk., örn.*, 6 WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHT § 22.7 (2013) (davalının esasa ilişkin bir savunması olduğu zaman bile, telif hakkı davalarında yasaklama kararlarının da benzer bir etkiye sahip olduğunu not etmiştir.); Jean O. Lanjouw & Josh Lerner, *Tilting the Table? The Use of Preliminary Injunctions*, 44 J.L. & ECON. 573, 574 (2001) (Davacının sulha zorlamak için sık sık ihtiyati tedbir talep ettiğini not etmiştir).

olduğuna hükmettiği Nebraska Press Ass'n v. Stuart davasında, söz konusu mahkeme kararlarının tehlikeli etkisini not etmiştir.¹⁶⁸ Yüksek Mahkeme Başkanı Burger, “önceden sınırlandırma... ivedi ve geri dönüşü olmayan bir yaptırımdır,” şeklinde uyarmıştır. “Eğer cezai veya hukuki yaptırım tehdidi, yayından sonra ifadeyi soğutursa, yayınlanmadan önce sınırlandırmanın, en azından belli bir süre için ifadeyi donduracağı söylenebilir.”¹⁶⁹

Bu davalar, ifadeyi yayınlanmadan önce engellemeye karar veren hâkimlere karşı en dikkat çekici görüşlerin altını çizmektedir: toplumda mevcut ifade miktarının maksimize edilmesine ilişkin istek; yasaklamayla eşleşen kaçınılmaz aşırı düşünce özgürlüğü ve nihai hukuki ve cezai yaptırımlarından üstün olan usuli korumaların yokluğunu vurgulamaktadır.

2. Önceden Sınırlandırma ve Yargılama

Yüksek Mahkemenin önceden sınırlandırmaya ilişkin ilk kararları, sadece ifade yayınlanmadan önce yapılan sınırlandırmaların önceden sınırlandırma kabul edilerek varsayımsal olarak anayasaya aykırı olduğuna ilişkin bir izlenim bırakmıştır. Daha geçenlerde mahkeme Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations davasında, “önceden sınırlandırmanın özel yardımcısının, First Amendment tarafından korunmadığına ilişkin yeterli bir değerlendirme yapmadan önce, iletişimin doğrudan veya konuşmacı üzerine aşırı bir dikkat vererek dolaylı olarak bastırılması” olduğunu eklemiştir.¹⁷⁰ Pittsburgh Press davasında mahkeme, medeni ve siyasi hakları ihlal eden gizli reklamların yayınlanmasını yasaklayan bir yasaklama kararını, engellenen ifadenin açıkça illegal olduğunu ve bu illegalitenin de yasaklama kararı vermeden önce yargısal olarak mahkeme tarafından belirlendiğini not ederek onaylamıştır.¹⁷¹

¹⁶⁸ 427 U.S. 539, 565-67 (1976).

¹⁶⁹ *Id.* at 559.

¹⁷⁰ 413 U.S. 376, 390 (1973). Her ne kadar Mahkeme belli ifade kategorilerinin “First Amendment tarafından korunmadığını” belirtmesine rağmen, hiçbir ifade anayasa açısından tamamen görünmez değildir. *Id. Bk. R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 383 (1992) (“İfadelerin First Amendment tarafından korunmadığına ilişkin beyanlar, kendi bağlamında ele alınmalıdır ... ve de zaman zaman kısa elden kategorileştirilerek tekrarlanan “müstehcenliğin ifade olmadığına ilişkin” basmakalıp ifadeden daha doğru değildir.”).

¹⁷¹ 413 U.S. 376, 390-91. Mahkeme ayrıca yasaklama kararının siyasi beyanları engellmediğini belirtmiştir. *Id.*

Pittsburg Press davasından sonra Yüksek Mahkeme tekrarlayan bir şekilde, sadece “başarı ihtimaline” ve diğer sipekülatif standartlara dayanarak uygulanan ifade sınırlandırılmalarını reddetmiştir.¹⁷² Mahkemeye göre, “davalarımız kararlı bir şekilde, hukuki ihlalin olduğunu ispat etmek için, sırf muhtemel sebebe inanmanın, ifadeyi dolaşımdan çıkarmak için yeterli olmadığını ortaya çıkarmıştır.”¹⁷³ Hakaretimiz ifadeye yönelik ihtiyati tedbir veya geçici yasaklama kararı verilmesinin uygunluğunu belirten çoğu mahkeme, şaşırtıcı olmayan bir şekilde, söz konusu hukuk yollarının anayasaya aykırı olacağı sonucuna varmıştır.¹⁷⁴

Fakat tedbir kararı, hakaretimiz ifadenin tespitinden sonra verilse bile, First Amendment’in daha sonraki yayımları yasaklamak için mahkemeye yetki verip vermediği ucu açık bir soru olarak kalmıştır. Yüksek Mahkeme hiçbir zaman hakaretimiz ifadeye yönelik tedbir kararının anayasal olduğuna hükmetmemiştir. Aslında Mahkemenin geçenlerde *Tory v. Cochran*¹⁷⁵ davasında bu konuda karar vermek hususunda bir şans vardı ancak, davacı sözlü beyanda bulunduktan bir hafta sonra ölünce, Mahkeme davaya oldukça dar bir zeminde karar vermiştir.¹⁷⁶

Tory davasında, Tory çok tanınmış bir avukat olan Johnnie Cochran’ın müvekkilidir ve Jr’s hukuk firmasının kendisine kötü davrandığını ve Cochran’a borçlandığını ileri sürmüştür.¹⁷⁷ Ulysses Tory yerel baroya şikâyetinde bulunmuş, Cochran’a 10 milyon dolar talebiyle bir tehdit mektubu yazmış, aşağılama ve

¹⁷² *Bk., örn.*, *Winter v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 22 (2008) (“Yasaklama kararı, davacının söz konusu hukuk yoluna hak sahibi olduğu açıkça belli olduktan sonra hükmedilebilecek olağanüstü bir hukuk yoludur.”); *N.Y. Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 729 (1971) (“First Amendment, basının istenmeyen sonuçlara sebep olacak tahmin ve varsayım dayanan önceden sınırlandırılmasını kesinlikle tolere etmemektedir.”) (Brennan, J., concurring). *But bk.* *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51, 59 (1965) (Müstehcenlik iddiaları nedeniyle verilen yasaklama kararına, yargılamanın tamamlanmasından önce sadece kısa süreliğine ertelendiği sürece, müsaade edilebilir).

¹⁷³ *Fort Wayne Books, Inc. v. Indiana*, 489 U.S. 46, 66 (1989).

¹⁷⁴ *Bk., örn.*, *Am. Maltng Co. v. Keitel*, 217 F. 672, 674 (S.D.N.Y. 1914); *Evans v. Evans*, 76 Cal. Rptr. 3d 859, 868 (App. 2008); *Cohen v. Advanced Med. Grp. of Ga., Inc.*, 496 S.E.2d 710, 710 (Ga. 1998); *Ellerbee v. Mills*, 422 S.E.2d 539, 540 (Ga. 1992); *High Country Fashions, Inc. v. Marlenna Fashions, Inc.*, 357 S.E.2d 576, 576 (Ga. 1987); *Hill v. Petrotech Res. Corp.*, 325 S.W.3d 302, 305 (Ky. 2010); *Wolf v. Harris*, 184 S.W. 1139, 1141 (Mo. 1916); *Flint v. Hutchinson Smoke Burner Co.*, 19 S.W. 804, 806 (Mo. 1892).

¹⁷⁵ 544 U.S. 734, 735-36 (2005).

¹⁷⁶ *Id.* at 737-38.

¹⁷⁷ *Id.*

müstehcenlik içeren afişler taşıyarak Cochran'ın ofisinin önünde beklemiş, diğerlerinin yanı sıra, benzer tehditler ve aşağılayıcı ifadelerle bağırarak Cochran'ı kovalamıştır.¹⁷⁸ Cochran hakaretimiz ifadelerin durdurulması için, geçici sınırlandırma, ihtiyadi tedbir ve sürekli tedbir kararı talep ederek dava açmıştır.¹⁷⁹ Cochran parasal tazminat talep etmemiştir.¹⁸⁰

California ilk derece mahkemesi, Cochran'ın talebi üzerine jüri olmaksızın yaptığı yargılama sonrasında, Tory'nin sahip olmadığı bir paranın Cochran tarafından ödenmesine onu zorlamak için sürekli bir şekilde yazılı ve sözlü hakaret eylemlerine dâhil olduğu ve mahkeme kararının yokluğunda da Tory'nin bu davranışına devam edeceği sonucuna vararak ihtiyadi tedbire hükmetmiştir.¹⁸¹ Mahkeme daha sonra Tory ve davalı olmayan karısı Ruth Craft hakkında Johnnie Cochran veya Johnnie Cochran hukuk firması hakkında kamuoyuna yönelik olarak herhangi bir beyanatta bulunmasını yasaklayan sürekli bir yasaklama kararı vermiştir.¹⁸² Başka bir deyişle mahkeme kararı, sadece hakaretimiz ifadeyle sınırlı olmayıp, ayrıca Tory ve karısının, Cochran veya onun hukuk firması hakkında herhangi bir şey söylemelerini de yasaklamıştı. California istinaf mahkemesi bu kararı onaylamıştır.¹⁸³

Amerikan Yüksek Mahkemesi Tory ve Craft'ın temyiz başvurusunu görüşmeyi kabul etmiş ve mahkemenin önündeki sorunun: “hakaretimiz ifadelerine karşı, kamuoyu tarafından bilinen kişilere yönelik gelecekteki bütün beyanatları yasaklama şeklindeki sürekli bir yasaklama kararının First Amendment'i ihlal edip

¹⁷⁸ *Id.* at 735.

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ Yüksek mahkemede Ulysses Tory ve eşi Ruth Craft'ı temsil eden Erwin Chemerinsky, Tory hakkında verilen kararın icra edilemeyeceğini, hiçbir mala sahip olmadığını not etmiştir.” Erwin Chemerinsky, *Tucker Lecture, Law, and Media Symposium*, 66 WASH. & LEE L. REV. 1449, 1459 (2009).

¹⁸¹ *Tory*, 544 U.S. at 735-36.

¹⁸² *Id.* Dean Chemerinsky bize sonuç hakkında biraz daha ipucu vermektedir. “10. Sınıfa kadar eğitim almış olan Ulysses Tory kendi kendisini temsil etmiştir. Mahkemede kimin üstün geldiğini sen tahmin edebilirsin. Yargılama hâkimi, Johnnie Cochran'ın avukatına “bir yasaklama kararı tasarla şeklinde talimat verdi. Avukat da hırslı bir avukatın yapabileceği şekilde söylenileni yaptı: O gerçekten çok geniş kapsamlı bir yasaklama kararı yazdı.” Chemerinsky, *supra* note 177, at 1459 (citation omitted).

¹⁸³ *Tory*, 544 U.S. at 736, *vacating* 2003 WL 22451378 (Cal. Ct. App. Oct. 29, 2003).

etmediği” olduğunu not etmiştir.¹⁸⁴ Mahkeme huzurunda dava tartışıldıktan 7 gün sonra Johnnie Cochran ölmüştür.¹⁸⁵ Çoğunluk görüşünü yazan hâkim Stephen Breyer, yasaklama kararı yürürlükte olduğu için davanın önemsiz olmadığını açıklamıştır.¹⁸⁶ Bununla birlikte Breyer, Cochran’ın ölümünden dolayı “Johnnie Cochran’ın ölümünün dilekçe sahiplerinin temel iddialarını değerlendirmeyi kendileri açısından gereksiz ve aslında yersiz hale getirdiğini” not ederek, hakaret davalarında yasaklama kararı verilip verilemeyeceğini değerlendirmeye ihtiyaç kalmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca, kararda yazıldığı gibi yasaklama kararının temel gerekçelerini artık kaybettiğini belirtmeye ihtiyaç duyduklarını belirtmiştir.¹⁸⁷ Breyer ek görüş niteliğinde çok az öneride bulunarak, şu şekilde açıklamada bulunmuştur:

Mahkeme kararıyla yasaklanan ifadeleri kullanarak Cochran ve onun hukuk firması önünde gösteri yapmak, ilk derece mahkemesinin yasaklama kararı vermek için kabul ettiği amacına (Cochran’ı haraç ödemeye zorlamaktan vazgeçirmek) artık hizmet edemeyeceği için, yasaklama gerekçelerinin tamamen ortadan kalkmaması durumunda, bu gerekçeler daha da az hale gelmiştir. Sonuç olarak yasaklama kararı, mahkeme kararında yazıldığı gibi ifade üzerinde aşırı geniş bir kısıtlama teşkil etmekte olup, makul gerekçeden yoksundur.¹⁸⁸

Mahkeme çok dar kapsamlı olarak uyarlanmış bir yasaklama kararının anayasal olup olmadığı sorusunu cevapsız bırakmıştır. Örneğin, şayet eğer Ulysses Tory’nin sadece yargılamada mahkeme tarafında hakaretimiz olduğuna karar verilen belli beyanatları tekrarlaması yasaklansaydı, söz konusu mahkeme emri anayasallık testini geçebilir miydi? Belki de geçebilirdi. Tory davasında mahkeme “bu yeni hukuk yolunun anayasal geçerliliği hakkında her hangi bir görüş açıklamıyoruz”¹⁸⁹ şeklinde dikkatleri çekerek, yasaklama kararının “değişen koşullara uyarlanması” durumunda, “halen makul olabileceği” şeklinde açık bir

¹⁸⁴ *Tory*, 544 U.S. at 736 (internal quotation marks omitted).

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Id.* at 737-38.

¹⁸⁸ *Id.* at 738.

¹⁸⁹ *Id.* at 738-39.

kapı bırakmıştır.¹⁹⁰ Aşağıda tartışıldığı gibi, söz konusu herhangi bir hukuk yolu şüphesiz ki, engellenen beyanatın, uygun bir şekilde sınırlandırmaya tabi olduğu şeklindeki yargısal değerlendirmeyi izleyecektir.¹⁹¹

III. YİRMİNCİ YÜZYILDA ORTAYA ÇIKAN YENİ YAKLAŞIMLAR

İkinci bölümde ortaya çıktığı gibi, yirminci yüzyılın ikinci yarısı gibi geç bir tarihte, Amerikan mahkemeleri hakaretimiz ifadenin tespitinden sonra dahi, hakaret içeren beyanların yasaklanamayacağını içtihatlarıyla yerleştirmiştir. Yirminci yüzyılın kalan bölümünde ise mahkemeler tarafından hakaret davalarında, artan bir sayıda yasaklama kararı verilerek ve verilen kararlar da onaylanarak bu yaklaşım değişmeye başlamıştır. Bu bölüm bu değişimi izlemekte ve hâkimlerin yasaklama olmaması kuralından ayrılış gerekçelerini incelemektedir.

Hakaretimiz ifadelerine yönelik 242’den fazla yasaklama kararı içeren bir araştırma, en az 56 yasaklama kararına hükmedildiğini veya bunların onaylandığını ve bu kararlarda da özellikle 2000 yılından sonra keskin bir artış olduğunu ortaya çıkarmıştır.¹⁹² Bu davalar geniş bir şekilde sözlü beyanları¹⁹³ da içeren

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Bk. infra* Part IV.A.1. Dean Chemerinsky’nin de bu görüşü kabul ettiği görülmektedir. Başlangıçta Tory davasında Mahkemeye sunduğu bilirkişi görüşünde ve eşzamanlı bir hukuk yorumu makalesinde, yargılama sonrasında verilecek bir yasaklama kararının bile, müsaade edilemeyecek bir erken sınırlandırma teşkil ettiğini ileri sürmüştür. *Bk. Chemerinsky, supra* note 11, at 163. Birkaç yıl sonra, “gerçek dışı olduğu kanıtlanan belli beyanlarla sınırlı” bir yasaklama kararının en iyi çözüm olabileceğini yazmış ve “bir avukat olarak sahip olduğum görüş ile Mahkemenin benimsemesi gereken ve benim de bir bilim adamı olarak ileri sürdüğüm görüşün birbirinden farklı” olduğunu not etmiştir.” Chemerinsky, *supra* note 177, at 1458, 1460.

¹⁹² Yazar 56 karardan verilen veya onaylanan 31’inin 1 Ocak 2000 tarihinden sonra verildiğini ortaya çıkarmıştır. Yazılı veya sözlü hakaretimiz ifadeye yönelik yasaklama kararı verilen veya onaylanan kararlardan sadece 6 tanesi 1950’den öncesine aittir. *Bk. Chamber of Commerce of Minneapolis v. Fed. Trade Comm’n*, 13 F.2d 673, 696-97 (8th Cir. 1926); *Am. Malting Co. v. Keitel*, 209 F. 351, 361 (2d Cir. 1913); *Emack v. Kane*, 34 F. 46, 52 (C.C.N.D. Ill. 1888); *Carter v. Knapp Motor Co.*, 11 So. 2d 383, 386 (Ala. 1943); *Menard v. Houle*, 11 N.E.2d 436, 437 (Mass. 1937); *Hawks v. Yancey*, 265 S.W. 233, 239 (Tex. App. 1924).

¹⁹³ *Bk. Aguilar v. Avis Rent A Car Sys., Inc.*, 980 P.2d 846, 858 (Cal. 1999); *Barlow v. Sipes*, 744 N.E.2d 1, 4 (Ind. Ct. App. 2001); *Hawks*, 265 S.W. at 236.

ifadeleri, kitapları,¹⁹⁴ mektupları,¹⁹⁵ ticari yayınları,¹⁹⁶ reklam panolarını¹⁹⁷ ve arabaları¹⁹⁸ kapsarken, hemen hemen yarısı internet üzerinde yer alan ifadeleri içermektedir.¹⁹⁹

Bazı mahkemelerin yasaklama kararına hükmetmeden önce konuyla ilgili anayasal ve hakkaniyete ilişkin prensipleri belirtmeyi ihmal etmelerine rağmen,²⁰⁰

¹⁹⁴ *Bk. Advanced Training Sys., Inc. v. Caswell Equip. Co.*, 352 N.W.2d 1, 5-6 (Minn. 1984).

¹⁹⁵ *Bk. Lothschuetz v. Carpenter*, 898 F.2d 1200, 1203 (6th Cir. 1990); *Am. Malting Co.*, 209 F. at 352.

¹⁹⁶ *Bk. Chamber of Commerce of Minneapolis*, 13 F.2d at 682; *Emack*, 34 F. at 47.

¹⁹⁷ *Bk. San Antonio Cmty. Hosp. v. S. Cal. Dist. Council of Carpenters*, 125 F.3d 1230, 1233 (9th Cir. 1997); *Martin v. Reynolds Metals Co.*, 224 F. Supp. 978, 979 (D. Or. 1963); *Wallace v. Cass*, No. 04CC05117, 2008 WL 626475, at *2 (Cal. Ct. App. Mar. 10, 2008); *Cochran v. Tory*, No. BC239405, 2002 WL 33966354, at *1 (Cal. Super. Ct. Apr. 24, 2002) (order granting permanent injunction), *vacated*, 544 U.S. 734 (2005); *Guion v. Terra Mktg.*, 523 P.2d 847, 848 (Nev. 1974); *Bingham v. Struve*, 591 N.Y.S.2d 156, 157 (App. Div. 1992); *Mazzocone v. Willing*, 369 A.2d 829, 830 (Pa. Super. Ct. 1976), *rev'd*, 482 Pa. 377 (1978).

¹⁹⁸ *Bk. Carter v. Knapp Motor Co.*, 11 So. 2d 383, 383 (Ala. 1943) (davalıyı üzerinde “Hudson” kelimesi boyanmış beyaz bir file birlikte araba kullanmaktan men etmiştir.); *Hajek v. Bill Mowbray Motors, Inc.*, 645 S.W.2d 827, 829-30, 834 (Tex. App. 1982) (“lemon” (lemon terimi ABD’de ayıplı araçlar için kullanılır ve bu nedenle lemon laws olarak bilinen kanunlar çıkarılmıştır. ç.n.) kelimesinin davalının aracının üzerinde kullanılmasını yasaklamıştır.), *rev'd*, 647 S.W.2d 253 (Tex. 1983).

¹⁹⁹ Twenty-seven of the fifty-six decisions granting injunctive relief involved speech on the Internet. *Bk. N. Am. Recycling, LLC v. Texamet Recycling, LLC*, No. 3283380, 2012 WL 3283380, at *2 (S.D. Ohio Aug. 10, 2012); *Am. Univ. of Antigua Coll. of Med. v. Woodward*, 837 F. Supp. 2d 676, 689 (E.D. Mich. 2011); *Bluemile, Inc. v. Yourcolo, LLC*, No. 2:11-CV-497, 2011 U.S. Dist. LEXIS 62178, at *5 (S.D. Ohio June 10, 2011); *Eppley v. Iacovelli*, No. 1:09-CV-386-SEB-JMS, 2009 WL 1035265, at *1 (S.D. Ind. Apr. 17, 2009); *Int’l Profit Assocs., Inc. v. Paisola*, 461 F. Supp. 2d 672, 680-81 (N.D. Ill. 2006); *In re Davis*, 334 B.R. 874, 889 (Bankr. W.D. Ky. 2005), *rev'd in part*, 347 B.R. 607, 610 (W.D. Ky. 2006); *Stutz Artiano Shinoff & Holtz v. Larkins*, No. 37-2007-007218, 2011 WL 3425629, at *1 (Cal. Super. Ct. Oct. 30, 2009), *rev'd*, 2011 WL 3425629 (Cal. Dist. Ct. App. Aug 5, 2011); *Evans v. Evans*, No. GIC881162, 2007 WL 5490538, at *1 (Cal. Super. Ct. May 25, 2007), *rev'd*, 76 Cal. Rptr. 3d 859 (Ct. App. 2008); *Giordano v. Romeo*, 76 So. 3d 1100, 1101 (Fla. Dist. Ct. App. 2011); *Griffis v. Luban*, No. CV-01-1350, 2002 WL 338139, at *1 (Minn. Ct. App. Mar. 5, 2002); *Apex Tech. Grp., Inc. v. Does*, No. MID-L-7878-09 (N.J. Super. Ct. Law Div. Dec. 23, 2009); *Glassman v. Feldman*, No. 102988/2012 (N.Y. Sup. Ct. Oct. 2, 2012) (Bloomberg Law); *Rombom v. Weberman*, No. 1378100, 2002 WL 1461890, at *1 (N.Y. Sup. Ct. June 13, 2002), *aff'd*, 766 N.Y.S.2d 88 (App. Div. 2003); *Cullum v. White*, No. 04-09-0095, 2010 WL 3333056, at *1 (Tex. App. Aug. 25, 2010); *Bat World Sanctuary v. Cummins*, No. 352-248169-10, 2012 WL 4050469 (Tex. Dist. Ct. Aug. 27, 2012); *Burfoot v. May4thCounts.com*, No. CL10-2735 (Va. Cir. Apr. 21, 2010), *withdrawn*, 80 Va. Cir. 306 (Apr. 22, 2010).

²⁰⁰ *Bk. generally Bluemile, Inc.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 62178; *Apex Tech. Grp., Inc.*, No. MID-L-7878-09; *Bat World Sanctuary*, 2012 WL 4050469; *Dietz Dev., LLC v. Perez*, No. 2012- 16249 (Va. Cir. Ct., Dec. 5, 2012).

larda da çok açıktır.²⁰⁵ Fikri mülkiyet davalarında yasaklama yollarının kesin çözümlerini yazan Profesör Mark Lemley ve Profesör Eugene Volokh'a göre, ihtiyati tedbiri de içeren yasaklama kararlarına, telif haklarının ihlalini önlemek için "doğal olarak" hükmedilmektedir.²⁰⁶ Gerçekten fikri mülkiyet davalarında mahkemeler davacının mülkiyet değerlerinin korunmasının, bunun karşısında olan diğer ifade özgürlüğü yararlarından daha üstün olduğu görüşündedirler. Profesör Wendy Gordon'un not ettiği gibi, "mülkiyet sihirli sözünün, bu tip davalarda ifade özgürlüğü konusunu görünmez kılmak için yeterli olduğu görülmektedir."²⁰⁷

First Amendment hükümlerine göre "mülkiyet değerleri" herhangi bir ayrıcalığa sahip olmamasına rağmen,²⁰⁸ hakaretamiz ifadeye yönelik yasaklama kararı verilmesine ilişkin bu gerekçe biraz mantıklı olmuştur. Dahası, bir araba tamircisi, ticarethanesinin karşılaştığı sıkıntı nedeniyle yasaklama kararı alabilirken, komşusunun hakaretamiz ifadeleri nedeniyle dışlanan davacının, hakkaniyete dayalı hukuk yoluna sahip olmadığını söylemek tuhaf görünmektedir. Bu Barlow v. Sipes davasında İndiana mahkemesinin tam olarak dayandığı gerekçedir:

Bir ticarethane toplumda kendi itibarı nedeniyle gelişir ve katlanarak büyür. Sipes Body'nin Lawrence County bölgesinde çok iyi bir şöhrete sahip olduğu görülmektedir. Buna rağmen kayıtlar, Barlow'un beyanlarının bu güzel ismi biraz lekelediğini göstermektedir. Hakkaniyete dayalı hukuk yolları, Sipes Body'nin

²⁰⁵ Lemley & Volokh, *supra* note 11, at 165. 18. Yüzyıl gibi erken bir zamanda İngiliz Yüksek Mahkemesi, kanuna, common law'a veya Kraliçenin veya Parlemontunun tek tarafı yaptığı imtiyazlı düzenlemelere dayanıp dayanmadığına bakmaksızın, telif hakkını ihlal eden belli konularda" yayınları kısıtlama yetkisi vardı." Siegel, *supra* note 1, at 678.

²⁰⁶ Lemley & Volokh, *supra* note 11, at 150. Yüksek Mahkemenin *eBay, Inc. v. MercExchange, LLC*, 547 U.S. 388 (2006) davasında verdiği karardan dolayı bu durum değişebilir. *Bk. Di-Sarro, supra* note 74, at 84 (bazı mahkemelerin ebay kararını, telif hakkı davalarında telafisi imkânsız zarar varsayımını engellediği şeklinde yorumladıklarını gözlemlemiştir.).

²⁰⁷ Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533, 1537 (1993).

²⁰⁸ *Bk. id.* at 1537 ("Avukatlar, hukuk profesörleri ve hatta hâkimler bile fikri mülkiyet konularının da, hükümet gücüne ilişkin iddiaları sınırlandıran aynı ifade özgürlüğü ilkelerine maruz kalması gerektiğini ileri sürmektedirler."); Lemley & Volokh, *supra* note 11, at 182 ("Telif hakkının, konuyla ilgisi olmayan mülkiyet hakkının korumasını gündemimize getirdiğinden dolayı, telif hakkı hukukunun standart First Amendment usuli kurallarından farklı olmasına ilişkin tartışma."); Diane Leenheer Zimmerman, *Information as Speech, Information as Goods: Some Thoughts on Marketplaces and the Bill of Rights*, 33 WM. & MARY L. REV. 665, 737-38 (1992) (ifade özgürlüğü hukukunun önceden sınırlandırmayı onaylamamasına rağmen, yasaklama kararı vermek için mülkiyet analizinin kullanılmasını eleştirmiştir.).

iyi talihinin devam etmekte olan haksız fiil davasıyla yok edilmesine karşı korunmasını garanti alan en etkili ve en pratik araçtır... Bu nedenle hakkaniyete dayalı hukuk yoluna hükmedilmesi sadece Sipes Body'nin ekonomik zararı için değil, aynı zamanda onun şöhretine gelecek zararlar için de eksiksiz bir hukuk yolu sağlamaktadır.²⁰⁹

Bazı mahkemeler ayrıca, beyanların ürün veya hizmetle ilgili olduğu durumlarda, sequitur kararı vermek için izin verilen “ticari ifadeler” açısından daha az anayasal koruma mevcut olduğuna karar vermişlerdir.²¹⁰ Buradaki argüman, ticari ifadelerin “daha objektif” ve bu nedenle de diğer tür ifadelere nazaran daha doğrulanabilir olduğudur.²¹¹ Dahası, “işyerinin ticari kâr açısından önemi” ve dikkatli bir şekilde hesaplandığından dolayı, uygun bir düzenleme tarafından ticari ifadelerin yasaklanması diğer tür ifadelere nazaran daha az olasıdır.²¹²

2. Süreklilik Kazanan Davranışın Bir parçası Olan Beyanlar

Cochran v. Tory davasında California istinaf mahkemesinin yasaklama kararının, Ulysses Tory'nin hakarettten sorumlu tutulsa bile Johnnie Cochran'ın ofisinin önünde gösteri yapmaya devam edeceğini bildirmesi nedeniyle, gerekçelendirildiğini belirttiğini hatırlayın.²¹³ Ayrıca diğer mahkemeler de, süreklilik

²⁰⁹ 744 N.E.2d 1, 8-9 (Ind. Ct. App. 2001).

²¹⁰ *Bk. Advanced Training Sys., Inc. v. Caswell Equip. Co.*, 352 N.W.2d 1, 11 (Minn. 1984); *Amalgamated Acme Affiliates, Inc. v. Minton*, 33 S.W.3d 387, 394 (Tex. App. 2000). Bu davaların ticari ifadeleri içerip içermediği son derece şüphelidir. *Bk., örn.*, Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You*, 52 STAN. L. REV. 1049, 1081 (2000) (“sadece ticarete ilişkin olması nedeniyle ifade, ticari bir ifade olamaz. Aksi takdirde *Wall Street Journal*, sendika broşürleri ve bültenleri, ticari ürünlerin gazete yorumları ve hoşnutsuz tüketicilerin üreticiler tarafından sağlanan düşük kaliteli hizmetlere ilişkin değerlendirmelerini içeren eleştiriler bütün bir anayasal korumadan mahrum olabilir.”) (footnotes omitted).

²¹¹ *Amalgamated Acme Affiliates*, 33 S.W.3d at 394 (citing *Friedman v. Rogers*, 440 U.S. 1, 10 (1979)).

²¹² *Id.* at 394 (internal quotation marks omitted) (quoting *Friedman*, 440 U.S. at 10); *bk. also* *Va. State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 771 n.24 (1976) (Kararda ticari beyanların “erken sınırlandırmanın yasaklanmasını uygulanamaz hale getirebileceğini not etmiştir.”).

²¹³ No. B159437, 2003 WL 22451378, at *3 (Cal. Ct. App. Oct. 29, 2003) (“Önceki hukuka aykırı davranışlarına ve mahkeme önünde ifade ettiği, sınırlandırma olmaması halinde Cochran'ın ofisinin önünde gösteri yapmaya devam edeceği yönündeki beyanlarına dayanarak, Tory'nin yasaklama kararının geniş kapsamlı olmasına karşı çıkma konusunda herhangi bir dayanağı yoktur.”), *vacated*, 544 U.S. 734 (2005).

kazanan haksız davranışın bir parçası haline gelen söz konusu beyanların veya davalının davacıya hakarete ve onu rahatsız etmeye devam edeceğine dair açık bir belirti verdiği durumların ilgili olduğuna karar vermişlerdir.²¹⁴ Ancak Tory davasının aksine, bu mahkemeler ifadenin hakaretamiz olduğuna dair son bir değerlendirme olmadığı durumlarda dahi, yasaklama kararına hükmedebilmek için süreklilik kazanan davranışın yeterli bir gerekçe oluşturduğuna karar vermişlerdir.²¹⁵

Bu davaların esası, yayımın, davacıyı zorlamak veya gözünü korkutmak için tasarlanan komplonun bir parçası olmasıdır. Ancak kararların çoğunda, ifade sahibinin hakaretamiz ifadeye atfedilemeyen haksız bir davranışı nedeniyle, davacının sıkıntı çekeceği herhangi bir katma zararını tespit etmek çok zordur. Dahası bu istisna içerisinde davaya sebep olabilecek ek davranışın miktarı da genel olarak oldukça azdır. Örneğin, Eppley v. Iacovelli davasında mahkeme, davalının, doktor olan davacıyı kendisinin hastalığına sebep olmakla suçlayan videolar ve web sayfası yayınlaması davranışına dayanmış ve davacının hakaretamiz internet yayınları aracılığıyla isteyerek bir “lekeleme kampanyasına” dâhil olduğundan dolayı da yasaklama kararının uygun olduğu sonucuna varmıştır.²¹⁶ Aynı şekilde, West Willow Realty Corp. v. Taylor davasında da mahke-

²¹⁴ *Bk., örn.*, San Antonio Cmty. Hosp. v. S. Cal. Dist. Council of Carpenters, 125 F.3d 1230, 1238 (9th Cir. 1997); Lothschuetz v. Carpenter, 898 F.2d 1200, 1208-09 (6th Cir. 1990) (Wellford, J., concurring in part and dissenting in part); Chamber of Commerce of Minneapolis v. Fed. Trade Comm’n, 13 F.2d 673, 686 (8th Cir. 1926); Emack v. Kane, 34 F. 46, 52 (C.C.N.D. Ill. 1888); N. Am. Recycling, LLC v. Texamet Recycling, LLC, No. 2:08-CV-579, 2012 WL 3283380, at *1 (S.D. Ohio Aug. 10, 2012); Eppley v. Iacovelli, No. 1:09-CV-386-SEB-JMS, 2009 WL 1035265, at *1 (S.D. Ind. Apr. 17, 2009); Martin v. Reynolds Metals Co., 224 F. Supp. 978, 984 (D. Or. 1963), *aff’d*, 337 F.2d 780 (9th Cir. 1964); Carter v. Knapp Motor Co., 11 So. 2d 383, 384-85 (Ala. 1943); Balboa Island Vill. Inn, Inc. v. Lemen, 156 P.3d 339, 350 (Cal. 2007); Aguilar v. Avis Rent A Car Sys., Inc., 980 P.2d 846, 852-53 (Cal. 1999); Wallace v. Cass, No. 6036490, 2008 WL 626475, at *2 (Cal. Ct. App. March 10, 2008); Bingham v. Struve, 591 N.Y.S.2d 156, 158 (App. Div. 1992); Rombom v. Weberman, No. 1378100, 2002 WL 1461890, at *13 (N.Y. Sup. Ct. June 13, 2002), *aff’d*, 766 N.Y.S.2d 88 (App. Div. 2003); W. Willow Realty Corp. v. Taylor, 198 N.Y.S.2d 196, 198 (Sup. Ct. 1960); Guion v. Terra Mktg. of Nev., Inc., 523 P.2d 847, 847-48 (Nev. 1974); Hajek v. Bill Mowbray Motors, Inc., 645 S.W.2d 827, 829-31 (Tex. App. 1982), *rev’d*, 647 S.W.2d 253 (Tex. 1983); Hawks v. Yancey, 265 S.W. 233, 239 (Tex. App. 1924).

²¹⁵ *Bk., örn.*, Eppley, 2009 WL 1035265; Martin, 224 F. Supp. at 984; W. Willow Realty Corp., 198 N.Y.S.2d at 198; Guion, 523 P.2d at 848; Hajek, 645 S.W.2d at 834; Hawks, 265 S.W. at 239.

²¹⁶ Eppley, 2009 WL 1035265, at *4.

me, davalının panolar ve broşürlerle davacının işyerinin önünde gösteri yaparak kendisine bir evi ayıplı olarak sattığından şikayet etmesini, “davalının fiillerinin davacının gözünü korkutmak ve davalı tarafından davacının şirketi aleyhine açılan davada ileri sürülen iddialar konusunda davacıyı sulh anlaşmasına zorlamak amacıyla tasarlandığı ve uygulanmaya başlandığından,” yasaklama kararını gerekçelendirmek için yeterli olduğuna karar vermiştir.²¹⁷

3. Hakaretimiz Olduğuna Karar Verilen Beyanlar

Mahkemelerinin yasaklama olmaması kuralından ayrılırken genellikle belirttikleri gerekçe, yasaklama kararının hakaretimiz olduğuna karar verilen beyanları kısıtlayacak olmasıdır. 1975’te Ohio ve Georgia, “beyanın yargısal olarak hakaretimiz olduğu tespit edildiği zaman, yasaklama kararı verebilmek için bütün şartlar gerçekleşirse, aynı beyanın devam eden yayımını engeleyen karar uygun olabilir” gerekçesiyle, bu istisnayı kabul eden ilk eyaletler olmuşlardır.²¹⁸ Yaklaşık 10 yıl sonra Minnesota Yüksek Mahkemesi *Advanced Training Systems v. Caswell Equipment Co.* davasında davalının, davacının ürünleri hakkında hakaretimiz beyanlar içerdiği jüri tarafından tespit edilen pazarlama materyallerini yayımlamasını sürekli olarak engelleyen bir kararı onaylayarak, bu yaklaşımı kabul etmiştir.²¹⁹ Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

Bu mahkemenin ve Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin son zamanlardaki kararları uyarınca, aşağıda belirtilen sürekli engelleme kararı anayasaya aykırı değildir... Ayrıca diğer mahkemeler de, tam ve adil bir çekişmeli yargılama sonucunda hakaretimiz olduğu tespit edilen beyanlarla tam olarak sınırlı kaldığı takdirde, sınırlandırma lehine karar vermişlerdir. Bu nedenle biz de aşağıdaki yasaklama kararının, tamamıyla bir jüri yargılaması sonucu açık bir şekilde hakaretimiz veya kötüleyici olduğu tespit edilen beyanlarla sınırlı olduğundan,

²¹⁷ 198 N.Y.S.2d at 199.

²¹⁸ *O’Brien v. Univ. Cmty. Tenants Union*, 327 N.E.2d 753, 755 (Ohio 1975); *bk. also Retail Credit Co. v. Russell*, 218 S.E.2d 54, 62 (Ga. 1975) (“Jüri kararıyla davalının beyanlarının gerçek dışı ve hakaretimiz olduğununun tespit edilmesi ve hakaretin tekrarladığının delillerle ispatlanmasından dolayı” yasaklama kararını onaylamıştır”); *Advanced Training Sys., Inc. v. Caswell Equip. Co.*, 352 N.W.2d 1, 11 (Minn. 1984) (adil ve çekişmeli bir yargılama sonucunda tam olarak hakaretimiz olduğu tespit edilen ifadelerle sınırlı kaldığı müddetçe engelenen olabileceği” gerekçesiyle yasaklama kararına izin vermiştir.”).

²¹⁹ 352 N.W.2d 1, 12 (Minn. 1984).

anayasaya aykırı olmadığına ve bu şekilde karar verilebileceğine karar verdik.²²⁰

California Yüksek Mahkemesi, yasaklama olmaması kuralını reddeden etkili kararlarından birisi olan Balboa Island Village Inn v. Lemen²²¹ davasında bu gerekçenin ikna edici olduğunu belirtmiştir. Bu dava diğer birçok hakaret davasında olduğu gibi, rahatsız eden davranış şekillerini içeriyordu. Anne Lemen, Balboa Island Village Inn’ın karşısındaki dar sokaktan bir ev satın aldı ve bardan ayrılan müşterilerin ayyaş tavırları ve aşırı gürültü yaptıkları gerekçesiyle yetkili otoritelere sayısız bir şekilde şikâyetle bulunarak, söz konusu kurumun yerel bir eleştiricisi olmuştu.²²² Bu problemi belgelemek amacıyla Lemen binaya giren ve çıkan müşterilerin fotoğraflarını çekti, videoya kaydetti ve bazen de onlara “sarhoş”, “orospu” gibi sözler söyledi.²²³ Lemen, söz konusu Inn’e giren müşterilere “yiyeceklerin pislik dolu” olduğunu, komşularına da, “Inn’de çocuk pornografi olduğunu ve halen de fahişeliğin devam ettiğini, ayrıca söz konusu Village Inn’in küçüklere uyuşturucu madde ve alkol sattığını” söyledi.²²⁴ Village Inn açtığı davada, davalının gürültüye sebep olan fiillerde bulunduğunu, hakaret ettiğini, ticari ilişkilerine bilerek müdahale ettiğini iddia ederek, davalıya karşı yasaklama kararı talep etmiştir.²²⁵ Jürisiz yapılan yargılama sonrasında mahkeme, davalıyı, davacı hakkında üçüncü kişilere yönelik hakaretimiz beyanlarda bulunmaktan men eden sürekli bir yasaklama kararı vermiştir.²²⁶ İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını onaylamış, fakat yasaklama kararını esaslı bir şekilde sınırlandırmıştır.²²⁷

California Yüksek Mahkemesi, hakaretimiz ifadeye yönelik yasaklama kararının çok önemli endişeler ortaya çıkardığını kabul ederek, mevcut davayı,

²²⁰ *Id.* at 11 (citing *Retail Credit Co.*, 218 S.E.2d at 62; *O’Brien*, 327 N.E.2d at 755).

²²¹ 156 P.3d 339, 348 (Cal. 2007).

²²² *Id.* at 341.

²²³ *Id.*

²²⁴ *Id.* at 341, 342.

²²⁵ *Id.* at 342.

²²⁶ *Id.*

²²⁷ İstinaf mahkemesi, davalının Village Inn’e 25 fit uzaklıktaki mesafaden film çekmesinin engellenmesine ilişkin yasaklama kararının hükümlerini onaylamıştır fakat davalının, davacının çalışanlarıyla iletişim kurmasının ve davacı hakkında hakaretimiz beyanda bulunmasının yasaklanmasına ilişkin hükümlerini ise California ve Federal Anayasa uyarınca davalının ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle geçersiz kılmıştır. *Id.*

yasaklama kararını geçersiz kıldığı önceki kararlardan ayırmıştır: “Bir kişinin henüz ifade etmediği bir beyan hakkında açıklama yapmasının engellenmesinin veya henüz yayımlanmadığı bir yazının yasaklanmasının, davalıyı yargılama sonucunda hakaretimiz ve dolayısıyla da hukuka aykırı olduğuna karar verilen bir yazıyı yeniden yayımlamaktan veya beyanı tekrar etmekten alıkoymaktan oldukça farklıdır.”²²⁸

California Yüksek Mahkemesi, yasaklama olmaması kuralına sebep olan anayasal ve hakkaniyet ilkelerini yeniden gözden geçirerek, dar bir şekilde uyarlanan, tekrarlayan beyanların devamını durdurmaya yönelik olarak ve beyanın korunmadığına ilişkin olarak son bir değerlendirme yapıldıktan sonra verilen yasaklama kararının, haksız bir önceden sınırlandırma teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.²²⁹ Mahkeme sonuç olarak yasaklama kararını onaylamış ancak, herhangi bir yasaklama kararının “Lemen’in kişisel olarak hakaretimiz beyanları tekrarlamasını yasaklamakla sınırlı olması gerektiği” şeklindeki talimatıyla davayı geri göndermiştir.²³⁰

Kentucky Yüksek Mahkemesi de geçenlerde, “dava konusu beyanların aslında yalan” olduğuna ilişkin son bir değerlendirme yapıldıktan sonra hakaretimiz ifadelerin engellenebileceğine ilişkin “modern kuralı” kabul etmiş ve Ohio, Georgia, Minnesota ve California’ya katıldığını bildirmiştir.²³¹ Ayrıca Missouri Yüksek mahkemesi tarafından verilen çeşitli kararlarda da, yasaklama kararının, beyanın hakaretimiz olduğunun jüri kararıyla tespit edildikten sonra verildiği takdirde, uygulanabileceğine ilişkin öneriler görülmektedir.²³² Çeşitli eyalet

²²⁸ *Id.* at 344-45.

²²⁹ *Id.* at 349.

²³⁰ *Id.* at 352.

²³¹ *Hill v. Petrotech Res. Corp.*, 325 S.W.3d 302, 309 (Ky. 2010) (Çok geniş kapsamlı bir yasaklama kararını ortadan kaldırmış fakat dar kapsamlı olarak uyarlanan bir karara müsaade edilebileceğini belirtmiştir.). Bununla birlikte Kentucky kararı, hakaretin bütün unsurlarından ziyade davacının sadece dava konusu ifadelerin gerçek dışı olduğunu kanıtlanmasının gerekli olduğunu belirterek Ohio, Georgia, Minnesota, ve California mahkemeleri tarafından kabul edilen yaklaşımdan ayrılmaktadır. *Bk. Kramer v. Thompson*, 947 F.2d 666, 677 (3d Cir. 1991) (discussing adoption of the rule in Ohio, Georgia, and Minnesota); *Balboa Island Vill. Inn*, 156 P.3d at 350. aşağıdaki Dördüncü bölüm’de tartışıldığı gibi, mahkemenin iddia edilen hakaretimiz ifadeye yönelik bir yaptırım olarak yasaklama kararına hükmedebilmesi için, davacının hakaretin bütün unsurlarını ispatlaması gerekir.

²³² *Bk. Ryan v. Warrensburg*, 117 S.W.2d 303, 308 (Mo. 1938); *Wolf v. Harris*, 184 S.W. 1139,

mahkemelerinin kendi eyalet anayasalarındaki ifade özgürlüğü güvencelerinin, hakaret davalarındaki yasaklamaya ilişkin hukuk yolu bakımından bağımsız bir engel teşkil ettiğine karar vermelerine rağmen, bugüne kadar herhangi bir eyalet yüksek mahkemesi bu yaklaşımı federal anayasayı ihlal edici olarak açıkça reddetmemiştir.²³³

Bu konuyu ele alan beş federal istinaf mahkemesinden üçü, eğer hakaretin tesbiti söz konusuysa yasaklama kararının uygulanabileceğine karar vermişlerdir.²³⁴ Sadece İkinci İstinaf Mahkemesi, “bu mahkemede hiçbir zaman hakaret içeren beyanın hakaretimiz olduğuna hükmedildiği zaman, hakaretin tedbir kararının konusu olacağına karar vermedik” şeklinde yorumlayarak, yasaklama kararı vermek için bu gerekçeyi açıkça reddetmiştir.²³⁵ Yedinci İstinaf Mahkemesi geçenlerde aşırı geniş olduğundan bahisle bir yasaklama kararını geçersiz

1141-42 (Mo. 1916); *Flint v. Hutchinson Smoke Burner Co.*, 19 S.W. 804, 806 (Mo. 1892).

²³³ *Bk., örn.*, *Dailey v. Super. Ct.*, 44 P. 458, 460 (Cal. 1896) (California Constitution); *State ex rel. Liversey v. Judge of Civil Dist. Court*, 34 La. Ann. 741, 746 (1882) (Louisiana Constitution); *Life Ass’n of Am. v. Boogher*, 3 Mo. App. 173, 179-80 (1876) (Missouri Constitution); *Lindsay & Co. v. Mont. Fed’n of Labor*, 96 P. 127, 131 (Mont. 1908) (Montana Constitution); *Howell v. Bee Pub. Co.*, 158 N.W. 358, 359 (Neb. 1916) (Nebraska Constitution); *Willing v. Mozzacone*, 339 A.2d 1155, 1157 (Pa. 1978) (Pennsylvania Constitution); *Mitchell v. Grand Lodge, Free & Accepted Masons of Tex.*, 121 S.W. 178, 179 (Tex. Civ. App. 1909) (Texas Constitution). My focus here, however, is on the limitations imposed by the U.S. Constitution.

²³⁴ *Bk. San Antonio Cmty. Hosp. v. S. Cal. Dist. Council of Carpenters*, 125 F.3d 1230, 1238 (9th Cir. 1997) (affirming the injunction and stating “the district court correctly found that the Union’s display of the banner was fraudulent[;] ... the First Amendment does not protect fraud”); *Brown v. Petrolite Corp.*, 965 F.2d 38, 51 (5th Cir. 1992) (remanding and ordering the district court to “narrow its previous language so as to enjoin the dissemination of information relating to the tests and samples that were the subject of the underlying suit”); *Lothschuetz v. Carpenter*, 898 F.2d 1200, 1206, 1208-09 (6th Cir. 1990) (Wellford, J., concurring in part and dissenting in part) (permitting an injunction, but limiting the “application of such injunction to the statements which have been found in this and prior proceedings to be false and libelous”). The Ninth Circuit’s decision in *San Antonio Community Hospital*, however, diverges from the other decisions because it affirmed a *preliminary injunction* where no jury or court had made a final determination that the speech was defamatory. *Bk. 125 F.3d at 1240* (Kozinski, J., dissenting) (citations omitted) (“An interlocutory injunction based on a ‘reasonable probability’ of malice, is, by hypothesis, not based on ‘actual malice.’”).

²³⁵ *Metro. Opera Ass’n v. Local 100, Hotel Emps. & Rest. Emps. Int’l Union*, 239 F.3d 172, 178 (2d Cir. 2001). Ayrıca *Kramer v. Thompson davasında üçüncü istinaf mahkemesi yargılamadan sonra yasaklama kararını bir istisna olarak tanımayı reddetmiştir*. Mahkeme gerekçesinde, Pennsylvania Yüksek Mahkemesinin *Willing v. Mozzacone*, 339 A.2d 1155 (Pa. 1978) davasında modern görüşü, Pensilvenia Anayasasına aykırı olduğundan bahisle reddettiğini ve Pennsylvania’nın sıkı bir şekilde geleneksel kurala bağlı olduğunun görüldüğünü not etmiştir.” 947 F.2d 668, 678 (3d Cir. 1991).

kılmasına rağmen, “yasaklama kararını kararda yazıldığı gibi iptal ediyoruz ve ilk derece mahkemesinin ilgili bütün faktörleri dikkate alarak uygun olabileceğine karar verdiği yeni ve dar kapsamlı yasaklama kararının anayasal geçerliliği hususunda bir fikir beyan etmiyoruz” diyerek, Yüksek Mahkemenin *Tory v. Cochran* kararını referans göstermiştir.²³⁶

Özet olarak, davacıların yasaklama kararı istediği toplam dava sayısı ile karşılaştırıldığında, bu karara hükmedilen toplam dava sayısının oldukça az olmasına rağmen, dava konusu beyanın hakaretimiz olduğuna karar verildiği durumlarda, hem federal mahkemelerde hem de eyalet mahkemelerinde yasaklama kararı uygulanmasına ilişkin bir eğilim ortaya çıktığı çok açıktır.

B. Geniş Kapsamlı ve Dar Kapsamlı Olma Problemleri

Yasaklama olmaması kuralının sona erdiğini beyan etmeden önce – zira bunu söylemek için hala çok erkendir - her yasaklama kararının eşit olarak oluşturulmadığı not edilmelidir. Yasaklama kararının, beyanın hakaretimiz olduğu tespit edildikten sonra verildiği davalarda bile, yasaklama kararı hala ifadeyi çok geniş kapsamlı olarak sınırlandırdığından izin verilemez olabilir. Yasaklama kararının, davacının amacını gerçekleştirecek şekilde ne çok geniş kapsamlı, ne de kapsamı çok dar olmadan uygun bir şekilde uyarlanması, başarılabilir kolay bir görev değildir.

Davaların incelenmesi, mahkemelerin hem davacının şeref ve haysiyetine yönelik gelecekteki zararları engelleyecek yeterlilikte geniş, hem de davalının konuşma özgürlüğünü hukuka uygun bir şekilde kullanmasına müsaade edecek yeterlilikte dar kapsamlı bir yasaklama kararının nasıl şekillendirileceği hususunda sıkıntı yaşadıklarını ortaya çıkarmıştır. Mahkemeler tarafından hükmedilen yasaklama kararlarının analizine yardım etmek amacıyla, yasaklama kararları en geniş kapsamlı olanından, en dar kapsamlı olanına kadar dört genel kategoride sınıflandırılabilir.

²³⁶ *e360 Insight v. Spamhaus Project*, 500 F.3d 594, 603, 606 (7th Cir. 2007) (davalıyı “iddia edilen veya öne sürülen şekilde davacının spam e-mailler gönderdiği ve benzer şekilde beyanlarda” bulunmasından yasaklayan bir kararı ortadan kaldırmıştır.”).

1. Birinci Tür Yasaklama Kararları

Davalının, davacı hakkında herhangi bir beyanda bulunmasını yasaklamak şeklinde birkaç mahkeme tarafından hükmedilen yasaklama kararlarını, birinci tür yasaklama kararları olarak adlandırıyoruz.²³⁷ Aslında bu, tam olarak, ilk derece mahkemesi hâkiminin hem davalıyı hem de davanın tarafı olmayan davalının karısını, “Cochran ve onun hukuk firması hakkında sözlü beyanda bulunmaktan” sürekli olarak alıkoyan Cochran v. Tory davasında söz konusu olan yasaklama kararı türüdür.²³⁸ Bir kişiye bundan sonra hiçbir şekilde konuşmamanın emredilmesinden farklı olarak – davalarda karşılaşılmayan ve açıkça izin verilemeyen bir tedbir kararıdır – birinci tür yasaklama kararları, mahkemeler tarafından hükmedilen dört tür yasaklama kararından en geniş ve en problemlisi olanıdır. Çünkü birinci tür yasaklama kararları hakaretimiz olduğuna karar verilmeyen beyanları - hakaret hukukunun en geniş uygulamasında dahi hakaretimiz olarak bulunmayan beyanlardır – sürekli bir şekilde kısıtlamakta olduğundan dolayı, basitçe çok geniş kapsamlı ve dolayısıyla da anayasaya aykırıdır.²³⁹ Mahkemelerin bu şekilde verdiği yasaklama kararlarının çoğunun istinafta bozulmuş veya iptal edilmiş olması ya da ilk derece mahkemesi tarafından sona erdirilmiş olması hiç de şaşırtıcı değildir.²⁴⁰

²³⁷ Eppley v. Iacovelli, No. 1:04-CV-386-SEB-JMS, 2009 WL 1035265 (S.D. Ind. Apr. 17, 2009) (davalıya, ...eylemlerinin bir sonucu olarak... davacı veya onun avukatına atıfta bulunarak... davalı tarafından internete yüklenen bütün içeriklerin kaldırılmasını emretmiştir); Stutz Artiano Shinoff & Holtz v. Larkins, No. 34-2007-0076218 (Cal. Super. Ct. Dec. 11, 2009), *rev'd*, No. D057190, 2011 WL 3425629 (Cal. Ct. App. Aug. 5, 2011); Cochran v. Tory, No. BC239405, 2002 WL 33966354, at *1 (Cal. Super. Ct. Apr. 24, 2002) (davalının sürekli olarak “Cochran ve onun hukuk firması hakkında sözlü bir beyanda bulunmaktan men edilmesini” emretmiştir), *vacated*, 544 U.S. 734 (2005); Apex Tech. Grp., Inc. v. Doe, No. MID-L-7879-09 (N.J. Super. Ct. Law Div. Dec. 23, 2009) (Diğerlerinin yanı sıra, davacılara ilişkin bütün gönderilerin internet sayfasından çıkarılmasını emreden bir ihtiyadi tedbir kararına hükmetmiştir).

²³⁸ Cochran, 2002 WL 33966354, at *1.

²³⁹ *Bk. supra* Part II.B.2.

²⁴⁰ *Bk. Tory v. Cochran*, 544 U.S. 734, 738-39 (2005); *Crosby v. Bradstreet Co.*, 312 F.2d 483, 485 (2d Cir. 1963); *Stutz Artiano Shinoff & Holtz*, 2011 WL 3425629, at *7-10; *Wallace v. Cass*, No. G036490, 2008 WL 626475, at *8-9 (Cal. Ct. App. 2008); *Sid Dillon Chevrolet-Oldsmobile-Pontiac, Inc. v. Sullivan*, 559 N.W.2d 740, 744, 747 (Neb. 1997); *Cullum v. White*, No. 04-09-00695-CV, 2011 WL 6202800, at *13 (Tex. App. Dec. 14, 2011).

2. İkinci Tür Yasaklama Kararları

Taraflardan birinin davacı hakkında herhangi bir “hakaretimiz” beyanda bulunmasını yasaklayan “ikinci tür” yasaklama kararları da daha az sorunsal değildir.²⁴¹ İkinci tür yasaklama kararları, kararı hangi tür beyanların ihlal edeceği konusunda davalıya tam olarak yeterli bir bildirimde bulunmadığından dolayı çok geniştir.²⁴² *Near v. Minnesota* davasında Yüksek Mahkeme, davalıyı sadece “kötü niyetli ve skandal haberler içeren herhangi bir yayımı veya hakaretimiz bir gazeteyi” yayımlamak ve dağıtmaktan yasaklayan bir yasaklama kararını ortadan kaldırmıştır.²⁴³ Uygulama açısından, ikinci tür yasaklama kararları, hâkimleri, içerik bazlı olarak hangi beyana izin verilebileceğine karar veren, sürekli olarak sansür uygulayan bir rol vermektedir.²⁴⁴ Yüksek Mahkeme Başkanı

²⁴¹ *Bk. Chamber of Commerce v. Fed. Trade Comm’n*, 13 F.2d 673, 682, 696-97 (8th Cir. 1926) (discussing the order issued by the district court and upholding the injunction); *Ordonez v. Icon Sky Holdings LLC*, No. 10-60156-CIV, 2011 WL 3843890, at *7-9 (S.D. Fla. Aug. 30, 2011); *Bluemile, Inc. v. Yourcolo, LLC*, No. 2:11-CV-497, 2011 U.S. Dist. LEXIS 62178, at *2 (S.D. Ohio June 10, 2011); *Evans v. Evans*, No. GIC881152, 2007 WL 5490 538 (Cal. Super. Ct. May 25, 2007), *rev’d*, 76 Cal. Rptr. 3d 859 (App. 4th 2008); *Barlow v. Sipes*, 744 N.E.2d 1, 5, 11 (Ind. Ct. App. 2001); *W. Willow Realty Corp. v. Taylor*, 198 N.Y.S.2d 196, 200 (Sup. Ct. 1960), *appeal dismissed*, 205 N.Y.S.2d 810 (App. Div.) 1960).

²⁴² *Bk. 13 JAMES W. MOORE ET AL., MOORE’S FEDERAL PRACTICE* § 65.60[2] (3d. ed. 2013) (“Sınırlandırıcı bir emir veya yasaklama kararı hükümlerini özel olarak belirtmek zorundadır. Sınırlandırıcı bir emir veya yasaklama kararı eğer davalının hukuka uygun bir davranışı sergilemesini veya dava konusu olmayan hukuka aykırı bir davranışa dahil olmasını sınırlandırmıyorsa müsaade edilemeyecek şekilde geniş kapsamlıdır”). Sonuç olarak birçok davada mahkemeler tarafından bu şekilde hükmedilen yasaklama kararları ya istinaf aşamasında düzeltilmiştir ya da ilk derece mahkemesi tarafından ortadan kaldırmıştır. *Bk. Near v. Minnesota ex rel Olson*, 283 U.S. 697, 706, 722-23 (1931) (geniş kapsamlı yasaklama kararına ve dava konusu hakkında özel yasaklama kararına izin veren bir eyalet kanununu iptal etmiştir.); *Wynn Oil Co. v. Purolator Chem. Corp.*, 536 F.2d 84, 86 (5th Cir. 1976); *Oorah, Inc. v. Schick*, No. 09-CV-00353, 2012 WL 3233674, at *4 (E.D.N.Y. Aug. 6, 2012) (davacının mevcut olan hukuk yollarının yetersiz olduğunu ispat edememesi sebebiyle yasaklama talebini reddetmiştir.); *Evans*, 76 Cal. Rptr. 2d at 867-69 (“bu geniş kapsamlı yasaklama, Lindanın gelecekteki hangi yorumlarının yasaklama kararını ihlal edebileceğini tanımlamada başarısız olmuştur”); *Paradise Hills Assocs. v. Procel*, 1 Cal. Rptr. 2d 514, 524 (Ct. App. 1991); *Hill v. Petrotech Res. Corp.*, 325 S.W.3d 302, 311 & n.5 (Ky. 2010); *Rosenberg Diamond Dev. Corp. v. Appel*, 735 N.Y.S.2d 528, 528 (App. Div. 2002); *Brammer v. KB Home Lone Star, L.P.*, 114 S.W.3d 101, 114 (Tex. App. 2003) (Geçici yasaklama talebinin, davalının davacıya hakaret etmekten men edilmesine ilişkin bir bölümünü reddetmiştir.).

²⁴³ *Near*, 283 U.S. at 706.

²⁴⁴ *Bk., örn., Wilson*, 532 P.2d at 122-23 (yasaklama kararını iptal etmiştir ve ilk derece mahkemesinin “hükümet sansürünün rolünü agresif bir şekilde üstlendiğini not etmiş, adil bir şekilde sunulması konusunda onay vermiş ve olayların dar bir bakış açısıyla değerlendirilmesini onaylamamıştır.”).

Hughes’in *Near* davasında uyardığı gibi, bu tip yasaklama kararları “sansürün özüdür”.²⁴⁵

3. Üçüncü Tür Yasaklama Kararları

“Üçüncü tür yasaklama kararları”, tedbir kararını hakaretimiz olduğu tespit edilen spesifik ifadelerle sınırlandırmaksızın, diğer tarafın, davacı hakkında bazı beyanları yayımlamasını yasaklayan kararlardır.²⁴⁶ Sitedeki yalnızca birkaç

²⁴⁵ *Near*, 283 U.S. at 713.

²⁴⁶ *Bk. San Antonio Cmty. Hosp. v. S. Cal. Dist. Council of Carpenters*, 125 F.3d 1230, 1238 (9th Cir. 1997) (“Bu tıbbi işletme fare dolu” şeklindeki bir afişin sergilenmesini yasaklayan kararı onaylamıştır”); *Emack v. Kane*, 34 F. 46, 50-51 (C.C.N.D. Ill. 1888) (davalının, davacının müşterilerini korkutarak uzaklaştırmak ve itibarını zedelemek amacıyla beyanda bulunmasını yasaklamıştır); *N. Am. Recycling, LLC v. Texamet Recycling, LLC*, No. 2:08-CV-579, 2012 WL 3283380, at *2 (S.D. Ohio 2012) (hakaretimiz olduğu tespit edilen ifadelerle “büyük oranda benzer” olan gelecekteki ifadeleri yasaklamıştır); *Frontier Mgmt. Co. v. Balboa Ins. Co.*, 622 F. Supp. 1016, 1021 (D. Mass. 1985) (“programının kârsız olduğuna” ilişkin spesifik ve gerçek dışı bir beyana yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı vermiştir.”); *Martin v. Reynolds Metals Co.*, 224 F. Supp. 978, 984 (D. Or. 1963) (davanın tamamlanması sırasında asılan reklam panolarındaki ilanların kaldırılmasını emretmiştir.); *aff’d*, 337 F.2d 780 (9th Cir. 1964); *In re Davis*, 334 B.R. 874, 888 (Bankr. W.D. Ky. 2005) (İnternet sitesinin kapatılmasını ve davalının benzer başka bir internet sayfası oluşturmasının yasaklanmasını emretmiştir.); *aff’d in part and rev’d in part*, 347 B.R. 607 (W.D. Ky. 2006); *Carter v. Knapp Motor Co.*, 11 S. 2d 383, 386 (Ala. 1943) (Davalının beyaz bir fil resmiyle boyalı araba kullanmasını yasaklayan ihtiyati tedbir kararını onaylamıştır); *Aguilar v. Avis Rent A Car Sys., Inc.*, 980 P.2d 846, 863 (Cal. 1999) (İspanyol ve Latin işçileri betimleyen veya onlara yönelik etnik ve ırksal aşağılayıcı lakapları yasaklamıştır”); *Giordano v. Romeo*, No. 09-68539-CA25 (Fla. Cir. Ct. Dec. 28, 2010) (İnternet sayfası işleticisine yönelik olarak Romeo tarafından davacılar hakkında gönderilen beyanların yayımlanmasını durdurulması istenilmiştir”); *withdrawn*, No. 09-68539-LA25 (Fla. Cir. Ct. Feb. 18, 2011); *Advanced Training Sys., Inc. v. Caswell Equip. Co.*, 352 N.W.2d 1, 11 (Minn. 1984) (Alt mahkeme tarafından, yapılan yargılama sonucu hakaret olduğu tespit edilen materyallerle sınırlı olarak hükmedilen yasaklama kararını onaylamıştır); *Glassman v. Feldman*, No. 102988/2012 (N.Y. Sup. Ct. Oct. 2, 2012) (özel olduğu iddia edilen hakaretimiz ifadelerin internette çıkarılmasını emreden geçici bir kısıtlama kararına hükmetmiştir.); *Amalgamated Acme Affiliates, Inc. v. Minton*, 33 S.W.3d 387, 393, 398-99 (Tex. App. 2000) (alt derece mahkemesinin bazı tür iletişimleri yasaklama kararını onaylamıştır); *Hajek v. Bill Mowbray Motors, Inc.*, 645 S.W.2d 827, 834 (Tex. App. 1982) (davalıyı, davacı tarafından satılan van tip arabanın ayıplı olduğuna ilişkin beyanda bulunmaktam ve bu beyanların dolaşımından men eden alt derece mahkemesinin yasaklama kararını onaylamıştır); *rev’d*, 647 S.W.2d 253 (Tex. 1983); *Hawks v. Yancey*, 265 S.W. 233, 236, 239 (Tex. App. 1924) (davalının, davacının kendisi ile ilişkisi ve ortaklığı hakkında davacı veya davacının herhangi bir çalışanıyla konuşmaktan men edilmesine ilişkin yasaklama talebinin reddi kararını bozmuştur); *Bat World Sanctuary v. Cummins*, No. 352-248169-10, 2012 WL 4050469 (Tex. Dist. Ct. Aug. 27, 2012) (Davalının, davacının şikayet dilekçesinde belirtilen fotoğrafları veya beyanları herhangi bir şekilde yayımlamasını ve internette herhangi bir siteye göndermesini yasaklamaya karar vermiştir.); *Burfoot v. May4thCounts.com*, No. CL102735 (Va. Cir. Ct. Apr. 21, 2010)

ifadenin hakaretamiz olduğunun tespit edilmesine rağmen, İnternet sitesinin tamamen kapatılması hakkında davalıya talimat verilmesi veya beyanın hiçbir şekilde hakaretamiz olmadığı tespit edilmediği durumlarda da yasaklanması kararları, üçüncü tür yasaklama kararına, örnek olarak verilebilir. Bu tür tedbir kararları, davalının güçlü bir savunma yapmadığı durumlarda yaygın olarak verilmektedir. Bunlar davalının yargılamaya gelmediği davaları içermekte olup, mahkeme ya şikâyeti bir tedbir kararına dönüştürmekte ya da tedbir kararını tasarlarken davacının kullandığı dile dayanmaktadır.²⁴⁷ Üçüncü tür yasaklama kararlarının, ikinci tür yasaklama kararlarına nazaran davalıya neyin yasaklandığına dair özel bir rehberlik yapmakta olmasına rağmen, üçüncü tür yasaklama kararları, hakaretamiz olmadığına hükmedilen beyanları engellediğinden dolayı hala çok geniştir. İşin aslına bakacak olursak, hâkimlerin çeşitli davalarda hükmettiği bu tür yasaklama kararları sonuçta ya geri alınmıştır ya da itiraz üzerine iptal edilmiştir.²⁴⁸

4. Dördüncü Tür Yasaklama Kararları

Dört tür yasaklama kararından en dar kapsamlı olanı, mahkeme veya jüri tarafından hakaretamiz olduğu tespit edilen belli beyanların çıkarılmasını veya daha

(ordering removal of website), vacated, 80 Va. Cir. 306 (2010).

²⁴⁷ *Bk., örn., Glassman*, No. 102988/2012, at *3 (Davalının gelmemesi nedeniyle geçici yasaklama kararına hükmetmiştir); *Bat World Sanctuary*, No. 352-248169-10 (Davacının şikâyetlerinde listelenen fotoğrafların ve beyanların yayımlanmasını yasaklamıştır). Genellikle ifadeyi engelleyen mahkeme kararlarında savunma avukatı Paul Alan Levy, “Bu tür kararların genellikle tek taraflı yapılan başvurular üzerine ve hâkimlerin de ifade hakkında tek taraflı tedbiri yasaklayan açık hukuki hükümleri araştırmadığından dolayı veya savunma avukatlarının önceden sınırlandırma doktrinini bilecek ve tartışacak yeterli sofistike bilgiye sahip olmadığından dolayı ya da ilk derece hâkiminin sonuçta neyi adil görüyorsa onu yapmak istemesi dolayısıyla veriliyor” şeklinde gözlemlemiştir.” Paul Alan Levy, *Prior Restraint Doctrine Protects Negative Yelp Review Against Preliminary Injunction*, CONSUMER L. & POL’Y BLOG (Dec. 26, 2012), <http://pubcit.typepad.com/clpblog/2012/12/priorrestraint-doctrine-protects-negative-yelp-review-against-preliminary-injunction.html>.

²⁴⁸ *Bk. e360 Insight v. Spamhaus Project*, 500 F.3d 594, 606 (7th Cir. 2007); *Animal Rights Found. of Fla., Inc. v. Siegel*, 867 So. 2d 451, 458 (Fla. Dist. Ct. App. 2004); *St. Margaret Mercy Healthcare Ctrs., Inc. v. Ho*, 663 N.E.2d 1220, 1224 (Ind. Ct. App. 1996); *Am. Broad. Cos. v. Smith Cabinet Mfg. Co.*, 312 N.E.2d 85, 91-92 (Ind. Ct. App. 1974); *Krebiozen Research Found. v. Beacon Press, Inc.*, 134 N.E.2d 1, 9 (Mass. 1956); *Hajek v. Bill Mowbray Motors, Inc.*, 647 S.W.2d 253, 255 (Tex. 1983); *Perez v. Dietz Dev., LLC*, No. 122157, 2012 WL 6761997 (Va. Dec. 28, 2012); *Burfoot*, 80 Va. Cir. at 309.

fazla yayımlanmasını yasaklayan “dördüncü tür yasaklama kararlarıdır”.²⁴⁹ California Yüksek Mahkemesi tarafından Balboa Island Village Inn davasında onaylanan yasaklama kararı, dördüncü tür yasaklama kararının bir örneğidir.²⁵⁰ Bu kararda, çoğu yasaklama kararında olduğu gibi, davalının, davacının çalışanlarıyla kontak kurabilmesi ve işyerine giren ve çıkan müşterilerinin fotoğraflarını çekebilmesi hakkında çok geniş bir sınırlandırmayla başlamıştır. Buna rağmen California Yüksek Mahkemesi yasaklama kararını, davalının, Village Inn hakkında sadece yargılamada hakaretimiz olduğu belirlenen ifadeleri üçüncü şahıslara yönelik olarak tekraren dile gertirmesinden yasaklanmasıyla sınırlandırmıştır.²⁵¹ Dördüncü tür

²⁴⁹ *Bk. Brown v. Petrolite Corp.*, 965 F.2d 38, 51 (5th Cir. 1992) (ilk derece mahkemesine yasaklama kararını, davanın esası olan konuları kapsayacak şekilde daraltmasını emretmiştir”); *Lothschuetz v. Carpenter*, 898 F.2d 1200, 1209 (6th Cir. 1990), (Wellford, J., kısmen katılarak, kısmen de muhalif kalarak) (ilk derece mahkemesinin yasaklama talebini reddetmesinin ve yasaklamayı sadece bu yargılamaya ve daha önceki yargılamalarda geçek dışı ve hakaretimiz olan ifadelerle sınırlamasının onaylanmasına muhalif kalmıştır.”); *Am. Univ. of Antigua Coll. of Med. v. Woodward*, 837 F. Supp. 2d 686, 701-02 (E.D. Mich. 2011) (hakaretimiz olduğu belirlenen 8 beyanın yayınlanmasını yasaklamıştır); *Int’l Profit Assoc., Inc. v. Paisola*, 461 F. Supp. 2d 672, 679-80 (N.D. Ill. 2006) (IPA’nın uzlaşmak için Paisola’ya teklifte bulunduğu ve bu uzlaşmanın bir parçası olarak da IPA’nın Pasiolaya ödeme yapmayı kabul ettiği ve Paiolanın da şirketin yönetimine katıldığına ilişkin yanlış beyanlardan davalıyı yasaklamıştır.”); *Balboa Island Vill. Inn v. Lemen*, 156 P.3d 339, 352 (Cal. 2007) (yasaklama kararının kapsamını davacıyı sadece kişisel olarak tekrar eden hakaretimiz ifadelerden yasaklayacak şekilde daraltmıştır.”); *Wallace v. Cass*, No. G036490, 2008 WL 626475, at *10 (Cal. Ct. App. Mar. 10, 2008) (davacıyı halihazırda hakaretimiz olduğu yargılamaya sonucu belirlenen beyanları içeren reklam panosu koymaktan men eden kararın, dar bir şekilde uyarlanması için alt derece mahkemesine talimat vermiştir.”); *Noval v. Gorman*, No. RIC 10020292, at *2 (Cal. Super. Ct. June 13, 2011); *Advanced Training Sys., Inc.*, 352 N.W.2d at 11 (piyasada bulunan bazı aldatıcı materyalinin yayanlanmasını engellemiştir.); *Griffis v. Luban*, No. CX-01-1350, 2002 WL 338139, at *7 (Minn. Ct. App. Mar. 5, 2002) (dosyayı, sadece hakaretimiz olduğu tespit edilen beyanların sınırlandırılması için yasaklama kararının dar bir şekilde uyarlanması amacıyla alt derece mahkemeye geri göndermiştir.”); *Rombom v. Weberman*, No. 1378100, 2002 WL 1461890, at *12 (N.Y. Sup. Ct. June 13, 2002) (jüri tarafından hakaretimiz olduğuna karar verilen davacı ve davacı Rombomun ailesi hakkında yayınlanmış bütün beyanların internet sayfasından çıkarılması için davalıya yönelik bir yasaklama kararı vermiştir.”), *aff’d*, 766 N.Y.S. 2d 88 (App. Div. 2003).

²⁵⁰ 156 P.3d 339 (Cal. 2007). Davanın esası hakkında tartışma için, bk. *supra* notes 218- 24 ve beraberindeki metin.

²⁵¹ *Balboa Island Vill. Inn*, 156 P.3d at 342. Yasaklama kararı davalıyı, davacı hakkında üçüncü şahıslara yönelik olarak şu hakaretimiz beyanları açıklamaktan men etmektedir: “davacı küçüklere alkol satmaktadır; davacı sabah saat 6.00’ya kadar açıktır; Davacı seks videoları yapmaktadır; davacı çocuk pornografisine dahil olmuştur; Davacı illegal uyuşturucu madde dağıtmaktadır; Davacının mafya ile bağlantısı vardır; Davacı lezbiyenlik aktivitelerini teşvik etmektedir; Davacı fuhuşa karışmıştır ve genelev sahibi gibi davranmaktadır; Davacı bozuk yiyecekleri servis etmektedir.” *Id.*

yasaklama kararları, sadece mahkeme veya jüri tarafından hakaretimiz olduğuna hükmedilen beyanları sınırlandırdığından dolayı, önceden sınırlandırma doktriniyle çelişme ihtimali yoktur. Buna rağmen, eğer belli kelimelerin kullanılması hakkındaki yasaklama özel bağlamıyla sınırlı değilse, bu yasaklama kararları hala çok geniş olabilir. Örneğin *Griffis v. Luban* davasında, davacı, diğerlerinin yanı sıra, kendisini yalancı diye çağıran ve yine kendisini bir İnternet haber grubunda eski mısır uzmanı şeklinde tanıttığından bahisle kredibilitesi hakkında yanlış bilgiler vermekle suçlayan bir yorumcu hakkında, onun gıyabında mahkemeden bir karar almayı başarmıştır.²⁵² İlk derece mahkemesi davalıyı, davacının “bir yalancı” olduğunu ifade etmesini de içeren birçok beyanı ifade etmesini yasaklamıştır.²⁵³ Minnesota Yüksek Mahkemesi tedbir kararını uygun görmüştür ancak kapsamını daraltması için alt derece mahkemeye geri göndermiştir:

İlk derece mahkemesi, *Griffis*’in Eski Mısır uzmanlığı haber grubuna gönderdiği iletilere ilişkin olarak, *Lubar*’ın *Griffis*’i “yalancı” diye çağırarak ona hakaret ettiğini tespit etmiştir. Sonuç olarak mahkeme, *Luban*’ın “*Griffis* bir yalancıdır” demesini yasaklamıştır. Fakat bu hüküm herhangi bir özel bağlamla sınırlandırılmadığı için, örneğin Eski Mısır uzmanlığı haber grubuna gönderilen iletiler gibi, tedbir kararı *Luban*’ı, diğer bir bağlamda *Griffis* “bir yalancıdır” demekten, bunu söylemek hakaretimiz olmasa bile, yasaklama etkisine sahiptir. Örneğin bu tedbir kararı *Luban*’ı, *Griffis* şayet “John F. Kennedy hiçbir zaman Birleşik Devletlerin Başkanı değildi” demiş olsa bile, *Griffis* “bir yalancıdır” demekten yasaklamaktadır.²⁵⁴

Bu davaların da gösterdiği gibi, anayasa ve hakkaniyet prensiplerinin, hâkimlere yasaklama kararına hükmetme yetkisi tanıdığı durumlarda bile, geniş kapsamlı veya dar kapsamlı olmaksızın, davacının itibarına yönelik zararlar açısından hukuk yolu olacak bir yasaklama kararı tasarlamak son derece zordur. Sonraki bölümde bu zorluk ele alınacak ve hem etkili hem de uygun bir şekilde uyarlanmış bir yasaklama kararının tasarlanmasında mahkemelere rehberlik edebilecek ilkeler belirtilecektir.

²⁵² No. CX-01-1350, 2002 WL 338139, at *1 (Minn. Ct. App. Mar. 5, 2002).

²⁵³ *Id.* at *6.

²⁵⁴ *Id.* at *6-7.

IV. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLKELERİNE UYGUN HAKKANİYETE DAYALI HUKUK YOLLARI

Yüksek mahkemenin, önceden sınırlandırma kabul ederek güçlü bir şekilde ifade özgürlüğüne ilişkin konularda yasaklama kararlarına karşı duruşu, çoğu yorumcunun, hakaret davalarında her türlü yasaklama kararının mümkün olmadığı sonucuna varmalarına sebep olmuştur. İkinci bölümde açıklandığı gibi, First Amendment'in ifadeyi kısıtlayan her türlü yasaklama kararlarını engellediğini söylemek bir abartıdır. Mahkeme tarafından hakateramiz olduğu belirlenen ve yayımlanmış bir beyanın yasaklanmasını hedefleyen bir mahkeme kararı anayasal olabilir. Aslında dar kapsamlı olarak uyarlanmış bir yasaklama kararı, özel olarak sadece gerçek dışı ve hakaretamiz olan bir beyanı hedeflediğinden, sonuç olarak verilen parasal tazminata göre ifade özgürlüğü üzerinde daha az külfetli de olabilir. Profesör John Jeffries'in açıkladığı gibi:

Basit bir şekilde yasaklama kararının kapsamı dışında olan fakat ceza hukukunun genel yasaklama eğilimi uyarınca daha çok yasaklanması gereken kapsam içinde kalması tartışmalı olan eylemlerden caydırmak hususunda, mahkeme kararıyla hedeflenen bastırmanın ötesinde daha az bir risk ihtimali vardır. Hatta çoğu kişi, ceza mahkûmiyetinin ve cezalandırmanın bilinmeyen yönünün, bu tartışmalı alanlar tarafından yönlendirilmesi hususunda yeterli bir neden olduğunu bile düşünmektedir. Bu nedenle, rejim tarafından yasaklanması ihtimali bulunan ifade özgürlüğü sistemi ve First Amendmet tarafından korunması tartışmalı olan alanlar açısından söz konusu değildir; fakat yasaklama kararının pahalıya mal olduğu da açıktır.”²⁵⁵

Dahası davalının, davacının birden fazla tazminat davası açmasını gerektiren ve devamlılık arz eden davranışlarda bulunduğu takdirde, yasaklama kararı mahkeme ve taraflar açısından daha az sıkıntılı olabilir.²⁵⁶ Eğer mahkemeler belirli iletişime yönelik çok geniş kapsamlı talimatlar yerine, kendisini dar kapsamlı olarak uyarlanmış bir yasaklama kararıyla bağlarsa, kararın icra aşamasında ihtiyaç duyulan

²⁵⁵ Jeffries, *supra* note 135, at 429.

²⁵⁶ *Bk.* Rendleman, *supra* note 15, at 357 (“İdari işlemlerdeki hızlılık, yasaklama kararlarının etkili bir şekilde uygulanması ve ekonomik yönetim açısından hakkaniyetin daha lehine olabilir.”).

yargısal denetim, tazminat davalarında duyulandan daha sürekli olmayacaktır.²⁵⁷

Yasaklama olmaması kuralından resmi bir dönüş olacaksa, First Amendment ve hakkaniyet kuralları hakaretimiz ifadeye yönelik yasaklama kararlarıyla birlikte belli korumaları da gerekli kılmaktadır. Bu korumalar: (1) engellenmesi istenilen beyanların hakaretimiz olduğunun yargılama sonucu belirlenmesinden sonra yasaklama kararı verilmesini, (2) davalıya, hakaretin tüm unsurlarının davalı tarafından ispat edilip edilmediğine karar verecek bir jüri imkânı sağlanmasını, (3) yasaklama kararlarının, sadece hakaretimiz olduğu belirlenen beyanları hedefleyecek şekilde dar kapsamlı olarak uyarlanmasını, (4) kısıtlanan beyanların sadece kişisel kaygılara ilişkin meseleler olmasını ve (5) davacının, parasal tazminatın yetersiz olduğunu ve yasaklama kararının zararını azaltmak hususunda gerçekten etkili olacağını göstermesini gerektirmektedir.

A. Yargılamada İddiaların Dinlenmesinin Gerekliliği

Önemli bir mesele olarak şunu belirtmek gerekir ki, tam ve adil bir çekişmeli yargılama sonucunda, yargılama konusu beyanların hakaretimiz olduğu tespit edilmedikçe hiçbir mahkeme, yasaklama kararı veremez. *Pittsburgh Press Co.* davasında Yüksek Mahkemenin dikkat çektiği gibi, “First Amendment tarafından korunmayan uygun bir değerlendirmeden önce özgür ifadenin bastırılması... önceden sınırlandırmanın özel yardımcısıdır.”²⁵⁸ Bunun anlamı şudur: bir hâkim sırf “başarı ihtimaline” veya diğer spekülâtif standartlara dayanarak, hakaretimiz ifadeye yönelik olarak bir ihtiyati tedbir kararı, geçici yasaklama emri veya herhangi bir kısıtlamaya hükmedemez.²⁵⁹

Söz konusu yasaklama kararlarının ortaya çıkardığı First Amendment endişelerinin ötesinde, dosya tamamlanma aşamasına gelmeden önce yasaklama kararlarına hükmeden mahkemeye göre değişen, çok önemli, uygulamadan kaynaklı nedenler vardır. Dava konusu beyanların hakaretimiz olup olmadığını değer-

²⁵⁷ *Developments in the Law: Injunctions*, 78 HARV. L. REV. 996, 1009 (1965).

²⁵⁸ *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm’n on Human Relations*, 413 U.S. 376, 390 (1973); *bk. also* *Neb. Press Ass’n v. Stuart*, 427 U.S. 539, 590 (1976) (Brennan, J., concurring).

²⁵⁹ *Bk. supra* note 169 ve beraberindeki metin. İfade özgürlüğü davalarında ihtiyati tedbir kararının çok kuşkulu olması çoğu bilim adamının katıldığı gibi, özellikle tartışmaya ihtiyaç duyulan bir gereklilik değildir. *Bk., örn., Lemley & Volokh, supra* note 11, at 171; *Siegel, supra* note 1, at 735; *Wells, supra* note 11, at 65.

lendirmek için mahkemenin yargılama imkânına sahip olmadan önce, “ihtiyati tedbir kararının kabulü veya reddedilmesi, genellikle ilk derece mahkemesi hâkiminin vereceği en hayati karar olup, davanın tamamen sonlandırılmasına ilişkin sıklıkla ortaya çıkan bir etkiye sahiptir.”²⁶⁰ Bu hem yargısal emirlerin zorlayıcı gücünden, hem de dava sürecinin gerçeklerinden kaynaklanmaktadır. Karara itiraz etmek için yeterli maddi gücü olmayan çoğu davalı, eğer bir fırsat verilecek olsa veya zaman geçerse, tedbir kararından dönmesi için mahkemeye hemen başvururlardı. Sonuç olarak bunlar, “Hobbons tercihiyle karşı karşıydılar: eğer konuşurlarsa nihai hakaret yargılamasında First Amendment hakları herhangi bir savunma imkânı vermeyeceğinden, sessiz kalmalıydılar.”²⁶¹ Bu nedenle yasaklama kararına hükmedilmesi genellikle “oyunun sonudur; taraflar basitçe tüm yargılamanın sonucunu beklemezler.”²⁶²

Bir mahkeme, hedef alınan beyanların hakaretamiz olduğuna ilişkin yeterli değerlendirme yaptığı zaman, First Amendment muhtemelen yasaklama kararı verilmesini engellemez.²⁶³ Buna rağmen, ifade uygun olmayan bir şekilde kısıtlamaya tabi tutulduğu zaman, bundan emin olmak için, hakaretin tespitinin ne kadar kapsamlı olmasının ve hangi usuli korumaların gerekli olduğu sorunu, First Amendment tarafından korunmaktadır.²⁶⁴ En azından beyanın gerçek dışı ve hakaretamiz olduğuna ilişkin esastan bir bulgu olmak zorundadır.²⁶⁵ Davacının, davalının kusurunu da ayrıca kanıtlamak zorunda olup olmaması, yetkili otoritelerin çoğunluğunun görünüşe göre bu gerekliliği desteklemekte oldukları görünmesine rağmen, yeterince açık değildir.

Hakaret iddiasının temeli gerçek dışılık olduğundan, - ister hakkaniyet isterse

²⁶⁰ John M. Newman, Note, *Raising the Bar and the Public Interest: On Prior Restraints, “Traditional Contours,” and Constitutionalizing Preliminary Injunctions in Copyright Law*, 10 VA. SPORTS & ENT. L.J. 323, 327 (2011).

²⁶¹ *Madsen v. Women’s Health Ctr., Inc.*, 512 U.S. 753, 793-94 (1994) (Scalia, J., concurring in part and dissenting in part).

²⁶² Henry J. Friendly, *Indiscretion About Discretion*, 31 EMORY L.J. 747, 774 (1982).

²⁶³ *Bk. supra* notes 198-233 ve beraberindeki metin.

²⁶⁴ *Bk. Henry P. Monaghan, First Amendment “Due Process,”* 83 HARV. L. REV. 518, 520 (1970) (“Hükümet ... bazı aktiviteler hakkında düzenleme yapabilir fakat sonuçta korunan ifadelerin kaybetmeyeceğinin, yeterli usuli tedbirlerle güvenceye alındığından emin olmalıdır.”).

²⁶⁵ Hakaret iddiasının unsurları hakkındaki tartışma için bkz. *supra* notes 263-65 ve beraberindeki metin.

parasal olsun – beyanın gerçek dışı ve hakaretamiz olduğu belirlenmeden önce herhangi bir hukuk yoluna hükmedilmemelidir.²⁶⁶ Ancak, iddia sadece yasaklama talebini içeriyorsa, davacı ayrıca davalının hakaretamiz beyanları yayımlarken kusurlu olduğunu ispatlamaya gerek olmadığını ileri sürebilir. Hakaret reformunun önde gelen destekçisi Profesör Marc Franklin, hakaret davacısının kusuru ispat etmeksizin, beyanların gerçek dışı olduğuna ilişkin açıklayıcı bir mahkeme kararı alması gerektiğini önermiştir.²⁶⁷ O ve açıklayıcı mahkeme kararını destekleyen diğerleri, New York Times v. Sullivan davasında Yüksek Mahkeme’yi common law hakaret haksız fiili açısından bir kusur standardı olarak dile getirmesine sevkeden “soğutucu etkiyi”, hakaret zararlarının bertaraf edilmesinin ortadan kaldırılabileceğini ileri sürmüşlerdir.²⁶⁸

Davalının kusurlu olduğu sonucuna varmadan mahkemenin açıklayıcı karara hükmedip hükmedemeyeceğine bakılmaksızın, yasaklama kararının, söz konusu bulgu olmaksızın anayasaya uygun olmayacağı neredeyse tamamen belirli bir durumdur.²⁶⁹ Davalının parasal tazminat ödemek zorunda olmamasına rağmen, yasaklama kararı halen zorlayıcı bir yaptırımdır. Mahkeme Sullivan davasında kusur gereksinimini zorunlu tutmuştur. Çünkü “özgür tartışmada hatalı beyanla-

²⁶⁶ Bunlar belirsiz olmamasına rağmen, ayrı soruşturmalardır: Bütün gerçek dışı beyanlar, hakaret iddiasını desteklemek için dava edilebilir yeterli bir zarara yol açmaz. Ardia, *supra* note 12, at 282-95; *accord* Wolf v. Gold, 193 N.Y.S.2d 36, 38 (App. Div. 1959) (“Hakkaniyet, basit bir şekilde gerçek dışılığını ispat ederek, haksız ve kasıtlı bir meselenin yayımını kısıtlamaz.”).

²⁶⁷ Marc A. Franklin, *A Declaratory Judgment Alternative to Current Libel Law*, 74 CALIF. L. REV. 809, 810 (1986). Sorumluluğun kapsamının bu şekilde genişlemesinin aksine, Professor Franklin davacının gerçek dışılığı da içeren şekilde hakaretin bütün unsurlarını açık ve ikna edici bir şekilde kanıtlaması gerektiğini belirtmiş ve herhangi bir taminatsal hukuk yolunu devre dışı bırakmıştır. *Id.* at 832- 35.

²⁶⁸ *Bk.* David A. Barrett, *Libel Reform and Declaratory Judgments: A Better Alternative*, 74 CALIF. L. REV. 847, 863-64 (1986); Franklin, *supra* note 264, at 820; Pierre N. Leval, *The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping Sullivan in Its Proper Place*, 101 HARV. L. REV. 1287, 1289-90 (1988).

²⁶⁹ Kusur gereksinimini aramamanın, bazıları bu görüşün destekçileri tarafından da dile getirilen, birçok sıkıntısı vardır. *Bk.* Rodney A. Smolla, *The Annenberg Libel Reform Proposal, in REFORMING LIBEL LAW* 229, 273-74 (John Soloski & Randall P. Bezanson eds., 1992). Açıklayıcı mahkeme kararlarının ilk savunucularından olan Professor Smolla, şu şekilde kabul etmiştir: Açıklayıcı mahkeme kararı araçlarının aşırı bir şekilde özgür ifadeyi soğutup soğutmayacağına ilişkin en önemli ampirik sorunun psikolojik algı sorunundan ayrılamayacağı sonucuna vardım. Soğutu etki fenomeninin kendi kendini dolduran bir özelliği vardır: eğer haber yapanlar açıklayıcı mahkeme kararını bastırıcı şekilde algıarlarsa, onlar sanki o karar bastırıcıymış gibi davranırlar. *Id.* at 274.

rın kaçınılmaz olduğunu” ve konuşmacıların kamuoyu önünde konuşmada hata yapma riski açısından gerekli olan nefes alma boşluğuna sahip olması gerektiğini belirtmiştir.²⁷⁰ Mahkemenin, hata yaptığı zaman kendisinin beyanlarını yasaklamasından korkan bir konuşmacı, şüphesiz ki, mahkemenin Sullivan davasında endişe duyduğu, kendi kendini sansürleme işlemini aynen uygulayacaktır.²⁷¹

Dahası konuşmacılar, parasal zarar ödeme riskiyle karşılaşmasa bile, dava masrafları ve yasaklama talebiyle açılan bir davaya karşı savunma yapılmasından kaynaklanan şeref ve haysiyete yönelik bir zarar tehdidiyle mücadele etmek zorundadırlar. Rodney Smolla’nın gözlemllediği gibi, “Bir dava ister sulh yoluyla çözülsün, ister kazanılsın, isterse de kaybedilsin, sadece yargılama ücretleri kendi başına caydırıcı olabilir. Medya perspektifinden baktığımızda, hakaret davalarında caydırıcılık, jüri kararından – yargılama ücretlerine her halükarda katlanılmakta olduğu halde, çoğu jüri kararı temyiz üzerine bozulmaktadır- daha çok yargılama ücretlerinden kaynaklanmaktadır.²⁷² Hakaret davalarını savunmanın yüksek maliyeti de hâkimlerin dikkatinden kaçmamıştır.²⁷³ Sullivan davasında Mahkemenin kusurun gerekli olduğuna ilişkin gerekçesi, en azından kısmen de olsa davalının beyanların doğruluğunu kanıtlamak için yapılacak “harcamalarının korkusu”ndan kaynaklanan kendi kendini sansürlemeye dayanmıştır.²⁷⁴ Diğerlerinin de not ettiği gibi, “Tazminat kararlarını, hakaret davasının “soğutucu

²⁷⁰ N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 271 (1964).

²⁷¹ Cf. Smolla, *supra* note 266, at 274 (“Pratik bir mesele olarak, birçok gazetecinin içgüdüsel olarak her hangi bir tür “gerçekğin yargılamasından” beti benzi attığından, söz konusu rejim ifade özgürlüğünü soğutmaya eğilimli olacaktır.”).

²⁷² RODNEY A. SMOLLA, *SUING THE PRESS* 74 (1986). *But bk.* Franklin, *supra* note 264, at 820 (Açıklayıcı mahkeme kararının hem tazminat hem de yüksek ve geri alınamaz savunma masrafları korkusuyla söz konusu hukuk yollarını ortadan kaldıracaklarını ileri sürmüştür.).

²⁷³ *Bk., örn.*, Neb. Press Ass’n v. Stuart, 427 U.S. 539, 610 n.40 (1976) (Brennan, J., concurring) (küçük bir kasaba gazetesinin editörünün mektubundan alıntı yapmış ve kısmen şu şekilde belirtmiştir: “Her zaman saldırı altında olduğunu hissettiğimiz ilkelerimizi ve kendimizi savunmak için her halükarda Yüksek Mahkemeye gidebilecek kadar yüksek miktarda kar elde etmiyoruz.”); Guccione v. Hustler Magazine, Inc., 800 F.2d 298, 303 (2d Cir. 1986) (“Hakaret iddiasına karşı savunmanın kendisi bile ifade özgürlüğünü güçlü bir şekilde engeller.”); Seth Goodchild, *Media Counteractions: Restoring the Balance to Modern Libel Law*, 75 GEO. L.J. 315, 324 n.58 (1986) (listing additional cases).

²⁷⁴ 376 U.S. at 279 (“Doğru olduğuna inanılsa veya gerçekten de doğru olsa bile, mahkemede ispat edilip edilemeyeceği veya masraflar için yeterli kaynağa sahip olunup olunmadığına ilişkin şüpheler nedeniyle, resmi davranışın eleştirisi, onların dile getirilmesinden vazgeçebilir.”).

etkisinin” tek bileşenini olarak belirlemek doğru değildir.²⁷⁵

Kusuru tespit etmeksizin mahkemelerin yasaklama kararı vermesine müsaade etmek kamuoyu önünde tartışmayı ve özgür ifadeyi dayanılmaz bir şekilde soğutacaktır. Yeterince kusurlu olmaksızın yayımlanan hakaretimiz ifadeler, anayasal olarak korunmakta olup, herhangi bir hukuk yolu, yasaklama kararı veya diğer bir işlemin konusu olarak değerlendirilmemelidir.²⁷⁶ Sonuç olarak mahkemeler, yasaklama kararının uygun olup olmadığını değerlendirmeden önce, davacının hakaret iddiasının bütün unsurlarını ispat etmesi şartını aramalıdır.

B. Jürinin Rolünün Yargısal Güç Üzerinde Bir Kontrol Olarak Muhafaza Edilmesi

Hakaret hukukunun iyi işlemesi için jürinin katılımı çok önemli olduğundan dolayı, jüri, herhangi bir yasaklama sisteminin dâhili bir parçası olmalıdır. Yasaklama olmaması kuralı, hâkimin tek taraflı olarak ifadeyi sansürleyebilme kabiliyeti üzerinde önemli bir sınırlandırma işlevi olarak hizmet etmektedir. Yargısal güç üzerindeki bu kontrolü muhafaza etmek için, jüri en az iki şekilde sürece dâhil olmalıdır. Birinci olarak yasaklama olmaması kuralı, davacının hakaret iddiasının bütün unsurlarını ispat ettiği jüri tarafından belirlenmedikçe veya davacı jüri yargılaması hakkında vazgeçmedikçe uygulanmalıdır. İkinci olarak ise, eğer bir taraf yasaklama kararını ihlal ederek hakaretlerine devam etmekle suçlanırsa, yasaklama kararının hükümlerinin ihlal edilip edilmediği ve söz konusu beyanların gerçek dışı ve hakaretimiz olup olmadığının değerlendirilmesi için jüri derhal toplanmalıdır.

İkinci bölümde tartışıldığı gibi, hakaret davalarında jüri, sadece beyanın hakaretimiz olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkin değil, aynı zamanda dev-

²⁷⁵ Paul Gaffney, *First Amendment Analysis of the Annenberg Libel Reform Proposal*, 1990 U. CHI. LEGAL F. 601, 610 (1990).

²⁷⁶ *Bk. N.Y. Times Co., v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 273 (“Ne gerçek hata ne de hakaretimiz içerik, resmi davranışın eleştirilmesine ilişkin anayasal korumayı kaldırmak hususunda yeterli değildir.”); *Lowell v. Hayes*, 117 P.3d 745, 757 (Alaska 2005) (“Özetle, kamusal şahıslara ilişkin olarak “gerçeğin yanlış bir şekilde beyan edilemesi” bilerek ve isteyerek yapılmamışsa anayasal olarak korunmaktadır ve herhangi bir hukuk yolu ve yasaklama kararının hiçbir şekilde konusu olarak da değerlendirilmemelidir.”).

letin ifade üzerindeki yaptırımlarına ilişkin yaygın bir veto gücü olan bir kurum, bir “halk platformu” olarak çok kritik bir role sahiptir.²⁷⁷ Bu durum, jürinin, her zaman davalıyı devlet sansüründen koruduğunu söylemek şeklinde anlaşılmamalıdır. Özellikle konuşmacının, yaygın olan dini inanışa meydan okuyan görüşleri kabul etmekle suçlandığı durumlarda bu çok açıktır. Hukuk fakültelerinde okutulan kitaplar, toplumsal duyarlılıklara ilişkin suç işlemediği halde, normalden biraz farklı şeyler yapmasından dolayı ifade sahibinin cezalandırılması nedeniyle jüriyi eleştiren istinaf mahkemesi kararlarıyla doludur. Bu durum bazı bilim adamlarının, özellikle “kamusal duyarlılıkların güçlü bir şekilde devlet lehine olduğu durumlarda, hakaret davalarında jürinin geçmişe yönelik olarak sansür için hazır olabileceği” konusunda uyararak, First Amendment haklarını korumak amacıyla jüriye güveni sorgulamasına yol açmıştır.²⁷⁸ Gerçekten de Yüksek Mahkemenin geçenlerde verdiği Snyder v. Phelps davasında gözlemlediği gibi, jürinin “belirli bir ifadeyi sevmediği durumlarda”, “ifadenin içeriğine ilişkin olarak tarafsız kalma olasılığı olmaması, ifadenin bastırılması için bir araç haline gelen, gerçek bir tehlike teşkil etmektedir.”²⁷⁹

Fakat jürinin her zaman yetkilerini aşan hükümete bir siper olarak işlev görmemesi de, jürinin gereksiz olduğu anlamına gelmez. Özellikle, jüri üyeleri, hükümet veya diğer güçlü çıkar gruplarının hakaret hukukunu eleştiriye sona erdirmek için kullandıkları şeklinde algılsa, zaman ve kamuoyu duyarlılığı değişebilir.²⁸⁰ Hataları olmasına rağmen, jüri ifade özgürlüğü iktihadımızda denetim ve denge sisteminin önemli bir parçası olarak varlığını sürdürmektedir.²⁸¹ Bu kontroller hâkimlere, örneğin karar özeti, doğrudan karar ve non obstante veredicto kararları gibi, usuli yollar aracılığıyla jürinin gücünü sınırlandırma

²⁷⁷ Siegel, *supra* note 1, at 729.

²⁷⁸ Monaghan, *supra* note 261, at 528-29; *bk. also* Frederick Schauer, *The Role of the People in First Amendment Theory*, 74 CALIF. L. REV. 761, 765 (1986); Siegel, *supra* note 1, at 729.

²⁷⁹ 131 S. Ct. 1207, 1219 (2011) (quoting *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485, 510 (1984)).

²⁸⁰ *Bk., örn.*, *The Trial of Mr. John Peter Zenger (1735)*, 17 HOWELL’S ST. TRIALS 675 (1816); LAYCOCK, *supra* note 5, at 166 (“Bazen jüri, ifade için başka bir koruma katmanı sağlar... ve grev karşıtı yasaklama kararlarının zirve yaptığı bir dönemde işçi grubu sözcülerini veya Vietnam savaşının son aşamasında savaş karşıtı konuşmacıları koruyabilmektedir.”).

²⁸¹ *Bk., örn.*, RANDOLPH N. JONAKAIT, *THE AMERICAN JURY SYSTEM* 27 (2003) (“[Jüri genel olarak hükümetin kontrol ve denge düzenine uymaktadır.”]).

yetkisi vermektedir.²⁸² Aynı zamanda hâkimler, hakaret davalarında bağımsız bir istinaf denetimine tabidirler²⁸³ ve ifadeyi engelleyebilmeleri, yasaklama olmaması kuralıyla sınırlandırılmıştır. Tarihçi Stephen Siegel’in not ettiği gibi, “hakaret davalarında yasaklama olmaması kuralı, hükümetin yaygın bir katılım ve onaylama olmaksızın söylenen ifadelerin sansürlenmesi ve cezalandırılmasını yasaklayan ifade özgürlüğü sisteminin bir parçasıydı.”²⁸⁴

Jüri tarafından yargılanma hakkı kuralı, davacının sadece hakkaniyete dayalı hukuk yolu talep ettiği davalarda bile, hakaret iddiasının unsurlarının ispat edilip edilmediğinin, mutlaka var olması gerektiğini belirler. Kabul edelim ki, bu durum yasaklama kararlarına bakan çoğu mahkemenin işleyişinde değişiklik gerektirmektedir. Belirlenen olguya göre hükmedilen parasal tazminatın aksine, yasaklama kararına hükmedilip hükmedilmeyeceğine, hâkim tipik olarak kendisi karar vermektedir. Hâkim, söz konusu hukuk yolunu değerlendirirken, jürinin bulgularını hesaba katmasına rağmen, çoğu eyalette hâkimin bunu yapmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır.²⁸⁵ “Ya adil olmak ya da kötü bir sisteme sahip olmak için, yasaklama usulü, olguları tespit etmek, kanunu uygulamak, hukuk yollarını uyarlamak ve kararları yerine getirmek için yetkiyi hâkimde yoğunlaştırır.”²⁸⁶

²⁸² *Bk. Douglas G. Smith, The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform*, 25 HOFSTRAL L. REV. 377, 443-45, 489-91 (1996).

²⁸³ *Bk. Bose Corp.*, 466 U.S. at 502-11 (Hakaret davalarında bilerek ve isteyerek yapılmasına ilişkin bulguların, istinaf mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararıyla bağlı olmaksızın deliller ve hukuki hükümlerin yeniden değerlendirilmesine tabi olmayı gerektirmektedir.).

²⁸⁴ Siegel, *supra* note 1, at 729. Yasaklama olmaması kuralını eleştirenler bile, hakaret davalarına jürinin katılımını sağlamaya ilişkin isteğin, yasaklama kararına hükmetmeyi reddetmenin en önemli gerekçesi olduğunu kabul etmektedirler. *Bk., örn.*, Bertlesman, *supra* note 6, at 323; Pound, *supra* note 6, at 656-57; Robert Allen Sedler, *Injunctive Relief and Personal Integrity*, 9 ST. LOUIS U. L.J. 147, 153-54 (1969).

²⁸⁵ *Bk. Randleman, supra* note 47, at 1645; Ann Woolhandler & Michael G. Collins, *The Article III Jury*, 87 VA. L. REV. 587, 615-16 (2001). Çeşitli eyaletler hakkaniyete dayalı hukuk yollarına ilişkin davalarda bile jüri yargılamasını örgörmektedirler. *Bk. M.T. Van Hecke, Trial by Jury in Equity Cases*, 31 N.C. L. REV. 157, 158 (1953) (Georgia, Texas, Tennessee, ve North Carolina’daki uygulamaları not etmiştir). “karar sadece tavsiye niteliğinde olmasına” rağmen Arizona ayrıca hakkaniyete ilişkin jüri yargılamasını örgörmektedir, *Mozes v. Daru*, 420 P.2d 957, 963 (Ariz. 1966), as does Louisiana, *bk. Bonneau v. Blalock*, 484 So. 2d 275 (La. Ct. App. 1986).

²⁸⁶ Randleman, *supra* note 47, at 1650; *bk. also* Madsen v. Women’s Health Ctr., 512 U.S. 753, 793 (1994) (“İfade özgürlüğü hakkı sadece bir kadının veya erkeğin kontrolüne bırakılmamalıdır.”) (Scalia, J., concurring in part and dissenting in part); FELIX FRANKFURTER &

Yasaklama kararına hükmedilirken jürinin herhangi bir rolünün olmadığı bir sistemde, davacı sadece karşı tarafı jüri yargılamasından mahrum etmek amacıyla yasaklama kararı talep edebilir.²⁸⁷ Aslında yasaklama kararı talep edilen birçok hakaret davasında, davacılar ayrıca parasal tazminat talep etmemişlerdir.²⁸⁸ Bu davacıların sadece jüri yargılamasından kaçmak için bir yasaklama kararı talep edip etmediklerinin bilinmesinin mümkün olmamasına rağmen, nihai sonuç - bütünüyle hâkimin takdirine bağlı olan bir hukuk yolu - aynıdır. Yasaklama olmaması kuralı geleneksel olarak bu stratejik davranışı sınırlandırmıştır.²⁸⁹ Bu kural gevşetilirse, jüri tarafından yargılanma, yasaklama talebiyle karşılaşılan bütün davalılar açısından bir seçenek olmalıdır.

C. Dar Kapsamlı Uyarlamanın Sağlanması

Mahkeme veya jüri, ifadenin hakaretamiz olduğuna karar verse bile, bu durum otomatik olarak, yasaklama kararının uygun veya anayasal bir hukuk yolu olduğu sonucunu doğurmaz. *Tory v. Cochran* davasında üç gün süren jürisiz hâkim yargılaması sonucu yasaklama kararı verilmiş,²⁹⁰ ancak Yüksek Mahkeme bunun hala anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁹¹ Hâkim Breyer, yasaklama kararını iptal ederken “kararda yazıldığı gibi bir yasaklama kararının, ifade hakkında çok geniş kapsamlı bir önceden sınırlandırma olduğunu”²⁹² not etmiştir. Tabii ki, Ulysses Tory ve karısının kamuoyunun önünde Johnnie Cochran hakkında, O.J. Simpson’ın temsilcisi olarak Cochran’ı övmek de dâhil olmak üzere, herhangi bir şey söylemesi yasaklandığı zaman, bu durum nasıl çok geniş kapsamlı olamaz? Yasaklama kararı, dar kapsamlı olarak uyarlanmaktan ziyade,

NATHAN GREENE, *THE LABOR INJUNCTION* 189-91 (1930) (İşçi uyuşmazlıklarındaki yasaklama kararı davalarında tek hakimin yetkilerine ilişkin endişeleri dile getirmiştir.).

²⁸⁷ LAYCOCK, *supra* note 5, at 213-14.

²⁸⁸ *Bk., örn.*, *Tory v. Cochran*, 544 U.S. 734, 735-36 (2005); *Goldblum v. Nat’l Broad. Corp.*, 584 F.2d 904, 905 (9th Cir. 1978); *Robinson v. Am. Broad. Co.*, 441 F.2d 1396, 1397 (6th Cir. 1971); *Balboa Island Vill. Inn, Inc. v. Lemen*, 156 P.3d 339, 341 (Cal. 2007).

²⁸⁹ *Bk. supra* notes 77-79 ve beraberindeki metin.

²⁹⁰ No. BC239405, 2002 WL 34075951 (Cal. Super. Ct. Apr. 24, 2002). İlk derece hakimi davayı ikiye ayırdı ve “Cochran’ın talep ettiği sürekli yasaklama hakkı olup olmadığını belirlemek için gerekli olan maddi vakıları ve hukuki hükümleri değerlendirdi ve duruşmayı yönetti.” *Id.* Kendi kendini temsil eden Tory, jürinin yokluğuna açıkça itiraz etmedi.

²⁹¹ *Bk. supra* notes 172-87 ve beraberindeki metin.

²⁹² *Tory*, 544 U.S. at 738 (emphasis added).

ilk derece mahkemesinin hakaretimiz olarak tespit ettiği spesifik beyanların ötesine geçmiştir.

İfade özgürlüğüne ilişkin içerik bazlı sınırlandırmaların tam ve dar kapsamlı olarak uyarlanması, First Amendment hukukunun temel kaidesidir.²⁹³ Bu bağlamda dar kapsamlı uyarlama, hakaretimiz ifadeye yönelik yasaklama kararının her şeyi aşırı bir şekilde kapsamamasını, önem taşıyan bir hükümet çıkarına erişmek için mevcut, en az düzeyde sınırlayıcı bir alternatif olmasını gerekli kılmaktadır.²⁹⁴ Başka bir deyişle, eğer yasaklama kararı hakaretimiz olmayan bir ifadeyi sınırlandırır, dar kapsamlı olarak uyarlanmamış demektir.²⁹⁵ “Eğer ifadenin sınırlandırılması gibi, esas yarara hizmet edecek ve ifadeyi daha az sınırlandıracak araçlar mevcutsa,” yasaklama kararı yine dar kapsamlı olarak uyarlanmamış demektir.²⁹⁶

First Amendment uyarınca mahkemelerin, hakaretimiz olmayan bir ifadeyi kısıtlama hususunda herhangi bir yetkisi olmaması ve aksi takdirde yaptırıma tabi olması nedeniyle, dar kapsamlı uyarlama, yasaklama kararının önceden söylenen veya yayımlanan ifadeyle sınırlı olmasını gerekli kılmaktadır.²⁹⁷ Aksi takdirde, hakaretin gerçek olgulara dayalı olarak tespit edilmesi gerekliliği, mahkeme veya jüri açısından ihtimal dâhilinde olamaz.²⁹⁸ Bir beyanın hakaretimiz olup olmaması, son derece önemli bir soruşturma konusudur. Mahkemelerin beyanları ayrı olarak değerlendirmemesi gerekli olup, ifadenin gerçekleştiği zaman, yer ve tarz gibi bağlamsal faktörleri de hesaba katmak zorundadırlar.²⁹⁹ Buna

²⁹³ *Bk. id.* at 738 (“First Amendment hakları alanında hükmedilen bir kararın, davanın ihtiyaç duyduğu amacı nokta atışı olarak gerçekleştirmek için, tam ve dar bir şekilde uyarlanmak zorunda olduğunu belirtmiştir”) (quoting *Carroll v. President & Comm’rs of Princess Anne*, 393 U.S. 175, 183-84 (1968)).

²⁹⁴ *Bk. Eugene Volokh, Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417, 2421-22 (1996).

²⁹⁵ *Bk. Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm’n on Human Relations*, 413 U.S. 376, 390 (1973).

²⁹⁶ *Volokh, supra* note 291, at 2422.

²⁹⁷ *Bk. supra* Part II.B.

²⁹⁸ Hakim Blackmun’ın uyardığı gibi, “Kişinin ne söyleyeceğini önceden bilmenin ve legal ve illegal ifadenin arasında bir çizgi çizmenin her zaman zor olması, özgürce dolaşan sansürün korkunç olduğu riskine iyi bir şekilde dikkat çekmektedir.” *Bk. Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546, 559 (1975) (citing *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958)).

²⁹⁹ *Bk., örn., Greenbelt Coop. Publ’g Ass’n v. Bresler*, 398 U.S. 6, 13-14 (1970); David A. Logan, *Of “Sloppy Journalism,” “Corporate Tyranny,” and Mea Culpas: The Curious Case of*

bağlı olarak mahkeme, kullanılan spesifik kelimeleri ve ifadenin gerçekleştiği atmosferi incelemedikçe ifadenin uygun bir yasaklama kararına tabi olup olmayacağına karar veremez.³⁰⁰ Ne söylenmiş olabileceği veya bunun ne şekilde ifade edilmiş olabileceği gibi spekülasyonlara dayanarak gelecekte dile getirilecek ifadeleri kısıtlayan bir yasaklama kararı, hakaretin tespiti konusunda gerçekler temelindeki dayanaktan her zaman yoksundur.³⁰¹

Dar kapsamlı olarak uyarlanmış bir yasaklama kararının pratikte nasıl uygulanacağına belirlenmesi, uygun bir yasaklama yolunun kapsamını göstermeye yardım edecektir. İlk olarak, *Tory v. Cochran* davasında olduğu gibi, davalının, davacı hakkında herhangi bir şey söylemesini engelleyen birinci tür yasaklama kararlarına müsaade edilemez.³⁰² Benzer şekilde, davalının davacı hakkında herhangi bir hakaretimiz beyanda bulunmamasını emreden ikinci tür yasaklama kararları da, hangi tür beyanların yasaklama kararını ihlal edeceği noktasında davalıya yeterince kesin bir bildimde bulunmadığı için, çok geniş kapsamlıdır.³⁰³

Dar kapsamlı yasaklama kararı, mahkeme veya jüri tarafından hakaretimiz olduğu tesbit edilen sipesifik ifadelerin açıkça belirlenmesini –ve bu ifadelerle sınırlandırılmasını– gerektirmektedir. Örneğin bir İnternet sitesindeki sadece tek

Moldea v. New York Times, 37 WM. & MARY L. REV. 161, 193 n.210 (1995) (“Emlakta en önemli üç faktör, bulunduğu yer, bulunduğu yer ve bulunduğu yerdir. Hakaret hukukunda en önemli üç faktör ise hakaretimiz bir ifade olup olmadığı değerlendirilirken, kullanıldığı bağlam, kullanıldığı bağlam ve kullanıldığı bağlamdır.”) (quoting Karl Olson *On Review, a New Standard for Reviews*, RECORDER, May 25, 1994); bk. also Jeffrey E. Thomas, *A Pragmatic Approach to Meaning in Defamation Law*, 34 WAKE FOREST L. REV. 333, 345-51 (1999) (hakaretimiz anlamdan emin olmak için kullanıldığı bağlamın önemini açıklamıştır).

³⁰⁰ *Bk. Griffiths v. Luban*, No. CX-01-1350, 2002 WL 338139, at *6 (Minn. Ct. App. Mar. 5, 2002) (İfadenin hakaretimiz olup olmadığı belirlenirken kullanıldığı bağlamın önemini not etmiştir); cf. *Young v. Am. Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50, 66 (1976) (“Müsaade edilen savunma ile şiddet veya suça ilişkin olarak müsaade edilemeyen gösterge arasındaki çizginin belirlenmesi sadece ifadenin gerçekleştiği yere bağlı değildir ayrıca ifade sahibinin de tam olarak ne söylemek zorunda olduğuna da bağlıdır.”).

³⁰¹ *Bk. Blasi*, *supra* note 161, at 87 (“Önceden sınırlandırmaya doktrinine ilişkin söz konusu varsayımın en önemli unsuru, dava konusu iletişimin ilk olarak kamuoyuna dağıtılmasından önce arzu edilmeyen soyut bir yargılamının gerçekleşmiş olmasıdır.”).

³⁰² *Tory v. Cochran*, 544 U.S. 734, 738 (Yasaklama kararının çok geniş kapsamlı olduğuna hükmetmiştir); bk. also *supra* note 237 (Birinci tür yasaklama kararlarını reddeden davaları belirtmiştir.).

³⁰³ *Bk. supra* note 238 ve beraberindeki metin (İkinci tür yasaklama kararlarını reddeden davaları belirtmiştir).

bir sayfanın hakaretamiz olduğuna karar verilmişse, yasaklama kararı sadece söz konusu sayfanın daha fazla yayınlanmasını yasaklamakla sınırlı olmalıdır. Bununla birlikte yasaklama kararı şayet tüm internet sitesinin kapatılmasını emrederse, bu müsaade edilemeyecek şekilde geniş kapsamlı olacaktır. Bu da üçüncü tür yasaklama kararlarını saf dışı bırakmaktadır. Söz konusu yasaklama kararlarının, hakaretamiz olduğu tespit edilen ifadelerle sınırlı olmaması nedeniyle, aslında herhangi bir yaptırıma tabi olan bir ifadeyi, uygun olmayan bir şekilde engelleyerek, her zaman dar uyarılama gerekliliklerini karşılamada başarısız olmaktadır.³⁰⁴

Bu durumda geriye sadece, mahkeme veya jüri tarafından hakaretamiz olduğu tespit edilen spesifik beyanların yayımlanmasını yasaklayan dördüncü tür yasaklama kararları kalmaktadır. Birinci bölümde tartışılan Saadi v. Maroun davası, dar kapsamlı olarak uyarlanan dördüncü tür yasaklama kararları için bir örnek teşkil etmektedir.³⁰⁵ Bu davada jüri, davalının Bay Saadi'nin bir terörist ve bir suçlu olduğu, ayrıca internet üzerinde, Lübnan Hükümetinden çalınan paraları ele geçirdiği şeklinde gerçeğe aykırı beyanlarda bulunarak kötülediğini tespit etmiştir.³⁰⁶ Jüri 90.000 dolarlık hukuki ve cezai tazminata hükmettikten sonra,³⁰⁷ ilk derece mahkemesi davalının, "jüri tarafından hakaretamiz olduğu tespit edilen ve 19 ve 20. duruşmalarda belirtilen ifadeleri içeren" beyanları yayımlamasını yasaklayan sürekli bir yasaklama kararına hükmetmiştir.³⁰⁸ Mahkeme, yasaklama kararının kapsamının, söz konusu beyanlarla sınırlı olduğunu açıklığa kavuşturmuştur.³⁰⁹

Çeşitli diğer mahkemeler de benzer şekilde dar kapsamlı olarak uyarlanan dördüncü tür yasaklama kararına hükmetmişlerdir.³¹⁰ Söz konusu yasaklama kararlarının, hakaretamiz olduğu tespit edilen ifadelerle sınırlı olması ve bundan

³⁰⁴ *Bk. supra* note 245 (Üçüncü tür yasaklama kararlarını reddeden davaları belirtmiştir).

³⁰⁵ No. 807-CV-01976-T-24-MAP, 2009 WL 3617788 (M.D. Fla. Nov. 2, 2009).

³⁰⁶ *Bk. id.* at *1; *Saadi v. Maroun*, DIGITAL MEDIA LAW PROJECT, www.dmlp.org/threats/saadi-v-maroun (last visited Sept. 20, 2013).

³⁰⁷ *Saadi*, 2009 WL 3617788, at *1.

³⁰⁸ *Id.* at *3.

³⁰⁹ *Id.*

³¹⁰ *Bk. supra* note 246 (Dördüncü tür yasaklama kararlarına hükmeden veya onaylayan davaları belirtmiştir).

dolay First Amendment hükümleri uyarınca da yaptırıma tabi olması nedeniyle, bu kararların çok geniş kapsamlı olmasına müsaade edilemez.

D. Kamusal Endişeler Konusunda Şiddetli Eleştirilere Müsaade Edilmesi

Bir kişinin kamusal bir tartışmaya katılmasının sınırlandırılması durumunda, dar kapsamlı olarak uyarlanmış bir yasaklama kararı dahi sorun teşkil edebilir. Kamusal meseleler hakkında yapılan konuşmaların anayasa kapsamında abartılı bir korumaya sahip olması nedeniyle, hakaretimiz ifadelerine yönelik yasaklama kararları, kişisel meseleler hakkında yapılan beyanlarla sınırlı olmalıdır.³¹¹ Bu gerekliliği uygulamanın etmenin üç nedeni vardır. Birincisi, ifade kamusal meselelere ilişkin olduğu zaman, First Amendment tarafından sağlanan güvenceler çok azami olmaktadır. İkincisi, kamusal meseleler söz konusu olduğu zaman, devletin yasaklama kararı verilmesi konusundaki çıkarı daha az önem teşkil eder. Üçüncüsü ise mahkeme, hakkında yaygın bir çıkarı olan beyanları sınırlandırmaya teşebbüs etmiş olduğundan, kamusal meseleler hakkındaki ifadelerine yönelik yasaklama kararlarının etkili olma olasılığı daha azdır.

First Amendment uyarınca kamu çıkarını ilgilendiren konulara ilişkin beyanlar hakkında uzun süredir ekstra bir özen gösterilmektedir.³¹² Yüksek Mahkemenin uygun bir şekilde ikaz ettiği gibi, kamusal meseleler hakkındaki beyanlar, First Amendment değerlerinin en üst basamağında yer almakla bir-

³¹¹ Profesör Siegel'in gözlemlediği gibi, "Hakaretimiz ifade kamu yararına ilişkin olduğu zaman herhangi bir yasaklama kararına hükmedilemeyeceğine ilişkin bir prensip vardır. Bu prensibin öyle açık bir anayasal boyutu vardır ki, *Balboa Island* mahkemesi tarafından da kabul edilmiş ve yasaklama olmaması kuralına karşı çıkan bütün yorumcular tarafından da tavsiye edilmiştir." Siegel, *supra* note 1, at 736 n.434 (citing Bertlesman, *supra* note 6, at 322; Gold, *supra* note 6, at 257-58; Robert Allen Sedler, *Injunctive Relief and Personal Integrity*, 9 ST. LOUIS U. L.J. 147, 159 (1964)).

³¹² Mahkemeye göre söz konusu ifadeler, "First Amendment korumalarının kalbindedir." *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 758-59 (1985) (quoting *First Nat. Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 776 (1978)); *bk. also* *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 50-51 (1988) (discussing *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)); *Bethel Sch. Dist. No. 403 v. Fraser*, 478 U.S. 675, 682 (1986); *Robinson v. Am. Broad. Cos.*, 441 F.2d 1396, 1401 (6th Cir. 1971) (Hakaretimiz olduğu iddia edilen ifadeye yönelik yasaklama talebini reddetmiş ve "özellikle kamu yararı veya kamu ilgisi olan konular etrafında tartışma odaklandığı zaman, First Amendment haklarının bağınaz bir şekilde korunmasının gerekmektedir" olduğunu not etmiştir.).

likte özel bir korumaya sahiptirler.”³¹³ Gerçekten de Mahkeme daha geçenlerde saldırgan ve zararlı olsa dahi, First Amendment’in söz konusu beyanları koruduğuna ilişkin arka arkaya kararlar vermiştir.³¹⁴ New York Times Co. v. Sullivan davasında Mahkeme, “kamusal meseler hakkındaki tartışmaların sınırsız, güçlü ve çok geniş olmasına ilişkin ilkeye dair, derin bir ulusal taahhüt” bulunduğunu vurgulamıştır.³¹⁵ Eğer konuşmacı her hatalı ifadesi nedeniyle bir sorumlulukla karşılaşır, bu tartışmanın aşırı bir şekilde soğuyabileceği, mahkeme gerekçesinde belirtilmiştir.³¹⁶

Bunun aksine, sadece kişisel meseleler hakkındaki beyanlar First Amendment tarafından daha az korumaya sahiptir.³¹⁷ Bu farklı uygulama hakaret bağlamında ilk kez, Mahkemenin, hakaret kamusal meselelere ilişkin olmadığı zaman, davalının “kötü niyetini” ispatlamaksızın cezai tazminata hükmedilebileceğine karar verdiği *Dun&Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* davasında ortaya çıkmıştır.³¹⁸ *Dun&Bradstreet* davasında mahkeme heyetinin çoğunluğu, “kamusal yarar içermeyen, daha az anayasal değere sahip beyanlar” nedeniyle söz konusu durumun varsayılan cezai tazminata hükmedilmesini gerektireceği sonucuna varmışlardır.³¹⁹ Mahkemenin Sullivan ve Gertz davalarındaki önceki kararlarına göre, eğer beyan bir kamu görevlisini kapsıyor veya kamu yararını ilgilendiriyorsa, davalının kötü niyetini ispatlamaksızın tazminata hükmedilemez.³²⁰

³¹³ *Snyder v. Phelps*, 131 S. Ct. 1207, 1215 (2011) (quoting *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 145 (1983)).

³¹⁴ *Bk., örn., Snyder*, 131 S. Ct. at 1219; *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 269-70 (1964); *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 270-71 (1941).

³¹⁵ 376 U.S. at 270.

³¹⁶ *Id.* at 271-72.

³¹⁷ *Bk. Leading Cases*, 125 HARV. L. REV. 172, 192 (2011).

³¹⁸ 472 U.S. 479, 761 (1985). *Dun & Bradstreet* davasından 10 yıldan fazla bir süre önce Mahkeme çoğunlukla in *Rosenbloom v. Metromedia, Inc. davasında* kötü niyet standardının özel kişiye yönelik hakaret davasında da, hakretamiz ifadenin davacının “kamusal veya genel bir yarara dahil olduğu bir olay nedeniyle olsa dahi, uygulanabileceğine karar vermiştir.” 403 U.S. 29, 31-32 (1971), Fakat, *Rosenbloom* davasında çoğunluğun dayandığı bu gerekçe, sonuç olarak *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, davasında, Mahkeme davacının statüsüne odaklandığı için reddedilmiştir., 418 U.S. 323, 343 (1974).

³¹⁹ *Bk. Dun & Bradstreet*, 472 U.S. at 749.

³²⁰ *Dun & Bradstreet* davası, Gertz davasında hakaret davalarına ilişkin oluşturulan, özel kişinin kusuru ispatlamak zorunda olduğu ve kötü niyeti ispat etmeksizin de cezai tazminat alamayacağına ilişkin iki sınırlamadan sadece birini içermektedir. *Bk. Gertz*, 418 U.S. at 349. Hakim

Çok sayıda bilim adamı, First Amendment uyarınca korunması nedeniyle, bazı durumlarda salt ayrıcalıklı “kamuyu ilgilendiren meselelerle” ilgili beyanlarının kategorize edilmesine yol açabileceğinden dolayı, Mahkemenin kamusal yarar içeren beyanları ayırma çabalarını eleştirmektedir.³²¹ Buna rağmen Yüksek Mahkeme Snyder v. Phelps davasında, duygusal sıkıntı çekilmesine yol açan ve bilerek işlenen bir haksız fiilin, kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkındaki beyanattan kaynaklanması durumunda, sorumluluk doğurması için kullanılmayacağına karar vererek, First Amendment doktrinindeki bu ayırımı daha da kökleştirmiştir.³²²

Mahkeme Başkanı Roberts, kamu yararını ilgilendiren beyanların hükümet tarafından sınırlandırma çabalarının, ek anayasal problemler ortaya çıkara-acağına açıklamıştır:

First Amendment’in bu davada, davalının beyanından dolayı sorumlu tutulmasını yasaklayıp yasaklamadığı, büyük oranda, bu beyanlarda bir kamusal veya kişisel yarar olup olmadığı ile ilgili hale gelmiştir... “Her türlü ifade, First Amendment açısından eşit öneme sahip değildir,” ancak tamamıyla kişisel önem arz eden meselelerin söz konusu olduğu durumlarda, First Amendment daha az etkili bir koruma sağlar. Bunun nedeni, tamamıyla kişisel beyanların sınırlandırılmasının, kamusal yararlarla ilgili beyanların sınırlandırılmasında

White katıldığı *Dun & Bradstreet* kararında, “Gertz kararının davalı hakkında olmasını gerektirdiği bazı tür kusurların, kamusal yararları içermeyen davalarda uygulanabilir olmadığını” bilinmesi gerektiğini not etmiştir, 472 U.S. at 774 (White, J., concurring), but the Court did not answer that question in *Dun & Bradstreet*. Bir yıl sonra Mahkeme *Philadelphia Newspapers v. Hepps* davasında, “*Dun & Bradstreet* davasında olduğu gibi ifadenin tamamen kişisel yararlarla ilişkin ve davacının da özel bir şahıs olduğu durumlarda, anayasal gerekliliklerin common law ilkelerinin en azından bir kısmının değiştirilmesini zorlamayacağını” yorumlayarak, bunun sadece bir gözden kaçırma olmadığını not etmiştir.” 475 U.S. 767, 775 (1986).

³²¹ *Bk., örn.*, Clay Calvert, *Defining “Public Concern” After Snyder v. Phelps: A Pliable Standard Mingles with News Media Complicity*, 19 VILL. SPORTS & ENT. L.J. 39, 40 (2012). Kamusal yarar ve kişisel yarara ilişkin beyanlarının ayırımının başlangıçta Mahkeme tarafından artan First Ammendmet koruması alması gereken anlamlı davranışları belirlemek için ortaya çıkmıştır. *bk. Cynthia L. Estlund, Speech on Matters of Public Concern: The Perils of an Emerging First Amendment Category*, 59 GEO. WASH. L. REV. 1, 28 (1990), Fakat, ondan beri mahkemelerin dava konusu beyanların her hangi bir First Amnedment korumasına sahip olup olmadığını değerlendirdikleri bir test haline gelmiştir. *bk. Calvert, supra*, at 42-43 (Özel hayata ilişkin söz konusu testin uygulanmasını, hükümet çalışanlarının beyanlarını ve gazetecilerin ayrıcalıklı olduğu davaları anlatmıştır).

³²² 131 S. Ct. 1207, 1220 (2011).

olduğu gibi, aynı endişeleri içinde barındırmamasıdır. “Kamusal meselelerin güçlü ve özgür bir şekilde tartışılması konusunda herhangi bir tehdit söz konusu olmayıp; fikirlerin anlamlı şekilde alışverişi konusunda da muhtemel bir müdahale söz konusu olamaz” ve sorumluluk tehdidi, kamusal meseleler hakkında “kendi kendini sansürlemenin bir tepkisi” riskini teşkil etmez.³²³

Kamusal yarara ilişkin ifadeler, First Amendment kapsamında artan bir korumaya sahip olmanın yanı sıra, zarar görenler için yargısal hukuk yolları sağlama konusunda da ayrıca daha az önemli devlet yararı içermektedirler.³²⁴ Basitçe şöyle düşünelim; davacı için bir yasaklama kararı verilirken hükümetin yararı, ifadenin kamusal yarara ilişkin olduğu durumlardaki kadar önemli değildir. Zira söz konusu davacının, hakkındaki gerçek dışı beyanlara yönelik, karşı dava açma ihtimali bulunmaktadır. Mahkemelerin hakkaniyete dayalı hukuk yollarına hükmederken uyguladığı yararların geleneksel olarak dengelemesinin bir parçası³²⁵ veya First Amendment kapsamındaki “zorlayıcı hükümet yararı” gerektiren sıkı dikkat testinin bir unsuru olarak,³²⁶ biz de devlet yararını ister inceleyelim ister incelemeyelim, yasaklamaya karar verirken bazı devlet yararlarının incelenmesi, mahkeme tarafından yasaklama kararı verilmesinden önce gereklidir.

Tabii ki öncelikle hakkaniyete dayalı bir hukuk yolunun değerlendirilmesinin gerekçesi, yasaklama kararının davacıya, self-help hukuk yolu da dahil olmak üzere, mevcut olanlardan daha fazla faydalar sağlayacağına dair inançtır.³²⁷ Fakat ifade kamusal yarara ilişkin olduğu zaman, söz konusu meseleler toplumu ilgilendiren konular olduğundan dolayı, kötülünen tarafın hakareta-

³²³ *Id.* at 1215-16 (internal citations omitted).

³²⁴ *Bk. Dun & Bradstreet*, 472 U.S. at 760 (“*Gertz* davasında, hukuki ve cezai tazminata hükmederken devlet yararının, First Amendment endişelerinin özünde, ifadeye etkisi açısından “önemli” olmadığı sonucuna vardık.”).

³²⁵ *Bk. 1 DOBBS*, *supra* note 43, § 2.9, at 227-30 (Yasaklama kararına hükmetmeden önce mahkemelerin hakkaniyeti nasıl dengelediğini açıklamaktadır).

³²⁶ *Bk. Volokh*, *supra* note 291, at 2418-21.

³²⁷ *Bk. Tom W. Bell, Free Speech, Strict Scrutiny, and Self-Help: How Technology Upgrades Constitutional Jurisprudence*, 87 MINN. L. REV. 743, 778 (2003). Profesör Tom Bell “self-help” hukuk yollarını, “herhangi bir kamu görevlisinin müdahalesi olmaksızın, ne yasaklanan ne de başvurulması için zorlanan, hukuki yanlışlıkları engelleyen veya bunlara hukuk yolu bulan, özel bir kişinin davranışı” şeklinde tanımlamaktadır.” *Id.* at 744 n.5.

miz ifadelere yönelik cevaplarının, ilgili bir – aksi takdirde her zaman yeni fikirlere açık - dinleyici kitlesine sahip olma olasılığı vardır.³²⁸ Sonuç olarak kamusal yararlarla ilgili beyanatlara yönelik yasaklama kararının, etkili bir self-help hukuk yolu olma olasılığı bulunduğundan, zorlayıcı hükümet yararıyla desteklenmeyebilir.³²⁹

Self-help hukuk yolunun tercih edilmesi, First Amendment doktrinine köklü bir şekilde işlemiş olup, mahkemeler tarafından önerilen hukuk yolunda, hükümetin zorlayıcı bir menfaati olup olmadığı ve ifadenin hükümet tarafından kısıtlanmasının mevcut olan en düşük seviyedeki sınırlama olup olmadığı değerlendirilirken, karşı açıklamada bulunma hakkı da dâhil olmak üzere, kişisel hukuk yollarının mevcut olup olmadığının araştırılmasını gerekli kılar.³³⁰ Örneğin *Gertz v. Robert Welch, Inc.* davasında Mahkeme, kamuya mal olmuş kişilerin, hakaretimiz ifadeler nedeniyle uğradıkları zararlarının giderilmesi hususunda çok büyük bir imkana sahip olduklarını belirterek, hakaret iddiasını ispat etmek için davalının kötü niyetinin kanıtlanmasının gerekli olduğunu belirtmiştir.³³¹ Mahkemeye göre:

Hakaret nedeniyle mağdur olan herhangi bir kişinin sahip olduğu ilk hukuk yolu, yalana karşı çıkmak veya hataları düzeltmek için mevcut imkânları kul-

³²⁸ Bu iki kategoriyi ayıran bir çizgi çizmek oldukça zor olmasına rağmen, kamusal endişelere ilişkin ifadeler ile kamu yararı bulunan ifadelerin bitişik olması gerekmemektedir. *Bk. R. George Wright, Speech on Matters of Public Interest and Concern*, 37 DEPAUL L. REV. 27, 34-37 (1987) (internal quotation marks omitted). *Bk. Journal-Gazette Co., Inc. v. Bandido's, Inc.*, 712 N.E.2d 446, 452 (Ind. 1999) (İfade kamusal endişelere ilişkin olduğu zaman, “çoğu durumlarda, yanlış beyanlara karşı cevap verebilmek amacıyla etkili iletişim kanallarına ulaşmak açısından özel kişi ve kamusal kişi arasında çok az farklılıklar olduğuna inanıyoruz.”).

³²⁹ *Bk. Bell, supra* note 324, at 749-69; *cf. Rebecca Tushnet, Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright Has in Common with Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B.C. L. REV. 1, 29 (2000) (“Özel kişilerin gönüllü işlemler aracılığıyla orijinal içeriği korumaları amacıyla çeşitli yöntemler bulunduğu dikkate alındığında, hükümetin telif hakkı yoluyla ifadeyi yasaklama konusunda güçlü bir çıkarı yoktur.”).

³³⁰ *Bk. Bell, supra* note 324, at 749-69; Aaron Perzanowski, *Relative Access to Corrective Speech: A New Test for Requiring Actual Malice*, 94 CALIF. L. REV. 833, 845-47 (2006). *But bk. David A. Anderson, Is Libel Law Worth Reforming?*, 140 U. PA. L. REV. 487, 526 (1991) (Self-help tartışmasını “inandırıcı olmayan bir gerekçelendirme” olarak adlandırmıştır).

³³¹ 418 U.S. 323, 344 (1974). *Gertz* davasında Mahkeme ayrıca, kamusal kişilerin gönüllü olarak toplumsal ilişkilerde öne çıkan bir rolü üstlendiklerinden dolayı, kötü niyeti ispatlamaları gerektiğini belirtmiştir.” *Id.* at 345.

lanmak suretiyle söz konusu hakaretin itibarı üzerindeki kötü etkilerini en aza indirmek olan self-help'tir. Kamu personeli ve kamuya malolmuş kişiler genellikle iletişim kanallarına çok etkili bir şekilde erişime ve böylece de, gerçek dışı beyanlara karşı çıkmak hususunda sıradan bireylerin sahip olduklarından daha gerçekçi imkânlarla sahiptirler.³³²

Açık olmak gerekirse, kişisel meselelere ilişkin beyanlar hakkındaki yasaklama kararlarını sınırlandıran kural, kamu personeli ve kamuya malolmuş kişiler lehine yasaklama kararına hükmedilmesini, bunları kötüleyen beyanların tipik olarak kamusal endişelere ilişkin olması nedeniyle daha da zor hale getirmektedir. Fakat bu bölüm, beyanların kamusal endişelere ilişkin konular hakkında olması durumunda, özel kişiler lehine olan yasaklama kararlarını dahi engelleyerek, tartışmayı bir adım daha ileri götürmektedir. Gertz davasının, davacının kamusal bir kişi olmasından kaynaklanan hukuki ayrımla ilgili olmasına rağmen, Mahkemenin kamusal kişilere ilişkin konulardaki arttırılmış kusur standardını uygulaması konusundaki gerekçesi, – onların self-help hukuk yollarını uygulayabileceği – tartışma konusu kişi özel bir şahıs olsa dahi kamusal endişelere sebep olan bir sonucu doğuran her hangi bir ifade bağlamında da geçerli olacaktır. Bütün bunlardan sonra, kamu personeli ve kamuya malolmuş kişilerin eylemlerinde, kamu çıkarının söz konusu olmasından dolayı, bunlar için hakaretimiz ifadeye yönelik açıklama hakkı geçerli bir alternatiftir. Tabi ki bu durum, kamu yararını ilgilendiren hakaretimiz ifadeye karşı, her davacının etkili bir şekilde açıklama yaparak karşı çıkabileceği şeklinde de anlaşılmalıdır. Fakat davacıların bu şekilde cevap verebileceği durumlarda, yasaklama kararı verilmesinde devlet yararı esastan reddedilecektir.³³³

³³² *Id.* at 344; *bk. also* Wolston v. Reader's Digest Ass'n, 443 U.S. 157, 163-69 (1979) ("Kamu görevlisinin, etkili self-help hukuk yollarını kullanma imkânları olduğundan dolayı, hakaretimiz ifadeler nedeniyle zarar görme konusunda daha az hassastırlar. Bunlar genellikle etkili iletişim araçlarına ulaşım imkanlarına özel şahıslara nazaran daha fazla sahiptirler. Böylelikle tartışarak karşı eleştiri yapabilirler ve hakaretimiz ifadelerin yanlış ve gerçek dışı olduğunu açıklayabilirler.").

³³³ *Bk. Aafco Heating & Air Conditioning Co. v. Nw. Publications, Inc.*, 321 N.E.2d 580, 587 (Ind. App. 1974) (Özel davacılar için düşük kusur standardını reddetmiştir. Ayrıca "kamusal ve özel kişiler arasında bir fark oluşturmanın, ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin anayasal güvencelerimiz açısından mantıklı olmadığı" sonucuna varmıştır.").

Ayrıca ifadenin kamusal endişelerle ilişkin olduğu durumlarda davacının karşı açıklamada bulunarak self-help mekanizmasını kullanması durumunda, yasaklama kararı mevcut olan en düşük seviyedeki sınırlandırıcı hukuk yolu olmayacaktır.³³⁴ “Mahkemelerin özgür ifadenin sosyal maliyetini azaltan etkili yolları aramaları”³³⁵ nedeniyle, hakaret davalarında self-help hukuk yolunun varlığı, yasaklama kararına hükmedilmesinin sınırı olmalıdır. Whitney v. California davasında aynı görüşte olan Hâkim Brandeis, düzeltici self-help hukuk yolunun, neden tercih edilen bir yol olduğunu şöyle açıklamıştır: “Tartışmalar yoluyla yalanı ve yanlışlıkları ortaya çıkarmaya ve eğitim süreçleriyle kötülüğü önlemek için zaman varsa, uygulanacak olan hukuk yolu sessizliğe zorlamak değil, daha fazla konuşmaktır.”³³⁶

Gerçekten de yasaklama olmaması kuralının altında yatan gerekçelerden biri de, ifade sahibinin sadece normal mahkemelerde değil, kamuoyu (mahkemesinde) nezdinde de yaptırımlara karşı mücadele etmesi gereğidir.³³⁷ First Amendment korumaları uzun süreden beri, “gerçeğin en iyi testi, rekabet kuralları içerisinde kendisini kabul ettiren düşüncenin gücüdür” fikriyle gerekçelendirilmektedir.³³⁸ İfadenin kamusal alana girmesini engelleyen yasaklama kararı, fikirlerin rekabetini engellemektedir.³³⁹ Yasaklama olmaması kuralı, ifadenin kamuoyuna yayılmadan önce hükümet tarafından kısıtlanmasını yasaklamaktadır. Bu şekilde ifade sahiplerine, vatandaşlara düşüncelerini beyan etme ve böylece potansiyel olarak “hükümetin etkin konuşmacıları cezalandırmak istemesi durumunda, insanların bunu bir suçun cezalandırılması olarak değil, belagatin cezalandırılması olarak algılayacağı şeklindeki risk nedeniyle,” onları da herhangi bir yaptırımla karşı karşıya kalmayacakları konusunda ikna etmelerine müsaade etmektedir.³⁴⁰

³³⁴ Bk. Bell, *supra* note 324, at 762-69; Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Shielding Children, and Transcending Balancing*, 1997 SUP. CT. REV. 141, 157 (1997).

³³⁵ *Id.* at 763.

³³⁶ 274 U.S. 357, 377 (1927) (Brandeis, J., concurring).

³³⁷ Bk. Siegel, *supra* note 1.

³³⁸ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

³³⁹ Bk. Bendor, *supra* note 135, at 314 (“Önceden sınırlandırma doktrini ve kabul edilmiş istisnalarının temel gerekçesi, maksimum miktarda konuşma sağlanmasıdır.”).

³⁴⁰ Bk. Brief Amici Curiae of Historians, *supra* note 67, at 45.

Dahası ifade kamusal endişelere ilişkin olduğu zaman, bazı konuşmacılar mahkeme nezdinde başarılı olmaktan çok, kamuoyu nezdinde başarılı olmaya ilgi duyabilirler. Profesör Harry Kalven, bu amacın davalıların Pentagon belgelerini yayımlamalarına yol açtığına inanmaktadır:

Daniel Ellsberg, New York Times ve Washington Post'un sivil itaatsizliğe benzeyen bir politik eyleme dâhil olduğunun çok açık olduğunu düşünüyorum. Yaptıklarının taşıdığı değere ilişkin inançları çok yüksek olduğu için, belgeleri yayımlamaya ve sonuçlarına katlanmaya istekliydiler. Çıkış noktaları kamuoyuna bir mesaj vermektir. Bu nedenle, bu bağlamda önceden sınırlandırma ve sonradan yasaklama birlikte değildir³⁴¹.

Sonuç olarak, kamusal endişelere ilişkin beyanlara yönelik yasaklama kararlarının, hakaretimiz ifadelerin sürekli yayılmasını durdurma konusunda etkisiz olma olasılığı çok yüksektir. Kamusal endişelere ilişkin beyanlar doğal olarak daha büyük bir kamuoyu ilgisi meydana getirmektedir. Söz konusu ifadeye yönelik yasaklama kararı, toplumun üyelerinin “yaşadıkları hayatı çok yakından etkileyen bir konuyu tartışmalarını”³⁴² kısıtlamaya kalkışarak, çok büyük etkinlik sorunlarıyla karşı karşıya kalacaktır. Gelecek bölümde, bu konunun tamamıyla açıklanacak olmasına rağmen, kamusal endişelere ilişkin beyanlara yönelik bir yasaklama kararının, söz konusu zorlukları ortaya çıkaracağını not etmek burada yeterlidir.

Tabii ki bazen kamusal meseleler ve özel yarara ilişkin beyanlar arasında çizgi çizmek çok zor olabilir.³⁴³ Bu ayrımı formüle edecek tutarlı bir yaklaşım

³⁴¹ Harry Kalven, Jr., *Foreword: Even When a Nation Is at War*, 85 HARV. L. REV. 3, 34 (1971).

³⁴² *Neb. Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539, 567 (1976) (Basın hakkında verilen bir yayın yasağı kararını geçersiz kılmış ve “içinde yaşadıkları hayatı yakından etkileyen bir konuyu, tüm toplumun tartışması basitçe sınırlandırılmaz” şeklinde yorumda bulunmuştur.”).

³⁴³ *Bk. Snyder v. Phelps*, 131 S. Ct. 1207, 1216-18 (2011); *Mary-Rose Papandrea, Citizen Journalism and the Reporter's Privilege*, 91 MINN. L. REV. 515, 578-79 (2007) (“İçeriğin kamu yararına mı ilişkin olduğunu yoksa medya hukukunun çeşitli alanlarında çok önemli zorluklar teşkil eden haber niteliğinde mi olup olmadığına dayanarak hukuki bir farklılık oluşturmuştur.”). Örneğin *Dun & Bradstreet* davasında çoğunluk, şirketin iflasını yanlışlıkla rapor eden kredi raporunun kamu çıkarını ilgilendirmediğine karar vermiştir. Bu düşünce, “şirketin çalışanları, kredi verenleri, müşterileri ve küçük bir kasabada küçük bir şirketin iflasını haber yapan yerel gazetecileri bile şaşırır.” Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property: Some Thoughts After Eldred*, 44 *Liquormart, and Bartnicki*, 40 HOUS. L. REV. 697,

mın oluşturulması konusunda hala yapılacak çok şey olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme, alt derece mahkemelere bu değerlendirmeyi yaparken uygulamaları için bazı yönlendirmelerde bulunmuştur. Snyder v. Phelps davasında Mahkeme şunları belirtmiştir:

Bir beyan, adil bir şekilde, siyasi, sosyal veya diğer toplumsal konulara ilişkin olduğu değerlendirildiğinde veya makul bir haber değeri taşıması durumunda, kamu yararına ilişkin bir beyandır. Diğer deyişle, kamu yararının bir konusu niteliğini taşır ve kamuoyunu ilgilendiren bir konudur.³⁴⁴

Diğer taraftan, “yalnızca konuşanın ve özel dinleyicilerinin kişisel yararlarıyla ilgili” beyanlar, kamusal çıkarlara ilişkin ifadeler değildir.³⁴⁵

Mahkemelerin kamusal yararlarla ilişkin beyanlar ile özel yararlarla ilişkin beyanlar arasındaki farkı, bazı eyaletlerin kabul ettiği, davacının yazılı hakaret iddiası nedeniyle davanın görülebilmesi için yeterli delil ibraz ederek kusurun derecesini kanıtlamasının gerektiği hakaret hukukunu da kapsayan birçok doktrinel alanda³⁴⁶ hâlihazırda uyguladığı, bir gerçektir.³⁴⁷ Dahası çok az sayıda mahkeme, hakaretimiz ifadeye yöneltilen yasaklama kararının anayasaya

744 (2003).

³⁴⁴ *Snyder*, 131 S. Ct. at 1216 (quoting *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 146 (1983)) (internal quotation marks omitted); *City of San Diego v. Roe*, 543 U.S. 77, 83-84 (2004); *bk. also Cox Broad. Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469, 492-94 (1975); *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 387-88 (1967). Yorumcular kendi özel tanımlarını ifad etmişlerdir. *Bk., örn.*, Robert C. Post, *Community and the First Amendment*, 29 ARIZ. ST. L.J. 473, 481 (1997) (Kamusal söylemi, “kamuoyu görüşünün oluşması için gerekli olan konuşma” şeklinde tanımlamıştır.”).

³⁴⁵ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 762 (1985). Bir ifadenin kamusal veya özel bir yarara sahip olduğuna karar vermek için bir mahkeme mutlaka, “tüm kayıtların ortaya çıkardığı şekilde” ifadenin “içeriği, şekli ve bağlamını” incelemelidir. ” *Id.* at 761 (quoting *Connick*, 461 U.S. at 147-48) (internal quotation marks omitted).

³⁴⁶ *Bk. Dairy Stores, Inc. v. Sentinel Pub. Co.*, 516 A.2d 220, 230 (N.J. 1986) (citing cases); *Papandrea, supra* note 340, at 579-80 (Hakaret ve kişisel davalarda uygulamasını açıklamamıştır).

³⁴⁷ *Bk., örn.*, *Weldy v. Piedmont Airlines, Inc.*, 985 F.2d 57, 64 (2d Cir. 1993) (New York hukukuna göre kamuyu ilgilendiren bir konuya dahil olan özel kişilerin, davacının “ağır şekilde sorumsuz” davrandığını kanıtlamasının bir zorunluluk olduğu sonucuna varmıştır.”); *Diversified Mgmt., Inc. v. Denver Post, Inc.*, 653 P.2d 1103, 1110 (Colo. 1982) (Kamusal yarara veya genel yarara ilişkin davalarda özel kişi davacıların kötü niyeti ispatlamaları gerekmektedir.); *Journal-Gazette Co. v. Bandido’s, Inc.*, 712 N.E.2d 446, 453 (Ind. 1999) (Kamusal yarara veya genel yarara ilişkin bütün davalarda kötü niyet standardını kabul etmiştir).

aykırı önceden sınırlandırma olup³⁴⁸ olmadığını³⁴⁹ değerlendirirken kamusal ve özel yarar arasındaki ayrımı dayanmıştır.

Massachusetts Yüksek Mahkemesinin, Krebiozen Research Foundation v. Beacon Press davasındaki kararı, mahkemelerin, kamusal yarara ilişkin olan

³⁴⁸ *Bk.* Robinson v. Am. Broad. Cos., 441 F.2d 1396, 1401 (6th Cir. 1971) (Yasaklama kararı vermeyi reddetmiş ve “tartışmanın özellikle kamusal endişe veya kamusal yararlar etrafında olduğu durumlarda, bağınaz bir First Amendment koruması gereklidir” şeklinde not etmiştir.”); Crosby v. Bradstreet Co., 312 F.2d 483, 485 (2d Cir. 1963) (Bir kredi raporu ajansını, ticarethanenin önceki sahibinin sahtecilikten mahkum olduğunu raporlaştırmaktan men eden yasaklama kararını ortadan kaldırmış ve “hor görülerek uygulanabilir olan söz konusu yasaklama kararı, toplumun bilme hakkı olan bir gerçeğin yayınlanmasına karşı, Birleşik Devletler anayasası uyarınca bir erken sınırlandırma teşkil eder”); Lassiter v. Lassiter, 456 F. Supp. 2d 876, 884 (E.D. Ky. 2006) (Kamu yararı telkin eden hususlarda yasaklama kararı verilemeyeceğini belirtmiştir”); *aff’d*, 280 F. App’x 503 (6th Cir. 2008); Bihari v. Gross, 119 F. Supp. 2d 309, 325–26 (S.D.N.Y. 2000) (Anayasal koruma olduğuna ilişkin güçlü bir karine barındıran ifadenin “tartışmalı olarak makul bir şekilde kamusal yarar bulunan bir çerçevede olduğu” sonucuna varmıştır”) (quoting Rookard v. Health & Hosps. Corp., 710 F.2d 41, 46 (2d Cir. 1983)) (internal quotation marks omitted); Queen v. Tenn. Valley Auth., 508 F. Supp. 532, 536 (E.D. Tenn. 1980) (“Enerjinin muhafazası ve tasarrufunda kamu yararı olduğu görüşüne vararak, davacının yasaklama talebinin reddedilmesi gerektiğine karar verdik.”); *aff’d*, 689 F.2d 80 (6th Cir. 1982); St. Margaret Mercy Healthcare Ctrs., Inc. v. Ho, 663 N.E.2d 1220, 1224 (Ind. Ct. App. 1996) (Kamu yararını ilgilendiren bir ifadenin yayımlanması veya yeniden yayımlanması hususunda bir yasaklama kararına müsaade edilemeyeceğine karar vermiştir.”); Am. Broad. Cos. v. Smith Cabinet Mfg. Co., 312 N.E.2d 85, 91 (Ind. Ct. App. 1974) (Yasaklama kararını kaldırmış ve”bebek yataklarının yanabilirliği konusunu ele alan uyumsuzluk konusu televizyon segmentinin kodlukçaukça önemli bir kamusal yarar teşkil ettiğini not etmiştir.”); Hill v. Petrotech Res. Corp., 325 S.W.3d 302, 309 n.2 (Ky. 2010); Krebiozen Research Found. v. Beacon Press, Inc., 134 N.E.2d 1, 6-8 (Mass. 1956) (İddia edilen kanser ilacının kamu yararına ilişkin bir konu olması nedeniyle, davacı hakkında bir kitap yayınlanmasının engellenmesine ilişkin yasaklama kararını reddetmiştir.); Howell v. Bee Pub. Co., 158 N.W. 358, 359 (Neb. 1916) (“Bu hususu, bir mahkemenin hakkaniyet yetkilerini politik konuların yayımını engellemek için kullanamayacağı hususu izler.”).

³⁴⁹ *Bk.* Eppley v. Iacovelli, No. 1:09-CV-386-SEB-JMS, 2009 WL 1035265, at *5 (S.D. Ind. Apr. 17, 2009) (İhtiyati tedbir kararına hükmetmiş ve ifadelerin açıkça kamusal hususlara ilişkin “engelsiz, güçlü ve çok geniş” tartışmalarda kamu yararını geliştirmeyeceğini” belirtmiştir.” (quoting N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 265 (1964)); Martin v. Reynolds Metals Co., 224 F. Supp. 978, 985 (D. Or. 1963) (Reklam panosunda kullanılan dilin sadece uyumsuzluğun taraflarının menfaatlerine ilişkin olduğu, kamu yararına ilişkin olmadığı ve herhangi bir kamu yararı da bulunmadığı sonucuna varmıştır.”); Barlow v. Sipes, 744 N.E.2d 1, 10 (Ind. Ct. App. 2001) (Yasaklama kararını onaylayarak, “İhtiyati tedbir kararıyla engellenen beyanların çok az anayasal dayanağa sahip olduğunu ve yasaklama kararının da temel olarak iddia edilen kişisel yanlışlıklara ilişkin olduğuna inandıklarını” belirtmiştir.”); Bingham v. Struve, 591 N.Y.S.2d 156, 158 (App. Div. 1992) (Yasaklama kararını onaylamış ve tecavüz iddiasının sosyal menfaatleri ve kişisel menfaatleri geliştirmedığı sonucuna varmıştır.”); Mazzocone v. Willing, 369 A.2d 829, 834 (Pa. Super. Ct. 1976) (Herhangi bir kamu yararı olmadığını tespit etmiştir.), *rev’d*, 393 A.2d 1155 (Pa. 1978).

ifadelerin engellenmesinin gerekip gerekmediğini değerlendirmesi sırasında uygulayabilecekleri örnek bir gerekçelendirir.³⁵⁰ Krebiozen davasında, davacı, geliştirilen bir kanser ilacının sahte olduğunu iddia eden bir kitabın yayımının sürekli olarak durdurulması için dava açmıştır.³⁵¹ Mahkeme, ilacın etkisiz olup olmamasının kamu yararını ilgilendirdiğinden bahisle, yasaklama kararı vermemiştir:

Krebiozen hakkındaki gerçeğin mümkün olduğu kadar çabuk bir şekilde ispat edilmesi kamuoyu açısından oldukça önemlidir. Eğer ilaç tedavi sağlarsa, modern zamanların en büyük keşiflerinden birisi olacaktır... İtiraz edenin de kabul ettiği gibi, hakaretimiz ve gerçek dışı olabilecek saldırının mevcut amacının Krebiozen'in test sürecini engellemek olduğunu, iddia edildiği gibi makul bir şekilde biz de kabul ettik. Fakat bir kuralı bu ihtimale dayandırmak, tartışmanın büyük önem arz ettiği alanlardaki müzakereleri bitirebilecek veya en azından etkisini azaltabilecektir.³⁵²

Yüksek Mahkeme, kararının sonunda, ifadedeki kamu yararının belirleyici olduğunu açıklamıştır: “Anayasal korumalar açık ve denetleyicidir. Fakat böyle olmasaydı dahi, kanser tedavisi tartışmasındaki kamu yararının terazideki ağırlığı, yasaklama kararının reddedilmesi açısından yeterli bir dayanak teşkil ederdi.”³⁵³

E. Etkinliğin Gösterilmesi

Mahkemenin, yalnızca dar kapsamlı olarak uyarlanan ve özel çıkarlara ilişkin bir yasaklama kararı vermesinden önce, davacı tarafından parasal tazminatın yetersiz olduğu ve yasaklama tedbirinin, uğradığı zararın azaltılması hususunda gerçekten etkin bir hukuk yolu olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Hem anayasal hem de hakkaniyet ilkeleri uyarınca, parasal tazminatın sağladığı faydaların ötesinde herhangi bir ek yarar sağlamayan yasaklama kararı uygun bir hukuk yolu değildir.

³⁵⁰ 134 N.E. 2d at 7.

³⁵¹ *Id.* at 2.

³⁵² *Id.* at 7.

³⁵³ *Id.* at 9.

İkinci bölümde belirtildiği gibi, çoğu davada, parasal tazminatın yeterli bir hukuk yolu olduğunun ispatı, davacı açısından daha kolay olmalıdır. Bununla birlikte, yasaklama kararının da, bu davacıların çoğunun itibarlarına yönelik zararı azaltma noktasında etkin bir hukuk yolu olacağını ispat etmek o kadar kolay olmayabilir. İfadeye yönelik yasaklama kararı sözkonusu olduğunda etkin olup olmayacağı belirli değildir. Mahkeme bir yasaklama tedbirine hükmettiği zaman, konuşmacının söyledikleri birdenbire yok olmayacaktır. Sayfalarda yazılı kelimeler ortadan kaybolmayacaktır. Dijital kayıtlar da yok olmayacaktır. Yasaklama tedbirinin etkinliği, kararda tanımlanan eylemleri devam ettirmenin sağlayacağı faydalar ile ihlal olduğu tespit edilirse karşılaşacağı yaptırımın maliyetini hesaplayan kişilerin davranışlarına bağlıdır.³⁵⁴

Her ne kadar davacı, itibarına gelebilecek zararı durdurma noktasında etkin olup olmadığına bakmaksızın, salt yasaklama kararının bile suçsuzluğunun çok kıymetli bir tespiti olduğunu ileri sürebilirse de, mahkemeler söz konusu hafifletilmiş faydayı, bir yasaklama kararına hükmetmek için yeterli bir gerekçe olarak kabul etme hususunda isteksizdirler.³⁵⁵ Hakkaniyete dayalı hukuk yolları takdire bağlı olup, hâkimler de doğal olarak, etkisiz veya göz ardı edilebilecek bir tedbir kararına hükmederek, kaynaklarını boşa harcamak ve hukuk sistemine güveni sarsacak bir risk almak hususunda isteksiz davranmaktadırlar.³⁵⁶ Dahası “yasak-

³⁵⁴ John M. Golden, *Injunctions as More (or Less) than “OFF Switches”*: Patent- Infringement Injunctions Scope, 90 TEX. L. REV. 1399, 1402 (2012) (“Uygulamada, bir yasaklama kararı, normal süresinden daha hızlı verilen ve normal miktarından daha yüksek olan bir parasal tazminatın teşkil ettiği tehditte biraz daha fazlasını teşkil eder.”).

³⁵⁵ *Bk., örn., In re Charlotte Observer*, 921 F.2d 47, 50 (4th Cir. 1990) (Büyük jüri yargılamasında belirtilen isimleri yayımlanmasını yasaklayan emri ortadan kaldırmıştır. Çünkü “kedi poşetten çıkmıştır... ilk derece mahkemesi duruşmayı kapalı olarak yapmamıştır ve açıklamalar, özellikle bir kamusal tartışma olan mahkeme salonunda yapılmıştır.”); *In re Providence Journal Co.*, 820 F.2d 1342, 1351 (1st Cir. 1986) (davacıyı da kısmen belirten, güvenlik güçlerinin suçlulara ilişkin kayıtları yayınlanmaktan men edilmesi talebini reddetmiştir. Çünkü “FBI tarafından açıklanan bilgilerin bazı kısımları medya tarafından çoktan yayılmıştır” ve “bu nedenle de önceden sınırlandırmanın amacını gerçekleştireceğini hayal etmek oldukça zordur.”).

³⁵⁶ *Bk., örn., Oakley v. McWilliams*, 879 F. Supp. 2d 1087, 1090-91 (C.D. Cal. 2012) (quoting Chemerinsky, *supra* note 11, at 171) (alteration in original) (internal quotation marks omitted) (Dar kapsamlı uyarlanan bir yasaklama kararının kullanışsız olduğunu, zira davalının farklı kelimeleri kullanarak aynı anlamada beyanlar dile getirerek sınırlandırmalardan kaçınabileceğini not etmiştir.); *Bank Julius Baer & Co. v. Wikileaks*, 535 F. Supp. 2d 980, 985 (N.D. Cal. 2008) (“Mahkeme, davacının bu davada hükmedilecek herhangi bir yasaklama kararının, niyet edilen amacını gerçekleştireceği hususunu yeterli bir şekilde ispat ettiği hususunda ikna

lama kararının uygulanamaz olduğu durumlarda, parasal tazminattan daha çok koruyucu etkiye sahip olduğunun ispatlanması da oldukça zordur.”³⁵⁷

Yasaklama kararının hem uzun süreli bir hakkaniyet yolu³⁵⁸ olarak, hem de ifadenin sınırlandırılmasının anayasal olup olmadığına ilişkin mahkeme değerlendirmesinin önemli bir parçası olarak etkili olup olmayacağını değerlendirme zorunluluğu, mahkemelerin uymak zorunda oldukları bir kuraldır. Yüksek Mahkeme sürekli olarak hükümetin etkisiz,³⁵⁹ sonuç almada başarısız³⁶⁰ ve dahası³⁶¹ devlet yararını doğrudan arttıran³⁶² araçlar yoluyla ifadeyi kısıtlayamayacağı şeklinde uyarılarda bulunmaktadır. Bunu oldukça açık bir şekilde, Yüksek Mahkemenin basının katil bir sanık hakkında belli “imalarla” bilgi verebilmesini sınırlandıran yasaklama kararını ortadan kaldırdığı Nebraska Press Ass’n v. Stuart kararında görüyoruz.³⁶³ Kararı yazan Mahkeme Başkanı Hâkim Burger, “hâkimlerin bir yayım hakkında uygulanabilir bir yöntem olarak önceden sınırlandırmanın etkinlik ihtimalini değerlendirmek” ve söz konusu kararların

olmamıştır.”); Jordan v. Metro. Life Ins. Co., 280 F. Supp. 2d 104,112 (S.D.N.Y. 2003) (Davalıyı hakaretamiz ifadeleri beyan etmekten engellerken, aynı zamanda yeterli bir şekilde dar kapsamlı olarak uyarlanmanın, herhangi bir yasaklama kararı için mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.); Devine v. Devine, 90 A.2d 126, 129 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1952) (Davacının kayın validesini davacının evliliğini bozacak şekilde hakaretamiz ifadeleri beyan etmesinden engellecek olan teklif edilen yasaklama kararının “uygulanmasına ilişkin doğal zorluklar” bulunduğunu not etmiştir.); Frick v. Stevens, 43 Pa. D. & C.2d 6, 29 (C.P. Cumberland Cnty. 1967) (Bu davada, mahkemede imkansız bir ispat külfeti zorunluluğu olmaksızın veya bu usulü iddiaları çürütmek için kullanmaksızın, pratik olarak başarılı bir şekilde yasaklama kararının uygulanamayacağını” gözlemlemiştir.”).

³⁵⁷ Normann Witzleb, *‘Equity Does Not Act in Vain’: An Analysis of Futility Arguments in Claims for Injunctions*, 32 SYDNEY L. REV. 503, 506 (2010).

³⁵⁸ Bk. JOSEPH ALEXANDER SHEARWOOD & CLEMENT SMILES MOOR, AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF EQUITY 8 (1885) (“Mahkemenin teşebbüs ettiği şeyi etkili bir şekilde yerine getiremeyeceği zaman, hiçbir şekilde bunu yapmaya teşebbüs etmemelidir. Zira etkisiz bir performans nedeniyle dalga geçilecek bir itiraz oluşturacak bir karar veremez.”).

³⁵⁹ Bk., örn., Neb. Press Ass’n v. Stuart, 427 U.S. 539, 567 (1976); Eric B. Easton, *Closing the Barn Door After the Genie Is Out of the Bag: Recognizing a “Futility Principle” in First Amendment Jurisprudence*, 45 DEPAUL L. REV. 1, 3 (1995); bk. also Volokh, *supra* note 291, at 2421-22.

³⁶⁰ Bk., örn., Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596, 610 (1982).

³⁶¹ Bk., örn., United States v. O’Brien, 391 U.S. 367, 376-77 (1968).

³⁶² Bk., örn., Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm’n of N.Y., 447 U.S. 557, 566 (1980).

³⁶³ *Stuart*, 424 U.S. at 541, 570.

“uygulamada karşılaşılabilecek problemlere ilişkin gerçekleri de göz ardı etmemek” zorunda olduğunu belirtmiştir.³⁶⁴ Belirttiği zorluklar arasında “karar veren mahkemenin yer yönünden sınırlı yetkisi” ve “yayın hakkında tamamıyla uygulanacak olan sınırlandırma kararına engel teşkil eden” kişi yönünden yetkinin belirlenme ihtiyacı bulunmaktaydı.³⁶⁵ Mahkeme başkanı Hâkim Burger, ilk derece mahkemesi tarafından verilen yayın yasağının muhtemel etkisizliğini irdeleyerek şu sonuca varmıştır:

Kayıtlar tarafından ortaya konulan olaylar 850 kişilik bir topluluk içerisinde meydana gelmiştir. Basılı veya görsel herhangi bir haber yapılmaksızın da dedikoduların kulaktan kulağa hızlı bir şekilde yayılacağı makul bir şekilde farzedilebilir. Söz konusu söylentilerin genel eğilimlerine rağmen, kişi sadece söz konusu bilgilerin doğruluğu konusunda sipekülasyon yapabilir. Bunlar normal olarak doğru haber hesaplarından daha çok zarar verici olabilir. Fakat basit bir şekilde, tüm toplum yaşadığı hayatı yakından etkileyen bir konuyu tartışmaktan da kısıtlanamaz.³⁶⁶

Mahkeme Başkanı Hâkim Burger’in belirttiği gibi, ifadeyi yasaklama tedbirleri, yargısal yetkinin sınırlı olması nedeniyle de etkisiz olabilir.³⁶⁷ Bir mahkeme kararlarını kendi yetki alanı sınırları dışında uygulayamaz ve mahkemenin yargılama yetkisinde bulunmayanları da kişi bakımından yargılayamaz.³⁶⁸ Sonuç olarak yargılama kuralları ve eyaletin egemenlik ilkeleri, mahkemelerin tarafların ifadelerini durdurabilmeleri ve çekinmeye zorlayabilmelerini sınırlandırmaktadır. Yasaklama kararı, davalının malvarlığının bulunduğu herhangi bir durumda uygulanabilecek olan parasal tazminatların aksine, belli bir kişiye yö-

³⁶⁴ *Id.* at 565.

³⁶⁵ *Id.* at 565-66.

³⁶⁶ *Id.* at 567.

³⁶⁷ *Id.* at 565-66 (“karar veren mahkemenin sınırlı yer yönünden yetkisi” ve “yayın hakkında uygulanacak olan engelleme kararı için mevcut bir engel teşkil eden” kişi yönünden duyulan yetkili olma ihtiyacını belirtmiştir.”); *bk. also* Frick v. Stevens, 43 Pa. D. & C.2d 6, 29 (C.P. Cumberland Cnty. 1967) (“Yayıncı ve dağıtıcı olan Random House, Inc., of New York hakkında, davaya taraf olmamaları sebebiyle, mahkemenin yasaklama kararı verme yetkisi olmaması nedeniyle, bu davada yayının değiştirilmesine ilişkin yasaklama kararı başarılı bir şekilde uygulanamayacaktır.”).

³⁶⁸ *Bk. Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, 722 (1877); Arthur M. Weisburd, *Territorial Authority and Personal Jurisdiction*, 63 WASH. U. L.Q. 377, 404 (1985).

nelik bir karardır. Eğer yasaklama kararı ifadenin sınırlandırılması konusunda etkili olacaksa, mahkeme söz konusu ifadeleri dile getiren herkese ulaşabilmek ve yetkisini beyanların yayımlandığı yerlere kadar genişletebilmek zorundadır.³⁶⁹

Ayrıca dava konusu beyanların, adli yetki alanı içinde kalabilmesi durumunda bile, yasaklama kararı verilmesinin yararlı ve uygulamaya dayalı bir etki yaratıp yaratmayacağını sorgulamak için bir neden vardır. Günümüzde bütün beyanların dijital yankıları bulunmaktadır.³⁷⁰ Bu nedenle yasaklama kararının etkin olabilmesi için, beyanları çeşitli iletişim ortamlarında sınırlandırabilmesi gerekir.³⁷¹ Bu da, davacının hakaretimiz beyanların nerede meydana geldiğini belirleyebilme, mahkemelerin de zararlı beyanların yayılmasından sorumlu olanları itaate zorlayabilme kapasitesine sahip olmasını gerektirir. Bu ikinci gerekliliğe ilişkin olarak, § 230 of the Communications Decency Act tarafından, internet aracı kuruluşlarına çok geniş korumalar verilmesinden dolayı, mahkemeler site sahibi, dağıtıcı veya Facebook, Google ve Youtube da dahil olmak üzere, başka bir şekilde internet üzerindeki ifadeyi mevcut hale getiren çoğu tarafı engelleyemez ve onlara sorumluluk da yükleyemez.³⁷²

Bir yasaklama kararının en büyük faydası, davalı tarafından tekrarlanan ihlal tehlikesi bulunduğu ve beyanların da geniş bir kitleye yayılmadığı durumlarda ortaya çıkacaktır. Çok sayıda davalı, davranışlarını yasaklayan bir mahkeme kararı olmaması durumunda, davacıyı kötülemeye devam edeceğini şaşırtıcı bir şekilde gerçekten de kabul etmektedir.³⁷³ Söz konusu durumlarda davalının hakaretimiz ifadenin yayımlamaya devam etmesini yasaklayan bir yasaklama kararı etkin bir hukuk yolu olabilir. Buna rağmen dar kapsamlı uyarılama, yasaklama tedbirinin gelecekteki bütün hakaretleri önlemekten ziyade, mahkeme tarafından

³⁶⁹ *Bk. Witzleb, supra* note 354, at 520.

³⁷⁰ *Bk. supra* notes 12-14 ve beraberindeki metin.

³⁷¹ *Cf. Fla. Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 540 (1989) (sadece “kitle iletişim araçlarına uygulanacak bir kanunu, “cinsel suçların mağdurlarının kimliklerini deşifre ederek diğer araçlarla yayılmasını yasaklamadığı için iptal etmiştir. Zira bunun sonuçları da, mağdurun isminin çok sayıda yabancıya açıklanması gibi yıkıcı olabilecektir.”); *Smith v. Daily Mail Pub. Co.*, 443 U.S. 97, 104-05 (1979) (Sadece gazetelere ilişkin bir ceza kanununu, engellenmesi istenilen zarara elektronik medya ile sesli ve görüntülü yayınlarında yol açabileceği gerekçesiyle iptal etmiştir.).

³⁷² *Bk. supra* note 28 ve beraberindeki metin.

³⁷³ *Bk., örn.*, *Tory v. Cochran*, 544 U.S. 734, 736 (2005); *Balboa Island Vill. Inn v. Lemen*, 156 P.3d 339 (Cal. 2007).

hakaretimiz olduğu tespit edilen belli ifadelerin tekrarının yasaklanmasıyla sınırlı olmasını gerektirmektedir.³⁷⁴

Ayrıca, eğer hakaretimiz materyal sadece sınırlı bir topluluk içerisinde dolaşıyorsa ve yasaklama kararı da söz konusu beyanların bu topluluğun dışına yayılmasını yasaklıyorsa, yasaklama kararı kullanışlı ve uygun bir hukuk yolu olabilir. Örneğin, eğer hakaretimiz ifade bir yazılı gazetede yayımlanmışsa ve davacı da söz konusu beyanın internet üzerinde yayınlanmasının veya çok uzak-taki okuyuculara da ulaşabilecek şekilde elektronik veri tabanında saklanması- nın önlenmesini talep ediyorsa, yasaklama kararı davacının zararının azaltılması hususunda etkin bir araç olabilir. Benzer şekilde, eğer davacı sınırlı bir kitleye yönelik olarak hakaretimiz ifade içeren internet reklamı oluşturmuşsa, el ilanı dağıtmışsa, reklam panosu göndermişse veya başka bir şekilde iletişim kurmuş- sa, yasaklama kararı etkin bir hukuk yolu olabilir.

Özetle, mahkeme bir yasaklama tedbirine karar vermeden önce, engellenmesi istenilen bilgilerin, artık bir yasaklama kararıyla etkin bir şekilde sınırlandırıl- mayacak ölçüde geniş bir kitleye açıklanmış olup olmadığını değerlendirmek zorundadır. Hâkimler, hakaretimiz ifadelerin nerede ve hangi şekilde yayınlan- dığını sorgulamalıdır. Hangi muhataplar söz konusu beyanlara ulaşmaktadırlar? Herhangi bir kimse sözkonusu beyanları tekrar yayımlamış mıdır? Mahke- menin gerekli bütün kişiler hakkında kişi yönünden yetkisi var mıdır? Bütün bu sorulara verilecek cevaplar, yasaklama kararının etkin olma imkânına sahip olup olmadığını belirleyecektir. Eğer mahkeme, kararını ifade sahibi hakkında uygu- layabilirse ve ifade, kapsam, süre, ortam ve muhataplar açısından sınırlı kalırsa, bu takdirde yasaklama kararı etkin bir hukuk yolu olabilir.

SONUÇ

Hakaret davalarında yasaklama kararlarını inceleyen çoğu anayasa hukuk- çusu bilim adamı, mahkemeler tarafından verilen ihtiyadi tedbir kararları nede- niyle, ifadelerin yayımlanmadan önce sınırlandırıldığı durumlarda ortaya çıkan problemlere odaklanmıştır. Şüphesiz ki söz konusu yasaklama tedbirleri First

³⁷⁴ Bk. *supra* notes 289-93 ve beraberindeki metin.

Amendment’ ilişkin olarak önemli kaygılar ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte günümüzde hakaret konusunda açılan davaların çoğunluğunda yasaklama kararı, mahkemeler açısından ilişkili, fakat önemli açılardan farklı şekilde zorluklar ortaya çıkararak, yayım sonrası alandadır. En baskın sorun, hakaretimiz ifadeye yönelik yasaklama kararının, önceden sınırlandırma doktrini kapsamında uygulanabilir olup olmadığıdır. Her ne kadar burada Yüksek Mahkeme’den kesin bir cevap almamıza rağmen, Mahkemenin First Amendment içtihatlarında, mahkeme tarafından hakaretimiz olduğu tespit edilen ve yayımlanmış beyana karşı yöneltilen dar kapsamlı bir yasaklama tedbiri için bir zemin olduğu görünmektedir.

Bu verimli alan da boş kalmamıştır. Bu makalenin gösterdiği gibi ülke çapında, hakaretimiz ifadelerine yönelik yasaklama kararı hakkında daha müsamahakâr bir tutum ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar bütün mahkemeler bu yaklaşımı uygulamasa da –birçoğu da yasaklama tedbirine ilişkin anayasal ve hakkaniyet ilişkili sınırlandırmalar konusunda kafa karışıklığı yaşamaktadır– hakkaniyetin hakareti engellemeyeceğine ilişkin vecizenin artık doğru bir hukuki ifade olmadığı çok açıktır. Fakat bunun yerini hangi kuralın aldığı ise açık değildir.

Bu makale, yasaklama olmaması kuralından resmi anlamda geri çekilme durumunun gerçekleşmesi halinde, First Amendment ve hakkaniyet prensiplerinin, belli güvencelerin, hakaretimiz ifadeye yönelik yasaklama kararına eşlik etmesini gerektirdiğini ileri sürmektedir. Mahkemelerin yasaklama tedbirine hükmederken dikkatli olmaları gerekmesine rağmen, yasaklama kararı, yalnızca kişisel yararlarla ilişkin meseleler hakkında olup mahkeme tarafından da –yargılamanın sonunda –hakaretimiz olduğu belirlenen gerçek dışı beyanlarla sınırlıysa, anayasal ilkelere ve hakkaniyet ilkelerine uygun olmaktadır.

HUKUK SOSYOLOJİSİNİN METODOLOJİK MESELELERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER*

Reza Banakar**

Çev. Uğur Dinç***

Hukuk sosyolojisinin, uygulayıcıların tecrübe ettiği şekliyle hukukun ‘doğruluk’unun idrâk edilmesindeki metodolojik sınırlamaları bu çalışmanın genel odağını oluşturmaktadır. Çalışma, hukukun yekpâre bir ‘doğruluk’unun bulunmadığını ileri sürerek başlıyor. Bu ‘doğruluk’un’ bazı yönleri hukukun kendisinin, üstü tekrar tekrar örtülen işleyişleriyle üretilirken, diğer yönleri hukuk ve sosyoloji söylemlerini potansiyel olarak birbirine bağlayan, ampirik olarak temellendirilmiş bilgiye istinâden ortaya çıkmaktadır. Bu söylemsel akrabalığa rağmen, hukukun dâhili süreçlerine dâir sosyolojik çalışmalar maddî hukuk tecrübesine sahip araştırmacıların bile zorlanmasına sebep olmaktadır. Bu meselenin ortaya konulması için, bu çalışmada hukuk sosyolojisi tıbbî sosyoloji ile karşılaştırılıyor ve sosyolojinin tıbbın ‘doğruluk’unu ele alma tarzına dikkat çekiliyor. Çalışmanın son bölümü hukuk sosyolojisinin metodolojik meselelerini bilim sahasında süregiden çatışma ve rekabet bağlamına yerleştirerek, bunlara ilişkin muhtemel çözümler hakkında bir soruşturma başlatıyor.

Hukuka dâir sosyolojik çalışmaların büyük çoğunluğu hukuktan uzak bir şekilde, hukukî ve toplumsal faktörler arasındaki etkileşime yoğunlaşarak yürütülmektedir. Bu çalışmalar hukukun yazılı ya da temel yönüne dokunmamakla, ‘sosyolojiden hukuka doğru nihâî ve mantıkî adım’ı atmaya yeltenmiyorlar; bunun sonucu olarak da ‘birçok hukukçu akademisyen sosyolojik çalışmaları, ileri düzeyde akademik, metinsel bir muhakeme faaliyeti olarak hukukun “gerçek”

* “Reflections on the Methodological Issues of the Sociology of Law” başlığıyla **Journal of Law and Society**, Volume 27, Number 2, June 2000 (© Blackwell Publishers Ltd 2000, 108 Cowley Road, Oxford OX4 1JF, UK and 350 Main Street, Malden, MA 02148, USA)’de yayımlanan makalenin Türkçe tercümesinin yayın izni alınmıştır.

** Sosyo-Hukukî Çalışmalar Merkezi, Wolfson Koleji, Oxford Üniversitesi, Oxford OX2 6UD, İngiltere. Yorumları ve faydalı önerileri için Roger Cotterell ve David Nelken’e teşekkür ederim.

*** Arş. Gör., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

doğasının temelinde olmamaları dolayısıyla dikkate almama eğilimindedir”¹. Diğer taraftan, bu nihâî adımı atan ve hukukun dâhilî işleyişlerini hukukî bağlamda soruşturmaya ya da, David Nelken’in ifâdesiyle, ““toplum”un “hukuk”un içinde üretilme tarzı”nı² incelemeye çalışan çalışmalar az sayıda ve çoğunlukla tartışmalıdır. Bu güçlük, Roger Cotterell’e göre, ‘hukuk sosyolojisi çalışmalarını diğer hukukî inceleme türleriyle, yalnızca yan yana getirmekten ziyâde, bütünleştirmekten alıkoymaktadır’.³

Niçin hukuk hakkında içeriden, yani hukukun dâhilî işleyişlerine ve uygulayıcıların tecrübeye dayanan kavramlarına istinâden yürütülen sosyolojik çalışmalar maddî hukuk tecrübesine sahip sosyo-hukukçu akademisyenler için bile güçlükler doğurmaktadır? Bu, hukukun kendisine ait bir ‘gerçeklik’ ya da ‘doğruluk’a, yani, sosyolojik kavramlarla elde edilemeyecek olan, dünyayı anlama ya da tasvir etmede kendi tarzına sahip olmasından kaynaklanıyor olabilir mi? Diğer bir deyişle, sosyolojinin ancak kendi kavramları, tanımları ve varsayımları üzerinden dünyayı anlayabilmesi ve, dolayısıyla, hukukî fikirlere ışık tutamaması ve hukuk öğretisine dâir soruları açıklığa kavuşturamaması, bunun sonucu olarak da hukukun ve hukukî düşünüşün özüne erişilemez oluşu olabilir mi?⁴ Basitçe söylemek gerekirse, buradaki soru, sosyolojinin kendi kıyafetlerinden soyunup soyunamaması ve hukukun ‘doğruluk’unu, yani hukukî fenomenin motiv ve anlamlarını dâhilen anlama ve açıklamak için hukuka nüfuz edip edememesidir.

Aşağıda söylenenler hukuka dâir sosyolojik çalışmalarda çözüme kavuşturulmamış birtakım metodolojik meselelere işaret ederek, hukukun ‘doğruluk’unu elde etmede sosyolojinin sınırlarını incelemeyi amaçlamaktadır. Hukuk sosyolojisine özgü olmayan ve sosyolojinin diğer alt şubelerinde de var olan bu metodolojik engeller, dâhilîlerin (hukukçular, hekimler, müşteriler vd.) kendi faaliyet

¹ J. Morison and P. Leith, *The Barrister’s World and the Nature of Law* (1992) 155.

² D. Nelken, ‘Beyond the Study of “Law and Society”’ (1986) *Am. Bar Foundation J.* 323, 325’tte.

³ R. Cotterell, ‘Why Must Legal Ideas be Interpreted Sociologically?’ (1998) *25 J. of Law and Society* 172.

⁴ Karşılaştırım id., ayrıca D. Nelken, ‘Blinding Insights? The Limits of a Reflexive Sociology of Law’ (1998) *25 J. of Law and Society* 407, and D. Nelken (ed.), *Law as Communication* (1996).

alanları üzerine ‘yakın-tecrübî’ kavram ve bakış açıları ile dâhilîlerin kavrayış, inanç, niyet ve eylemleri hakkında hâricîlerin (bu hâlde hukuk, tıp vd. üzerine çalışan sosyolog) ‘uzak-tecrübî’ kuramsal kavramları arasındaki gerilimle ilgilenir⁵. Dahası, dâhilîlerin kurumsal âdiyet ve toplumsal duruşlarının bu gerilimin şekil ve kapsamını belirlediğini ileri sürmek için gerekçeler var. Müşteri ya da hasta gibi dâhilîlerin, kendilerinin tecrübe, kavrayış, niyet vd. hakkında sosyologun tasvir, tanım, ve incelemelerine itiraz etme imkân ya da gerekçeleri bulunmayabilirken, hukukçular ya da hekimler bu konuda hem imkân hem de gerekçelere sahiptir.

Toplumsal açıdan önemli verilerin araştırmacıdan bağımsız olarak var olmadığı sosyolojik bir klişedir. Sosyolojik araştırma bu verileri üreten toplumsal ortama dâhil olma eylemidir. ‘Hakkında araştırma yapılanların, nihâî gözlemlere ulaşmada soruşturmacıya genellikle iştirak ettikleri eylem ... toplumsal bir eylemdir’⁶. Soruşturmacıya ‘iştirak’ edenler ve/veya bu verileri üreten ortam (kendilerinden çoğunlukla bilgi kaynağı olarak bahsedilir) kurumsal karakteristikleri dolayısıyla seçildiklerinde, araştırmacı bir *kurumsal* cevap şeklini tetiklemeyi beklemelidir. Böyle bir cevap, kolay fark edilemeye ihtimâlinin yanında, sosyologun topladığı verilere ve verilerin formuna erişimini etkileyerek, bilgi kaynaklarının yakın-tecrübî kavram ve algıları, kimlik, özerklik ve toplumsal denetim (*control*) açılarından kurumların menfaati arasında denge gözetir. Kuram ve metodolojinin birbirleriyle derinden ilişkili ve bağımlı olması dolayısıyla, bu türden kurumsal cevapların da sosyolojik kuramların gelişimi üzerinde etkisinin bulunduğunu ileri sürebiliriz.

Diğer bir şekilde söylersek, sosyolojinin tercih ettiği çalışma konusundan (hukuk, tıp, etnisite, cinsiyet, aile ya da spor olsun) bağımsız şekilde, bu çalışma konusunun kurumsal karakteristikleri (meslekîleşme, nezâret (*surveillance*) gücü, öz-kimlik, toplumsal denetime yönelik ilgi vs.) çalışmaların gerçekte yü-

⁵ C. Geertz, ‘From the Natives’ point of View: on the Nature of Anthropological Understanding’ in *The Insider/Outsider Problem in the Study of Religion*, ed. R.T. McCutcheon (1999). Geertz’e (pp. 38-50) göre, bir dâhilînin (ya da öznenin) bakış açısı ‘yakın-tecrübî’dir ve hâricînin (bir analist) ‘uzak-tecrübî’ olan bakış açısından farklıdır. Fakat, bu iki bakış açısı arasındaki farklılık derece itibariyledir, yani, bunlar zıt kutuplar değildir. (p. 51).

⁶ M. Mulkay, *Sociology of Science: A Sociological Pilgrimage* (1991) 3.

rütülüş tarzını ve üretilen bilgi/doğruluk formunu etkiler. Bu, ayrıca, burada ele aldığımız metodolojik engellerin mesleklere ve toplumsal kurumlara odaklanan dallarda kendi varlıklarını daha güçlü şekilde bilindir kıldıkları anlamına da gelir. Bunları hukuk sosyolojisi bakımından özel sonuç kılan şey, onların kendilerini sosyo-hukukî araştırma içinde gösterdikleri *birleşik* formdur. Bu birleşim, sonuç olarak sosyoloji karşısında hukukun kurumsal özelliklerinin bir sonucudur. Bu argümanın temelinde sosyolojinin alt dallarının karşılaştığı metodolojik engellerin kapsamının, sosyolojik soruşturma konusu edilen tema, mesele vd.nin ‘kurumsal güç’üyle doğru orantılı olarak farklılaşması yatmaktadır.

Metodolojik engeller hakkındaki soruşturmamıza başlamadan önce, sosyolojinin çeşitli alt dallarının çalışma konularının kurumsal özelliklerinin, ürettikleri bilgiler üzerindeki etkisini değerlendirmede birtakım ölçütler formüle edebilmek için, kurumsal güç düşüncesini işler hâle getirmek zorunludur. Bu çalışmanın ilk bölümünde, kurum ve meslek gibi kavramların incelenmesiyle buna teşebbüs edilecektir. İkinci bölümde, ilgimi hukuka yöneltiyorum ve hukukun kurumsal gücünün, çeşitli dil oyunlarından oluşan parçalı yapısını ezoterik bir maddî hukuk külliyatı çevresinde temellenen yekpâre bir söylem olarak sunmada gösterdiği meslekî mahâret ile izhâr ettiğini ileri sürüyorum. Bunu, üçünde bölümdeki, tıbbın kurumsal gücünü sosyolojinin nasıl ele aldığını inceleme teşebbüsünde bulunarak hukuk sosyolojisi ile tıbbî sosyoloji arasında bir karşılaştırma izleyecek. Çalışmanın son bölümü, burada gözler önüne serilen metodolojik meselelere, bunları bilim alanındaki çatışma ve süregelen rekabetleri içeren daha geniş bir bağlamda inceleyerek, verilebilecek muhtemel cevaplara dâir bir arayış başlatıyor.

I. KURUMSAL GÜÇ

A. Kurumlar

Kurumlar, belirsiz zaman/mekân aralıkları boyunca gerçekleşen toplumsal ilişkilerin yoğun, refleksif şekilde gözetimini (*monitor*) sağlayan ve gerektiren, dolayısıyla toplumsal denetim için hayli dinamik, gelişmiş sistemler oluşturan toplumsal yapılarıdır⁷. Bunlar yalnızca toplumsal yapıların unsurları ya da tekrar-

⁷ Karşılaştırım A. Giddens, *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern*

lanan etkileşim kalıplarının bir birleşimi değil, fakat fail ve yapı ikiliğini ortaya koyan bir uygulamalar kümesidir⁸. Bu argüman çizgisi doğrultusunda, toplumsal kurum kavramı burada, kendisi sâyesinde faillik düzeyinde sürdürülen toplumsal uygulamalar üretiminin zaman ve mekâna karşı korunabildiği, tekraren düzenlenen uygulamalar kümesi olarak anlaşılmaktadır. Bu uygulamalar, sonuç olarak, kurumsal yapı ve toplumsal sistemlerin meydana getirilmesi ve yeniden üretimi için zorunlu koşulları sağlamaktadır. Bu uygulamaların yapı düzeyinde bir nesnel ve süregiden gerçeklik izlenimi verecek şekilde sürdürülmesi ve örgütlenmesi için, değişen davranış kalıpları faillik düzeyinde örgütlenmeli ve yeniden üretilmelidir. Buna mikro düzeyde öz-gözetim ve toplum düzeyinde uzman gözetimi ile ulaşılmaktadır. Eylemler, sonuçlarının yapısal düzeyde eylemlerin koşullarını geri beslemek ve düzenlemekle örgütlenmiş hâle gelirler. Toplumsal kurumlar bu sebeple toplumsal denetim merkezleridir ve, Giddens'in terminolojisiyle, refleksif olarak gözetlenen gelişmiş sistemleridir⁹. Kurumların öz-gözetim rolü bakımından temel olan şey, failin bilgisi ve bilebilirliğidir¹⁰.

İşlerlik düzeyinde ileri sürülebilir ki, kurumlar, kaynakları korumada göreceli olarak sabit araçların –ki bu, kurumlar özel sonuçlar elde etmeye çalıştığında elde edilebilir– oluşturulmasıyla gelişirler. Kaynaklar sonuçları kolaylaştırır ve bu itibarla kurumsal hâkimiyetin temelidir. Fakat, hâkimiyet yalnızca

Age (1991) 16.

⁸ Karşılaştıran A. Giddens, *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration* (1986). Kurumlar hakkında getirilen bu yaklaşım Giddens'in 'yapılaşırma kuramı'na dayanmaktadır. Yapılaşırma kuramının eksikliklerine dâir eleştirel bir değerlendirme için bkz. D. Held and J. B. Thompson, *Social Theory of Modern Societies: Anthony Giddens and his Critics* (1989) and R. Collins, 'The Romanticism of Agency/Structure Versus the Analysis of Micro/Macro' (1992) 40 *Current Sociology* 77.

⁹ Giddens, op. cit., n. 7.

¹⁰ Karşılaştıran A. Giddens, *Central Problems in Social Theory* (1979). Giddens burada işaretleme, hâkimiyet ve meşrûiyet açılarından kurumlara dâir bir sınıflandırma yapıyor. İşaretleme, temel olarak, normatif gücü aracılığıyla hâkimiyet görünümleri arz eden dil sâyesinde oluşturulur. Hâkimiyet yetkilendirme (siyâsî sistemin yaygın bir özelliğini oluşturan) ve tahsisat (ekonomik sistemin birincil özelliği) formlarını alabilir. Hâkimiyetin bu tezâhürleri dâima işaretleme ve normatif unsurların yardımıyla mobilize edilir. Meşrûiyet hâkimiyet koordinasyonuna katkıda bulunurken, aynı zamanda işaretleme de içerir. İşaretleme, hâkimiyet ve meşrûiyet bu sebeple kurumların birbirleriyle ilişkili bulunan üç özelliğidir. Fakat, her kurumun kendi özel, belli başlı özelliği vardır: temel özellik ekonomik sistemde tahsisat formundaki hâkimiyet, siyâsî sistemde yetkilendirme formundaki hâkimiyet, hukuk sisteminde meşrûiyettir. (karşılaştıran Giddens, id., p. 107). Burada Giddens'in sınıflamasını daha geniş bir anlamda takip ediyorum.

kurumun sonuçları sâyesinde sürdürülemez; kurum tarafından kullanılan usûlî normların bir derece meşrûiyet taşımasına ihtiyaç duyar. Kurumların gelişimi kaynakları işletebilecek dâhili mekanizmaları da gerektirir; bu süreç kurumların öz-gözetim rolünden, (gelecek bölümde göreceğimiz üzere, meslekleşme ile formelleşen) bilebilirliğinden ve (Giddens'ın işâretleme dediği) iletişim tarzından ayrılamaz. Son olarak, kurumlar kendi çevrelerinde bir derece özerkliğe ihtiyaç duyarlar. Kurumların özerklik ve toplumsal etki alanını sürdürmek için hâkimiyetlerini meşrulaştırma ve sağlamlaştırma eğilimleri birçok açıdan meslekleşme stratejisiyle gerçekleştirilmektedir.

B. Meslekleşme

Burada 'meslek', uğraşı uygulamalarına zemin hazırlayan uzmanlaşmanın yaratılma, uygulanma ve denetlenme yolunun kurumsallaşmasını vurgulamak için kullanılmaktadır. Millerson'a göre, bir uğraşı (i) becerilerini kuramsal bilgiye dayandırmak; (ii) bu beceriler üzerine özel bir eğitim ve öğretim sağlamak (ve mensuplarından buna sahip olmalarını talep etmek); (iii) imtihan ile mensuplarının ehliyetini sağlamak; (iv) ahlâk kurallarını, yani mensuplarının meslekî bütünlüğünü koruyacak davranış kodlarını uygulamak; (v) bir kamusal hizmet ideali benimsemek, yani kamusal iyiye yönelik hizmetlerde bulunmak; ve (vi) mensuplarını örgütleyen bir meslek birliği kurmakla bir meslek konumuna gelir¹¹. Millerson'ın 'özellik (*trait*)' kuramı 1960'ların yapısal işlevselciliğinin bir ürünüdür, ve esasında, mesleklerin oluşumunda failliğin rolüne ve gücün önemi- ne (özellikle meslekler ile devlet arasındaki özel ilişkiye) yeterince dikkat etmemesine rağmen¹², mesleklerin iddialarını ilk elde ciddiye alır görünmektedir¹³.

¹¹ G.L. Millerson, *The Qualifying Association* (1964).

¹² Özellikler bazı sosyologlarca meslekten olmayanların naifliğinden beslenen mitler olarak görülür. Meslekleşmeye dâir çeşitli kuramların bir değerlendirmesi için bkz. K.M. Macdonald, *Sociology of the Professions* (1995) 6-14.

¹³ Karşılaştırmalı Compare M.S. Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (1977); ayrıca, R.L. Abel, 'The Rise of Professionalism' (1979) 6 *Brit. J. of Law and Society* 82, and T.C. Halliday, *Beyond Monopoly: Lawyers, State Crisis, and Professional Empowerment* (1987). Larson ve ayrıca Abel'e göre, (ordu ve rahipliğin hâricinde) meslekler temel olarak piyasa denetimine dâir çıkarıcı bir projedir. Bu görüş Halliday'ın, meslekî örgütlerin otoritelerini (ve tekellik haklarını) hem 'bilgi üstünlüğü' hem de bu üstünlüğün toplumsal iyi için kullanılmasından aldığı ileri sürdüğü, Chicago Baro Vakfı üzerine olan çalışmasında sorgulandı.

Ben, Millerson'un kuramının bazı aksaklıklarını mümkün mertebe gidermek için, meslekî özellikleri asıl olarak uğraşı grupları tarafından kendi meslekî hedeflerine ulaşmak için kullanılan araç işaretçileri olarak görüyorum. Özellikler, ilk olarak, siyâsî, iktisadî ve toplumsal elitlerin desteğini kazanarak (yalnızca devlet tarafından sağlanabilen) meslekî tekel ve özerkliği koruyabilmede, ikinci olarak, öğretim taleplerinden ahlâk kurallarının uygulanmasına dek değişen birçok denetim mekanizmaları geliştirerek bu özerklik ve tekeli sürdürmede kullanılan stratejileri belirlemektedir. Örneğin, kabul denetimi mekanizması, yani mesleğin icra edilebilmesi için öğretim ve ruhsat aranması, burada, son tahlilde uğraşı koşul ve kaynaklarının refleksif gözetimini artıran, dolayısıyla onların güçlerini pekiştiren, “yalnızca kendilerinin icraya yetkili olduğu alan”¹⁴ belirleme ve koruma çabası olarak görülmektedir. Kabul denetimi, aynı zamanda, gerekli olan becerileri, yani söz konusu uğraşmayı gözetleyici uzmanlık sistemine dönüştürmede büyük önemi bulunan, failin bilgi durumunu formelleştirmektedir.

Hekimlik, hukukçuluk ve rahiplik gibi mesleklerce sağlanan hizmetlerin birçoğu esas itibariyle kolay tanımlanamamaktadır. Bu sebeple, meslekten olmayanların meslek erbâblarının sözlerine güvenme konusunda *ikna* edilmeleri gerekmektedir. Mesleklerin iç ve dış ilişkilerini gözeterek rekabeti büyük ölçüde sınırlayan denetim mekanizmaları, bu açıdan iddia sahibi olarak, bu meslekî yapı tarafından sağlanan belirsiz hizmetlerin niteliğini güvence altına almaya yardımcı olmaktadır. Meslek birlikleri, örneğin, kendi teşebbüslerini bir meşrûiyet dâiresi altına alacak olan bir ahlâk kodu ya da davranış standartlarını uygular görünmeye çalışırlar. Hukuk mesleği söz konusu edildiğinde, ‘ahlâk, hukukçuları insan ya da meslek erbâbı olarak zorunlulukla daha iyi kılmaksızın, muhtemelen hukukî piyasalar ve meslekî konumlarda desteklemektedir.’¹⁵

Buna rağmen, meslek kavramının yanıltıcı bir şekilde birçok uğraşıya dâir tümleşik bir îzâhât getirebileceği, dolayısıyla mensuplarının iş tecrübe ve uygulamalarının çeşitliliğini bulanıklaştırabileceğini belirtmek önemlidir. Hukuk

¹⁴ M. Burrage, ‘Revolution and the Collective Action of the French, American and English Law Professions’ (1988) 13 *Law and Social Enquiry* 225, at 228.

¹⁵ Karşılaştırın K. Economides (ed.), *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct* (1998) xxi.

uygulaması bu konuda iyi bir örnek teşkil ediyor. Bu uygulama iş çevre ve tecrübeleri önemli ölçüde değişen birçok grubu bir araya getirmektedir. Örneğin bir hukuk uygulaması formu olarak mega-hukukçuluk sıradan bir uygulamacının karşılaştığı gündelik gerçekliklerden kopuk bir dünyadır¹⁶. Fakat, meslek kavramı birçok uğraşı tarafından alabildiğine kullanılmaktadır; çünkü onların konumunu pekiştirmekte ve ‘uğraşı gruplarının en azından belirli kesimlerinin daha yüksek sesle konuşabilmesini ve, eğer mümkünse, grubun ruhsat ve üstünlüğünü genişletmesini mümkün kılmaktadır.’¹⁷

Burada meslekleşmeye –uğraşı uygulamalarının çeşitliliğini yansıtmamasına rağmen, söz konusu uğraşının bir grup olarak dış görünüş ve çıkar açısından homojenlik idealini taşıyan– kurumsallaşmış uygulamanın formelleşmiş bir formu olarak yaklaşılmaktadır. Meslekleşme, dolayısıyla, uğraşı grubunun bir taraftan toplumsal konumu, meşrûiyeti ve hâkimiyetini, diğer taraftan kimlik ve özerkliğini var etme, sürdürme ve sağlamlaştırmada kolektif stratejik bir eylemin hayata geçirilmesidir. En önemlisi, bu çalışma bağlamında, meslekleşme failin uygulama ve tecrübelerini tutarlı kurumsal bir duruşa dönüştürmek için kullanılan toplumsal müessirlerden biri olarak kabul edilmektedir.

C. Temaları Uğraşı Ortamlarından Ayırt Etmek

Bu çalışmanın temel argümanlarından birisi, operasyonel mamûrluğa yaklaşan ve bu sebeple formal nezâret yöntemleri geliştiren kurumlara erişmenin ve bunları araştırmanın belirli açılardan toplumsal mesele ya da temaları sorgulamaktan daha zor olduğudur. Dolayısıyla, etnisite, suç, bilgi, cinsiyet ya da gençlik burada kurumsal yapılardan ziyâde tema olarak görülür. Bunlar, eğer kurum kavramını süregiden bir gerçekliği şekillendiren, bireylerin mikro düzeyde tekrarlanan davranışlarından yapılacak soyutlamalara işâret edecek genişlikte kullanırsak, ya da kurumları öz-kimlikler üretmeyi hedefleyen öz-gözetim sistemleri olarak tanımlarsak, tabii ki, toplumsal kurumlar olarak kabul edilebilirler. Fakat, bu kavramla eğer süpervizyon (nezâret) yoluyla doğrudan ve eylem koordine araçlarıyla dolaylı olarak, ve tüm bunların ötesinde, kendi kurumsal

¹⁶ R. Cotterrell, *The Sociology of Law: An Introduction* (1992, 2nd edn.) 186.

¹⁷ id., pp. 186-7.

özerklik ve kimliklerini geliştirmek için özel olarak tasarlanan özgün uğraşsal ve meslekî davranışsal ortamlar sağlayarak, davranış denetleyebilen sabit toplumsal ilişkileri az çok îmâ ediyorsak, bunlar toplumsal kurumlar olarak sınıflandırılmazlar. Dolayısıyla, etnisite, suç, bilgi, cinsiyet, gençlik ve hattâ aile gibi sosyolojik temalar eğitim, bilim, siyâset, din, hukuk ya da tıp gibi *mesleklerden* ayırt edilebilir, çünkü bu ikinci kategori bir taraftan gözetim formları oluşturur, yani bunların mensuplarını mensubiyetleri dolayısıyla toplumsal denetim failleri olarak yetkilendirirken, diğer taraftan uzman bilgisi ve kamu hizmeti sağlama düşüncesine dayanan iş örgütlenme formları meydana getirmektedir¹⁸. İkincisi, burada, tıptan farklı olarak hukukun *toplumsal düzeni* sağlamak şeklinde *açık* bir taahhütte bulunması sebebiyle, hukuka dâir sosyolojik çalışmalarda metodolojik engellerin artabileceği ileri sürülmektedir¹⁹.

Bu çalışmanın geri kalan kısmı hukuk ve tıbbın çeşitli kurumsal güç formları sunduğu, yani hâkimiyet, iletişim ve meşrûiyet hâlleri bakımından farklılaştıkları varsayımını soruşturuyor. Bir kurumun gücü burada onun normları, kaynakları ve gözetim kapasitesi açısından tanımlanıyor ve araştırılıyor. Dahası, toplumsal kurumların kurumsal gücü arttıkça, denetim kabiliyetlerinin, bunun sonucu olarak da özerklik ve normatif ya da operasyonel mamûrluk eğiliminin arttığı ileri sürülüyor. İleri derecede özerklik ve kimlik kazanmış kurumlar, işin doğrusu, kendilerine dâir tasvirleri kendi kendine yapabilme –örneğin hukukun ‘doğruluk’una dâir sosyolojinin tasviri gibi hâricî tasvirlerin ötesinde, hukukun ‘doğruluk’u– imtiyazını elde etmektedirler.

II. HUKUKUN GÜCÜ

Modern hukukun gücü, kendisinin bir yönetim aracı ve bir meşrûiyet kaynağı olarak işlediği, hukuk, devlet ve bilimin²⁰ karşılıklı bağımlılığı bağlamında

¹⁸ Sosyolojik ‘temalar’ sosyolojik olarak hiçbir şekilde toplumsal kurumların gölgesinde değildir. Aslında, toplumsal kurumlara dâir yapılacak ayrıntılı bir tartışma zorunlu olarak sosyolojik tema çalışmalarına dayanır. Dahası, örneğin etnik konuları araştırmanın hukukî meselelere göre daha kolay olduğunu iddia etmiyorum. Ben yalnızca hukuka dâir sosyolojik çalışmalara özgü metodolojik olarak önemli meselelere işaret ediyorum

¹⁹ Bu argümanın odağında Kilisenin devletten ayrıldığı ve dinin geçerli hukukun bir kaynağı olmadığı Batılı demokratik toplumlar bulunmaktadır.

²⁰ B. de S. Santos, Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition (1995) 56.

ele alınmalıdır. Şeylerin düzenine dâir genel bir bilimsel anlayışla uyumlu olarak, hukuk nezâret ve yaptırımlar yoluyla davranış şekillendirmek ve örneğin vergilendirme kanunları ve refah-siyâseti uygulaması aracılığıyla kaynak ve sorumlulukların yeniden dağıtılması araçlarıyla siyâset uygulamak için kullanılmaktadır. Aynı zamanda, hukuk kendine özgü yöntem, inceleme tarzı (ki, her ikisi de hukuk fakültelerinde öğretilir ve hukuk eğitiminin/sosyalleşmesinin önemli bir parçasını meydana getirir) ve konuya sahip olduğunu iddia eden akademik bir disiplin teşkil etmektedir. Dahası, uyuşmazlıklarda ‘tarafsız’ bir üçüncü şahsın yargılama, hakemlik ve arabuluculuk yapabildiği bir zemini temin etmektedir. Kısacası hukuk, uğruna çok sayıda teknik ve mekanizma geliştirdiği toplumdaki birçok örtüşen görevi yerine getirerek, beklentilerin güvence altına alınması ve ideal ve değerlerin ifâde edilmesinde kullanılmaktadır²¹. Hukukun bu işlevsel özellikleri kendi kaynaklarını, en önemlisi de netice itibariyle kendi meşrûyetini sağlamak için hukuka muhtaç olan devletin desteği açısından, koruma altına almaktadır.

Toplumsal ve akademik işlevleri açısından hukuka ilişkin olarak yukarıda verilen tasvir, bazı açılardan, hukukun güç hedeflerine odaklanması ve kendi öz-kimliğini yansıtması dolayısıyla, hukukun kendi hâkimiyetini en üst seviyeye çıkarmak için özellikle yapılan idealize bir tasvirdir. Bu sebeple, hukukun etki alanını ve özellikle bir toplumsal düzenleme aracı olarak etkililiğini abartmaktadır. Hukukun, ana hatları yukarıda açıklanan nitelikleri, gerçekte toplumda oynadığı role nazaran, hukukun, bir meslekî yapı olarak, nasıl kendisini meşrûlaştırdığı ve hâkimiyetini sağladığı hakkında daha fazla şey söylemektedir. Açıkçası, hukukun öz-kimliği ve hukuk mesleğinin öz-imagı şimdiki tartışmalar açısından önem taşımaktadır, çünkü hukukun nezâret tarzını ortaya koymakta ve onun sosyal bilimsel müdahalelere (ya da ‘hâricen’ yapılan hukuk tasvirlerine) dâir toleransına işâret etmektedirler. Bu öz-imag sosyolojik incelemeye tâbi kılındığında, hukuk kendi kimliğini korumak için tepkide bulunmakta ve bu tepkiler hukuka dâir eleştirel bir inceleme yapabilmenin önündeki ilk engeli oluşturmaktadır.

Bu anlamda, hukukun gücü, uzmanlık bilgilerini hayatî öneme sahip kamu

²¹ Karşılaştırm, V. Aubert, Continuity and Development in Law and Society (1994) 62.

hizmeti sunmada kullanan mensuplarının faaliyetlerini düzenleyen titiz bir ahlâkî kod etrafında kendisini örgütleyen mesleki bir yapı olarak sunabilme mahâretine (ki, nihâyetinde devlet tarafından onaylanır ve bilim tarafından desteklenir) devşirilmektedir. Meslekî duruşunu korumak ve sağlamlaştırmak amacıyla, hukuk kendisini çoğunlukla ‘yüce ulemâ’ sının²² bakış açısıyla, yani öncelikle haklar ve görevler buyuran ve mahkeme salonundaki belirli olgulara tarafsızlıkla uygulanan formel bir kurallar ve ilkeler kümesi olarak sunar. Böyle bir tasvir, hukuku hukukçu olmayanların doğrudan erişemeyeceği bir konuma yerleştirir ve hukukun diğer disiplinler ve bilgi formları arasındaki konumunu güçlendirmektedir. Bu görüşe göre, hukuk sisteminin ağırlık merkezi, öncelikle hatırı sayılır bir yorumlama yeteneği gerektiren esaslı bir karaktere, ezoterik bir bilgi bütününe dayanmaktadır. Hukuk esas itibariyle eylemlerin ve dosya bilgilerinin yorumlanması, hukukî öğretilerin açıklanmasıyla meşgul hâle gelmekte ve hukukî kararların, yargıların ve görüşlerin yazılı olarak açıklanmasıyla kendisini oluşturmaktadır. Sosyolojinin bu yorumsal faaliyet üzerine söyleyebileceği çok şey gerçekten olabilir, fakat hukuka aslında az katkıda bulunabilir. Bu geleneksel formalist (ya da hukukî dogmatik) duruşun iddia ve tanımlarına ilk elde değer vermekle birlikte, hukukî söylemin normatif mamûrlüğünün, hukukî karar-vermenin hukuken geçerli buyurgan önerme ve standartlarla ilgili bulunan (ve bunları üreten) *değer* yargılarıyla esas itibariyle ilişkili bulunan, ezoterik bir faaliyet olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu faaliyet ampirik soruşturmalarla teşrih masasına yatırılmaz ve *olgulara* dâir yargıların temel rol oynadığı sosyal bilimsel araştırma yöntemiyle apaçık bir zıtlık içindedir. Bu sebeple, sosyoloji hukukun ‘doğruluk’unu tasvir etmek için yeterince donanımlı değildir.

Bu formalist hukuk kavramı en azından bir açıdan eksiktir. Hukuk uygulayıcısının hukuk anlayışı yalnızca maddî hukuka ya da formel hukuk eğitimi ile, hukuk kuralları ve öğretilerinin öğrenilmesi, çeşitli yorum tekniklerinde beceri kazanılması ve ilgili hukuk kaynaklarını tespit etmek için kuramsal bir yetenek geliştirilmesiyle elde edilebilen hukukî bilgi türüne dayanmamaktadır. Hukukçunun hukuk idrâki birinci elden hukukî uygulama tecrübesine, yalnızca bir hukuk sisteminde uzun bir zaman boyunca çalışmakla elde edilen zımnî bir

²² Morison and Leith, op. cit., n. 1, p. 156.

ehliyet formu olan, kanunların yargısal sistemin gündelik hayatında nasıl *kullanıldığı*nın bilinmesine dayanır. Basit bir örnek vermek gerekirse, bir hukukî danışmanın kendi müşterisine nasıl tavsiyede bulunduğu ya da bir avukatın dava dosyasını nasıl hazırladığı ‘hukuk sistemindeki diğer oyuncuların davranışının öngörülmesi’ne, yani sosyolojininkilere benzer şekilde, olgusal yargılara ve tasvirî nedensel önermelere bağlıdır²³. Dolayısıyla, bu ehliyetin kazanılması ya da araştırılmasının koşulları hukukî sürecin ampirik olarak araştırılabilir özelliklerinde, yani hukukî görevlerin gerçekte nasıl yerine getirildiğinde yatmaktadır²⁴. Adams ve Brownsword’un gösterdiği gibi, kanunî yorum ve hukukî belgeler (ki, akademik hukuka vücut vermektedirler) üzerinden yapılan gündelik mücadeleler üzerinden hukuka ve hukuk uygulamasına dâir bir anlayış oluşturmak kolay olmasına rağmen, hukuk uygulamasının gerçekliği genellikle hukukun kurumsal olgularıyla şekillenir. Onlara göre:

Birkaç uzman bu meselelerle sıklıkla ilgileniyor olsa da, birçok hukukçunun gündelik hayatı usülle, ya da buna usüllerle demeliyiz, ilgilidir. Duruşma avukatları örneğinde gerekli olan sermaye, içli dışlı oldukları karmaşık mahkeme bürokrasisi üzerine uzmanlıktır. Yalnızca maddî hukuk üzerine yoğunlaşmak gerçekten hukuk sistemi hakkında kusurlu bir görüşe götürür, çünkü maddî hukuk ve usûl derinlemesine bağlantılıdır²⁵.

Hukukun ‘doğruluk’u ya da hukukî bir bakış açısıyla dâhilî olarak oluşturu-

²³ Karşılaştırın A. Kronman, *Max Weber* (1983) 14-15. İlâve edilmelidir ki, hukukçunun ampirik bilgiye olan ilgisi *ad hoc* ve iş-odaklıdır, dolayısıyla epistemolojik açıdan sosyologun en nihâyetinde toplumsal ilişkiler hakkında genel modeller oluşturma şeklindeki kuramsal amacından farklıdır. Ayrıca bkz. R. Banakar, ‘The Identity Crisis of a “Stepchild” ‘ (1998) 81 *Retfærd: The Nordic J. of Law and Justice* 3.

²⁴ A.A.S. Zuckerman, ‘A Reform of Civil Procedure: Rationing Procedure Rather Than Access to Justice’ (1995) 22 *J. of Law and Society* 155. Medenî yargılamada “kararların pratik yararlığını yok etmek için (p. 162)” kullanılan erteleme taktikleri tipik birörnektir. Bu taktiklerin önüne geçilmesi (ya da kullanılması) da hukuk uygulaması içinde kazanılan, gerçek hukukî sürecin sınırları hakkında edinilen ilk elden tecrübeye ihtiyaç duyar. Ceza hukukuna dönecek olursak, benzer bir önemin cezaî sürecin rolünde de bulunduğunu görürüz. Örneğin *The Limits of the Criminal Sanction* (1969)’da H.L. Packer diyor ki, cezaî süreç ‘suç şüphelisi kimselerin tutuklanması, ifadesinin alınması ve yargılanmasını yöneten hukuk kurallarına göndermede bulunulmasıyla, ancak kısmen ve yetersiz şekilde tasvir edilebilir. Bu süreç prosedürel kural-ların buyruklarına yalnızca en katı hâlde tekâbülden, en azından bu kadar öneme sahip resmî faaliyet tarzlarından oluşur’ (p. 149).

²⁵ J. N. Adams and R. Brownsword, *Understanding Law* (1992) 116.

ruhan hukukun özü yalnızca somut hukuk kuralları bütününe dayanmamakta ve hukukî anlama yönelik hermenötik bir arayışla biçimlendirilen heterojen ve yekpâre bir gerçeklik meydana getirmemektedir. David Nelken'in Wittgenstein-cı metaforunu kullanacak olursak, hukukun 'doğruluk'u tek bir 'dil oyunu'ndan değil, fakat muhtelif dil oyunlarından oluşmaktadır: onun bir tek değil, fakat birçok hukukî bağlamı vardır²⁶. Sonuç olarak, hukuk tek bir değil, fakat birçok iletişim formu içermektedir²⁷. Daha da önemlisi, hukukun *birliği ve kimliği*, yani hukukun parçalı yapısını bütün bir imaja dönüştüren nitelikler yargılamaya dâir dil oyunlarının temel unsurları ya da dosya avukatlarının ya da hukukçu akademisyenlerin bilmek bilmez hukukî anlam ya da tutarlılık arayışı değildir. Bunun aksine, bunlar hukuk mesleğinin 'siyâsî mobilizasyon' sâyesinde kendi 'bilgisel hâkimiyet'ini sağlamlaştırmak için benimsediği stratejilerden kaynaklanan farklı bir dil oyununun kurucu unsurlarıdır²⁸. Hukuk mesleği dalları kendi bilgi tekeline sağlamak amacıyla kendi kurumları adına konuştuğça, hukuka dâir bütünlüklü bir tasavvur ortaya çıkmaktadır²⁹.

Roger Cotterel, David Nelken'le olan tartışmasında, hâlihazırda sosyolojik bir bakış açısıyla hukukun 'doğruluk'unun çeşitliliğine dikkat çekti³⁰. Burada ben hukukun sosyolojik olarak anlamlandırılmasının 'zaaf'ına, ya da dâhilî olarak gerçekleştirilen hukukî operasyonlar yoluyla muhtelif hukukî gerçeklikler oluşturma ihtimâlini kabul etmek için postmodernizmin nihilizmine kapılmamak gerektiğini ileri sürüyorum. Örneğin, bir gerçeklik akademik olarak kurgulanabilir ve somut hukuk kuralları bütününe yoğunlaşılabilirken, bir diğer gerçeklik uygulama odaklı olabilir ve hukukun usûlî özelliklerine bağlı kılınabilir. Fakat bir sosyal çalışmacının, bir kamu yöneticisinin ya da bir Hukuk Lordunun gündelik uygulamalarında diğer hukukî gerçeklikler bulunabilir³¹. Hukukun 'doğ-

²⁶ D. Nelken, 'The Truth About Law's Truth' *European Yearbook of the Sociology of Law* (1993) 93.

²⁷ Karşılaştıran Nelken, op. cit. (1996), n. 4.

²⁸ Bilgisel hâkimiyet ve siyâsî mobilizasyon için bkz. Halliday, op. cit., n. 13, pp. 28-58.

²⁹ Karşılaştıran Halliday, id., Cotterrell, op. cit., n. 16, p. 186, and Cotterrell, op. cit., n. 3, p. 181.

³⁰ Cotterrell, id. (1998), pp. 180-2.

³¹ Böyle gerçekliklere dâir üç örnek için bkz. Morison and Laith, op. cit., n. 1; A. Paterson, *The Law Lords* (1982); ve M. Travers, *The Reality of Law: Work and Talk in a Firm of Criminal Lawyers* (1997).

ruluk'unu meydana getiren bu gerçekliklerin en nihâyetinde hukukun kendi süreçlerinin sonucu olması, dolayısıyla da, şu ya da bu şekilde, örtüşmesi ve birbirleriyle ilişkili olması buradaki hukukî söylemin akademisyen hukukçuların hukuk kuralları sistemine, mahkeme kararlarına, ya da 'doğru ve tutarlı metinsel anlama dâir hermenötik arayış'a dönük ilgileriyle sınırlı olmadığı konusuyla ilgili değildir³². Hukuk, şeylerin hukuken *nasıl* yapıldığıdır, yani kurumsal olgular gerektiren görevler hakkındadır, dolayısıyla da hukuka sosyoloji ile anlamlı *alışverişler*de bulunabilme fırsatı sunulmaktadır³³. Hukuka uygulama-temelli bir faaliyet olarak odaklanmak sosyal bilimleri, hukuk uygulamasını tasvir etme ve incelemede, hukuken ilgisiz gözlemlere indirgemeksizin, imtiyazlı bir konuma yerleştirir. Sosyoloji, örneğin, hukuktan hukukun kendi paradigmatik sınırlamaları ve toplum hakkında bilgi elde edebileceken, hukuka da kurumsal eylemin sınırlamalarına dâir sistematik ampirik bilgi sağlayabilir³⁴.

Hukukun gerçekliği, dar anlamda, hukuk kurallarının doğru anlamını açıklamak olarak anlaşıldığında sosyolojik kavram, görüş ya da düşünceler gerektirmekte ya da bunlara indirgenememektedir. Fakat, hukukî karar-verme bağlamları yaratan hukukî uygulama ve süreçlerin kurumsal olgulara olan bağlılığı, hukukî ve sosyolojik söylemler arasında bir bağlantı formu sağlamaktadır. Dolayısıyla, sosyolojik incelemenin refleksif merceğini hukukun uygulama-temelli özelliklerine çevirmek, bizlere potansiyel olarak, hukukî muhakemenin yapamayacağı bir şekilde, hukuk uygulamasının kurumsal sınırlarını ortaya koyma imkânı tanıyabilir³⁵.

Bu bölümde hukukun 'doğruluk'unun altında saklı olan şeyin, hukukun yüce ulemâsınca idrâk edildiği ve sunulduğu şekliyle, ampirik olarak araştırılabilir

³² Nelken, op. cit. (1998), n. 4, p. 417.

³³ Olgular ile değerler arasındaki tezat, aslında, aldatıcıdır. Burada olgu olarak görülen şey değerden ayırd edilemez.

³⁴ R. Cotterrell, 'Law and Society: Notes on the Constitutions and Confrontations of Disciplines' (1986) 13 *J. of Law and Society* 9. Cotterrell'in de belirttiği gibi (p. 189), sosyolojinin refleksif becerisi ona hem kendisini hem de hukuku geliştirmesini mümkün kılar, dolayısıyla kendisini hukuka nazaran imtiyazlı bir konuma yerleştirir. Buna rağmen, Nelken tarafından belirtildiği gibi (op. cit., n. 26, p. 124), kendi refleksif becerisini geliştirmesi için, sosyolojinin hukukî ve sosyolojik iletişimler arasındaki muhtemel farklılıkları görmeye ihtiyacı vardır.

³⁵ Karşılaştırmın Cotterrell, op. cit., n. 3, pp. 187-8.

olan, dolayısıyla hukuku ve sosyolojiyi birbirine bağlayan, hukukî uygulamayla ilgili bulunan toplumsal bilgi tabakaları olduğunu ileri sürmeyi denedim. Hukukun kendi hâkimiyetini ve otoritesini normatif mamûrluk sâyesinde, yani hukukî meselelerle ilgili olarak değer yargılarında bulunabilme tekeli zemininde koruduğu gerçeği, hukuk sosyolojisine özgü metodolojik sorunlara yol açarak, sosyoloji ve hukuk söylemlerinin müşterekliğini reddetmektedir. Hukukun bütünü kurumsal gücü ampirik malzemelere erişimi güçleştirmekte, sosyolojik görüşlerin hukukî muhakemeye olan ilgisini sorgulamakta ve tüm bunların ötesinde, kendi gerçekliğini aşan bir bilgi üretmede sosyolojinin yeterliliği hakkında şüphe doğurmaktadır. Bu meselelerin boyutu ve bunların sosyo-hukukî araştırmalara olan etkileri hukukun, sosyolojinin diğer alt dallarının konularıyla karşılaştırılmasıyla daha da aydınlatılabilir. Aşağıda hukuk sosyolojisi ile tıbbî sosyoloji arasında kısa bir karşılaştırma yer alıyor. Bu karşılaştırmaya yön veren sorular tıbbin kurumsal gücünü sosyolojinin nasıl ele aldığı ve tıbbin ‘doğruluk’unu ne çapta kavrayabildiğidir.

III. TIBBÎ SOSYOLOJİ

Tıp sosyolojisinin gelişimi hukuk sosyolojisinin gelişimiyle birtakım benzerlikler göstermektedir. Tıp sosyolojisi 1950’lerde hâlihazırda iki farkı yönelim gösteriyordu. ‘Yargısal sosyoloji’yi andıran, sosyolojinin tıp uygulayıcılarına yararlı bilgiler sağlayan bir araç rolünde olduğu ‘tıbba müdâhil bir sosyoloji (sociology in medicine)’ ve bunun aksine, toplumun ve toplumsal davranışın çeşitli yönlerine, özellikle tıpla ilgili olanlara dâir genelleştirilebilir bilgi üretmek için tıbbî sosyolojik olarak araştıran ‘tıbba dâir sosyoloji (sociology of medicine)’. Tıbba müdâhil sosyologlar genellikle tıbbî kurumlar tarafından istihdam ediliyor ve tıp mesleğiyle yakın temas hâlinde çalışıyorlarken, tıp sosyologları üniversitelerin okutman kadrosunda yer alıyordu. Bu iş bölümü yalnızca tıbbî sosyolojinin (*medical sociology*) farklı yönelimleri arasında gerginlik yaratmadı, ayrıca, Cockerham’ın ortaya koyduğu üzere, ‘iki yönden avantajsız olarak gören’ tıbba müdâhil sosyologlar arasında kaygı yarattı³⁶. Kendilerinin yalnız-

³⁶ W.C. Cockerham, ‘Medical Sociology’ in *Handbook of Sociology*, ed. N.J. Smelser (1988) 580.

ca anaakım sosyolojinin dışında değil, ayrıca birçok durumda tıbbın da dışında olduklarını gördüler. Fakat bu, 1950’lerdeki tıbbî sosyolojinin durumudur. Esas olarak Amerikan özeline yoğunlaşan Cockerham’a göre, tıba müdâhil sosyologlar kendilerini büyük ölçüde kabul ettirdikleri, kendi araştırmalarında sosyal kurama yer vermeye dönük çabalarını artırdıkları ve sosyolojik bilgi ürettikleri zaman, bu alt-disiplinin dâhilî ayrımları azaldı. Bunu müteâkiben ‘1970 ve 1980’lerde, tıbbî görüşler nazarında ikincil konumda olmayan çalışmalarda bulunmak için, akademisyen olan tıbbî sosyologlarla işbirliğinde bulundular³⁷. Sonuç olarak 1980’lerde, tıbbî sosyoloji kendi gelişiminde, bugün dahi hukuk sosyolojisinin disipliner ufkunu aşan yeni bir safhaya girdi. Bu dal birçok Batı Avrupa ülkesi ve Kuzey Amerika’daki sosyolojide en hızlı gelişen alt-uzmanlık olarak ortaya çıkmıştı. 1970’ler boyunca Amerikan Sosyoloji Derneği’nin en büyük bölümü hâline gelmişti³⁸. Bu durum hukuk sosyolojisinin tıbbî sosyolojiyle karşılaştırılması işini daha da karmaşıktırır. Aldatıcı sonuçlardan kaçınmak için, bugünün hukuk sosyolojisiyle benzerlikler taşıyan 1950’lerin tıbbî sosyolojisiyle işe başlıyorum.

A. Tıbbî Sosyolojiyi Hukuk Sosyolojisiyle Karşılaştırmak

Bu erken benzerlik üçayaklıdır. İlk olarak, her iki alt-dal da hemen hemen özel yönelimlere sahip iki şubeye ayrılır: birisi uygulamalı, diğeri kuramsal³⁹. İkinci olarak, her ikisi de kendi çalışma alanlarının meslekî mamûrluğu ve kurumsal gücünün gölgesi altında kalmıştır. Bu kurumsal güç, refleksif olarak denetim yapan uzmanlık sistemleri gibi, yani uygulama üzerinde hukukî tekele sahip olan ve kendi öz-örgütlenmelerini belirleme hakkı bulunan meslekler olarak, hukuk ve tıbbın örgütlenmesinin bir sonucudur⁴⁰. Üçüncüsü, her ikisi de kendi alanlarına dâir alternatif bir kavram, yani tıp ve hukuka dâir olarak sosyolojik görüşlere dayanan kavramlar üretme çabasında bulunurlar. Bu heves birçok hu-

³⁷ id.

³⁸ P. Brown, ‘Themes in Medical Sociology’ (1991) 16 *J. of Health Politics, Policy and Law* 595.

³⁹ Hukuk sosyolojisindeki yönelimlere dâir tartışmalar için bkz. .M. Campbell, ‘Legal Thought and Juristic Values’ (1974) 1 *Brit. J. of Law and Sociology* 13, ve W.M. Evan, *Law and Sociology* (1962); tıp sosyolojisi için, bkz. Cockerham, op. cit., n. 36, 579-80.

⁴⁰ Bu özerkliğin en önemli yönü, meslekten olmayan hiçbir kimsenin işin niteliğini ve hekimlerin ve hukukçuların uygulamasını yargılamamasıdır.

kukçu ve hekim tarafından hukuk ve tıbbın öz-tanımına yönelik doğrudan bir meydan okuma olarak anlaşılmakta, dolayısıyla da birçok yanlış anlamaya ve disiplinler arası düşmanlığa yol açmaktadır⁴¹.

Bu benzerliklere rağmen, hukuk sosyolojisinin disiplinlerarası ahvâli, en azından bir yönüyle, kendilerini tıbbî sosyolojinin ahvâlinde ayırır: hukuk ve sosyolojinin toplumsal denetim kavramı etrafında gelişen kavramsal araçları (tıp ile karşılaştırıldığında) göreceli olarak benzerdir. Norm, kural, davranış, beklenti, yaptırım, suç ve ceza gibi kavramlar toplumsal denetim meselesi dolayısıyla ortaya çeşitli konuları tasvir etmek için hem hukukta hem de sosyolojide sıklıkla kullanılmaktadır⁴². Bu kavramsal yakınlık, hukukun sosyo-linguistik güç sahası göz ardı edildiğinde, hukukun hâkim meslekî ve akademik konumuyla birlikte, hukuka dâir sosyolojik çalışmalar konusunda yeni bir engel yaratmaktadır. Bu ayrıca, hukuka dâir sosyolojik çalışmaların karşılaştığı, bu çalışmanın başlangıcında ‘metodolojik’ zorluklar olarak muğlak şekilde tasvir edilen şeyi sosyolojinin hukukla olan kavramsal ‘akrabalık’ı açısından ifade etmeye yardımcı olmaktadır.

Tıp toplumsal bir kurumdur ve böyle olmakla toplumsal denetime yönelik yerleşik bir ilgisi vardır. Buna rağmen, toplumsal davranışı denetlemede tıbbın potansiyeli, onun, hekimlerin tıbbî uygulamalarını toplumsal davranışı denetlemede kullanmak için özel olarak eğitilmedikleri anlamında, örtük işlevlerinin

⁴¹ M. Pflanz, ‘Relations Between Social Scientists, Physicians and Medical Organizations in Health Research’ (1975) 9 *Social Science and Medicine* 7. Batı Almanya’da sosyal bilimciler, hekimler ve tıbbî kurumlar arasındaki ilişkileri araştıran Pflanz, bazı hekimlerin tıbbî sosyologları hem hastaların hem de tıp öğrencilerinin tıbbin etkililiğine olan inancını yok eden kamusal bir musibet olarak gördükleri ifade ediyor.

⁴² Hukuk ile sosyoloji arasındaki kavramsal benzerlik yanıltıcı olabilir. Örnek vermek gerekirse, ‘suç’ bir hukukçu tarafından öncelikle bir eylem, ikinci olarak da bir genel bir hata olduğu ve dolayısıyla da cezai bir prosedür yoluyla devletçe cezalandırılabilceği düşünülen bir davranış yapıtıma bağlayan mevcut hukuk kuralları ya da kararlar açısından görülür. Bir sosyolog, suçu çok farklı açılardan, örneğin toplumsal olarak oluşturulan ve yüksek derecede göreceli bir süreç olarak ya da polis denetimi, kitle iletişim araçlarının etkisi ve sapkın örneklere verilen kitlesel cevapların kasdî olmayan sonucu olarak tanımlayabilir. Uyuşmazlık çözümü hukuk sosyolojisinde farklı çağrışımlar doğuran bir diğer ilginç kavramdır. Bir avukat için bir anlaşmazlık hakkında karar vermede hukuk kurallarının kullanılma süreci anlamına gelebilir. Sosyologa göre, bir uyuşmazlığın çözümü hukukî bir karar verilmesinden ziyâde, uyuşmazlık yaşayan tarafların tecrübeleri açısından tanımlanabilir. Bir örnek için bkz. R. Banakar, *The Doorkeepers of the Law* (1998).

bir sonucudur. Hekimler hastalıkları denetlemek ve tedavi etmek için eğitilirler. Onların eğitimi, bilgisi ve söylemsel iktidarı öncelikli olarak tasvirî ve tecrübî bir dille ifade edilir ve biyokimyasal etkenlere göndermeler içerir. Asıl ilgi alanlarında hastalıkların *organik* tezâhürleri vardır⁴³. Diğer bir şekilde ifade edilirse, hekimlerin meslekî kimliği, toplumsal denetim ve normatif davranış düzenlemesinden ziyâde, sağlık ve tıbbî bakım kavramlarıyla ilgilidir⁴⁴. Diğer taraftan, hukukçular toplumsal denetim faileri olarak özel şekilde yetiştirilirler. Onların meslekî kimliği, sosyolojinin odağında bulunan, bir toplumsal denetim ideolojisi tarafından şekillendirilir.

Toplumsal denetime yönelik (tıp açısından) örtük ilgi ile (hukuk açısından) açık ilgi arasındaki bu hayli ince ayrımın önemi, hukuk ve tıbbin kavramsal araçlarını oluşturmanın normatif özelliğini hesaba kattığımızda görünür hâle gelmektedir. Hukukun toplumsal denetime dönük açık ilgisi kendisini sosyo-linguistik olarak, dolayısıyla hukukun kavramsal araçlarının içine işleyerek ve hukuk sisteminin temelinde bulunan değerleri oluşturarak inşa etmektedir. Bu sebeple, tüm hukukî davranışın kurucu bir unsuru hâline gelmekte, hukukun kendi kendini anlayışını belirlemekte ve meslekten olmayan kimselere yönelik olarak hukuka ve hukukî kurumlar hakkında bilgi oluşturmaktadır. Sonuç olarak, hukuk hakkındaki her sosyolojik inceleme, sosyologu toplumsal düzen kavramına yönelik olarak geliştirilen kendi sosyolojik araçlarını toplumsal düzenin ancak göstergeleri olan hukuku ve hukukî davranışı araştırmak için kullanma şeklindeki çelişkili işle yüz yüze bırakarak, bu sosyo-linguistik olarak inşa edilen değerler sisteminin özelliklerine dâir bir incelemeyi de kaçınılmaz olarak kapsamaktadır. Sanki, sosyolog en nihâyetinde bir metreyi ölçmek için bir metreyi kullandığı gibi bir durum ortaya çıkmaktadır

⁴³ N. Hart, 'The Sociology of Health and Medicine' in *Sociology: New Directions*, ed. M. Haralambos (1995) 531.

⁴⁴ Bu, diğer kimselere dönük özgecilliğin ve daha sağlıklı bir hâle kavuşturmanın bir bütün olarak tıp mesleğinin üstün özelliği olduğunu mutlak olarak imâ etmemektedir. Eğer öyle olsaydı, Hart'a göre (id. p. 649) MSH'nin (National Health Service/ Millî Sağlık Hizmeti (ç.n.)) hastalıkların önlenmesi için çok daha fazla kaynak ayırırdı. Ayrıca, bazı gözlemciler kapitalist ekonominin sağlık hizmetlerini bir metâyâ ve kâr amacıyla gerçekleştirilen bir faaliyete dönüştürdüğünü ileri sürüyorlar. Compare D. Lupton, *Medicine as Culture: Illness, Disease and the Body in Western Societies* (1994) 9.

Diğer taraftan, tıp uygulamasının toplumsal denetim bakımından sonuçları *sosyolojik* bir inşâ, sosyal kuramın kavramsal ölçütünün tıbbî söylemin kavramsal ölçütüyle karşılaştırılmasının bir ürünüdür. Ne *tıbbî* terminolojiye ya da tıbbî vücut veren bilgi bütününe nüfuz etmekte, ne de tıbbın, kendi belirlediği hâliyle, nihâi hedefini belirlemektedir. Tıbbın toplumsal denetim bakımından gizli ilgilerinin açığa çıkarılmasında Foucault'nun 'klinik müşahede' kavramı ya da Parsons'ın 'hasta rolü' nosyonunun sahip olduğu değer kadar, bunlar tıbbî uygulama, bilgi ya da kimlikten değil, fakat sosyal kuramdan kaynaklanmaktadır⁴⁵. Fiziksel bozukluk ve hastalıklara dâir tıbbî bilgi sosyal kuramsal açıdan değil, biyokimyasal, genetik, immünoloji vs. açısından ifâde edilmektedir⁴⁶. Aynı şekilde, klinik uygulamalar toplumsal, kültürel ya da siyâsi normlara ayak uydurma adına değil, hastalıkları tedavi etme ve denetleme tedbirleri olarak geliştirilmektedir⁴⁷.

Bu sebeple burada, hukuk sosyologlarıyla karşılaştırıldığında, tıbbî sosyologlar daha kolay bir şekilde kendileri ile tıp mesleğinin öz-tasvirleri ve toplumsal, kültürel ve biyografik açıklamalar pahasına biyolojik açıklamaları yeğleyen, bu mesleğin klinik olarak geliştirilen muhakeme tarzı arasına mesafe koyabilirler⁴⁸.

⁴⁵ T. Parsons, 'Illness and the Role of Physicians: A Sociological Perspective' in *Encounters between Patients and Doctors: An Anthology* (1987). Parsons'a göre hasta insanlara toplumsal yükümlülüklerini yerine getirmekten muaf tutulurlar ve 'normal' toplumsal rollerini yerine getirmekten mazur görülürler; kendi durumlarından sorumlu değildirler ya da suçlanmazlar; fakat iyileşmeleri beklenir ve buna çalışılabilir; ve tıbben uygun yardım aramalıdır. Buna rağmen bu işlevler, hekimlere verilen normal rollerden muafiyeti resmi olarak onaylama yetkisi aleyhinde anlaşılmalıdır (pp. 151-2).

⁴⁶ S. Nettleton, *The Sociology of Health and Illness* (1995). Nettleton'a göre (p. 3), modern batı tıbbî şu beş varsayım üzerine temellenen dayanan 'biyomedikal model'e dayanır: 'İlk olarak, zihin ve beden birbirinden ayrı olarak ele alınabilmesi... İkincisi, beden bir makine gibi tamir edilebilmesi: dolayısıyla tıp, doktorların işlev bozukluklarını tedavi etmede bir mühendis gibi hareket edebileceklerini varsayan *mekanik bir metaforu* benimser. Üçüncü ve sonuç olarak, teknolojik müdahalelerin meziyetleri bazen abartılmakta ve bu durum tıpta *teknolojik bir zorunluluğun* benimsenmesini sonuçlamaktadır. Dördüncüsü, biyotıp hastalıkların açıklanmasında, sosyal ve psikolojik etkenlerin göreceli olarak ihmal edilmesi pahasına, biyolojik değişimlere odaklanmasa sebebiyle *indirgemecidir*. Son olarak, böyle bir indirgemeciliğe dönük vurgu ondokuzuncu **yüzyılda her hastalığa özel, tespit edilebilir bir organizmanın, yani bir 'hastalık entitesi'** nin (parazit bir virüs ya da bakteriler gibi) sebep olduğunu varsayan 'mikrop kuramı' nın gelişmesiyle artmıştır. Buna **özel etiyoloji öğretisi** adı verilir.'

⁴⁷ Çağdaş hastalık nosyonumuz, Foucault'ya göre, hastalığın anatomiye göre kavramsallaştırıldığı onsekizinci yüzyıl Paris tıbbının söylemsel uygulamalarının bir sonucudur. Bedenin (toplumun değil) hastalık mecrası hâline geldiği gerçeği tıbbî bilginin biyolojik terimlerle kavramsallaştırılmasında belirleyici idi. Karşılaştırın M. Foucault, *The Birth of the Clinic* (1973).

⁴⁸ Karşılaştırın P. Atkinson, 'Discourse, Descriptions and Diagnoses: Reproducing Normal Me-

Hukukî bilgi otorite, hakkaniyet, adâlet vd. ile ilgili kurumsal ve normatif etkenler hakkında iken, tıp ‘katı olgular’la meşguldür⁴⁹. Bu tıba dâir sosyolojik soruşturmaların, önemli toplumsal kurguların ihmâl edilmesi şeklindeki küçük riskle birlikte, tıbbî bilgi olmaksızın yürütülebileceği anlamına da gelir. Hukuk hakkında benzer şekilde yürütülen sosyolojik soruşturmalar her zaman tek-boyutlu olacaktır, çünkü hukuk, kendi çevresiyle olan etkileşimi bakımından çok önemli etkenler arasında yer alan kendi bilgisinin *tatbik edilmesiyle* dâhilî olarak işlemektedir. Bu durum, Elston’a göre, tıbbî sosyologların tıp teknolojisi hakkındaki çalışmalarının, tıbbî teknolojinin kendi özünü araştırmaktansa, ‘teknolojinin toplumsal etkileri üzerine yoğunlaşma eğilimi göstermeleri ...’nin sebebini teşkil etmektedir⁵⁰.

Tıbbî sosyologlar, yanlış anlamalar ve bilinçsiz kuramsal ödüncülerden kaçınma konusunda yeterince farklı olan kavramsal araçlar yardımıyla tıbbî söylem alanını araştırırlar. Sonuç olarak, sosyoloji, kendisi ile tıp arasında daha belirgin bir sınır gözetirken, bu sınırlar hukuk söz konusu olduğunda örtüşmektedir⁵¹. Sosyologlar tıbbin ‘doğruluk’unu sorguladıklarında, onun meslekî yekûnü olan ezoterik bilgi bütününe iddialarını tartışmazlar, fakat siyâsî tarafsızlığı, toplumsal etkileri ya da tıbbî uygulamanın sağlık ve hastalık üzerindeki diğer sonuçları sorgularlar. Böyle bir ayırım sosyoloji ile hukukî bilgi arasında yapılmaktadır. Sonuç olarak, hukuk ile hukuk sosyolojisi arasında var olan kavramsal benzerlikler, sosyolojik düşüncenin farklı karakteri ile birlikte birçok disiplinlerarası karışıklık ve çatışmaya yol açmaktadır⁵². İdeal olarak, hukuk ile sosyoloji arasında verimli iletişim kanalları kurulmasını kolaylaştırması

dicine’ in *Biomedicine Examined*, eds. M. Loch and D. Gordon (1988) 180’de.

⁴⁹ Karşılaştırım Cotterrell, op. cit., n. 3, at p. 179.

⁵⁰ M.A. Elston, *The Sociology of Medical Science and Technology* (1997) 10.

⁵¹ Cotterel’in belirttiği gibi (op. cit., n. 34), bu kavramsal yakınlık sosyal kural ile hukuk kuramı arasındaki karşılıklı bağımlılığa da işâret eder.

⁵² Burada değinilen sosyolojinin özel karakteri onun, hukuku işâ ederken rahatlıkla kendisini gösteren, dolayısıyla hukukun kimliğini, otoritesini ve bilgi tekeliğini tehdit eden refleksif eleştirel eğilimi açısından belirtilebilir. Ekonominin kavramsal araçlarının da hukukunkilerle birçok önemli benzerliği vardır, fakat kendisini, R. Cooter ve T. Ulen’in *Law and Economics* (1995)’deki ifâdelerini kullanacak olursak, ‘hukukî yaptırımın davranış üzerindeki etkilerini öngörmeye çalışan bilimsel bir kuram’ (p. 3) ortaya koymakla sınırlanması ve hukuku değiştirmek arzusu taşımaması sebebiyle, daha rahat bir şekilde hukukbilimi ve hukuk eğitimiyile birlikte var olabilir.

gereken bu yakınlık, çelişkili bir şekilde sosyo-hukukî araştırmalarda bir engel hâline gelmektedir. Bu, yalnızca kurumsal küskünlüğün bir sebebi hâline gelmez, en nihâyetinde ampirik verilere erişimi güçleştirerek, ayrıca hukukçu ve siyâsetçilerin bakış açılarından uzak durmayı zorlaştırarak birçok sosyo-hukukî araştırmacının hukuk sisteminin kendisine ait tasvirlerinden âzâde olmalarına da engel olmaktadır. Hukuk bilimi ile sosyoloji arasındaki bu kavramsal benzerlikler, her ikisinin de toplumsal düzeni, normları ve kuralları ve davranış düzenlemesini görünüşe göre benzer bir tarzda ele alması, meta-kuram düzeyinde dahi disiplinlerarası çatışmaları kaçınılmaz kılarak epistemolojik gerginliklere yol açmaktadır.

B. Tıbbî ‘Doğruluk’ a Erişmek

Tıbbî ‘doğruluk’ a erişmede sosyolojinin sınırlamalarıyla ilgilenebilmek için, tıp kavramımızı yeniden ele almalıyız. Eğer tıp yalnızca, hastalıkların işâret ve semptomlarını tanımak ve biyokimyasal testler ve iyileştirici tedaviler ya da cerrahî ameliyatlara yapmak için gerekli olan beceriler açısından tanımlanırsa, bu takdirde sosyoloji ne tıbbin ‘doğruluk’ unu idrâk edebilir ne de onun üzerinde etkisi olabilir. Bu, bu becerilerin toplumsal olarak önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Bunlar, aslında, Foucault’nun ‘klinik müşâhede’ sinin tamamlayıcı unsurlarıdır⁵³. Fakat bu becerilere toplumsal bilgi/doğruluk formlarını kazandıran şey, bunların kendilerinden ziyâde uygulanma şeklindedir. Bu, belki de tıbbî sosyolojinin, tıbbî bilginin ‘doğruluk’ una yönelik hayli kayıtsızlığının sebebidir. Abraham tarafından gösterildiği gibi, tıp bilimi, tıp biliminde çalışan bilim insanları ve ilâçların kendileri, reçete yazan doktorların aksine, tıbbî sosyolojide çoğunlukla ihmâl edilen alanlardır⁵⁴.

Modern tıp ve tıbbî tedavideki gelişmeler ve doktorların faaliyetleri bu yüzyıl içindeki ölüm oranlarındaki azalmanın yalnızca göreceli olarak küçük bir kısmını açıklamaktadır. Etkili hıfzıssıhha, daha iyi bakım ve daha yüksek hijyen bu azalmaya gerçek anlamda katkıda bulunan önleyici etkenlerdir⁵⁵. Bu etkenle-

⁵³ Foucault, op. cit., n. 47.

⁵⁴ J. Abraham, ‘The Science and Politics of Medicines Regulation’ in *The Sociology of Medical Science and Technology*, ed. M.A. Elston (1997) 193.

⁵⁵ A. Giddens, *Sociology* (1989) 589.

rin hastalık kalıpları, ölüm oranları vd. üzerindeki etkilerini dikkate almak için, sosyologlar yukarıda sunulandan daha geniş bir tıp kavramını tercih ettiler. Bu kavram, biyokimyasal tedaviyle sınırlı olmayan ve hastalık önlemeyi de kapsayan bir sağlık idrâkine dayanmaktadır⁵⁶. Böyle olmakla, bu kavram genel sağlık bakımı, toplumsal epidemiyoloji ve tıbbî uygulamaya doğru yönlendirilmiştir. Bu noktayı vurgulamak amacıyla, Birleşik Krallık'ta ve bazı diğer ülkelerde, tıp üzerine araştırma yapan sosyologlar kendi sahalarını 'sağlık ve hastalık sosyolojisi' olarak adlandırmayı tercih etmektedirler⁵⁷. Bu daha geniş tıp kavramını bir kenara bırakarak, sosyolojinin hâlihazırda tıp eğitimi, siyâseti ve uygulaması üzerinde derin bir etkiye sahip olduğunu emin bir şekilde söyleyebiliriz⁵⁸. Benzer sosyolojik katkılara dâir örnekler HIV hastalığının, koroner kalp yetmezliği ya da şizofreninin önlenmesinde hayat tarzının rolünün anlaşılmasında bulunabilir⁵⁹. Bu anlamda sosyoloji, sağlığın geliştirilmesinde geleneksel tıbbın sınırlamalarını aydınlatmada araçsal olmuştur⁶⁰.

Birçok Batı Avrupa ve Kuzey Amerika ülkelerindeki tıp mesleği sağlık ve hastalığa dâir sosyolojik araştırma ihtiyacını uzun süredir kabul edegelmiştir. Birleşik Krallık'ta, örneğin, tıp fakültelerinin birçoğu 1980'lerde temel tıp bilimi olarak tıbbî sosyolojiyi kendi müfredatlarına almıştır⁶¹. Bu, sosyolojik müdahalelere karşı direniş ya da şüphe doğmadığı anlamına gelmez, fakat son yirmi yıl boyunca bunlar dikkate değer şekilde azalmıştır. Sonuç olarak, hem tıbbî kurumlar hem de tıp fakülteleri kapılarını sosyologlara açmıştır. Sosyolojinin tıpla olan bu bütünleşmesi tıbbî sosyologlarca yapılan araştırmalarda görülmektedir. Amerikan tıp sosyolojisine odaklanan Cockerham diyor ki:

Tıbbî sosyolojinin ve bu alanı oluşturan araştırma literatürünün durumuna

⁵⁶ Karşılaştırım Hart, op. cit., n. 43, p. 522.

⁵⁷ Lupton, op. cit., n. 44, p. 6.

⁵⁸ Sosyolojinin, hukukun arkaplanda bulunan etkenlerden birisi olduğu ve hukuk uygulamasının tümüyle dışında görüldüğü suç önleme yöntemleri ve sosyal siyâset oluşturma meseleleri üzerinde benzer bir etkisi olmuştur.

⁵⁹ J. Le Fanu, *The Rise and Fall of Modern Medicine* (1999). Toplumsal epidemiyoloji, yani hastalıkların sebeplerinin insanların gündelik hayatlarında aranmasının, tıpta bunu tutarlı ve bilimsel olarak kabul etmeyen kendi muhalifleri vardır (p. 374-5).

⁶⁰ I. Illich, *Limits to Medicine: Medical Nemesis* (1977). Illich'e göre sağlığın geliştirilmesinde tıbbin rolü yalnızca genellikle küçük olmadı, bazı hallerde olumsuz oldu.

⁶¹ G. Scambler (ed.), *Sociology as Applied to Medicine* (1997) ix.

dâir güncel değerlendirmeler tıbbî sosyolojinin hâkim yöneliminin, yaptığı araştırmaların sosyolojik kuramın gelişiminden ziyâde sağlık pratisyenleri, örgütleri ve/veya siyâset yapıcı gruplarla alâkalı olması dolayısıyla uygulamalı sosyolojiye doğru olduğunu gösteriyor... Yani, bugünün tıbbî sosyolojisindeki birçok araştırma, bir üniversitenin sosyoloji bölümünde ya da tıbbî bir kurumda yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, uygulamadaki meseleleri ele alıyor. Buna rağmen, bu literatürün çoğunluğu, sağlık meseleleri ya da konuları hakkında tıbbî açıklamaların yerine, sosyolojik sorularla ilgileniyor. Burada işaret edilen şey Amerikan tıbbî sosyolojisinin, kendisine uygulamalı sağlık durumlarını sosyolojik açıdan soruşturmasını mümkün kılan bir olgunluk ve meslekî özerklik düzeyine ulaştığıdır⁶².

Birleşik Devletler ve birçok Batı Avrupa ülkelerindeki tıbbî sosyoloji, kendisini 1950'ler boyunca bulduğu bölünmüş durumdan bugüne çok yol aldı ve tıbbin kendi 'doğruluk'unu nasıl belirlediği sorusuna kendisini kaptırmaktan alıkoyan disiplinlerarası bir olgunluğa ulaştı. Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki kamusal ve özel kurumların sosyo-tıbbî araştırmalara ayırdığı büyük fonlar şüphesiz ki tıbbî sosyolojinin akademik özerklik formu kazanmasını mümkün kılan belirleyici bir etken oldu⁶³. Fakat tıbbî sosyoloji, eğer tıp mesleği onun tıbbî uygulama ve kamu sağlığı bakımından değerini amansızca sorgulamış olsaydı, kamu sağlığı siyâseti ve tıp eğitimiyle bütünleşemezdi. 1970 ve 1980'ler boyunca, tıp mesleği sağlık ve hastalığa yönelik bu 'sosyolojik müşahede'nin tıpla ilgisi olduğunu kabul eder hâle geldi. Stacey ve Homan'a göre, Birleşik Krallık'ta tıp sosyolojisini geliştirme dürtüsü tıbbin kendisinden doğmuştur⁶⁴. Birçok ihtiyaç ve gelişme bu kabulü gerektirmiş olsa da, eğer sosyoloji ve tıbbin

⁶² Cockerham, op. cit., n. 36, p. 581.

⁶³ Bu büyük fonlar ilk olarak birçok sosyologu bu alana yönlendirdi (id., p. 576) ve olumlu anlamda, tıp sosyolojisi için disiplinler bir sermaye meydana getirdi. Fakat, S *The Impossible Science: An Institutional Analysis of American Sociology* (1990)'da J. Turner and J.H. Turner'in işaret ettiği gibi, tıp sosyolojisinin entelektüel ufkunu belirledi ve dolayısıyla sınırladı. Benzer eğilimler toplumsal siyâsetin ve, daha düşük bir derecede, anaakım sosyolojinin gelişiminde görüldü. Karşılaştıran A. Sarat and S. Silbey, 'The Pull of the Policy Audience' (1988) 10 *Law and Policy* 98 and R. Stryker, 'Science, Class and Welfare State' (1990) 96 *Am. J. of Sociology* 684.

⁶⁴ M. Stacey and H. Homans, 'The Sociology of Health and Illness' (1978) 12 *Sociology* 281, at 283.

kavramsal şemaları yeterince farklı olmasaydı, sosyolojinin sağlık bakımı ve tıp eğitimiyle bütünleşmesi yirmi yıllık bir süre içinde başarılı şekilde gerçekleştirilemezdi⁶⁵.

IV. HUKUKUN ‘DOĞRULUK’UNU İDRÂK ETMEK

Tıp, öncelikle normatif bir sistem olarak oluşturulmasıyla değil, daha ziyâde biyokimyasal bir sistem olmasıyla hukuktan farklıdır. Bu sebeple tıbbın geliştirdiği nezâret tarzları ve mobilize ettiği kaynaklar (ya da hâkimiyet ve meşrûiyet araçları) esas itibarıyla hukukunkilerden farklıdır. Bu, en nihâyetinde tıbbın, kendi iletişim kanallarını yansıtan, kavramsal araçlarının sosyolojinin araçları gibi olmayışı ve kat’i surette hukukun araçlarından farklı oluşunun sebebidir. Tıbbın iletişim şekillerindeki farklılık, hukuk sosyolojisinin karşılaştığı metodolojik meselelerle karşılaştırıldığında tıba dâir sosyolojik araştırmaların yüz yüze geldiği metodolojik meseleleri azaltması dolayısıyla, tıp ile sosyoloji arasındaki epistemolojik gerilimi biraz hafifletir. Hukuk sosyolojisini sosyolojinin diğer alt dallarından farklı kılan metodolojik meseleler, birbiriyle ilişkili olan hâkimiyet, iletişim ve meşrûiyet şeklindeki üç etkenin *birleşimi* olarak belirtilebilir:

(i) *Hâkimiyet tarzı*. Hukukun hâkimiyet tarzı kurumsal normatif denetimle kendisini gösterir. Dolayısıyla, hukuk ile sosyoloji arasındaki siyâsî çekişme ve disiplinler rekabetinin bir sebebi olan, hukuk ve sosyolojinin kurumsal normatif etkenlere yönelik ortak ilgisi.

(ii) *İletişim tarzı*. Hukukun kurumsal normatif etkenlere olan ilgisi, birçok açıdan sosyolojininkilere benzeyen, kendi iletişim tarzı ve kavramsal araçlarından ayırd edilemez.

(iii) *Meşrûiyet tarzı*. Hukuk, toplumsal düzenin resmî kaynağı olarak geliştirdiği işlevler üzerinden kendi kimliği ve özerkliğini yaratarak kendisini meşrûlaştırır. Hukukun ‘doğruluk’u kendi kimlik ve özerkliğinin özüdür ve, bir

⁶⁵ Le Fanu ‘ya göre (op. cit., n. 59, p. 271), 1970 ve 1980’ler boyunca, iyileştirici yeniliklerdeki azalmanın geride bıraktığı ‘entelektüel boşluk’u doldurmak amacıyla, epidemiyoloji (ki sosyoloji burada gün yüzüne görünür) ve genetiği kapsayan, tümüyle yeni bir tıbbî paradigmaya dayalı vakıflar kurulmuştu.

tarafтан, alternatif tanımlara karşı kendisini koruma becerisiyle, diğer taraftan göreceli olarak güvende bulunan kendi uğraşsal ve meslekî temelleriyle bağlantılıdır.

İlk iki etken, yukarıda tartışılan metodolojik meselelerin kaynaklarından bazılarının kavramsal olduğuna işâret etmektedir. Bu gözlem, geleneksel tıptan farklı bir terminoloji kullanan tıbbî sosyolojinin göreceli başarısıyla da desteklenmektedir. Hukuk sosyolojisinin kendisini hukuk biliminin kavramsal araçlarından âzâde kılması ve bu metodolojik risklerden kaçınmak için hukukçu ve siyâsetçilerin bakış açılarından uzak durması gerektiğini ileri sürmek ilk bakışta cezbedicidir. Fakat, hukukun dâhilî işleyişlerinin sosyolojik önemini hesaba katmak ve üçüncü etken nazarında hukukun alternatif tanımlara karşı kurumsal direncine işâret etmekle, böyle bir kavramsal bağımsızlık yalnızca hukuk sosyolojisinin hukuk uygulaması ve eğitimi nazarında marjinalleşmesini artırmıştır. Bu durum, dikkatlerimizi bu metodolojik meselenin kurumsal sebepleri ve sosyolojik kuramlaştırmanın sınırlamalarına çevirir. Farklı bir deyişle, yukarıdaki etkenler söz konusu meselenin yeni kavramsal araçların ve yeni bakış açılarının geliştirilmesiyle kuramsal olarak çözülemeyeceğini göstermektedir. Bu metodolojik meselelerin temelinde bulunan sebepler en nihâyetinde kurumsaldır ve hukukun tümüyle kurumsal gücünün hukuk sosyolojisine gölge düşürdüğü gerçeğinin bir sonucudur. Kısacası, bir toplumsal denetim kurumu ve akademik bir disiplin olarak hukukun gücü ve ilgisi mantıkî argümantasyonun varsayılan gücü ya da yalnızca hukuka dâir sosyolojik kuramlaştırma sâyesinde ortadan kaldırılmamaktadır. Hukuk sosyolojisinin kurumsal temelini sağlamlaştırmanın bir yolunu bulmaya ihtiyacımız var. Bu akılda tutularak ve metodolojik meselelerin kurumsal karakterinin yol açtığı engelleri aşmak için, dikkatimizi hukuk sosyolojisinin kurumsal yapısına, onu bilimsel bir araştırma alanı olmasını sağlayacak ve onu ‘sosyo-hukukî mücadeleler mahalli’ kılabilen olan uygulamalara yönlendirmeliyiz.

1. Bilimsel İddialar ve Söylemsel Uygulamalar

‘Mücadeleler mahalli’, bilimsel faaliyetin toplumsal doğasını vurgulamak için Bourdieu’den ödünç alınan bir kavramdır. Bourdieu’ya göre bilimin

sahası, kendine has güç dağıtımı, tekelleri, mücadeleleri, stratejileri, çıkarları ve kârlarıyla birlikte, toplumsal bir sahadır. Fakat, tüm bunların ötesinde, genel kanaatin aksine, düşüncelerin tam bir rekabetinin ve farklılaşmamış bir ‘bilimsel topluluğun’, sonuç olarak tüm kendi mensuplarına empoze edilecek normlar ve değerler üretme teşebbüslerinin değil, fakat ‘bilimsel iddialar (*scientific stakes*)’ için mücadele eden muhalif güçlerin etkileşiminin ürünü olan, rekabetçi mücadeleler mahallidir⁶⁶.

Aslında, Bourdieu derûnî bir mantık ve düşüncelerin tam bir rekabetinin bileşimi olarak gelişen entelektüel bir saha çağrışımı yapan geleneksel bilim kavramından (ve bazı açılardan, bilimin gelişimi hakkında Kuhn’un açıklamasından dahi)⁶⁷ uzak durur⁶⁸. Bunun yerine, çeşitli bilimsel uygulamaları, ürettikleri ve varsaydıkları özel ilgi formları açısından tasvir eder ve bu uygulamaların ‘bilimsel otorite (prestij, bilinirlik, şöhret, vs.) elde etmeye yönlendirildiği’ni⁶⁹ ileri sürer. Bir bilim sahasında özel ilgi formu olarak görülen şey ve dolayısıyla bu ilgiyi karşılamak için geliştirilen stratejiler daima iki taraflıdır. Bu ilgi kısmen siyâsî (ve siyâsî çekişmeler akademiye girdiğinde bunlar epistemolojik çekişme formuna bürünür ve bu açıdan ifâde edilirler) ve kısmen de güdülen amaçlara en uygun düşen bir bilim tanımını diğerlerine empoze etme ihtiyacının ürünüdür.

Burada, Bourdieu’nün incelemesine dayanarak, yukarıda tartışılan metodolojik meselelerin en nihâyetinde ‘sosyo-hukukî mücadeleler mahalli’, yani hukuk sosyolojisinin akademik otorite, prestij ve tanınma gibi ‘bilimsel riskler’ için mücadeleye girişen muhalif güçlerin etkileşimi sâyesinde üretilme ve yeniden üretilme şekli olarak, bu sahanın durumunu yansıttığını ileri sürüyorum. Bu sebeple, hukukun ‘doğruluk’unun özgünlüğü ve erişilemezliği inancına, bu sahadaki araştırmacıların kurumsal âdiyeti ve akademik ilgileri ve onların neleri bi-

⁶⁶ P. Bourdieu, ‘The specificity of the scientific field and the social conditions of the progress of reason’ (1975) 14 *Social Science Information* 19, at 21.

⁶⁷ Bourdieu’ya göre (id.) ‘büsbütün bilimsel belirlemeler ile büsbütün toplumsal belirlemeler arasında ayırım yapmak boşunadır.’ Fakat T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution* (1962)’in bazı yerlerinde –örneğin, ‘bilimsel devrimler’in ‘paradigmalar’ın tükenişine işaret ettiğini söylediği bölüm– bilimsel uygulamanın derûnî mantığının gücüne inanır izlenimi veriyor.

⁶⁸ Kuhn, id.

⁶⁹ Bourdieu, op. cit., n. 66.

limsel risk olarak gördükleri açısından da bakılmalıdır. Sosyo-hukukî araştırma yapanların çoğunun kökleri, hukuk sosyolojisinden başka yerde, kendi bilimsel mücadelelerini yürüttükleri ve kariyerlerini kazandıkları ve kendi bilimsel otoritelerini, dolayısıyla da disiplinler kimliklerini elde ettikleri disiplinlerde bulunur. Sonuç olarak, hukuk sosyolojisinin kendi çıkarları için mücadele etme gereğini duymazlar. Bu, ayrıca bu sahadaki bazı araştırmacıların, hukuk biliminin ‘bilimsel iddialar’ı için olan mücadelesine katkıda bulunmadığı takdirde bu sahanın bir değer taşımadığını îmâ edecek şekilde, hukuk sosyolojisini hukuk bilimine nazaran ‘yardımcı’ olarak görmelerine de sebep teşkil etmektedir⁷⁰. Bu alanı bir yardımcı olarak gören araştırmacılara göre sosyo-hukukî araştırma, hukuk araştırmasına yönelik olarak geleneksel hukukî çalışmaları tamamlayan, hukuk, sosyoloji, kültürel çalışmalar, toplumsal siyâset vs. gibi diğer disiplinlerin süregiden mücadelelerinde savaş *stratejilerinin* bir parçası olarak istifâde edilebilecek alternatif bir ‘yaklaşım’dan ibârettir.

Özetlemek gerekirse, hukuk sosyologlarının yüz yüze geldiği özgün metodolojik engeller, her şeyin ötesinde hukukun kurumsal gücünün bir sonucudur, fakat ayrıca bir bilimsel mücadeleler mahalli olarak hukuk sosyolojisinin kurumsal zayıflığının bir ürünüdür. Dolayısıyla, hukuk sosyolojisi *diğer* disiplinlerin –ki bunlar arasında bazılarının (hukuk gibi) kendi ‘doğruluk’unu erişilemez kılmada yerleşik bir çıkarı vardır– disiplinler risklerini yeniden üretme ve geliştirmek için vardır. Hukuk sosyolojisinin bu metodolojik kusurlarının muhtemel giderimleri, bu sebeple, ilk olarak hukuk sosyolojisinin bilimsel iddialarının öneminin aydınlatılması ve tartışılması, ikinci olarak da, anaakım sosyolojiye bağlı olması ve onda kök salmasına rağmen, hukuk sosyolojisinin bir araştırma sahası olarak kendine hâs kurumsal ahvâlinin bulunduğu kabul edilmesinde aranmalıdır.

Hukukun, yüce ulemâsınca belirlendiği şekliyle, ‘doğruluk’una erişilemezlikle başa çıkmak için, hukuk sosyolojisinin kendi bilimsel risklerini güvence altına almaya ve kendisini, kendi nâmına sosyo-hukukî mücadelelerin mahalli hâline dönüştürmeye ihtiyacı vardır. Bu dönüşüm entelektüel (fikirlerin, kuramsal varsayımların, mesele hâletmede geleneksel yaklaşımların eleştirel olarak

⁷⁰ Hukuk sosyolojisine ‘yardımcı’ yaklaşıma yönelik tartışma için bkz. Banakar, op. cit., n. 23.

yeniden incelenmesini gerektirerek) olduğu kadar, siyâsî (bu sahadaki güç dağılımını etkileyecek şekilde kurumsal ve maddî değişiklikler getirerek) de olacaktır. Böyle bir dönüşüm, ancak hukuk sosyolojisi, mücadelelerini kendi bilimsel riskleri için değerli kılacak yeterince akademik sermaye ile kendisini teçhiz etmek için zarurî olan akademik özerklik ve disiplinler olgunluk kazanmayı başardığı takdirde gerçekleşecektir.