

YALAN SÖYLEME EYLEMİNİN SUÇ OLARAK ÖNGÖRÜLMESİ: EĞER MÜMKÜN İSE HANGİ ŞARTLAR ALTINDA YALAN SÖYLEMEK SUÇ OLARAK ÖNGÖRÜLEBİLİR?

Yazarlar: Bryan H. DRUZIN & Jessica LI¹

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU²

Bu makalede yalan söyleme eyleminin bir suç olarak ihdas edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bunu önermekle biz, "ağır zarara yol açan pek fena yalan söyleme eylemi" olarak kavramlaştırdığımız tamamen yeni bir suç kategorisinin oluşturulmasını önermekteyiz. Bu çerçevede makale iki geniş amaca sahip bulunmaktadır: ilk olarak, böyle bir suç kategorisinin neden mevcut olması gerektiğini ve ikincisi de, bu suçun ana hatlarıyla nasıl yapılandırılması gerektiğini açıklamaktır. Makalenin asıl katkısı, yalan söyleme eyleminin bazı türlerinin bütünüyle cezalandırılması şeklinde belirttiğimiz amacının radikal bir yapıya sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bildiğimiz kadarıyla, böyle bir öneri bugüne kadar henüz yapılmamıştır. Makalede yapılan analizler aynı zamanda "aşırı suçlama" (overcriminalization) konusunda geniş çapta yapılacak bir tartışmaya da katkıda bulunmaktadır. Yalanın bazı türlerinin suç olarak ihdas edilmesi fikri ilk bakışta hayâl ürünü gibi görünse de, bunun yapılmasının sadece makûl değil, aynı zamanda gerçekten de gerekli olduğu kanaatindeyiz.

I. GİRİŞ

Bir sitede ikamet ettiğinizi düşünün. Komşunuz (ismine Bartley diyelim) bir gün kapınızı çalar ve size küçük çocuğunuzun birinci katta asansöre sıkışarak öldüğünü söyler. Bartley'in tarif ettiği kâbusun adeta kurmaca bir iş olduğunu fark etmek üzere korkuyla sıkışmış, çılgın bir panik halinde ve kalbiniz göğüs kafesinize vurarak alt kata koşturursunuz. Çocuğunuz iyidir. Bartley'nin size söylediği şey, sizi korkutmak için tasarlanmış bir yalandı. Diyelim ki Bartley bunu art arda insanlara yapıyor ve bundan sapıkça bir zevk elde ediyor. Bu makalenin sorduğu soru basit bir şekilde şudur: Bartley'nin bu davranışı suç olabilir mi? Bu soruya verilen cevap ise: "evet"dir. Yukarıdaki abartılı örneğe konu olan

¹ Asst. Prof. Bryan H. Druzin - The Chinese University of Hong Kong- Faculty of Law/Jessica Li- LL.B., Cambridge University ve Clifford Chance LLP London.

² Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi- Fethiye İşletme Fakültesi Öğretim Üyesi –nagehanhukuk@hotmail.com- 0 533 724 1555.

senaryonun haksız fiil sorumluluğuna (yani kasıtlı olarak duygusal sıkıntıya maruz bırakarak³) da yola açacağını kabul etmemize rağmen, söz konusu örnek aşağıdaki tartışmanın da odak noktası olarak katkıda bulunacaktır. Bartley'nin davranışı -ağır zarara neden olması halinde- ceza hukukunun tüm dikkatini çekmeyi ve gerekli yaptırımına maruz bırakılmayı hak etmektedir. Bu anlamda Bartley'in yaptığı eylem bir suç olmalıdır - ancak halen suç değildir.

Yalan söylemenin yanlış bir davranış olduğunu ileri süren, uzun süredir var olan (*kadim*) güçlü ahlâkî bir ilke vardır. İyi sosyalleşmiş insanlar tarafından dürüstlüğü saygıdeğer bulunduğu, hilenin bütün çeşitleri⁴ ve yalan söylemenin de kınandığı olgusu tartışmaya yer bırakmayacak niteliktedir. Ancak yine de herkesin yalan söyleyebildiği bilinen bir gerçektir. Bu çerçevede dürüst olmama, insanlar arası etkileşiminin yaygın bir özelliği olarak görünmektedir. Ortalama kişi öldürmez, soygun yapmaz veya tecavüz etmez, ancak yalan söyleyebilir ve hatta sık yalan söyleyebilir. Arkadaşlar birbirlerine kibar olmak için yalan söyleyebilir; öğrenciler eksik yaptıkları ödevleriyle ilgili profesörlerine yalan söyleyebilir; kocalar eşlerine aslında nerede oldukları hakkında yalan söyleyebilir; gençler edindikleri arkadaşlar hakkında ebeveynlerine yalan söyleyebilir; hatta biz aslında iyi hissetmediğimiz halde iyi hissettiğimizi söyleyerek yalan söylemiş oluruz. Akrabalarımız yalan söyleyebilir, meslektaşlarımız yalan söyleyebilir, biz onlara yalan söyleyebiliriz. Bununla beraber, okuyucunun Bartley'nin davranışına ilk tepkisi, muhtemelen faile karşı bir nefret ve onun bir tür cezaya hükmedilmesi gerektiği yönünde olsa da, yine de biz Bartley'in davranışının cezalandırılması gerektiği düşüncesine mesafeli kalabiliriz. Yalana karşı var olan ahlâkî yasak ile ceza hukukunun genel olarak bu davranışa ceza verme konusundaki isteksizliği arasındaki uyumsuzluk bu makalenin odak noktası olmakla beraber, biz de yalan söyleme eyleminin gerçekten suç sayılmasını gerektiren farklı koşullar kümesini müzakere etmeye çalışacağız. Bu makalede her çeşit yalan söyleme eyleminin cezalandırılması gerektiğini iddia etmemekle beraber; aksine, doğrudan ve açıkça ağır bir zarara neden olan ve böyle bir zarar ile sonuçlanan yalanların cezalandırılması gerektiğini öneriyoruz.

³ Söz konusu haksız fiilin temel unsurları şunlardır: (1) Failin kasıtlı veya dikkatsiz davranması; (2) Davranışın ölçüsüz ve çirkin olması; (3) hareketin duygusal sıkıntıya neden olması ve (4) mağdurun, failin davranışının sonucu olarak ciddî duygusal sıkıntı çekmesi. Bkz: Wilkinson v. Downton, (1897) 2 Q.B. 57; Bkz: RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 46 (1965) (Şiddetli Duygusal Sıkıntıya Neden Olan Çirkin Davranış).

⁴ "Yalan" ve "hile" kavramlarının bu makalenin ilk bölümünde birbirlerinin yerine kullanıldığını belirtelim. Bununla birlikte, her iki davranış biçimi arasında belirgin farklılıklar vardır ve bu farklılık makalenin ikinci bölümünde daha ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

Gerçekten, fiziksel veya zihinsel sıkıntı vermenin ötesine geçerek; “ağır zarar”ın fırsat kaybı, özgürlük kaybı veya daha kolay tanımlanamayan bir hasar şeklinde ortaya çıkabildiği ve herhangi bir haksız fiil niteliği olmayan yalanları konu edinen birçok kurgu düşünülebilir. Örneğin, bir bireyin yetim bir çocuğa, bu çocuğun ebeveyn olarak bildiği kişilerin aslında onların hayatta olmasına ve çaresizce çocuğu aramalarına rağmen onların öldüğünü söylediği bir senaryo düşünün⁵. Burada suç tam olarak nedir? Bir kadının sevgilisine doğum kontrolü kullandığı konusunda yalan söyleyerek sevgilisinin kendisini hamile bırakmasını sağladığını düşünün. Bu adam sonuçta böyle bir çocuğun babası olmak istememektedir. Durumu tersten düşünerek kadının istemeyerek hamile bırakıldığını düşünün. Buradaki zararın derecesi (*haksız file konu olan*) nedir? Bir kadının, bir erkeğin evliliğini ve ailesini yok etmek amacıyla o erkekle duygusal ilişkiye girdiklerini iddia etmesi nasıl açıklanabilir?⁶ Böyle bir yalandan ağır bir zarar doğmaz mı? Aynı şekilde bir kişinin oda arkadaşının tıp fakültelerine kabul mektuplarını kıskançlıkla gizlediği ve oda arkadaşına da başvurduğu tüm okullardan reddedildiğini söylediği bir senaryo düşünün⁷. Aslında hatırı sayılır zararlara sebep olup da mevcut hukuk sistemi tarafından bu zararların tam anlamıyla önlenemediği ya da hatalı bir içerikle de olsa önlenemediği türden yalanların konu edildiği onlarca kurgu tasavvur edilebilir.

Yalan söyleme eylemini suç olarak ihdas etme fikri ilk bakışta radikal bir fikir gibi görünse de, bu eylemin hâlihazırda yalan tanıklık, yalan beyan ve cezayı gerektirir nitelikte küçük dürücü beyan suçlarında olduğu gibi pek çok farklı başlık altında cezaya tâbi kılındığı düşünüldüğünde bu fikrin kabul edilmesi aslında çok da uzak görünmemelidir. Bu makale (yukarıda bahsedilen suçlar için) getirilen yasaklamanın kapsamını eşit veya daha büyük zarara sebep olan ve tamamıyla benzer tarzdaki davranışları da içine alacak şekilde genişletmemenin

⁵ Söz konusu bireyin çocuğa karşı bakım yükümlülüğüne sahip olmadığını varsayıyoruz.

⁶ Böyle bir eylem Amerika Birleşik Devletlerinde suç değildir. Somut olayda iftira içerikli bir eylemden bahsedilmesi mümkün olmasına rağmen, böyle bir kurguda söz konusu eylemin iftira suçu teşkil edeceğini söylemek bile oldukça güçtür. Bkz. aşa: Bölüm II.B.1.c (“*İftira*”). Bu kurguda cinsiyetler tersine çevrilirse, işte o zaman eski Florida Kanunu’na göre bu davranış bir kabahat teşkil etmektedir. Bkz: **FLA. STAT. § 836.04 (2010)**. (“Evli veya evli olmayan bir kadın hakkında ona bir iffetsizlik isnadı doğuracak şekilde yanlışlıkla ve kötü niyetle konuşan kişi birinci dereceden kabahatten dolayı suçlu kabul edilir...”). Hiç şüphesiz, böyle bir davranış sebep olduğu zarar ile orantılı olarak verilecek bir cezayı hak etmektedir.

⁷ Aynı kişi oda arkadaşının kendisine ait e-posta adresini kullanmasını engellemiş olsaydı, aksi yönde davranan oda arkadaşı, B sınıfı bir kabâhatten dolayı para cezasıyla ya da altı aya kadar hapis cezasıyla karşılaşacaktı 18 U.S.C. § 1701 (2006), ancak böyle bir kınama, zararı gerçekten telafi edici nitelikte olmadığı gibi söz konusu failin davranışına denk düşen makûl bir niteleme de olmayacaktır.

mantıksal bir tutarsızlık ortaya çıkardığı iddiasındadır. Bununla beraber bu çalışmada, halen ceza hukukumuz tarafından özel olarak ele alınmayan yalan söyleme eyleminin belirli istisnaî durumlarda suç sayılıp sayılmayacağı meselesi tartışılacaktır. Ancak okuyucunun itirazı, bireylerin özel hayatları içerisinde kalan ilişkilerin ceza hukukunun ilgi alanı dışında kalması gerektiği yönünde olabilir. Başka bir ifadeyle, böyle bir eylemi suç olarak düzenleme fikrine okuyucu, özel yaşam alanına yapılacak böyle bir müdahalenin kabul edilemez ve tehlikeli olduğu gerekçeleriyle itiraz yöneltebilir. Hülasa böyle bir argüman söz konusu itiraza ciddî bir geçerlilik de kazandırabilir. Gerçekten de yalan söyleme eylemini suç olarak öngörme fikrine karşı kamu düzeni temelinde güçlü itirazlar yükseltilir; ancak, aşağıda da izah edileceği üzere, yasanın kapsamının böyle bir davranışı da içine alacak şekilde genişletmenin zorlayıcı sebepleri de bulunmaktadır.

Bireyleri bu tür zararlardan korumada pozitif hukukun hâl-i hazırda yetersizliği, onun ihmali haklı çıkararak bir argüman olarak kullanılamayacağı gibi, ceza hukukunun hareketsiz kalması da bu tür sakıncalı ve zarar verici eylemlerin cezalandırılmaması gerektiğine delalet etmez. İşte bu makalede de yalan söyleme eyleminin son derece fena türlerinin cezalandırılması gerektiği fikri savunulmaktadır. Bunu yaparak biz, “ağır zarara yol açan pek fena yalan söyleme eylemi” olarak kavramlaştırdığımız tamamen yeni bir suç kategorisinin oluşturulmasını önermekteyiz. Bu çerçevede makale geniş iki amaca sahip bulunmaktadır: birincisi, böyle bir suç kategorisinin neden mevcut olması gerektiğini ve ikincisi de bu suçun ana hatlarıyla nasıl yapılandırılması gerektiğini açıklamaktır.

Bu amaca yönelik olarak öncelikle siyaset bilimi kuramcısı *Joel Feinberg* tarafından önerilen bazı temel kavramları alıntı yapacağız. Feinberg’in “yön veren ilkeleri” incelendiğinde görülecektir ki; bu makalede söz konusu davranışın suç olarak kabul edilmesi fikri, bir davranışın devlet tarafından usûlüne uygun biçimde suç olarak ihdas edilmesi için Feinberg’in öngördüğü parametrelere uyularak ve yine onun öngördüğü “zarar ilkesi” ihlal edilmeden inşa edilmiştir⁸. Makalenin bu alana katkısı, yalan söyleme eyleminin bazı türlerinin bütünüyle cezalandırılması şeklinde belirttiğimiz amacın radikal bir yapıya sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bildiğimiz kadarıyla, böyle bir öneri bugüne kadar henüz yapılmamıştır. Bu sebeple, yalan söyleme eylemi akademik çevrelerde en azından kavramsal olarak makûl karşılanacak olursa, işte o zaman bu makale de amacına ulaşmış olacaktır.

⁸ Bkz: *aşşa*: Bölüm II. A.3.

Makale iki bölümden oluşmaktadır. Bölüm II’de yalan söyleme eyleminin gerçekten yanlış bir davranış biçimi olup olmadığı hususu ve bu konuda ahlâk felsefecileri tarafından ortaya konulan argümanlar inceleme konusu yapılmaktadır. Yalan söyleme eyleminin birçok türünün gerek ceza hukuku gerekse de haksız fiil hukuku ve hukukun diğer alanları içinde birbirinden farklı hâl ve şartlarıyla düzenlenmiş olduğundan bahisle söz konusu eylemin cezalandırılması noktasındaki duyarlılığımıza karşı büyük bir tepki oluşmamalıdır. Nitekim çalışmada bu konuyu ilgilendiren yasal düzenlemelere de yer verilmiştir. Ceza hukukunun kapsamının yalan söyleme eyleminin mağdurlarını kapsayacak ve onları koruyacak şekilde genişletilmesindeki isteksizliğin birtakım zorlayıcı sebepleri bulunmaktadır ki; buna ilişkin tartışmalar da yakından incelenecektir. BÖLÜM III’de esasında yalan söyleme eyleminin cezalandırılmasının bazı sınırlı şartlarla öngörülmesi yönünde bir öneri sunulmaktadır. Makalenin ikinci yarısı ise ana fikrin şekillendirildiği kısımdır. İşte bu kısımda suçun temel unsurlarını ortaya koyarak ve onun büyük oranda radikal bir öneri haline gelmesini sağlayan çıkarımları sunarak tamamen yeni bir suçu yapılandırmaktayız. Gerçekten de, yalanların bazı türlerinin suç haline getirilmesi başlangıçta hayâl ürünü gibi görünebilir, ancak bu makalenin amacı yalnızca bu durumun akla yatkinliğini sağlamak değil, aynı zamanda bu tür bir suçun kanun koyucu tarafından oluşturulmasının gerekliliğini tartışmaktır.

II. YALAN SÖYLEME EYLEMİNİN BAZI TÜRLERİ NEDEN CEZALANDIRILMALIDIR: POZİTİF HUKUKUN YALAN SÖYLEME EYLEMİNE YAKLAŞIMI

A. YALAN SÖYLEME EYLEMİNİN AHLÂKÎ BOYUTLARI

Bu konudaki mülâhazalarımızı ortaya koymak için sezgiye dayalı bir başlangıç noktası seçtik: annelerin azarlarken kullanmaktan kaçınmadığı ve her birimizin çocuk iken belki de ilk öğrendiği ahlâkî ilke; yalan söylemenin yanlış bir davranış olduğudur. Konuyu doğru bir biçimde kavramsallaştırmak için öncelikle bu eylemin ahlâkî boyutlarını incelememiz gerekmektedir. Bunun için, ilk olarak yalan söyleme eylemini teorize eden bazı felsefî görüşlerin öncelikle haritalanması gereklidir. Yalan söyleme ile ne kastedildiğini yapılan tanımlar üzerinden izâh etmekle başlayalım. Felsefeci Arnold ISENBERG, bu makalenin amacına hizmet edecek bir yalan tanımı önermektedir. Ona göre *yalan*; “bir kimsenin kendi inanmadığı bir şeye başka birinin inanmasını sağlama kastıyla yaptığı bir

beyandır”⁹. Yalan söylemek yaygın bir biçimde yanlış bir davranış olduğundan dolayı kınanmakta iken, bu ahlâkî yasağın arkasında yatan gerekçeler dramatik bir biçimde birbirinden farklılık göstermektedir. Bu yöndeki öncül argümanlar, her bir yalan söyleme eyleminin kendi özü itibariyle yanlış olduğuna veya yol açtığı zararların büyüklüğünün söz konusu eylemin yasaklanması için yeterli bir sebep oluşturduğuna ilişkindir. Birbirinden farklı olan bu iki görüş, birbiriyle çatışan iki kuram tarafından temsil edilmektedir: deontoloji ve sonuçsalcılık (sonuççuluk) (*consequentialism*): birincisi davranışın kendisini hedef alır; diğeri ise davranışların doğurduğu etkileri¹⁰. Bundan dolayı sonuçsalcılık yaklaşımı sırf zararlı sonuçlarından dolayı yalan söyleme eylemini yanlış bir davranış olarak kabul ederken; deontoloji, yalan söyleme eyleminin özü itibariyle yanlış bir davranış olduğunu ileri sürer.

⁹ Arnold ISENBERG, *Deontology and the Ethics of Lying*, 24 PHIL. & PHENOMENOLOGICAL RES. 463, 466 (1964). İlginçtir ki, *Isenberg*, bir kimsenin yalan söylerken mutlak bir biçimde karşı tarafı aldatma niyeti taşıdığı yönündeki önyargılı görüşün yanlış olduğunu iddia eder; öyle ki bir kimse muhatabına karşı hileli davranma kastı olmaksızın da yalan söyleyebilir. Konuşmacı tarafın niyeti oldukça önemlidir. Konuşmacı, kendisine zaten inanmayan bir kimseyi başka şekilde inandırma niyetinden yoksun ise yalan söylemiş olmaz. Örneğin, hataen söylenmiş yanlış bir söz yalan değildir ve eğer konuşmacı yanlış olduğunu bildiği bu hatalı söze muhatabının da inanmayacağını farkında ise, işte o zaman yalan söylemekten bahsedilmemesi gerekir. Alaylı bir söz kullanımı bunun bir örneği olabilir. Aynı şekilde daha fazla dinî eğilime sahip olan kişiler için Aziz Augustine benzer bir tanım kullanır: “*bir kişinin yanlış olduğunu bildiği bir sözü aldatmak kastıyla söylemesidir*”. RANDAL MARLIN, *PROPAGANDA AND THE ETHICS OF PERSUASION* 142 (2002). Başka tanınmış yazarlar da benzer tanımlar önermişlerdir. Immanuel Kant, yalanı “*bir kişiye karşı kasıtlı olarak yapılan gerçek dışı bir bildiri*” olarak tanımlamaktadır. SISSELA BOK, *LYING: MORAL CHOICE IN PUBLIC AND PRIVATE LIFE* 286 (1979). Benjamin Constant ve Hugo Grotius, yalanın “*gerçeği bilmeye hakkı olan bir kimseye karşı kasıtlı olarak yapılan gerçek dışı bir bildiri*” olarak tanımlanması gerektiğini savunmaktadırlar. Joseph Betz, *Sissela Bok on the Analogy of Deception and Violence*, 19 J. VALUE INQUIRY 217, 217 (1985).

¹⁰ Kısacası deontoloji, “belli başlı bazı davranışların kendi içerisinde yanlış olduğuna ilişkin duyulan inançtır.” KASPER LIPPERT-RASMUSSEN, *DEONTOLOGY, RESPONSIBILITY, AND EQUALITY* 15 (2005). Deontoloji, “ahlâken doğru ya da yanlış olanın, en iyi sonucu hangisinin doğurduğuna bağlı olarak değişeceğini savunan faydacılık akımını teorik olarak destekleyen sonuçsalcılığın zıddı olarak kabul edildiğinde belki daha iyi anlaşılabilir...Sonuçsalcıların inandıkları birçok değer sonuçta enstrümantaldir ve aslında hepsi de ahlâklılıktan önce var oldukları için ahlâkî olmayan değerleri yüceltmışlerdir”. STEPHEN L. DARWALL, *DEONTOLOGY* 1 (2003). Deontologlar, bazı eylemlerin sonuçlarına bakılmaksızın kategorik olarak yanlış olduğuna inanmaktadır. Bu tezin belki de en tanınmış savunucularından biri ileride de belirtileceği üzere Immanuel Kant’tır.

İleride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, suç yaratma (*criminalization*) konusunda daha incelikli ve ayrıntılı yaklaşımlar mevcuttur: örneğin bunlardan bir kısmı liberteryenizm, ekonomik analiz, faydacılık ve sözleşmecî kuram (*contractarianism*) içinde teessüs etmiştir¹¹. Bununla beraber söz konusu teoriler, deontolojik ve sonuçsalcılık kuramlarının bağlı oldukları ve içerdikleri unsurlar bağlamında birbirinden farklılıklar göstermektedir. İşte biz de bu makalede söz konusu iki temel kuramsal yaklaşımla yakından ilgileneceğiz. Ancak makalede bu kuramlardan ilkinin şiddetle reddedip, ikinci kuramı benimsemiş olduğumuzu şimdiden ifade etmemiz gerekir. Bu çalışmada öne sürülen tezde, yalan söyleme eyleminin kesin olarak yanlış bir davranış olduğuna ilişkin deontolojik bir bakış sergilemekten ziyade, bazı yalan beyanların sebep olduğu zararlara odaklanan bir bakış açısı esas alınmaktadır. Bir şeyi anlamak aslında ve ilk önce onun ne olmadığını anlamaya yaradığı için, deontolojik kuramı da bir bütün olarak reddetmeden önce bu kurama yakından bir göz atmakta fayda vardır.

1. Augustine, Aquinas ve Kant

En katı deontolojik teoriler yalan söyleme eyleminin aslında kendi özünde yanlış bir davranış olduğunu kabul etmektedir. Aziz Augustine ve Aziz Aquinas Aristo'dan etkilenerek yalan söyleme eyleminin doğanın kanunlarına aykırı olduğunu savunmuşlardır¹². Onlara göre, amacı ve sonucu ne olursa olsun, bir kişinin kendi inanmadığı bir şeyi ileri sürmesi kaçınılmaz olarak günahdır¹³. Immanuel Kant meşhur ifadesiyle yalan söyleme eylemini, “bütün koşullar altında mutlak yanlış olan, asılsız iddiadır” olarak tanımlamaktadır¹⁴. Onun görüşüne göre yalan söyleyen bir kişi “insanoğlu olarak kendi haysiyetini bir kenara atar, onu adeta bütününüyle tahrip eder¹⁵”. Yalan söyleme eylemi tüm insanlığa karşı bir suç teşkil eder ve belki daha da önemlisi yalan söyleyen kişinin kendi özünü kirletir. *Kant* bu hususta en meşhûr örneğini katilin müstakbel kurbanının nerede olduğunu sorduğu olay üzerinden vermiştir. Kant'ın görüşüne göre, böyle sıra dışı koşullarda bile yalan söylemek yanlış bir davranıştır. Öyle ki bu soruyu cevaplamaya zorlanan kişinin katile müstakbel kurbanının nerede

¹¹ Suç yaratma konusunda iyi bir analiz için şu iki yaklaşım: ekonomik analiz ve faydacılık (ve tabii ki *hukukî ahlâkçılık*) için bkz: DOUGLAS N. HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 180–205 (2008).

¹² Larry Alexander & Emily Sherwin, *Deception in Morality and Law*, 22 LAW & PHIL. 393, 396 (2003).

¹³ *a.e.*

¹⁴ Immanuel Kant, THE METAPHYSICS OF MORALS 182 (Mary Gregor ed., Cambridge Univ. Press 1996) (1797).

¹⁵ *a.e.*

olduğu konusunda yalan söylemesi dahi kategorik olarak yanlış bir davranış olacaktır¹⁶. Bu gerçekten de biraz ürkütücü bir değerlendirme olsa da, Kant'ın bakış açısı gayet açıktır.

2. Diğer deontolojik tartışmalar: Hobbes ve Rawls

Bazı yazarlar yalan söylemenin yanlışlığına ilişkin özgün dilbilimsel kanıtlar ortaya koymuşlardır: Buna göre tanım gereği bir iddia doğruyu içerir, yalan bir ifadenin beyan edilmesi dilin evrensel ve temel kullanım kuralını ihlâl eder ve bu nedenle her daim yanlıştır¹⁷. Diğer bir kanıt ise, yalan söylemenin yanlışlığını yalan ifadenin mağdurun özerkliği ihlâl etmesi olgusuna dayandırır. Bu argüman bir yalanın mağdurun akıl yürütme sürecini bozduğu ve rasyonel düşünce sistemine olumsuz olarak müdahale ettiği görüşünden yola çıkar; yalan bir kişinin inancına ve davranış biçimine ilişkin akılcı seçimler yapma kabiliyetini elinden alır- bu ise bir birey olarak onun bütünlüğüne yapılan haksız bir saldırıdır¹⁸. Mağdurun iradesi ve eylemleri, konuşmacının amaçları doğrultusunda değiştirilir ve manipüle edilir¹⁹. Bu aşamadaki bir müdahale ise “kişisel kazanımla yapılacak değerlendirmeler tarafından aksi ispat edilemeyeceği için varsayımsal olarak” yanlıştır²⁰.

Söz konusu deontolojik kaygının merkezinde “özerklik” ile beraber “iradîlik” kavramı da bulunmaktadır²¹. Örneğin, A'nın B'ye içerdiği bir bardak şarap olduğunu söylediği sıvıyı C'ye servis etmesi isteğinde bulunduğu bir yalan düşünelim. A, şarabın bir zehir içerdiğini biliyor ancak B'ye bunun şarap olduğunu söyleyip C'ye de bunu servis etmesi konusunda kendisine ısrar ediyor. Bu sayede B misafirini zehirleyebilir, ancak bunu istemli olarak yapmaz. Sonuç olarak A'nın yalanı, B'nin davranışının *istem dışı* yapılmasını sağlamıştır²². Bu bağlamda yalan söyleyen kişi aslında, mağdurun kendi kendini yönetme kapasitesine saygı göstermediğini ortaya koymaktadır. Bu görüş çoğu zaman *Kant*'a dayandırılır ve bazı Kantçılar tarafından daha da geliştirilmiştir. Ancak bu

¹⁶ Alexander & Sherwin, *yuk. dipnot 12*, s. 397.

¹⁷ a.e..

¹⁸ Bkz: Alan Strudler, *Incommensurable Goods, Rightful Lies, and the Wrongness of Fraud*, 146 U. PA. L. REV. 1529, 1546 (1998).

¹⁹ Bkz: Alexander & Sherwin, *yuk. dipnot 12*, s. 397.

²⁰ Strudler, *yuk. dipnot 18*, s. 1546.

²¹ a.e..

²² Yalan söyleyen kişinin mağdurlarını ikna etmede başarılı olması onlardaki iradîliği ortadan kaldırma sonucu doğururken, yalan ifadeye inanmadığı için müstakbel mağdurun özerkliğini baltalamayı başaramadığı durumlarda ise başarısız bir yalan söyleme girişiminden bahsetmek gerekecektir. a.e. s. 1548.

yazarlar da yalan söylemenin yanlış bir davranış olduğuna ilişkin temel prensibe – yalanın paternalist gerekçeler (*yalan söylenen kişinin menfaatine olması*) veya masum bir insanı savunmak amacıyla söylenmesi dışında- çok fazla istisna önermemişlerdir²³. Sonuç olarak, bu görüş doğrultusunda yalan ifade sonucu hâsıl olan yanlış inanç tam olarak zararın bizatihî kendisidir, mağdurun bunun ötesinde somut olarak farklı türde somut bir zarara uğraması gerekli değildir.

Tartışmanın bir başka tarafında ise bazı yazarlar, hepimizin bir dereceye kadar karşımızdakinin doğruyu söylemesine bağlı olduğumuz, varlığı inkâr edilemeyecek türden adil oyun ("*fair play*") sorumluluğumuz bulunduğunu iddia etmektedir²⁴. Bu adil oyun sorumluluğunun kökeni *Hobbes*'un toplumsal sözleşme anlayışında yer almaktadır ve son zamanlarda ise siyaset bilimci filozof *John Rawls* tarafından da birtakım eklemeler yapılmıştır:

*Varsayalım ki... işbirliği ile üretilen fayda belli bir seviyeye kadar ücretsiz olsun: Bu durumda eğer herhangi bir kişi kendi görevini yerine getirmese bile diğerlerinin tamamının (veya birçoğunun) kendi görevlerini yerine getirmeye devam edeceğini ve buna rağmen kendisinin yine de şemadaki kazançtan bir pay elde edebileceğini biliyorsa o taktirde söz konusu işbirliği şeması artık sabit değildir. Bu şartlar altında şemanın faydalarından yararlanmayı kabul eden bir kişi, kendi görevini yerine getirerek adil oyunun kurallarına uymakla ve işbirliği yapmasa bile üretilen faydadan ücretsiz olarak yararlanma avantajını kullanmamak ile yükümlüdür*²⁵.

Sonuç itibariyle, büyük çoğunluğun doğruyu söyleme eğiliminde olduğu bir toplumda, yalancılar en uygun zamanlarda yalanlarından faydalanmayı seçebildikleri için bedavacı (*free-rider*) hale gelir. Bu argüman özellikle insanlar arası etkileşimi destekleyici nitelikteki güven ağını kopararak toplumsal iradeyi zarara uğratan yalanlara odaklanmaktadır²⁶.

3. Mill, Feinberg ve Zarar Prensibi

Bu başlık nihaî olarak bizi sonuçsalcılık akımına götürmektedir. Faydacılık akımından *John Stuart Mill*'e göre yalanlar karşılıklı güveni yok etmektedir ki

²³ a.e. s. 1546-47. Bazı özerklik teorisyenleri, belirli koşullarda yalan söylemenin meşru olabileceği fikrini isteksizce benimsemektedir; tıpkı bir kişinin arkadaşının kalp krizi geçirmemesi için onu üzücü haberlerden koruması örneğinde olduğu gibi. a.e.s. 1547.

²⁴ a.e. s. 1557-58.

²⁵ John Rawls, *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, LAW AND PHILOSOPHY 3, 10 (Sidney Hook ed., 1964).

²⁶ Bkz: Alexander & Sherwin, *yuk. dipnot* 12, s. 398.

bunun da eksikliği, medeniyeti, erdemi, en geniş ölçekte insan mutluluğunun bağlı olduğu her şeyi yok etmek şeklinde isimlendirilebilecek daha nice şeyden fazlasına sebep olmaktadır²⁷. İşte bu noktada *Mill* sonuçsalcı bir yaklaşım önermektedir; onun yaptığı vurgu, davranışın daha geniş çaplı sonuçlarını baz almaktadır. *Mill*, birkaç dar ve iyi tanımlanmış istisna dışında yalanlara karşı genel yasaklayıcı bir uygulamanın faydacılık akımının amacına en iyi şekilde hizmet edeceğini kabul etmektedir²⁸. *Mill*'in kendi görüşünü destekleyici olarak ortaya koyduğu meşhûr zarar prensibi şu şekildedir: “uygar bir toplumun herhangi bir üyesi üzerinde kendi iradesine aykırı olarak gücün meşrû biçimde kullanılmasının tek amacı, o kişinin başkalarına zarar vermesini önlemektir”²⁹. *Feinberg* bu ilkeyi, bir davranışı cezalandırmak için yeterli bir zemin sağlayan “*hukukî paternalizm*” ve “*hukukî ahlâkçılık*”ı dışlayarak genişletmektedir³⁰. *Feinberg*'in çalışmaları, *Mill*'in zarar prensibini daha da rafine edip, ceza kanunlarının etkin bir şekilde uygulanabileceği sınırları belirlemek amacıyla farklı zarar türlerini birbirinden ayırt ederek daha ayrıntılı yorumladığı için bilhassa önemlidir. Nitekim *Feinberg*'in çalışmaları, pek fena yalan söyleme suçunun çerçevesini çizmek için gerekli parametreleri sağlamada önemli bir rol oynamaktadır. Cezaî yaptırımların uygulanmasını haklı çıkaracak zararların derecesini belirleme görevini üstlenirken *Feinberg*'e tekrar değineceğiz. Zira yasanın bireylerin özel hayatlarına müdahalesinin temel gerekçesi olan zarar prensibi mevcut çalışmamızın da temelini oluşturmaktadır³¹.

Mill'in açıkça ortaya koyduğu istisna dışında, yukarıda vurgulanan argümanlar esasında yalan söyleme eyleminin doğasındaki ahlâksızlığa odaklanmaları bakımından deontolojik bir konuma gelmiştir. Bu argümanlar oldukça önemli olmasına rağmen bu makalede onlarla herhangi bir etkileşim alanı bulunmamaktadır. Zira bu çalışmada deontolojik iddiaların değerli olduğu kabul edilmekle beraber, bizim tezimiz yalan söyleme eyleminin mutlak biçimde ahlâken kınanabilirliği düşüncesi ile bağlı olmadığından çok daha pragmatiktir. Bir

²⁷ John Stuart Mill, UTILITARIANISM (1869), *yeni baskı* UTILITARIANISM AND ON LIBERTY 181, 199 (Mary Warnock ed., 2d ed. 2003).

²⁸ Alexander & Sherwin *yuk. dipnot* 12, s. 399.

²⁹ JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 6 (Bobbs-Merrill 1956) (1859).

³⁰ Bkz: JOEL FEINBERG, HARM TO SELF (1986); JOEL FEINBERG, HARMLESS WRONGDOING (1988).

³¹ Bir davranışın ahlâksızlığının cezaî yaptırım için gerekli bir şart olup olmadığı hakkında yararlı tartışmalar için -*Mill ve Feinberg dışında*- genel olarak bkz: PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (1968); H.L.A. HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY (1963); MICHAEL S. MOORE, PLACING BLAME (1997); JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986); JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION (1994); Larry Alexander, Harm, Offense, and Morality, 7 CAN. J.L. & JURIS. 199 (1994).

başka deyişle, bu makale kesin bir biçimde bahsi geçen tartışmanın sonuçsalcılık tarafında yer almaktadır. Bu nedenle, ileride sunacağımız görüşlerimiz eylemin sebep olduğu zarar ile sınırlandırılmıştır. Yalanları hedeflemekteki amacımız *haddi zatında* ahlâka için herhangi bir deontolojik iddiaya dayanmamakla beraber, sadece söz konusu eylemden kaynaklanabilecek zararları sınırlamaktır - yalanların etik olmamaları sebebiyle kökünün kazınması değil de, kişilerin ve toplumun daha geniş çapta refahının korunması için bireyleri söz konusu eylemin pek fena biçimlerinden caydırmak amaçlanmalıdır. Bu noktada pek fena yalan söyleme suçunun unsurları ve şartlarının düzenlenmesi sürecini etkileyeceği için teorik yöntemler önem arz etmektedir.

Bazı eylemlerin mutlak biçimde ahlâkî bir niteliğe sahip olduğu düşüncesi birtakım normatif algıların içselleştirilmesini sağlayan bu tarz eylemlerle bütünleşik zararlara tanıklık ederek tetiklenmektedir. Aslına bakılacak olunursa, bir davranışta quasi-deontolojik bir algıya sebep olan ve o davranışa için ahlâkî bir niteliğin mevcut olduğunu teşhis etmiş olmaktadır³². Muhtemelen bu sürecin kökleri evrimin derinliklerindedir³³. Sezgisel çağrışımlar zarar derecesine ilişkin karmaşık hesaplamalara göre daha pratik ve etkili olduğu için, bu tür bir pre-rasyonel içselleştirme, toplumsallaşma ve grup işbirliği açısından belirgin yaşamsal bir avantaj sağlar³⁴. Bu anlamda, deontolojik yaklaşımın doğası uyarlanabilir vasıflı olması sayesinde tartışılabilir düzeydedir. Bir kişinin bedenine bıçak saplama eylemi, hayat kurtaran tıbbî bir müdahale gerçekleştiren cerrahın eylemi ya da kurbanını acımasızca bıçaklayan bir katilin eylemi ile aynıdır. Bir eylemin ahlâkî doğası tamamıyla o eylemden cereyan eden sonuçlara bağlı olarak ortaya çıkmaktadır – can alan bir katilin ya da hayat kurtaran cerrahın olayında olduğu gibi. Tekrar edecek olursak: Amacımız sırf doğası gereği yanlış bir davranış olduğu için yalan söyleme eylemini bütünüyle suç saymak olmayıp, sadece belli yalanların sonucu olarak ortaya çıkan zararları önlemektir. Sonuç

³² Bkz: Bryan Druzin, Law, Selfishness, and Signals: An Expansion of Posner's Signaling Theory of Social Norms, 24 CAN. J.L. & JURIS. (önümüzdeki ilkbahar 2011) (uyarlanabilir nitelik olarak normatif içselleştirmeyi açıklayarak).

³³ Bu durum, haksız fiile sebep olan çoğu karmaşık ticari yanlışın birçok suça eşit veya birçok suçtan daha fazla zarara sebep olmasına rağmen doğasındaki kriminal veya gayri ahlâkî unsurun toplum tarafından neden kolayca algılanmadığını açıklamaktadır. Diğer taraftan bu durum ayrıca vergi kaçakçılığı veya beyaz yakalı dolandırıcılık suçları gibi bazı suçların ahlâken yanlışlığı ile uyumlu bir hissiyat uyandırmamasının nedenini de açıklamaktadır; zira eylemin ardından gelen zararlar karmaşıktır ve doğrudan doğruya açık değildir, buna karşılık örneğin saldırı ya da cinayet suçlarında içselleştirme süreci kolaylıkla geri tepmez. Bernard Madoff gibi ünlü bir dolandırıcının olayında bile, kendisinin sahip olduğu içgüdüsel suçluluk duygusu, onun mağdurlarına verdiği zararın gerçek boyutuyla orantılı değildir.

³⁴ Bkz: Druzin, *yuk. dipnot* 30.

olarak bir zarar ortaya çıkmış olmalıdır ve bu zarar bilhassa ağır olmalıdır. Eğer söz konusu eylemi cezalandırmak için hakikî ve objektif bir ölçüt var ise o da budur.

B. YALAN SÖYLEME EYLEMİNE İLİŞKİN MEVCUT HUKUKİ DÜZENLEME

Bazı koşullar altında yalan suçunu cezalandırma fikri, hileli eylemlerin ceza hukuku, sözleşme hukuku, anayasa hukuku ve çeşitli yasalar altında belli şartlarla zaten düzenlenmiş olduğu göz önüne alındığında bu kadar radikal görünmemelidir. Bu alt başlıkta, söz konusu hukukî yapının kapsam ve sınırlarını açıklığa kavuşturmak için, yalan söyleme eylemini hâl-i hazırda bünyesinde barındıran yasal düzenlemelerin kapsamına ilişkin genel bir bakış sunacağız.

1. Haksız Fiil Hukuku

a- Yanlış Bilgilendirme

Yanlış bilgilendirme eylemi bir haksız fiildir ve eğer maddî bir zarara sebep olursa hukukî bir sorumluluk doğurabilir³⁵. Haksız fiil niteliğindeki yanlış bilgilendirme (*hile veya dolandırma olarak da adlandırılır*) öncelikli olarak maddî zararları kapsamaktadır. Yanlış bilgilendirme, fail tarafından mağdura yöneltilen ve mağdurun da kendi zararına olacak şekilde inandığı yanlış beyandır³⁶. Haksız fiildeki temel unsur karşı tarafı aldatmaktır- buna *kast unsuru* da denilmektedir³⁷. Fail “kendi beyanının yanlış olduğunu bilmeli veya kendi içinde doğruluk payı taşımadığına inanmalı veyahut da beyanının doğruluğu veya yanlışlığı konusunda dikkatsiz ve özensiz davranmış olmalıdır”³⁸. Ayrıca, fail mağdurun söz konusu beyanın somut doğruluğuna inandığını bilmeli ve bu inanç haklı ve makûl sayılmalıdır³⁹. Örneğin, aynı zamanda arazi sahibi olan bir şehir planlamacısı bilerek yanlış şekilde söz konusu arazinin ticari olarak imar edilmiş kıymetli bir arazi olduğu yönünde reklam yaparsa, bu “yanlış bilgilendirme” olacaktır; eğer ki alıcı, yanlış beyana inanarak araziyi satın almışsa, bundan dolayı uğradığı herhangi maddî bir zarar için planlanmacıya karşı dava açabilir. Bir avukat, doktor veya yediemin açısından gizliliği olan maddî olguların açıklanması sonucunu doğurabileceği için söz konusu haksız fiil sorumluluğu sonuçları itibariyle oldukça geniş olabilir.

³⁵ Bkz: Richard A. Epstein, *Privacy, Property Rights and Misrepresentations*, 12 GA. L. REV. 455, 466–67 (1977).

³⁶ WILLIAM P. STATSKY, *ESSENTIALS OF TORTS* 291 (2000).

³⁷ *a.e s. 202.*

³⁸ *a.e s. 292.*

³⁹ *a.e .*

Birçok eyalette teknik olarak kast unsuru aranmadığı gibi, yanlış bilgilendirmenin taksirle yapılmasından doğan maddî zararlar için de mağdura dava açma imkânı tanınmaktadır⁴⁰. Bu unsur, failin kendi beyanının doğruluğunu kanıtlamak için makûl adımlar atmadığı durumları kapsadığı gibi, kendi beyanının doğru olup olmadığı noktasında kayıtsız davrandığı hâlleri de içermektedir. Geleneksel olarak zararlar maddî ya da ekonomik zararlar ile sınırlıydı; ancak günümüzde birçok mahkeme mala ve cana verilen zararları telafi etmeye ve hatta bazı şartlarla ızdırap, hayâl kırıklığı ve haz kaybı niteliğindeki manevî zararların tazmini talebini de kabul etmektedir⁴¹.

b. Sahtekârlık

Haksız fiil niteliğindeki “yanlış bilgilendirme” eyleminin ceza yaptırımını gerektirdiği durumlardan birisi olan sahtekârlık, bir kişinin muhatabını kendi nitelikleri konusunda hileye uğratmasıdır. Bu eylem maddî zararlara yöneliktir ki buradaki finansal zararlar çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin, Kuzey Karolina’da sahtecilik hükümleri, “bir kişiyi dolandırarak ondan para, mülkiyet, hizmet, alacak veya bu nitelikte benzer menfaatler temin etme amacıyla başka bir kişiye ait para, mülkiyet, hizmet, alacak veya bu nitelikte benzer şeyleri ele geçirme”⁴² eylemi ile ilişkilendirilmektedir. Ortak hukukta sahtekârlık, mağdurun mülkiyet sahipliğinin devrine sebep olacak şekilde tasarlanmış kasıtlı yanlış bilgilendirme olarak tanımlanır.

c. İftira

Yalan söyleme eylemi haksız fiilin başka görünüşleri altında da ortaya çıkabilir. Bir kişinin onurunu lekeleyici ifadeler sözlü ya da yazılı iftira biçiminde olursa haksız fiil sorumluluğuna sebep olabilir. İftira, bir kişi hakkındaki yanlış bir bilginin onun zarara uğramasına sebep olacak şekilde alenileştirilmesidir⁴³. İftira içerikli bir ifade, bir kişiden nefret edilmesine, “onun hor görülmesine ve onunla alay edilmesine yol açarak onun itibarını zedelemek amacıyla tasarlanmış bir beyandır”⁴⁴. Birçok ülkede iftira medenî hukuk anlamında bir haksız fiil niteliğinde olduğu gibi aynı zamanda da suçtur⁴⁵. Tazminat olarak ödenecek para cezaları ile

⁴⁰ Bkz: a.e .

⁴¹ Aynı eser s. 289.

⁴² N.C. GEN. STAT. § 14-100(a) (2010).

⁴³ BLACK’S LAW DICTIONARY 427 (8th ed. 1999).

⁴⁴ Parmiter v. Coupland, (1840) 151 Eng. Rep. 340, 343.

⁴⁵ Bkz: ORG. FOR SEC. & CO-OPERATION IN EUROPE, LIBEL AND INSULT LAWS: A MATRIX ON WHERE WE STAND AND WHAT WE WOULD LIKE TO ACHIEVE 1 (2005), bkz: <http://www.osce.org/files/documents/1/0/41958.pdf>.

birlikte cezaî sorumluluk oldukça ağır olabilir. Nitekim Alman Hukukunda iftira adlı cezaya tâbi suçtur; öyle ki fail iftira suçundan dolayı beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Aynı şekilde Yunanistan, Kazakistan ve Çin’de de iftira suçundan dolayı beş yıla kadar hapis cezaları öngörülmektedir⁴⁶. Kanada Ceza Hukuku uyarınca, bir kimse hakkında bilerek yanlış bir bilgi yayınlayan bir kişi yazılı iftira suçundan dolayı beş yıla kadar hapis cezasına hükmedilir⁴⁷. İtalyan Ceza Hukuku uyarınca iftiranın çeşitli biçimleri, televizyon yayınları ya da örneğin yazılı basın yoluyla yapılanları altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır⁴⁸. Moldova’da iftira suçunun cezası yedi yıla kadar hapis cezası olabilmektedir⁴⁹.

Birçok otoriter rejimde iftira karşıtı yasalar siyasî kontrolün araçlarından biri olarak ya da gazetecilerin muhalefetini bastırmak amacıyla kullanılır⁵⁰. Orta ve Güney Amerika ülkelerinde, descato (saygısızlık) olarak bilinen iftira karşıtı yasalar yaygındır. Descato kanunları özellikle kamu görevlilerinin onurunu korur⁵¹. Bolivya, Brezilya, Kolombiya, Küba, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Haiti, Paraguay, Uruguay ve Venezuela’da bu yasalar halen yürürlüktedir⁵². Bu yasaların uygulanması bir ifadenin yalan içerikli olmasını gerektirmemektedir. İftira suçuna karşılık hapis cezası uygulaması, çoğunlukla hükümetler tarafından bunun siyasî amaçlar için kullanıldığı Asya ve Ortadoğu’da yaygındır⁵³.

⁴⁶ Bkz: aynı eser s. 68, 84. İftira suçunun Çin Hukukunda bir uygulamasını görmek için bkz: H. L. Fu & Richard Cullen, *Defamation Law in the People’s Republic of China*, 11 TRANSNAT’L L. 1, 1 (1998), ve *Criminal Defamation*, GLOBAL CAMPAIGN FOR FREE EXPRESSION, <http://www.article19.org///.html> (son erişim tarihi: May 20, 2010).

⁴⁷ Kanada Ceza Kanunu, 2010 c. C-46, § 300. Kanada Ceza Kanunu’nun 296.maddesinin 1. fıkrasına göre, “dini aşağılayıcı yazılı iftira” yayınlayan kişi iki yıla kadar hapsi cezası ile cezalandırılabilir. Bununla beraber söz konusu kişi dini konudaki bir fikrini “iyi niyetle ve uygun bir dilde ifade ettiğini” ya da “iyi niyetle kullanılmış bir argümanla ve uygun bir dilde” ifade etmeye teşebbüs ettiği yönünde bir savunma ileri sürebilir. Bkz: m.296/f.1. 1961 tarihli Yeni Zelanda Suçlar Kanunu m.123 hükmünde de “dini aşağılayıcı yazılı iftira” eylemi bir yıla kadar hapis cezasına hükmedilebilecek bir suç olarak düzenlenmektedir. İngiltere ve Galler’de de benzer bir cezaî düzenleme İrksal ve Dinsel Nefret Yasası (2006) ile yer değiştirmek üzere 2008 yılında kaldırıldı. Bkz: Ceza Adaleti ve Göç Yasası, 2008, c. 5, § 79. (Ortak hukuktaki dini aşağılayıcı ve inancı sarsıcı yazılı iftira suçu kaldırıldı); İrksal ve Dinsel Nefret Yasası, 2006, c.1, § 1.

⁴⁸ ORG. FOR SEC. & CO-OPERATION IN EUROPE, bkz. yuk: dipnot 45, s. 78–79.

⁴⁹ a.e. s. 107.

⁵⁰ Bkz. Fu & Cullen, yuk. dipnot 44, s. 1; ayrıca bkz: GLOBAL CAMPAIGN FOR FREE EXPRESSION, yuk. dipnot 44.

⁵¹ FRANCISCO FORREST MARTIN & STEPHEN J. SCHNABLY, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW: TREATIES, CASES AND ANALYSIS 763 (2006).

⁵² Bkz: GLOBAL CAMPAIGN FOR FREE EXPRESSION, yuk. dipnot 44.

⁵³ Bkz: a.e..

Amerika Birleşik Devletleri'nde iftira eyleminin cezalandırılmasını sağlayan herhangi bir federal yasa bulunmamaktadır; aynı şekilde cezalandırılabilir nitelikteki iftira suçu on yedi eyalette ve iki bölgede sadece "kitaplarda" kalmaktadır⁵⁴. 1965–2004 yılları arasında yaygın olmasa da Amerika Birleşik Devletleri'nde ceza infaz yasaları uyarınca iftira suçundan dolayı on altı kişi mahkûm edildi; bunlardan dokuzu hapis cezasına çarptırıldı⁵⁵. Söz konusu mahkeme kararları gereği ortalama hapis süresi altı ay, yaklaşık 173.6 gündü⁵⁶. Diğer cezalar ise şartlı tahliye, denetimli serbestlik ve ortalama 1.700 ABD doları para cezasını içermektedir⁵⁷. Özellikle **SLAPP davaları** (halkın iştiraki aleyhine stratejik dava)⁵⁸ olarak bilinen ve muhalifleri susturmak, korkutmak ve onları külfetli hukuk maliyetlerinin altında sindirmek amacıyla onlara karşı iftiradan dolayı açılan sunî tazminat davalarına karşı birçok ülkede **anti-SLAPP** yasaları⁵⁹ yürürlüğe konuldu. Olayların birçoğunda, yazılı ve sözlü iftira ve benzeri suçlarla ilgili davalar, imarlaşma ve arazi kullanımı gibi kamusal meselelere ilişkin açıklamada bulunmayı, protesto eylemi yapmayı ya da bu konuları gündeme getirmeyi isteyen kişilere karşı açılmaktadır⁶⁰. Bu tarz davalar aslında genellikle şehir planlamacıları, politikacılar ile insan ve tüketici hakları muhaliflerinin misilleme amacıyla açtıkları davalar olmaktadır.

⁵⁴ ORG. FOR SEC. & CO-OPERATION IN EUROPE, *yuk. dipnot* 45, s. 171. Bu eyaletler şunlardır: Colorado (COLO. REV. STAT. § 18-13-105 (2010)); Florida (FLA. STAT. § 836.01-836.11 (2010)); Idaho (IDAHO CODE ANN. § 18-4801-18-4809 (2010)); Kansas (KAN. STAT. ANN. § 21-4004 (2010)); Louisiana (LA. REV. STAT. ANN. 14:47 (2010)); Michigan (MICH. COMP. LAWS § 750.370 (2010)); Minnesota (MISS. CODE ANN. § 609.765 (2010)); Montana (MONT. CODE ANN. § 13-35-234 (2010)); New Hampshire (N.H. REV. STAT. ANN. § 644:11(2010)); New Mexico (N.M. STAT. ANN. § 30-11-1 (2010)); North Carolina (N.C. GEN. STAT. § 14-47 (2010)); North Dakota (N.D. CENT. CODE § 12.1-15-01 (2010)); Oklahoma (OKLA. STAT. tit. 21 §§ 771-781 (2010)); Utah (UTAH CODE ANN. § 76-9-404 (West 2010)); Virginia (VA. CODE ANN. § 18.2-417 (2010)); Washington (WASH. REV. CODE § 9.58.010 (2010)); Wisconsin (WIS. STAT. § 942.01 (2010)), as well as the territories of Puerto Rico (P.R. LAWS ANN. tit. 33, §§ 4101-4104 (2010)), ve the Virgin Islands (14-59 VI CODE ANN. § 1172 (LexisNexis 2010)).

⁵⁵ ORG. FOR SEC. & CO-OPERATION IN EUROPE, *yuk. dipnot* 43, at 78–79.

⁵⁶ *a.e.*

⁵⁷ *a.e.*

⁵⁸ SLAPP davaları hakkında geniş değerlendirmeler için bkz: George W. Pring & Penelope Canan, *Strategic Lawsuits against Public Participation (SLAPPs): An Introduction for Bench, Bar and Bystanders*, 12 U. BRIDGEPORT L. REV. 937 (1991) (güncel gelişmeler ve değerlendirmeler için) ayrıca bkz: MICHAEL PILL, *STRATEGIC LAWSUITS AGAINST PUBLIC PARTICIPATION (SLAPP): SUBSTANTIVE LAW AND LITIGATION STRATEGY* (1998); GEORGE WILLIAM PRING & PENELOPE CANAN, *SLAPPs: GETTING SUED FOR SPEAKING OUT* (1996).

⁵⁹ ABD'de bulunan 19 eyalet -Kaliforniya, Delaware, Florida, Gürcistan, Indiana, Louisiana, Maine, Massachusetts, Minnesota, Nebraska, Nevada, New Mexico, New York, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Tennessee, Utah ve Washington'da- bu tarz yasal düzenlemeler yapılmıştır.

⁶⁰ *a.e.* s. 173.

d. Gıda Ürünlerini Kötüleme Kanunları

ABD'nin çoğu yerinde iftira brokoliye kadar uzanır. Colorado eyalet yasası uyarınca, bir tarım ürünü hakkında bilerek “önemli derecede yanlış beyanda bulunmak” suçtur⁶¹. Buna ek olarak, diğer on iki eyalette gıda üreticilerinin kendilerine yapılan eleştirileri iftira sebebiyle başarılı bir şekilde dava etmelerini kolaylaştıran gıda ürünlerini kötüleme kanunları (Vegansal Kötüleme Kanunları)⁶² olarak bilinen kanunlar çıkarıldı⁶³. Bu kanunlar gıda üreticilerinin “kolay çürüeyebilen gıda ürünlerini veya mallarını kötüleyenlere karşı uğradıkları zararların tazmini için dava açmalarına” zemin oluşturdu⁶⁴. Tarım ürünlerini kötülemeye ilişkin yasal düzenlemeler uyarınca söz konusu tazminat alacağına esas olarak “yanlış bilgilerin” halka yayılmış olması şartı aranmakta iken; diğer bir şart da eyalet kanunlarına göre kötüleyenin kendi ifadesinin yanlış olduğunun farkında olması gerekip gerekmediğine göre değişmektedir⁶⁵. Örneğin, Alabama ve Oklahoma’da oldukça sıkı bir sorumluluk standardından bahsetmek mümkündür; buna göre bir ifadeyi dava edilebilir kılan tek zorunlu unsur: “yanlış bilgilerin herhangi yolla halka duyurulmasıdır”⁶⁶. Florida, Arizona ve Georgia’da bu eylemin “kasıtlı veya kötü niyetli” bir biçimde yapılması şartı aranmaktadır⁶⁷. Teksaslı bir şifir yetiştiricisinin televizyon karakteri Oprah Winfrey’e karşı, o ve

⁶¹ COLO. REV. STAT. ANN. § 35-31-101 (2007). (“İnsan ya da evcil hayvanlar tarafından kullanılan gıdalar ile normal koşullarda yetiştirilen, toplanan, üretilen meyve, sebze, tahıl, et ve diğer ürünlerin ticaretini engelleme kastıyla herhangi bir kişi, şirket, ortaklık, dernek veya topluluğun kendisi veya bunların çalışanı, acentesi, temsilcisi ya da yardımcısı hakkında....bilerek....önemli derecede yanlış beyanda bulunmak hukuka aykırıdır”.

⁶² Gıda ürünlerini kötüleme kanunlarının tarihi ve onların akasındaki kolektif çaba ile ilgili özlü açıklamalar için bkz: SHELDON RAMPTON & JOHN STAUBER, MAD COW U.S.A. 17–24, 137–45 (1997).

⁶³ Bu eyaletler şunlardır: Alabama (ALA. CODE § 6-5-620 (1995)); Arizona (ARIZ. REV. STAT. ANN. § 3-113 (1995)); Florida (FLA. STAT. § 865.065 (1994)); Georgia (GA. CODE ANN. § 2-16-1 (1995)); Idaho (IDAHO CODE ANN. § 6-2001 (1995)); Louisiana (LA. REV. STAT. ANN. § 3:4501 (1995)); Mississippi (MISS. CODE ANN. § 69-1-253(a) (1995)); Kuzey Dakota (N.D. CENT. CODE § 32-44-02 (2010)); Ohio (OHIO REV. CODE ANN. § 2307.81 (2010)); Oklahoma (OKLA. STAT. tit. 2, §§ 3011-12 (2010)); Güney Dakota (S.D. CODIFIED LAWS § 20-10A-2 (2010)); ve Teksas (TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. §§ 96.001-.004 (2010)).

⁶⁴ Naklen alıntılanan bu ifadeler için bkz: ALA. CODE § 6-5-620 (1994); ARIZ. REV. STAT. ANN. § 3-113 (West 1995); FLA. STAT. § 865.065 (1994); GA. CODE ANN. § 2-16-1 (1994); LA. REV. STAT. ANN. § 4501 (West 1995); MISS. CODE ANN. § 69-1-251 (1994); OHIO REV. CODE ANN. § 2307.81(A) (1996); and S.D. CODIFIED LAWS § 20-10A-2 (1995).

⁶⁵ Bkz: Kevin A. Isern, When Is Speech No Longer Protected by the First Amendment: A Plaintiff’s Perspective of Agricultural Disparagement Laws, 10 DEPAUL BUS. L.J. 233, 239–40 (1997).

⁶⁶ ALA. CODE § 6-5-620(1) (1994); OKLA. STAT. § 2-3011(1) (1995).

⁶⁷ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 3-113(A) (West 1995); FLA. STAT. § 865.065(a) (1994); GA. CODE ANN. § 2-16-2(1) (1994).

konuğunun deli dana hastalığının sığır eti güvenliği konusunda yarattığı korku üzerine yaptıkları yorumların “bozulabilir gıdaların kötülenmesi” ve “ticaretin karalanması” unsurlarını taşıdığı gerekçesiyle açtığı Texas Beef Group v. Winfrey davasında gıda ürünlerini kötüleme kanunları kamu duyarlılığının ön plana çıkmasına sebep oldu⁶⁸.

2. Sözleşme Hukuku

Hiç şüphesiz yalan söyleme eylemi “yanlış bilgilendirme” olarak tezahür ettiğinde sözleşme hukuku alanında da sorumluluk doğurabilir. Haksız fiillerde olduğu gibi yanlış bilgilendirme, bir kişinin sözleşmeye girmesine neden olan olaylar veya yasa kuralları konusunda o kişiye karşı yapılan açık, yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmaktan ibarettir⁶⁹. İçtihat hukuku (*case law*), bu eylemi “doğru olmadığını bilerek veya doğruluğuna inanmadan veyahut da doğru olup olmadığı konusunda kayıtsızlık ve dikkatsizlik içinde yapılan yanlış bir bildirim” olarak tanımlamaktadır⁷⁰. Yanlış bilgilendirmenin yapıldığı şekle bağlı olarak zarar gören taraf sözleşmeyi feshedebilir, tazminat davası açabilir veya her ikisini birden talep edebilir⁷¹. İlginçtir ki; yanlış bilgilendirme eyleminin karakteristik unsuru, diğer tarafı aldatma niyetidir⁷². Bu nedenle yanlış bilgi içeren salt satış görüşmeleri ve fikir açıklamaları hiçbir şekilde yanlış bilgilendirme eylemi ile eş değerde tutulamaz⁷³. Ortaya çıkan zararlar birbiriyle aynı olsa bile, bir kişiyi aldatma niyetinin derecesi, hile kastı, ihmâl ve kusursuzluk arasında yapılan ayırım vasıtasıyla yanlış bilgilendirme eyleminin ciddiyetini belirleyecektir. Sözleşme tarafının yalan söyleme kastının derecesi her bir eylemi birbirinden ayırt eden önemli bir unsurdur.

⁶⁸ Winfrey “başka bir burger yemekten bütünüyle nefret ettirildiğini” haykırdı. Tex. Beef Grp. v. Winfrey, 201 F.3d 680, 688 (5th Cir. 2000). Gösteriden sonraki iki hafta içinde sığır eti fiyatları yaklaşık yüzde on oranında düştü ve on bir ay boyunca baskı altında kaldı. Bkz: F. Dennis Hale, Free Speech Rouges and Freaks: An Analysis of Amusing and Bizarre Litigants of Free Expression, 25 COMM.& L. 55, 63 (2003).

⁶⁹ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW 217–18 (8th ed. 2009).

⁷⁰ Derry v. Peek, (1889) 14 App. Cas. 337.

⁷¹ JEFFREY F. BEATTY & SUSAN S. SAMUELSON, BUSINESS LAW AND THE LEGAL ENVIRONMENT 318 (2006).

⁷² Vaat içerikli hile hakkında çarpıcı açıklamalar için bkz: IAN AYRES & GREGORY KLAS, INSINCERE PROMISES: THE LAW OF MISREPRESENTED INTENT (2005).

⁷³ Bkz: Bisset v. Wilkinson, [1927] A.C. 177 (somut olaydaki yanlış bilgilendirme eyleminin yalan beyanda bulunma olarak değerlendirilemeyeceği yönünde); Immock v. Hallett (1866) 2 L.R.P.C. 21 (aşırı övgünün- abartmanın- doğru bir beyan olarak düşünülmemeyeceği yönünde).

3. Anayasa Hukuku

Yalan söyleme eylemi, anayasa hukuku kapsamında da ele alınmaktadır. İfade özgürlüğüne bahsedilen anayasal koruma, Birleşik Devletler Anayasası'na göre herhangi bir bireysel hakka göre tanınmış belki de en sağlam korumadır⁷⁴. Birinci Değişiklik ifade özgürlüğüne açık bir koruma sağlamaktadır: “*Kongre ifade özgürlüğünü kısıtlayan.... hiçbir kanun yapamaz*”⁷⁵. Ancak bu hak bile konuşmacının kasıtlı olarak yanlış bilgi açıklamasında bulunduğu bazı durumlarda kısıtlamalara tâbidir⁷⁶. Örneğin, iftira içerikli bir konuşma anayasal olarak korunmamaktadır. “Birinci Değişiklik’e göre yanlış düşünce diye bir kavram söz konusu olmamasına rağmen”⁷⁷, *New York Times Co. v. Sullivan* ve *Gertz v. Robert Welch, Inc* davalarında konuşmacının kendisinin verdiği bilginin kesinlikle yanlış olduğunu bildiği durumlarda Birinci Değişiklik’teki anayasal korumanın iftira niteliğindeki ve karalayıcı ifadeleri kapsamayacağı kanaati yerleşmiştir⁷⁸. Yüksek Mahkeme, “Anayasa, maddî/manevî zarara sebep olan bütünüle yanlış ifadeler için mutlak koruma sağlanamayacağını” açık bir biçimde ifade etmiştir⁷⁹. Somut olaya özgü kötü niyetin ispatlanabileceği bu gibi durumlarda, konuşmacı iftira veya karalama suçlamalarıyla karşı karşıya kalabilir⁸⁰. “Somut olaya özgü kötü niyet”, konuşmacının kendi ifadesinin yanlışlığının farkında olduğu (veya ifadesinin doğruluğunu veya yanlışlığını umursamadan özensizce konuşma yaparak) ve böyle davranarak zarara uğratmayı istediği durumlarda söz konusudur⁸¹. Aynı şekilde aldatıcı reklamlar da anayasal koruma altında değildir⁸². İftira suçunu konu alan mahkeme kararlarına bakıldığında kanunun aslında devletin toplumu iftiradan kaynaklanan zararlardan korumaktan ziyade aldatıcı fiyat veya ürün reklamlarının sebep olduğu zararlara karşı korumak olduğu ve

⁷⁴ Bkz: Robert A. Sedler, An Essay on Freedom of Speech: The United States Versus the Rest of the World, 2006 MICH. ST. L. REV. 377, 379 (2006).

⁷⁵ “Kongre, bir din kuruluşuna saygı gösterilmesini veya onun faaliyetlerinin özgürce gerçekleştirilmesini, ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü; halkın barış içinde toplanma ve mağduriyetlerin giderilmesi için dilekçe verme hakkını kısıtlayan herhangi bir yasal düzenleme yapamaz”. U.S. CONST. amend. I, § 2.

⁷⁶ Bkz: *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974); *Konigsberg v. State Bar*, 366 U.S. 36, 49, 49 n. 10 (1961).

⁷⁷ *Gertz*, 418 U.S. s. 339.

⁷⁸ *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁷⁹ *Va. Pharmacy Bd. v. Va. Consumer Council*, 425 U.S. 748, 777 (1976).

⁸⁰ *N.Y. Times Co.*, 376 U.S. s. 282.

⁸¹ *Bkz s. 286–88*. Örneğin New York Ceza Kanunu çerçevesinde aldatıcı reklam 190.20. N.Y. PENAL LAW § 190.20 bölümü altında tanımlanmıştır (McKinney 2009).

⁸² *Keimer v. Buena Vista Books, Inc.*, 89 Cal. Rptr. 2d 781, 786 (Cal. Ct. App. 1999); ayrıca bkz: KEITH WERHAN, FREEDOM OF SPEECH: A REFERENCE GUIDE TO THE UNITED STATES CONSTITUTION 124 (2004).

bunun için de daha kapsamlı adımlar atılmasının tavsiye edildiği görülecektir⁸³. Nefret söylemi⁸⁴ Birleşik Devletler'de⁸⁵ anayasal düzlemde korunurken, diğer yargı çevrelerinde böyle bir korumadan bahsetmek pek mümkün değildir⁸⁶. Örneğin birçok Avrupa hukuk çevresinde Yahudi soykırımını inkâr etmek suçtur⁸⁷. II. Dünya Savaşı sırasında Yahudi soykırımı yaşandığını inkâr eden kişiler birçok Avrupa ülkesinde yargılanmıştır⁸⁸. Avusturya, Belçika, İsviçre ve Almanya'daki yasalar bizzat Yahudi soykırımının değersizleştirilmesini bir suç olarak kabul etmektedir⁸⁹. Yahudi soykırımının inkârı anti-semitik bir söylem olarak görüldüğü bu ülkelerde, (*kanıtlanmış bir zarar bulunmaksızın*) bu konudaki yalan bir ifade cezaî kovuşturmanın başlatılmasında yeterli olduğu için, söz konusu davranıştan dolayı herhangi bir "fiilî" zararın doğmuş olması şartı aranmaz⁹⁰. Elbette ki, buradaki yalan ifadeden fiilî bir zararın doğması şartının aranmaması, soykırımın inkârının Yahudi olmayanlar arasında anti-Semitizmi teşvik edeceği ve bunun devamını sağlayıp Yahudilere yönelik saldırılara sebep olabileceği dikkate alındığında isabetlidir⁹¹.

⁸³ *Va. Pharmacy Bd.*, 425 U.S. s. 777.

⁸⁴ Burada nefret söylemi ağırlıklı olarak Yahudi soykırımının inkâr edilmesi bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, nefret söyleminin pek çok biçiminde beyan ne kadar acımasız olursa olsun, konuşmacının aslında kendi söylediklerinin doğru olduğuna inanması muhtemeldir. Yahudi soykırımının inkâr edilmesine yaptığımız atıfta pek çok inkârcının kendi iddia ettikleri durumun doğruluğuna inanmadıkları varsayımını kabul ediyoruz.

⁸⁵ *Bkz:* Michel Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, 24 *CARDOZO L. REV.* 1523 (2002) (teknolojinin ABD'nin anayasal koruması altında bulunan nefret söylemi üzerindeki etkileri ile ilgili); Paul J. Becker et al., *The Contentious American Debate: The First Amendment and Internet-based Hate Speech*, 14 *INT'L REV. L., COMPUTERS & TECH.* 33 (2000) (Nefret söyleminin internet üzerinden anayasal olarak korunmasının incelemesi).

⁸⁶ *Bkz:* Sionaidh Douglas-Scott, *The Hatredfulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches*, 7 *WM. & MARY BILL RTS. J.* 305 (1998) (nefret söyleminin korunmasının ABD'de ve diğer yargı çevrelerinde mukayese edilmesi ile ilgili); Kevin Boyle, *Hate Speech—The United States Versus the Rest of the World*, 53 *ME. L. REV.* 487 (2001) (ABD'deki nefret söylemi korumasının uluslararası çevrelerdeki yeri ile ilgili).

⁸⁷ Yahudi soykırımının inkâr edilmesine şu anda on Avrupa ülkesinde para cezası veya hapis cezası verilmektedir: Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Almanya, Litvanya, Polonya, Slovakya ve İsviçre. Christina Schori Liang, *Europe for the Europeans: The Foreign and Security Policy of the Populist Radical Right*, in *EUROPE FOR THE EUROPEANS: THE FOREIGN AND SECURITY POLICY OF THE POPULIST RADICAL RIGHT* 1, 24 (Christina Schori Liang ed., 2007).

⁸⁸ Robert A. Kahn, *Imagining Legal Fairness: A Comparative Perspective*, in *NEW APPROACHES TO COMPARATIVE POLITICS: INSIGHTS FROM POLITICAL THEORY* 125, 134 (Jennifer S. Holmes ed., 2003).

⁸⁹ *Bkz:* Catriona McKinnon, *Should We Tolerate Holocaust Denial?*, 13 *RES PUBLICA* 9, 13 (2007).

⁹⁰ *Bkz:* McKinnon, *yuk:* dipnot 87.

⁹¹ *Aynı eser* s. 19.

4. Ceza Hukuku

Bu çalışmanın kapsamına en fazla uygunluk gösteren husus bazı şartlar altında özel olarak yalan söyleme eyleminin suç olarak kabul edilmesidir. Yukarıda iftira suçuna kısaca değindik; ancak yalan söyleme eyleminin cezalandırılmasının kapsamı iftirayla sınırlı değildir. İngiliz ceza hukuku uyarınca aldatma bazı şartlar altında suçtur. Yıllar geçtikçe daha fazla eylem ve aldatma biçiminin suç haline getirilmesi yönünde kademeli bir ilerleme kaydedildiği için, bu konu artık ciddi bir mesele teşkil etmemektedir. İlk İngiliz kanunları yalnızca toplumun genelini hedef alan tehditleri konu edinmekteydi ve bu nedenle de yalnızca kalpazanlık, ağırlık ve ölçü birimlerinin yanlış kullanılması gibi belirli aldatma kategorileri cezaya tâbi tutulmaktaydı⁹². Sanayi Devrimi'nin başlamasıyla İngiltere'de dolandırıcılık suçlarının yaygınlaşmasını takiben: 1757 yılında yapılan yasal bir düzenlemeyle suç olarak ihdas edilen ve başka bir kişiye ait olan "para, mal, emtia veya ticari eşya"ın mülkiyetini elde etmek için sahte bir görünüş içerisinde "kasten veya tasarlayarak" o kişiyi aldatmak veya dolandırmak amacıyla yapılan tüm yalan beyanda bulunma eylemleri (yukarıda incelenen) aldatma suçları listesine girmiş oldu⁹³.

a. Yalan Tanıklık

Hukuk kuralları zamanla değişmeye devam etti ve hileye ilişkin konularda ceza yasasının uzun yıllar boyunca etkileyici bir biçimde bir geliştiğini gözlemledik. Birçok ülkede, yalan yere yemin ve yalan beyan suçları, karşılığında ağır cezaların öngörüldüğü ciddi suçlar haline gelmiştir⁹⁴. ABD yasalarına göre, yalan tanıklık suçunun beş temel unsuru vardır: (1) ABD yasalarına göre usulüne göre yapılmış yemin (2) yemin içeren beyanın yetkili bir mahkeme, memur veya görevli huzurunda alınmış olması, (3) yalan beyan, (4) rızayla alınmış olması, (5) davaya esas teşkil eden maddî vakıyla ilgisinin bulunması gerekmektedir⁹⁵. Tarihî olarak

⁹² Bkz: Alexander & Sherwin, *yuk*: dipnot 12, s.405.

⁹³ Stuart P. Green, *Lying, Misleading and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements*, 53 HASTINGS L.J. 157, 185 (2001). Bu suçun kapsamı dolandırıcılık ve sahtekârlıkla ilgili ortak hukuktan gelen suçlardan oldukça geniş olmasına rağmen, yalan beyan eylemi yanlış bir vaat, fikir açıklaması ya da tahminde bulunmaktan ziyade mevcut bir gerçeğin yanlış gösterilmesinden ibaret kaldığı için kapsamı sınırlı kalmıştır. Örneğin, bir mücevherin değerini aldatma kastıyla güncel değerinden daha farklı bir fiyat üzerinden değerlendirmek sorumluluk doğururken, mücevherin önümüzdeki yıl içinde değer kazanacağı konusunda yalan söylemek herhangi sorumluluk doğurmayacaktır.

⁹⁴ WORLD OF CRIMINAL JUSTICE 562 (Shirelle Phelps ed., 2002).

⁹⁵ Bkz: 18 U.S.C. § 1621 (2006); 18 U.S.C. § 1623 (2006). Yalan beyan eylemi, yalan tanıklık suçu ile yakından ilgilidir; zira yanlış olduğunu bilerek "maddî vakaya ilişkin bir beyanın" herhangi bir mahkeme veya büyük jüri kararından önce veya bunlara yardımcı olmak üzere yemin altına alınmasını gerektirir. Green, *yuk*: dipnot 93, s. 174.

bakıldığında yalan tanıklık suçu her zaman ağır bir suç olarak görülmüştür: Hammurabi Kanunları, Roma Kanunları ve Fransa'nın ortaçağda yürürlükte olan hukuk kuralları uyarınca, yalan tanıklık edenler ölüm cezasına çarptırılmaktaydı⁹⁶. Nitekim İbranice İncil, dokuzuncu emirde “*Komşunuzun aleyhinde yalan tanıklıkta bulunmayın*” öğüdünü vererek yalan tanıklık eylemine atıfta bulunur⁹⁷. Modern dönemde de bu suça ilişkin tavır değişmedi: son zamanlarda suçla ilgili tutumlar, yalan tanıklık eyleminin hâlâ çok ağır bir suç olarak değerlendirildiğini göstermektedir⁹⁸. Suçun ciddiyeti, failin eyleminin mahkemenin yetkisini gasp ederek adaletin sağlanamaması sonucunu doğurduğu için kamuya karşı bir suç olarak kabul edildiği gerçeğinden kaynaklanmaktadır. ABD yasalarına göre yalan tanıklık ağır bir suçtur ve failer hakkında beş yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir⁹⁹. İngiltere’de Yalan Tanıklık Kanunu’na (1911) göre, yalan tanıklık suçu için yedi yıla kadar ağır hapis cezası öngörülebilmektedir¹⁰⁰.

b. Yalan Beyan Suçu

Federal bir yetkiliye yalan beyanda bulunmak da aynı şekilde suçtur¹⁰¹. Açıklamanın esaslı bir beyan olarak ele alınması için, “bu beyanın yöneltilecek karar organının kararını etkileyecek güce ya da yönlendirme yeteneğine sahip olması gerekmektedir”¹⁰². Resmî görevlinin söz konusu beyan çerçevesinde hataya düşürülmüş olması önemli değildir. Eylemin bizatihi kendisi cezaî sorumluluk doğurmak için yeterlidir. Maddî unsurları itibariyle herhangi bir yanlış, hayâli veya hileli beyanda bulunmaktan veya ifade vermekten suçlu bulunanlar federal yasa uyarınca (somut olayın özelliklerine bağlı olarak) beş veya sekiz yıla kadar hapis cezasına çarptırılır¹⁰³. Bu hüküm yazılı yalan beyanları da kapsamaktadır¹⁰⁴.

⁹⁶ Aynı eser.

⁹⁷ Exodus 20:16 (King James). İncil, başka yerlerde de yalan tanıklık yapılmasına benzer göndermeler yapar: “*Yanlış bir bilgiyi yaymayınız: “Kötülük uğruna tanıklık yaparak elinizi günahkâr bir kimseyle birleştirmeyin*”. Exodus 23:1 (King James); “*Komşunuzun aleyhinde yalan tanıklıkta bulunmayın*”, Benzer referanslar için bkz: Deuteronomy 5:20 (King James). Exodus 23:6, 7 Leviticus 19:11, 16; Deuteronomy 19:15–21; 1 Samuel 22:8–19; 1 Kings 21:10–13; Psalms 15:3, 101:5–7; Proverbs 10:18, 11:13; Matthew 26:59, 60; Acts 6:13; Ephesians 4:31; 1 Timothy 1:10; 2 Timothy 3:3; James 4:11.

⁹⁸ Green, *yuk* dipnot 91, s. 175.

⁹⁹ 18 U.S.C. § 1621 (2006); 28 U.S.C. § 1746 (2006).

¹⁰⁰ Yalan Tanıklık Kanunu, 1911, 1 & 2 Geo. 5, c. 6, § 1 (Eng.).

¹⁰¹ 18 U.S.C. § 1001 (2006).

¹⁰² United States v. Gaudin, 515 U.S. 506, 509 (1995).

¹⁰³ 18 U.S.C. § 1001(a)(2) (2006).

¹⁰⁴ 18 U.S.C. § 1001(a)(3).

c. Sahte Kimliğe Bürünme Suçu

Sahte kimliğe bürünmek de bir suçtur. Örneğin, New York ceza kanunu uyarınca, “gerçek adı, doğum tarihi veya adresi ile bilgileri üzerinden soruşturma yapılmasını engellemek amacıyla polis memuruna veya uzlaştırmacıya bu tür bilgileri bilerek yanlış veren bir kişinin” bu eylemlerinden dolayı suçlu olduğuna hükmedilir¹⁰⁵. New York Ceza Kanunu birinci derecede kimliğe bürünme (bir polis memurunu taklit etme¹⁰⁶) ve ikinci derece kimliğe bürünme (“birinden menfaat temin etme, birine zarar verme ya da birini dolandırma amacıyla” kimliğe bürünme) eylemlerini içeren suçları da düzenlemektedir¹⁰⁷. New York Kanunu ile düzenlenmiş olan yalan beyan ile ilgili diğer suçlar arasında aldatıcı reklamlar¹⁰⁸ ve kredi koşulları ile ilgili yalan beyanda bulunma suçları da bulunmaktadır¹⁰⁹.

d. Dolandırıcılık

Nihayet son başlıkta yalan söyleme eyleminin dolandırıcılık şeklinde görünümünü ele alacağız. Dolandırıcılık eylemine karşı haksız fiilden kaynaklanan bir davanın açılmasının yanı sıra eyalet ve federal düzeyde de ceza davası açılmaktadır¹¹⁰. Ortak hukukun ilk dönemlerinde dolandırıcılık eylemi yalnızca amuoyunun dolandırıldığı durumlarda cezaî kovuşturmaya tâbi tutulmaktaydı; özel hukuk kişileri arasındaki dolandırıcılık eylemlerinin akıbeti tamamen hukuk davalarına bırakılmıştı¹¹¹. Fakat diğer aldatma eylemlerinde olduğu gibi, hukuk sistemi giderek bu tür eylemleri de suç olarak düzenlemeye başlamıştır.

Dolandırıcılık birbirinden farklı şekillerde kendini gösterdiği için ona ilişkin net bir tanım vermek oldukça güç olmakla beraber en basit düzeyde şu şekilde bir tanım verilebilir: “doğruyu gizlemek ya da yanlış önerilerde bulunmak suretiyle bir başkası üzerinde üstünlük kazanmak için başvuru ve insan becerisiyle tasarlanan çeşitli yöntemlerdir. Eylemin kendisi tüm oyunları, hileleri, kurnazlığı,

¹⁰⁵ N.Y. CEZA KANUNU § 190.23 (McKinney 2009).

¹⁰⁶ N.Y. CEZA KANUNU § 190.26

¹⁰⁷ N.Y. CEZA KANUNU § 190.25

¹⁰⁸ N.Y. CEZA KANUNU § 190.20

¹⁰⁹ N.Y. CEZA KANUNU § 190.55

¹¹⁰ DAVID BRODY & JAMES R. ACKER, CRIMINAL LAW 342 (2007).

¹¹¹ Ellen S. Podgor, *Criminal Fraud*, 48 AM. U. L. REV. 729, 736 (1999); see also J.W. CECIL TURNER, KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW 275 (1952) (kamuoyunu hedef alan dolandırıcılığın tanımı); WILLIAM LAWRENCE CLARK & WILLIAM LAWRENCE MARSHALL, A TREATISE ON THE LAW OF CRIMES § 12.30 (Marian Quinn Barnes ed., 7th ed. 1967) (kamuoyunu hedef alan ve özel hukuk kişileri arasındaki dolandırıcılığın ayrımı hakkında); LLOYD L. WEINREB, CRIMINAL LAW: CASES, COMMENT, QUESTIONS 451–54 (5th ed. 1993) (kamuoyunu hedef alan ve özel hukuk kişileri arasındaki dolandırıcılığın ayrımının tarihsel kökeniyle beraber tartışılması).

ikiyüzlülüğü (değiştirme, gizleme) ve başkasının kandırılmasına neden olan tüm haksız yolları içermektedir”¹¹². Hileli davranış oldukça sofistike olabilese de, temel bileşeni sadece para, mal veya hizmet temin etme amacıyla karşı tarafı aldatmaktır¹¹³.

Daha açık ifade etmek gerekirse, dolandırıcılığın kendisi tipik olarak vazedilen unsurlarla¹¹⁴ tanımlanmış bir suç olmaktan ziyade, çeşitli ceza yasalarının özünde varlık gösteren bir kavramdır”¹¹⁵. Bundan dolayı dolandırıcılık teşkil eden davranış çeşitli biçimlerde ortaya çıkabildiğinden dolandırıcılığın tanımı da bu suçtan bahseden yasal düzenlenmenin niteliğine bağlı olarak farklılık gösterebilir¹¹⁶. Hem federal hem eyalet yönetimleri, bu tür eylemleri kovuşturmak için dolandırıcılığın çeşitli biçimlerini düzenleyen düzenlemeler ihdas etmişlerdir. Dolandırıcılığı düzenleyen yasalar, dolandırmak amacıyla örgüt kurmak ve internet dolandırıcılığı gibi çeşitli aldatıcı davranışları kapsayan geniş spektrumlu kurallardan, “suçun konusunu dar bir alana sınırlayan” kurallara kadar çeşitlilik göstermektedir¹¹⁷.

Dolandırıcılıkla ilgili olarak Amerikan Hukuku genel olarak İngiliz dolandırıcılık hukukunda Hırsızlık Kanunları altında tanımlanan ve aldatma suçları olarak bilinen suçlarla benzerlik göstermektedir¹¹⁸. 2006 yılında çıkarılan Sahtekârlık Kanunu, 1968 ve 1978 tarihli Hırsızlık Kanunlarının yerini almıştır¹¹⁹. Kanunun güncel amacı, kendisine veya başkasına menfaat temin etmek veya bir kişinin zarar görmesine sebep olmak veyahut onu zarar görme riskine maruz bırakmak amacıyla yanlış bilgilendirme yapan kişinin hile ile yaptığı bu bilgilendirme eyleminden dolayı suç işlemiş sayılacağını öngören § 2 (1) hükmüdür¹²⁰. Bu

¹¹² BLACK’S LAW DICTIONARY 468 (5th ed. 1979).

¹¹³ Bkz: THOMAS J. GARDNER & TERRY M. ANDERSON, CRIMINAL LAW 379 (2008).

¹¹⁴ Bir kişinin tek bir eylemi baz alındığında o kişi federal kanunlar uyarınca “dolandırıcılık” suçundan dolayı mahkûm edilemeyebilir. Buna karşılık bazı eyaletlerde “dolandırıcılık” suçunu özel olarak tipikleştiren yasal düzenlemeler mevcuttur. Bkz.; e.g., N.M. STAT. ANN. § 30-16-6 (Michie 1978).

¹¹⁵ Bkz: Podgor, yuk. dipnot 111, s. 730.

¹¹⁶ a.e. s. 740.

¹¹⁷ a.e. s. 734.

¹¹⁸ a.e. s. 737; ayrıca bkz.: EMLIN MCCLAIN, 1 TREATISE ON THE CRIMINAL LAW 669–70 (1897) (İngiltere ve ABD Hukukunda dolandırıcılık suçlarının mukayese edilmesi ile ilgili olarak); ANTHONY ARLIDGE ET AL., ARLIDGE & PARRY ON FRAUD 33 (2d ed. 1996) (İngiliz Hukukunda dolandırıcılığın tanımı ile ilgili olarak).

¹¹⁹ Kanunun Bölüm 1(1) maddesine göre, § 2 (yalan bilgilendirme yoluyla dolandırıcılık), § 3 (bilgiyi gizleme yoluyla dolandırıcılık), veya § 4 (görevin kötüye kullanılması yoluyla dolandırıcılık) hükümlerinde belirtilen yasakları ihlal bir kişi dolandırıcılık eyleminden dolayı suçlu kabul edilir. Bkz: Dolandırıcılık Kanunu, 2006, c. 35, § 1.

¹²⁰ Bkz: Carol Withey, The Fraud Act 2006—Some Early Observations and Comparisons with the Former Law, 71 J. CRIM. L. 220, 221 (2007).

makalede söz konusu suçun türlerinin ayrıntılı olarak açıklanması herhangi bir fayda sağlamayacaktır, ancak şimdilik şunu belirtmekle yetinelim ki; ABD hukukunda olduğu gibi İngiliz dolandırıcılık yasasının kapsamını esas itibariyle maddî ve finansal kazanç veya kayıplar oluşturmakla beraber, bu kapsamı başka türdeki hasar veya kayıp biçimlerini de içine alacak şekilde genişletme fikri desteklenmemektedir¹²¹. İngiliz Ortak Hukukunda da aynı şekilde dolandırmak amacıyla örgüt kurma eylemi tamamen ekonomik nitelikte bir zarara sebep olma olgusuyla ilişkilendirilmektedir¹²². Suçun unsurlarının oluşması için, “örgüt üyelerinin mağduru aldatarak onun ekonomik menfaatlerinin risk altına girmesine ya da kendisini ekonomik zarara uğratacak bir davranışta bulunmasına veya tam aksi bir davranışta bulunmaktan kaçınmasına sebep olacak ya da olabilecek hileli işleri yapmak için anlaşmaya vardıkları kanıtlanmalıdır...”¹²³. Dolandırıcılık teriminin merkezinde tamamen ekonomik bir algı vardır¹²⁴. Böyle olduğu için dolandırıcılıkla ilgili suçlar hilenin ekonomik kazanca yönelik yapıldığı durumlarda başarılı bir şekilde kovuşturulurken, zararın niteliğinin farklı olduğu durumlarda ise mesele büyük ölçüde çözümsüz kalmaktadır. Örneğin dolandırıcılık suçlaması bu makalenin girişindeki senaryolar için sonuç vermeyecektir.

Genel olarak, ceza kanununda hileli davranışın kapsamı kademeli olarak genişletilmiştir. Bu husus, bu bölümde ele alınan suçların çoğunda açıkça görülmektedir. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemenin temeli, ekonomik veya idarî alana veyahut bir kişinin itibarına yapılan saldırı sonucu ortaya çıkacak ağır zarar kavramına dayanır. Aynı şekilde bu makalede önerdiğimiz suçun varlığı da bir yalan tarafından sebep olunan zararın ağırlığına bağlıdır. Bu önerilen suç, özel ahlâk alanına karşı yapılan kendine göre haklı bir saldırı veya ahlâk sansürü uygulaması değildir. Söz konusu suç; -zararın oluşmasına ihtiyaç duyulmadığı (belli

¹²¹ “Kazanç ve kayıp”ın tanımı Dolandırıcılık Kanunu (2006) § 5’de verilmiştir. “Kazanç” yalnızca para veya diğer mülkiyet konusu eşyaları (aynî ve nisbî nitelikteki haklar dahil) kazanmayı veya kaybetmeyi kapsadığı gibi, geçici veya kalıcı nitelikteki kazanç veya kayıpları da içerir. Bkz: a.e. s. 226.

¹²² The leading English authority for the offense is *Scott v. Metropolitan Police Commissioner*, [1975] A.C. 819. For an overview of the crime of conspiracy to defraud, see DUNCAN BLOY ET AL., *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 165–68 (2000).

¹²³ Lord Goff in *R v. Wai Yu-tsang*, (1992) 1 A.C. 269.

¹²⁴ Bunun tek bir istisnası, mağdurun kamu görevlisi olduğu ve failin davranışının merkezinde söz konusu kamu görevlisinin görevini kötü yönde etkileme kastının bulunduğu durumdur. PETER GILLIES, *THE LAW OF CRIMINAL CONSPIRACY* 109 (1990). *Scott v. Metropolitan Police Commissioner* davasında, İngiliz Lordlar Kamarası, “örgütlü dolandırıcılık eyleminin bir kişinin finansal çıkarlarını etkilemeyecek şekilde tasarlanmış olması halinde bu suçun oluşmayacağı hususunu açıklığa kavuşturdu. Bu kararda yer alan her iki görüşte de, ekonomik zarar olgusunun gerekliliği özel olarak vurgulanmıştır. a.e. s. 113.

bir kişiyi kastetmeksizin zarar verme anlamında) fahişelik, kumar, loitering (*suç işleme şüphesi yaratacak şekilde aylakça dolaşma*), kamusal alanda sarhoşluk, uyuşturucu kullanımı, hız yapma veya kamusal alanda teşhir gibi mağdursuz suç¹²⁵ olarak adlandırılan suçlarla mukayese edilebilir nitelikte değildir - bu tarz suçları yasaklayan kuralların amacı özü itibarıyla ahlâka aykırı olan davranışın kendisini yasaklamaktır¹²⁶. Daha önce de belirtildiği gibi, daha birçok somut olay üzerinden tartışma yapılması mümkün olsa bile, biz bu makalede yalan söyleme eyleminin ahlâken sorumlu tutulabilir tarafıyla ilgilenmiyoruz; bunun yerine bu eylemin sonuçlarıyla- yani sebep olduğu zararlar- ilgileniyoruz. Nitekim iki yazarın açık bir şekilde ifade ettiği gibi “bir kişinin kendine özgü inşa ettiği yolda cehenneme gitme yönünde vazgeçilmez nitelikte bir hakkı vardır, yeter ki o yolda başka birinin canına ya da mülküne zarar vermesin”¹²⁷.

C. YALAN SÖYLEME EYLEMİNE YÖNELİK YASAL DÜZENLEME YAPMA KONUSUNDAKİ İSTEKSİZLİK

Açıkça görünmektedir ki, yıllar geçtikçe hem medeni hukuk hem de ceza hukuku sistemleri hileli davranışa karşı gittikçe daha az hoşgörülü hale gelmeye başlamıştır. Her ne kadar ceza hukuku kamusal düzlemde hem devlete karşı yalan söyleme hem de ekonomik kayba neden olan dolandırıcılık eylemlerini cezalandırır da, ceza hukukunun bireyler arasındaki özel ilişkilere müdahale etme isteğinin birtakım sabit sınırları vardır. Aslında, ceza kanununun hileli davranışlara ilişkin düzenlemelerinin aynı konuda toplumda var olan ahlâki değerler ile çelişmesinin sağlam birtakım gerekçeleri bulunmaktadır. Tartışmayı ilerletmeden önce bu gerekçelere de yer vermekte fayda vardır.

1. Yasal Düzenlemelerin Yüksek Maliyetli Olması

Ceza hukukunun yalan söyleme eylemini düzenleme konusundaki yetersizliği veya isteksizliğine ilişkin en ikna edici açıklamalardan biri, bu eylemi genel

¹²⁵ Mağdursuz suçlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: E.M. SCHUR & H.A. BEDAU, VICTIMLESS CRIMES—TWO SIDES OF A CONTROVERSY (1974); ayrıca bkz: Alan Wertheimer, *Victimless Crimes*, 87 ETHICS 302 (1977) (mağdursuz suçların cezalandırılmasının hatalı olup olmadığı yönündeki tartışmalar).

¹²⁶ Aslında bu yasal düzenlemeler Mill’in zarar ilkesiyle çatışmaktadır. Bkz MILL, *yuk: dipnot. 27* (Bir kişinin fiziksel ya da ahlâken iyiliğinin amaçlanması yeterli haklı neden oluşturmaz. Zira belli bir davranışı yapmak sırf başkalarının görüşüne göre daha akıllıca veya doğru olacağı için ve bunun da bir kişiyi daha mutlu kılacağından bahisle hiç kimse söz konusu davranışı yapmaya ya da aksi bir davranışı yapmaktan vazgeçmeye mecbur bırakılamaz. Bir kişinin davranışlarında topluma karşı sorumluluğunun doğduğu tek alan, davranışlarının başkalarını ilgilendiren kısmıdır”).

¹²⁷ NORVAL MORRIS & GORDON J. HAWKINS, THE HONEST POLITICIAN’S GUIDE TO CRIME CONTROL 2 (1972).

olarak hileli davranışa ait kurullarla ilişkili olacak şekilde yasalılaştırmanın çok yüksek maliyetli olmasıdır. Hileli konuşma ve davranışın her biçiminin ortadan kaldırılması arzu edilebilirken, kıt kaynaklar göz önüne alındığında, diğer önceliklerin merkezde yer aldığı daha pratik düşünceler ön plana çıkmalıdır. Üstelik ceza hukuku sistemlerinin hal-i hazırda daralmış bütçeleri göz önüne alındığında, haklarında hüküm verilen dava tarafı özel kişilere ve yasal kurumlara yüklenecek olan soruşturma ve kovuşturma dahil yargılama masraflarını ayarlamak da oldukça güçtür.

2. Kayıt Dışı Uygulamaların Fazileti

Yalan söyleme eyleminin düzenlenememesinin muhtemel bir diğer gerekçesi de, hukuk sisteminin gayri resmî nitelikteki sosyal ilişkilerin sorumluluğunu üstlenmeyi ertelemeyi tercih etmesidir – makbûl olan yalancıları cezalandırmak için onaylanmama ve dışlanma mekanizmalarını kullanan daha spontan bir düzendir¹²⁸. Hileye ilişkin normların kayıt dışı olarak uygulanması yasal/resmî yaptırımlara göre daha fazla avantaja sahiptir: kolluk kuvvetleri ve mahkemelerin dedikodu, dışlama ve fişleme gibi sosyal fenomenleri dikkate almasıyla birlikte adli ve idari masraflarda kısıntı söz konusu olabilmektedir¹²⁹. Buna ek olarak, hileli davranışın sonuçları ekonomik bir zararı kapsamıyorsa, başkaları tarafından yalancıya uygulanan toplumsal yaptırımlar uzun vadede daha etkili olabilir ve mağdurlar için daha tatminkâr olabilir. Maddî zararlar söz konusu olduğunda mağdurlar yasal yollara başvurmayı tercih edebilir, ancak akran gruplar aslında hilenin sebep olduğu maddî olmayan zararları değerlendirme sürecinde daha verimli olabilir ve hileyi yapan kişiye bu davranışı onaylanamadıklarını ifade

¹²⁸ Spontane düzen ve norm uygulaması hakkında doktrinadaki görüşler oldukça dikkat çekicidir. Doktrinadaki görüşlerin tam bir listesi olmamasına rağmen bu konuda genel bakış açısı sunmak üzere bkz: ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW 139 (1991); 1 F.A. HAYEK, LAW, LEGISLATION, AND LIBERTY (1973); JOHN MAYNARD SMITH, EVOLUTION AND THE THEORY OF GAMES (1982); MATT RIDLEY, THE ORIGINS OF VIRTUE 53 (1997); MICHAEL TAYLOR, COMMUNITY, ANARCHY AND LIBERTY 28 (1982); Robert Axelrod and William D. Hamilton, The Evolution of Cooperation, 211 SCI. 1390 (1981); Robert Axelrod, The Emergence of Cooperation Among Egoists, 75 AM. POL. SCI. REV. 306 (1981); B.L. Benson, Economic Freedom and the Evolution of Law, 18 CATO J. 209 (1998); R.C. Ellickson, The Aim of Order Without Law, 150 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 97 (1994). Kavram hakkında genel bir bakış açısı sağlamak üzere, bkz: Barry Norman, The Tradition of Spontaneous Order, 5 LITERATURE OF LIBERTY 6 (1982). Ticari ilişkilerde yasal normların spontane ortaya çıkışıyla ilgili olarak bkz: Bryan Druzin, Law Without The State: The Theory of High Engagement and the Emergence of Spontaneous Legal Order Within Commercial Systems, 41 GEO. J. INT'L L. 559 (2010) (yasa kurallarının ticaretin karmaşık yapısından doğduğu yönünde).

¹²⁹ Bkz: Alexander & Sherwin, yuk: dipnot 12, s. 436.

ederek onu dizginleyebilirler¹³⁰. Bu gayrı-resmî uygulama, toplumun aldatıcı davranış üzerinde gözetim yapmasını gerektirse de, bu gözetim doğal olarak gerçekleşir çünkü davranış normlarını ihlâl edenler keşfedilir ve gerektiği gibi cezalandırılır. Böylece, kendi kendini düzelteren bir toplumsal sürece devletin ağır elinin müdahale etmesine ihtiyaç duyulmaz.

3. Özel Meselelere Müdahale Etme Konusunda İsteksizlik

Birçok yazar özel kişiler arasında gerçekleşen konuşmaları ve sosyal etkileşim alanlarına ceza hukukunun müdahale etmesi gerektiği görüşüne karşıdır. Devlet genellikle özel meselelere müdahil olmaya ve bu anlamda kahvelerde ve evlerde vatandaşlar arasında karşılıklı olarak paylaşılan söz ve bilgilere yön vermeye isteksiz davranmaktadır. Bu tür bir müdahale, devlet tarafından özel hayata büyük bir saldırı teşkil eder. Eğer Ceza Kanunu her yerde doğru konuşmayı zorunlu kılmakla görevliyse, yalan ne kadar küçük olursa olsun, içeriği veya sebep olduğu zararın seviyesi ne olursa olsun sonuç korkutucu olur. Keza Birinci Değişiklik ile ciddî anayasal kaygı uyandıran ifade özgürlüğü meselesi tekrar gündeme gelecektir. Devletin dokunaçlarının insan ilişkilerini gereksiz ayrıntısıyla incelediği bu seviyedeki bir devlet müdahalesi, onun adeta polis devletine benzemesine yol açmaktadır. Bu durum gizlilik ve kişisel özgürlüğün korunmasını hedef alan anayasal ideallere aykırı görünmektedir.

4. Kaygan Zemin

Yukarıdakilerle doğrudan ilgili olarak bu alanın kesinlikle “kaygan zemin” olduğu endişesi mevcuttur: - ceza kanununun yalan söyleme eylemini yaptırıma bağlaması, en küçük ve en gereksiz beyaz yalanların söylendiği oturma odalarında bile insanların birbirlerine söyledikleri yalanlardan dolayı cezaî sorumluluklarının doğmasına sebep olacaktır. Böyle bir müdahalenin bir kez olsun başlamış olması, bireysel hayatın en özel taraflarını bozguna uğratan bir dizi düzenlemenin de arkadan geleceği konusunda tereddüt uyandırmaktadır. Nitekim ceza kanununun kapsamının genişletilmesine ilişkin sınırlar, aslında bir anlamda bireysel özgürlük alanına devletin el atmasına karşı birer siperdir. Yasalar her zaman olduğu gibi “aşırı suçlama” konusu, bir davranış biçimini suç sayarak ceza kanunun kapsamının daha da genişletilmesinde az da olsa faydalı bir taraf bulunduğu düşüncesi etrafında tartışılmaya devam edecektir.

¹³⁰ a.e.

Doktrinde aşırı suçlama konusuna duyulan ilgi artmaktadır¹³¹. Hukuk camiasında adalet sisteminin hâl-i hazırda “aşırı suçlama”da bulunduğu konusunda geniş bir fikir birliği bulunmaktadır¹³². Bazıları yalan söyleme eyleminin suç olarak düzenlenmesi fikrine bu meseleyi daha da körükleyeceği gerekçesiyle itiraz yöneltebilir. Bu fenomene örnek veren kitaplarda halen amacı itibariyle şüphe barındıran birçok yasa kuralına yer verilmektedir. Örneğin, işlendiği eyalete bağlı olarak değişkenlik gösteren cezaya tabî suçlar: içecek yerine parfüm ya da losyon satmak¹³³, tavşanları veya kuşları boyamak¹³⁴, güvercinleri yuvalarından korkutmak¹³⁵, taşkınlık ve gürültü yaparak ibadet halindeki cemaati rahatsız etmek¹³⁶. Columbia Bölgesi’nde federal yasa uyarınca ABD bayrağı üzerine bir reklam yerleştirmek suçtur¹³⁷. Son birkaç yıldır Amerika Birleşik Devletleri’nde federal bölge ve eyalet düzeyinde “ceza hukukunun boyutu ve kapsamında ani bir genişlemeye” ve cezalandırmada belirgin bir artışa tanık olunmuştur¹³⁸. *Ken Mann* gibi bazı akademisyenler, ceza hukukunu “küçültmeyi” mesleki bir amaç haline getirmişlerdir. Bu bilim adamları, cezalandırma amacı barındıran yaptırımları kullanma ihtiyacını azaltarak, büyük oranda ceza hukukunu yansıtan ve cezalandırıcı yönü daha fazla olan bir medeni hukuk sistemini savunmaktadırlar¹³⁹. Devlet tarafından sıradan vatandaşların günlük faaliyetlerine yapılacak müdahalenin boğucu bir hal alabileceği endişesine sahip olan *Mann* gibi pek çok yazar, ceza kanununun kademeli olarak genişlemesinin alkışlanacak bir fenomen olmadığını savunmaktadır. Her çeşit yalanın yasaklanması ahlâkî

¹³¹ GENE HEALY, *GO DIRECTLY TO JAIL: THE CRIMINALIZATION OF ALMOST EVERYTHING* (2004); DOUGLAS HUSAK, *OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW* (2008); SANFORD H. KADISH, *The Crisis of Overcriminalization*, in *BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW* 21, 21–61 (1987); SANFORD H. KADISH, *More on Overcriminalization*, in *BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW* 36 (1987); SANFORD H. KADISH, *The Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, in *BLAME AND PUNISHMENT: ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW* 40 (1987); Donald A. Dripps, *Overcriminalization, Discretion, Waiver: A Survey of Possible Exit Strategies*, 109 *PENN. ST. L. REV.* 1155 (2005); Stuart P. Green, *Why It’s a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses*, 46 *EMORY L.J.* 1533 (1997); Ellen S. Podgor, *Overcriminalization: The Politics of Crime*, 54 *AM. U. L. REV.* 541 (2005).

¹³² *Bkz:* Darryl K. Brown, *Rethinking Overcriminalization 2* (Bepress Legal Series, Working Paper No. 995, 2006).

¹³³ DEL. CODE ANN. tit. 4, § 901(6) (2001).

¹³⁴ IND. CODE § 15-17-18-11(b) (1998).

¹³⁵ MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 266, § 132 (2002).

¹³⁶ NEV. REV. STAT. § 201.270(2) (2003).

¹³⁷ 4 U.S.C. § 3 (2000).

¹³⁸ HUSAK, *yuk. dipnot* 129, s. 3.

¹³⁹ *Bkz:* John C. Coffee Jr., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Models and What Can Be Done About It*, 101 *YALE L.J.* 1875 (1992).

bir zorunluluğun yerine getirilmesini sağlarken, bu durum gerçekte toplumda büyük bir tahribat yaratabilir. Bu görüşe göre yalan söylemek, takip edilmeyi ve cezalandırılmayı hak eden yanlış bir davranış değildir; ceza yasasının alanına yönelik bazı kısıtlamalar, devletin özel hayatın gizli taraflarını açığa çıkarmayı haklı göstermeye başlamasından önce zorla inşa edilmelidir.

5. Hilenin Faydaları ve Yalanın Yararlı Olacağı Düşüncesiyle Yasal Düzenleme Yapma Konusunda İsteksizlik

Yasanın hileye hoşgörülü olmasına ilişkin bir diğer ikna edici gerekçe de, yasal düzenleme yapma konusundaki isteksizliğin sebebinin hilenin aslında olağanüstü derecede yararlı olabileceği düşüncesine bağlamaktadır. Diderot, Hegel ve Nietzsche gibi yazarlar, Kant'ın kategorik ve yarı kategorik ahlâkçılığına karşı ayaklandılar; çünkü onlar dünya üzerinde bazı dönüştürücü etkilere sahip olmak isteyenleri alkışlıyorlardı¹⁴⁰. Nietzsche, bir seferinde, ideal bir aktivistin “gerçeği söylemekten ziyade yalan söyleyen” bir kişi olduğunu... Çünkü bunun daha çok ruh ve irade gerektirdiğini” ifade etmiştir¹⁴¹. Bu bakış açısıyla bakıldığında, hakikat son derece güvenli ve basmakalıp bir liman olsa da düzeni bozmaya cesaret eden, zekâyı ve ahlâkı parçalayan kişi aslında yalan söyleyen kişidir¹⁴². Ahlâk felsefecisi David Nyberg, hakikâti söylemeyi “ahlâken abartılmış” olarak nitelendirir ve yalanların ve diğer aldatma biçimlerinin mahremiyetin ve duygusal konforun korunması açısından sivil topluma getireceği olumlu katkıları vurgular¹⁴³. Onun bakış açısına göre, dürüst olmamak birbiriyle olan etkileşimlerimizde büyük ölçüde yer alır; bu ise uyarlanabilir temel bir yetenektir ve iyi amaçlara hizmet edebilir¹⁴⁴.

Yalan söyleme eylemini ve yalan söyleyenleri kınamakla birlikte, hilenin kültürümüzün temel bir parçası olduğunu, mazur görülebilir ve gerekli iletişim araçlarından biri olduğunu da kabul ediyoruz. Bir adayın iş görüşmesindeki davranışlarını düşünelim; parlak gülümsemesi ve el sıkışması ile gösterdiği seçkin tutumu ve görüşme boyunca müstakbel işverenine karşı yapmacık tavırlarını ve duruşunu ve hatta kendi deneyimi ve eğitim geçmişi konusundaki abartmalarıyla ve yalanlarla kurduğu teması – bu temas boyunca yaşananların tamamı iş arayan bir kişinin aslında sahip olmadığı özgüven ve yetenek kendisinde varmış

¹⁴⁰ Bkz: William H. Simon, *Virtuous Lying: A Critique of Quasi-Categorical Moralism*, 12 GEO. J. LEGAL ETHICS 433, 450 (1999).

¹⁴¹ a.e. s. 450.

¹⁴² a.e.

¹⁴³ Alexander & Sherwin, *yuk*: dipnot 10, s. 399.

¹⁴⁴ a.e.

gibi yansıması ve karşı tarafı yanıltması titizlikle tasarlanmıştır. Bazı meslek alanları için yalan söyleme eylemi işlerinin temel bir parçasıdır: delil toplamak ve işbirliğini ortaya çıkarmak için kolluk kuvvetleri sıklıkla şüphelilere yalan söylemektedir; doktorlar ve hemşireler acıyı teskin etmek için hastalara yalan söyler; araştırmacılar tepkileri ve davranışları değiştirmek amacıyla birtakım konuları incelemek için yalan söylemektedir; politikacılar ve diplomatlar dış politika müzakerelerinde avantaj elde etmek için yalan söylemektedir ve avukatlar görevlerinin meşru bir parçası olarak davayı dezavantajlı hale getirecek bilgileri müvekkillerinden gizlemektedir¹⁴⁵. Gerçekten de çelişmeli adalet sisteminde “hukuk düzeninin geleneksel yapısı gerçeği gizlemek için kullanılabilir...”¹⁴⁶. Yalan söyleme eylemi her yerde ve her an sürekliliği olan bir eylemdir¹⁴⁷. ABD’de yapılan araştırmalar, bir kişinin ortalama günde bir kaç kez yalan söylediğini ve birçoğunun daha fazlasını söylediğini göstermektedir¹⁴⁸. Aslında çok fazla ya da çok az yalan söyleyen kişilerin insafsız izlenimi yarattığı ileri sürülse de; çok iyi sosyalleşmiş bir kişi, bu iki uç arasında sorunsuz bir şekilde dolaşabilir¹⁴⁹. Yalan söylemenin her an her yerde olması, bunun işe yaradığını ve adeta toplumsal varlığımızın temel bir parçasını oluşturduğunu akla getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında yalan söyleme eylemi ceza hukukunun yaptırımını hak etmeyen veya gerekli kılmayan sıradan bir olaydır.

Ağır zararlar sonuçlanan pek fena yalan söyleme suçu bu itirazları hesaba katmalı ve bu konuların tamamının menziline kaçınmak için hazırlanmalıdır. Kanunkoyucu bu alanı son derece fena yalanlarla sınırlandırmalıdır – bu eylemi suç olarak düzenlerken ortaya çıkabilecek potansiyel tehlikeler, yalandan doğan çeşitli toplumsal zararlar karşısında düzgün bir şekilde dengelenmelidir. Yalan söyleme eyleminin kendisinin istinasız olarak ahlâka aykırı olduğu savunulsa bile, eylemin konusu olan her çeşit yalan cezaya tâbi olmamalıdır.

¹⁴⁵ Bkz: JAMES H. KORN, *ILLUSIONS OF REALITY: A HISTORY OF DECEPTION IN SOCIAL PSYCHOLOGY* (1997) (sosyal bilimcilerin deney konularını kandırma yollarının gösterilmesi ile ilgili); Anita L. Allen, *Lying to Protect Privacy*, 44 VILL. L. REV. 161, 166 (1999); bkz. ayrıca: Jennifer Jackson, *Telling the Truth*, 17 J. MED. ETHICS 5 (1991) (sağlık personellerinin yalan söyleme şekillerinin incelenmesi ile ilgili); Alan Ryan, *Professional Liars*, 63 SOC. RES. 620, 625–41 (1996) (politikacıların, hukukçuların ve doktorların benzer mesleki şartlarla yalan söylemeleri ile ilgili olarak).

¹⁴⁶ W. Peter Robinson, *Lying in the Public Domain*, 36 AM. BEHAV. SCIENTIST 359, 366 (1993).

¹⁴⁷ Bkz: F. G. BILEY, *THE PREVALENCE OF DECEIT* 27 (1991); DAVID NYBERG, *THE VANISHED TRUTH: TRUTH TELLING AND DECEIVING IN ORDINARY LIFE* 11 (1993); Bella M. Depaulo et. al., *Lying in Everyday Life*, 70 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 979, 993 (1996); bkz. ayrıca: CHARLES V. FORD, *LIES! LIES!! LIES!!! THE PSYCHOLOGY OF DECEIT* (1996) (yalanların psikolojik etkileri üzerine).

¹⁴⁸ Allen, *yuk. dipnot* 145, s. 167.

¹⁴⁹ a.e.

D. YALANLARI ÖZEL OLARAK SINIFLANDIRMA SORUNALI

Gerçekten de her yanlış olan cezaya tâbi değildir ve her cezaya tâbi olan da ahlâken yanlış değildir. Bu iki alanın birleştirilmesi birtakım pratik sonuçlar içerebilir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu makalede ortaya konan suç, yalan söyleme eylemini özü itibarıyla kınayan deontolojik bir temelle formüle etmekten ziyade, yalanın sonucu olarak ortaya çıkan zarara odaklanarak açıklanmaya çalışılmıştır. Bu ayırım, önerilen suçun teorik temelini açıklığa kavuştururken önemli bir soruyu da ortaya koyar: amacımız yalanın kendisinden ziyade yalanın sonucu olarak ortaya çıkan zararı azaltmak ise o zaman neden yalan söyleme eyleminin içinden yalnızca zarar doğuranlarını seçip ayırmıyoruz? Bir başka deyişle, hedeflenen zarara neden olmak için tasarlanmış davranışları yasaklamak yerine neden yalan söyleme eyleminin kendisini suç olarak düzenleyelim?

Bu itirazın başlı başına kayda değer bir tarafı vardır. Nitekim belirli suçların sebep oldukları zararın doğasına ve derecesine göre sınıflandırılmasında zarar fikrine verilen kavramsal önem gayet anlaşılabilir düzeydedir¹⁵⁰. Bir yazar bu durumu “*dönemin ve hukuk kültürlerinin aksine, suçların tek bir kavram etrafında sınıflandırılması kötücüdür*” diyerek açıklamaktadır¹⁵¹. Aslında burada sorulacak soru, “kimin veya hangi çıkarın zarar gördüğü veya korunmaya çalışıldığı” şeklinde ortaya çıkar¹⁵². Toplumsal zararların belirli türleri esas alınarak yapılan sınıflandırma şu şekildedir: “(1) kişiye yönelik suçlar, (2) mülkiyete yönelik suçlar, (3) konut ve zilyetliğe karşı suçlar ve sair”¹⁵³. Bu konuyu belirli suçların tasarlanması anına kadar genişletebiliriz. Suçlar genellikle eylemden doğacak belirli bir “sonuç” uğruna işlenir. Daha kesin bir ifadeyle, zarar hem ceza hukukunun “olmazsa olmaz” unsuru hem de cezayı haklı kılan ahlâkî unsur olarak görülerek...suçluluk tanımının merkezinde yer alır”¹⁵⁴. Nitekim kanunlarımızın kapsamlı düzenlemesi de davranışın sebep olduğu zarar

¹⁵⁰ Bkz: Stuart P. Green, Deceit and the Classification of Crimes: Federal Rule of Evidence 609(A) (2) and the Origins of Crimen Falsi, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1087, 1087 (1973).

¹⁵¹ a.e. s. 1123.

¹⁵² a.e. s. 1087.

¹⁵³ RONALD N. BOYCE & ROLLIN M. PERKINS, CRIMINAL LAW AND PROCEDURE 10 (7th ed. 1989).

¹⁵⁴ Green, yuk. dipnot 150, s. 1089; bkz. ayrıca: Albin Eser, The Principle of “Harm” in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests, 4 DUQ. L. REV. 345 (1966) (zarar prensibinin farklı ceza hukuku sistemlerinde incelenmesi ile ilgili); Stephen J. Schulhofer, Harm and Punishment: A Critique of Emphasis on the Results of Conduct in the Criminal Law, 122 U. PA. L. REV. 1497 (1974) (zarar prensibine verilen öneme karşı yapılan itirazlar ile ilgili olarak). Bkz. genel olarak: WILLIAM WILSON, CRIMINAL LAW: DOCTRINE AND THEORY (2d ed. 2003) (ceza hukuku teorisi genel bir bakış sağlamak için bkz.)

üzerinde yoğunlaşmaktadır¹⁵⁵. Bununla birlikte, tipik olarak belli bir davranış şekli tanımlanmıştır. Bu ise belirgin bir amaca hizmet eder: hangi davranış tarzının yasaklandığına dair insanları eğitmek için “eylemin” bütününe belirli davranış biçimlerine ayırtırmak hayati önem arz etmektedir.

Yukarıdaki tartışmayı mantıksal absürtlük zeminine taşıdığımızda, teorik olarak ceza hukukunun tamamını ilga edip, yerine “başka bir kişi ya da kişileri haksız yere zarara uğratan davranışlarda bulunmayı” yasaklayan tek bir hüküm ihdas etmek mümkündür, burada hükmedilecek ceza zararın ağırlığı ile orantılıdır (suçun kapsamı teşebbüs ve taksiri de içerecek şekilde genişletilebilir). Ancak bu çıkarım bizi, muazzam genişlikteki bu tarz bir torba suçun ihdas edilmesindeki gizli tehlikeleri ve devletin boyunu aşması ile sonuçlanacak kâbus gibi senaryoları anlık görmekten daha fazlasına götürmez. Kanunlarımızın kapsamı şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık ve meşru sınırlar ile çevrilmeli ve bu sınırlar içerisinde tutulmalıdır. Yüksek Mahkeme, “ceza kanunu hükümlerinin, davranışlarıyla cezaî sorumluluk altına girecek olanları bilgilendirmek için yeterince açık olması gerektiğini” belirtmiştir¹⁵⁶. Cezaî sorumluluk doğuracak davranışlar “yeterli açıklıkta tanımlanmalıdır”¹⁵⁷. Bu nedenle suçlar, hangi davranışın kabul edilebilir olduğunu ve hangisinin kabul edilemez olduğunu saptamak için belirli tipteki eylemlere ayırtırılmalıdır. Bu husus özellikle Bartley’in yalanında olduğu gibi açıkça muğlak ve içi boş zararlarla uğraşırken daha da ön plana çıkmaktadır. Sonuçta özel hayat alanına bu kadar müdahaleci bir adım atacak olursak, cezaî düzenlemenin alanını çok dar ve çerçevesi iyi çizilmiş bir davranış biçimine indirgeme noktasında da çok dikkatli olmalıyız.

Bazı durumlarda, zararın niteliği cezaî yaptırımını hak edecek kadar büyük olmasına rağmen, zararın niteliği birbirinden farklı biçimlerde ortaya çıkabileceği için bunun çerçevesini kesin olarak çizmek zor olabilir. Örneğin, New York kanunları uyarınca Bartley’nin yalanı herhangi bir suça uymayacaktır; bu davranış biçiminden dolayı Bartley New York Ceza Kanununun § 240.26 maddesi uyarınca yalnızca ikinci derece huzur bozma kabahatinden dolayı sorumlu tutulabilir. Hâlbuki yalan söyleme eylemi, bu zararların ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Yasalaşmada aşırıya kaçma tehlikesi olmadan amaca ulaşmak zor olacağı için ortaya çıkan ağır bir zarar üzerinden yasal düzenleme yapmanın en makûl ve mantıklı yolu olarak yalan söyleme eylemi görmezden gelinmektedir. Ancak bu örnekte bahsi geçen zararın oldukça dar tanımlanmış bir eylem olan yalan söyleme eylemine sabitlenmiş durumda olduğu gayet açıktır.

¹⁵⁵ “Mağdursuz suçlar” olarak adlandırılan suçların istisna oluşturduğu unutulmamalıdır.

¹⁵⁶ Connally v. Gen. Constr. Co., 269 U.S. 385, 391 (1925).

¹⁵⁷ Pierce v. United States, 314 U.S. 306, 311 (1941).

Eylem ve ortaya çıkan zarar yasama belirsizliğini önlemek için bir bakıma birbirleriyle ikame edilebilir. Örneğin, özellikle ortaya çıkan zarar fark edilebilir derecede müstakil nitelikte ise, bu zarara yol açan davranışın açık bir biçimde tanımlanması ile daha fazla kesinlik elde edilebilir. Bu makalede önerilen suçun konusu olaylarda zararın niteliği çeşitlilik gösterdiği için zararı tam olarak tespit etmek güçlük arz edebilir. Bununla birlikte, ortaya çıkan zararı bir eyleme –ki bu eylem yalan söyleme eylemidir- sıkı sıkıya bağlıyoruz. Hiç şüphesiz, her yasal düzenlemenin doğasında kaçınılmaz şekilde bir belirsizlik bulunur; lâkin bu belirsizlik pratik olarak mümkün olan en asgarî seviyeye indirilmelidir.

Toplumsal açıdan avantajlı olabilecek şekilde yasanın kapsamı genişletirken, kanunkoyucu yasanın aşırı genişlemesi ve aşırı suçlama tehlikesine karşın bu kapsamın olabildiğince dar tutulmasını sağlamak için büyük çaba göstermelidir. Böyle bir belirsizlik, “belirsizlik doktrini”¹⁵⁸ bağlamında hükümsüzlük seviyesine ulaşmasa ve adil yargılama sürecini ihlâl edecek nitelikte olmasa bile, özellikle niteliği itibarıyla muğlak olan bir zararı ele alırken yasalasma aşamasında olabildiğince genellikle kaçınılmalıdır. Cinayet sonucu ortaya çıkan zarar açıktır (ölüm meydana gelir) ve hırsızlıktan kaynaklanan zararlar da belirgindir (eşya yasalara aykırı bir şekilde alınır) ancak bazı kötücül yalanlardan kaynaklanabilecek zararlar belirgin şekilde açık değildir. Bu nedenle en azından davranış daha açık ve net tanımlanmalıdır. Yasaların genelliğinin maliyeti, yasal genişlemenin ağır

¹⁵⁸ Bu doktrin, tüm ceza kanunlarının ortalama bir insanın kavrayabileceği kadar açık bir dille hazırlanmasını zorunlu kılan usul hukuku hükümlerinin Beşinci ve On Dördüncü değişikliğini müteakiben öngörülmüştür. *Bkz:* Jordan v. De George, 341 U.S. 223, 230 (1950) (“Bir davranışın suç olarak öngörüldüğünü, o davranış icra edilmeden önce ihbar etmeyi gerekli kılmayan ceza kanununun bu tutumu, usul hukukundaki ihtar imkânından anayasaya aykırı olarak mahrum kalmak sonucunu doğurur”). Yüksek Mahkeme kararları için bkz: City of Chicago v. Morales, 527 U.S. 41 (1998) (loitering suçunu anayasaya aykırı olarak belirsiz kılan hükümlerin eleştirisi için bkz); Bd. of Airport Comm’r of L.A. v. Jews for Jesus, Inc., 482 U.S. 569 (1986) (Herhangi bir kişinin Los Angeles Uluslararası Havaalanı’nda Birinci Değişiklik faaliyetlerine katılmasını yasaklayan bir yasanın geçersiz hale getirilmesi hakkında); Smith v. Goguen, 415 U.S. 566 (1973) (Birleşik Devletler bayrağını küçük düşürücü davranmayı, tahrif etmeyi, çiğneme, alenen tanınmaz hale getirmeyi suç sayan yasanın geçersiz kılınması hakkında bkz); Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1971) (barış hukukunun ihlaline ilişkin hükümlerinin aşırı geniş kapsamlı bulunması hakkında bkz); Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 (1971) (dilencilik hükümlerinin geçersiz kılınması hakkında bkz); Palmer v. City of Euclid, 402 U.S. 544 (1970) (loitering suçunu anayasaya aykırı olarak belirsiz kılan hükümlerin eleştirisi için bkz); Baggett v. Bullitt, 377 U.S. 360 (1963) (Öğretmenlerin Amerika Birleşik Devletleri bayrağına ve kurumlarına saygıyı teşvik etmesini gerektiren bir yeminin geçersiz kılınması hükümetin eleştirilmesine kadar uzayabilir); Thornhill v. Ala., 310 U.S. 88 (1939) (grev gözcülüğünü tamamen yasaklayan yasa hükmünün geçersiz kılınması hakkında bkz); Cline v. Frink Dairy Co., 274 U.S. 445 (1926) (açıkça tespit edilebilir suç standardı öngörmeyen antitröst kurallarının eleştirisi için bkz); *Connally*, 269 U.S. at 385 (ücret yarasını belirsiz bulan görüş için bkz).

bedeli ve yaptırımında seçicilik tehlikesidir. Gerçekten de, bu durum Latince bir vecizede gayet isabetli olarak şu şekilde ifade edilmektedir: **misera est servitus ubi jus est aut incognitum aut vagum** (“sefillik, içinde bilinmeyen veya belirsiz olan yasaların barındığı kölelik halidir”)¹⁵⁹.

Bunların dışında bir de caydırıcılık konusu vardır. Bu anlamda örneğin, sebep olabileceği zarar nedeniyle alkollü araç kullanmayı suç olarak öngörmek toplumsal açıdan avantajlıdır. Nitekim sarhoş bir sürücü, bir kişinin ağır yaralanmasına, ölümüne veya malvarlığında zarara uğramasına sebep olduğu için (veya potansiyel olarak sebep olabileceği için) bu davranıştan kolayca sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte, hangi davranışın suç olduğunun (ve – umut edilir ki- bu davranıştan caydırmak için) açıklığa kavuşturulması için, kanunkoyucu zarara sebep olma olgusu ile yakından ilişkilendirdiği spesifik bir eylemi suç olarak öngörür. Bizim önerdiğimiz husus da aslında budur: Yalanın bazı türleri ağır zararlara yol açabilir, dolayısıyla da bireyleri bu tür eylemleri icra etmekten caydırmak amacıyla bizzat bu davranışların cezalandırılmasını sağlamaya çalışmaktayız. Bir an için ABD Ceza Kanununu ele alalım. Dolandırıcılık ve yalan beyan suçlarıyla ilgili federal yasa, bir şahsın hilesi¹⁶⁰, tasdikli çeklerde değişiklik yapmak¹⁶¹, arazi ödünç tahvili veya banka kredisi borçlanma senedi üzerinde tahrifat¹⁶², gizliliği olan kuruluşların gizli telefon kayıt bilgilerini edinerek dolandırıcılık veya benzer faaliyetlerde bulunmak¹⁶³, açık denizlerde veya diğer sularda iken sahtecilik yapmak¹⁶⁴ sebebiyle sorumlu tutulabileceği birbirinden bağımsız bir yığın eylemi tanımlamaktadır. Teorik olarak, bu kapsamlı liste yerine dolandırıcılık suçuna ilişkin tek bir geniş tanımlama yapılabilirdi. Aslında, dolandırıcılık suçu hırsızlık gibi daha geniş biçimde tavsif edilebilir ve hatta ABD Ceza Kanununun tamamının başlığı “başka birine haksız yere zarar vermek” olan tek bir suçtan oluşana dek kanunlaşmada genelliğin ölçüsü genişletilebilirdi.

Şimdi de e-posta dolandırıcılığına ilişkin yasal düzenlemeyi kısaca değerlendirelim. E-postanın içeriği (eyaletler arası bir kurye), federal yasanın uygulanabileceği bir eylemin net olarak teşhis edilmesinden başka bir anlam ifade etmez¹⁶⁵. Bazı yazarlar ise bu husustaki yasal düzenlemelerde daha en

¹⁵⁹ JAMES BOSWELL, THE LIFE OF SAMUEL JOHNSON, LL.D. 352 (Wordsworth Editions Limited 1999) (1820).

¹⁶⁰ Bkz: 18 U.S.C. § 1001–1040 (2006).

¹⁶¹ a.e. § 1004.

¹⁶² a.e. § 1013.

¹⁶³ a.e. § 1039.

¹⁶⁴ a.e. § 1025.

¹⁶⁵ Bkz: Podgor, bkz: dipnot 111, s. 748

baştan yeterli açıklık olduğunu düşünebilir. Örneğin, hileli iflas hükümlerine tabî bir kovuşturmada, eylemin kapsamı yasal düzenleme tarafından açık ve net bir davranış biçimiyle sınırlandırılmıştır¹⁶⁶. Başka bir örnek, bilişim dolandırıcılığına ilişkin yasal düzenlemedir. Devlet bilgisayarlarının karıştırılması ve şifrelerin kırılması gibi çok spesifik eylemler yasal düzenlemede ana hatlarıyla belirtilmiştir¹⁶⁷. Belirli davranışlar açıkça öngörülmek suretiyle “savcılar yasa hükmünün kapsamını yalnızca bilgisayar kullanımını gerektiren her türlü hileli davranışı kapsayacak şekilde genişletmekten alıkonulmaktadır”¹⁶⁸. Aynı şekilde (*ekonomik suçlar bakımından*) Model Ceza Kanunu “ticari bir işin görülmesi sırasında dolandırıcılık, başka birinin kredi kartını kullanma ve sahtecilik yapma gibi hilenin çeşitli türlerini barındıran suç tiplerini ayrıntılı olarak düzenlemektedir”¹⁶⁹. Dolandırıcılığın bu suça özgü spesifik davranış tiplerini ayrıntılarıyla düzenleyen bir dizi suça ayrıştırılması belirliliğin önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.

İdeal olan, bir suçun zarar ve eyleme ilişkin tüm bileşenlerinin olabildiğince dar tanımlanmasıdır. Gerçekten de eğer zorunlu olarak bu denklemin bir tarafı belirsiz kalmışsa, işte o zaman bu belirsizliği en aza indirmek için bileşenin kalan kısmı olabildiğince açık ve net olmalıdır. Eylem ve zarar, yasal belirliliğin iki kanadını temsil eder; bir taraf zayıfsa, diğer taraf bu durumu telafi etmek için daha belirgin olmalıdır. Mevcut yasal düzenlemelerimizin görmezden geldiği yalan söyleme eyleminin özellikle ağır zarara sebep olan türünü tespit etmenin ve bu eylemden caydırmanın en iyi yolu, bu eylemi suç olarak ihdas etmektir.

III. YALAN SÖYLEME EYLEMİNİ SUÇ OLARAK İHDAS ETMEYE DOĞRU: AĞIR ZARAR DOĞURAN PEK FENA YALAN SÖYLEME EYLEMİNİ YAPILANDIRMAK

Bu makalede yalanlarının tamamının cezaya tâbi kılınması savunulmamaktadır. Bazı durumlarda bir yalan tarafından sebep olunan zararlar cezaî yaptırım gerektirecek kadar ağır olabilir, ancak bu durum her zaman geçerli değildir.

¹⁶⁶ Yasal düzenleme özellikle (1) iflas talebinde bulunmak; (2) iflas davasında dilekçe/belge sunmak; (3) Yanlış bir beyan, iddia veya taahhüdün (a) iflas usulüyle ilişkili müracaatın yapılmasından önce veya sonra veya (b) iflas yasası uyarınca devam etmekte olan bir davada yanlış yere ileri sürülmesi koşullarını öngörmektedir.

¹⁶⁷ *Bkz:* (18 U.S.C. § 1030(a)(3) (2006); 18 U.S.C. § 1030(a)(5)(b); 18 U.S.C. § 1030(a) hükümleri ile yasaklanan bilgisayar üzerinden yapılan faaliyetler hakkındaki tartışma için bkz: (2006); ELLEN S. PODGOR & JEROLD H. ISRAEL, WHITE COLLAR CRIME IN A NUTSHELL 237–40 (2d ed. 1997)).

¹⁶⁸ Podgor, *yuk. dipnot* 111, s. 764.

¹⁶⁹ *a.e.* s. 747. *Bkz:*, MODEL PENAL CODE § 224.2 (1962) (nadide ve antik eserleri taklit etme vb.); MODEL PENAL CODE § 224.6 (1962) (Kredi Kartları); MODEL PENAL CODE § 224.7 (1962) (Hileli Ticari Faaliyetler).

Önerdiğimiz suç, yalnızca eylem odaklı olmadığı gibi, deontolojik etik temelli de değildir¹⁷⁰. Zararın derecesi, cezaya tâbi eylem için yegâne turnusol testidir. Dolayısıyla, biz hareketin sonuçlarına bakmalıyız; öyle ki belli durumlarda hilenin bazı biçimleri o kadar fenadır ki cezaya tâbi olması adeta bir gereklilik arz eder. Makalenin ilk yarısında cezalandırılabilir bazı yalan türlerini belirttikten sonra, geri kalan kısmında da böyle bir suçun nasıl yapılandırılacağı ile ilgili tartışmalara yakından göz atmayı tercih ettik. Feinberg'in zarar ilkesine ilişkin çalışmaları bunu yaparken bize yardımcı olacaktır.

A. YALANLARIN CEZAYA TABİ KILINMASI İÇİN ÖNERİLEN ŞARTLAR

Birçok hukukçu yalan konusu ile ilgilenirken *Sissela Bok* bu konuda ufuk açan bir metin yazmıştır¹⁷¹. Yazar çalışmasında özellikle yalan söyleme eyleminin uğraşılması zor bir konu olduğunu ve bunun çözülmesi kolay olmayan ahlâkî belirsizlikler içerdiğini belirtmektedir¹⁷². Öyle ki yalan hayatımızın her alanına sızdığından, bazı durumlarda etik açıdan kabul edilebilir hale gelmiştir, ancak yine de bazıları için kınanabilir niteliktedir. *Bok*, insanların yalan söylemelerinin altında çeşitli nedenler olduğunu gözlemler; ona göre güç kazanmak, sıkıntıdan kurtulmak, itibarı kurtarmak veya başkasını incitmekten kaçınmak için yalan söylenebilir¹⁷³. Yazara göre genel bir başlangıç noktası olarak insanlar yalan söylemekten kaçınmalıdır; bu onlara başlangıçta olumsuz yönde bir ağırlık verecektir ancak bir seçenek işaretlemek zorunda kalırlarsa her zaman doğruluk alternatifini aramalıdır¹⁷⁴. Yazarın varsayımı yalanın sebep olduğu zararı temel almaktadır. Zira yalan söyleme eylemi, mağdura derhal zarar vermek ile onu güven ve işbirliği erozyonuna uğratarak aslında uzun vadede topluma zarar vermek gibi iki yönlü bir etkiye sahiptir¹⁷⁵. Yalan söyleme eylemi ve hilenin çeşitli şekilleri sıra dışı olmaktan ziyade normal davranışlar olarak görüldüğü için yalan söylemek toplumumuzun sıradan bir özelliğidir. Bu nedenle zor olan şey, kabul edilebilir yalanlar ile (açıkça) kabul edilebilir olmayanlar arasında ince çizgi ile sınır çekmektir.

¹⁷⁰ Tekrar önemle vurgulamak gerekir ki, amacımız yalanın/eylemin bizzat kendisini yargılamak değil; aksine, zarar verme kastının sonucu olarak ortaya çıkan ağır zarar ile birleşim halindeki eylemi yargılamaktır.

¹⁷¹ SISSELA BOK, LYING: MORAL CHOICE IN PUBLIC AND PRIVATE LIFE (1978).

¹⁷² a.e.. s. 28, 30, 33, 45, 119.

¹⁷³ Bkz: Steven R. Morrison, When is Lying Illegal? When Should It Be? A Critical Analysis of the Federal False Statements Act, 43 MARSHALL L.J. 111, 140–41 (2009).

¹⁷⁴ BOK, yuk. dipnot 169, s. 30–31.

¹⁷⁵ a.e.. s. 43.

Yalanların ve hileli davranışların her türünü cezalandırmanın idari ve yasal açıdan imkânsız olacağını ve bunun da aslında arzu edilen bir durum olmadığından bahsetmiştik. Bu sebeple bu yönde bir görüşü savunmak isabetli değildir. Sonuçta, ceza hukukunun örtülü amaçlarından biri, toplumun genel refahının ve işleyişinin azamî seviyede tutulmasıdır. Neden alkolün (aile içi şiddete, depresyona ve genel suça katkıda bulunan faktörlerden biri olmasına rağmen) yasadışı olmadığı ve araçlar için hız sınırının x mph'den az olması kazaları ve ölümleri azaltmasına rağmen neden yasal sınırın x mph olduğunun gerekçelerinden biri de budur¹⁷⁶. Belli bir noktada kanunkoyucu bilinçli (veya bilinçsiz) bir şekilde, bireylerin potansiyel olarak zarar verici faaliyetlerde bulunmalarına izin verme yönünde kararını verir, çünkü bu faaliyetlerin tamamen yasaklanması toplumun genel mutluluk ve refahını daha fazla bozabilir. Sonuçta eyleme ilişkin bu alan da dengelenebilir. Örneğin tütün kullanımı yasadışı değildir. Bununla birlikte, sigarayı hangi yaşta kimlerin içebileceği ve nerede içebileceği düzenlenmiş durumdadır. Doğru ve yanlışın birbiriyle yarıştırıldığı çoğulcu bir toplumda yaşadığımız için, yalan söylemeye karşı toplum tarafından takınılan ahlâkî tutum ile ceza hukuku birebir uyuşmaz.

Ne var ki, yalan söyleme eyleminin toplumda tamamıyla yaygın bir hal alması, bu davranışın mutlak biçimde doğru ve kabul edilebilir bir davranış olduğunu da göstermez. Yalanın bazıları için alışkanlık haline geldiği ve yalana bazı bağlamlarda zımnen göz yumulduğu gerçeği, yalanın ceza hukukunun yaptırımından korunmasını gerektirmez. Davranışın mağdur için her zaman olumsuz bir sonuç doğurduğu cinayet ve hırsızlık gibi bazı ağır suçlardan farklı olarak, yalanların da farklı korkunç tarafları vardır: Bir yalanın hayata geçebilmesi yalancı ve mağdur arasında etkileşim gerektirir ve bu etkileşim farklı şekillerde olabilir. Kanunkoyucunun yalancıları kovuşturmak için kayıtsızlığının ve isteksizliğinin arkasında yatan temel unsur şudur: yalanların arkasında geniş bir motivasyon yelpazesi vardır ve yalancı ile “yalan” arasındaki etkileşimin çok farklı tezahürleri vardır, bu sebeple hangi yalanın cezaya tâbi olacağını ve hangisinin olmayacağını tespit etme görevi aşırı güçlük arz eder. O halde ihtiyaç duyduğumuz şey, yalanları türlerine göre sınıflandırmaktır ki, böylece içlerinden hangilerinin cezaî yaptırma tâbi olacağını kolayca seçebiliriz.

B. YALANLARIN SINIFLANDIRILMASI

Amerikan hukukçu Steven Morrison yalanların sınıflandırmasında oldukça yarar sağlayan bir sistematik geliştirdi; yazara göre yalanlar ciddiyetlerinin

¹⁷⁶ a.e. s. 47.

derecesi bakımından denklik göstermemektedirler. Ona göre en ciddî (en az mazur görülebilir) olandan en az ciddî (en çok mazur görülebilir) olana kadar sıralanabilecek **altı çeşit** yalan şunlardır : **(1)** başka bir kişiye veya varlığa zarar veren yalanlar; **(2)** yalancıya menfaat sağlayan yalanlar; **(3)** başka bir kişiye veya varlığa menfaat sağlayan yalanlar; **(4)** yalancının zarar görmesini önleyen yalanlar; **(5)** yalnızca yalancıya zarar veren yalanlar ve **(6)** başka bir kişinin veya varlığın zarar görmesini önlemek için tasarlanmış olanlar¹⁷⁷. Bu kategoriler birbirinden farklı yalan türlerinin yararlı bir dökümünü oluşturur; zira bu kategorik bölümlenme tek bir yasa hükmünün hepsine eşit muamele etmek üzere tasarlanamayacağını göstermektedir. Bu konuda bir adım daha ileri bir tespitle bulunan *Morrison*'a göre, ceza kanununun rolü toplumun mutluluğunu ve güvenliğini en üst düzeye çıkarmak ve etkinlik kazanmak ise, o zaman özellikle kategorik olarak iki ila altı arasında belirtilen yalanlarının cezalandırılmaması gerekmektedir¹⁷⁸. Bir yalan kişinin kendisi, muhatabı veya her ikisi için bir fayda sağlıyorsa veya bir zararı önliyorsa teşvik edilmeli ve hatta tebrik edilmelidir¹⁷⁹.

Morrison'un şematik sınıflandırmasına bakıldığında sebep oldukları zarar açısından tüm yalanların birbirine denk olmadığı açıktır. Bu nedenle, yalanlar istisnâ ve dar koşullar dışında genel bir çerçeve altında kriminalize edilmemelidir. Bunun için gerçekten de üst düzey yasal tedbirler alınmalıdır. Bu noktada hangi yalanların hangi şartlar altında cezaya tâbi olacağını asgari düzeyde belirlemek için gereken çaba gösterilmelidir. İşte bu çalışmada da, yalanların ağır zarara sebep olması kastıyla söylenmiş olması ve eylemin söz konusu zararla sonuçlanması halinde suç sayılması gerektiği önerilmektedir.

Birçok (*oldukça geniş bir kısım*) yazar, beyan muhatabı olan bir kişinin doğruyu bilmeye hakkı olduğuna dair varsayımda bulunurken, ceza hukuku bu varsayımda o kadar cömert olamaz ve her tür yalanı cezaya tâbi kılamaz. *Morrison*'un yalan sınıflandırması özel olarak hangi yalan türünün suç haline getirilebileceğini belirleme noktasında isabetlidir. Zira herkesin gerçeği bilme noktasında eşit hakka sahip olmadığı yönündeki görüş üzerinden tartışma konusu yaratılabilir ise de; bazı yalanların olumlu sonuçları dikkate alındığında, bunların seçkin etik normlar tarafından tolere edilebileceği veya meşru kabul edilebileceği meselenin tam da özünü oluşturur. Kant'ın örneğini bir kez daha verecek olursak, hedefindeki kurbanın kapısının önüne gelerek onun yerini araştıran katilin gerçeği bilmeye hakkı olduğuna çok az insan razı olacak ve birçok insan da katile yalan söyleme

¹⁷⁷ Morrison, *yuk:* dipnot 173, s. 146.

¹⁷⁸ a.e.

¹⁷⁹ a.e.

konusunda ahlâk kökenli bir vicdan azabına sahip olmayacaktır. Aynı şekilde bir Nazi subayının Yahudilerin çatı katında barındıklarını bilmeye hakkı yoktur. Çoğu insan burada yalan söylemenin “doğru” bir davranış tarzı olacağını kabul eder. Bu, *Morrison*’un altıncı kategorisinde yer alan türe uygun bir yalandır: başka bir kişinin veya varlığın zarar görmesini önlemek için tasarlanmış olanlar. Yalanın bu türü en iyicil türüdür.

Yüksek miktarlarda sigara içen bir sigara tiryakisinin kendi doktoruna sigara tüketiminin seyrek olduğu konusunda yanlış bilgi verdiğini düşünelim. *Morrison*’un sınıflandırmasında bu beşinci kategoriye uyan bir yalan olurdu: sadece yalancıya zarar veren bir yalan. Bu yalan türü (diğerlerine zarar vermek açısından) nispeten zararsızdır. Bir diğer örnekte, cüzdânınızı teslim etmenizi isteyerek size yaklaşan bir hırsız var ve siz üzerinizde cüzdânınız olmadığını (aslında olmasına rağmen) iddia ettiniz. Yine, katilin olayında olduğu gibi, temel varsayım ve inancımız hırsızın gerçeği bilmek hakkına sahip olmadığı yönünde olduğu için çoğu insan yalancıya eleştirel bakmayacaktır. Bu tür bir yalan dördüncü kategoriye girer ve meşru görülebilir: yalancının zarar görmesini önleyen yalanlar. Şimdi ağır bir hastadan sevgili kızının ölümünü gizleyen bir doktorun durumunu düşünün. Burada, yalanın sağladığı muhtemel menfaat sabit iken, menfaat durumu yalanın ağırlık seviyesi ile dengelenmektedir. Böyle bir olayda yalan söyleme kararı net biçimde kolay bir seçim değildir ve çoğu insan yalan söylemeden önce çok dikkatli düşünürdü. Buradaki yalan üçüncü kategoriye uymaktadır: başka bir kişiye veya varlığa menfaat sağlayan yalanlar. Bu yalanı meşru kabul etmekte zorlanmamızın temel sebebi, karşımızdaki kişinin gerçeği bilmek ve kendi kendine tedbir alma hakkına sahip olması gerektiği noktasındaki içgüdüsel tepkimizdir - bunu bir kenara atmanın bir bakıma daha büyük bir zarara sebep olacağıdır. İkinci kategoride yer alan ve yalancıya fayda sağlayan yalanlar için, görevli gelen davetlilere kimlik bilgileri ya da donanımıyla ilgili egzotik yalanlar söyleyen biri örnek verilebilir. Burada mağdurlara doğrudan bir zarar verilmemekle birlikte, kendine özgü bir görüntü ortaya koyarak, mağdurları yalancıyı bağımsız bir perspektifle formüle etmeleri fırsatından mahrum bırakır ki; bu bile başlı başına bir tür zarar verir¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Mağdurun gerçeği bilmek hakkını talep edip etmeyeceği meselesi, kendisinin yalancı ile olan ilişkisinin niteliğine ve samimiyetinin derecesine bağlı olarak değişebilir. Bir partide yer alanların davetlilerin bir başkasının donanımı ile ilgili gerçeği bilme “hakkına” sahip olmadığı iddia edilebilir, ancak potansiyel bir işverenin böyle bir hakkı talep edebileceği rahatlıkla söylenebilir.

Ve son olarak, yalan sınıflandırmasında *Morrison*'a göre en ciddî seviyede olanı birinci kategoride yer alan yalan türüdür: başka bir kişiye veya varlığa doğrudan zarar veren yalanlar. Makalenin giriş paragrafında Bartley tarafından söylenen yalan bunun en yalın haline örnektir ve asgari seviyede haklı görülebilir. Özetle, yalın ve içgüdüsel bakıldığında bir ila altıncı sıra arasında yer alan yalanlar – öz gelişim, paternalizm, kendini koruma ve altruizm (*özgecilik*) kaynaklı oldukları için - ceza kanununun yaptırımını gerektirmezken (*hatta altıncı kategoride yer alan yalanlar bazı şartlarla teşvik edilebilir*), birinci kategoride yer alan yalanlar cezaî olarak yaptırıma tâbi tutulabilir ve hatta tutulmalıdır.

C. AĞIR BİR ZARARA YOL AÇAN PEK FENA YALAN SÖYLEME EYLEMİ: SUÇUN UNSURLARI

Tüm bunları göz önünde bulundurarak, şimdi önerdiğimiz suçun zorunlu unsurlarını ortaya koyalım. Ağır bir zarara yol açan pek fena yalan söyleme suçunun *actus reus*'u, yalanın fiilî zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verecek türden yazılı veya sözlü iletişim yoluyla nakledilmesidir. Kusur (*mens rea*) ise failin (*dikkatsizlik ve özensizlik niteliğinde olmayan*) ağır zarar sonucunu makûl derecede öngörebilmesini içeren özel kast'tır.

Önerilen suça ilişkin madde hükmü şu şekilde düzenlenebilir:

Başka bir kişiye: (1) o kişiye ağır zarar vermek kastıyla ve (2) ağır zarara yol açması şartıyla bilerek yalan söyleyen bir kişi ağır zarara sebep olan pek fena yalan söyleme eyleminden sorumludur. Bu madde hükmünde belirtilen "yalan", bir kişiye sözlü veya yazılı olarak yanlış bilgi verme anlamına gelmektedir.

Suçun bu iki unsurunun içinde yer alan dört bileşen bulunur. *Actus reus* (eylem) unsuru bakımından devlet, (1) kişinin başka bir kişiye yanlış bilgi verdiğini ve (2) o kişinin bundan dolayı ağır zarara uğradığını ispatlamakla yükümlüdür. *Mens rea* (kusur) unsuru bakımından (1) yanlış bilginin bilerek verilmesi ve (2) ağır zarara sebep olma kastının bir arada bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, meydana gelen zararın tam ve özel olarak hedeflenen zarar olması gerekli olmadığı gibi; yalanın sonucu olarak hedeflenen zarar ile aynı ağırlık derecesine sahip bir zararın doğmuş olması yeterlidir.

Suçta uygulanabilecek nihaî ceza yasama organının kararı ve mahkemelerin takdir marjına bağlı olarak değişecektir. Bu ceza, ortaya çıkan zararın ağırlığına bağlı olarak basit bir para cezasından fiili hapis cezasına kadar değişebilir. "Ağır zarar"ın kesin tanımını yapmak bu makalenin kapsamı dışında kalmaktadır.

Ancak giriş paragrafında yer alan Bartley örneğinde olduğu gibi ciddî psikolojik zarara veya zihinsel sıkıntıya sebep olan yalan uygun bir başlangıç noktası oluşturur. Bununla birlikte, ağır zararların kasıtlı bir yalandan kaynaklandığı çok sayıda senaryo düşünebilir - örneğin görüşmelerin başlangıcında resmedilen kötü niyetli yalan örneklerinin birkaçının sonucu olarak ortaya çıkan fırsat kaybı. Elbette, fırsat kaybının “ağır zarar” olarak kabul edilmesi meseleyi yukarıda bahsedilen kaygan zemin tartışmalarına maruz bırakabilir ve buna ek olarak çeşitli dolandırıcılık hükümleriyle örtüştürerek ekonomik işleyişin zarara uğramasına sebep olan hilenin cezalandırılması sağlanabilir. Bu durum açıkça göstermektedir ki; “ağır zarar” kavramına kesin ifadelerle mutlak bir tanım vermek oldukça zor olacağı için, kavramın netleştirilmesi ve rafine edilmesi işini içtihat hukukunun (case law) işleyişine bırakmak en iyi çözüm olacaktır.

Son olarak, cezaî yaptırıma tâbi olacak yalanın yazılı ve sözlü olarak beyan edilen yalan olduğunu, (müspet eylem veya ihmâl ile beyan edilen) yalan beyan veya yanıltıcı bilgilendirme olmadığını vurgulamak önemlidir. Bunun nedeni, yalanın hilenin bir alt kümesini oluşturmasıdır. Hile, failin başkalarının zihninde yanlış izlenim yaratabilecek sınırsız çeşitlilikte tasarımları ve oyunları kapsayan çok daha geniş bir davranış yelpazesini içerir. Genel olarak hileyi suç haline getirmek yasalâşmada gereğinden fazla aşırıya kaçma ve bunun da istikrar kazanması riskini beraberinde getirecektir. Bu nedenle yalan söyleme suçunun unsurları kesindir ve failin açıkça yalan söylemesini ve bu eylemin başkasını zarara uğratmasını ve bu zararın fiilen oluşmasını içerir. Bu son bileşen, söz konusu suçta ait alt başlıkta failin teşebbüsten sorumlu tutulmasını imkânsız hale getirerek suçun kapsamını sınırlandırmaktadır.

D. HİLE VE YALAN SÖYLEME EYLEMİ ARASINDAKİ AYIRIM

Pek fena yalan söyleme suçu yazılı veya sözlü şekilde ortaya çıkarken, bu durum genel olarak hile ile yalan söyleme eylemini de birbirinden ayırır. Bunun altında yatan pratik mülâhazalar burada kısaca tartışılacaktır. Belirttiğimiz gibi, yalan söyleme eylemini suç haline getirmek mahkemeleri hüküm verme aşamasında yasa yapan bir mayın tarlası haline sokabilir. Bu nedenle, mevzuatın kapsamını sadece pek fena yalan söyleme eylemi ile ve dar tanımlanmış yalan türlerini içerecek şekilde daraltmak esastır. Yalan büyük ölçüde açık ve net bir eylemdir. Diğer yandan hile çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir; yanlış bilgilendirme yapma, sorular sorma, görüş bildirme, hedef şaşırtma, emirler verme veya çeşitli sözlü ve sözsüz davranışları içerebilir. *Kant*'ın tasarladığı ve nitelik itibarıyla sadece yalandan ibaret olmayan hileye ilişkin ünlü bir örnek

ise şu şekildedir; A'nın bir çantayı paketlemesi ve bunu gördüğünde kendisinin bir yolculuğa çıktığı sonuca varacağını umarak B'ye çantayı bırakması, B'yi tatile çıktığına inandırmak için A'nın yaptığı bir hiledir¹⁸¹. John, Sevgililer Günü'nde Londra'da olduğundan emin olmasına rağmen Mary'ye "o gece ya Londra ya da Cambridge'de" olduğunu söylerse, Mary'yi kendisinin nerede olduğunu bilmediğini veya bunun belirsiz olduğunu farz etmeye yönlendirerek kesinlikle Mary'yi aldatmış olurdu. Ancak burada John hilekâr sayılmasına rağmen, ifadesi doğru olarak da yorumlanabileceğinden yalan söylememiş sayılır.

Stuart P. Green gibi bazı hukuk felsefecileri, bir şeyi doğru olarak kabul etmeden önce dinleyicinin belirli şartlar altında yaptığı beyanın doğruluğunu teyit etme sorumluluğunu üstlendiğini savunan 'sorumluluk dinleyiciye ait' (***caveat auditor***) prensibi sebebiyle hilenin her zaman açık bir biçimde yalandan çok daha az kötücül bir davranış olduğunu ileri sürerler¹⁸². Yalan mağdurlarından farklı olarak, hileye maruz kalmış olanlar kısmen kendi aldatmacasında mimardır. Hileye maruz kalan kişi yanıltıcı kanıtlarla karşılaşmış olmasına rağmen, yine de kendi seçiminden sonuç çıkarma konusunda (eğer herhangi bir sonuç çıkarması gerekiyorsa) serbesttir. Bir "sonuç çıkarma çağrısı"nın varlığı, yalan ve karşılıklı iletişime kapalı olan hile arasındaki en önemli ayırt edici faktördür.

Genel olarak hileye ilişkin geniş bir tanım vermekle uğraşırken karanlık bir arazide dolaşmış oluyoruz. Zira hilenin hangi aşamada gerçekleştiği her zaman açık ve net olmayabilir. Buna karşılık sözlü ve açık bir yalan kendisini dar çerçeveli, somut ve net bir eylem olarak ortaya koyar. Suçu genel anlamda hile seviyesine kadar yükseltmek belirlilik unsurunun terk edilmesine yol açacaktır ki; bu unsur olmaksızın cezaî aşırılık (*Actus reus'u ispatlamadaki lojistik engelden bahsetmiyorum bile*) riski büyük oranda artacaktır. Özetle burada belirtilen suçun daha genel kapsamlı hileli davranış biçimlerini kapsayan dolandırıcılık suçundan farklı olarak, yazılı veya sözlü olarak açık ve belirgin bir eylemle sınırlı olması başlıca farklardandır.

Şimdi, Morrison'un yalan sınıflandırmasının bu tartışmaya ne kadar yarar sağladığını açıkça belirtmeliyiz; burada önerilen pek fena yalan söyleme eylemi Morrison'un hiyerarşik sınıflandırmasında özellikle birinci kategoride yer alan yalan türünün yapısına uygunluk sağlamaktadır: başka bir kişiye veya varlığa zarar veren yalanlar. Bununla birlikte, bu sınıfa dahil olsa bile, bu tür yalanlar mutlaka cezaî yaptırıma tâbi olunmayı gerektirmez. Daha önce de belirttiğimiz

¹⁸¹ Bkz. Green, yuk. dipnot. 93, s. 163.

¹⁸² IMMANUEL KANT, LECTURES ON ETHICS 226 (Louis Infield trans., 1963).

gibi, yalan yapısı itibariyle ciddî bir seviyede olmalıdır. Burada önerilen suçun kapsamı son derece dar bir alanla sınırlandırılmıştır- aşırı derecede fena sayılan bu eylemin sadece sınırlı sayıdaki görünümleri cezaî yaptırıma tâbi olacaktır. Bu aynı zamanda yalan tarafından sebep olunan zararın ağırlığına bağlıdır. Bununla birlikte, hangi tür yalanların cezaî yaptırıma (*örneğin başka bir kişiye ağır zarar veren*) tâbi tutulması gerektiğini tespit ettikten sonra, uygulanacak yaptırımları belirlemek için zararın hangi derecesinin gerekli olduğunu açıklığa kavuşturmamız gerekir. Bu noktada, birinci kategoride yer alan tüm yalanlar söz konusu suçun kapsamına girmemelidir - yalnızca başka bir kişinin önemli derecede zarara uğramasına sebep olan yalanlar dikkate alınmalıdır. Yapmamız gereken şey, cezaî yaptırım sürecinin işlemeye başlaması için gerekli olan zarar derecesini tam olarak ortaya koymaktır. Bunu yapmak için *Feinberg*'e dönüyoruz.

E. DENGENİN DOĞRU AYARLANMASI: FEINBERG'İN YÖN VEREN İLKELERİ VE YALAN SÖYLEME EYLEMİNİN SUÇ OLARAK ÖNGÖRÜLMESİ

Morrison'un sınıflandırması, farklı yalan türlerinin tanımlanmasında son derece yararlı olsa da, ceza yaptırımların uygulanması için hangi seviyede zarara ihtiyaç duyulduğunu açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bartley örneği, onun bu davranışına karşı olumsuz bir tepki geliştirmek amacıyla tasarlanmış olmasına rağmen, bir kişiye zarar veren ama bunun gibi açıkça cezaya tâbi kılınmayı gerektirmeyen yalanlara çok sayıda örnek verilebilir. Kocalar eşlerine aslında işlerini gördükleri sırada nerede oldukları hakkında yalan söyleyebilir; arkadaşlar birbirlerinin uyuşturucu veya kumar alışkanlıklarını (uzun vadede korudukları insanların zarar görmesine sebep olsa bile) örtbas etmesine yardımcı olabilir; okulda ve işyerinde her gün yapılan dedikodu özsaygıyı düşürebilir ve huzursuzluk yaratabilir. Bu yalanların hepsi zarara sebep olur; ancak, sebep oldukları zararlar böyle aşırı cezaî bir yaptırımı gerektirecek kadar ciddî olmadığından suç sayılmamalıdır. Bu durumda sorulacak soru şu şekildedir: Cezaî yaptırım uygulama sürecinin hangi aşamadan itibaren başlatılması gerekir? Bu zarar ne kadar ağır olmalı? Makûl bir cezaî koruma ile mahkemenin yargılama sınırlarını aşması arasında kavramsal bir çizgi nereden çizebilir? Bu iki uç nokta arasındaki doğru dengenin kurulması önemlidir.

Joel Feinberg böyle bir değerlendirme yapmamızda bize yol gösterebilecek kavramsal çerçeveyi sunar. Ceza hukukunun ilgilendiği zarar kategorileri ile yasaların emin bir şekilde göz ardı edebileceği zarar kategorileri arasında nasıl bir sınır çekileceği *Joel Feinberg*'in çözmeye çalıştığı bir meseledir¹⁸³. Bu mesele

¹⁸³ JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 1 (1984)

aslında *Feinberg*'in devletin hakkaniyete uygun biçimde hangi tür davranışları suç sayması gerektiği sorusuna genel bir cevap bulabilmek için yürüttüğü geniş kapsamlı projesinin bir parçasıdır¹⁸⁴. *Feinberg*, John Stuart Mill'e ithafen şunları söylemektedir:

*O halde en meşru ya da doğru yöntemle suç ihdası meselesinde genelleme yaparak, şimdilik, devletin ciddî özel bir zararın doğmasına veya makûl sayılmayacak bir zarar riskine veyahut da önemli kamu kurumları ve uygulamalarının zarar görmesine sebep olan davranışları yasaklamasının hakkaniyete uygun olduğunu ifade edebiliriz. Kısacası, -hayatına müdahale edilen tarafın dışında- diğer tarafın zarar görmesini veya zarara uğraması riskini önlemek için makûl ölçüde ve gerekli olduğu takdirde (yani böyle bir müdahaleyi etkili ve gerekli kılacak makûl sebepler bulunduğu takdirde) devletin vatandaşların davranışlarına müdahale etmesi ahlâken meşru bir eğilimdir. Daha kesin bir ifadeyle, fail dışındaki taraflara (özel ya da kamusal) zarar verilmesini önleme ihtiyacı hukukun yaptırım gücünü uygulamak için her zaman haklı bir sebep teşkil eder.*¹⁸⁵

Cinayet, tecavüz, kötü muamele ve şiddet içerikli saldırı eylemlerini içeren suç sınıfının sebep olduğu zararlar açık bir biçimde görünür durumda olmasına rağmen, “zarar prensibi” daha “bulanık” bir davranışın suç sayılmasıyla birlikte cezaya tâbi kılınmasına karar verme aşamasında kanun koyuculara yardımcı olacak şekilde tasarlanmıştır. *John Stuart Mill* zarar prensibinin aslında özgürlük ihlalini haklı kılan yegâne belirleyici ilke olduğu görüşünün bir sonucu da, şartları yerine getirmeyen davranışların cezalandırılmamasıdır¹⁸⁶. *Feinberg* zarar prensibinin tamamlayıcı ölçütlerle veya “yön veren prensipler” ile birlikte ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁸⁷. *Feinberg*'e göre zarar prensibi yasama faaliyetinin en geçerli ilkesidir ancak bu prensip verimli bir başlangıç noktası olarak hizmet ederken tek başına yeterli değildir ve başka kriterlerle modifiye edilmelidir¹⁸⁸. *Morrison*'un yalan türlerine ilişkin yaptığı sınıflandırmayla birlikte ele alındığında, *Feinberg*'in yön veren ilkeleri pek fena yalan söyleme suçunun yapılandırılması aşamasında bize gayet anlaşılır bir dizi parametre sağlamaktadır.

¹⁸⁴ a.e.

¹⁸⁵ a.e. s. 11 (orijinal baskıdan).

¹⁸⁶ a.e.

¹⁸⁷ a.e. s. 187.

¹⁸⁸ Bkz: a.e. s. 188-206. *Feinberg*'in yön veren prensipleri şunları içermektedir: zararın ağırlığı; zarar olasılığı; yığılan zararlar; istatistiğe dayalı ayırım, zararın net indirilmesi ve zararın göreceli önemi. Bu kavramların genel bir değerlendirmesi için bkz: NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS 56–57 (2007). Bununla birlikte, bu çalışmanın konusuna en uygun olan ilkeler daha ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

1. Sadece Huzursuzluk Değil

Yön veren ilkelerden biri “başkalarına zarar veren her türlü eylem yasaklanamaz, yalnızca önlenabilir ve ağır zararlara neden olanlar”¹⁸⁹ olduğu için belirli davranışları önlemek amacıyla yasal bir düzenleme yapabilmek için zararın ağırlık seviyesinin ciddî boyutta olması ve yaşamla birlikte gelen sıkıntıların, acıların, kırgınlıkların ve külfetlerin ötesinde yer alması gerekmektedir. Hoş olmayan duygu durumları ve mutsuz deneyimler (*mutlaka zarar içerikli olmasa da*) iki kategoriye ayrılabilir: “incinenler ve incitenler”¹⁹⁰. *Feinberg*, gerçekten zarar doğurucu durumlar ile zarar oluşturmakta yetersiz kalan çeşitli düzeydeki hüznün içerikli, istenmeyen fiziksel ve zihinsel hallerin tamamı arasında bir ayırım yapmaya çalışır; çünkü “menfaatlerimiz zarara uğramaksızın da deneyimlerimiz bizi rahatsız edebilir, öfkeliendirebilir, incitebilir”¹⁹¹. Hukukta temel ilkelerden biri olan *de minimis non curat lex* (hukuk küçük ayrıntılarla ilgilenmez)¹⁹² bu yön veren ilkeyi de desteklemektedir, çünkü önemsiz bir ayrıntıya müdahale etmenin aslında onun önlediği şeyden çok daha fazla zarar vereceği düşünülmektedir. Nitekim Model Ceza Kanunu Tasarısını hazırlayanlar “*de minimis ilkesi*” olarak adlandırdıkları hususun önemini açıkça belirtmişlerdir – ufak tefek yanlışlıklar yasanın konusu olmamalıdır¹⁹³. Bu durum da genel itibarıyla bu çalışmanın çizdiği görünümle tutarlılık göstermektedir – yalanın sebep olduğu zararın boyutunun büyük olması ve sadece incinme ya da üzülmeye seviyesinde olmaması gerekir. Nitekim bu makalede, tüm yalanların cezaî yaptırıma tâbi olması gerektiği ileri sürülmektedir; suç büyük ölçüde esaslı zarar veren yalanlarla sınırlı olmalıdır.

2. Riske Karşı Zarar Olasılığı

Bir diğer yön veren ilke de kanun koyucunun zarar riskine karşı uyanık olmasıdır. Bu, zararın büyüklüğü ile zarar olasılığının birleşimidir¹⁹⁴. Bu konuda *Feinberg*, eylemin yapısında ihmale dayalı unsurlar olsa da (*atıcının şaşkıncu bir taktik yapması durumu hariç*) havada rastgele bir tüfek atma örneğini

¹⁸⁹ a.e. s. 12.

¹⁹⁰ a.e. s. 46 (orijinal baskıdan).

¹⁹¹ a.e. s. 45. Yazar nahoş fiziksel ve zihinsel durumları kapsayan ayrıntılı bir liste çizmektedir. Fiziksel sıkıntı şunları içerebilir: acı, sancı, ağrı, bıçak yarası, dikiş izi, boyun tutulması, çarpıntı, kas spazmları, gaz basıncı, kaşıntı, baş dönmesi, gerginlik, yorgunluk, titreme, zayıflık, uykusuzluk, tutulma vb. Zihinsel acı aşağıdakileri içerebilir: acı, keskin hayal kırıklığı, pişmanlık, depresyon, keder, gönül yarası, umutsuzluk, çok duyarlılık, telaş, nefret, hüsrân, panik atak, akut bıkkınlık, öfke, tiksime, suçluluk duygusu ve utanç.

¹⁹² BLACK’S LAW DICTIONARY 464 (8th ed. 2004).

¹⁹³ MODEL PENAL CODE § 2.12 (1962) (De Minimis ihlalleri)

¹⁹⁴ FEINBERG, *yuk* dipnot 181, s. 191.

kullanır; kaldı ki burada da hareketin sebep olduğu mevcut riske (düşük olasılık ama boyutu yüksek zarar) karşı denge kurulmalıdır¹⁹⁵. Öte yandan hastaların hastanelere hızla ulaştırılmasını sağlamak için hız sınırını aşan ambulansların aldığı risk bu davranışa atfedilen toplumsal değer bakımından haklı görülebilir¹⁹⁶. Bu yön veren ilkeleri Morrison'un yalanlar kategorisi ile birlikte ele alırsak, altıncı sıradaki yalan kategorisinin (katile söylenen yalanın) birtakım sosyal değerler taşıdığı söylenebilirken, birinci sıradaki yalan için haklı bir gerekçe sunmak daha zordur. Başka bir kişiye veya varlığa zarar veren yalanların (herhangi bir yarar temin etmeksizin) -yalancının hastalıklı bir zevk elde etmesi dışında- kendi doğasına içkin bir değer taşımadıklarını varsaymak hiç de zor değildir. Buna ek olarak, yüksek olasılık ve ciddi boyuttaki zarar birlikte ele alındığında bu davranışta yüksek oranda risk (*yüksek olasılık vardır çünkü kurban tarafından bir yalana inanılması ve güvenilmesi ihtimali havaya rastgele atış yaparken bir izleyiciye zarar verilmesi ihtimalinden daha fazladır*) vardır. Bu nedenle, yalnızca birinci kategoriye uyan yalanlar cezaî yaptırıma tâbi kılınmalıdır.

3. Yığılan Zararlar

Yukarda bahsedilen yön veren ilke ile doğrudan ilgili olup da kanun koyucunun dikkat etmesi gereken bir diğer konu da: yığılan zararlar meselesi. Kanun koyucu gerçekte zararsız olabilecek belirli bir davranış tipinin yanı sıra bazı davranışlara izin vermenin sebep olacağı genel zararı göz önünde bulundurmalıdır¹⁹⁷. Alkol tüketimi bu anlamda Feinberg'in işaret ettiği dikkat çekici bir örnektir. Burada alkol tüketiminin sebep olacağı zararların, alkolün yasaklanmış olması halinde ortaya çıkacak zararlardan daha fazla olacağı meselesi elbette tartışma konusu olamaz. Ancak, alkol geniş kapsamlı yasaklanırsa kendi tüketim düzeylerini kontrol eden ve içki içerken sorumluluk sahibi davranan insanların büyük çoğunluğu masum zevklerinden yoksun bırakılmış olacaktır¹⁹⁸. Birkaç kişinin yanlış davranmasından ötürü birçok insanın sahip olduğu ayrıcalıklardan mahrum bırakılması haksızlık olur. Yalanların büyük çoğunluğunun zararsız ve masum olduğu gerekçesiyle yalan söyleme eyleminin cezalandırılmasına karşı olanlar bu ilkeyi kullanarak cezaî yaptırıma karşı çıkabilirler. Bu makalede bütün yalanların cezalandırılması gerektiği savunulmuş olsaydı, bu argüman da o zaman etkili bir karşı sav olarak kabul edilebilirdi. Nitekim bu çalışmada farklı yalan türleri arasında kesin bir sınır çekilmiş olup, yalnızca *en ağır* zararı

¹⁹⁵ a.e.

¹⁹⁶ a.e.

¹⁹⁷ a.e. s. 193.

¹⁹⁸ a.e. s. 194.

doğuran yalanların cezaî yaptırıma tâbi olması gerektiği ileri sürülmektedir. Alkol tüketimi insanların büyük çoğunluğu için bir miktar toplumsal değer taşıdığı halde, başkasına ciddî şekilde zarar vermek amacıyla yalan söyleme eyleminin zevk verdiği kabul edilecek olsa bile, bu eylemin söz konusu “zevk”ten yoksun bırakılmadan daha ağır basacak cinsten meşru ve mazur görülebilir bir zevk içerdiği çok net bir şekilde söylenemez. Çatışan menfaatlerin göreceli önemini kıyaslayacak olursak, A’nın yalan söyleme konusundaki menfaatinin B’nin yalana karşı korunması menfaatinden daha büyük olduğu yönündeki bir gerekçeyi haklı kabul etmek zor olacaktır¹⁹⁹. Bu makalenin genel eğiliminin ve bazı şartlar altında yalan söyleme eyleminin suç olarak öngörülmesi fikrinin genel olarak zarar prensibi ve özel olarak ise *Feinberg*’in yön veren ilkeleri ile tutarlılık içinde olduğu açıktır.

Morrison ve *Feinberg*, pek fena yalan söyleme suçunu yapılandırmak için kapsamlı teorik rehberlik sunmaktadırlar. *Morrison*’un yalanlar sınıflandırması, cezaî yaptırımları tetikleyebilecek yalan türlerini tanımlamaktadır - başka bir kişiye veya varlığa zarar veren yalanlar. *Feinberg*’in yön veren ilkeleri ise, zararın derecesini, olasılığını ve bu zararın toplam maliyet-fayda ilişkisini göz önünde bulundurmayı gerektiren aşamaları tam olarak tespit ederek bu kategorileri daha da belirginleştirir. Bu sistematik, suçun kapsamını sonucu itibarıyla spesifik bir zarar seviyesine indirgenmiş belli bir davranış tipi olarak daraltmamıza da olanak tanır.

F. CEZA HUKUKU VEYA HAKSIZ FİİL? DAHA İYİ ÇÖZÜMÜ HANGİSİ SUNABİLİR?

Son olarak ele almamız gereken konu aslında meseleye ilişkin olarak merak edilen en genel sorundur: bireyleri cezbeden pek fena yalan söyleme eyleminden men etmek için en uygun alan ceza hukuku mudur? Bunu gerçekleştirmek için sert yaptırımlı ceza hukukundan daha az müdahaleci yollar var mıdır? Hukuk sisteminin şu anda aynı amaca ulaşmak - ağır maliyetli yaptırımlar uygulayarak insanların başkalarına zarar vermesini engellemek- için tasarlanmış iki ayrı kural dizisi kullandığını belirtmek gerekir. Nitekim bu amaca ulaşmak için hem medeni hukuk hem de ceza hukukumuz vardır. Medeni hukuktaki cezalandırıcı unsur, özellikle kötücül bir davranış için cezaî nitelikte tazminat uygulamasında belirgin

¹⁹⁹ Birinci kategorideki yalanın haklı kabul edilebilmesinin olası bir yolu, yalanın arkasında yatan motivasyonun tamamen başka birine zarar vermek değil de, bunun aynı zamanda üçüncü bir şahsın zarar görmesini önleme motivasyonu ile birleşmesidir. Farklı motivasyonların birleşiminin yalan kategorisini ciddiyet ve haklılık bakımından nasıl değiştirebileceğini tartışmak bu makalenin kapsamı dışındadır; ancak bu göz ardı edilemeyecek bir husustur.

seviyededir ve burada kast, ağır ihmâl veya başkalarının haklarını bilinçli olarak ihmâl etme şeklindeki kusur tipleri araştırılır. Ceza yasasının genişletilmesinden ziyade sınırlandırılmasını savunan yazarlardan bazıları, yukarıda ifade edildiği gibi, ceza hukukunun bazı kötücül davranışlara müdahale etmek için doğru alan olmadığını iddia edebilirler²⁰⁰. Bunun altında yatan gerekçe, ceza hukukunun aşamalı olarak genişlemesinin cezaya ihtiyaç duymayan ya da cezayı hak etmeyen davranışların kaçınılmaz olarak süreceği endişesidir.

Bu görüşün isabetli tarafları olduğunu belirtmek gerekir. Ancak aynı zamanda, medeni hukukun “teciyeden uzak” haksız fiil hükümlerinin insanların yaptığı yanlışları yeterli oranda telafi etmeye yetmemesi gerçek bir tehlike olarak ortada durmaktadır. Bu makalede tasavvur edilen suçun sadece ceza hukuku ve medeni hukuk sistemi tarafından ele alınmasının üç tane gerekçesi vardır: ceza hukuku, medeni yasaların ihtiva etmediği gerçek yaptırımı sağlar; utanç ve damgalama cezaî yaptırıma eşlik eder; adli kovuşturma, mağdurun cezalandırma talebinden bağımsız olarak işler.

Robert Cooter’in klasik çalışmalarında açıkladığı gibi, medeni hukuk “değerleme” yaparken ceza hukuku “müeyyidelendirme” yapar²⁰¹. Ceza kanunu, belirli türden davranışların tamamen sona ermesini sağlamak için tasarlanmışken, medeni kanun bu davranışın sonucunu değerlemekle daha fazla ilgilidir; medeni kanun insanları belli bir işleştikten tamamen alıkoymak arzusunda değildir- sadece pervasız ve tehlikeli bir işleştire son vermek amacındadır²⁰². Ceza hukukunun, medeni hukukun sahip olmadığı ayıplama ve kınama yönünde ahlâkî bir etki yaratma gücü vardır. Ceza Hukuku toplumsal faydadan yoksun olan davranışı yasakladığı mesajını etkin bir şekilde verir. Dahası, ceza hukuku cezaları medeni hukuktaki tazminata göre daha ciddi dağıtmaktadır. Bartley’nin amacının rencide etmek ve ciddi zarar vermek olduğunu varsayalım: mağdur Bartley’i haksız fiil hükümlerine göre dava edebilir, ancak nihaî hedefe ulaşırsa ve fail de tazminat ödemeye yaklaşmazsa, o zaman mağdur medeni kanun yaptırımlarından büyük ölçüde etkilenmeyecektir. Bartley olağanüstü zengin olsaydı, söz konusu tazminat kararı çok az da olsa caydırıcı bir etki sağlayacaktı - bu sadece başka bir kişiye psikolojik olarak işkence yapmasının ya da hayatlarını mahvetmesinin “çok eğlenceli” tarafının bir bedeli olabilir.

²⁰⁰ Bkz: Coffee, *yuk.* dipnot 139, s. 1875.

²⁰¹ a.e. s. 1876.

²⁰² a.e.

Suç aynı zamanda ahlâkî bir hata olarak görülür ve hiç şüphesiz fail ceza hukuku vasıtasıyla utancın ve damgalanmanın ağırlığını taşır; bu da haksız fiil hükümlerinin sağlayamadığı bir sonuçtur²⁰³. Sonuçta, bir kişiyi haksız fiil faili olarak ilan etmektense suçlu olarak damgalamak onun karakterine yapılacak en ağır saldırdır. Utanç ve damgalanma olgularının medeni hukukta bulunmayan nitelikte caydırıcı bir etkisi vardır. Buna ek olarak, mağdurların çoğu zaman faillerin peşine düşmek ve onları dava etmek için yeterli kaynakları bulunmayabilir; aynı şekilde fail de yargılanamaz durumda olabilir (örneğin davalı iflas etmiş olabilir), tüm bunlar mağduru somut olayı hukuk mahkemesine taşımada yeterli düzeyde teşvik etmekten uzaklaştırır. Devletin kovuşturmayı kendiliğinden başlattığı ceza hukuku sistemi uyarınca mağdurlar, yargılama masrafları, davalının maddî durumu ve yargılama sürecine ait genel “risk”ler ile ilgilenmek zorunda kalmadıkları için, yukarıda bahsettiğimiz sorunlar büyük oranda geçerliliğini kaybetmiş olur.

İfade etmek gerekir ki; tüm bu gerekçelerden amaçlanan hedefin aslında caydırıcılık olduğu sonuçsalıcı bir yaklaşımın gerektirdiğinden daha fazlası değildir. Başka birini ağır zarara uğratma kapasitesine sahip davranışlar bakımından yalnızca medeni kanun yaptırımları ile yetinilmemesi elzemdir. Bir davranışın haksız fiil hükümlerine maruz kalması gayet yerinde ve isabetlidir; ancak bununla birlikte aynı davranışın ceza hukukunda da olması gereken tepkiyle karşılaşması gerekmektedir. Çünkü bu tür davranışların ancak ceza hukuku vasıtasıyla uygun şekilde cezalandırılması ve etkili bir cezaya layık görülmesi mümkündür.

IV. SONUÇ

Bazı yazarlar mevcut ceza kanunu tasarısı sürecinde kanunun kapsamının daraltılması, aşırı suçlamadan kaçınılması ve toplumsal olarak mazur görülebilir davranışlar için cezaların azaltılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu makalenin temelini oluşturan etik değerler bu yazarların hevesini kırsa da, çalışma bir bütün olarak, -yalan söyleme eyleminin hangi şartlar altında suç sayılması gerektiğini, birinin zarardan korunmaya olan menfaatinin neden diğerinin yalan söyleme özgürlüğüne ağır bastığını ve zarar prensibinin bir kişiyi diğerine karşı korumakta *nasıl* haklı bir gerekçe oluşturduğunu idrak etmek isteyen- yazarları hayâl kırıklığına uğratmamalıdır. Çatışan menfaatlerin göreceli önemini tartmak ve tarafları etkileyebilecek yıkıcı ve yapıcı uygulamaların derecesini açıkça ortaya koyabilecek objektif bir yöntem bulunmasa bile, Feinberg’in gerekçelerine açıkça

²⁰³ Bkz. Kenneth W. Simons, The Crime/Tort Distinction: Legal Doctrine and Normative Perspectives, 17 WIDENER L.J. 719, 729 (2008).

işlevsellik kazandıran sonuçsalci yaklaşım yalan söyleme eyleminin en fena biçimlerinin cezalandırılmasını yalnızca haklı göstermekle kalmaz, aynı zamanda bunu talep eder. Ceza hukukunun işlevi bireyleri belli davranış biçimlerinden caydırmak suretiyle zararı önlemek ise, o zaman yasalarımız bazı ağır zararların konu edildiği davalar bakımından yalan söyleme eylemini cezaî yaptırıma tâbi tutma konusunda ihmalkâr davranmayacaktır.

Yalan söyleme eylemine eşlik eden birçok somut yarar bulunsa ve davranışın bütünüyle yasaklanması olası tüm sosyal etkileşimlere büyük oranda zarar verse bile, yalan söylemeye iten çeşitli motivasyonlar arasında belirgin ayrımlar söz konusudur ve hatta daha da önemlisi yalanın sebep olduğu zararların derecelerinin birbirinden farklı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Yalpazenin en uç noktasında, mağdurun uğradığı zararın konu edildiği problemlerli davalar hukukun yasaklayıcı gücünü mazur gösterecek kadar ciddî boyuttadır. Özel şartlarıyla yalan söyleme eyleminin suç olarak düzenlenmesi herhangi bir yasa koyucu için meşakkatli bir mesele olacaktır; ancak bu suçun ortaya çıkabileceği sınırlı koşullar altında, özellikle de başkasının taciz edilmeme noktasındaki menfaatinin çok daha büyük ve tartışmasız hayatî önem taşıdığı durumlarda, sanığın dilediğini söyleme noktasında aktif bir menfaat talep edememesi gerekir.