

“7418 sayılı Kanun’un 29. maddesiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na eklenen 217/A maddesinin Anayasa’ya aykırılığı

7418 sayılı Kanunun 29. maddesi ile Türk Ceza Kanunu’na 217/A maddesi eklenerek “Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” suçu ihdas edilmiştir. Buna göre 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 kimsenin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür.

A- Birinci Fıkranın Anayasa’ya Aykırılığı

Bu düzenlemenin birçok bakımdan Anayasa’ya aykırı olduğu; masum görünümlü “yalan haber” ile mücadele söylemi altında meşrulaştırılmaya çalışılsa da,, ifade ve basın özgürlüklerine ve halkın haber alma hakkına yönelik ciddi bir tehdit oluşturduğu ve bütünüyle bir sansür ve baskı aracı olarak kullanılmaya elverişli olduğu açıktır. Ayrıca aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi uygulanması, tamamen keyfiliğe açık olan ve oto sansüre yol açacak olan bu düzenleme, suçun bütün unsurları açısından belirsizlikler içermektedir ve öngörülemez sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle de suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini de ihlal etmektedir.

1- Genel Tespitler

Belirtmek gerekir ki bilginin çarpıtılması ve çarpıtılan bilgi ile siyasal, ekonomik, psikolojik ve sosyal sonuçlar elde etme çabası insanlık tarihi kadar eskidir. İletişim teknolojilerindeki gelişmeler, internetin ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşması ile her türlü bilgi ve haberlerde olduğu gibi çarpıtılmış bilginin yayılma hızı da muazzam bir şekilde artmıştır. Bu ortamların çeşitli gruplar ve devletler tarafından çarpıtılmış bilgilerin yayılması ve bu şekilde siyasal, ekonomik, psikolojik ve sosyal sonuçlar elde edilmesi amacıyla kullanımı giderek yaygın hale gelmektedir. Teknolojideki gelişmeler, birbiri ile ilgisiz ses, resim ve görüntülerin montajlanarak "derin sahtelik=deepfake"¹ olarak bilinen ikna edici sahte ve yanıltıcı haberlerin üretilmesine olanak tanımaktadır. Özellikle yapay zekanın gelişimiyle otomatik bilgisayar programları yoluyla video ve görüntülerin ikna edici bir şekilde montajlanması çok kolay ve ucuz hale gelmiştir. Böylece gerçek ile kurgu arasındaki fark, fark edilemez hale gelmiştir.²

Bu şekilde üretilen haberler de “bot” denilen otomatik hesaplar yoluyla çok hızlı bir şekilde yayılabilmektedir. Dolayısıyla teknoloji sadece sahte haberin üretilmesini kolaylaştırmamış, aynı zamanda yayılmasını da çok hızlandırmıştır. massachusetts Teknoloji Enstitüsü’nün (MIT) yaptığı bir araştırmada, yanlış içeriğin sosyal medya sitelerinde gerçek

¹ Donie O’Sullivan, *When Seeing Is No Longer Believing: Inside the Pentagon’s Race Against Deepfake Videos*, CNN, <https://edition.cnn.com/interactive/2019/01/business/pentagons-race-against-deepfakes/>

² Fernando Nuñez, *Disinformation Legislation and Freedom of Expression*, 10 U.C. IRVINE L. REV. 783 (2020), s. 786, şuradan erişilebilir: <https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol10/iss2/10>

içerikten altı kat daha hızlı yayıldığını ve yanlış haberlerin paylaşılma olasılığının yüzde yetmiş daha fazla olduğunu göstermiştir.³

Ancak manipüle edilmiş bilginin yayılmasına müdahale etmek aynı zamanda demokrasinin vazgeçilmez bir unsuru olan bilgi ve haberlerin özgürce elde edilmesi ve yayılması hakkına müdahale teşkil eder. Bu nedenle yapılacak düzenlemelerin ifade özgürlüğüne ilişkin uluslararası insan hakları hukukunun temel ilkelerine uygun olması zorunludur. İfade özgürlüğü sadece, hoşça giden, herkesçe kabul edilen görüşleri değil, toplumun bir kesimi ya da kamu otoriteleri için hoşça gitmeyen ya da şok edici, düşünce ve bilgilerin ifade edilmesini de güvence altına alır.

Demokratik toplum, her türlü bilginin özgürce yayılması ve tartışılmasını, kamusal meselelerde farklı bakış açılarının özgürce ifade edilmesini ve siyasal konularda hükümete ve politikalarına yönelik eleştirilerin en geniş şekilde korunmasını gerektirir. Demokratik bir toplumun varlığı ile özdeş olan medyanın ve vatandaş gazeteciliğinin kamusal gözetleyici rolünü hakkıyla yerine getirebilmesi için görünen gerçeğe uygun olarak her türlü haber ve düşünceyi herhangi bir baskı ve yaptırım tehdidi altında kalmadan yayımlayabilmesi gerekir. Bu çerçevede değer yargılarının ispatlanması ya da doğrulanması talep edilemez.

Yalan haber (gerçeğe aykırı bilgi) kavramının içeriği belirsiz olup, yalan haberin cezalandırılması, hakikati tanımlama yetkisini iktidarın eline verir. Böyle bir yetki, iktidarın kendi aleyhine olduğunu düşündüğü, istemediği ya da hoşuna gitmeyen her bilgiyi gerçeğe aykırı olarak nitelendirmesine ve muhaliflerini cezalandırmasına imkân verir. Yargı bağımsızlığının ciddi tehdit altında olduğu bir ülkede bu tür bir düzenleme sansür mekanizması işlevi görecektir. Bu risk dolayısıyla demokrasi için oluşturduğu tehditlere rağmen hiçbir demokratik ülkede yalan haber suç olarak düzenlenmemiştir.⁴ Tunus, Rusya, Singapur gibi ülkelerde bu yönde bazı düzenlemeler bulunmakla birlikte bu düzenlemelerin uluslararası insan hakları hukuku standartları ile bağdaşmadığı yönünde yaygın bir eleştiri bulunmaktadır.

Bu nedenle de pek çok uluslararası örgüt temsilcisinin dezenformasyon konusunda yayınladıkları ortak bildirmede, dezenformasyon ve propagandanın çoğu kez bir toplumu yanlış yönlendirmek, ayrıca halkın bilme hakkına ve bireylerin sınırlar gözetilmeksizin her türlü bilgiyi ve fikri arama ve elde etme ve yayma hakkına müdahale etmek amacıyla tasarlanması ve uygulanması konusundaki endişelerini ifade etmişlerdir.⁵

³ Peter Dizikes, *Study: On Twitter, False News Travels Faster Than True Stories*, MIT NEWS (8 Mart 2018), <http://news.mit.edu/2018/study-twitter-false-news-travels-faster-true-stories-0308> [<https://perma.cc/C25X-D3GA>].

⁴ Venedik Komisyonu 7418 sayılı Kanun teklifinin 29. maddesi ile ilgili olarak bir Acil Görüş yayınlamıştır. Bu görüşte Hükümetin atfı yaptığı Avrupa ve Dünya uygulamalarına ilişkin mukayeseli bir incelemeye de yer verilmiştir. Buna göre Komisyonun ulaştığı sonuç şöyledir: “yanlış veya yanıltıcı bilgiyi’ suç haline getirme konusunda ilham kaynağı olarak gösterilen Avrupa ülkeleri aslında bunu yapmamış, bunun yerine internet platformlarına yasadışı içerikle ilgili yükümlülükler getirmiştir. Diğer ülkeler Covid-19 bağlamında dezenformasyonla ilgili yasalar çıkarırken, bunlar uluslararası örgütler, özellikle de uluslararası insan hakları örgütleri tarafından eleştirilmiştir.” Bkz. Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi, İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü (DGI) Acil Ortak Görüşü, “Ceza Kanunu Değişiklik Tasarısı ‘Yanlış Veya Yanıltıcı Bilgi’ İle İlgili Hüküm Hakkında”, 7.10.2022, (CDL-PI(2022)032), para. 31.

⁵ Birleşmiş Milletler (BM) Düşünce ve İfade Özgürlüğü Özel Raportörü, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGIT) Medya Özgürlüğü Temsilcisi, Amerikan Devletleri Örgütü (OAS) İfade Özgürlüğü Özel Raportörü ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu (ACHPR) İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim Özel Raportörü

Aynı şekilde bu örgüt temsilcileri, kamu otoritelerinin medyayı “muhalif” olmakla veya “yalan söylemekle” ve gizli bir siyasi gündeme sahip olmakla suçlayarak, gazetecilere karşı tehdit ve şiddet riskini arttıran, halkın, kamunun çıkarlarının gözcüsü görevi gören gazetecilere güvenini zedeleyen ve dezenformasyon ile bağımsız olarak doğrulanabilecek gerçekleri içeren medya ürünleri arasındaki çizgileri bulanıklaştırarak halkı yanlış yönlendirebilecek durumlar da dahil olmak üzere medyayı karaladığı, korkutmaya çalıştığı ve tehdit ettiği durumlardan büyük kaygı duyduklarını belirtmişlerdir.

Ayrıca Bildirgede bilgi ve fikirleri yayma hakkının, “doğru” beyanlar ile sınırlı olmadığını, söz konusu hakkın aynı zamanda şok edebilecek, hoşla gitmeyen ve rahatsız edebilecek bilgileri ve fikirleri de koruduğuna vurgu yaparak dezenformasyon konusundaki yasakların uluslararası insan hakları standartlarını ihlal edebileceğine işaret edilmiştir, ancak bu durumun resmi görevlilerin veya Devlet yetkililerinin yalan beyanları bilerek veya sorumsuzca yaymasını haklı göstermeyeceğine dikkat çekilmiştir.

Bildirgenin 1. maddesinde ifade özgürlüğüne ilişkin genel ilkelere yer verilmiştir. Yalan haber (dezenformasyon) ve propagandaya ilişkin standartlara yer verilen 2. maddede;

a. “Yalan haber” ya da “objektif olmayan bilgi” gibi muğlak ve belirsiz kavramlara dayanarak bilginin yayılmasına yönelik genel yasaklar getirilmesinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin uluslararası hukuk ilkeleriyle bağdaşmayacağı ve kaldırılması gerektiği;

b. Hakareti suç sayan ceza hukuku düzenlemelerinin gereksiz bir şekilde sınırlandırıcı olduğu ve kaldırılması gerektiği, yanlış veya aşağılayıcı ifadeler nedeniyle özel hukuk sorumluluğuna ilişkin kuralların ancak davalılara beyanlarının doğruluğunu ispatlama konusunda her türlü imkân ve savunma hakkı verilmesine rağmen ispatlayamamaları durumunda meşru olduğu;

c. Devlet görevlilerinin yanlış (dezenformasyon) olduğunu bildikleri ya da makul olarak bilmeleri gereken veya doğruluğu kanıtlanabilir bilgilere karşı pervasız bir umursamazlık gösteren beyanlarda (propaganda) beyanlarda bulunmamaları, bu tür beyanları desteklememeleri, teşvik etmemeleri ve daha fazla yaymamaları gerektiği;

d. Devlet görevlilerinin, iç hukuktan ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine ve kamu görevlerine uygun olarak, ekonomi, halk sağlığı, güvenlik ve çevre gibi kamu yararı ile ilgili konulardaki bilgiler dahil olmak üzere muteber ve güvenilir bilgiler vermeye dikkat etmeleri gerektiği;

hususlarına yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi Birleşmiş Milletler (BM) Düşünce ve İfade Özgürlüğü Özel Raportörü, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Medya Özgürlüğü Temsilcisi, Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) İfade Özgürlüğü Özel Raportörü ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu (AİHHK) İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim Özel Raportörü “yalan haber” gibi muğlak bir kavrama dayanarak haber ve fikirleri yayma özgürlüğüne yönelik genel bir müdahaleyi uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olacağını ortaya koymuşlardır.

Yalan haberle mücadelenin ancak doğru haberin yayılmasıyla mümkün olduğu anlayışıyla Bildirgede, ifade özgürlüğüne elverişli bir ortamın yaratılması için devletlerin alması gereken önlemlere de yer verilmiştir. Bu çerçevede temel yaklaşım medya özgürlüğünün ve çoğulculuğunun güvence altına alınması, medya sahipliğinin çoğulculaştırılması ve medya okuryazarlığının artırılması gibi konularda devletin pozitif ödevlerine dikkat çekilmiştir. Ayrıca sosyal ağ sağlayıcılar gibi aracı kuruluşların uluslararası ifade özgürlüğü standartlarına uygun olarak dezenformasyon ve propagandanın zararlı etkilerini azaltmaya yönelik tedbirler almaları, aynı şekilde gazetelerin ve gazetecilerin dezenformasyonu önlemek için iç denetim mekanizmaları oluşturmaları ve nihayet araçlar, medya organları, sivil toplum ve akademisyenler dahil tüm paydaşların, dezenformasyon ve propagandanın demokrasi, ifade özgürlüğü, gazetecilik ve sivil alan üzerindeki etkilerinin daha iyi anlaşılmasına yönelik katılımcı ve şeffaf inisiyatifler geliştirmeye, ayrıca bu olgularla mücadele için uygun tepkiler geliştirmeleri konusunda işbirliği yapmaya davet edilmişlerdir.

Görüldüğü gibi özellikle internet ve sosyal medyanın yaygınlaşmasıyla birlikte yanıltıcı ve manipülatif bilginin yayılma hızının arttığı ve bunun demokrasilere zarar verme potansiyeli kabul edilmekle birlikte, mücadelenin yasaklarla ve ifade özgürlüğünü kısıtlamakla değil, aksine ifade ve basın özgürlüğünü geliştirmek, çoğulculuğu güvence altına almak, medya okur yazarlığını artırmak ve paydaşların kendi öz denetim mekanizmalarını geliştirmesini ve paydaşlar arası işbirliğini geliştirmek suretiyle yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

Aynı şekilde Venedik Komisyonu ve AK, İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü de Avrupa hükümetleri ve kurumlarının, internet ve sosyal medya için içerik kuralları geliştirme arayışında demokratik dünyada başlıca rolü oynadığını belirterek Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin üye Devletlere dezenformasyon, propaganda ve yalan haber olgularına karşı tedbirler önermelerini tavsiye ettiğini hatırlatmıştır. Ancak Komisyona göre ciddi riskler de mevcuttur. Çevrimiçi dezenformasyonun meşru bir küresel endişe haline geldiği kabul edilse de, “dezenformasyona karşı atılacak adımlar zor olacaktır, ifade özgürlüğü [ve] herkesin ‘her türlü bilgi ve fikri arama, alma ve verme’ hakkı için potansiyel olarak yıkıcı bir güçtür”. Dezenformasyona yönelik çözümler kolayca sansüre ve meşru içeriğin kısıtlanmasına yol açabilir. Dezenformasyona yönelik en sorunlu uygulama ise doğrudan suç haline getirilmesidir: “Tarih, gazeteciler ve insan hakları savunucuları da dahil olmak üzere muhalefeti ve eleştirileri bastırmak için cezai hükümler uygulayan rejimlerin örnekleriyle doludur”.⁶

Çoğunlukla otoriter rejimlerin “yalan haber” ile mücadele azmi, gerçeğe ya da hakikate olan tutkularından değil, gerçeği belirleme tekeliyle ellerine geçirecek “yalan söyleme” tekeli oluşturma arzularından kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle “yalan haberle mücadele” söylemlerine kuşkuyla yaklaşılmalıdır. Bunun temel nedeni, yanıltıcı ve manipülatif bilgiyle mücadele adı altında ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edilmesi, demokratik devletin vazgeçilmez bir unsuru olan açık fikirlilik ve çoğulculuğun zedelenmesi riskinin çok yüksek olmasıdır.

Zira gerçek çok boyutludur ve bu çeşitli boyutların farklı perspektiflerden dile getirilmesi ifade özgürlüğünün özünü ve demokratik çoğulculuğun esasını oluşturmaktadır.

⁶ Bkz. Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi, İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü (DGI) Acil Ortak Görüşü, “Ceza Kanunu Değişiklik Tasarısı ‘Yanlış Veya Yanıltıcı Bilgi’ İle İlgili Hüküm Hakkında”, 7.10.2022, (CDL-PI(2022)032), para. 32.

Gerçeğin hükümetin hoşuna gitmeyen bir boyutunun dile getirilmesi kolaylıkla “gerçeğe aykırı bilginin yayılması” olarak nitelendirilebilecektir.

Nitekim son günlerde yaşanan maden kazasıyla ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanının attığı bir Twitter mesajı⁷, yasanın nasıl uygulanacağına ilişkin ipuçlarını göstermektedir:



Görüldüğü gibi İletişim Başkanı, bakanlıklar ve resmî kurumlar dışında yapılan açıklamaları “dezenformasyon” olarak nitelendirmektedir.

Bu açıkça bilginin tekelleştirilmesi, farklı bakış açılarının kriminalize edilmesi anlamına gelmekte, sivil toplumun ve basının kamu yöneticilerini denetleme imkanlarını ortadan kaldırmaktadır. Gerçekte; kamu makamlarının eylem, işlem ve açıklamalarının sivil toplum ve basın tarafından denetlenmesi ve eleştirilmesi, demokrasinin özünü oluşturmaktadır. Üstelik somut olay bazında bile Sayıştay denetim raporlarına dayanarak yapılan bazı açıklama ve haberler bir kamu ortaklığı olan Taş Kömürü Kurumu tarafından “dezenformasyon” olarak nitelendirilmiştir.⁸

Türkiye'nin yargı pratiği ceza normlarının uluslararası insan hakları standartlarına aykırı olarak çok geniş yorumlandığını ve ifade özgürlüğünün sürekli ihlal edildiğini göstermektedir. AİHM son yıllarda TCK'nın pek çok hükmünün öngörülemez olduğuna ve yasada bulunması gereken belirlilik koşulunu taşımadığına karar vermiştir.⁹ Ayrıca pek çok bağımsız gözlemci ceza ve terör mevzuatının muhalifler üzerinde yargısal taciz amacıyla kullanıldığı tespitinde bulunmuştur.¹⁰

⁷ <https://twitter.com/fahrettinaltun/status/1581131025958436864>

⁸ https://twitter.com/ttk_gen_md/status/1581072399931699200/photo/1

⁹ Bkz. TCK m. 301 için, *Taner Akçam/Türkiye*; TCK m. 299 için *Vedat Şorli/Türkiye*; TCK m. 314 için *Selahattin Demirtaş/Türkiye (2)*; TCK m. 220/6 ve 220/7 için *Işıkırık/Türkiye, İmret/Türkiye (2)*, TCK m. 125/3 için *Ömür Çağdaş Ersoy/Türkiye*.

¹⁰ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatovic, Türkiye Ziyareti Raporunda (19 Şubat 2020 tarihli CommDH(2020)1), para. 40 vd., <https://rm.coe.int/avrupa-konseyi-insan-haklari-komiseri-dunja-mijatovic-1-5-temmuz-2019-/16809c5187>

Türkiye'nin erişim engelleme deneyimi, yargının ifade özgürlüğü için güvence teşkil etmediğini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararları da bu durumu teyit etmektedir.¹¹

2- İfade Özgürlüğüne İlişkin İlgili AYM ve AİHM İçtihatları

Yukarıda belirtildiği gibi iptali istenen kural Anayasa'nın 13, 26, 28 ve 38. maddeleri başta olmak üzere pek çok hükmüne aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğü, 28. maddesinde basın özgürlüğü, 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırma ilkesi ve 38. maddesinde suç ve cezaların yasallığı ilkesi güvence altına alınmıştır.

Dava konusu kuralla düzenlenen gerçeğe aykırı bilgiyi yayma suçu ifade ve basın özgürlüklerine yönelik ağır bir müdahale teşkil etmektedir, zira ağırlaştırılmış şekliyle kişilere dört buçuk yıla kadar hapis cezası verilmesini öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin genel ilkeleri ortaya koymuştur. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar “söz, yazı, resim veya başka yollar” olarak ifade edilmiş ve “başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

Anayasa'da basın özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler de yer almıştır. Basın özgürlüğü alanındaki temel düzenleme Anayasa'nın 28. maddesinde yer almaktadır. Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği, üçüncü fıkrasında basın ve haber alma özgürlüğü bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında ise basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında vurgulandığı üzere ifade özgürlüğü, herkesin söz, yazı, resim veya başka yollarla düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hakkını ve buna bağlı olarak haber veya görüş alma ve verme özgürlüklerini kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü, kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir (Emin Aydın, § 41).

¹¹ 5651 sayılı Kanununun 8. maddesine ilişkin olarak bkz. Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; 8/A maddesiyle ilgili olarak bkz. Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2015/18936, 22/5/2019; 9 maddesiyle ilgili olarak bkz. Ali Kılık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017; Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021 (pilot karar).YENİ GÜN HABER AJANSI BASIN VE YAYINCILIK A.Ş. VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU (Başvuru Numarası: 2016/5903) Karar Tarihi: 10/3/2022 R.G. Tarih ve Sayı: 10/8/2022-31919 (Pilot Karar).

Ne tür bir mesaj verilmek söz konusu olursa olsun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi internet aracılığıyla gerçekleştirilen iletişime de uygulanır (AİHM, Ashby Donald ve diğerleri-Fransa, başvuru no: 36769/08, 10 Ocak 2013, § 34). Anayasa Mahkemesi tarafından pek çok kararında belirtilmiş olduğu üzere sosyal ağ sağlayıcıları, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren, şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan platformlardır. Sosyal medya platformları günümüzde sosyal medyada dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği yorum, mesaj, bilgi, eleştiri, satış ve tanıtımların yapıldığı etkili bir alan haline gelmiştir. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma, yayma ve haberleşmeleri için vazgeçilmez nitelikte olup, bu tür sitelere yapılan müdahalelerin milyonlarca bireysel kullanıcıyı etkilediği açıktır (Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 40).

İnternet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42; Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 39; Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 45). Basın yönünden düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilen internet özgürlüğü, internete erişenler yönünden ise Anayasa tarafından korunan ve ifade özgürlüğünün özünde yer alan haber veya fikir alma özgürlüğü olarak mütalaa edilmektedir (Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021, § 81). Geleneksel medya organlarıncı görmezden gelinen siyasi bilgiler, sıklıkla internet aracılığıyla yayılmışlardır ve bu durum da, bir yurttaş gazeteciliğinin ortaya çıkmasına yol açmıştır (AİHM, Cengiz ve diğerleri-Türkiye, başvuru no: 48226/10 ve 14027/11, 1 Aralık 2015, § 52).

Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde internet halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağlamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yaratmaktadır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 34. Aynı yönde bkz. AİHM, Delfi AS-Letonya, başvuru no: 64569/09, 16/06/2015, § 133). AİHM'nin de işaret ettiği üzere, giderek artan sayıda hizmete ve bilgiye artık yalnızca internet üzerinden ulaşılabilir (AİHM, Kalda-Estonya, başvuru no: 17429/10, 19/01/2016, § 52).

Barındırdığı bilgilerle temel başvuru kaynağı hâline gelen internet, kişilere milyonlarca içerik arasından özgür seçim şansı sunmakta; kamusal tartışmalara aktif katılım olanağı sağlamaktadır. İnternet karşılıklı etkileşime açık yapısı, düşünceleri alma ve iletmede sunduğu geniş imkânlar ile ifade özgürlüğünün kullanımında vazgeçilmez bir vasıta olmuştur (Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri [GK], B. No: 2017/22355, 26/12/2019, § 68).

Dolayısıyla geleneksel yazılı ve görsel medyanın yanı sıra internet medyası ve sosyal medyanın da Anayasa'nın 26 ve 28. maddelerindeki güvencelerden yararlanacağı konusunda kuşku bulunmamaktadır.

3- İptali İstenen Fıkradaki Anayasa'ya Aykırılıklar

Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkraları, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Başka bir deyişle hem gerçek hem de tüzel kişiler için geçerli olan ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat

açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır. Açıklanan ve yayılan bir düşüncenin, içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından “değerli-değersiz” veya “yararlı-yararsız” biçiminde ayrıştırılması sübjektif unsurlar ihtiva eder. Bu değerlendirmelerden hareketle ifade özgürlüğünün alanının belirlenmeye çalışılması bu özgürlüğün keyfi biçimde sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. İfade özgürlüğü, başkaları açısından “değersiz” veya “yararsız” görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içermektedir.

Bununla birlikte ifade özgürlüğü, madde 13’e göre, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında ise, kural olarak 28. maddenin dördüncü fıkrası gereğince Anayasa’nın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacaktır. Ancak ifade ve basın özgürlüklerinin sınırlandırılmasında Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ve bunların denetiminin Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa’nın 26. ve 28. maddeleri kapsamında yapılması gerekmektedir.

Bu çerçevede sınırlamaların kanunla yapılması, meşru bir amacının bulunması demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olması ve ilgili hak ve özgürlüğün özüne dokunmaması zorunludur.

a. yasallık koşulu bakımından inceleme

Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ve bu arada ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin yasallığı konusundaki içtihadını yakın tarihte Atilla Yazar ve diğerleri [GK], (B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 100-102) kararında özetlemiştir. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırabileceği temel bir ilke olarak benimsenmiştir. Anayasa’nın 26. maddesi kapsamında korunan bir hakka yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabul edilebilmesi için Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca söz konusu müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (kanunilik şartına başka bağlamlarda dikkat çeken kararlar için bkz. Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36; Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 82; Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56-61; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/19270, 11/7/2019, § 35; Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, § 76).

Anayasa Mahkemesi, daha önce pek çok kez temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütünün ilk olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kıldığını belirtmiştir (Tuğba Arslan, § 96; Fikriye Aytın ve diğerleri, § 34). Bir yasama işlemi olarak kanun, TBMM'nin iradesinin ürünüdür ve TBMM tarafından Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence sağlar (Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 54; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş., § 36; Hamit Yakut, § 77). Fakat kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır (Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi [GK], B. No: 2014/15220, 4/6/2015, § 56; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, § 55; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş., § 37; Hamit Yakut, § 78).

Belirli bir kuralın keyfi işlem ve uygulamalara yol açmayacak bir içerikte olmasını ifade eder. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Bir kanuni düzenlemede hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaklı hâle gelebilir (Hayriye Özdemir, §§ 56, 57; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, § 56; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş., § 38; Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi, § 57; Hamit Yakut, § 79; norm denetimine ilişkin kararlarda belirliliğe ilişkin açıklamalar için çok sayıda karar arasından bkz. AYM, E.2009/51, K.2010/73, 20/5/2010; AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012).

Dava konusu kural, aynı zamanda bir ceza normu olduğundan sınırlama öngören kuralın belirli ve öngörülebilir olma koşulu aynı zamanda Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan suçların ve cezaların yasallığı ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla belirlilik ve öngörülebilirlik koşullarını taşımayan bir ceza normu, sınırlama getirdiği temel hakkın yanı sıra suç ve cezaların kanuniliği ilkesini de ihlal edecektir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçta kanunilik", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezada kanunilik" ilkeleri güvence altına alınmıştır. Anayasa'da öngörülen "suç ve cezada kanunilik" ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır.

Suç ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devletinin kurucu unsurlarındandır. Kanunilik ilkesi, genel olarak bütün hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde temel bir güvence oluşturmanın yanı sıra, suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir anlam ve önemi haiz olup, bu kapsamda kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırıma bağlanmamış fiillerden dolayı keyfi bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte, buna ek olarak, suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır (Fikriye Aytin ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 49) .

Kamu otoritesinin ve bunun bir sonucu olan ceza verme yetkisinin keyfi ve hukuk dışı amaçlarla kullanılmasının önlenmesi, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla mümkün olabilir. Bu doğrultuda, kamu otoritesini temsil eden yasama, yürütme ve yargı erklerinin, bu ilkeye saygılı hareket etmeleri; suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın, düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmemesi, ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir (Fikriye Aytin ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 50).

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ilke, yasaklanan eylemlerin ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesini, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirmektedir. Kişilerin

yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır (AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; B. No:2013/849, 15/4/2014, §35).

AİHM ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımları da, Anayasa Mahkememizin içtihatlarıyla uyum göstermektedir:

AİHS 10. md. 2. para. yer aldığı üzere ifade hürriyeti konusundaki herhangi bir sınırlama, “yasal temele sahip (prescribed by law)” olmalıdır: “herhangi bir kural, yurttaşı davranışlarını belirlerken, eyleminin sonuçlarını öngörebilmesine izin veren katiyette düzenlenmelidir. Bununla birlikte, değişen durumlara karşılık verebilmek (keep pace) amacıyla yasalar, kimi zaman yorum ve uygulaması pratikte belirlenen ve aşırı katılığa varmayan muğlaklıkla düzenlenmiştir.¹² Yasaya ilişkin gerekli katiyet düzeyi –her durumu karşılayamamakla birlikte- büyük ölçüde yasanın içeriği, kapsadığı alan ve hedef kitlesinin sayısı ve statüsüne bağlıdır¹³ ve yönetimin (executive), yasanın uygulamasına ilişkin takdir marjının sınırsız/dizginsiz güç olarak tanımlanması, hukuk düzenine aykırıdır.¹⁴

ABD Yüksek Mahkemesi'ne göre “olağan zekaya sahip bir bireyin anlamını tahmin etmek zorunda kalacağı ölçüde muğlak hükümlerle düzenlenmiş ve bu nedenle farklı uygulamalara yol açabilecek –bir davranışı yasaklayan veya mecbur kılan- herhangi bir yasa, hukuk düzeninin temel normunu ihlal eder.”¹⁵ (a statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application violates the first essential of due process of law.)

Hem Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik ilkesinin hem de 38. maddesinde yer alan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin gerekleri birlikte değerlendirildiğinde dava konusu kuralın bu ilkelerle bağdaşmadığı görülmektedir.

Öncelikle yukarıda belirtildiği gibi “gerçeğe aykırı bilgi” (dezenformasyon) kavramının içeriği belirsiz olup, söz konusu terim suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine ve temel hakların yasayla sınırlandırılması ilkesine aykırıdır. Düzenlemede bile, madde başlığında “halkı yanıltıcı bilgi” kavramı kullanılmışken, madde içeriğinde “gerçeğe aykırı bilgi” kavramı kullanılmıştır. Bu kavram farklılığı bile başlı başına düzenlemenin içeriğinin belirsizliğine neden olmakta ve yargısal yorum yoluyla tanımlanabilir bir ceza hukuku kavramının söz konusu olmadığını ortaya koymaktadır. Zira aşağıda açıklanacağı gibi gerçek bilgiler de halkı yanıltmak amacıyla kullanılabilir. Dolayısıyla madde başlığında yer alan kavram esas alındığında başka, madde içeriğinde yer alan kavram esas alındığında başka sonuçlara ulaşılabilecektir. Salt bu çelişki dahi, ihtilafli kuralın kanunilik ilkesine aykırı olduğunu göstermektedir.

BM Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörü, 2020 yılında dezenformasyonun “hukukta tanımlanması olağanüstü zor bir kavram”

¹² *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 64, ECHR 2004-I, and *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, no. 27520/07, § 87, 25 October 2011.

¹³ *Karácsony and Others v. Hungary* [GC], nos. 42461/13 and 44357/13, §§ 122-125, ECHR 2016.

¹⁴ *Navalnyy v. Russia* [GC], nos. 29580/12 and 4 others, § 115, ECHR, 15 November 2018.

¹⁵ *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385, 391 (1926).

olduğunu ve “neyin dezenformasyon, neyin hata, neyin gerçek olduğunu belirleme konusunda yürütme makamlarına aşırı takdir yetkisi vermeye açık” olduğunu belirtmiştir.¹⁶

Gerçek çok boyutlu olup, farklı bakış açılarından gerçeğin ifadesi, “yalan haber” olarak nitelendirilemez. Ayrıca paylaşılan içeriğin doğru olup olmadığı ve paylaşanın içeriğin doğruluğunu bilip bilmediği ve niyeti göz önüne alınarak farklı kavramlar türetilmiştir (dezenformasyon, mezinformasyon (yanlış bilgi), malinformasyon (kötü bilgi) vb). UNESCO, bu terimlerden bazılarını tanımlarken dezenformasyon, yanlış bilgilendirme ve kötü bilgilendirme arasında ayırım yapmaktadır.¹⁷ Buna göre;

Dezenformasyon (disinformation)= yanlış bilgi + bilerek ve isteyerek, zarar verme amacıyla paylaşma (Yanlış ve kasıtlı olarak bir kişiye, sosyal gruba, kuruluşa ya da ülkeye zarar vermek amacıyla oluşturulan bilgi).

Yanlış bilgi (misinformation) = yanlış bilgi + bilmeden yayma (Yanlış olan ancak zarar verme niyetiyle oluşturulmayan bilgi)

Kötü bilgi: (malinformation) = doğru bilgi + zarar verme amacıyla paylaşma (Bir kişiye, sosyal gruba, kuruluşa veya ülkeye zarar vermek için kullanılan ve gerçeğe dayalı bilgi)

Kanunda yer alan “gerçeğe aykırı bilgi” ve “yanıltıcı bilgi” kavramlarının yukarıda sözü edilen durumlardan hangisine işaret ettiği açık değildir. Düzenleme, bu kavramlar arasındaki farkı göz ardı ettiğinden belirsizdir. Venedik Komisyonu, ayrıca çarpıcı bir şekilde “bilgi/vakaları”, “fikirlere” açık bir şekilde ayırt etmenin her zaman mümkün olmayabileceğini ifade etmiştir. (After all, it is difficult to imagine an anchor-man not using any adjective, while every adjective gives a flavour of an “opinion” to a statement of fact)¹⁸ ABD Yüksek Mahkemesi’ne göre, “bir fikrin ifadesi sıklıkla objektif bir vakanın da iddia edilmesidir.”¹⁹ Yasanın, bilgi ve fikir arasındaki muğlak sınır dikkate alındığında ve “gerçeğe aykırı bilgi” kavramının Türk hukukunda tanımlanmamış olması ışığında,²⁰ yorum ve uygulamasının “öngörülemez” niteliği ve uygulamasına ilişkin kamu otoritesine tanınan takdir marjının sınırsız/dizginsizliği, bireyin eyleminin sonuçlarını öngörebilmesine engel teşkil etmekte olup yasallık ilkesine aykırıdır.

Ayrıca “yayma” kavramı da, içeriği üretme, başkasının ürettiği içeriği paylaşma, ya da beğenme, başkası tarafından üretilen içeriği olumlu bir ilave ile ya da eleştirel ilave ile paylaşma, veya salt ifşa amaçlı paylaşma gibi farklı durumlar arasında ayırım yapmaksızın kullanıldığında öngörülemez ve belirsiz sonuçlar doğuracaktır. Nitekim Venedik Komisyonu ve DGI de düzenlemede yer alan kavramların muğlaklığına atıf yapmıştır.

¹⁶ Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörü 2020, para. 42.

¹⁷ Journalism, ‘Fake News’ and Disinformation: A Handbook for Journalism Education and Training, <https://en.unesco.org/fightfakenews>

¹⁸ Venice Commission Opinion on Media Legislation of Hungary, 103rd Plenary Session (Venice, 19-20 June 2015, para. 50).

¹⁹ *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1 (1990).

²⁰ *Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe*, CDL-PI(2022)032 (Venice, 7 October 2022, para 42).

Raporun 39. Paragrafına göre; “Komisyon, madde 217/A’nın özellikle “yanıltıcı bilgi” (ilgili ise), “yanıltmaya yönelik yanlış bilgi”, “alenen yayma” (veya “açıkça yayma”), “kamu huzurunu bozma”, “genel esenlik” (veya “kamu sağlığı” veya “genel sağlık”), “elverişli bir şekilde” (veya “elverişli bir tarzda”), “bir kuruluşun faaliyetleri çerçevesinde” gibi çok geniş, muğlak ve farklı yorumlara açık bazı terimler içerdiğine dikkat çekmektedir. Bu durum, taslak hükmün çevirileri ve tartışmalarında yaşanan kafa karışıklığı ile açıkça görülmektedir.”

Dava konusu düzenlemede yer alan “Ülkenin İç ve Dış Güvenliği, Kamu Düzeni ve Genel Sağlık” kavramlarının içeriğini net bir şekilde ortaya koymak da mümkün değildir. Bir bakıma bu kavramlarla doğrudan ya da dolaylı olarak ilintilendirilemeyecek tek bir bilgi olduğu bile söylenemez. Oysa bu kavramlar suçun maddi unsurunun tespiti açısından son derece hayati bir nitelik taşımaktadır. Bu kavramların hukuki olarak sınırlarını çizmek mümkün olmadığından ceza normu içinde suçun maddi unsurunu oluşturan fiilin tanımında bu kavramlara yer verilmesi suç oluşturan fiili belirsiz hale getirmektedir. Diğer bir deyimle hangi bilginin ülkenin iç ve dış güvenliğine, kamu düzenine ve genel sağlığa ilişkin bir bilgi olduğu, bu bilginin gerçeğe aykırı olup olmadığı ve kamu barışını bozmaya elverişli olduğu konusunda ölçü oluşturmak, yeknesaklığı sağlamak, objektif kriterler koymak mümkün değildir. Söz konusu olan bir ceza normu olduğunda bu alanın yargı kararlarıyla açıklığa kavuşturulacağı da söylenemez. Zira suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi kanunun, suçun unsurlarını açık bir şekilde tanımlamasını zorunlu kılar. Yargı kararlarıyla bir fiilin suç haline getirilmesi ya da suç olmaktan çıkarılması açıkça Anayasa’nın 38. maddesini ihlal eder. Bu durumun keyfiligi beraberinde getireceği de muhakkaktır. Nitekim Venedik Komisyonu ve DGI “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlık” gibi kavramların, en yüksek hukuki güce sahip düzenlemelerin (anayasalar, temel hak ve özgürlük metinleri ve uluslararası sözleşmeler gibi) ifadelerinde kullanılmaya uygun soyut kategoriler olduğunu, hiyerarşik hukuk düzeninin daha alt seviyelerinde, örneğin Ceza Kanunu gibi kanunlarda, bu geniş kavramların kullanılmaması gerektiğini, bu kavramların kamusal alana ilişkin her türlü içeriği, her türlü bilgiyi kapsayabilecek ve uygulamalarının öngörülebilirliği adına daha hassas bir tasarı hazırlanmasını gerektirecek her şeyi kapsayan formüller haline gelme riski taşıdığını ve dolayısıyla, bu sınırlamaların gerçekte yanıltıcı olduğunu vurgulamışlardır.²¹

Venedik Komisyonu ve AİHM’nin “yasa hükümlerinin öngörülebilirliği” hususunda benzer konularda dile getirdiği hükümlere dikkat çekmek, yukarıda vurguyla atfedilen “muğlaklık” kavramını kıyasen kristalize etmek açısından elzemdir;

Venedik Komisyonu, Macar Medya Yasaları’na İlişkin Görüşü’nde, Basın Yasası’nın 17 (2) ve 20 (5) ve Medya Yasası’nın 14. md. yer alan “insanlar/toplulukların dışlanması (exclusion of peoples)”; “dini veya siyasi inançların rencide edilmesi (offending “religious or political beliefs)” veya “felsefi yargıları zedeleyen (harm) rahatsız edici görüntü ve sesler (disturbing” images and sounds etc.)” ifadelerini tehlikeli şekilde geniş/sınırsız (broad) olarak değerlendirmiş ve yasa metninden çıkarılmasını önermiştir. Komisyon, Macaristan’daki azınlıkların haklarının ihlal edilmesine ilişkin eleştirel bir ifadenin dahi “toplulukların dışlanması” olarak değerlendirilebileceğine ve “siyasi inanç ve felsefi yargılardan (political beliefs or philosophical convictions)” ne anlaşılması gerektiğinin veya yorum sınırlarının belirsizliğine dikkat çekmiştir. Ayrıca, Basın Yasası’ndaki “anayasal düzen” veya “moral değerler” kavramları, Avrupa standartlarına aykırı olarak değerlendirilmemişse de, Yasa veya eşlik eden soft hukukta açıkça tanımlanmamış olması nedeniyle muğlak kalan bu kavramların Mahkemeler tarafından aşırı geniş bir şekilde yorumunun önüne geçmek için düzenleme

²¹ Venedik Komisyonu ve DGI, 7 Ekim 2022 tarihli Görüş, para. 49.

yapılması gereğine işaret etmiştir.²² AİHM, Azerbaycan ile ilgili bir davada, İç Disiplin Yönetmeliği'nin 110 md. yer alan "ahlak dışı içerik" ve "hapishane faaliyetlerine ilişkin bilgi" kavramlarının muğlak ve genel bir niteliğe sahip olduğunu ve geniş ölçüde farklı yorumlara (a wide range of various interpretations) açık olduğunu not etmiştir.²³

AİHM'nin işaret ettiği üzere; potansiyel ifade özgürlüğü kullanıcılarının oto sansür uygulamalarına yol açacak şekilde bazı düşünce ifadelerini çok genel ibarelerle cezalandıran bir mevzuat; ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil edebilir ve ilgililer böylece mağdur niteliklerini ileri sürebilirler (AİHM, Vajnai-Macaristan, başvuru no: 33629/06, 8 Temmuz 2008, § 54). İhtilafli ibarelerin, kişilerin belirsiz ve öngörülemez bir cezalandırılma ihtimaline binaen görüşlerini açıklamaktan imtina etmelerine yol açacağı ve muhalif, hoş gitmeyen, rahatsız eden düşünceleri oto sansüre maruz bırakmak suretiyle demokratik çoğulculuğu tehdit edeceği açıktır. Bir başka deyişle; yurttaşlar ve basın emekçileri, kapsamı belirsiz ve keyfi değerlendirmelere sonuna kadar açık düzenlemenin kendilerine uygulanabileceği kaygısıyla yöneticilerin hoşuna gitmeyebilecek yorumları yapamayacak, bilgi ve fikirlerin kamusal tartışma alanına dahil edilmesinden kaçınacaklardır.

Düzenlemede yer alan muğlaklık, yalnızca düzenleme konusu bilginin niteliği ile de sınırlı değildir.

Suç oluşturan fiil madde başlığında ve madde içeriğinde "alenen yayma" şeklinde düzenlenmiştir. Ancak hangi fiil ya da işlemlerin alenen yayma olarak nitelendirileceği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Kişilerin bir bilginin internet ortamında, sosyal medya da geleneksel medyada ya da dışarıda yayılmasında oynayabileceği roller çok farklı olabilir. Bir kişi bilginin üretilmesine katılabilir ama yayılmasında herhangi bir rolü olmayabilir, hem üretiminde hem dağıtımında rol alabilir, üretiminde hiçbir ilgisi olmamakla birlikte dağıtımına katılabilir, sadece beğenebilir, kendi hesabında arşivleme amacıyla beğen tuşuna basabilir, herhangi bir yorum yapmadan paylaşabilir, eleştirel bir yorumla paylaşabilir, içerik konusunda başkalarını bilgilendirebilir, hangi ortamda nasıl paylaştığı da ayrıca önemlidir. Bu fiillerden hangisinin "alenen yayma" teşkil edeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ayrıca İnternet Hizmet Sağlayıcı şirketler ile sosyal ağ sağlayıcıların yayma fiilinden sorumlu tutulup tutulmayacağı da belirsizdir. Bütün bunların Kanunda açıkça belirtilmiş olması gerekir. Nitekim Venedik Komisyonu ve DGI de benzer kaygılarını dile getirmişlerdir.

"47. Buna ek olarak, "alenen yayma" (veya "açıkça yayma") ifadesi çok geniştir ve bir konferans bağlamında kamuya açık bir ifadeden sanal dünyada bir "beğenme" veya "retweet"e kadar değişebilen hem çevrimiçi hem de çevrimdışı çeşitli durumlara uygulanabilir. Çevrimiçi ortamda kamusal ve özel alanlar arasındaki sınır bulanıktır. Facebook'ta sadece Facebook arkadaşlarının erişebildiği bir gönderi "alenen yayma" anlamına gelir mi? Ya da belirli bir e-posta adresine istenmeden gönderilen bir e-posta alenen yayma koşulunu karşılar mı? Tasarı'nın, örneğin bu tür içeriği paylaşarak (ve eğer öyleyse, hangi yolla -ek bilgi olmadan sadece bir hiperlink paylaşmak da 'yayma' mıdır?) veya hatta "beğenerek" "yanlış veya yanıltıcı bilginin" daha geniş bir kitleye yayılmasını sağlayan herkese mi yoksa sadece bu tür içeriği doğrudan oluşturan (yazan, söyleyen, çizen, kaydeden) ve belirli bir erişim

²² Venice Commission Opinion on Media Legislation of Hungary, 103rd Plenary Session (Venice, 19-20 June 2015, para 25-28).

²³Zayidov v. Azerbaijan, no. 5386/10, § 71, ECHR, 24 March 2022.

kısıtlamasıyla veya kısıtlaması olmaksızın (ve ne ölçüde) kamuya açık hale getirenlere mi uygulanması gerektiği de açıklığa kavuşturulmalıdır.”²⁴

Kamu barışına yönelik suçlarda maksat, asıl faili (örneğin tehdit edeni, tahrik edeni vs) cezalandırmak iken dava konusu düzenlemede “yayma fiili” cezalandırılmıştır. Dolayısıyla eylemi gerçekleştiren asıl fail ile birlikte bir şekilde bilgiyi öğrenen ve paylaşan kişilerin de cezalandırılması mümkün hale gelmektedir. (Örneğin bir haberi retweet edenler gibi). Bu durumda yayma fiilinin sınırlarının belirlenmesindeki ölçünün ne olacağı açık olmadığı gibi böyle bir tespitin zorluğu dikkate alındığında, dava konusu düzenlemenin hukuki öngörülebilirlik ilkesine aykırı olduğu ve birçok mağduriyete sebebiyet verebileceği de muhakkaktır.

Ayrıca suçun oluşabilmesi için “yayma” fiilinin “kamu barışını bozmaya elverişli” olması gerekmektedir. Ancak bu kavramın da Türk Ceza Kanunu uygulamasında açıklığa kavuşturulmadığı, herhangi birkaç kişinin söylenen sözden rahatsız olduğunu beyan etmesinin kamu barışını bozma unsurunun gerçekleşmesi açısından yeterli görüldüğü gözlemlenmektedir.

Nitekim birkaç ay önce bir sanatçının konseri sırasında bir çalışanına yaptığı espri aradan üç-dört ay geçtikten sonra bir karalama kampanyası konusu olmuş ve sanatçının TCK’nın 216. maddesindeki suçu işlediği şüphesiyle tutuklanmasıyla sonuçlanmıştır.²⁵

Venedik Komisyonu ve DGI da kamu barışını bozmaya elverişlilik kavramının muğlak olduğunu vurgulamışlardır. Görüşte, bu kavramın soyut bir tehlikeye mi, rahatsız etme olasılığına mı, yoksa kamu barışına yönelik fiilî ve yoğun bir zararın kanıtlanmasını gerektiren somut bir riske mi atıfta bulunduğunun belirsiz olduğu ifade edilmiştir. “Yetkililerle yapılan görüşmenin ardından, en endişe verici görünen şey, kamuya açık bir protestonun kendi başına kamu huzurunu bozma olarak değerlendirilebilmesidir. Ne olursa olsun, izleyicilerin (yani “yanlış veya yanıltıcı bilgi” alıcılarının) kapsamı ve niteliğine ilişkin sorular da son derece endişe vericidir.”²⁶

Görüldüğü gibi düzenleme, suçun kanuni unsuru (“tipiklik”) bakımından belirsiz ve öngörülemez olduğu gibi; suç, maddi unsuru (“fiil”) bakımından da öngörülemez niteliktedir. Bir kişinin bu düzenlemeye bakarak hareketlerinin ve davranışlarının sonucunu öngörmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan iptali istenen düzenleme özel kastla işlenebilen bir suç öngörmektedir. Buna göre fiilin suç oluşturabilmesi için, “sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle” işlenmesi gerekmektedir. Ancak failin niyetini tespit etmek, uygulayıcı açısından hiç de kolay değildir. mesela seçmenin oy davranışını değiştirmek ya da maddi menfaat elde etmek amacıyla ya da sadece eğlenmek, şaka yapmak maksadıyla gerçeğe aykırı bilginin yayılması, suçu oluşturmayacaktır. Bu durumda bir bilginin panik yaratmak değil de seçmenin oy davranışını değiştirmek maksadıyla paylaşıldığı iddia edildiğinde failin amacını tespit edecek herhangi bir objektif yöntem bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla suçun manevi unsuru bakımından da açık bir belirsizlik bulunmaktadır.

²⁴ Venedik Komisyonu ve DGI, 7 Ekim 2022 tarihli Görüş, para. 47.

²⁵ <https://www.trthaber.com/haber/gundem/sarkici-gulsen-tutuklandi-703933.html>

²⁶ Venedik Komisyonu ve DGI, 7 Ekim 2022 tarihli Görüş, para. 50.

Nitekim Venedik Komisyonu ve DGI de, bu duruma işaret etmiştir:

“48. Bazı muhataplar, “münhasıran [veya “münhasır saikle” veya “sırf “] kamuoyunda endişe, korku veya paniğe neden olmak” cümlesinin, failin özel kastını gerektiren bir güvence anlamına geldiğini açıklamışlardır. Ancak Komisyon, bir yandan bu durumun hükmün uygulanabilirliğini kısıtladığı için övülebileceğini, diğer yandan da farklı bir amaca sahip benzer bir davranışın, örneğin kâr elde etmenin, aynı etkiyi yaratsa bile suç olarak nitelendirilmeyeceği gibi bir paradoksa yol açabileceğini belirtmektedir.”

Sonuç olarak dava konusu kural ile ihdas edilen suçun bütün unsurları bakımından bir belirsizlik ve öngörülemezlik söz konusudur ve bu nedenle kural, Anayasa'nın, 2, 13., 26., 28. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Bunun yanında; hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı).

Nihayet, Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili en yeni pilot kararı, iptali istenen kuralın, ilgili maddeler bakımından Anayasa'ya aykırılığını, Anayasa Mahkemesi kararına da aykırı olması nedeniyle, “çifte Anayasa'ya aykırılık” nitelemesini haklı kılmaktadır.

Kanuniliğe İlişkin Nihai Değerlendirmeler²⁷

93. Basının etik değerlere uygun yayın yapması amacıyla kabul edilen 49. maddedeki kural meşru bir sınırlandırma sebebi sunsa da Kuruma verdiği iki aya kadar ilan ve reklam kesme cezası yetkisini nasıl kullanacağını tarif etmemekte, gazetelerin basın özgürlüklerine Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütlere uygun olarak müdahale edebilmesine yardımcı olacak araçları da sunmamaktadır. Kanun'un 49. maddesindeki kuralın kapsamı ve sınırlarının belirli olmaması nedeniyle BİK'in sahip olduğu yetkinin sınırlarının öngörülemez biçimde geniş tutulmasına zikredilen itiraz usulündeki belirsizlikler ve basın organlarının itirazlarını ve iddialarını ileri sürebilecekleri çelişmeli bir yargılama usulünün dışlanmış olması gerçeği eklendiğinde BİK kararlarına karşı aynı kuralda öngörülen itiraz usulü ile sonuç alınma ihtimali bulunmadığı değerlendirilmiştir.

94. Yukarıdaki hususlar birlikte değerlendirildiğinde başvuruya konu müdahalelerin başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri ile korunan haklarını ihlal ettiği ve ihlalin

²⁷ GENEL KURUL, PİLOT KARAR, YENİ GÜN HABER AJANSI BASIN VE YAYINCILIK A.Ş. VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU (Başvuru Numarası: 2016/5903) Karar Tarihi: 10/3/2022 R.G. Tarih ve Sayı: 10/8/2022-31919.

ifade ve basın özgürlüklerinin korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip olmaması nedeniyle doğrudan kanundan kaynaklandığı sonucuna varılmıştır.

iv. Sistemik Sorunun Varlığı

108. Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde BİK ve asliye hukuk mahkemelerinin 195 sayılı Kanun'un 49. maddesi kapsamında verdikleri -sistemik bir sorunun varlığına işaret eden- aynı yöndeki kararlarının doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı dikkate alındığında benzeri yeni ihlallerin önlenmesi için ülkemizde hâlihazırda işleyen mevcut sistemin yeniden ele alınması ihtiyacı ortadadır.

109. Nitekim Anayasa Mahkemesine BİK tarafından sunulan bilgi ve belgelere göre BİK'in 2018 yılı istatistiklerinde gazetelerin basın ahlak esaslarını ihlal ettiği gerekçesiyle 39 gün, 2019 yılı istatistiklerinde 143 gün, 2020 yılı istatistiklerinde 572gün resmî ilan ve reklam kesme cezası verdiği görülmüştür. Bu doğrultuda verilen cezalara bakıldığında Kuruma verilen yetkinin basının etik değerlerini düzenleme amacından öteye giderek artık kimi basın mensupları açısından caydırıcı etki yaratabilecek bir cezalandırma aracına dönüştüğü ve bu durumun sistemik bir soruna neden olduğu gözlemlenmiştir.

110. Hiç şüphesiz basın özgürlüğü alanında benimsenecek devlet politikasının önemli bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapmak yasama organının takdirindedir. BİK'in 195 sayılı Kanun'un 49. maddesi kapsamında basın özgürlüğüne yönelik müdahalelerinin Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ve Anayasa'nın 26. maddesinin ihlaline yol açmaması için -yukarıda yapılan değerlendirmeler çerçevesinde- yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde aşağıda zikredilen asgari standartların/önerilerin dikkate alınmasında yarar olduğu kanaatine varılmıştır:

i. Kanun'un 49. maddesindeki resmî ilan ve reklam kesme cezalarına ilişkin koşulların çerçevesi çizilmeli, belirli bir açıklık ve kesinlikte olan ifadelerle kanun maddesi şekli ve maddi yönden yeniden düzenlenmelidir,

ii. Kanun'un 49. maddesindeki resmî ilan ve reklam kesme usulünün kapsamı belirlenirken yukarıdaki paragraflarda belirlenen dengeleme kriterleri de gözönüne alınarak (bkz. § 102) ilgili kuralların olabildiğince dar bir uygulama alanına izin verecek şekilde tasarlanması ve kullanımının acil bir toplumsal ihtiyacın gerekli kıldığı durumlara özgülenmiş olması gerektiği dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisi doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu çerçevede 49. maddenin basının etik niteliklerini artırmaya yönelik sunduğu korumanın sınırları netleştirilmeli ve hangi eylemlerin bu nitelikleri ihlal edeceği konusunda bir ölçüt/eşik değer belirlenmesi gibi kriterler oluşturulmalıdır.

iii. Kanun'un 49. maddesindeki resmî ilan ve reklam kesme cezalarına itiraz yolu düzenlenirken derece mahkemelerinin bu davalara hangi sıfatla bakacakları -uygulamada çoğunlukla hakem sıfatıyla baktıkları görüldüğünden- ve bu kapsamda da uygulayacakları yargılama usulünün kapsamı net bir şekilde yeniden düzenlenmelidir.

İhtilafli kural, yukarıda ifade edilen aynı gerekçeyle ve son olarak alıntılanan Yüce Mahkeme'nin kararı ışığında Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine ve AYM kararlarına aykırı olması nedeniyle madde 153/sona açıkça aykırıdır.

b. meşru amaç koşulu bakımından inceleme

Anayasa'nın 26. maddelerinde kapsanan “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” ancak “millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

Aynı şekilde, Anayasa'nın 28. maddesinde kapsanan “basın hürriyeti” ise ancak “devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilerle ilişkin bulunan” bir bilginin yazımı, basımı ve dağıtımını engellemek amacıyla sınırlanabilir.

AİHS'nin 10. maddesinde kapsanan ifade hürriyeti ise 2. fıkrasına göre ancak “ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

İptali istenen yasal düzenleme “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayma” fiilini yaptırım altına almaktadır ve düzenlemenin meşru amacı kamu barışının bozulmasının engellenmesidir; lafzından yasanın aynı hususlardaki gerçeğe aykırı bilgilerin “kamu barışını bozmaya elverişli OLMAYAN BİR ŞEKİLDE yayılmasını” kapsamı dışında bıraktığı anlaşılmalıdır.

“Kamu barışı”, Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri ile AİHS 10/2 maddesinde kapsanan “meşru amaçlara” ilişkin istisnalar arasında yer almamaktadır. Benzer bir konuda -ve meşru amacın kapsamı konusunda Sözleşme'nin lafzının belirleyiciliğini vurgulamak adına ifade etmek gerekirse- AİHM “kamu düzeninin” korunmasının da 10/2. md. kapsadığı meşru amaçlardan olmadığını tespit etmiştir.²⁸ “Kamu barışı” ve 10/2. md. kapsamında en yakın “düzensizliğin önlenmesi (prevention of disorder)” kavramlarının aynı anlama işaret ettiği şeklinde bir argümana karşı Mahkeme'nin de ifade ettiği gibi “Sözleşme veya Protokollerde aynı ifade (term) kullanılırken prensip olarak aynı kavrama (concept) işaret edilmektedir, farklı ifadelerin kullanılmış olması ,farklı bir anlama işaret edildiğinin de karinesi sayılmalıdır.”²⁹ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31/1. md. göre “Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek olağan manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.”

Sonuç olarak, dava konusu kural ile korunması amaçlanan “meşru amaç” (kamu barışı) Anayasa'nın 26., 28. ve ayrıca AİHS'nin 10/2. maddelerinde kapsamamıştır ve bu nedenle Anayasa'nın bahsi geçen hükümlerine aykırıdır.

²⁸ *Kablis v. Russia (nos. 48310/16 and 59663/17) 30 April 2019, at paragraph 87.*

²⁹ *Perinçek v. Switzerland (no. 27510/08, 15 October 2015, Grand Chamber, paragraph 146.*

c. demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük unsurları yönünden inceleme

Anayasa Mahkemesi pek çok kez "demokratik toplum düzeninin gerekleri" deyiminden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, toplumsal bir ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bekir Coşkun [GK], B.No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir.

“Gerçeğe aykırı bilgi’nin” sınırlanmasının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususu, karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirildiğinde; ABD Yüksek Mahkemesi, mahkemelerin onur ve haysiyetini korumak kaygısıyla ve “yanlış veya gerçek dışı bilgi” (half-truth or misinformation) içerse dahi söz konusu ifadelerin mahkemeye saygısızlık nedeniyle cezalandırılmasını meşrulaştırmamıştır.³⁰ “Gerçeğe aykırı bilginin” kategorik olarak ifade hürriyetinin koruma alanı dışında kalması düşüncesi reddedilmiş ve anayasal geleneğin (George Orwell’in “1984” romanına atfen) bir Gerçek Bakanlığı fikrine karşı çıktığı vurgulanmıştır. “Gerçeğe aykırı bir ifadenin karşılığı ancak gerçek bir ifadedir.”³¹ Bu bağlamda, yurttaşın herhangi bir bilgiyi ifade ederken tabii tutulması gereken test -Actual Malice-“bilginin/fikrin yanlış olduğunun bilinmesi veya yanlış olup olmadığının kontrolü konusundaki keskin özensizliktir.”³²

AİHM tarafından bu hürriyeti koruyan yerleşik içtihatı göre: “Vakaların ifade edilmesi ile değer yargıları arasında bir fark olmalıdır; vakaların varlığı ortaya konulabilirken değer yargılarının ispatı mümkün olmayabilir. Bir ifade değer yargısı boyutunda ise, bahse konu ifadenin ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilebilmesi, “yargı” ile “vaka” arasında yeterli bir bağ kurulabilmesine bağlıdır; bir vakaya dayanan değer yargısı –gerçeği tam olarak ifade etmese dahi- makul ve orantılı ve ifade hürriyetinin koruma alanında kalacaktır.” Dolayısıyla Mahkeme, bu bağlamda gerçek dışı (half truth) ve spekülatif ifadeleri de ifade hürriyeti kapsamında korumaktadır.³³

Gerçeğe aykırı bilginin hukuken korunduğu/korunması gerektiği dikkate alındığında, gerçek olsun olmasın herhangi bir bilginin/fikrin mevcut düzenleme ile önerildiğinin aksine “korku ve panik” veya hiç olmazsa “endişe” yaratabilme hakkı var mıdır? Bu noktada ABD Yüksek Mahkemesi Yargıçları Holmes ve Brandies’in ifade ettiği gibi “her fikir bir kışkırtmadır (every idea is an incitement)” ve düşünce ile kışkırtma arasındaki fark kendini yazarın sonuca ilişkin tutku/coşkusunda göstermektedir.³⁴ Bir fikir çoğunlukla provokatif ve meydan okuyan bir doğaya sahiptir ve insanlarda ancak mevcut koşullardan tatminsizlik, kızgınlık ve isyankarlık duygusu yarattığı ölçüde yüksek amaçlarına hizmet edebilir. Önyargı ve önkabulleri

³⁰ New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

³¹ United States v. Alvarez, 567 U.S. 722-727 (2012).

³² New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

³³Wirtschafts-Trend Zeitschriften Verlags GMBH v. Austria, (Application no. 58547/00), § 32, 27 October 2005 .

³⁴ Gitlow v. New York 268 U.S. 652 (1925).

sorgularken kendi fikrinin kabulünü sağlama çabasının sarsıcı/huzursuz edici etki yaratması kaçınılmazdır.³⁵ Anayasa, hükümetin güç ve şiddet yoluyla değiştirilmesinin sadece savunulması ve öğretilmesini dahi korumaktadır; izin verilmeyen ise eyleme teşviktir. (Constitution permits pure advocacy and teaching of forcible overthrow of government by force and violence. What is proscribed is advocacy of action)³⁶

AİHM de, herhangi bir ifadenin sınırlanmasının demokratik bir toplumda gerekliliğini belirlerken (sınırlı olmamakla birlikte) –şiddet ögesini vurgulayarak- şu koşulları dikkate almıştır; bahsi geçen ifadelerin hangi kapsamda dile getirildiği; bu ifadelerin lafzı ve özü; direk veya dolaylı herhangi bir zarara yol açabilme potansiyeli (mesela kamu otoritelerinin yasal faaliyetlerinin şiddet yoluyla önlenmesi); düşüncelerin gergin bir sosyal ve siyasi atmosferde ifade edilip edilmediği; ifadelerin dile getirildiğinde veya sonrasında, direk veya dolaylı bir şiddet çağrısı veya şiddetin -veya nefretin veya toleranssızlığın- onaylanması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği. AİHM, bir karar varırken, tüm bu faktörleri birbirinden izole olarak değil karşılıklı etkileşim kapsamında değerlendirilmiştir.³⁷

Venedik Komisyonu ise, Rusya Anti-Extremism yasasına ilişkin görüşünde “sosyal, etnik, ırksal veya dini ayrımcılık/huzursuzluğa tahrik etmeyi/kışkırtmayı” extremism olarak değerlendirip cezalandıran bir yasal tanımın/düzenlemenin mutlaka “şiddet” ögesine yer vermesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁸

İptali istenen düzenlemede, şiddet ögesine doğrudan bir atfın olmaması, düzenlemenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı hususunda başlı başına gerekçe ve ispattır.

Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığına da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; Bekir Coşkun §§ 53, 54. Ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Tansel Çölaşan, §§ 54, 55; Mehmet Ali Aydın, §§ 70-72). Bu sebeple hükmedilen cezanın, müştekilerin maruz kaldığı düşünülen zararlar makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının demokrasilere ve bireylerin doğru bilgi alma hakkına verebileceği zarar dolayısıyla bu nitelikteki bilgi ve haberlerle mücadele için çeşitli önlemlerin alınması gerekli görülebilirse de bu nitelikteki bilgiyle mücadele için cezai yaptırım uygulanmasını zorunlu kılan zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

İhtilafı kuralın zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca tekabül etmediğiyle ilgili bir diğer bulguyu da, onun, esasen savaş hali için öngörülmüş bir norm türünü olağan hukuk zamanına

³⁵ Terminello v. Chicago, 337 U.S. 1, 4 (1949).

³⁶ Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957), Louis Fisher: *American Constitutional Law* (2nd ed.,1995), Preface xxiv, xxv., s.568).

³⁷ *Mariya Alekhina and Others v. Russia*, no.38004/12, §§ 217-21, 17 July 2018; *Ibragim Ibragimov and Others*, nos. 1413/08 and 28621/11, § 99, 28 August 2018).

³⁸ *Venice Commission Opinion on the Federal Law on Combating Extremist Activity of the Russian Federation*, CDL-AD(2012)016, 91st Plenary Session (Venice, 15-16 June 2012, para 36-39).

tahvil etmesi oluşturur. Gerçekten de, Türk Ceza Kanunu'nun "Savaşta yalan haber yayma" başlıklı 323. maddesinin 1. fıkrasına göre:

"Savaş sırasında kamunun endişe ve heyecan duymasına neden olacak veya halkın maneviyatını sarsacak veya düşman karşısında ülkenin direncini azaltacak şekilde asılsız veya abartılmış veya özel maksada dayalı havadis veya haber yayan veya nakleden veya temel milli yararları zarar verebilecek herhangi bir faaliyette bulunan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

İfade özgürlüğüne karşı gerçeğe aykırı haber yayma adı altında savaşta dahi dar kapsamda ve ölçülü biçimde uygulanabilecek bir sınırlamanın, olağan dönemde sınırları belirsiz olarak ve (ihtilafli kuralın lafzı itibarıyla) daha sert şekilde öngörülmesi, herhangi bir zorlayıcı toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği gibi, demokratik toplum açısından da (hukuk düzeni ve toplumsal barış öğeleri üzerinden) büyük bir tehlike içermektedir. Bu itibarla, ihtilafli kuralın; gerçeğe aykırı bilgilerin dolaşımının engellenmesi amacı ile oto sansür ve müeyyide riski söz konusu olmadan bilgi ve fikirlerin kamusal alanda dolaşımının içerdiği başat kamu yararı arasında adil bir denge kurduğu söylenemez.

Yine karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirmek gerekirse;

Zimbabve Anayasa Mahkemesi, ilgili yasanın "kamu barışını bozmaya veya toplumda veya toplumun bir kesiminde korku, endişe ve umutsuzluk yaratmaya elverişli gerçeğe aykırı herhangi bir ifade, dedikodu veya bilgiyi" yaymayı cezalandıran "gerçek dışı bilgi" maddesinin, koruduğu toplumsal menfaat ve etkileyebileceği toplumsal kesimin büyüklüğü arasındaki orantısızlık dikkate alındığında, tüm özgürlükler içerisinde en değerlisinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracağına hükmetmiştir.³⁹

Uganda Anayasa Mahkemesi ise, "kamu barışını bozmaya veya toplumda korku ve endişe yaratmaya elverişli gerçeğe aykırı herhangi bir ifade, dedikodu veya bilgiyi" yaymayı cezalandıran Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin basın hürriyeti üzerinde kabul edilemez bir caydırıcı etki yaratacağına hükmetmiştir.⁴⁰

Batı Afrika Ülkeleri Ekonomik Birliği Adalet Divanı "kamu barışını bozmaya veya toplumda korku ve endişe yaratmaya elverişli gerçeğe aykırı olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiğinin varsayıldığı herhangi bir ifade, dedikodu veya bilgiyi" yaymayı suç haline getiren Gambia "gerçeğe aykırı bilgi" yasasını "sansür yasası" olarak değerlendirmiştir.⁴¹

Kanada Anayasa Mahkemesi, "kamuya zarar (injury or mischief) veren veya vermeye elverişli gerçeğe aykırı olduğunu bildiği herhangi bir bilgi, fikir veya dedikoduyu (tale) kasten yaymayı" cezalandıran Ceza Kanunu'nun 181. md. ifade hürriyetine aykırı bulurken "bu

³⁹*Chavunduka and others v Minister of Home Affairs and another, 20 May 2000, SC36/2000, para 24.*

⁴⁰*Charles Onyango Obbo and Anor v Attorney General ((Constitutional Appeal No.2 of 2002)) [2004] UGSC 1 (10 February 2004), p. 48.*

⁴¹*Federation of African Journalists (FAJ) and others v. The Gambia, Judgment No: ECW/CCJ/JUD/04/18. 13 March 2018, para 40.*

özgürlüğün çoğunluğun yanlış bulduğu azınlık görüşlerini de kapsadığını ve ceza tehdidinin ifade hürriyetinin özünü ihlal edeceğini (offend) tespit etmiştir.⁴²

Venedik Komisyonu ise, dava konusu maddeye ilişkin görüşünde ayrıntılı bir inceleme yapmış ve cezai bir norm öngörülmesini gerektiren zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Venedik Komisyonu, Türk hukuk sisteminde “yanlış veya yanıltıcı bilgi”nin en tehlikeli yönlerini hedef alan ve ulusal güvenlik, kamu düzeni ve güvenliğine karşı suç olarak nitelendirilebilecek kadar ciddi olan başka pek çok düzenlemenin varlığını dikkate alarak söz konusu cezai hükmün getirilmesine ve ifade özgürlüğüne yönelik olası tehditlere ve keyfi kısıtlamalara daha fazla kapı açılmasına yönelik acil bir sosyal ihtiyaç olmadığı kanaatine varmıştır. Bu sonuç, dezenformasyonun bazı hafif biçimleri halihazırda mevcut mevzuat kapsamında olmasa bile geçerlidir.⁴³

Komisyon, bu sonuca ulaşırken aynı zamanda ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalenin ölçülülüğünü de dikkate almıştır⁴⁴. İfade özgürlüğüne getirilen bir sınırlamanın ölçülülüğü değerlendirilirken, öngörülen meşru amaçlara ulaşmak için daha az kısıtlayıcı araç ve tedbirlerin mevcut olup olmadığının derinlemesine araştırılması gerekir. Gerçeğe aykırı ve manipülatif bilginin hızla yayılmasıyla mücadele edilmesi meşru bir amaç olarak kabul edildiğinde dahi; bu meşru amacı gerçekleştirecek en az sınırlayıcı önlemin tercih edilmesi ölçülülük ilkesinin gereğidir. Gazeteciler ve medya aktörleri ile ilgili olarak Bakanlar Komitesi, Gazeteciliğin Korunması ve Gazeteciler ile Diğer Medya Aktörlerinin Güvenliğine ilişkin Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararında⁴⁵ “bir basın suçu için hapis cezası uygulanmasına ancak istisnai durumlarda, özellikle de diğer temel hakların ciddi şekilde zedelendiği durumlarda, örneğin nefret söylemi veya şiddete teşvik söz konusu olduğunda izin verilebileceğini” belirtmiştir.

Avrupa Konseyi organları ve AIHM çeşitli ifade biçimlerine karşı ceza hukukuna başvurma, ilke olarak başka hiçbir hukuk yolunun etkili görünmediği durumlara münhasır olması gerektiğini, ifade özgürlüğü alanında ancak son derece dikkatli olunarak kullanılabileceğini vurgulamışlardır. Zira, özellikle sosyal medyada “yanlış veya yanıltıcı bilgilere” yönelik olarak, cezalandırmadan daha az kısıtlayıcı başka hukuk yolları da bulunmaktadır.

İfade özgürlüğünün arkasındaki ünlü gerekçelerden biri, yanlış söylemlerin test edilip çürütülebileceği fikir pazarı teorisidir. Pazar yeri modeli özellikle sosyal medyadaki söylemlere uygulanmak için çok uygundur. “Sosyal medya aracılığıyla yayılan söylentiler ve yalanlar,

⁴² R. v. Zundel, 27 August 1992, 2 S.C.R. 731,753,754.

⁴³ Venedik Komisyonu ve DGI, 7 Ekim 2022 tarihli Görüş, para. 77.

⁴⁴ Aynı hususta ABD Yüksek Mahkemesi, “Ölçülülük Doktrini (Overbreadth Doctrine), Schaumburg v. Citizens for a Better Environment, 444 U.S. 620, 634 (1980) (“Herhangi bir düzenleme, sadece korunmayan bir ifadeyi değil korunan bir ifadeyi de yasaklıyorsa hukuka aykırıdır.”); Broadrick v. Oklohama, 413 U.S. 601, 612 (1973) (Diğerlerinin korunan ifadelerinin susturulması bazı korunmayan ifadelerin cezasız kalmasıyla kıyaslandığında topluma daha fazla zarar verir).

⁴⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Gazeteciliğin korunması ve gazeteciler ile diğer medya aktörlerinin güvenliğine ilişkin CM/Rec(2016)4 sayılı Tavsiye Kararı.

erişim açısından olmasa da zaman açısından geçicidir. Bunun nedeni sosyal medyanın aynı zamanda kendi kendini düzelten (ya da ‘kitle-düzelten’) bir ağ olarak hareket etmesidir. Sosyal medya söylentilerin ‘büyük bir hızla’ yayılmasına izin verse de, ‘bunları ortadan kaldırmak için eşit ve zıt bir güce sahiptir’ Hükümetler, yanlış bir iddianın kamuoyu önünde yalanlanması yoluyla “karşı söylemlerini” kullanabilirler; sosyal medyanın doğası gereği, yanlışlar hızlı ve etkili bir şekilde gerçeğe karşılanabilir, bu da sosyal medyada, “yanlış veya yanıltıcı bilgilerin” suç sayılmasını, endişe veya rahatsızlığı önlemek için “gerçekten gerekli” hâle getirmez. Düzeltme yayınlayan kişi ve kuruluşlara ek olarak, çevrimiçi ortamda “yanlış veya yanıltıcı bilgilerin” yayılmasını önlemeye yardımcı olmak için giderek artan sayıda web sitesi ve teknoloji mevcuttur.⁴⁶

Türk hukukunda hem erişim engelleme hem de ceza normu olarak kamu düzenini bozucu yanlış bilgiyle mücadele edebilecek başka pek çok araç bulunmaktadır. Ayrıca devletin ve kamunun elinde doğru bilgiyi hızla yayabilecek çok geniş imkanlar bulunmaktadır. Buna rağmen, yaklaşan Cumhurbaşkanlığı ve milletvekili seçimlerinden önce alelacele ve diğer paydaşlarla tartışmadan ve müzakere etmeden ve üç yıl hatta dört buçuk yıla kadar hapis cezası öngören bir ceza normunda ısrar edilmesinin nedeninin muhalefeti susturmak, muhalif medya ve kamuoyu üzerinde saydırıcı etki doğurma amacı güdüldüğü yönünde güçlü kuşku bulunmaktadır.

Ayrıca öngörülen cezanın üst sınırının üç yıl olması, tutuklama tedbirine başvurulmasını mümkün kılmaktadır. Cumhurbaşkanına hakaret (TCK m. 299), veya halkın bir kısmını diğerlerine karşı kışkırtmak gibi (TCK m.216) hükümlere dayanılarak sanatçıların gazetecilerin tutuklanabildiği bir ülkede tutuklanma tehdidi bile başlı başına caydırıcı etki doğuracaktır. Kişiler sonuçta beraat etseler ya da fiilen cezaevine girmelerine neden olmayacak cezalar alsalar bile soruşturma aşamasında kolaylıkla tutuklanabilecekleri endişesi yaşayacaklardır. Bu caydırıcı etki bile tek başına dava konusu kuralın ölçülü olmadığı göstermektedir.

Ekleme gerekir ki; ihtilafı kural Anayasa’nın 26. maddesinin yanında, “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlığını taşıyan ve birinci fıkrası “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.” Hükmünü içeren 25. maddesine de aykırıdır. Zira ihtilafı kural; yol açacağı oto sansür ve (ister iyi niyetli ister kötü niyetli şekilde olsun) sebebiyet vereceği keyfi uygulamalarla ve bastırıcı sonuçlarla bilgi ve fikirlerin kamusal alandaki dolaşımına mani olacak, bu şekilde de yurttaşların düşünce ve kanaat oluşturma hak ve imkanları önemli ölçüde sınırlanacaktır. Gerçekten de, kişinin belirli bir konuda düşünce ve fikir sahibi olmasının ön koşulu, bu zihinsel üretim için gerekli olan bilgisel ve fikirsiz malzemeye sahip olabilmesi ve erişim sağlayabilmesidir. Anayasa’nın 26. maddesinin ilk fıkrasında “Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak” serbestliği öngörülmüştür. İşte bu serbestliğin kaybolmasına yol açacak ihtilafı kural, yurttaşların düşünce kanaat hürriyetlerinin ön koşulu olan düşünce ve kanaat oluşturma haklarını kapsamı sınırsız bir şekilde sınırlayacaktır. Oysa düşünce ve kanaat özgürlüğünün etkililiği; yurttaşın bilgi ve fikirlere erişiminin, kapsamı belirsiz ve öngörülemez ibareler aracılığıyla sınırlanmamasını gerektirir. İhtilafı kural, 25. maddeyi, yaratacağı engelleyici (oto sansür) ve bastırıcı sonuçlarla düşüncelerin yayılmasına engel olmak suretiyle de ihlal etmektedir; zira 25. maddedeki hakkın etkililiği, düşünce ve kanaatlerin yayılmasının keyfi şekilde engellenememesini de gerektirir. Aksi takdirde, 25. maddedeki hak, toplumsal bir varlık olan insan açısından göstermelik ve teorik kalacak, anlamını yitirecektir.

⁴⁶ Venedik Komisyonu ve DGI, 7 Ekim 2022 tarihli Görüş, para. 66.

O kadar ki, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlıklı 15. maddesinin ikinci fıkrası, "düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz." normunu içermektedir. Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde dahi sınırlanamayan 25. maddedeki hakkın, olağan hukuk düzeninde ve barış halinde haydi haydi sınırlanmaması gerekir.

Açıklanan nedenlerle de dava konusu kural Anayasa'nın 13., 25., 26. ve 28. maddelerine aykırıdır.

B- İkinci Fıkranın Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen kuralın ikinci fıkrasında failin, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür.

Birinci fıkrada belirtilen Anayasa'ya aykırılık nedenlerinin yanı sıra ikinci fıkrada yer alan ağırlaştırıcı nedenlerin her ikisi de ayrıca Anayasa'ya aykırıdır. Bu fıkrada ilk olarak failin, suçu gerçek kimliğini gizleyerek işlemesi hali ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir.

Yukarıda açıklandığı gibi iptal davası konusu gerçeğe aykırı bilgileri yayma suçu Anayasa'nın 13., 26., 28 ve 38., maddelerine aykırıdır. Failin kimliğini gizlemesinin ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilerek verilecek cezanın yarı oranında artırılması anonimlik hakkını ihlal edecektir. Zira, kişilerin kimliğini gizleyerek, yani anonim bir şekilde görüşlerini ifade etme özgürlüğü uluslararası hukukta kabul edilmiş ve korunan bir haktır.

Birleşmiş Milletler İfade Özgürlüğü Özel Raportörü David Kaye, 2015 yılında ifade özgürlüğü ve özel hayat hakkı bakımından şifreleme ve anonimlik hakları üzerine kapsamlı bir rapor yayınlamıştır(A/HRC/29/32).⁴⁷ Bu raporda BM belgelerinde özel hayatın gizliliğinin diğer haklardan yararlanma özellikle de ifade özgürlüğünden yararlanma açısından bir geçit kapısı olduğunun vurgulandığı hatırlatılarak dijitalleşme çağında görüş sahibi olma hakkının niteliğinin de dönüşüm geçirdiğine vurgu yapılmış ve dijitalleşme ile birlikte kişilerin sahip olduğu görüşleri öğrenmenin hem devlet hem de devlet dışı aktörler bakımından çok kolaylaştığına dikkat çekilmiştir. Kişilerin yaptıkları aramalar, ziyaret ettikleri sayfalar, okudukları görüşler vb yoluyla dijital olarak görüşlerini açıkladığı ve bunların korunmasında şifreleme ve anonimliğin önemli bir işlev gördüğü vurgulanmıştır.⁴⁸

Ayrıca sansürün yaygın olduğu baskıcı devletlerde muhalif görüşlerin yasaklanması ya da çeşitli şekillerde bastırılması durumunda haber ve görüşlere erişme hakkından yararlanma açısından VPN, Tor veya Proxy kullanarak kişisel bilgileri anonimleştirmenin evrensel ifade özgürlüğünden yararlanma araçları olarak işlev görebileceği belirtilmiştir.⁴⁹ Şifreleme ve anonimlik ve bunların arka planında yer alan güvenlik kavramlarının dijital çağda ifade özgürlüğünün hayata geçirilmesi için gerekli olan gizliliği ve güvenliği sağladığını belirtmiş ve bu güvenliğin ekonomik özgürlükler, özel hayatın gizliliği, adil yargılanma, barışçıl gösteri ve toplanma, örgütlenme, yaşam hakkı ve fiziksel bütünlük gibi diğer temel haklardan

⁴⁷ <https://undocs.org/en/A/HRC/29/32>

⁴⁸ İbid. Para.20.

⁴⁹ Ibid, para. 23.

yararlanmak açısından da hayati olduğunu belirtmiştir. İfade özgürlüğü açısından önemini dikkate alarak şifreleme ve anonimlik konusundaki sınırlamaların yasallık, gereklilik, ölçülülük ve meşru amaca uygunluk ilkelerine uyması gerektiğini belirtmiştir. Bu yönde devletlere, uluslararası örgütlere ve özel sektöre ve sivil topluma yönelik tavsiyelerde bulunmuştur. Şifreleme ve anonimliğe ilişkin tartışmaların internetin terör amacıyla kullanımına hapsedilmemesi gerektiğini vurgulamış ve olağanüstü durumların devletleri uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinden muaf hale getirmediğini de özellikle hatırlatmıştır. Şifreleme ve anonimliğin toplumda en zayıf durumda ve hukuka aykırı müdahaleler bakımından en çok risk altında olan grupların ifade özgürlüğünü korumaya hizmet ettiğini de belirten özel raportör bunlara yönelik sınırlamaların görüş sahibi olma hakkına müdahaleye izin vermemesi gerektiğini de belirtmiştir.⁵⁰

Bazı ülke yüksek mahkemeleri de anonimlik hakkını tanımıştır. mesela Kanada Yüksek Mahkemesi anonim kullanıcıların kimliğinin yargı kararı olmaksızın açıklanmasına yönelik bir düzenlemeyi iptal etmiştir.⁵¹ Kore Anayasa Mahkemesi anonim kullanıcılığı yasaklayan bir yasayı Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.⁵² ABD Yüksek Mahkemesi anonim ifade özgürlüğünün anayasal güvence altında olduğunu kabul etmektedir.⁵³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, yakın tarihli bir kararında internet sansürlerini aşmaya olanak tanıyan teknolojiler konusunda bilgi veren sitelerin erişime engellenmesinin Sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir. Zira Mahkeme, bu teknolojilerin sadece suç teşkil eden içeriğe ulaşmak için kullanıldığı yönündeki savunmaya katılmamış ve bu teknolojilerin içerik bakımından tarafsız olduğunu belirtmiştir (Engels/Rusya, no. 61919/16, 23.06.2020).

Benzer şekilde Birleşmiş Milletler İfade Özgürlüğü Özel Raportörü Alman Sosyal Ağ yasasına ilişkin görüşünde⁵⁴, hukuka aykırı içeriğin saklanması ve mahkeme kararıyla açıklanmasını öngören hükmün kişilerin anonim olarak ifade bulunma hakkını zedeleyebileceğini belirtmiştir. Anonimliğe ilişkin bu tür sınırlamaların özellikle yargısal denetim eksikliği durumunda devletlerin sakıncalı içeriği yayan ya da erişen kişileri takip etmesini kolaylaştıracağını ifade eden Raportör, şikayetlerin ve tedbirlerin belgelenmesini ve belirsiz bir süre saklanması zorunlu tutan düzenlemelerin, söz konusu verilerin kötüye kullanımını önleyecek mekanizmalar öngörülmediği takdirde kişilerin devlet takibine karşı daha kırılgan hale geleceği uyarısında bulunmuştur. Raportör, devletin ve devlet dışı aktörlerin hukuksuz ve keyfi müdahalelerine karşı anonimliğin korunmasının ifade ve düşünce özgürlüğünün korunması açısından hayati bir önemi olduğunu vurgulamıştır. Bu tür bir açıklama için mahkeme kararı koşulunun aranmamasının usul güvencelerini etkisiz hale

⁵⁰ İbid, para. 56-63.

⁵¹ *R. v. Spencer* (2014).

⁵² Decision 2010 Hun-Ma 47, 252 (consolidated) 28.08.2012.

⁵³ *McIntyre v. Ohio Elections Commission* (1995), s. 342, 343.

⁵⁴ Birleşmiş Milletler, İfade Özgürlüğü Özel Raportörü David Kaye, 2017 yılında Alman NetzDG kanun tasarisına ilişkin olarak özel şirketlere içerik çıkarma yükümlülüğü getirilmesine ilişkin bu görüşü yayınlamıştır. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>

getireceğini ve özel hayatın ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin sıkı gereklilik testi şartına uymadığını ifade etmiştir (A/HRC/29/32).⁵⁵

Bütün bu açıklamalar anonim olarak bilgi ve fikir paylaşmayı suç ve ağırlaştırıcı sebep olarak öngören dava konusu kuralın Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerine aykırı olduğunu göstermektedir. Zira Anayasa'nın 25. maddesinde güvence altına alınan düşünce özgürlüğü kişilerin görüş ve kanaat sahibi olma hakkını mutlak bir şekilde güvence altına almaktadır. Sosyal medyada kimliğini gizleyerek görüş beyan etme kişinin görüşlerini açıklamaya zorlanamaması hakkının bir yansımasıdır. Bir kişi görüşlerini açıklamaya zorlanamazsa, görüşlerini kimliğini saklayarak açıklaması halinde kimliğini açıklamaya da zorlanamaz.

Kişinin kimliğini gizleyerek görüş açıklamasının daha ağır yaptırıma tabi tutulması kimliğini gizleyerek görüş paylaşmanın toptan yasaklanması anlamına gelmektedir. Zira kimliğin gizlenmesi başlı başına bir ceza artırımı nedenidir. Bir kişi sadece tek bir paylaşım yapmak için anonim hesap açmayacağına göre, yaptığı paylaşımlardan birinin suç teşkil ettiği gerekçesiyle verilecek cezanın yarı oranında artırılması aslında anonim paylaşım yapmanın yasaklanması demektir.

Bu nedenle dava konusu kuralın hem Anayasa'nın 25. maddesinde güvence altına alınan düşünce özgürlüğüne hem de 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğüne yönelik müdahale teşkil ettiği ve hakkın özüne dokunduğu açıktır.

Venedik Komisyonu ve DGI da bu hükmün Sözleşmenin 10. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Buna göre; “endişe uyandıran bir diğer husus da “suçun failin gerçek kimliğini gizleyerek işlenmesi halinde”, bir başka deyişle “yanlış veya yanıltıcı bilginin” anonim olarak yayılması halinde azami cezanın artırılmasıdır. Anonimliğin internette fikirlerin serbest dolaşımının önemli bir unsuru olduğu belirtilmelidir. Bakanlar Komitesinin İnternette İletişim Özgürlüğü Bildirgesi, üye Devletlerden kullanıcıların kimliklerini açıklamama iradelerine saygı göstermelerini istemektedir. Bu şekilde korumanın mutlak olmadığı ve diğer hak ve menfaatlerle dengelenmesi gerektiği gerçeği, devletlerin çevrimiçi anonim ifadeleri yasaklayabileceği (örneğin bu tür bir faaliyeti suç sayarak) anlamına gelmez. Sadece başkalarının korunması için gerekliyse, anonim olarak hareket edenlerden kendilerini ifşa etmelerini isteyebilirler (zorlayabilirler). Buna göre, anonim bir ifadenin cezalandırılması (anonim olmayan ifadede daha ağır cezalandırma dahil), çevrimiçi iletişimin önde gelen ilkelerinden birine ve Sözleşme'nin 10. maddesine açıkça aykırı görünmektedir.”⁵⁶

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan maddenin 2. fıkrasında fiilin “bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde” işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür. Düzenlemede bu örgütün mahiyeti konusunda hiçbir açıklık bulunmamaktadır. mesela bir derneğin veya meslek örgütünün yürüttüğü bir kampanya çerçevesine sosyal medya mesajlarının paylaşılmasının suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak uygulanmasını önleyecek hiçbir güvence bulunmamaktadır. Ayrıca bu ağırlaştırıcı nedenin çıkar amaçlı suç örgütlerinin faaliyetlerini kapsayıp kapsamadığı da açık değildir. Kamu otoritelerinin Venedik Komisyonuna sunduğu bilgilerde sadece terör örgütleri yönünden bu kuralın uygulanacağını belirttikleri anlaşılmaktadır.⁵⁷ Ancak böyle bir

⁵⁵ <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>

⁵⁶ Venedik Komisyonu ve DGI, 7 Ekim 2022 tarihli Görüş, para. 77.

⁵⁷ İbid., para. 52.

açıklık düzenlemede olmadığı gibi, bu şekilde uygulanması halinde de kural oldukça sorunlu ve ayrımcıdır. mesela bir borsa spekülasyonu yoluyla küçük yatırımcıların zarara uğratılarak gelir elde edilmesi amacıyla yalan haberlerin örgütlü olarak yayılması halinde bu kuralın uygulanmaması söz konusu olabilecektir. İhtilafı ibare, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik gereklerini karşılamaması itibariyle kanunilik ilkesine ve bu ilkeyi öngören (ve önceki başlıkta kapsamlı olarak incelenen) ilgili maddelere aykırılık taşımaktadır.

Yukarıda açıklandığı gibi ifade ve basın özgürlüklerine müdahale eden bir ceza normunun içeriğinin ve kapsamının belirsiz ve öngörülemez olması Anayasa'nın 2., 13., 26., 28 ve 38. maddelerine aykırılık oluşturur. Dava konusu kural da bir ağırlaştırıcı sebep olarak ifade ve basın özgürlüklerine müdahale oluşturmaktadır ve Anayasa'nın belirtilen hükümlerine aykırıdır.

Sonuç olarak 7418 sayılı Kanunun 29. maddesiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na eklenen 217/A maddesi Anayasa'nın 2., 13., 25, 26., 28, 38 ve 153. maddelerine aykırıdır ve iptaline karar verilmesi gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

13/10/2022 tarihli ve 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na eklenen 217/A maddesinin açıkça Anayasa'ya aykırı olduğu yukarıda etraflı bir şekilde açıklanmıştır. Günümüzde ifade ve basın özgürlüklerinin en yaygın şekilde kullanım alanı olan internet ve sosyal medyanın kontrol altına alınmasını ve bütün muhalif basının sansürlenmesini ve toplumsal muhalefetin susturulmasını amaçlayan kuralın uygulanması halinde demokratik toplumun vazgeçilmez unsuru olan ifade ve basın özgürlükleri ağır bir şekilde tahrip edilecek ve Cumhuriyetin demokratik niteliği zedelenecektir.

Özgürlük alanını kısıtlayan ve yurttaşı ceza ile tehdit eden, dezenformasyon ile mücadele adı altında hakkın özüne dokunan ve "düşünce suçu" ihdas eden bu öneri, demokratik siyaset alanını daraltan seçim yasası değişikliğinden sonra demokratik toplumu baskılayıcı amacına yöneliktir ya da en azından bu sonucu doğurmaya elverişli olduğu aşikardır. İhtilafı kuralın 7418 sayılı Kanun'daki diğer birçok kuralının aksine 2023 yılında değil de yayımlanmasıyla yürürlüğe girmesi, AYM tarafından bu anlamda dikkate alınması gereken bariz bir emaredir. Venedik Komisyonu da, karşılaştırmalı ceza hukuku verilerini de incelediği 7 Ekim 2022 tarihli acil görüşünde; söz konusu maddenin AİHS'nin 10. maddesine aykırı olduğunu ve 2023'de gerçekleşecek seçimlerden önce böyle bir düzenlemenin potansiyel sonuçlarından duydukları endişeyi dile getirmişlerdir. Gerçekten de iptali istenen kural, yol açacağı seçim öncesi güdümlü özgürlük ortamında, ulusal egemenliğimize yönelik doğrudan bir tehdit oluşturmaktadır. Venedik Komisyonunun da açıklıkla vurguladığı gibi kapsamı belirsiz ve ölçsüz bir ceza öngören kuralın 2023 yılında yapılması beklenen Cumhurbaşkanlığı ve parlamento seçimlerinden hemen önce çıkarılmasının seçimlerin demokratik bir şekilde yapılmasını engelleme riski taşıdığı açıktır. Bu şekilde kapsamı belirsiz ve keyfi olarak yorumlanmaya ve uygulanmaya açık bir ceza normunun içerdiği ağır yaptırımlar da dikkate alındığında Anayasa'nın temel ilkelerine, insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi değerlerine ağır bir saldırı oluşturan kuralın yürürlüğünün derhal durdurulması hayati önem taşımaktadır. Olağanüstü hallerde bile askıya alınamayacak mutlak bir hak olan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini ortadan kaldıran normun seçimler öncesinde ve seçim sırasında uygulanması Anayasa'nın ve Cumhuriyetin dayandığı tüm temel değerleri ortadan kaldıracaktır.

Anayasal gereklere uymadan kabul edilen ve iptal edilmesi gereken bir kuralın uygulanması halinde telafisi imkânsız zararların doğacağı açıktır. O kadar ki; iptali istenen kurallar, demokratik hukuk devletinin esasını ortadan kaldıracaktır.

Diğer taraftan Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devletinin temel gereğidir. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi, hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Kullandığı belirsiz sözcüklerle yaklaşan seçimler öncesi muhalefetin ve toplumsal çoğulculuğun keyfi ve otoriter bir şekilde susturulmasına yol açacak ve yine oto sansür sonucunu doğurarak kamuoyunun özgür koşullarda oluşmasına mani olacak ihtilaflı kuralın Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğünün durdurulması; yaklaşan seçimler öncesi Türkiye demokrasisinde giderilmesi olanaksız zararların doğmasını engellemek açısından bir zorunluluktur. Ulusal egemenlik, demokratik hukuk devleti ve ifade özgürlüğünün korunması; Anayasa Mahkemesi'nin anayasal yükümlülüklerindedir ve yürürlüğün durdurulması yöntemi de hâlihazırda bu amaca yönelik elverişli araçtır. Yürürlüğün durdurulması kararı olmadan ve yıllar sonra verilecek bir iptal kararının, arada antidemokratik koşullarda gerçekleşecek Cumhurbaşkanlığı ve milletvekili seçimleri üzerinden ağır bir siyasi meşruiyet krizine kapı aralamak olduğu ve Yüce Mahkeme'nin böyle bir toplumsal vebal altına giremeyeceğinin altı çizilmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye'nin siyasi ve sosyal koşullarını, uluslararası hukuk standartlarını ve temel anayasal görevlerini göz ardı etmemesi gerektiği noktasından hareketle; anılan ağır zarar ve durumların doğmasını önlemek, demokratik hukuk devletinin korunmasını sağlamak ve ülkenin içinden çıkılmaz bir siyasi meşruiyet krizine düşmesini engellemek amacıyla, açıkça Anayasa'ya aykırı olan ve iptali istenen kuralın iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

13/10/2022 tarihli ve 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na eklenen 217/A maddesinin Anayasa'nın 2., 13., 25, 26., 28, 38 ve 153. maddelerine aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar yaratacağından iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”