

(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 ifadelerine 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 sağlayıcısının 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 sorumluluğun 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 düzelme 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 sansüreyecekleri 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 şaşırtıcı 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 uyarılmıştır:

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 kararın 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 alıkoymuştu 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 itibara yönelik daha fazla zararı engelleyecek çok fazla veya çok dar kapsamlı olmayan yasaklama kararını tasarlarlarken çok önemli zorluklarla karşılaşılırlar. 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. Liversey*, 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 tanımlamadığını 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 yayılandıktan 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 farzettığını 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 sıkıya 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 Amendment 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 dilletini 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); *Ellerbe 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 ifadelere 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).

yasaklama kararının uygun olup olmadığını inceleyen mahkemeler, yasaklama olmaması kuralını değişik şekillerde not etmişler, fakat bu kuraldan ayrılarak en az şu üç gerekçeden birine dayanmışlardır: (1) beyanın davacının mülkiyet değerlerini ihlal etmesi, (2) davalının, davacının zararına yol açan davranışlarının süreklilik kazanması ve (3) beyanın hakaretamiz olduğuna hükmedilmesidir.

A. Yasaklama Olmaması Kuralının İstisnaları

1. Mülkiyet Değerlerini İhlal Eden Beyanlar

Yasaklama olmaması kuralının ilk istisnalarından birisi, mahkeme kararının, ticaret veya diğer mülkiyet değerlerini korumaya yönelik olması durumunda, mahkemenin yasaklama kararına hükmedebileceğine olan inançtı.²⁰¹ Mülkiyet hakkına yönelik bu endişeyi, davalının davacının patent hakkının hukuka uygunluğunu²⁰², ürününün veya hizmetinin²⁰³ kalitesini sorguyarak, onu kötülemekle suçlandığı davalarda ve iş ilişkileri ile sözleşmelere haksız müdahalede bulunduğu davalarda ve iş ilişkileri ile sözleşmelere haksız müdahalede bulunduğu davalarda yönelik aynı amaçla yaptığı iddialarında görmektediriz.²⁰⁴ İşin esasında bu mahkemeler, davacının kişisel itibardan ziyade, başka türlü bir yararı olduğundan dolayı yasaklama kararının uygun olduğuna karar vermişlerdir.

Mülkiyet değerleri tehlikedeysen davacılar lehine mahkemeler tarafından gösterilen bu hoşgörölü davranış, özellikle mahkemelerin “tartışılmaz bir şekilde davalıdan daha çok davacı lehinde olduğu” telif hakkı davaları gibi diğer alan-

²⁰¹ *Bk. Brandreth v. Lance*, 8 Paige Ch. 24, 27 (N.Y. Ch. 1839) (“ (İngiliz (ç.n.)) Yüksek Mahkemenin yasaklama kararıyla herhangi bir yayını sınırlandırmamasına ilişkin azami ölçü, mülkiyet haklarının korunması ilkesine bağlı olmuştur.”). Mülkiyetteki yarara ilaveten, davacının komplotu, korkutma ve zorlamama eylemlerini iddia etmesi gerekip gerekmediğine dair bir anlaşmazlık vardır. *Bk. Carter*, 11 So. 2d at 385 (discussing disagreement on this point).

²⁰² *Bk., örn., A.B. Farquhar Co. v. Nat’l Harrow Co.*, 102 F. 714, 715 (3d Cir. 1900); *Warren Featherbone Co. v. Landauer*, 151 F. 130, 134 (C.C.E.D. Wis. 1903); *Emack v. Kane*, 34 F. 46, 52 (C.C.N.D. Ill. 1888).

²⁰³ *Bk., örn., Barlow v. Sipes*, 744 N.E.2d 1, 8 (Ind. Ct. App. 2001); *Advanced Training Sys., Inc. v. Caswell Equip. Co.*, 352 N.W.2d 1, 11 (Minn. 1984); *Guion v. Terra Mktg. of Nev., Inc.*, 523 P.2d 847, 847-48 (Nev. 1974); *Mazzocone v. Willing*, 369 A.2d 829, 831 (Pa. Super. Ct. 1976), *rev’d*, 393 A.2d 1155 (Pa. 1978); *Hajek*, 645 S.W.2d at 834, *rev’d*, 647 S.W.2d 253 (Tex. 1983).

²⁰⁴ *Bk., örn., Am. Malting Co. v. Keitel*, 209 F. 351, 354 (2d Cir. 1913); *Wolf v. Gold*, 193 N.Y.S.2d 36, 38 (App. Div. 1959); *W. Willow Realty Corp. v. Taylor*, 198 N.Y.S.2d 196, 199 (Sup. Ct. 1960); *Guion*, 523 P.2d at 848; *Amalgamated Acme Affiliates v. Minton*, 33 S.W.3d 387, 394-96 (Tex. App. 2000).

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. Lemen*²²¹ 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 yayımlamadığı 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 problemlidir. 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 düşenmektedir. 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 karşıydırlar: eğer konuşurlarsa nihai hakaret yargılamasında First Amendment hakları herhangi bir savunma imkânı vermeyeceğinden, sessiz kalmalıdır.”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 gözlemlediği 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 şekilde 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 Uyarılmanın 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 yargılamanın 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).

dolayı 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 işlenilen bir haksız fiilin, kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkındaki beyanattan kaynaklanması durumunda, sorumluluk doğurması için kullanılamayacağına karar vererek, First Amendment doktrinindeki bu ayrımını 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 ayrımının 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. Tabii 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 endişerle 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, belagatın 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 vermemi reddetmiştir:

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 çıkaran, 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 almamamıza 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 uygulaması da –birçoğu da yasaklama tedbirine ilişkin anayasal ve hakkaniyetle ilişkin 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.