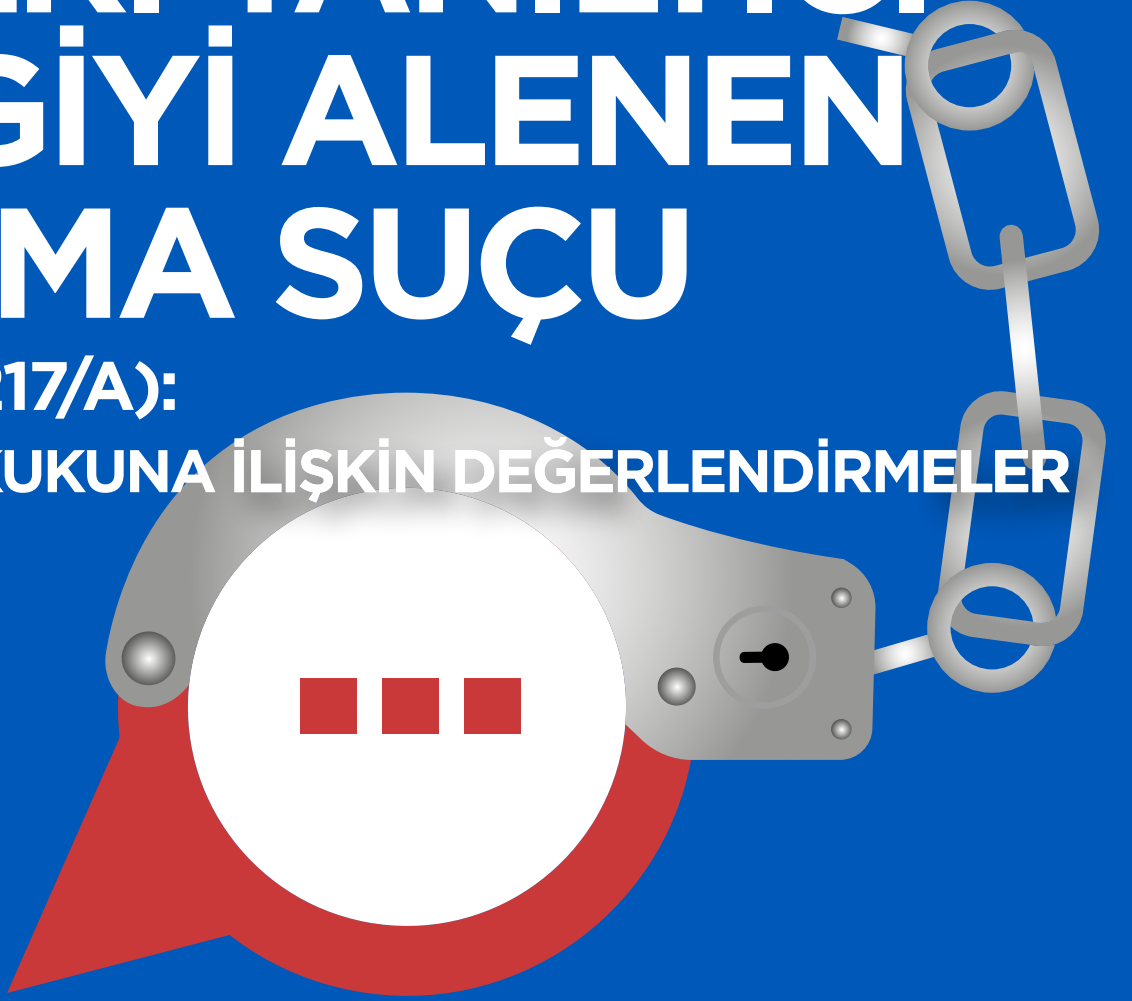


HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇU

(TCK M. 217/A):

CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER



Dr. Öğr. Üyesi Aras TÜRAY

Arş. Gör. Aslı Ekin YILMAZ

Arş. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ

Arş. Gör. Yalım Yarkın ÖZBALCI



Bu rapor, Dr. Öğr. Üyesi Aras TÜRAY, Arş. Gör. Aslı Ekin YILMAZ, Arş. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ ve Arş. Gör. Yalım Yarkın ÖZBALCI tarafından yazılmıştır. Rapor ile 13.10.2022 tarihinde kabul edilen ve 18.10.2022 tarihinde 31987 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na 217/A madde numarası ile eklenen "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma" suçuna ilişkin değerlendirmeler ve riskler paylaşarak öğreti ve uygulamanın yararlanabileceği bir çalışma hazırlanmaya çalışılmıştır.

Raporu Hazırlayanlar:

Dr. Öğr. Üyesi Aras TÜRAY, 2012 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olduktan sonra, yine aynı üniversitede İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans programına başlamış ve 2015 yılında "Uluslararası ve Nefret Söylemi Boyutuyla Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu" adlı teziyle 2015 yılında yüksek lisansı tamamlamıştır. 2022 yılında yine İstanbul Bilgi Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora programını "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71)" konulu teziyle hukuk doktoru unvanını kazanmıştır. İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı'nda uzun bir süre araştırma görevlisi olarak çalışan Türay, şu anda İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı'nda doktor öğretim üyesi olarak çalışmaktadır.

Arş. Gör. Aslı Ekin YILMAZ, 2014 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2015 yılında avukatlık stajını tamamlayarak avukatlık ruhsatını almıştır. 2019 yılında "Suçu ve Suçluyu Övme Suçu" başlıklı teziyle İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu hukuku yüksek lisans programından mezun olmuştur. 2019 yılında aynı üniversitede başladığı kamu hukuku doktora programına devam etmektedir. 2017 yılı itibarıyla Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

Arş. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2015 yılında mezun olmuştur. Bir süre avukat olarak çalıştıktan sonra 2017 yılından bu yana Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak görevine devam etmektedir. 2019 yılında "Kişisel Verileri Verme, Yayma veya Ele Geçirme (TCK m. 136)" başlıklı yüksek lisans tezini savunmuştur. 2019'dan bu yana Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu hukuku doktora programında çalışmalarını sürdürmektedir. Doktora tez konusu "Şirket Yönetimine Kayyım Tayini(CMK m. 133)"dir.

Arş. Gör. Yalım Yarkın ÖZBALCI, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2013 yılında mezun olmuştur. Bir müddet avukatlık yaptıktan sonra 2017 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak başladığı görevini halen daha sürdürmektedir. 2018 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Yüksek Lisans Programı'nı "Parada Sahtecilik Suçu" konulu teziyle tamamlayan Özbalcı, halen Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı'nda çalışmalarını sürdürmektedir.

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi

Adres : Eski Silahtarağa Elektrik Santrali, Kazım Karabekir Cad. No: 2/13 Eyüp 34060 İstanbul
Web : <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>
E-posta : insanhaklarimerkezi@bilgi.edu.tr
Tel : (0212) 311 50 00

Dr. Öğr. Üyesi Aras TÜRAY aras.turay@gedik.edu.tr
Ar. Gör. Aslı Ekin YILMAZ a.yilmaz@tau.edu.tr
Ar. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ esrefborekci@gmail.com
Ar. Gör. Yalım Yarkın ÖZBALCI yarkin@yahoo.com

Bu raporda dile getirilen görüşler raporun yazarlarına aittir ve rapor içeriği herhangi bir şekilde İstanbul Bilgi Üniversitesi'nin yahut İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin görüş veya tutumunu yansıtmaz.

İçindekiler

TESPİTLER	4
GİRİŞ	6
I. Dezenformasyona Karşı Ceza Hukuku Reaksiyon Göstermeli Midir?	7
II. İfade Özgürlüğüne Yaptığı Müdahale Bakımından TCK m. 217/A'nın Düzenleniş Şekli	9
III. TCK m. 217/A'da Bahsi Geçen "Gerçeklik" Kavramı	11
IV. TCK m. 217/A Bağlamında Yapılacak Yargılama Bakımından Gerçekliğin Tespiti	13
V. Suçun Alenen İşlenmesi	14
VI. Manevi Unsur	15
VII. Suçun Nitelikli Hallerine Genel Bir Bakış	16
a. Failin Suçu Gerçek Kimliğini Gizleyerek İşlemesi ve Anonimlik Hakkı	
b. Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi	
c. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi	
VIII. TCK m. 217/A için Öngörülen Cezanın Alt ve Üst Sınırı	20
KAYNAKÇA	21

TESPİTLER

1. Bilgi çağının günümüze hızla şekil verdiği ve hakikatin giderek değersizleştiği günümüzde dezenformasyon ile mücadele edilmelidir (§5, §6). Ancak ceza hukuku dışındaki hukuk disiplinlerine başvurulmadan veya hukuk dışındaki alternatif mekanizmalar denenmeden doğrudan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (“TCK”) m. 217/A’ya başvurulması “ultima ratio” ilkesiyle uyusmamaktadır (§7, §8).
2. Siyasi aktörlerin sosyal medya platformlarındaki dezenformasyon, manipülasyon ve propaganda adına milyon dolarlar harcadığı bir atmosferde, TCK m. 217/A’nın hem “güçlü” kişileri de kapsayacak hem de her türlü dezenformasyonun önüne geçecek şekilde eşit ve genele yayılmış bir halde uygulanmasını beklemek gerçekçi değildir (§9).
3. TCK m. 217/A ifade özgürlüğüne müdahale eden bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede suçun oluşması için gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının kamu barışını bozmaya elverişli olması yeterli olduğundan suç tipi, gerekçede belirtilenin aksine, (soyut tehlike suçlarının bir türü olarak kabul edilen) bir elverişlilik suçu olarak düzenlenmiştir (§13, §14).
4. Soyut tehlike veya elverişlilik suçu şeklinde düzenlenen suç tipleri, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaca” cevap olarak gerçekleştirildiğinin ispatına ihtiyaç duyulmaksızın ceza tatbikine olanak sağlamaktadır. Bu sebeple TCK m. 217/A’nın uygulanması, ifade özgürlüğü açısından çok ciddi ihlalleri beraberinde getirecektir (§16).
5. Suç tipi bakımından dikkate alınması gereken gerçeklik, bilginin yayıldığı an itibariyle duruma uygunluğu, görünüşte gerçeklik olarak kabul edilmelidir. Aksi takdirde yalnızca gerçekliği kesin şekilde tespit edilebilecek bilgilerin yayılabileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Halbuki bu nevi bir kabul, kamunun belirli konuları tartışmasının engellenmesi anlamına geleceği için ifade özgürlüğü ile bağdaşmaz. Dolayısıyla bilginin genel olarak mevcut durum çerçevesinde gerçeğe uygun görünmesi, bilginin gerçek olduğunun kabulü bakımından yeterli sayılmalıdır (§20).
6. Suç tipine konu olabilecek bilgi, gerçekliği kanıtlanabilir bilgidir. Bu bakımdan yalnızca olgularla ilgili ifadeler suça konu olabilecektir. Olgusal temele dayanan değer yargıları ise ifade özgürlüğü kapsamında kabul edileceği için bu suça konu olamayacaktır. Olgusal temel dayanan değer yargılarının doğru veya yanlış olması bu suç için bir anlam ifade etmeyecektir (§22). Buna paralel olarak gelecekteki öngörülerin aktarılması veya olgusal temeldeki değişim nedeniyle bununla bağlantılı olarak bilginin gerçeği yansıtmadığının açığa çıkması suçun oluşacağı anlamına gelmeyecektir (§22, §23).
7. TCK m. 217/A’ya ilişkin ceza muhakemesi sürecinde gerçek bilgi, çoğunlukla ve dolaylı olarak bilirkişi raporu ve uzman mütalaasıyla tespit edilecektir (§25, §26). Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı’nın yayınladığı dezenformasyon bültenleri vb. idarenin yaptığı bilgilendirici açıklamalar, TCK m. 217/A üzerinden yürüyecek yargılamalarda bir iddia niteliğindedir (§27, §28). Özellikle politik ve/veya popülist özelliğe sahip konularda yürüyen TCK m. 217/A davalarında, bilirkişi ve hakimler gibi çeşitli muhakeme sülhelerinin baskıya maruz kalması muhtemeldir (§28, §29).
8. Suçun oluşması için gerçeğe aykırı bilgi alenen yayılmalıdır. Bu kapsamda gerçeğe aykırı bilginin, çevresi sınırlı şekilde belirlenmiş bir gruba aktarılması suçu oluşturmayacaktır. Bilginin ancak sayısı ve kimliği belirsiz kişilerce algılanabilme imkanı yaratılmışsa suçun oluşması mümkündür (§30, §31).
9. TCK m. 217/A hükmünde suçun oluşması için gerçeğe aykırı bilginin “sırf halk arasında endişe, korku, panik yaratmak saikiyle” yayılması gerektiği öngörülmüştür. Burada saik yerine amaç ifadesinin kullanılması daha yerinde olurdu. (§34). Ayrıca saikle ilgili “sırf” ibaresi, aslında failin herhangi bir başka bir motivasyonla suç teşkil eden eylemi gerçekleştirmesi halinde suçun oluşmayacağı anlamına gelmektedir (§35).
10. TCK m. 217/A hükmündeki suç ancak kasten işlenebileceği için fail, bilginin gerçeğe uygun olduğunu zannederek fiili gerçekleştirdiği takdirde suçtan dolayı sorumlu tutulmayacaktır. Bu durumda failin suçun maddi konusu (bilginin gerçeğe aykırı olması unsuru) üzerinde kastı ortadan kaldıran hatası (TCK m. 30/1) vardır (§36).
11. Nitelikli haller söz konusu olduğunda bu hallerin neden daha ağır bir cezaya layık görüldüğü konusunda bir gerekçe bulunmamaktadır (§37).
12. “Kişinin gerçek kimliğini gizleyerek suç işlemesi” lafzı TCK terminolojisinde “kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle” şeklinde karşılık bulmakta veya bu şekilde işlenen suçun etkisinin daha yoğun olacağı yahut failin yakalanmaktan imtina etmesi gerekçeleri ile cezalandırılmaktadır (§38).

¹ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

13. Suçun internette de işlenebileceği gözetildiğinde kişilerin internette rumuz kullanması, kimliğini başka şifreleme yolları ile gizlemeleri anonimlik hakkı çerçevesinde tanımlanmaktadır. Bu bağlamda gerek insan hakları raportörleri, gerek Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından devletlerin buna ilişkin müdahalelerinde çok dikkatli ve özenli olmaları gerekliliği, anonimliğin toplumsal tartışmalara ve bireyin ifade özgürlüğüne etkisi gözetilerek vurgulanmaktadır (§39, §40).

14. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi anonimliğin derecelerine de dikkat çekmektedir. Bu bağlamda Yargıtay'ın resmi kurumlar tarafından tespit edilebiliyorsa kişinin kimliğini gizlemiş sayılamayacağı şeklindeki kararları vurgulanmıştır (§41).

15. Her halükarda kanaatimizce anonimliğin bir hak olarak tanınması ve korunması gerekirken, bu nedenle cezanın artırılması ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale teşkil etmekte ve TCK'nın hakkın kullanılmasını hukuka uygunluk nedeni kabul eden genel hükümleri ile de bağdaşmamaktadır (§42).

16. Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezayı artıran ikinci bir nitelikli haldir. Bu nitelikli hal olmasaydı dahi, TCK m. 217/A'nın suç olarak düzenlenmesi örgüt suçuna ilişkin hükümleri uygulanabilir hale getirmektedir (§43).

17. Türkiye'de özellikle örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme hükümlerinin yargı mercilerinde uygulanması hem Venedik Komisyonu, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hem de Anayasa Mahkemesi tarafından ağır eleştirilere uğramakta, ifade veya toplanma özgürlüğü kapsamında kalan davranışların bu hükümler çerçevesinde cezalandırıldığına dikkat çekilmektedir (§44-§46).

18. Bu nedenle TCK m. 217/A ile gerçeğe aykırı bilgi paylaşma davranışının suç olarak düzenlenmesi, bu hükümlere ilişkin tartışmaları da tekrar gündeme getirmektedir. Nitekim kişi TCK m. 217/A kapsamında çok düşük bir ceza alsa, hatta bu hüküm açıklanmasa dahi, örgüte üye olmadan örgüt adına suç işleme davranışından mahkum olma riski taşımaktadır. Bu durum hem bireyin hem de toplumun ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye neden olma riski taşımaktadır (§47).

19. Terörle Mücadele Kanunu m. 7 ile ifade özgürlüğü ve toplanma özgürlüğüne müdahale içeren kimi suç hükümlerinin varlığı halinde, örgüt suçundan ayrıca ceza verilmeyeceğine ilişkin yarattığı istisnanın TCK m. 217/A için geçerli olmaması bu bakımdan sorunun derinleşmesine neden olmaktadır. (§48).

20. Madde içerisinde yer almayan bir diğer nitelikli hal TCK m. 218 ile suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde yarı oranında artırım öngören hükümdür. Basın yayın kavramı gerek mevzuat, gerekse uygulamada internette yapılan paylaşımları da içerecek şekilde yorumlanmaktadır. Bu halde, TCK m. 217/A'nın asıl düzenleme gerekçesi internetteki dezenformasyonun önlenmesi iken, internette işlenen suçlar için bir de TCK m. 218 gözetilerek artırım yapılması akla mükerrer cezalandırmayı getirmekte, hüküm bu haliyle ölçsüz bir hal kazanmaktadır (§49).

21. TCK m. 217/A için öngörülen ceza aralığındaki üst sınır üç yıl olduğu için bu suçta tutuklama koruma tedbirine başvurulabilecektir (§51). TCK m. 217/A'dan verilen mahkumiyet hükmü kesinleşse dahi -istisnai durumlar dışında- verilen cezanın infaz kurumunda infazı pek mümkün değildir. Buna rağmen tutuklamaya karar verilebilmesi "tutuklama yasağı" kurumunun "ratio legis"iyle uyuşmamaktadır. Hükümlünün infaz kurumuna alınmasının neredeyse mümkün olmadığı TCK m. 217/A'da tutuklamaya başvurulabilmesi ifade özgürlüğünün kullanımı açısından caydırıcı bir etki yaratabilecektir (§52).

22. "Ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni, genel sağlığı, kamu barışı" ve "sırf, saik ve elverişlilik" kriterleri, suçun cezalandırıldığı alanı daraltmış ancak bununla birlikte bir belirsizlik yaratılmıştır. Bu durum mahkemeleri mahkumiyet hükmü kurma noktasında çekingen kılabilir. Bu olasılığa rağmen yine de tutuklamaya hükmedilebilmesi yine caydırıcı bir etki doğuracaktır (§53).

GİRİŞ

**Dr. Öğr. Üyesi Aras TÜRAY² – Arş. Gör. Aslı Ekin YILMAZ³ –
Arş. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ⁴ – Arş. Gör. Yalım Yarkin ÖZBALCI⁵**

1. Bilinen insanlık tarihinde gerçeklik bir arayış olmuştur. Antik Yunan dönemi felsefesinin de önemli bir konu başlığı olan gerçeklik Sokrates'e göre erdemli olmanın yolu iken, Platon'a göre bu dünyada gölgelerini gördüğümüz bir ideadan ibarettir. Gerçeklik kavramı eşzamanlı olarak felsefeye, sanata, bilime yön vermekle kalmamış, hukuk düzeni ve siyaset tarafından da çoğu kez kullanılmıştır. Bunun meşhur örneklerinden biri 1600'lü yılların başında Galileo di Vincenzo Bonaiuti de' Galilei'nin yaşadıklarıdır. Galilei, kendisinden evvel Kopernik'in öne sürdüğü ve evrenin merkezinde Güneş'in sabit olduğu, dünyanın onun etrafında döndüğünü iddia ettiği bir teoriyi savunduğunda iki kez yargılanmış, nihayet ömrünün sonuna kadar ev hapsinde kalmıştı. Zira önerilen bu teori Katolik Avrupa'da "gerçek" addedilen ve dünyanın evrenin merkezinde sabit olduğunu kabul eden teori ile çelişmekteydi. Bugün dünyanın ve güneşin evrenin merkezinde sabiti olmadığı, zaten evrenin de sabit olmadığını bilenler için bu hikaye komik gelebilir. Ancak gerçeği belirleyen devletin, gerçek adına hüküm kuran bir yargının ve uygulanan cezaların varlığı esasında oldukça trajiktir.

2. İlk ve orta öğretim düzeyinde derslere konu olan ve günümüz okuruna masal gibi gelen bu yargılamadan 400 sene sonra, bu defa ülkemizde 7418 Sayılı Kanun'un 29. maddesiyle TCK'ya eklenen 217/A hükmü benzer bir tartışmayı gündeme getirmeye aday olabilir. Zira kamuoyunda da çokça eleştirilen hüküm aşağıda teknik detayları ile tartışılacak olsa dahi, özetle "gerçeğe aykırı bir bilgiyi yayma" davranışını, üstelik hapis ile cezalandırmaktadır. Bizler de bu çalışmada ilgili hükmü, özellikle üzerinde durulması gereken "ultima ratio" ilkesi, tehlike suçu niteliği, gerçeklik kavramı ile gerçekliğin tespiti, manevi unsur, aleniyet unsuru, nitelikli haller ve yaptırım hususlarına odaklanarak açıklamaya gayret edeceğiz.

3. Son olarak çalışmanın formatına değinilmelidir. Rapor formatında hazırlanan bu çalışma, TCK m. 217/A'ya ilişkin ileride hazırlanacak bir makalenin ön çalışması niteliğindedir. Bu ön çalışmada TCK m. 217/A'ya ilişkin öncelik arz eden konulara değinilmiştir. Rapora yönelik gelecek dönüşler neticesinde çalışmanın makaleye çevrilmesi hedeflenmektedir.

² Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8104-6101>

³ Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6666-8068>

⁴ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6609-1759>

⁵ Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9773-6644>

⁶ Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7418, Kabul Tarihi: 13.10.2022, RG 18.10.2022/31987.

⁷ **TCK m. 217/A – Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma** "(1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır."

I. Dezenformasyona Karşı Ceza Hukuku Reaksiyon Göstermeli midir?

4. Diğer hukuk disiplinlerindeki yaptırım rejimine nazaran ceza hukuku insan hayatına daha ağır şekilde tesir etmektedir. Bu sebeple ceza hukuku, diğer hukuk disiplinlerinden sonuç alınmadığı anda devreye girmelidir. Bu gerekliliğe ultima ratio ilkesi ismi verilmektedir⁸. Bu ilke uyarınca bir hukuka aykırılık karşısında öncelikle diğer hukuk disiplinlerinde bir çözüm aranmalı, çözümsüzlük halinde ceza hukukuna başvurulmalıdır⁹. Peki dezenformasyona karşı TCK m. 217/A ile cevap verilmesi ultima ratio ilkesine uygun mudur? Bu sorunun cevabını bulabilmek için öncelikle dezenformasyon tanımlanmalı ve ardından dezenformasyonun yarattığı sonuçlara kısaca değinilmelidir.

5. Dezenformasyon dar anlam bireye, topluluğa veya kamuya zarar veren ve bu amaçla oluşturulan gerçeğe aykırı bilgidir¹⁰. Geniş anlamda ise dezenformasyon bir önceki cümlede bahsedilen bilginin yayılması, aktarılması, etkileşime girmesi anlamında kullanılmaktadır¹¹. Dezenformasyonun asli sonuçlarından birisi hakikatin değiştirilmesi veya önemsizleştirilmesidir¹². Bu sayede düşünce dünyası farklı bir gerçekliğe hapsedilmektedir. Nihayetinde de seçimlerden¹³ halk sağlığına¹⁴ kadar her alanda manipülasyon hüküm sürebilmektedir. Manipülasyonun -yani algıyı yönlendiren davranışların- malzemesi çoğu zaman dezenformasyondur. Bu tür manipülasyonlar belli bir kesimin çıkarına olacak şekilde kötüye kullanılabilir. Bu kötüye kullanımın yol açtığı tehlike veya zarar ise hem birey hem de toplum genelinde ortaya çıkmaktadır. Haliyle gerçeğin önemini giderek kaybettiği ve algının gerçek olmaya başladığı günümüzde dezenformasyon önemli bir problem haline gelmiştir. Buradaki tespiti bir karşı görüş olarak, sonuç odaklı bir yaklaşımla, dezenformasyonun bazı durumlarda faydalı olduğu iddia edilmiştir. Örneğin Mart 2020'de COVID-19'a yakalandıktan sonra vefat etmeden önce organlarını başkasına bağışlayan bir İtalyan rahip hakkında yapılan haberin sahte olduğu ortaya çıkmıştı. Ancak bu haberler sonrasında başarılı organ bağışı kampanyaları düzenlenebilmişti¹⁵. Ne var ki dezenformasyonun önlenmesine ilişkin gerekliliği değerlendirirken sadece sonuç odaklı düşünülmemelidir. Keza böylesi bir yaklaşım dışı güzel bir hediye paketiyle kaplı ancak içinde zehir taşıyan bir hediyeye benzetilebilir. Başka bir deyişle tek başına sonucun olumlu olması, sebebi de olumlu hale getirememektedir.

6. Dezenformasyon toplum için yakın, ciddi ve somut bir tehlike veya zarar doğuruyorsa ve diğer hukuk disiplinleri bu tehlike veya zararı önlemede yetersiz kalıyorsa artık ceza hukuku devreye girmelidir. Nitekim bu durumun Türk hukukunda somutlaştığı haller mevcuttur. Çalışma tarihi itibarıyla dezenformasyonun farklı hallerini yasaklayan beş farklı suç tipi bulunmaktadır¹⁶. Bu suç tipleri belirli özel veya teknik alanlardaki dezenformasyonu önlemeye yöneliktir. Peki mevcut düzenleme alanının son derece genişletilerek TCK m. 217/A gibi neredeyse her alanda uygulanabilecek bir çerçeveye kavuşturulması, ultima ratio ilkesiyle bağdaşmakta mıdır?

7. Türkiye'de henüz diğer hukuk disiplinlerinin dezenformasyonu önlemede ne derece etkin olduğu bilinmemektedir. Nitekim sosyal medya, kitle iletişim, hakikatin değersizleştirilmesi¹⁷ ("post-truth") gibi kavramlar hukukun hantal yapısı karşısında son derece yenidir. Keza sosyal medyanın idari denetimine ilişkin düzenlemeler dahi hukukumuzda yeni yeni girmektedir¹⁸. Bu sebeple de sosyal medya platformlarıyla işbirliği ve bilgi alışverişi açısından oturmamış bir idari yapılanma ile karşı karşıyayız¹⁹. Oysaki 5651 Sayılı Kanun'da öngörülen sistemin çalışması sonucunda belki de TCK m. 217/A'ya ihtiyaç kalmaksızın bu alanda dezenformasyon açısından etkin bir mekanizma kurulabilecektir. Kaldı ki dezenformasyonla mücadele için medya vasıtalarına da son derece büyük bir yükümlülük düşmektedir.

8. Bu noktada doğrudan ceza hukuku yaptırımına başvurmaksızın idare ile medya vasıtaları arasında işbirliğini sağlayacak mekanizmalar kurulabilir. Medya platformlarının tekelleşmemesi ve çoğunlukçu bir medya ortamının kurulabilmesi de dezenformasyonla mücadeledeki en önemli eşiklerden birisidir. Medya okuryazarlığına yönelik eğitim ve kampanyalar bu noktada son derece önemlidir. Kaldı ki devletin gerçeğe aykırı bilginin yayılması halinde ilk tepkisi, cezalandırmak yerine gerçek bilgiye ulaşmaya elverişli şekilde şeffaflığı sağlamak olmalıdır²⁰. Haliyle ceza hukuku yaptırımına gelinmeden önce denenmesi gereken birçok yol ve yapılması gereken birçok analiz bulunmaktadır.

¹⁶ Fiyatları etkileme (TCK m. 237), savaşta yalan haber yayma (TCK m. 323), haksız rekabet (TTK m. 62), bankaların itibarının korunması (Bank. K. M. 158), piyasa dolandırıcılığı (SPK m. 107) suçları. R. Barış Erman, 'İfade Özgürlüğü ve Covid-19 Bağlamında Yalan Haber Yayma Suçu Tartışması' in Oktay Uygun (ed), Yeditepe Üniversitesi 25. Yıl Hukukta Güncel Gelişmeler Ulusal Sempozyumu Bildiri Özetleri (Yeditepe Yayınevi 2021) 48-49. <<https://law.yeditepe.edu.tr/tr/duyuru/2910>>

¹⁷ Alpay, 25.

¹⁸ 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un sosyal ağ sağlayıcılara ilişkin ek 4. maddesi ilk defa 2020'de düzenlenmiştir.

¹⁹ İlgili duruma gerekçe olarak Türkiye'de kemikleşmiş ifade özgürlüğü ihlalleri ve merkezi Türkiye dışında bulunan sosyal medya platformlarının ulusal denetimden kaçınma çabası da gösterilebilir.

²⁰ Mathias Vermeulen, 'Online Content: To Regulate Or Not To Regulate - Is That The Question' (2019) 11 <<https://www.apc.org/sites/default/files/OnlineContentToRegulateOrNotToRegulate.pdf>>

Örneğin TCK m. 217/A'yı düzenleyen 7418 sayılı torba kanunun genel gerekçesinde Avrupa Birliğinde yakın zamanda yürürlüğe girmesi beklenen Dijital Hizmetler Tüzüğü teklifinden ("Proposal on Digital Service Act")²¹ten bahsedilmektedir. Dijital Hizmetler Tüzüğü²² çeşitli sùjeler için²³ birtakım yeni yükümlülükler getirmektedir. Bunlardan başlıcaları olarak şeffaflık raporlaması, temel hak ve özgürlükler açısından hizmet şartlarının yenilenmesi, uyar-kaldır mekanizması, şikayet ve telafi mekanizması, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması ve risk değerlendirme raporlaması gösterilebilir. Bu tür seçenekler denenmeden TCK m. 217/A ile dezenformasyona yönelik bir ceza hukuku yaptırımı getirmek ultima ratio ilkesiyle örtüşmemektedir. Bu paragrafta yapılan tespitler TCK m. 217/A gibi bir suç tipinin asla yürürlüğe girmemesi sonucunu doğurmamaktadır. Burada anlatılmak istenen dezenformasyonla mücadele için atılabilecek birçok alternatif adım varken ceza hukuku yaptırımının seçilmesinin ölçüsüz olduğu yönündedir.

9. Ölçünlülük tartışması bir kenara bırakıldığında dahi TCK m. 217/A ile toplum genelinde dezenformasyonun önüne geçmeyi beklemek gerçekçi değildir. Keza Oxford İnternet Enstitüsünün 2020 yılında yayınladığı raporda araştırmaya konu 81 ülkenin 48'indeki siyasi aktörler adına sosyal medyada dezenformasyona yol açan veya propaganda faaliyeti sürdüren siber birlikler²⁴ tespit edilmiştir. Bu tür faaliyetlere yönelik 10 milyon dolar harcadığı görülmüştür²⁵. Her iki ülkeden birisinde siyasi aktörlerin dahi böylesi bir yolu seçtiği bir ortamda TCK m. 217/A gibi suç tiplerinin sadece ağa takılan küçük sinekleri avlayacağı, büyük sineklerin ağı delip geçeceği aşıkardır²⁶. Bu benzetmenin bir diğer önemli sonucu da TCK m. 217/A kapsamına giren binlerce vakıa arasından sadece hukuk sisteminin gücünün yettiği ve tesadüfen denk gelinen birkaçının yargılamalara konu olmasıdır. Bu da beraberinde eşitlik problemi doğurmakta ve aslında TCK m. 217/A'nın etkin veya caydırıcı olmadığını göstermektedir.

10. Buna ek olarak ceza yargılamasının kemikleşmiş problemlerinden birisi olan makul sürede yargılanamamaktır. Soruşturmanın başladığı andan itibaren kesin hükme ulaşılması uzun yılları alabilmektedir. Buradaki uzun süre karşısında bilginin sürekli güncellendiği ve değişime uğrayabildiği unutulmamalıdır. Bu değişim karşısında TCK m. 217/A'ya dayalı yıllar alan yargılamalarla dezenformasyona yönelik etkin, caydırıcı ve orantılı bir çözüm oluşturmak mümkün gözükmemektedir.

²¹ 7418 Sayılı Basın Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Genel Gerekçe, 1.

²² Tüzük teklifine ulaşmak için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>>

²³ Yer sağlayıcılar, sosyal ağ sağlayıcı, online platformlar vb. Her yükümlülük ilgili sùje için farklılık gösterebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en>

²⁴ Belli bir iletiyi siber alanda yaymak için ödeme yapılan kişilere denir. Genellikle sosyal medyada faaliyet göstermektedirler. Propaganda ve dezenformasyon faaliyetlerinde kullanılmaktadırlar. <<https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/cyber-troops>>

²⁵ <<https://demotech.oi.ox.ac.uk/research/posts/industrialized-disinformation/>>

²⁶ İskitli Anacharsis'e ait sözün tam hali şöyledir: "Written laws are like spiders' webs; they will catch, it is true, the weak and poor, but would be torn in pieces by the rich and powerful." <<https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780191826719.001.0001/q-oro-ed4-00000270#Q-ORO-0004521>>

II. İfade Özgürlüğüne Yaptığı Müdahale Bakımından TCK m. 217/A'nın Düzenleniş Şekli

11. TCK m. 217/A, özünde bir bilginin yayılmasını cezalandırdığından, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil etmektedir. Bu müdahalenin gerçekleşebilmesi yani kişilerin gerçeğe aykırı bilgi yayarak bu suçu işlediklerinden bahsedebilmek için, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması yeterli olup, herhangi bir zararın doğması gerekmediğinden suç tipi tehlike suçu niteliğini haizdir. İfade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin ceza hukuku aracılığıyla gerçekleştirilmek istendiği hallerde ilgili suç tiplerinin tehlike suçu şeklinde kaleme alınması temel hakların sınırlandırılması rejimi bağlamında birçok sorunu beraberinde getirdiğinden, m. 217/A'nın tehlike suçu olarak düzenlenişinin ayrıca ele alınmasında fayda vardır.

12. Tehlike suçları genel olarak soyut ve somut tehlike suçları olarak gruplandırılmaktadır. Soyut tehlike suçları, fiilin icra edilmesiyle birlikte, kanunun belirli bir tehlikenin doğduğunu farazi olarak kabul ettiği, ayrıca bu tehlikenin meydana geldiğinin tespitine gerek olmayan suçlardır. Somut tehlike suçları ise fiilin icra edilmesiyle kanunda gösterilen somut tehlikenin ortaya çıkmasının tipik fiilin oluşması için zorunlu olduğu suçlardır. Bu suçlardan yapılan yargılamalarda mahkemenin, fiilin icrası sonrası kanunda gösterilen somut tehlikenin ortaya çıktığını tespit etmesi gereklidir²⁷. TCK m. 217/A'nın yer aldığı kamu barışına karşı suçlar bölümünde düzenlenen suç işlemeye tahrik suçu (m. 214) soyut tehlike suçuna, suçu ve suçluyu övme suçu (m. 215) ise somut tehlike suçuna örnek olarak gösterilebilir.

13. TCK m. 217/A ise gerçeğe aykırı bilginin "kamu barışını bozmaya elverişli şekilde" yayılması gerektiğini öngörmektedir. Kanun koyucu, hem m. 217/A'nın gerekçesinde²⁸ hem de "elverişlilik" kıstasına yer verdiği benzeri diğer suçlara ilişkin düzenlemelerin gerekçelerinde²⁹ bu suç tiplerinin somut tehlike suçu teşkil ettiğini dile getirmektedir. Oysaki m. 217/A'da düzenlenen suçun oluşabilmesi için gerçeğe aykırı bilginin yayılması sonucu kamu barışının bozulmasına yönelik somut bir tehlikenin meydana gelmesi gerekli olmayıp, bu tehlikeyi meydana getirmeye elverişli hareketin yapılması yeterlidir. Bu sebeple düzenleme, bir somut tehlike suçu teşkil etmemektedir.

14. Tehlike suçu teşkil eden düzenlemelerde yer alan bu elverişlilik ibaresi esasında fiilin bir özelliğini göstermekte olup, ancak düzenlemede gösterilen unsur bakımından bir tehlike meydana getirmeye elverişli olması halinde suçun oluşacağını belirten bir işleve sahiptir³⁰. Bu şekilde düzenlenen suç tipleri öğretide potansiyel tehlike suçları veya elverişlilik suçları olarak adlandırılmakta ve soyut tehlike suçlarının bir türü olarak kabul edilmektedir³¹. TCK m. 217/A'da düzenlenen suçun işlenmesi için de kamu barışını bozacak bir tehlikenin meydana gelmesi zorunlu olmayıp, bu tehlikeyi meydana getirmeye elverişli bir bilgi yayama fiilinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Sonuç olarak, maddenin gerekçesinde belirtildiğinin aksine suç tipi bir somut tehlike suçu değil, soyut tehlike bağlamında değerlendirilen bir elverişlilik suçudur.

15. İfade özgürlüğüne müdahale eden bir suç düzenlemesinin bir soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmesi ise ifade özgürlüğünün korunması bakımından ciddi bir sorun yaratmaktadır. Zira demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının bir ihlal teşkil etmemesi için gözetilmesi gereken birtakım ölçütler mevcuttur. Bu ölçütler kısaca müdahalenin kanunla öngörülmesi, meşru bir amaç için gerçekleştirilmesi ve demokratik toplumda gerekli olmasıdır. TCK m. 217/A bakımından tartışılması gereken en önemli ölçüt ise demokratik toplumda gerekliliktir³². Bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğunun iddia edilebilmesi için, ifadenin zorlayıcı toplumsal ihtiyaç sebebiyle sınırlandırılması ve bu sınırlamanın ölçülü olması gereklidir. Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığı, düşünce açıklamasının toplumda bir karşılığının oluşup oluşmadığı, diğer bir deyişle, ifade sebebiyle korunan hukuki değerlerin ihlaline sebep olabilecek bir toplumsal hareketlenmenin meydana gelip gelmediğinin araştırılmasıyla tespit edilmektedir. Bu tespit yapılırken ifade sahibinin sıfatı, ifadenin türü ve içeriği, ifadenin meydana getirildiği zaman ve yer gibi unsurlar dikkate alınır³³.

²⁷ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. b. Seçkin 2021) 230-231; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. b. Seçkin 2021) 120.

²⁸ 7418 Sayılı Kanun'un 29. maddesine ilişkin gerekçe: "Fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması aranarak, bu suçun somut tehlike suçu olduğu vurgulanmıştır."

²⁹ Örneğin TCK m. 217 - Halkı kanunlara alenen uymamaya tahrik suçunun gerekçesi: "Tahrik fiilinin kamu barışını bozmaya elverişli olması aranarak, bu suçun somut tehlike suçu olduğu vurgulanmıştır."

³⁰ Uğur Ersoy, 'Ceza Hukukunun Gri Alanı- Tehlike Suçları' (2020) 11(41) 27, 52-53.

³¹ Ersoy, 49; Elif Ergüne, Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar (1. b. On İki Levha 2017) 262. Yargıtay'ın elverişlilik suçu şeklinde düzenlenen suçlardan yapılan yargılamalara ilişkin içtihadında, bu elverişliliğin tespitiyle yetindiği; elverişli hareketin somut bir tehlike meydana getirip getirmediğinin araştırılmasına gerek duymadığı görülmektedir. Bkz. Yargıtay 8. CD, E.2019/10194, K.2019/11813, T.3.10.2019.

³² Ulaş Karan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2-İfade Özgürlüğü (1. b. Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2018) 104.

³³ Karan, 146-147.

16. TCK m. 217/A'nın ifade özgürlüğüne yönelik meydana getirdiği müdahale şeklini bu ölçütler bağlamında ele aldığımızda demokratik toplumda gerekli bir müdahale türü ile karşı karşıya olduğumuzu söylemek mümkün değildir. Şöyle ki, gerçek olmayan bir bilginin yayılması sebebiyle yapılan bir yargılamada ilgili madde uyarınca ceza verilebilmesi için ifadenin yalnızca kamu barışını bozmaya elverişli olup olmadığı araştırılacak; kamu barışının bozulmasına yönelik bir somut tehlikenin meydana gelip gelmediğinin tespitine ihtiyaç duyulmayacaktır. Oysaki ifadeye müdahale etmeyi gerektiren zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığından söz edebilmek için, ifadenin toplumsal karşılığının ortaya koyulması gereklidir. İfade, kamu barışını bozmaya elverişli olmasına rağmen çok az sayıda kişi tarafından ciddiye alınmış yahut kimse tarafından dikkate alınmamışsa, yani somut bir tehlike meydana getirmemişse; ifadeye müdahale edilmesini gerektiren zorlayıcı toplumsal ihtiyacın meydana gelmediği söylenmelidir. Bu durumda ifadeye yapılacak müdahale de demokratik toplumda gereklilik koşulunu sağlamayacak ve ihlal teşkil edecektir.

17. Bunu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; sırf halkın usulsüz bir seçim yapıldığına dair korkuya kapılması ve sonucunda bir isyan başlaması için seçim günü oy kullandığı okulda mühürlü zarfların açılarak belirli partilere verilen oyların yok edildiğini gördüğüne dair gerçeğe aykırı bir bilgiyi Twitter hesabından paylaşan bir milletvekili, sıfatı itibarıyla belirli bir kesime hitap etme ve etkileme, aynı zamanda bilgiyi yaydığı zaman itibarıyla da toplumda bir karşılık görme potansiyeline sahiptir. Yani gerçeğe aykırı bu bilginin yayılması sonucu toplumun -en azından belirli bir kesiminin- seçimlerin hukuka aykırı şekilde yapıldığına dair bir algı oluşturması sonucu toplumsal kargaşa meydana gelmesi mümkündür. İşte bu ihtimal "kamu barışını bozmaya elverişlilik" olarak suç tipinin gerçekleşmesini sağlamak ve bu milletvekilinin cezalandırılması için yeterli olmaktadır. Ancak milletvekilinin Twitter'dan yaptığı paylaşıma karşı belirtilen seçim sandıklarındaki müşahitlerin durumun aksini gösterir paylaşımlarda bulunması sebebiyle halkın milletvekiline inanmaması sebebiyle herhangi bir toplumsal karışıklığın ortaya çıkmadığı bir durumda, yine de suç işlenmiş olacaktır. Yapılan yargılamada bu yönde bir somut tehlikenin meydana gelmediği tespit edilmesine rağmen ceza tatbik edilecektir. İşte bu noktada zorlayıcı toplumsal ihtiyaç olmaksızın ifade özgürlüğü sınırlandırıldığından demokratik toplumda gereklilik ölçütü yerine getirilmemiş olacak ve hak ihlali doğacaktır.

18. Tehlike suçları, cezalandırma alanının öne çekildiği³⁴ örneklerden birini oluşturmakta olup ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına giderek daha çok başvurulan bir mekanizma halini almıştır. Özellikle soyut tehlike suçları şeklinde düzenlenen suç tiplerinden verilen hükümlerle ifade özgürlüğüne yönelik ciddi ihlaller meydana getirilmiştir³⁵. Her ne kadar 2013 yılında ifade özgürlüğünün korunmasına yönelik çeşitli değişiklikler yapılmış olsa da yeni ihdas edilen suç tiplerinde izlenen tutum, ifade özgürlüğünün gerçek anlamda korunmasından yana olunmadığını açıkça ortaya koymaktadır. TCK m. 217/A, bütün yönleriyle ifade özgürlüğü bakımından ciddi bir yıkıma sebep olacak bir düzenleme olarak hukukumuzda yerini almıştır.

³⁴ Ersoy, 29.

³⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM"), BN.25764/09, 25773/09, 25786/09, 25793/09, 25804/09, 25811/09, 25815/09, 25928/09, 25936/09, 25944/09, 26233/09, 26242/09, 26245/09, 26249/09, 26252/09, 26254/09, 26719/09, 26726/09, 27222/09, T.1.10.2013 (Yalçınkaya ve Diğerleri v. Türkiye); AİHM BN.43807/07, T.29.11.2011 (Kılıç ve Eren v. Türkiye); AİHM, BN.48707/02, T.8.7.2010 (Gül ve Diğerleri v. Türkiye); AİHM, BN.33347/04, T.25.1.2011 (Menteş v. Türkiye No.2).

III. TCK m. 217/A'da Bahsi Geçen "Gerçeklik" Kavramı

19. 7419 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle TCK'ya eklenen 217/A hükmündeki halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun oluşumu için alenen yayılan bilginin "gerçeğe aykırı" olması gerekmektedir. Gerçekliğin hangi zamana ve neye göre belirleneceği de suç tipinin değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Gerçeklik bir bilgi aktarımının haber verme faaliyeti çerçevesinde kabul edilmesi bakımından da dikkate alınan bir kriterdir. Bir diğer ifadeyle gerçeklik haberin de bir unsurudur. Bu açıdan suç tipindeki gerçeğe aykırılık kavramının yorumlanmasında basın hukukuna dair birikimden faydalanılabilir.

20. Haberdeki gerçeklik ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi haberin olayın oluş biçimine uygunluğu anlamına gelen somut gerçekliktir. İkincisi ise verilen habere konu olan içeriğin, haberin verildiği sırada olayla ilgili duruma uygunluğu anlamına gelen görünüşte gerçekliktir³⁶. Özellikle gelişim aşamasındaki ya da bütünü üzerinde hakim olunmayan olay veya olgularla ilgili bilgilerde gerçeklik mutlak doğru olarak anlaşılmalıdır. Bilginin ancak ve ancak olay veya olgunun kesin gerçekliğinin tespitinin ardından yayılabileceği yönündeki yorum ifade özgürlüğüyle bağdaşmayacaktır. Örneğin habercilik faaliyetinde de gerçeklik unsurunun haberin olayın vuku buluş biçimine uygunluğu anlamına gelmediği, verilen habere konu olan içeriğin, haberin verildiği sırada olayla ilgili durumuna uygunluğu ("görünüşte gerçeklik") anlamına geldiği savunulmaktadır³⁷. Bu bakımdan gelişmekte olan veya güncelliğini koruyan bir olayın bütün boyutları aydınlanmamış olsa dahi, olayla ilgili bilgilerin verildiği anda genel görünüş itibarıyla gerçeğe uygun görünmesi, bilginin yayıldığı an itibarıyla gerçek olduğunun kabul edilmesini gerektirecektir. Örneğin kimsenin ölmediği bir tren kazasında olayı gördüğünü belirten kişilerle özel olarak konuşarak bilgi edinen failin, olayda yüze yakın ölü olduğu yönündeki bilgiyi alenen yayması halinde suçtan sorumlu tutulmaması gerekir. Zira bu nevi bir durumda tren kazasının gerçekleşmesi ve olayı gördüğünü belirten birden fazla kişinin paylaştığı bilgilerin görünüşteki veya ilk aşamadaki gerçekliğe uygun olduğu kabul edilebilecektir. Diğer kişilerin aksine habercilerin kaynaklarından gelen bilgiyi teyit etmeleri gerekmektedir³⁸. Ancak habercilik faaliyetinde dahi olsa olay veya olgunun mutlak gerçekliğinin tespitinin beklenilmesi gibi bir zorunluluk, medyanın yaşanan gelişmeleri topluma derhal bildirme göreviyle bağdaşmayacaktır. Bu bakımdan haberciler ya da basın etiğinden kaynaklı gelen bilginin doğruluğunu teyit etme gereksinimleri dahi bulunmayan diğer kişiler bakımından bilginin aktarıldığı andaki görünüşte gerçekliğe uygunluk, bilginin gerçek olarak nitelendirilmesi bakımından yeterli görülmelidir.

21. Haberdeki gerçeklik bakımından dikkate alınan bir husus haberin aktarılmasındaki kurgunun, gerçeği saptırmayacak biçimde belirlenmesidir³⁹. Bir diğer ifadeyle haberdeki gerçeklik, haberin temelini oluşturan olayın gerçekliği kadar, aynı zamanda haberin kurgulanış biçimiyle de bağlantılıdır. Haberi ya da haberin temelindeki olayı aktarmadaki abartı, orta düzeydeki okuyucu üzerinde gerçekle sınırlı olaydan başka bir anlam çıkarması sonucunu doğuruyorsa, haber verme faaliyetinin hukuka aykırılığı gündeme gelebilecektir⁴⁰. Ancak halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından farklı bir sonuca ulaşılmalıdır. Zira haberin aktarımına ilişkin vurgulanan bu husus, ifadenin temelindeki düşünce açıklamalarının kategorik olarak "haber" niteliği olup olmadığından ziyade, "haber aktarılmasında özle biçim arasındaki düşünsel bağ" şartına denk düşmektedir. Dolayısıyla öz ile biçim arasında düşünsel bağdaki sorun, bilginin gerçekliği ile ilişkili değildir. Nitekim suç tipinde de yalnızca gerçek olmayan bilginin yayılması hali öngörülüp gerçek bilginin nasıl aktarılacağına dair herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla bilginin nasıl aktarıldığından ziyade bilginin olgusal gerçekliğe aykırı olması halinde halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu oluşabilecektir.

³⁶ Bkz. Sulhi Dönmezer ve Köksal Bayraktar, *Basın Hukuku* (5. b. Beta 2013) 238, 239.

³⁷ Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku* (1. b. İstanbul Üniversitesi 1978) 165; Dönmezer ve Bayraktar, 238.

³⁸ Gazeteciliğin özünde gerçekliği teyit etme olduğu yönünde görüş için bkz. Atilla Girgin, *Gazetecilik Temel İlkeleri* (2. b. Der 2014) 144.

³⁹ Girgin, 120.

⁴⁰ Bkz. Bilal Kartal, *Aykırı Düşünceler Kişilik Haklarına Yönelik Tazminat Davalarında Karşı Oylarım* (1. b. Turhan 2010) 18.

22. Suç tipi bakımından önem taşıyan bir diğer nokta ifadeye konu bilginin gerçekliğinin kanıtlanabilir olup olmamasıdır. Bu açıdan gerçeğe aykırı bilgi, ancak doğruluğu kanıtlanabilir nitelikteki olay ve olgularla ilgili olabilecektir. Buna bağlı olarak bilginin gerçekliği ifadeye konu olan olgularla sınırlı bir şekilde düşünülmelidir. Dolayısıyla ifadeye konu olacak değer yargılarındaki yanlışların bu suç kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira olguların gerçekliği kanıtlanabilirken, değer yargılarının gerçeklik veya doğruluğunun ispatından ziyade belli bir olgusal temele dayanması yeterlidir⁴¹. Bir diğer ifadeyle gerçeğe aykırı bilgi, bilgiyi aktaranın dayanaksız dahi olsa bir yorum veya çıkarımından ziyade maddi bir olay veya olguyla ilişkili olmalıdır. Örneğin COVID-19 aşılarının hastalığın yayılmasına yönelik etkileri olgu niteliğindeki, aşılama kampanyalarının belirli kişileri zengin etmek için uygulandığı yönündeki ifade değer yargısı niteliğindedir. Ancak maddi olgu ve değer yargısı ayrımı genel geçer bir şekilde yapılamamalı, her ifadenin konusu ve bütünlüğüne göre ayrıca değerlendirilmelidir. Buna paralel olarak mevcut bazı gelişmelerin gelecekteki etki ve sonuçlarına ilişkin tahminler de “bilgi” değil, yalnızca “öngörü” teşkil edeceği için bu suça konu olamayacaktır. Örneğin politika faizine ilişkin Merkez Bankası kararlarının gelecek dönemdeki etkileriyle ilgili tahmin yürüten kişinin öngörüsü bir nedenle gerçekleşmezse, bu suçtan sorumluluğu gündeme gelmemelidir.

23. Gerçeğe aykırı bilginin tespitinde bilginin zaman içinde değişmesi de ayrıca ele alınmalıdır. Örneğin kokain, Amerika’da 1916’larda ilaç olarak kullanılmaktayken⁴² bugün kullanımını dünya çapında yasaklanan bir maddedir. Suçun oluşması bakımından dikkate alınması gereken zaman ise bilginin yayıldığı an itibarıyla gerçek olup olmamasıdır. Bir diğer deyişle bilgi, aleniyete kavuştuğunda görünüşte gerçekliğe uygunsa suç oluşmayacaktır. Gerçek olarak kabul edilen durum daha sonradan açığa çıkan başka bilgiler nedeniyle değişmişse dahi, ilk etapta bilginin gerçek olduğu düşünülerek yayılması TCK m. 217/A kapsamında suç oluşturmayacaktır.

24. Bilginin gerçek olduğunun zannedilmesi, yani suçun maddi konusu üzerinde düşülen hata aynı zamanda failin manevi unsuruyla da ilişkilidir. Bilgiyi yayan fail, bilginin gerçek olduğu yönünde hataya düşmüşse, yani yaydığı bilginin gerçek olduğunu zannediyorsa kasten hareket etmemiştir. Teknik olarak failin bu durumda suçun maddi konusu üzerinde esaslı hatası TCK m. 30/1 kapsamında değerlendirilecek ve kastını ortadan kaldıracaktır.

⁴¹ Gizem Günaydın, ‘İfade Özgürlüğü Kapsamında Maddi Olgular ve Değer Yargıları Ayrımı’ (2019) 25(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi 129, 130.

⁴² Rachel A. Goldstein, Carol DesLauriers and Anthony M. Burda, ‘Cocaine: History, Social Implications, and Toxicity-A Review. Disease-a-Month’ (2009) 55(1), 6, 7. DOI: 10.1016/j.disamonth.2008.10.002

IV. TCK m. 217/A Bağlamında Yapılacak Yargılama Bakımından Gerçekliğin Tespiti

25. TCK m. 217/A'daki suç tipinin konusu "ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgi"dir. Peki "gerçeğe aykırı bilgi"yi hangi muhakeme süjesi tespit edecektir? Bu tespitin olası sonuçları nelerdir? Suçun konusunun olup olmadığının tespitini asli olarak mahkeme yapmaktadır. Bu tespit mahkemenin hükmünde yer almaktadır. Ancak ucu bucağı olmayan bilgi deryasında yaşadığımız günümüzde bir mahkemeden her türlü bilginin gerçekliğinin teyidi beklenemeyecektir. Buna ek olarak birçok bilginin gerçeğe aykırılığı, teknik ve/veya özel bir uzmanlık sonucunda tespit edilebilecektir. Bu uzmanlık ise genellikle bilirkişilik, istisnai olarak da uzman görüşü kurumları ile karşılanacaktır⁴³.

26. Örneğin COVID-19 aşısının insanları kısırlaştırdığı yönünde Youtube üzerinden milyonlara yayın yapan bir sosyal medya fenomeninin TCK m. 217/A'dan yargılandığını düşünelim. Kovuşturma aşamasında aşının kısırlığa yol açıp açmadığını tespit etmeye çalışan mahkeme, bu konunun gerektirdiği uzmanlıktan yoksun olduğu için ilgili hususu tıp bilirkişisi vasıtasıyla tespit edecektir. Bu durum göstermektedir ki aslında bilginin gerçeğe aykırılığı tali olarak ve çoğunlukla bilirkişi marifetiyle tespit edilecektir. "Tali" kelimesiyle kastedilen, bilirkişi raporundaki tespit aksine veya bu tespitten ayrı olarak mahkemenin vicdani kanaatine göre hüküm kurabilmesidir⁴⁴. "Çoğunlukla" kelimesiyle kastedilen ise TCK m. 217/A'ya konu bilginin gerçekliğinin tespitinin mutlaka bilirkişi incelemesi gerektirmemesidir. Keza günlük tecrübeyle anlaşılabilir veya hukuki uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurulmamalıdır⁴⁵. Muhakeme süjelerinin gerçekliği tespitine değindikten sonra yürütmenin gerçekliğin teyidi noktasındaki yeni adımlarına dikkat çekilmelidir.

27.1 Ekim 2022 tarihi itibarıyla Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı ("Başkanlık"), internet sitesinden haftalık dezenformasyon bülteni yayınlanmaya başlamıştır⁴⁶. Bu bültende Başkanlık tarafından seçilen birtakım içerikler haftanın yalan haberi başlığı altında incelenmekte ve yalan haber niteliğinde olduğu iddia edilen bu içeriklerin "gerçeği" ilgili bültenden duyurulmaktadır. Bültene konu haberlerin hangi kriterlere göre seçildiği ise henüz kamuoyuyla paylaşılmamıştır. Buna ek olarak ilgili kriterler henüz düzenleyici bir işleme konu olmamıştır. Peki bu bültenlerin TCK m. 217/A açısından niteliğinin nedir? Bu bültenlerin TCK m. 217/A açısından bir etkisi olacak mıdır?

28. Başkanlığa, bir bilginin gerçekliğini teyit etme veya gerçek bilgiyi belirleme yetkisi verilmemiştir⁴⁷. Kaldı ki ifade özgürlüğünün genele yayılacak şekilde tesis edilebildiği çoğulcu bir demokraside haberdeki bir bilginin gerçekliğinin tek bir kurum tarafından nihai şekilde belirlenmesi; hele ki bunun yürütmenin içerisinde yer alan bir kurum tarafından yapılması düşünülemez. Haliyle bu bültenler her zaman tartışmaya açıktır. İlgili bültenler bir haberin içeriğinde yer alan bilginin gerçeğe aykırı olduğu yönünde bir "iddia" niteliğindedir. Mahkemelerin sadece bu bültenlere veya Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığından sağlanacak bilgilere dayanarak hüküm vermesi mümkün değildir. TCK m. 217/A'ya konu bilgi mutlaka bağımsız, tarafsız, yetkin ve güvenilir bir makam/makamlar tarafından teyit edilmelidir. Bu noktada bir önceki paragrafta belirttiğimiz bilirkişilerin veya uzmanların Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığına karşılarına alacak şekilde bir kanaat bildirip bildirmeyecekleri sorusu akla gelmektedir. Maalesef ki böylesi bir senaryoda bilirkişi veya uzmanların üzerlerinde baskı hissetme ihtimali son derece yüksektir. Bu durum da yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesini engelleyebilecektir. Her ne kadar 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu⁴⁸ ve TCK'nın ilgili hükümleri⁴⁹, bu tür olumsuzluklara karşı normatif garantiler getirirse de; bu düzenlemelerin yürütmenin baskısı karşısında işlevsiz kalması ve bahsedilen sağlıksız etkinin mahkemeler üzerinde görülmesi muhtemeldir.

⁴³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 616, 626.

⁴⁴ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (9. b. Seçkin 2021) 238.

⁴⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 618..

⁴⁶ <<https://www.iletisim.gov.tr/turkce/dezenformasyon-bulteni>>

⁴⁷ İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında 14 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesi. CKS 15, RG 24.7.2018/30488.

⁴⁸ Madde 3/1: Bilirkişi, görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız, tarafsız ve objektif olarak yerine getirir.

⁴⁹ Madde 277 - yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu; madde 288 - adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs

29. Örneğin bir tren kazasında ölen kişi sayısına ilişkin ilgili bakanlıktan bir açıklama yapıldığını farz edelim. Bu sayının aslını araştıran bir gazeteci hastanelerden bilgi alarak aslında ölen sayısının daha fazla olduğunu tespit etsin ve bu durumu çok takipçili sosyal medya hesabından yayınlasın. Bu durumda gazeteci hakkında TCK m. 217/A'dan dolayı yürütülen yargılamada mahkemenin, ilgili fiilin suç oluşturmaması sebebiyle beraat hükmü verdiğini düşünelim. Bu farazi durumda aslında mahkeme, bakanlığın açıklamasının gerçeği tam olarak yansıtmadığını tespit etmektedir. Siyasi ayağı olan bu tür tespitlerin birçok çevre tarafından tepkiyle karşılanma olasılığı yüksektir. Bu tepkilere örnek olarak hakimlerin idari soruşturmaya tabi tutulması, görev yerlerinin değiştirilmesi veya sosyal medya üzerinden yürütülecek linç politikasını gösterebiliriz⁵⁰. Bu da mahkemeyi siyasi veya popülist ağırlığı olan bir bağlamda çekingen kılacaktır. Bu örnekte bir nevi ilgili bakanlık ve mahkeme karşı karşıya gelecektir. Bu paragrafta bahsedilen olasılıklar, sadece TCK m. 217/A'nın yürürlükte olmasından kaynaklanmamaktadır. Bu paragraftaki olasılıklar, yargı tarafsızlığı ve bağımsızlığının tam olarak tesis edilemediği bir hukuki ortamda TCK m. 217/A'nın ne gibi olumsuz sonuçlar doğurabileceğine dikkat çekmektedir.

V. Suçun Alenen İşlenmesi

30. TCK m. 217/A hükmündeki halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçundan dolayı gerçek olmayan bilgiyi "alenen" yayan kişinin sorumluluğu öngörülmüştür. Aleniyet⁵¹ kavramının ne anlama geldiği öğretilerde tartışmalıdır. Aleniyet, bazı yazarlarca eylemin gerçekleştirildiği yere⁵², bazı yazarlarca ise hareketin algılanabilme imkanına göre değerlendirilmiştir. Öğretilerde ağırlıklı görüş, aleniyetin tespitinde temel ölçüt olarak fiilin belirli olmayan, birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanını aramaktadır⁵³. Diğer bir görüşe göre ise aleniyetin mevcudiyeti için, kalabalık sayıda kimselerin fiili öğrenmelerinin imkân dahilinde olmasını yeterlidir. Ancak fiilin öğrenilme imkânı fail tarafından ortadan kaldırılmış olabilir. Örneğin failin, dükkânın kapısını kapatmak gibi tedbirler alması ve böylelikle çok az sayıda kişinin duyabileceği şekilde fiili gerçekleştirmesi halinde aleniyetin olmadığı kabul edilmelidir⁵⁴.

31. Kanaatimizce aleniyet, fiilin başka kişilerce algılanabilme imkanına bağlıdır. Fiilin gerçekleştirildiği yer somut olayın şartları kapsamında dikkate alınabileceksin de aleniliğin belirlenmesinde, yer tespitinin tek başına bir önemi yoktur. Hatta gelişen teknoloji sayesinde fail, evinde çektiği bir videoyu veya yazdığı bir metni, saniyeler içerisinde bütün internet kullanıcıları ile paylaşabilmektedir. Bu nedenle günümüzde aleniliğin değerlendirilmesinde failin bulunduğu yerin önemi gittikçe azalmaktadır. Bize göre aleniyetin tespitinde önemli olan husus, hareketin sayısı ve kimliği belirsiz kişilerce algılanabilme imkanının bulunmasıdır.

32. Aleniyet bakımından dikkate alınması gereken bir husus, aleniyetin suçun unsuru olmasıdır. Bu bakımdan failin gerçeğe aykırı bilgiyi aleni şekilde yaydığını bilmesi gerekmektedir. Özellikle sosyal medya bakımından bu durum önem taşımaktadır. Örneğin az sayıda takipçisi bulunan gizli hesabında gerçeğe aykırı bilgi içeren paylaşımda bulunan kişinin suçtan sorumlu tutulmaması gerekir. Kanaatimizce bu durumda alenen yayma unsuru oluşmadığı gibi kişinin "halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saiki" de bulunmamaktadır. Bu kişinin paylaşımının başkaları tarafından ekran görüntüsünün alınması ve paylaşımın yayılması halinde aleniyet unsuru, bilgiyi ilk üreten değil, herkese açarak belirsiz sayı ve kişilere erişilebilir hale getirenler tarafından sağlanmıştır.

⁵⁰ Bu tür tepkilere benzer örnekler için bkz. <<https://www.haberturk.com/son-dakika-haberi-hsk-davanin-3-hakimi-icin-sorusturma-izni-verdi-2589069>>; <<https://www.evrensel.net/haber/474096/iddia-imamoglundun-davasina-bakan-hakim-siyasi-yasakli-hale-getirmem-telkin-edildi-dedi>>

⁵¹ Aleniyet, sözlükte açıklık olarak tarif edilmektedir. Arapça kökenli bir sözcük olan aleniyet, İngilizcede "public", "publicity", Fransızca "publicité", "publiquement", Almandada ise "die Öffentlichkeit" anlamlarına gelmektedir. Aleniyet, hukukta ise "herkesin vakıf olabileceği şekilde", "kamuya açık olarak" anlamlarında kullanılan teknik bir terimi karşılamaktadır. Bkz. Fehmi Şener Gülseren, 'Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı' (2014) 5(1) Lefke Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 32, 33.

⁵² Sulhi Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler (4. b. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1975) 145-148; Gökhan Taneri, Hakaret Tekzip Tazminat (2. b. Bilge 2013) 132, 133.

⁵³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (16. b. Seçkin 2018) 605; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. b. Seçkin 2018) 499; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (3. b. Beta 2016) 255; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler (16. b. Adalet 2017) 346; Hasan Sınar, 'Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkartılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi' (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 75, 98. Yargıtay da aleniyet kavramıyla ilgili "Aleniyet hakaret eyleminin herkesin duyabileceği, görebileceği ve sayısı belli olmayan birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması anlamına gelmektedir" Yargıtay 18. CD, E.2017/486 K.2017/8725 T.12.9.2017.

⁵⁴ Sahir Erman, Hakaret ve Sövme Suçları (2. b. İstanbul Üniversitesi 1989) 208, no. 126.

33. Aleniyetin sağlandığı platform ve nitelikleri aynı zamanda “kamu barışını bozmaya elverişli”lik bakımından da önem taşımaktadır. Ana akım bir medya kuruluşuna ait olan veya çok sayıda ziyaretçisi bulunan internet sitesi veya sosyal medya hesabındaki paylaşım ile az sayıda takipçisi olan forum veya sosyal medya hesabında yapılan paylaşım, kamu barışını bozmaya elverişlilik bakımından aynı şekilde değerlendirilmemelidir. Nitekim AİHM de ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında demokratik toplumda gereklilik (bunun özelinde baskın sosyal ihtiyacı karşılama) kriteri bakımından gerçekleştirdiği incelemede içeriğin paylaşıldığı platformun niteliğini göz önünde bulundurmaktadır⁵⁵.

VI. Manevi Unsur

34. TCK m. 217/A hükmündeki halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu kasten işlenebilecek bir suçtur. Suçun oluşumu gerçeğe aykırı bilginin için “sırf halk arasında endişe, korku, panik yaratmak saikiyle” yayılması gerekmektedir. Esasında sırf halk arasında endişe, korku, panik yaratma saiki manevi unsurla ilişkili bir kriterdir. Ancak burada saik kavramının kullanılması hatalıdır. Saik, dışa yansıyan iradeyi şekillendiren ve failin harekete geçmesine yol açan sebeptir⁵⁶. Saik de subjektif bir karaktere sahip olmakla birlikte kastın bir türü değil⁵⁷, kasttan önce var olan, kastı hazırlayan duygu ve düşüncelerdir⁵⁸. Failin endişe, korku, panik yaratmaya yönelik güdüsünden ziyade amacıyla fiilini gerçekleştirmesi mümkündür. Bu bakımdan endişe, korku, panik yaratmak “saiki” yerine, özel kasta yönelik bir terim olan “amacı”nın madde metninde yer alması daha isabetli olurdu. Kanun koyucu çoğunlukla saiki bir unsur olarak aramaz. Örneğin bir kişinin belgede sahtecilik suçunu zevk için işlemesi önemli değildir⁵⁹. Bununla birlikte kanun koyucu saiki bazen suçun bir unsuru veya ağırlaştırıcı yahut hafifletici sebebi olarak belirleyebilir. 5237 Sayılı TCK’da da saik yukarıdaki açıklamalara uygun şekilde kan gütme ve töre saikiyle sınırlı olarak kullanılmıştır. Yine TCK m. 61’de cezanın belirlenmesinde failin güttüğü amaç ile saikten bahsedilmiş amaç ile saik aynı anlamda kullanılmamıştır.

35. Ayrıca düzenlemede “sırf” endişe, korku, panik yaratma saikinden bahsedilmiştir. TCK m. 123’te düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından da fiilin “sırf huzur ve sükununu bozmak maksadı” ile gerçekleştirilmesi gerektiği öngörülmüştür. TCK m. 123 bakımından huzur ve sükununu bozabilecek eylemlerin başka amaçlarla gerçekleştirilmesi halinde suç oluşmayacaktır⁶⁰. Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından da failin gerçek olmayan bilgiyi yaymasında endişe, korku, panik yaratma amacı dışında başka bir amaçla fiilini gerçekleştirmesi halinde suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir. Örneğin İstanbul Boğazi’nde Contorium adlı bir maden bulunduğu yönündeki gerçeğe aykırı bilginin mizahi bir amaçla yayılması incelenen suçu oluşturmayacaktır. Benzer şekilde halkı bilgilendirmek amacıyla bazı resmi verilerin doğru olmadığını ortaya koymak bakımından resmi bilgilerden farklı bilgilerin yayılması da suç teşkil etmeyecektir.

36. Failin endişe, korku, panik yaratma saiki veya daha doğru ifadeyle amacıyla fiilini gerçekleştirmesi tek başına kastın varlığı bakımından yeterli değildir. Failin kastının varlığı bakımından aynı zamanda yaydığı bilginin gerçek olmadığını da bilmesi gerekmektedir. Bilgi aslında gerçek olmamasına rağmen gerçek olduğu yönünde hataya düşülmüşse, suçun maddi konusu üzerindeki bu hata TCK m. 30/1 kapsamında değerlendirilecek ve failin kastını ortadan kaldıracaktır. Burada suçun taksirli hali öngörülmediği için failin hatasının kaçınılabilir, yani dikkat ve özen gösterdiği takdirde bilginin gerçek olmadığını tespit edebilecek olması da önem taşımayacaktır. Medya mensupları bakımından basın etiğiyle de bağlantılı olarak kaynaktan gelen bilginin doğruluğunun teyit edilmesine yönelik beklenti, failin hatasının kaçınılmazlığıyla bağlantılı olarak düşünülse dahi, TCK m. 30/1’deki hatanın kaçınılabilir olup olmaması kastın kalkması bakımından bir etki doğurmayacaktır. Ayrıca suç tipi yalnızca medya mensupları değil, aynı zamanda basın etiğine tabi olmayan siviller tarafından da işlenebileceği için zaten bilginin doğruluğunun araştırılması veya teyit edilmesine ilişkin suç tipiyle ilişkili bir yükümlülüğün dikkate alınması da, caydırıcı etki düşünüldüğünde ifade özgürlüğünü gereğinden fazla sınırlayacaktır.

⁵⁵ Bkz. AİHM, BN.10692/09, T.28.08.2018 (Savva Terentyev v. Rusya), §79-81.

⁵⁶ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2 (11st edn Beta 1997) 224; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. b. Adalet 2011), 206; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. b. Beta 2013), 281; Cengiz Apaydın, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları (1. b. 2009), 85.

⁵⁷ Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt I (11. b. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1976) 499, 500. Belirtmek gerekir ki yazar, saikin özel kast olduğunu belirtmiştir. Ancak özel kast kapsamındaki bilme ve isteme unsurlarının, kasttaki neticeyi bilmek ve istemek olmadığını belirterek, özel kastın, kastın kapsamında olmadığını ileri sürmüştür. Böylece saikin, kastın dışındaki bir kavram olduğunu tespit etmiştir. Yazara göre saik, kanunun hareketin doğal olmayan neticelerine bir anlam verme çabasında kullanılabilir. Ayrıca bkz., Zafer, 252. Yazar da benzer bir görüşü benimsemiştir. Zafer’e göre özel kast olarak geçen kavramın, bilme ve isteme unsurlarından meydana gelen kast ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Özel kast ve kastın tek ortak noktası, her iki unsurun da failin psişik durumu ile ilgili olmasıdır.

⁵⁸ Apaydın, 85.

⁵⁹ Hakeri, 206.

⁶⁰ Özlem Yenerer Çakmut, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları (1. b. Beta 2014) 68. Yargıtay’ın yeknesak uygulaması da failin başka amaçlarla fiili gerçekleştirmesi halinde suçun oluşmayacağı yönündedir: “Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu kapsamına giren davranışların, sırf huzur ve sükunu bozmak amacıyla yapılması ve bu anlamda suçun oluşması için özel bir kastın varlığı gerekir. Somut olayda, sanığın, bir süre arkadaşlık yaptığı, ancak kendisinden ayrılan katılanla barışmak maksadıyla, dosya kapsamından ne kadar süreyle ve kaç adet olduğu tespit edilemeyecek şekilde kısa mesaj göndermesi, telefon etmesi eyleminin, ne şekilde özel kastla işlendiği ve sırf huzur ve sükunu bozmaya yöneldiği açıklanmadan, yetersiz gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi” (Yargıtay 4. CD, E.2016/4715, K.2016/9234, T.9.5.2016).

VII. Suçun Nitelikli Hallerine Genel Bir Bakış

a. Failin Suçu Gerçek Kimliğini Gizleyerek İşlemesi ve Anonimlik Hakkı

37. TCK m. 217/A'nın ikinci fıkrası, failin suçu gerçek kimliğini gizleyerek işlemesini cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kişinin "gerçek kimliğini gizlemek suretiyle" suçu işlemesi şeklinde lafzı içeren bir düzenleme, yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da yer alan sair hükümlerde mevcut değildir. Buna karşın kişinin kim olduğunun açığa çıkmasını engelleyecek yöntemleri kullanması bazı suçlar bakımından cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiş bütün bu nitelikli halleri ifade ederken istikrarlı bir biçimde "kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle" lafzı kullanılmıştır⁶¹. Bu halde mevcut düzenlemenin aynı lafzı kullanmak yerine "gerçek kimliğini gizlemek suretiyle" demesi hakkında iki ayrı değerlendirme yapılabilir. Bu değerlendirmelerden ilki kanun koyucunun terminolojik birliği sağlamak konusunda bir gayret sarf etmediği, bu ifadelerin eş anlamlı kullanıldığı yönünde olabilir. Bu görüşe karşı ve ikinci olarak ise, kanun koyucunun bu düzenlemedeki lafzı TCK'daki diğer düzenlemelerden farklı tercih ederek, anılan düzenlemelerdeki davranışlardan başka bir davranışı nitelikli hal kapsamına almak istediği savunulabilir. Bu değerlendirmelerin hangisinin daha doğru olduğu hususunda ise hükmün tekrarı niteliğinde olan madde gerekçesi bir yorum aracı olarak kullanılmaya elverişli değildir⁶².

38. TCK'da yer alan diğer düzenlemelere dönülecek olursa "kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle" suç işlenmesinin neden cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlendiği sorusuna cevap olarak TCK'nın gerekçesinde⁶³ iki ayrı kategorinin bulunduğu söylenebilir. İlki kişinin cezasız kalmamak için yapacağı değişikliklerden imtina etmesi nedeniyle cezanın artırılmasıdır⁶⁴. İkinci grupta ise korkunun yoğunluğu kıstası öne çıkmaktadır⁶⁵. Kanaatimizce bu suç tipi bakımından kanun koyucunun iradesi korkunun yoğunluğundan ziyade, kişinin yakalanmaktan imtina etmesi şeklindeki davranışı cezalandırılmak yönündedir. Zira kişinin kimliğini gizli tutması gerçeğe aykırı bilgiden duyulacak korkunun yoğunluğunu artırmaktan ziyade bilginin daha az güvenilir olduğu düşüncesi ile korkunun azalmasına neden olabilir.

⁶¹ *Bilgili maddeler: tehdit suçuna ilişkin düzenlemeyi içeren m. 106/2-b, nitelikli hırsızlığa ilişkin düzenlemeyi içeren m. 142/2-f, nitelikli yağma suçuna ilişkin m. 149/2-b, görevi yaptırmamak için direnme suçuna dair m. 265/3, eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları bakımından m. 119/1-b'dir.*

⁶² *AlHükmün özetlenmesi şeklindeki bu tip ibarelerin gerekçe olarak yazılması kanun yapma tekniği bakımından problematik olduğu gibi, kanun koyucunun ultima ratio nitelikteki ceza hukuku tedbirine neden ihtiyaç duyulduğunun anlaşılmasını zorlaştırır; spekülasyonlara daha fazla zemin hazırlar. Bunun özellikle bilginin yayılmasının denetlenmeye çalışıldığı bir kanun teklifinde olması da ayrıca ilginç bir durumdur, zira yanlış bilgiler veya spekülasyonlarla mücadele etmenin önemli yollarından biri de nitelikli bilgiye kolayca ulaşılması ve şeffaflık olarak kabul edilmektedir. Şeffaflığın gerçek dışı bilgilerle mücadeledeki önemine ilişkin bağımsız uzmanlar tarafından hazırlanan Avrupa Komisyonu raporu için bkz. A Multi-dimensional Approach to Disinformation Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation, <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/70297/DeCockB_2018?sequence=1&isAllowed=y>*

⁶³ *TCK Tasarısı <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>>*

⁶⁴ *Hırsızlık suçu bakımından bu nitelikli halin gerekçesinde "Burada failin suç işlediği sırada yakalanmasını önlemek ve böylece cezasız kalmasını sağlamak amacı ile kıyafetinde ve çehresinde yapacağı her türlü değişiklik kast edilmektedir" denilmektedir.*

⁶⁵ *Yargıtay 13 CD, E.2020/1965, K.2020/4345, T.18.3.2020; Yargıtay 4. CD, E.2015/24942, K.2019/18807 T. 3.12.2019; Yargıtay 4. CD, E.2015/18560, K.2019/16587, T.24.10.2019. Alaaddin Egemenoğlu, 'Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu (TCK m. 106)' (2017) 4(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 79-80 <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1102238>>*

39. Bu halde kişinin kimliğini daha zor erişilmek için gizli tutmasının daha ağır bir cezayı gerektirip gerektirmediği üzerine düşünmek gerekir. Suçun temel hali, dolayısıyla nitelikli hali suçun işleneceği yerin çevrimiçi platformlara özgü olduğu yönünde bir sınırlama içermese de bilgi paylaşımının en yoğun yaşandığı yerlerden internetin bu suçun uygulanacağı yerlerden biri olacağını öngörmek zor değildir. Nitekim maddenin gerekçesinde de internetin etkisi bu suç tipinin düzenlenme nedeni açıklanmaya çalışılırken vurgulanmıştır⁶⁶. İnternet pek çok kişinin kimliğini açıklamadan yer aldığı, bir diğer ifadeyle anonim kalmayı tercih ettiği bir alandır. Anonimlik kişinin sadece gerçek isim-soy isminin haricinde bir rumuz kullanması ile sınırlı değildir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Raportörü, anonimliği tanımlarken rumuz kullanmanın yanı sıra bunun verilerin şifrelenmesi, ek önlemler alınması gibi yöntemlerle de sağlanabileceğine dikkat çekmiştir⁶⁷. Bu bağlamda çevrimiçi anonimlik sadece kişinin sosyal medya platformlarında kimliğini açıkça yazmamasının da ötesinde, kimliğinin ortaya çıkmasını engelleyecek yöntemleri, şifrelemeleri kullanabilmesini de içine alan, internette ifade özgürlüğünü kullanabilmesi bakımından önem arz eden bir haktır⁶⁸. Zira çevrimiçi anonimlik temelde insanın kendini kalabalıklardan koruma arzusuna ve böylece daha özgür bir biçimde bilgi edinmesine ve paylaşmasına da hizmet eder⁶⁹. Nitekim farklı disiplinlere ilişkin öğretilerde, internette anonimliğin temel bir insan hakkı olarak tanımak gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur⁷⁰. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi özel raportörü de buna ilişkin olarak, devletlerin ifade özgürlüğüne doğrudan katkı sağlayan şifreleme ve anonimliğe ilişkin müdahalelerden kaçınmaları gerektiğini; bu tip müdahalelerin gerekli yahut orantılı olmadığını ve kitlesel uygulamalardan kaçınılması gerektiğini belirtmiştir⁷¹.

40. Anonimlik hakkına ilişkin olarak Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesi'nin 2003 tarihli İnternet Üzerinden İletişim Hakkı Üzerine Deklarasyonunu'nun 7. maddesinde, taraf devletlerin çevrimiçi gözetlemelere karşı koruma sağlamak ve özgür bilgi, fikir dolaşımını kuvvetlendirmek için anonimliğe saygı duyması gerektiğinden bahsedilmektedir. Ancak madde buna istisna olarak suç işleyenlerin tespit edilmesini istisna tutmaktadır⁷². İlgili madde AİHM önüne gelen bir başvuruda değerlendirilmiş ve anonimlik hakkının bilgi ve fikirlerin serbestçe dolaşımına katkı sağladığı, kimlik bilgilerinin açıklanmasının internette fikir alışverişi üzerinde caydırıcı bir etki ("chilling effect") yaratabileceğini belirtmiştir. Ancak AİHM anonimlik hakkının mutlak olmadığı ve sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir⁷³. Bununla birlikte anonimliğe yapılan müdahaleler bakımından mevcut takdir marjının politik tartışmalar söz konusu olduğunda dar olacağına, yine mahkemelerin çatışan menfaatlere ilişkin orantılılığı gözetmesi ve gerekçelendirme yapması gerekliliklerine işaret etmiştir⁷⁴.

⁶⁶ "Bu noktada, internetin sağladığı anonim ortam yalan, yanlış veya manipülatif içeriklerin artmasına neden olmuştur. Bilhassa, özel saiklerle oluşturulup organize bir biçimde yayılan içerikler veya bot hesaplar aracılığıyla yapılan paylaşımlar, internet ortamındaki dezenformasyonu hızlı bir biçimde artırmaktadır. Bu şekilde maksatlı bir biçimde oluşturulan uydurma içerikler, fikirler pazarındaki ürün güvenliğini olumsuz etkilemekte, bireylerin kanaat oluşumunu manipüle etmekte ve özgür düşünceyi ipotek altına alarak demokratik ortamın masumiyetini zedelemektedir. Sonuçta, kişilerin habere veya bilgiye erişimini kolaylaştırmaya yönelik mekanizmalar ve imkânlar geliştirilirken, haber veya bilginin güvenliği sağlanarak, özgür ve özgün fikirlerin demokratik ortamda çatışmasına ya da yarışmasına yönelik tedbirlerin alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır" Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Feti Yıldız ve 64 milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Sıra Sayısı: 340, 20.06.2022, 14. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf>>

⁶⁷ David Kaye, 'Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression' (2015) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, §1 <<https://digitallibrary.un.org/record/1304394>>

⁶⁸ Wolfgang Benedek ve Matthias C. Kettmann, 'İfade Özgürlüğü ve İnternet', Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi' (2013) 27-28 <<https://rm.coe.int/16807005e4>>

⁶⁹ Kaye, §9.

⁷⁰ Yeliz Dede Özdemir, 'İnternet Siyasası Oluşturma ve 5651 Sayılı İnternet Yasası'na Eleştirel Bir Bakış' (2015) 2(2) Ankara Üniversitesi İLEF Dergisi 81, 94.

⁷¹ Kaye, §60.

⁷² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Declaration On Freedom Of Communication On The Internet, 28 Mayıs 2003 <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5>

⁷³ AİHM, BN.39378/15, T.7.11.2021, (Standard Verlagsgesellschaft Mbh v. Avusturya No. 3), §74-76.

⁷⁴ ibid §93-96.

41. AİHM bu bağlamda çevrimiçi anonimliğin derecelerine de dikkat çekmektedir. İnternet kullanıcısı kamuoyuna karşı kimliğini gizli tutsa da, kimi hallerde servis sağlayıcısına sunduğu bilgilerle kimliğini tespit edilebilir kılabilir. Yine bir servis sağlayıcı kimlik tespitine yarayan bu bilgileri edinmek isteyebileceği gibi, daha geniş bir anonimlik sağlamak adına bunu talep etmiyor da olabilir⁷⁵. Suç tipi ile kastedilen gerçek kimliğin gizlenmesi davranışı, kimliğin herkesten gizlenmesini mi, yoksa kişinin gerçek kimliğini servis sağlayıcısı ile paylaştığı veriler aracılığı ile tespit edilebilir kılmasına rağmen kamu ile paylaşmaması halini mi düzenlemektedir? Yargıtay'ın gizli aramalarla yapılan tehdit suçuna ilişkin değerlendirmesi ışığında, kimliğin sair kurumlar tarafından belirlenebilmesi olanağının varlığı halinde bu nitelikli halin oluşmayacağı söylenebilir⁷⁶.

42. Anayasa Mahkemesi'ne göre bireylerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları bakımından vazgeçilmez niteliğe sahip olan internete ilişkin düzenleme ve uygulamalarda çok hassas davranılması bir zaruret⁷⁷ iken ve yukarıda belirtilen çeşitli uluslararası kurumlarda deklarasyonlar, kararlar ve raporlar aracılığı ile anonimliğin bir hak olarak tanınmasını savunurken, TCK m.217/A'da kişinin gerçek kimliğini gizleyerek anonim kalmasının ayrıca cezaı artıran bir nitelikli hal olarak öngörülmesi Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan insan haklarına saygılı devlet ilkesine, 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği üzere onu da kapsayan düşünce ve kanaate sahip olma hürriyetine yönelik ağır bir müdahale teşkil etmektedir.

b. Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

43. TCK m. 217/A'nın ikinci fıkrasında cezalandırılan nitelikli hallerden biri de suçun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesidir. Hukukumuzda örgüt faaliyetine dahil olmanın tek yolunun örgüte üye olmak olmadığını belirtmek gerekir. Gerçekten de örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi TCK m. 220/7 uyarınca cezalandırılmakta, bu bir silahlı örgüt ise TCK m. 314/3 göndermesiyle m.220/7 de silahlı örgütler bakımından uygulanabilmektedir. Yalnız silahlı örgütler bakımından uygulanma imkanı bulan TCK m. 220/6 ise örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin cezalandırılmasına ilişkin bir norm ihtiva etmektedir.

44. TCK m. 217/A bakımından da uygulama alanı bulabilecek bu hükümlere ilişkin olarak Venedik Komisyonu, Türkiye uygulaması tarafından silahlı örgüt üyeliğine ilişkin verilen mahkûmiyet kararlarında zayıf delillere dayanıldığını belirtmekte, temel hak ve hürriyetler kapsamında değerlendirilen fiilleri gerçekleştiren kişilerin ise anılan düzenlemeler aracılığı ile örgüt suçundan cezalandırıldığı sonucuna ulaşılmakta, nihai olarak zaman içinde anılan maddelerde yapılan değişikliklere rağmen toplantı ve ifade özgürlüklerinin kullanılmasına ilişkin yeterli korumanın sağlanmadığı belirtmektedir⁷⁸.

45. TCK m. 220/6 hükmü ile ilgili olarak AİHM, muğlaklığı itibarıyla ifade ve toplanma özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olan düzenlemenin sadece bireyi değil, toplumun genelini de bu özgürlüklerini kullanmak bakımından olumsuz etkileme potansiyeline sahip olduğunu belirtmiştir⁷⁹. Mahkeme, TCK m. 220/7'ye ilişkin olarak ise hem kanunun lafzının hem de yargı kararlarının kamu makamlarının keyfi uygulamalarını sınırlandırmaktan uzak kaldığını belirtmek suretiyle yapısal bir probleme işaret ederek ihlal kararı vermiştir⁸⁰.

⁷⁵ ibid §77.

⁷⁶ Yargıtay 4. CD, E.2015/24942, K.2019/18807, T.3.12.2019: "TCK'nın 106. maddesinin 2/b fıkraya ve bendinde düzenlenen tehdidin, 'kişinin kendisini tanınamayacak bir hale koyması suretiyle' işlenmesiyle ilgili nitelikli şeklinin ancak; sanıkla yüzyüze iletişim kurulan hallerde ve sakal, bıyık veya maske takma, kıyafetinde değişiklik yapma gibi dış görünümünü ve dolayısıyla kimliğini değiştirecek şekildeki davranışların varlığı halinde uygulanabileceği, somut olayda Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca gizli numaradan arayan kişinin açık kimlik ve adres bilgilerinin tespit edilebildiği gözetilmeden, "gizli numaradan aradığı" gerekçesiyle, aynı maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi yerine, somut olaya uymayan 2. fıkrası uygulanarak fazla cezaya hükmedilmesi" benzer yönde bkz. Yargıtay 4. CD, E.2015/18560, K.2019/16587, T.24.10.2019.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi (GK), BN.2014/4705, T.29.5.2014, (Youtube LLC Corporation Service Company Ve Diğerleri Başvurusu) §52.

⁷⁸ Venedik Komisyonu, Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of The Penal Code of Turkey, CDL-AD(2016)002, 15.03.2016, §100-121.

⁷⁹ AİHM, BN.41226/09, T.14.11.2017 (Işıkara v. Türkiye), §69-70.

⁸⁰ Bkz. AİHM, BN.57316/10, T.10.07.2018 (İmret v. Türkiye), §43-59; AİHM, BN.46713/10, T.10.7.2018 (Bakır ve Diğerleri v. Türkiye), §53-69.

46. Anayasa Mahkemesi TCK m. 220/7 hükmünü, hem norm denetimi⁸¹ hem de bireysel başvuru⁸² kapsamında ayrı ayrı incelemiş, ancak yapısal bir problem tespit etmemiştir. Buna karşın TCK m. 220/6'nın kanunilik ilkesine aykırı olduğunu tespit etmiş⁸³, bunu yapısal bir sorun olarak nitelemiş ve hem pilot karar usulü uygulamış hem de ilgili kanun hükmü yürürlükte olduğuna göre derece mahkemeleri tarafından yeniden yargılama yapılması yoluyla ihlalin giderimi mümkün olmayacağından kararın bir örneğini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilmesine karar vermiştir⁸⁴. Bu kadar ağır bir tespite ve karar tarihinden bu yana bir yılı aşkın süre geçmesine rağmen yasama organı tarafından anılan hükümde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

47. Bu itibarla, suç tipinde örgüt faaliyeti çerçevesinde işleme şeklindeki nitelikli hale yer verilmesi, örgüte üyelik, yardım etme gibi sınırların oldukça muğlaklaştığı Türkiye uygulamasında yalnızca cezanın artması ve infazın ağırlaşması gibi sonuçları yaratmakla kalmayacak, aynı zamanda bireylerin ifade özgürlüğünü kullanması bakımından da caydırıcı bir etki doğuracaktır.

48. Buna ek olarak nitelikli halin nasıl uygulanacağına ilişkin de ayrıca bir tespitte bulunulmasında fayda bulunmaktadır. TCK m. 217/A kapsamında gerçeğe aykırı bilgiyi örgüt faaliyeti çerçevesinde paylaşan kişinin bu davranışı TCK m. 217/A'nın öngördüğü gibi yarı oranında değil, Terörle Mücadele Kanunu ("TMK") m. 5'in⁸⁵ öngördüğü gibi en az üçte iki oranında yapılacaktır. Buna ek olarak TMK m. 17 uyarınca koşullu salıverme oranı dörtte üç olarak uygulanacağından kurumda infaz edilen cezanın süre de uzayacaktır.

c. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi

49. Her ne kadar TCK m. 217/A'da bu nitelikli hal düzenlenmemiş ise de kanun koyucunun hükmü ihdas ettiği yerin 218. maddeden önce olması bir başka cezayı artıran nitelikli halin daha uygulanmasına imkân tanımaktadır. Gerçekten de TCK m. 218 "Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz." hükmünü ihtiva etmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu TCK m. 217/A ile öngörülen bu suç tipini, 218. maddenin hemen önüne eklemekle, bu nitelikli hali de uygulama fikrindedir. 217/A'yı ihdas eden düzenlemenin gerekçesinde⁸⁶ de belirtildiği üzere suç tipinin uygulama alanının ağırlıklı olarak internet ortamı olacağı dikkate alındığında, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılacak olması, suçun temel halinin düzenleniş amacıyla bağdaşmamakta ve ölçsüz bir cezalandırma durumu yaratmaktadır.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E.2012/100, K.2013/84, T.4.7.2013.

⁸² Anayasa Mahkemesi (GK), BN.2014/5224, T.10.6.2021, (Hanifi Yalçıllı Başvurusu) §102-105.

⁸³ ibid §116.

⁸⁴ ibid §131-132.

⁸⁵ TMK m. 3, TCK m. 314'ü de kapsamaktadır. TMK m. 5'e göre ise "3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolünür...Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz."

⁸⁶ "Bu noktada, internetin sağladığı anonim ortam yalan, yanlış veya manipülatif içeriklerin artmasına neden olmuştur. Bilhassa, özel saiklerle oluşturulup organize bir biçimde yayılan içerikler veya bot hesaplar aracılığıyla yapılan paylaşımlar, internet ortamındaki dezenformasyonu hızlı bir biçimde artırmaktadır. Bu şekilde maksatlı bir biçimde oluşturulan uydurma içerikler, fikirler pazarındaki ürün güvenliğini olumsuz etkilemekte, bireylerin kanaat oluşumunu manipüle etmekte ve özgür düşüncüyü ipotek altına alarak demokratik ortamın masumiyetini zedelemektedir. Sonuçta, kişilerin habere veya bilgiye erişimini kolaylaştırmaya yönelik mekanizmalar ve imkânlar geliştirilirken, haber veya bilginin güvenliği sağlanarak, özgür ve özgün fikirlerin demokratik ortamda çatışmasına ya da yarışmasına yönelik tedbirlerin alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır." Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Feti Yıldız ve 64 milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Sıra Sayısı: 340, 20.06.2022, 14 <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf>>

VIII. TCK m. 217/A için Öngörülen Cezanın Alt ve Üst Sınırı

50. TCK m. 217/A'daki yaptırımın üst sınırı üç yıldır. Buradaki üç yıl tercihinin ne gibi sonuçlara yol açacağı, bu tercihle kanun koyucu nasıl bir suç politikası yürüttüğü de irdelenmelidir. TCK m. 217/A'nın gerekçesinde üç yıla ilişkin tercihin arkasındaki sebep açıklanmamıştır. Aynı gerekçede soyut ceza aralığının hangi kriminolojik verilere dayalı olarak belirlendiğine de değinilmemiştir. Bu sebeple buradaki üç yıl tercihinin arkasında yatan sebebe ilişkin fikir yürütülmelidir. Bu noktada akla gelen ilk ihtimal tutuklama yasağıdır.

51. Tutuklama yasağı gereğince (vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç) hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklamaya karar verilememektedir⁸⁷. Bu kurala göre TCK m. 217/A tutuklama yasağı kapsamına girmemektedir. Yani şartları oluştuysa şüpheli/sanığın muhakeme sürecinde bu suçtan dolayı tutuklanması mümkündür. Peki gerçekten de TCK m. 217/A açısından tutuklamaya ihtiyaç var mıdır? Bunu anlayabilmek için öncelikle TCK m. 217/A'dan verilecek mahkûmiyet hükümlerinin olası içerikleri değerlendirilmelidir.

52. TCK m. 217/A'nın alt sınırı bir yıldır. Olası bir yargılamada bu suçtan dolayı öncelikle bir yıl hapis cezası verilecek ve şartları varsa ardından da TCK m. 62 gereğince 1/6 oranında indirim yapılacaktır. Akabinde bir yılın altına inen ceza, kısa süreli hapis cezası olduğu için seçenek yaptırımlara (çoğunlukla adli para cezasına) çevrilecektir. Hapis cezası, seçenek yaptırımlara çevrilmese bile şartları varsa ya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ya da hapis cezasını ertelenmesine hükmedilecektir. Hatta adli para cezasına çevrilen hapis cezası için de şartları varsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Bu olasılıklar haricinde kişi hakkında uzun süreli hapis cezasına hükmediildiğini ve sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya hapis cezasının ertelenmesi kararı verilemediğini farz edelim. Bu durumda dahi uzun süreli hapis cezasının mevcut infaz hukuku hükümleri gereğince infaz kurumlarında infazı pek olası değildir. Birtakım istisnai haller haricinde görüldüğü üzere TCK m. 217/A'dan dolayı verilecek hükümlerin neredeyse tamamına yakını infaz kurumunda infazı gerektiren bir sonuç doğurmamaktadır. Oysaki bu suçtan dolayı tutuklamaya başvurulması mümkündür. Nitekim tutuklama yasağının aslı amacı, kişi özgürlüğüne en ağır sınırlamayı getiren bir koruma tedbirinin, hafif cezalar içeren suçlar hakkında uygulanmasını önlemektir⁸⁸. Tabii ki cezanın fonksiyonu ile tutuklama tedbirinin fonksiyonu birbirinden farklıdır. Ancak uygulamamızda iki fonksiyonun birbiriyle örtüştüğü örnekler çoktur. Hele ki infaz kurumuna alınmayacak bir hükümlünün muhakeme sürecinde tutuklanması çoğunlukla tutuklamanın cezalandırma vasıtası olarak kullanıldığı hallerdir. Bu durum kişi özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde orantısız bir sonuca yol açacağı gibi bir yandan da caydırıcı bir etki ("chilling effect") yaratacak şekilde tutuklamanın kullanılmasına imkân vermektedir⁸⁹.

53. Kaldı ki suç tipinde belirlilik ilkesi açısından problem yaratan soyut ve kapsamı belirsiz "ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni, genel sağlığı, kamu barışı" gibi unsurlar mevcuttur. Buna karşın "sırf, saik ve elverişlilik" kavramlarıyla suçun cezalandırma alanı daraltılmaya çalışılmıştır. TCK m. 217/A gibi kapsamı belirsiz ve cezalandırma alanı daraltılan suç tiplerinde mahkemelerin mahkûmiyet hükmü kurmaktan imtina etme ihtimali doğabilir. Yani bir önceki paragrafta belirtilen hüküm ve infaza yönelik olasılıklar ve tespitler bir kenara bırakıldığında dahi TCK m. 217/A'dan dolayı mahkûmiyet hükmünün verilmesi o kadar da kolay olmayabilir. Buna rağmen suç tipinin tutuklama yasağı kapsamına alınmaması bir önceki paragrafta belirtildiği üzere tutuklamanın bu suç tipi için bir cezalandırma aracı olarak kullanılacağı yönünde kaygılar doğurmaktadır.

⁸⁷ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 100/4: "Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.". Çocuklar için bu sınır beş yıldır. Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (18. b. Beta 2020), 414.

⁸⁸ Hasan Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama (1. b. On İki Levha 2016), 171.

⁸⁹ Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, 'Türkiye'de Can Çekişen İfade Özgürlüğü: OHAL'de Yazarlar, Yayıncılar ve Akademisyenlerle İlgili Hak İhlalleri' (2018), 8 <https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2020/07/Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_TUR.pdf> DOI: 10.13140/RG.2.2.14306.84163

KAYNAKÇA⁹⁰

Akdeniz Y ve **Altıparmak K**, 'Türkiye'de Can Çekişen İfade Özgürlüğü: OHAL'de Yazarlar, Yayıncılar ve Akademisyenlerle İlgili Hak İhlalleri' (2018) <https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2020/07/Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_TUR.pdf> DOI: 10.13140/RG.2.2.14306.84163

Alpay Y, Yalanın Siyaseti (1. b. 2017 Destek Yayınları)

Apaydın C, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları (1. b. 2009)

Artuk ME, **Gökçen A**, **Alaşahin ME** ve **Çakır K**, Ceza Hukuku Özel Hükümler (16. b. Adalet 2017)

Benedek W ve **Kettemann MC**, 'İfade Özgürlüğü ve İnternet", Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi' (2013) <<https://rm.coe.int/16807005e4>>

Centel N ve **Zafer H**, Ceza Muhakemesi Hukuku (18. b. Beta 2020)

Centel N, **Zafe H** ve **Çakmut Ö**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (3. b. Beta 2016)

Dede Özdemir Y, 'İnternet Siyaseti Oluşturma ve 5651 Sayılı İnternet Yasası'na Eleştirel Bir Bakış' (2015) 2(2) Ankara Üniversitesi İLEF Dergisi, 81-103

Dönmezer S, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler (4. b. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1975)

Dönmezer S ve **Bayraktar K**, Basın Hukuku (5. b. Beta 2013)

Dönmezer S ve **Erman S**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2 (11. b. Beta 1997)

Egemenoğlu A, 'Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu (TCK m. 106)' (2017) 4(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-102

Erem F, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt I (11. b. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1976)

Ergüne E, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar (1. b. On İki Levha 2017)

Erman S, Hakaret ve Sövme Suçları (2. b. İstanbul Üniversitesi 1989)

Erman RB, 'İfade Özgürlüğü ve Covid-19 Bağlamında Yalan Haber Yayma Suçu Tartışması' in **Uygun O** (ed), Yeditepe Üniversitesi 25. Yıl Hukukta Güncel Gelişmeler Ulusal Sempozyumu Bildiri Özetleri (Yeditepe Yayınevi 2021) <<https://law.yeditepe.edu.tr/tr/duyuru/2910>>

Ersoy U, 'Ceza Hukukunun Gri Alanı- Tehlike Suçları' (2020) 11(41) 27-64

Girgin A, Gazetecilik Temel İlkeleri (2. b. Der 2014)

Goldstein RA, **DesLauriers C** and **Burda AM**, 'Cocaine: History, Social Implications, and Toxicity-A Review. Disease-a-Month' (2009) 55(1), 6-38 DOI:10.1016/j.disamonth.2008.10.002

Gülseren FŞ, 'Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı' (2014) 5(1) Lefke Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 32-59

Günaydın G, 'İfade Özgürlüğü Kapsamında Maddi Olgular ve Değer Yargıları Ayrımı' (2019) 25(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi 129-149

Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. b. Adalet 2011)

Karan U, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2-İfade Özgürlüğü (1. b. Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2018)

⁹⁰ Bütün elektronik kaynaklar 15.12.2022 tarihinde kontrol edilmiştir. Bu tarih itibarıyla elektronik kaynaklara erişim bulunmaktadır.

Kartal B, Aykırı Düşünceler Kişilik Haklarına Yönelik Tazminat Davalarında Karşı Oylarım (1. b. Turhan 2010)

Kaye D, 'Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression' (2015) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, <<https://digitallibrary.un.org/record/1304394>>

Koca M ve **Üzülmez İ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. b. Seçkin 2021)

Mamak K, 'Categories of Fake News from the Perspective of Social Harmfulness' in **Faintuch J** and **Faintuch S** (eds), Integrity of Scientific Research (Springer 2022)

Özbek VÖ, **Doğan K**, **Bacaksız P** ve **Tepe İ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. b. Seçkin 2018)

Özbek VÖ, **Doğan K** ve **Bacaksız P**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. b. Seçkin 2021)

Özbek VÖ, **Doğan K** ve **Bacaksız P**, Ceza Muhakemesi Hukuku (14. b. Seçkin 2021)

Özbek Ç, Türk Basın Hukuku (1. b. İstanbul Üniversitesi 1978)

Sınar H, 'Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi' (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 75-119

Sınar H, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama (1. b. On İki Levha 2016)

Taneri G, Hakaret Tekzip Tazminat (2. b. Bilge 2013)

Taşkın OE, 'Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku' (2016) 15(1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-91

Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (16. b. Seçkin 2018)

Vermeulen M, 'Online Content: To Regulate Or Not To Regulate - Is That The Question' (2019) <<https://www.apc.org/sites/default/files/OnlineContentToRegulateOrNotToRegulate.pdf> >

Wang C, 'Fake News and Related Concepts: Definitions and Recent Research Development' (2020) 16 (Contemporary Management Research) 145-174. DOI: 10.7903/cmr.20677

Yenerer Çakmut Ö, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları (1. b. Beta 2014)

Yenisey F ve **Nuhoğlu A**, Ceza Muhakemesi Hukuku (9. b. Seçkin 2021)

Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. b. Beta 2013)



Istanbul
Bilgi Üniversitesi