

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

MÜSTEHCENLİK SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

HALİL CİHAN YÜZÜGÜLLÜ

ANKARA - 2019

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

MÜSTEHCENLİK SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

HALİL CİHAN YÜZÜGÜLLÜ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. MUHARREM ÖZEN

ANKARA - 2019

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

HALİL CİHAN YÜZÜGÜLLÜ

MÜSTEHCENLİK SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. MUHARREM ÖZEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

.....

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

.....

Doç. Dr. Erdal YERDELEN

.....

Tez Sınavı Tarihi: 25.12.2019

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (...../...../2.....)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR.....	XVI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL ÖZGÜRLÜK VE TOPLUMSAL AHLAK, MÜSTEHCENLİK KAVRAMININ KAPSAMI, SINIRLARI VE CEZAİ BOYUTU, BİLİMSEL VE SANATSAL ESERLER YÖNÜNDE MÜSTEHCENLİK

I. BİREYSEL ÖZGÜRLÜK VE TOPLUMSAL AHLAK.....	7
A. TOPLUMSAL DÜZENİN KURULMASI SÜRECİ.....	7
1. Genel Olarak.....	7
2. Bireysel Özgürlük ve Demokrasi.....	9
3. Bireysel Özgürlüklerin Konusu ve Mahiyeti.....	10
B. HUKUK, CEZA HUKUKU VE BİREYSEL ÖZGÜRLÜK.....	11
1. Genel Olarak.....	11
2. Felsefe Biliminin Ceza Hukukuna Katkısı.....	13
3. Kriminoloji Biliminin Ceza Hukukuna Katkısı.....	13
4. Tarih Biliminin Ceza Hukukuna Katkısı.....	15
C. ETİK, AHLAK VE HUKUK.....	15
1. Genel Olarak.....	15
2. Etik Ahlak İlişkisi.....	16

3. Hukuk Ahlak İlişkisi.....	18
D. HUKUK NÖRMLARININ AHLAKA UYGUNLUĞU VE AYKIRILIĞI SORUNU.....	20
E. TOPLUMSAL AHLAK KURALLARININ CEZAİ YAPTIRIMA BAĞLANMASI	
MESELESİ.....	22
1. Genel Olarak.....	22
2. Ceza Hukuku Anlayışları.....	23
a. Baskıcı Ceza Hukuku.....	23
b. Ayrıcalıkçı Ceza Hukuku.....	24
c. Özgürlükçü Ceza Hukuku.....	24
3. Toplumsal Ahlaka Karşı İşlenen Suçların Depenalizasyonu Meselesi.....	26
II. MÜSTEHCENLİK KAVRAMININ KAPSAMI, SINIRLARI VE DİĞER BENZER	
KAVRAMLARLA İLİŐKİŐİ.....	28
A. GENEL OLARAK.....	28
1. Müstehcenlik Kelimesinin Kökeni ve Anlamı.....	28
2. Müstehcenlik ve Cinsellik.....	29
3. Müstehcenlik ve Erotik.....	31
4. Müstehcenlik ve Pornografi.....	32
B. SERT PORNOGRAĞI KAVRAMININ KAPSAMI VE SINIRLARI.....	34
1. Parafili Kavramı.....	34
2. Anormal Pornografi ve Parafili.....	37
a. Genel Olarak.....	37
b. Cinsel Sadizm ve Cinsel Mazoşizm.....	38
c. Zoofili.....	38
d. Nekrofilii.....	39
3. Çocuk Pornografisi ve Parafili.....	40

C. KANUN, DOKTRİN VE UYGULAMADA MÜSTEHCENLİK KAVRAMI.....	43
1. Genel Olarak.....	43
2. Müstehcenlik Kavramının Kanunlardaki Görünümü.....	44
3. Doktrinde Müstehcenlik Kavramı.....	46
4. Uygulamada Müstehcenlik Kavramı.....	49
III. MÜSTEHCENLİĞİN CEZALANDIRILMASI MESELESİ.....	53
A. MÜSTEHCENLİĞİN YASAKLANMASININ NEDENLERİ.....	53
1. Genel Olarak.....	53
2. Tarihte Cinselliğe İlişkin Suçlar.....	55
3. Felsefi Açıdan Cinselliğe İlişkin Suçlar.....	57
B. BASİT MÜSTEHCENLİĞE SERBESTİ TANINMASI.....	59
C. ULUSLARARASI HUKUKTA MÜSTEHCENLİK SUÇU.....	60
D. TÜRK HUKUKUNDA MÜSTEHCENLİK SUÇU.....	64
IV. BİLİMSEL VE SANATSAL ESERLER YÖNÜNDEN MÜSTEHCENLİK.....	65
A. BİREY, TOPLUM VE DEVLET AÇISINDAN BİLİMİN ÖNEMİ.....	65
B. BİREY, TOPLUM VE DEVLET AÇISINDAN SANATIN ÖNEMİ.....	69
C. BİLİM VE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜNÜN MAHİYETİ VE ÖNEMİ.....	73
D. MÜSTEHCENLİK SUÇLARINDA BİLİMSEL VE SANATSAL ESERLERE ÖZGÜ HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	77
1. Genel Olarak.....	77
2. TCK m. 226/7’de Düzenlenen Bilimsel Eserlere Özgü Hukuka Uygunluk Nedeni.....	79
3. TCK m. 226/7’de Düzenlenen Sanatsal Eserlere Özgü Hukuka Uygunluk Nedeni.....	80

İKİNCİ BÖLÜM

BASİT MÜSTEHCENLİK SUÇLARI

I. KİŞİLERİ BASİT MÜSTEHCEN ÜRÜNLERE MARUZ BIRAKMA VE BU ÜRÜNLERİ YAYMA SUÇLARI.....	85
A. GENEL OLARAK.....	85
B. HUKUKİ KONU.....	86
C. MAĞDUR.....	90
D. MADDİ KONU.....	93
E. FAİL.....	97
F. SUÇUN UNSURLARI.....	101
1. Fiil.....	101
a. Genel Olarak.....	101
b. Çocuğa Müstehcen Ürünleri Vermek, İçeriğini Göstermek, Okumak, Okutmak veya Dinletmek.....	102
i. Genel Olarak.....	102
ii. İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar.....	103
c. Müstehcen Ürünlerin İçeriklerini Çocukların Girebileceği veya Görebileceği Yerlerde ya da Alenen Göstermek, Görülebilecek Şekilde Sergilemek, Okumak, Okutmak, Söylemek, Söyletmek.....	109
i. Çocukların Girebileceği veya Görebileceği Yerler.....	109
aa. Eğlence Yerleri.....	110
bb. Sinemalar.....	111
cc. Tiyatrolar.....	112
dd. İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar.....	113
ii. Aleni Sayılan Yerler.....	114
aa. Gerçek (Sanal Olmayan) Ortamda Aleniyet.....	114

bb. İnternet (Sanal) Ortamda Aleniyet.....	116
d. Müstehcen Ürünleri İçeriğine Vakıf Olunabilecek Şeklide Satışa veya Kiraya Arz Etmek.....	120
i. Basılmış Eserlerin Satışı.....	122
ii. İnternet Üzerinden Satış.....	123
e. Müstehcen Ürünleri Satışına Mahsus Yerlerin Dışında Satmak, Satışa Arz Etmek veya Kiraya Vermek.....	124
f. Müstehcen Ürünleri Sair Mal veya Hizmet Satışları Yanında Bedelsiz Olarak Vermek veya Dağıtmak.....	127
g. Müstehcen Ürünlerin Reklamını Yapmak.....	128
2. Hukuka Aykırılık.....	130
3. Kusurluluk.....	136
G. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	142
1. Teşebbüs.....	142
2. İştirak.....	144
3. İçtima.....	145
a. Genel Olarak.....	145
i. Hareket Sayısı ve Fiil Sayısı İlişkisi.....	145
ii. Fiil Sayısı ve Suç Sayısı İlişkisi.....	146
b. Fikri İçtima.....	148
c. Zincirleme Suç.....	151
H. MUHAKEME.....	153
1. Genel Olarak.....	153
2. Zamanaşımı, Görev ve Yetki.....	153
3. Koruma Tedbirleri.....	154
4. Bilirkişiye Başvurulması.....	155
İ. YAPTIRIM.....	156

1. Cezalar.....	156
2. Güvenlik Tedbirleri.....	158
a. Müsadere.....	158
b. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Kararı Verilmesi.....	160

II. BASİT MÜSTEHCEN ÜRÜNLERİ BASIN VE YAYIN YOLUYLA YAYMA

SUÇU.....	162
A. GENEL OLARAK.....	162
B. HUKUKİ KONU VE MAĞDUR.....	164
C. MADDİ KONU.....	165
D. FAİL.....	165
1. Genel Olarak.....	165
2. Basılmış Eserler Yönünden Fail.....	166
3. Radyo ve Televizyon Yayınları Yönünden Fail.....	168
a. TRT Yayınları Yönünden Fail.....	168
b. Özel Radyo ve Televizyon Yayınları Yönünden Fail.....	168
c. İnternet Üzerinden Yapılan Radyo ve Televizyon Yayınları Yönünden Fail.....	169
4. İnternet Üzerinden Yapılan Yayınlar Yönünden Fail.....	170
E. SUÇUN UNSURLARI.....	170
1. Fiil.....	170
a. Genel Olarak.....	170
b. Müstehcen Basılmış Eseri Yayınlamak.....	173
i. Basılmış Eserin Koşulları.....	173
aa. Objektif Koşullar.....	173
bb. Subjektif Koşul.....	174
ii. Basılmış Eserin Türleri.....	175

iii. Basılmış Eserin Yayınlanması.....	176
iv. Değerlendirme.....	178
c. Radyo ve Televizyon Yoluyla Müstehcen Ürün Yayınlamak.....	179
d. İnternet Üzerinden Müstehcen Ürün Yayınlamak.....	179
2. Hukuka Aykırılık.....	181
3. Kusurluluk.....	183
F. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BIÇIMLERİ.....	187
1. Teşebbüs.....	187
2. İştirak.....	187
3. İçtima.....	189
G. MUHAKEME.....	190
1. Zamanaşımı, Görev ve Yetki.....	190
2. Erişimin Engellenmesi Koruma Tedbiri.....	191
H. YAPTIRIM.....	194
1. Cezalar.....	194
2. Güvenlik Tedbirleri.....	194

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERT MÜSTEHCENLİK SUÇLARI

I. ÇOCUK PORNOGRAFİSİ ÜRETME SUÇU.....	195
A. GENEL OLARAK.....	195
B. HUKUKİ KONU.....	197
C. MAĞDUR.....	198
D. MADDİ KONU.....	198

E. FAİL.....	199
F. SUÇUN UNSURLARI.....	199
1. Fiil.....	199
a. Genel Olarak.....	199
b. Gerçek Çocuk Kullanarak Çocuk Pornografisi Üretmek.....	201
c. Temsili Çocuk Görüntüleri veya Çocuk Gibi Görünen Kişileri Kullanarak Çocuk Pornografisi Üretmek.....	205
2. Hukuka Aykırılık.....	208
3. Kusurluluk.....	209
G. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	210
1. Teşebbüs.....	210
2. İştirak.....	210
3. İçtima.....	211
H. MUHAKEME.....	211
İ. YAPTIRIM.....	212
1. Cezalar.....	212
2. Güvenlik Tedbirleri.....	213
II. ÇOCUK PORNOGRAFİSİ BULUNDURMA VE YAYMA SUÇLARI.....	215
A. GENEL OLARAK.....	215
B. HUKUKİ KONU.....	216
C. MAĞDUR, MADDİ KONU VE FAİL.....	216
D. SUÇUN UNSURLARI.....	217
1. Fiil.....	217
a. Genel Olarak.....	217
b. Çocuk Pornografisi Bulundurmak.....	218
c. Çocuk Pornografisi Yaymak.....	220

2. Hukuka Aykırılık.....	225
3. Kusurluluk.....	225
E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	227
1. Teşebbüs.....	227
2. İştirak.....	229
3. İçtima.....	229
F. MUHAKEME.....	231
1. Genel Olarak.....	231
2. Elektronik Delillerin Toplanması, Değerlendirilmesi ve Uluslararası Yardımlaşma.....	232
G. YAPTIRIM.....	240
III. ANORMAL PORNOGRAFİ ÜRETME VE YAYMA SUÇLARI.....	242
A. GENEL OLARAK.....	242
B. HUKUKİ KONU, MAĞDUR VE FAİL.....	243
C. MADDİ KONU.....	244
1. Genel Olarak.....	244
2. Şiddet Kullanılarak Yapılan Cinsel Davranışları Konu Alan Ürünler.....	245
3. Hayvanlarla Yapılan Cinsel Davranışları Konu Alan Ürünler.....	247
4. Ölmüş İnsan Bedeni Üzerinde Yapılan Cinsel Davranışları Konu Alan Ürünler.....	248
5. Doğal Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranışları Konu Alan Ürünler.....	249
D. SUÇUN UNSURLARI.....	254
1. Fiil.....	254
a. Genel Olarak.....	254
b. Anormal Pornografi Üretmek.....	254
c. Anormal Pornografi Bulundurmak.....	255
d. Anormal Pornografi Yaymak.....	257

2. Hukuka Aykırılık.....	257
3. Kusurluluk.....	258
E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	259
1. Teşebbüs.....	259
2. İştirak.....	259
3. İçtima.....	259
F. MUHAKEME.....	263
G. YAPTIRIM.....	263
IV. ÇOCUKLARI SERT MÜSTEHCEN ÜRÜNLERE MARUZ BIRAKMA SUÇU.....	265
A. GENEL OLARAK.....	265
B. HUKUKİ KONU, MAĞDUR, MADDİ KONU VE FAİL.....	265
C. SUÇUN UNSURLARI.....	266
1. Fiil.....	266
2. Hukuka Aykırılık.....	270
3. Kusurluluk.....	271
D. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	271
1. Teşebbüs.....	271
2. İştirak.....	272
3. İçtima.....	272
E. MUHAKEME.....	273
F. YAPTIRIM.....	274
V. SERT MÜSTEHCEN ÜRÜNLERİ BASIN VE YAYIN YOLUYLA YAYMA SUÇU.....	275
A. GENEL OLARAK.....	275
B. HUKUKİ KONU.....	278
C. MAĞDUR, MADDİ KONU VE FAİL.....	279

D. SUÇUN UNSURLARI.....	279
1. Fiil.....	279
2. Hukuka Aykırılık.....	280
3. Kusurluluk.....	280
E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	281
F. MUHAKEME.....	281
1. Zamanaşımı, Görev ve Koruma Tedbirleri.....	281
2. Yetki.....	281
a. Genel Olarak.....	281
b. TCK m. 8 Uyarınca Yargı Yetkisinin Belirlenmesi.....	282
i. Basılmış Eserlerle İşlenen Suçlar Yönünden.....	282
ii. Radyo ve Televizyon Yayınlarıyla İşlenen Suçlar Yönünden.....	283
iii. İnternet Üzerinden İşlenen Suçlar Yönünden.....	283
c. TCK m. 11 ve m.12 Uyarınca Yargı Yetkisinin Belirlenmesi.....	284
i. Faile Göre Şahsilik İlkesi.....	285
ii. Devleti Koruma İlkesi.....	287
iii. Mağdura Göre Şahsilik İlkesi.....	288
iv. İkame Yargı Yetkisi.....	289
d. TCK m. 13 Uyarınca Yargı Yetkisinin Belirlenmesi.....	290
G. YAPTIRIM.....	291
SONUÇ.....	292
KAYNAKÇA.....	299
ÖZET.....	321
SUMMARY.....	322

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
Al. CK.	: Alman Ceza Kanunu
APA	: Amerikan Psikiyatri Derneği
AÜEBFD	: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİAD	: Ankara Üniversitesi İletişim Araştırmaları Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Bası / basım
Bkz.	: Bakınız
Bl.	: Bölüm
B.M.	: Birleşmiş Milletler
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
CD.	: Yargıtay Ceza Dairesi
CK.	: Ceza Kanunu
CGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DSM	: Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatiksel El Kitabı
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.	: Esas
Ed.	: Editör / Yayına hazırlayan
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	: Erişim Tarihi
FAHD	: Fasikül Aylık Hukuk Dergisi
GHD	: Güncel Hukuk Dergisi
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
INHOPE	: Uluslararası İnternet Acil Durum Hattı Organizasyonu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İCK	: İtalyan Ceza Kanunu
in.	: İçinde
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İSS	: İnternet Servis Sağlayıcı
İTKSHY	: İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik
İTÜ	: İstanbul Teknik Üniversitesi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	: Karar
K.T.	: Karar tarihi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MÖ	: Milattan Önce
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

No.	: Numara
prg.	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SOİSS	: Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Söz- leşmesi
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDG.	: Alman Haberleşme Hizmetleri Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDK.	: Alman İletişim Kanunu
TRT	: Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Zamandan zamana, toplumdaki topluma, bireyden bireye oldukça değişken ve dinamik bir kavram olan müstehcenliğin, kesin ve açık bir şekilde tanımının yapılması mümkün değildir. Öte yandan, barındırdığı öznel değer yargıları haricinde müstehcenliğin, statik tek unsuru “*cinsellik*”tir. Bu bağlamda, cinselliğin tarihi ne kadar eski ise, müstehcenliğin tarihi de o kadar eskidir. Müstehcenliğin, kendisine öznel niteliği kazandıran; “*saygısızlık*”, “*özensizlik*” ve “*toplumun kabulüne aykırılık*” olmak üzere, seçimlik üç unsuru olduğu söylenebilir. Bu seçimlik unsurların üçü de, ahlâk kavramıyla ilişkilidir. Ahlak kavramı, “*toplumda kısmen doğal bir biçimde oluşmuş, kısmen uzlaşım ile belirlenmiş; gelenek yoluyla aktarılan kurallardan oluşan; ilgili toplumda düzeni tesis eden bir yapı*”¹ olarak tanımlanmaktadır. Buna göre müstehcenlik, toplumun cinsellik hakkında kabul ettiği “*ahlak*” kurallarına aykırılık, teşkil eder.

Bireylerin veya toplumun çoğunluğunun benimsediği, cinselliğe ilişkin “*ahlak*” kurallarına, yalnızca belirli kimselere karşı sergilenen hareketlerle değil, birtakım araçlar kullanılarak zarar verilebileceği hususunun, zamanla anlaşıldığı veya tecrübe edildiği belirtilmektedir.² Bunun neticesinde kanun koyucular, toplumsal ahlaki bozacak nitelikteki cinsellik içeren ürünlerin yayılmasını engellemek amacıyla, müstehcenliği suç olarak düzenleme yoluna gitmişlerdir.

Ahlak kavramının da, müstehcenlik kavramına benzer şekilde, oldukça

¹ Ahmet **CEVİZCİ**, Etik – Ahlak Felsefesi, B. 3, İstanbul 2018, s. 13. Ahlak kuralları, insanları hem ruhsal yönden etkiler hem de onların dış dünyaya yansıyan eylemlerinin düzenlenmesinde rol oynar. Bkz. Adnan **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, B. 13, Ankara 2018, s. 13. (**Felsefe**)

² Sulhi **DÖNMEZER**, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, B. 4, İstanbul 1975, s. 185. (**Özel**)

dinamik ve öznel bir kavram olmasından dolayı, müstehcenlik suçuyla; belirsiz bir kavramla, diğer bir belirsiz kavramın korunmaya çalışıldığı söylenebilir. Şüphesiz ki bu durum, çağdaş ceza hukukuna hakim olan temel ilkelerden, “kanunilik” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak toplumsal ahlakın müstehcenlik suçuyla korunmaması gerektiği söylenemez.³ Zira ahlak, insana kimlik bilinci verir; onun, kendine ve topluma yabancılaşma çekmesini önleyerek sosyal bir varlık yönünden oldukça önemli olan aidiyet duygusu hissetmesini sağlar.⁴ Bu yönüyle ahlak, toplum düzeni ve bireylerin mutluluğu açısından önemlilik arz eder. Nitekim toplumun çoğunluğunca, cinsellik açısından kabul edilen beşeri ilkelere aykırı davranışların yaygınlaşması sonucu, toplum düzeninin birleştirici ve bütünleştirici unsurlarının zarar göreceği ve bunun sonucunda toplum düzeninin yıkılacağı kabul edilmektedir.⁵

Müstehcenlik suçunun tarihi gelişimi göz önüne alındığında kanun koyucuların, suçun düzenlendiği ilk zamanlardaki katı anlayışı terk ettiği ve günümüzde müstehcen ürünlere karşı tolerans gösterdiği gözlemlenmektedir. Gerçekten ceza hukuku anlayışının tarihsel süreçteki değişimleri bu durumu ortaya koymaktadır. Modern ceza hukuku anlayışı, temel amacı güvence işlevi olan ceza hukukunun ayrıca, toplumu ve bireyleri geliştirici işlevi olduğunu kabul etmektedir.⁶ Günümüzde hukuk biliminin çözmeye çalıştığı esas sorun, “ortaklaşa yaşayan insanların hayatının

³ Bir görüşe göre, öznel ve dinamik kavramları hukuk normlarında düzenlemek oldukça zor olduğundan, bu doğrultuda yapılacak bir düzenlemenin ne kadar doğru olacağı konusunda şüpheyle hareket etmek gerekmektedir. “Genel ahlak kuralı yolda yürüyen vatandaş ne kadar ilgilendirir?”, bkz. Duygun **YARSUVAT**, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 663. (**Cinsel**)

⁴ **CEVİZCİ**, s. 19-21.

⁵ **DÖNMEZER**, Özel, s. 195.

⁶ Zeki **HAFIZOĞULLARI** – Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Ankara 2015, s. 3. (**Genel**)

en iyi organizasyonunun” nasıl kurulması gerektiğidir.⁷ Kendisine “*güvence*” ve “*geliştirme*” ödevleri yüklenen ceza hukuku bilimi, bu sorunun çözümünde en büyük paya sahip hukuk bilimidir. Liberalleşmesi sağlanmak suretiyle modern ceza hukuku, özgürlükleri kısıtlayan değil bunları temin eden bir araç vazifesi görmektedir.⁸ Zira ceza normlarının içerdiği her emir ve yasak, aynı zamanda bir müsaade mahiyetinde olduğundan,⁹ bireysel özgürlükler ile suç olgusu arasında oldukça yakın bir ilişki söz konusudur. Bireyin en temel özgürlüğünün, yeteneklerini serbestçe geliştirebilme özgürlüğü olduğu; bunun yanında bireyin yeteneklerini geliştirmesinin, bulunduğu toplumun ve devletin gelişmesi yönünden de hayati öneme sahip olduğu,¹⁰ hususları göz önüne alınarak; gerek çağdaş ceza kanunlarında gerekse Türk Ceza Kanunu’nda bilimsel ve sanatsal eserler yönünden, müstehcenlik suçlarına özgü hukuka uygunluk nedenlerinin düzenlendiği görülmektedir. Bu çerçevede konularına göre de tasnife gidilerek bazı müstehcen ürünlere belirli şartlar altında serbesti tanınmaktadır.

Korunan hukuki değer ve menfaatlere karşılık gelen dünya genelindeki düzenlemeler aksine, Türk Ceza Kanunu m. 226’da “*müstehcenlik*” başlığı altında, müstehcenliğe ilişkin birçok suç, tek bir maddede düzenlenmiştir. Müstehcenlik kavramı, erotik ve pornografi kavramlarını kapsamaktadır. Pornografi konusu bakımından, “*basit pornografi*” ve “*sert pornografi*” olmak üzere iki gruba ayrılır. Sert pornografileri de, çocuk pornografisi ve anormal pornografi olarak tasnif etmek gerekir. Zira çocuk pornografisi suçlarının hukuki konusu, müstehcenliğe ilişkin diğer

⁷ Zeki **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu / Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, B. 2, Ankara 1996, s. 48. (**Ceza Normu**)

⁸ Nevzat **TOROSLU**, Nasıl Bir Ceza Kanunu, B. 1, Ankara 1987, s. 4. (**Nasıl Ceza**)

⁹ **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, s. 300.

¹⁰ Mustafa Kemal **ATATÜRK**, Medeni Bilgiler, B. 10, İstanbul 2018, s. 391-397. (**Medeni**)

suçların hukuki konularına oranla çok daha büyük öneme sahiptir. Çalışmamızda kanunumuzdaki düzenlenme şeklini de göz önüne alarak, basit pornografik ve erotik ürünleri, “*basit müstehcen*”; sert pornografik ürünleri ise “*sert müstehcen*” olarak ifade etmekteyiz. Zira Ceza Kanunumuz, yetişkinlerin basit müstehcen ürünlere belirli şartlar altında ulaşabilmesine müsaade ederken, çağdaş ceza kanunlarında olduğu gibi sert müstehcen ürünlere ilişkin tasarrufların hemen hemen tümünü mutlak şekilde yasaklamıştır.

Müstehcenlik suçu ancak, bir ürün üzerinde birtakım tasarruflar gerçekleştirilerek işlenebileceğinden, suçun tarihi süreci esasen, matbaanın bulunması ve yaygınlaşmasıyla başlamıştır.¹¹ Günümüzde ise İnternet ve teknolojinin, ulaştığı seviye ve insan hayatına entegrasyonundan dolayı, suçun, İnternet üzerinden işlenmediği oldukça nadir şekilde görülmektedir. Zira İnternet ortamı, suçluların tespitini ve takibini oldukça zorlaştırması nedeniyle “*Vahşi Batı*”ya benzetilmektedir.¹² Dolayısıyla müstehcen ürünlerin el değiştirmesinden ziyade, İnternet üzerinden paylaşılması, bu suçu işleyenler tarafından tercih edilmektedir. Bu itibarla müstehcenlik suçlarının İnternet üzerinden (basın ve yayın yoluyla) işlenmesi kanunlarda, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve devletler özellikle İnternet üzerinden işlenen çocuk pornografisi suçları yönünden, uluslararası iş birliğine gitmek zorunluluğunda kalmışlardır.

Çalışmanın birinci bölümü dört alt başlıktan oluşmakta olup; birinci alt başlıkta, bireysel özgürlükler ile toplumsal ahlak ilişkisinin tarihi süreçteki değişimleri

¹¹ M. Muhtar **ÇAĞLAYAN**, “*Müstehcen ve Hayasızca Neşriyat*”, in. AD., S. 4. Y. 46/1955, s. 377. (**Müstehcen**)

¹² Mücahid **ÖZBEK**, “*Avrupa Siber Suç Sözleşmesinin Türk Ceza Hukukuna Etkileri*”, in. GSI Articleter, S. 13, Y. 2015, s. 74. (**Siber**)

ve ahlak kurallarının ceza kanunlarına yansması genel hatlarıyla ortaya koyulmuştur. İkinci alt başlıkta, müstehcenlik kavramının kapsam ve sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. Üçüncü alt başlıkta ise, genel olarak müstehcenliğin yasaklanma nedenlerine değinilmiş ve ayrıca müstehcenlik suçunun gerek uluslararası antlaşmalarda gerekse Türk hukukundaki tarihi süreci aktarılmıştır. Dördüncü alt başlıkta, bilimsel ve sanatsal eserlere özgü hukuka uygunluk nedenlerinin önemi ve mahiyeti üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın ikinci bölümünde basit müstehcenlik suçları iki alt başlıkta ele alınacaktır. Birinci alt başlıkta kişileri basit müstehcen ürünlere maruz bırakma ve bu ürünleri yayma suçları, doktrindeki görüşler ışığında tüm yönleriyle ortaya konulmaya çalışılacaktır. İkinci alt başlıkta ise, basit müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayma suçu, basın ve yayın yoluna ilişkin mevzuat kapsamında tasnif edilerek incelenmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde sert müstehcenlik suçları beş alt başlık altında incelenecektir. İlk olarak çocuk pornografisi üretme suçu gerek Ceza Kanunumuz gerek karşılaştırmalı hukuk gerekse uluslararası antlaşmalar çerçevesinde mümkün olduğunca tüm yönleriyle incelenmeye çalışılacaktır. İkinci alt başlıkta, çocuk pornografisi bulundurma ve yayma suçunun incelenmesinin yanında; Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca elektronik delillerin toplanması ve değerlendirilmesinin yanında Türkiye'nin de tarafı olduğu Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nin adli iş birliğine dair düzenlemeleri ortaya konulmaya çalışılacaktır. Üçüncü alt başlıkta, anormal pornografi üretme ve yayma suçları incelenecek ve bu suçların düzenlenme şekline ilişkin sorunlar üzerinde durulacaktır. Dördüncü alt başlıkta, çocukları sert müstehcen ürünlere maruz bırakma suçu incelenecek ve suçun düzenleniş şeklinin özellikle suçların içtimai konusunda doğurduğu sorunlar çağdaş ceza

hukuku ilkeleri uyarınca çözülmeye çalışılacaktır. Son alt başlıkta ise, sert müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayma suçu üzerinde durulacak ve suçun İnternet üzerinden işlenmesi halinde yargı yetkisinin nasıl belirlenmesi gerektiği hususu ayrıntılı şekilde incelenecektir. Çalışma, üç bölümünden ulaşılan neticeler genel hatlarıyla değerlendirilerek tamamlanacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL ÖZGÜRLÜK VE TOPLUMSAL AHLAK, MÜSTEHCENLİK KAVRAMININ KAPSAMI, SINIRLARI VE CEZAI BOYUTU, BİLİMSEL VE SANATSAL ESERLER YÖNÜNDEN MÜSTEHCENLİK

I. BİREYSEL ÖZGÜRLÜK VE TOPLUMSAL AHLAK

A. TOPLUMSAL DÜZENİN KURULMASI SÜRECİ

1. Genel Olarak

Özgürlük en geniş anlamıyla insanın, düşündüğünü ve istediğini mutlak şekilde yapabilmesidir. İnsanoğlu bu anlamda hiçbir zaman özgürlüğe sahip olmamıştır ve olamaz. Zira insanoğlu tabiata bağımlı olup, tabiatın kendisi dahi mutlak olarak özgür değildir; kâinatın kanunlarına tabidir. İlk insanlar tabiatın her şeyinden; karanlıktan, vahşi hayvanlardan ve hatta birbirlerinden korkmuşlardır. Bu itibarla ilk duyu ve düşüncesi korku olan insanoğlunun, tüm istek ve düşüncelerini gerçekleştirilmeye yeltenmiş olması da düşünülemez.¹³

İlk insanların kaygısız ve tembel olmaları; anlama, algılama ve düşünme yeteneklerinin yetersizliği gibi hususların, onların daha kolay şekilde hataya düşmelerine neden olduğu belirtilmektedir. İnsanların çoğalmalarıyla birlikte, eksikliklerini duydukları şeyler artış göstermiştir. Bunun neticesinde insanoğlu, kendisi için

¹³ ATATÜRK, Medeni, s. 385, 386.

“gittikçe uğursuzluk kaynağı olan vahşi (toplum dışı) yaşamı” terk etmeye yönelmiştir.¹⁴ Zira insanlar, sürekli savaş içinde yaşamaktan bitap düşmüşler; hayatlarını korumadaki belirsizlik nedeniyle hiçbir anlam ifade etmeyen *“sözde özgürlükten”* bıkmışlardır. Bu doğrultuda insanlar, *“esenlik, güvenlik, dirlik ve düzenlilik uğruna hiç değilse özgürlüklerinin geri kalanından yararlanmak amacıyla onun bir parçasını gözden çıkarmışlardır.”*¹⁵ Bu zorunluluk, gününbirlik geçici sözleşmeleri yani yasaları ortaya çıkarmıştır.¹⁶ Yasalar, birbirlerinden ayrı ve bağımsız yaşayan insanların, topluluk halinde yaşamalarını düzenleyen şartları belirler.¹⁷ Bu şartlar *“ahlak ve siyasete (toplum ve hukuka)”* ilişkin olup üç kaynaktan doğarlar. Bunlar, *“tanrısal esin ve buyruk (vahiy); doğa yasası; insanlar arasında yapılan toplumsal sözleşmelerdir.”* Bunların her üçü de, ölümlü olan insanın yaşamını mutluluğa eriştirmek amacıyla birleşmektedirler.¹⁸ *“Tanrısal adalet ile doğal adalet özleri gereği değişmez ve apaçıktırlar. Çünkü aynı mahiyetteki konular arasındaki bağ her zaman aynıdır. Ancak beşeri veya siyasal adalet, sadece davranışla toplumun değişken durumları arasındaki ilişki olduğundan, bu davranış toplum için gerekli ya da yararlı olduğu ölçüde değişebilir. Davranışın özünde bulunan iyiliğe ya da kötülüğe göre haklılığın ya da haksızlığın sınırlarını belirleme yetkisi tanrıbilimcilere aittir. Beşeri haklılığı ya da haksızlığı, yani toplumun yararına ya da zararına olan ilişkileri saptamak ise politikacılara düşer.”*¹⁹ Buna göre, toplumun ahlaki düzeniyle *“asli bir ilişkisi”* bulunmayan beşeri adaletin, toplum düzeninin korunması ve yararının gözetilmesi üzere

¹⁴ Cesare **BECCARIA**, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami SELÇUK), B. 7, Ankara 2018, s. 206.

¹⁵ **BECCARIA**, s. 25.

¹⁶ **BECCARIA**, s. 206.

¹⁷ **BECCARIA**, s. 25.

¹⁸ **BECCARIA**, s. 17.

¹⁹ **BECCARIA**, s. 19.

temelde iki işlevi vardır.

2. Bireysel Özgürlük ve Demokrasi

Bir toplumun bağımsızlığı, bu toplumu oluşturan bireylerin fedakarlıkta buldukları özgürlüklerinin toplamına eşittir. Hükümdar veya egemen kişi, bu bağımsızlığın yasal koruyucusu ve uygulayıcısıdır. Ancak bağımsızlığın, tek bir egemen kişiye emanet edilmesi halinde, bu kişi tarafından kendi özel çıkarları doğrultusunda kullanılması tehlikesi söz konusudur. Zira bu kişi, ortak emanetten yalnızca kendisine ait olan özgürlüğü değil, başkalarının özgürlüklerini de ele geçirebilir. Bunun gerçekleşmesi halinde toplum, *“ilk kaos döneminin içine yeniden gömülecektir.”*²⁰ İnsanlar düşünsel açıdan geliştikçe, bu durumun tehlikeden öte zarara dönüşüğünü fark etmişler ve özgürlüklerine daha çok değer vermeye başlamışlardır. Bu sayede yeteneklerini özgürce sergilemek, özgür şekilde çalışmak, özgürce düşünmek haklarının, doğal hakları olduğunun fikrine varmışlardır. Bu düşünceleri içselleştiren bireyler ile hükümdarlar ve devlet arasında hak mücadelesi başlamıştır. Bu mücadele, devletlerin yönetim biçimlerinin geçirdiği değişimi ortaya koymaktadır.²¹

Söz konusu mücadele neticesinde *“insanın doğasından kaynaklanan özgürlüklerinin”* en iyi şekilde temin edilmesini, yani beşeri adaletin gerçekleştirilmesini ancak, *“demokrasi prensibi”* nin uygulandığı bir *“hukuk devleti”* nin²² sağlayabileceği

²⁰ BECCARIA, s. 25, 26.

²¹ ATATÜRK, Medeni, s. 388, 389.

²² *“Hukuk”* kavramı geleneksel olarak iki farklı şekilde tanımlanmaktadır. Hukuk bu tanımlardan, ilkinde göre, *“yetkili organlar tarafından çıkarılmış bulunan kurallar bütünü”*; ikincisine göre, *“adil olan ve adil olduğu için itaat edilen hukuk olarak tanımlanmaktadır.”* Siyasal iktidarın önceden belirlenen ve ilan edilen kurallarla bağlı olması anlamındaki *“hukuk devleti”*, bu tanımlardan ilkiyle ilişkilidir. Bkz. Gülriz UYGUR, *“Adalet ve Hukuk Devleti”*, in. AÜHFD, C. 53, S. 3, Y. 2004, s. 31, 32.

kabul edilmiştir. Zira demokrasi esasına dayanan egemenlik, halka yani halkın çoğunluğuna aittir. “*Demokrasi prensibi*” sayesinde, devleti yöneten egemen güç ile bu gücün kaynağı ve hukuka uygunluğu arasında, dayanıklı ve güvenilir bir bağlantı kurulur.²³

3. Bireysel Özgürlüklerin Konusu ve Mahiyeti

Devlet örgütü gerekli olduğu takdir edilen kanun hükümlerine göre olgunlaşır. Zekanın bu kanunların seyrini ve doğrultusunu belirlediği oranda, insanların özgürlükleri ve arzuları, bu kanunlara itaat etmek zorundadır. Gerçekte bu zorunluluk durumu, kaçınması mümkün olmayan bir neticeyi daha mükemmel ve daha uyumlu yapmaktadır. Bireyler, daima bu gerçekle yüz yüze olup ve buna saygı göstermelidirler. Keza böyle bir devletin temeli ve gayesi bireysel haklar olur.²⁴

Bireysel özgürlükler düzenlenirken, her bireyin ve bütün toplumun ortak menfaati ile devletin varlığını göz önünde bulundurmak gerekir. Buna göre bireysel özgürlük mutlak olamaz. Diğer bireylerin özgürlüğü ve toplumun ortak menfaati bireysel özgürlüğü sınırlar. Bireysel özgürlüğü sınırlamak devletin esası ve görevidir. Çünkü devlet bireysel özgürlükleri temin eden bir örgüt olmakla beraber, aynı zamanda bütün bireysel etkinlikleri genel ve ortak amaçlar doğrultusunda

²³ **ATATÜRK**, Medeni, s. 332. Öte yandan bir “*hukuk devleti*”nin “*demokrasi prensibi*”yle yönetiliyor olması, bireysel özgürlüklerin çoğunluk için dahi, her halde en ideal şekilde temin edildiği anlamına gelmez. Demokrasinin birtakım güvencelerle desteklenmemesi halinde, “*demokratik hukuk devleti*” olgusu yalnızca görünüşte kalabilir. Bu güvencelere örnek olarak; “*halkın demokrasiyi ciddiye alması, kuvvetler ayrılığı, yargının bağımsızlığının sağlanması*” hususları gösterilebilir. Bkz. Hüseyin **HATEMİ**, Hukuk Devleti Öğretisi, B. 1, İstanbul 1989, s. 13-24. Günümüzde “*demokratik hukuk devleti*” çevresindeki mücadelenin, devletin topluma ve bireye müdahalesini azaltma mücadelesi olduğu belirtilmektedir. Bu itibarla amaçlanan temel hususun “*az devlet, çok hukuk*” formülüyle özetlenebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Sami **SELÇUK**, Demokrasiye Doğru, B. 1, Ankara 1999, s. 48.

²⁴ **ATATÜRK**, Medeni, s. 391-393.

birleştirmekle de görevlidir.²⁵ O halde bireysel özgürlüğün sınırı olarak “*başkalarının özgürlük sınırını*” gösterirken bireysel özgürlüğün, toplumun genel menfaatinin gerektirdiğinden daha fazla sınırlanamayacağı kabul edilmiş olunur. Bu fikir basittir, fakat uygulaması çok zordur. Sınırlar çizilirken “*bireylerin sorumluluğuna, girişimlerine ve gelişimlerine zarar verecek dereceye varmamasına*” oldukça fazla özen gösterilmelidir. Zira vatandaşların girişim ve sorumluluk hisleri ne kadar gelişirse, devlet için o kadar iyidir.²⁶ Öte yandan bireysel özgürlüklerden ne derece feragat edilmesi gerektiği, içinde bulunulan zamana ve yere göre değişim gösterir. Bu konulardaki tedbirlerin katılığını ve sınırlarının genişliğini ölçmek büyük bir sanattır. “*Devlet sanatı*” işte budur. Vatandaşların genel özgürlüğü ve mutluluğu için, bireylerden ancak devlet için gerekli olan bir kısım özgürlüklerinden vazgeçmesi istenebilir.²⁷ Sözü edilen “*devlet sanatı*”nı icra etmek adına öncelikle, hukuk biliminin ele alınması gerekir.

B. HUKUK, CEZA HUKUKU VE BİREYSEL ÖZGÜRLÜK

1. Genel Olarak

Hukuk, “*tüm beşeri faaliyetlerin içinde cereyan ettiği bir ortamdır.*”²⁸ Bu nedenle hukuksuz toplum, toplumsuz hukuk düşünülemez.²⁹ Zira belirttiğimiz üzere hukuk olgusu, insanoğlunun toplum dışı yaşamdan toplum halinde yaşama geçmesiyle birlikte ortaya çıkmıştır. O halde kaynağını nereden alırsa alsın, dış dünyadaki belirtisini ister kanunda ister toplumun yaşama biçiminde gösterebilir, hukuk daima

²⁵ ATATÜRK, Medeni, s. 394, 395.

²⁶ ATATÜRK, Medeni, s. 396, 397.

²⁷ ATATÜRK, Medeni, s. 397, 398.

²⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 82.

²⁹ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 5

o toplumun iradesini ifade eder. “Her irade, iradenin kendisiyle belirlendiği bir amaca sahiptir.” Buna göre hukukun amacı, kolektif nitelikte olup, tüm organize toplumun amacını ifade eder. Temel olarak bu amaç, toplumun varlığının ve toplumu oluşturan bireylerin ortak hayatının zorunlu şartlarının, güvence altına alınmasından ibarettir.³⁰ Bu güvenceyi sağlayan araçlar kanunlarda düzenlenen suçlar ve bu suçlara karşılık öngörülen cezalardır. Bireylerin kendi yararlarını gözeterek, toplum yararına gözden çıkardıkları özgürlüklerinin toplamı, “ceza verme hakkının temelini” oluşturmaktadır.³¹ Bu çerçevede ceza hukuku mahiyeti itibarıyla diğer hukuk disiplinlerinden ayrılmaktadır.³² Ancak belirtildiği üzere, insanların düşünsel açıdan gelişmesiyle bu güvence yeterli görülmemeye başlanmış ve bu doğrultuda “daha az yasak daha çok özgürlük” mücadelesi ortaya çıkmıştır. Günümüzde söz konusu mücadelenin haklılık payı olduğu kabul edilmiş ve ceza hukuku düzeninin amaçlarından birinin de toplumu geliştirmek olduğu kabul edilmiştir.³³ Ceza hukukunun

³⁰ **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, s. 5.

³¹ **BECCARIA**, s. 29.

³² Dünya genelinde suçluluğun artmasıyla, insanların temel özgürlüklerinin korunması açısından, eksikliklerine rağmen ceza kanunlarına her geçen gün daha fazla ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Zira ceza hukuku, özgürlükleri kısıtlayıcı bir yaptırımlar sistemine dayandığından, insanların temel hak ve özgürlüklerini, hukukun diğer dallarına kıyasla, hem daha etkili bir biçimde korumaya, hem de bunları reddetmeye yarayan bir araç niteliğindedir. Bkz. Nevzat **TOROSLU**, “Ceza Hukuku – Politika – Ahlak”, in. Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, B. 1, İstanbul 2004, s. 875, 876. (**Ahlak**)

³³ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 3. Bireylerin birinci hakkı, doğal kabiliyetlerini serbestçe geliştirebilmesidir. Bu gelişimi sağlamak için en iyi araç, bireye, diğerlerinin eş değer hakkına zarar vermeksizin, tehlike ve zarar kendine ait olmak üzere, kendini istediği gibi sevk ve idare etmeye müsaade etmektir. İşte bu serbest gelişimi temin etmek, bireysel hakların meydana getirdiği diğer bütün özgürlüklerin amacıdır. Bu haklara saygı göstermeyen siyasi topluluk esas görevini yerine getirmemiş olur, devlet varoluş amacını ve anlamını kaybeder. Bkz. **ATATÜRK**, Medeni, s. 393, 394. Anayasa m. 5’e göre devletin temel amaç ve görevlerinin, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” ve “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” olduğu belirtilmiştir.

toplumu geliştirici işlevi, suç teşkil eden davranışları düzenleyen kuralların dinamikliğini, yani mutlak olarak “*kriminalizasyon ve depenalizasyonu*”³⁴ gerektirir. Bu iki gereklilik arasındaki dengenin, mümkün olduğunca bireysel özgürlüklerin genişletilmesi sağlanmak suretiyle kurulması, “*devlet sanatı*”nı en iyi şekilde icra etmek anlamına gelir. Bunu sağlamak adına felsefe, kriminoloji ve tarih bilimlerinden faydalanmak şarttır.

2. Felsefe Biliminin Ceza Hukukuna Katkısı

Hukuk düzeni, bir değerler sisteminin somutlaştırılması, harekete geçirilmesi olduğundan; özünü keşfetmek, temel niteliğini ortaya koymak ve detaylarda kaybolmamak adına, hukuk olgusunun felsefi açıdan ele alınması gerekir. Gerçekten hukuk kurallarının amacının, “*daha iyi*” bir düzen yaratmak olduğu göz önüne alındığında, bu “*daha iyi*”nin tespit edilebilmesi için spekülasyon düşünce ön planda tutularak ideal hukuk düzeninin ilkeleri ortaya koyulmalıdır.³⁵ Şüphesiz ki bu ilkelerin tespiti, “*kriminalizasyon*” ve “*depenalizasyon*” süreçlerinde büyük rol oynayacaktır.

3. Kriminoloji Biliminin Ceza Hukukuna Katkısı

Ceza hukuku ile kriminoloji aynı gerçekle ilgilenen iki ayrı bilim dalı olup; bu gerçeğe farklı yönlerden yaklaşırlar. Kriminoloji, ceza hukukunda suç olarak öngörülen davranışı açıklamak, nitelendirmek ve sınıflandırmak amacını güden gözlemsel bir bilim dalıdır. Ceza hukuku, suçu tarif eden ve bundan birtakım sonuçlar

³⁴ Kriminalizasyon kavramı, “*suç haline getirmek*”; depenalizasyonu kavramı ise, “*belli fiiller için her türlü cezalandırıcı yaptırımlardan vazgeçmek*”, anlamlarındadır. Bkz. **TOROSLU**, Nasil Ceza, s. 5.

³⁵ Kemal **GÖZLER**, Hukukun Genel Teorisine Giriş / Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, B. 1, Ankara 1998, s. 1, 2. (**Teori**)

çıkaran teknik bir bilim dalıdır.³⁶ Kriminoloji; istatistik, psikoloji, psikiyatri, sosyoloji, penoloji, siyaset, profilaksi, kriminalistik vb. bilim dallarından oluşan, bir “*bilimler demeti*” olarak nitelendirilmektedir.³⁷ Tüm bu bilimlerden faydalanan kriminoloji bilimi, ceza hukukunun toplumun güvenliğini, mutluluğunu ve geliştirilmesini sağlamak amaçlarının gerçekleştirilmesinde büyük öneme sahiptir.³⁸ Ceza hukuku ile toplumsal menfaat arasındaki uyumu sağlamak için, ceza hukukunun uygulanmasını gündeme getiren “*fail*” ile “*suç*” olgusu arasındaki ilişkinin incelenmesi zorunluluk arz eder.³⁹ Nitekim, “*ceza hukuku insanı tanımak, insan ruhunun en derin köşelerine sızmak zorundadır. Çünkü suç, köklerini insan ruhunun derinliklerinden alan bir olayın fiil halinde dış aleme taşmasından ibarettir.*”⁴⁰

³⁶ Sulhi **DÖNMEZER**, Kriminoloji, B. 6, İstanbul 1981, s. 24. (**Kriminoloji**)

³⁷ Kriminolojide bu bilimlerden şu şekilde faydalanılır: “*İstatistik: Yaş, cinsiyet, karakter vb. parametreleri, suç, suçlu ve toplumdaki suçluluk vb. başlıklar altında sınıflandırır. Psikoloji: Suçun oluşmasına neden olan ya da gelişmesini sonuçlayan ruhsal olayları inceler. Psikiyatri: Anormal veya akıl hastası suçluları inceler; akıl hastalıkları ile suç arasındaki ilişkileri belirler. Sosyoloji: Suçu bir sosyal olay olarak ele alır; sosyal kimlik taşıyan ve suça neden olan faktörleri araştırır; sosyal ortam, alkol etkileri, sinema din gibi. Penoloji: Cezaların ve güvenlik tedbirlerinin kaynak ve gelişmelerini açıklar; bunların ne derece etkili olduklarını araştırır. Etkili tedbir türlerini bulmaya çalışır. Siyaset: Suçları önlemek için devletin yerine getirmesi gereken faaliyetlerden söz eder. Bu itibarla suç siyaseti, suça karşı savaşmak için devletin faaliyete koyduğu bütün araçlardan oluşur. Bu bakımından din, ahlak da birer araç sayılabilirler. Profilaksi: Toplumun, suçluluğun sosyal, ekonomik faktörlerini önlemek ya da azaltmak veya yok etmek için başvurduğu bütün araçları inceleyen bilim dalıdır. Kriminalistik: Suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak için başvurulan bilimsel araçları inceler. Daktiloskopi, antropometri, balistik gibi dalları vardır.*”, bkz. **DÖNMEZER**, Kriminoloji, s. 9, 10.

³⁸ Fakat, “*kriminolojik bilgiler tam bir mükemmeliyet arz etseler bile ceza hukuku bakımından başka bilgilere de ihtiyaç olacaktır. Bunlar; politik, ekonomik, idari, felsefi ve ahlaki nizamlardır. ... Bu itibarla kriminoloji ceza hukukuna yardımcı bir bilim iken; ceza hukuku teknik bir sanattır.*”, bkz. Pierre **BOUZAT**, “*Kriminoloji ve Ceza Hukuku*” (Çev. Kutbettin AKKAN), in. Adalet Dergisi, S. 6, Y. 62/1971, s. 390, 396.

³⁹ Raffaele **GAROFALO**, Criminologia / Suç, Suçlu ve Ceza (Çev. Muhittin GÖKLÜ), B. 1, İstanbul 1957, s. 21-24.

⁴⁰ Faruk **EREM**, Adalet Psikolojisi, B. 3, Ankara 1959, s. 1. (**Adalet**)

4. Tarih Biliminin Ceza Hukukuna Katkısı

Hukuk ve tarih bilimleri birbirlerini tamamlamaktadırlar. Belirtildiği üzere hukuk, tüm beşeri faaliyetlerin yani sosyal hayatın içinde gerçekleştirildiği bir ortamdır. Tarih ise geçmişteki sosyal hayatı bütün kurumlarıyla çeşitli yönlerden inceler. Bu bağlamda tarihsiz hukuk bilgisi temelsiz; hukuki bir mantıkla incelenmeyen tarihi bilgiler ise, tarihi değişim ve gelişimlerin esas nedenlerini açıklamaktan uzak kalır. Hukuk kurallarının mahiyeti ve kaynağı ancak, tarihi durumun araştırılması ve incelenmesi sayesinde anlaşılabilir. “*Bütün sosyal kurumları tarihi metodla inceleyen tarih bilimi, günümüze ve geleceğe ışık tutar. Geleceği sağlam temeller üzerine kurmaya yardım eder.*”⁴¹ Özellikle ceza hukukunun tarihi, hem insanlık tarihinin adaletsizliklerini hem de daha onurlu bir sosyal hayat şekline yönelik gelişimleri ortaya koyması nedeniyle, insanlık tarihinin özel bir görünümü niteliğindedir.⁴²

C. ETİK, AHLAK VE HUKUK

1. Genel Olarak

Etik kelimesinin, Eski Yunanca “*örf, adap, ahlak, töre*” anlamlarındaki “*ethos*” kelimesinden türetilen “*ahlaka ilişkin*” anlamındaki “*ethikos*” kelimesinden dilimize geçtiği belirtilmektedir.⁴³ Etik, “*felsefenin ahlaklılıkla, ahlaki⁴⁴ değerle ilgili olan alt dalına veya disiplinine karşılık gelir.*” Ahlaklılık ise en genel şekilde, “*iyi ve doğru*

⁴¹ Halil CİN, “*Türk Tarihi ve Hukuk*”, in. DÜHFD, C. 2, S. 2, Y. 1984, s. 3, 4.

⁴² TOROSLU, Nasıl Ceza, s. 1.

⁴³ Nişanyan Sözlük – Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/?k=ETİK> (E.T.: 30.03.2019).

⁴⁴ Ahlak kelimesi Arapça “*hulk*” kelimesinden türetilmiş olup, “*yaradılış, huy, karakter*” anlamındadır. Bkz. Nişanyan Sözlük – Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/?k=ahlak> (E.T.: 30.03.2019).

yaşama” olarak ifade edilmektedir.⁴⁵ Ahlak, “toplumda kısmen doğal bir biçimde oluşmuş, kısmen uzlaşım ile belirlenmiş; toplumun yaşama pratiğini, hayata ve dünyaya bakış tarzını, değer dünyasını meydana getiren; alışkanlıkla, toplumun dünyayı algılama ve değerlendirme biçimiyle yani töre veya görenekle ilgili olan; gelenek yoluyla aktarılan kural ve normlardan oluşan; ilgili toplumda düzeni tesis eden bir yapı” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁶ Etik ise kısaca, “bilinçli ahlaklılık, değer yüklü rasyonel tutum” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷

2. Etik Ahlak İlişkisi

Ahlak, etiğin yani felsefenin ana disiplinlerinden birinin temeli olması yanında, büyük ölçüde felsefeden bağımsız bir alandır. Zira ahlak, bir ilke kavramından çok bir düzen kavramını ifade ederken; etik, bu düzenin yani tesis olunan pratiğin açıklanıp anlaşılmasına muhtaç yönlerini ilkeler üzerinden anlamlandırmaya çalışan felsefi bir faaliyettir.⁴⁸

Birey, ahlak kavramı karşısında pasif ve alıcı konumdayken; etik, bireyin kurucu veya etkin bir tutumunu ifade eder. Şöyle ki, toplum, geçirdiği değişimlere karşın bir şekilde koruduğu veya yeniden tanımladığı kural ve değerleri,⁴⁹ “toplumun

⁴⁵ CEVİZCİ, s. 11.

⁴⁶ CEVİZCİ, s. 13. Ahlak kuralları kısaca, insanları hem ruhsal yönden etkiler hem de onların dış dünyaya yansıyan eylemlerinin düzenlenmesinde rol oynar. Bkz. GÜRİZ, Felsefe, s. 13.

⁴⁷ CEVİZCİ, s. 19.

⁴⁸ CEVİZCİ, s. 17.

⁴⁹ Toplumca benimsenen ahlak kuralları, “toplumsal ahlak”, “toplumun genel ahlakı” veya “toplumun genel adabı” olarak ifade edilebilir. Bu tabirlerin tümü, bir toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğunca benimsenen ve “iyi ahlak” a sahip olmak için uyulması zorunlu görülen, ahlak kurallarını ifade eder. Adap kelimesi, “iyi ahlak” anlamına gelen edep kelimesinin çoğulu olup, “görgü kuralları, iyi ahlak veya ahlaklılık kuralları” anlamlarındadır. Bkz. **Nişanyan Sözlük** – Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=adap> (E.T.: 31.03.2019).

özellikle genç üyelerine sosyalleşme ve kültürlenme sürecinin başlangıcından itibaren bir şekilde empoze eder.” Ahlaka etik açıdan yaklaşan birey, hazır bulduğu, empoze edilen bu kural ve değerleri içselleştirmekle yetinmez, bunları akli bir düzeyde tartışır, hesabını sorgular ve temellendirir. Örneğin, “bulunduğu toplumun ahlakının etkisiyle töre cinayeti işleyen, namus adına katil olmayı göze alan genç bir insan göz önüne alındığında; kendisini böyle bir durum içinde bulan bu kimsenin ahlaksız ve vicdansız olduğunu, herhalde akli başında hiç kimse söyleyemez. Hatta onun, iyice hesap kitap yaparak ve özde kendini düşünerek eylemde bulunan modern insana kıyasla, çok daha naif, sahici bir ahlaka sahip olduğu bile söylenebilir. Lakin onun sahip olduğu ahlak at, namus ve silah benzeri ilkel birtakım değerlere dayanan feodal toplumun ahlakı olmak durumundadır. Dahası, böyle bir ahlak en temel etik ilke olarak ‘insan hayatına saygı’ ilkesini veya evrensel bir değer olarak ‘sevgi’yi göz ardı ettiği için, yanlış bir ahlak olmak durumundadır.” Buradan iki sonuç çıkarılabilir. İlk olarak ahlak, büyük ölçüde yerel nitelikteyken, etik evrenseldir. İkinci olarak ise etiğin felsefi bir disiplin dışında kalan, “bireyin ilkel, bilinçli davranışını, miras alınmak yerine ölçülüp biçilmiş ve böylelikle form kazanmış eylem ve tutumunu ifade eden”, “karakter” unsuru ortaya çıkar. O halde ahlak ve ahlaklılık, olgusal ve tarihsel olarak yaşanan bir şey, belli bir pratik yani eylemin pratiğe dökülmesi olarak; etik ise, bu pratiğin yani eylemin pratiğe dökülmesinin teorisi olarak ifade edilebilir.⁵⁰

İnsan ne ahlaksız ne de etiksiz olabilir. Ahlak, insanın değer dünyasını, etik bu değer dünyasına şekil verilmesini temin eder. “Ahlak, insana kimlik ve değer

⁵⁰ **CEVİZCİ**, s. 17-19. Buna göre etik düşünen bir kimse, toplumsal ahlakla kişisel ahlakı arasında çatışma yaşayabilir. Bu kimse toplumsal ahlaka rağmen kendi ahlak inancı doğrultusunda hareket edebilir. Bunun neticesinde bu kimse toplumda bazı tepkilerle karşılaşabilir. Ancak bu çatışmanın toplumun genel ahlak anlayışında bir değişimin habercisi olabileceği ve genel ahlaka aykırı davranışın bir süre sonra, toplumsal ahlak tarafından benimsenebileceği belirtilmektedir. Bkz. **GÜRİZ**, Felsefe, s. 14.

bilinci verir, insanın köksüz ve yabancı bir varlık olmasını engeller. Etik, ahlaka özgü anlam dünyasını kavramayı mümkün kılan felsefeyi veya ilkeleri temin eder. Etiğin temel özelliği, onun genelliği, kuramsal ve sistematik doğası, argümantatif yapısı ve iddialarını kanıtlayıp temellendirme çabasıdır. Birey ancak bu sayede, sadece eylemini değil fakat bir bütün olarak hayatının hesabını verebilir, dünyadaki mevcut veya muhtemel ahlaki krizi görüp ona uygun tepkiler oluşturma durumuna gelir.”⁵¹

3. Hukuk Ahlak İlişkisi

Ahlak kavramının, “din” ve “toplum sözleşmesi” olmak üzere iki kaynağı olduğu ifade edilmektedir.⁵² Diğer yandan daha önce belirtildiği üzere yasaların, “din, doğa ve toplum sözleşmesi” olmak üzere üç kaynağı vardır.⁵³ Buna göre, yasalar yani hukuk ile ahlak arasında oldukça sıkı bir ilişki söz konusudur. Bu ilişkiyi ortaya koymak adına hukuk ve ahlakın, ortak ve farklı yanları üzerinde durulması gerekir.

Ahlak ve hukuk, bireylere sınırsız özgürlük tanınması halinde meydana çıkabilecek kargaşayı önlemek ve düzeni korumak zorunluluklarından ortaya çıkmıştır. Bu yönüyle her ikisi de bir kurallar bütünü olarak ifade edilebilir. Zira bunlar, dayandıkları ilkeler yönünden normatif bir yapıyı sergilerler.⁵⁴

Öte yandan hukuk kuralları, ihlali durumunda yaptırım öngörürken; ahlaki kuralların ihlalinde herhangi bir yaptırım söz konusu değildir.⁵⁵ Buradan hareketle yaptırım içeren “toplumsal sözleşmeler” kurulmadan önce de ahlak kurallarının

⁵¹ **CEVİZCİ**, s. 19-21.

⁵² **CEVİZCİ**, s. 16.

⁵³ **BECCARIA**, s. 17.

⁵⁴ **CEVİZCİ**, s. 14, 15.

⁵⁵ **GÜRİZ**, Felsefe, s. 17.

mevcut olduğu; toplumsal sözleşmelerin bu ahlak kurallarını kısmen veya tamamen yaptırıma bağlayarak kutsadığı belirtilmektedir. Buna göre hukuk kuralları, “sosyal ahlakın bir tür kodlanması” niteliğinde olup, hukukun ahlaksız olamayacağı kabul edilmektedir.⁵⁶ Lakin bu durum ceza hukuku bağlamında “doğal suçlar”⁵⁷ olarak ifade edilen suçlar açısından doğru olsa da, ceza normları özellikle objektif açıdan değerlendirildiğinde tüm suçlar açısından bu yönde bir genelleme yapmak mümkün değildir.⁵⁸

Ahlak kuralları, hukuk kurallarına gerekçe sağlar ve onları manevi yönden temellendirir.⁵⁹ Kuşkusuz, hukuka uygun davranmanın ahlaki bir ödev olduğu

⁵⁶ “Bir suçun daima ahlaka aykırı bir hareket olduğunu savunanlara göre; sosyal bir fenomen olarak nazara alınan ceza hukuku, belirli bir tarihi dönemde güvenli ve uygar şekilde bir birlik için gerekli ve yeterli kabul edilen minimum ahlakiliğe uyulmasını sağlamaya yönelik olan ve ceza müeyyidesi altına alınmış bulunan davranış kurallarının bütünüdür. Hukukun diğer dalları da minimum ahlakiliği korumaya yöneliktir; ancak ceza hukuku daha etkili müeyyidelere sahip olduğundan, minimumun minimumunu, yani mutlaka korunması gereken ahlaki korur.” Bkz. **TOROSLU**, “Ahlak”, s. 877.

⁵⁷ Doğal suçlar, “hemen hemen hiçbir zaman suç olmaktan çıkarılmayan, hayat, fiziki bütünlük, kişi özgürlüğü, şeref, özel veya kamusal mülkiyet gibi temel varlıkları ihlal eden fiilleri cezalandıran suçlardır.” Bu varlıkların korunmaması durumunda toplum halinde yaşamaktan ve her halde hukukun varlığından söz edilemez. Bkz. **TOROSLU**, “Ahlak”, s. 876.

⁵⁸ Zira ceza kanunları “önemli olan devletin esenliğidir” prensibini gözeterek ahlaka aykırı olarak değerlendirilemeyecek fiilleri de suç olarak düzenlemektedir. Bir yabancıнын kendi devleti lehine casusluk yapması suçu, buna örnek olarak gösterilebilir. Öte yandan etik açıdan dokunulmaz olduğu kabul edilen ifade özgürlüğü gibi davranışları suç olarak düzenleyen; belli bir kimse veya kesime suça, yargılamaya veya cezalandırmaya ilişkin fiili veya hukuki muafiyet alanları yaratan; yalnızca eşitler arasında eşitlik ve özgürlüğü temin eden, normları barındıran ceza kanunları gayri ahlakidir. Bkz. **TOROSLU**, “Ahlak”, s. 877, 878.

⁵⁹ **CEVİZCİ**, s. 15, 16. “Hukukun temelinde yatan etiği nazara almamak, onu anlamayı reddetmek anlamına gelir. Bu, özellikle hukukun etik gövdeden doğrudan filizlenen bir kolu olan ceza hukuku yönünden kendini gösterir. Nitekim suç ve ceza, etik bir kurum olarak anlaşılmasından, hukuki kurum olarak anlaşılabilir. Her hukuki ihlal öncelikle ahlak ihlalidir. Ceza hukuku ile etik arasındaki ilişki, ceza hukukunun etik dışında yaratılmasını, uygulanmasını ve anlaşılmasını mümkün kılmayacak şekilde sıkı bir ilişkidir. Belirtmek gerekir ki, toplumsal ahlak olgusuyla açık bir şekilde çatışan bir ceza hukukunun etkili olamayacağı kuşkusuzdur. Zira böyle bir ceza hukuku, müşterek hayat yönünden buna uyulması gerektiği şeklindeki ortak inancın desteğinden yoksun olacaktır.”, bkz. **TOROSLU**, “Ahlak”, s. 877. İnsanların itaat etmek zorunda olduğu normları, menfaatlerinin çatışması durumunda yeterince izleyip izlemediği, bu normların ihlali durumunda normu koyan otoriteye saygı duyup duymadığı sorunu,

düşüncesinin toplumdaki varlığı, toplumu oluşturan bireylerin genel olarak hukuka uygun davranmalarında, oldukça önemli bir etkidir.⁶⁰ Bu çerçevede toplumsal ahlakla örtüşmeyen hukuk kuralları açısından, belirli bir süre “*etkinlik sorunu*” söz konusu olsa da, ilerleyen zamanlarda hukuk normlarına uymanın veya aykırı davranmanın, ahlaki olduğu düşüncesi benimsenecek ve toplumsal ahlak, hukuk kurallarının düzenlediği yönde şekillenecektir.

Hukuk kurallarını ahlak kurallarından ayıran bir diğer husus değişme faktörüdür. Zira kanun koyucu dilediği gibi dilediği tarihten itibaren işlemek üzere bir fiili suç olarak düzenleyebilir veya suç olmaktan çıkarabilir. Ancak ahlak kuralları bu şekilde değiştirilemez. “*Ahlak kurallarının uygulanmaları veya önemini yitirip uygulanmamaları sosyal süreç içinde ağır ağır gelişir ve gerçekleşir.*”⁶¹

D. HUKUK NORMLARININ AHLAKA UYGUNLUĞU VE AYKIRILIĞI SORUNU

Hukuk normlarına itaat etme ödevinin ahlaki sınırları sorunu, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra hem teorik hem de pratik yönden büyük önem kazanmıştır. Kişinin kendi ahlaki inancına karşı olsa da hukuk normlarına itaat etmesi, hukukun temel kuralıdır. Buna karşın tabi oldukları Nasyonal Sosyalist kanunlara uygun şekilde, Yahudileri toptan yok etmek fiilini işleyenlerin yargılanmaları sırasında, bu kanunların, “*temel ahlak değerlerine ve insanlık idealine*” aykırı oldukları ve bu nedenle geçersiz oldukları belirtilmiştir.⁶²

“*ceza normunun etkinliği sorununu*” doğurmaktadır. Bu sorunun, “*doğumunda, cereyanında, değişmesinde genellikle tarihi ve sosyolojik karakterde incelemelere bağlı araştırmalara*”, yer verilmektedir. Buradan ceza hukukunun, “*hukuk sosyolojisiyle birleşen çehresi*” ortaya çıkmaktadır. Bkz. **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, s. 48.

⁶⁰ **GÜRİZ**, Felsefe, s. 16.

⁶¹ **GÜRİZ**, Felsefe, s. 17.

⁶² **GÜRİZ**, Felsefe, s. 18.

Hukuk normlarının ahlaka uygun olup olmaması sorunu ile ilgili üç farklı görüş olduğu ifade edilmektedir.⁶³ Bunlardan ilkinde göre, “*bir normun hukuk normu niteliğini kazanabilmesi, adalete ve ahlaka uygunluk amaçlarına yönelmesine bağlıdır.*” İkinci görüşe göre, “*açık şekilde ahlakın, insanlığın ve adaletin temel ilkelerine aykırı olan kurallar, yetkili organlarca çıkarılsalar bile hukuken geçerli değildir.*” Son görüşe göre, usulüne uygun olarak çıkarılan ve toplumda “*minimum etkenliğe*” yol açan hukuk kuralları geçerlidir. Bu pozitivist yaklaşım uyarınca, “*ahlak, adalet*⁶⁴ ve *insanlığın temel ilkeleri*” gibi kavramlar, “*objektif*” ve “*evrensel*” olarak tanımlanamaz.⁶⁵ Bu sebeple hukuk düzeninin subjektif tercihlerle bertaraf edilmesi tehlikesi ortaya çıkabilir. Birinci veya ikinci görüşün kabul edilmesi halinde, hukuk

⁶³ GÜRİZ, Felsefe, s. 19.

⁶⁴ Ahlak ve hukuk kuralları, belirtildiği üzere bireylerin toplumsal düzen içinde mutluluğunu temin etmek amacındadır. Bu doğrultuda toplumsal düzen toplumdaki bütün insanları tatmin edecek şekilde sağlandığında, herkesin mutlu olabileceği, mutluluk için de yegane gereksinimin “*adalet*” olduğu belirtilmektedir. Bkz. Hans KELSEN, “*Adalet Nedir?*” (Çev. Ali ACAR), in. TBB, C. 26, S. 107, Y. 2013, s. 432. Bir normun adil olması, o normun hukuk düzeninin esinlendiği nihai değerlere veya amaçlara hizmet etmesidir. Buna göre, “*bir normun adil olup olmadığı sorunu, ideal dünya ve gerçek dünya, açıkçası olan ve olması gereken arasındaki çatışmanın bir görünümüdür. Adildir denen norm, olması gereken; adil değildir denen norm, olması gerekmeyen normdur.*” Bu itibarla “*adalet sorunu*”, hukukun veya özelde ceza hukukunun “*deontolojik sorunu*” olarak ifade edilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 35, 36. Burada “*normatif etik teorilerinin*” alt dallarından olan “*teleolojik etik*” ve “*deontolojik etik*” teorilerinden bahsetmek gerekir. Teleolojik etik açısından, “*ahlaki eylemin değerini belirleyen şey, eylemin ürettiği sonuç olmak durumundadır.*”, bkz. CEVİZCİ, s. 45. Deontolojik etik ise teleolojik etiğin karşısında yer almakta olup, buna göre, “*ahlaki bir eylemin doğruluğu veya yanlışlığının, eylemin sonuçlarından bağımsız olarak, birtakım ahlaki ödev ya da eylem kurallarının yerine getirilip getirilmemesi belirler.*”, bkz. CEVİZCİ, s. 89.

⁶⁵ Hukuki pozitivism teorisini savunanlara göre, “*her değer sistemi, özellikle ahlaki değerler sistemi ve onun merkezi değeri olan adalet, sosyal bir olgudur, yani toplumun bir ürünüdür ve bu nedenle o, içinde doğduğu toplumun niteliğine göre farklılık gösterir.*”, bkz. KELSEN, s. 438. Bu görüşü kabul edenlere göre, evrensel olmayan ahlak kuralları adilse, bunları hukuk normu olarak düzenlemek gerekmemektedir. Kemal GÖZLER, “*Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı*”, in. Muhafazakar Düşünce Dergisi, C. 4, S. 15, Y. 2008, s. 85, 86. (Tabii) Değişken ve öznel ahlak kurallarının, ceza normlarında düzenlenmesi halinde, bu normların koruduğu hukuki değer veya menfaatin ne olduğunun tespit edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. A. Ozan MARAKOĞLU, Edepsiz Kitaplar, B. 1, Ankara 2014, s. 115.

normlarının geçerliliğini savunma imkanının ortadan kalkabileceği belirtilmektedir.⁶⁶

E. TOPLUMSAL AHLAK KURALLARININ CEZAİ YAPTIRIMA BAĞLANMASI MESELESİ

1. Genel Olarak

Günümüzde hukuk biliminin çözmeye çalıştığı esas sorun, “*ortaklaşa yaşayan insanların hayatının en iyi organizasyonunun*” nasıl kurulması gerektiğidir.⁶⁷ Belirtildiği üzere kendisine “*güvence*” ve “*geliştirme*” ödevleri yüklenen ceza hukuku bilimi, bu sorunun çözümünde en büyük paya sahip hukuk bilimidir. Hukuka aykırı fiil, çağdaş ceza hukukunun zorunlu unsuru, vazgeçilmez temelidir. “*İnsan fiilleri ile ilgili olarak, kendisini sürekli biçimde hissettiren temel sorun, bu fiillerden hangilerinin suç haline getirileceği ve bu seçimin hangi ölçütlere göre yapılacağı sorunudur. Bu sorun kendisinden yola çıkan politik-ideolojik esaslara sıkı sıkıya bağlı olduğundan, bunun cevabı, devlet düzeninin tipi ile ilgili olarak, belirli bir ölçüde de olsa değişir. Söz konusu sorun özgürlük ile otorite, birey ile toplum arasındaki ebedi diyalektiği ve dolayısıyla ceza hukuku ile politika ve ahlak arasındaki ilişkiler sorununu içerir.*”⁶⁸ O

⁶⁶ GÜRİZ, Felsefe, s. 19.

⁶⁷ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 48.

⁶⁸ TOROSLU, “Ahlak”, s. 875. Anayasa Mahkememiz bir kararında, hukuk ve ahlak arasındaki ilişki üzerine şu tespitlerde bulunmuştur: “(1) ‘Genel ahlak’ soyut ve değişken bir kavramdır. (2) ‘Genel ahlak’ kavramının tespiti yönünden toplumun belirli bir kesiminde kabul gören değer yargılarının değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekir. Ancak bu sayede toplumun çoğunluğunun veya bir kesiminin ahlak anlayışının toplumu oluşturan tüm bireylere dayatılması riskinin önüne geçilebilir. (3) ‘Genel ahlak’a aykırılığın cezalandırılacağı haller belirlenirken, söz konusu davranışların toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı hususu yanında, demokratik toplumun temellerini oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerler ve özgürlüğü genişletici yorum yöntemlerinin göz önünde bulundurulması gerekir.”, bkz. AYM, K.T.: 01.04.2015, E.: 2014/118, K.: 2015/35, bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGerekce=True&wordsOnl>

halde bu sorunu çözmek adına öncelikle, devletlerin benimsedikleri ceza hukuku anlayışları tarihi açıdan ortaya koyulmalıdır.

2. Ceza Hukuku Anlayışları

a. Baskıcı Ceza Hukuku

Geçmişte mutlakiyetçi, günümüzde totaliter düzenlerde görülen ceza hukuku anlayışı, “*baskıcı ceza hukuku*” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁹ Ceza hukuku bu tip düzenlerde, egemen kişi veya grupların despotizmi⁷⁰ yönünden bir “*araç*” işlevi görmektedir. Zira bu düzeni benimseyen egemen kişi veya gruplar iktidarlarını korumak amacıyla ceza hukukunu, “*resmi doğruyu veya devletin doğru kabul ettiğini düşünce aykırılıklarına karşı korumanın ve bu düşünceyi politik altetmenin*”, aracı olarak kullanılmaktadırlar. Bu itibarla ifade özgürlüğünden söz edilememektedir. Bu ceza hukukunda, suçlar fazla ayrıntılı şekilde düzenlenerek, yasaklanan hususların belirsiz olması amaçlanmakta ve bu sayede, egemen kişi veya onun yargıcı, “*kamu otoritesini*” korumak amacıyla, kanunda yer almayan hareketleri dahi cezalandırabilmektedir. “*Bu ceza hukuku, bugün için genellikle insan bilincinin özgür dünyasına ait olduğu kabul edilen alanları dine karşı suçlarla kuşatarak, insan bilincini katı bir biçimde kontrol altına almaktadır.*” Ayrıca cezalar acımasızca olup, idam cezasından

y=False (E.T.: 05.03.2019).

⁶⁹ Yargıtay bir kararında baskıcı ceza hukuku anlayışını şu şekilde ifade etmiştir: “... *Çoğu kez, devletin yönetim gücünü yedinde bulunduran ve bu yetkiyle ‘resmi ideoloji’ adı altında birçok düzenlemeyi ‘uyulması zorunlu kurallar bütünü’ olarak halka dayatıp ‘korunması gereken düzen’ namıyla hukukun himayesi altına aldırılmış olanların, halkını ya durağanlığa, ya da geri kalmışlığa mahkum ettiği gerçeği hatırlanmalıdır. ...*”, **CGK**, K.T.: 23.11.2004, E.: 2004/8-130, K.: 2004/206, bkz. **Legal Bank – Elektronik Hukuk Bankası**, <https://legal-bank.net/belge/y-cgk-e-2004-8-130-k-2004-206-t-23-11-2004-yargitay-ceza-genel-kurulu-karari/528761/> (E.T.: 31.03.2019).

⁷⁰ Despotizm, “*uyruklarına hiçbir hak ve özgürlük tanımayan yönetim biçimi*” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (E.T.: 31.03.2019).

“uzuv kesme, kırbaçlama, işkence, damgalama vb.” cismani cezalara kadar, her türlü cezaya yer verilmektedir.⁷¹

b. Ayrıcalıkçı Ceza Hukuku

Fransız ihtilalinin etkisi sonucu mutlakiyetçi devlet anlayışından, merkezine bireysel özgürlükleri alan ve sosyal grupları yalnızca bir bireyler toplamı olarak kabul eden liberal devlet anlayışına geçiş, doğal olarak baskıcı ceza hukuku anlayışından ayrıcalıkçı ceza hukuku anlayışına geçişi sağlamıştır. Liberal devlet, “*insanın irade özgürlüğünü*” sisteminin temeli haline getirmiş; insanlara “*özgürlük, eşitlik ve mülkiyet*” haklarını tanımış ve bunları en iyi şekilde temin edecek kuvvetler ayrılığı prensibi ile kanunların hakimiyetini kabul etmiştir. Bu itibarla birey ile devlet arasındaki ilişki yeniden dizayn edilmiş; insanın onur ve değerleri, insan olmanın doğal hakları olarak insana iade edilmiştir.⁷²

Liberal devlet anlayışı her ne kadar ceza hukukunun gelişmesine katkıda bulunsa da, yasal eşitliği gerçek anlamda bir eşitliğe yansıtamaması nedeniyle eleştirilmiştir. Zira ayrıcalıkçı ceza hukuku, yalnızca tanınan özgürlüklerin koruyuculuğunu yapmakta, yani ceza hukukunun güvence işlevini yerine getirmekte; ancak, ceza hukukunun geliştirici işlevini göz ardı etmektedir. Bunun nedeni, özgürlüğün yalnızca “*devlete karşı özgür olma*”, eşitliğin ise yalnızca “*kanun önünde eşit olma*” olarak anlaşılmasıdır. Buna göre ayrıcalıkçı ceza hukuku, eşit olmayanlar arasında eşitliği ve özgürlüğü temin etmekten çok, eşitler arasında eşitliği ve özgürlüğü temin etmektedir.⁷³

⁷¹ TOROSLU, Nasıl Ceza, s. 1, 2.

⁷² TOROSLU, Nasıl Ceza, s. 2.

⁷³ TOROSLU, Nasıl Ceza, s. 3.

c. Özgürlükçü Ceza Hukuku

Daha önce de belirtildiği üzere tabiata bağımlı olan insanoğlu hiçbir zaman mutlak özgürlüğe sahip olamaz.⁷⁴ Öte yandan insan fiilleri yönünden tabiata bağımlılık yani imkansızlık göz ardı edilerek, mutlak özgürlüğün ancak devletin, hukukun ve tüm yasakların ortadan kaldırılmasıyla gerçekleşebilecek bir kehanet niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte realist açıdan özgürlük, uygarlığın bugün için ulaştığı seviyeye göre kavranabilenden ibaret olup; bugünkü uygarlık düzeyine göre özgürlük, ceza hukuku açısından vazgeçilmesi imkansız bir gerçeklik teşkil etmeyi sürdürmektedir. Ceza hukuku, bireysel taleplerle toplumsal talepler arasında veya diğer bir ifadeyle bireysel özgürlüklerle toplumsal savunma arasında, uzlaştırma çalışmalarına dahil olarak ve iki temel ilkeye dayanarak özgürlükçü yani toplumu geliştirici işlevini gerçekleştirebilir.⁷⁵

Bu ilkelerden birincisi, ceza hukukunun liberalleşmesini sağlamaktır. Burada amaçlanan husus ceza hukukunun, “*insan haklarını (hayat, fiziki bütünlük, sağlık, şeref vb.)*” ve “*dokunulmaz özgürlükleri (vicdan, söz, din, örgütlenme, toplanma, seyahat vb.)*” kısıtlamanın değil, bunları ayırım yapmaksızın korumanın aracı olmasıdır.⁷⁶ “*Bu anlamda, bugün ceza hukukun ideolojik ve etik olmaktan uzaklaştırılması, yani a) ceza hukukunun düşünce ayrılıklarını bastıran ve plüralizm ilkesiyle çatışan tamamen politik yapıdaki suçlardan (sadakatsizlik, düşünce suçları gibi) ve mağdursuz suçlar diye adlandırılan (pornografi, fahişelik, uyuşturucu madde kullanma, çocuk düşürme) suçlardan temizlenmesi,⁷⁷ b) ayrıca ceza hukukunu gerçek anlamda antisosyal*

⁷⁴ ATATÜRK, Medeni, s. 385, 386.

⁷⁵ TOROSLU, Nasıl Ceza, s. 4.

⁷⁶ TOROSLU, Nasıl Ceza, s. 4.

⁷⁷ Örneğin İtalyan Ceza Kanununda depenalizasyon akımının etkisiyle öncelikle mağduru belirli bir kişi olmayan yani mağduru toplum olan suçlar, suç olmaktan çıkarılmıştır. Bkz.

*olmayan önemsiz fiillerden kurtarmak, onun gereğinden fazla genişlemesini önlemek ve her teşkilatlanmış toplum yönünden önemli olan menfaatleri koruma şeklindeki asli görevini devam ettirebilmesini sağlamak için 'depenalizasyon'a gidilmesi gereği kendisini hissettirmektedir.'*⁷⁸

Bu ilkelerden ikincisi ise, ceza hukukunun sosyalleştirilmesini sağlamaktır. Burada amaçlanan husus ceza hukukunun, "*toplumsal menfaatleri (sağlık, çevre, estetik, malvarlığı, iş güvenliği vb.)*" koruma, "*toplumsal ahengi sağlama sürecini*" harekete geçirme veya destekleme ve "*demokratik ve sosyal hukuk devleti*" hedefini gerçekleştirme, vasıtası olmasıdır.⁷⁹

3. Toplumsal Ahlaka Karşı İşlenen Suçların Depenalizasyonu Meselesi

Görüldüğü üzere, "*ortaklaşa yaşayan insanların hayatının en iyi organizasyonunu*" kurmanın, diğer bir deyişle "*devlet sanatı*"nı en iyi şekilde icra etmenin, en önemli unsurlarından birini, bireysel özgürlükleri maksimize etmek oluşturmaktadır. Yine belirtildiği üzere bunu sağlamak için ceza hukukunun ideolojik ve etik olmaktan uzaklaştırılması, yani ceza hukukunun liberalleştirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda "*depenalizasyona*" işlemine nereden başlanması gerektiği de yukarıda işaret edilmiştir. Buna göre mağduru belirli bir kişi olmayan, yani toplumsal ahlaka veya diğer bir ifadeyle "*toplumun genel ahlakına*" karşı işlenen suçlar, bireysel özgürlükleri geliştirmek adına en mümkün mertebede suç olmaktan çıkarılmalıdır. Zira diğer bütün bireysel özgürlüklerin amacı niteliğindeki bireyin en temel

HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 157. Bilimsel gelişmelerinde depenalizasyon akımında etkili olduğu belirtilmektedir. "*Özellikle 1958 yılında tıp dünyasının doğum kontrol ilacını keşfi kadına özgürlüğünü vermiş ve bu tıbbi devrim Batı toplumlarında sosyal ve hukuk alanında köklü değişikliklere neden olmuştur.*", bkz. **YARSUVAT**, "Cinsel", s. 677.

⁷⁸ **TOROSLU**, Nasıl Ceza, s. 4, 5.

⁷⁹ **TOROSLU**, Nasıl Ceza, s. 5.

özgürlüğünü, yani başkalarına zarar vermemek şartıyla yeteneklerini serbestçe geliştirebilme özgürlüğünü maksimize etmek adına, depenalizasyon işlemine, toplumun diğer bireylerine doğrudan zarar vermeyen, değişken ve belirsiz kavramları konu alan, suçlarla başlamakta daha iyi bir seçenek söz konusu değildir.⁸⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki, günümüzde kitle iletişim araçları sayesinde kurulan küresel iletişim ağı, bireyler nezdinde farklı toplumların ahlak standartlarının birbirlerinden etkilenmesine neden olmaktadır. Böyle olunca, dünya genelinde yasaklanmayan bir davranışın, belirli bir yerde yasaklanıyor olması, bireylerin kendilerini adil olmayan bir baskı altında hissetmelerine yol açar.⁸¹

Burada üzerinde durulması gereken husus, topluma zarar vermeden terazinin iki ucunda yer alan, toplumun genel ahlakı ile bireysel özgürlükler arasındaki dengenin sağlanması ve teraziye devirmeden, terazinin bireysel özgürlüklerin bulunduğu kefesinin nasıl ağırlaştırılacağıdır. Toplumsal ahlak kurallarının geçmişten gelenekler yoluyla aktarılan kurallar olması göz önüne alındığında; bu kuralların suç teşkil eden normlarla kesişen kısmının ceza kanunlarında statik şekilde barındırılması, ceza hukukunun geliştirici işleviyle bağdaşmaz. Öte yandan sınırsız bir ahlaksızlığa müsaade edilmesi halinde, toplum düzeninin yıkılması söz konusu olabilir.⁸²

Söz edilen teraziye yıkmadan bireysel özgürlüklerin kapsamını genişletmek için daha önce de belirtildiği üzere felsefe, kriminoloji ve tarih bilimlerinden

⁸⁰ Benzer yönde görüş için, bkz. **YARSUVAT**, “*Cinsel*”, s. 682.

⁸¹ Özellikle cinsel açıdan baskıya maruz kalan bireylerin “*arzularının*”, bir zaman sonra kontrolsüz bir şekilde açığa çıktığı söylenmektedir. Bkz. Şerife **ÇAM**, “*Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular*”, in. AÜİAD, C. 2, S.1, Y. 2003, s. 78.

⁸² **DÖNMEZER**, Özel, s. 195. “*Memleketin muayyen bir köşesinde baş gösteren ahlaksızlık, önleyici tedbirler alınmadığı takdirde, en tehlikeli ve bulaşıcı bir hastalık gibi süratle etrafa yayılır ve toplum bünyesini kemirerek, onu kısa bir zamanda yıkılmaya götürür.*”, Bkz. **ÇAĞLAYAN**, “*Müstehcen*”, s. 377.

yararlanmak zorunluluk arz eder. Bununla birlikte özgürlük-ahlak terazisini devir-
meden, bireysel özgürlüklerin maksimize edilmesi, ancak bireylerin etkin bir şe-
kilde “etik” açıdan eğitilmesiyle mümkün olabilir. Nitekim daha önce de belirtildiği
üzere bireylerin, “*mevcut veya muhtemel ahlaki krizi görüp ona uygun tepkiler oluş-
turması*”, onların etik açıdan yetkin bir şekilde düşünebiliyor olmasına bağlıdır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, özgürlük-ahlak terazisinde özgürlük kısmına
ağırlık verilerek oluşan dengesizlik durumu, belirli bir süre devam edecektir. Zira
ceza normları yasakladıkları ve yasaklamadıkları fiillerle, toplumun ahlakına şekil
vermektedir. Buna göre depenalize edilen bir fiil, müsaade edici yönüyle bir süre
sonra toplumdaki ahlak yapısını değişmesini sağlayacak ve sözü edilen özgürlük-
ahlak terazisi yeniden dengelenecektir. Ancak bu durumun tersi söz konusu de ğil-
dir. Yani, katı ahlak kurallarının suç olarak düzenlenmesi halinde bu terazi denge-
lenmez, aksine devrilir ki tarih bunu gözler önüne sermektedir.

II. MÜSTEHCENLİK KAVRAMININ KAPSAMI, SINIRLARI VE DİĞER BEN- ZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

1. Müstehcenlik Kelimesinin Kökeni ve Anlamı

Müstehcen kelimesinin, Arapça “*hcn*” kökünden türetilmiş, “*çirkin sayılan ve
ayıp*” anlamlarındaki “*müstahcan*”;⁸³ veya yine aynı kökten türetilmiş, “*soysuzluk,
bayağılık, aşağılık, kötü davranış*” anlamlarına gelen “*hücnet*”,⁸⁴ kelimelerinden

⁸³ **Nişanyan Sözlük** – Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/?k=müstehcen&lnk=1> (E.T.: 22.03.2019).

⁸⁴ Necdet **YALKUT**, “*Türk ve İtalyan Ceza Hukukunda Müstehcen*”, in. AD., S. 3-4, Y. 67/1976, s. 279.

Türkçe'ye geçtiği belirtilmektedir. Müstehcen kelimesinin sözlük anlamı, “açık saçık, edebe aykırı, yakışsız” şeklindedir.⁸⁵ Edep kelimesi Arapça “adb” kökünden türetilmiş olup, “görgü, terbiye” anlamlarındadır.⁸⁶ Terbiye, “bireylerin, toplum yaşayışında yerlerini almaları için gerekli bilgi, beceri ve anlayışları elde etmelerine yardım etme”; görgü, “bir toplum içinde var olan ve uyulması gereken saygı ve incelik davranışları”; açık saçık, “cinsel çağrışım yüklü söz veya anlatım”, olarak tanımlanmaktadır.⁸⁷ Bu tanımlardan hareketle müstehcenlik, “cinsellikle ilişkili konuları, toplumun kabulüne aykırı olarak, saygısızca, özensizce tasvir etmek” olarak ifade edilebilir. Buna göre müstehcenliğin her halde cinsellik barındırması dışında, “toplumun kabulüne aykırılık”, “saygısızlık” ve “özensizlik” olmak üzere seçimlik üç unsuru vardır.

2. Müstehcenlik ve Cinsellik

“Cinsellik” kavramı kısaca, “cinsiyete bağlı hazların esası” olarak ifade edilmektedir. İnsanların tümünün doğuştan sahip olduğu hislerden olan “cinsellik”, tarih boyunca birtakım amaçlar doğrultusunda kullanılmıştır. Cinselliğe bazı zamanlar hoş görüyle yaklaşılırken; bazı zamanlar cinselliğin, insanların içinde taşıdığı karanlığın bir parçası olduğu ve tedavi edilmesi gerektiği dikte edilmiştir. Buna bağlı olarak cinsellik olgusu inkar edilmiş ve hatta itiraf edilmesi uğruna işkenceler

⁸⁵ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 22.03.2019). Müstehcen kelimesinin İngilizce karşılığı “obscene” olup; “berbat veya şok edici şekilde cinsel davranışlarla bağlantılı” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **Cambridge Yabancılar İçin Çevrimiçi Sözlük**, <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce-türkçe/obscene> (E.T.: 23.03.2019). Obscene kelimesinin, “sahnedeki temsili mümkün olmayan” anlamındaki Latince “obscena” kelimesinden türetildiği söylenmektedir. Bkz. David Herbert **LAWRENCE**, Pornografi ve Müstehcenlik (Çev. Burcu SİPAHİ), B. 1, İstanbul 2015, s. 93. Latince “obscena” kelimesi, utanmazlık, çirkinlik, edepsizlik olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Franciscus a Mesgnien **MENINSKI**, Thesaurus Linguarum Orientalium Turcicae-Arabicae-Persicae (Ed.: Mehmet ÖLMEZ), C. 5, B. 1, İstanbul 2000, s. 1173.

⁸⁶ **Nişanyan Sözlük** – Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/?k=edep> (E.T.: 22.03.2019).

⁸⁷ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 22.03.2019).

uygulanmıştır.⁸⁸

Cinselliğin, öğrenilebilen ve yönlendirilebilen bir olgu olduğu ve bu değişimin en basit şekilde “*cinsel haz nesneleri (CHN)*” vasıtasıyla gerçekleştiği söylenmektedir. CHN’ler, “*cinsel nesne*” kavramından farklı olup, kişilerin subjektif görüşleriyle birlikte şekillenir. Örneğin, “*Marilyn Monroe bir cinsel nesnedir; erkeklere cinselliği hatırlatır, ama Marilyn Monroe’nun gülümsemesi, yüz ifadesi, hareketleri veya giyiniş tarzı bir erkek için cinsel haz nesnesi haline gelebilir.*” CHN’lerin hayal gücüne bağlı olarak dinamik ve sosyal kalıtım yoluyla, kültür ve medya tarafından oluşturulduğu belirtilmekte ve parafilinin oluşmasında CHN kavramının etkili olduğu söylenmektedir.⁸⁹ Zira psikanalitik⁹⁰ araştırmalar bireylerin “*arzu ve zevk*” algılarının, içinde buldukları kültürel atmosferle birlikte şekillendiğini ortaya koymaktadırlar.⁹¹

Cinsel yönden uyarılmada⁹² zorluk yaşayan kimseler, yeni cinsel nesnelere, CHN’ler ve fanteziler aramakta olup, bu durum “*varyasyon*” kavramıyla ifade edilmektedir. Varyasyon kavramının, ilk erotik literatürünün ortaya çıkmasıyla gündeme geldiği belirtilmektedir. Varyasyon kavramını patolojik⁹³ olarak

⁸⁸ Michel **FOUCAULT**, Cinselliğin Tarihi (Çev. Hülya TUFAN), C. 1, B. 1, İstanbul 1986, s. 65-76. Dolayısıyla günümüzde dünya genelinde, cinselliğe ve buna bağlı olan müstehcenliğe belli şartlar altında müsaade ediliyor olmasında, yaşanan bu hadiselerin etkisi olduğu söylenebilir.

⁸⁹ Ümit **SAYIN**, Parafili 1: Cinsel Bozukluklar ve Normal Ötesi Davranışlar, B. 1, İstanbul 2016, s. 138-140.

⁹⁰ Ruh bilimi, ruhsal çözümleme, bkz. **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (E.T.: 21.03.2019).

⁹¹ **ÇAM**, s. 78.

⁹² Cinsel yönden uyarılmanın “*öznel uyarılma*” ve “*nesnel uyarılma*” olmak üzere iki bileşeni olduğu belirtilmektedir. Öznel uyarılma kişinin “*tahrik olma duygusu*” olarak ifade edilmektedir. Bu uyarılma beyinde başlayıp sinir sistemi ve hormonlar aracılığıyla genital bölgeye aktarılmaktadır. Kadında ve erkekte fiziksel belirtilerin ortaya çıktığı bu aşama, “*nesnel uyarılma*” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Cem **İNCESU**, “*Cinsel İşlevler ve Cinsel İşlev Bozuklukları*”, in. Klinik Psikiyatri Dergisi, C. 7, S. 3, Y. 2004, s. 5.

⁹³ Hastalıklı, bkz. Ejder **YILMAZ**, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, B. 4, Ankara 2012, s. 594.

nitelendirilmenin ve cinselliği sadece “*koitusa*”a⁹⁴ indirgemenin çok hatalı bir düşünce olduğu söylenmektedir.⁹⁵ Varyasyon arayışındaki kimselerin CHN’ler yanında cinselliğin açık şekilde sergilendiği “*pornografi*” veya “*erotik*” ürünlere yöneldiği belirtilmektedir. Bu sayede beyin tarafından daha fazla “*testosteron*”⁹⁶ ve “*oksitosin*”⁹⁷ salgılanmaktadır. Bunlar arttıkça daha fazla fantezi kurulmakta ve bu durum pozitif bir döngü oluşturmaktadır.⁹⁸

3. Müstehcenlik ve Erotik

Erotik kelimesi, “*cinsel duyular veya onlara bağlı olan duyuların uyandırdığı duygu ve coşkularla ilgili*” olarak tanımlanmaktadır.⁹⁹ Erotik kelimesinin, “*aşkla ilgili olan, aşkı anlatan*” anlamındaki, Fransızca “*eros*” kelimesinden türetilmiş olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁰ Erotik teriminin; cinsel davranışları estetik şekilde tasvir eden, bunların yararlı ve olağan olduğunu ön plana çıkaran eserler için kullanıldığı ifade edilmektedir.¹⁰¹ Erotizm olgusunun işlendiği güzel sanatlarda, konunun

Psikiyatride patoloji, davranış biçimlerinin; “*çelişkilere yol açması; ruhsal ve fizyolojik dengeyi kaybettirmesi; kişinin toplumdaki konumuna, iş ve arkadaş ilişkilerine zarar vermesi; saplantılı şekilde tekrarlanması*” durumlarında ortaya çıkmaktadır. Bkz. **SAYIN**, s. 148.

⁹⁴ Latince karşılığı coitus olan bu kavram, erkek üreme organının dişi üreme organına penetrasyonunu ifade eder, bkz. **Tıp Terimleri Sözlüğü** – TIPFAK, <https://www.tipfak.com/tip-terimleri-sozlugu/> (E.T.: 13.03.2019).

⁹⁵ **SAYIN**, s. 145.

⁹⁶ Erkek cinsiyet hormonu, bkz. **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (E.T.: 14.03.2019).

⁹⁷ Çiftlerin birbirlerine duygusal açıdan bağlanmasını sağlayan “*aşk hormonu*” olarak da adlandırılan bir hormondur. Bkz. Gökçe Nur **SAY** – Mahmut **MÜJDECİ**, “*Oksitosin ve Psikiyatride Bozukluklar*”, in. Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi, C. 8, S. 2, Y. 2016, s. 102, 103.

⁹⁸ **SAYIN**, s. 140, 141.

⁹⁹ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 24.03.2019).

¹⁰⁰ Hasan **GERÇEKER**, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, B. 1, Ankara 2011, s. 2420.

¹⁰¹ Veli Özer **ÖZBEK**, Müstehcenlik Suçu, B. 1, Ankara 2009, s. 19. (**Müstehcenlik**)

tavırdan sonra geldiği; ortam, stil ve eşsiz görünümün, çok ilginç ve dikkat çekici olduğu belirtilmektedir. Bu itibarla kötü erotik çalışmaların bile, pornografiden rahatlıkla ayırt edilebileceği söylenmektedir.¹⁰² Buna göre erotik şekilde sergilenen cinsel davranışların müstehcen olarak kabul edilmesi “toplumun”, “kanunun” veya “yargı makamlarının” tercihinine bağlıdır.

4. Müstehcenlik ve Pornografi

Pornografi kelimesi, Eski Yunanca’da “fahişelik hakkında yazmak” anlamına gelen, “pornographos” kelimesinden türetilmiştir. “Pornographos” kelimesi, “porne (fahişe)” ve “graphos (yazmak)” kelimelerinin birleşiminden oluşur. Eski Yunan’da “porne” kelimesi yalnızca; en düşük sınıftaki, en ucuz, en itibarsız, kadınlar içinde en az korunan fahişeleri ifade etmek için kullanılmıştır. Bu itibarla “pornographos”, “seks hakkında yazmak”, “erotizmi veya cinsel davranışları tasvir etmek” anlamlarına değil, “en iğrenç fahişelerin tasvir edilmesi” anlamına gelir.¹⁰³ Dilimizde pornografi kelimesi “porno” kelimesiyle de ifade edilmekte olup, “amacı cinsel dürtülere yönelik olan, ahlaki değerlere aykırı düşen yayın, resim vb.” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁴ Bu tanımlarla da uyumlu olarak “pornografi” kavramı, “cinsel davranışların toplumsal ve psikolojik öğelerine yer verilmeksizin, estetik bir kaygı güdülmeksizin, cinselliğin birçok yönden gerçek dışı, gelişigüzel ve düzensiz tasvir edilmesi” şeklinde ifade edilebilir.¹⁰⁵ Bu değerlendirmeler ışığında pornografinin, her halde müstehcen olduğu söylenebilir. Zira pornografi, müstehcenliğin zorunlu unsuru olan cinselliğin

¹⁰² Beatrice **FAUST**, Kadınlar Seks ve Pornografi (Çev. Erdem BAGATUR), B. 1, İstanbul 1986, s. 32.

¹⁰³ Andrea **DWORKIN**, “Pornography”, in. The Feminism and The Visual Culture Reader (Ed.: Amelia JONES), B. 1, New York 2003, s. 387.

¹⁰⁴ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 24.03.2019).

¹⁰⁵ **FAUST**, s. 27-29.

yanında, bulunması gereken üç seçimlik unsurundan ikisini (saygısız, özensiz) ih-tiva eder.¹⁰⁶

Öte yandan pornografiler içerdikleri konu açısından, “*soft (basit)*”¹⁰⁷ ve “*hard (sert)*” olmak üzere, iki gruba ayrılmaktadır. “*Sert pornografi*” kavramı altında, çocuk pornografisi, hayvanlarla insanlar arasındaki cinsel davranışlar, cinsel şiddet içeren cinsel davranışlar gibi, normal kabul edilmeyen cinsel davranışlara ilişkin ürünler yer almaktadır.¹⁰⁸ Psikolojide ve psikiyatride “*normal*” kavramının sınırlarını belirlemenin oldukça güç olduğu ve bu itibarla birçok farklı davranış şeklinin söz konusu olduğu cinsellikte de, normal kavramının kesin bir tanımının yapılamayacağı söylenmektedir. Zira insanların davranışları kültür, iklim, dini inançlar, toplumların bilim ve refah düzeyi vb. etkenlerden dolayı bölgeden bölgeye zamandan zamana değişiklik göstermektedir.¹⁰⁹ Buna göre “*sert pornografi*” kavramını ortaya koymak adına psikoloji biliminde, bir rahatsızlık olarak kabul edilen “*parafili*” kavramından yararlanmak gerekir. Bunun yanında kanımızca sert pornografileri “*çocuk pornografisi*” ve “*anormal pornografi*” olarak iki ayrı başlık altında incelemek

¹⁰⁶ **Aksi yöndeki bir görüşe göre**, pornografi müstehcen olabilir de olmayabilir de. Müstehcenlik kavramı pornografi kavramının aksine, mutlak bir sübjektiflik barındırmaktadır. “*Pornografi, ne fazla ne eksik, yalnızca bir seks yardımcısıdır ve fiziksel temas olmaması gerçeği yalnızca tesadüfidir. Pornografik materyal, cinsellik yerine geçen bir şeydir.*” Bkz. Frederick **SCHAUER**, İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme (Çev. M. Bahattin SEÇİLMİŞOĞLU), B. 1, Ankara 2002, s. 247.

¹⁰⁷ “*Soft*” kelimesinin Türkçe karşılığı “*yumuşak*”tır. Bkz. **Cambridge Yabancılar İçin Çevrimiçi Sözlük**, <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce-türkçe/soft> (E.T.: 24.03.2019). Ancak pornografi kavramını, anlamına binaen “*yumuşak*” olarak nitelendirmenin makul olmadığından hareketle, “*yumuşak*” kelimesi yerine “*basit*” kelimesini tercih ediyoruz.

¹⁰⁸ Giorgia **ROLLO** – Frank **NEUBACHER**, “*Çocuk Pornografisi ve İnternet – Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Genel Bir Bakış*” (Çev. İlker TEPE), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuklar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s. 652. Sert pornografilerin, müstehcen sayılmayacağı yönündeki görüş için, bkz. Süheyl **DONAY**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, B. 1, İstanbul 2007, s. 327. (**Şerh**)

¹⁰⁹ **SAYIN**, s. 147.

gerekir. Zira çocukların cinselliğinin olmaması ve çocukların cinsel yönden istismar edilmesinin hiçbir şekilde kabul edilemeyecek olması yanında; çocuk pornografisi dışındaki sert pornografiler yönünden bu denli kesin sınırlar çizmek her durumda mümkün değildir.

B. SERT PORNOGRAFİ KAVRAMININ KAPSAMI VE SINIRLARI

1. Parafili Kavramı

Parafili, Eski Yunanca “*para: ötesinde, çarpılmış, hatalı*” ve “*philia: sevgi, sevi, aşk*” anlamlarındaki kelimelerinin birleştirilmesi sonucu türetilmiştir ve psikiyatride “*atipik cinsel ilgiyi, cinsel sapmaları*” ifade etmektedir.¹¹⁰ Parafili kavramı ilk kez, Amerikan Psikiyatri Birliği (APA) tarafından yayımlanan “*Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatiksel El Kitabı (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM)*” 1980 versiyonunda (DSM-3) kullanılmış olup, günümüzde dünya genelinde cinsel sapmalar, parafili kavramıyla ifade edilmektedir.¹¹¹ Parafili kavramı kabul edilmeden önce cinsel sapmalar (sexual aberrations), Sigmund Freud’un bu

¹¹⁰ Nesrin **DUMAN**, “*Parafili ve DSM’lerdeki Seyri*”, in. OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 9, S. 16, Y. 2018, s. 1287.

¹¹¹ Cinsel uyarılmanın ve hazzın, alışılmadık davranışlar sonucu elde edilmesi, bu davranışların tehlikeli kabul edilmesine neden olmuş ve buradan hareketle parafili, psikolojik hastalıklar grubuna dahil edilmiştir. Bkz. Oğuz **POLAT**, Şiddet, B. 2, Ankara 2017, s. 89. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1952 yılında yayımlanan ilk DSM’de (DSM-1) parafililer; kişilik bozuklukları bölümünde, sosyopatik kişilik rahatsızlıkları başlığı altındaki cinsel sapma alt başlığında belirtilmiştir. DSM-1’de cinsel sapma şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bu tanı, şizofrenik veya obsesyonel tepkiler gibi daha ağır sendromların semptomları olmayan sapkın cinsellikler için ayrılmıştır. Bu tanı daha önceleri ‘patolojik cinsellikli psikopatik kişilik’ olarak tanı koyulan pek çok vakayı da kapsamaktadır. Teşhis, pedofili (pedophilia), homoseksüalite (homosexuality), transvestizm (transvestism), fetişizm (fetishism) ve cinsel sadizm (sexual sadism) gibi patolojik davranışın türünü belirleyecektir.*” DSM-2’ye göre cinsel sapmalarda bulunanlar, “*kendi uygulamalarını iğrenç bulmasına rağmen, normal cinsel davranış ikame edemezler.*” Ayrıca DSM-1’den farklı olarak DSM-2’de, teşhircilik (exhibitionism), röntgencilik (voyeurism), cinsel mazoşizm (sexual mazoshism) ve nekrofil (necrophilia) kavramları da cinsel sapmalar arasına eklenmiştir. Bkz. **DUMAN**, s. 1292-1294.

durumları karşılamak üzere ortaya koyduğu “*perversion*” kavramıyla ifade edilmek-
teydi.¹¹²

DSM-3’e göre, “*parafillerin temel özelliği, cinsel heyecan için alışılmadık ey-
lemlere ihtiyaç duymalarıdır. Bu tür eylemler ısrarcı ve istemsiz bir şekilde tekrarlama
eğilimindedir ve genel olarak (1) cinsel uyarılma için insan olmayan bir nesnenin kul-
lanılmasının tercih edilmesini, (2) gerçek ya da simüle edilmiş acı veya aşağılamayı
içeren insanlarla tekrarlayıcı cinsel aktiviteyi veya (3) rızası olmayan partnerlerle tek-
rarlayıcı cinsel aktiviteyi içerir.*”¹¹³

¹¹² Jerome **NEU**, “*Freud and Perversion*”, in. Philosophy and Medicine – Sexuality and Medi-
cine, C. 22, Dordrecht 1987, s. 153, 154. İnsanlarda ve hayvanlarda beslenmeyle ilgili olan
“*açlık*” terimi, cinsellik açısından “*libido*” olarak ifade edilir. Libido, genellikle ergenlik ça-
ğında ortaya çıkar ve bir cinsin diğer cinse karşı duyduğu karşı konulamaz bir çekim olarak
tanımlanmaktadır. Bu çekim neticesinde kişi, cinsel birleşme amacıyla harekete geçer. Ama-
cını gerçekleştirmek isteyen kimse iki ayrı unsur bakımından tercihte bulunmaktadır. Bun-
lardan ilki, ilişkiye girilmek istenen şey “*cinsel obje veya süje*”, ikincisi ise ilişkiye girme iç-
güdüsünün yöneldiği eylem olan “*cinsel amaç*” tır. Bilimsel olarak yapılan gözlemlerde her
iki terim açısından sapmaların olduğu tespit edilmiştir. Cinsel obje veya süje açısından sap-
malar; kendi cinsine, cinsel bakımdan olgunlaşmamış kişilere veya hayvanlara yönelik or-
taya çıkmaktadır. Cinsel amaç yönünden sapmalar; ağızın veya anüsün cinsel organ olarak
kullanılması, uygun olmayan şeylerin cinsel nesne yerine konulması (fetişizm), sadizm ve
mazoşizm olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. Sigmund **FREUD**, Cinsellik Üzerine Üç Deneme
(Çev. Selçuk BUDAK), B. 5, İstanbul 2018, s. 49-70. (**Cinsellik**)

¹¹³ DSM-3’te, parafilik davranışlara “*zoofili (zoophilia)*” eklenmiş ve ayrıca homoseksüalite
parafilik davranışlar arasından çıkarılıp, “*diğer psikoseksüel bozukluklar*” başlığı altına ta-
şınmıştır. 1987 yılında yayımlanan DSM-3R’de parafilik davranışlara sürtünmecilik (frotte-
rism) eklenmiş ve homoseksüalite tamamen kaldırılmıştır. 1994 yılında yayımlanan DSM-
4’e göre, “*Parafiller; olağandışı nesnelere, aktiviteler ya da durumları içeren tekrarlayıcı, yo-
ğun cinsel dürtüler, fanteziler ya da davranışlarla karakterize edilir ve klinik açıdan belirgin
sıkıntıya ya da iş, sosyal alanlarda veya diğer önemli işlevsellik alanlarında işlevsellikte düş-
meye neden olur. Parafilin özellikleri genel olarak; 1) insan olmayan nesnelere, 2) kişinin ya
da partnerinin aşağılanması ve acı çekmesini ya da 3) çocuğun veya diğer rızası olmayan ki-
şileri içeren altı aydan fazla bir zaman dilimi içinde olan tekrarlayan, yoğun cinsel olarak uya-
rıcı fanteziler, cinsel dürtüler ya da davranışlardır. Bazı kişiler için parafilik fanteziler ya da
uyaranlar, erotik uyarılma için zorunludur ve daima cinsel aktivite içerisinde yer alır. Bazı
kişiler için ise parafilik tercihler dönemler halinde ortaya çıkar (örneğin stres dönemlerinde)
ve diğer zamanlarda kişi, parafilik fantezi ya da uyaran olmaksızın cinsel işlev sergileyebilir.*”,
bkz. **DUMAN**, s. 1294-1296.

APA'ya göre insanlar, cinsel yönden uyarılmak için sıklıkla parafilik fantezilere başvurmaktadır. Bu parafilik fantezilerin basit haliyle zararsız olduğu ve yasa dışı olmadığı söylenmektedir. Ancak sınır aşıldığında, söz konusu durum adli mercilerin alanına girmektedir. Bu sebeple 2013 yılında yayımlanan DSM-5'te, parafililerin sonuna "bozukluk (disorder)" ibaresi eklenerek, davranışın kendisi veya bu davranıştan kaynaklanan bir bozukluğun açıkça ayırt edilmesi amaçlanmıştır. Bu itibarla bir bireyin parafilik davranışlar göstermesi, ona parafili bozukluğu tanısı koyulması için yeterli olmayacaktır.¹¹⁴

DSM-5'e göre parafili, "fenotipik olarak normal, fiziksel olarak olgun, rıza gösteren insan partnerleri ile yapılan hazırlayıcı okşamalara veya genital simülasyona olan cinsel ilginin dışındaki herhangi bir yoğun ve ısrarcı cinsel ilgiyi ifade eder. Bazı durumlarda, yaşlı ve tıbbi olarak hasta olan ve herhangi bir türden 'yoğun' cinsel ilgisi olmayan kişilerin değerlendirilmesinde olduğu gibi, yoğun ve ısrarcı kriterlerinin uygulanması zor olabilir. Bu gibi durumlarda, parafili terimi, normofilik¹¹⁵ cinsel ilgilere eşit ya da fazla olan herhangi bir cinsel ilgi" olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁶

DSM-5'e göre parafili bozukluğu, "kişide strese veya işlevsellikte düşmeye neden olan ya da tatmini kişisel bir zarara veya diğerlerine zarar verme riskine yol açan bir parafilidir." Ayrıca, "bir parafilin, parafilik bir bozukluğa sahip olmak için gerekli olduğu, ancak yeterli bir koşul olmadığı ve bir parafilin kendisinin, klinik müdahaleyi zorunlu kılmadığı veya gerektirmediği" belirtilmiştir.¹¹⁷

¹¹⁴ DUMAN, s. 1297, 1298.

¹¹⁵ Gelenek, din veya hukuk tarafından normal ve meşru kabul edilen cinsel davranışlar. Bkz. <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/normophilia> (E.T.: 06.04.2019).

¹¹⁶ DUMAN, s. 1298.

¹¹⁷ DUMAN, s. 1298.

DSM-5'te yer alan her bir parafili için ayrı tanı ölçütleri bulunmaktadır. Bu ölçütlerden A-Kriteri, parafilin niteleyici özelliklerini; B-Kriteri ise parafilik davranışların olumsuz sonuçlarını belirtmektedir. Buna göre bir parafiliye, parafili bozukluğu tanısı koyulabilmesi için her iki kriterinde sağlanması gerekmektedir.¹¹⁸

2. Anormal Pornografi ve Parafili

a. Genel Olarak

"*Anormal pornografi*" kavramı daha önce de belirtildiği üzere çoğunlukla, şiddet kullanılarak, hayvanlarla veya ölmüş insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışları konu alan ürünleri nitelendirmek amacıyla kullanılır. Sayılan şekilde gerçekleştirilen cinsel davranışlar birer parafili türüdür. Bunun yanında en son yayımlanan DSM olan DSM-5'te; yaklaşık 550 çeşit parafili türü tanımlanmaktadır.¹¹⁹ O halde herhangi bir parafili türünü konu alan bir ürün "*anormal pornografi*"

¹¹⁸ Cinsel zevklerin zamandan zamana toplumdan topluma değişken nitelikte olması, parafilin tanımlanmasını yönünden büyük zorluklara neden olmaktadır. Parafili tanımlarının ve içeriğinin DSM'lerdeki seyri göz önüne alınarak, söz konusu davranışların kriminalize veya depenalize edilmesinin, bu kavramın şekillenmesinde oldukça etkili olduğu söylenmektedir. Bu durum parafilin adli istismara açık olduğu yönündeki eleştirileri haklı çıkarmaktadır. Bunun yanında parafilin, "*kültürel ve zamansal bir fenomen*" olduğundan hareketle, yetişkinler arasındaki rızayla gerçekleştirilen davranışların zamanla DSM'lerden kaldırılacağı iddia edilmektedir. **DUMAN**, s. 1297-1300.

¹¹⁹ **SAYIN**, s. 152. En son yayımlanan DSM olan DSM-5'te; fetişizm (nesne tutkusu), transvestizm (karşı cinsin eşyalarına karşı nesne tutkusu), cinsel mazoşizm, cinsel sadizm, teşhircilik, röntgencilik, sürtünmecilik, pedofili ve başka türlü adlandırılmayan parafililer olmak üzere temelde sekiz parafili bozukluğu listelenmiştir. Başka türlü adlandırılmayan parafililerin, parafili ve parafili bozukluğu ölçütlerine tam olarak uymadığından, bu parafililer ayrı bir kategoride sınıflandırılmıştır. Başka türlü adlandırılmayan parafili kategorisinde yer alan bazı parafililer; nekrofil, zoofili, koprofil (üzerine dışkı yapılmasından haz alma), ürofil (üzerine idrar yapılmasından haz alma), asfiksifili (boğulma eyleminden haz alma), catheterophilia (idrar kesesine yerleştirilen kateterden haz alma), emetophilia (kusmaktan haz alma), lactophilia (emziren göğüslerden haz alma), agalmatophilia (nü heykelden haz alma), mechanophilia (makinelere karşı cinsel istek duyma), parsiyelizm (vücudun belli bölümlerine karşı cinsel davranışta bulunma), telefon sapıklığı olarak belirtilebilir. Bkz. **DUMAN**, s. 1293; **İNCESU**, s. 6; **POLAT**, s. 98.

olarak nitelendirilebilir. Kanımızca “*anormal pornografi*” denilince belirli parafili türlerine ilişkin cinsel davranışları konu alan ürünlerin gündeme gelmesi, bu parafili türlerine bağlı ortaya çıkabilecek parafili bozukluklarının, diğerlerine kıyasla çok daha tehlikeli görülmesinden kaynaklanır. Bu bağlamda; şiddet kullanılarak, hayvanlarla veya ölmüş insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin parafili türlerinin tüm yönleriyle ortaya konulması, bunların sergilendiği anormal pornografilerin tespiti ve bunlara mücadele edilmesi açısından büyük önem arz eder.

b. Cinsel Sadizm ve Cinsel Mazoşizm

Şiddet kullanılarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, parafili türlerinden “*cinsel sadizm*” ve “*cinsel mazoşizm*” kavramlarını ifade eder. DSM’ye göre; cinsel sadizm, “*psikolojik veya fiziksel acı vermenin heyecan verdiği hayali ya da gerçek, tekrarlayan, yoğun olarak uyarıcı cinsel fantezi, dürtü ve davranışları*”; cinsel mazoşizm, “*aşağılanmaktan, dövülmekten, bağlanmaktan veya herhangi bir şekilde acı çektirmekten yoğun olarak haz duymayı*”, ifade eder.¹²⁰

c. Zoofili

Hayvanlarla cinsel davranışlarda bulunma isteği, parafili türlerinden “*zoofili*” olarak adlandırılmaktadır. Zoofili, Eski Yunanca “*zoo: hayvan*” ve “*philia: sevgi, sevi, aşk*” anlamlarındaki kelimelerin birleştirilmesi sonucu türetilmiştir. DSM’ye göre, zoofilik davranışlar, “*bir hayvanın bir insan tarafından cinsel olarak suistimal ve*

¹²⁰ Cinsel sadizm ve mazoşizm kavramları, bilimsel şekilde ilk kez 1886 yılında yayımlanan Richard von Krafft-Ebing’in “*Cinsel Psikopati*” adlı eserinde kullanılmıştır. Söz konusu eserde, kaleme aldığı sert pornografik eserlerle ünlü Fransız edebiyatçı Marquis de Sade’nin kitaplarından alıntılar yapan yazar; Sade’nin acı ve aşağılanma yerine kullandığı “*Sacher-Masoch*” kavramından mazoşizm, Sade’nin isminden esinlenerek sadizm kavramlarını türetmiştir. Bkz. **POLAT**, s. 92-94.

istismar edilmesi olayını; vajinal, anal, oral penetrasyon; okşama; oral veya genital ilişki; bir obje kullanarak penetrasyon ve cinsel tatmin duygusu için hayvanı yaralamak ve hatta öldürmek eylemlerini içerir.”¹²¹

d. Nekrofil

Ölülerle cinsel davranışlar gerçekleştirme isteği olarak ifade edilen ve bir parafili türü olan “*nekrofil*” kavramı, Eski Yunanca “*nekros: ceset*” ve “*philia: sevgi, sevi, aşk*” anlamlarındaki kelimelerin birleştirilmesi sonucu türetilmiştir. Nekrofil kelimesi yerine ayrıca, “*nekrofilizm, nekrolagnia, nekrokoitus, nekrochlesis ve thanatofili*” kelimelerinin kullanıldığı da belirtilmektedir. Nekrofiller, psikoseksüel bozukluğun şiddeti esas alınarak on farklı şekilde sınıflandırılmaktadır: “*Class I nekrofiller: (Role players) Ölü taklidi yapan biri ile cinsel ilişkiden uyarılan kimselerdir; Class II nekrofiller: (Romantik nekrofiller) Sevdikleri insanı kaybeden ancak bu kaybı duygusal anlamda kaldıramayan ve sevdikleri öldükten sonra, ölmeden önceki gibi, beraber cinsellik yaşamaya devam eden kimselerdir;*¹²² *Class III nekrofiller: (Fantezici nekrofiller) Ölülerle herhangi bir fiziksel temas kurmadan, sadece birlikteliğin fantezisini kuran kimselerdir; Class IV nekrofiller: (Taktile nekrofiller) Orgazm olmak için ölüye dokunma ihtiyacında olan kimselerdir; Class V nekrofiller: (Fetişistik nekrofiller) Ölü ile cinsel ilişkide bulunmayan ancak fetişistik aktiviteleri için ölünün bir parçasını veya parçalarını kesen hatta yanında tutan kimselerdir; Class VI nekrofiller: (Nekromutilomanyaklar) Ölü ile cinsel ilişkiye girmeyen ancak, ölü bedeni parçalara ayırırken cinsel*

¹²¹ Danimarka’da 2015 yılına kadar, Endonezya ve Brezilya’da ise halen “*hayvan genelevlerinin*” işletilmekte olduğu ve zoofillerin bu ülkelere seks turizmi yaptığı belirtilmektedir. Bununla birlikte hayvanların cinsel istismarının çoğunlukla, kadınların ve çocukların cinsel istismarıyla birlikte görüldüğü söylenmektedir. Bkz. **POLAT**, s. 102, 103.

¹²² Mısır’da, devrik lider Mursi’nin döneminde, nekrofilik kanun olarak nitelendirilen ve karısı öldükten sonra altı saat daha cinsel ilişkide bulunmanın dine uygun olduğu yönünde fetvalar çıkarılmıştır. Bkz. **SAYIN**, s. 161.

haz duyan ve mastürbasyon yapan kimselerdir; Class VII nekrofiller: (Fırsatçı nekrofiller) Normalde canlı biriyle cinsel ilişkiden zevk alan ancak fırsat bulurlarsa ölülerle de cinsellik yaşayan kimselerdir; Class VIII nekrofiller: (Klasik nekrofiller) Canlı biriyle cinsel ilişkide bulunmaktan zevk almayan ve bu sebeple ceset bulmaya çalışan ve ceset hırsızlığı yapan kimselerdir; Class IX nekrofiller: (Homicidal nekrofiller) Nekrofiller içindeki en tehlikeli grup olarak adlandırılırlar. Cesediyle cinsel ilişkiye girebilmek adına o kişiyi öldüren kimselerdir; Class X nekrofiller: (Özel nekrofiller) Canlı birey söz konusu olunca iktidarsızlaşan, cinsel ilişkiye giremediği için ölülerle mecburi cinsellik yaşayan ve mutlak şartta ihtiyaç duyduğu ölü bedene sahip olmak için her türlü eylemi gerçekleştirebilen kimselerdir.”¹²³

3. Çocuk Pornografisi ve Parafili

Çocuklara cinsel yönden ilgi duymak parafilin bir türü olan “pedofili”dir. Pedofiller, çocuğun cinsel yönden sömürülmesi bir saplantı olarak görülmektedir. DSM-5’e göre bir kimseye pedofili tanısı koyulabilmesi için; “en az altı aylık süre boyunca, ergenlik dönemine girmemiş bir çocukla cinsel aktivitede bulunmakla ilgili yinelenen, cinsel yönden uyarıcı yoğun düşümler, cinsel itkiler veya davranışların söz konusu olması; bunun yanında kişinin en az on altı yaşında olması ve istismarcının, istismar edilen çocuktan en az beş yaş büyük olması” gerekmektedir.¹²⁴

Belirtmek gerekir ki çocukların cinsel istismarını konu alan, yalnızca görüntüler değil, ses kayıtları veya yazılı hikayeler de çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilmelidir. Zira pedofillerin; çocukla seksi konuşmalar gerçekleştirme, çocukları gizlice gözetleme (voyeurism – röntgencilik), çocukların önünde kendi cinsel

¹²³ POLAT, s. 98, 99.

¹²⁴ POLAT, s. 162, 163.

bölgelerini teşhir etme vb. durumlardan da cinsel olarak uyarıldıkları ve haz elde ettikleri bilinmektedir.¹²⁵ Buradan hareketle, çocuğun baştan çıkarıcı şekilde tasvir edildiği ürünler yanında; örneğin, banyo yaparken çekilen salt çıplaklık içeren bir fotoğrafın da, pedofiller tarafından heyecanlandırıcı bulunabileceği ve bu sebeple çocuk pornografisi niteliğinde değerlendirilebileceği söylenmektedir.¹²⁶

Pedofilinin temel olarak ortaya çıkış nedeni tespit edilememekle birlikte, araştırmalara göre genellikle baskın bir anne ve pasif bir babanın bulunduğu aile ortamının ciddi bir risk yarattığı görülmektedir. Pedofiller, tercihsel pedofil ve durumsal pedofil olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar.¹²⁷

Tercihsel pedofillerin; çocuklara yönelik cinsel eğilimleri çoğunlukla ergenlik döneminde başladığı; çocuklar üzerinde her tür cinsel davranışa karşı ilgi duydukları; tüm eylemlerini önceden planlayarak gerçekleştirdikleri; genellikle penetras-yondan çeşitli nedenlerden dolayı çekindikleri; kendi yaşlarına karşı cinsel ilgi geliştiremedikleri; yaptıklarının yanlış olduğunu düşünmedikleri ve pedofil olarak damgalanmış olmaktan rahatsızlık duymadıkları, belirtilmektedir.¹²⁸

Durumsal pedofillerin ise; çocuklara yaptıklarından dolayı pişmanlık

¹²⁵ **POLAT**, s. 154, 155.

¹²⁶ **POLAT**, s. 156, 157. Pedofiller üzerine yapılan araştırmalarda bu kimselerin, çocukların cinsel istismarını konu alan ürünlerden daha çok, herkesin aşına olduğu gündelik görüntüleri, reklamları tercih ettiklerini göstermektedir. ABD’de yapılan bir araştırmada pedofiller, çocuklara yönelik yayın yapan “*Disney Channel*”ın, çocuk pornografisinin “*Hollywood*”u olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. **ÇAM**, s. 61.

¹²⁷ **POLAT**, s. 165.

¹²⁸ **POLAT**, s. 167, 168. Tercihsel pedofiller yakalandıklarında; “*çocuğu kucaklamak suç mu?*”, “*sadece bir kez oldu*”, “*çocuk sapığı biri değilim ama erkek çocuklardan hoşlanıyorum*” vb. şekillerde kendilerini savunmaktadırlar. Bkz. Ayten **ERDOĞAN**, “*Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi*”, in. *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi*, C. 2, S. 2, Y. 2010, s. 137.

duydukları ve yaptıklarının yanlış olduğunu kabul ettikleri; cinsel istismar yönünden planlı hareket etmedikleri ve aniden karar verdikleri; çoğunlukla penetrasyon gerçekleştirilmeyi tercih ettikleri; işsizlik, ailevi problemler, yalnızlık, kaygı vb. stres faktörlerinden etkilenerek çocukları cinsel istismara yönelebildikleri, belirtilmektedir. Bunun yanında durumsal pedofillerin; *“ruhsal bir hastalığa bağlı olarak ya da yetişkinlerle ilişki kuramamaktan ötürü çocukları istismar eden yetersiz istismarcı (inadequate); çocuklarla da cinsel ilişkiye girmeyi merak eden cinsellik düzeyinde ayırım yapmayan istismarcı (sexually indiscriminate); tam anlamıyla bir sapkınlık olarak nitelendirilebilecek düzeyde çevresindeki herkesi cinsel olarak istismar etme düşüncesinde olan, ahlaki açıdan ayırım yapmayan istismarcı (morally indiscriminate); normalde yetişkinlerle ilişkisi olan fakat stres faktörleri onları bu ilişkilerini çocuklarla yaşamaya yöneltmiş, baskılanmış istismarcı (regressed)”* olmak üzere dört alt türü olduğu söylenmektedir.¹²⁹

Bu çerçevede cinsellik içermeyen çocuk fotoğrafları vb. ürünler, her ne kadar tercihsel pedofilleri uyarsa da, bunların durumsal pedofilleri uyaracağı söylenemez. Bu sebeple söz konusu ürünler, çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilmemelidir.¹³⁰ Buradan hareketle çocuk pornografilerinin esasen, *“durumsal parafiller”* yönünden tehlike arz ettiği söylenebilir. Zira bu kimseler söz konusu ürünlerle temas ettiklerinde, çocukları cinsel yönden istismar etmeye eğilim gösterebilirler.

Pedofilleri tespit etmek ve bunlarla mücadele etmek adına İrlanda’da 2002

¹²⁹ POLAT, s. 169, 170.

¹³⁰ ABD Yüksek Mahkemesi de bir kararında; *“çizgi filmler, video oyunları ve şeker gibi kendi kendine masum olan bir sürü şey vardır, bununla birlikte, bunlar da gayri ahlaki niyetler için kullanılabilir, yine de kötüye kullanılma ihtimalinden dolayı bunların yasaklanmasını düşünmeyiz.”* sonucuna ulaşmıştır. *“Ashcroft v. Free Speech Coalition”*, No: 535 U.S., K.T.: 16.04.2002, Çev. Nuri YURDUSEV, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (Ed.: Zühtü ARSLAN), B. 1, Ankara 2003, s. 474.

yılında “COPINE – Combating Paedophile Information Networks in Europe (Avrupa’daki Pedofili Bilgi Ağlarıyla Mücadele)” ölçü sistemi oluşturulmuştur. Bu sistemde ürünün konusuna göre, beş farklı seviye yer almaktadır: “Seviye 1”, cinsel davranışlar yer almayan erotik pozları; “Seviye 2”, çocuklar arasında gerçekleştirilen cinsel ilişki içermeyen cinsel davranışları veya bir çocuğun mastürbasyon yapmasını; “Seviye 3”, yetişkinler ile çocuklar arasında cinsel ilişki içermeyen cinsel davranışları; “Seviye 4”, çocuklar arasındaki veya yetişkinler ile çocuklar arasındaki cinsel ilişkileri; “Seviye 5”, sadizm içeren cinsel davranışları veya çocuklar ile hayvanlar arasındaki cinsel ilişkileri, ifade eder. Binlerce görüntü içeren davalarla uğraşan kolluk görevlileri ve savcılar, görüntülere bakmayı hangi noktada durdurabileceklerini belirlemek için COPINE sistemine başvurumaktadırlar. Ayrıca COPINE sistemi cezaların tayininde de kullanılmaktadır.¹³¹

C. KANUN, DOKTRİN VE UYGULAMADA MÜSTEHCENLİK KAVRAMI

1. Genel Olarak

Müstehcenlik kavramı mahiyeti gereği, her devirde her zaman geçerli olabilecek şekilde tanımlanamaz; yani kavramın analitik olarak kapsamı ve sınırları kesin bir şekilde ortaya koyulamaz. Zira bünyesinde birden fazla öznel yargı barındırmaktadır. Yukarıdaki açıklamalar göz önüne alındığında pornografi, mutlak şekilde müstehcendir. Diğer yandan müstehcenlik kavramının sınırlarının tespitinde iki farklı sorun ortaya çıkar. Bunlardan ilki, erotik kavramları ile müstehcenlik arasındaki sınırın nasıl çizileceği hususu; ikincisi ise, cinsel davranışlara ilişkin olmayan ancak, cinselliği çağrıştıran “cinsel nesne” veya “cinsel haz nesnesi” olarak ifade edilen

¹³¹ Bkz. <https://theukdatabase.com/uk-child-abusers-named-and-shamed/childhood-abuses/paedophile-party-members/> (E.T.: 06.04.2019).

şeylerin müstehcen sayılıp sayılmaması gerektiğidir. Her iki sorun da; “toplumun”, “kanunun” veya “yargı makamlarının” tercihi doğrultusunda çözülebilir. Burada toplumun tercihini diğerlerinden ayırmak gerekir. Zira belirtildiği üzere, toplumların müstehcenlik anlayışı, uygulanan yasaklar çerçevesinde şekillenmekte ve değişim geçirmektedir.¹³²

2. Müstehcenlik Kavramının Kanunlardaki Görünümü

Bir ürünün hangi durumlarda müstehcen kabul edileceğine ilişkin mevzuatlarda iki farklı eğilim vardır. Bunlardan biri, kanunda müstehcenliği tarif etmek; diğeri, yargı makamlarını serbest bırakmak ve bir tarifile bağlı tutmamaktır. Örneğin, Fransa, İsviçre ve Polonya ceza kanunlarında müstehcenlik suç olarak düzenlenmesine rağmen, bu kavram hakkında herhangi bir tarif bulunmamaktadır.¹³³ Öte yandan İCK, 765 sayılı mülga TCK¹³⁴ ve 1959 tarihli İngiliz “*Müstehcen Yayınlar Kanunu (Obscene Publications Act)*” gibi bazı kanunlarda müstehcenliğin tarif edildiği görülmektedir.¹³⁵ Ancak yapılan bu tariflerde, tatmin edici kıstaslar bulunmamaktadır.¹³⁶

Bununla birlikte kanunlarda müstehcenlik gibi belirsiz bir kavrama yer verilmesi veya yer verilmemesi gerektiği de tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, kanunilik ilkesi gereği müstehcenlik kavramı mutlak şekilde kanunlarda tanımlanmalıdır.

¹³² Bu sebeple müstehcenlik suçlarının düzenlendiği uluslararası antlaşmalarda, müstehcenliğin tanımı yapılmamaktadır. Buna karşın çocuk pornografisine ilişkin suçları diğerlerinden ayrı tutmak gerekir. Zira çocuk pornografisinin mutlak şekilde önlenmesi amacıyla, buna ilişkin tanımlar gerek uluslararası antlaşmalarda gerekse ceza kanunlarında ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Bkz. “Bl. 3., I. E.”, s. 199.

¹³³ DÖNMEZER, Özel, s. 204.

¹³⁴ 765 sayılı mülga TCK’ya “müstehcenlik” kavramının tarifi, 3266 sayılı Kanun (R.G., T.: 12.03.1986, S.: 19045) ile eklenmiştir.

¹³⁵ Süheyl DONAY, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta”, in. İÜMHAD, C. 1, S. 2, Y. 1968, s. 136. (Müstehcenlik)

¹³⁶ DONAY, “Müstehcenlik”, s. 130.

Zira müstehcenlik tarif edilmediği takdirde bu durum, hakimlerin keyfi karar vermesine ve benzer olaylara ilişkin farklı kararlar ortaya çıkmasına neden olur.¹³⁷ Aksi yöndeki görüşe göre, müstehcenlik kavramının içeriği doktrin ve yargı makamları tarafından belirlenmelidir. Nitekim zamana ve mekana göre değişkenlik gösteren müstehcenliğin tanımlanması halinde, uygulamada kanuni tanım dışında yer alan ancak müstehcenlik kapsamında kalan şeyler, cezasız bırakılacak ve toplum engellenmeye çalışılan tehlike ile karşı karşıya kalacaktır.¹³⁸

765 sayılı mülga TCK'da müstehcenlik, "*halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikteki genel ahlaka aykırılık*" olarak tanımlanmaktaydı.¹³⁹ İCK'da müstehcenlik, "*ortak hislere göre, utanma duygusuna*

¹³⁷ Hadi **TAN**, "*Müstehcen ve Hayasızca Neşriyat Hakkında Mukayeseli bir Etüd*", in. Adalet Dergisi, S. 3, Y. 39/1948, s. 176. "*Yapılan herhangi bir tanım tüm sorunları ortadan kaldırmayacaktır, ancak mutlaka sınırları az çok belli olan, belirli ölçütleri esas alan bir tanım yapılmasına çalışılmalıydı.*", bkz. Türkan Yalçın **SANCAR**, "*Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler*", in. AÜHFD, C. 53, S. 4, Y. 2004, s. 13.

¹³⁸ M. Muhtar **ÇAĞLAYAN**, Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. 3, B. 1, Ankara 1970, s. 426, 427 (**Ceza**); Faruk **EREM**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. IV, B. 3, Ankara 1985, s. 221 (**Özel Hükümler**); **YARSUVAT**, "*Cinsel*", s. 669, 670; **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 45. Müstehcenlik suçunun Al. CK.'daki karşılığı olan prg. 184'te, 1973 yılında yapılan değişiklikle "*ahlaksız yazı (unzüchtigen Schrift)*" ibaresi kanundan çıkarılmış ve yerine "*pornografik yazı (pornografischen Schrift)*" ibaresi eklenmiştir. Bu sayede sorumluluk sınırlarının daha kolay belirlenmesi amaçlanmıştır. Ancak belirsizliğin tam giderilmediği ve "*pornografik yazı*" ibaresinin de yoruma muhtaç olduğu belirtilmektedir. Bkz. Manfred **HEINRICH**, "*Die Verbreitung von Pornografie gem. prg. 184 StGB – Teil 1*", in. Zeitschrift für das Juristische Studium, C. 9, S. 2, Y. 2016, s. 132. Alman doktrininde "*pornografik yazı*" kavramı, "*kişilerin mutlak veya yoğun olarak cinsel yönden tahrik edilmesi amaçlanarak; ve bunun yanında toplumun geneli bakımından cinsellik yönünden sosyal değerler doğrultusunda çizilen sınırları aşacak şekilde üretilen şey*" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Karl **LACKNER**, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, B. 14, München 1981, s. 699.

¹³⁹ 5237 sayılı TCK'da müstehcenlik kavramına yer verilmiş olup, bu kavram tanımlanmıştır. Ancak mevzuatımızda müstehcenliğin tanımlandığı da görülmektedir. Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (R.G., T.: 02.11.2011, S.: 28103) m. 8/1-n'de müstehcenlik, "*cinsel duyguları sömürmeye yönelik, bireyleri cinsel meta olarak gösteren, insan bedenini cinsel tahrik unsuruna indirgeyen, toplumsal yaşam alanı içinde sergilenemeyecek mahrem söz ve davranışlar içeren, toplumda yaşayan bireylerin ar ve utanma duygularını örseleyen ve cinsel isteklerini tahrik ve istismar eden*" olarak tanımlanmıştır.

*dokunan, bu duyguyu rencide eden hareketler ve şeyler” olarak tanımlamaktadır.*¹⁴⁰
1959 tarihli İngiliz “Müstehcen Yayınlar Kanunu”na göre, “bir fiilin müstehcen olarak nitelendirilmesi için, bütün ilgili hususlara dikkat ederek onu kapsayan ve içinde ifade olunanların, okuyan, gören veya işiten üzerinde bütünü veya bir kısmı ile tesir ederek onları bozması ve ifsat etmesi aranır.”¹⁴¹

Görüldüğü üzere kanunlarda yer alan tanımlar, belirlilikten uzak olup, her halde doktrin ve yargı makamlarının yorumlarına muhtaçtır.

3. Doktrinde Müstehcenlik Kavramı

Doktrinde müstehcenlik kavramının sınırlarının nasıl belirlenmesi gerektiği öteden beri tartışılmaktadır. Ancak ortak şekilde kabul edilen tek hususun; müstehcenliğin toplum ahlakına zarar verdiği ve bu zararın engellenmesi gerekliliği, olduğu ifade edilmektedir.¹⁴² Bir görüşe göre müstehcenliğin tespitinde bireysel değil, birlikte yaşayanlar arasında müşterek ve ortalama bir duygu, esas alınmalıdır. Buna göre, minimum bir utanma duygusuna veya aşırı kabullere ya da fanatizmlere bakılmamalıdır.¹⁴³ Aksi halde cinsellikle ilgili her şeyin cezalandırılması riski ortaya çıkar.¹⁴⁴ İkinci bir görüşe göre müstehcenlik, topluma sunulması alışılmamış cinselliklidir.¹⁴⁵ Üçüncü bir görüşe göre, cinselliği kaba bir şekilde tasvir eden, estetik

¹⁴⁰ Devrim **GÜNGÖR**, “Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Pornografisi”, in. Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 1, Ankara 2015, s. 550. (**Çocuk Pornografisi**)

¹⁴¹ **DONAY**, “Müstehcenlik”, s. 136.

¹⁴² **DONAY**, “Müstehcenlik”, s. 130.

¹⁴³ **EREM**, Özel Hükümler, s. 222; Ayhan **ÖNDER**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 4, İstanbul 1994, s. 540. “Zira toplum içindeki belirli kişi ve toplulukların, kendilerine özgü edep ve iffet duygularına aykırı eserler ve şeyler müstehcen sayılamaz.”, **DÖNMEZER**, Özel, s. 209.

¹⁴⁴ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 50.

¹⁴⁵ **DONAY**, “Müstehcenlik”, s. 137. Fransa’da bir yerel mahkeme de kararında bu görüşü esas almıştır: “Örf ve adetlerdeki gelişme, bu gelişmeden dolayı üzüntü duyulsa bile, bazen öyle bir şekil alabilir ki, mesela sex shoplar kamuoyunca kabul edilir hale gelir. Nitekim bu

değerden yoksun, yalnızca cinselliği tahrik etmek suretiyle ve maddi gelir elde etmek amacıyla meydana getirilen ürünler, müstehcendir.¹⁴⁶ Dördüncü bir görüşe göre müstehcenlik, “*cinsel içerikli olduğu varsayılan bir eşyaya bakan kişinin gözlük numarasından başka bir şey değildir.*”¹⁴⁷ Beşinci bir görüşe göre müstehcenlik, “*ilerletilmiş, eğitilmiş ve çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırılmış halk beğenisine uymamaktır, erdemsizliktir. Buna göre müstehcenliğin tespitinde, geçici dönemler, politik görüşler, inançlar ve kişisel yorumlar yerine, bilimin ve çağdaş uygarlığın geçerli ve nesnel ölçülerine göre devinim esas alınmalıdır.*”¹⁴⁸ Son olarak başka bir görüşe göre müstehcenliğin tespitinde, “*subjektif*” ya da “*objektif*” olarak ifade edilen kıstaslardan birinin tercih edilmesi gerekmektedir. Subjektif kıstasa göre, ürünü meydana getiren kişinin saiki esas alınmalı ve söz konusu ürünün, kişilerin cinsel duygularının tahrik edilmesi amacıyla meydana getirildiğinin tespiti halinde, ürün müstehcen sayılmaktadır. Objektif kıstasa göre, ürüne vakıf olan normal ve vasat bir kişinin, ar ve haya duygusu incinmişse, bu durumda söz konusu ürünün müstehcen olduğu kabul edilmelidir.¹⁴⁹

dükkanlar Fransa’da yavaş yavaş yerleşmektedir. Böyle olunca belirli bir ticaret şeklinin müstehcen veya genel adaba aykırılığından söz edilemez.”, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 211.

¹⁴⁶ Nevzat **TOROSLU**, “*Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları*”, in. Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar (Ed.: Korkmaz **ALEMDAR**), B. 1, İstanbul 1999, s. 67 (**Medya**); Bülent N. **ESEN**, “*Müstehcen Mefhumuna Dair*”, in. ABD., S. 5, Y. 1953, s. 384. Fransa’da, “*evli bir erkeğin metresinin, erkeğin karısına yazdığı ve onun kocası ile arasında geçen aşk sahnelerini anlatan mektubun, kızgınlığı dindirmek amacıyla yazıldığından, müstehcenlik teşkil etmediğine karar verilmiştir.*”, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 210. Katıldığımız diğer bir görüşe göre, “*Bir kimsenin başka bir kimse üzerinde nefret ve infial uyandırmak maksadı ile sözle aşikar bir şekilde ahlak anlayışını rencide etmesi*”, müstehcenlik teşkil eder. Bkz. Hans **THORNSTEDT**, “*Yeni İsveç Ceza Kanununa Göre Ahlaka Aykırı Suçlar*” (Çev. Durusoy **YAZAN**), in. AD., S. 1, Y. 62/1971, s. 48.

¹⁴⁷ Duygun **YARSUVAT**, “*Müstehcenliğin Neresindeyiz*”, in. GHD, S. 9, Y. 2004, s. 49. (**Müstehcenlik**)

¹⁴⁸ İsmet Kemal **KARADAYI**, “*Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar*”, in. ABD., S. 5, Y. 1974, s. 890-893.

¹⁴⁹ **ÖNDER**, s. 540. Her iki kıstasın da esas alınması gerektiği yönündeki görüş için, bkz. Ali

Bu tanımlar doğrultusunda doktrindeki ağırlıklı görüşün, erotik ürünlerin müstehcen kabul edilmemesi yönünde olduğu görülmektedir.¹⁵⁰ Diğer yandan bu açıklamalardan, cinselliği çağrıştıran “*cinsel nesne*” veya “*cinsel haz nesne*”lerinin müstehcen sayılıp sayılmaması hususunda bir çıkarımda bulunulamaz. Bu sorunun çözümü adına müstehcenliğin tespiti yönünden ikili ayrıma giden bizim de katıldığımız bir görüşe göre, müstehcenlik kavramı, “*kati, tavizsiz*” veya “*izafi, göreceli*” olmak üzere iki farklı şekilde belirlenebilir. “*Kati müstehcenlik*” anlayışına göre, kuşkuya yer vermeyecek şekilde cinsel davranışlara ilişkin herhangi bir şey müstehcendir. Diğer yandan bir şeye vakıf olan kimsenin, ancak zihnen veya hayalen bu şeye bazı unsurlar eklemesi neticesinde, bu şey cinsel bir içeriğe bürünmüşse, kişi bu eklediği unsurlara bağlı olarak cinsel yönden uyarılmışsa, bu durumda söz konusu şey “*izafi müstehcen*” olarak kabul edilir.¹⁵¹ O halde pornografi ve erotik, kati müstehcen olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, izafi müstehcenliğin cinsiyetler arasında değişkenlik gösterdiğini, ancak kati müstehcenlikte böyle bir ayırım yapılamayacağını belirtmek gerekir. Bu tespitten hareketle bir “*cinsel nesneyi*” farklı cinsel eğilimi olanların “*cinsel haz nesnesi*” olarak değerlendirmesi söz konusu olamayacağından, “*cinsel nesnelere*” ve “*cinsel haz nesnelere*” müstehcen olarak kabul edilemez. Buna göre, yukarıdaki örnekte belirttiğimiz cinsel nesne veya cinsel haz nesnesi

PARLAR – Muzaffer **HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 4, B. 2, Ankara 2008, s. 3373. Subjektif kıstası esas alan bir görüşe göre, “*müstehcenlik kavramının ortaya konulması bakımından anahtar kelime ‘istismar’dır.*” Bu itibarla bir ürün bütünüyle, cinselliğe hitap ediyorsa, “*cinsel duyguları tahrik ve istismar amacını güttüğü*” kabul edilmelidir. Bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 46. Benzer yönde görüş için, bkz. **YALKUT**, s. 281.

¹⁵⁰ Ancak bu görüşlerin 765 sayılı mülga TCK döneminde ileri sürüldüğü gözden kaçırılmamalıdır. Zira 765 sayılı TCK’da müstehcenlik suçlarını düzenleyen hükümlerde 5237 sayılı TCK’nın aksine “*bilimsel ve sanatsal eserler*” yönünden herhangi bir hukuka uygunluk nedeni yer almamaktaydı. Kanımızca söz konusu eserlerin suç oluşturmaması gerektiğinden hareketle, doktrindeki ağırlıklı görüş, erotik ürünlerin müstehcen olmayacağı yönünde olmuştur.

¹⁵¹ **EREM**, Özel Hükümler, s. 221; **YALKUT**, s. 279.

olarak kabul edilen Marilyn Monroe'nun yer aldığı ürünler, "*izafi müstehcenlik*" kapsamında değerlendirilmelidir. Zira heteroseksüel¹⁵² bir kadının Marilyn Monroe'yu cinsel haz nesnesi olarak değerlendirmesi olağandışıdır. Ayrıca, kadın veya erkek hamamları da bu duruma diğer bir örnek olarak gösterilebilir. Nitekim bir erkek hamamındaki heteroseksüel erkeklerin birbirlerinden utanmaları veya birbirlerinin çıplaklıklarından cinsel olarak uyarıldıkları söylenemez.

4. Uygulamada Müstehcenlik Kavramı

Müstehcenliğin, kanunun izin verdiği ölçüde serbest olduğu, kanunlarda tanımının yapılmadığı veya yapılamadığı hususları göz önüne alındığında, müstehcenlik kavramının kapsamı ve sınırlarını, esasen yargı makamları belirlemektedir. O halde hem ulusal hem de uluslararası mahkeme kararlarına göre müstehcenlik kavramının incelenmesi, gereklilikten öte zorunluluktur.

Yargıtay bir kararında "*salt çıplaklığın*" müstehcen olup olmadığını tartışmış ve "*izafi müstehcenlik*" görüşünü benimseyerek salt çıplaklığın ancak, toplumda utanma duygusu yaratacak şekilde tasvir edildiği durumda müstehcen olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁵³

Yargıtay'ın "*porno*", "*erotik*" ve "*müstehcenlik*" kavramları arasındaki ilişkiyi ortaya koyduğu diğer bir kararı şu şekildedir: "*Müstehcenlik konusunu işlerken, 'porno - (obsen - müstehcen) ve erotik' kavramlarını birlikte değerlendirmek gerekir.*

¹⁵² Karşı cinsi arzulayan, **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 24.03.2019).

¹⁵³ **CGK.**, K.T.: 26.10.1953, E.: 131, K.: 168, bkz. **EREM**, Özel Hükümler, s. 222. Fransa'da bir yerel mahkeme kararında, "*Çıplak bir kadın resmi normal olarak mutlaka müstehcen değildir. Yüz hatları itibarıyla cinsel münasebette bulunmak istediği veya cinsel arzuları tahrik eder şekil gösterdiği hallerde çıplak resim müstehcen sayılmalıdır.*", sonucuna ulaşmıştır. Bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 208.

Eski Yunanca (porne – fahişe) sözcüğünden türeyen porno ve bu konuda yapılan yayınları belirleyen pornografi, aşırı, çok şiddetli, makul olmayan bir biçimde şehvet duygularının tahrik edilmesi anlamına gelirken; müstehcen, çok değişik tanımlar yapılmış olmakla beraber Kanunumuzdaki tanımı ile halkın ar ve haya duygularını incitecek, topluma, kişiye, çevreye göre normatik sayılmalıdır. Bunun bir sınırı bulunduğu da kuşkusuzdur. Erotik sözcüğü ise, sevginin cinsel yönünü ve cinsel aşkı anlatması açısından edebiyat, resim, tiyatro, fotoğraf, film gibi her türlü sanat dalının bir türü olarak kabul edilmiştir.”¹⁵⁴

Yargıtay’ın diğer bir kararında da “izafi müstehcenlik” görüşünü benimsediği görülmektedir: “Müstehcenlik kavramının varlığını tespitinde, fiilin işlendiği zamanın sosyal ve kültürel düzeyinin göz önünde tutulması yanında, sübjektif kıstasa göre failin saiki dikkate alınmalı, cinsel duyguları tahrik gayesi olup olmadığı araştırılmalıdır. Objektif olarak da, müstehcen olduğu ileri sürülen eseri okuyan, dinleyen ve izleyen kişi esas alınarak onun görüşüne değer verilmelidir. ... tenasül uzuvları görülmeyen resimlerin yanındaki yazı içeriklerine göre; kadının estetik vücut güzelliğini ön plana çıkaran ... görünüm ve kompozisyon itibarıyla ar ve haya hislerini rencide eder nitelikte olmadıkları, özellikle cinsi arzuların istismarı maksadıyla yayınlanmadıkları ve küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak mahiyette bulunmadıkları görülmüştür.”¹⁵⁵

Anayasa Mahkememiz bir kararında müstehcenlik kavramını şu şekilde tanımlama yoluna gitmiştir: “Kesin olarak denilebilir ki, müstehcen yayınların sanat ve kültür yaşamıyla hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Aksine, müstehcende kamu

¹⁵⁴ 8. CD., K.T.: 03.04.1985, E.: 872, K.: 1682, bkz. Cengiz **OTACI**, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, B. 1, Ankara 2000, s. 243, 244.

¹⁵⁵ **CGK.**, K.T.: 19.03.1996, E.: 5-27, K.: 45, bkz. **OTACI**, s. 234.

yararına, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırılık ve tecavüz hali vardır.”¹⁵⁶

Anayasa Mahkememiz diğere bir kararında müstehcenlik kavramıyla, genel ahlak kavramının örtüştüğünü belirtmiştir: *“Müstehcenlikle ilgili getirilen hükümlerde korunmak istenen başlıca hukuki menfaat, toplumun ‘ar ve haya duyguları’ olarak da ifade edilen ‘genel ahlak’tır. ‘Genel ahlak’, belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediğı ahlak ve edep anlayışıdır. Soyut ve değışken bir kavram olan genel ahlaka ve adaba aykırılığın tespitinde toplumun belirli bir kesiminde kabul edilen değer yargıları değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekmektedir. Böylece çoğunluğun veya bir kesimin ahlak anlayışının toplum geneline dayatılması riskinin önüne geçilebilecektir. ‘Genel ahlak’ yaptırım hukukunun bir parçası olarak düzenlendiğinde ayrıca ‘filin ağırlığı ve tehlikeliliğı’ ölçütü de gözetilmelidir. Diğere bir anlatımla, sınırlanmak istenilen davranış değerlendirilirken demokratik toplumun temellerini oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerler ve özgürlüğü genişletici yorum yöntemleri yanında davranışın demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır.”¹⁵⁷*

Belçika’da bir yerel mahkeme 1939 tarihli bir kararında, *“çıplaklığın, bizatihi bir eseri adileştirdiğı veya sıradanlaştırdığı söylenemez. Çıplak resim şehvet hissi uyandırmadığı veya utanma duygularına aykırı olmadığı müddetçe müstehcen değildir.”* sonucuna varmıştır.¹⁵⁸

¹⁵⁶ **AYM**, K.T.: 11.02.1987, E.: 1986/12, K.: 1987/4, in. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 23, Ankara 1989, s. 87.

¹⁵⁷ **AYM**, K.T.: 01.04.2015, E.: 2014/118, K.: 2015/35, bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeRekce=True&wordsOnly=False> (E.T.: 24.03.2019).

¹⁵⁸ **DONAY**, “Müstehcenlik”, s. 139.

Fransa'da bir yerel mahkeme 1958 yılında bir kararında, "*adaba aykırılık suçu yalnız cinsel içgüdüleri tahrik edecek nitelikte sefilane sahneleri içeren kitapta bulunur, yoksa sadist hisleri ve şiddet zevkini çoğaltan sahnelerde müstehcenlik yoktur.*", demiştir.¹⁵⁹

İsviçre Federal Mahkemesi 1957 yılındaki bir kararında bir eser veya konunun, "*cinsi terbiyeyi kabul edilmeyecek şekilde zedelemesi ve normal tepkili bir şahsın cinsel içgüdülerini tahrik etmesi veya onda nefret ve iğrenç hisleri uyandırması*", durumunda müstehcen kabul edileceğini belirtmiştir.¹⁶⁰

ABD Yüksek Mahkemesi, 1973 yılında "*Miller v. California*" davasında kümülatif üç unsurlu bir müstehcenlik tanımı geliştirmiştir. Buna göre bir ürünün müstehcen sayılabilmesi için; "*tamamen şehvi duygulara hitap etmesi; tasvir edilen cinsel davranışın açıkça rahatsız edici olması; bütün olarak ele alındığında hiçbir edebi, sanatsal, siyasal ve bilimsel değere sahip olmaması gerekmektedir.*"¹⁶¹

İHAM, 1976 tarihli "*Handyside v. Birleşik Krallık*" kararında müstehcenlik kavramını, genel ahlak ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişki açısından değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, müstehcen yayınlara karşı mücadele, ahlakın korunmasıyla ilişkilidir. Genel ahlakın korunması demokratik bir toplumda gereklidir. Bununla birlikte tek tip bir Avrupa ahlak anlayışının varlığından söz edilemez. Zira ahlak kavramına yaklaşımın zamana ve yere göre farklılık göstermesi yanında; ahlak hakkındaki görüşler, hızla ve geniş ölçüde evrim geçirmektedir. Buna göre 'ahlaki gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyacı karşılama hususunu, en iyi takdir

¹⁵⁹ DONAY, "Müstehcenlik", s. 139.

¹⁶⁰ DONAY, "Müstehcenlik", s. 137.

¹⁶¹ Zühtü ARSLAN, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, B. 1, Ankara 2003, s. 43.

edebilecek olan makamlar, ulusal yargı makamlardır. Ancak “*gereklilik*” kelimesinin, bir yandan “*zorunluluk*” kelimesiyle eş anlamlı olmadığı, diğer yandan “*makul*” kelimesi veya “*arzu etmek*” deyimini gibi esneklik barındırmadığı dikkate alınmalıdır. Öte yandan İHAS m. 10/2,¹⁶² Sözleşmeye taraf devletlere sınırsız bir takdir hakkı tanımamakta olup, “*bir yasak veya cezanın İHAS m. 10’da korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı verecek makam*”, İHAM’dır. Mahkeme, gençlere yönelik kitapta yer alan pornografi ve cinsellikle ilgili açıklamaların, “*anti otoriter, baştan çıkarıcı ve ayartıcı*” olduğuna ve gençlerin genel ahlakının korunması yönünden ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceğine karar vermiştir.¹⁶³

III. MÜSTEHCENLİĞİN CEZALANDIRILMASI MESELESİ

A. MÜSTEHCENLİĞİN YASAKLANMASININ NEDENLERİ

1. Genel Olarak

Bireylerin edebine veya toplumun genel ahlakına, belirli kişilerin değer veya menfaatlerine aykırı davranılmaksızın, yalnızca ayıplanacak hareketlerle değil bir takım araçlar kullanılarak zarar verilebileceği hususunun, zamanla anlaşıldığı veya tecrübe edildiği belirtilmektedir.¹⁶⁴ Zira müstehcen ürünlerin, matbaanın yaygınlaşmasıyla geniş kitlelere ulaşmasına kadarki süreçte, hiçbir denetime tabi tutulmadığı ifade edilmektedir.¹⁶⁵ Bu bağlamda müstehcenlik suçu ancak, “*müstehcen olan*” bir

¹⁶² İfade Özgürlüğü başlıklı İHAS m. 10/2’ye göre; “*İfade özgürlüğü kullanılırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ... genel ahlakın korunması amacıyla, hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda, gerekli olan formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara başvurulabilir.*”

¹⁶³ İHAM “*Handyside v. Birleşik Krallık*” Kararı, K.T.: 07.12.1976, Çev. Osman DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları (Ed.: Osman DOĞRU), C. 1, B. 1, İstanbul 2004, s. 161-180.

¹⁶⁴ DÖNMEZER, Özel, s. 185.

¹⁶⁵ Eric BERKOWITZ, Seks ve Ceza / Arzuyu Yargılamanın Dört Bin Yıllık Tarihi (Çev. Orhan

ürün üzerinde çeşitli tasarruflarda bulunmak suretiyle işlenebilir.

Müstehcenlik suçunun, tarihte geçirdiği değişimlerin ortaya koyulması, hem günümüze hem de geleceğe ışık tutması adına oldukça önemlidir.¹⁶⁶ Toplumun genel ahlakına korumak amacıyla, utanılacak veya ayıplanacak hareketler gerçekleştirilmenin ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin, Yakın Çağda ortaya çıkan bir anlayışın ürünü olduğu ifade edilmektedir. Buna göre fuhşa, zevke veya eğlenceye düşkünlüğün hemen her şeklinin cezalandırılması durumunda, böyle bir suçun düzenlenmesine gerek yoktur.¹⁶⁷ Öte yandan daha önce de belirtildiği üzere müstehcenlik kavramı, mutlak olarak cinsellik kavramını barındırır. Bu itibarla müstehcenlik suçunun düzenlenme nedenlerinin daha iyi anlaşılması adına bu suçun nispeten kısa tarihi sürecini incelemeyen önce; cinselliğe ilişkin suçların tarihi süreçte geçirdiği değişimlerin yanı sıra konuyla ilgili felsefi görüşlere de yer verilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Daha önce de belirttiğimiz üzere ceza normları, bireylerin

DÜZ), B. 3, İstanbul 2013, s. 21.

¹⁶⁶ Müstehcenliğin cezalandırılması, toplumların uğradıkları ahlak çöküntüsünün olumsuz sonuçlarını gösteren tarihteki olaylar esas alınarak zorunlu görülmektedir. Bkz. **EREM**, Özel Hükümler, s. 219. “Gerçekten çözümlenip eriyen ve çöken insan toplumlarının ahlak standartlarının yıprandığı dönemlerde bu hale geldikleri; Roma İmparatorluğunun bu duruma belirgin bir örnek olduğu öne sürülmektedir.”, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 198. Öte yandan müstehcenliğin tamamen suç olmaktan çıkarılması gerektiği de ifade edilmiştir: “Fücur ahlaken kötü bir fiil olarak telakki edilmiş iken kanun koyucu bu fiilin cezalandırılmasına yarar görmemiş ve fiili suç olarak tavsif etmemiştir. Müstehcenliği biz kendi kafamızda gizli hale getirerek suç haline zorla getirmişizdir. Bir tarifini veremiyoruz, neyin müstehcen olduğunu belirleyemiyoruz, sonra birtakım zorlamalarla tabiatın kendisine sınırlar koymaya çalışıyoruz. Bu sınırlar bugün dahi vardır, fakat her zaman olduğu gibi zorlanmaktadır. Dolayısıyla toplumun savunması, müstehcenliğin suç haline getirilmesi veya cinselliğin tabu sayılması ile gerçekleşemez.”, **YARSUVAT**, “Cinsel”, s. 714. “Örneğin, yalan söylemek ahlaken yanlış olduğu halde TCK 272’ye göre belirli durumlarda suçtur. Şu anahtar soru hukuk ile ahlak ilişkisinde hem belirleyici hem de açıklayıcıdır: Anayasalarda yer alan belirli temel ilkelerin ya da kavramların, demokrasinin, özgürlüğün, hukuk devletinin vb., önemi ya da gücü bu resmi metinlerde, hukukun genel kaynaklarında yer almalarından mı doğmaktadır yoksa bunun tam aksi mi doğrudur?”, bkz. Ahmet Ulvi **TÜRKBAĞ**, “Hukuk ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu”, in. GÜHFD, C. 5, S. 2, Y. 2008, s. 36.

¹⁶⁷ **DÖNMEZER**, Özel, s. 184.

özgürlükleri ve toplumun ahlak yapısını şekillendirmektedir. O halde düzenlenen cinselliğe ilişkin suçlar incelenirken, aynı zamanda toplumun cinsellik anlayışı ortaya koyulacaktır.

2. Tarihte Cinselliğe İlişkin Suçlar

Kayıtlı tarihin en eski zamanlarından günümüze değin kanun koyucular, insanların en önemli ve mahrem alanı olan cinselliğine dair suçlar düzenlemişlerdir.¹⁶⁸ Ayrıntılı şekilde düzenlenen başlıca suçlardan, “zina”nın dünya genelinde 19. yy.’a kadar suç sayıldığı ve tarihin her döneminde kadınların zinasının erkeklerden çok daha ağır yaptırımlara tabi tutulduğu;¹⁶⁹ “eşcinsel ilişkilerin” ise 6. yy.’dan 20. yy.’a kadar dünya genelinde suç sayıldığı¹⁷⁰ belirtilmektedir.

Avrupa toplumlarında 17. yy.’ın başlarında,¹⁷¹ 19. yy.’a kıyasla müstehcenliğin ölçütlerinin daha “gevşek” olduğu ve müstehcenliğe karşı daha fazla “tolerans” gösterildiği ifade edilmektedir. 19. yy.’da İngiltere’de Viktorya Dönemi’nin¹⁷²

¹⁶⁸ BERKOWITZ, s. 19.

¹⁶⁹ Yaklaşık olarak MÖ iki bin yılında yazılan Sümer Devletinin başkenti Nippur’da bulunan bir tablete göre, “Kocasına değer vermeyen bir kadın, kocasının bir düşmanını tanyor olabilir... O düşman da kadının kocasını öldürebilir. Daha sonra bunu kadına bildirebilir. Bu durumda kocasını öldüren kadın değil midir? Hatta kadının suçu adamı fiilen öldürenlerin suçundan daha ağırdır.” Ayrıca belirtmek gerekir ki, “tanımak” kelimesi Sümercede aynı zamanda “seks yapmak” anlamındadır. Bkz. BERKOWITZ, s. 24, 25.

¹⁷⁰ BERKOWITZ, s. 52-79.

¹⁷¹ İngiltere’de haz karşıtı hareketin, 17. yy.’ın başlarında ciddi bir boyuta ulaştığı söylenmektedir: “1595-1635 yılları arasında kilisedeki ahlaksızlık davalarının sayısı ikiye katlanmıştı ve bazen toplam davaların yarısına denk geliyordu. ‘Zina, fuhuş, ensest’ ve ‘hayatın diğer pislikleri ve günahları’yla alakalı yasalarda o zamanki tabirle ‘müstehcen mahkemeler’in insanların hayatına ne kadar burnunu sokabileceğine dair ayrıntılar yoktu. İnsanlar birbirlerini ahlaksızlıktan dolayı ihbar etmeye hazırlardı. Öyle ki, evli çiftler bile sapkınca seks yaptıklarından ya da şehvet düşkünlüğünden şüphelenildiğinde dava edilebiliyorlardı.”, bkz. BERKOWITZ, s. 185.

¹⁷² Viktorya Dönemi, İngiltere’de 1937-1901 yılları arasında Kraliçe Viktorya’nın hüküm sürdüğü, İngiltere’nin endüstriyel açıdan altın çağını yaşadığı, neredeyse her yıl savaşa girdiği, topraklarının büyüklüğünü yaklaşık iki katına çıkardığı, sınıfsal ayrımın ve cinsiyet

başlamasıyla, burjuvazinin baskıları neticesinde, cinsellik karı koca arasındaki üreme işlevine indirgenmiş ve müstehcenliğe karşı herhangi bir tolerans gösterilmemiştir.¹⁷³ Zira işgücünün sistematik biçimde sömürülmesini kolaylaştırmak bakımından, bireylerin yeni işgücü üretilmesini sağlamak dışındaki cinselliğe yönelmesi, farklı hazlar peşinde vakit harcaması hoş görülemezdi.¹⁷⁴ Bununla birlikte burjuvazi, üretim olmasa da en azından kar sağlayacak şekilde, bu anlayıştan birtakım ödünler vermekteydi. Bu itibarla genelevler ve sağlık evleri,¹⁷⁵ cinselliğin taviz verildiği yerler olarak belirlenmişti. Hayat kadınları, müşterileri üzerinden;

eşitsizliğinin aşırı derecede arttığı, sırf Britanya topraklarındaki İngiliz nüfusunun yirmi milyondan kırk milyona çıktığı, aşırı derecede katı bir toplumsal ahlak politikasının izlendiği, cinsel hastalık şüphesi bulunan kadınların zorla muayene edilmesinin yasalaştırıldığı, bir dönemdir. Bkz. http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Victorian_era#Religion (E.T.: 02.04.2019).

¹⁷³ **FOUCAULT**, s. 9. Cinsellik anlayışının üreme odaklı olması ve meyve vermeyen hazların yok edilmeye çalışılmasıyla temelde amaçlanan husus, nüfusu arttırmak suretiyle işgücü sağlamak yani ekonomik olarak faydalı, siyasal olarak muhafazakar bir cinsellik düzeni kurmaktır. Bkz. **FOUCAULT**, s. 42.

¹⁷⁴ **FOUCAULT**, s. 12. Buna benzer bir anlayış, askeri gücüyle meşhur Antik Yunan devletlerinden Sparta Devleti'nde de görülmekteydi. Sparta Devleti yasalarında çağdaş devletlerin yasalarından farklı olarak "zina" suç sayılmamaktaydı. Evlilik kurumuna devlete savaşçı sağlayan bir kurum gözüyle bakılıyordu. Bu doğrultuda yaşlı biri, genç birinden karısına "iyi bir tohum" bırakmasını serbestçe talep edebiliyor veya kısır bir kadınla evlenmiş erkek, başka bir erkeğin karısını ondan izin almak şartıyla döleyebiliyordu. Bkz. **BERKOWITZ**, s. 78. "Sparta hukuku çocuk yapamayan vatandaşları cezalandırırken, çok çocuk yapanları ödüllendiriyordu. Evlenmeyen erkekler kışın meydana çıplak dolaştırılıyor ve yasaya karşı geldiği için hak ettiği muameleyi gördüğünü şarkıyla söylemeye zorlanıyordu. Bunun yanında üç oğlu olan erkekler askerlikten, dört oğlu olanlarsa ek olarak vergiden muaf tutulmaktaydı.", bkz. **BERKOWITZ**, s. 390.

¹⁷⁵ Viktorya Dönemi'nde kadınlar cinsel yönden uğradıkları aşırı baskıdan dolayı sıklıkla histeri hastalığına yakalanıyorlardı. Zira kadınların cinsel ilişkiden zevk almaları uygun görülüyordu. Bu hastalığı tedavi için "sağlık evi" olarak adlandırılan yerlere giden kadınlara, psikiyatristler tarafından "pelvik parmak masajı" veya diğer bir ifadeyle "mastürbasyon" yapılıyordu. Sonuç olarak, vibratör bugüne kadar yaratılmış olan beşinci ev elektronik icadı oldu. Elektrikli süpürge, elektrikli ütü ve elektrikli tavadan yaklaşık on yıl önce icat edildi. 1880'lerin başında, Mortimer GRANVILLE ilk pille çalışan vibratörü icat etti. Orijinal batarya 40 kilo ağırlığındaydı, ancak yüzyılın başlarına doğru küçüldü ve kadınlar evlerine satın almaya başladı. Bkz. <https://www.factinate.com/things/45-buttoned-facts-victorian-era/> (E.T.: 02.04.2019).

psikiyatristler, histeri hastaları üzerinden, dile getirilemeyen istekleri, maddiyata dökmüşlerdi. Viktorya Dönemi'ne kadar üstü kapalı olarak hoş görülen şeyler ve hatta daha ötesi, genelevler ve sağlık evlerinde fahiş fiyatlara satılmaktaydı. Bu durum dönemin burjuvazisinin ikiyüzlülüğü olarak ifade edilmektedir.¹⁷⁶ Bunun dışındaki yerlerde, modern fanatizm, üçlü yarasını sert bir biçimde dayatmaktaydı: “*Yasaklama, yok sayma ve suskunluk.*”¹⁷⁷ Bu suskunluk yasası, açıkça söylemenin yanı sıra, birbirine atıf yapan yasaklarla cinselliğin adının anılmasının veya cinselliğe imada bulunulmasının önüne geçilmesini, dolayısıyla azami derecede sansürün uygulanmasını sağlamaktadır.¹⁷⁸

3. Felsefi Açıdan Cinselliğe İlişkin Suçlar

Utanç, gülünç veya tiksiniç bulunmaksızın, akla dayalı olarak, yasaklanan hususlar göz önüne alınarak, toplum içinde cinsellik üzerine konuşmak gerektiği söylenmektedir. Cinselliği, suçlanacak veya hoş görülmeyecek bir şey olarak değerlendirilmekten ziyade; yönetilecek, işlevsel sistemler içine yerleştirilecek, herkesin azami iyiliği için düzenlenecek, en yüksek verimin alınabileceği şekilde işletilecek

¹⁷⁶ **FOUCAULT**, s. 10. Bu ikiyüzlülük tarihin çoğu döneminde söz konusudur. Zina fiilinin suç sayıldığı birçok devlette, genelevler serbest bırakılmıştır. Örneğin, Orta Çağda Napoli'de fuhuş ticaretindeki anlaşmazlıkları çözmekle görevli özel bir “*Fahişeler Mahkemesi*” olduğu belirtilmektedir. Bkz. **BERKOWITZ**, s. 395. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Almanya'daki işçi sınıfının bir yandan ekonomide liberalleşmeyi savunması, diğer yandan ahlak kurallarının daha katı şekilde yaptırıma bağlanmasını istemesi de, “*Alman İşçi Hareketinin Trajedisi veya İkiyüzlülüğü*” olarak ifade edilmektedir. Bkz. Ralf **DAHRENDORF**, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, B. 3, München 1974, s. 198, 199.

¹⁷⁷ **FOUCAULT**, s. 11.

¹⁷⁸ **FOUCAULT**, s. 23. Ancak uygulanan tüm baskılara ve sansüre rağmen, satıcıların tezgahlarının altından gizlice pornografik materyaller sattığı, özellikle sert içerikli erotik edebi ürünler ve fotoğraflar için oldukça büyük bir pazar oluştuğu, çocukların cinsel istismarının ve cinsel yolla bulaşan hastalıkların aşırı derecede artış gösterdiği ifade edilmektedir. Bkz. <https://classicbookreader.wordpress.com/2013/07/29/some-fascinating-facts-about-the-victorian-era/> (E.T.: 02.04.2019).

bir şey, olarak görmek gerekir. Zira cinsellik, yalnızca yargılanabilecek bir şey değil, aynı zamanda yönetilebilecek bir şeydir. Kamu gücünün yetkisi dahilinde yer aldığından ve işletme yöntemleri gerektirdiğinden; cinselliğe mümkün olduğunca analitik yönden yaklaşmak gerekir.¹⁷⁹

Hükümetler er ya da geç, yalnızca uyruklarla ve hatta bir insan topluluğuyla değil, “doğum, ölüm, yaşam süresi, doğurganlık, sağlık durumu, beslenme, konut biçimi” gibi özel değişkenleriyle, bir “nüfus”la yüz yüze kaldıklarını fark ederler. Bu parametrelerin tümü, yaşama özgü durumlarla, devletin kesişme noktasında yer alır. İşte bu ekonomik ve siyasal sorunun merkezinde “cinsellik” bulunmaktadır. Bu itibarla, “doğum oranını, evlenme yaşını, meşru ve gayri meşru doğumları, cinsel ilişkilerin başlama yaşını, bu ilişkileri doğurgan ya da kısır kılmanın yolunu, bekarlığın ya da konulan yasakların etkisini, gebeliği önleyici uygulamalar” gibi konuların detaylıca analiz edilmesi gerekmektedir.¹⁸⁰

Kanun koyucu ile cinsellik arasındaki bağıntı, “itme, dışlama, ret, engelleme, gizleme veya maskeleye” vb. şekillerde olmak üzere, yalnızca olumsuz kalıplarda ifadesini bulur. Bu bağlamda cinsellik, kanundaki yasaklardan yola çıkılarak deşifre edilir. Kanun koyucunun; amacı, “yasaklanan cinselliğin kendi kendisinden vazgeçmesi”; aracı, “bir cezayla tehdit etmesi”; ceza ise, “yasaklanan cinselliğin ortadan kaldırılmasıdır.” Kanun koyucunun cinselliği kısıtlaması, “sansür” ve “düzen birliği” olarak ifade edilen, iki farklı olguda gerçekleşir. Sansürün mantığı; yasaklananın susturulması gerektiğini onaylamayı; gerçek içinde yok olana kadar, yasaktan söz etmemeyi ve yasağın varlığını reddetmeyi; yokluğunu ifade eden sözler de dahil olmak üzere hiçbir şekilde dışa vurulmamayı, gerektirir. Düzen birliği, cinselliğin

¹⁷⁹ FOUCAULT, s. 30.

¹⁸⁰ FOUCAULT, s. 31.

yasaklandığı normun ve buna bağlı sansürün tek yönlü, basit ve sonsuza dek işlemini, toplumu oluşturan tüm bireylerin buna itaat etmesini ifade eder.¹⁸¹

B. BASİT MÜSTEHCENLİĞE SERBESTİ TANINMASI

Belirttiğimiz üzere müstehcenlik kavramı, hem pornografik ürünleri hem de erotik ürünleri kapsamakta olup; pornografik ürünler sert ve basit olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Müstehcenlik suçlarının kanunumuzdaki düzenlenme şeklini de göz önüne alarak, basit pornografik ve erotik ürünleri, “*basit müstehcen*”; sert pornografik ürünleri ise “*sert müstehcen*” olarak ifade etmenin uygun olacağı kanısındayız.

Günümüzde özgürlükçü ceza hukuku anlayışının yaygınlaşmasıyla birlikte basit müstehcen ürünler bireysel amaçlı kullanmak şartıyla serbest bırakılmaktadır.¹⁸² Zira düşünce, haberleşme, özel hayatın gizliliği, bilim ve sanatı yayma gibi özgürlüklere, her geçen gün daha da önem verilmesiyle, bu özgürlükleri kısıtlayan düzenlemelerin suç kapsamından çıkarılması gerektiği görüşü kabul edilmeye başlanmaktadır.¹⁸³

¹⁸¹ FOUCAULT, s. 89-91.

¹⁸² Buna göre, istemeyenlerin bu ürünlere maruz kalması engellenmek şartıyla, basit müstehcen ürünler yayınlanabilmekte veya satılabilmektedir. Örneğin, “*reşit olmayanların girememesi şartıyla bir tiyatro veya sinemada, içeri girenler bilerek buraya dahil olduklarından, erotik veya pornografik filmler gösterilebilir. Öte yandan Radyo ve Televizyon sınırlamaya tabi tutulmalıdır. Zira istemeyenlerin bu yolla yayınlanan müstehcen ürünlere maruz kalmama hürriyetini kullanma imkanları söz konusu değildir.*”, bkz. DÖNMEZER, Özel, s. 200, 201.

¹⁸³ DÖNMEZER, Özel, s. 186, 200. Diğer bir görüşe göre, “*İkinci Dünya Harbi sonrası toplumlara hakim görüşlerin değişmesi harbin sebep olduğu bunalımların ortaya çıkması, kişileri yürürlükte bulunan sert kurallara karşı çıkmaya, normlara tepkide bulunmaya itmiştir. Bunun yanında günümüz toplumuna hakim olan teknokratlar toplumun ihtiyaç listelerine her gün yeni ilaveler yapmak zorunluğunu duymaktadır. Böylece insan teknokratik toplumda, gelişen tekniğin esiri haline gelmiş, yabancılaşmış, tek boyutlu insan olmuştur. Toplumun bu bunalımının sonucunda, var olan sosyal değerler değişmeye başlamıştır. Bilindiği gibi belli bir*

Ayrıca belirtmek gerekir ki, basit müstehcen ürünler yönünden söz konusu serbesti çoğu ülkede yalnızca yetişkinlere tanınmaktadır. Zira çocukların erken yaşta bu ürünlere maruz kalması, onlar açısından yıkıcı etkilere neden olabilir.¹⁸⁴ Bu bağlamda basit müstehcenlik mutlak olarak yasaklanmamakta ve alenilik söz konusu olduğunda cezalandırılmaktadır.¹⁸⁵

C. ULUSLARARASI HUKUKTA MÜSTEHCENLİK SUÇU

Toplumların refah seviyesinin yükseldiği zamanlarda zevk eğiliminin artışı, müstehcenliğin büyük bir halk kitlesi tarafından talep edilmesine yol açması ve müstehcen yayıncıların bu yolla büyük kazanç sağlamaları, bu durumu daha da tehlikeli hale getirmektedir. Bu itibarla müstehcenlik suçuyla etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi için; soruna uluslararası açıdan yaklaşmak, bu suçlar bakımından yargı yetkisinin tespiti açısından evrensellik ilkesini benimsemek ve bu suçlara ilişkin hazırlık hareketlerini dahi cezalandırmak gerektiği savunulmuştur. Hatta caydırma ve cezalandırma konusunda, başka hiçbir suçun, müstehcenlik suçu kadar, devletlerin birlikte hareket etmelerini gerektirmeyeceği ifade edilmiştir.¹⁸⁶ Bu bağlamda yeni ortaya çıkan hareket çeşitlerinin neden olduğu tehlikenin önlenmesi amacıyla uluslararası çalışmalar yapılmış ve devletlere birtakım yükümlülükler yükleyen sözleşmeler düzenlenmiştir.¹⁸⁷

Ahlak dışı yayınlarla birlikte mücadele edilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğu

toplumda var olan sosyal değerler belli hareketlerin suç olarak yasaklanmaya değer değmeyeceği konusunda temel rol oynarlar.", bkz. **YARSUVAT**, "Cinsel", s. 666.

¹⁸⁴ **DÖNMEZER**, Özel, s. 195. **ÇAĞLAYAN**, "Müstehcen", s. 377.

¹⁸⁵ **EREM**, Özel Hükümler, s. 220.

¹⁸⁶ **DÖNMEZER**, Özel, s. 196.

¹⁸⁷ **DÖNMEZER**, Özel, s. 185, 186.

Avrupa devleti olmak üzere ABD ve Brezilya'nın yer aldığı on beş devletin katılımıyla 1910 yılında Paris'te düzenlenen konferans, müstehcen yayınlara etkisi bakımından oldukça önemlidir. Bu konferans sonucu; suç sayılan fiiller ile bu suçların kovuşturulmasını kolaylaştırıcı işlemler ve araçları öngören, bir "*Taslak Sözleşme (Draft Convention)*" imzalanmıştır.¹⁸⁸

12.10.1923 tarihinde Milletler Cemiyeti bünyesinde kırk devletin katılımıyla Cenevre'de gerçekleştirilen kongrede, 1910 tarihinde hazırlanan "*Taslak Sözleşme (Draft Convention)*" de göz önüne alınarak, "*Müstehcen Yayınların Dolaşım ve Trafik Engellenmesine İlişkin Milletlerarası Antlaşma (International Convention for the Suppression of the Circulation of and Traffic in Obscene Publications)*"¹⁸⁹ imzalanmıştır.¹⁹⁰

1927 yılında Varşova'da gerçekleştirilen "*Ceza Hukukunu Birleştirme Birinci*

¹⁸⁸ DÖNMEZER, Özel, s. 193; **Agreement for the Repression of Obscene Publications**, Paris, 04.05.1910, bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1888/01/18880101%2006-19%20AM/Ch_VIII_06p.pdf (E.T.: 23.03.2019).

¹⁸⁹ Türkiye tarafından da imzalanan bu sözleşme 886 sayılı Kanun (R.G., T.: 30.06.1926, S.: 408) ile uygun bulunmuştur.

¹⁹⁰ Sözleşmeye taraf devletler m. 1'e göre şu hususları suç olarak düzenlemekle yükümlüdür: "(1) Müstehcen yazılar, çizimler, baskılar, tablolar, basılı materyaller, resimler, posterler, amblemler, fotoğraflar, sinematograf filmler veya diğer müstehcen ürünleri; ticaret yapmak, dağıtmak, aleni şekilde sergilemek amacıyla; üretmek veya bulundurmak; (2) Yukarıda belirtilen amaçlar için, söz konusu müstehcen nesne veya eşyaların herhangi birini; ithal etmek, nakletmek, ihraç etmek veya bunlara neden olacak şekilde dolaşıma sokmak; (3) Kamusal veya özel kuruluşlarda çalışmak veya çalışmaya devam etmek amacıyla, söz konusu müstehcen nesnelere veya şeylerden herhangi biriyle ilgilenmek veya söz konusu nesnelere veya şeylerle ilgili herhangi bir şekilde uğraşmak, dağıtmak veya aleni şekilde sergilemek veya ödünç verme işi yapmak; (4) Herhangi bir şekilde reklamını yapmak veya tanıtmak amacıyla, söz konusu cezalandırılabilir dolaşıma veya trafiğe yardımcı olarak; yukarıda sayılan cezalandırılabilir fiillerden birini işleyen; veya reklam yapmak; veya bilinir hale getirmek; veya söz konusu müstehcen nesne veya eşyaların doğrudan ya da dolaylı olarak tedarik edebileceğini söylemek.", bkz. **International Convention for the Suppression of the Circulation of and Traffic in Obscene Publications**, Cenevre, 12.10.1923 - 31.03.1924, bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1923/09/19230912%2006-01%20AM/Ch_VIII_03p.pdf (E.T.: 26.03.2019).

Milletlerarası Konferansı”nda; “*genel adaba aykırı yayınları yaymak*” suçu bakımından yargı yetkisinin evrensellik ilkesi tesis edileceği, bu suçun re’sen kovuşturulacağı, failin vatandaşı olduğu ülkeye iade edilmeyeceği ve yakalandığı ülkenin kanununa göre yargılanacağı kabul edilmiştir.¹⁹¹

Müstehcenlik suçu, 1930 yılında Brüksel’de gerçekleştirilen “*Ceza Hukukunu Birleştirme Üçüncü Milletlerarası Konferansı*”nda da gündeme gelmiştir.¹⁹²

İkinci Dünya Savaşından sonra Milletler Cemiyeti yerine Birleşmiş Milletler’in kurulmasıyla 1923 yılındaki Cenevre Antlaşmasının yürürlükte kalması adına, söz konusu antlaşma az miktarda değiştirilerek, 1947 yılında New York’ta gerçekleştirilen kongrede yeniden kabul edilmiştir.¹⁹³ Özgürlükçü ceza hukuku anlayışının

¹⁹¹ M. Michel **POTULICKI**, *Ceza Hukukunu Tevhit Birinci Beynelmillel Konferansı* (Varşova, 1 – 6 Kasım 1927) – Konferans Vesikaları (Çev. Mustafa Nuri DEVRES), B. 1 Ankara 1938, s. 123.

¹⁹² Kabul edilen metne göre, “(1) Her kim adaba aykırı yazı, şarkı, resim, tasvir, sembolik işaretiler vb. herhangi bir şey satarsa, aleni şekilde sergilerse, dağıtırsa cezalandırılacaktır. (2) Her kim ticaret veya dağıtmak amacıyla adaba aykırı yazı, şarkı, resim, tasvir, sembolik işaretiler vb. herhangi bir şeyi üretir, bulundurur, ithal eder, nakleder veya ettirirse, bir nakil veya dağıtım görevlisine teslim ederse; herhangi bir ilan vasıtasıyla bunların nasıl tedarik edilebileceğini ilan eder veya ettirirse ya da bildirirse cezalandırılacaktır. (3) Birinci maddede sayılan suçların, on sekiz yaşından küçük olanlara karşı işlenmiş olması halinde daha ağır ceza öngörülebilecektir. (4) Sayılan bu maddelerdeki suçlardan birini yabancı ülkede işleyen fail, bulunduğu ülkede yargılanabilir.”, bkz. Simon **SASSERATH**, *Ceza Hukukunu Tevhit Üçüncü Beynelmillel Konferansı* (Brüksel, 26 Haziran 1930) – Konferans Vesikaları (Çev. Mustafa Nuri DEVRES), B. 1, Ankara 1939, s. 204.

¹⁹³ **International Convention for the Suppression of the Circulation of and Traffic in Obscene Publications, Concluded at Geneva on 12 September 1923, as Amended by the Protocol Signed at Lake Success**, New York, 12.11.1947, bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1950/02/19500202%2006-19%20AM/Ch_VIII_02p.pdf (E.T.: 26.03.2019). 1949 yılında yine yılında New York’ta gerçekleştirilen kongrede, Paris’te 1910 yılında kabul edilen Sözleşme, bu antlaşmaya ek protokol olarak kabul edilmiştir. Agreement for the Suppression of the Circulation of Obscene Publications, signed at Paris on 4 May 1910, amended by the Protocol signed at Lake Success, New York, 04.05.1949, bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1950/03/19500301%2006-22%20AM/Ch_VIII_05p.pdf (E.T.: 26.03.2019). Bu ek protokol Türkiye tarafından imzalamış ve 5571 sayılı Kanun (R.G., T.: 04.03.1950, S.: 18012) ile uyun bulunmuştur.

her geçen gün daha da fazla benimsenmesi neticesinde, dünya genelinde 19. yy.'ın sonlarına doğru basit müstehcen ürünlere yukarıda belirtilen şekilde serbesti tanınmaya ve asıl mücadele edilmesi gerekenin sert müstehcen ürünler olduğu anlayışı kabul edilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda 1974 yılında ceza kanununda değişikliğe giderek basit müstehcen ürünlerin suç sayılmasını alenilik şartına bağlayan ve sert müstehcen ürünleri açıkça sayarak mutlak şekilde yasaklayan Almanya, ceza kanunundaki değişikliği gerekçe göstererek “*B.M. Müstehcen Yayınların Dolaşım ve Trafikinin Engellenmesine İlişkin Uluslararası Antlaşma*”dan çekilmiştir.¹⁹⁴

Sonraki süreçte müstehcen ürünlerle ilgili uluslararası mücadele, özellikle çocuk pornografisi olmak üzere sert müstehcen ürünler üzerine yoğunlaşmıştır. Bu bağlamda, 1989 yılında imzalanan ve 1990 yılında yürürlüğe giren B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme;¹⁹⁵ 1999 yılında imzalanan ve yürürlüğe giren 182 No.'lu Uluslararası Çalışma Örgütü Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi;¹⁹⁶ 2000 yılında imzalanan ve 2002 yılında yürürlüğe giren B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol;¹⁹⁷ 2011 yılında imzalanan ve yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi,¹⁹⁸ sert müstehcen ürünlere ilişkin uluslararası mücadelenin kapsamını ortaya koymaktadır.

¹⁹⁴ Bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VIII-3&chapter=8&lang=en (E.T.: 02.04.2019).

¹⁹⁵ Bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch_IV_11p.pdf (E.T.: 02.04.2019).

¹⁹⁶ <https://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C182> (E.T.: 02.04.2019).

¹⁹⁷ Bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/2000/05/20000525%2003-16%20AM/Ch_IV_11_cp.pdf (E.T.: 02.04.2019).

¹⁹⁸ Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561> (E.T.: 02.04.2019).

D. TÜRK HUKUKUNDA MÜSTEHCENLİK SUÇU

1858 tarihli Ceza Kanunu¹⁹⁹ m. 139'a göre, "genel adaba aykırı olarak edepsizce resim ve tasviri basan ve bastıran kimse, bir mecrediye altından beş mecrediye altına kadar para ve yirmi dört saatten bir haftaya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi m. 14'e göre, "herhangi bir gazeteci genel adaba ve milli ahlaka aykırı bir şey yazar ve din, mezhep ve nimetlerden birine hakaret ederse, bir yüzük altından yirmi beş yüzük altına kadar para veya bir haftadan üç aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." 1909 tarihli Matbuat Kanunu m. 20'ye göre, "genel adaba aykırı ve ahlaki bozan söz ve yazılar tasvir edilerek yayıldığı takdirde, m. 11'e göre sorumlu kimse iki Osmanlı altınından on altına kadar para cezasıyla cezalandırılır." Görüldüğü üzere 1926 yılında kabul edilen 765 sayılı TCK'ya kadar müstehcenlik suçu ancak basın aracılığıyla işlenebilmekteydi.²⁰⁰

Müstehcenlik suçu 765 sayılı mülga TCK m. 426, m. 427 ve m. 428'de düzenlenmişti.²⁰¹ Bu hükümlerde suç sayılan fiiller, doktrinde iki grup altında

¹⁹⁹ 09.08.1858 (28 Zilhicce 1274) tarihinde ilan edilen "Ceza Kanunname-i Hümayun", çeşitli değişiklikler geçirmekle birlikte 1926 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Bkz. Said Nuri **AK-GÜNDÜZ**, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları", in. Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 8, Y. 2016, s. 9.

²⁰⁰ **DÖNMEZER**, Özel, s. 189, 190.

²⁰¹ **765 sayılı TCK; m. 426**, "Halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikteki genel ahlaka aykırı; (1) Her nevi kitap, gazete, risale, mecmua, varaka, makale, ilan, resim, tasvir, plak, afiş, pankart, televizyon ve teyp bantları, fotoğraf, sinema veya projeksiyon filmlerini veya diğer anlatım araç ve gereçleri ile eşyayı teşhir eden veya ettirenler, bilerek dağıtanlar, satanlar veya dağıttıran veya sattıranlar, veyahut ticaret veya dağıtım veya teşhir kastıyla tersim, tasvir, hak, imal veya tab veya teksir veya imla eden veya ettirenler yahut ithal veya ihraç veya Türkiye dahilinde bir mahalden diğer mahalle nakleden veya ettirenler ve bunlar üzerinde her ne suretle olursa olsun muamelede bulunanlar veya bunların ticaretini kolaylaştırmak maksadıyla bu fiilleri icra edenler veya bu kabil anlatım araç ve gereçlerini vasıtalı veya vasıtasız şekilde tedarik edenler veya tedarik edeceğini ilan edenler veya ilan ettirenler, (2) Eser ve mevzuları tiyatro veya sinema veya radyo yahut televizyonlarda veyahut umumi mahallerde temsil eden veya ettirenler, (3) Hitabeleri umuma açık yerlerde veya umumi mahallerde irad edenler, ... cezalandırılırlar."; **m. 427**, "Neşir veya tevzi edilmek üzere, halkın ar veya haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve

incelenmekteydi. Buna göre, birinci grupta yer alan fiiller, doğrudan doğruya genel ahlaka aykırılık teşkil ederken; ikinci grupta yer alan fiiller, birinci grupta yer alan fiiller hazırlık hareketi niteliğindedir.²⁰² Müstehcenlik suçu, 5237 sayılı TCK m. 226'da düzenlenmiştir.

IV. BİLİMSEL VE SANATSAL ESERLER YÖNÜNDEN MÜSTEHCENLİK

A. BİREY, TOPLUM VE DEVLET AÇISINDAN BİLİMİN ÖNEMİ

Bilim kelimesinin, Eski Türkçe "*bilmek*" fiili ile Yeni Türkçe "*-im*" ekinden türetildiği ve "*ilim veya ilm*" kelimelerinden serbest çağrışım yoluyla benimsendiği belirtilmektedir. İlim kelimesi Arapça "*Im*" kökünden türetilmiş olup, "*teorik bilgi*" anlamındadır.²⁰³ Bilim kavramı doktrinde, "*gerçeğe ve olgulara dayalı, önyargısız, tutarlı, rasyonel ölçülerde bir anlama, bulma doğrulama metodu ve sürekli gelişen dinamik bir bilgi*", şeklinde tanımlanmaktadır.²⁰⁴

istismar eder nitelikteki genel ahlaka aykırı kitap, makale, varaka ve ilan yazarlar ile bu kabil makale, yazı ve resimleri ihtiva eden gazete ve mecmua gibi mevkutelerin sahipleri ve mevkute tanımına girmeyen basılmış eserler yayınlatanları hakkında 426'ıncı maddedeki cezalara hükmolunur. Bu mevkutelerin sorumlu müdürleri hakkında ise bu cezanın yarısı uygulanır. 426'ıncı madde ile bu maddede yazılı evrak ve eşya müsadere ve imha olunur."; **m. 428**, "*Hal-kın ar veya haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikteki genel ahlaka aykırı şarkıları alenen söyleyenler veya plakları, teyp bantlarını çalanlar veya umumi adaba aykırı veya bir şahıs veya bir heyetin, namus ve haysiyetini muhil beyanat ve sözlerle gazete, risale ve diğer evrak satanlar ... cezalandırılırlar.*"

²⁰² **DÖNMEZER**, Özel, s. 202.

²⁰³ **Nişanyan Sözlük** – Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/?k=bilim&view=annotated> (E.T.: 27.03.2019). Bilim kelimesi sözlükte; "*Evrenin veya olayların bir bölümünü konu olarak seçen, deneye dayanan yöntemler ve gerçeklikten yararlanarak sonuç çıkarmaya çalışan düzenli bilgi; genel geçerlik ve kesinlik nitelikleri gösteren yöntemli ve dizgesel bilgi; belli bir konuyu bilme isteğinden yola çıkan, belli bir amaca yönelen bir bilgi edinme ve yöntemli araştırma süreci*", olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (E.T.: 27.03.2019).

²⁰⁴ Mustafa **ERGÜN**, "*Bilim Felsefesi*", s. 1, bkz. <http://mustafaergun.com.tr/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/bilimfelsefesi.pdf> (E.T.: 02.04.2019).

Bilimin temeli olan bilginin oluşum süreci göz önüne alındığında, bilimin bireylerin toplum halinde yaşamaya başlamasıyla esasen gelişim gösterdiği görülmektedir. Bilim hakkındaki görüşleri bütün bilim adamları ve filozoflarca kabul edildiği belirtilen Aristoteles'e göre bilgiye ancak, farklı şeylerin farklı nedenlere sahip olduğunun düşünülmeyle başlanması, yani nedensellik anlayışının ortaya konulması neticesinde ulaşılabilir. Bu itibarla bilginin kurucu unsuru duyumlar olup, duyumdan bilime geçiş üç aşamada gerçekleşir. Bunlar: *“(1) Duyumun devamı olan hafıza; (2) Genel kavramın hareket noktasını sağlayan deney veya tecrübe; (3) İstisnai durumların çokluğundan kurtulunmasıyla, doğal bilimlerde, meydana getirme; sosyal bilimlerde ise, gerçek bilginin unsurlarından olan kavramın ortaya koyulması”*, olarak ifade edilmektedir.²⁰⁵ O halde bilimin gelişmesi, deney ve tecrübelerin, toplum yaşamı içerisinde bir sonraki nesle aktarılmasına bağlıdır.

Öte yandan söz konusu *“nedensellik”* anlayışının bir süreden sonra bilimin gelişmesi için yeterli olmayacağı fark edilmiştir. Nitekim, nedensellik anlayışı bir nevi *“tabiatın yorumu”* niteliğindedir. Ancak bilimin ilerlemesi için *“denenmemiş ve bilinmeyen yolların açılması, keşfedilmesi”* şart olup, bu sonuca ancak *“yeni bir mantık (novum organum)”* tasarlanarak ulaşılabilir. Bu yöntem, *“zihnin öncelenmesi”* olarak ifade edilmiştir. Bu yöntemi uygulamak isteyen bir kimse, *“zihninde bozuk ve derin kök salmış alışkanlıkları bir kenara bırakmalı; yaptığı deneyler sonucu ulaştığı düşüncelerini, tecrübelerini tabiatın inceliği ile uyumlu şekilde tanıtmalı; eleştirilere açık olarak sabırla bunları düzeltmeli”* dir.²⁰⁶

²⁰⁵ Ayhan **BIÇAK**, *“Aristoteles'in Bilim Anlayışı”*, in. İstanbul Üniversitesi Felsefe Arkivi Dergisi, S. 30, Y. 1997, s. 179-181.

²⁰⁶ Francis **BACON**, *Novum Organum* (Çev. Sema ÖNAL), B. 1, İstanbul 2012, s. 112-116. *“Ortalama ve karışık yarı bilgi, kör ve kara bilgisizlikten daha öldürücü ve uğursuzdur. Çünkü bu yarı bilgi, kör ve kara bilgisizliğin yarattığı kötülöklere, gerçeğin sınırlarının ötesinde kalıp sınırlı görüşlere sahip kimsece üretilen kaçınılmaz yanlışların kötölüklerini de*

Bilim temelde, “sosyal bilimler”, “doğal bilimleri” ve “formel bilimler” olmak üzere üç alt gruba ayrılır.²⁰⁷ Sosyal bilimler, bilginin geliştirilmesi amacıyla güden; insanın bilinçli şekilde farklı seçenekler arasından tercih ederek gerçekleştirdiği fiillerini konu alan, düzensiz ve öznel nitelikteki bu fiilleri çözümleyerek sistematik olarak düzenleyen²⁰⁸, bilim dallarını ifade eder.²⁰⁹ Doğal bilimler, sosyal bilimler aksine insan yerine fiziki çevre fenomenine yönelen; objeler hakkında deney ve gözlem yaparak sayısal veriler elde eden ve bu anlamda süreklilik ve nesnellik arz eden sonuçlara ulaşan²¹⁰, bilim dallarını ifade eder.²¹¹ Formel bilimler, sosyal ve doğal bilimlerin aksine zaman ve mekandan bağımsız olan, duyularla algılanamayan, insan zihninin ürünü olan konuları inceleyen, bilim dallarını ifade eder.²¹²

Bilgi, gerek uygulama yönünden gerekse zihinsel açıdan, “güç”tür. Bilhassa

eklemektedir.”, bkz. **BECCARIA**, s. 208.

²⁰⁷ **ERGÜN**, s. 2-7.

²⁰⁸ Melda **SUR**, “Hayek’in Sosyal Bilim Yöntemlerine Yaklaşımı ‘Bilimselcilik ve Sosyal Bilimler’”, in. AÜSBFD, C. 41, S. 1, Y. 1986, s. 333-335.

²⁰⁹ “Antropoloji, arkeoloji, felsefe, sosyoloji, psikoloji, tarih”, sosyal bilim dallarına örnek olarak gösterilebilir. Hukuk bilimi de yaygın anlayışa göre bir sosyal bilim dalı olarak kabul edilmektedir. Ancak hukuk bilimi sosyal bilimlerin aksine, “beşeri davranışları davranış olarak inceleyen bir bilim olmadığı gibi, doğal veya beşeri bir gerçeklikten hareket ederek uyulması zorunlu bazı davranış kuralları saptayan bir bilim de değildir; çünkü davranış kuralları, hukuk araştırmalarının, yani hukuk bilgisinin sonucu değil, sadece konusudur.” Bu nedenle hukuk bilimi diğer sosyal bilimlerden ayrılmaktadır. Bkz. **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, s. 328.

²¹⁰ Doğan **ÖZLEM**, Bilim Felsefesi (Ders Notları), B. 1, İstanbul 2003, s. 110.

²¹¹ “Astronomi, biyoloji, fizik, jeoloji, kimya, tıp”, doğal bilim dallarına örnek olarak gösterilebilir.

²¹² **ERGÜN**, s. 11. “Mantık, matematik, teorik dilbilim”, formel bilim dallarına örnek olarak gösterilebilir. “Hukuk bilimi, ne matematik ne de mantık bilimidir, ancak işlemlerinde matematik veya mantık düşüncesinden yararlanmaktadır. Hukukun genel teorisinin hukukun formel teorisi olduğu söylenmekle birlikte, hukukun ekonomik, toplumsal, vs. muhtevassından bağımsız normatif yapısının bir bilgisi olan veya normun norm olarak değerlendirilmesi ve kurucu unsurlarının bir incelemesi sayılan hukukun genel teorisi, mantık veya matematiğin formel bir bilim olması anlamında formel bir bilim değildir.”, bkz. **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, s. 346, 347.

çağımızda hem doğal güçlerin hem de teknolojinin²¹³ desteğini alan bilginin önemi, her geçen gün daha da artmaktadır. Bilgiyi temin eden “*bilim*”dir.²¹⁴ Bu sebeple bilim, bireyler yönünden daha çok devletler açısından önem arz eder. Zira bilime önem vermeyen, bilimin geliştirilmesi adına herhangi bir politikası olmayan, eğitimin niteliğine önem vermeyen bir devletin, gelişmesi bir yana, yıkılma tehlikesiyle karşı karşıya kalması söz konusu olacaktır. “*Gerçekten her ulus, beyin gücü enerjisini kendi sosyal ve kalkınmasının hizmetine verebilmek için bir politika oluşturmak zorunluluğu duymaktadır. Bilim ve teknoloji politikasının geliştirilmesi, en geniş ve derin anlamıyla bir eğitim sorunudur. Sağlam bir bilim ve teknoloji politikası, en alt kademelerinden başlayarak, üniversite düzeyinde, özellikle lisansüstü eğitim aşamasında ülke ihtiyaçları ile bütünleşir.*”²¹⁵ Bu doğrultuda “*çağdaş bilimsel gelişmelerin doğru- lduğu gibi bütünlüğü olan bir bilim politikasının gerçekleşmesi için fen ve teknolojide olduğu kadar, sosyal bilimlerde de yüksek ihtisas gücüne ihtiyaç olduğu*”, ifade edilmektedir.²¹⁶

²¹³ Teknoloji kelimesi sözlükte; “*İnsanın maddi çevresini denetlemek ve değiştirmek amacıyla geliştirdiği araç gereçlerle bunlara ilişkin bilgilerin tümü*”, olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (E.T.: 02.04.2019).

²¹⁴ **ERGÜN**, s. 1.

²¹⁵ Fatma **VARIŞ**, “*Bilimsel ve Teknolojik Gelişmede Eğitimin Rolü*”, in. AÜEBFD, C. 15, S. 2, Y. 1982, s. 89. (**Bilimsel**) 2015 yılında Nobel Kimya Ödülünü kazanan Aziz Sancar’a göre; “*Bilim yapmak ve bilim kültürünü geliştirmek bir gelenek olmalı. Yahudi kardeşlerimiz dünya nüfusunun yüzde 0,2'sini teşkil ediyor, ama bilim Nobellerinin yüzde 20'sini almışlardır. Onlar bütün insanlardan daha üstün zekalı mı? Yok değiller. Onların kültüründe eğitime, bilime önem veriliyor. Bu asırlarca öyle gelmiştir.*”, bkz. Orhan **BURSALI**, “*Türkiye’de Toplum, Siyaset, Bilim, Gençler ve Öğrencilerin Sancar’dan Etkilenmesi Üzerine*”, in. İTÜ Vakfı Dergisi, S. 73, Y. 2016, s. 29.

²¹⁶ Fatma **VARIŞ**, Türkiye’de Lisansüstü Eğitim (Sosyal Bilimlerde), B. 1, Ankara 1973, s. 58. (**Sosyal**)

B. BİREY, TOPLUM VE DEVLET AÇISINDAN SANATIN ÖNEMİ

Sanat kelimesinin Arapça, “iş ve yapma” veya “güzellik ve hayran olunacak bir kudret eseri” anlamlarındaki “*sunu*” kökünden türetildiği; “*sunu*” kelimesinin daha çok hilkat ve doğanın yaptığı şeyleri ifade etmek için kullanıldığı; “*doğada kendi kendine vücut bulmayan, insanın akıl ve zekasını kullanarak yaptığı işlerin*”, “*sanat*” olarak ifade edildiği belirtilmektedir.²¹⁷

“*Sanat*” kavramının sınırlarının net bir şekilde ortaya konulması mümkün değildir. Zira sanat, “*hoşa giden biçimler yaratma çabası*”²¹⁸ veya “*hayatın bir prizmadan geçmiş hayali*”²¹⁹ olarak ifade edilmektedir. Bu yönüyle sanat, hukuk açısından oldukça büyük sorunlar doğurmaktadır. Yargı makamlarının sanat kavramını, “*maddi (özgün içerik)*”²²⁰ ve “*şekli (estetik)*”²²¹ olmak üzere iki farklı yönden

²¹⁷ Öte yandan sanat kelimesi örneğin; “*annelik sanatı, konuşma sanatı, askerlik sanatı vb. bir şeyi güzel yapmak veya bir mesleği kurallarına uygun şekilde icra etmek*”, gibi farklı anlamlarda da kullanılmaktadır. Bkz. Esra **ATALAY**, “*Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği*”, in. DEÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2004, s. 44.

²¹⁸ Ayrıca belirtmek gerekir ki, sanat temelde, “*mihaniki sanatlar*” ve “*güzel sanatlar*” olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Mihaniki sanatlar, “*dokumacılık, duvarcılık, dülgerlik, marangozluk ve demircilik*” gibi, daha çok kasların hareketiyle yapılan sanatlardır. Güzel sanatlar ise, “*estetik mahiyetiyle ön plana çıkan ve insanda estetik duygular uyandıran; fikir, ruh ve duygu işine ilişkin*”, sanatlardır. Fransızcada güzel sanatlar yerine, “*hür sanatlar*” anlamındaki “*art liberaux*” tabirinin de kullanıldığı belirtilmektedir. Bkz. **ATALAY**, s. 46.

²¹⁹ Enrico **FERRI**, *Sanat ve Edebiyatta Caniler* (Çev. Selmin EVRİM), B. 1, İstanbul 1961, s. 5.

²²⁰ Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1971 yılında sanat kavramına ilişkin, içeriği ön plana çıkaran bir tanım ortaya koymaya çalışmıştır: “*Sanatsal faaliyetlerin esası, izlenimler, sanatçının tecrübelerinin belirli bir biçim dili aracılığıyla seyredilir hale getirildiği serbestçe yaratılan tasarımdır. Bütün sanatsal faaliyetler, mantıken çözümlenemeyen bilinçli ve bilinçsiz iç içe geçmiş aktivitelerdir. Sanatsal yaratmada, sevgiler, fanteziler ve sanat anlayışı birlikte etkili olurlar; o asli olarak bildirim değildir, bilakis ifade etmektir ve hatta sanatçının bireysel kişiliğinin en doğrudan ifadesidir.*” Bu kararın, “*idealist sanat anlayışı içinde estetikle ilişki kurulduğu*” gerekçesiyle eleştirildiği belirtilmektedir. Bkz. Uwe **SCHEFFLER**, *Sanat ve Ceza Hukuku* (Çev. – Ed.: Yener ÜNVER), B. 1, Ankara 2018, s. 17.

²²¹ Anayasa Mahkememiz 1967 yılında bir kararında sanat kavramını şekli yönden tanımlama yoluna gitmiş olup; buna göre bir eser “*resim, müzik, şiir ya da tiyatro gibi belirli eser türlerindeyse; içeriğinden ziyade estetik biçime dayalı yapıdaysa; sürekli bir yorum yoluyla daima yeni anlamlara kapı açıyorsa*”, sanat eseridir. Bkz. Korkut **KANADOĞLU**, “*Sanat*

tanımlamaya çalıştığı belirtilmektedir.

Sanat kavramının kapsamı ve sınırları doktrinde de tartışılmakta olup; bir eserin sanatsal değer taşıyıp taşımadığının tespitinde maddi ve şekli ölçütlere ek olarak, “*sanatçının eseri meydana getirme amacı*” ve “*eseri bütün olarak değerlendirme*” ölçütlerine başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, eserin tamamı estetik kaygıyla yapılmışsa, özgün veya belirli bir şekilde olması önem arz etmeksizin söz konusu eser, sanatsal eser sayılmalıdır.²²² İkinci bir görüşe göre ise, tamamının estetik kaygıyla yapılmış olması yanında, özgün bir niteliğe sahip olan eser, sanatsal eserdir.²²³ Son olarak diğer bir görüşe göre ise bir eser, yukarıda sayılan dört ölçüt yönünden de gerekli şartları sağlaması halinde, sanatsal eser olarak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sonucu eserin, sanatsal eser niteliğinde olup olmadığı konusunda tereddüt söz konusu ise, eser, sanatsal eser sayılmalıdır. Bu görüşe göre, “*şüpheden sanat yararlanır.*”²²⁴

Sanat, insan ve uygar bir toplum için vazgeçilemez mahiyette olup; kimsenin kişiliğini bozmaz, aksine kişilik kazandırır. Zira bilimin yanında sanat da, uygarlığa ulaşma sürecinin her aşamasında başroldedir.²²⁵ Bir görüşe göre uygarlık,

Özgürlüğü”, in. Hukuk ve Sanat (Ed.: Yener ÜNVER – Özlem YENERER ÇAKMUT), B. 2, Ankara 2016, s. 30, 31. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 1984 yılında verdiği bir kararla sanat kavramını maddi şekilde tanımlamaktan vazgeçerek “*şekli*” sanat kavramını benimseydiği ifade edilmektedir. Buna göre sanatsal eser, “*tipolojik gözlemlerde belirli bir eser tipinin tür gereksinimlerini yerine getirmelidir.*” Bu tanımın da “*statik ve dar*” olduğu gerekçesiyle eleştirildiği; Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin günümüzde, sanat kavramının maddi ve şekli tanımlarını birlikte kullandığı, belirtilmektedir. Bkz. SCHEFFLER, s. 18-20.

²²² Faruk EREM, “*Müstehcenlik*”, in. Yargıtay Dergisi, C. 10, S. 1-2, Y. 1984, s. 105. (Müstehcenlik); DÖNMEZER, Özel, s. 205, 206; ÇAĞLAYAN, “*Müstehcen*”, s. 360.

²²³ KARADAYI, s. 891.

²²⁴ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 88-90.

²²⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI – Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2012, s. 350. (Toplum)

“insanoğlunun, bir parçası olduğu evreni, insan olarak kendisini tanıma ve açıklama, dolayısıyla doğaya egemen olma ve ortak hayatın davranışlarını düzenleme zımında yarattığı beşeri tüm değerlerdir.”²²⁶ Diğer bir görüşe göre uygarlık, “insanlığın görgü, bilgi ve düşüncede yükselip olgunlaşması; insanların, şimdiye kadar kavgalar, çirkeflilikler, kaba istek ve iştahlar arasında bir sefaletanede yaşamakta olduklarını kabul ederek, bütün vücutları ve zekaları zehirleyen zararlı tohumları yok etmeye karar vermesi”dir.²²⁷ Uygarlık ve kültür kavramları birbirinden ayrı düşünülemez.²²⁸

Uygarlık, insanların birlikte yaşayabilmek için, birtakım içgüdülerini denetim altına alması, bunları toplumsal ilişkiler yapısı içine yerleştirmesi sonucunda kurulmuştur.²²⁹ İnsanın karar verme mekanizması yani genel olarak kişiliği, bir yandan

²²⁶ Zeki **HAFIZOĞULLARI**, “Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni”, in. AÜHFD, C. 45, S. 1, Y. 1996, s. 3. (**Kültür**)

²²⁷ Mustafa Kemal **ATATÜRK**, Söylev (Ed.: Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU), B. 53, İstanbul 2017, s. 350.

²²⁸ Kültür kelimesi “*ekip biçmek, toprak işlemek*” anlamlarındaki Latince “*cultura*” kelimesinden Türkçeye geçmiş olup; “*tarım, terbiye, eğitim, toplumun töre ve simgeleri*” anlamlarındadır. Bkz. **Nişanyan Sözlük** – Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=kültür> (E.T.: 03.04.2019). Öte yandan konuşma dilindeki anlamının, “*bir toplumun duyuş, düşünüş birliğini sağlayan değerlerin tümü*”, olduğu ifade edilmektedir. “*Kültür kavramı, gelenek, görenek, düşünüş ve sanat değerleri gibi bir toplumun bütün değerlerini kapsar. Kısacası bilgi anlamını taşır. Felsefe diliyse bu bilginin köküne iner ve orada insanın kendi üretimiyle değiştirerek yeniden ve kendisine göre yaptığı yepyeni doğayı bulur. İnsan alet yapan bir hayvandır. Hayvan aletsiz yaşayabildiği halde insan aletsiz yaşayamaz. Öyleyse ‘insan, doğa ile değil, kültür ile bir bağlantı içindedir’. Kültür, insanın belli bir amaca göre meydana getirdiği üretimin tümüdür. İnsan doğayı üretirken kendi kendisini de üretir. Kültür, bütün bu üretimin toplamıdır ki, ilkel doğanın karşısına yepyeni bir doğa, insansal bir doğa koyar. İnsan eylemsel gücüyle (aksiyon) doğayı değiştirebilen tek varlıktır. İnsan doğayı üreterek kültürünü meydana getirmiştir. İnsan, yaşamak için zorunlu görevlerini doğadan ürettiği sayısız aletlere yükleyerek, içinde rahatça yaşayarak düşüncesini geliştireceği yepyeni bir doğa kurmuştur. Organlarının eksikliğini gidermiş kanatları olmadığından uçak yapmıştır. Organlarının görevini yüklenmiş, araba yapıp yaya yürümekten kurtulmuştur. Organlarının görevini aşmış, göremediği uzaklıkları dürbünle görmüştür. Böylelikle insan, eylemsel çabasıyla, ilkel doğadan sıyrılarak insansal bir doğa üretmiştir.”, bkz. **HAFIZOĞULLARI**, “Kültür”, s. 4.*

²²⁹ Sigmund **FREUD**, Yaşamım ve Psikanaliz (Çev. Kamuran ŞİPAL), B. 3, İstanbul 1996, s. 275-277. (**Psikanaliz**)

içgüdüler, diğer yandan toplumsal normlar tarafından baskılanmaktadır. Toplumsal değerlerin, içgüdülere kıyasla üstün gelmesi veya tercih edilmesi neticesinde, bireysel psikolojiden kitle psikolojisine geçilmiş ve insanlar topluluklar halinde yaşamaya başlayabilmişlerdir. Ancak bastırılan içgüdüler bireyleri sürekli rahatsız etmiş ve kendisiyle bir tür savaşa zorlamıştır.²³⁰ Kanımızca sanat işte bu noktada, yani içgüdüler ile toplumsal normlar çatışmasında dengeleyici bir rol üstlenir. Sanat, bu savaşta iki cephe arasında kalan bireylerin, sığınabileceği görünmez ve esnek bir koruma alanı sağlar.²³¹

Görüldüğü üzere sanat, “uygarlıkların en anlamlı göstergelerinden ve toplumların en önemli yaşam damarlarından birisidir.”²³² Sanat her toplumda var olan yaratıcı zekayı ve hayal gücünü geliştirir.²³³ Bu yönüyle sanatın bilime olan katkısı oldukça fazladır.²³⁴ Zira Albert EINSTEIN hayal gücünün önemini şu şekilde

²³⁰ FREUD, Psikanaliz, s. 94-97.

²³¹ Burada esneklik kavramını iki sebepten dolayı tercih etmekteyiz. İlk olarak, bu esnek alan sanatın aşırıya kaçması halinde yırtılabilir. Bu durumda, kişi kendisini söz edilen savaşın ortasında bulacaktır. Ancak esnekliğin görünmez niteliği dolayısıyla, kişi, hali hazırda koruma alanında olduğunu zannedecektir. Bu düşüncede olan bir kişinin, toplumsal normlar yerine içgüdülerini tercih etmesi kuvvetle muhtemeldir. Bahsedilen bu ruhsal savaş içinde sanata sığınan tüm bireylerin içgüdülerine yönelmesi halinde, uygarlığa ulaşma sürecinin tersine dönmesi söz konusu olur. İkinci olarak ise, bu koruma alanının biçim değişikliğine uğramayacak şekilde katı ve görünür olması halinde; sözü edilen savaştan kaçarak bu koruma alanına sığınan kişiler, sınırlarını gördükleri bu alanda yine kısıtlanmış hissedeceklerdir. Sözü edilen bu koruma alanının mahiyeti, bireylerin özgürlükleri kısıtlayan normların baskılarından kurtulduklarını düşündükleri “bir illüzyon” yaratmasıdır. O halde bu koruma alanının sınırlarının; görünür ve biçim değişikliğine uğramayacak şekilde çizilmesi, bu alanın özelliğini ortadan kaldırır. Bu durumda bireyler hem kaçacak yeri olmaması sebebiyle, hem koruma alanı adı altında kandırıldıklarını düşünmeleri neticesinde, hem de ekstra baskı hissetmeleri sonucu içgüdülerine yönelebilirler.

²³² ATALAY, s. 44. “Sanatı bir başka şeyin aleti sanmak yanlıştır. Nietzsche’nin deyimiyle, ‘bir toplumu başlangıçlara götüren yol, barbarlıkta son bulur.’”, Faruk EREM, Anayasa, Bilim ve Sanat, B. 3, Ankara 1980, s. 28. (Sanat)

²³³ TOROSLU, “Medya”, s. 56.

²³⁴ “Sanatın bilime en büyük işareti -ki ben bunu karanlık gecelerde ilk insanlara yolunu gösteren Çoban Yıldızının değerine eşit sayarım- ‘toplumsal sorumluluk’u göstermiş, bundan,

vurgulamaktadır: “Sezgilere ve ilhamlara inanıyorum. Hayal gücümü özgürce çizecek kadar sanatçıyım. Hayal gücü bilgidен daha önemlidir. Bilgi sınırlıdır. Hayal gücü tüm dünyayı kuşatır.”²³⁵ Bir ülkenin farklı düşünen zihinleri, o ülkenin en büyük zenginliğidir, geleceğinin teminatıdır.

C. BİLİM VE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜNÜN MAHİYETİ VE ÖNEMİ

Tarihi Anayasa koyucu, bilim ve sanatın birey, toplum ve devlet açısından önemini göz ardı etmemiş ve bu alanlarda bireylere özgürlük tanımıştır.²³⁶ Anayasa, m. 27’ye göre, “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma yapma hakkına sahiptir.”; m. 64’e göre, “Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.”²³⁷

sonrasını da bilime bırakmış olmasını görürüm.”, **EREM**, Sanat, s. 16.

²³⁵ George Sylvester **VIERECK**, “What Life Means to Einstein”, in. The Saturday Evening Post, T.: 26.10.1929, s. 117.

²³⁶ “Sanat ve özgürlük biri diğerinden ayrılması mümkün olmayan şeylerdir.”, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 195.

²³⁷ İHAS’ta sanat özgürlüğü açıkça düzenlenmemiş olup, İHAM sanat özgürlüğünü, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir. İHAM’a göre, “İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturmaktadır ve gerçekten toplumun ilerlemesinin ve bireyin kendini gerçekleştirmesinin başta gelen şartlarından biridir. İfade özgürlüğü, devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Sanat ürünlerini yaratanlar, gösterenler, dağıtanlar veya sergileyenler, demokratik bir toplumda asıl olan düşünce ve fikirlerin alışverişine katkıda bulunurlar. Bu nedenle devletler, onların ifade özgürlüğüne gereksiz yere tecavüz etmeme yükümlü altındadır.”, bkz. **İHAM “Müller ve Diğerleri v. İsviçre”** Kararı, K.T.: 24.05.1988, Çev. Osman **DOĞRU**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları (Ed.: Osman DOĞRU), C. 2, B. 1, İstanbul 2004, s. 556. İHAM başka bir kararında, müstehcen olduğu gerekçesiyle bir edebi esere ilişkin verilen mahkumiyet hükmünü ifade özgürlüğünün düzenlendiği İHAS m. 10’a aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre; “Çok sayıda dile çevrilerek çok sayıda ülkede yayınlanan Guillaume Apollinaire’in On Bir Bin Kırbaç adlı kitabı Avrupa edebi mirasının bir parçası olup; kitabın yazarı uluslararası üne sahiptir. Bu nedenle kişilerin söz konusu esere kendi dilinde ulaşması engellenemez ve kişiler bu eserden mahrum bırakılamaz.”, **İHAM “Akdaş v. Türkiye”**

Daha önce de belirtildiği üzere bir bireyin en temel hakkı, yeteneklerini serbestçe geliştirebilme hakkı olup; bu hak, tüm bireysel özgürlüklerin amacı mahiyetindedir. Bireyin bu hakkını kullanabilmesini sağlamak, bir devletin bireye karşı olan pozitif yükümlülüklerinin ilk sıralarında yer almalıdır.²³⁸ Vatandaşlarına sanat yönünden olabildiğince geniş özgürlük alanı oluşturması, bir toplumun veya devletin geleceği açısından hayati önem arz eder.²³⁹ Zira sanat, toplumların ruhsal

Kararı, K.T.: 16.02.2010, bkz. **KANADOĞLU**, s. 43. “Bilim ve sanat hürriyeti, gerçekte, düşünce açıklama hürriyeti kavramına dahil olmakla birlikte, ondan daha geniş bir anlam taşır.”, bkz. Çetin **ÖZEK**, Türk Basın Hukuku, B. 1, İstanbul 1978, s. 303. (**Basın**)

²³⁸ “Sanatsal faaliyetin oluşması için üç aşamalı bir süreçten söz etmek ve bu süreçler çerçevesinde gerekli hukuki korumaları belirlemek mümkündür. Öncelikle, bireyin sanatsal üretim sürecinde bulunabilmesi için bilgiye ulaşma hakkı güvence altına alınmış olmalıdır. Ardından, bireyin elde ettiği bu bilgilerden sanatsal üretim faaliyeti çerçevesinde yararlanması sağlanmalıdır. Bu kapsamda birey, elde ettiği bilgilerden nasıl yararlanacağını da kendisi serbestçe belirlemelidir. Böylece sanatçının dışavuruma zorlanmama hakkı ve dışavurumundan dolayı kınanmama hakkı da korunmaktadır. Son olarak ise, bireyin sanatsal faaliyetini öğretmek, bireylerin yararlanmasına sunmak ve eleştiriye açarak savunusunu yapmak hakları da güvence altına alınmaktadır. Bu üç aşamalı sanatsal faaliyet süreci ve hukuki koruma değerlendirildiğinde, ifade özgürlüğü hakkının koruma alanının sanatsal ifade özgürlüğünün kendine özgü yönleriyle ortaya koyulduğu görülmektedir.”, bkz. Aslı **TOPUKÇU**, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü”, in. GÜHFD, C. 11, S. 1, Y. 2014, s. 566. “Kendi haline bırakmak, ‘gerekli şartları hazırlamak’ değildir.”, **EREM**, Sanat, s. 41.

²³⁹ Ünlü İngiliz filozof John Stuart MILL’e göre, “Özgürlük, karakter ve kişilik sahibi insanların ortaya çıkmasını sağlar. Bu yüzden toplum için yararlıdır. Karakter ve kişilik sahibi insanlar, bir toplumun yaşama gücünü, canlılığını ve gelişmesini sağlayan en önemli unsurlardır. Bir toplum belirli bir süre ilerledikten sonra gelişemez hale gelir ve gerilemeye başlarsa, bunun gerçek sebebini özgürlüğün, dolayısıyla kişilik ve karakter sahibi insanların eksikliğinde aramak gerekir. Toplumda özgürlük olursa, farklı düşünce ve farklı yaşama tarzları vücut bulur. Bundan toplumların ne derece faydalandıklarının en bariz örneği Avrupa uygarlığıdır. Avrupa uygarlığı, farklı düşüncelerin savunulabilmesi sayesinde doğmuştur. Avrupa’da insanlar, sınıflar, milletler farklı doğrultularda gelişmek imkanını bulmuşlardır.”, bkz. Adnan **GÜRİZ**, Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk, B. 1, Ankara 1963, s. 148, 149. (**Ahlak**) “Yaşam farkının tıpa tıp aynı olması isteniyorsa, bunun nasıl tepetaklak olduğunu Sovyet rejiminin yıkılması göstermiştir. Olaylar ve fikirler cereyan ettikleri zaman süreleri içinde takdir edilmelidir. Gençler, mazi hakkında henüz tam bir fikirleri olmayanlar, bu takdirleri yapamazlar, ama zamanla ve aydınlanınca yapacaklardır. Onlara elden gelen yardımı sükunet içerisinde yapmak lazım.”, bkz. Sulhi **DÖNMEZER**, “Toplumsal ve Siyasal Rejimimiz Değişirken Katkılar”, in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuklar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s. 18. (**Siyasal**)

bunalımlarını yansıtarak önleyici tedavi işlevi görür;²⁴⁰ bireylerin, hayal güçlerinin farkına varmasını, hayal güçlerini sergilemesini ve geliştirmesini sağlayarak; hem birey ile devlet arasındaki bağları güçlendirir; bireylerin zihninde bilimsel açıdan üretkenlik için gerekli zemini oluşturur. Şüphesiz ki bireylere, bilimsel özgürlük²⁴¹ tanınması da, en az sanat özgürlüğü tanınması kadar önemlidir. Ancak bilim özgürlüğü pratik hayatta sanat özgürlüğü kadar tartışılmamaktadır. Kanımızca, bunun nedenlerinden biri, bilim kavramının sanat kavramına oranla kapsam ve sınırlarının daha belirli olması; diğeri ise toplumdaki, bilim özgürlüğünün sanat özgürlüğüne göre daha meşru ve daha önemli olduğu yönündeki genel algıdır.

Şüphesiz ki söz konusu algının sebebi, sanat eserlerinin toplumun genel ahlakına zarar verebileceği düşüncesidir. Zira sanatta sıklıkla çıplaklık, aşk ve beşeri cinsellik konuları işlenmekte olup; bunların “*sanatın özü*” olduğu belirtilmektedir.²⁴² Burada müstehcenlik kavramıyla birlikte toplumsal ahlak ile bireysel özgürlük arasındaki ilişki gündeme gelmektedir. Belirttiğimiz üzere bireylerin

²⁴⁰ “Çağımızın özgür sanatı toplumsal profilaksi gösterebiliyor. Tabii özgür kalabilirse, görevi resmen tanınmış olursa. Anayasaların ilan ettiği, gerçek ‘güvence’ sağlanmış ise. Çürüyen bir toplumda, sanat doğru sözlüyse, çürümeyi de yansıtmak zorundadır.”, bkz. **EREM**, Sanat, s. 22. “Sanatın hem ilhamlarının hem ızdıraplarının kaynağı, halktır.”, **FERRI**, s. 268.

²⁴¹ Bilimin ışıkları özgürlükle birlikte olduğunda, suçların önleneyeceği ifade edilmiştir. Buna göre bilgiler, konular ve nesnelere karşılaştırılmasını kolaylaştırarak, görüş açılarını zenginleştirir. Bu sayede insanlar, belirli görüşleri ve direnişleri öngörebilir ve birbirlerinden kolaylıkla etkilenerek, değişebilirler. “Bilgili hiçbir insan yoktur ki, ortak güvenliğe ilişkin herkesçe bilinen, açık, anlaşılır ve yararlı toplumsal sözleşmeleri, yani yasaları sevmesin. Zira böyle bir insan, başkalarının vazgeçtikleri bütün özgürlüklerin toplamına karşılık, kendisinin vazgeçtiği özgürlüğün yararsız bir bölümünü göz önünde tutarak bir karşılaştırma yapacak ve o yasalar bulunmadıkları takdirde kendisine yönelik saldırıların ve kötülüklerin olabileceğini kuşkusuz hesaplayacaktır.”, bkz. **BECCARIA**, s. 205, 206.

²⁴² **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 349. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre de; “Romanın aynı zamanda pornografi olarak görülebilmesi, sanat özelliğini ortadan kaldırmaz, çünkü sanat ve pornografi birbirinden kesinlikle ayrılmaz.”, bkz. **KANADOĞLU**, s. 43. “Eserin cinsel heyecan yaratması, sanatsal olmaması anlamına gelmez. Her halde cinsel ilişkiyi gösteren Rodin’in bir heykeline sanatsal dememek olanağı yoktur.”, bkz. **ÖZEK**, Basın, s. 300.

özgürlüklerini maksimize ederken, toplum düzeninin birleştirici ve bütünleştirici unsurlarının zarar görmemesini sağlamak gerekir.²⁴³

Sanat ve müstehcenlik kavramları arasındaki farkın tespitinin, geniş bir fikir olgunluğu gerektirdiği belirtilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin düzenlenme amacı, toplum düzeninin dengede bulundurulması suretiyle, bireylerin mutluluklarını sağlamak ve korumaktır. Müstehcenlik yönünden bağnaz ve katı kurallar koyulması halinde, temel hak ve özgürlükler aşırı şekilde kısıtlanmış olur. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere zarar verilmesi kaygısıyla müstehcen yayınların tamamen serbest bırakılması halinde, toplum düzeninin sarsılması tehlikesi söz konusu olur.²⁴⁴ Bu bağlamda, sanat özgürlüğünü koruma kaygısının aşırıya kaçtığı ve dünya genelinde yargı makamlarının cinsellik yönünden oldukça özgürlüğü ve tavizkar olduğu zamanlarda; bir yandan yetkin sanat eserlerinin üretilmiş, diğer yandan eşcinsel ilişkilerin tiyatro sahnelerinde sergilendiği bir pislik ortamı yaygınlaşmıştır.²⁴⁵ Sanata bu derecede özgürlük alanı tanınması, uygarlığı ileri götürmez, aksine sözünü ettiğimiz özgürlük-ahlak terazisinin yıkılmasına ve toplumun parçalanmasına yol açar.

²⁴³ Yargıtay da 1935 yılındaki bir kararında bu hususa şu şekilde değinmiştir: “Müstehcen konusunda kanaat beyin edilip hüküm verilirken cinsi hicap duygusunun zedelenmemesine dikkat olunmakla beraber eser sahibi, sanatkâr veya ilim adamının fikir hürriyetine ve güzel sanat yaratma istidadına da saygı göstermek ve bu yoldaki çabaların gelişmesine engel olmamak gerekir.”, Bülent **AKMANLAR**, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara İlişkin Tartışmalar”, in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 687.

²⁴⁴ Nevzat **GÜRELLİ**, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, in. İÜHFİM, C. 32, S. 2-4, Y. 1967, s. 571. (**Müstehcenlik**)

²⁴⁵ “Seks, ölüm gibi, aynı zamanda hayvansal ve insani bir faaliyettir. Bu hayvansal faaliyette beşeri duygular ve idealler yer almaktadır. Fakat seks alenileşince, seyirci artık duygu ve idealleri göremez ve fakat sadece hayvansal çiftleşmenin gözlemine yapabilir. Seks aleni nitelik alınca, bir insan ilişkisi basit bir hayvansal birleşme halini almış olur.”, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 199.

Öte yandan geçmişte bir ülkenin zenginliği ve güçlülüğü, nüfusunun fazlalığıyla orantılı olarak kabul edilmekteyken; günümüzde bir toplumun geleceğinin ve zenginliğinin, sadece bireylerin sayı ve erdemlerine, evlilik kurallarına ve toplumdaki aile yapısına değil, aynı zamanda bireylerin cinselliğini kullanma şekline bağlı olduğu söylenmektedir.²⁴⁶ Zira teknoloji ve bilimin gelişmesiyle birlikte, devletlerin, nüfusun çokluğuyla bağlantılı fiziksel işgücü ihtiyacı, gün geçtikçe azalmaktadır. Bu husus göz önüne alındığında devletlerin zenginleşmesi ve buna bağlı olarak güçlenmesi; bireylere sunulan öğretimin niteliği yanında; bireylerin eğitiminde, zihinlerin mümkün olduğunca baskıdan uzak, etik ve özgürlükçü yöntemlerin tercih edilmesine bağlıdır. Viktorya Dönemi'nde uygulanmış olan ve işgücünün yoğun şekilde sömürülmesiyle İngiltere'yi zengin ve güçlü bir konuma getiren yöntemin; içinde bulunduğumuz işgücü öneminin büyük ölçüde azaldığı teknoloji çağında, aynı sonuca ulaştırmayacağı aşikardır. İşte bu bakımdan sanatsal eserlerin müstehcenlik yasakları dışında bırakılması büyük önem arz eder. Bu sayede bireyler, uygulanan baskıyı delmeye çalışmak veya bunun üzerine düşünmek yerine, kendilerini geliştirmek üzerine düşünebilirler. Diğer yandan yaratıcı zekalarının ve hayal güçlerinin gelişmesi neticesinde bireyler, etkin ve yetkin bilimsel çalışmalar ortaya koyarak, devletlerinin gelişmelerini sağlarlar. Zira tekrar belirtmek gerekir ki; bir ülkenin farklı zihinleri o ülkenin zenginliği ve geleceğinin güvencesidir.

D. MÜSTEHCENLİK SUÇLARINDA BİLİMSEL VE SANATSAL ESERLERE ÖZGÜ HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

1. Genel Olarak

Anayasaların yanında müstehcenliği suç olarak düzenleyen kanunlarda,

²⁴⁶ FOUCAULT, s. 31.

bilimsel ve sanatsal eserlerin müstehcen olabileceği pek tabii öngörölmüş ve müstehcenlik suçları yönünden bilimsel ve sanatsal eserlere özgü, hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir.

Örneğın, 765 sayılı TCK'da müstehcenlik suçlarına ilişkin hukuka uygunluk nedeni yer almamasına rağmen, 1931 tarihli mülga Matbuat Kanunu m. 31/2'ye göre; *"Tamamının incelenmesi neticesinde halkın ar ve haya duygularını incitebilecek nitelikte olduğu görölen bir sanat veya bilim eseri, ilgilenenlerinin faydalanması için yayınlanır, bu da eserin konusu, şekli ile yayın aracının ve yerinin türü yönünden ilgili karinelerle anlaşılırsa, müstehcen sayılmaz."*²⁴⁷

1959 tarihli İngiliz *"Müstehcen Yayınlar Kanunu (Obscene Publications Act)"*; m. 4/1'e göre, *"bilim, edebiyat, sanat veya eğitim ya da genel olarak bunlarla ilgili ürünler bakımından kamu yararı söz konusu olması halinde, bunları yayan kimse, müstehcen ürünlerin yayınlanmasının yasaklanmasına karşı bir suçtan mahkum edilmeyecektir."*; m. 4/2'ye göre, *"Bu Kanun kapsamındaki herhangi bir işlem bakımından, bir ürünün edebi, sanatsal, bilimsel değeri olup olmadığının tespiti yönünden uzman görüşü esas alınacaktır."*²⁴⁸

İsviçre CK. m. 197/5'e göre, *"Pornografi kapsamında olan nesnelere veya görüntölü, yazılı veya sözlü ifadeler, bilimsel veya kültürel bir değere sahipsele,*

²⁴⁷ Bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Zira, *"içinde halkın ar ve haya duygularını incitebilecek yazı veya resimlerin bulunduğu bilimsel eserlerin müstehcen sayılmamaları için sübjektif bakımdan konulmuş bulunan 'ilgilenenlerinin faydalanması için' ibaresi yerinde ise de, edebi eserler bakımından, 'ilgilenenlerinin faydalanması için' ibaresi üzerinde durulabilir. Edebi eserlerle yalnızca ilgilenmesi gereken bir zümre de yoktur. Bir edebi eserin başarısının büyüklüğünü, belki biraz da, geniş halk kitleleri tarafından ilgi çekmiş bulunmasında aramak büyük bir hata olmaz."* Bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 207.

²⁴⁸ Bkz. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1959/66/pdfs/ukpga_19590066_en.pdf (E. T.: 27.03.2019).

müstehcen sayılmazlar.”²⁴⁹

İCK m. 529'a göre, “*Ceza Kanununun uygulanması bakımından, genel kanaate göre, halkın ar, haya duygularını inciten davranışlar ve nesnelere, müstehcen kabul edilir. Ancak, bilim ve sanat eserleri, inceleme, araştırma nedeni dışında, satılmadıkça, satışa arz edilmedikçe veya en azından on sekiz yaşından küçük kimselere servis edilmiş olmadıkça müstehcen sayılmazlar.*”²⁵⁰

Nihayet 5237 sayılı TCK m. 226/7'ye göre, müstehcenlik suçlarını düzenleyen hükümler, “*bilimsel eserlerle; çocuk pornografisi niteliğindeki ürünler hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.*”²⁵¹

2. TCK m. 226/7'de Düzenlenen Bilimsel Eserlere Özgü Hukuka Uygunluk Nedeni

İçerdiği bilimsel bilgiler ile ön plana çıkan, araştırma, eğitim, tedavi vb. hususlarda yazılmış eserler, bilimsel eserlerdir ve müstehcen kabul edilemez. Örneğin, cinsellik hakkındaki merakın giderilmesi veya korunma yollarının öğretilmesi hususlarını eğitici bir şekilde anlatan bir eser, müstehcen değildir.²⁵² Zira cinselliği konu alan bir bilimsel eser, müstehcenliğin “*toplumun kabulüne aykırılık*”,

²⁴⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 349.

²⁵⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 349.

²⁵¹ Hükümün sanatsal eserlerle, bilimsel eserler arasında ayrım yapması eleştirilmektedir: “*Acaba yasa koyucu edebiyat ve sanatı bilim dışı mı saymaktadır. Çok önemli bir ressamın bir çıplak resmini veya çıplak bir heykeli müzelerden ya kaldıracağız ya da müze veya resim salonlarını çocuklara yasaklayacağız. Bunun kabul edilemez bir olgu olduğunu söylemeyi bile gereksiz görmekteyiz.*”, bkz. DONAY, Şerh, s. 328.

²⁵² EREM, “Müstehcenlik”, s. 104.

“saygısızlık” ve “özensizlik” olarak ifade ettiğimiz üç seçimlik unsurundan²⁵³ herhangi birini barındırmamaktadır. Burada “toplumun kabulüne aykırılık” hususu belirsiz olduğu düşünülebilir ise de, ilkel olmayan bir toplumun her halde bilimsel bilgi içeren bilimsel bir eseri, “ayıplaması” veya ahlaksız “bulması” söz konusu değildir.

TCK m. 226/7’de bilimsel eserler yönünden herhangi bir istisna getirilmediğinden, bunların hiçbir şekilde müstehcenlik suçuna konu olamayacağı düşünülebilir. Buna karşın, örneğin, kadın hastalıkları hakkında yazılan bir tıp kitabının, içindeki resimleri açmak suretiyle, vitrinde sergileyen bir kitapçı, müstehcen ürünü alemlen sergilemek suçundan cezalandırılabilir.²⁵⁴ Bu itibarla söz konusu hukuka uygunluk nedeni açısından failin saiki önem arz eder.

3. TCK m. 226/7’de Düzenlenen Sanatsal Eserlere Özgü Hukuka Uygunluk Nedeni

TCK m. 226/7’ye göre, çocuk pornografisi niteliğindeki ürünler dışındaki sanatsal eserler,²⁵⁵ çocukların ulaşmasını engellemek koşuluyla müstehcenlik suçunu oluşturmaz. Kanımızca kanun koyucu, sanatsal eserlerin müstehcenlik içerebileceğini ve bunun sözü edilen koşullarda müstehcenlik suçunu oluşturmayacağını²⁵⁶

²⁵³ Bkz. “Bl. 1 – II. A. 1.”, s. 28.

²⁵⁴ **DÖNMEZER**, Özel, s. 207.

²⁵⁵ TCK m. 226/7’de “sanatsal ve edebi değeri olan eser” tabiri kullanılmıştır. Kanımızca buradaki edebi değer ifadesi gereksizdir ve anlatım bozukluğu teşkil eder. Zira “edebi” kelimesi “edebiyatla ilgili” anlamında olup; edebiyat, “söze biçim veren fonetik bir sanat dalı” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **ATALAY**, s. 47. Bu nedenle çalışmamızda “sanatsal ve edebi değeri olan eser” tabiri yerine, “sanatsal eser” tabirini kullanmaktayız.

²⁵⁶ “Sanatın konusunda ‘yasak bölge’ kabul edilemez. Sanat yaşadıkça konusu değişecektir. Konu seçimi bile diyalektiktir. Merakla karışık ilgiyi çekebilmek için müstehceni konu seçmek her zaman sanat değildir. Bununla bazı konuların sanat dışı olduğu ileri sürülüyor, sanılmasın, müstehcene sanatça yaklaşım çok farklıdır. İnsanlığın ‘en iyi ahlakı’ henüz bulmadığı söylenebilir. Bu nedenle zaman zaman, ‘sanat yapıtı’nda ahlaksızlık görmek bir açıdan ikiye bölünlülük-tür.”, **EREM**, Sanat, s. 34.

kabul ederek, doğru bir tercihte bulunmuştur.²⁵⁷ Fakat yukarıda da belirtildiği üzere, basit müstehcen ürünler nitelikteki sanatsal eserler ile anormal pornografik sanatsal ürünler yönünden, ikili ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Her halde çocukların çıplak heykeller sergilenen müzelere girmesi yasaklanamayacağına göre, söz konusu çocukların ulaşmasının engellenmesi koşulu, yalnızca anormal pornografik sanatsal ürünler bakımından aranmalıdır.

Sanat kavramının ve dolayısıyla sanatsal eser kavramının net şekilde tanımlanması, belirttiğimiz üzere oldukça zor olup; bir eserin sanatsal eser olup olmadığının tespitinde çoğunlukla; “*maddi (özgün içerik)*”, “*şekli (estetik)*”,²⁵⁸ “*sanatçının eseri meydana getirme amacı*” ve “*eseri bütün olarak değerlendirme*”, ölçütlerinden yararlanılmaktadır.²⁵⁹

Burada üzerinde durulması gereken temel sorunlardan biri, müstehcen yayın yaparak maddi kazanç elde etmek isteyen kimselerin, meydana getirdikleri eserleri teknik kabiliyetlerini kullanarak, bilimsel veya sanatsal ve edebi değeri olan eser kılfına sokmaya, yani kanunu dolanmaya çalışmalarıdır.²⁶⁰ Bu nedenle bir eserin sanatsal eser niteliğinde olup olmadığını saptamada, failin saiki esas alınabilecek

²⁵⁷ **Aksi yöndeki bir görüşe göre**, sanatla müstehcenlik birlikte bulunamaz. Buna göre, sanatsal değeri olduğu iddia edilen bir eser müstehcenlik yönünden incelenirken; bu eserin içeriğinin, sanatsal değer açısından değil, ahlaki açıdan incelenmesi gerekmektedir. Bu itibarla bir eserin müstehcen olup olmamasını tespitinde, bu sanatın üstatlarının değil, toplumun genel kabulü esas alınmalıdır. Bir eserin sanatsal değeri ne kadar yüksek olursa olsun, bu eser, toplumun utanma duygusunu incitecek nitelikteyse, müstehcendir. Bkz. **ÖNDER**, s. 542; **OTACI**, s. 247, 248.

²⁵⁸ Dünya genelinde ceza kanunlarının, güzel sanatların pornografiye, pornografik olmayan metotlar kullanarak temas etmesini kabul ettiği; normlar uyarınca gösterilen veya ifade edilenin “*ne*” olduğunun değil, sunumun “*nasıl*” yapıldığının önem arz ettiği ifade edilmektedir. Bkz. **FAUST**, s. 25.

²⁵⁹ Bu ölçütler dışında “*aile müessesesinin korunması*” şeklinde “*objektif*” olduğu ileri sürülen bir ölçüte başvurulması gerektiği de ifade edilmektedir. Bkz. **YALKUT**, s. 283.

²⁶⁰ **DÖNMEZER**, Özel, s. 208; **TAN**, s. 175.

ölçütlerden biri olduğu ifade edilmektedir.²⁶¹ Buna göre kişinin, sanatsal bir eser ortaya koymaktan çok, cinselliği tahrik etmek amacıyla bir eser meydana getirmesi halinde, bu eserin sanatsal eser sayılamayacağı ve müstehcenlik suçunu oluşturacağı ileri sürülmektedir.²⁶² Ancak eseri meydana getirenin saikini belirlemenin oldukça zor olduğu ifade edilmektedir. Örneğin, “ABD’li yazarlardan Miller’ın eserlerini bazıları, ‘en aşağı ve en saldırgan müstehcenlik ürünleri’ saydıkları halde, edebi çevre mensuplarınca aynı eserler ‘samimi bir sanat belirtisi’ olarak değerlendirilmiştir.”²⁶³ O halde eseri meydana getiren kişi, gerçekten edebi bir çalışma yapmak istemişse, konunun zorunlu ve gerekli kıldığı ayrıntıların göz önüne alınmaması gerekir.²⁶⁴ Örneğin bir sanatsal eser, “psikolojik tahliller çerçevesinde bir kişiliği belirtirken, kahramanın cinsel hayatında değinmiş ve onun cinsel davranışlarındaki anomalileri de belirtmiş ise, eserin sekse ilişkin kısımlarına rağmen müstehcen sayılmaz.”²⁶⁵

Öte yandan bir eserin sanatsal eser niteliğinde olup olmadığını tespit etmek adına, şekli (estetik) ölçütün kabul edilmesi halinde, eseri bir bütün halinde

²⁶¹ “Tarih ve eski eserler alanında bilimsel yeri olması ve sanat değeri bulunması nedeniyle Efes müzesinde ve herkese açık olarak gösterilen ve resmi kuruluşlarca daha önce de yayınlanmış bulunan ‘Tanrı Bes’ heykeline ilişkin resimlerin kartpostal halinde basılıp çoğaltılarak dağıtılmasında, müstehcen yayın suçunun unsurları yoktur.”, **CGK**, K.T.: 18.03.1974, E.: 73/5-575, K.: 74/170, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 210.

²⁶² **EREM**, “Müstehcenlik”, s. 104.

²⁶³ **DÖNMEZER**, Özel, s. 208.

²⁶⁴ **DÖNMEZER**, Özel, s. 206.

²⁶⁵ **DÖNMEZER**, Özel, s. 210. “Fransa’da Madame Bovary adlı eser dolayısıyla Flaubert aleyhine açılan davada mahkeme; yazarın ciddi ve psikolojik bir eser meydana getirmek amacıyla olduğunu, sahnelerin sadece bozucu ve utandırıcı bir şehvetperestliği kolaylaştırmak ve okşamak için yazılmadığı gerekçesiyle, müstehcenlik suçunun oluşmadığına karar vermiştir.”, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 207. Söz konusu davanın 1857 yılında açıldığı; günümüzde ise, müstehcenlik içeren sanatsal eserlere toleransın oldukça arttığı ve bu eserin müstehcenlik suçunu oluşturduğundan bahisle dünyanın hiçbir yerinde dava konusu edilemeyeceği belirtilmektedir. Bkz. **YALKUT**, s. 284.

incelemek gerektiği ileri sürülmektedir.²⁶⁶ Örneğin, “*cinsel ilişki veya çıplak kadınların tasvir edildiği bir eser, sanatsal yönden ciddi bir değer taşıyorsa ve bu tasvirler sanatsal değerlerin yerleşmesinde fonksiyonel bir rol oynuyorsa, eser bu durumda müstehcen sayılamaz.*”²⁶⁷

Kanımızca eseri meydana getiren kimsenin saiki, bir eserin sanatsal eser yönünden tespitinde ölçüt olarak kabul edilmemelidir.²⁶⁸ Bir kimsenin teknik kabiliyetini kullanması ve sanatsal değeri olmayan bir esere, sanatsal değer kazandırmışsa, bu eser pek tabii sanat eseridir. Yukarıda belirtildiği üzere, eserin müstehcen içerikli bölümü, sanatsal değer açısından fonksiyonel bir role sahipse, yani bu parça çıkarıldığında sanatsal değer yönünden azalma meydana geliyorsa, bu durumda söz konusu eser, sanat eseridir.

Netice itibarıyla bir eserin, sanatsal değerinin olup olmadığını tespit etmek adına, ortaya kesin bir ölçüt koymak mümkün değildir.²⁶⁹ Bu itibarla sanatçılar, müstehcenliğin tespiti açısından hukukun ortaya koyduğu esasların belirsiz olduğunu ve bu durumun hareket serbestilerini kısıtladığını ileri sürmektedirler.²⁷⁰ Bu

²⁶⁶ **EREM**, “Müstehcenlik”, s. 105.

²⁶⁷ **DÖNMEZER**, Özel, s. 206.

²⁶⁸ “*Saik ve kast, fiilin varlığı, tipikliği ve hukuka aykırılığı gibi objektif değerlerden sonra failin fiil ile olan ilişkisinin subjektif değerlendirilmesini ifade eder. Subjektif değerlendirmenin yapılabilmesinin ön şartı, objektif unsurun varlığına bağlıdır. Bu açıdan, bir eserin tipe uygunluğunun subjektif kurallara göre değerlendirilip, bir sonuca varılacağı belirtilmesi, fiilin var olup olmadığı konusunun, failin iradesine bağlanması demektir ki, ceza hukuku alanında böyle bir saptamanın kabulü olanağı söz konusu değildir. Ayrıca, saik ancak kanunun saike önem tanıdığı durumlarda hukuken değer taşır ve ilgili normlarda, failin saikine önem tanındığını gösteren bir ifade söz konusu değildir.*”, bkz. **ÖZEK**, Basın, s. 313.

²⁶⁹ **DÖNMEZER**, Özel, s. 211.

²⁷⁰ “*Her sanatçı, en azından sanatı sadece sanat uğruna, ‘art artis gratia’ için değil, bilakis adanmışçasına sanat yaratan sanatçı, sürekli ceza hukukunu ihlal etmek, yani ‘sanata yakın’ suç tiplerini sanatıyla ihlal etmek tehlikesi içindedir. Sonuçta onun cezalandırılabilirliği, temel haklar açısından garanti altına alınan ‘sanat özgürlüğünün’ onu koruyup korumadığına bağlıdır. Bunun nasıl açık ve öngörülebilir olması gerektiği, tamamen karanlıkta bir husustur.*”,

nedenle doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, bir eserin sanatsal eser olduğunun iddia edilmesi halinde mutlaka bilirkişiden görüş alınması gereklidir. Zira bilirkişiye başvurulması, özellikle sanatçılar açısından da gerçek bir garanti niteliğindedir.²⁷¹ Fransa'da müstehcenlik suçunun kitaplarla işlenmesi halinde, bu hususa özel kurulmuş komisyondan rapor alınması, kovuşturma şartı olarak düzenlenmiştir.²⁷² Sonuç olarak sanat, bir araç olarak görülmemelidir.

bkz. **SCHEFFLER**, s. 12.

²⁷¹ **DÖNMEZER**, Özel, s. 221; **YALKUT**, s. 284; İsmail **MALKOÇ**, Öğreti ve Uygulamada Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, B. 1, Ankara 2001, s. 319. Zira, "eşitliği bozucu uygulamadaki farklılıklar ancak böyle ciddi bir araştırma ve sorumlulukla önlenebilir.", bkz. **KARADAYI**, s. 893. Sanat özgürlüğünü gerçek anlamda sağlamak adına, "sanatçı dokunulmazlığının" Anayasallaştırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, "milletvekili dokunulmazlığından da haklı bir 'hukuk müessesesi' sanatçı için de yaratılmalıdır. Çünkü sanatçı 'orta çapta adam' değildir. O halde sanatçı devletin ceza yetkisi dışında bırakılmalı, kısacası cezalandırmak şöyle dursun, anlamaya çalışılmalıdır.", **EREM**, Sanat, s. 28.

²⁷² **DÖNMEZER**, Özel, s. 221, 222.

İKİNCİ BÖLÜM

BASİT MÜSTEHCENLİK SUÇLARI

I. KİŞİLERİ BASİT MÜSTEHCEN ÜRÜNLERE MARUZ BIRAKMA VE MÜSTEHCEN ÜRÜNLERİ YAYMA SUÇLARI

A. GENEL OLARAK

TCK m. 226'da yer alan suçlar daha önce de belirtildiği üzere, genel olarak iki gruba ayrılmakta olup; TCK m. 226/1 ve 2'de yer alan suçlar, "basit müstehcenlik suçları", TCK m. 226/3, 4 ve 5'te yer alan suçlar ise "sert müstehcenlik suçları" başlıkları altında incelenecektir.

Basit müstehcenlik suçları; TCK m. 226/1'de²⁷³ yer alan, "kişileri basit müstehcen ürünlere maruz bırakma ve müstehcen ürünleri yayma suçları" ve m. 226/2'de yer alan, "basit müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayma suçu" olmak üzere iki farklı hükümde düzenlenmiştir. Kanun koyucu hükümde, basit müstehcenlik ürünler bakımından, birtakım sınırlar çizerek kişilere hareket serbestisi

²⁷³ **TCK m. 226/1:** "a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten,

c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,

d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,

e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,

f) Bu ürünlerin reklamını yapan, kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır."

tanımıştır.²⁷⁴

B. HUKUKİ KONU

Suçun hukuki konusu, her suç açısından mutlak bulunması zorunlu olan, kandaki suç tipinin üzerine inşa edildiği, ceza normu tarafından korunan ve suçla ihlal edilen hukuki varlık ya da menfaat olup, kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucudur.²⁷⁵ Suç, bir veya daha fazla hakkın ihlali olduğuna göre suçun hukuki konusu, kişilere sağlanan teminatların sınırlarını belirleyerek kanun koyucunun ve uygulayıcıların iktidarını sınırlamaktadır. Hukuki konu ayrıca suçun mağdurunu belirlemede, kanunun sistematliğini doğru oluşturmada ve kanunu yorumlamada oldukça büyük önem arz eder.²⁷⁶

Müstehcenlik suçlarının “*Topluma Karşı Suçlar*” ile “*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*”²⁷⁷ başlıkları altında düzenlenmesinden yola çıkılacak olursa, kanun koyucunun

²⁷⁴ 765 sayılı mülga TCK’da düzenlenen müstehcenlik suçlarında, “*basit*” ve “*sert müstehcenlik*” ayrımı gözetilmeksizin kişilere herhangi bir serbesti alanı tanınmamıştır.

²⁷⁵ Faruk **EREM**, “*Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin*”, in. AÜHFD, C. 25, S. 1, Y. 1968, s. 23 (**Hümanist**); Nevzat **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, B. 1, Ankara 1970, s. 72 (**Tasnif**); Nevzat **TOROSLU** – Haluk **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 21, Ankara 2015, s. 102; Sulhi **DÖNMEZER** – Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, B. 14, İstanbul 2019, s. 33; **HAFIZOĞULLARI** – **ÖZEN**, Genel, s. 199; Yener **ÜNVER**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, B. 1, Ankara 2003, s. 108 (**Hukuksal Değer**); Tuğrul **KATOĞLU**, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, in. AÜHFD, C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 660 (**Mağdur**); Doğan **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Ankara 2012, s. 242. (**Genel**)

²⁷⁶ Faruk **EREM** – Nevzat **TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 9, Ankara 2003, s. 31; **HAFIZOĞULLARI** – **ÖZEN**, Genel, s. 201; Zeki **HAFIZOĞULLARI** – Devrim **GÜNGÖR**, “*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”, in. TBBD, S. 69, Y. 2007, s. 23-29; **ÜNVER**, Hukuksal Değer, s. 795-805.

²⁷⁷ Bir görüşe göre, müstehcenlik suçlarının 765 sayılı mülga TCK’da “*Adabı Umumiye Aleyhine Cürümler*” başlığı altında düzenlendiği; bu suçların 5237 sayılı TCK’da “*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmesinin bilinçli bir tercih olmadığı; “*edep*” ile “*ahlak*” kavramlarının aynı anlama gelmediği; müstehcenlik suçlarının daha çok “*edep*” ile ilgili olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Zeki **HAFIZOĞULLARI**, “*Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*”, in. Türk Hukuk Kurumu / Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, B. 1, Ankara 2005, s.

iradesine göre bu suçların hukuki konusu “toplumun genel ahlakının korunması”dır. Toplumu oluşturan kişilerin uymakla zorunlu olduğu düzen, kamu düzenidir.²⁷⁸ Kamu düzeni, toplumu oluşturan kişilerin “kamu yararı”²⁷⁹ olarak adlandırılan ortak menfaatlerini temin eder. Bu sebeple “Topluma Karşı Suçlar” başlığı altında yer alan suçların hukuki konularının genel olarak “toplumun korunmasına ilişkin kamusal yarar” olduğu söylenebilir.

TCK m. 226/1’in (a) ve (b) bentlerindeki suçların hukuki konusu bir görüşe göre, çocuğun bedensel, ahlaki, zihinsel, duygusal tamlığı ve kişiliğini sağlıklı bir biçimde geliştirme hakkıdır.²⁸⁰ Diğer bir görüşe göre (a) ve (b) bentlerindeki suçların

361. **(Cinsellik)** Ancak daha önce de belirtildiği üzere “toplumun genel ahlakı” tabiri, “toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğunun benimsediği ahlaklılık kurallarını yani toplumun genelince, iyi ahlaka sahip olunması için uyulması zorunlu görülen ahlak kurallarını” ifade eder. Edep kelimesinin çoğulu adap kelimesinin “iyi ahlak kuralları” anlamında olduğu göz önüne alındığında, söz konusu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Zira söz konusu başlık “ahlaka karşı suçlar” değil, “genel ahlaka karşı suçlar” olarak düzenlenmiştir. Bölüm başlığını eleştiren ikinci bir görüşe göre; TCK m. 226’da yer alan suçlar, müstehcenliği tamamen yasaklamakta, müstehcen ürünlere ilişkin bazı tasarruflara kısıtlamalar getirmektedir. Mevzuatımızda yer alan suçların çoğunun geniş anlamda genel ahlaka karşı işlendiği söylenebilir. Hükümde yer alan suçlar genel ahlaktan çok “cinsel ahlakla” ilgilidir. Bkz. **GÜNGÖR**, “Çocuk Pornografisi”, s. 549. Konuyla ilgili üçüncü bir görüşe göre, kanunun sistematığına rağmen, TCK m. 226’da yer alan düzenlemeyle özgürlüğe ilişkin değerlerin korunmaktadır ve cinsellik ahlakı dikkate alınmamaktadır. Bkz. Yener **ÜNVER**, “Çocuk ve Genç Pornografisi Kayıtlarıyla Türk Ceza Kanunu m. 226 Uyarınca Yapılan Ceza Hukuku Mücadelesi Yeterli midir?”, in. Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar-Türk ve Alman Karşılaştırmalı Hukukunda Kişilik Haklarına Karşı Suçlar (Ed.: Yener **ÜNVER**), C. 4, B. 1, Ankara 2015, s. 57. **(Çocuk ve Genç)** Son olarak başka bir görüşe göre; “genel adap” gibi tespit edilmesi güç ve yasama tekniği yönünden modası geçmiş bir ölçüte dayanmaktan ziyade, “kişi özgürlüğü” veya “cinsel özgürlük” kavramları esas alınmalıdır. Bkz. **YARSUVAT**, “Cinsel”, s. 679.

²⁷⁸ **HAFIZOĞULLARI – GÜNGÖR**, s. 31; kanun koyucu TCK’nın sistematığını belirlerken suçun hukuki konusu kriterini göz ardı etmiş ve mağdur kavramını hukuki konunun üzerinde tutmuştur. Bkz. Zeki **HAFIZOĞULLARI – Muharrem ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, B. 4, Ankara 2015, s. 9-11. **(Kişi)**

²⁷⁹ Topluma yarar sağlayan değerler bütünü. Bkz. **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (E.T.: 15.01.2019).

²⁸⁰ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 39; Türker **ERTAŞ**, “İfade Özgürlüğü ve Müstehcenlik: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına ve Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Müstehcenlik Suçuna İlişkin Bazı Gözlem ve Değerlendirmeler”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 18, Y. 2012, s. 200; Gökhan **TANERİ**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Sık Karşılaşılan Suçlar, B. 1, Ankara

hukuki konusu, çocukların müstehcen ürünlerin zararlı etkilerine karşı korunmasına ilişkin kamusal yararadır.²⁸¹

TCK m. 226/1'in (c), (d), (e) ve (f) bentlerindeki suçların hukuki konusu bir görüşe göre, yetişkinlerin müstehcen ürünlerle istemedikleri şekilde karşılaşması sonucu ihlal edilen cinsel özgürlüğün bir kısmı olan özel hayat alanıdır. Nitekim müstehcen ürünlerle her yerde karşılaşılabilir olması özellikle kadınlar bakımından oldukça rahatsız edici bulunabilir.²⁸² Diğer bir görüşe göre (c), (d) ve (e) bentlerindeki suçların hukuki konusu yetişkinlerin müstehcen ürünlerle istemedikleri şekilde karşılaşmamasına ilişkin kamusal yarar, (f) bendinde korunan değer ise, müstehcen ürünlerin halk arasında yayılmasının ve özendirilmesinin engellenmesine ilişkin kamusal yararadır.²⁸³ Bu suçun hukuki konusu hakkında çocuk yetişkin ayrımı yapmayan bir görüşe göre ise kanun koyucu bu suçla, toplumun manevi varlığı sayılan genel ahlakın düşmesini önlemeyi amaçlamıştır.²⁸⁴

Kanımızca m. 226/1'da yer alan suçların hukuki konuları üç grup altında incelenmelidir. Buna göre, (a) bendinde yer alan suçun hukuki konusu çocuğun

2014, s. 1091 (**Ceza**); Osman **YAŞAR** - Hasan Tahsin **GÖKCAN** - Mustafa **ARTUÇ**, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 5, B. 2, Ankara 2014, s. 6762. xxx

²⁸¹ **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Toplum, s. 328.

²⁸² **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 40; **TANERİ**, Ceza, s. 1091, **ERTAŞ**, s. 200.

²⁸³ **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Toplum, s. 328-333.

²⁸⁴ **EREM**, Özel Hükümler, s. 220; Erdal **BAYTEMİR**, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2014, s. 373 (**Ahlak**); Mehmet **AKARCA**, "Müstehcen Söz ve Davranışlarla Genel Ahlak Karşı Suçlar", in. FAHD, C. 2, S. 6, Y. 2010, s. 33; **PARLAR - HATİPOĞLU**, s. 3372. Zira bu suçların düzenlenme amacı bireylerin nezdinde aile kurumunun ve toplumun ayakta durmasını sağlamaktır. Bkz. **GÜRELLİ**, "Müstehcenlik", s. 585. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında müstehcenlik suçlarının hukuki konusunun toplumun ahlaki olduğunu belirtmiştir. CGK., K.T.: 24.03.2015, E.: 2014/14-603, K.: 2015/66, bkz. Gökhan **TANERİ**, "Müstehcenlik Suçu", in. ERÜHFD, C. 13, S. 1, Y. 2018, s. 586. (**Müstehcenlik**) Müstehcenlik suçlarının "Kişilere Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmemiş olması, kanun koyucunun bu suçların hukuki konusunu, "toplum ait bir değer olan ahlaka aykırılık" olarak tercih ettiğini göstermektedir. Bkz. **GÜNGÖR**, "Çocuk Pornografisi", s. 547.

kişiliğini sağlıklı geliştirme hakkı; (b) bendindeki suçun hukuki konusu, çocuğun müstehcen ürünlerin zararlı tesirlerinden korunmasına ilişkin kamusal yarar;²⁸⁵ (c), (d), (e) ve (f) bentlerinde yer alan suçların hukuki konusu, (b) bendiyle korunması amaçlanan kamusal yararın yanında yetişkinlerin istemedikleri şekilde müstehcen ürünlerle karşılaşmamasına ilişkin kamusal yarardır. Kanun koyucu, (a) ve (b) bentlerindeki suçları “*Topluma Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenleyerek bu suçlar bakımından “*toplumun genel ahlakının korunmasına ilişkin kamusal yararı*”, “*çocukların kişiliğini sağlıklı geliştirme hakkı*”na oranla ön planda tuttuğu söylenebilir. Bireylerin ahlakının korunması, doğal olarak toplumun ahlakının korunmasını da sağlar. Buna karşın toplumun “*genel*” ahlakı korunmaya çalışılarak bireylerin ahlakının korunmasını sağlamak daha zor ve daha verimsiz bir yoldur. Ahlaki olarak iyi veya kötü, gelişimlerini büyük oranda tamamlamış yetişkinler açısından bu durum kabul edilebilir ise de, bu yöntemle, çocukların ahlakının korunmaya çalışılması onların kişiliklerini sağlıklı geliştirme hakkını ikinci plana atmak anlamına gelir. Kanun koyucunun bu iki bentte yer alan suç açısından, çocukların kişiliklerini sağlıklı yetiştirme hakkının ikinci plana atılması yönünde bir iradesinin bulunmadığı ve dolayısıyla bu suçların “*Topluma Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlemesinin bilinçli bir tercih olmadığı kanaatindeyiz.²⁸⁶

²⁸⁵ ABD Kongresi 1967 yılında müstehcenlik ve pornografi konusunu incelemek üzere bir komisyon kurmuştur. Komisyon iki yıllık araştırmaları sonunda, “*erginlere müstehcen ürünlerin verilmesini ve gösterilmesini yasaklayan bütün hükümlerin kaldırılmasını gerektiğini belirtmiştir. Komisyon bu yasaklar yönünden, yeterli sosyal doğrulayıcı sebeplerin var olmadığı; zira, pornografinin cinsel suçların işlenmesinde bir rol oynamadığı ve halkın çoğunluğunun reşit olan kişilerin istedikleri cinsel yazıları okumalarının mümkün olmasını istediği, sonuçlarına ulaşmıştır.*” Bu rapora karşı, 1960 yılından itibaren pornografi sektörünün aşırı ölçüde büyümesi neticesinde, 1960 – 1969 yılları arasında cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların iki kat arttığı ve özellikle genç yaşlarda bu ürünlere maruz kalan kişilerin sapık bir cinsel hayatı olduğu belirtilmektedir. Bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 196, 197.

²⁸⁶ Bir suçun birden fazla hukuki konusu olabilir. Doktrinde bu suçlar “*karma hukuki konulu suçlar*” olarak adlandırılmaktadır. Kanun koyucu böyle suçlarda hukuki konulardan birini ön plana çıkararak, suçun kanundaki yerini korunmasını daha elzem gördüğü hukuki

C. MAĞDUR

Mağdur, ceza normuyla korunan ve suç işlenmesi sonucu zarara uğrayan veya tehlikeye düşen hukuki varlığın veya menfaatin sahibi ya da hamilidir.²⁸⁷ Şüphesiz ki suçun mağdurunun belirlenmesi suçun hukuki konusunun doğru tespitine bağlıdır.²⁸⁸ Mağdurun doğru belirlenmesi hem 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu²⁸⁹ hem de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu²⁹⁰ açısından önem taşımaktadır.²⁹¹

Müstehcenlik suçlarının mağduru, kanunun sistematığına göre toplumdur.²⁹² Öte yandan toplumun tüzel kişiliği olmadığından, mağdur sayılamayacağı ve topluma karşı işlenen suçların “*mağduru belli olmayan suçlar*” olarak adlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁹³ Bu görüşü savunanlara göre suçun mağduru, ancak

konuya göre belirler. **KATOĞLU**, “*Mağdur*”, s. 680; **HAFIZOĞULLARI – GÜNGÖR**, s. 43, 44; **ÜNVER**, Hukuksal Değer, s. 809.

²⁸⁷ **EREM**, “*Hümanist*”, s. 21; **TOROSLU**, Tasnif, s. 56; **TOROSLU – TOROSLU**, s. 105-109; **DÖNMEZER – ERMAN**, C. 2, s. 726; **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 208-210; **KATOĞLU**, “*Mağdur*”, s. 657; **SOYASLAN**, Genel, s. 239.

²⁸⁸ **KATOĞLU**, “*Mağdur*”, s. 661.

²⁸⁹ 5237 sayılı TCK’da mağdur kavramına atfedilen önem açısından şu maddeler örnek gösterilebilir: “*Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda şikayet hakkı (TCK m. 73/1), mutlak surette üzerinde tasarruf edilebilecek bir hakka ilişkin olarak mağdurun rızasının varlığının hukuka uygunluk nedeni olması (TCK m. 26/2), bazı suçlarda mağdurun kimliğinin suçun nitelikli hali olması (TCK m. 82/1-d, f, g)*”

²⁹⁰ 5271 sayılı CMK’da mağdura tanınan haklar şunlardır: “*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz hakkı (CMK m. 173/1), soruşturma evresinde delillerin toplanmasını isteme hakkı (CMK m. 234/1-a), kendisine zorunlu vekil görevlendirilme hakkı (CMK m. 234/1,2, m. 239/1,2), kovuşturma evresinde kamu davasına katılma hakkı (CMK m. 234/1-b, m. 237/1), katılma üzerine nihai hükme karşı kanun yollarına başvurma hakkı (CMK m. 242/1), davaya katılma gerçekleşmeksizin kanun yollarına başvurma hakkı (CMK m. 260/1), uzlaşma hakkı (CMK m. 253/1).*”

²⁹¹ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 209.

²⁹² Kanun koyucu TCK’nın sistematığını belirlerken suçun mağdurunu hukuki konunun üzerinde tutmuştur. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Kişi, s. 10-14.

²⁹³ **EREM – TOROSLU**, s. 310, 311; **KATOĞLU**, “*Mağdur*”, s. 679

hak süjeleri olabilir.²⁹⁴ Ancak aynı toplumda bulunan kişilerin ortak menfaatleri olması kaçınılmazdır. Kamu düzeni olarak nitelendirilen bu ortak menfaatler ihlal edildiğinde “*kamu yararı*” tehlikeye düşecek veya zarar görebilecektir. Kanun koyucu, “*Topluma Karşı Suçlar*” başlığı altında yer alan suçların çoğunda, suç oluşması için bir zarar meydana gelmesini aramamış, zarar tehlikesinin meydana gelmesini yeterli görmüştür.²⁹⁵ Bir tehlike suçu işlendiği zaman toplumun ortak menfaatine yönelik bir tehdit gerçekleşmesi haricinde somut olaya göre elbette ki bireylerin menfaatleri zarar görebilir.²⁹⁶ Ancak bir fiil suç olarak belirlenirken korunmak istenen menfaat soyut olarak dşnlmelidir.²⁹⁷ Açıklanan bu nedenler uyarınca mağdur sıfatı hak sjeliği ile sınırlandırılmamalıdır.²⁹⁸

“*Mağduru belli bir kişi olmayan suç*” kavramı 5237 sayılı TCK m. 43/1’e, kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra 5377 sayılı Kanun ile eklenmiştir.²⁹⁹ Her ne kadar bu ek düzenlemeyle topluma karşı işlenen suçlara zincirleme suç

²⁹⁴ Toplumun mağdur olamayacağını savunanlar, cezai korumayı gerçek kişilere ait hak ve menfaatler ile sınırlı tutmaktadır. Oysa ağdaş ceza hukuku kolektif mahiyetteki hak ve menfaatleri de korumaktadır. Bkz. **KATOĞLU**, “*Mağdur*”, s. 683.

²⁹⁵ Tehlike de gerçekten bir neticedir. Ancak kanun koyucu bu suçların oluşması için “*zarar*” şeklinde herhangi bir neticenin oluşmasını şart koşmamıştır. Bu suçlarda önlenmek istenen netice “*zarar*” değil “*tehlike*”dir. Bkz. **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, s. 294. Tehlike suçları maddi ve şekli tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi tehlike suçlarında suçun oluşması için tehlikenin meydana gelmiş olması zorunludur. şekli tehlike suçlarında ise tehlikenin meydana gelip gelmediğine bakılmaksızın suçun kanuni tanımında yer alan davranışların gerçekleştirilmesi halinde tehlikenin meydana geldiği kabul edilmektedir. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 204-206.

²⁹⁶ “*Topluma Karşı Suçlar*”ın mağduru “*toplum*” kabul edildiğinde, somut olayda suçtan zarar görenin herhangi bir hak kaybı söz konusu olmayacaktır. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda mağdura tanınan tüm haklar suçtan zarar görene de tanınmıştır.

²⁹⁷ **KATOĞLU**, “*Mağdur*”, s. 680.

²⁹⁸ **TOROSLU**, Tasnif, s. 184; **KATOĞLU**, “*Mağdur*”, s. 683.

²⁹⁹ TCK m. 43/1’e göre, “*Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.*” cümlesi eklenmiştir. Ek düzenlemenin gerekçesi şu şekildedir: “*Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur*

kurumunun uygulanması amaçlanmış olsa da anılan düzenleme kanun koyucunun iradesine, zincirleme suç kurumunun özüne ve kanun yazım tekniğine aykırıdır. Topluma karşı bir suç işlendiğinde toplumu oluşturan tüm gerçek kişilerin mağdur sayılması halinde TCK m. 43/2'nin tüm bu suçlara verilecek cezalar için genel bir artırım maddesi haline geldiği söylenebilir.³⁰⁰ TCK m. 226/1'de yer alan müstehcenlik suçlarının mağduru bir görüşe göre, (a) ve (b) bentleri açısından sadece çocuklar, diğer bentler açısından ise toplumdur.³⁰¹ Diğer bir görüşe göre ise, (a) bendinde yer alan suçun mağduru çocuk, diğer bentlerde yer alan suçların mağduru gayrimuayyendir.³⁰² Kanımızca TCK m. 226/1-a'da yer alan suçun mağduru çocuk, fıkranın diğer bentlerinde yer alan suçların mağduru ise toplumdur.³⁰³ TCK m. 6/1-b'ye göre, on sekiz yaşını doldurmamış kişiler çocuktur. Yine 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu³⁰⁴ m. 3/1-a'ya göre, "on sekiz yaşından küçük kişi ergin olsa dahi çocuk olma

olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir." Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun, "Topluma Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlendiğinden de hareketle bu gerekçeden çıkarılabilecek önemli sonuçlar şunlardır: 1) "Toplum" mağdur olarak kabul edilmez. 2) Topluma karşı işlenen suçlarda toplumu oluşturan tüm gerçek kişiler mağdur sıfatını haizdir. Bu durumda kendisine önemli hukuki sonuçlar bağlanan mağdur kavramının sınırları aşırı ölçüde genişletilecektir.

³⁰⁰ **KATOĞLU**, "Mağdur", s. 689. Tek fiile tek ceza verilmesi "non bis in idem" ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. TCK m. 43/2 bu ilkeye istisna getiriyor gibi algılanabilir. Bunun önüne geçmek için fiil ve hareket (davranış) arasındaki fark ortaya konulmalıdır. Fiil üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar: Hareket (davranış), hareket ve netice arasındaki nedensellik bağıdır. Bir hareket sonucu birden fazla netice meydana gelebilir. Her ne kadar TCK m. 43/2 bu duruma istinaden düzenlenmiş ise de madde metninde fiil yerine hareket kavramı kullanılmalıydı. Bkz. **TOROSLU – TOROSLU**, s. 344-350; **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 359-365. Ayrıca belirtmelidir ki toplum mağdur olarak kabul edildiğinde zincirleme suç kurumunun uygulanmasında bir karışıklık veya sorun söz konusu olmayacaktır. Bkz. "Bl. 2, I. G. 3.", s. 145.

³⁰¹ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 55, 56; **TANERİ**, "Müstehcenlik", s. 590; **AKARCA**, s. 33; Ahmet **GÜNDEL**, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, B. 1, Ankara 2009, s. 247.

³⁰² **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 328-333

³⁰³ Aynı yönde görüşler için, bkz. **BAYTEMİR**, Ahlak, s. 373; **GERÇEKER**, s. 2419.

³⁰⁴ R.G., T.: 15.07.2005, S: 25876.

sıfatını yitirmez.”³⁰⁵

D. MADDİ KONU

Suçun maddi konusu, tipik davranışın üzerinde işlenmesi zorunlu olan ve maddi niteliği havi şey veya insandır.³⁰⁶ TCK m. 226/1'deki müstehcenlik suçlarının maddi konusu, madde metnine göre, “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünler”dir. “Ürün” kelimesinin konuyla bağlantılı olan anlamı, “bir tutum veya davranışın ortaya çıkardığı şey”dir.³⁰⁷ Müstehcen içerikli gazete, kitap, dergi, CD vb. ürünler bu suçun maddi konusuna örnek olarak gösterilebilir.³⁰⁸ Öte yandan 765

³⁰⁵ Bir görüşe göre erken evlilikle veya kazai rüştle ergin kılınan kişiler de bu suçun mağduru olurlar. Bkz. **GÜNDEL**, s. 247. ÇKK'da yer alan “*ergin olsa dahi*” ibaresinin TCK'da yer almadığından hareket eden ikinci bir görüşe göre, erken evlilikle ergin kılınan kişiler bu suçun mağduru olamazlar. Bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 55; **TANERİ**, “Müstehcenlik”, s. 590; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6773, 6774. Türkiye'nin de imzaladığı ve 4058 sayılı Kanun'la uygun bulunan B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (R.G., T.: 27.01.1995, S: 22184) m. 1'e göre, “*daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.*” Anayasa m. 90/5'e göre, “*Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. ... Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” Bir görüşe göre, “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar*” kavramı geniş yorum yapmaya müsait olup belki de yapılan tüm andlaşmalar ile Anayasada yer alan bir temel hak ve özgürlük arasında bağlantı kurulabilir. Bu görüşe göre ayrıca Anayasa m. 90/5'in lafzından hareketle bir kanunla milletlerarası bir andlaşmanın çatışması halinde, kanun bir temel hak ve özgürlüğü daha etkin korusa bile milletlerarası andlaşma hükümleri uygulanmalıdır. Bkz. Kemal **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, B. 14, Bursa 2013, s. 279-281. Bu konuyla ilgili diğer bir görüşe göre, ancak belli bir hususu açıkça ve uygulanabilir şekilde düzenleyen uluslararası andlaşmalar, ceza hukukunun kaynağı kabul edilebilirler. Bkz. Sulhi **DÖNMEZER – Sahir ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, B. 14, İstanbul 2016, s. 184. Katıldığımız bir görüşe göre, böyle bir çatışma söz konusu olduğunda milletlerarası andlaşmanın hükümlerinin, ceza hukukunda fail lehine bir sonuç doğurması halinde, milletlerarası andlaşma hükümleri uygulanacaktır. Bkz. **ÜNVER**, “*Çocuk ve Genç*”, s. 58. Bu itibarla, erken evlilikle veya kazai rüştle ergin kılınan kimseler, 226/1-a bendindeki suçun mağduru olamazlar.

³⁰⁶ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 209; **TOROSLU – TOROSLU**, s. 103.

³⁰⁷ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 12.02.2019).

³⁰⁸ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 329; **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 44.

sayılı mülga TCK döneminde seks aletleri de bu suçların maddi konusu kabul edilmektedir.³⁰⁹

Görüntü kelimesinin sözlük anlamları: “1. Manzara³¹⁰ 2. Bir film üzerinde sıralanmış resimlerin gösterici yardımıyla ekrana art arda düşürülmesi sonunda hareketin yeniden kurulmasıyla ortaya çıkan görünüş ve görüntülük üzerindeki hareketli resimler bütünü”dür.³¹¹ “Görüntü, görsel ifadedir.”³¹² Buna göre müstehcenlik suçunun maddi konusu bağlamında, bir filmin yanı sıra filmin bir karesi, bir bilgisayar oyunundaki görseller, bir resim³¹³ veya bir heykel³¹⁴ müstehcen görüntü sayılabilir.

³⁰⁹ “İstanbul Acıbadem Caddesindeki 150.Yıl PTT Merkezi yetkililerinin emniyet müdürlüğüne çeşitli illere dava konusu materyallerin posta yoluyla gönderildiğini ihbar etmesi üzerine, polisçe İçerenköy’deki imalathanede ve Çifte-havuzlar’daki satış bürosunda yapılan aramalarda çok sayıda suni penis, penis kaldıran vakum, suni vajina, mastürbatör, vibratör, vajinalı şişme bebek, cinsel erotik yayın, porno kaset vs. gibi materyal ve eşyalar bulunmuş ve sanık hakkında müstehcen eşyayı satışa arz etmekten dava açılmıştır. Bilirkişi Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer mütalaasında; imalathanede ele geçirilen materyallerin cinsel faaliyette bulunmak bakımından güçlükleri ve sakıncaları olan kişilere yardımcı olmak, eşi olmayan veya eş bulamayan kadın ve erkeklerin kendiliklerinden cinsel ihtiyaçlarını karşılayabilmelerini sağlamak, cinsel faaliyette zevki arttırmak maksadıyla imal edilmiş protezler olduğunu müstehcen sayılamayacaklarını, teşhir edilmemeleri şartıyla imali ve satışının suç sayılamayacağını belirtmiş, satış bürosunda ele geçirilen materyaller ile cinsel erotik yayınlar ve porno kasetler üzerinde müstehcen olup olmadıkları konusunda inceleme yaptırılmamıştır. ...”, 5. CD., K.T.: 09.12.1996, E.: 1996/3113, K.: 1996/4379, bkz. Erdal **BAYTEMİR**, Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2007, s. 1260. (**Hürriyet**) **DÖNMEZER**, suçun maddi konusunun doğal olarak müstehcenlik anlayışıyla bağlantılı olduğunu ve bölgeden bölgeye değişiklik gösterdiğini belirtir. “Ancak Türkiye’nin çeşitli kısımlarında da bu bakımdan ortak bir ölçü bulunmadığını söylememiz uygun olur. Bilirkişi sıfatı ile davet olduğumuz görevlerde daima memleketimizin değişik bölgelerine göre edeb duygusunun muhtevasında büyük farklılıklar olduğu gözlemimiz yapmışızdır.”, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 209.

³¹⁰ “Manzara”nın sözlük anlamları: “1. Görünüş, 2. Konusu bir doğa veya şehir parçası olan resim, gravür veya desen, tablo”, **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 10.02.2019).

³¹¹ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr. (E.T.: 10.02.2019).

³¹² **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 329.

³¹³ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 44.

³¹⁴ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 329.

Yazı, düşünsel bir içeriği oluşturan ve bu içeriğin başkalarınca anlaşılmasını sağlayan sembollerdir. Yazı ile ifade edilen düşünsel içeriğin mutlaka görmek suretiyle anlaşılması gerekmez. Örneğin, görme engellilerin düşünsel içeriğini dokunarak anladığı kabartma metinler de yazılı ürün niteliğindedir. Buna göre yazıda kullanılan sembollerin, herkes tarafından anlaşılabilir olması gerekmez.³¹⁵ Bu itibarla güfteli (sözlü) müzik eserleri, araç vasıtasıyla okunabilen mikrofilmler, telgraf işaretleri, yazı kavramına dahildir.³¹⁶ Bu bağlamda sayılan tüm yazılı ürünler müstehcen içerikli olduğu takdirde, bu suçun maddi konusunu oluşturur. Diğer yandan müstehcen yazı içeren ürünler basılı olmak zorunda da değildir. Örneğin, el yazılı bir kağıt da müstehcen içerikli olduğu takdirde bu suçun maddi konusunu oluşturacaktır.³¹⁷

Öte yandan “ses” kavramının “müstehcen içerikli söz” kapsamına dahil olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, “söz” kelimesi “ses” kavramını içermez. “Söz” kelimesinin TDK tanımından³¹⁸ yola çıkan bu görüşü savunanlarca söz, bir düşünceyi anlatmaya yarayan anlamlı kelime veya kelimeler bütünüdür.³¹⁹ Diğer bir görüşe göre ise “söz” kelimesi, sözlü ifadeyi belirtir. Sözlü ifade, söz ve sesin birlikte bulunmasıdır.³²⁰ Ancak söz kelimesi “ses” kavramını içerse de her “ses”, “söz” kabul edilemez. Bu sebeple kanunun lafzından hareketle sadece “ses”

³¹⁵ Kayıhan **İÇEL**, Kitle İletişim Hukuku, B. 13, İstanbul 2018, s. 148. (**İletişim**)

³¹⁶ Sulhi **DÖNMEZER** – Köksal **BAYRAKTAR**, Basın Hukuku, B. 6, İstanbul 2016, s. 279, 280.

³¹⁷ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 329.

³¹⁸ “1. Bir düşünceyi eksiksiz olarak anlatan kelime dizisi, lakırtı, kelam, laf, kavil 2. Bir veya birkaç heceden oluşan ve anlamı olan ses birliği, kelime, sözcük 3. Bir konuyu yazılı veya sözlü olarak açıklamaya yarayan kelime dizisi”, **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 10.02.2019).

³¹⁹ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 44; **ÜNVER**, “Çocuk ve Genç”, s. 58.

³²⁰ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 329; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6764.

içeren müstehcen nitelikli ürünlerin suç kapsamında olmayacağı söylenebilir.³²¹ Her ne kadar suçun maddi unsurlarından biri “dinletmek” fiili olsa da anlamlı kelime veya kelimeler topluluğu olan “söz”ler de dinletilebilir. Diğer yandan müstehcenlik suçunun düzenlenme amacı gözetildiğinde kanun koyucunun kasten bu hususu, suç kapsamı dışında bıraktığı düşüncesi akıl dışıdır. Bu sebeple amaçsal yorum metoduyla “sadece ses içeren müstehcen ürünlerin” de müstehcenlik suçunun maddi konusunu oluşturacağı kanaatindeyiz.³²²

³²¹ Enstrümantal müzik eserlerinin müstehcen olup olamayacağı tartışmalıdır. İnsani olmayan (behimi) duygulara yönelik, cinsel tutkuları (şehveti) tahrik eden müzik parçalarının varlığı kabul edilebilirse de bunların müstehcen olup olmadığını tespit etmek için bir kıstas bulunmamaktadır. Bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 219.

³²² TCK m. 226/1’de yer alan müstehcenlik suçları TCK’nın mehzaz kanunu olan Alman Ceza Kanunu’nda prg. 184’te “*Pornografik yazılar yayma (Verbreitung pornographischer Schriften)*” başlığı altında düzenlenmiştir. Anılan madde hükmünde yer alan “*yazılar (Schrift)*” kelimesi için “*Kişi ve konularla ilgili tanımlar (Personen- und Sachbegriffe)*” başlıklı prg. 11’e atıfta bulunulmuştur. Al. CK. prg. 11/3’e göre, ses ve görüntü taşıyan aletler, veri depolama üniteleri, resim ve sair görüntü, yazı ile eş değerdir. Ayrıca belirtilmelidir ki Türkçeye kısaca resim olarak çevrilen “*die Abbildung*” kelimesi fotoğraf, film, çizgi film veya sair resim kavramlarını karşılamaktadır. Bkz. Feridun **YENİSEY** – Gottfried **PLAGEMANN**, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch, B. 2, İstanbul 2015, s. 14, 288, 507. Alman doktrininde, “*Schrift*” ibaresinin gelişen teknoloji karşısında özellikle İnternet üzerinden yapılan canlı yayınlar bakımından yeterli olmadığı, bunun yerine prg. 184’e “*iletişim içeriklerini ulaşılabilir yapma*” ibaresinin eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ulrich **SIEBER**, İnternetteki Suçlar ve Suçun İnternetteki Takibi (Çev. Yener ÜNVER – Mustafa Temmuz OĞLAKCIOĞLU), B. 1, Ankara 2014, s. 151. Müstehcenlik suçlarının düzenlendiği 765 sayılı mülga TCK m. 426’da kanun koyucunun, müstehcenlik suçlarının maddi konusunu, “*her nevi kitap, gazete, risale, mecmua, varaka, makale, ilan, resimler, tasvirler, fotoğraflar, sinema şeritleri*” olarak saydıktan sonra “*yahut diğer eşya*” diyerek olası tüm araçları kapsayacak şekilde düzenlemesi yerinde görülmüştür. Zira kanunda bu suçların maddi konularının sınırlı olarak sayılması halinde, bu suçu işleyenler kanunda yer almayan araçları seçerek kanunun boşluklarını kullanırlar. Bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 212. Kanımızca TCK m. 226/1’deki müstehcenlik suçlarının maddi konusu gerek Al. CK.’daki düzenlemeye göre gerekse 765 sayılı TCK’daki düzenlemeye göre oldukça yetersiz ve özensizdir. Kanunumuzdaki düzenlemenin ilerleyen teknolojiye uyum sağlamaktan uzak olması bir yana, “*yalnızca ses içeren bir ürünün*” dahi suçun maddi konusunu oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır.

E. FAİL

Suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi suçun failidir.³²³ Ticari amaçla olsun veya olmasın İnternet toplu kullanım sağlanan yerlerde ihmal suretiyle TCK m. 226/1-a, b bentlerindeki suçlar işlenebilir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun³²⁴ m. 2/1-i'ye göre toplu kullanım sağlayıcı, "*Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre İnternet ortamı kullanım olanağı sağlayan*" ifade eder. İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik³²⁵ m. 3/1-l'ye göre ticari amaçla İnternet toplu kullanım sağlayıcı, "*İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığında İnternet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan gerçek ve tüzel kişileri*" ifade eder. İTKSHY'de yer alan yükümlülüklerle³²⁶ aykırı davranan İnternet toplu kullanım sağlayıcıları bu suçun faili olabilir. Bahsedilen İnternet toplu kullanım sağlayıcılara örnek olarak, ticari amaçla İnternet hizmeti sunan halk arasındaki tabirle "*İnternet kafeler*" ile İnternet hizmetini ücretsiz sağlayan alışveriş merkezi, otel vb. yerler gösterilebilir. "*Kusurlu davranabilme yeteneğinin sadece gerçek kişilerde bulunduğu açıktır; tüzel kişi iradesini ancak organ kişileri veya temsilcileri aracılığıyla açıklayabildiği için bu özellikten yoksundur ve dolayısıyla suçun faili olamaz.*"³²⁷ O halde

³²³ TOROSLU – TOROSLU, s. 100; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 347; SOYASLAN, Genel, s. 239.

³²⁴ R.G., T: 23.05.2007, S: 26530.

³²⁵ R.G., T.: 11.04.2007, S: 30035. Çalışmanın devamında İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik yerine İTKSHY kısaltması kullanılacaktır.

³²⁶ Bkz. "Bl. 2 – I. E.", s. 97.

³²⁷ Muharrem ÖZEN, "*Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış*", in. AÜHFD, C. 52, S. 1, Y. 2003, s. 80. (Tasarı) Tüzel kişilerin fail olabileceği yönündeki görüşler için, bkz. KATOĞLU, "Mağdur", s. 667-672.

örneğin, İnternet kafelerde veya ücretsiz İnternet hizmeti veren alışveriş merkezlerinde 5651 sayılı Kanun ve yönetmelikte belirtilen yükümlülükleri yerine getirmekle ve mevcutsa bunları kontrol etmekle görevli gerçek kişiler TCK m. 226/1-a, b bentlerindeki suçları ihmal suretiyle işleyebilirler.

Öte yandan TCK m. 226/1'de yer alan suçların İnternet ortamı üzerinden işlenmesi halinde içerik sağlayıcılar, yer sağlayıcılar ve erişim sağlayıcılar gibi İnternet sükjeleri bu suçların faili olabilir. İçerik sağlayıcı 5651 sayılı Kanun m. 2/1-f'ye göre, "*İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üretten, değıştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri*" ifade eder.³²⁸ Yer sağlayıcı 5651 sayılı Kanun m. 2/1-m'ye göre, "*Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri*" ifade eder.³²⁹ Erişim sağlayıcı 5651 sayılı Kanun m. 2/1-e'ye göre, "*Kullanıcılarına İnternet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri*" ifade eder.³³⁰ Her üç sükje de TCK m. 226/1'de yer alan

³²⁸ 5651 sayılı Kanun'a göre; bilgiyi veya veriyi üretmek, değıştirmek ve sağlamak işlevlerinin üçünü de birlikte yerine getirmesi halinde kişi, "*içerik sağlayıcı*" sıfatını haiz olur. Fakat İnternet ortamındaki bir bilgi veya veriyi üreten, değıştiren veya sağlayan elbette ki farklı kişiler olabilir. Bu sebeple hükmün lafzıyla hareket edilmemeli, genişletici yorum metoduna başvurularak tanımda yer alan "*ve*" kelimesi "*veya*" kelimesi olarak anlaşılmalıdır. Şüphesiz ki aksi düşüncenin kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Dolayısıyla içerik sağlayıcı kavramı, web sitesi sahiplerini, yöneticilerini, tasarımcılarını ve yayın sorumlularını kapsar. Bkz. Muharrem **ÖZEN** – İhsan **BAŞTÜRK**, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2011, s. 75; İlker **ATAMER**, "*5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İkinci Nesil İnternet Sitelerinin Hukuki Statüsü*", Yayınlanma Tarihi: 16.01.2008, bkz. www.turkhukuksitesi.com/makale_736.htm (E.T.: 20.02.2019). (**İkinci**)

³²⁹ Yer sağlayıcılık, İngilizcede "*hosting*" olarak adlandırılan web sayfası ve servislerini barındırma hizmetidir. Yer sağlayıcı, sunucu, bilgisayar vb. barındırma hizmeti için gerekli sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişidir. İçerik sağlayıcı, herhangi bir yer sağlayıcıdan barındırma hizmeti almayıp web sitesini kendisine ait sistemlerde barındırabilir. Bu halde içerik sağlayıcı aynı zamanda yer sağlayıcı sıfatını haiz olur. Yer sağlayıcı barındırdığı içeriği ancak bir erişim sağlayıcıdan hizmet olarak İnternet ortamına sunabilir. Bkz. **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 78, 79.

³³⁰ 5651 sayılı Kanun'da "*erişim sağlayıcı*" kavramı, İnternet servis sağlayıcı (İSS) kavramını da içine alacak şekilde bir üst kavram olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucunun amacı, gelişen teknoloji karşısında İSS'ler haricinde ortaya çıkabilecek ve İnternet erişimi sağlayacak

suçun faili olabilir.³³¹ TCK'ya göre tüzel kişiler suçun faili olamayacağından, bu suçların tüzel kişiler aracılığıyla işlenmesi halinde suç teşkil eden fiillerden sorumlu gerçek kişiler fail olarak değerlendirilecektir. Tüzel kişiliği olan erişim ve yer sağlayıcılar, sorumlu gerçek kişilere ait bilgileri, Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara Ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³³² m. 14/1 uyarınca, kendi sitelerinde bulundurmakla yükümlüdür.³³³

Fıkranın (b) bendinde düzenlen suç bakımından, “okuyan” kişi yanında mevcutsa “okutan” ve “söyleyen” kişi yanında mevcutsa “söyleten” de fail olarak sorumlu olacaktır. Ayrıca belirtilmelidir ki (a) bendinde de (b) bendine benzer şekilde “okumak” ve “okutmak” fiilleri suç sayılmışsa da hükümdeki “okutmak” fiili çocuğa

işletmelerin de Kanun kapsamına girmesini sağlamaktır. İnternet servis sağlayıcı, kendi sistemlerini kullanıcıların İnternet ortamına ulaşabilmeleri için bir giriş kapısına benzer şekilde hizmete sunan gerçek veya tüzel kişilerdir. İSS'lerin temel olarak İnternet erişimi sağlama dışında; sunucu barındırma (hosting) ve kiralama, alan adı sağlama ve içerik sağlama gibi hizmetleri sundukları da görülmektedir. Bkz. **ÖZEN - BAŞTÜRK**, s. 80, 81.

³³¹ Alman hukukunda İnternet sükülerin cezai sorumlulukları, Haberleşme Hizmetleri Kanunu (TDG.) ve İletişim Kanunu (TDK.) uyarınca belirlenmektedir. Buna göre içerik sağlayıcı TDG. prg. 1 uyarınca, cezai açıdan genel hükümlere göre sorumludur; erişim sağlayıcı (İSS) TDK. prg. 5/2 uyarınca, kullanıma sunduğu başkasına ait içeriğin suç teşkil ettiğini bilmesi ve bunu engellememesi durumunda sorumludur; yer sağlayıcı TDK. prg. 5/3 ve TDG. prg. 2/4, prg. 3 hükümleri uyarınca, başkasına ait içeriklerden sorumlu değildir. Münih Eyalet Mahkemesi bir kararında, erişim sağlama (İSS) hizmeti veren bir şirkete ait, yalnızca “hosting” hizmeti sunan yan şirketin, TDG. prg. 5/3 uyarınca yer sağlayıcı sayılmasına ve herhangi bir cezai sorumluluğu olmayacağına karar vermiştir. Bkz. Hans-Heiner **KÜHNE**, “İnternetle Bağlantılı Ceza Muhakemesinde Delil İleri Sürme Problemi” (Çev. Mustafa Ruhan ERDEM), in. Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s. 525.

³³² R.G., T.: 24.10.2007, S: 26680. Çalışmanın devamında bu yönetmelik yerine “Faaliyet Yönetmeliği” kısaltması kullanılacaktır.

³³³ Faaliyet Yönetmeliği, m. 14/1, “Erişim sağlayıcıları ve yer sağlayıcıları aşağıda belirtilen tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait İnternet ortamında, kullanıcıların ana sayfadan doğrudan ulaşabileceği şekilde, iletişim başlığı altında, doğru, eksiksiz ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür. (a) ... tüzel kişi ise unvanı ve sorumlu kişiler ...”

yöneltmek zorunda olduğundan “kendisine müstehcen içerik okutulan çocuk” suçun mağdurdur.

TCK m. 226/1-c, d bentlerinde müstehcen ürünlerin satışına ilişkin kısıtlamalar getirilmiş olmakla birlikte, bu bentlere göre, TCK m. 226/1 kapsamında kalan ürünleri ticari veya kişisel amaçla satın almak ya da bulundurmamak suç oluşturmaz. Öte yandan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu³³⁴ m. 71/1’e³³⁵ göre, bu kanuna aykırı olarak çoğaltılan ürünlerin ticari amaçla satın alınması veya kişisel kullanım amacı dışında bulundurulması ve TCK m. 226/3, 4 kapsamındaki müstehcen ürünlerin her halde bulundurulması suç sayılmıştır.

TCK m. 226/1-e’de müstehcen ürünlerin mal veya hizmet satışları yanında bedelsiz olarak verilmesi suç sayılmıştır. Öyleyse bu suçun bir “özgü suç” olduğu ve failinin ancak mal veya hizmet satan kişilerin olabileceği söylenebilir.³³⁶

³³⁴ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu yerine çalışmanın devamında “FSEK” kısaltması kullanılacaktır.

³³⁵ 5846 sayılı Kanun m. 71/1: “Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

³³⁶ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 332. Nitekim kanunun fail bakımından zorunlu olarak belirli nitelikleri şart koştuğu suçlar, “özgü suç” olarak adlandırılır. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 350; **TOROSLU – TOROSLU**, s. 101.

F. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

a. Genel Olarak

TCK m. 226/1’de altı bent halinde düzenlenen yasak fiiller birbirinden farklı olduğundan ayrı başlıklar altında incelenecektir. Kanun koyucunun maddeyi bu şekilde ayrıntılı düzenleme amacı şüphesiz ki mümkün olabilecek tüm ihlal şekillerinin cezalandırılmasıdır.³³⁷

Bu fıkra hükmünde düzenlenen suçların oluşması için işlenen fiiller dolayısıyla herhangi bir netice öngörülmemekte olup sayılan fiiller gerçekleştirildiğinde bu suçlar tamamlanmaktadır.³³⁸ Doktrinde bu suçlar “*salt hareket suçları*”, “*neticesiz suçlar*” veya “*şekli suçlar*” olarak adlandırılmaktadır.³³⁹ Gerçekten de hükümde bu suçların işlenmesi sonucu bir zarar veya zarar tehlikesi meydana gelmesi aranmadığından müstehcenlik suçları aynı zamanda “*salt tehlike suçu*” olarak nitelendirilmektedir.³⁴⁰

b. Çocuğa Müstehcen Ürünleri Vermek, İçeriğini Göstermek, Okumak,

³³⁷ Bir kanun metnini iyi yapan unsurlardan biri de kuralların belirtici ve kısa olmak suretiyle etkili bir anlatımı olmasıdır. Ancak genel ahlakın ihlali ve pornografi söz konusu olduğunda “*kısalık ve özlük*” kanun metninin iyi olması bakımından baz alınamaz. Bu konularda muhtemel ihlal tehlikelerini önlemek amacıyla kanun koyucunun söz konusu normları ayrıntılı bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir. Bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 201, 202; Ancak kanun koyucu ahlak ile hukuk arasındaki sınırın silinmesi tehlikesini gözeterek bu düzenlemeleri yaparken oldukça titiz ve tedbirli davranmalıdır. Bkz. **EREM**, “*Müstehcenlik*”, s. 102.

³³⁸ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 329-333.

³³⁹ Muharrem **ÖZEN**, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, B. 1, Ankara 2010, s. 6. (**Tehlike**)

³⁴⁰ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 329; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6770. Mülga 765 sayılı TCK m. 426’daki “*halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı*” tabirinin 5237 sayılı TCK m. 226’da yer alması ile suç soyut tehlike suçuna dönüşmüştür. TCK m. 226’daki düzenleme bu yönüyle de Al. CK. prg. 184’deki düzenlemeye benzemektedir. Bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 59.

Okutmak veya Dinletmek

i. Genel Olarak

Hükümde suç teşkil eden fiiller, müstehcen içerikli bir ürünü bir çocuğa vermek veya içeriğini göstermek, okumak, okutmak veya dinletmek olarak belirtilmiştir.³⁴¹ Ayrıca belirtmelidir ki, bu bentte yer alan suçun vücut bulması için bu suçun mağduru olan çocuğun mutlak surette müstehcen içeriğe maruz kalması gerekmektedir.³⁴²

Bu bentte sayılan fiillerin sözlük anlamları şu şekildedir: “Vermek, ‘*üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine erıştirmek, iletmek*’; göstermek, ‘*görülmesini sağlamak, görmesine yol açmak*’; okumak, ‘*bir yazıyı meydana getiren harf ve işaretlere bakıp bunları çözümlmek veya seslendirmek*’; okutmak, ‘*okumasını sağlamak, okuma işini yaptırmak*’; dinletmek, ‘*dinlemesini sağlamak*’ ”³⁴³

Vermek fiili, satmak ya da kira vermek fiillerini içermez. Satmak ya da kiraya vermek fiilleri söz konusu olduğunda ileride incelenecek (c) ve (d) bentleri gündeme gelecektir.³⁴⁴

Hükümde sayılan “*göstermek, okumak ve dinletmek*” fiilleri ihmal suretiyle de

³⁴¹ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 329. Basit müstehcen ürün üretmenin veya buldurmanın ya da bu sayılan fiilleri yetişkinlere karşı gerçekleştirmenin suç oluşturmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6769. Basit müstehcen ürün üretmek TCK m. 226’ya göre suç oluşturmasa da, m. 134/1-2.cümle uyarınca suç oluşturabilir. Bkz. “*Bl. 2 – I. G. 3. b.*”, s. 148.

³⁴² “... *sanığın çocuk olan mağdureye bedensel temasta bulunmaksızın çıplak kadın ve erkek içerikli resimler göstermekten ibaret eyleminin TCK.nın 226/1-a maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturduğu gözetilmeden ...*”, 14. CD., K.T.: 27.02.2013, E.: 2011/9309, K.: 2013/1923, bkz. **BAYTEMİR**, Ahlak, s. 374.

³⁴³ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 25.01.2019).

³⁴⁴ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 58.

gerçekleştirilebilir. Örneğin, bir kişinin yetişkin başka bir kişiye müstehcen içerikli bir ürünü gösterdiği, okuduğu veya dinlettiği sırada bir çocuk müstehcenliğe maruz kalırsa sayılan fiilleri gerçekleştiren kişinin sorumluluğu doğabilir. Böyle bir durumda gösteren, okuyan veya dinleten kimse, çocuğun müstehcenliğe maruz kaldığını fark etmesine rağmen fiiline devam ederse bu bentte yer alan suç işlemiş olacaktır.³⁴⁵

“*Erotik shop*” veya “*sex shop*” olarak adlandırılan mağazalar (d) bendi uyarınca hukuka uygun olarak nitelikleri itibarıyla müstehcen ürünlerin içeriğine vakıf olunabilecek şekilde sergilendiği ve satışa sunulduğu yerlerdendir. Bu sebeple bu işletmelere on sekiz yaşından küçüklerin girmesine göz yumulması veya kimlik kontrolü yapılmaması halinde ihmal suretiyle m. 226/1-a kapsamındaki suç işlenmiş olacaktır.

ii. İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar

Kanımızca İnternet toplu kullanım sağlayıcılar (a) bendindeki suç ihmal suretiyle işleyebilirler.³⁴⁶ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun m. 7/2'ye göre, “*ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün İnternet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.*” İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik

³⁴⁵ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 58; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6770.

³⁴⁶ Bu durumda aynı zamanda (b) bendindeki suç da işlenmiş olacaktır.

m. 44/3³⁴⁷ ve İTKSHY m. 5/1-b'ye³⁴⁸ göre, İnternet kafe işletenlerin genel ahlaka zararı dokunan ve konusu suç oluşturan web sayfalarına erişimi engelleyen filtre programları kullanması zorunludur.³⁴⁹ Ticari amaçla İnternet hizmeti sunan “İnternet kafeler” haricinde, alışveriş merkezleri, restoranlar, toplu ulaşım araçları vb.

³⁴⁷ İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik m. 44/3: “İnternet kafelerde bulunan bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki oyunların oynatılması serbesttir. Bu işyerlerinde, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzene, genel güvenliğe ve genel ahlaka zararı dokunacak web sitelerine erişimin sağlanması yasaktır. Bu sayfalara girilmemesi için bilgisayarların bu tür yayınları yapan sayfaların kapatılmasını sağlayacak filtre yazılımlarının kullanımı zorunludur.”

³⁴⁸ İTKSHY m. 5/1-b: “Ticari amaçla İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır: ... b) Ailenin ve çocukların korunması ile konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sistemini ve güvenli İnternet hizmetini kullanmak ...”. “Güvenli İnternet hizmeti”, 24/08/2011 tarihli ve 2011/DK-14/461 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun “**Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar**” adlı Kurul Kararı ile hayata geçirilmiştir. Güvenli İnternet hizmeti, tüketicilerin talebi halinde İnternet ortamına ulaşım sağlayan araçlara herhangi bir yazılım yüklenmeksizin, erişim sağlayıcılar tarafından Kurul Kararı m. 7/2 uyarınca ücretsiz olarak sunulan ve Kurul Kararı m. 6/1 uyarınca tüketicilerin “çocuk” ve “aile” şeklinde iki ayrı kullanıcı profili seçebildikleri bir hizmettir. Kurul kararı m. 10/1'e göre, çocuk ve aile profil listelerinin oluşturulmasına ilişkin kriterler BTK bünyesinde oluşturulacak “Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu” tarafından tespit edilir. Bu kurulun kararları uyarınca BTK tarafından erişim sağlayıcılara, Kurul Kararı m. 4 uyarınca profillere ilişkin uygun görülmeyen web sayfalarının “alan adları” ve “IP bilgileri” bildirilir. Erişim sağlayıcılar, Kurul Kararı m. 13/2 uyarınca BTK tarafından gönderilen verileri sistemlerine yirmi dört saat içinde aktarır ve uygularlar. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun “Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar Kurul Kararı” için bkz. <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/telekomu-ni-kasyon-kurulu.pdf> (E.T.: 20.02.2019). Bu kararın kanuni dayanaktan yoksun olması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 61.

³⁴⁹ Ticari amaçla toplu İnternet kullanımı sağlayan işletme yani “İnternet kafe” işletenler filtreleme yazılımı kullanma zorunluluğu dışında İTKSHY m. 5/1-c, ç ve d bentleri uyarınca, “c) Kullanılan içerik filtreleme sistemini aktif ve güncel halde bulundurarak, herhangi bir müdahale ile devre dışı kalmasını önlemek, ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak, sabit IP kullanmak ve sabit IP değişikliklerini on beş gün içerisinde mülki idare amirliklerine bildirmek, d) Erişim kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek ve iki yıl süre ile saklamak” hususları ile de yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülüklere ek olarak anılan işletmeler aynı yönetmelik m. 9/1-ç ve g bentlerinde belirtilen, “ç) İşyerlerinde 21/6/1927 tarihli ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununa aykırı hareket edilemez. g) İşyerlerindeki bilgisayarlarda uyuşturucu veya uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, müstehcenlik, fuhuş, şiddet, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden ve 18 yaşından küçüklerin psikolojik ve fizyolojik gelişimine olumsuz etkisi olabilecek çevrimiçi ve çevrimdışı (online-offline) oyunlar oynatılamaz.” şeklindeki kurallara da uymak zorundadır.

yerlerde ücretsiz İnternet hizmeti sunan işletmeler de konusu suç oluşturan web sayfalarına erişimi önleyen filtreleme yazılımı kullanmakla yükümlüdür.³⁵⁰ O halde İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının ticari amaçla olsun veya İTKSHY’de belirtilen yükümlülüklerle aykırı davranışları sonucu müstehcen içeriklere ulaşılabilmesi halinde TCK m. 226/1-a’daki suçu ihmal suretiyle işlemeleri mümkündür. Ancak tekrar etmek gerekir ki, bu suçun söz konusu olması için bu suçun mağduru olan çocuğun mutlaka müstehcen içerikli bir ürünle temas etmesi gerekmektedir. Öte yandan İnternet toplu kullanım sağlayıcılar mevzuatta belirtilen tüm önlemler alınmasına rağmen “IP” adresi değiştirmeye ve gizlemeye yarayan “proxy”³⁵¹ siteleri veya yazılımları kullanılarak alınan tüm önlemlere rağmen müstehcen içerikli web sitelerine erişim sağlanabilir.³⁵² Bu durumda mevzuatta yer alan tüm yükümlülüklerini yerine getiren gerçek veya tüzel kişinin TCK m. 226/1’den sorumluluğu söz

³⁵⁰ İTKSHY m. 4: “(1) İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır: a) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sistemini kullanmak. b) Erişim kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek ve iki yıl süre ile saklamak. c) Kamuya açık alanlarda İnternet erişimi sağlayan toplu kullanım sağlayıcılar, kısa mesaj servisi (sms) ve benzeri yöntemlerle kullanıcıları tanımlayacak sistemleri kurmak. (2) İnternet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sisteminin yanı sıra, ilave tedbir olarak güvenli İnternet hizmeti de alabilirler.” Söz konusu madde aynı yönetmeliğin 5. maddesiyle karşılaştırıldığında ticari amaçla İnternet toplu kullanım sağlayıcı olarak faaliyet gösteren işletmeler yani İnternet kafeler için getirilen yükümlülüklerin daha fazla olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin, İnternet kafeler güvenli İnternet hizmeti kullanmak zorundayken, İnternet hizmeti sunan diğer işletmeler için bu hizmetin kullanılması ihtiyaridir. İTKSHY m. 4/1-a’da yer alan konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve m. 4/1-b’de yer alan erişim kayıtlarının (IP dağıtım loglarının) tutulması, tedbirlerini yerine getirme yükümlülükleri, 5651 sayılı Kanun m. 7/2’de de belirtilmektedir.

³⁵¹ Türkçe: “vekaleten, başkasının yerine”, **Cambridge Yabancılar İçin Çevrimiçi Sözlük**, bkz. <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce-türkçe/proxy> (E.T.: 19.02.2019)

³⁵² Web siteleri hakkında istatistik sunan “www.alexacom”a göre, 2010 yılı itibarıyla engellenmiş web sitelerine erişim sağlayan bir proxy sitesi olan “www.ktunnel.com”, Türkiye’den en çok ziyaret edilen siteler sıralamasında 65. sıradadır. Bkz. Ayşe **KARACA** – Bahar **BEYAZNAR**, “İnternette Müstehcenlik: Nerede Başlar ve Nerede Biter?”, in. Akademik Bilişim’10 – XII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 10 - 12 Şubat 2010, Muğla Üniversitesi, s. 65.

konusu olmaz.

Burada “IP” kavramı üzerinde durmak zorunluluk arz eder. IP, İngilizce’deki “*Internet Protocol*” kavramının kısaltmasıdır ve Türkçe’ye “*İnternet Kullanım Protokolü*” olarak çevrilebilir. Bir cihazın İnternet ortamına erişebilmesi için mutlaka bir takım ortak kurallara uyması gerekir. Bu kurallar “*TCP/IP Protokolü*” olarak adlandırılır. TCP, İngilizce’deki “*Transport Control Protocol*” kavramının kısaltması olup, Türkçe’ye “*İletim Kontrol Protokolü*” olarak çevrilebilir. TCP, verilerin doğru yere iletilmesini sağlar. IP ise, adresleme sisteminden sorumlu olup, ayrıca verilerin ilgili cihaza ulaşması için bir rota çizmekle görevlidir.³⁵³ IP adresleri konumları yönünden, “*kaynak IP adresi (source IP)*” ve “*hedef IP adresi (destination IP)*” olmak üzere iki grup altında tasnif edilir. “*Kaynak IP adresi*” kullanıcının İnternet ağına bağlanması için, erişim sağlayıcı tarafından kendisine tahsis edilen “*adres*”tir. Kullanıcının bir web sitesine erişim sağlaması “*kaynak IP adresinin*”, erişim sağladığı web sitesinin IP adresi yani “*hedef IP adresi*” ile bağlantı kurulması neticesinde gerçekleşir.³⁵⁴ Her IP adresi ayrıca sanal veri yollarına yani “*port adreslerine*”³⁵⁵ bölünmektedir. Bilgisayarlar bu sayede aynı anda İnternet üzerinden farklı işlemler yapabilmektedirler. Örneğin, İnternet üzerinden bir yandan indirme işlemi yapılırken, diğer yandan müzik dinlenmesi halinde; bir IP adresi farklı portlar üzerinden bağlantı

³⁵³ ÖZEN – BAŞTÜRK, s. 18, 19; Murat Volkan DÜLGER, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, B. 7, Ankara 2018, s. 82, 83.

³⁵⁴ Gary C. KESSLER, “*An Overview of TCP/IP Protocols and the Internet*”, 09.10.2010, s. 15, <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~parsons/courses/3120-fall-2012/notes/tcp-ip-notes.pdf> (E.T.: 06.04.2019).

³⁵⁵ Port adresi: “*TCP/IP tabanlı uygulamalar hattın diğer ucundaki bilgisayarlarla konuşmak için belirli bir port adresi kullanırlar. Port adresi, içinde verilerin nereden alınıp nereye verileceğini kesin olarak saptayan bir mekanizma barındırır.*” Port numaraları: “*Bağlantı noktası sayılarıdır. İnternet veya diğer ağ mesajlarının, bir sunucuya vardıklarında yönlendirilmeleri için uygulanan özel bir işlem şeklidir.*” Bkz. Özgür ERALP, Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü, B. 1, Ankara 2007, s. 114.

kurmaktadır. Bu durum daha açık bir örnekle şu şekilde izah edilebilir:

Kaynak adres: 211.11.10.11 :1453 Hedef adres: 222.22.20.22 :1871

Kaynak adres: 211.11.10.11 :1881 Hedef adres: 512.32.60.12 :1923

Burada kullanıcı hem zamanlı olarak “*kaynak IP adresi – 211.11.10.11*” üzerinden, hem “*222.22.20.22 hedef IP adresine*”, “1453” numaralı port aracılığıyla; hem de “*512.32.60.12 hedef IP adresine*”, “1881” numaralı port aracılığıyla bağlantı sağlamaktadır.³⁵⁶

IP adresleri “*statik*”³⁵⁷ ve “*dinamik*” olmak üzere ikiye ayrılır. Bireysel kullanıcılar için erişim sağlayıcılar, ekonomik olması açısından kullanıcılara Dinamik IP adresi tahsis etmektedirler. Buna göre İnternet’e her erişim sağlandığında, erişim sağlayıcıların IP havuzundan boşta olan bir IP atanmakta ve kullanım sona erdiğinde bu IP, havuza geri dönmekte ve başka birisine atanmaktadır.³⁵⁸ Statik IP’nin tahsis edilmiş olması halinde, İnternete her erişim, aynı IP adresi üzerinden gerçekleştirilir ve bu IP adresi başkalarının kullanımına sunulmaz. 5651 sayılı Kanun; m. 5/3 uyarınca yer sağlayıcılar, “*bir yıldan az iki yıldan fazla olmamak üzere*”, m. 6/1-b uyarınca erişim sağlayıcılar, “*altı aydan az iki yıldan fazla olmamak üzere*”, kullanıcıların trafik bilgilerini³⁵⁹ saklamakla yükümlüdür.

³⁵⁶ **KESSLER**, s. 18.

³⁵⁷ İTKSHY m. 3/1-j’ye göre statik (sabit) IP; “*Belirli bir ağa bağlı cihazların ağ üzerinden birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, zamana, oturuma göre değişmeyen ve sistem yöneticisi tarafından belirlenip tanımlanan ve değiştirilebilen IP adresini*” ifade eder.

³⁵⁸ Ahmet **GÜL**, Doğrudan / Dolaylı Bilişim Suçları, B. 1, Ankara 2016, s. 28.

³⁵⁹ 5651 sayılı Kanun m. 2/1-j’ye göre trafik bilgisi; “*Taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerini*” ifade eder. Buna göre erişim ve yer sağlayıcılar, kullanıcının İnternet erişimi sağladığında “*yerel ve yabancı IP adreslerini*” belirtilen süreler boyunca saklamakla yükümlüdür. Bunun yanında erişim sağlayıcıların IP adresi yetersizliğinde port

Ticari amaçla İnternet toplu kullanım sağlayıcılar (İnternet kafeler); İTKSHY m. 5/1-ç'ye göre, “erişim sağlayıcılardan statik IP almak ve kullanmak”; ve m. 5/1-d'ye göre, “IP dağıtım kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek”; ticari amaç gütmeyen İnternet toplu kullanım sağlayıcılar m. 4/1-b'ye göre, “IP dağıtım kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek” zorunda olup, statik IP almak zorunda değildirler. Zira İnternet toplu kullanım sağlayıcılar genellikle tek bir IP adresini, kullanıcılara paylaştırmaktadırlar. Yönetmelikte geçen IP dağıtım kayıtları “port adreslerini” ifade eder. Bu sayede sundukları İnternet hizmeti üzerinden suç işlenmesi halinde, fail tespit edilebilecektir. Zira IP adresi tek başına kesin delil niteliği taşımamaktadır.

Öte yandan sabit IP kullanma zorunluluğunun yalnızca ticari amaçla toplu İnternet kullanım sağlayıcılar için öngörülmesi, kanımızca sundukları hizmetin mahiyeti gereğidir. Zira bu sayede, erişim kayıtlarını sunucularında daha kolay şekilde tutabilirler.

Yukarıda ifade edilen “proxy siteleri veya yazılımları”, kendi IP adreslerini (hedef IP adresi) araç olarak kullanıcılara sunmakta, bir nevi köprü işlevi görmektedir. Yani kullanıcılar öncelikle proxy sitesinin IP adresine bağlanmakta, proxy sitesinin IP adresi de kullanıcıların, ulaşmak istediği IP adresine bağlanmaktadır.

yaparak aynı IP adresini farklı kullanıcılarla paylaştırdığı belirtilmektedir. Bu durumda erişim sağlayıcı ilgili IP'ye ilişkin kendi port numaralarını da saklamak zorundadır. Yargıtay söz konusu durumda erişim sağlayıcıların port numaralarını saklama zorunluluğu olmadığı yönünde karar verdiği de görülmektedir: “Öte yandan IP adreslerinin yeterli olmadığı hallerde GSM şirketleri tarafından bir IP adresi, birden fazla kişiye PORT yapılarak verilebilmektedir. Tutulmasında yasal zorunluluk bulunmayan PORT bilgisine ulaşıldığında, birden fazla kişiye verilen IP nin, suçun işlendiği saatte kim tarafından kullanıldığının belirlenmesi mümkün olmaktadır.”, 8. CD., E.: 2013/4668, K.: 2014/9860, K.T.: 16.04.2014, **UYAP** (E.T.: 06.04.2019).

c. Müstehcen Ürünlerin İçeriklerini Çocukların Girebileceği veya Görebileceği Yerlerde ya da Alenen Göstermek, Görülebilecek Şekilde Sergilemek, Okumak, Okutmak, Söylemek, Söyletmek

Hükme göre suç teşkil eden fiiller, müstehcen içerikli bir ürünü, çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen göstermek, görülebilecek şekilde sergilemek, okumak, okutmak, söylemek veya söyletmek olarak tanımlanmıştır.³⁶⁰ Buna göre (b) bendinde; (a) bendinde sayılan “göstermek”, “okumak” ve “okutmak” fiillerine ek olarak “sergilemek”, “söylemek” ve “söyletmek” fiilleri de suç sayılmıştır. Sergilemek, “bazı şeyleri göstermek, tanıtmak veya satmak amacıyla herhangi bir biçimde, herkesin görebileceği bir yere yerleştirmek, teşhir etmek” anlamındadır.³⁶¹ Sergilemek, bir şeyin ücretli veya ücretsiz herkesin girebileceği veya görebileceği yerlerde kamuya sunulması olarak da tanımlanmaktadır.³⁶² Sergilemek fiilinin işlenmesiyle temelde amaçlanan husus, herkesin görebilmesini sağlamak olduğuna göre, madde metninde sergilemek fiilinden önce yer alan “görülebilecek şekilde” tabiri lüzumsuzdur.³⁶³ Maddede yer alan diğer fiillerden söylemek, “düşündüğünü veya bildiğini sözle anlatmak, herhangi bir şeyi bildirmek, anlatmak”; söyletmek, “bir düşünce veya bilgiyi söylemesine yol açmak” anlamlarındadır.³⁶⁴

Hükümde sayılan fiillerin çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen işlenmesi halinde çocuğun müstehcen ürünlere kalıp kalmadığına

³⁶⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 330.

³⁶¹ TDK Güncel Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 18.01.2019).

³⁶² “Müstehcen resmi taşımakta ve yalnız bir kişiye göstermekte teşhir mahiyeti ve dolayısıyla Türk Ceza Kanununun 426. maddesinde yazılı suçun kanuni unsurları bulunmamıştır.”, 4. CD., K.T.: 31.01.1955, E.: 11805, K.: 1888, bkz. DÖNMEZER, Özel, s. 211.

³⁶³ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 61.

³⁶⁴ TDK Güncel Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 19.01.2019).

bakılmaksızın (b) bendinde düzenlenen suç oluşmaktadır.³⁶⁵ Öte yandan çocukların giremeyeceği veya göremeyeceği ya da aleni olmayan yerlerde çocukların müstehcen içerikli ürünlerle temas etmesi halinde (a) bendinde yer alan suç vücut bulacaktır.³⁶⁶

i. Çocukların Girebileceği veya Görebileceği Yerler

Hükümde sayılan fiillerin, çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde³⁶⁷ işlenmesi halinde suç oluşacaktır. Çocukların giremeyeceği yerler mevzuata bakılarak tespit edilmelidir.

aa. Eğlence Yerleri

2559 sayılı PVSK m. 12/2³⁶⁸ ve İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik m. 44/1³⁶⁹ uyarınca, içki, eğlence, oyun vb. amaçlı işletmelere çocukların girmesi yasaktır. Ancak 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu m. 19/2'ye³⁷⁰ göre,

³⁶⁵ Hükümde yer alan bu üç yer birbirine alternatif olarak sayılmıştır. Bkz. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6771.

³⁶⁶ Ayrıca bkz. "Bl. 2 – I. F. 1. b", s. 102.

³⁶⁷ Bir görüşe göre madde metninde "çocukların girebileceği veya görebileceği yerler" ibaresi kullanılması bu "yer"lerin fiziki varlığını zorunlu kılar. Bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 62. Kanımızca hükümde belirtilen "yer" kavramı geniş yorumlanmalıdır. Aksini kabul suçun hukuki konusuyla bağdaşmaz. Bu sebeple İnternet ortamı bu suçlar bakımından "yer" sayılır.

³⁶⁸ 2559 sayılı PVSK m. 12/2: "Polis bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girmesini meneder."

³⁶⁹ İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik m. 44/1: "Kendisini idare edemeyecek derecede sarhoş olanlara içki verilmesi, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 19 uncu maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, on sekiz yaşından küçüklerin yanlarında ebeveynleri, veli veya vasileri olsa bile bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlere alınması ve onsekiz yaşından küçükler her çeşit alkollü içki verilmesi ile nargilelik tütün mamulleri sunulması yasaktır.", R.G., T.: 10.08.2005, S: 25902.

³⁷⁰ 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu m. 19/2: "2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 12 nci maddesi kapsamına giren Bakanlıkça belge verilen işletmelere, yanlarında veli veya vasileri olmak şartıyla 18 yaşından küçükler de girebilir."

Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan turizm işletme belgesi alan içki, eğlence, oyun vb. amaçlı işletmelere yanlarında veli ya da vasileri olmak koşuluyla çocuklar da girebilir.

bb. Sinemalar

Sinemalar, ücret karşılığı olsun veya olmasın herkese açık olan seansları aleni yerlerden sayılır.³⁷¹ 5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun;³⁷² m. 7/1'e göre, "Ülke içinde üretilen veya ithal edilen sinema filmlerinin, ticari dolaşıma veya gösterime sunulmasından önce değerlendirilmesi ve sınıflandırılması yapılır. Değerlendirme ve sınıflandırma sonucunda uygun bulunmayan filmler, ticari dolaşıma ve gösterime sunulamaz."; m. 4/1'e göre, Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Değerlendirme ve Sınıflandırma Kurulunca yapılır. Bu kurulca yapılacak değerlendirme ve sınıflandırma 5224 sayılı Kanun m. 3/1-f'ye göre, "kamu düzeni, genel ahlak ile küçüklerin ve gençlerin ruh sağlığının korunması, insan onuruna uygunluk ve Anayasada öngörülen diğer ilkeler doğrultusunda" yapılır.³⁷³ Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³⁷⁴ m. 11/2'ye göre, kurul, müstehcenlik yanında korku veya şiddet gibi hususları da dikkate alarak, genel izleyici kitlesi tarafından izlenebilirlik ve yaş bakımından sinema filmlerini sınıflandırır. Buna göre kurulun incelemesinden geçen ve müstehcen

³⁷¹ "Sinema işletmecisinin normal seanslardan sonra kendi arkadaşlarından 4-5 kişi için sinemanın kapılarını kapatıp seks filmlerini özel olarak göstermesi halinde aleniyetten söz edilemez.", 5. CD., K.T.: 10.11.1986, bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 67.

³⁷² R.G., T.: 21.07.2004, S.: 25529.

³⁷³ 5224 sayılı Kanun m.4/7'ye göre, "Değerlendirme ve sınıflandırma işlemleri ile kurullara ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

³⁷⁴ R.G., T.: 18.02.2005, S: 25731.

bulunmayan bir filmin sonradan müstehcen olduğu anlaşılrsa da bu durumda hem hukuka uygunluk nedenlerinden olan “*hakkın kullanılması*” hem de fiili hata söz konusu olur ve TCK m. 226/1-b’de yer alan suç oluşmaz.³⁷⁵ Öte yandan Kurul incelemesinden geçtikten sonra filmlere müstehcen olan sahnelerin eklenmesi ve bu halde sinemada gösterime sunulması halinde (b) bendindeki suç oluşacaktır.³⁷⁶

cc. Tiyatrolar

Devlet Tiyatroları Görev ve Çalışma Yönergesi m. 9/1 uyarınca tiyatro oyunları sahnelenmeden önce Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesinde oluşturulan “*Edebi Kurul*” tarafından değerlendirilir ve oynanabilirliğine karar verilir.³⁷⁷ Heykel ve resim sergileri ise, Devlet Güzel Sanatlar Galerileri Yönetmeliği m. 13’e göre Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesinde oluşturulan “*Seçici Kurul*” tarafından verilecek izinle açılabilir. İzin alınmaksızın oynanan tiyatro oyunu veya açılan resim ya da heykel sergisi basit müstehcenlik kapsamındaysa ve on sekiz yaşından küçüklerin oyunu seyretmesine veya sergiye girmesine izin verilmişse bu durumda TCK m. 226/1-

³⁷⁵ Ayrıca bkz. “Bl. 2. – I. F. 3”, s. 141.

³⁷⁶ **MALKOÇ**, s. 319. “Suç konusu ‘talebenin aşkı’ adlı filmin halen sinemada olduğu bildirildiğinden bu film celbedilip dosyaya bir örneği ibraz edilen eser işletme belgesiyle birlikte Kültür Bakanlığına gönderilerek işletme belgesi ve bandrol verilip verilmediğinin ve müstehcen sahnelerin filme sonradan monte edilip edilmediğinin araştırılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken ...”, 5. CD., K.T.: 21.02.1995, E.: 1994/3995, K.: 1995/457, bkz. **BAYTEMİR**, Hürriyet, s. 1252.

³⁷⁷ Aynı yönerge m. 22’ye göre, “Dramaturglar, Baş dramaturgca gönderilen yerli ya da çeviri oyunları geliş sırasına göre tiyatronun amaçları ışığında inceleyip, sanat ve teknik açıdan ön değerlendirmesini yaparlar. Dünya Tiyatro literatürünü takip ederek, dilimize kazandırılmasını uygun buldukları yabancı eserleri Baş dramaturg aracılığı ile Genel Müdüre önerirler. Dramaturglar okudukları eserler için Baş dramaturga formatları Genel Müdürlükçe belirlenen şekilde hazırlayacağı iki nüsha raporu süresi içinde verirler. Raporların birer nüshası sıra numarası ile tiyatro arşivinde saklanır.” Dramaturg, “Tiyatro için oyun seçmek, oyunları irdelemek, sahnelenmesi işine yardım etmek, oyuncu seçmede, malzemelerin hazırlanmasında danışmanlık yapmak gibi görevleri bulunan kimse” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (E.T.: 08.04.2019).

b'deki suç oluşacaktır.

dd. İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar

İTKSHY m. 9/1'e³⁷⁸ göre, on iki yaşından küçükler yanlarında veli veya vasi olmadan, on beş yaşından küçükler ise saat 20.00'dan sonra yanlarında veli veya vasi olmadan "İnternet kafe" olarak adlandırılan yerlere giremezler. Söz konusu bu yaş sınırlamaları TCK m. 226/1-b yönünden bir anlam ifade etmemektedir. Zira 226/1 bakımından "çocuk" sayılan on beş yaşından büyükler açısından İTKSHY'de bir sınırlama getirilmemiştir.

Ticari amaçla olsun veya olmasın İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının, 5651 sayılı Kanun ve İTKSHY'de belirtilen yükümlülüklerle aykırı davranışları sonucu müstehcen içeriklere ulaşılabilmesi halinde TCK m. 226/1-b'deki suçu ihmal suretiyle işlemiş olacaklardır.³⁷⁹ Diğer yandan İTKSHY m. 9/1-ç ve g bentlerine

³⁷⁸ İTKSHY m. 9/1: "İşyerlerinde uyulması gereken kurallar şunlardır: a) 12 yaşından küçükler, ancak yanlarında veli veya vasileriyle işyerlerine girebilirler. b) 15 yaşından küçükler yanlarında veli veya vasileri olmadan saat 20.00'den sonra işyerlerine alınmazlar." Aynı yönetmelik m. 3/1-g'ye göre İnternet toplu kullanım sağlayıcı, "Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre İnternet ortamı kullanım olanağı sağlayan gerçek ve tüzel kişileri"; m. 3/1-ğ'ye göre işyeri, "Ticari amaçla İnternet toplu kullanım sağlayıcı olarak faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişiler tarafından açılan ve işletilen umuma açık yeri"; m. 3/1-l'ye göre ticari amaçla İnternet toplu kullanım sağlayıcı, "İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığında İnternet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan gerçek ve tüzel kişileri" ifade eder.

³⁷⁹ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 64. Öte yandan Yargıtay bazı kararlarında bu yükümlülüklerle aykırı davranılması durumunda her halde (b) bendindeki suçun oluşmayacağını belirtmektedir; "İnternet kafe sahibi olan sanığın bilgisayarlarının bazılarında, denetim tarihinden birkaç hafta önce bir kısım cinsel içerikli sitelere girildiği bilgisayarların İnternet tarihçesinden saptanarak tutanak altına alınmasına karşılık, ... sanığın izin verdiği kabul edilen İnternet içeriklerinin müstehcen olup olmadıkları saptanmadan, bu görüntülere büyükler dışında çocukların ulaştığına ilişkin delillerin neler olduğu açıklanmadan, bunlara ulaşılabilme olasılığının TCK 226/1-b maddesinde öngörülen alenen gösterme, sergileme, okuma, okutma, söyleme ve söyletme olarak değerlendirilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması ...", 14. CD., K.T.: 10.10.2012, E.: 2011/13180, K.: 2012/9790, bkz. YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6773.

aykırı olarak bilgisayarlarda müstehcen içerikli görüntüler veya oyunlar bulunan İnternet kafe sahipleri veya sorumlu çalışanları (b) bendindeki suçu icra suretiyle işlerler.

ii. Aleni Sayılan Yerler

aa. Gerçek (Sanal Olmayan) Ortamda Aleniyet

TCK m. 226/1-b'de sayılan fiillerin alenen gerçekleştirilmesi halinde suç olacaktır. Aleni kelimesinin sözlük anlamı, "*açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan*" şeklindedir.³⁸⁰ Doğal olarak aleni olan yer aynı zamanda çocukların girebileceği veya görebileceği bir yerdir.³⁸¹ Hayasızca hareketler suçunun düzenlendiği TCK m. 225'in gerekçesine göre aleniyet için aranan ölçüt, "*gerçekleştiği koşullar itibarıyla fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir*" olmasıdır.³⁸² Kanun koyucu, "*aleniyeti*" TCK m. 226/1-b'deki suçların bir unsuru kabul etmiş ancak ne madde metninde ne de TCK'nın Genel Hükümler kitabında bir tanım yapmamıştır.³⁸³ Doktrinde aleniyet kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında

³⁸⁰ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 24.01.2019).

³⁸¹ Kanun koyucu aleni sayılan yerlerde bu fiillerin işlenmesini yasaklamakla kalmamış bunun yanında yalnızca çocukların girebileceği ya da görebileceği yerlerde de yani aleni olmayan yerlerde de bu fiillerin işlenmesini suç saymış ve çocukları, müstehcen ürünlerin zararlı etkilerinden mutlak şekilde korumayı amaçlamıştır. Aleni olmayıp çocukların girebileceği veya görebileceği yerlere örnek olarak; "*anaokulları, ultrason ve röntgen odaları, pediatri doktor odaları, adli görüşme odaları, adliyedeki çocuk izleme merkezleri*" gösterilebilir. Bunun yanında Yargıtay çocuğun ailesiyle yaşadığı evi de çocuğun girebileceği veya görebileceği yer olarak kabul ettiği karar için; "*Mağdurun, babasının kendisini uyuduğunu zannettiği zamanlarda porno film seyredip mastürbasyon yaptığını ... sanığın eyleminin TCK'nın 226/1-b maddesindeki müstehcenlik suçunu oluşturduğu gözetilmeden ...*", 14. CD., K.T.: 17.10.2012, E.: 2011/5926, K.: 2012/10090, bkz. **BAYTEMİR**, Ahlak, s. 387.

³⁸² Belirtmek gerekir ki gerekçe, kanun metnine dahil değildir ve göz önünde bulundurulmaması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

³⁸³ 765 sayılı mülga TCK'da "*alenen*" kavramını kullanmakla birlikte kavramın tanımını yapmamıştır. 765 sayılı mülga TCK'nın mehzaz kanunu olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu m. 338'e göre ise, "*umumi bir mahal veya umuma açık bir yer*" aleni sayılır. Yine 1974 tarihli

iki görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, hareketin gerçekleştirildiği “yerlerden” yola çıkılarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılır.³⁸⁴ Bu görüşe göre herkesin girebileceği yerler aleni sayılır.³⁸⁵ Katıldığımız diğer görüşe göre, hareketin yapıldığı yer önem arz etmez ve failin hareketlerinin “görülebilirliği” veya “fark edilebilirliği” baz alınır.³⁸⁶ Yine belirtmek gerekir ki, aleniyet şartının gerçekleşmesi herhangi birinin hareketleri görmesine veya fark etmiş olmasına bağlı değildir. Objektif bir değerlendirme ile görülemeyecek veya fark edilemeyecek hareketler alenen gerçekleştirilmiş

Avusturya Ceza Kanunu m. 69’a göre aleniyet, “failin geniş bir halk kitlesi tarafından doğrudan doğruya idrak edilebilecek biçimde gerçekleştirilmesidir.” Bkz. M. Emin **ARTUK** – Ahmet **GÖKÇEN** – M. Emin **ALŞAHİN** – Kerim **ÇAKIR**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 16, Ankara 2017, s. 593, 594.

³⁸⁴ 765 sayılı TCK döneminde 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’ndaki tanımın benimsendiği görülmektedir; “... TCK’nun 419. Maddesinde yazılı eylemleri yasanın yaptırımı almasındaki temel amaç, ahlaka aykırı olan eylem değil, bu eylemin açıkça işlenmesi sonucu kamunun edep ve namus duygularına yapılan saldırıyı cezalandırmaktır. Nitelikleri bakımından herkesin girebileceği genel yerlerde böyle bir eylemin işlenmesinde gece ve gündüz ayrımı gözetilmeksizin faillerinin doğal biçimde görülebilip görülemediklerine bakılmayarak açıklık ögesinin varlığı kabul edilir ve suç oluşur. Ancak eylem özel yerlerde işlendiğinde, civardan geçenler tarafından görülmemesi durumunda açıklık oluşmuş sayılmaz.”, 5. CD., K.T.: 30.01.1979, E.: 87, K.: 139, bkz. **EREM**, Özel Hükümler, s. 217, 218; “Müstehcen mahiyette bulunan şiiri maznunun Ulus matbaasında çalışan bir arkadaşı vasıtasıyla tab ettirdiği ve umumi bir yer olan babasına ait şaraphanede birkaç kişi huzurunda alenen okuduğu ve bu yazıdan birkaç tanesini tevzi ettiği ve kırk iki tanesinin de ele geçirilmiş olduğu buna dair şahadet ve maznunun hazırlıktaki sarıh ikrarından anlaşıldığı halde hadisede neşir ve tevzi kasdı olmadığından bahisle beraat kararı verilmesi yolsuzdur.”, 4. CD., K.T.: 09.10.1953, E.: 7754, K.: 9472, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 214. Yargıtay 5. CD. 11.02.1993 tarihli bir kararında faillerin görülebilip görülemediklerine araştırılmaksızın bir iş hanımın beşinci katında gerçekleştirilen fiili aleni kabul etmiştir. Bkz. Sedat **BAKICI**, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, B. 1, Ankara 1994, s. 218. Bununla birlikte İtalyan Yargıtayı 10.01.1979 tarihli kararında ceza infaz kurumu hüccresini de aleni saymıştır. Bkz. Doğan **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 10, Ankara 2014, s. 559. (Özel)

³⁸⁵ **EREM**, Özel Hükümler, s. 220; **DÖNMEZER**, Özel, s. 214; **MALKOÇ**, s. 319; **TANERİ**, “Müstehcenlik”, s. 594.

³⁸⁶ “Failin girdiği umumi helanın duvarına kopya kalemi ile müstehcen kadın resmi çizmesi”, **CGK.**, 11.02.1969 ve “Müstehcen plağın mağazada çalınıp hoparlör ile yayılması”, 5. CD. 11.02.1969 hallerinde aleniyet hususunun gerçekleştiği yönündeki kararlar için bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 67; yine Yargıtay 5. CD. 18.02.1992 tarihli bir kararında, “asfalt yola 100 metre mesafede, değirmen yıkıntısının ilerisinde ağaç altında cinsel ilişkide bulunurken otonun far ışığında görülmede” aleniyet unsurunun gerçekleşmediğine karar vermiştir. Bkz. **BAKICI**, s. 218.

sayılamaz.³⁸⁷

bb. İnternet (Sanal) Ortamında Aleniyet

İnternet ortamında belirsiz sayıda kişinin ulaşabileceği şekilde erişime sunulan içerikler bakımından, aleniyet şartının gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekir. O halde söz konusu içeriklerin, kullanıcılarla buluşması sürecinde rol alan İnternet sükjelerinin sorumlulukları ortaya koyulmalıdır.

5651 sayılı Kanun; m. 5/1'e göre yer sağlayıcı, "*yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.*"; m. 6/2'ye göre erişim sağlayıcı, "*kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.*" Dolayısıyla yer ve erişim sağlayıcıların cezai sorumluluğu ancak, kendilerine yüklenen yükümlülüklerle aykırı davranmaları halinde söz konusu olabilir. 5651 sayılı Kanun m. 8/1 uyarınca bir web sitesi

³⁸⁷ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 66, 67; **ARTUK – GÖKCEN vd.**, s. 594; **SOYASLAN**, Özel, s. 559; "*Aleniyet için, görülmemek amacıyla suçun işlendiği yerde fail tarafından alınan önlemler, suçun işlendiği zaman (gece-gündüz), olay yeri ve mevsim nazara alınarak değerlendirilmelidir.*", bkz. **BAKICI**, s. 218. Yargıtay güncel kararlarında aleniyet şartının gerçekleşmesi açısından "*görülebilirlik*" hususunu baz almaktadır: "*Sanıkların mezarlığın yanında bulunan yerde cinsel ilişkiye girdiklerine dair kolluktaki beyanları, aynı tarihli olay yeri inceleme tutanağı ve dosya içeriği nazara alınarak, olay mahallinde tutanak müzileri de hazır bulundurulup keşif yapılmak suretiyle, aleniyet unsurunun bulunup bulunmadığı kesin biçimde saptanıp, bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi ...*", 14. CD., K.T.: 12.06.2012, E.: 2012/3400, K.: 2012/6673, **UYAP** (E.T.: 01.02.2019); "*Olay gecesini olay yerinde olay mahallini aydınlatabilecek durumda sokak lambaları ya da başkaca ışık kaynağı bulunup bulunmadığı, otomobil içerisinde oral seks yaptırdığı belirtilen sanık Niyazi'yi bu durumdayken ne kadar bir mesafeden görüp bu eylemi fark ettiklerinin sorulup, gerektiğinde olay mahallinde olay saatine uygun zamanda tatbiki keşif yapmak suretiyle olayda aleniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin kesin biçimde belirlendikten sonra tüm verilerle birlikte sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken bu hususlar yerine getirilmeden eksik araştırmayla yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması ...*", 14. CD., K.T.: 21.09.2012, E.: 2011/11725, K.: 2012/8781, **UYAP** (E.T.: 01.02.2019).

hakkında, müstehcenlik suçunu oluşturduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, koruma tedbiri niteliğindeki “*erişimin engellenmesi*” kararı verilebilir.³⁸⁸ Aynı Kanun m. 8/10’a göre ise, “*erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının*³⁸⁹ *sorumluları fil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde cezalandırılır.*”³⁹⁰ Buna göre, kendilerine bildirilen erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyen erişim veya yer sağlayıcıları (b) bendindeki suçu işlemiş olurlar.³⁹¹

İçerik sağlayıcı 5651 sayılı Kanun m. 4/1’e göre, “*İnternet ortamında kullarıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.*” İçerik sağlayıcı (b) bendinde yer alan suçu ancak icra suretiyle işleyebilir. Kanımızca içerik sağlayıcının sorumluluğunu belirlemek adına öncelikle, içerikleri sunduğu web sayfasının niteliğine bakmak gerekir. Nitekim bu husus filtreleme yazılımları ve güvenli İnternet hizmeti açısından önem arz eder. İncelenmesi gereken diğer husus ise, içeriklere ulaşılması için on sekiz yaşından küçüklerin siteye giremeyeceğine dair bir uyarı konulması ve onay sonucu içeriklerin görüntülenebilmesidir.³⁹² Eğer web sitesi sadece müstehcen

³⁸⁸ Ayrıca bkz. “*Bl. 2 – II. G. 2.*”, s. 191.

³⁸⁹ Yer ve erişim sağlayıcı kavramları için bkz. “*Bl. 2 – I. E.*”, s. 98.

³⁹⁰ 5651 sayılı Kanun m. 8/10’da yer alan bu hüküm ayrı bir madde başlığı altında belirtilmese de, “*Erişimin Engellenmesi Kararını Yerine Getirmeme Suçu*” olarak adlandırılmakta ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (R.G., T.: 04.02.2011, S: 27836) m. 389’da yer alan, “*ihtiyati tedbir kararına uymamak*” fiili ile benzerlik gösterdiği söylenmektedir. Bkz. **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 286.

³⁹¹ Diğer yandan BTK’nın “*Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar Kurul Kararı*” m. 13/2 uyarınca kendilerine bildirilen verileri ve güncellemeleri yirmi dört saat içinde yerine getirmeyen içerik sağlayıcıların (b) bendindeki suçu icra veya ihmaliyle işleyeceği düşünülebilir de, “*güvenli İnternet hizmeti*” suç oluşturmayan yani müstehcen sayılmayan içeriklerin önlenmesine yönelik olup hakkında erişimin engellenmesi kararı verilemeyecek web sayfalarına girmeyi engeller. Bu bakımdan “*güvenli İnternet hizmeti*”nin, kişinin kendisine koyduğu fazladan bir sansür niteliğinde olduğu söylenebilir.

³⁹² İçerik sağlayıcıların, web sayfalarına girenlerin yaşlarını tek tek kontrol etme olanağı yoktur. Bu yüzden içerik sağlayıcıların tek imkanı, böyle bir siteye girildiğinde herhangi bir içerik gösterilmeden önce, on sekiz yaşından küçüklerin giremeyeceğine ilişkin bir uyarı

içerikliyse, yaş uyarısı mevcutsa bu durumda suç oluşmaz; ancak uyarı yoksa, bu web sayfasının içerik sağlayıcısı (b) bendindeki suçu işlemiş olur. Diğer yandan sadece müstehcen içerikli olmayan bir web sitesinde, yaş uyarısı olup olmamasına bakılmaksızın, web sitesinin içerik sağlayıcısı her halde (b) bendindeki suçu işlemiş olur.³⁹³

O halde basit müstehcen içerikli bir web sitesi, “*filtre yazılımı ve hatta güvenli İnternet hizmeti*” engellerine takılıyorsa ve bu sitedeki içeriklere “*yaş uyarısı ve onayı*” sonucu ulaşılabiliyorsa, bu durumda söz konusu web sitesi bakımından aleniyet şartı gerçekleşmemiş sayılmalıdır. Aksi yöndeki bir kabul 1982 Anayasasıyla güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden “*haberleşme, düşünce ve ifade özgürlükleri*”nin aşırı biçimde sınırlandırılmasına yol açar.

Bilindiği üzere içerik sağlayıcılar kendilerine ait olmayan verileri de kendi web siteleri üzerinden erişime sunmaktadır. Bu web siteleri “*ikinci nesil web siteleri (Web 2.0)*” olarak tanımlanmaktadır. Bunlar, kullanıcıların birbirleriyle iletişime geçebileceği, içerik ekleyebileceği veya canlı yayın yapabileceği şekilde dizayn edilmiş ve genellikle “*sosyal medya*” veya “*video paylaşım sitesi*” olarak adlandırılan sitelerdir. Kullanıcıların bu sitelere içerik yüklemesi sonucu, kullanıcılar “*içerik sağlayıcı*”

yazısı ve on sekiz yaşından büyük olunduğuna dair bir onay yapılması neticesinde sitedeki içeriklere ulaşılmasını sağlamaktır. Bu yöntem tüm dünyada kabul görmektedir. Bkz. İlker **ATAMER**, “*İnternette Müstehcenlik ve Erişim Engelleme Kararı*”, in. Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi, S. 8, Y. 2008, s. 44. (**Müstehcenlik**)

³⁹³ Kanımızca bir web sitesinin sadece müstehcen içerikli olması durumunda “*filtre yazılımı ve güvenli İnternet hizmeti*” bu siteye erişilmesini engelleyecektir. Ayrıca bu sitenin girişinde “*yaş uyarısı ve onayı*” mekanizması bulunuyorsa bu durumda suç oluşmayacaktır. Diğer yandan sadece müstehcen içeriklere yer vermeyen bir web sitesi, “*filtre yazılımı ve güvenli İnternet hizmeti*” engellerine takılmaması muhtemeldir. Bu sebeple bu sitelerde “*yaş uyarısı ve onayı*” mekanizması bulunup bulunmadığı önem arz etmeksizin (b) bendindeki suç oluşacaktır.

sıfatını alırlar.³⁹⁴ Bu durumda kullanıcıların yükledikleri verilerden sorumlu olduğu tartışmasız olup, web sitesinin yönetici veya işletenlerinin de 5651 sayılı Kanun m. 4/1 uyarınca her halde kullanıcılar ile birlikte sorumlu oldukları ileri sürülmektedir.³⁹⁵ Fakat katıldığımız bir görüşe göre, ikinci nesil web sitelerinin yönetici veya işletenleri 5651 sayılı Kanun m. 2/1-f kapsamında bir içerik sağlayıcı sayılmamalıdır. Zira bu kişilerin, kullanıcılar tarafından yüklenen her veriyi erişime sunmadan önce denetlemesinin ve onaylamasının beklenmesi sistemin işleyişi ve doğasıyla bağdaşmaz.³⁹⁶ Bundan ötürü yöneticilerin veya işletenlerin hukuka aykırı içeriklerin bildirim için şikayet organı oluşturmaları ve hukuka aykırı içerikleri şikayetlere veya bilmelerine rağmen kaldırmamaları durumunda, 5651 sayılı m. 4/1'den sorumluluğu söz konusu olmalıdır.³⁹⁷ Öte yandan kullanıcıların bu suretle (b) bendindeki suçu işlemeleri için “aleniyet” şartının sağlanması açısından yüklenen görüntünün belirsiz kişi tarafından görüntülenebilir olması şarttır. Örneğin, bir kimseye bu siteler üzerinden özel mesaj yoluyla müstehcen içerikli bir görüntü

³⁹⁴ **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 77.

³⁹⁵ **ATAMER**, “İkinci”.

³⁹⁶ “Bir kimsenin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilmesi veya yayabilmesini önceden kontrole tabi tutacak herhangi bir hüküm sevk edilemez. Düşünce ve kanaat özgürlüğünün, bu şekilde anlaşılması gerekir.”, bkz. Sulhi **DÖNMEZER**, “Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar”, in. İÜHF, C. 29, S. 3, Y. 1963, s. 777. (**Düşünce**) “Böyle bir denetimin yapılması bir yana, düşünülecek oluşu bile, ikinci nesil sitelerin aktif etkileşime dayanan temel özelliğini ortadan kaldırarak, sonuçta yok olmalarına neden olacaktır. Halbuki, sosyal ağlarda bir araya gelen genç nesil, yaratıcılığın, yeniliğin ve küresel Dünyanın ekonomik ve sosyal gelişiminin kalbindedir. Ağ üzerinde bir araya gelen her ırktan, ülkeden, yaştan ve renkten insanlar, ‘yeni toplum – ağ toplumunu’ oluşturmuştur. Bu bağlamda, İnternetin kitleleri buluşturan, ifade özgürlüğünü ve dolayısıyla demokrasileri pekiştiren bir ağ olma özelliği korunmak isteniyorsa, sansüre varabilecek denetim modellerini aklımızdan hiç geçirmemeli ve sorumlulukları titizlikle saptamalıyız.”, bkz. **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 263, 264. “Yasalar, toplum yaşantısı ve gelişimlerini tökezletici değil, ilerletici yön ve nitelikte, çağdaş hukuk bilimi ve sanatına göre ele alınmalı ve yenilenmelidirler.”, **KARADAYI**, s. 892.

³⁹⁷ **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 78.

gönderilmesi fiili (b) bendindeki suçta vücut vermez.

Son belirtilmelidir ki (b) bendindeki suçun, basılmış eser, radyo ve televizyon yayını veya İnternet üzerinden işlenmesi halinde bu bentteki suç haricinde TCK m. 226/2'de yer alan müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla³⁹⁸ yayılması suçu da oluşacaktır.³⁹⁹

d. Müstehcen Ürünleri İçeriğine Vakıf Olunabilecek Şeklide Satışa veya Kiraya Arz Etmek

Hükümde suç sayılan fiiller, müstehcen ürünlerin içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz etmek olarak belirtilmiştir. Kanun koyucu bu bentte yer alan suçla yetişkin çocuk ayrımı yapmamış olup bu bakımdan sadece çocukları değil, yetişkinleri de korumayı amaçlamıştır. Bundan ötürü doktrinde çocuklara karşı müstehcenlik ve erginlere karşı müstehcenlik ayrımı yapılarak suçun bu kapsamda incelendiği görülmektedir.⁴⁰⁰

Satışa veya kiraya arz etmek, satmak veya kiraya vermek için hazırlamak⁴⁰¹, göstermek veya sunmak anlamlarındadır.⁴⁰² O halde bu suçun oluşması için ürünün satılıp satılmadığı veya kiraya verilip verilmediği önem arz etmez. Bunun yanında

³⁹⁸ Televizyonda şifresiz kanallarda müstehcen film oynatılması halinde (b) bendindeki suç oluşacaktır. Bkz. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6771.

³⁹⁹ Bkz. "Bl. 2 – II. E. 1.", s. 170.

⁴⁰⁰ **SOYASLAN**, Özel, s. 565-568.

⁴⁰¹ Durmuş **TEZCAN** – Mustafa Ruhan **ERDEM** – Murat **ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B. 11, Ankara 2014, s. 718.

⁴⁰² **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 05.02.2019). "Satışa veya kiraya arz etmek satışta da kira istemini ortaya koyan her türlü harekettir. Örneğin ilan verme, prospektüs dağıtma gibi. Ancak söz konusu eylemlerin belli bir bedel karşılığı olması gerektiğine dikkat çekilmelidir.", bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 68. Ayrıca satışa arz etme yönünden, satma iradesinin mutlak olması gerektiği ve bu iradenin hangi andan itibaren gerçekleştiğini tespit etmenin kolay olmadığı belirtilmektedir. **DÖNMEZER – BAYRAKTAR**, s. 300.

bu bentte yer alan suçun oluşması için ürünün içeriğine herhangi bir kişi tarafından vakıf olunması da gerekmez.⁴⁰³

Bu bent kapsamında suçun oluşabilmesi için satışa veya kiraya arz edilen müstehcen ürünlerin içeriğine vakıf olunabilmesi gerekli ve yeterlidir. Doğal olarak gazete, kitap, dergi, CD film vb. ürünlerin ön veya arka kapaklarında satış stratejileri gereği ürünün içeriği hakkında çarpıcı, merak uyandırıcı resim veya ibareler kullanılmaktadır. Kanun koyucu müstehcen ürünlerin kapaklarının da müstehcen olacağından hareketle bu ürünlerin içeriğine vakıf olabilecek şekilde satışa veya kiraya sunulmasını suç saymıştır. Buradan hareketle (c) bendindeki suçun gerçekleşmesi için, satışa veya kiraya arz etmek fiillerinin mutlaka aleni şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılır.

Bu bentte yer alan suç TCK m. 226/1-d'de yer alan suç ile birlikte incelendiğinde (c) bendinin gereksiz bir düzenleme olduğu düşünülebilir.⁴⁰⁴ Bir sonraki alt başlıkta ayrıntılı olarak üzerinde durulacak (d) bendine göre, "*müstehcen ürünler bu ürünlerin satışına mahsus alışveriş yerleri dışında satılamaz, satışa veya kiraya arz edilemez.*" Bu hükme göre (d) bendi uyarınca, müstehcen ürünler bu ürünlerin satışına mahsus yerlerde satılabilir, satışa veya kiraya arz edilebilir. Katıldığımız bir görüşe göre, (c) bendinde suç sayılan fiil, müstehcen ürünlerin, bu ürünlerin satışına mahsus yerler dışında içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz

⁴⁰³ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 69; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6774.

⁴⁰⁴ SOYASLAN'a göre, (d) bendindeki düzenleme, (c), (e) ve (f) bentlerindeki düzenlemeleri kapsamaktadır. Bu sebeple (c), (e) ve (f) bentleri gereksizdir. Bkz. SOYASLAN, Özel, s. 567. Kanımızca (c) bendinde yer alan suçla (d) bendinde yer alan suç çoğu zaman örtüşebilir. Fakat (d) bendi düzenlenmemiş olsa, örneğin, korsan olarak müstehcen ürünleri çoğaltan ve içeriğine vakıf olunamayacak şekilde kaldırım üzerindeki tezgahta satan kişi cezalandırılmaz. Bu durum kanun koyucunun "*toplumun genel ahlakı*"nı mutlak şekilde koruma amacıyla bağdaşmaz.

edilmesidir. O halde müstehcen ürünler içeriğine vakıf olunamayacak şekilde, bu ürünlerin satışına mahsus yerler dışında da satılabilir veya kiraya arz edilebilir.⁴⁰⁵ Öte yandan (b) bendi uyarınca müstehcen ürünleri “*sergilemek*” fiilinin suç sayılması göz önüne alındığında, hem (c) hem de (d) bendinin gereksiz bir düzenleme olduğu söylenebilir. Zira satışa arz etmek fiili, çoğunlukla sergilemek suretiyle gerçekleştirilir. Buna göre (c) ve (d) bentlerinin esas işlevi cezalandırmak olmayıp, müstehcen ürünlerin satış suretiyle yayılması yönünden uyulması gereken kuralları düzenlemektir. Doktrinde bu tür normlar, esasen müeyyide içeren normlarla aralarındaki koordinasyon yönünden “*yönergesel ceza normu*”⁴⁰⁶; dil ve mantık yapısı bakımından istisnai hükümler içermesi sebebiyle “*negatif ceza normu*”⁴⁰⁷ olarak adlandırılmaktadır.

i. Basılmış Eserlerin Satışı

Bir ürünün içeriğine vakıf olunabilmesi, ürünün içeriğinin fark edilebilir, idrak edilebilir olmasıdır.⁴⁰⁸ 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma

⁴⁰⁵ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 68; **TANERİ**, “*Müstehcenlik*”, s. 594, 595. Kanımızca (c) bendinde (d) bendinden farklı olarak, herhangi bir “*yer*” ölçütü getirilmemesi ve “*satmak*” fiilinin suç teşkil etmemesi yapılan bu tespiti doğrular niteliktedir. Nitekim “*satışa arz etmek*” yanında “*satmak*” fiilinin suç sayılmaması, (c) bendindeki suçun bireysel satışlarda uygulanamaması sonucunu doğurur. Zira ancak bu halde “*satışa arz edilmeyen*” bir ürünün satılması mümkün olabilir. Buradan da (c) bendi uyarınca müstehcen içerikli ürünlerin içeriğine vakıf olunamayacak şekilde, hukuka uygun olarak mal veya hizmet satma izni bulunan yerlerde satılabilmesi sonucuna ulaşılır.

⁴⁰⁶ Yönergesel normlar, “*belli bir konu veya alanda izlenmesi gereken ilkeleri belirleyen; diğer normların kapsamını veya sınırlarını belirleyen yahut uygulamasını düzenleyen kurallardır.*”, bkz. **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, s. 283.

⁴⁰⁷ Negatif ceza normları, “*bir hareketi emretmeyen veya yasaklamayan, ceza hükmünün istisnaen belli bir fiille tamamen veya kısmen birleştirilmemesi gerektiğini bildiren normlardır.*”, **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, s. 302.

⁴⁰⁸ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 331; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6774.

Kanunu⁴⁰⁹ m. 2'ye göre, süreli veya süresiz “*basılmış eserler*”⁴¹⁰ on sekiz yaşından küçükler üzerinde zararlı etki yaratabilecek nitelikte ise Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde oluşturulan yetkili kurulun⁴¹¹, bu eserlerin on sekiz yaşından küçükler için zararlı olup olmadığı hakkında karar vermesi gereklidir. 1117 sayılı Kanun; m. 8/1'e göre, süreli veya süresiz tüm basılmış eserlerin her nüshasından iki adet, yayımlandıkları gün Bakanlık bünyesinde kurulan Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kuruluna gönderilir; m. 4'e⁴¹² göre bu Kurul tarafından, on sekiz yaşından küçükler üzerinde zararlı etki yaratabileceği tespit edilen basılmış eserler, üzerine “*küçüklerle zararlıdır*” ibaresi yazılarak içi görünmeyen zarf veya poşet içinde satışa arz edilebilir. Müstehcen ürünlerin bu düzenlemeye aykırı şekilde satışa arz edilmesi halinde (c) bendinde yer alan suç oluşacaktır.⁴¹³

ii. İnternet Üzerinden Satış

Bu bentte yer alan suç İnternet ortamında içerik sağlayıcıların işlemesi mümkündür. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu suçun İnternet ortamında işlenebilmesinin ön şartı web sitesinde ücret karşılığı sunulan müstehcen bir ürün mevcut olmasıdır. Elbette İnternet ortamında bu şekilde sunulan ürünler, maddi olarak

⁴⁰⁹ R.G., T.: 07.07.1927, S: 627.

⁴¹⁰ “*Basılmış eser*” terimi için bkz. “*Bl. 2 – II. E. 1. b.*”, s. 173.

⁴¹¹ 703 sayılı KHK m. 38'le 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonucu 07.08.2018 tarihinden önce Başbakanlık bünyesinde oluşturulan kurul kaldırılmış ve anılan tarihten itibaren Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde oluşturulacak kurul 1117 sayılı Kanun bakımından denetim organı haline getirilmiştir.

⁴¹² 1117 sayılı Kanun m. 4: “... (3) ‘*Küçüklerle zararlıdır*’ ibaresinin herkesin kolayca görüp okuyabileceği şekil ve büyüklükte yazılması zorunludur... (5) Bu tür eserler, ancak 18 yaşından büyük olanlara içi görülmeyen zarf veya poşet içinde satılabilir. Bu zarf ve poşetlerin üzerinde eserin ismi ile ‘*Küçüklerle zararlıdır*’ ibaresinden başka hiçbir yazı ve resim bulunamaz.”

⁴¹³ Müstehcen ürünlerin içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa arz edilmesi halinde ayrıca, TCK m. 226/2'de düzenlenen suç da oluşacaktır. Bkz. “*Bl. 2 – II. E. 1. b. iv*”, s. 178.

satılan ürünler gibi şeffaf olmayan zarf içinde sergilenemezler. Yukarıdaki belirtil- diği üzere dünya genelinde kabul gören görüş uyarınca, on sekiz yaşından küçükle- rin giremeyeceğine dair bir uyarı ve onay mekanizması, İnternet ortamında sunulan ürünler açısından adeta “*şeffaf olmayan bir ambalaj*” veya “*koyu bir perde*” mahiye- tindedir. Bu bağlamda bir web sayfasında ücret karşılığı sunulan ürünler bakımın- dan, eğer web sayfası sadece müstehcen içerikliyse ve yaş uyarısı mevcut değilse, bu web sayfasının içerik sağlayıcısı, yukarıda açıklandığı üzere (b) bendi yanında (c) bendindeki suçu da işlemiş olur.⁴¹⁴ Diğer yandan bir web sayfasında müstehcen içe- rikli ürünlerin ücret karşılığı sunulması yanında, müstehcen olmayan ürünler de su- nuluyorsa veya bu sayfa sadece ticaret amacına özgülenmemişse, bu web sayfasının içerik sağlayıcısı, yaş uyarısı olup olmadığına bakılmaksızın her durumda yine yu- karıda açıklandığı üzere (b) ve (c) bentlerindeki suçları işlemiş sayılır.⁴¹⁵

e. Müstehcen Ürünleri Satışına Mahsus Yerlerin Dışında Satmak, Satışa Arz Etmek veya Kiraya Vermek

Hükümde suç teşkil eden fiiller, failin, müstehcen ürünleri bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında satması, satışa arz etmesi veya kiraya vermesidir.⁴¹⁶ Hükümde yasaklanan fiillerden yola çıkılacak olursa, müstehcen ürünlerin satışına mahsus yerlerde satışa arz edilmesi, satılması veya kiraya verilmesi serbest

⁴¹⁴ Bu durum da (c) ile (d) bendi farklarından birini arz eder. Çünkü bu durumda müstehcen ürünler bu ürünlere mahsus alışveriş yerlerinde satılmış sayılacağından, (d) bendindeki suç oluşmaz.

⁴¹⁵ Bu halde her ne kadar uyarı olması halinde suç oluşmayacağı düşünülebilir ise de; kanı- mızca bu durumda (c) bendindeki suçun oluşma sebebi, web sayfasının sadece müstehcen içerikleri havi olmamasından dolayı koyulan yaş uyarısı ve onay mekanizmasının, (c) ben- dinin hukuki konusunu korumaya yetmeyecek oluşudur. Nitekim bu durumda söz konusu web sayfası, filtreleme yazılımlarına takılmayabilir. Dolayısıyla “*şeffaf olmayan bir ambalaj*” niteliğindeki yaş uyarısı, tabiri caizse bu durumda “*şeffaflaşır*” ve ürünün içeriğine vakıf ola- bilmeyi yeterince zorlaştıramaz.

⁴¹⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 332.

kılınmıştır.⁴¹⁷

Yukarıda da açıklandığı üzere bu bentte, “*satışa arz etmek*” fiilinin yanında (c) bendinden farklı olarak “*satmak*” fiili de suç sayılarak, müstehcen ürünlerin bireysel olarak satışı yasaklanmıştır. Nitekim bir ürün ancak bu halde “*satışa arz edilmiş*” olsa da satılabilir. Örneğin, yetişkin biri müstehcen ürünlerin satışına mahsus alışveriş yerinden aldığı müstehcen bir ürünü, bir başkasına satarsa bu bentteki suç işlemiş olacaktır. Bu yerlerde satılan film, kitap, bilgisayar oyunu gibi süreli yayın niteliğinde olmayan müstehcen ürünlerin hukuka uygun nitelikte olması zorunludur. Nitekim FSEK m. 71/1-1’e⁴¹⁸ göre, hukuka aykırı şekilde işlenen veya çoğaltılan eserleri⁴¹⁹ satışa arz etmek, satmak veya kiralamak suç sayılmıştır. Yine aynı Kanun m. 81/1’e göre bu eserlerin, bandrol taşıması zorunludur⁴²⁰ ve m. 81/4’e⁴²¹ göre bandrol taşımaksızın satılması suç teşkil eder.

⁴¹⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 332; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 70; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6775; SOYASLAN, Özel, s. 567; BAYTEMİR, Hürriyet, s. 1218; TANERİ, “Müstehcenlik”, s. 595; ATAMER, “Müstehcenlik”, s. 44. Nitekim madde gerekçesinde bu husus, “(d) bendine göre, bu ürünler, ancak, bunların satışına özgü alışveriş yerlerinde, erişkin kişilere satılabilir veya kiraya verilebilir.” şeklinde belirtilmiştir.

⁴¹⁸ 5651 sayılı Kanun m. 71/1-1’e göre, “... hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan ... kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

⁴¹⁹ 5651 sayılı Kanun m. 1B/1-a’ya göre eser, “Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini” ifade eder.

⁴²⁰ Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 5’e göre, “çoğaltılmasını takiben sevkiyattan önce bandrol yapıştırılması zorunludur.”, bkz. R.G., T.: 08.11.2001, S: 24577.

⁴²¹ 5651 sayılı Kanun m. 81/4’e göre, “Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticari amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.”; “Bandrollü olduğu anlaşılan ‘Ters’ isimli video kasetin Kültür Bakanlığına gönderilerek üzerindeki bandrolün bu kasete ait olup olmadığını, bandrol söz konusu kasete ait ise kaset içeriğinin aslına uygun bulunup bulunmadığının sorulması gerektiği gözetilmeyerek noksan soruşturma ile hükme varılması ...”, 5. CD., K.T.: 04.05.1995, E.: 1995/780, K.: 1995/1447, bkz. BAYTEMİR, Hürriyet, s. 1253.

Bir görüşe göre, kanun koyucunun müstehcen ürünlerin satılması için sırf bu ürünlerin satışına mahsus yerlerin açılmasına cevaz vermesinin iki sebebi vardır. Bunlardan biri, düşünce özgürlüğüne saygı gösterilmesi gerekliliği ve buna binaen insanların cinsel dünyasına müdahaleden kaçınmaktır. Diğer sebep ise, ticaret özgürlüğüne aşırı müdahaleden imtina etmektir. Anılan sebeplerden hareketle “erotik shop” veya “sex shop” olarak adlandırılan yerlerde müstehcen ürünlerin satılması serbest bırakılmıştır.⁴²² Ayrıca belirtilmelidir ki kanun koyucu tarafından mutlak şekilde yasaklanan “sert müstehcenliğe” ilişkin ürünlerin satışı sayılan bu yerlerde de yapılamaz. Bunun yanında TCK m. 226/1-a, b gereği bu yerlere on sekiz yaşından küçükler giremez.

Müstehcen ürünlerin sadece bu ürünleri satan web sitelerinde satılması halinde bu bentte yer alan suçun oluşup oluşmayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hükümde yer alan “alışveriş yerleri” ibaresi, somut varlığı olan ve satıcının satış işlemini alıcı ile yüz yüze gerçekleştirdiği yerleri belirtir. Bu sebeple müstehcen ürünlerin satışı, sırf bu ürünleri satan web siteleri üzerinden yapılırsa dahi, bu bentteki suç oluşacaktır.⁴²³ Katıldığımız diğer görüşe göre ise, sadece müstehcen ürünler satan veya ücret karşılığı müstehcen içeriklere erişim sağlayan web siteleri, hükümde belirtilen “alışveriş yerleri”nden sayılmalıdır.⁴²⁴ Elbette ki bu web siteleri TCK m. 226’da yasaklanan diğer hususlara da uygun olmalıdır. Örneğin, TCK m. 226/3, 4’te mutlak şekilde yasaklanan “sert müstehcenlik” kapsamında sayılabilecek

⁴²² **SOYASLAN**, Özel, s. 567. SOYASLAN’ın bir yandan (d) bendinin düzenlenme amaçlarından birinin ticaret hayatına aşırı müdahalede bulunmama olduğunu söylemesi diğer yandan ise (d) bendi varken (c) bendine gerek olmadığını söylemesi kanımızca çelişkidir. Nitekim (c) bendi düzenlenmemiş olsaydı bu ürünler içeriğine vakıf olunamayacak şekilde dahi bunların satışına mahsus yerler dışında satılamazdı.

⁴²³ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 71.

⁴²⁴ **ATAMER**, “Müstehcenlik”, s. 44.

ürün veya içerikler bulunmamalı ve on sekiz yaşından küçüklerin siteye giremeyeceğine dair bir uyarı bulunmalıdır. Bu halde sadece müstehcen içerikli web sayfalarında müstehcen ürünlerin ücret karşılığı sunulması TCK m. 226/1-d'ye göre suç oluşturmaz. Diğer yandan bir web sayfasında müstehcen içerikli ürünlerin satışa arz edilmesinin yanında müstehcen olmayan ürünler de satışa arz ediliyorsa, bu durumda bu web sayfalarının içerik sağlayıcıları yukarıdaki başlıklarda açıklandığı üzere (b) ve (c) bentlerinin yanında (d) bendindeki suçu da işlemiş olacaktır. Son olarak FSEK m. 71/2'ye göre; *“FSEK’te yer alan suçlar bakımından daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, FSEK’te tanınmış hakları ihlal eden içerik sağlayıcılar hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”* O halde İnternet ortamında müstehcen ürünler satan içerik sağlayıcıların, TCK m. 226/4 yanında ayrıca FSEK m. 71 vd. uyarınca cezai sorumlulukları da söz konusudur.

f. Müstehcen Ürünleri Sair Mal veya Hizmet Satışları Yanında Bedelsiz Olarak Vermek veya Dağıtmak

Hükme göre suç sayılan fiiller, sair mal veya hizmet satışı yapılırken mal veya hizmetle birlikte ya da bu satışlar dolayısıyla, müstehcen içerikli ürünlerin bedelsiz şekilde verilmesi veya dağıtılmasıdır.⁴²⁵

Vermek, *“üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine erİştirmek, iletmek, bırakmak, bağışlamak”*; dağıtmak ise, *“herhangi bir şeyi ayrı ayrı kimselere vermek, iletmek, ulaştırmak”* anlamlarına gelir.⁴²⁶ Ticari faaliyetle uğraşanlar satış

⁴²⁵ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 332. Yetişkinlerin birbirlerine müstehcen ürünleri ödünç vermesi suç oluşturmaz. *“Suç konusu müstehcen nitelikte kasedi münferiden seyretmek amacı ile birbirlerine veren sanıkların eylemlerinde, ticaret veya tevzi yahut teşhir kasdının varlığından söz edilemeyeceği cihetle ...”*, 5. CD., K.T.: 27.03.1991, E.: 749, K.: 1670, bkz. **MALKOÇ**, s. 318.

⁴²⁶ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 08.02.2019).

rakamlarını arttırmak amacıyla asıl olarak satışa sundukları ürünlerin yanında tüketicileri cezbedici birtakım hediyeler⁴²⁷ vermekte ya da dağıtmaktadırlar. Örneğin müstehcen içerikli yayınlar yapmayan bir gazetenin, müstehcen içerikli ürünleri ek olarak vermesi bu suç oluşturur.⁴²⁸

Hükümde yer alan “sair” kelimesi, “başka, öteki, diğer” anlamlarındadır. O halde kanun koyucu, müstehcen içerikli bir ürün eşantyonu⁴²⁹ verilmesini veya dağıtılmasını bu bentteki suçun kapsamı dışında bırakmıştır. Kanımızca, TCK m. 226/1-d bendi de göz önüne alındığında, müstehcen ürünlerin eşantyonları ancak bunların satışına mahsus alışveriş yerlerinde verilebilir veya dağıtılabilir. Bu yerler dışında müstehcen ürünlerin eşantyonları verilmesi veya dağıtılması halinde (d) bendindeki suç oluşacaktır. Keza eşantyon vermek bir nevi satışa arz etmektir.

Öte yandan hükümde suç teşkil eden fiiller “vermek” veya “dağıtmak” olarak belirlendiğine göre, kanımızca verilen veya dağıtılan bu ürünlerin mutlaka fiziki bir varlığının olması gerekmektedir. Bu sebeple örneğin, promosyon amacıyla esasen müstehcen içerikli olmayan bir web sitesinde müstehcen içeriklere yer verilmesi bu bentteki suç değil, (b) bendindeki suç oluşturur.⁴³⁰

g. Müstehcen Ürünlerin Reklamını Yapmak

Bu bent uyarınca suç sayılan fiil, müstehcen içerikli bir ürünün reklamının

⁴²⁷ Halk arasında bu hediyeler sadece “promosyon” kelimesi ile ifade edilse de promosyon kelimesinin sözlük anlamı, “özendirme”dir. Bkz. **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 08.02.2019).

⁴²⁸ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 71; **YAŞAR – GÖKCAN -ARTUÇ**, s. 6775.

⁴²⁹ Eşantyon: “Bir malın niteliğini belirtmek, özelliklerini göstermek amacıyla parasız verilen veya gönderilen mal.” Bkz. **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (E.T.: 09.02.2019).

⁴³⁰ **Aksi yöndeki görüşler** için bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 71; **YAŞAR – GÖKCAN – AR-TUÇ**, s. 6775.

yapılmasıdır.⁴³¹ Mevzuatımızda “reklam” kavramının birkaç farklı şekilde tanımlandığı görülmektedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁴³² m. 61/1’e göre ticari reklam⁴³³, “ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.” Reklam kelimesinin sözlük anlamı, “bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol” şeklindedir.⁴³⁴ Reklamın geniş anlamı, “bir malın veya hizmetin sürümünü arttırmak amacıyla yapılan herhangi bir tanıtım” olarak belirtilmektedir. Buna göre reklamın üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar; tanıtımın bulunması, tanıtımın ticari amaçla yapılması ve reklam yapma iradesinin varlığıdır.⁴³⁵ Reklam kelimesinin sözlük anlamını esas alan bir görüşe göre, her ne suretle olursa olsun müstehcen ürünlerin

⁴³¹ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 333. ABD’de 1975 yılında düzenlenen bir kanunla, müstehcen veya pornografik reklam mahiyetindeki ilanlara karşı bunlara maruz kalmak istemeyenlerin korunması amaçlanmıştır. Buna göre, kendilerine bu ilanların gönderilmesini isteyenler en yakın posta merkezine giderek kendilerinin ve on dokuz yaşından küçük çocuklarının kaydını yaptırmalıdır. Bu kişilerin listesi ilan gönderenlere açık tutulmaktadır. Listede olmayan birine müstehcen veya pornografik ilan gönderenler hakkında, ilk fiilinde beş bin dolara kadar para cezası ve/veya beş yıla kadar hapis, suçun tekrarı halinde on bin dolara kadar para cezası ve/veya on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 201.

⁴³² R.G., T.: 28.11.2013, S: 28835.

⁴³³ Ticari olmayan reklamlara, ticari amaç gütmeyen Türk Eğitim Vakfı’nın reklamları örnek olarak gösterilebilir. Diğer yandan ticari amaç güden Kızılay Vakfı’nın Kızılay Maden Suyu reklamları veya Jandarma Asayiş Vakfı’nın Javsü reklamları, ticari reklam sayılır.

⁴³⁴ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 11.02.2019). SOYASLAN’a göre reklam, “müstehcen ürünlerin alınmasının övülmesi, herkese gerektiği, alım için teşvik ve tahrik etmedir.”, bkz. **SOYASLAN**, Özel, s. 567. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**’e göre, “reklam, açık veya gizli söz, ses, çizgi, resim, yontu vs., her şekilde ve her çeşit iletişim aracı, el ilanı, gazete, dergi, radyo, televizyon, telefon vs., ile yapılabilir.”, bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 333.

⁴³⁵ Emrehan **İNAL** – Başak **BAYSAL**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, B. 1, İstanbul 2008, s. 6, 7.

reklamının yapılması yasaklanmıştır. Buna göre reklamlar kamuya açık yapıldığından ve belirsiz sayıda kişiye ulaşması amaçlandığından müstehcen ürünlerin reklamının yapılması suç sayılmıştır.⁴³⁶ Reklam kelimesinin geniş anlamından hareket eden ve katıldığımız diğer görüşe göre, TCK m. 226/1-d uyarınca müstehcen ürünler bunlara mahsus alışveriş yerlerinde satılabilmektedir ve dolayısıyla bu yerlerde evleviyetle reklamları da yapılabilir. Bu durumda (f) bendindeki suç oluşmayacaktır.⁴³⁷

Öte yandan TCK m. 227/3'e göre, "*fuhşu kolaylaştırmak veya aracılık etmek amacıyla hazırlanmış görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren, dağıtan veya yayan kişi ... cezalandırılır.*" Bu kartvizitler müstehcen içerikliyse ayrıca TCK m. 226/1-f'deki suç da oluşacaktır.⁴³⁸

Müstehcen ürünlerin reklamının nerede veya nasıl yapıldığı önem arz etmez. Nitekim reklamların çoğunlukla basın ve yayın yoluyla yapıldığı görülmektedir. Bu durumda TCK m. 226/2 veya m. 226/5'te düzenlenen suçlar da gündeme gelir.

2. Hukuka Aykırılık

Suçu oluşturan fiil ile hukuk düzeninin çatışması veya ihlal edilmesi "*hukuka aykırılık*" olarak adlandırılmaktadır.⁴³⁹ Bir fiilin suç oluşturabilmesi için bu fiilin

⁴³⁶ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6776.

⁴³⁷ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 72, 73.

⁴³⁸ Bu hususun Yargıtay'ın gözünden kaçtığı ve benzer olaylarda TCK m. 226/1-f'ye değinilmediği görülmektedir; "... tutanak içeriğine göre, polislerin devriye görevi ifa ettiği sırada fuhş amacıyla hazırlanmış olan ve cinsel içerikli resimler ile telefon numarası içeren kartvizitlerin sanık tarafından sokakta yerlere atıldığının tespit edildiği ...", 18. CD., K.T.: 07.11.2017, E.: 2017/5582, K.: 2017/12568, bkz. **Yargıtay Bilgi Bankası**, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (E.T.: 07.03.2019).

⁴³⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 193, 194; TOROSLU – TOROSLU, s. 110; Bernd HEINRICH, Ceza Hukuku Genel Kısım (Ed.: Yener ÜNVER), C. 1, B. 1, Ankara 2014, s. 197. Al. CK. prg. 11/1-5'te hukuka aykırı fiil tanımına yer verilmiş olup, bu kavramdan, "*Sadece bir*

kanunda belirtilen şekilde gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Bir kimse kanunda yasaklanan fiili gerçekleştirdiğinde bu zorunlu olarak bir haksızlık oluşturmayabilir. Kanun koyucu bu durumu göz ardı etmez ve belli koşullarda yasaklanan fiillerin gerçekleştirilmesine cevaz verir.⁴⁴⁰ Hukuka aykırılığın tespiti, bir hükümlerle yasaklanan fiile kanun koyucu tarafından diğer bir hükümlerle izin verilip verilmediğinin, yani gerçekleştirilen fiilin bir hukuka uygunluk nedeniyle tam olarak uyuşup uyuşmadığının tespitidir.⁴⁴¹

TCK m. 226/7'ye göre, bilimsel eserler ile çocukların ulaşmasını engellemek koşuluyla sanatsal eserler yönünden, bu suç oluşmayacaktır. Öte yandan genel hükümlerde düzenlenen hukuka uygunluk hallerinin hiçbirinin TCK m. 226/1'de yer alan suçlarla bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir.⁴⁴² Buna karşın bir ürün, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nca müstehcen bulunmamışsa ve bu ürünün sonradan müstehcen olduğuna karar verilmesi halinde suç oluşmayacaktır. Zira bu durumda hem "*hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni*", hem de kusurlu bir davranıştan söz edilemeyecektir.

Öte yandan TCK m. 226/1-a bendindeki suç açısından, çocuğu yetiştirme

ceza kanununda yer alan bir suçun tipini gerçekleştiren fiil" anlaşılır. Bkz. **YENİSEY - PLAGEMANN**, s. 14.

⁴⁴⁰ **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Genel, s. 195. HEINRICH'e göre, bir kimse suç teşkil eden tipik fiili gerçekleştirirse, karine olarak bu kişinin hukuka aykırı davrandığı da kabul edilir. Kanun koyucu, suçu tanımlarken ilke olarak cezalandırmaya layık gördüğü fiili belirtir. Yazar bu hususu "*suç tipinin belirti fonksiyonu*" olarak adlandırmaktadır. Bkz. **HEINRICH**, C. 1, s. 198, 199.

⁴⁴¹ Bu bağlamda hukuka aykırılığın biri olumlu biri olumsuz olmak üzere iki unsuru olduğu kabul edilmelidir. Hukuka aykırılığın, olumlu unsuru, fiilin kanuni tipte gerçekleştirilmesi; olumsuz unsuru ise, bu fiile ilişkin herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasıdır. Bu sayede hukuka aykırılık, objektif bir niteliğe büründürülerek kusurluluğun dışında tutulabilecek ve kusurlu olmayan fiilin de hukuka aykırı olduğu tespiti yapılabilecektir. **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Genel, s. 195,196.

⁴⁴² **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Toplum, s. 328-333.

hakkı çerçevesinde ebeveyn veya vasi açısından bir hukuka uygunluk nedeni bulunması gerekip gerekmediği tartışılması gereken bir konudur. Nitekim Al. CK. prg. 184/2'ye göre, on sekiz yaşını tamamlamamış kişiye pornografik yazıları sunan, bırakan veya ulaşmasını sağlayan kişi, velayet hakkını kullanan kişiye cezalandırılmaz.⁴⁴³ Bir görüşe göre bu düzenleme kaynağını Alman Anayasası'ndan almaktadır. Alman Anayasası Art. 6/2'ye göre, “Çocukların bakımı ve yetişmesi ebeveynin doğal hakkıdır ve öncelikle mutlak bir yükümlülüğüdür.” Bu doğrultuda ebeveynler insan onuruna aykırı olmamak kaydıyla çocuklarını istediği şekilde yetiştirme hakkına sahiptir. 1982 Anayasasında ebeveynlerin terbiye hakkı ile ilgili açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, çocukların yetiştirilmesi konusunda devletin tek otorite olduğu söylenmektedir. Nitekim yürürlükte bulunan 1982 Anayasası m. 41/2'ye göre, devlet çocukların korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.⁴⁴⁴ Diğer bir görüşe göre Al. CK.'da yer alan düzenlemenin dayanağı, bakım, yetiştirme ve terbiye hakkının düzenlendiği Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) prg. 1626, 1631'dir. Buna göre, söz konusu haklar kullanılırken gerçekleştirilen davranışların değerlendirilmesinde terbiyenin ölçü ve biçimi, çocuğun yaşı ve durumu kıstas

⁴⁴³ Al. CK. prg. 184/2'ye göre ayrıca, “eğitim yükümlülüğünün ağır şekilde ihlal edilmesi söz konusu olursa bu hüküm uygulanmaz hükmü” yer almaktadır. Bkz. **YENİSEY – PLAGEMANN**, s. 290. Eğitim amaçlı ve ölçülü olduğu takdirde, bu durum hukuka uygunluk sebebi sayılır ve suç oluşmaz. Zira suç politikası yönünden devletin ailenin iç düzenine hükmetmesi çoğunlukla tercih edilmemektedir. Devletin müdahalesi neticesinde, aileye huzur getirilmesinden ziyade aile kurumunun zarar görme ihtimali oldukça yüksektir. bkz. Claus **ROXIN**, “Anne-Babanın Çocuklarını Tedip Hakkının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” (Çev. Osman İSFEN), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuklar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s. 494-496.

⁴⁴⁴ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 54. Yine Anayasa m. 58/2'ye göre, “Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cezaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.” Ayrıca Türk Medeni Kanunu m. 346'ya göre, “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”

olarak belirlenir.⁴⁴⁵

Bundan hareketle 5237 sayılı TCK'da da Al. CK.'da yer alan düzenlemeye benzer, ebeveynlerin eğitim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilecek, özel bir hukuka uygunluk nedeni yer alması gerektiği ileri sürülebilir.⁴⁴⁶ Bu hususa ilişkin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 185/2⁴⁴⁷ ve m. 340/1⁴⁴⁸ hükümleri dayanak olarak gösterilebilir. Gerçekten de çocuğun kişisel gelişimi açısından müstehcen ürünlerin ebeveynlerce ergenlik dönemindeki çocuklarla tanıştırılması gerekli olabilir.⁴⁴⁹ Öyleyse TMK'daki ebeveynlerin çocuklarını eğitim yükümlülüğüne ilişkin

⁴⁴⁵ HEINRICH, C. 1, s. 344, 345. Al. MK. m. 1631/2'ye göre, "Çocukların şiddetten arınmış bir şekilde terbiye almaya hakları vardır. Bedensel cezalandırmalar, ruhsal yaralanmalar ve diğer aşığılayıcı tedbirler yasaktır.", bkz. ROXIN, s. 493.

⁴⁴⁶ ÖZBEK de aynı görüşte olup, düzenlenmesi gereken hükmün şahsi bir cezasızlık sebebi olması gerektiğini söylemektedir. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 53. Şahsi cezasızlık sebebi, suç tamamlandıktan sonra devletin ceza vermekten vazgeçmesidir. Bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Genel, s. 213. Nitekim Kanun Koyucu da 5271 sayılı CMK m. 223/4-b ile şahsi bir cezasızlık sebebinin varlığı halinde beraat kararı değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini emrederek, şahsi cezasızlık sebebi varlığı halinde suçun oluştuğunu kabul etmektedir. Kanımızca ebeveynlerin eğitim hakkına bağlı olarak tanınması gereken bu hakka dayanarak ebeveynler tarafından gerçekleştirilen fiiller başından beri suç oluşturmamalıdır. Bu sebeple ebeveynlere tanınması gereken bu hak, bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmelidir.

⁴⁴⁷ TMK m. 185/2: "Eşler, ... çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler."

⁴⁴⁸ TMK m. 340/1: "Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar."

⁴⁴⁹ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 53, 54. Okullarda cinsel eğitim dersi verilmemesi göz önüne alındığında ebeveynlerin eğitim amacıyla çocuklarına müstehcen ürünleri göstermesi de suç sayıldığından, çocukların cinsel açıdan nasıl eğitileceği hususu ülkemizde belirsizliğini korumaktadır. Bkz. YAŞAR - GÖKCAN - ARTUÇ, s. 6763. Konuya İnternet ortamı açısından yaklaşılacak olursa, teknolojinin artış hızıyla birlikte İnternet ortamına erişim yaşının bir hayli düştüğü gözlenmektedir. Filtreleme yazılımlarının, güvenli İnternet hizmetinin veya erişimin engellenmesi kararlarının kalıcı çözüm olamayacağı açıktır. Uzun vadede en etkili çözüm yolu, çocuklara uygun yaşa geldiklerinde cinsellik eğitimi vermek ve bilinçli şekilde hareket etmelerini sağlamaktır. Bkz. KARACA - BEYAZNAR, s. 69. "Terbiyeciler, seksüel terbiyeyi yapanların yazdıkları kitaplara göre, eğer çocuk annesiyle babasını müşkül bir vaziyette görürse, onların çok ayıptır, bakma, kötü hareket ettin demelerinin doğru olmadığını, çünkü yapılan hareketin kötü olmadığını, bu bakımdan çocuklara; fena bir şey gördün, gayet kötü yaptın gibi, hareketin kötülüğünü anlatmamalı, bunun fizyolojik bir şey olduğunu,

hükümler uyarınca, TCK m. 226/1-a'daki suç bakımından ebeveynlere özel, bir hukuka uygunluk nedeni olduğu söylenebilir ve bu hukuka uygunluk nedeni TCK m. 26/1'de yer alan "*bir hakkın kullanımı*" kapsamında değerlendirilebilir.⁴⁵⁰

Söz konusu hak mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 267'de, "*ana baba, çocuklarını tedip hakkına sahiptir.*", şeklinde düzenlenmekteydi. 4721 sayılı TMK'da "*tedip hakkı*"na yer verilmemesine rağmen bu hakkın velayet hükümlerinin bir sonucu olarak varlığını koruduğu ileri sürülmektedir. Tedip hakkı, velayet hakkı kapsamında ebeveynlerin çocuklarını eğitime yükümlülüğünü ifade eder ve "*eğitsel açıdan elverişli, zorunlu ve ölçülü olduğu takdirde*" hukuka uygun kabul edilir.⁴⁵¹ O halde bu üç unsur birlikte bulunduğu müstehcen ürünlerin ebeveynlerce çocuğa tanıtılması, tedip hakkı kapsamında görülmesi gerekir ve TCK m. 26/1'de yer alan hukuka uygunluk nedeni uyarınca suç oluşmaz. Bu hukuka uygunluk nedeni açısından ölçülülük şartlarından biri, gösterilen ürünlerin TCK m. 226/1 kapsamında olmasıdır. Yani basit müstehcen içerikli sayılan ürünlerin ölçülü ve eğitici olduğu kabul edilebilir. Gerçekten de kanun koyucu sert müstehcen ürünleri yalnızca çocuklardan değil yetişkinlerden de korumaktadır. Diğer bir ölçülülük şartı olarak yaş hususu da

dolayısıyla yandan bir cevap verilmek suretiyle çocuğun ilgisinin başka tarafa çekilmesinin lazım geldiği görüşü vardır. Cinsel eğitimde çocuk ne sorarsa sorsun, bunlara lazım geldiği şekilde ve normal olarak cevap verilmesi önerilmektedir.", Cahit ÖZEN, "*Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara İlişkin Tartışmalar*", in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 699, 700.

⁴⁵⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN'e göre, hukuka uygunluk nedenlerinin cezai bir fonksiyonu bulunmamakla birlikte, bunlar ceza hukuku sisteminin tüm hukuk sistemine entegrasyonunu sağlarlar. Öyleyse hukuka uygunluk nedenleri kanunilik ilkesine kesin bir surette tabi değildirler. Örneğin, TCK m. 26/1'de hukuka uygunluk nedeni olarak yer alan "*bir hakkın kullanımı*"nın kaynağı örfi hukuk da olabilir. Bunun yanında hukuka uygunluk nedenlerinin düzenlendiği normlar, bağımsız niteliktedir ve, suç ve ceza normları dışındadır. Bu sebeple bu normlar kıyasen uygulanabilir. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 197.

⁴⁵¹ Hülya İMAMOĞLU, "*Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi*", in. AÜHFD, C. 54, S.1, Y. 2004, s. 177-181.

göz önüne alınmalıdır. Nitekim çocukların ergenlik döneminde önce müstehcen ürünlerle tanışması gelişimlerini olumsuz etkileyebilir.⁴⁵² Ergenlik döneminin hangi yaşta başladığı hakkında net bir tespit yapılamamakla birlikte UNESCO ergenlik döneminin 15 yaşında başladığını, Birleşmiş Milletler ise ergenlik döneminin 12 yaşında başladığını kabul etmektedir. Bunun haricinde ergenlik dönemi başlangıç yaşının, ırk, iklim vb. fiziksel etkenlere bağlı olarak değiştiği tespit edilmiştir.⁴⁵³ Bir çocuğun ergenlik döneminin girmesinin tespiti fizyolojik ve duygusal değişimlerine bakılarak mümkündür. Nitekim fizyolojik olarak ergenlik döneminde cinsiyet değişiminden kaynaklanan farklar, diğer hiçbir gelişim periyodunda bu kadar belirgin değildir. Psikolojik olarak ise ergenlik döneminde bireyler, yoğun bir şekilde duygusal istikrarsızlıklar, dalgalanmalar yaşarlar.⁴⁵⁴ Kısacası ebeveynlerin, çocuklarının ergenlik dönemine girdiğini tespit etmesi zor gözükmemektedir.

Eğitsel açıdan elverişlilik şartı ise, eğitim yükümlülüğü uyarınca yapılan davranışların amaca yönelik olmasıdır.⁴⁵⁵ Buna göre müstehcen ürünler çocukla tanıştırılırken “*eğitim amacı*” daima ön planda tutulmalıdır. Aksi halde hukuka uygunluktan söz edilemez.

Zorunluluk şartı ise, tedip hakkı kullanımının “*zorunlu bir önlem*” niteliğinde

⁴⁵² Ergenlik döneminden önce çocukların, erişkin bireylerin cinsel ilişkilerini görmeleri halinde, cinselliği kötü bir davranış bir nevi sadistçe değerlendirdikleri söylenmektedir. Ergenlik öncesinde böyle bir tecrübenin, ileriki zamanlarda cinsel amacın “*sadizm*” yönüne doğru kaymasına sebep olduğu belirtilmektedir. Bkz. FREUD, Cinsellik, s. 120. “*Çocuklardaki cinsel davranış dürtülerinin küçük yaşta aşırı uyarılması olumsuz bir koşullandırmaya yol açar, cinsel sapıklıklara ve sadist duyguların ortaya çıkmasına neden olur.*”, bkz. M. Emin **ARTUK** – M. Emin **ALŞAHİN**, Kriminoloji, B. 1, Ankara 2017, s. 323.

⁴⁵³ Mustafa **KOÇ**, “*Gelişim Psikolojisi Açısından Ergenlik Dönemi ve Genel Özellikleri*”, in. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 1, S. 17, Y. 2004, s. 233.

⁴⁵⁴ **KOÇ**, s. 234, 235.

⁴⁵⁵ **İMAMOĞLU**, s. 182.

olmasıdır.⁴⁵⁶ Ebeveynlerin çocuklarına verdikleri eğitimin nihai amacı, onları yaşama en iyi şekilde hazırlamaktır. Ebeveynler çocuklarını, reşit olduklarında kendilerini idare edebilecek ve kendi yararlarını koruyabilecek şekilde eğitmelidirler. Yani çocuk reşit olduğunda velayet hakkına ihtiyaç duymamalıdır.⁴⁵⁷

Öte yandan 5224 sayılı Kanun'un atıf yaptığı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 11/3'e göre, "*Kurullar ayrıca cinsellik, korku veya şiddet unsurlarının ağırlığını dikkate alarak bazı filmlerin aile eşliğinde izlenmesinin uygun olacağına karar verebilir.*" Buna göre müstehcenlik içeren "*bazı*" filmlerin aile eşliğinde izlenmesine onay verilerek bunların çocuğun cinsel gelişimi bakımından eğitici olabileceği⁴⁵⁸ mevzuatımızda kabul edilmektedir. Kanımızca bu filmlerin "*uygun olacağına karar vermek*" bakımından yukarıda açıkladığımız "*tedip hakkı*" ölçütleri kıstas alınmalıdır.

3. Kusurluluk

Bir suçun oluşması için fiil ve hukuka aykırılık unsurlarının bulunmasının yanında gerçekleştirilen fiilin iradi olması gerekir. Suç teşkil eden fiile, iradi olma şartı getirilmesi, suçun manevi unsurunu veya kusurluluğu oluşturur. Kusurluluk kısaca, suç teşkil eden fiile sebep olan iradenin, ödevde aykırı davranıştır.⁴⁵⁹ 5237 sayılı TCK'ya göre kusurlu irade, kast ve taksir olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar. Hükümde müstehcenlik suçlarının taksirli hali düzenlenmediğinden bu suçlar ancak

⁴⁵⁶ İMAMOĞLU, s. 182.

⁴⁵⁷ Emine AKYÜZ, "*Medeni Kanuna Göre Ana Babanın Çocuğu Yetiştirme Görevi*", in. AÜEBFD, C. 16, S. 1, Y. 1989, s. 525.

⁴⁵⁸ "*Osmanlı devrinde de 1694 yıllarında Nabi Efendi tarafından yazıldığı bilinen 'Hayırlı Oğula Öğütler' isimli kitapta Nabi Efendinin oğluna cinsel konularda dersler verdiği görülmektedir. Ayrıca Doğu kültürünün ürünü olan Binbirgece Masalları da aynı niteliktedir.*", YARSUVAT, "*Cinsel*", s. 650.

⁴⁵⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 240-244.

kasten işlenebilir.⁴⁶⁰

Kusurluluk açısından failin suç işlerken güttüğü amaç, ancak kanun koyucunun suç oluşması için failin belli bir amaç doğrultusunda hareket etmesini şart koştuğu durumlarda önem arz eder. Kastın bu türü doktrinde “*özel kast*” olarak ifade edilir.⁴⁶¹ Doktrinde 765 sayılı mülga TCK döneminde müstehcenlik suçlarının özel kastla işlenip işlenemeyeceği tartışılmıştır. Bir görüşe göre, müstehcenlik suçlarının oluşması için toplumun genel ahlakının istismar edilmesi amacı aranmalıdır.⁴⁶² Diğer görüşe göre, bu suçlar açısından ürünün müstehcen olup olmaması konusunda objektif değerlendirme esas alınır, yani failin ürünün niteliğini bilmesi gerekir ve hangi amaçla hareket ettiği suçun oluşması bakımından önem arz etmez.⁴⁶³ Kanımızca TCK m. 226/1’de yer alan suç açısından genel kastın varlığı yeterlidir. Nitekim müstehcen içerikli ürün suçun maddi konusu olup, kanun koyucu suç sayılan fiiller gerçekleştirilirken herhangi bir amaç güdülmesini şart koşmamıştır.

Öte yandan bu suçların TCK m. 21/2’de⁴⁶⁴ düzenlenmeye çalışılan olası kastla

⁴⁶⁰ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 328-333; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6787; **BAYTEMİR**, Ahlak, s. 385; **AKARCA**, s. 36; **TANERİ**, “*Müstehcenlik*”, s. 603. Öte yandan 1953 yılına kadar Norveç’te bu suçlar taksirle de işlenebilmekteydi. Bkz. **ÖNDER**, s. 546.

⁴⁶¹ Kanun koyucunun suç teşkil eden sadece fiilin bilinmesi ve istenmesini yeterli gördüğü durumda ortaya çıkan kast, “*genel kast*”tır. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 260; Kayıhan **İÇEL**, “*Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli Kast*”, in. İTÜSBD, S. 12, Y. 2007, s. 66, 67. (**Kusurluluk**)

⁴⁶² **EREM**, “*Müstehcenlik*”, s. 105; **MALKOÇ**, s. 318, 319. Bu yöndeki bir kabul, müstehcenliğin tespitinin zorluğundan kaynaklanmaktadır. Bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 94.

⁴⁶³ **DÖNMEZER**, Özel, s. 218; **BAKICI**, s. 333. Bu suçlar için özel kastın aranması, kanun koyucunun müstehcenliğin tespiti bakımından subjektif teorinin benimsendiğini gösterir. Bkz. **ÖNDER**, s. 546.

⁴⁶⁴ TCK m. 21/2’ye göre, “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*” Kanun koyucu bu normda TCK m. 22/3’de de tanımladığı bilinçli taksiri tanımlamıştır. Nitekim hem doğrudan kast, hem olası kast, hem de bilinçli taksir halinde sonuç öngörülmektedir. Bkz. Haluk **TOROSLU**, “*Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme*”, in. TBBB, S. 126, Y. 2016, s. 112-114. (**Taksir**)

da işlenebileceği söylenmektedir.⁴⁶⁵ Olası kast, kastın isteme unsuruyla ilgilidir. Olası kastın varlığı, sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine olan inanca bağlı olmayıp, meydana gelecek neticenin kabullenilmesine veya bu neticeye rıza gösterilmesine ya da kayıtsız kalınmasına bağlıdır.⁴⁶⁶ Katıldığımız bir görüşe göre TCK m. 226/1-a, b’de yer alan suçlar olası kastla işlenebilir.⁴⁶⁷

Kusurlu fiili gerçekleştirenin kanuna karşı gelme iradesinin tam olmasından dolayı kast, kusurluluğun en tipik şekli kabul edilir ve kusurluluğun esasını oluşturur.⁴⁶⁸ TCK m. 21/1’e göre kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” Öyleyse kastın iki unsuru söz konusudur. Kastın bilme unsuru, failin, gerçekleştirdiği davranışın suç oluşturduğunu bilip bilmemesi değil davranışının toplumca antisosyal olarak değerlendirildiğini bilmesi⁴⁶⁹ ve suç teşkil eden fiili zihninde canlandırması akabinde davranışlarıyla dış dünyaya bilerek yansıtması olarak anlaşılmalıdır.⁴⁷⁰ O halde kastın varlığı için, antisosyallik bilinci yanında suçun kanuni tanımındaki tüm unsurlarının bilinmesi gerekmektedir.⁴⁷¹ Kastın isteme unsuru, failin dış dünyaya yansıyan davranışlarını bilinçli olarak gerçekleştirilmesi şeklinde ifade edilir.⁴⁷²

Müstehcenlik suçlarının işlenmesi için kanunda ayrıca bir neticenin

⁴⁶⁵ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 94; YAŞAR – GÖKCAN -ARTUÇ, s. 6778.

⁴⁶⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 256; İÇEL, “Kusurluluk”, s. 65, 66.

⁴⁶⁷ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6788; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 94; ÖNDER, s. 546.

⁴⁶⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 252; TOROSLU – TOROSLU, s. 203; Devrim GÜNGÖR, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, B. 1, Ankara 2007, s. 35. (Hata)

⁴⁶⁹ Bu yöndeki kabulün nedeni, TCK m. 4’te yer alan, “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.” hükmüdür. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 257-260.

⁴⁷⁰ TOROSLU – TOROSLU, s. 208; GÜNGÖR, Hata, s. 39.

⁴⁷¹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 257; TOROSLU – TOROSLU, s. 208-210; GÜNGÖR, Hata, s. 39.

⁴⁷² GÜNGÖR, Hata, s. 38.

gerçekleşme şartı aranmadığından bu suçlar, salt hareket suçlarıdır. Salt hareket suçlarında kastın söz konusu olabilmesi için, failin suç teşkil eden icra veya ihmali fiilini bilmesi ve istemesi yeterlidir.⁴⁷³ TCK m.226/1-a'ya göre kast, “*müstehcen ürünlerin bilinerek ve istenerek bir çocuğa verilmesi, bunların içeriklerinin gösterilmesi, okunması, okutulması veya dinletilmesidir.*”⁴⁷⁴ Bir görüşe göre, bu suçun mağduru olan çocuğun yaşı üzerinde hataya düşülmesi fiili hata olarak değerlendirilmez ve kastı ortadan kaldırmaz. Buna göre, fiili hatanın düzenlendiği TCK m. 30/1'de “*suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeme*” durumunun kastı kaldıracağı düzenlenmiş olup mağdurun niteliği suçun maddi unsuru sayılamaz.⁴⁷⁵ TCK m. 30/1'de yalnızca maddi unsurlar üzerindeki hatanın kastı kaldıracağı belirtilmesi yerinde değildir. Öte yandan fiil üzerindeki hatanın tespiti kastı düzenleyen normlarla yapılabileceğinden kanunlarda fiil üzerindeki hata düzenlemesinin bulunmaması halinde herhangi bir noksanlık söz konusu olmaz. Kastın varlığı için suçun kanuni tanımındaki tüm unsurların bilinmesi gerekiyorsa, sadece maddi unsur üzerinde değil, kanuni tipte yer alan suçun tüm kurucu unsurları üzerinde hata halinde, fiili hata söz konusu olur ve kasttan söz edilemez.⁴⁷⁶ Kanımızca TCK m. 226/1-a'da yer alan suçun failinin, mağdurun yaşı konusunda düştüğü hata fiil üzerinde hata olup kastı ortadan kaldırır.⁴⁷⁷

⁴⁷³ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 253.

⁴⁷⁴ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 330. “... *sanığın oğlu olan mağdurun uyuduğunu sandığı sırada porno CD izlediği ve mağdurun da uyumuş gibi yaparak görüntülere vakıf olduğu anlaşıldığından, sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin bir delil bulunmaması karşısında sanık hakkında ... mahkumiyet kararı verilmesi ...*”, 18. CD., K.T.: 12.04.2017, E.: 2016/143, K.: 2017/4237, bkz. **TANERİ**, “*Müstehcenlik*”, s. 603. Kanımızca söz konusu olayda sanığın “*olası kast*”la hareket ettiği düşünülebilir.

⁴⁷⁵ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 330.

⁴⁷⁶ **GÜNGÖR**, Hata, s. 36, 37.

⁴⁷⁷ “*TCK m. 609 sexies: 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 octies ve 609 quinquies maddelerinde öngörülen suçların on dört yaşından küçük kişilerin zararına işlenmesi halinde fail, mağdurun*

TCK m. 226/1-b'ye göre kast, "müstehten ürünlerin içeriklerinin çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen bilinerek ve istenerek gösterilmesi, görülebilecek şekilde sergilenmesi, okunması, okutulması, söylemesi veya söylenmesidir." Suçun kurucu bir unsuru olduğundan fiilin işlendiği yer üzerindeki hata fiili hatadır ve kastı kaldırır.⁴⁷⁸ TCK m. 226/1-c'ye göre kast, "müstehten içerikli ürünün, bilinerek ve istenerek, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz edilmesidir." Müstehten içerikli ürünün içeriğine vakıf olunamayacağı zannedilerek satışa veya kiraya arz edilmesi fiil üzerinde hatadır ve kast ortadan kalkar.⁴⁷⁹ TCK m. 226/1-d'ye göre kast, "müstehten içerikli ürünün bilinerek ve istenerek bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında satışa arz edilmesi, satım işleminin gerçekleştirilmesi veya kiraya verilmesidir." Satım işleminin gerçekleştirildiği yer⁴⁸⁰ veya ürünün niteliği⁴⁸¹ bakımından hataya düşülmesi halinde, kast söz konusu olmaz. TCK m. 226/1-e'ye göre kast, "sair mal veya hizmet satışı yapılırken, mal veya hizmet satışları yanında ya da mal veya hizmet satışları dolayısıyla müstehten içerikli ürünlerin

yaşını bilmediğini mazeret olarak ileri süremez. Kanunumuzda İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi aksi yönde bir hüküm bulunmadığından, bu tür suçlarda mağdurun yaşı konusunda yapılan hatanın kanımızca mazeret olarak ileri sürülebilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu suçlar bakımından mağdurun yaşı konusunda yapılan hata failin kastını kaldırır.", bkz. **GÜNGÖR**, Hata, s. 61.

⁴⁷⁸ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 331.

⁴⁷⁹ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 331. Bir ürün hakkında Küçükleri Muzır Neşriyat-tan Koruma Kurulu'nun müstehten olduğu yönünde karar vermesine rağmen içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa arz edilmesi halinde, satışa arz eden kişi kasten hareket etmiş sayılır; "Muzır Kurulunun raporundan müstehten içerikli olduğu anlaşılan dava konusu der-gilerin üst kapaklarındaki müstehten resimler nedeniyle satışa arzının suç oluşturacağını sa-nığın bilecek konumda olduğu anlaşıldığı halde mahkumiyet yerine savunmaya itibar edilerek yazılı şekilde beraat kararı verilmesi ...", 5. CD., K.T.: 21.09.1995, E.: 1995/1743, K.: 1995/2675, bkz. **BAYTEMİR**, Hürriyet, s. 1265.

⁴⁸⁰ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 332.

⁴⁸¹ Bu durumda hatanın söz konusu olabilmesi için, ürünün kapağındaki resim veya yazılardan, ürünün müstehten içerikli olduğunun anlaşılabilmesi gerekmektedir. Bkz. **İÇEL**, İletişim, s. 300.

*bilinerek ve istenerek bedelsiz olarak verilmesi veya dağıtılmasıdır.”*⁴⁸² TCK m. 226/1-f'ye göre kast, “*müstehcen içerikli bir ürünün bilinerek ve istenerek reklamının yapılmasıdır.*”⁴⁸³

Ayrıca belirtmek gerekir ki TCK m. 226/1'de düzenlenen suçların tümünün maddi konusu müstehcen içerikli ürünler olduğundan, bu ürünlerin müstehcen olduğunu bilmeyerek gerçekleştirilen tipik fiiller halinde fiili hata söz konusu olur ve kasttan söz edilemez.

Bundan başka TCK m. 226/7'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi TCK m. 30/3 gereği bu hatasından yararlanır ve bu fiili hata kastı kaldırır. Örneğin, reklamı yapılan ürünün bilimsel eser olduğunun zannedilmesi fiili hata olarak değerlendirilir.⁴⁸⁴

Müstehcen ürünlerin, TCK m. 226/1-c, d bentleri ve mevzuatın diğer hükümleri uyarınca hangi şartlar altında piyasaya sürüleceğine ilişkin hususlar yukarıda açıklanmıştır. Anılan hükümlere göre örneğin, idareden izin alındığı durumlarda, sonradan ürünün TCK m. 226/1'e göre suç oluşturduğuna karar verilse dahi kişinin bu durumda suç işleme kastı olduğundan söz edilemez.⁴⁸⁵

⁴⁸² Yargıtay bir kararında, arşiv için gönderildiği iddia edilen müstehcen ürünler bakımından dağıtım kastı tespit edilmeksizin karar verilmesini bozma sebebi saymıştır. “*Arşiv için gönderildiği müdafaa edilmesine göre memlekete idhalin tatbik olunan maddede yazılı ticaret ve tevzi kasdiyle olduğunu sübuta vardır delillerin gösterilmemesi yolsuzdur.*”, 4. CD., K.T.: 04.02.1954, E.: 12888, K.: 1108, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 214.

⁴⁸³ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 333. Reklam amaçlı olarak müstehcen ilanların dağıtılması halinde, dağıtan kişinin kastı ancak dağıttığı ilanların içeriğini bilmesi halinde söz konusu olur. Bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 214.

⁴⁸⁴ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 334.

⁴⁸⁵ Bu halde fail, başka bir kişinin davranışı sonucu fiil üzerinde hataya düşmektedir. Failin hataya düşmekte kusuru yoksa, fail kasten hareket etmiş olmaz. Bkz. **GÜNGÖR**, Hata, s. 87, 88. “*Fail savunmasında suç konusu afişlerin (Kıvrıl, fakat kırılma) adındaki filme ait olduğunu, filmin sansürden geçtiğini ve sinemalarda gösterildiğini ileri sürmüş olması halinde, bu filmin*

G. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

TCK m. 35'e göre, "kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur." ve verilecek ceza teşebbüs edilen suçun tamamlanmış haline göre indirim yapılarak tayin edilir.

TCK m. 226/1'de yer alan suçlar soyut tehlike ve salt icra suçlarıdır.⁴⁸⁶ Kural olarak bu suçlara teşebbüs mümkün olmaz.⁴⁸⁷ Kuraldan yola çıkan bir görüşe göre, m. 226/1'de yer alan suçlara hiçbirine teşebbüs mümkün değildir ki, fıkranın, örneğin, (d) bendinde satmak fiilinin yanında satışa arz etmek fiili de suç sayılarak hazırlık hareketleri de cezalandırılmak istenmiştir.⁴⁸⁸ Bununla birlikte salt hareket

Merkez Film Komisyonu'nca oynatılmasına izin verilip verilmediği, izin verildiği takdirde afişlerdeki sahnelerin filmde mevcut olup olmadığı, afişlerin Film Kontrol Komisyonu'nca görülüp görülmediği araştırılacak, sonucunda failin fiili kast yönünden suç teşkil edip etmeyeceği tesbit edilecektir.", 5. CD., K.T.: 26.04.1977, E.: 1530, K.: 1451; "Sanık, sinemasında iki gece oynamış olduğu 'Üç Bakire' adlı filmi belli bir film firmasından satın aldığını, sansürden geçmiş olduğunu söylemiş bulunmasına, Film Kontrol Komisyonu'nun kararında da bu filmin yurda girmesi ve halka gösterilmesinde sakınca bulunmadığı bildirilmiş olmasına göre, sanığın eyleminde suç unsuru yoktur.", 5. CD., K.T.: 08.04.1975, E.: 961, K.: 996, bkz. ÖNDER, s. 546, 547.

⁴⁸⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 329-333; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 59-74; TANERİ, Ceza, s. 1097.

⁴⁸⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 324.

⁴⁸⁸ Suçun tamamlanması süreci, kişinin, suç işlemeyi düşünmesi ile yani düşünce evresiyle başlar, düşüncelerini dış dünyaya yansıtması ile yani icra evresiyle devam eder ve suçun kanundaki tüm zorunlu unsurlarının gerçekleştirilmesiyle yani suçun tamamlanması evresiyle son bulur. Teşebbüs icra evresiyle ilgilidir. İcra evresi hazırlık hareketleri ve icra hareketleri olmak üzere ikiye ayrılır. Teşebbüsün söz konusu olabilmesi için icra hareketlerine başlanmış olması şarttır. Bu itibarla hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamaktadır. Hazırlık hareketleri kişiye özgürlük alanı sağlayarak yasak alanın sınırlarını çizer. Doktrindeki genel kabule göre, hareketin geldiği aşama kişinin suç işleme amacını net olarak gösteriyorsa ve hareketin ulaştığı nokta itibarıyla kişinin hareketini sonuçlandırmaktan vazgeçmesi beklenmiyorsa, bu durumda gerçekleştirilen hareket, icra hareketidir. Kişi icra hareketlerine başlayıp kendi elinde olmayan sebeplerden dolayı suçu işleyemezse bu durumda "teşebbüs" söz konusu olur. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 305-313. EREM,

suçlarında istisnai olarak, hareketin parçalara bölünebilmesi mümkünse yani suç, icrasına başlandığı an tamamlanmıyorsa teşebbüs söz konusu olabilir.⁴⁸⁹ Fıkranın (a) bendindeki suç açısından örneğin, kişinin, müstehcen içerikli bir filmi çocuğa göstermek amacıyla bilgisayarı, projeksiyon cihazını hazırlarken yakalanması bu suça teşebbüstür.⁴⁹⁰ Yine (f) bendine göre, örneğin, reklam amacıyla el ilanının posta yoluyla gönderilmesi ve postada buna el konulması halinde bu suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.⁴⁹¹ Diğer bentlerde yer alan suçlar açısından teşebbüsün mümkün olmayacağı söylenmektedir. Örneğin; (b) bendi uyarınca, müstehcen içerikli ürünleri çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde görülebilecek şekilde sergilemek için hazırlık yapmak; (c) bendi uyarınca, bu ürünleri satışa veya kiraya arz etmeye hazırlamak; (d) bendi uyarınca, bu ürünleri satışa arz etmeye, satmaya veya kiraya vermeye hazırlamak; (e) bendi uyarınca, bu ürünleri bedelsiz vermek veya dağıtmak amacıyla sevk etmiş veya yola çıkarmış olmak, hareketlerinin tümü hazırlık hareketi niteliğindedir.⁴⁹²

Olası kastla teşebbüs mahiyetleri gereği bir arada bulunamaz. Zira olası kastın söz konusu olabilmesi için, suç olgusunun oluşumuna rıza gösterilmesi veya

Özel Hükümler, s. 220; **ÖNDER**, s. 547; **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 94-95; **TANERİ**, "Müstehcenlik", s. 607. Kanun koyucunun 226/1-d bendinde hem satmak hem de satışa arz etmek fiillerini suç saymasının nedeni, bu ürünlerin bireysel olarak satışını da yasaklamaktır. İlk bakışta satışa arz etmeden satmak fiilinin gerçekleştirilemeyeceği düşünülse de örneğin, müstehcen bir ürünü elinde bulunduran kişi satışa arz etmemesine rağmen başka bir kişinin talebi üzerine doğaldır ki bu ürünü satmaya karar verebilir. Dolayısıyla satışa arz etmek fiili her halde satmak fiilinin hazırlık hareketini oluşturmaz.

⁴⁸⁹ Bu suçlarda teşebbüs, suçun tamamlanması için şart koşulan icra hareketlerinin bir bölümünün veya son bölümünün gerçekleşmemesi halinde mümkündür. Bkz. **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Genel, s. 324.

⁴⁹⁰ **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Toplum, s. 329.

⁴⁹¹ **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Toplum, s. 333.

⁴⁹² **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Toplum, s. 330-333.

kabullenilmesi sonucu suçun mutlaka vücut bulması gereklidir.⁴⁹³

2. İştirak

Fail başlığı altında bahsedildiği üzere, TCK m. 226/1-e'de düzenlenen suç, özgü suç olarak nitelendirilebilir. Öyleyse bu suça iştirak eden kişi, mal veya hizmet satışı yapmıyorsa bu kişi, TCK m. 40/2'de⁴⁹⁴ belirtildiği üzere ancak TCK m. 39'a göre yardım eden veya TCK m. 38'e⁴⁹⁵ göre azmettiren olarak sorumlu tutulabilir.

TCK m. 226/1-b'de "okumak" ve "okutmak" fiilleri yanında "söylemek" ve "söyletmek" fiilleri suç sayılmıştır. "Okutmak" veya "söyletmek" fiilleri TCK m. 37/2⁴⁹⁶ kapsamındaysa bu durumda "okuyan" veya "söyleyen" kişi gerçekleştirdiği fiillerden sorumlu olmayacaktır.

⁴⁹³ Olası kastla teşebbüsün birlikte söz konusu olabileceğinin kabul edilmesi halinde fail, hareketlerinin muhtemel sonuçlarının tümünden cezalandırılabilir. Bkz. Tuğrul **KATOĞLU**, "Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs", in. Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C. 1, Ankara 2015, s. 624.

⁴⁹⁴ Doktrinde bu düzenleme eleştirilmektedir. Nitekim anılan madde uyarınca özgü suçlara TCK m. 37'ye göre iştirak edilse dahi iştirak edenlerden "özel faillik niteliği taşımayan kişi"ye cezaen daha hafif yaptırım uygulanması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Bkz. **HAFI-ZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 350.

⁴⁹⁵ Failin başkası tarafından hataya düşürülmesi halinde, hataya düşüren kişinin TCK m. 38'den sorumlu olabilmesi ancak failin kasten hareket etmiş olması durumunda mümkündür. Hataya düşüren kişi taksirle hareket etmişse, faille birlikte işlenen fiilin taksirli şeklinden sorumlu olurlar. Bkz. **GÜNGÖR**, Hata, s. 88. Müstehcenlik suçlarının taksirli şekli düzenlenmediğinden, hataya düşüren kişi, fail ancak kasten hareket etmişse TCK m. 38'den sorumlu olur.

⁴⁹⁶ TCK m. 37/2'ye göre, "Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur." Bu durum doktrinde "dolayısıyla faillik" olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla fail olan kişi, kanunen suç isnat edilemeyen, cezalandırılmayan veya kusur izafe edilemeyen kişiyi, adeta maddi bir vasıta olarak kullanmaktadır. Bu yönüyle TCK m. 38'de yer alan azmettirme müessesesinden farklıdır. Örneğin, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan küçüğü veya akıl hastasını suça azmettiren, bir kimseyi maddi veya manevi cebir uygulayarak suç işlemeye mecbur bırakan, bir kimseyi aldatarak veya işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak hale getirerek suç işleyen, gerçekleştirilen fiillerden fail olarak sorumludur. Bkz. **TOROSLU – TOROSLU**, s. 310.

Diğer yandan 5651 sayılı Kanun m. 8/1'e göre verilen ve kendilerine bildirilen erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyen, yer veya erişim sağlayıcıların, içerik sağlayıcının işlediği suçta TCK m. 37/1 uyarınca iştirak etmiş sayılmaları mümkün olabilir.

3. İçtima

a. Genel Olarak

Suçların içtimaı, bir veya daha fazla fiille kanunun aynı veya farklı hükümlerinin ihlal edilmesi halinde kanunda düzenlenen istisnai kurumlardan dolayı failin tek bir suçtan cezalandırılmasıdır. Kanun koyucu, suçların içtimaı kurumlarını düzenlediği normlarda "*fiil*" kavramını baz almışsa da kavrama ilişkin bir tanıma kanunda yer vermemiştir. Buradan hareketin, fiilin ve buna bağlı olarak suçların tekliği ve çokluğunun tespiti sorunu ortaya çıkmaktadır.⁴⁹⁷ Sorunu çözmek adına öncelikle hareket sayısı ile fiil sayısı arasındaki ilişki, ardından fiil sayısı ile suç sayısı arasındaki ilişki açıklanmalıdır.

i. Hareket Sayısı ve Fiil Sayısı İlişkisi

Ceza hukuku bakımından dış dünyaya yansıyan birden fazla hareket kural olarak birden fazla fiile vücut verse de istisnai olarak bu hareketlerin tek bir fiile vücut vermesi de mümkündür. Şüphesiz ki birden fazla hareket dış dünyada birden fazla değişiklik demektir. Birden fazla hareket, aralarında amaç birliği olduğunda yani aynı amaca yöneldiğinde veya bir amaca ulaşmak için birden fazla hareket öngörüldüğünde ve bu hareketler arasında bir zaman birliği bulunduğunda yani fasılasız gerçekleştirildiğinde ceza hukuku bakımından tek bir hareket yani tek bir fiil

⁴⁹⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 354, 355; TOROSLU – TOROSLU, s. 349.

söz konusudur. Bu bağlamda hareketler birden fazla amaca yönelik olursa veya hareketler arasında zaman birliği olmazsa bu durumda birden fazla fiil söz konusu olur.⁴⁹⁸

Diğer yandan dış dünyaya yansıyan bir hareket kural olarak bir fiile vücut verse de istisnai olarak ceza hukuku anlamında birden fazla fiile vücut verebilir. Neticeli suçlarda fiil, hareket, netice ve nedensellik bağından oluşmaktadır. Bir hareket ile birden fazla netice meydana getirilebilir. Burada sözü edilen netice, kanunun, suçun oluşması için meydana gelmesini şart koştuğu neticedir. Dolayısıyla hareket tek olsa dahi fiilin niceliği neticenin niceliğine bağlıdır. Salt hareket suçlarında diğer bir deyişle neticesiz suçlarda ise fiil, yalnızca icra veya ihmal hareketinden ibarettir. Kanun bu suçların oluşması için bir neticenin gerçekleşmesini şart koşturamaz.⁴⁹⁹ Öte yandan bir hareketle ceza hukuku bakımından birden fazla fiil gerçekleştirilebilir ve bir grubun müştereken veya birden fazla kişinin bireysel biçimde hamili olduğu hukuki değer veya menfaat ihlal edilebilir. Bu durumda tek hareket, parçalara bölünmekte, yöneldiği grup veya kişiler sayısınca etki doğurmakta ve bu sebeple ihlal edilen hukuki değer veya menfaat veya bunların hamilleri sayısınca, ceza hukuku anlamında fiil söz konusu olmaktadır.⁵⁰⁰

ii. Fiil Sayısı ve Suç Sayısı İlişkisi

Fiil sayısı her halde suç sayısına eşit olmayabilir. Nitekim suç olgusu, fiil yani maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve kusurluluk unsurlarından oluşur. Yukarıdaki başlıkta bahsedildiği üzere salt hareket suçlarında tek hareketle birden fazla

⁴⁹⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 355.

⁴⁹⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 356.

⁵⁰⁰ ÖZEK, Basın, s. 683.

fiil meydana getirilebilir. Fakat birden fazla fiil her durumda birden fazla suça vücut vermez. Salt hareket suçlarından biri olan hakaret suçu açısından örnek verilecek olursa, “*hepinizi sinkaf ederim*” şeklinde tek hareketle bir odanın içinde bulunan kişilere hakaret edilirse odadaki kişiler sayısınca suç oluşacaktır. Bununla birlikte kapı açıksa veya yüksek sesle hakaret edilmişse bu hakareti duyan tüm kişiler açısından fiil gerçekleştirilmiştir. Fakat bu durumda suç oluşması failin kusurunun tespitine bağlıdır.⁵⁰¹

Bununla birlikte, ceza kanunlarının temeli olan “*non bis in idem*” yani “*tek fiile tek ceza*” ilkesi gereği fail, gerçekleştirdiği bir fiil sonucu bir kez cezalandırılmalıdır. Bununla birlikte ceza kanunları soyut bir suç hipotezini içerdiğinden dolayı kimi zaman gerçekleştirilen bir fiil aynı kanunun birden fazla hükmünü ihlal edebilir. Bir fiille birden fazla hükmün ihlal edilmesi kanundaki düzenlemeden kaynaklanmaktadır.⁵⁰² Böyle bir durumda “*non bis in idem*” ilkesinin ihlal edilmemesi amacıyla, kanun koyucu, TCK m. 44’te fikri içtima kurumunu düzenlenmiştir.⁵⁰³ TCK m. 44’e göre, işlediği tek fiil ile birden fazla suç oluşmasına sebep olan fail, bu suçların en ağır olanından cezalandırılır.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ ÖZEK, Basın, s. 683.

⁵⁰² “*Ceza hukuku araştırması ‘son tahlilde deneye dayalıdır’, çünkü normatif önermelerin anlamlarının bilinmesi, bu önermelerin kendilerinden soyutlandığı gerçek davranışlara gitmeyi, onlara başvurmayı gerektirmektedir.*”, Bkz. HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 371. Fikri içtima kuralının faili ödüllendirmek olduğu yönündeki görüş için bkz. Kayıhan İÇEL, “*Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme*”, in. İÜHFM, C. 30, S. 1-2, Y. 1964, s. 198. (İçtima)

⁵⁰³ Nitekim madde gerekçesinde de bu hususa değinilmiştir: “*Kişi, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olabilir; ancak non bis in idem kuralı gereğince bu fiilden dolayı ancak bir defa cezalandırılabilir.*”

⁵⁰⁴ Fikri içtima kuralı uygulanması halinde hafif olan suça ilişkin mahkemece “*karar verilmesine yer olmadığı*” kararı verilmelidir. Zira CMK m. 223’te “*beraat*” veya “*ceza verilmesine yer olmadığı*” kararlarının verilebileceği haller sınır şekilde sayılmış olup göre fikri içtima durumu bu haller arasında yer almamaktadır.

b. Fikri İçtima

Fikri içtima kurumunun uygulanabilmesi için fiil tek olmalıdır. Yukarıdaki başlıkta belirtildiği üzere tek fiil, kural olarak tek hareketten istisnai olarak çok hareketten kaynaklanabilir.

TCK m. 226/1’de yer alan suçlar bir bütün olarak incelendiğinde, bu suçların bir fiille birden fazlasının ihlal edilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Örneğin, bir kimse, çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde, korsan olarak çoğalttığı müstehcen ürünleri içeriğine vakıf olunabilecek ve görülebilecek şekilde sergilemek suretiyle satışa arz ederse, aynı anda bir fiille (b), (c) ve (d) bentlerindeki suçlar oluşacaktır.⁵⁰⁵ Bu durumda hareket ve fiil tek olmasına rağmen birden fazla suç olduğundan fikri içtima uygulanmalıdır.

Öte yandan TCK m. 226/1-a’da yer alan suç ile TCK m. 105/1-2.cümle’de yer alan çocuklara karşı cinsel taciz suçu arasındaki farkın ortaya konulması zor olmakla birlikte “suçun maddi konusu” ve “kast”⁵⁰⁶ kriterleri bu iki suç arasında ayırım yapılırken baz alınabilir.⁵⁰⁷ TCK m. 105’in maddi konusu mağdur olan kişi,⁵⁰⁸ TCK

⁵⁰⁵ ÖZBEK’e göre ise, TCK m. 226/1’in bentlerinde belirtilen hareketler seçimlik olarak belirtildiğinden verdiğimiz örneğe benzer bir durumda sayılan hareketler ayrı ayrı gerçekleştirilmişse tek bir suç oluşur. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 95. Kanımızca TCK m. 226/1’de yer alan bentlerin her biri farklı bir suçta vücut verir.

⁵⁰⁶ TCK m. 226/1-a suçu genel kastla işlenebilirken, TCK m. 105’te yer alan cinsel taciz suçlarının oluşması için “cinsel amaç” biçiminde özel kastın mevcut olması şarttır. Bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 387.

⁵⁰⁷ TCK m. 226/1 takibi re’sen yapılması gerek bir suç iken, TCK m. 105/1’in takibi şikayete bağlı bir suç olması, bu iki suç arasındaki bir diğer fark olarak göze çarpmaktadır.

⁵⁰⁸ “Dosya içeriğine göre, müstehcen film izlemek için sinemaya giden mağdurlara hitaben ‘isterseniz hepinize tek tek oral seks yaparım’ diyerek teklifte bulunduğu, bu teklifi kabul etmeyen mağdurların yerlerini değiştirmelerine rağmen sanığın takip ederek mağdurlara öpücük attığı ve dilini çıkardığı, daha sonra sinemadan ayrılan mağdurları Pendik Tren İstasyonuna kadar takip ederek öpücük atıp dil çıkarmayı sürdürdüğünün anlaşılması karşısında, ... TCK’nın 105/1 ve 43/2. maddelerinde öngörülen zincirleme cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden ...”, 14. CD., K.T.: 04.04.2013, E.: 2011/9541, K.: 2013/3960, bkz. YAŞAR –

m. 226/1'in maddi konusu ise müstehcen üründür. Diğer yandan TCK m. 105/1-2.cümle işlenirken müstehcen bir ürün araç olarak kullanılabilir. Böyle bir durumda iki suçun tek hareket ve tek fiille işlenmesi söz konusu olur. Bu halde yine fikri içtima kuralı uygulanmalıdır.⁵⁰⁹

Bir kimse çocukların girebileceği veya görebileceği bir yerde bir çocuğa müstehcen içerikli bir ürünü okursa bu durumda hem (a) bendi hem de (b) bendi ihlal edilmiş olur ve bir hareket, iki fiile vücut verir ve iki ayrı suç oluşur. Bunun sebebi failin hareketinin, (a) bendinin mağduru olan somut olaydaki çocuğun kişiliğini sağlıklı geliştirme hakkının ihlal edilmesi ve (b) bendinin mağduru olan toplumun çocuğun müstehcen ürünlerin zararlı tesirlerinden korunmasına ilişkin kamusal yararının ihlal edilmesidir. Bu durumda iki fiil söz konusu olduğundan fikri içtima uygulanamaz.⁵¹⁰

Bir kimsenin basit müstehcen nitelikteki fotoğrafının, İnternet ortamına yüklenmesi halinde TCK m. 134/2, m. 226/1-b ve m. 226/2 suçları oluşur. Bu halde TCK m. 226/1-b ile m. 226/2 suçları arasında fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. TCK m. 134/2'deki suçun mağduru özel hayatı ifşa olan kişi, TCK m. 226/1-b ve m. 226/2

GÖKCAN - ARTUÇ, s. 6794, 6795.

⁵⁰⁹ "Sanığın bilgisayarda MSN (Microsoft Network) programı üzerinden yaptığı sohbet sırasında 15 yaşı içerisinde bulunan mağdura, gönderi metnine yazılmakla sanal ortamda bir ürün haline getirilmiş olan müstehcen içerikli yazı ve mesajlar ileterek onunla rızası ile dahi olsa karşılıklı söyleşide bulunması niteliğindeki eyleminin TCK'nın 226/1.maddesinde öngörülen çocuğa yönelik müstehcenlik suçunu oluşturduğu gözetilmeden, mağdurun bu sözlerle rahatsız edildiği şeklinde oluşa uygun olmayan gerekçelerle aynı Kanunun cinsel taciz suçuna ilişkin 105/1. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması, ... müstehcenlik suçundan dava açılmış bulunması ve CMK'nın 226/1. maddesi uyarınca ek savunma verilerek cinsel taciz suçundan mahkumiyete karar verilmiş olması karşısında aynı eyleme ilişkin ayrıca beraat kararı verilemeyeceğinin gözetilmemesi ...", 14. CD., K.T.: 04.07.2013, E.: 2011/12165, K.: 2013/8569, bkz. **BAYTEMİR**, Ahlak, s. 374, 375.

⁵¹⁰ **Aksi yöndeki görüşler** için bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 95; **YAŞAR - GÖKCAN - ARTUÇ**, s. 6790; **TANERİ**, "Müstehcenlik", s. 596.

suçlarının mağduru toplum olduğundan TCK m. 134 ile m. 226 arasında fikri içtima kuralı uygulanamaz.⁵¹¹

Müstehcen içerikli ürünlerine satışına maddi unsur başlığı altında da belirtildiği üzere TCK m. 226/1-c, d bentleri uyarınca belli sınırlar çizilmiştir. Diğer yandan her iki bende uygun şekilde satılan ürünlerin izinsiz çoğaltılarak satılması FSEK'e göre ayrıca suç teşkil eder. FSEK m. 71/1-1'e göre, hukuka aykırı şekilde işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak veya kiralamak; m. 81/4'e göre, bu eserleri bandrolsüz satmak fiilleri suç sayılmıştır. Anılan hükümler uyarınca örneğin, bilgisayar ortamında çoğaltılmış müstehcen filmlerin, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde kaldırım üzerindeki tezgahta bandrolsüz şekilde satışa arz edilmesi halinde, TCK m. 226/1-c, d ile FSEK m. 71/1-1, m. 81/4'teki suçlar oluşur. Bu durumda tek hareket üç fiil meydana getirir. TCK m. 226/1-c ve m. 226/1-d'nin koruduğu hukuki değerler ve menfaatler ile bu değerlerin hamilleri aynı olduğundan bu iki norm arasında fikri içtima uygulanır. Diğer yandan FSEK, m. 71/1-1 ve m. 81/4'ün birlikte işlendiği durumda özel bir fikri içtima kuralı düzenlemiştir. Zira FSEK m. 81/13'e göre, "*Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi halinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.*" FSEK ve TCK'nın koruduğu hukuki değerler ve menfaatler ile bu değerlerin hamilleri farklı olduğundan bu iki Kanun normları arasında fikri içtima kuralı uygulanamaz.

5651 sayılı Kanun m. 8/10'da düzenlenen, "*Erişimin Engellenmesi Kararını Yerine Getirmeme Suçu*" nun; hukuki konusu, "*hakim veya mahkemece verilen koruma*

⁵¹¹ Aksi yöndeki görüş için bkz. TANERİ, "Müstehcenlik", s. 611.

tedbiri niteliğindeki erişimin engellenmesi kararının uygulanmaması nedeniyle mahkeme otoritesinin zedelenmesi ve hukuki güvenliğin bozulmamasına ilişkin kamu yararı"; mağduru, "erişimin engellenmesine ilişkin mahkeme kararının uygulanmaması nedeniyle yargılama fonksiyonunun icrası engellenen devlet tüzel kişiliğidir."⁵¹² Diğer yandan müstehcen içerikli bir web sitesi hakkında verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, ayrıca TCK m. 226/1-b'de yer alan suç oluşacaktır. Bu durumda tek hareket, iki fiil ve iki suça vücut vermektedir. Zira TCK m. 226/1-b ile 5651 sayılı Kanun m. 8/10'da yer alan suçların hukuki konuları ve mağdurları farklıdır. Bu itibarla bu iki suç arasında fikri içtima kuralı uygulanmaması söz konusu olacaktır. Ancak 5651 sayılı Kanun m. 8/10'da "fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde" denilmesi suretiyle, özel bir içtima kuralı öngörülmüştür. Bu sebeple, müstehcen içerikli bir web sitesi hakkında erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, fail ağır olan TCK m. 226/1-b'den cezalandırılacaktır.

c. Zincirleme Suç

Kanun koyucu belli bazı şartlar altında aynı suçun birden fazla işlenmesine rağmen, cezaların aşırıya kaçmasını önlemek amacıyla, belli oranda arttırılarak tek bir ceza verilmesini TCK m. 43'te "Zincirleme Suç" başlığı altında düzenlemiştir.⁵¹³ Buna göre iki ayrı durumda zincirleme suç hükmü uygulanabilir.

TCK m. 43/1'e göre, suç işleme kararında birlik mevcutsa, aynı suçu birden

⁵¹² ÖZEN – BAŞTÜRK, s. 287-289.

⁵¹³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 361; TOROSLU – TOROSLU, s. 342. Zincirleme şekilde işlenen suçlar bağımsızlıklarını korumakta olup; bu suçlar arasında yalnızca, cezanın tayini, zamanaşımının başlangıcı ve yetkili mahkemenin belirlenmesi hususları bakımından farazi bir birlik söz konusudur. Türkan Yalçın SANCAR, Müteselsil Suç, B. 1, Ankara 1995, s. 60. (Müteselsil)

fazla, aynı mağdura, farklı zamanlarda işleyen fail hakkında belirli bir oranda arttırılarak tek bir cezaya hükmedilir.⁵¹⁴ Örneğin, fail, bir çocuğa üçer gün arayla toplamda beş defa müstehcen içerikli film izletmişse, TCK m. 226/1 gereği beş ayrı suç oluşur. Ancak bu durumda fail hakkında TCK m. 43/1 gereği tek bir cezaya arttırılarak hükmolunur.⁵¹⁵

TCK m. 43/2'ye göre, "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır." Kanun koyucu bu hükümde "fiil" kavramını yanlış kullanmıştır. Nitekim TCK m. 44'te de kabul edildiği ve yukarıda da açıklandığı üzere "non bis in idem" ilkesi gereği tek fiil tek suç oluşturur ve tek suçtan tek ceza verilir. Kanun koyucunun "tek bir fiil" ile kastettiği aslında "tek bir hareket"tir.⁵¹⁶ Örneğin, fail, birden fazla çocuğa aynı anda müstehcen görüntü izletmişse, TCK m. 226/1'de ihlal edilen hukuki değer veya menfaat çocuklara ait olduğundan çocuk sayısınca fiil söz konusu olacaktır. Bundan ötürü müstehcen görüntü izletilen çocuk sayısı kadar suç oluşur. Bu durumda zincirleme suç hükmü uygulanarak fail hakkında tek bir ceza artırımı uygulanarak hükmolunur.⁵¹⁷

⁵¹⁴ **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Genel, s. 361-364.

⁵¹⁵ "Sanığın aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda çocuk olan mağdureye bedensel temasta bulunmaksızın çıplak kadın ve erkek içerikli resimler göstermekten ibaret eyleminin TCK'nın 226/1-a maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturduğu gözetilmeden ...", 14. CD., K.T.: 27.02.2013, E.: 2011/9309, K.: 2013/1923, bkz. **YAŞAR - GÖKCAN - ARTUÇ**, s. 6770.

⁵¹⁶ **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Genel, s. 364; **TOROSLU - TOROSLU**, s. 346.

⁵¹⁷ "Sanığın, mağdureler B. ve M.'ye birlikte cep telefonundan bir bayanla bir erkeğin çıplaklık görüntüleri ve yatakta cinsel ilişkiye girme görüntülerini içeren bir video kaydı izlettiği, mağdur S.'nin bakkaldan dönmesi ve mağdure M.'nin S.'ye de gösterecek misin? demesi üzerine ona da bu görüntüleri izlettiği, ... mağdurları kimseye anlatmamaları hususunda birkaç defa uyarıp yemin ettirdiği, ... oluş mahkemece de bu şekilde kabul edildiği halde, ... mağdureler B. ve M.'ye karşı TCK'nın 226/1-a, 43/2. maddeleri uygulanarak müstehcenlik suçundan, mağdur S.'ye yönelik olarak ayrıca TCK'nın 226/1-a maddesi kapsamında müstehcenlik suçundan mahkumiyeti yerine oluşa ve dosya içeriğine uymayan gerekçelerle yazılı şekilde zincirleme biçimde tek müstehcenlik suçundan mahkumiyete karar verilmesi ...", 14 CD., K.T.: 23.02.2012,

H. MUHAKEME

1. Genel Olarak

765 sayılı mülga TCK m. 428/2'de yer alan, "Bu madde ile 426 ve 427'inci maddelerdeki suçlardan doğan davalar en geç iki ay içinde sonuçlandırılır." şeklindeki hükme TCK m. 226'da yer verilmemiştir. TCK m. 226/1'de yer alan suçlar şikayete ve uzlaşmaya tabi değildir. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılır.

2. Zamanaşımı, Görev ve Yetki

TCK m. 226/1'de yer alan müstehcenlik suçlarında dava zamanaşımı TCK m. 66/1-e uyarınca sekiz yıl⁵¹⁸ olup bu sürenin geçmesi halinde; soruşturma evresinde CMK m. 172/1'e göre, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar; kovuşturma evresinde ise CMK m. 223/8'e göre, düşme kararı verilir. Bununla birlikte sanığın suç işlemediği açık şekilde anlaşılıyorsa düşme kararı verilemez.⁵¹⁹ Son olarak TCK m. 67/2'ye göre zamanaşımının kesilmesi halinde m. 67/3'e göre, zamanaşımı kesilme tarihinden itibaren sıfırdan başlar. Ancak TCK m. 67/4'e uyarınca, zamanaşımı her halde, suç tarihinden itibaren en fazla m. 66/1'de belirtilen sürelerin yarısı kadar daha uzayabilir.⁵²⁰

E.: 2011/237, K.: 2012/2055, bkz. **BAYTEMİR**, Ahlak, s. 387.

⁵¹⁸ Bu süre failin on sekiz yaşından küçük olduğu hallerde TCK m. 66/2'de belirtilen oranlara göre indirilecektir.

⁵¹⁹ CMK m. 223/9'a göre, "derhal beraat kararı verilebilecek hallerde düşme kararı verilemez."

⁵²⁰ "Sanığa isnat olunan müstehcen içerikli CD satmak suçunun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı itibarıyla 5237 sayılı TCK'nın 66/1-e ve 67/4 maddelerinde belirlenen 12 yıllık asli ve ilave zamanaşımına tabi olduğu, ancak sanığın suç tarihindeki yaşı itibarıyla aynı Kanunun 66/2.c.1 maddesi uyarınca da bu sürenin yarısı olan 6 yıllık zamanaşımına tabi bulunduğu gözetildiğinde ... inceleme tarihine kadar belirtilen 6 yıllık sürenin gerçekleştiği

Bu suçlarda görevli mahkeme 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun⁵²¹ m. 11'e göre, Asliye Ceza Mahkemeleridir. Fail on sekiz yaşından küçükse 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 26 uyarınca Çocuk Mahkemesi görevlidir. Diğer yandan TCK m. 226/1'de yer alan suçlar 5846 sayılı FSEK'te düzenlenen suçlarla birlikte işlendiğinde FSEK m. 76/1'e göre, FSEK'ten kaynaklanan ceza davalarında görevli mahkeme, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununu⁵²² m. 156/1'de belirtilen Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleridir. O halde somut olayda işlenen fiil hem TCK m. 226/1 hem de FSEK m. 71 vd. uyarınca suç teşkil ediyorsa iki ayrı kovuşturma yapılır.

CMK m. 12/1'e göre, Türkiye'de işlenen suçlar yönünden kural olarak yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir.⁵²³

4. Koruma Tedbirleri

Soruşturma evresinde CMK'ya göre verilecek koruma tedbirleri konusunda 5235 sayılı Kanun m. 10'a göre Sulh Ceza Mahkemeleri görevlidir. İhtisas mahkemeleri soruşturma evresinde CMK'ya göre koruma tedbiri kararı veremezler.⁵²⁴

Bu suçlar için öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıl olduğundan dolayı CMK m. 100/4 gereği tutuklama kararı verilemez.

anlaşıldığından ... davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesine ...", 5. CD., K.T.: 15.10.2009, E.: 2006/13588, K.: 2009/11542, bkz. **BAYTEMİR**, Ahlak, s. 389.

⁵²¹ R.G., T.: 07.10.2004, S: 25606.

⁵²² R.G., T.: 10.01.2017, S: 29944.

⁵²³ Suçun basın ve yayın araçlarıyla veya İnternet üzerinden işlenmesi halinde yetkili mahkemenin tespiti hususu için, bkz. "Bl. 3 - V. F. 2.", s. 281.

⁵²⁴ Hüsamettin **UĞUR**, "Ceza Yargılaması ve Özel Ceza Yasalarına Göre Mahkemelerin Görevleri", in. TBBD, S. 87, Y. 2010, s. 388.

Suçun maddi konusunu oluşturan ürünler suçun ispatı açısından önem arz ettiğinden CMK m. 123/2 uyarınca bu ürünler hakkında elkoyma tedbirine başvurulabilir.⁵²⁵

5. Bilirkişiye Başvurulması Meselesi

Bir ürünün basit müstehcenlik suçlarını oluşturup oluşturmayacağı konusunda Yargıtay, ilk derece mahkemesinin takdirini yeterli görmekte ve bilirkişiye başvurulmasını şart koşmamaktadır.⁵²⁶ Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu 1117 sayılı Kanun m. 2/3'e göre, müstehcenlik suçlarıyla ilgili olarak yargı makamlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlidir. Ancak mahkeme bu kurula ya da başka bir bilirkişiye başvurma konusunda takdir yetkisine sahiptir.⁵²⁷

⁵²⁵ Bu koruma tedbirinin amacı, ispat araçlarının kaybolmasının engellenmesi ve mahkeme sonunda verilebilecek müsadere kararının uygulanabilmesini sağlamaktır. Mahkeme sonucunda elkonulan şey ya müsadere edilir ya da zilyedine iade edilir. Nevzat **TOROSLU** – Metin **FEYZİOĞLU**, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 13, Ankara 2014, s. 252. Nitekim ilk derece mahkemesinin hükmü yanında, bu hükmeye karşı kanun yollarına başvurulması halinde delillerin tekrar incelenmesi gerekeceğinden bunların muhafaza edilmesi oldukça önemlidir. Mustafa **ALBAYRAK**, “*Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılama Sorunları ve Çözüm Yolları*”, in: TBBB, S. 57, Y. 2005, s. 339. Suçun bilgisayar vasıtasıyla işlenmesi halinde CMK m. 134'te yer alan koruma tedbiri uygulanması hususu için, bkz. “Bl. – II. G. 2.”, s. 191.

⁵²⁶ “... Sanığa ait işyerinde ele geçirilen CD'lerdeki görüntülerin ar ve haya duygularını incitip incitmediğinin, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olup olmadığının saptanması için uzman bilirkişi görüşü alınmadan veya hakim tarafından bizzat izlemek suretiyle bir kanaate varılmadan zabıtaca yapılan yetersiz tutanakla yetinilerek hüküm kurulması ...”, 5. CD., K.T.: 07.07.2014; “Dava konusu CD'nin mahkemece bizzat izlenmek veya bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle ‘halkın ar veya haya duygularını inciten veya cinsel arzuları istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı’ olup olmadığı belirlenmeden, kollukça düzenlenen tutanaktaki açıklama, tespit ve değerlendirmeler benimsenerek suçun oluştuğunun kabul edilmesi ...”, 5. CD, K.T.: 12.12.2002, bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 101.

⁵²⁷ Bir görüşe göre, bir ürünün müstehcen olup olmadığını tespit etmek hukuki uzmanlık alanında olmadığından, bu tespit bilirkişi tarafından yapılması gerekir. Bkz. **GÜRELLİ**, “*Müstehcenlik*”, s. 583. Diğer yandan basit müstehcenlik kapsamında olan ve sanatsal değer taşımayan bir ürünün müstehcen olduğunun tespitinin özel ya da teknik bir bilgi gerektirmediğinden bahisle mahkemenin bu hallerde bilirkişiye başvurmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 220, 221; **ÇAĞLAYAN**, Ceza, s. 149; **MALKOÇ**, s. 319; **BAKICI**, s. 333; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6768, 6769; **ÜNVER**, “*Çocuk ve Genç*”, s. 56.

İ. YAPTIRIM

1. Cezalar

TCK m. 226/1’de yer alan suçlar için hem hapis cezası hem de adli para cezası öngörülmüştür.⁵²⁸ Bu suç için öngörülen ceza, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır.⁵²⁹ Adli para cezasının seçimlik olarak düzenlenmediği; özel alt ve üst sınır belirtilmediği durumlarda, adli para cezasının alt ve üst sınırı TCK m. 52/1’e göre, beş ila yedi yüz otuz gün arasında belirlenir.⁵³⁰

“En iyi bilirkişi, halkı, insanı ve eytışimsel (diyalektik) bir yöntemle dünyayı birçok yönüyle tanıyan, geniş kültür ve ileri görüşlere ulaşmış olan uygulayıcının, yani savcının, yargıcın kendisidir.”, bkz. **KARADAYI**, s. 893. *“Bilirkişinin, cinsel ilişkilerle ilgili kişisel görüşü, vardığı sonucu doğal olarak etkilemekte ve mahkemece seçilen bilirkişiye göre de yargı kararı değişmektedir. Müstehcenlik nedeniyle mahkum olup olmamanın, mahkemece seçilecek bilirkişinin subjektif görüşüne ve dolayısıyla bilirkişi seçimindeki şansa kaldığını söylemek yanlış olmasa gerekir.”*, **ÖZEK**, Basın, s. 295. CMK m. 63/1-2.cümle’ye göre, *“Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.”*

⁵²⁸ 765 sayılı mülga TCK’da müstehcenlik suçlarının düzenlendiği m. 426-428 suçlarının yaptırımı olarak sadece adli para cezası öngörülmüştü. Bkz. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6770.

⁵²⁹ TCK m. 226/1’in Al. CK.’da karşılığı olarak gösterilebilecek prg. 184’e göre, bu suçları işleyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bkz. **YENİSEY – PLAGEMANN**, s. 290. TCK’dan farklı olarak Al. CK.’nın, bu suçlar için öngörülen hapis cezası ile adli para cezasını seçimlik olarak düzenlediği göze çarpmaktadır. TCK genel hükümlerdeki müsadere (m. 54, m. 55), suçta tekerrür (m. 58/9) düzenlemeleri yanında; kazanç elde etme amacıyla işlenen, suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçu (m. 165), dolandırıcılık (m. 157), tefecilik (m. 241) vb. suçlar için hapis cezası ve adli para cezasına birlikte hükmedilmesi şeklindeki düzenlemeler ile, kanun koyucu kişilerin suç işlemeyi bir kazanç kaynağı olarak görmesini engellenmeyi amaçlamaktadır. Bu husus m. 226/1’in gerekçesinde de, *“... bu fiillerin işlenmesi suretiyle bir kazanç elde edilebileceği için, bu suçun karşılığında hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörülmüştür.”* şeklinde belirtilmiştir.

⁵³⁰ Haluk **TOROSLU**, Ceza Müeyyidesi, B. 1, Ankara 2010, s. 131. **(Ceza)** TCK m. 52/2’ye göre, bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı en az yirmi en fazla yüz Türk Lirası olarak tayin edilir. Al. CK. prg. 40/1’e göre, adli para cezası beş ila üç yüz altmış gün arasında hükmolunur ve prg. 40/2’ye göre, bir gün karşılığı en az bir en fazla otuz bin Euro olarak tayin edilir. Bkz. **YENİSEY – PLAGEMANN**, s. 29. Görüldüğü üzere Al. CK.’daki gün karşılığı tayin edilecek para cezası miktarının üst sınırı TCK’ya kıyasla dramatik şekilde fazladır. Madem ki suç işlemenin kazanç kaynağı olarak görülmesi engellenmek amaçlanmaktadır, o halde daha etkin bir caydırıcılık sağlaması açısından TCK’daki adli para cezasının üst sınırının da mehz

Hapis cezasının üst sınırı iki yıl olarak belirlendiğinden diğer şartlar da mevcutsa, hükmolunan adli para cezası ve hapis cezası hakkında ÇKK m. 23/1 veya CMK m. 231'e göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı⁵³¹ verilebilir veya verilecek hapis cezası TCK m. 51'e göre ertelenebilir.⁵³² Bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde diğer şartlarda mevcutsa, verilen hapis cezası TCK m. 50'ye göre, maddede sayılan seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir. Bu üç durumda da şartlarına uygun davranılması halinde, kişi hakkında hükmolunan hapis cezası infaz edilmez.⁵³³ Sanık hakkında, sırasıyla CMK m. 231, TCK m. 50 ve TCK m. 51 uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır⁵³⁴ ve bu maddelerden biri

kanun olan Al. CK.'dakine benzer şekilde yükseltilmesi gerekmektedir.

⁵³¹ HAGB kararı, askıda bir mahkumiyet kararı niteliğindedir. Bu düzenlemeyle kişiyi, cezası infaz edilmeksizin tekrar suç işlemesini önlemek suretiyle ıslah etmek amaçlanmıştır. **TOROSLU - FEYZİOĞLU**, s. 310.

⁵³² TCK m. 51'e göre yalnız hapis cezası ertelenebilir. "*Sanığın işlediği kabul edilen müstehcen içerikli CD kiralama suçunun temas ettiği 5237 s. TCK'nın 226/1-c maddesinin yaptırım olarak hem hapis hem de adli para cezası öngörmesi nedeniyle mahkemece 6 ay hapis ve 2.000,00 YTL adli para cezasına hükmedildiği ve verilen her iki cezanın da 5237 s. Kanunun 51/1-b maddesi uyarınca ertelendiği, ancak hapis cezasının ertelenmesi hususunun düzenlendiği 51. maddede 'işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezasının ertelenebileceği' hükmüne yer verildiği nazara alınmadan tayin edilen adli para cezasının da ertelenmesi, yasaya aykırıdır ...*", 5. CD., K.T.: 17.09.2007, E.: 2007/9511, K.: 2007/6261, bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 96.

⁵³³ Bununla birlikte TCK m. 50'ye göre çevrilen seçenek yaptırım, TCK m. 51'e göre ertelenen hapis cezası şartlarına uygun davranılması halinde infaz edilmiş sayılır. CMK m. 231'e göre verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise, şartlarına uygun davranılması halinde sanık hakkındaki dava CMK m. 231/10 gereği düşer yani sanık hiç ceza almamış sayılır.

⁵³⁴ "... Koşullu bir düşme nedeni oluşturan 'hükmün açıklanmasının geri bırakılması' müessesesi, objektif koşulların varlığı halinde mahkemece, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re'sen değerlendirilerek, uygulanması yönünde kanaate ulaşıldığı takdirde, hiçbir talebe bağlı olmaksızın öncelikle uygulanmak zorundadır.", **CGK.**, K.T.: 19.01.2016, E.: 2014/4-135, K.: 2016/4, bkz. Mustafa **ARTUÇ**, Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu, B. 3, Ankara 2019, s. 1055. (**Muhakeme**) "*Sanığın suç tarihindeki yaşı ve müstehcen içerikli CD satmak suçu için öngörülen ceza miktarı nazara alındığında Çocuk Koruma Kanunu 23. m. sinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağıınun takdir ve değerlendirilmesinin mahkemece yapılması ...*", 5. CD., K.T.: 27.02.2006, bkz. **BAYTEMİR**, Hürriyet, s. 1228.

uygulandığında diğerleri uygulanamaz.⁵³⁵

6502 sayılı Kanun m. 72/12'ye göre, m. 61'de belirlenen yükümlülüklerle aykırı ticari reklam yapanlara idari para cezası verilir. Öyleyse müstehcen ürünlerin reklamı aynı zamanda idari para cezası yaptırımını gerektiren bir kabahattir.⁵³⁶ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁵³⁷ m. 15/3'e göre, "Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."

2. Güvenlik Tedbirleri

a. Müsadere

Müsadere, yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla, işlenen bir suçtan dolayı suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya, belirli kanuni şartlar altında, kişinin bu eşya üzerindeki mülkiyet hakkına son verilerek mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucunu doğuran bir yaptırımdır.⁵³⁸ Kısacası müsaderenin amacı suçla oluşan kriminojen ortamı eski haline getirmektir.⁵³⁹

Müsadere kurumu TCK m. 54'te "eşya müsaderesi" ve TCK m. 55'te "kazanç

⁵³⁵ CMK m. 231/7'ye göre, "Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümdede, mahkum olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırıma çevrilemez." Bununla birlikte sanığın, denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlemesi veya dene-timli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde CMK m. 231/11'e göre, sanık hakkındaki hüküm açıklanır ve bu madde gereği açıklanan hükümdeki hapis cezası TCK m. 50'ye göre seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir veya TCK m. 51'e göre ertelenebilir.

⁵³⁶ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 74.

⁵³⁷ R.G., T.: 31.03.2005, S: 25772.

⁵³⁸ TOROSLU – TOROSLU, s. 445.

⁵³⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 482.

müsaderesi” olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiştir.⁵⁴⁰ 5237 sayılı TCK m. 54/5’in düzenlendiği kısmi müsadere hükmünün 765 sayılı TCK’ya göre getirilen bir yenilik olduğu ifade edilmektedir.⁵⁴¹

Fail tarafından işlenen bir fiilin hem TCK m. 226/1 hem de FSEK m. 71 vd. maddelerince suç oluşturması halinde, FSEK’e göre işlenen suça bakacak olan Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesince ortak delillere ilişkin “eşya müsadere” kararı verilebilir ve davanın esası hakkındaki hükmün kesinleşmesi üzerine bu delillerin imha edilmesi söz konusu olabilir. Ancak aynı fiile ilişkin Asliye Ceza Mahkemesince verilen karara karşı kanun yoluna başvurulması halinde deliller üst mahkemece tekrar incelenecektir. Öyleyse Asliye Ceza Mahkemesi bu suçların maddi konuları hakkında dosyada delil olarak saklanması kararı vermelidir.⁵⁴² Yargıtay uygulamaları da bu yönde istikrar kazanmıştır. Zira bu hallerde Yargıtay’ca “*düzelterek onama*” kararı verilmekte ve ilk derece mahkemesi kararı suça konu müstehcen ürünler müsadere edilerek kesinleştirilmektedir.⁵⁴³ Zira müsadere hakkında Yargıtay’ın karar

⁵⁴⁰ 765 sayılı TCK m. 427/2’de m. 36’dan ayrı olarak müstehcenlik suçlarına özel müsadere hükmü yer almaktaydı. Bkz. **ÖNDER**, s. 548.

⁵⁴¹ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 98. Bununla birlikte 765 sayılı TCK döneminde de Yargıtay’ca kısmi müsadere uygulaması yapıldığı görülmektedir. “*Video-teyp bandının veya bir filmin müstehcen kabul edilen sahneleri çıkarıldıktan sonra da bütünlüğünü kaybedip kaybetmediği araştırılacak, kaybetmediği takdirde, bunların tümünün değil, sadece müstehcen sahnelerin zoralmına karar verilecektir.*”, 5. CD., K.T.: 17.11.1982, E.: 3923, K.: 2407, bkz. **ÖNDER**, s. 548.

⁵⁴² Nitekim FSEK kapsamındaki suçların oluşup oluşmadığının tespiti konusunda çoğunlukla içerik incelemesine gerek olmadığından yapılan incelemenin daha kısa süreceği kanaatindeyiz. Bunun yanında elbette gerek görüldüğü takdirde içinde delillerin de muhafaza edildiği dosyanın Asliye Ceza Mahkemesince, Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesine gönderilmesi mümkündür.

⁵⁴³ “... hüküm fıkrasında yer alan, adli emanette kayıtlı CD ve DVD’lerin dosyada delil olarak saklanmasına ilişkin bölüm hükümden çıkartılarak, yerine ‘adli emanetin 2008/2035 sırasında kayıtlı bulunan ve münhasıran müsadereye tabi müstehcen görüntü içeren CD ve DVD’lerin 5237 sayılı TCK’nın 54/4. maddesi uyarınca müsadere sine’ ibaresi eklenmek suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan hükmün **DÜZELTİLEREK ONANMASINA ...**”, 14. CD., K.T.: 18.12.2014, E.: 2013/5168, K.: 2014/14548, **UYAP** (E.T.: 16.02.2019); “*hükmün müsadereye*

verme yetkisi olduğundan bu durum bozma sebebi yapılmamaktadır.⁵⁴⁴

Yine söz konusu suçtan dolayı “kazanç müsadere” kararı verilebilir mi?

TCK m. 70’e göre, müsadere zamanaşımı yirmi yıldır. Buna göre dava zamanaşımının gerçekleşmesi halinde dahi, mahkeme müsadere kararı verebilir.⁵⁴⁵

b. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Kararı Verilmesi

Daha önce de belirtildiği üzere tüzel kişiler bir suçun faili olamazlar. Ancak TCK m. 20/2’ye göre tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir.⁵⁴⁶ TCK m. 60/4 uyarınca, “tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri sadece kanunun belirttiği halde uygulanır.” TCK m. 226/6’ya göre, “müstehcenlik suçlarından dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.” Tüzel kişiler hakkında

ilişkin bölümünün hüküm fıkrasından çıkartılarak, yerine, ‘Suç teşkil eden müstehcen içerikli adli emanetin 2009/19 sırasında kayıtlı, 08.06.2009 tarihli bilirkişi raporu içeriğinde belirtilen 10. sırada kayıtlı 8 adet CD ile 11. sırada kayıtlı 6 adet CD’nin, 5237 sayılı Kanununun 54/4. maddesi gereğince müsadere’ ibaresi eklenmek suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA ...”, 14. CD., K.T.: 25.03.2013, E.: 2011/23047, K.: 2013/3259, UYAP (E.T.: 16.02.2019).

⁵⁴⁴ 5. CD., K.T.: 24.01.2001, E.: 2000/5737, K.: 2001/147, Bkz. **MALKOÇ**, s. 322.

⁵⁴⁵ “... yerel mahkeme direnme kararının gerçekleşen dava zamanaşımı nedeni ile bozulmasına, ancak yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyen bu konuda, 1412 sayılı CMUK’un 5230 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca yürürlükte olan 322. maddesine göre karar verilmesi mümkün bulunduğundan, sanıklar hakkındaki kamu davasının ... düşmesine, müsadere talebine ilişkin olarak davaya devam edilerek, yerel mahkeme hükmünün, soruşturma aşamasında elkonulan ve müsadere istenilen eşyaya ilişkin karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.”, **CGK.**, K.T.: 16.06.2015, E.: 2014-7-78, K.: 2015/233, bkz. Mustafa **ARTUÇ**, Pratik Türk Ceza Kanunu, B. 4, Ankara 2018, s. 371. (**Ceza**)

⁵⁴⁶ Suç fiili karşılığı uygulanan güvenlik tedbirlerinin tüzel kişiler hakkında uygulanabilmesi karşısında tüzel kişilerin de suç faili olarak kabul edildiği ileri sürülmektedir. Bkz. **KA-TOĞLU**, “Mağdur”, s. 667. “Tüzel kişilerin organ ve temsilcileri olan gerçek kişilerin fiillerinde ayrıca tüzel kişiyi de cezalandırmanın objektif sorumluluğun ötesinde başkasının (üçüncü kişinin) fiilinden sorumluluk anlamına geleceği ve bunun da gerek Anayasadaki gerekse ceza hukukunun bugüne kadar zor kazanımlar sonucu elde edilen kişinin ancak iradi ve kendi kusurlu davranışından cezalandırılabilmesi, başkasının fiilinden sorumlu olmayacağı ilkelerini ihlal edeceği açıktır.”, bkz. **ÖZEN**, “Tüzel”, s. 85.

uygulanabilecek güvenlik tedbirleri TCK m. 60 uyarınca, “*faaliyet izninin iptali*” ve “*müsadere*”dir. TCK m. 60/1’e göre, özel hukuk tüzel kişilerinin yararına olmak kaydıyla, bunların yetkili organları veya kanuni temsilcileri iştirakiyle işlenen suçlardan dolayı tüzel kişi hakkında belirtilen güvenlik tedbirlerine hükmolunur. O halde örneğin, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik uyarınca alınan izne dayalı olarak faaliyette bulunan, tüzel kişiliği olan bir sinemada, çocuklara müstehcen filmler izletilmesi ve sorumluların TCK m. 226/1’den mahkum edilmeleri durumunda, mahkemece, sorumluların mahkumiyeti yanında sinemanın faaliyette bulunmasına izin veren idari işlemin iptaline de karar verilebilir. Bununla birlikte tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması söz konusu olduğunda TCK m. 60/3’e göre mahkeme, “*bu tedbirlerin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, bu tedbirlere hükmetmeyebilir.*”⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ TCK m. 60/3 gerekçesine göre, “*Özel hukuk tüzel kişileri ile ilgili güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında, işlenen suç dikkate alındığında, çok ağır sonuçlar doğabilir. Örneğin çok sayıda kişi işsiz kalabilir veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar meydana gelebilir. İşte bu gibi hallerde mahkeme maddedeki orantılılık ilkesine dayanarak bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir.*”

II. BASİT MÜSTEHCEN ÜRÜNLERİ BASIN VE YAYIN YOLUYLA YAYMA SUÇU

A. GENEL OLARAK

Belirtildiği üzere TCK m. 226/1'de yer alan (b) – (f) bentleri arasında yer alan suçlar, müstehcen ürünleri yayma suçu olarak nitelendirilmektedir. TCK m. 226/2'de⁵⁴⁸ ise, m. 226/1'de yer alan bu suçların nitelikli hali diyebileceğimiz, müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayılması, ayrıca suç olarak düzenlenmiştir.⁵⁴⁹ Basın, “gazete ve dergi gibi belirli zamanlarda çıkan basılı eserlerin tümü”; yayının ise, “basılıp satışa çıkarılan kitap, gazete vb. şeyler; radyo ve televizyon aracılığıyla halka sunulan, duyurulan, iletilen eser veya program”, olarak tanımlanmaktadır.⁵⁵⁰ Ancak TCK m. 6/1-g uyarınca, “ceza kanunlarının uygulanmasında göre basın ve yayın yolu ile deyiminden, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar” anlaşılır. Buna göre mevzuatımızda suç ihtiva eden normlarda yer alan basın ve yayın yolu tabiri, kitle iletişim araçlarıyla yapılabilecek tüm yayınları kapsamaktadır.

Kitle iletişim araçlarını, diğer iletişim araçlarından ayıran ve onlardan üstün kılan başlıca özelliği, bunlar vasıtasıyla içeriklerin anonim nitelikteki kitlelere kolayca ulaştırılabilmesidir. Bunun yanında kitle iletişim araçları, kanıların ve bilgilerin şekillenmesi sürecini oldukça fazla hızlandırarak, kişilerin görüşlerinin

⁵⁴⁸ **TCK m. 226/2:** “Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁵⁴⁹ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN,** Toplum, s. 334.

⁵⁵⁰ **TDK Güncel Türkçe Sözlük,** bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 13.03.2019).

oluşmasında çok etkin bir konumdadır.⁵⁵¹

Şüphesiz ki, müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayma suçu incelenirken, kitle iletişim araçlarının ve bunlara ilişkin mevzuatın göz önüne alınması gerekmektedir. “Gazete, dergi, kitap, radyo, televizyon, sinema ve İnternet⁵⁵²”, başlıca kitle iletişim araçlarıdır. Kitle iletişim araçları, çoğaltma yöntemi bakımından iki gruba ayrılmaktadır. Radyo ve televizyon gibi ses ve görüntüyle yayın yapılan kitle iletişim araçları nitelikleri itibarıyla kitlesel olup, cisim olarak çokluk göstermezler. Buna karşın gazeteler, dergiler, film veya müzik CD’leri, nitelikleri gereği sayısal olarak çoğaltılan kitle iletişim araçlarıdır. İnternet her iki grubunun bir takım özelliklerini barındırmaktadır. İnternette yer alan web sitelerinin basılıp çoğaltılması mümkün olduğundan, İnternet yayınlarının bu yönüyle ikinci gruba dahil edilmesi gerektiği söylenmektedir.⁵⁵³ Basın kanunları, ikinci gruba dahil olan kitle

⁵⁵¹ İÇEL, İletişim, s. 50. Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen geniş anlamda basın faaliyetinin, devletin yasama, yürütme ve yargı erklerinin karşısında, bunlardan tamamen bağımsız “dördüncü erk” niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. İÇEL, İletişim, s. 142.

⁵⁵² İnternet, tüm bilgilere anında erişim olanağı sağlaması; diğer kitle iletişim araçlarından farklı olarak tek yönlü değil çok yönlü iletişim niteliğini taşıması; web sayfasına sahip olanların yanında sosyal medya aracılığıyla da kişi veya kuruluşların yayın yapabilmemesi, yönlerinden diğer kitle iletişim araçlarına kıyasla birçok üstünlük barındırmaktadır. Bkz. İÇEL, İletişim, s. 45. Öte yandan İnternet ortamı, sağladığı kolaylık ve fırsatlarla birlikte, suçların ve suçluların tespitini ve takibini oldukça zorlaştırması nedeniyle “Vahşi Batı”ya benzetilmektedir. ÖZBEK, “Siber Suç”, s. 74. Bununla birlikte İnternet’in çok yönlü iletişim niteliği, suçlulukla mücadele açısından bazı kolaylıklar da sağlamaktadır. İnternet ortamında işlenen suçlara yönelik mücadelede uluslararası yardım hatlarının çalışmalarını desteklemek ve geliştirmek ile bireylerin İnternet vasıtasıyla bu mücadeleye daha kolayca katkıda bulunabilmesi amacıyla “INHOPE – International Association Of Internet Hotlines (Uluslararası İnternet Acil Durum Hattı Organizasyonu)” kurulmuştur. Bu site üzerinden bireyler, anonim olarak, suç teşkil eden web sayfalarını ihbar edebilmektedir. Bkz. <http://www.inhope.org/gns/report-here.aspx> (E.T.: 22.03.2019). INHOPE’a Türkiye’de üyedir. BTK’nın kurduğu “İnternet Bilgi İhbar Merkezi” adlı web sitesi aracılığıyla INHOPE ile koordinasyon sağlanmaktadır. Bkz. <https://www.ihbarweb.org.tr> (E.T.: 22.03.2019).

⁵⁵³ İÇEL, İletişim, s. 142. Bu konuyla ilgili mevzuatta açık bir hüküm bulunmadığından, İnternet’teki web sayfalarından alınan basılmış eserlerle işlenen suçlar yönünden Basın Kanunu’nun uygulanmasının “aleyhe yorum ve kıyas” ile karar verilmesine neden olacağı belirtilmektedir. Sahir ERMAN – Çetin ÖZEK, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, B. 4,

iletişim araçlarını “*basılmış eser*” olarak tanımlamaktadır.

O halde müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayma suçunun işlenmesi halinde TCK'nın yanında; müstehcen basılmış eserler aracılığıyla işlenen suçlar⁵⁵⁴ açısından 5187 sayılı Basın Kanunu; radyo ve televizyon yoluyla yapılan yayınlarla işlenen suçlar açısından 6112 ve 2954 sayılı Kanunlar;⁵⁵⁵ İnternet üzerinden yapılan yayınlar açısından 5651 sayılı Kanun, göz önüne alınacaktır.

B. HUKUKİ KONU VE MAĞDUR

Kanun koyucu bu suçu ayrıca düzenleyerek, kitle iletişim araçları vasıtasıyla bu ürünlerin kısa sürede az masrafla çok fazla sayıda kişiye ulaştırılabilmesini göz önüne almış ve bu durumu engellemeyi amaçlamıştır.⁵⁵⁶ Buna göre, bu suçun hukuki konusu, müstehcen ürünlerin basın ve yayın aracılığıyla halk arasında

İstanbul 2000, s. 29.

⁵⁵⁴ Basılmış eserlerin fikri içeriğine ilişkin suçlar, “*dar anlamda basın suçu*” ve “*basın yoluyla işlenen suç*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suçun unsurlarından biri olan fiilin “*basılmış eser*” üzerinde gerçekleştirilmesi veya diğer bir deyişle suçun yalnızca “*basılmış eserler*” vasıtasıyla işlenebilmesi halinde, “*dar anlamda basın suçu*” söz konusu olur. Diğer yandan herhangi bir şekilde işlenebildiği halde “*basılmış eserlerin*” araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçlar “*basın yoluyla işlenen suç*” olarak adlandırılır. “*Yayın*” bu suçlar yönünden kurucu unsur niteliğindedir. Bu suçlarda suçun oluşması anı, sorumluluk, teşebbüs ve muhakeme hususları Basın mevzuatına göre belirlenecektir. Bkz. **ÖZEK**, Basın, s. 525, 526. Basın yoluyla işlenen suçların işleniş şeklinin farklılığı ve basın özgürlüğünün önemi hususları göz önüne alınarak, dünya genelinde basın yoluyla işlenen suçlar, ceza kanunlarından ayrı kanunlarda veya ceza kanunları içinde diğer suçlardan farklı usullere tabi kılınarak düzenlenmektedir. Nevzat **GÜRELLİ**, Mukayeseli Mevzuatta Ve Hukukumuzda Basın Suçlarında Hususi Usul, B. 1, İstanbul 1958, s. 6-11. (**Basın**)

⁵⁵⁵ Ülkemizde yapılan radyo ve televizyon yayınlarının tümü 6112 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilir. Diğer yandan Türkiye Radyo Televizyon Kurumu'nun (TRT) 2954 sayılı ayrıca özel bir Kanunu (Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, R.G., T.: 14.11.1983, S.: 18221/2) bulunmaktadır. Buna göre TRT, 6112 sayılı Kanun'da yer alan bazı hükümler yönünden, özel radyo ve televizyon kuruluşlarından ayrılmaktadır.

⁵⁵⁶ Aynı yönde görüş için, bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 166.

yayılmamasının ve yayılmasına yardım edilmesinin engellenmesine ilişkin kamusal yarar vardır.⁵⁵⁷ Buradan hareketle bu suçun mağduru toplumdur.⁵⁵⁸

C. MADDİ KONU

Bu suç ancak basın ve yayın yoluyla işlenebileceğinden hareketle, suçun maddi konusunun, müstehcen ürünlerin tezahür ettiği “*basın ve yayın araçları*”dır.⁵⁵⁹ İçeriği yayınlanan müstehcen ürün, suçun maddi konusu değil, suçta kullanılan araç niteliğindedir.⁵⁶⁰

D. FAİL

1. Genel Olarak

Müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayma suçunun failinin “*yayıncı*” olduğu ve bu süjenin kapsamının basın mevzuatına göre belirleneceği ifade edilmekte ve suçun, özgü suç niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Diğer yandan hükme göre ayrıca, “*müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayınlanmasına aracılık edilmesi*” fiili de TCK m. 226/2 uyarınca suç teşkil etmekte olup, “*yayınlanmasına aracılık etme*” fiilini işleyen herkes bu suçun faili olabilir.⁵⁶¹ Buna göre TCK m. 226/2’de yer alan suçun tüm kitle iletişim araçlarıyla işlenebileceği göz önüne alınarak “*aracılık eden kimse*” dışındaki faillerin, ilgili mevzuatlar uyarınca belirlenmesi gerekmektedir.

⁵⁵⁷ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 334, 335.

⁵⁵⁸ Bu suçun mağdurunun gayrimuayyen olduğu yönündeki görüş için, bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 335.

⁵⁵⁹ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 335.

⁵⁶⁰ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 346.

⁵⁶¹ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 334.

2. Basılmış Eserler Yönünden Fail

Bu suçun basılmış eserlerle işlenmesi halinde, 5187 sayılı Basın Kanunu'nda⁵⁶² yer alan, “yayımcı, basımcı, eser sahibi veya sorumlu müdür” sükelerinin sorumlulukları söz konusu olacaktır.⁵⁶³ 5187 sayılı Kanun'da basın yoluyla işlenen suçlar yönünden iştirak durumları dışında, üç basamaklı bir sorumluluk sistemi öngörülmüştür. İlk basamaktaki sorumluluğun düzenlendiği m. 11/2'ye göre, “sürelî yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi⁵⁶⁴ sorumludur.” Basılmış eserlerle işlenen suçlarda eser sahibinin cezalandırılmadığı durumlarda,⁵⁶⁵ ikinci ve üçüncü basamaklar açısından cezaen sorumlu süjenin tespiti, yayının sürelî ve süresiz⁵⁶⁶ olmasına göre farklılık göstermektedir.

Sürelî yayınlarda eser sahibinin cezalandırılmadığı durumlarda m. 11/3'ye

⁵⁶² R.G., T.: 26.06.2004, S.: 25504.

⁵⁶³ 5187 sayılı Kanun; m. 2/1-j'ye göre yayımcı, “bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişiyi”; m. 2/1-k'ya göre basımcı, “bir eseri basım araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişiyi”; m. 2/1-ı'ya göre eser sahibi, “sürelî veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazanı, çevireni veya resmi ya da karikatürü yapanı”, ifade eder; m. 5/1'e göre, “Her sürelî yayının bir sorumlu müdürü bulunur. Sorumlu müdür, birden fazla ise, her birinin sorumlu olduğu bölüm belirtilir. Sorumlu müdür olabilmek için; (a) On sekiz yaşını bitirmiş olmak, (b) Türkiye'de yerleşim yeri sahibi olmak ve devamlı oturmak, (c) En az ortaöğretim veya dengi bir eğitim kurumundan mezun olmak, (d) Kısıtlı veya kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak, (e) Yüz kızartıcı suçlardan mahkum olmamak, (f) T.C. vatandaşı olmayanlar için karşılıklılık koşulu aramak gerekir.”

⁵⁶⁴ “Eserin oluşturulmasına birden fazla kişi katılmışsa, suç unsuru hangi bölümde varsa, o bölüm bağımsız eser sayılıp bunun sahibinin sorumluluğuna gidilecektir. Bunun yanı sıra, basılı eser birden fazla kişinin ortak çalışması ve iştirak iradesi ile oluşturulmuşsa, eser sahiblerinin hepsinin sorumluluğu söz konusu olacaktır.”, bkz. **DÖNMEZER – BAYRAKTAR**, s. 449.

⁵⁶⁵ Bu durumlar 5187 sayılı Kanun m. 11/2 ve m. 11/3'de; “eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi” olarak belirtilmiştir.

⁵⁶⁶ 5187 sayılı Kanun; m. 2/1-c'ye göre sürelî yayın, “belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını”; m. 2/1-h'ye göre süresiz yayın, “belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri”, ifade eder.

göre, sorumlu müdür ile onun bağlı olduğu yetkili söz konusu suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Bunun yanında m. 11/3'ün son cümlesinde, "*konusu suç teşkil eden eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.*", denilerek üçüncü basamaktaki sorumlu süjenin "*yayımlatan*" olabileceği belirtilmiştir.⁵⁶⁷

Süresiz yayınlarda ise eser sahibinin cezalandırılmadığı durumlarda m. 11/4'e göre, ikinci basamaktaki cezaen sorumlu süje "*yayımcı*"dır. Bununla birlikte m. 11/4'ün son cümlesine göre, "*yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde*", üçüncü basamaktaki sorumlu süjenin "*basımcı*" olacağı belirtilmiştir.

Sanatsal veya edebi değeri olmayan müstehcen bir basılmış eserin tiyatrodaki sahneye koyulması halinde, bu eseri oynayan aktörler ile yönetmen de bu suçun faili olacaktır. Oyunun, eser sahibinin haberi olmaksızın sahneye koyulması halinde eser sahibi sorumlu olmaz. Ancak bu eser yayınlanmış ise eser sahibi her halde bu suç işlemiş olur.⁵⁶⁸

Diğer yandan Basın Kanunu'nda yer alan bu sükûnetler yanında,⁵⁶⁹ müstehcen basılmış eseri "*satmak, satışa arz etmek, göstermek veya dinletmek*" fiillerini,

⁵⁶⁷ Kanun koyucu bu düzenlemeyle, sorumlu müdür ile onun bağlı olduğu yetkilinin veto hakkının, yayımlatan kimseye karşı işlemez duruma gelebileceği öngörmüş ve kusura dayalı cezai sorumluluğu vurgulamak istemiştir. Bkz. **İÇEL**, İletişim, s. 295.

⁵⁶⁸ **DÖNMEZER**, Özel, s. 213.

⁵⁶⁹ Bir görüşe göre, 5187 sayılı Basın Kanun'unda düzenlenen basamaklı sorumluluk sistemi TCK m. 5 ve m. 20/1 hükümleri göz önüne alınarak uygulanmamalıdır. İştirak iradesinin söz konusu olmadığı durumlarda, basılmış eserle işlenen suçların faili olarak yalnızca "*eser sahibi*" sorumlu tutulmalıdır. Bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 168.

gerçekleştiren kimseler de bu suçun faili olabilecektir.⁵⁷⁰

3. Radyo ve Televizyon Yayınları Yönünden Fail

a. TRT Yayınları Yönünden Fail

TRT'nin yayınlarında işlenen suçlardan dolayı sorumluluk, 2954 sayılı Kanun m. 28'de düzenlenmiştir. Buna göre “*ön hazırlık olmadan yapılan canlı yayınlar*” ile “*diğer yayınlar*” açısından sorumlu sùjeler farklılık göstermektedir. “*Ön hazırlık olmadan yapılan canlı yayınlar*”a ilişkin 2954 sayılı Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamakta olup, m. 28/3⁵⁷¹ kıyasen uygulanabilir. Bu itibarla, bir metine bağılı kalmaksızın yapılan canlı yayınlarda, yalnızca suçu fiilen işleyen kişi sorumlu olacaktır.⁵⁷² Diğer yayınlarla işlenen suçlar yönünden m. 28/1'e göre, “*metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumludur.*”⁵⁷³

b. Özel Radyo ve Televizyon Yayınları Yönünden Fail

Özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınlarında işlenen suçlardan dolayı sorumluluk, 6112 sayılı Kanun; m. 46/1'e göre, “*yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir.*”; m. 46/2'ye göre ise, “*şirketi idare ve temsile yetkili kişiler, sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına bir*

⁵⁷⁰ Bkz. “Bl. 2 – I. F. d.”, s. 120.

⁵⁷¹ 2954 sayılı Kanun m. 28/3'e göre, “*anonsla belirtilen yayınlar ile tespitlerden faydalanmaksızın Türkiye Radyo Televizyon Kurumu istasyonları dışındaki bir radyo ve televizyon kuruluşundan naklen yapılan yayınlardan, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu personeli sorumlu değildir.*”

⁵⁷² İÇEL, İletişim, s. 420.

⁵⁷³ Bu hükmün uygulanmasında da, 5187 sayılı Basın Kanun m. 11'de yer alan düzenlemeye benzer şekilde TCK m. 5 ve m. 20/1 hükümlerinin göz önüne alınması gerektiği söylenmektedir. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 173.

yayına karar vermişlerse, bu durumda sorumluluk yayına karar veren söz konusu kişilere geçer.” Bu itibarla özel radyo ve televizyon yayınlarıyla TCK m. 226/2’de yer alan suçun işlenmesi halinde; “yayını yöneten, programı yapan, sorumlu müdür veya şirketi idare ve temsile yetkili kişiler”, fail olabilecektir.

c. İnternet Üzerinden Yapılan Radyo ve Televizyon Yayınları Yönünden

Fail

6112 sayılı Kanun’da gelişen teknoloji göz önüne alınarak, görsel ve işitsel medya hizmetleri yönünden iki ana kavram belirlenmiştir. Bunlardan ilki m. 3/1-v’de yer alan, “*klasik radyo ve televizyon yayın hizmeti*” olarak adlandırılabilir, “*programların bir yayın akış çizelgesine dayalı olarak eş zamanlı izlenebilmesi amacıyla bir medya hizmet sağlayıcı tarafından sunulan şifreli veya şifresiz görsel-işitsel yayın hizmeti*”; ikincisi ise m. 3/1-h’de yer alan, “*isteğe bağlı yayın hizmeti*” olarak adlandırılabilir, “*programların kullanıcının seçtiği bir zamanda ve münferit isteği üzerine medya hizmet sağlayıcı tarafından düzenlenmiş bir program kataloğuna bağlı olarak izlendiği veya dinlendiği yayın hizmeti*”dir. Bu sayede, IP-TV, HDTV ve DVB-H gibi yeni yayın teknolojileri yönünden belirsizliklerin ortadan kaldırıldığı söylenmektedir.⁵⁷⁴

Ayrıca 6112 sayılı Kanun m. 44’te Radyo ve Televizyon Üst Kurumu (RTÜK) ile BTK’nın görev ayrımı açıkça ortaya konulmuştur. Zira 6112 sayılı Kanun m. 44/7’ye göre, “*Bu Kanunun uygulanması açısından, 5651 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.*” denilmek suretiyle, İnternet üzerinden yapılan radyo ve TV yayınları hakkında 5651 sayılı Kanun hükümlerinin ayrıca uygulanmaya devam edeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte 6112 sayılı Kanun’a 21.03.2018 tarihinde eklenen m. 29/A’ya göre,

⁵⁷⁴ ÖZEN – BAŞTÜRK, s. 217, 218.

“Üst Kuruldan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, bu hak ve lisansları ile yayınlarını bu Kanun ve 5651 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak İnternet ortamından da sunabilirler. Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini sadece İnternet ortamından sunmak isteyen medya hizmet sağlayıcılar Üst Kuruldan yayın lisansı, bu yayınları İnternet ortamından iletmek isteyen platform işletmecileri de Üst Kuruldan yayın iletim yetkisi almak zorundadır.”

Bu çerçevede İnternet üzerinden yapılan belirsiz sayıda kişinin ulaşabileceği radyo ve televizyon yayınlarıyla TCK m. 226/2’deki suçun işlenmesi halinde, 6112 sayılı Kanun m. 46’da belirtilen sùjeler yanında 5651 sayılı Kanun’da yer alan İnternet sùjeleri bu suçun faili olabilecektir.

4. İnternet Üzerinden Yapılan Yayınlar Yönünden Fail

TCK m. 226/2’de düzenlenen basit müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayma suçunun, İnternet ortamı üzerinden belirsiz sayıda kişinin erişebileceği şekilde içerik paylaşmak suretiyle işlenmesi halinde *“içerik, yer sağlayıcılar ve erişim sağlayıcılar”*⁵⁷⁵ bu suçun faili olabilir.⁵⁷⁶

E. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

a. Genel Olarak

Hükme göre, *“müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlamak veya yayınlanmasına aracılık etmek”* fiilleri suç sayılmıştır. Aracılık etmek,

⁵⁷⁵ *“İçerik, yer, erişim sağlayıcı”* kavramları için, bkz. *“Bl. 2 – I. D.”*, s. 93.

⁵⁷⁶ Bu sùjelerin sorumlu olduğu durumlar için, bkz. *“Bl. 2 – II. E. 1. d”*, s. 179.

“bir işin çözümünde araya girerek yardım etmek” anlamındadır.⁵⁷⁷ Bu tanımdan hareketle TCK m. 226/2 yönünden “aracılık etmek” fiilinden, müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayınlanmasına herhangi bir şekilde katkıda bulunmak anlaşılmalıdır. Örneğin, yayıncıya ürün veya matbaa temin etmek, yayınlanmasına aracılık etmektir.⁵⁷⁸

Hükümde “veya” kelimesi kullanılması, suçun “seçimlik hareketli bir suç” niteliğinde olduğunu göstermemektedir. Nitekim, “veya” kelimesi seçimlik hareketli suçlarda bir failin gerçekleştirebileceği birden fazla fiili ifade etmek için kullanılırken; söz konusu hükümde “veya” kelimesi iki failin, her birinin ayrı fiillerini belirtmektedir.⁵⁷⁹ Seçimlik hareketli suçları, hareket sayısına göre tasnif edilen diğer suçlardan (tek hareketli ve birden fazla hareketli suçlar) ayıran temel özelliği, bu suçların yer aldığı hükümlerde belirtilen fiillerin, bir veya birden fazlasının gerçekleştirilmesinin farklılık arz etmemesi ve sonuç olarak tek suçun meydana gelmesidir.⁵⁸⁰ Kanımızca TCK m. 226/2’de yer alan bu suçun seçimlik hareketli bir suç olmadığı esas alınmış ve söz konusu hükümde, müstehcen ürünleri “basın ve yayın yoluyla yayınlama” ve “yayınlanmasına aracılık etme” şeklinde, iki farklı suç düzenlendiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, ancak yayınlanmak fiili işlendiğinde, yayınlanmasına aracılık etmek fiili işlenebildiğinden; yayınlama suçunun işlenmesi, yayınlanmasına aracılık etme suçunun işlenmesinin ön şartıdır.⁵⁸¹ Belirtildiği üzere “aracılık etmek”, bir işin çözümü sürecinde yardım etmek veya diğer bir deyişle bir işin yapılmasına katkıda bulunmak, anlamındadır. Dolayısıyla yayınlanmasına aracılık etmek fiili,

⁵⁷⁷ TDK Güncel Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 15.03.2019).

⁵⁷⁸ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 336.

⁵⁷⁹ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 336.

⁵⁸⁰ DÖNMEZER - ERMAN, C. 2, s. 85, 86.

⁵⁸¹ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 334.

ancak, yayınlama fiili gerçekleştirilmeden önce veya yayınlama fiilinin gerçekleştirilmesi sırasında işlenebilir. O halde yayınlama suçu, yayınlanmasına aracılık etme suçunun ön şartı olarak değerlendirilemez. Bu bağlamda TCK m. 226/2’de kanımızca tek suç yer almakta olup, “*aracılık etme*” şeklindeki tabir, iştirak açısından cezai sorumluluğu genişleten özel bir düzenleme mahiyetindedir. Kanun koyucu, müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayınlama suçunu işleyen faile, “*aracılık etmek*” suretiyle yardım eden kimseye verilecek cezadan, TCK m. 39/1 uyarınca indirim yapılmasını engellemeyi amaçlamıştır. Hükme göre, müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayınlanmasına yardım eden kişi, TCK m. 37/1’e göre m. 226/2’de düzenlenen suçtan müşterek fail olarak sorumludur.

Hükme göre yayınlama fiilinin gerçekleştirilmesi sonucu, herhangi bir zararın veya zarar tehlikesinin meydana gelmesi önem arz etmeksizin suç olduğundan, bu suç “*salt hareket, salt tehlike suçu*” niteliğindedir.⁵⁸² Diğer yandan yayınlama fiilinin gerçekleştirilmesiyle, toplumun genel ahlakının zarar görme tehlikesi süreklilik arz ettiğinden ve fail, söz konusu tehlikeyi sona erdirmek kudretine sahip olduğundan, bu suç “*kesintisiz suç*” niteliğindedir.⁵⁸³

Daha önce de belirtildiği üzere “*basın ve yayın yolu ile yayınlamak*” fiilinden, “*kitle iletişim araçlarını kullanılarak müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin halka sunulması, duyurulması veya iletilmesi*” anlaşılmalıdır. Bu itibarla kitle iletişim araçlarının, bireysel iletişimde kullanılması halinde TCK m. 226/2’de düzenlenen suç oluşmaz.⁵⁸⁴ Nitekim müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayınlamak fiili,

⁵⁸² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 336.

⁵⁸³ Aksi yöndeki görüş için, bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 336.

⁵⁸⁴ AKARCA, s. 34; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6776. “... elektronik posta yoluyla bilgi ve belge aktarımının mevcut yasak düzenlemeler karşısında basın yayın yoluyla yayma sayılamayacağı ...”, 5. CD., K.T.: 01.10.2007, E.: 9856, K.: 6957, bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 176.

herhalde alenilik barındırmaktadır.⁵⁸⁵

b. Müstehcen Basılmış Eseri Yayınlamak

Basılmış eserler, belirtildiği üzere Basın Kanun'a tabidir. 5187 sayılı Kanun, m. 2/1-a'ya göre basılmış eser, "*yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını*" ifade eder. Bu tanımın basılmış eserlerin özelliklerini tam olarak ortaya koymadığı belirtilmektedir. Buna göre, bir yapıtın 5187 sayılı Kanun'a göre basılmış eser niteliğinde sayılması için zaruri koşullar, söz konusu tanımın yanında basılmış eserlerin özellikleri göz önüne alınarak tespit edilmelidir.

i. Basılmış Eserin Koşulları

aa. Objektif Koşullar

Bir yapıtın basılmış eser sayılabilmesi için mutlaka "*düşünsel içeriğe*" sahip olması gerekmektedir. Yapıtın düşünsel içeriğini herkesin anlayabilir olması gerekmemekte olup; yapıtı okuyan, dinleyen veya ona bakan bazı kimselerin düşünsel içeriği anlayabilmesi, söz konusu yapıtın "*basılmış eser*" kabul edilmesi için yeterlidir.⁵⁸⁶

Diğer yandan basılmış eserin mutlaka maddi varlığının olması ve çoğaltılmış olması gerekir. Maddi varlığı oluşturan malzemenin önemi yoktur. Buna göre örneğin, "*tekstil, tahta, emaye, cam, metal vd. tüm maddeler*" basılmış eser oluşturabilir.⁵⁸⁷ Bunun yanında İnternetteki web siteleri basılmaları durumunda, maddi varlık

⁵⁸⁵ **HAFIZOĞULLARI - ÖZEN**, Toplum, s. 335.

⁵⁸⁶ **İÇEL**, İletişim, s. 144, 145; Nusret İlker **ÇOLAK**, Kitle İletişim Hukuku, B. 3, İstanbul 2013, s. 42, 43. Aksi yönde görüş için, bkz. **ERMAN - ÖZEK**, s. 26, 27.

⁵⁸⁷ **DÖNMEZER - BAYRAKTAR**, s. 282.

koşulu bakımından basılmış eser sayılmalıdır.⁵⁸⁸

5187 sayılı Kanun'a göre bir yapıt, "her türlü basım araçları ile basılmış veya diğer araçlarla çoğaltılmış" olması halinde basılmış eser sayılabilir. Basım araçları, matbaacılıkta kitap vb. ürünlerin baskısında kullanılan araçları ifade eder. Diğer araçlar tabirinden ise, çoğaltma işleminin gerçekleştirilebileceği her türlü araçlar anlaşılmalıdır.⁵⁸⁹ Buna göre bilgisayar yazıcılarıyla, fotokopi makinesiyle, daktiloyle ve hatta el yazısı ile yapılan çoğaltmalar da 5187 sayılı Kanun'a göre "basılmış eser" sayılmaktadır.⁵⁹⁰ Kanun, "her türlü basım araçları ile basılmayı" yeterli gördüğünden, matbaacılıkta kullanılan araçlarla bir yapıtın, tek bir nüshası basılmış olsa dahi, bu yapıt objektif koşul yönünden basılmış eser sayılacaktır. Diğer yandan basılan nüsha sayısı, yayınlamak amacının yani subjektif koşulun tespiti yönünden göz önüne alınabilir.⁵⁹¹

bb. Subjektif Koşul

5187 sayılı Kanun'a göre bir yapıtın basılmış eser sayılabilmesi için, basım veya çoğaltma işlemi "yayımlanmak üzere" gerçekleştirilmelidir. Buna göre yayınlamak amacı güdülmeksizin bastırılan veya çoğaltılan yapıt, basılmış eser kabul edilemez. Söz konusu durumda gerçekleştirilen "çoğaltmak" veya "bastırmak" fiilleri, Kanun kapsamında değildir.⁵⁹² Belirtildiği üzere yayınlama amacının tespiti yönünden, basılan veya çoğaltılan nüsha sayısı "bir dayanak noktası" olarak kabul

⁵⁸⁸ İÇEL, İletişim, s. 145.

⁵⁸⁹ ERMAN - ÖZEK, s. 26.

⁵⁹⁰ İÇEL, İletişim, s. 146; DÖNMEZER - BAYRAKTAR, s. 282.

⁵⁹¹ İÇEL, İletişim, s. 146; ÇOLAK, s. 43. Aksi yöndeki görüş için, bkz. DÖNMEZER - BAYRAKTAR, s. 282, 283.

⁵⁹² ÖZEK, Basım, s. 529; İÇEL, İletişim, s. 147; ÇOLAK, s. 44. Aksi yöndeki görüş için, bkz. DÖNMEZER - BAYRAKTAR, s. 283.

edilebilir. Ancak sadece bu husus ölçüt alınarak, yayınlama amacının kesin olarak saptanması mümkün değildir. Örneğin, vesikalık fotoğrafların çoğaltılması halinde yayınlama amacı bulunmamasına karşılık, müstehcen fotoğrafların ticari amaçla kullanılmasına yönelik çoğaltılması halinde subjektif koşul gerçekleşmiş olur.⁵⁹³

Basım veya çoğaltma işlemleri sırasında veya sonrasında, amaç bakımından değişiklik söz konusu olabilir. Bu durumda izlenen en son amaca bakılarak bir sonuca varılmalıdır. Buna göre fail, son olarak amacı yayınlamak amacıyla hareket etmişse, basılmış eser yönünden subjektif koşul gerçekleşmiştir. Ayrıca bir yapıtın, basılmış eser olarak kabul edilmesi için, fiilen yayınlanmış olması gerekmektedir. Zira 5187 sayılı Kanun m. 2/1-a'ya göre basılmış eserler yönünden fiilen yayınlanma şartı bulunmayıp, “*yayınlamak amacı*” yeterli görülmüştür.⁵⁹⁴

ii. Basılmış Eserin Türleri

Basılmış eserlerin türleri 5187 sayılı Kanun m. 2/1-a'ya göre, “*yazı*,”⁵⁹⁵ *resim*⁵⁹⁶ ve *benzeri eserler ile haberleşme ajansı yayınları*” olarak belirtilmiştir. Hükme göre yazı veya resme benzer şeyler de, çoğaltıldıkları veya basıldıkları takdirde, basılmış eser sayılabilecektir. Bu itibarla söz konusu düzenleme kanunilik ilkesine aykırıdır.⁵⁹⁷ Bir görüşe göre söz konusu tabirin sınırlarını tespit etmede “*düşünsel*

⁵⁹³ İÇEL, İletişim, s. 147.

⁵⁹⁴ İÇEL, İletişim, s. 147.

⁵⁹⁵ “Yazı” kavramı hakkındaki açıklamalar için, bkz. “Bl. 2 – I. C”, s. 90.

⁵⁹⁶ Bir görüşe göre, “*yazı dışındaki, anlamlı veya anlamsız, her türlü şekilleri resim saymak gerekir.*”, bkz. DÖNMEZER – BAYRAKTAR, s. 280. **Katıldığımız diğer görüşe göre** ise resim, “*maddi veya ruhsal dünyaya ilişkin bir oluşumun iki veya üç boyutlu bir yüzeye aktarılması*”dır. Bir resmin basılmış eserler olarak kabul edilebilmesi için, diğer basılmış eserlerde olduğu gibi mutlaka düşünsel içerik barındırması gerekir. Buna göre, “*sırf dekoratif nitelikteki baskılar, süs olarak hazırlanan desenler*” basılmış eser olarak kabul edilemez. Bkz. İÇEL, İletişim, s. 149.

⁵⁹⁷ DÖNMEZER – BAYRAKTAR, s. 280.

icerik” hususu ölçüt alınmalıdır. Buna göre örneğin, “*kartvizitler, davetiyeler ve kutlama kartları*” düşünsel içeriklerinin ön planda olmasından dolayı basılmış eser olarak kabul edilmelidir. Buna karşın kullanım amacı veya maddi değeri, düşünsel içeriğine açıkça ağır basan, “*üstü resimli veya yazılı tabaklar, bardaklar, sigara tablaları, üstü yazılı veya resimli ziynet eşyaları*” diğer koşullar mevcut olsa dahi basılmış eser olarak kabul edilemezler. Öte yandan düşünsel içerik, eşyanın kullanım amacı veya maddi değeri yanında “*başlı başına bir yer tutmaktaysa*”, bu durumda basılmış eserden söz edilebilir. Örneğin, üzerinde müstehcen resimler bulunan ve bu yönüyle dikkat çeken bir sigara tablası, 5187 sayılı Kanun’a göre basılmış eser sayılacaktır. Zira Almanya’da da uygulamanın bu yönde geliştiği ifade edilmektedir. Almanya’nın Bav- yera Eyaleti’nde, bir bira kapağı üzerine basılmış olan tanrıya hakaret içeren yazı ve resimlerin “*basın yolu ile işlenen suç*” oluşturduğu kabul edilmiştir.⁵⁹⁸

iii. Basılmış Eserin Yayınlanması

5187 sayılı Kanun m. 2/1-b’ye göre yayım, “*basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını*”, ifade eder.⁵⁹⁹ Basın hukuku açısından yayınlamak fiilinin konusu basılmış eser olup; fiilin üzerinde gerçekleştirildiği ürünün, basılmış eserin tüm özelliklerini ihtiva etmesi gerekir. Hükümde yer alan “*kamuya sunulması*” tabirinden, yayının aleni şekilde yapılması gerektiği anlaşılmalıdır. Bu itibarla basılmış eserler, “*dağıtılma, gösterilme, dinletilme, satılma veya satışa arz edilme vb.*” şekilde yayınlanabilir.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ İÇEL, İletişim, s. 150.

⁵⁹⁹ Söz konusu tanımda 5187sayılı mülga Basın Kanunu’ndan farklı olarak “*yayın*” terimi yerine “*yayım*” teriminin kullanıldığı ve kavramın oldukça kısa biçimde tanımlandığı belirtilmektedir. İÇEL, İletişim, s. 150.

⁶⁰⁰ DÖNMEZER – BAYRAKTAR, s. 298.

Basın hukukuna göre basılmış eserin yayını esas olarak “dağıtılma” suretiyle gerçekleştirilir. Dağıtmak suretiyle yayınlamak fiilinin söz konusu olabilmesi için, dağıtılan basılmış eser nüshalarının çok sayıda kişiye ulaştırılması gerekir. Burada “çok sayıda kişi” tabirinden, dağıtmak suretiyle yayınlama fiilini gerçekleştirenin, “basılmış eser nüshalarının ulaştırılacağı çevrenin kapsamını kontrol altında tutaması” anlaşılmalıdır.⁶⁰¹ Söz konusu fiilin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, basılmış eser yayınlayanın egemenlik alanından çıktığı zaman yayınlanmış sayılır. Katıldığımız diğer görüşe göre ise, basılmış eser muhatapların egemenlik alanına girdiği anda yayınlanmış sayılmalıdır. Örneğin, basılmış eser, muhatabın posta kutusuna atıldığı anda yayınlanmış sayılır.⁶⁰²

“Gösterilme” suretiyle yayınlamak fiilinden, basılmış eserin aleni şekilde sergilenmesi anlaşılmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, basılmış eserin yalnızca gösterilen kısmı yönünden yayınlama fiilinin gerçekleştirilmiş sayılabileceğidir. Buna göre örneğin, İnternet üzerinden satışa sunulan basılmış eserlerin yalnızca gösterilen kısmı yönünden yayınlama fiili işlenmiş olur.⁶⁰³ Ayrıca, elde taşınan pankartlar veya duvara asılan afişler basılmış eser niteliğindeyse, bu durumda da

⁶⁰¹ İÇEL, İletişim, s. 152. Birden çok nüshanın, belirli olmayan kişilere ulaştırılması halinde dağıtma unsurunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği; bununla birlikte, Fransız Yargıtayı’nın bir kararında, iki yüz elli hisse senedi sahibine sirküler gönderilmesini dağıtma olarak değerlendirdiği belirtilmektedir. DÖNMEZER – BAYRAKTAR, s. 280. Öte yandan 1931 tarihli mülga Matbuat Kanunu’na göre, hazırlanmakta olan müstehcen içerikli bir esere, belirsiz sayıda kimse abone olmaya davet edilmişse ve abone olabilecek kimseler yönünden herhangi bir şart koşulmamışsa, yayın yapılmış sayılmaktaydı. Bkz. Ernst HIRSCH, “Memleketimizde Meri’i Olan Telif Hakkı Kanunununun Tahlili”, in. İÜHFİM, C. 6, S. 2-3, Y. 1940, s. 406.

⁶⁰² İÇEL, İletişim, s. 152, 153; ÇOLAK, s. 46.

⁶⁰³ Krş. “Bl. 2 – I. F. 1. b., c., e”, s. 102-124.

gösterme suretiyle yayınlama fiili işlenmiş sayılır.⁶⁰⁴

Basılmış eserlerin aleni şekilde bir topluluğa okunması halinde, “*dinletilme*” suretiyle yayınlamak fiili işlenmiş olacaktır.⁶⁰⁵ Bu husus doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre, basın hukuku anlamında yayınlama fiilinden esasen, muhatapların cisman o ürüne ulaşılabilmesi anlaşılmalıdır. Ancak Kanun hükmü, bu yöndeki bir kabulü imkansız kılmaktadır.⁶⁰⁶

Basılmış eserlerin “*satılmaları*” veya “*satışa arz edilmeleri*” durumlarının yayınlama kabul edilmesinin nedeni, bunların söz konusu hallerde aleniyete koyulması olarak belirtilmektedir.⁶⁰⁷

iv. Değerlendirme

Müstehcen basılmış eser yoluyla TCK m. 226/2’de yer alan suçun işlenebilmesi için, söz konusu yapıtın muhakkak “*basılmış eser*” teriminin tüm özelliklerini barındırması gerekmektedir. Buna göre basılmış eser sayılabilmesi için yapıtın; düşünsel içeriğe sahip, içeriğinin belirsiz sayıda kişi tarafından anlaşılabilir, yayınlama amacıyla basılmış veya çoğaltılmış, olması gerekir. Netice itibarıyla bu suçun oluşması için elbette bu basılmış eserin, yayınlanmış olması gerekir. Yayınlamak fiilinin, dağıtılma suretiyle işlenmesi halinde suç, basılmış ürünün muhatapın egemenlik alanına girdiğinde tamamlanmış sayılacaktır. Bunun dışındaki durumlarda, yayınlamaya yönelik söz konusu hareketlerin gerçekleştirildiği anda suç tamamlanır.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ İÇEL, İletişim, s. 156. Ayrıca, kitap, dergi vb. yayınlar yönünden “*gösterilme*”; ilan, afiş gibi tek sayfadan meydana gelen yayınlar yönünden “*asılma*” teriminin kullanıldığı söylenmektedir. Bkz. DÖNMEZER – BAYRAKTAR, s. 298.

⁶⁰⁵ DÖNMEZER – BAYRAKTAR, s. 300.

⁶⁰⁶ İÇEL, İletişim, s. 280.

⁶⁰⁷ DÖNMEZER – BAYRAKTAR, s. 299, 300.

⁶⁰⁸ 5187 sayılı Kanun m. 11/1’e göre, “*basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında*

Satışa sunulmuş olmasına rağmen, kişiye özel kılınmış süreli veya süresiz müstehcen yayınlar, bu suçu oluşturmayacaktır. Zira bu durumda alenilik söz konusu değildir.⁶⁰⁹

c. Radyo ve Televizyon Yoluyla Müstehcen Ürün Yayınlamak

TCK m. 226/2’de yer alan suç TRT yayınları yanında, özel radyo ve televizyon ile İnternet üzerinden yapılan radyo ve televizyon yayınları aracılığıyla işlenebilir. Ancak suçun oluşması yönünden söz konusu yayınların herkesin ulaşabileceği şekilde yapılması gerekmektedir. Zira şifrelendirilmiş, ücret karşılığı erişilebilen radyo ve televizyon yayınları yönünden alenilik söz konusu olmadığından, kişiye özel bu yayınlar TCK m. 226/2’de yer alan suça vücut vermeyecektir.⁶¹⁰

d. İnternet Üzerinden Müstehcen Ürün Yayınlamak

Müstehcen ürünlerin İnternet üzerinden herkesin ulaşabileceği şekilde erişime sunulması halinde, TCK m. 226/2’de yer alan suç oluşacaktır.⁶¹¹ Bu durumda “içerik, erişim ve yer sağlayıcılar” bu suçtan dolayı sorumlu olacaklardır.

İçerik sağlayıcılar kural olarak, 5651 sayılı Kanun m. 4/1 uyarınca İnternet

oluşur.”

⁶⁰⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 336.

⁶¹⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 336.

⁶¹¹ SOYASLAN, Özel, s. 568; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 177; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6776. “İnternet’te veri transferi yayın bir türü olarak spesifik yayma gerektirir. İnternet’te bir yayın verilerin İnternet kullanıcısının sisteminden gelmesiyle gerçekleşir. Burada verilere herhangi birinin erişip erişmediği veya sunucunun verileri iletip iletmediği önemli değildir.”, bkz. Seung HEE-HANG, “Çocuk Pornografisi” (Çev. Pınar BACAKSIZ), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2007, s. 345. **Aksi yöndeki bir görüşe** göre, İnternet üzerinden belirsiz sayıda kişinin erişebileceği içerikler, alenen yayınlanmış sayılamaz ve erişilebilir olmakla, aleni olmak farklılık arz eder. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 336.

üzerinden erişime sundukları içeriklerden dolayı sorumludur.⁶¹² Ayrıca belirtmek gerekir ki, “ikinci nesil web siteleri” olarak adlandırılan, web sitelerinin kurucularının veya yöneticilerinin, kullanıcılar tarafından yüklenen her içeriği erişime sunmadan önce denetlemesinin ve onaylamasının kendilerinden beklenemeyeceğinden hareketle, bu sitelere içerik yükleyen kullanıcılardan farklı olarak 5651 sayılı Kanun m. 2/1-f kapsamında bir içerik sağlayıcı sayılamaz.⁶¹³ Kanımızca bu durumdaki içerik sağlayıcının sorumluluğu açısından 5651 sayılı Kanun m. 4/2’de⁶¹⁴ yer alan hüküm bir dayanak noktası olarak kabul edilebilir. Buna göre örneğin, kullanıcı tarafından bu web sitelerine müstehcen bir görüntü yüklendiğinde, yükleyen kullanıcı her halde TCK m. 226/2’de yer alan suçu işlemiş olacak ve bu sitenin yöneticileri veya çalışanları ise ancak, kendilerine yapılan bildirimlere veya bilmelerine rağmen bu içerikleri kaldırmadıkları takdirde m. 226/2’de yer alan suçu işlemiş olacaklardır.⁶¹⁵

Öte yandan 5651 sayılı Kanun m. 5/1 ve m. 6/2 uyarınca, yer ve erişim sağlayıcılar içerik sağlayıcıların aksine, kendileri aracılığıyla erişilen içeriklerin

⁶¹² İçerik sağlayıcıların gerekli tedbirleri alması durumunda sorumlu olmayacağı yönündeki açıklamalar için, bkz. “Bl. 2 – I. F. 1. c. ii. bb”, s. 116.

⁶¹³ İkinci nesil web siteleri, ne 5651 sayılı Kanun m. 2/1-f’deki “içerik sağlayıcı” ne de m. 2/1-m’deki “yer sağlayıcı” tanımlarına uymaktadır. Bu sebeple kanunda değişikliğe gidilerek bu siteleri ifade eden “hizmet sağlayıcı” şeklinde bir kavram eklenmeli ve bunların hukuki konumlarının ve sorumluluklarının tereddüde yer vermeyecek biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Bkz. **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 264, 265.

⁶¹⁴ 5651 sayılı Kanun m. 4/2: “İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.”

⁶¹⁵ “Gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi açısından öncelikle sanığın adı geçen şirkette konumunun ne olduğu, foruma İnternet ortamında elektronik posta ile gönderilen suçlamaya konu yazılara müdahale etme görev ve yetkisinin bulunup bulunmadığı, müdahale etme yetkisinin bulunmaması halinde bu yetkinin kime ait olduğu hususunun ilgili kurumlardan gerekli bilgi ve belgelerde sağlanarak saptanması ...”, 9. CD., K.T.: 25.10.2001, E.: 2001/1854, K.: 2001/2649, bkz. Şaban Cankat **TAŞKIN**, Bilişim Suçları, B. 1, Bursa 2008, s. 217.

konusunun suç oluşturup oluşturmadığını kontrol etmekle yükümlü değildir. Bununla birlikte 5651 sayılı Kanun m. 8/1 uyarınca verilen erişimin engellenmesi kararı, m. 8/4 vd. uyarınca, uygulanmak üzere ilgili erişim ve yer sağlayıcılara bildirilir. 5651 sayılı Kanun m. 8/5'e göre, Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir. Aynı Kanun m. 8/10'a göre, "*erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde cezalandırılır.*"⁶¹⁶ Öyleyse kendilerine bildirilen erişimin engellenmesi kararını dört saat içinde uygulamayan erişim veya yer sağlayıcıları ihmal suretiyle⁶¹⁷ TCK m. 226/2'de yer alan suç işlemiş olurlar.

2. Hukuka Aykırılık

Genel hükümlerde yer alan hukuka uygunluk sebepleri bu suçla bağdaşmaktadır. Öte yandan basın ve yayın yoluyla yayınlanan basit müstehcen ürünler, bilimsel eser veya sanatsal ve edebi değeri olan eser niteliğindeyse, TCK m. 226/7'de düzenlenen özel hukuka uygunluk sebebi uyarınca, m. 226/2'de düzenlenen suç oluşmayacaktır. Ancak sanatsal ve edebi değeri olan eserlerin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi, bunların çocuklara ulaşması engellenmiş şekilde

⁶¹⁶ İCK m. 528 bis.'e göre, "*Fiil daha ağır bir suçu oluşturmadıkça İnternet ağı bağlantı sağlayıcısı, yetkili makamın müstehcen yazı, resim ve görüntüleri iletmeyi durdurma emrini yerine getirmezse 528. maddeye göre cezalandırılır. Birinci fıkrada öngörülen hallerde adli makam, müstehcen yazı, resim veya görüntülerin başka şekilde yayılmasını engelleyebilecek tedbirlere hükmeder.*" Buna göre ağ bağlantısı sağlayıcıların, kendileri aracılığıyla erişilebilen tüm verilerin içeriğini bilme imkanları bulunmadığından; bu gerçek veya tüzel kişiler, söz konusu içeriklere ilişkin erişimin durdurulması emrini yerine getirdiği takdirde, cezai sorumlulukları doğmayacaktır. Bkz. Leo **STILO**, "*Çocuk Pornografisiyle Mücadele Eden İtalyan Hükümeti: Kanun Tasarısının Yorumu*" (Çev. Vesile Sonay EVİK), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuklar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s. 483. (**Çocuk Pornografisi**)

⁶¹⁷ Kanımızca, kendisine bildirilen erişimin engellenmesi kararını dört saat geçmesine ve yapılan uyarılara rağmen ısrarla yerine getirmeyen erişim veya yer sağlayıcı, içerik sağlayıcının fiiline iştirak etmiş sayılmalı ve ihmal suretiyle bu suç işlemiş kabul edilmelidir.

basın ve yayın yoluyla yayınlanmış olması şarttır.

Öte yandan TCK m. 226/1-c ve m. 226/1-d bentlerine uygun şekilde satışa sunulan müstehcen ürünler yönünden TCK m. 226/2'de yer alan suç oluşmaz. Bu itibarla söz konusu bentlerin, TCK m. 226/2 yönünden özel bir hukuka uygunluk nedeni niteliğinde olduğu söylenebilir.

Basılmış eserler yönünden, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun denetimi neticesinde sınırlı veya serbest şekilde yayınına izin verilen ürünün, sonradan suç oluşturduğuna karar verilse dahi, basılmış eseri kurulun verdiği karar doğrultusunda yayınlayan kimse yönünden "*hakkın kullanılması*" hukuka uygunluk nedeni söz konusu olacak ve suç oluşmayacaktır.

Belirsiz sayıda kişi tarafından erişilebilen televizyon yayınları yönünden 6112 sayılı Kanun; m. 24/1'e göre medya hizmeti sağlayıcılar, izleyicileri programların içeriği yönünden bilgilendirmek amacıyla, "*koruyucu sembol sistemi*" kullanmak zorundadırlar; m. 37/1-ğ'ye göre RTÜK, "*medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinde yer verecekleri koruyucu sembol sistemi ile ilgili usul ve esasları*" düzenlemekle yükümlüdür.⁶¹⁸; m. 8/2'ye göre, " *radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde,*

⁶¹⁸ "*Koruyucu sembol sistemi konuyla ilgili bağımsız uzmanlar tarafından geliştirilmiş karma bir sistemdir. Bu sistem, iki konuda bilgi vermektedir. Bunlar, programın olası zararlı içeriği ve programın hangi yaş grubuna uygun olduğudur. Programın olası zararlı içeriği: Zararlı etkileri olabilecek içerik alanları; şiddet ve korku, cinsellik ve örnek oluşturabilecek olumsuz davranışlar*" olarak belirlenmiştir. Programın hangi yaş grubuna uygun olduğu: Programlardan etkilenme düzeylerine göre yaş grupları, 'tüm izleyici, 7 yaş, 13 yaş ve 18 yaş' olmak üzere dört grupta ele alınmıştır. Bir programın hangi türde zararlı içerik taşıdığı ve hangi yaş grubunun izlemesinin uygun olduğunu belirleyebilmek için bir soru formu geliştirilmiştir. Bu form, sınıflama sistemine dahil tüm programlar için yayıncı kuruluşların görevlendirdiği ve sistem hakkında önceden eğitilmiş sertifika sahibi kodlayıcılar tarafından elektronik ortamda doldurulur. Form üzerinde işaretlenen yanıtlara göre sonuç, otomatik olarak saptanmış olur. Bir programın ne tür bir zararlı içerik taşıdığını ve hangi yaş grubu için önerildiğini belirtmek için semboller kullanılır.", bkz. <https://www.rtukisaretler.gov.tr/AIsaretlerPublic/content?id=1&mid=3> (E.T.: 19.03.2019). Benzer şekilde Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 12/1-a'ya göre,

*çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılsa dahi yayınlanamaz.”*⁶¹⁹ Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 4/1-o’ya göre korumalı saatler, “*çocuk ve gençlerin, yayınları izleme veya dinleme ihtimali olan 24:00-05:00 saat aralığı dışındaki zaman dilimini*” ifade eder. O halde korumalı saatler içinde koruyucu sembol kullanılarak televizyonlarda (radyolarda) sanatsal ve edebi değeri olan müstehcen içerikli eserlerin yayınlanması halinde, TCK m. 226/2 uyarınca suç oluşmaz.⁶²⁰

3. Kusurluluk

Kanunda taksirli hali öngörülmediğinden, bu suç ancak kasten işlenebilir. TCK m. 226/2 yönünden kast, failin bilerek ve isteyerek müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayınlamasıdır.⁶²¹ Hükme göre bu suçun işlenmesine aracılık eden kimse, TCK m. 226/2 uyarınca müşterek fail olarak değerlendirilmektedir. O halde yardım eden sıfatını haiz kimse de, bilerek ve isteyerek müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayınlanmasına aracılık etmesi halinde, kasten bu suçu işlemiş olacaktır.

“izleyici kitlesi için yaş sınırı uygulanması gereken filmlerde on iki puntodan küçük olmayacak şekilde işaret ve ibarelerin, filme ilişkin tüm taşıyıcı materyal, afiş, broşür vb. tanıtıcı ürünler ile jenerikte kullanılması; ayrıca, gösterim veya tanıtım yapılan tüm mekânlarda rahatça görülebilecek şekilde bulundurulması da zorunludur.”

⁶¹⁹ 17.04.2017 tarihli ve 690 sayılı KHK m. 60 uyarınca, bu fıkrada yer alan “*koruyucu sembol kullanılmadan*” ibaresi “*koruyucu sembol kullanılsa dahi*” şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanun m. 50 uyarınca aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Bu itibarla kanun koyucunun, çocuklar özelinde toplumun genel ahlakını daha fazla korumayı amaçladığı söylenebilir.

⁶²⁰ Öte yandan 6112 sayılı Kanun m. 8/1-n’ye göre, “*radio ve televizyon yayınları müstehcen olamaz.*” Söz konusu hüküm, basit müstehcen içerikli bilimsel eserlerin yayını ve korumalı saatler dışında koruyucu sembol kullanılarak yapılan basit müstehcen içerikli sanatsal değeri olan eserler yönünden, TCK m. 226/7 uyarınca herhangi bir anlam ifade etmemektedir.

⁶²¹ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 337.

Belirttiğimiz üzere süreli yayınlarda ikinci basamaktaki cezaen sorumlu süje “*sorumlu müdür*”dür. Sorumlu müdürün görevi, “*süreli yayının her nüshasını, yayından önce kontrol ederek, suç teşkil edebilecek yazı ve resimlerin yayınlanmasını veto etmektir.*” Burada sorumlu müdürün taksirli hareketinden dolayı sorumluluğu hususu üzerinde durulması gerekir. Kanuna göre eser sahibinin cezalandırılmadığı durumlarda, sorumlu müdür, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, konusu suç oluşturan yazı veya resmin yayınlanmasını engellemezse, taksirli hareketi neticesinde kasıtlı suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Bu durum ceza hukukunun genel kusurluluk ilkesine aykırı bir durum yaratmaktadır.⁶²²

Öte yandan kanunda süresiz yayınlar bakımından “*yayımcı*”nın sorumluluğu, süreli yayınlardaki “*sorumlu müdür*”ün sorumluluğuna benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak süresiz yayınlar yönünden üçüncü basamaktaki cezaen sorumlu süje olarak belirtilen “*basımcı*”nın sorumluluğu, “*kusursuz ceza olmaz*” ilkesine aykırıdır. Bir araç işlevi gören basımcının esas görevi, eseri basmak veya çoğaltmaktır. Basımcıya, bastığı veya çoğalttığı eseri suç unsurları yönünden denetleme görevi yüklenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Basımcının, bastığı veya çoğalttığı eserin düşünsel içeriğinden sorumluluğu, objektif sorumluluk niteliğindedir.⁶²³

Belirtildiği üzere TRT kanallarından, ön hazırlıktan sonra yapılan canlı

⁶²² İÇEL, İletişim, s. 295-298.

⁶²³ İÇEL, İletişim, s. 298, 299; ÖZEK, Basın, s. 586, 587. Ceza hukukunda objektif sorumluluğun söz konusu olabilmesi için; “*neticeyi meydana getiren hareketin mutlaka iradi ve bilinçli olması; icrai veya ihmali hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunması; iradi davranışla gerçekleşen netice arasında psikik bir bağı varlığının (kast veya taksirin) aranmaması; norm uyarınca, fiilin kusurlu olup olmadığı araştırılmaksızın, fiilin hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesi*”, unsurlarının tümü mevcut olmalıdır. Bkz. Muharrem ÖZEN, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, B. 1, Ankara 1998, s. 73, 74. (Objektif) Diğer bir görüşe göre, söz konusu normda düzenlenen “*sorumlu müdürün*” cezai sorumluluğunun, objektif sorumluluk ile subjektif sorumluluk arasında “*sui generis (kendine özgü)*” bir sorumluluk olduğu belirtilmektedir. Bkz. DÖNMEZER – BAYRAKTAR, s. 458.

yayınlarda veya canlı olmayan yayınlarda suç işlenmesi durumunda, metni yazan veya sesi tespit edilen ile bu metni veya yayını denetleyen ve yayını fiilen yöneten kişiler sorumludur. Bununla birlikte 2954 sayılı Kanun m. 28/2'ye göre, “*Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun, kendilerine tevdi edilen metni aynen okumakla görevli personeli o yayının yönetim ve kontrolünde özel olarak görevlendirilmiş olmamak şartıyla, o yayın yoluyla işlenen suçtan sorumlu tutulmazlar.*” Öte yandan yayını denetlemekle görevli kişiler, 5187 sayılı Kanun'daki “*sorumlu müdür*”ün sorumluluğuna benzer şekilde, kasten işlenen bir suçtan taksirle sorumlu tutulabileceklerdir.

1117 sayılı Kanun m. 4/8'e göre, “*haklarında Kurulun herhangi bir kararı bulunmadığı halde, basılmış eserlerinin konusu veya ihtiva ettiği yazı ve resimler sebebiyle küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı kanaatinde olan eser sahipleri kendiliklerinden, eserin üzerine 'küçüklere zararlıdır' damga veya işaretini basarak içi görünmeyen zarf veya poşet içinde satışa arz edilebilirler. Bu takdirde, bu basılmış eserler hakkında da bu maddenin ilgili fıkraları hükümleri uygulanır.*”⁶²⁴ O halde Kurulun kararını beklemeden “*küçüklere zararlıdır*” ibaresi yer almaksızın yayınlanan basılmış eserler hakkında, sonradan müstehcenlik suçu oluşturduğuna karar verilirse, “*basılmış eser*” bakımından sorumlu süheler TCK m. 226/2'deki suç açısından kasten hareket etmiş olurlar. Bununla birlikte 1117 sayılı Kanun m. 4/6'ya göre;⁶²⁵ Kurulun kararı beklenmeksizin yayınlanan müstehcen basılmış eserler

⁶²⁴ Hükümde bilimsel veya sanatsal değeri olan eserler ile; bunlarla ilgisi olmayan, kişilerin günlük eğlence ve beğenisini yüzeysel olarak doyurma amacını taşıyan eserler bakımından ayırım gözetilmemesi eleştirilmektedir. Zira ikinci türdeki ürünleri, “*yapıt ve eğitim katkılarının hemen yanı başına getirmek, 'müstehcen' uyarı ve ayarlamasını onlar için de aynı ölçülerle düşünmek ve uygulamak, 'yanlış yorum' ve 'yanlış sonuç' görünümünü ortaya çıkaracaktır.*”, bkz. **KARADAYI**, s. 894.

⁶²⁵ 1117 sayılı Kanun m. 4/6'ye göre, “*Kurul kararının tebliğinden önce dağıtım yapılmış olan bu kabil basılmış eserleri satış için ellerinde bulunduranlar da, Kurul kararlarının ilgililere duyurulma tarihinden itibaren, bu maddedeki sınırlamalara uymak zorundadırlar.*”

hakkında, Kurulun muzır olduğuna karar vermesi halinde, bu ürünleri satış amacıyla bulunduranlar söz konusu ürünleri ancak, üzerinde “küçüklere zararlıdır” ibaresi yer alacak şekilde ve içi gözükmeyen zarf vb. şeyler içinde satışa sunabilirler. Bu durumda satışa sunan kişiler yönünden “kast yokluğu” sebebiyle suçun oluşmayacağı söylenebilir. Ancak söz konusu durumda TCK m. 226/2 yönünden, her halde “kast yokluğundan” söz edilemez. Zira satış amacıyla elinde bulunduran kimse, basılmış eserler aracılığıyla işlenen suçlardan sorumlu olan diğer süjelerden biri olabilir veya bunlarla iştirak halinde hareket etmiş olabilir.⁶²⁶

1117 sayılı Kanun m. 4/7'ye göre, “Kurulca haklarında küçükler için muzır olduğuna üç defa karar verilen basılmış periyodik eserlerin sonraki sayıları ile diğer basılmış eserlerin sonraki basıları da, yeniden bir karar verilmesine gerek kalmaksızın bu maddede belirtilen sınırlamalara tabidir.”⁶²⁷ Buna göre hakkında üç defa muzır kararı verilmiş olmasına rağmen, “küçüklere zararlıdır” ibaresi yer almaksızın ve içi gözükmeyen poşet vb. şeyler içine koyulmaksızın yayınlanan süreli basılmış eserler hakkında, mahkemece bunların müstehcenlik suçunu oluşturduğuna karar verilirse, TCK m. 226/2'deki suç kasten işlenmiş olur.

⁶²⁶ Ancak, süreli yayın niteliğindeki basılmış eserleri satanların müstehcenlik suçu yönünden kasten hareket ettiğini tespit etmek oldukça zordur. Zira, “satıcıların her gün, her yayını müstehcenlik açısından incelemelerine, hatta geçim uğraşısı içinde görmelerine olanak yoktur. Onlar yalnız bir dergiyi veya gazeteyi değil, desteler ya da tomarlar halinde birçok yayını satmakta ve dar gelirlerini bu yolla elde etmeye çalışmaktadırlar. Onlara, yazışmaları izleme zorunluluğunu vermek, sansür varmış gibi ‘müstehcen mi, değil mi? ne olur ne olmaz’ kontrolü, hatta korkusunu yüklemek; öte yandan bilgiçlik, bilirkişilik vb. yorgunlukları ‘geçim gayelerine eklemek’, hem haksızlık, hem de bir tür işkenceseverlik olur. Müşterisinde ne istemişse acele onu çekip vermiş sanığın, bolca inceleme zamanı olduğunu ve durumu bildiğini iddia ve ispat etmek kolay olmayacağı gibi, esasen hiçbir okuyucu ve satıcı da ‘yazı işleri müdürü’ bilgisi ve sorumluluğu içinde tutulamaz.”, bkz. **KARADAYI**, s. 893.

⁶²⁷ 1117 sayılı Kanun m. 4/7: “Ancak bu gibi eserlerin sahipleri, eserlerinin müteakip sayı ve basılarının küçükler için muzır nitelikte olmadığı iddiasıyla kurula başvurarak incelenmesini isteyebilirler. Kurul, başvuruyu haklı bulursa, bu maddedeki sınırlamalar sonraki sayı ve basılar için uygulanmaz.”

F. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BIÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Basın yoluyla işlenen suçlara kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Zira bu tür suçlarda hukuka aykırı fiil, basılmış eseri “*yaymak*”tır. Bu fiili eser sahibi işlemediği için, yaymak fiili gerçekleştirilmedikçe, eser sahibi bu fiilden sorumlu tutulmaz.⁶²⁸ Öte yandan kanımızca, yayınlanmak amacıyla basılan veya çoğaltılan basılmış eser nüshalarının çalınması ve bu nedenle alenileşmesi halinde suça teşebbüs söz konusu olacaktır.

Bununla birlikte bu suçun radyo ve televizyon ile İnternet üzerinden yapılan yayınlar vasıtasıyla işlenmesi halinde, hareket parçalara bölünebileceği için teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin müstehcen içerikli bir ürünün, İnternet üzerinden belirsiz sayıda kişinin ulaşabileceği şekilde ulaşabileceği şekilde yayın yapılması amacıyla açılan bir web sayfası, teknik aksaklıklar sebebiyle açılmıyorsa bu durumda teşebbüs söz konusu olacaktır.⁶²⁹

2. İştirak

Basılmış eserlerle işlenen suçlar yönünden öngörülen üç basamaklı sorumluluk sistemi, 5187 sayılı Kanun’da yer alan bu sùjeler yönünden iştirak iradesinin söz konusu olmaması halinde, göz önüne alınacaktır.⁶³⁰ Bununla birlikte TCK m. 226/2 uyarınca “*aracılık etmek*” suretiyle yayınlama fiiline yardım eden kimse

⁶²⁸ ÖZEK, Basın, s. 681; TANERİ, Ceza, s. 1097.

⁶²⁹ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 131.

⁶³⁰ Basın yoluyla işlenen suçlardaki objektif sorumluluk sistemi, özel bir iştirak sistemi olarak kabul edilemez. Bununla birlikte söz konusu sorumluluk sistemi genel olarak iştirak sorumluluğunu da engellemez. Bkz. ÖZEK, Basın, s. 694.

müşterek fail olarak cezalandırılacaktır.⁶³¹ O halde ikinci veya üçüncü basamaktaki sorumlu kimselerin, bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri halinde, basamaklı sorumluluk sistemi uygulanmaz ve bu kimseler müşterek fail olarak cezalandırılırlar.

5651 sayılı Kanun m. 8/5'e göre, erişim veya yer sağlayıcılar kendilerine bildirilen erişimin engellenmesi kararını dört saat içinde yerine getirilmelidir. Öyleyse söz konusu hükme aykırı davranarak erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılar, içerik sağlayıcının işlediği suça TCK m. 37/1 uyarınca iştirak etmiş sayılabilirler. Kanımızca yer veya erişim sağlayıcılarının, içerik sağlayıcının TCK m. 226/2 kapsamında işlediği suça iştirak iradesi, sadece kendilerine yapılan uyarılara veya bildirimlere ısrarla uymamaları durumunda söz konusu olur.⁶³²

Diğer yandan ikinci nesil bir web sitesine, müstehcen içerikli bir görüntü yüklendiğinde, yükleyen kullanıcı TCK m. 226/2'de yer alan suçu işlemiş olur. İkinci nesil bir web sitesinin yöneticileri veya çalışanları ise, müstehcen içerikli bir görüntünün web sitelerine yüklendiğini bilmeleri veya kendilerine yapılan bildirimlerle bu durumu öğrenmelerine rağmen bu görüntüyü web sitesinden kaldırmamaları durumunda 5651 sayılı Kanun m. 4/1'e göre sorumlulukları doğar ve web sitesine müstehcen görüntü yükleyerek TCK m. 226/2'de yer alan suçu işleyen kullanıcının suçuna, m. 37/1'e göre iştirak etmiş olurlar.

⁶³¹ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 178.

⁶³² Verilen bu örneğe göre, içerik sağlayıcının fiilleri TCK m. 43'e göre zincirleme suç kapsamında değerlendirilebilir. Erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyen yer veya içerik sağlayıcılar bu durumda zincirleme suça iştirak etmiş olurlar. Bu durumda iştirak edenler suçun tümünden değil iştirak etmiş sayıldığı andan itibaren, yani erişimin engellenmesi kararını yerine getirmemekte direndiğinin açıkça anlaşıldığı andan itibaren işlenen bu suçlara iştirak etmiş sayılırlar. Bkz. Devrim **AYDIN**, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, B. 1, Ankara 2009, s. 285. (**İştirak**)

Ayrıca 5651 sayılı Kanun m. 8A/4'e⁶³³ göre içerik, yer ve erişim sağlayıcıların, İnternet üzerinden suç işleyen faillere ulaşılması bakımından yargı mercilerine bilgi vermek suretiyle yardım etme yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edenlerin işlenen suça, TCK m. 37/1 vd. uyarınca iştirak etmiş olmaları söz konusu olacaktır.

3. İçtima

Bir basılmış eserde müstehcenlik suçu ile diğer bir suç işlenmesi halinde ikili ayrıma gidilmesi gerekir. Bu suçların mağdurlarının ve hukuki konularının farklı olması durumunda, iki ayrı fiil söz konusu olacak ve fikri içtima kuralı uygulanamayacaktır. Örneğin, bir kimseye edilen hakaretler aynı zamanda müstehcen nitelikteyse bu durumda iki ayrı fiil söz konusu olacaktır. Öte yandan suçların mağdurunun ve hukuki konularının aynı olması halinde, fiil tek kabul edilerek fikri içtima kuralı uygulanmalıdır.⁶³⁴

⁶³³ 5651 sayılı Kanun m. 8A/4: "Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hakim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." Ayrıca SOİSS; m. 18/1'e göre, "Taraflardan her biri, yetkili makamların; ülkesindeki bir şahsa, o şahsın mülkiyeti veya kontrolünde bulunan, bir bilgisayar sisteminde veya bilgisayar verilerini depolama aygıtında depolanan, belirlenmiş bilgisayar verisini teslim etmesi için; ilgili Tarafın ülkesinde hizmet sunan bir hizmet sağlayıcıya, söz konusu hizmet sağlayıcının mülkiyeti veya kontrolünde bulunan hizmetlere ilişkin abone bilgilerini teslim etmesi için, talimat verme yetkisine sahip olmaları için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir."; m. 18/3'e göre, "Bu maddenin amacı yönünden 'abone bilgisi' terimi, bir hizmet sağlayıcı tarafından bilgisayar verileri biçiminde veya başka bir biçimde tutulan, trafik veya içerik verileri hariç olmak üzere, hizmetlerin abonelerine ilişkin; (a) kullanılan iletişim hizmeti türünün, ayrıca belirlenen teknik hükümlerin ve hizmet süresinin; (b) hizmet anlaşması veya düzenlenmesi bağlamında erişilebilir abone kimliğinin, posta veya coğrafi adresinin, telefon veya diğer erişim numarasının, fatura ve ödeme bilgilerinin; (c) hizmet anlaşması veya düzenlenmesi bağlamında erişilebilir iletişim teçhizatının kurulduğu yere ilişkin diğer bilgilerin, belirlenmesini sağlayacak herhangi bir bilgiyi ifade eder."

⁶³⁴ ÖZEK, Basın, s. 682-684.

Sanatsal ve edebi değeri olmayan basılmış bir eserin tiyatrodada oynanması halinde, TCK m. 226/1-b ve m. 226/2’de yer alan suçlar oluşacaktır. Yine bu durumda fikri ittime kuralı uygulanmalıdır.

TCK m. 226/2’deki suçun basılmış eserlerle işlenmesi halinde, oluşacak suç sayısı, yayının süreli veya süresiz olması niteliğine bağlı olarak farklılık göstermektedir. Süresiz yayınlarda nüsha sayısına bakılmaksızın tek bir eser, tek bir suça vücut verecektir. Zira müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayınlanma fiilinin ayrıca yaptırım altına alınmış olması ve yayınlamak fiilinin tabiatı gereği nüsha sayısının çokluğu hususları göz önüne alındığında, bu durumun “zincirleme suç” oluşturacağı söylenemez.

Suçun süreli yayınların farklı sayılarında işlenmesi halinde, her sayı bağımsız fiil teşkil edecek ve bağımsız bir suç sayılacaktır. Buna göre “aynı eserin” farklı sayılarda veya “bir eserin” farklı sayılarda parça parça yayınlanması halinde, zincirleme suç söz konusu olacaktır.⁶³⁵

G. MUHAKEME

1. Zamanaşımı, Görev ve Yetki

Suç için öngörülen dava zamanaşımı TCK m. 66/1-e uyarınca sekiz yıldır. Suçun kovuşturmasını yapmakla görevli mahkeme 5235 sayılı Kanun m. 11 uyarınca, Asliye Ceza Mahkemeleridir.⁶³⁶ Türkiye’de işlenen suçlar bakımından kural olarak

⁶³⁵ ÖZEK, Basın, s. 681, 682.

⁶³⁶ 5187 sayılı Kanun m. 27/1’e göre, “basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülür.” Bu itibarla TCK m. 226/2’de yer alan suçun, basılmış eserler vasıtasıyla işlenmesi halinde de, bu suçtan dolayı Asliye Ceza Mahkemeleri görevli olacaktır. Ayrıca aynı Kanun; m. 27/3’e göre, “basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlara ilişkin davalar acele işlerden sayılır.”; m.

yetkili mahkeme, CMK m. 12/1 uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir.⁶³⁷ Bu suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olduğundan, CMK m. 100/4'te yer alan tutuklama yasağı söz konusu olmaksızın m. 101/1 uyarınca şüpheli veya sanık tutuklanabilir. CMK m. 123 ve m. 134 uygulanabilir.

2. Erişimin Engellenmesi Koruma Tedbiri

5651 sayılı Kanun m. 8'e göre, müstehcenlik suçunu oluşturduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde bir web sayfası hakkında "erişimin engellenmesi" kararı verilir.⁶³⁸ Erişimin engellenmesi kararını m. 8/2'ye göre soruşturma evresinde

26/1'e göre, "basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur." Bu hükme benzer bir hüküm 2954 sayılı Kanun'da da düzenlenmiş olup, m. 28/6'ya göre, "Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı yayının yapıldığı tarihten başlayarak altmış gün içinde açılmayan davalar dinlenmez." Basın suçlarında genel hükümlerden farklı olarak özel ve daha kısa bir dava açma süresinin öngörülmesi zorunludur. Zira gizli kalma ihtimali oldukça az olan bu suçlardan dolayı, basının uzun bir süre ceza tehdidi altında bulunması, basın özgürlüğünü kısıtlar. Bkz. **GÜRELLİ**, Basın, s. 48, 49.

⁶³⁷ Yabancı ülkede işlenen suçlarda yetkili mahkemenin tespiti hususu için, bkz. "Bl. 3 – V. F. 2.", s. 281.

⁶³⁸ 5651 sayılı Kanun m. 8: "(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir: a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; ... 5) Müstehcenlik (madde 226) ... (2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir... (4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsun bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin ... (5) ... numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkan tarafından verilir." 5651 sayılı Kanun m. 2/1-c'ye göre başkan, "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanını" ifade eder. Yine aynı Kanun m. 9/4'e göre, "Hakim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça web sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hakim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi halinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, web sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir."

hakim, kovuşturma evresinde mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı yanında m. 8/4'e göre BTK başkanı verebilir. Ancak AYM, Danıştay On Üçüncü Dairesinin itiraz yoluna başvurması üzerine müstehcenlik suçu yönünden BTK başkanının re'sen erişimin engellenmesi kararı vermesini anayasaya aykırı bulmuş ve m. 8/4'ü TCK m. 226 yönünden iptal etmiştir.⁶³⁹

⁶³⁹ **Danıştay On Üçüncü Dairesi**, “İnternetin bilgiye ulaşma açısından çok etkili ve yaygın bir yöntem olmasının yanı sıra kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için de vazgeçilmez nitelikte olduğunu, İnternetin temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasından büyük önem arz ettiğini, İnternete erişimin engellenmesinin özellikle haberleşme hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetiyle doğrudan ilgili olduğunu, kuralda, İnternet içeriğinin belirli suçları oluşturması hâlinde idare tarafından re'sen erişimin engellenmesi kararı verilmek suretiyle hâkim onayı olmaksızın haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasının öngörüldüğünü belirterek kuralın ‘Haberleşme hürriyeti’ başlıklı Anayasa’nın 22. maddesine aykırı olduğunu” ileri sürmüştür. **AYM**, itirazı ilgisi nedeniyle, “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlıklı m. 13 ve “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı m. 26 yönünden de incelemiştir. Mahkemeye göre, “Anayasa’nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanımında başvurulabilecek araçlar ‘söz, yazı, resim veya başka yollar’ olarak belirtilmiş ve ‘başka yollar’ ibaresiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir. İnternetin modern demokrasilerde başta haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemi tartışmasızdır. Kitleli haberleşme ve iletişim aracı olarak yaygın şekilde kullanılan ve geleneksel yöntemlere göre gittikçe daha çok tercih edilen İnternetin haberleşme hürriyeti kapsamında olduğuna kuşku yoktur. İnternetin suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amaçları için sık başvurulmuş bir araç olduğu bilinmektedir. Bu kapsamda 5651 sayılı Kanun’da tedbir niteliğinde olan erişimin engellenmesi kararları düzenlenmiştir. İnternette paylaşılan içeriklerin çok hızlı yayılabildiği ve bu içeriklere çocuklar gibi korumasız bireyler de dâhil olmak üzere toplumun her kesimi tarafından kolayca erişilebildiği göz önünde bulundurulduğunda suç oluşturan içeriklere TİB (itirazın incelendiği tarihte kararı BTK değil TİB veriyordu) tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde kamu yararı bulunduğuna kuşku yoktur. Buna karşılık haberleşme hürriyetine ilişkin hâkim onayı güvencesi, içeriği suç oluşturan bazı yayınlara da yer vermekle beraber haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan, özellikle sosyal medya gibi kitleli haberleşme ve iletişim aracı olan İnternet siteleri ya da uygulamalarını da kapsamaktadır. İtiraz konusu kural ise içeriği suç oluşturan bir yayının, suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla faaliyette bulunmayan, kitleli haberleşme ve iletişim sağlayan İnternet sitelerinde paylaşılması durumunda da hâkim onayı gerekmeksizin idarece resen erişimin engellenmesi kararı verilmesine olanak tanımaktadır. Esas amacı haberleşme ve bilgi paylaşımı olan bu sitelerde yer alan içeriği suç oluşturabilecek yayınlar nedeniyle hâkim onayı olmaksızın sitenin tümüne yönelik olarak resen erişimin engellenmesi kararı verilmesi Anayasa’nın 22. maddesinde, haberleşmenin kanunla yetkili kılınmış mercii tarafından engellenmesi hâlinde engelleme kararının ‘yirmi dört saat’ (6552 sayılı Kanun m. 127’yle ‘dört saat’ olarak değiştirilmiştir.) içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı şeklinde açıkça ifade edilen güvenceyle bağdaşmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere hukuk devletinin temel ilkelerinden

Öte yandan AYM, Anayasa m. 153/3 ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkında Kanun⁶⁴⁰ m. 66/3 uyarınca, kararın resmi gazetede yayınlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Anılan karar 07.02.2018 tarihli R.G.'de yayımlandığından 07.02.2019 tarihi itibarıyla BTK başkanının müstehcenlik suçu konu olması sebebiyle bir web sayfası hakkında erişimin engellenmesi kararı vermesi “fonksiyon gaspı”⁶⁴¹ niteliğindedir ve yoklukla maluldür. Ancak AYM'nin anılan hükmü iptal etme gerekçesi “belirlilik ilkesi”ne aykırılık olduğundan, kanımızca 5651 sayılı Kanun'da değişiklik yapılacak ve BTK başkanına sınırları belirlenerek tekrar erişimi engelleme yetkisi verilecektir. Bu halde web sayfalarına uygulanacak sansürün adli makamlarca değil kişilerin inisiyatifine bağlı olduğu düşüncesi ortaya çıkacaktır.⁶⁴²

biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Kanun'un erişimin engellenmesine imkan tanıyan 8/A ve 9. maddelerinde; engelleme kararının öncelikle ilgili yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) verilmesi ancak teknik olarak ilgili içeriğe erişimin engellenmesinin yapılamadığı veya yalnızca ilgili içeriğe erişimin engellenmesiyle Kanun'da belirtilen amaca ulaşamayacağı durumlarda İnternet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verileceği düzenlenmiştir. İtiraz konusu kuralda ise TİB (BTK) tarafından müstehcenlik suçu oluşturan yayınlara resen erişimin engellenmesi kararı verileceği belirtilmekle yetinilmiş, Kanun'un yukarıda anılan hükümlerinde öngörüldüğü gibi erişimin kademeli olarak engellenip engellenmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylece itiraz konusu kurala idareye kapsam ve sınırları belirsiz şekilde erişimin engellenmesi yetkisi tanınmıştır. Erişimin engellenmesi kararı verilmesinin dayanağı olan itiraz konusu kural anlaşılır, açık ve net olma zorunluluğunu karşılamadığından Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması güvencesiyle bağdaşmamaktadır.”, E.: 2015/76, K.: 2017/153, K.T.: 15.11.2017; R.G., T.: 07.02.2018, S: 30325; karar için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9160bf09-3c94-43ae-b1d3-c84815c1b2ba?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T.: 15.02.2019).

⁶⁴⁰ R.G., T.: 03.04.2011, S: 27894.

⁶⁴¹ Fonksiyon gaspı, idarenin, yargı organının görev alanına giren bir konuda işlem tesis etmesidir. Bkz. Kemal **GÖZLER**, İdare Hukuku, C. 1, B. 1, Bursa 2003, s. 692. (**İdare**)

⁶⁴² 2009 yılında TİB (BTK) tarafından hakkında re'sen erişimin engellenmesi kararı verilen ve o tarihte yaklaşık 225 bin üyesi bulunan, eşcinsel kullanıcılar için sosyal iletişim sitesi olan “GaBiLe (www.gabile.com)” isimli web sitesinin sahipleri, mahkeme kararı olmadan

H. YAPTIRIM

1. Cezalar

Bu suç için öngörülen ceza, altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. Buna göre sanık hakkında iki yıl ve daha az hapis cezasına hükmolunması halinde, bu hapis cezası hakkında, CMK m. 231 göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi verilebilir veya bu ceza TCK m. 51'e göre ertelenebilir. Hapis cezasının bir yıl veya daha az tayin edilmesi halinde bu ceza, TCK m. 50'ye göre seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir.⁶⁴³

2. Güvenlik Tedbirleri

TCK m. 226/2'de yer alan suçun basılmış eserlerle işlenmiş olması halinde, Anayasa m. 30 uyarınca suçun işlenmesinde kullanılan basın araçları müsadere edilemez.⁶⁴⁴

Bu suçtan dolayı eşya ve kazanç müsadere kararları verilebilir. TCK m. 226/6 uyarınca tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirlerine hükmolunabilir.⁶⁴⁵

web siteleri hakkında erişimin engellenmesi kararı verilmesi sebebiyle dava açmıştır. Web sitesinin sahipleri davayı kazanmıştır. Web sitesi tekrar erişime açıldıktan sonra kamuoyunda tanınırlığı artan sitenin üye sayısında yaklaşık 6000 kişilik bir artış meydana gelmiştir. Bkz. **KARACA – BEYAZNAR**, s. 67, 68.

⁶⁴³ Ayrıca bkz. "Bl. 2 – I. İ.", s. 156.

⁶⁴⁴ Anayasa m. 30'a göre, "Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basım araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz."

⁶⁴⁵ Ayrıca bkz. "Bl. 2 – I. İ.", s. 156.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERT MÜSTEHCENLİK SUÇLARI

I. ÇOCUK PORNOGRAFİSİ ÜRETME SUÇU

A. GENEL OLARAK

Sert müstehcen ürünlere ilişkin suçlar daha önce de belirtildiği üzere, TCK m. 226/3, 4 ve 5'te düzenlenmiş olup; sert müstehcen ürünler, “*çocuk pornografisi*”⁶⁴⁶ ve “*anormal pornografiler*” dir. Çocuk pornografisine ilişkin suçlar TCK m. 226/3'te düzenlenmiş olup; hükümde esasen iki ayrı suç yer almaktadır. Çocuk pornografisi üretme suçu TCK m. 226/3-1.cümle'de; çocuk pornografisi bulundurma ve yayma suçları TCK m. 226/3-2.cümle'de düzenlenmiştir.⁶⁴⁷ Çocuk pornografisi niteliğindeki ürünler yönünden, kişilere herhangi bir serbesti tanınmamaktadır.⁶⁴⁸ Zira

⁶⁴⁶ Çocuk pornografisine ilişkin suçların “*Müstehcenlik*” başlığı altında düzenlenmesi yerinde bir tercih değildir. Nitekim basit müstehcen sayılan ürünlere ilişkin tasarrufları bazı kısıtlamalar altında serbest bırakan normların yanında, mutlak olarak yasaklanan çocuk pornografisine ilişkin suçların yer alması neticesinde, bu suçların korumayı amaçladığı hukuki değer veya menfaatlere, olduğundan veya olması gerekenden daha az önem atfedildiği düşünülebilir. Bkz. **GÜNGÖR**, “*Çocuk Pornografisi*”, s. 548, 549. Gerçekten TCK m. 226/3'te, “*çocuk pornografisi*” kavramı yerine “*üretiminde çocukların kullanıldığı müstehcen ürün*” kavramı kullanılmaktadır.

⁶⁴⁷ **TCK m. 226/3**: “*Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*” Bu husus madde gerekçesinde de belirtilmekle beraber, bu iki suçun aynı fıkra içinde düzenlenmesi kanun yazım tekniğine aykırıdır. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 338; **SOYASLAN**, Özel, s. 570.

⁶⁴⁸ Çocuk pornografisinde temyiz kudreti çocukların bulunmayan çocukların rol alması sebebiyle, bu ürünlerin her halde çocuk için zorlayıcılık ve kötü niyet barındırdığı; ve bu

dünya genelinde, bu ürünlerin bireylerin psikolojileri üzerinde olumsuz etki yaratma potansiyelinin yanında çocukların bu ürünlerin üretiminde kullanılması yani istismar edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.⁶⁴⁹

Bunun yanında söz konusu ürünlerin yaygınlaşmasının engellenmesi amacıyla devletlerin birlikte mücadele etmesi gerektiği kabul edilmekte ve bu sebeple uluslararası antlaşmalarda, hem ortak mücadele amacıyla işbirliği yönünden hem de söz konusu ürünlere ilişkin tasarrufları suç sayan hükümlerin düzenlenmesi yönünden, devletlere birtakım yükümlülükler yüklenmektedir.⁶⁵⁰ Bu sayede siber suçluların “*kurtarılmış bölge*” olarak adlandırdıkları, mevzuatlarında söz konusu suçlar için ceza öngörülmeven devletlerde faaliyetlerini sürdürmesinin önüne geçilebilir. Ayrıca devletlerin söz konusu suçlar bakımından mevzuatlarındaki uyumluluk, çoğu iade antlaşmasında yer alan “*çifte cezalandırılabilirlik (double criminality)*” şartı⁶⁵¹, oldukça önemlidir.⁶⁵² Nitekim teknolojinin gelişmesiyle bağlantılı olarak, coğrafi sınırlar her geçen gün anlamını daha da yitirmektedir. Bu nedenle “*sınır tanımayan*

sebeple mutlak olarak yasaklandığı belirtilmektedir. Bkz. **POLAT**, s. 172.

⁶⁴⁹ Çocuk pornografisine ilişkin suçların önemine binaen özel kanunlarda düzenlendiği de görülmektedir. Örneğin; ABD’de, The PROTECT Act (The Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act – Soruşturma ve Diğer Araçlar Yoluyla Günümüzde Çocukların Sömürülmesine Son Verme Kanunu; Brezilya’da, ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente – Çocuk ve Ergen Kanunu; Jamaika’da, Child Pornography Prevention Act (Çocuk Pornografisi Önleme Kanunu); Japonya’da, Child Pornography Act (Çocuk Pornografisi Kanunu).

⁶⁵⁰ Örneğin: B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme; B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol; 182 No.’lu ILO – Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi; Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi.

⁶⁵¹ “*Fiilin hem kendisinden iade talep edilen hem de iadeyi talep eden devlette suç teşkil etmesi gerekliliği*”, bkz. Faruk **TURHAN**, “*Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin Ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme*”, in. SDÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2018, s. 15.

⁶⁵² Murat **ÖNOK**, “*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği*”, in. MÜHFHAD, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 1236.

bilgi erişimine, sınır tanımayan bir ceza hukuku sistemi gerekmektedir.”⁶⁵³

B. HUKUKİ KONU

Çocuk pornografisi üretmek suçu, birden çok hukuki değer veya menfaati korumayı amaçlayan, karma hukuki konulu⁶⁵⁴ bir suçtur. Kanunun sistematüğinden hareket eden bir görüşe göre bu suçun hukuki konusu, çocuğun cinsel istismarının ve çocuk pornografisinin önlenmesi ve bu sayede genel ahlakın korunmasına ilişkin bireysel ve kamusal yarardır.⁶⁵⁵ Hukuki konuyla ilgili diğer bir görüşe göre bu suçla, çocuğun cinsel istismarının normalleştirilmesinin engellenmesiyle genel ahlakın korunması amaçlansa da, esas olarak korunan hukuki değer, çocuk haklarıdır.⁶⁵⁶ Çocukların, çocuk pornografisi üretiminde kullanılmasının engellenmesine ilişkin bireysel yararının, çocukların cinsel istismarını suç sayan TCK m. 103'te ayrıca oldukça ayrıntılı şekilde korunduğunu da göz önüne alarak, kanun koyucunun tercihi doğrultusunda bu suçun hukuki konusunun, *“çocukların cinsel istismarının normalleştirilmesinin engellenmesi suretiyle toplumun genel ahlakının korunmasına ilişkin*

⁶⁵³ Füsun **SOKULLU-AKINCI**, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi”, in. İÜHFM, C. 59, S. 1-2, Y. 2001, s. 11, 12.

⁶⁵⁴ **TOROSLU**, Tasnif, s. 288-290; **KATOĞLU**, “Mağdur”, s. 680.

⁶⁵⁵ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 338. Kanun koyucunun çocuk pornografisine ilişkin suçları “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığı yerine “*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlemesi yönündeki tercihi, çocukların korunmasının göz ardı edildiği anlamına gelmese de, çocukların korunmasının geri plana atılması sebebiyle eleştirilebilir. Zira İCK'da çocuk pornografisine ilişkin suçlar, “*Kişiyeye Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlendiğinden, bu suçların hukuki konusu, çocuğun kişisel gelişimini sağlıklı olarak tamamlamasına ilişkin bireysel yararadır. Yine Al. CK.'da da 1973 yılında yapılan değişiklikle çocuk pornografisine ilişkin suçlar, “*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*” başlığı altından “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*” başlığı altına taşınmıştır. Bkz. **GÜNGÖR**, “*Çocuk Pornografisi*”, s. 547, 548.

⁶⁵⁶ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 118, 120. Öte yandan İtalya'da gerçek çocuk kullanmak suretiyle işlenen çocuk pornografisi üretme suçunun hukuki konusu, çocuğun cinsel istismarı suçunu da kapsayıcı şekilde düzenlenmiştir. İCK m. 600 ter/3'e göre, pornografik ürün üretmek amacıyla cinsel istismarda kullanılacak çocuğa ilişkin bilgilerin paylaşılması cezalandırılmaktadır. Bkz. **ROLLO – NEUBACHER**, s. 656.

kamusal yarar” olduğu kanaatindeyiz.

C. MAĞDUR

Bu suçun mağduru bir görüşe göre, genel ahlakı korumakla görevli kamu idareleri ile pornografik ürünlerin üretiminde kullanılan çocuk veya çocuklardır.⁶⁵⁷ Katıldığımız diğer bir görüşe göre, hukuki konudan da hareketle çocuk pornografisi üretmek suçunun mağduru, “*toplum*”dur.⁶⁵⁸

D. MADDİ KONU

Çocuk pornografisi üretmek suçunun düzenlendiği hükümde, kullanmak fiilinin de suç sayılmasından hareketle bu suçun maddi konusu, kullanmak fiilinin üzerinde gerçekleştirildiği gerçek çocuk⁶⁵⁹ veya çocuk gibi görünen kişiler ya da temsili görüntülerdir. İster gerçek çocuk kullanılsın ister çocuk gibi görünen kişiler kullanılsın isterse temsili çocuk görüntüleri kullanılsın, çocukların cinselliğini ön plana çıkarmak amacıyla üretilen görüntü, yazı veya söz içeren ürünler, işlenen suç sonucu meydana gelen nesneyi oluşturur.⁶⁶⁰

Çocuk pornografisi kavramından yalnızca görüntü içeren ürünler anlaşılması muhtemeldir. Ancak belirtildiği üzere pedofilleri, çocukla seksi konuşmalar yapmakta cinsel açıdan uyarmaktadır. Bu sebeple görüntünün yanında, ses kayıtları ve

⁶⁵⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Toplum*, s. 338. ÖZBEK’e göre, ürünün üretiminde gerçek çocuk kullanılmışsa, kamunun yanında ürüne konu olan çocuk da mağdur kabul edilmelidir. Üründe gerçek çocuk kullanılmamışsa bu suçların mağduru sadece kamudur. Bkz. ÖZBEK, *Müstehcenlik*, s. 124.

⁶⁵⁸ GÜNGÖR’e göre, hükümde görüntünün yanında yazı ve sözlerin de ürün olarak değerlendirilebilmesi bu suçun mağdurunun “*toplum*” sayılması görüşünü desteklemektedir. Zira cansız nesnelere bir suçun mağduru olamaz. GÜNGÖR, “*Çocuk Pornografisi*”, s. 547.

⁶⁵⁹ GÜNGÖR, “*Çocuk Pornografisi*”, s. 547

⁶⁶⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, *Toplum*, s. 338, 339; GÜNGÖR, “*Çocuk Pornografisi*”, s. 553.

çocuğun cinsel obje olarak kullanılmasını tasvir eden metinler de çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim ECPAT'a⁶⁶¹ göre de çocuk pornografisi, “fotoğraf, negatif, slayt, dergi, kitap, karikatür ve film olarak” ortaya çıkabilmektedir.⁶⁶²

E. FAİL

Bu suç fail bakımından bir özellik göstermemekle birlikte, örneğin bir çocuk müstehcen sayılan görüntü, yazı veya söz içeren ürünlerin üretiminde kendisini kullanırsa bu suçun faili olacaktır.⁶⁶³

F. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

a. Genel Olarak

Kanun koyucu hükümde, “*çocuk pornografisi üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri*” kullanmak fiilini suç saymıştır. Buna göre “*kullanmak*” fiili sonucu, ortaya çocuk pornografisi sayılabilecek bir ürün çıkması, suçun vücut bulması açısından şart koşulmamıştır. Dolayısıyla kanun

⁶⁶¹ ECPAT'ın açılımı, “*End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes (Çocuk Fuhşuna, Çocuk Pornografisine ve Çocukların Cinsel Amaçlı Ticaretine Son)*” şeklinde olup, çocukları söz konusu konular bakımından korumak ve haklarını savunmak amacı güden uluslararası bir organizasyondur. Bkz. <https://www.ecpat.org> (E.T.: 14.03.2019).

⁶⁶² ECPAT, pornografi terimine farklı anlamlar yüklenebilmesi ve bazı ülkelerin mevzuatlarında pornografi terimi kullanılmaması sebebiyle, “*çocuk pornografisi*” terimi yerine, “*Child Sexual Abuse Material – CSAM (Çocuk Cinsel İstismar Malzemesi)*” terimini kullanmaktadır. Bkz. **ECPAT International 2018**, “*Trends In Online Child Sexual Abuse Material*”, Bangkok 2018, s. 6, bkz. <https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2018/07/ECPAT-International-Report-Trends-in-Online-Child-Sexual-Abuse-Material-2018.pdf> (E.T.: 22.03.2019).

⁶⁶³ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 124; **GÜNGÖR**, “*Çocuk Pornografisi*”, s. 553.

koyucu bu tercihiyle “*üretmek*” fiilinin ön şartı mahiyetindeki, “*kullanmak*” fiilini de suç sayarak, suçla yasaklanan ve cezaen korunan alanın kapsamını büyük ölçüde genişletmiştir.⁶⁶⁴ Şüphesiz ki hükümde esasen “*çocuk pornografisi üretmek*” fiilinin yasaklanması amaçlanmıştır. Bu itibarla, kullanmak fiili işlenerek üretim gerçekleştirildiği durumda, hükme göre aynı amaca yönelik birden fazla hareket öngörülmediğinden normatif anlamda tek bir hareket ve tek bir fiil söz konusu olacaktır.⁶⁶⁵

Çocuk pornografisi üretme suçunun düzenlendiği TCK m. 226/1-1.cümle hükmünün ilk halinde, bu suçun ancak çocuk pornografisi üretiminde gerçek çocuk kullanılması halinde işlenebileceği öngörülmekteydi. Ancak 6698 sayılı Kanun’un⁶⁶⁶ 30. Maddesiyle TCK m. 226/3’te yapılan değişiklik sonucu, çocuk pornografisi niteliğindeki ürünlerin üretiminde gerçek çocukların yanında çocuk gibi görünen kişilerin veya temsili çocuk görüntülerinin kullanılması fiilleri de TCK m. 226/3-1.cümle hükmüne göre suç teşkil etmektedir.

Bu suçun işlenmesiyle ortaya çıkarılan ürün görüntü, yazı veya söz şeklinde olabileceğinden bu suç kendine özgü “*seçimlik hareketli*”⁶⁶⁷ bir suç olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple görüntü, yazı veya söz üretmek fiillerinden birinin veya birkaçının yapılması halinde tek suç oluşacaktır.⁶⁶⁸ Ayrıca bu suçun oluşması bakımından hükümde herhangi bir zarar veya zarar tehlikesinin ortaya çıkması şart

⁶⁶⁴ Kanımızca TCK m. 226/3-1.cümle’de yer alan suç açısından, üretmek amacıyla kullanmak ve üretmek fiillerine yönelik hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasında fark bulunmamaktadır. Bu itibarla, üretim gerçekleşme dahi, üretmek amacıyla kullanmak fiili gerçekleştirilirken yakalanan failin fiili, teşebbüs aşamasında kalmamış ve suç, tamamlanmış olacaktır. O halde kanun koyucu, bu durumda halinde failin cezasında indirim yapılmasını amaçlamıştır.

⁶⁶⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 355.

⁶⁶⁶ R.G., T.: 07.04.2016, S: 29677.

⁶⁶⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 187.

⁶⁶⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 339.

koşulmadığından bu suç, “*salt tehlike suçu*” niteliğindedir.⁶⁶⁹ Öte yandan hükümde üretmek fiilinin ön şartı olan kullanmak fiili suç sayıldığından yani kullanma fiilini gerçekleştirilmesi sonucu ortaya bir ürün çıkıp çıkmaması önem arz etmediğinden bu suç “*salt hareket suçu*”dur.⁶⁷⁰

b. Gerçek Çocuk Kullanarak Çocuk Pornografisi Üretmek

Hükümde suç sayılan fiillerden biri, çocuk pornografisi üretmek amacıyla gerçek çocuk kullanmaktır.⁶⁷¹ B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 34/1-c’ye göre, sözleşmeye taraf devletler, “*çocuğu her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi vermek ve bu doğrultuda çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla gerekli her türlü önlemi almakla*” yükümlüdür. ILO’nun temel haklara ilişkin sekiz sözleşmesinden biri olan, Türkiye’nin de imzaladığı ve 4623 sayılı Kanun’la uygun bulunan 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi⁶⁷² m. 1’e göre, sözleşmeye taraf ülkeler, “*acil bir sorun olarak en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri almakla*” yükümlüdür ve m. 3/1-b’ye göre, “*sözleşmenin amaçları bakımından ‘en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği ifadesi’, çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu*” kapsar. Yine Türkiye’nin de taraf olduğu B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ye Türkiye’nin de imzaladığı ve 4755 sayılı Kanun ile uygun bulunan Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve

⁶⁶⁹ ÖZEN, Tehlike, s. 6.

⁶⁷⁰ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 138; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 339.

⁶⁷¹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 339.

⁶⁷² R.G., T.: 27.06.2001, S: 24445.

Çocuk Pornografisi ile İlgili Ek İhtiyari Protokol⁶⁷³ m. 3/1-c uyarınca, taraf devletler, “*çocuk pornografisi üretimini*” ceza kanunlarında suç olarak düzenlemekle yükümlüdür. Ayrıca Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan, Türkiye’nin de imzaladığı ve 6533 sayılı Kanun ile uygun bulunan “*Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi (Convention of Cybercrime)*”⁶⁷⁴ m. 9/1-a’ye göre, taraf devletler, “*bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtımını yapmak amacıyla gerçek çocuk kullanılarak çocuk pornografisi üretmek*” fiilini suç olarak düzenlemekle yükümlüdür.

Üretmek fiilinin sözlük anlamı, “*oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek*” şeklindedir.⁶⁷⁵ Bir görüşe göre, “*üretmek*” fiili “*çoğaltmak*” fiilini kapsamaktadır.⁶⁷⁶ Kelimenin sözlük anlamından hareket eden bizim de katıldığımız diğer görüşe göre üretmek, ürünün ortaya çıkarılması, elde edilmesi için yapılan işlemlerdir. Bu itibarla örneğin, gerçek çocukların yer aldığı çocuk pornografisi niteliğindeki filmi yönetmek, çocukların müstehcen fotoğrafını çekmek, bilgisayar ortamında düzenlemeler yapmak “*üretmek*” fiili kapsamındadır.⁶⁷⁷

Kanunda kız-erkek veya çocuk-genç ayrımı yapılmadığından bu suç sonucu üretilen üründe yer alan çocuğun, TCK m. 6/1-b’ye göre mutlaka on sekiz yaşından küçük gerçek kişi olması gerekir.⁶⁷⁸ Suç teşkil eden çocuk pornografisi üretiminde

⁶⁷³ R.G., T.: 28.06.2002, S: 24799.

⁶⁷⁴ R.G., T.: 02.05.2014, S: 28988. Çalışmanın devamında bu sözleşme yerine “*SOİSS*” kısaltması kullanılacaktır.

⁶⁷⁵ **TDK Güncel Türkçe Sözlük** bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 21.02.2019).

⁶⁷⁶ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 339.

⁶⁷⁷ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 125.

⁶⁷⁸ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 339; **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 124; **GÜNGÖR**, “*Çocuk Pornografisi*”, s. 552; **ÜNVER**, “*Çocuk ve Genç*”, s. 54. Öte yandan, Alman Ceza Hukukunda çocuk ve genç ayrımı yapılmıştır. Alman Çocuk Mahkemesi Kanunu (JGG) prg. 1 hükümleri uyarınca, “*genç*” kavramı, on dört yaşını tamamlamış fakat on sekiz yaşını tamamlamamış kişileri ifade eder. Bu itibarla TCK’nın mehzazı Al. CK.’da; çocuk pornografisine ilişkin suçlar prg. 184b’de, genç pornografisine ilişkin suçlar prg. 184c’de düzenlenmiştir. Bkz. **YENİSEY**

gerçek çocuğu kullanmak fiilinin, bir yetişkin tarafından gerçekleştirilmesi şart değildir. Bu itibarla on sekiz yaşından küçük iki kişi arasındaki cinsel davranışlar suçun vücut bulması açısından yeterlidir.⁶⁷⁹ Ayrıca kanun koyucu hükümde “*çocuk*” yerine “*çocuklar*” kavramını tercih ettiğinden, çocuk pornografisi niteliğinde bir ürünün üretiminde birden fazla çocuğun kullanılması halinde de tek bir suç oluşmaktadır.⁶⁸⁰

Bu suç bakımından “*kullanmak*” fiilinin kapsamının doğru belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Hükümde yer alan kullanmak fiiliyle kastedilenin, mutlak TCK m. 103’te yer alan çocuğun cinsel istismarı suçuna vücut veren hareketler şeklinde gerçekleştirilmesi gerektiği düşünülebilir. TCK m. 103/1’de çocukla cinsel ilişkide bulunulmasının yanında çocuğa karşı yapılan sarkıntılık düzeyinde kalmış her türlü cinsel davranış, suç sayılmıştır. Yani TCK m. 103’e göre, suçun oluşması için çocuğun bedenine temasta bulunulması aranmaktadır.⁶⁸¹ Ancak kanun koyucunun, TCK m. 226/3’te çocukların cinsel istismarı yerine çocukların kullanılmasından söz etmiş olması, üretmek fiilinin gerçekleştirilirken çocuğa temasta bulunulmasını aramadığı ve cinsellik içeren davranışların ürünün konusu olmasını yeterli bulduğu anlamına gelir.⁶⁸² Buna göre örneğin, bir çocuk, cinsellik içeren bir ürünü üretmek fiilini, kendisini kullanarak gerçekleştirse dahi çocuk pornografisi üretmek suçu

– PLAGEMANN, s. 291-294.

⁶⁷⁹ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 127.

⁶⁸⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 339. Zira bu suçun mağduru çocuk pornografisinde kullanılan çocuklar değil, toplumdur.

⁶⁸¹ BAYTEMİR, Ahlak, s. 203.

⁶⁸² Çocuk pornografisine ilişkin suçlarda “*cinsel istismar*” kavramı yerine, “*çocukların kullanılması*” kavramının tercih edilmesinin sebebi, normu pratikte uygulayacak olan yargı mercilerinin görevini kolaylaştırmaktır. Bkz. STILO, “*Çocuk Pornografisi*”, s. 479, 480.

oluşacaktır.⁶⁸³ Nitekim TCK m. 103'ün mağduru çocuk iken TCK m. 226/3'ün mağduru toplumdur. Ayrıca belirtmek gerekir ki kullanmak fiilinden, çocuğun film setinde dekorcu, çaycı vs. olarak çalışması değil, söz konusu ürünün içeriğinde yer alması anlaşılmalıdır.⁶⁸⁴

Diğer yandan bu ürünler üretilirken çocuğun rızasının varlığı halinde bu suçun oluşmayacağı düşünülebilir. Dünya genelinde birçok ülkede belli bir yaşın üzerinde ve on sekiz yaşından küçük kişilerin rızasıyla cinsel ilişkide bulunması suç teşkil etmemektedir. Buna rağmen çocuk pornografisine ilişkin suçlar bakımından ürünün üretiminde kullanılan çocuğun rızası önem arz etmemektedir.⁶⁸⁵ TCK m. 103 ve

⁶⁸³ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 126-128; GÜNGÖR, "Çocuk Pornografisi", s. 554.

⁶⁸⁴ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6778. Aksi yöndeki görüşler için, bkz. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 3374; MARAKOĞLU, s. 65.

⁶⁸⁵ Örneğin, cinsel özgürlük yaşı on sekizin altında olan, Almanya, Avusturya, Avustralya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İspanya, İsveç, İtalya, İzlanda, Yunanistan gibi ülkelerde çocuk pornografisine ilişkin suçlarda on sekiz yaş sınırı korunmaktadır. Öte yandan İtalyan doktrininde bir görüşe göre çocuğun rızası; on dört yaşının altındaysa tamamen geçersiz, on dört yaşından büyük on altı yaşından küçükse rızasının cinsel istismar neticesinde elde edildiğinden hareketle görünüşteki rızaya rağmen geçersiz, on altı yaşından büyükse geçerli sayılmalıdır. Fakat İCK'da çocuk pornografisinin düzenlendiği m. 600 ter/1'de yaş sınırı açıkça on sekiz olarak belirtilmiştir. Bkz. GÜNGÖR, "Çocuk Pornografisi", s. 555. Bununla birlikte, SOİSS m. 9/3'e göre, taraf devletler, "bir ürünün çocuk pornografisi suçu oluşturması yönünden on altıdan daha küçük olmamak kaydıyla daha düşük bir yaş sınırı" kabul edebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği Konseyi'nin 2004/68 numaralı Adalet ve İçişleri Çerçeve Kararı m.3/2'de, çocuk pornografisine ilişkin bazı hareketlerin ceza sorumluluğunu kaldırması hususunda üye devletlerin kabul edebileceği birtakım istisnalar düzenlenmiştir. Buna göre, içeriğinde gerçek bir çocuğun veya çocuk gibi görünen yetişkinin bulunduğu ürünü yalnızca "üretmek" ve "elde bulundurmak" fiilleri bakımından, bu ürünlerin içeriğinde yer alan çocuğun rızasının varlığı ve yalnızca bireysel kullanım için üretilmesi ve elde bulundurulması halleri suç kapsamından çıkarılabilir. Burada on sekiz yaşından küçük çocuğun rızası ancak, "çocuğun cinsel ilişki bakımından rıza yaşına ulaşması ve failin yaş, olgunluk, sosyal statü, pozisyon, tecrübe anlamında üstünlüğünden yararlanmaması veya çocuğun kendisine bağlılığı durumunu kötüye kullanmaması" durumunda geçerli kabul edilecektir. Bkz. Leo STILO, "Çocuk Pornografisine Karşı Avrupa Birliği'nin Müdahalesi: 22 Aralık 2003 Tarihli 2004/68 GAI Konseyin Çerçeve Kararı Hakkında Bir Yorum" (Çev. Vesile Sonay EVİK), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuklar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s. 473. (Çerçeve Kararı) Anılan karar, 20.01.2004 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde (Official Journal of the European Union) yayınlanarak, Avrupa Birliği Antlaşmasına eklenmiştir. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal>

m. 104 birlikte değerlendirildiğinde, on beş yaşın üzerindeki çocukların cebir, tehdit veya hilenin söz konusu olmadığı hallerde cinsel ilişkide bulunmaları bakımından rızaları geçerli sayılsa⁶⁸⁶ da TCK m. 226/3'te yer alan suçun oluşması bakımından herhangi bir yaş sınırından veya çocuğun rızasından bahsedilmediğinden TCK m. 6/1-b kıstas alınacak ve rızanın mevcudiyeti herhangi bir önem arz etmeyecektir.

c. Temsili Çocuk Görüntüleri veya Çocuk Gibi Görünen Kişileri Kullanarak Çocuk Pornografisi Üretmek

6698 sayılı Kanun'la yapılan değişik sonucu TCK m. 226/3-1.cümleye eklenerek suç sayılan fiiller, çocuk pornografisi üretiminde, temsili çocuk görüntüleri veya çocuk gibi görünen kişileri kullanmaktır. Temsili çocuk görüntüleri kavramından, çocuk figürlerinin cinsellik içeren davranışlarının yer aldığı kısmen veya tamamen gerçek görüntüler barındırmayan, gerçek olmayan durumların gerçekçi şekilde tasvir edildiği, çizgi film veya animasyonlar anlaşılmalıdır. Çocuk gibi görünen kişiler kavramı ise, söz konusu ürünlerin içeriğinde on sekiz yaşından küçükmüş gibi giyinen ve bu şekilde davranan yetişkinler anlaşılır.

Öte yandan 6698 sayılı Kanun'la yapılan bu değişikliğin pratik açıdan bir önemi olmadığı söylenebilir. Zira B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol m. 2/1-c'ye göre çocuk pornografisi, "*çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi*" anlamına gelir. Ayrıca

content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004F0068&from=EN (E.T.: 11.03.2019).

⁶⁸⁶ Reşit olmayanla cinsel ilişki madde başlıklı TCK m. 104'e göre, "*on beş ile on sekiz yaş arasındaki çocuklarla cinsel ilişkide bulunan kişi ancak bu çocukların şikayeti üzerine cezalandırılır.*"

SOİSS m. 9/2'ye göre çocuk pornografisi terimi; “reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması, reşit olmayan şahsın görüntüsünü haiz şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması, reşit olmayan şahsın cinsel eylemlerde bulunmasını betimleyen gerçekçi görüntüleri, görsel anlamda tasvir eden pornografik malzemeleri” ifade eder.⁶⁸⁷ Bu sözleşme ve ek protokol, Anayasa m. 90/5'e göre iç hukuk normu haline gelmiş olup Kanun hükmündedir.

ABD'de, 1996 tarihli Çocuk Pornografisini Önleme Kanunu'nda (Child Pornography Prevention Act), temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanıldığı ürünler de çocuk pornografisi kapsamında düzenlenmekteydi. Bu düzenlemenin, “*Ashcroft v. Free Speech Coalition*” davasında Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. ABD Yüksek Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin kapsamının aşırı derecede geniş olduğundan hareketle Anayasa'ya aykırı bulmuş ve bu

⁶⁸⁷ SOİSS m. 9/3'e göre reşit olmayan terimi, “on sekiz yaşından küçük tüm şahısları kapsamaktadır.” Ayrıca m. 9/4'e göre, taraf devletlere, “*temsili çocuk görüntüleri veya çocuk gibi görünen kişileri kullanarak çocuk pornografisi üretmek fiillerini suç saymama konusunda çekince koyma hakkı tanınmıştır.*” Ancak Türkiye sözleşmeyi bu konu hakkında herhangi bir çekince koymadan imzalamıştır. Öte yandan Avrupa Birliği Konseyi'nin 2004/68 numaralı Adalet ve İçişleri Çerçeve Kararı m.3/2'de yer alan ve üye devletlerin çocuk pornografisine ilişkin suç sayılmaması bakımından kabul edebileceği istisnalardan biri de, çocuk gibi görünen yetişkinlerin içeriğini oluşturduğu çocuk pornografisi niteliğindeki ürünlerdir. Üye devletler, diğeri bir istisna olarak; bir kimsenin, temsili çocuk görüntülerinin kullanıldığı ürünleri yalnızca bireysel kullanım için ürettiğini veya elinde bulundurduğunu ispatlaması durumunda, bu kimsenin ceza sorumluluğunun olmayacağını kabul edebilirler. Bkz. **STILO**, “Çerçeve Kararı”, s. 473. “Çocuk pornografisi bulundurma suçu, soyut tehlike suçu veya engelleme suçu görünümündedir. Temsili görüntülerle oluşturulan çocuk pornografisi niteliğindeki ürünlerin üretimi ve dağıtımını sapkın hareketleri teşvik edebileceği gibi, küçüklerin fiziki-psikolojik bütünlükleri şeklindeki nihai korunan hukuksal değere zarar veren davranışlara da neden olabilecektir. Bu sebeple temsili çocuk pornografisi üretiminin veya bulundurulmasının suç sayılmaması yönündeki tercih, bu ürünün hukuka aykırı içerikli bir maddi konu barındırdığı için ceza hukukunun genel prensipleriyle bağdaşmamaktadır.”, **STILO**, “Çocuk Pornografisi”, s. 481. Zira temsili görüntülerle üretilen çocuk pornografilerinin, konusu olan cinsel sömürüyü önemsiz gösterdiği ve gerçek olmaması bahanesiyle çocukların cinsel istismarını normalleştirdiği ve teşvik ettiği belirtilmektedir. Bkz. **POLAT**, s. 182. Bu ürünlerin serbest bırakılması çocukların cinsel yönden suistimaline müsaade eden bir alt kültürün oluşmasına neden olabilir. Bkz. **SOKULLU-AKINCI**, s. 33.

düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkemeye göre; “Eğer sanal imajlar yasadışı çocuk pornosuyla aynı ise, o zaman yasadışı imajlar ayırt edilmeyen alternatifleri vasıtasıyla pazardan sürülecektir. Eğer kurgusal ve bilgisayar imajlar yeterli olacaksa, çok az pornocu gerçek çocukları suistimal ederek kovuşturma riskini alacaktır. Uzmanların, resimlerin gerçek çocuklar kullanılarak mı, yoksa bilgisayar imajıyla mı yapıldığını belirlemede zorlandıkları argümanının özü; koruma görmeyen ifadenin yasaklanması için, garanti edilen ifadenin yasaklanabileceğidir. Meşru bir ifade, gayri meşru bir ifadenin bastırılması aracı olarak kullanılamaz. Koruma gören bir ifade, salt koruma görmeyen ifadeye benziyor diye, koruma görmeyen bir ifadeye dönüşmez.”⁶⁸⁸ Ancak karardan bir yıl sonra yürürlüğe giren “The PROTECT Act (Soruşturma ve Diğer Araçlar Yoluyla Günümüzde Çocukların Sömürülmesine Son Verme Kanunu)” ile, temsili çocuk görüntüleri ve çocuk gibi görünen kişilerin kullanıldığı ürünler yeniden çocuk pornografisi suçu kapsamına alınmış olup, söz konusu düzenleme günümüzde halen yürürlüktedir.⁶⁸⁹

Sonuç olarak çocuk pornografisini üretmek suçunun oluşması için üretim sonucu ortaya çıkan üründe gerçek bir çocuk bulunması şart değildir. Ortaya çıkarılan ürün, hükme göre görüntü, yazı veya söz biçiminde olabilir. Bu doğrultuda hayali bir çocukla ilgili cinsellik içeren herhangi bir yazının yazılması da bu suçu oluşturmaktadır.⁶⁹⁰ Doktrinde gerçek çocuk kullanılmayarak üretilen çocuk pornografilerinin

⁶⁸⁸ ARSLAN, s. 476.

⁶⁸⁹ The PROTECT Act of 2003, sec. 502/a, bkz. <https://www.state.gov/documents/organization/120382.pdf> (E.T.: 25.03.2019).

⁶⁹⁰ GÜNGÖR, “Çocuk Pornografisi”, s. 553. Bu tespit Uluslararası Polis Teşkilatı INTERPOL’ün çocuk pornografisi tanımıyla da örtüşmektedir. INTERPOL çocuk pornografisini, “Çocuğun cinsel olarak sömürülmesinin ve istismarının sonucunda oluşan, çocuğun seksüel sömürüsünün tasvir edildiği ya da desteklendiği, çocuğun seksüel haline ya da cinsel organına yönelik her türlü yazılı ya da görsel materyal” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Ayşe Aslıhan ERBAŞI, “Çocuk Pornografisi”, in. İBD, C. 81, S. 4, Y. 2007, s. 1616.

cezasının, gerçek çocuk kullanılarak üretilen çocuk pornografilerinin cezasına oranla daha az olması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁶⁹¹

2. Hukuka Aykırılık

TCK genel hükümlerde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin hiçbiri çocuk pornografisi üretmek suçuyla bağdaşmaz.

Öte yandan TCK m. 226/7'de düzenlenen ve maddede yer alan suçlara özgü hukuka uygunluk sebebine göre, "TCK m. 226'da yer alan suçlara ilişkin hükümler bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz." Bu itibarla bir bilimsel eserde yer alan, örneğin, bir çocuğun cinsel bölgelerini konu alan bir fotoğraf gibi çocuk pornografisi olarak değerlendirilebilecek ürünler TCK m. 226/3'te yer alan suça vücut vermeyecektir. Diğer yandan, çocuk pornografisi olarak değerlendirilebilecek ürünler açısından, bir ürünün sanatsal veya edebi değeri olduğundan bahisle bu hukuka uygunluk nedeni ileri sürülemeyecektir.⁶⁹²

⁶⁹¹ ÖZBEK'e göre, ayrıca bu ürünleri tek başına bulundurmak fiili, TCK m. 226/3-2.cümle'de yer alan suçu oluşturmamalıdır. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 123. İCK'da 2006 yılında yapılan bir değişiklikle, temsili çocuk görüntüleri ve çocuk gibi görünen kişilerin yer aldığı pornografik ürünler de çocuk pornografisi üretmek suçu kapsamına alınmış; ancak bu ürünlerin söz konusu olması halinde verilecek cezanın belli oranda indirim yapılarak tayin edilmesi öngörülmüştür. Bkz. GÜNGÖR, "Çocuk Pornografisi", s. 553.

⁶⁹² ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 128, GÜNGÖR, "Çocuk Pornografisi", s. 555; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6778. Çocuk pornografisi niteliğindeki ürünlerin bilimsel eser niteliğinde olsa dahi TCK m. 226/7 dışında tutulduğu yönündeki görüş için, bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 340; ÜNVER, "Çocuk ve Genç", s. 55. Öte yandan ABD Yüksek Mahkemesi'ne göre; "Gençlerin cinsel aktivitesi ve çocukların cinsel suistimali sayısız edebi esere ilham olmuştur. William Shakespeare birinin sadece 13 yaşında olduğu en meşhur genç aşıklar çiftini yarattı. Bkz. 'Romeo ve Juliet', act. I, sc. 2, 1.9 ('Henüz on dört yaşına dönmemişti'). Eserinde, Shakespeare ilişkiyi harika ve masum bir şey olarak anlatır, gençliğe ait bir şey olarak değil. Eser 40'tan fazla filme konu oldu, bunlardan bazıları gençlerin ilişkilerini cinsel birleşme ile noktaladığına işaret eder. Shakespeare Elizabeth dönemi izleyicileri için açık saçık sahneler yazmamış olabilir, ama modern dönem yönetmenlerinin daha az klasik bir yaklaşım

3. Kusurluluk

Çocuk pornografisi üretmek suçunun taksirli hali hükümde düzenlenmediğinden bu suç ancak kasten işlenebilir. Hükümde çocuk pornografisi üretmek amacıyla, gerçek çocukları veya çocuk gibi görünen kişileri ya da temsili çocuk görüntülerini “kullanmak” fiili suç sayıldığından, bu suç ancak özel kastla işlenebileceği söylenebilir. Nitekim kişinin, kullanmak fiiliyle ortaya bir ürün çıkarmak gibi bir amacı söz konusu olmadığında bu suç vücut bulmayacaktır. Öte yandan hükümde esasen suç sayılan fiilin üretmek olduğu göz önüne alındığında, kanun koyucu, söz konusu ürünü üreten kişinin belirli bir amaç doğrultusunda hareket etmesini şart koşmadığından, bu suç genel kastla işlenebilir. Zira failin, üretmek fiilini ticari veya kişisel kullanım amacıyla gerçekleştirmiş olması, önem arz etmez.⁶⁹³ Zira kanun koyucu suçun tamamlanması için üretmek fiilinin gerçekleştirilmesini şart koşmamaktadır. Salt hareket suçu niteliğindeki bu suç için, failin suç teşkil eden fiili bilmesi ve istemesi, kastın varlığı için yeterlidir.⁶⁹⁴ O halde bu suçta kast, failin çocuk pornografisi üretmek amacıyla, gerçek çocukları veya çocuk gibi görünen kişileri ya da temsili çocuk görüntülerini, bilerek ve isteyerek kullanmasıdır.⁶⁹⁵ Örneğin, on sekiz yaşından küçük kişinin kendi görüntüsünü, masturbasyon yaparken kaydetmesi halinde bu suç oluşacaktır.⁶⁹⁶

Failin, pornografi üretiminde kullandığı kişilerin yaşı üzerinde hataya düşmüş olması, fiil üzerinde hata olarak değerlendirilir ve bu durumda fail kasten

benimsememeleri eserin müstehcen olduğu sonucunu doğurmaz.”, bkz. ARSLAN, s. 472.

⁶⁹³ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 128; GÜNGÖR, “Çocuk Pornografisi”, s. 555; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6778; TANERİ, “Müstehcenlik”, s. 599; ÖZEN – BAŞTÜRK, s. 265.

⁶⁹⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 253

⁶⁹⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 340.

⁶⁹⁶ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 127; GÜNGÖR, “Çocuk Pornografisi”, s. 553.

hareket etmiş sayılmaz.⁶⁹⁷

G. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Salt hareketle işlenen suçlara kural olarak suça teşebbüs mümkün değildir. Ancak bu suç bakımından, kullanmak hareketinin parçalara bölünmesi mümkündür. Örneğin, failin çocuğu veya çocuk gibi görünen kişileri çekim için hazırlarken yakalanması halinde, icra hareketlerine başlandığı kabul edilmeli ve fail, suça teşebbüs-ten dolayı cezalandırılmalıdır.⁶⁹⁸

2. İştirak

Bu suç iştirak açısından bir önem arz etmemekte olup suça iştirak halinde sorun genel hükümler çerçevesinde çözülecektir. Öte yandan örneğin, failin gerçek çocuk kullanarak çocuk pornografisi üretmek suçunu işlemesi halinde, somut olaya göre fail, TCK m. 103'e göre oluşacak cinsel istismar suçundan TCK m. 38'e göre azmettiren veya TCK m. 37/2'ye göre dolaylı fail olarak sorumlu olabilir. Ayrıca Polonya CK. m. 202 uyarınca bir kimseyi, çocuk pornografisi üretme suçunu işlemek veya işleyenlere yardım etmek fiillerine, teşvik etmek, ayrıca suç olarak düzenlenmiştir.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ GÜNGÖR, Hata, s. 61. Aksi yöndeki görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 340.

⁶⁹⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 339. ÖZBEK'e göre, çocuğun cinsel istismarının söz konusu olmadığı durumlarda kullanmak fiilini gerçekleştirmeye yönelik teşebbüs aşamasında kalan hareketler cezalandırılmamalıdır. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 138.

⁶⁹⁹ ÜNVER, "Çocuk ve Genç", s. 61.

3. İçtima

TCK m. 226/3-1.cümle’de yer alan çocuk pornografisi üretmek suçu ile TCK m. 134/1-2.cümle’de yer alan özel hayatın gizliliğini kayıt suretiyle ihlal suçu ve TCK m. 103/2’de yer alan cinsel istismar suçlarının birlikte işlenmesi söz konusu olabilir. Örneğin, failin, on beş yaşından küçük kişiyle cinsel ilişkiye girerken bunu gizli kamerayla çekmesi halinde hem TCK m. 226/3-1.cümle’deki suç hem m. 134/1-2.cümle’deki suç hem de TCK m. 103/2’de yer alan suçlar oluşacaktır. Bu durumda iki hareket ve iki fiil sonucu üç suç meydana gelecektir. TCK m. 226/3-1.cümle’de yer alan suç ile m. 134/1-2.cümle’de yer alan suç tek hareket ve tek fiil sonucu oluşacağından bu iki suç yönünden fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. TCK m. 103/2’de yer alan suç ise ayrı bir fiil sonucu olduğundan bu suç ile diğer suçlar arasında fikri içtima kuralı uygulanamaz.⁷⁰⁰

Çocuk pornografisi üretmek suçunun farklı zamanlarda işlenmesi halinde TCK m. 43/1 uygulanacaktır. Bu suç açısından mağdur toplum olduğundan çocuk pornografisi üretiminde aynı veya farklı kişi kullanılması önem arz etmez. Dolayısıyla bu suç açısından TCK m. 43/2’nin uygulanması söz konusu olamaz.

H. MUHAKEME

5235 sayılı Kanun m. 11’e göre bu suçlarda görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleridir. Çocuk pornografisi üretmek suçunun dava zamanaşımı TCK m. 66/1-d’ye göre on beş yıldır. Failin on sekiz yaşından küçük olması halinde bu süre

⁷⁰⁰ **GÜNDEL**, s. 248. Buna karşın, çocuğun cinsel istismarı fiili gerçekleştirilirken bunun kayda alınması neticesinde çocuk pornografisi niteliğinde ürün üretimi söz konusu olduğunda TCK m. 103/2 ile m. 226/3-1.cümle’de yer alan suçlar açısından fikri içtima kuralı uygulanması gerektiği söylenmektedir. Bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 140; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6778.

TCK m. 66/2’de belirtilen oranlar uyarınca indirilecektir. Bu suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olduğundan CMK m. 100/4’te yer alan tutuklama yasağı söz konusu olmaz ve CMK m. 101/1 uyarınca şüpheli veya sanık tutuklanabilir. CMK m. 102/1’e göre tutukluluk süresi en fazla bir yıl olup zorunlu hallerde bu süre altı ay daha uzatılabilir.⁷⁰¹

Ayrıca örneğin TCK m. 226/3-1.cümle’den dava açılmasına rağmen, iddianameden TCK m. 226/3-2.cümle’de yer alan suçun kanuni unsurlarının gerçekleştiği açıkça anlaşılıyorsa CMK m. 226/3 uyarınca sanığa “*ek savunma hakkı*” verilerek TCK m. 226/3-2.cümle’de yer alan suçtan hüküm kurulabilir.⁷⁰² Buna karşın iddianameden, olayda çocuk pornografisi üretmek suçunun unsurlarının tamamının sübut bulunduğu anlaşılıyorsa ancak bu yönde bir şüphe mevcutsa, bu durumda mahkeme CMK m. 158/1 uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmalıdır.

İ. YAPTIRIM

1. Cezalar

Bu suçun cezası, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası olarak belirtilmiştir. Kanımızca adli para cezasının üst sınırının TCK m. 52/1’de belirlenen yedi yüz otuz günlük olağan sınıra göre oldukça yüksek tutulması suçun koruduğu hukuki konunun önemi ve bu suçun gelir kaynağının önüne geçilmesi açısından yerinde bir tercihtir.⁷⁰³ Suç için öngörülen hapis cezasının alt

⁷⁰¹ Diğer koruma tedbirleri için bkz. “*Bl. 3 – II. F. 2.*”, s. 232.

⁷⁰² “*Sanıklar hakkında TCK.nın 226/3-1. cümlesine aykırılıktan açılan kamu davasında ek savunma hakkı verilmeksizin 226/3-2. cümlesinden hüküm kurulmak suretiyle CMK.nın 226/1 maddesine muhalefet edilmesi ...*”, 14. CD., K.T.: 10.06.2013, E.: 2011/17428, K.: 2013/7371, bkz. **BAYTEMİR**, Ahlak, s. 379.

⁷⁰³ Adli para cezasının alt ve üst sınırı arasındaki olağanüstü farkın kanunilik ilkesiyle

sınırı beş yıl olduğundan bu suç açısından CMK m. 231'e göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez, hükmolunan ceza TCK m. 50'ye göre seçenek yaptırımlara çevrilemez ve TCK m. 51'e göre ertelenemez.

2. Güvenlik Tedbirleri

Çocuk pornografisi niteliğindeki ürünler, bunların üretimi suç teşkil ettiğinden TCK m. 54/4 uyarınca müsadere edilir. Üretimde kullanılan eşyalar ise, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla TCK m. 54/1-1.cümle uyarınca; suç teşebbüs aşamasında kalmışsa, üretimde kullanılmak üzere hazırlanan eşyalar genel ahlak açısından tehlikeli olarak kabul edilip TCK m. 54/1-2.cümle uyarınca müsadere edilir.

TCK m. 226/1'de olduğu gibi şartları bulunması halinde,⁷⁰⁴ bu suç açısından da m. 226/6 uyarınca tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilir.⁷⁰⁵ Bununla birlikte Türkiye'nin de tarafı olduğu SOİSS ile taraf devletlere, tüzel kişiler adına hareket eden gerçek kişilerin gerek icrai⁷⁰⁶ gerekse ihmali hareketleri sonucu⁷⁰⁷, çocuk pornografisine ilişkin suçların oluşması halinde, tüzel kişilerin bu

bağdaşmadığı yönündeki görüş için bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 141.

⁷⁰⁴ Bkz. "Bl. 2 – I. İ. 2. b.", s. 160.

⁷⁰⁵ TMK m. 48, m. 49 uyarınca tüzel kişinin de hukuken bir kişi olması, TCK m. 20/1'de "kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz" hükmü karşısında, tüzel kişinin üçüncü bir kişinin suç oluşturan fiili ile sorumlu tutulması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 496; **KATOĞLU**, "Mağdur", s. 668-671. Tüzel kişilerin ceza hukuku sorumluluğuna tabi olmasının kabul edilemez olduğu yönündeki görüş için, bkz. **ÜNVER**, "Genç ve Çocuk", s. 56.

⁷⁰⁶ SOİSS m. 12/1'e göre, "Taraflardan her biri, bir tüzel kişilik bünyesinde; tüzel kişiyi temsil yetkisine, tüzel kişi adına karar verme yetkisine veya tüzel kişi bünyesinde denetim yetkisine sahip olan herhangi bir gerçek kişinin, bireysel ya da tüzel kişinin bir organının parçası olarak hareket ederek, tüzel kişinin çıkarları için işbu Sözleşme uyarınca suç olarak kabul edilmiş bir eylemi gerçekleştirme durumunda, tüzel kişilerin cezai suçtan sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir."

⁷⁰⁷ SOİSS m. 12/2'ye göre, "Taraflardan her biri, gerçek kişinin denetim veya kontrol eksikliği

suçtan sorumlu tutulmasını sağlayacak tedbirler düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir. SOİSS, m. 12/3'e göre, "*İlgili Taraf'ın yasal ilkelerine tabi olarak, tüzel kişinin sorumluluğu cezai, hukuki veya idari nitelikte olabilir.*"; m. 12/4'e göre, "*Böylesi bir yükümlülük, suçu işleyen gerçek kişilerin cezai yükümlülüğüne hanel getirmeyecektir.*"; m. 13/2'ye göre, "*Taraflardan her biri, Madde 12 uyarınca sorumlu tutulan tüzel kişilerin maddi yaptırımlar da dahil olmak üzere, etkili, orantılı ve caydırıcı cezai veya cezai olmayan yaptırımlara veya tedbirlere tabi olacağını teminat altına alacaktır.*"⁷⁰⁸

sonucunda tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişinin bu tüzel kişinin menfaati için işbu Sözleşme'de belirlenmiş suçlardan birini işlemesi mümkün olursa, tüzel kişinin bundan sorumlu tutulmasını sağlamak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir."

⁷⁰⁸ Ayrıca AB Konseyi 2004/68 no'lu Adalet ve İçişleri Çerçeve Kararı m.2, m. 3 ve m. 4 hükümleriyle üye devletlere, tüzel kişilerin çocuk pornografisine ilişkin suçlardan dolayı sorumluluklarının düzenlenmesi yönünden birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre tüzel kişilerin cezai sorumluluğu ancak; bu suçlardan menfaat elde etmiş olmaları ve tüzel kişi bünyesinde bu suçu işleyen gerçek kişinin idare veya karar organlarında (temsil, karar veya kontrol yetkisi bulunması vb.) önemli bir role sahip olması, durumunda söz konusu olacaktır. Ayrıca ihmali hareketlerden dolayı tüzel kişilerin sorumluluğu 2004/68 no'lu karar m. 6/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, "*Tüzel kişi bünyesindeki kontrolle görevli gerçek kişi, kontrol yapabilecekken ve yapması gerekirken kendi altında olan bir kişinin m.2, m. 3 ve m. 4'te yer alan suçları işlemesine müsaade ederek iyi bir gözetim yapmamışsa sorumluluğu olur. Tüzel kişinin sorumluluğu herhangi bir şekilde bu suçları işleyen, işlemeye teşvik eden veya suçlara iştirak eden gerçek kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Kontrolle görevli kişilerin gerekli dikkati göstermeksizin görevlerini gerçekleştirmeleri halinde daha hafif yaptırımlara maruz bırakılması, üye devletlerin takdirindedir.*", bkz. **STILO**, "*Çerçeve Karar*", s. 475.

II. ÇOCUK PORNOGRAFİSİ BULUNDURMA VE YAYMA SUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Çocuk pornografisi bulundurma ve yayma suçları belirtildiği üzere TCK m. 226/3-2.cümle’de düzenlenmiştir.⁷⁰⁹ Çocuk pornografisine ilişkin suçların ayrıntılı şekilde düzenlenmesi ve bu suçlar için caydırıcı cezalar öngörülmesi nedeninin, söz konusu ürünlerle temas eden kimselerde, pedofili eğiliminin görülebilmesi riski olduğu belirtilmektedir.⁷¹⁰ Gerçekten çocuk pornografisinin yaygınlaşması, pedofili vakalarının artmasına yol açar.⁷¹¹ Zira durumsal pedofillerin çocuk pornografisiyle temas etmesi sonucu, bastırdıkları dürtülerin ortaya çıkması söz konusudur.⁷¹²

Çocuk pornografisi üreten veya yayan kimselerin genellikle cinsel tatminden çok ticari amaçla hareket ettiği belirtilmektedir.⁷¹³ Bununla birlikte çocuk pornografisinin; *“pedofiller tarafından pedofilik davranışın, kendileri dışında pek çok kimse tarafından da paylaşıldığını göstererek meşrulaştırmak ve haklılaştırmak; pedofiller tarafından ilişki kurmak istedikleri çocuğun korkularını ve çekingenliğini ortadan*

⁷⁰⁹ **TCK m. 226/3:** “Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁷¹⁰ Buna göre; *“pornografik materyal, basit grafiklerin kompleks özellikleri ve fonksiyonlarını gerçekleştirerek pedofilinin esas unsurunu oluşturmaktadır. Pedofili olan kişiler, diğer pedofillerle bir iletişim ağı meydana getirmek için fotoğraf ve filmleri birbirleriyle paylaşmaktadırlar.”*, Strano On-line Pedofilinin Klinik veya Kriminolojik Bir Çalışması, SOPSI (İtalyan Psikopatoloji Birliği) Uluslararası Kongre Raporu, Roma 2003, in. Psychomedia Telematic Review (www.psychomedia.it), bkz. **STILO**, “Çocuk Pornografisi”, s. 480.

⁷¹¹ **SOKULLU-AKINCI**, s. 37; **KARACA – BEYAZNAR**, s. 67, 68.

⁷¹² Bkz. “Bl. 1 – II. B. 3.”, s. 40.

⁷¹³ **POLAT**, s. 156.

*kaldırmak ya da aynı yaşlarda olan çocukların cinsel aktivitelerde bulunduğunu kanıtlamak; görüntülenen çocuğa sonraki zamanlarda da benzer davranışlarda bulunması için şantaj yapmak; bu ürünleri paylaşmak suretiyle diğer pedofillerle iletişim kurmak ve bu sayede çocuklara ulaşmak” amaçlarıyla da kullanıldığı ifade edilmektedir.*⁷¹⁴

B. HUKUKİ KONU

Bu suçun hukuki konusu bir görüşe göre, çocuk pornografisinin ülke içinde veya dışında dolaşımının engellenmesine ilişkin kamusal yarardır.⁷¹⁵ Hukuki konuyla ilgili diğer bir görüşe göre bu suçla, çocuk pornografisi niteliğindeki ürünlerin talep edilmesinin ve bu sayede çocukların bu ürünlerin üretiminde kullanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır.⁷¹⁶ Kanımızca bu suçun hukuki konusu, “*çocukların cinsel istismarının normalleştirilmesinin engellenmesi suretiyle toplumun genel ahlakının korunmasına ilişkin kamusal yarar*”dır.

C. MAĞDUR, MADDİ KONU VE FAİL

Çocuk pornografisi bulundurma ve yayma suçunun mağduru toplumdur.⁷¹⁷ Suçun maddi konusu ise doğal olarak, bulundurmak ve yaymak fiillerinin üzerinde işlendiği çocuk pornografisi niteliğindeki görüntü, yazı veya söz içeren ürünlerdir.⁷¹⁸

Bu suç fail açısından bir özellik arz etmez. Tüm gerçek kişiler bu suçun faili

⁷¹⁴ ÇAM, s. 64.

⁷¹⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 340.

⁷¹⁶ GÜNGÖR, “Çocuk Pornografisi”, s. 553.

⁷¹⁷ Suçun mağdurunun kamu olduğu yönündeki görüşler için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 340; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 124.

⁷¹⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 340; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 121.

olabilir. Çocuk pornografisi üretmek suçunda olduğu gibi, üretmek fiilini kendisini kullanarak gerçekleştiren çocuk da bu suçun faili olabilecektir.

D. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

a. Genel Olarak

Hükümde suç sayılan fiiller, çocuk pornografisi niteliği havi görüntü, yazı veya söz içeren ürünleri, “ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak ya da başkalarının kullanımına sunmak” olarak belirtilmiştir.⁷¹⁹ Suç teşkil eden seçimlik hareketlerin tanımı hükümde ya da gerekçede yer almamaktadır.⁷²⁰ Bu suçun meydana gelmesi için sayılan hareketlerden en az birinin gerçekleştirilmesi gerekir ve hareket gerçekleştirildiğinde suç tamamlanır. O yüzden bu suç, “seçimlik hareketli” ve “salt hareket suçu”

⁷¹⁹ B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ye Ek Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol m. 3/1-c’ye göre, protokole taraf devletlere çocuk pornografilerinin “dağıtımını, yayılmasını, ithalini, ihracını, sunumunu, satışını veya zilyetliğini” suç olarak düzenlemekle yükümlülüğü getirilmiştir. Yine SOİSS m. 9/1’e göre, taraf devletlere, “bir bilgisayar sistemi üzerinden; çocuk pornografisi sunmak, erişilebilir hale getirmek, dağıtmak, iletmek, temin etmek; bir bilgisayar sisteminde veya bilgisayar verileri depolama aygıtında çocuk pornografisi bulundurmak” fiillerinin kasten ve haksız yere gerçekleştirilmesi hallerini suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak SOİSS m. 9/4’e göre taraf devletler, çocuk pornografisi temin etmek veya bulundurmak fiilleri ile çocuk gibi görünen kişilerin rol aldığı veya temsili çocuk görüntüleriyle üretilen çocuk pornografilerini suç saymama haklarını saklı tutabilirler. Hükümde yer alan “erişilebilir hale getirmek” fiilinin, çocuk pornografisi sitelerine “hyperlink” oluşturulmasını da kapsadığı belirtilmektedir. Bkz. Mahmut KOCA, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi”, in. Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 3, B. 1, İstanbul 2003, s. 806. Hyperlink: “Bir web sayfasında bir takı (tag), kullanılarak başka bir dosya ile oluşturulan bağlantıdır.”, bkz. ERALP, s. 72.

⁷²⁰ Bir görüşe göre, haksızlık içeriği farklı fiillerin aynı yaptırıma tabi olması yerinde değildir. Örneğin, “uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu”nun yer aldığı TCK m. 188’de yer alan düzenlemeye benzer şekilde TCK m. 3/1’de yer alan orantılılık ilkesi de göz önüne alınarak; imal, ithal ve ihraç fiilleri yönünden farklı; satmak, satışa arz etmek, bulundurmak fiilleri yönünden farklı cezalar öngörülmesi daha uygun olurdu. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 128.

niteliğindedir. Hareketlerden birkaçı zaman birliği içinde birlikte yapılırsa tek suç oluşacaktır.⁷²¹ Suçun oluşması bakımından işlenen fiiller sonucu herhangi bir zarar veya zarar tehlikesinin meydana gelmesi şart koşulmadığından, bu suç “*salt tehlike suçu*” niteliğindedir.⁷²²

b. Çocuk Pornografisi Bulundurmak

Bulundurmak, “*bir şeye sahip olmak*,⁷²³ *var olmasını, hazır bulunmasını sağlamak, eksik etmemek*⁷²⁴” anlamlarındadır. Bir görüşe göre bulundurmak, bir ürün üzerinde fiili olarak egemenlik tesisinin süreklilik arz etmesidir.⁷²⁵ Katıldığımız diğer görüşe göre ise, ürün üzerindeki egemenlik tesisi fiili veya hukuki olabilir. Buna göre bir kimsenin söz konusu ürünü, yanında veya başka bir yerde buldurması önem arz etmez. Ayrıca, bulundurmak fiilinin işlenebilmesi için kişinin, ürün üzerinde tasarruf imkanının mevcut olması yeterli olup, bu ürünün maliki olması şart değildir. Örneğin, bir daire içinde çocuk pornografisi bulunduğunu bilen ve bu daireye istediği her an giriş yapabilen kimseler, bu ürünleri bulundurmak fiilini işlemiş olacaklardır.⁷²⁶ Bulundurmak fiilini işleyen bir kimsenin söz konusu ürünleri, kişisel kullanım veya ticari amaçla buldurması önem arz etmediğinden, buldurma fiili yönünden “*özel kast*” aranmamaktadır.⁷²⁷ Buldurulan ürünün sayısı önem arz

⁷²¹ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 129; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 341.

⁷²² ÖZEN, Tehlike, s. 6; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 132, 135; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6782.

⁷²³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 341; GÜNGÖR, “Çocuk Pornografisi”, s. 553.

⁷²⁴ TDK Güncel Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 25.02.2019).

⁷²⁵ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 133; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 719.

⁷²⁶ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6781. Benzer yönde görüş için, bkz. SOYASLAN, Özel, s. 568. Kanun koyucunun çocuk pornografisine ilişkin suçlarda, “*sahip olmak*” fiili yerine, “*buldurmak*” fiilini suç saymasının nedeni, “*sahip olma*” kavramının sınırlandırıcı etkisine dayalı yapılabilecek yorumları bertaraf etmektir. Bkz. STILO, “Çocuk Pornografisi”, s. 479.

⁷²⁷ ÖZEN – BAŞTÜRK, s. 121; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6781; AKARCA, s. 35; GÜNDEL,

etmemekle birlikte, “bulundurmak” fiilinin sistematik şekilde gerçekleştirilmesi gerekmemektedir.⁷²⁸

Bulundurmak fiilinin söz konusu olması için, doğal olarak bu fiilin en azından belli bir süre gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁷²⁹ Doktrinde bu tür suçlar “kesintisiz suç” olarak adlandırılır.⁷³⁰ Bu çerçevede erişim sağlanan cihaza indirilmeksizin İnternet üzerinden çocuk pornografisi görüntülenmesi halinde suçun vücut bulmama- cağı ve bu durumda suç sayılması gerektiği söylenmektedir.⁷³¹ Kanımızca bu du- rum “bulundurmak” fiili kapsamında değerlendirilebilir. Zira İnternet üzerinden herhangi bir şey görüntülenmesi, bu şeyi oluşturan verilerin cihazın “kısa süreli

s. 249; “... ele geçirilen bilgisayar kayıtlarının incelenmesinde çocuk pornografisi içerikli 23.000’den fazla fotoğraf ve 550’nin üzerinde video ... kaydına rastlandığı ... kasıtlı olarak ya- pılan bireysel amaçlı bulundurma ve depolamanın da suç sayıldığı, ... bilgisayarında sistematik biçimde depolama ve bulundurma fiilinin kişisel amaçlı dahi olsa ... Yasa’nın 226/3. maddesine uyan suçu oluşturduğu ...”, 5. CD., K.T.: 01.10.2007, E.: 9856, K.: 6967, bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 133. İsviçre CK. m. 197/4 uyarınca failin, çocuk pornografisine ilişkin suçları maddi kazanç elde etme amacıyla işlemesi, cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bkz. **ÜNVER**, “Çocuk ve Genç”, s. 60.

⁷²⁸ **GÜNDEL**, s. 249; “Sanığın, 10 ve 12 yaşlarında bulunan kız çocuklarının kullanıldığı ‘çocu- ğun cinsel istismarına’ yönelik görüntüleri İnternet aracılığı ile yurt dışı kaynaklı sitelerden indirip bilgisayarında depoladığı, parça parça indirilen görüntülerin birleştirilmesi suretiyle CD’ye aktarımını yaptığı, söz konusu görüntüleri ... CD ortamında muhafaza ettiği, bu haliyle sanığın çocuk istismarını içeren görüntüleri bulundurmak suçunu işlediği anlaşılma- kla, yerel mahkemece sanığın görüntüleri kişisel amaç için yaptığı ve yalnızca iki adet kaydın mevcut olduğu, bu sebeple sistematik olarak bulundurma olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle sa- nığın beraatine karar verilmesi ...”, 14. CD., K.T.: 24.09.2012, E.: 2011/7550, K.: 2012/8887, bkz. **BAYTEMİR**, Ahlak, s. 378.

⁷²⁹ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 134; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6781.

⁷³⁰ Kesintisiz suçun söz konusu olabilmesi için; failin davranışının tehlikeli veya zararlı olma durumu süreklilik arz etmeli ve fail, meydana getirdiği hukuka aykırılık halini gidermek kudretine sahip olmalıdır. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 189.

⁷³¹ **ERBAŞI**, s. 1644; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6782; **ROLLO – NEUBACHER**, s. 662; **GERÇEKER**, s. 2429.

*belleğine*⁷³² aktarılması ve bu bellekte biriktirilmesiyle gerçekleşir.⁷³³ Dolayısıyla bir kimse söz konusu görüntüleri, bilgisayarın ana belleğine kaydetmeksizin dilediği kadar uzun bir süre boyunca, bilgisayarın kısa süreli belleğinde bulundurabilir. Kanımızca bu durumda TCK m. 226/3-2.cümle yönünden “*bulundurmak*” fiili işlenmiş olacaktır.⁷³⁴ Zira, söz konusu ürünlerin İnternet üzerinden izlenmesinin suç sayılması, hem bu ürünler için talep doğurucu etkiye sebep olması nedeniyle, hem de üretim aşamasından bulundurmaya kadar zincirin tüm parçalarına ilişkin fiillerin cezalandırılması yönündeki tercihle bağdaşmaktadır.⁷³⁵ O halde bu yöndeki bir kabul, çocuk pornografisine ilişkin suçların korumayı amaçladığı hukuki değer ve menfaatler açısından zorunluluk arz eder.

c. Çocuk Pornografisi Yaymak

Hükümde çocuk pornografisinin yayılmasının önlenmesi amacıyla; “*ülkeye sokmak, nakletmek, depolamak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, ihraç etmek veya başkalarının kullanımına sunmak*” fiilleri suç sayılmıştır.

Belirttiğimiz üzere, çocuk pornografisi yayma suçu çoğunlukla, İnternet üzerinden işlenmektedir. Bu ürünlerin İnternet üzerinden, belirsiz sayıda kişinin

⁷³² Kısa süreli bellek, İngilizce’de “RAM” olarak kısaltılmaktadır. RAM (Random Access Memory), Türkçe: “*Ara bellek, bilgisayarın veriyi süratle depolama işlevi*”, **Cambridge Yabancılar İçin Çevrimiçi Sözlük**, bkz. https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce-türkçe/ram_3 (E.T.: 26.02.2019). “RAM, bilgisayara girilen verilerin üzerine yazıldığı ve saklandığı, bilgisayarın üzerinde işlem yaptığı bellektir.”, **DÜLGER**, s. 63.

⁷³³ Christopher Alan **JENNINGS**, “*Fair Use on the Internet*”, in. Congressional Research Service – Report for Congress, 21.05.2002, s. 4, 5, bkz. <http://www.iwar.org.uk/news-archive/crs/10923.pdf> (E.T.: 24.02.2019).

⁷³⁴ “*Bir network taşıyıcısı tarafından algılanabilen her veri, hukuk açısından korunmaya değer bir ‘mal’ niteliği alır.*”, bkz. Feridun **YENİSEY**, “*Bilgisayar ve Bilgisayar Şebekelerinin Ortaya Çıkardığı Yeni Suç İşleme Yöntemleri*”, in. Bilişim ve İnternet Teknolojilerinin Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar Sempozyumu, 24 Mart 2001 – Bursa, s. 53.

⁷³⁵ Benzer yönde görüş için, bkz. **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 266.

ulaşabileceği şekilde erişime sunulmasının yanında,⁷³⁶ doğal olarak, bu ürünlerin elektronik posta yoluyla gönderilmesi veya ücret karşılığı indirilmesi suretiyle de, TCK m. 226/3-2.cümle’de düzenlenen suç işlenebilmektedir. Bu durum Türkiye’nin de taraf olduğu SOİSS’ye m. 9’da öngörülmektedir.⁷³⁷

Ülkeye sokmak, “sınırdan geçirmek, ithal etmek, maddi bir şeyi başka bir ülkeden getirmek” anlamlarındadır.⁷³⁸ Çocuk pornografisinin bulundurulması suç olduğuna göre bu ürünler ancak yasadışı yöntemlerle sınırdan geçirilebilir.⁷³⁹ Öte yandan İnternet üzerinden belirsiz kişinin ulaşabileceği şekilde yayınlama yapılmaksızın, kişiye yurt dışından çocuk pornografisi gönderilmesi halinde, gönderen kişi ülkeye sokmak fiilini işlemiş olur.⁷⁴⁰

Nakletmek, “bir şeyi bir yerden başka bir yere taşımak” anlamındadır.⁷⁴¹ Belirtmek gerekir ki “nakletmek”, “sevk etmek”ten farklıdır. Sevk etmek, bir şeyin bir yerden bir yere örneğin, kargo aracılığıyla gönderilmesidir. Nakletmek ise, bir şeyin fail veya yardımcıları tarafından bizzat götürülmesidir. Hüküm uyarınca, nakletmek fiilinin ülke içinde gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi takdirde hükümde yer alan,

⁷³⁶ Bu durumda TCK m. 226/5’te yer alan suç oluşacaktır. Bkz. “Bl. 3 – V. D. 1.”, s. 279.

⁷³⁷ Avrupa Birliği Konseyi’nin 2004/68 numaralı Adalet ve İçişleri Çerçeve Kararı m.3’e göre, “Her üye devlet, enformatik bir sistem aracılığıyla gerçekleştirilsin veya gerçekleştirilmesin, söz konusu iradi davranışların suç olarak cezalandırılabilir olması için gerekli tedbirleri kabul etmelidir. Verilen tanıma çocuk pornografisi materyalinin üretimi anından, yayılması veya iletimi için dağıtımı, alım-satımı veya sadece elde bulundurmaya kadar her hareket girer.”, Bkz. **STILO**, “Çerçeve Kararı”, s. 473.

⁷³⁸ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 341; **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 129; **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 25.02.2019).

⁷³⁹ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 129; Belirtmek gerekir ki, yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak fiili, gümrük kapıları dışındaki yerler yanında, gümrük kapılarından girişte beyanda bulunmamak suretiyle de gerçekleştirilebilir. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6779.

⁷⁴⁰ Zira bu durumda söz konusu verilerin ülke içinde fiziki varlık kazandığı söylenmektedir. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6779.

⁷⁴¹ **TDK Güncel Türkçe Sözlük**, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 25.02.2019).

ülkeye sokmak veya ihraç etmek fiilleri söz konusu olur.⁷⁴²

Depolamak, “*depo etmek, biriktirmek, bir bellek cihazına veriyi yerleştirmek veya saklamak*” anlamlarındadır.⁷⁴³ Bir şeyi depolamak aynı zamanda bulundurmaktır. Bir görüşe göre, kanun koyucu bulundurmak fiili yanında depolamak fiilini de suç sayarak, bulundurmak fiilinin suç konusu ürünün elektronik veri şeklinde saklandığı durumlarda bu fiilin cezasız kalmamasını amaçlamıştır.⁷⁴⁴ Diğer görüşe göre ise, bulundurmak fiilinden farklı olarak, depolamak fiilinin üzerinde gerçekleştirildiği ürün sayısı çok daha fazladır.⁷⁴⁵

Çoğaltmak, “*miktarını, sayısını, ölçüsünü artırmak, fazlaştırmak*” anlamlarındadır.⁷⁴⁶ Çoğaltmak, üretmekle eş anlamlı olmayıp üretilmiş şeyin sayısını artırmaktır. Çoğaltmak fiilinin gerçekleştirilebilmesi için, çoğaltılan ürünün mutlaka maddi varlığı havi olmalıdır.⁷⁴⁷ Örneğin, bilgisayarın ana belleğindeki bir video kaydının, on farklı dizine kopyalanması çoğaltmak kapsamında değerlendirilmezken, bu video kayıtlarının USB belleklere veya CD'lere aktarılması halinde çoğaltmak fiili

⁷⁴² YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6780; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 719.

⁷⁴³ TDK Güncel Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 25.02.2019).

⁷⁴⁴ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 130; ÖZEN – BAŞTÜRK, s. 120.

⁷⁴⁵ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6780; TAŞKIN, s. 127. Yargıtay'da bu görüşü benimsemektedir: “*Sanığın market olarak işlettiği işyerinde ihbar üzerine ele geçen porno içerikli CD'lerin bir kısmının arkadaşı olan ve hakkında suç duyurusunda bulunulan ... ait olduğu ve bu CD'lerin sanık tarafından satışa sunulduğu ya da kiralandığına ilişkin delil bulunmadığı, sanığın cep telefonuna el konulmasından sonra telefonda bulunan çocuk ve arkadaşı olan kadınların cinsel organlarının fotoğraflandığı, görüntülerin CD'ye aktarılmadığı ve bunların ürettiği ya da çoğaltılıp başkalarının kullanımına sunulmadığı, cep telefonu ile yapılan kendisine ait özel fotoğraflamanın depolama olarak nitelenmeyeceği ve 5237 sayılı TCK'nın 226/3. maddesinde öngörülen çocuklara ilişkin müstehcen görüntü ürünlerinin üretilmesi ve bunların depolanmasına ilişkin suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden ...*”, 14. CD., K.T.: 07.03.2012, E.: 2011/5431, K.: 2012/2720, bkz. YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6780, 6781.

⁷⁴⁶ TDK Güncel Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 25.02.2019).

⁷⁴⁷ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 129, 130; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6779.

gerçekleştirilmiş olur.

Satışa arz etmek, “*satmak için hazırlamak*⁷⁴⁸, *göstermek veya sunmak*⁷⁴⁹” anlamlarındadır. Kanımızca “*reklam yapmak*” fiili hükümde yer almasa da satışa arz etmek fiili kapsamında değerlendirilmelidir.⁷⁵⁰ Satmak, “*bir değer karşılığında bir ürünü alıcıya vermek*” anlamındadır.⁷⁵¹

İhraç etmek, “*yurt dışına mal veya hizmet satmak*⁷⁵² veya *göndermek*⁷⁵³” anlamındadır. Ürünün bulundurulması suç olduğundan ihraç etmek fiili ancak yasadışı yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Örneğin, yurt dışında ele geçirilen çocuk pornografisinin Türkiye’den ihraç edildiği tespit edilirse, ihraç etmek fiilini işleyen kişi Türkiye’de yargılanır.⁷⁵⁴ Yine İnternet üzerinden belirsiz kişinin ulaşabileceği şekilde yayınlama yapılmaksızın, çocuk pornografisinin yurt dışına veri olarak gönderilmesi halinde, gönderen kişi ihraç etmek fiilini işlemiş olur.⁷⁵⁵

Başkalarının kullanımına sunmak, “*karşılıklı veya karşılıksız bir şeyden başkalarını yararlandırmak*⁷⁵⁶; *bir kimseye bir şeyi kullanması amacıyla vermek, yollamak,*

⁷⁴⁸ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 718.

⁷⁴⁹ TDK Güncel Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 25.02.2019).

⁷⁵⁰ Doktrinde “*Reklam yapmak fiilinin*” TCK m. 226/3’te suç olarak düzenlenmemesi eleştirilmekte ve bu fiilin suç sayılan diğer fiillerin hazırlık hareketi niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 134.

⁷⁵¹ “*Bulundurmak*” fiili suç sayıldığından, “*satın almak*” fiili ayrıca suç olarak düzenlenmemiştir. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 130. Satmak fiilinin gerçekleştirilmesi için, ürünün zilyetliğinin mutlaka alıcıya geçmiş olması gerektiği yönündeki görüş için, bkz. YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6780.

⁷⁵² TDK Güncel Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 25.02.2019).

⁷⁵³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 341.

⁷⁵⁴ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 130.

⁷⁵⁵ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6781.

⁷⁵⁶ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 341.

*göndermek, takdim etmek, arz etmek*⁷⁵⁷ anlamlarındadır. Bununla birlikte hükümde belirtilmeyen “*ödünç vermek, kiralamak, bağışlamak, takas veya trampa etmek*” fiillerinin suç sayılıp sayılmayacağı tartışılmalıdır. Lafzi yorumdan hareket edilirse bu fiillerin suç oluşturmayacağı söylenebilir de, bu yorum yöntemi suçla korunan hukuki değer veya menfaate bağdaşmaz. Bu çerçevede amaçsal yorum yapılmalı ve “*ödünç vermek, kiralamak vb.*” fiillerin de “*başkasının kullanımına sunmak*” fiili kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷⁵⁸ Buna karşın “*sunmak*” fiili doğal olarak, “*talep etmek*” fiilini kapsamamaktadır. Bu durum, suçla korunan hukuki değer veya menfaate örtüşmemekte ise de, kanımızca “*talep etmek*” fiili, “*bulundurmak*” fiiline teşebbüs etmek olarak değerlendirilebilir.⁷⁵⁹ CD, USB bellek vb. bir veri cihazında depolanan ürünü “*başkalarının kullanımına sunan*” kişi, verilerin ancak “*girilebilir*” veya “*ulaşılabilir*” olması durumunda bu fiili işlemiş olur.⁷⁶⁰

Çocuk pornografisinin İnternet üzerinden belirsiz sayıda kişinin ulaşılacağı şekilde yayınlanması durumunda, “*başkalarının kullanımına sunmak*” fiili işlemiş olsa da bu durumda TCK m. 226/5’te yer alan suç oluşacaktır. Öte yandan bu ürünlerin ücretsiz olarak İnternet üzerinden elektronik posta yoluyla veya ikinci nesil web siteleri üzerinden mesaj yoluyla gönderilmesi halinde; gönderen kişi “*başkalarının kullanımına sunmak*” fiilini, gönderilen kişi ise bulundurma fiilini işlemiş olur.⁷⁶¹

⁷⁵⁷ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 131.

⁷⁵⁸ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 131; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6782.

⁷⁵⁹ “*Talep etmek*” fiilinin, suç sayılan diğer fiillere oranla cezasının daha az olarak belirlenerek suç kapsamına alınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 131.

⁷⁶⁰ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 131.

⁷⁶¹ Kullanımına sunulan kişinin bu yönde bir iradesinin olup olması önem arz etmez. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 132.

2. Hukuka Aykırılık

Genel hükümlerde yer alan herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bu suçla bağdaşmaz.⁷⁶² Çocuk pornografisi üretmek suçunda olduğu gibi çocuk pornografisi niteliği havi ürünler; bilimsel eser olarak değerlendiriliyorsa bunların bulundurulması veya yayılması TCK m. 226/7'ye göre hukuka uygun sayılırken, bu ürünlerin sanatsal değeri olduğu yönündeki bir savunma TCK m. 226/7 açısından kabul edilmeyecektir.⁷⁶³

3. Kusurluluk

Suçun taksirli şekli kanunda düzenlenmediğinden bu suç ancak kasten işlenebilir.⁷⁶⁴ O halde bu suçta kast, failin, “*çocuk pornografisi niteliğindeki ürünleri, bilerek ve isteyerek, ülkeye sokması, nakletmesi, depolaması, çoğaltması, satışa arz etmesi, satması, ihraç etmesi veya başkalarının kullanımına sunması*”dır. Fail, bu fiilleri çocuk pornografisi niteliği havi ürünler üzerinde gerçekleştirdiğini bilmiyorsa, fiil üzerinde hataya düşmüş olur ve bu suç açısından kasten hareket etmiş olmaz.⁷⁶⁵ Suçun işlenmesi bakımından kanun koyucu failin belli bir amaç doğrultusunda hareket

⁷⁶² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 342.

⁷⁶³ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 137. Çocuk pornografisi olarak değerlendirilebilecek bilimsel eserlerinde TCK m. 226/7'de yer alan hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacağı yönündeki görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 342; PARLAR – HATİPOĞLU, s. 3374.

⁷⁶⁴ İsveç CK. Bölüm 16 prg. 10a/3'e göre, çocuk pornografisi niteliğindeki ürünleri mesleği gereği veya herhangi bir nedenle para kazanmak amacıyla yayan kişi, taksirle hareket etmiş olsa da, bu suçun kasten işlenmesi bakımından öngörülen hüküm uyarınca cezalandırılmaktadır. Bkz. <https://www.government.se/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf> (E.T.: 11.03.2019).

⁷⁶⁵ Failin kastını ortaya koymak açısından, ürünün bulundurulması ve yayılmasının hangi kıstaslar esas alınarak suç sayılacağı konusunda madde metninde veya gerekçede bir açıklama yer almadığı yönündeki eleştiriler için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Topluma Karşı, s. 342.

etmesini şart koşmadığından, bu suç genel kastla işlenebilir.⁷⁶⁶

“Bulundurmak” fiili, “ülkeye sokmak, depolamak, ihraç etmek, satışa arz etmek, satmak, nakletmek çoğaltmak, başkalarının kullanımına sunmak” fiillerinin ön şartı niteliğindedir. Bu sebeple bulundurma kastı söz konusu olduğunda diğer fiiller açısından kastın varlığının araştırılması gerekmez.⁷⁶⁷

Bulundurmak fiili yönünden failin kastı, fiilin en azından belli bir süre devam etmiş olması halinde söz konusudur.⁷⁶⁸ Örneğin, talep etmemesine rağmen kendisine elektronik posta yoluyla çocuk pornografisi niteliği havi bir fotoğraf gönderilmesi halinde veya bir web sayfasındaki linke tıklaması sonucu bilgisayarına çocuk pornografisi niteliği havi bir video yüklenmesi halinde, kişi, fotoğraf içeren elektronik postayı veya yanlışlıkla yüklediği videoyu, bunların içeriklerini fark ettiği anda silerse, kısa bir süre de olsa bulundurmak fiilini gerçekleştirmiş olsa da, bulundurmak fiil yönünden kasten hareket etmiş sayılmaz.⁷⁶⁹ Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, erişim sağlanan cihaza indirilmeksizin İnternet üzerinden çocuk pornografisi

⁷⁶⁶ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 130-137; TANERİ, “Müstehcenlik”, s. 603.

⁷⁶⁷ Her ne kadar 765 sayılı TCK’da müstehcenlik suçları açısından “bulundurmak” fiili suç sayılmamış olsa da Yargıtay bir kararında kaza sonucu ele geçirilen müstehcen ürünlere ilişkin, failin, ülke içinde dağıtmak, sergilemek veya ticaretini yapmak kastının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir; 5. CD., K.T.: 05.04.1978, E.: 114, K.: 1137, Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 138.

⁷⁶⁸ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 134.

⁷⁶⁹ “Sanığın samimi arkadaşları tarafından indirilmiş olan sıkıştırılmış haldeki mesleki ve haberleşme dosyalarını fazla kontrol etmeden kaydettiğini, ... tarihli savunmasında ise ‘suça konu kayıtlar ... isimli arkadaşşıma ait olup, İnternette görüntü indireceğini söylemiş olup benden bana ait olan ana bilgisayarını açmamı istedi, ben de kendisinden şüphelenmediğim için izin verdim, kendisi bahse konu görüntüleri ağdan kendi kullandığı bilgisayardan benim kullandığım ana bilgisayara aktarmıştır, bunların içinde porno görüntü bulunduğundan haberdar değildim’ şeklindeki savunmaları karşısında; ... sanığa ait bilgisayarın hard diskinde bulunan görüntülerin hangi tarihte ve hangi IP numaralı bilgisayar ile gönderildiği, yoksa İnternet vasıtası ile mi depolandığı hususlarında ... eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması ...”, 14. CD., K.T.: 24.12.2012, E.: 2011/22354, K.: 2012/13597, bkz. YAŞAR – GÖKCAN – AR-TUÇ, s. 6802.

görüntülenmesi halinde “bulundurmak” fiili işlenecektir.⁷⁷⁰ Bu durumda kişinin kastı, ziyaret ettiği web sayfalarının trafik bilgilerine bakılarak tespit edilebilir. Zira 5651 sayılı Kanun; m. 5/3’e göre yer sağlayıcı, “bir yıldan az iki yıldan fazla olmamak üzere”, m. 6/1-b’ye göre de erişim sağlayıcı, “altı aydan az iki yıldan fazla olmamak üzere” sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini saklamakla yükümlüdür. Örneğin, kişi bu ürünleri bilgisayarının kalıcı belleğine kaydetmeksizin, sıklıkla İnternet üzerinden bunları görüntülüyorsa bu durumda “bulundurmak” fiilinin kasten işlendiği kabul edilmelidir.

Bulundurmak, ülkeye sokmak ve ihraç etmek fiilleri seçimlik olarak sayıldığından, bu fiillerin zaman birliği içinde veya ayrı ayrı işlenmesi halinde tek suç oluşmaktaysa da; hapis cezası ve adli para cezasının tayini açısından failin kastı önem arz eder. Bu durumda failin kastını belirlemek açısından, ticaret amacının varlığı ile ele geçirilen ürünlerin sayısı göz önünde bulundurulabilir.⁷⁷¹

Failin, çoğaltmak fiiline ilişkin kastının tespiti açısından, çoğaltılan ürün sayısının “bireyselleştirilebilir olarak kabul edilemeyecek sayıda” olması ölçütü esas alınabilir.⁷⁷²

E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Suç, salt hareket suçu olmasına rağmen teşebbüs mümkündür. Örneğin, failin, çocuk pornografisi niteliğindeki ürünleri gümrük kapısından geçirdiği sırada

⁷⁷⁰ Bkz. “Bl. 3 – II. D. 1. b”, s. 218.

⁷⁷¹ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 129.

⁷⁷² ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 130.

yakalanması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.⁷⁷³

Hükümde “bulundurmak” fiili suç sayıldığından, “ülkeye sokmak” fiili dışında TCK m. 226/4’te suç sayılan diğer fiillere teşebbüs söz konusu olamaz. Ancak TCK m. 226/4 kapsamında suç sayılan ürünlerin talep edilmesi halinde, talep eden elinde olmayan sebeplerle söz konusu ürünü elde edememişse bu durumda “bulundurmak” fiiline teşebbüs etmiş sayılır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, çocuk pornografisi talep edilmesi halinde, talep eden ürünü elde edememişse, talep eden bu durumda “çocuk pornografisi bulundurmak” suçuna teşebbüs etmiş olur.⁷⁷⁴

Çocuk pornografisi niteliğindeki ürünlerin; CD, USB bellek vb. bir veri cihazı aracılığıyla veya İnternet üzerinden elektronik posta yoluyla gönderilmesi suretiyle, başkalarının kullanımına sunulması halinde, sunulan kişiden kaynaklanmayan sebeplerden dolayı verilere ulaşılamıyorsa, sunan kişi bu suça teşebbüs etmiş sayılır. Öte yandan sunulan kişi kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı verilere ulaşamıyorsa, sunan kişi yönünden bu durumda suç tamamlanmıştır.

Nakletmek fiili, söz konusu ürünün amaçlanan yere götürülmesiyle tamamlanmış olacaktır. Bu itibarla örneğin, ürün varış yerine götürülmüş ve herhangi bir sebeple alıcıya teslim edilememişse, teşebbüs söz konusu olmaz.

⁷⁷³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 341. Fransız Ceza Kanunu (NCP) m. 227/23-2 uyarınca, çocuk pornografilerinin ithalat ve ihracatı suçlarına teşebbüsün söz konusu olması halinde, fail hakkında, teşebbüs indirimi yapılmayacaktır. Bkz. ROLLO – NEUBACHER, s. 656.

⁷⁷⁴ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 135, 138.

2. İştirak

Bu suç iştirak bakımından bir özellik arz etmez. Buna karşın “bulundurmak” kastıyla talep eden, talep edilen kişinin fiilinden TCK m. 37/2 uyarınca dolaylı fail, TCK m. 38 uyarınca azmettiren veya TCK m. 39/2-a uyarınca suç işlemeye teşvik eden sıfatlarıyla sorumlu olabilir.⁷⁷⁵

3. İçtima

Failin on sekiz yaşından küçük kişiyle cinsel ilişkiye girerken gizli kamerayla çektiği kaydı İnternet’te yayınlaması halinde, iki hareket ve iki fiil sonucu dört suç oluşacaktır. Kayıt yapmasından dolayı TCK m. 134/1-2.cümle ile m. 226/3-1.cümle’de yer alan suçlar; bu kaydı İnternet’e yüklemesi sonucu TCK m. 134/2 ile m. 226/5’te yer alan suçlar oluşacaktır. TCK m. 134/1-2.cümle ile m. 226/3-1.cümle’de yer alan suçlar tek fiil sonucu oluşacağından bu iki suç yönünden fikri içtima kuralı uygulanacaktır. Yine TCK m. 134/2’de yer alan suç ile m. 226/5’te yer alan suç da tek fiil sonucu oluşacağından bu iki suç yönünden de fikri içtima kuralı uygulanacaktır.

TCK m. 226/3-1.cümle’de yer alan “*üretme*” suçu ile m. 226/3-2.cümle’de yer alan “*yayma*” suçlarının birlikte işlenmesi halinde iki ayrı fiilden dolayı iki ayrı suç oluşacak ve fikri içtima kuralı uygulanamayacaktır. Örneğin, çocuk pornografisi satan kişi, aynı zamanda bu ürünü üretmişse bu durumda iki ayrı suçtan dolayı cezalandırılacaktır.⁷⁷⁶

Diğer yandan çocuk pornografisi “*üretme*” suçu ile “*bulundurma*” suçu

⁷⁷⁵ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 138, 139.

⁷⁷⁶ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 131; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6781.

arasındaki ilişki üzerinde durmak gerekir. Bir görüşe göre, TCK m. 226/3-1.cümle'deki "üretmek" fiili ile m. 226/3-2.cümle'deki "satmak" fiillerini birlikte gerçekleştiren kişi, sadece "üretmek" fiilinden cezalandırılmalıdır. Buna göre, aksinin kabulü halinde üreten kişinin her halde bulundurmak fiilinden de cezalandırılması gibi kabul edilemeyecek bir durum söz konusu olur. Bu itibarla, kişinin TCK m. 226/3-2.cümle'de yer alan suçlardan cezalandırılabilmesi için m. 226/3-1.cümle'de yer alan "üretmek" fiilini işlememiş olması gerektiği söylenmektedir.⁷⁷⁷ Gerçekten de çoğu zaman "üretmek" fiili gerçekleştirildiği anda "bulundurmak" fiili de işlenmeye başlanmış olur. Kanımızca nedensellik bağı kesilmemişse ve "bulundurmak" fiili uzun zamana yayılmamışsa, fail, salt bu durumda ayrıca "bulundurmak" fiili açısından kasten hareket etmiş olmaz.⁷⁷⁸ Diğer yandan örneğin, çocuk pornografisi niteliğindeki filmi yöneten veya dijital ortamda düzenlemeler yapan kişiler, "üretmek" veya "kullanmak" fiillerini işlemiş olsalar da "bulundurmak" fiilini işlemeyebilirler.

Bu suçun mağdurunun toplum olduğundan da hareketle, kişinin farklı zamanlarda çocuk pornografisi niteliği havi ürünleri bilgisayarına kaydetmesi veya elektronik posta yoluyla başkalarının kullanımına sunması halinde, suç işlemek kararında birlik söz konusu olur ve TCK m. 43/1 uygulanır.⁷⁷⁹

Bu suçların İnternet ortamında işlenmesi açısından hareket sayısı ile fiil sayısı arasındaki ilişki üzerinde durulmalıdır. Örneğin, kişi, tek bir hareketiyle birden

⁷⁷⁷ GÜNGÖR, "Çocuk Pornografisi", s. 554.

⁷⁷⁸ Doktrinde bu suçlar "karma suç" olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, "kanuni tanımda yer alan bir fiil, zorunlu olarak, daha hafif bir suçu da içine alıyorsa", bu durumda "karma suç" söz konusu olur. Diğer bir deyişle işlenen suçlardan biri, zorunlu olarak diğer bir suç da içeriyorsa, bu suçların hukuki konuları farklı olsa da ortada tek bir suç bulunur ve "ex consumens derogat legi consumptae (içeren kanun içerilen kanunu kayıtlar)" kuralı uygulanarak fail, hafif suçu da içeren ağır suçtan dolayı cezalandırılır. Bkz. DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 647.

⁷⁷⁹ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 139, 140.

çok kişiye çocuk pornografisi niteliğindeki video kayıtlarını elektronik posta yoluyla gönderirse, bu durumda tek bir hareket sonucu tek bir fiil ve bu suçun mağduru olan topluma karşı tek bir suç işlenmiş olacaktır. Diğer yandan örneğin, kişi, tek bir hareketle bilgisayarına İnternet'ten çok sayıda çocuk pornografisi niteliğinde video kaydı yüklemiş olabilir. Bu durumda hareket sayısının belirlenmesi açısından verilerin bir bütünlük arz edip etmediğine bakılmalıdır. Örneğin, tek bir hareketle on gün sürecek bir yükleme işlemi başlatılmış olabilir. Eğer yüklenen verilerin içeriğine bu on günlük yükleme işlemi sona ermeksizin her gün sonunda vakıf olunabiliyorsa bu durumda tek hareket normatif anlamda çok fiil oluşturacak ve TCK m. 43/1 uygulanacaktır. Buna karşın verilerin içeriğine ancak on günlük yükleme işlemi tamamlandıktan sonra vakıf olunabiliyorsa bu durumda tek hareket dolayısıyla tek fiil ve tek suç oluşacaktır. Neticede itibarıyla verilen örneklerde tek bir suçun olduğu durumlarda, ürünün sayısının çok olması halinde TCK m. 61/1-e uyarınca meydana gelen tehlikenin ağırlığı göz önüne alınarak cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesi gerekir.

F. MUHAKEME

1. Genel Olarak

Bu suç bakımından görevli mahkeme 5235 sayılı Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemeleridir. Bu suç açısından dava zamanaşımı TCK m. 66/1-e uyarınca sekiz yıldır. Failin yaş küçüklüğü söz konusu olursa, bu süre TCK m. 66/2'de belirtilen oranlara göre indirilir. Suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olduğundan CMK m. 100/4 söz konusu olmaz ve bu suçtan dolayı CMK m. 101/1 uyarınca şüpheli veya sanık tutuklanabilir. CMK m. 102/1'e göre tutukluluk süresi en fazla bir yıldır. Ancak zorunlu hallerde bu süre altı ay daha uzatılabilir.

2. Elektronik Delillerin Toplanması, Değerlendirilmesi ve Uluslararası Yardımlaşma

Çocuk pornografisine ilişkin suçların, çoğunlukla bilgisayar vb. elektronik cihazlar aracılığıyla İnternet ortamında işlendiği görülmektedir. Bu tür suçların ispat edilebilmesi açısından hayati önem arz eden delil niteliğindeki veriler⁷⁸⁰, teknik gereklilikler gözetilerek ceza muhakemesi hukukuna uygun şekilde toplanmalıdır.⁷⁸¹ Bu itibarla, “potansiyel yasal delillerin elde edilmesi amacıyla bilgisayar inceleme ve analiz teknikleri kullanılarak yapılan uygulama” şeklinde tanımlanan, “adli bilişim” olarak adlandırılan yeni bir bilim dalının ortaya çıktığı belirtilmektedir⁷⁸² Zira, elektronik delilleri toplayan personelin çok ciddi uzmanlığa sahip olması gerekmektedir.⁷⁸³

Elektronik delillerin elde edilmesi amacıyla, CMK m. 134’te yer alan “Bilgisayarlar⁷⁸⁴, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve

⁷⁸⁰ 5651 sayılı Kanun m. 2/1-k’ya göre veri, “Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri” ifade eder. “Veri, İngilizce’deki ‘data’ kelimesinin Türkçe’deki karşılığı olup; her türlü bilginin, bilgisayarların işlem yapabileceği, sonuçlar üretebileceği, saklayabileceği, gerektiğinde yeniden okuyabileceği ve diğer bilişim sistemlerine iletebileceği şekilde sayısal birimlere dönüştürülmüş halidir. Bir bilgisayarda ya da bilgisayarlar tarafından okunabilen araçlarda saklanabilen üzerinde işlem yapılan her şey veridir.”, bkz. **DÜLGER**, s. 78.

⁷⁸¹ Muharrem **ÖZEN** – Gürkan **ÖZCAK**, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlar da Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)”, in. ABD., S. 1, Y. 2015, s. 51-60; **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 145. Delil niteliğindeki bu veriler, elektronik deliller olarak adlandırılmaktadır. Elektronik delil, “muhakeme konusu maddi olayı temsil edici bilgi veya verilerin, analog veya sayısal ortamda tutulmasını ifade eden kapsayıcı bir delil formudur.”, Olgun **DEĞİRMENCİ**, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, B. 1, Ankara 2014, s. 130.

⁷⁸² Leyla **KESER BERBER**, Adli Bilişim, B. 1, Ankara 2004, s. 39.

⁷⁸³ Kubilay **SAY**, “Data İncelemeleri”, in. Kriminalistik (Ed.: Oğuz KARAKUŞ), B. 2, Ankara 2013, s. 525.

⁷⁸⁴ Hükümde yer alan “bilgisayar” teriminden, verileri sayısal olarak işleme ve kaydetme işlevlerini yerine getirebilen, cep telefonları, harici bellekler vb. tüm cihazlar anlaşılmalıdır. CMK m. 134’te sadece “bilgisayar” terimi kullanılmasına karşın Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 17/3’te “bilgisayar ağları, diğer uzak bilgisayar kütükleri ve çıkarılabilir donanımlar” da CMK m. 134’e göre uygulanacak koruma tedbirinin kapsamına alınmıştır. Bkz.

elkoyma”⁷⁸⁵ koruma tedbiri uygulanacaktır.⁷⁸⁶ Bu koruma tedbirinin klasik suçlara

İhsan **BAŞTÜRK**, “Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, in. FAHD, C. 2, S. 9, Y. 2010, s. 28.

⁷⁸⁵ **CMK m. 134**'e göre, “(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması halinde, hakim veya gecikmesinde sakında bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulur. Hakim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhal imha edilir. (2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun süreceği olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir. (3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesi yapılır. (4) Üçüncü fıkraya göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. (5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler bir kağıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.” Bu hükme göre, bilgisayarda veya diğer veri depolama cihazlarında öncelikle yerinde arama yapılmalı, bu surette delil elde edilemiyorsa bilgisayara veya diğer veri depolama cihazlarına el konulmalıdır. Bunlara el konulduktan sonra bu cihazlardaki veriler kopyalanır ve el konulan cihazlar sahibine iade edilir. Hükümde yer almasa da kopyalama işleminden önce mutlaka cihazdaki verilerin “hash değerleri” alınarak şüpheli veya vekilinin yanında tutanak tutulmalıdır. Hash değeri, “Dosyaların parmak izi de denilen ve dosya üzerinde en küçük bir değişiklik yapıldığında baştan sona değişen, dolayısıyla yedeklenen verilerin bütünlüğünü teminat altına almaya yarayan sayısal değerler” olarak tanımlanmaktadır. Bu işlem gerçekleştirilmezse, değiştirilmesi oldukça kolay olan verilerin, cihazına el konulan şüpheli aleyhine değiştirilmesi halinde şüphelinin hiçbir güvencesi kalmaz. Bkz. **ÖZEN – ÖZCAK**, s. 53, 68. “Gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenebilmesi için; öncelikle e-posta yoluyla virüs gönderilerek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin olaydan hemen sonra yapılması ya da inceleme yapılacak bilgisayarın olaydan sonra inceleme anına kadar hiç kullanılmamış olması; bilgisayarda virüslü dosya üzerinden inceleme yaparken ilk işlem olarak, söz konusu dosyanın birebir yedeğinin değiştirilip değiştirilmediğinin tespitine yarayacak zaman ve bütünlük kontrolü imkanı sağlayan değerlerin (hash) belirlenmesi; bir e-postanın kimden geldiğinin tespiti için de, ilk olarak e-postayı gönderen IP adresinin bulunması, daha sonra da bulunan IP adresinin belirtilen tarih ve saatte hangi abone tarafından kullanıldığı ve o abonenin kimlik ve açık adres bilgilerinin talep edilmesi, bulunan IP adresini kullanan abonenin sanıkla bağlantısının araştırılarak tespiti gerekir.”, 11 CD., K.T.: 16.04.2007, E.: 2005/6376, K.: 2007/2551, bkz. **TAŞKIN**, s. 217.

⁷⁸⁶ Ayrıca Türkiye'nin tarafı olduğu SOİSS, “Depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması” başlıklı m. 19'a göre; “(1) Taraflardan her biri, kendi ülkesinde yetkili makamların, (a) bir bilgisayar sisteminin tamamını veya bir kısmını ve içerisinde depolanmış bilgisayar verilerini; ve (b) bilgisayar verilerinin depolanmış olabileceği bir bilgisayar verileri

ilişkin olarak arama ve el koymayı düzenleyen CMK m. 119 vd. hükümlerinden ayrı olarak düzenlenmesindeki amaç, elektronik delillerin hassas yapıda olması nedeniyle bunların elde edilmesi sırasında karşılaşılabilecek zorluklardır.⁷⁸⁷ Zira bilgisayar teknolojisi geometrik hızla gelişmekte, özellikle çocuk pornografisiyle uğraşanlar tarafından şifreli yazılımlar kullanılmaktadır. Bu durum söz konusu verilerin

depolama aygıtını, arama ve benzer şekilde bunlara erişme yetkisine sahip olmaları için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. (2) Taraflardan her biri, paragraf (1.a) uyarınca, makamlarının özel bir bilgisayar sisteminin tamamını veya bir kısmını araması veya benzer şekilde bunlara erişim sağlaması söz konusu olduğunda ve aranan verilerin kendi ülkesindeki başka bir bilgisayar sisteminin tamamında veya bir kısmında depolanmış olduğuna inanmak için gerekçeleri bulunduğu ve söz konusu veriler yasalara uygun biçimde ilk sistemden erişilebilir veya ilk sistem için kullanılabilir olduğunda, makamlarının arama veya benzer şekilde sisteme erişim işlemlerini süratle diğer sisteme teşmil edebilmelerini sağlamak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. (3) Taraflardan her biri, yetkili makamlarına, paragraf (1) veya (2) uyarınca erişilen bilgisayar verilerine el koymaya veya benzer şekilde güvence altına almaya yetki tanımak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. Bu tedbirler: (a) bir bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına veya bilgisayar verileri depolama aygıtına el koymaya veya bunları benzer şekilde güvence altına almaya; (b) söz konusu bilgisayar verilerinin bir kopyasını oluşturmaya ve bunu muhafaza etmeye; (c) ilgili depolanan verilerin bütünlüğünü korumaya; (d) erişim sağlanan bilgisayar sistemindeki bilgisayar verilerini erişilemez hale getirmeye veya silmeye, yönelik yetkileri içerecektir. (4) Taraflardan her biri, paragraf (1) ve (2)'de belirtilen tedbirlerin tatbik edilmesine olanak sağlanması amacıyla, kendi yetkili makamlarına bilgisayar sisteminin işleyişi veya içerisindeki bilgisayar verisinin korunması için uygulanan tedbirler hakkında bilgisi olan herhangi bir kişiden, makul ölçüde gerekli bilgileri temin etme konusunda yetki tanınması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. (5) İşbu maddede atıfta bulunulan yetki ve usuller Madde 14 ve 15'e tabi olacaktır.”; m. 14/2'ye göre, taraf devletler, “çocuk pornografisine ilişkin suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla gerekli tedbirleri kabul etmekle yükümlüdür”; m. 15'e göre, taraf devletler, “koruma tedbirleri uygulanırken insan hak ve özgürlüklerinin gerekli ölçüde korunmasını sağlayacak ve orantılılık ilkesini yerine getirecek şart ve güvencelere tabi olacağını teminat altına alacaktır. Bu tür şart ve güvenceler, adli veya başka tür bağımsız denetimi, haklı uygulama gerekçelerini ve söz konusu yetki veya usul kapsam ve süresinin sınırlandırılmasını içerecektir. Kamu yararına, özellikle adaletin sağlam bir şekilde tatbik edilmesine uygun olduğu ölçüde, taraflardan her biri bu koruma tedbirlerinin üçüncü şahısların hakları, sorumlulukları ve meşru menfaatleri üzerindeki etkisini dikkate alacaklardır.”

⁷⁸⁷ **ÖZEN – ÖZCAK**, s. 62; **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 146. Diğer yandan “İletişimin Tespiti, Denetlenmesi ve Kayda Alınması” başlıklı CMK m. 135'te ve “Teknik Araçlarla İzleme” başlıklı CMK m. 140'ta yer alan koruma tedbirlerine, TCK m. 226 yönünden başvurulamaması yerinde bir tercih değildir. Bkz. **ÜNVER**, “Çocuk ve Genç”, s. 59.

deşifre edilmesini oldukça güçleştirmektedir.⁷⁸⁸

Bu koruma tedbirine başvurulabilmesi için suça ilişkin bir soruşturma'nın yürütülüyor olması gerekir. Diğer yandan CMK'da, kovuşturma evresinde bu tedbire başvurulamayacağı yönünde bir hüküm yer almadığından, kovuşturma evresinde de mahkemece bu tedbirin uygulanması kararı verilebilir.⁷⁸⁹

CMK m. 134'te düzenlenen koruma tedbirine başvurulması için, arama yapılacak bilgisayarın zilyedi veya malikinin söz konusu suçu işlediği yönünde kuvvetli şüphenin varlığı yeterli değildir. Ayrıca arama yapılacak bilgisayarda suça ilişkin delillerin bulunacağı yönünde de kuvvetli şüphenin mevcut olması gerekir. Aksi halde söz konusu tedbire başvurulması ölçülü olmayacaktır.⁷⁹⁰

Kuvvetli şüphenin varlığına ek olarak CMK m. 134'e başvurulabilmesi için, *"Başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması"* gerekir. Bu durum Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁷⁹¹ m. 4/1-c'ye göre, *"Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle"*

⁷⁸⁸ SOKULLU-AKINCI, s. 37.

⁷⁸⁹ BAŞTÜRK, s. 25.

⁷⁹⁰ DEĞİRMENCİ, s. 353. Ceza muhakemesi bakımından koruma altına alınan özel hayata karşı yapılacak bir müdahale, mutlaka orantılılık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. İnsan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi ve orantılılık ilkesi gözetilmeksizin elde edilen veriler, delil olarak değerlendirilmemelidir. Veli Özer ÖZBEK, *"Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği Ve Değerlendirilmesi"*, İÜHFİM, C. 59, S. 1-2, Y. 2001, s. 189.

⁷⁹¹ R.G., T.: 14.02.2007, S: 26434.

ulaşılabilecek olmasını” ifade eder.

Klasik delillerde olduğu gibi CMK m. 134 uyarınca verilen koruma tedbirinin de uygulanması sırasında, olay yerine ilk müdahalenin ve olay yerinin⁷⁹² incelemesinin sağlıklı şekilde gerçekleştirilmesi büyük önem arz eder. Zira olay yerinde elektronik deliller haricinde klasik suç delillerinin de bulunma ihtimali oldukça fazladır. Bu bağlamda örneğin; klavye, fare (mouse) gibi bilgi giriş aygıtlarının veya kablolar ya da CD’ler üzerindeki şüpheli ya da şüphelilere ait parmak izlerinin korunmasına dikkat edilmelidir.⁷⁹³

CMK m. 134’te kullanılan bilgisayar kavramı, bilgi işlemcisi ve bilgi deposu olan veri işleme veya haberleşme aygıtı olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹⁴ Buna göre, verilen komutlar yoluyla verileri işleme tutabilen cep telefonları da bilgisayar sayılmaktadır. Öte yandan örneğin, bir cep telefonunda yapılacak arama ve elkoyma işlemi; telefondaki mesaj ve konuşma kayıtları incelenecekse CMK m. 119 gereğince, diğer yandan cihazdaki elektronik posta, trafik kaydı vb. İnternet kullanımına ilişkin kayıtlar incelenecekse CMK m. 134 gereğince yapılmalıdır.⁷⁹⁵

⁷⁹² Olay yeri, “*olayın işleniş tarzı, mağdur ve fail arasındaki ilişkinin saptanmasında en önemli unsur olan maddi suç delillerinin bulunabileceği dinamik bölgedir.*”, bkz. Oğuz **KARAKUŞ** – Bülent **ÜNAL**, “*Olay Yeri İnceleme*”, in. Kriminalistik (Ed.: Oğuz **KARAKUŞ**), B. 2, Ankara 2003, s. 9.

⁷⁹³ **ÖZEN – ÖZCAK**, s. 65.

⁷⁹⁴ **DÜLGER**, s. 61.

⁷⁹⁵ **ÖZEN – ÖZCAK**, s. 69, 70. Geçmiş tarihe ait trafik bilgilerine, bunları 5651 sayılı Kanun gereğince belirli süre saklama yükümlülüğü olan yer ve erişim sağlayıcılardan ulaşılabilir. Ayrıca elektronik postalara veya “*ikinci nesil web siteleri*” üzerinden atılan mesajlara, bu sitelerin içerik sağlayıcıları aracılığıyla da ulaşılabilir. Öte yandan “*uzaktan arama yöntemi*” olarak adlandırılan yöntem sayesinde, kolluk kuvvetleri, suç şüphesi bulunması halinde delil elde etme amacıyla şüphelinin cihazındaki tüm verilere İnternet aracılığıyla ulaşabilmektedir. Bkz. **DEĞİRMENCİ**, s. 225. Doğal olarak bu yöntemin uygulandığı süreçte şüpheli, kendisine ait cihazda arama yapıldığını ve delil toplandığını bilmemektedir. Yakın zamanda Alman İç İşleri Bakanlığı “*Uzaktan Adli Yazılım (Remote Forensic Software)*” olarak adlandırdığı bir Trojan virüsü tasarlamış ve bu virüsü suç işlediği düşünülen kişilerin

Burada CMK m.134 açısından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, hükmün 2. fıkrası uyarınca el konulan cihazların, kopyalama işleminin ardından gecikmeksizin iade edilmesi zorunluluğudur. Örneğin, içinde çocuk pornografisi bulunan cihazın, kopyalama işlemi ardından iade edilmesi halinde, kanun tarafından suçun işlenmesine devam edilmesine izin verilmesi gibi kabul edilemez bir durum ortaya çıkması söz konusudur. Her ne kadar içinde konusu suç teşkil eden veriler bulunan cihazlar, TCK m. 54'e göre müsadere edilebilir ise de CMK m. 134'te buna ilişkin bir düzenleme olmaması eleştirilmektedir.⁷⁹⁶ Nitekim CMK 137/3'te, iletişimin tespiti koruma tedbirinin uygulanması sonucu elde edilen kayıtların, şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi veya sanık hakkında beraat kararı verilmesi halinde imha edileceği hüküm altına alınmıştır.⁷⁹⁷

bilgisayarlarına yollamıştır. Bu virüs, gizlice bilgisayarların ana belleklerini tarayarak potansiyel suç delillerini kolluk kuvvetlerinin ana bilgisayarına aktarmaktaydı. Söz konusu yöntem temel hak ve özgürlüklere aşırı müdahale niteliğinde olduğundan eleştirilmekteyken, Alman hükümeti çıkardığı bir yasayla bu yöntemi meşrulaştırmıştır. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi özel hayata orantısız müdahaleye imkan sağlayan söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir. Bkz. **ÖZEN - ÖZÖKAK**, s. 73.

⁷⁹⁶ **ÖZEN - ÖZÖKAK**, s. 70. SOİSS m. 19/3-d'ye göre, taraf devletlere, saklanması sakıncalı görülen verilerin erişilemez hale getirilmesine veya silinmesine yönelik tedbirleri kabul etme yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu hükmün gerekçesine göre, "Verileri erişilemez kılmak verileri şifrelemeyi ya da başka bir biçimde teknolojik olarak kimsenin verilere erişmesini sağlamayı içerebilir. Bu önlemin ... çocuk pornografisi gibi verilerin ya da içeriklerin yasadışı olduğu durumlarda uygulanması yararlı olabilir." Bu itibarla söz konusu hükmün CMK m. 134'te de düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **BAŞTÜRK**, s. 31. Ancak çalışmanın "Bl. 1 - I. H. 2. a." başlığı altında da belirttiğimiz üzere ilk derece mahkemesince delil niteliğindeki eşyaların, verilen karara karşı kanun yoluna başvurulması halinde üst derece mahkemelerince tekrar incelenmesi gerekebileceğinden, müsadere edilmemesi ve dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi gerekmektedir. Zira Yargıtay'ca bu durumlarda "düzelterek onama kararı" verilerek söz konusu eşyaların müsaderesine hükümlenmektedir. Müsadere ile mülkiyeti kamuya geçirilen eşya, başka suretle değerlendirilmesi mümkün değil ise imha edilir. Bkz. Erdal **NOYAN**, Ceza Davası, B. 2, Ankara 2007, s. 1218.

⁷⁹⁷ Ceza muhakemesi hukukunda öncelikle, bireylerin güvenliğini ve özgürlüklerini korumak, ardından ceza adaletinin gerçekleştirilmesini sağlamak hedeflenir. Bu itibarla ceza muhakemesi hukukunda bireylerin hak ve özgürlükleri lehine kıyas yapmak mümkündür. Bkz. Doğan **SOYASLAN**, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 5, Ankara 2014, s. 94. (**Muhakeme**) Buradan hareketle CMK m. 137/3'ün kıyas yoluyla m. 134 yönünden de uygulanabileceği

Ayrıca SOİSS’de, aralarında çocuk pornografisine ilişkin suçlarında bulunduğu bazı suçların bilgisayar sistemleri aracılığıyla işlenmesi halinde, bu suçların soruşturulmasını ve kovuşturulmasını kolaylaştırmak amacıyla, taraf devletlere birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Bu kapsamda SOİSS’ye taraf devletler; m. 25/1 uyarınca, “Bilgisayar sistemleri ve verileriyle ilgili suçlara ilişkin olarak elektronik ortamda delil toplanması hususunda birbirlerine, mümkün olan en geniş ölçüde yardım sağlamakla yükümlüdür.”⁷⁹⁸; talep olmasa da gerekli gördükleri durumlarda ilgili devletlere bilgi verebilir⁷⁹⁹; karşılıklı yardım talepleri yönünden sağlıklı bir iletişim mekanizması kurulması için yetkili makamlar belirlemekle yükümlüdür⁸⁰⁰; birbirlerinden elektronik delillerin elde edilmesi amacıyla koruma tedbirlerinin uygulanmasını, elde edilen bu delillerin korunmasını talep edebilirler⁸⁰¹; kendilerinden

söylenmektedir. **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 160

⁷⁹⁸ **SOİSS; m. 25/2’ye** göre, “Taraf devletler bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.”; **m. 25/3’e** göre, “Taraflardan her biri, acil durumların söz konusu olması halinde faks veya elektronik posta gibi ilgili hızlı iletişim araçları vasıtasıyla karşılıklı yardım veya iletişim talebinde bulunabilirler. Ancak, söz konusu araçların gerekli güvenlik ve doğrulama ölçülerini sağlaması (gerekmesi durumunda şifre kullanımı da dahil olmak üzere) ve kendisinden talepte bulunulan Tarafın istemesi durumunda resmi alındı teyidinde bulunulması gerekecektir. Kendisinden talepte bulunulan Taraf, iletilen talebi kabul edecek ve buna bu tür hızlı iletişim araçları vasıtasıyla cevap verecektir.”

⁷⁹⁹ **SOİSS, m. 26/1’e** göre, “Taraflardan biri, kendi iç hukukunun sınırları çerçevesinde ve önceden bir talep olmaksızın, kendi yürüttüğü soruşturmalar çerçevesinde edindiği bilgileri, ... Sözleşme’de tanımlanan suçlara ilişkin soruşturma ve davaların başlatılması veya yürütülmesi konusunda yardımcı olabileceğini veya ilgili Tarafın bu bölüm çerçevesinde işbirliği talebinde bulunmasına neden olabileceğini düşündüğü takdirde, başka bir Tarafa iletebilir.”

⁸⁰⁰ **SOİSS; m. 27/2’ye** göre, “Taraflardan her biri, karşılıklı yardım talebinde bulunmak, bu taleplere cevap vermek, bu taleplerin gereğini yerine getirmek veya bunları yerine getirecek makamlara bu talepleri iletmekle görevli bir merkezi makam veya makamlar belirleyecektir, bu merkezi makamlar birbirleriyle doğrudan iletişim kuracaklardır.”; **m. 27/5’e** göre, “Kendisinden talepte bulunulan Taraf, herhangi bir talebe ilişkin olarak işlem yapmasının yetkili makamlarınca sürdürülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalara zarar vermesinin söz konusu olabileceği durumlarda, bu talebe ilişkin işlemleri erteleyebilir.”; **m. 27/9-b’ye** göre, “iletilecek herhangi bir talep veya iletişim Uluslararası Polis Teşkilatı (INTERPOL) aracılığıyla gönderilebilir.”

⁸⁰¹ **SOİSS; m. 29/1’e** göre, “Taraflardan biri, diğer Tarafın ülkesindeki bir bilgisayar sistemi

talep edilmesi halinde hizmet sağlayıcının tespit edilmesi için gerekli trafik verilerini paylaşacaktır⁸⁰²; korunan elektronik deliller üzerinde inceleme yapmayı, bunların güvence altına alınmasını ve bunların açıklanmasını talep edebilirler⁸⁰³; trafik verilerinin eş zamanlı olarak toplanması konusunda birbirlerine yardım etmekle yükümlüdür⁸⁰⁴; içerik verilerine el konulması konusunda birbirlerine yardım etmekle yükümlüdür⁸⁰⁵; yardım taleplerinin anında değerlendirilmesini sağlamak amacıyla yedi gün yirmi dört saat erişilebilecek bir irtibat noktası belirlemekle yükümlüdür⁸⁰⁶. Türkiye; yedi gün yirmi dört saat esasına göre irtibat noktasını, “Ankara

aracılığıyla depolanan ve talepte bulunan Tarafın arama yapma veya veriye benzer şekilde erişim sağlama, el koyma veya benzer şekilde güvence altına alma veya açıklanması amacıyla yardım talebine konu etmeyi düşündüğü verilerin süratli şekilde korunmasına hükmedilmesini veya bunun temin edilmesini söz konusu Taraftan talep edebilir.”; m. 29/7’ye göre, “İletilen talebe cevaben yerine getirilen herhangi bir koruma işlemi, yardım talebinde bulunan Tarafın verilere ilişkin arama yapma veya benzer şekilde erişim sağlama, el koyma veya benzer şekilde güvence altına alma veya açıklanması amacıyla talepte bulunmasına imkan verecek şekilde en az altmış gün süreli olacaktır. Bu yönde bir talebin alınmasının ardından, söz konusu talep hakkında karar verilene kadar verilerin korunmasına devam edilecektir.”

⁸⁰² **SOİSS, m. 30/1’e** göre, “Belirlenmiş bir iletişime ilişkin trafik verilerinin korunmasına yönelik olarak Madde 29 çerçevesinde iletilen talebin yerine getirilmesi sırasında, kendisinden talepte bulunulan Tarafın başka bir devletteki bir hizmet sağlayıcının söz konusu iletişimin sağlanmasında müdahil olduğunun farkına varması halinde, söz konusu Taraf, talepte bulunan Tarafa ilgili hizmet sağlayıcının ve verilerin aktarıldığı yolun belirlenmesine imkan vermek için yeterli miktardaki trafik verisini süratli şekilde açıklayacaktır.”

⁸⁰³ **SOİSS, m. 31/1’e** göre, “Taraflardan biri, bir diğer Taraftan m. 29 uyarınca korunan veriler de dahil olmak üzere, söz konusu Tarafın ülkesindeki bir bilgisayar sistemi aracılığıyla depolanan veride arama yapmayı veya benzer şekilde buna erişim sağlamayı, el koymayı veya benzer şekilde güvence altına alınmasını veya açıklanmasını talep edebilir.”

⁸⁰⁴ **SOİSS, m. 33/1’e** göre, “Taraflar, bilgisayar sistemi üzerinden aktarılan kendi ülkesindeki belirlenmiş haberleşmelerle bağlantılı trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması için karşılıklı yardımda bulunacaklardır.”

⁸⁰⁵ **SOİSS, m. 34/1’e** göre, “Taraflar yürürlükteki antlaşmalarının ve iç hukuklarının izin verdiği ölçüde, bilgisayar sistemi üzerinden aktarılan belirlenmiş haberleşmelerin içerik verilerinin gerçek zamanlı olarak derlenmesi veya kaydedilmesi konusunda birbirlerine karşılıklı yardımda bulunacaklardır.”

⁸⁰⁶ **SOİSS, m. 35/1’e** göre, “Her bir Taraf, bilgisayar sistemleri ve verileriyle ilgili suçlar konusundaki soruşturma veya kovuşturma veya suçun elektronik ortamda toplanmış delilleri için anında yardım temin edilmesini sağlamak amacıyla günde 24 saat ve haftanın 7 gününde erişilebilecek bir irtibat noktası belirleyecektir. Söz konusu yardım, aşağıdakilerin

Emniyet Genel Müdürlüğü – Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı / Bilişim Suçlarıyla Mücadele Şube Müdürlüğü”⁸⁰⁷; karşılıklı yardım taleplerinde bulunmak, talepleri yanıtlamak, bu taleplerin gereğini yerine getirmek veya bunların gereğini yerine getirecek makamlara bu talepleri iletmekle “Adalet Bakanlığı” merkezi makam, olarak belirlemiş ve beyan etmiştir.⁸⁰⁸

G. YAPTIRIM

Bu suç için öngörülen ceza, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır.⁸⁰⁹ Suç için öngörülen hapis cezasının alt sınırı iki yıl olduğundan, hapis cezasının alt sınırdan tayin edilmesi halinde bu suçtan dolayı; CMK m. 231’e göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir; hükmolunan hapis cezası TCK m. 51’e göre ertelenebilir, ancak TCK m. 50’ye göre seçenek

kolaylaştırılmasını veya iç hukuk ve uygulamalarının izin vermesi halinde, doğrudan yapılmasını içerecektir: (a) teknik öneri sağlanması; (b) Madde 29 ve 30 uyarınca verilerin korunması; (c) delil toplanması, yasal bilgi sağlanması, şüphelilerin yerlerinin tespit edilmesi.”; m. 35/2’ye göre, “Taraflardan birinin irtibat noktasının, diğer bir Tarafın irtibat noktasıyla hızlı bir şekilde iletişim sağlayabilecek yeteneğe sahip olması gerekmektedir. Taraflardan birinin belirlediği irtibat noktasının, o Tarafın uluslararası yardımından veya suçluların iadesinden sorumlu makam veya makamlarının bir parçası olmaması durumunda, söz konusu irtibat noktasının bu makam veya makamlarla hızlı bir şekilde eşgüdümde bulunabilecek nitelikte olmasını sağlaması gerekmektedir. Her bir Tarafın, iletişim ağının işletilmesini kolaylaştırmak için eğitimli ve donanımlı personel bulunmasını sağlaması gerekmektedir.”

⁸⁰⁷ “Alman İnterpolünün ihbarı üzerine Ankara Emniyet Müdürlüğü ekiplerinin araştırmaları esnasında sanığın çocuk pornografisine sahip olduğunun ve İnternet ortamında bu içerikte görüntüleri sağladığının tespiti üzerine, usulünce yapılan arama sonrasında sanığın evinde ele geçen bilgisayar, CD ve DVD’lerin incelenmesinde, çocuk pornografisi içerikli çok sayıda fotoğraf ve video kaydının yanında, bir çocuk ile hayvanın cinsel ilişkisine ait görüntüleri içeren video kaydına rastlanması ... karşısında sanığın mahkumiyeti yerine oluşturma ve dosya kapsamına aykırı biçimde beraatine karar verilmesi ...”, 14. CD., K.T.: 01.02.2012, E.: 2011/3840, K.: 2012/638, bkz. YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6799, 6800.

⁸⁰⁸ R.G., T.: 09.08.2014, S: 29083.

⁸⁰⁹ TCK m. 226/3-1.cümle’de yer alan çocuk pornografisi üretmek suçu için öngörülen hapis cezasının, çocuk pornografisi bulundurmamak ve yaymak suçuna oranla daha fazla olmasının sebebi, kanun koyucunun çocuk pornografisi üretmeyi cezalandırmak suretiyle, bundan sonra gelen hareketleri önlemeyi amaçlamasıdır. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 125.

yaptırımlardan birine çevrilemez. Adli para cezası seçimlik olarak öngörülmemiş olup üst sınırı beşbin gündür. TCK m. 52/2'ye göre adli para cezası, *“kişinin ekonomik durumu göz önüne alınarak, bir gün karşılığı en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası arasında”* takdir edilir.

Çocuk pornografisi bulundurma ve yayma suçu açısından uygulanabilecek güvenlik tedbirleri, çocuk pornografisi üretme suçundan farklılık arz etmez.

Diğer yandan Al. CK. prg. 184b/6'da yer alan, on dört yaşından küçüklerin yer aldığı pornografik ürünler bakımından özel müsadere hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, bu ürünlere ilişkin prg. 73d ve prg. 74a hükümlerinde düzenlenen genişletilmiş kazanç ve genişletilmiş eşya müsaderesi hükümleri uygulanacaktır.⁸¹⁰ Genişletilmiş kazanç müsaderesinin düzenlendiği prg. 73d'ye göre, *“bu hükme atıf yapılması halinde, failin veya şeriğın eşyalarının, hukuka aykırı fiiller için veya hukuka aykırı fiillerden elde edildiğini kabul etmeyi gerektiren durumlar mevcut bulunduğu takdirde, mahkeme bunlar hakkında da kazanç müsaderesi kararı verir.”* Genişletilmiş eşya müsaderesinin düzenlendiği prg. 74a'ya göre, *“kararın verildiği sırada eşya kendisine ait olan veya bunlar üzerinde bir hak sahibi olan kişi; en azından ağır dikkatsizlik veya tedbirsizlik nedeniyle, eşyanın veya hakkın, suçun aracı veya konusu olmasına veya hazırlanmasına katkıda bulunmasına neden olmuşsa; veya eşyanın müsadere edilmesine neden olabilecek durumları bilerek, eşyayı toplum tarafından kabul edilmeyen bir şekilde iktisap etmiş ise, kanunun bu maddeye atıf yaptığı durumlarda, eşya yine müsadere edilebilir.”*⁸¹¹

⁸¹⁰ YENİSEY – PLAGEMANN, s. 294.

⁸¹¹ YENİSEY – PLAGEMANN, s. 120-123.

III. ANORMAL PORNOGRAFI ÜRETME VE YAYMA SUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Her ne kadar normal kavramının anlamı göz önüne alındığında çocuk pornografisi de anormal olarak değerlendirilmek zorundaysa da, çocuk pornografisine ilişkin suçların koruduğu hukuki değer ve menfaatler ile kanun koyucunun tercihi doğrultusunda sert pornografileri (sert müstehcen ürünleri), çocuk pornografisi ve anormal pornografi olmak üzere iki gruba ayırmaktayız.

Anormal sayılan bu ürünlerin mutlak şekilde yasaklanma sebebinin “*taklit etkisi*” olduğu ve söylenmektedir. Buna göre söz konusu ürünlerin, çocukların zihinsel gelişimine zarar verme ihtimalinin yanında bunlara vakıf olan yetişkinler parafilik davranışları uygulamaya yönelebilir.⁸¹² Zira anormal pornografilere maruz kalan kişilerde cinsel davranışlar yönünden yanlış bir izlenim meydana gelmesine neden olmaktadır. Kişilerin bu davranışları gerçekleştirenleri model haline getirdiği ve bu davranışları normal görmeye başladıkları ifade edilmektedir. Özellikle sadizm içeren pornografilerin, taklit eğilimi uyandırdığı, kişilerin saklı sadizm dürtülerini uyandırdığı ve sadizmden zevk almalarına yol açtığı belirtilmektedir.⁸¹³

Anormal pornografiler, dünya genelindeki yaygınlığı da göz önüne alınarak parafili türlerinden esasen sadizm, mazoşizm, zoofili ve nekrofilik içeren pornografileri ifade etmektedir. Kanun koyucu da bu doğrultuda, TCK m. 226/4’te⁸¹⁴ sayılan

⁸¹² ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 153.

⁸¹³ DÖNMEZER, Özel, s. 198.

⁸¹⁴ TCK m. 226/4: “Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

bu parafilik davranışları içeren ürünlere ilişkin tasarrufları suç olarak düzenlemiştir.

B. HUKUKİ KONU, MAĞDUR VE FAİL

Suçun hukuki konusu bir görüşe göre, mutlak olarak yasaklanan müstehcenliğe karşı genel ahlakın korunmasına ilişkin kamusal yarardır.⁸¹⁵ Diğer bir görüşe göre bu suçla, psikolojik rahatsızlık olarak kabul edilen davranışların olağan kabul edilmesinin ve bunların yaygınlaşmasının engellenmesi amaçlanmıştır.⁸¹⁶ Kanımızca bu suçun hukuki konusu, parafili olarak adlandırılan cinsel davranış bozukluklarını konu alan ürünlerin yayılmasının ve buna bağlı olarak toplum genelinde bu davranışların normalleşmesinin engellenmesi suretiyle genel ahlakın korunmasına ilişkin kamusal yarardır.

Bu suçun faili herkes olabilir.⁸¹⁷ Bir görüşe göre bu suçun mağduru, genel ahlakı korumakla görevli olan kamu idareleridir.⁸¹⁸ Kanımızca bu suçun mağduru toplumdur.⁸¹⁹

⁸¹⁵ Gerçekten de 1982 Anayasa'sına (m. 9, m. 24/4, m. 28/7, m. 31/2) ve AİHS'ye (m. 8/2, m. 9/2, m. 10/2, m. 11/2) göre, özgürlükler, genel ahlakın korunmasının gerekli olduğu durumlarda sınırlandırılabilir. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 343. Benzer yönde görüş için, bkz. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6783.

⁸¹⁶ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, 155, 156. “*İnsanların pornografiden duydukları zevk çocukça ve otoerotik olup, bu durum insanın zihinde canlandırma yoluyla yaptığı bir tür mastürbasyondur. Mastürbasyon yapanlar ise bundan sıkılmazlar. Diğer bir deyişle bütün çocuksu cinsel faaliyetlerde olduğu gibi bu durum da, kolaylıkla kendisini zorla uygulatan bir tür ruhsal bozukluk halini alabilir, bu ruhsal bozukluk hali ise uygarlık ve insanlık için bir tehditten başka bir şey değildir.*”, bkz. **DÖNMEZER**, Özel, s. 199, 200.

⁸¹⁷ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 343; **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 157.

⁸¹⁸ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 343.

⁸¹⁹ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 157.

C. MADDİ KONU

a. Genel Olarak

Suçun vücut bulması için hükümde sayılan fiillerin üzerinde gerçekleştirilmesi gereken şeyler, şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yollardan yapılan cinsel davranışları konu alan görüntü, yazı veya ses içeren ürünlerdir.⁸²⁰ Dolayısıyla sayılan bu cinsel davranışları konu almayan ürünler TCK m. 226/4'te yer alan suça vücut vermez.⁸²¹

Burada "*cinsel ilişki*" yerine "*cinsel davranış*" kavramı kullanılmasının üzerinde durulması gerekir. "*Cinsel ilişki*" kavramını, kişilerin veya şeylerin, birbirlerini cinsel olarak uyarmak veya üremek amacıyla, karşılıklı olması aranmaksızın vücutlarına organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen bedensel temas, olarak tanımlayabiliriz. Bu itibarla cinsel ilişki ancak, anal, oral veya vajinal yollardan gerçekleştirilebilir. Görünüşü itibarıyla, genel olarak veya anlamlı şekilde cinselliği çağrıştıran, kişilerin cinsel arzularını uyandırmak isteğiyle veya cinsel tatmini sağlamak amacına yöneltilmiş şekilde sergilenen her davranış, "*cinsel davranış*" olarak ifade edilmektedir.⁸²² Buna göre, "*cinsel davranış*" kavramı "*cinsel ilişki*" kavramını kapsamaktadır.

Daha önce de belirtildiği üzere hükümde suç sayılan cinsel davranışlar birer parafili türü olup; bir kimsede, bu psikolojik davranış bozukluklarından birden fazlası da görülebilir. Bu itibarla parafillere yönelik olarak üretilmiş bir ürünün konusu

⁸²⁰ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 343; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 153.

⁸²¹ Bu durumda söz konusu ürünlerin TCK m. 226/1 veya m. 226/3'te düzenlenen suçları oluşturup oluşturmayacağı incelenmelidir.

⁸²² LACKNER, s. 708; THORNSTEDT, s. 44.

birden fazla parafilik davranış da içerebilir. Örneğin, bir hayvana şiddet uygulanarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar da yine bu suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. Netice itibarıyla hükümde sayılan cinsel davranış türlerinin üzerinde durulması gerekmektedir.

b. Şiddet Kullanılarak Yapılan Cinsel Davranışları Konu Alan Ürünler

“Şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranışlar” ifadesi yeterince açık değildir. “Şiddet” kelimesinin sözlük anlamları, “karşıt görüşte olanlara kaba kuvvet kullanma, kaba güç, duygu veya davranışta aşırılık” şeklindedir.⁸²³ Hükümde “şiddet” kelimesinin geniş anlamda kullanıldığı ve bu şiddetin “maddi veya manevi” ya da “gerçek veya kurgusal” şekilde tezahür edebileceği söylenmektedir.⁸²⁴ Bir görüşe göre, bir ürünün şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranışları konu alıp almadığının tespiti için, bu ürünün konusunun ve amacının doğrudan bu davranışlara yönelik olması ve yoğun olarak bu davranışların ön plana çıkarılması hususları esas alınmalıdır. Bu itibarla, örneğin, eşlerden birinin diğerine şiddetli bir tokat atmasının ardından bazı cinsel davranışların sergilendiği bir film TCK m. 226/4’te yer alan suç oluşturmaz.⁸²⁵ Belirtmek gerekir ki, bir kimse kendi bedenine şiddet uygulamak suretiyle cinsel davranışlarda bulunurken, bunu videoya kaydetmesi halinde, TCK m. 226/4 uyarınca suç oluşacaktır.⁸²⁶ Zira hükümde, “şiddet uygulanarak” değil, “şiddet kullanılarak” tabiri yer almaktadır.

Ayrıca, “şiddet kullanmak” tabirinin TCK m. 108’de düzenlenen “Cebir suçu” bağlamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Cebir, maddi veya manevi

⁸²³ TDK Güncel Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr (E.T.: 01.03.2019).

⁸²⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 344.

⁸²⁵ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 153.

⁸²⁶ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6783. Aksi yönde görüş için, bkz. SOYASLAN, Özel, s. 568.

şekilde ortaya çıkmakta olup maddi cebir, şiddet; manevi cebir ise tehdit anlamlarındadır.⁸²⁷ Öyleyse TCK m. 226/4 açısından şiddet, “bir kimsenin diğer bir kimseyi bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için fiziki güç kullanarak zorlaması” şeklinde anlaşılabilir. Buna göre, bir kimsenin diğer bir kimseyi yalnızca manevi cebir kullanarak yani tehdit ederek, birtakım cinsel davranışlarda bulunmasına zorlamasını konu alan ürünlerin, TCK m. 226/4’te yer alan suç oluşturmayacağı söylenmektedir.⁸²⁸ DSM’de yer alan tanım⁸²⁹ da göz önünde bulundurularak kanımızca, manevi cebir uygulanması halinde de TCK m. 226/4’te yer alan suç oluşacaktır.⁸³⁰ Bu sebeple TCK m. 226/4’te şiddet kelimesi yerine cebir kelimesi tercih edilmelidir.

Diğer yandan cebir kullanılarak yapılan cinsel davranışları konu alan ürünlerin suçun maddi konusunu oluşturması için, bu ürünlerin üretiminde gerçekten cebir uygulanmış olması gerekmez. Diğer bir deyişle, söz konusu ürünlerde yansıtılan cebirin kurgusal olması durumunda da bu suç vücut bulacaktır. Bu bağlamda TCK m. 226/3-1.cümle’de düzenlenen suça benzer şekilde, cebir kullanılarak yapılan cinsel davranışları konu alan temsili görüntüleri içeren veya gerçekçi şekilde cebir uygulanarak cinsel davranışlar gerçekleştirildiği izlenimi yaratan ürünler, bu suçun maddi konusunu oluşturacaktır.

Belirtildiği üzere cinsel davranışlar gerçekleştirilirken kendisine şiddet uygulanmasından haz duyanlar psikoloji de “cinsel mazoşist” olarak

⁸²⁷ Nevzat **TOROSLU** – Yüksel **ERSOY**, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, in. Türk Ceza Kanunu Reformu – İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 12.

⁸²⁸ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 154; **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6783. **Aksi yöndeki görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 344.

⁸²⁹ Bkz. “Bl. 1 – II. B. 2. b.”, s. 38.

⁸³⁰ Aynı yönde görüş için, bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 344.

adlandırılmaktadır. Buna göre, cinsel mazoşist olan kimse üzerinde rızası dahilinde de olsa cebir kullanılarak cinsel davranışlar gerçekleştirilmesini konu alan ürünler, bu suçun maddi konusunu oluşturacaktır. Zira TCK m. 226/4'ün düzenlenme amacı, bu ürünlerde yer alan davranışların taklit edilmesinin ve normalleşmesinin önüne geçmektir.⁸³¹

c. Hayvanlarla Yapılan Cinsel Davranışları Konu Alan Ürünler

“Hayvanlarla yapılan cinsel davranışlar” ifadesinin kapsamının ve sınırlarının ortaya konulması, sayılan diğer cinsel davranış şekillerine oranla daha kolaydır. Hükmün lafzından hareketle söz konusu cinsel davranışlar bir hayvan ve bir insan arasında gerçekleşmelidir. İki hayvan arasındaki cinsel davranışlara ilişkin ürünler TCK m. 226/4'te düzenlenen suçun maddi konusu olamaz. Ayrıca ürünün konusunun ve amacının doğrudan bu davranışlara yönelik olması veya yoğun olarak bu davranışların ön plana çıkarılması gerekmez.⁸³² Bir görüşe göre, burada kullanılan “hayvan” kavramından, bir insanın cinselliğini tatmin edebileceği her çeşit “hayvan” anlaşılmalıdır.⁸³³ Diğer görüşe göre, insanın cinselliğinin tatmin edilmesi aranmaksızın, hayvanın cinsel bölgelerine temas edilmesini konu alan ürün de suç oluşturmaktadır. Örneğin, bir kimsenin bir hayvana mastürbasyon yaptırmasını konu alan bir ürün suç teşkil etmektedir.⁸³⁴ DSM'de yer alan tanımdan⁸³⁵ da hareketle kanımızca, TCK m. 226/4 yönünden, insanların sadece cinsel ilişkide bulunabilmesine elverişli

⁸³¹ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 154. Bir kimseye karşı gerçekten şiddet uygulanarak cinsel davranış gerçekleştirilmesi halinde, kendisine şiddet uygulanan kimsenin rızasının bulunup bulunmadığı ve meydana gelen yaralamanın boyutu, ayrıca TCK m. 86 ve m. 103'de düzenlenen suçların oluşup oluşmayacağı bakımından önem arz eder. Bkz. “Bl. 3 – III. E. 3.”, s. 259.

⁸³² ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 156.

⁸³³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 344; YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6784.

⁸³⁴ YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6784.

⁸³⁵ Bkz. “Bl. 1 – II. B. 2. c.”, s. 38.

olan hayvanlar değil, herhangi bir hayvanla yapılan cinsel davranışları konu alan ürünler suçun maddi konusunu oluşturacaktır.⁸³⁶

Belirtildiği üzere, hayvanlarla yapılan cinsel davranışlardan tatmin olan kişiler “zoofil” olarak adlandırılmaktadır. Burada suçun konusunu oluşturan ürünler “zoofiller” tarafından gerçekleştirilen veya “zoofilleri” tatmin etmek amacıyla üretilen kurgusal görüntüleri içeren ürünlerdir. Bu bağlamda hayvanlarla yapılan cinsel davranışları tasvir eden temsili görüntüleri içeren veya kostüm ve makyajla gerçekçi şekilde hayvan görünümüne bürünen bir kimseyle yapılan cinsel davranışlara ilişkin ürünler de, bu suçun maddi konusunu oluşturacaktır.⁸³⁷

d. Ölmüş İnsan Bedeni Üzerinde Yapılan Cinsel Davranışları Konu Alan Ürünler

“Ölmüş insan bedeni üzerinde yapılan cinsel davranışlar” ifadesinin lafzından hareket eden bir görüşe göre, bedeni üzerinde cinsel davranışlar yapılan insanın, “gerçek ölüm”ünün meydana gelmiş olması şart olmayıp, “klinik olarak ölmüş” olması yeterlidir.⁸³⁸ Buna göre söz konusu ürünün bu suçun maddi konusunu oluşturup oluşturmaması, bedeni üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirilen kimsenin, hukuken yaşayıp ölmüş olduğunun tespitine bağlıdır.

Ölümlerle cinsel davranışta bulunma isteği, belirtildiği üzere “nekrofil” olarak adlandırılmaktadır. Buna göre konusu suç sayılan ürünler, bir parafil türü olan “nekrofiller” tarafından gerçekleştirilen veya “nekrofilleri” tatmin etmek amacıyla

⁸³⁶ Aynı yönde görüş için, bkz. **SOYASLAN**, Özel, s. 568.

⁸³⁷ **Aksi yöndeki görüş** için, bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 156.

⁸³⁸ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 344.

üretilen kurgusal görüntüleri içeren ürünlerdir.⁸³⁹ O halde bu suçun maddi konusunu oluşturması bakımından, söz konusu üründe yer alan ve üzerinde cinsel davranış gerçekleştirilen kimsenin ölü olması gerekmemektedir. Nitekim Class I nekrofiller, ölü taklidi yapan kimselerle cinsel ilişkiden uyarılmaktadırlar. Bununla birlikte söz konusu ürünlerde cinsel davranışların cinsel ilişki boyutunda olması da gerekmemektedir. Zira nekrofillerin Class III, IV, V, VI türleri, ölü ile cinsel ilişkide bulunmayı tercih etmemektedirler.⁸⁴⁰

e. Doğal Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranışları Konu Alan Ürünler

“Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar” ifadesinin anlamını, kapsamını ve sınırlarını belirlemek oldukça zordur. Doğal yoldan cinsel davranışlar tabirinden, üremek amacıyla cinsel ilişkide bulunma yani vajinal yoldan gerçekleştirilen cinsel ilişki anlaşılabilir. Ancak beşeri cinsellik, üreme güdüsüyle sınırlandırılmaz ve bu içgüdünün ötesinde cinsel haz almayı da kapsamaktadır. Bu itibarla “doğal olmayan yol” tabiri dar yorumlanamaz.⁸⁴¹ Zira, bir kimsenin makine ya da alet kullanılarak gerçekleştirdiği cinsel davranışlar, eşcinsel, anal veya oral yoldan yapılan cinsel ilişkiler, birden fazla kimsenin birlikte cinsel ilişkide bulunmaları (grup seks), “doğal olmayan yol” kapsamında kabul edilemez.⁸⁴²

⁸³⁹ Almanya’da “zombi”lerle gerçekleştirilen cinsel davranışları konu alan bir ürün, anormal pornografilere ilişkin suçların düzenlendiği Al. CK. prg. 184a’da nekrofilik davranışlar suç sayılmadığından cezalandırılmamıştır. Bkz. SCHEFFLER, “Sanat ve Şiddeti Yüceltme” (Çev. Zehra BAŞER DOĞAN), s. 205. Zombi fantastik bir kavram olup, “büyü sayesinde insani hareketler gerçekleştirebilen ölü beden” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Cambridge Yabancılar İçin Çevrimiçi Sözlük**, <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce-türkçe/zombie> (E.T: 04.04.2019). Kanımızca zombi tasvirleriyle gerçekleştirilen cinsel davranışları konu alan ürünler, nekrofilik ürünler sayılarak, TCK m. 226/4 uyarınca suç oluşturmaktadır.

⁸⁴⁰ Bkz. “Bl. 1 – II. B. 2. d.”, s. 39.

⁸⁴¹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 344.

⁸⁴² ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 156, 157; AKARCA, s. 35; TAŞKIN, s. 125. Aksi yöndeki

Bir görüşe göre “doğal olmayan yol” tabirinden, hükümde sayılmayan diğer parafilik davranışlar anlaşılmalıdır.⁸⁴³ Bu yönde bir kabul halinde, dünya genelinde parafili yönünden bakılacak ilk yer kabul edilen DSM’ler esas alınabilir. Daha önce de belirtildiği üzere yaklaşık 550 çeşit parafili türü tanımlanmaktadır.⁸⁴⁴ Bu bağlamda, “doğal olmayan yoldan” gerçekleştirilen cinsel davranışlar tabiriyle, diğer parafili türlerine atıf yapıldığı söylenemez. Zira bu durumda hem hükmün kapsamı aşırı ölçüde genişleyecek, hem de parafili bozukluğuna yol açmayan cinsel davranışlar suç kapsamına alınmış olacaktır.

“Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülerek, bu ibarenin iptali istemiyle AYM’ye itiraz yoluna başvurulmuştur. AYM kararında, iptali istenen söz konusu ibareyi şu şekilde tanımlamaktadır: “Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar’ çok farklı şekillerde gerçekleştirilebileceğinden, bu kavram kapsamındaki tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesi mümkün olmamakla beraber, bu kavram kişiden kişiye ve toplumdaki topluma değişkenlik gösterebilir ise de tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizzat kendisinin suç olarak

görüşler için, bkz. YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6785, 6786; SOYASLAN, Özel, s. 568; TANERİ, Ceza, s. 1096; GERÇEKER, s. 2429. Adalet Komisyonunda “doğal olmayan yol” tabirinden eşcinsel ve grup seks anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir: “İzzet ÖZGENÇ – Biz, aslında, burada, daha önceki önerimizde, kolektif seksin de bu kapsama girmesi yönünde, kolektif cinsel davranışların da bu fıkra kapsamına girmesi yönünde düşünce ileri sürmüştük; bu, çıkarıldı. Fakat, homoseksüel ilişkinin yerine veya eşcinsel ilişkinin yerine, ‘doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış’ ifadesinin konulması uygun görüldü o zaman alt komisyon çalışmalarını sırasında ve Feridun Bey’in ifadesi düşüncesi idi, bu ifade burada kalsın, zamana göre bu ‘doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışın’ ne olduğuna hakim kendisi takdir etsin düşüncesiyle, ifade, bu şekilde metinde muhafaza edildi.”, bkz. Niyazi GÜNEY – Kenan ÖZDEMİR – Yusuf S. BALO, Yeni Türk Ceza Kanunu, B. 1, Ankara 2004, s. 667, 668.

⁸⁴³ Aynı yönde görüş için, bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 156, 157; AKARCA, s. 35.

⁸⁴⁴ Bkz. “Bl. 1 – II. B. 2. a.”, s. 37.

kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır.” Mahkeme kararında bu tanıma ek olarak ayrıca, TCK m. 226/4’te düzenlenen diğer cinsel davranışların “*doğal yoldan yapıldığı*”nın kabul edilemeyeceğinden hareketle, “*doğal olmayan yol*” kavramının içeriğinin doktrin, uygulama ve yargı kararlarıyla belirleneceğini ve bu sebeple itiraz konusu kuralın “*belirlilik*” ve “*kanunilik*” ilkelerine aykırı bir yönünün bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, “*doğal olmayan yoldan*” cinsel davranış içeren ürünlerin depolanmasının suç sayılması, toplumun genel ahlakının korunması ve kamu yararı amacına yöneliktir. Mahkeme, yapılan müdahalenin öngörülen bu amaçla orantılı olduğunu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturmadığını gerekçe göstererek, yerel mahkemenin başvurusunu reddetmiştir.⁸⁴⁵

Kanımızca “*doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar*” ibaresi, Anayasa m. 38/1’de⁸⁴⁶ ve TCK m. 2/1’de⁸⁴⁷ belirtilen “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesine aykırıdır. Kanunilik ilkesi, ceza hukukunu, diğer hukuk dallarından ayıran en baskın özelliği olup, suç ve ceza içeren hükümlerin “*kesin, açık ve belirli*” olma zorunluluğunu ifade eder. Ceza hukuku bu ilke aracılığıyla, toplumsal savunma ile bireyi koruma amaçlarını bağdaştırabilmektedir. Zira bu ilke sayesinde kişiler yasaklanan fiilleri önceden bilmekte ve davranışlarını bu yasaklara göre düzenleme imkanı bulmaktadır. Bu itibarla bireyin ve toplumun yararları dengelenmektedir.⁸⁴⁸ “*Doğal olmayan yol*” ibaresi AYM’nin kararında da belirttiği üzere, kişiden kişiye toplumdan

⁸⁴⁵ AYM, K.T.: 01.04.2015, E.: 2014/118, K.: 2015/35, bkz. <http://www.kararlaryeni.ana-yasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGerekce=True&WordsOnly=False> (E.T.: 05.03.2019).

⁸⁴⁶ 1982 Anayasa’sı m. 38/1: “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.*”

⁸⁴⁷ TCK m. 2/1: “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez.*”

⁸⁴⁸ DÖNMEZER – ERMAN, C. 1, s. 20, 21.

topluma değişkenlik gösterir. Soyut ve değişken olan bu tabir, kamu otoritesinin keyfi kararlar almasına neden olabilir. Zira muğlak suç tanımları, kişilerin yasaklanan fiilleri öngörememesi yanında, yargı organlarına geniş bir takdir alanı bırakılmasına neden olur. Özellikle bireylerin özel hayatına yapılacak müdahaleleri meşru hale getiren ceza normları açısından, bu normların öngörülebilir ve anlaşılabilir olmasının yanında, mutlak şekilde üstün hukuki yarar söz konusu olmalıdır.⁸⁴⁹

Yargıtay'ın "*doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış*" ibaresi hakkındaki içtihatları değişiklik göstermektedir. Zira, eşcinsel, anal ve oral yoldan yapılan cinsel ilişkiler ile birden fazla kişinin bir araya gelerek cinsel ilişkiye girmeleri olarak adlandırılan grup seks, 2015 yılına kadar "*doğal olmayan yol*" olarak kabul edilmekteyken,⁸⁵⁰ 2015 yılından itibaren bu şekilde gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin "*doğal yoldan yapıldığı*"⁸⁵¹ kabul edilmektedir. Netice itibarıyla "*doğal olmayan yoldan*

⁸⁴⁹ Ersan ŞEN, "TCK m.226/4'ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu", bkz. http://sen.av.tr/tr/makale-detay/139/tck_m.226/4'un_anayasaya_aykirligi_sorunu.html (E.T.: 06.03.2019). "*Doğal olmayan yol*" tabirinin, suçun hukuki konusuyla örtüşmediği; ifade hürriyetini ölçüsüzce sınırlandırdığı; kanun koyucunun genel ahlaki korumakla görevli olmasına rağmen, bu durumun onun "*kaba ahlakçı*" olmasını haklı göstermeyeceği söylenmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Toplum, s. 344, 345.

⁸⁵⁰ "... *Doğal olmayan anal ve oral yollarla ilişkiye girildiği belirtilen CD'leri bulunduran sanığın eyleminin 226/4. maddesine uyan nitelikte bulunduğunun gözetilmemesi ...*", 5. CD., K.T.: 09.06.2009, E.: 2007/14874, K.: 2008/538, bkz. BAYTEMİR, Ahlak, s. 381; "... *İnsanlar için doğal cinsel davranışın, devamlılık gösteren Daire kararlarında da vurgulandığı üzere, bir kadının ile bir erkeğin, cinsel organlarının bir araya gelerek ilişkiye girmeleri suretiyle oluştuğu, bunun dışındaki, örneğin birden fazla kişinin bir araya gelerek cinsel ilişkiye girmeleri (grup sex), eşcinsel insanların birbirlerine cinsel davranışlarda bulunmaları, hayvanlarla cinsel ilişki, oral veya anal yoldan cinsel davranışların tamamının doğal olmayan cinsel davranışlar olduğu, dosya içeriğine göre sanığın işyerinde yapılan arama sonucunda, bilirkişi raporunda belirtildiği gibi doğal olmayan yollarla yapılan grup halinde, lezbiyen, anal, oral şekilde cinsel davranışlara ilişkin görüntüler olduğu tespit edildiği halde, yanlış değerlendirme ile sanık hakkında TCK'nın 226/4. maddesi yerine aynı Kanunun 226/1-d maddesinin tatbik edilmesi suretiyle sanığa noksan ceza tayini ...*", 14. CD., K.T.: 20.03.2014, E.: 2012/12510, K.: 2014/3734, bkz. BAYTEMİR, Ahlak, s. 383.

⁸⁵¹ "... *Anal ve oral yoldan yapılan, eşcinsel eğilimli ya da grup halinde bulunulan cinsel birleşmelere ait görüntülerin tek başına 'doğal olmayan' kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği, bu kavramın cinsel yaşamın içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından*

yapılan cinsel davranış” ibaresinin içeriğini uygulamacılara bırakan tarihi kanun koyucu ve bu durumu hukuka uygun bulan AYM, bireyleri Yargıtay içtihatlarını takip etmekle yükümlü kılmıştır. Zira Yargıtay’ın bu konu hakkındaki görüşü tekrar değişebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Yargıtay bazı kararlarında, suça konu ürünlerde, “*doğal olmayan yoldan yapılan*” cinsel davranış bulunup bulunmadığı hususunda bilirkişiye başvurulmamasını bozma nedeni olarak kabul etmektedir.⁸⁵² Kanımızca doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar ibaresi, her halde TCK m. 30/4 uyarınca hukuki hata olarak değerlendirilmelidir.⁸⁵³

da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri tanımladığı, bilirkişi raporlarının içeriğine göre ise sanığın eyleminin TCK’nın 226/1. maddesinin ihlali niteliğinde olduğu ve bu maddeye göre cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında TCK’nın 226/4. maddesinden hüküm kurulması ...”, 18. CD., K.T.: 02.05.2016, E.: 2015/29048, K.: 2016/9200, **UYAP** (E.T.: 02.03.2019); “... TCK’nın 226/4. maddesindeki ‘doğal olmayan’ kavramının bireylerin cinsel yaşamının içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri tanımladığı, anal ya da oral yoldan yapılan, eşcinsel veya grup halinde bulunulan cinsel birleşmelere ait görüntülerin veya cisimle yapılan mastürbasyon görüntülerinin tek başına bu kavram içerisinde değerlendirilemeyeceği dikkate alındığında, başka bir soruşturma sebebiyle sanığın bakkal dükkanı olarak işlettiği iş yerindeki bilgisayar üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucu silinmiş dosyalar arasında 21 adet erkek erkeğe cinsel ilişkiye ait görüntülerin bulunduğu anlaşıldığı karşısında, bu görüntülerin niteliği ile ele geçiriliş şekli ve sayısı değerlendirildiğinde kişisel amaçlı olarak bulundurulduğunun kabulü gerektiği gözetilmeden, sanığın mahkûmiyetine hükmedilmesi ...”, 18. CD., K.T.: 30.05.2018, E.: 2016/9023, K.: 2018/8443, **UYAP** (E.T.: 02.03.2019).

⁸⁵² “... kolluk izleme tutanağında suça konu CD’lerde yetişkin kadınlarla erkeklerin ilişkiye girdikleri, cinsel organlarını teşhir ettikleri, toplu ve grup ilişki görüntülerinin bulunduğu belirtilmesi karşısında, bu hususta bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle doğal olmayan cinsel ilişki bulunup bulunmadığının saptanması ...”, 14. CD., K.T.: 06.05.2013; E.: 2011/11727, K.: 2013/5431, bkz. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6795; “*Dosyada bulunan ... tarihli raporda 52 adet CD’nin pornografik içerikli olduğunun belirtildiği, CD’lerin içerikleri konusunda başkaca bilgi olmadığı anlaşılmakla, ... doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışların yer alıp almadığı yönünde, uygulanacak Kanun maddelerinin ve yargılamayı yapacak görevli mahkemenin tespitinde de esas teşkil edecek şekilde, konunun uzmanı bilirkişilere inceleme yaptırılarak, bu tür görüntüler bulunması durumunda, ... görevsizlik kararı verilmesi gerekeceği gözetilmeksizin yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi ...”*, 14. CD., K.T.: 26.06.2013, E.: 2012/488, K.: 2013/8171, bkz. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6797.

⁸⁵³ “*Müstehcenlik fiilini cezalandıran bir normun belirli bir tarihteki içeriğini vatandaşın bildiğini varsaymak olanak dışıdır. Gerçekten değişik yörelerde ve değişik zamanlarda ‘müstehcenlik’ kavramının içeriği başka başkadır. Bu durumda, ülkede yaşayan kişinin fiilinin tipe uygunluğunu bildiğini varsaymak toplum bilim verileriyle bağdaşmaz.*”, Çetin **ÖZEK**, “*Ceza*

D. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

a. Genel Olarak

Hükümde suç sayılan fiiller, “*şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yollardan yapılan cinsel davranışları konu alan görüntü, yazı veya ses biçimindeki ürünleri üretmek, bulundurmak, ülkeye sokmak, depolamak, nakletmek, satışa arz etmek, satmak veya başkalarının kullanımına sunmak*” olarak belirtilmiştir.⁸⁵⁴

TCK m. 226/3’ten farklı olarak üretmek ile bulundurmak ve yaymak fiilleri aynı suç kapsamında sayılmıştır. Bunlardan biri veya birkaçı işlendiğinde tek suç oluşmaktadır. Bu sebeple bu suç “*seçimlik hareketli*” bir suçtur. Kanunu koyucu suçun gerçekleşmesi bakımından ayrıca bir zarar veya zarar tehlikesinin meydana gelmesini aramadığından bu suç “*salt hareket suçu*” ve “*salt tehlike suçu*” niteliğindedir.⁸⁵⁵

b. Anormal Pornografi Üretmek

TCK m. 226/4 hükmünde, m. 226/3-1.cümle’de yer alan “*kullanarak üretmek*” fiili değil, yalnızca “*üretmek*” fiili⁸⁵⁶ suç sayılmıştır. Bu itibarla, TCK m. 226/3-1.cümle uyarınca çocukların pornografik nitelikte ürünlerin üretiminde

Normunun Varlığında Hata”, in. Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 3, B. 1, İstanbul 2003, s. 824. (Hata)

⁸⁵⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 343; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 158. Sayılan fiiller hakkındaki açıklamalar için, bkz. “Bl. 3 – II. D. 1. c.”, s. 220.

⁸⁵⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 345; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 156, 157.

⁸⁵⁶ Üretmek fiiline ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. “Bl. 3 – I. F. 1.”, s. 199.

kullanılması halinde, ürünün meydana gelmiş olması gerekmektedir, suç tamamlanacaktır. Kanun koyucu bu sayede failin cezai sorumluluğunu genişletmiştir. Kanımızca bu tercihin sebeplerinden biri, TCK m. 226/3 kapsamındaki ürünlerin içeriğini oluşturan davranışların TCK m. 103 uyarınca ayrıca suç teşkil etmesi; diğeri ise, TCK m. 226/3 ile m. 226/4 için öngörülen cezalardan da anlaşılacağı üzere, m. 226/3'ün hukuki konusunun, m. 226/4'ün hukuki konusuna oranla daha fazla önem arz etmesidir.

c. Anormal Pornografi Bulundurmak

“*Bulundurmak*” fiili yaymaya ilişkin fiillerin ön şartı niteliğindedir.⁸⁵⁷ Dolayısıyla TCK m. 226/4'te söz konusu nitelikteki ürünleri “*bulundurmak*” fiilinin suç sayılmasının nedeni, esasen bunların yayılmasının mutlak şekilde engellenmek istenmesidir. Bu bölümün “*IV. C. Maddi Konu*” başlığı altında da belirttiğimiz üzere kişilerin rızaları dahilinde gerçekleştirdiği cinsel davranışlar TCK'ya göre suç teşkil etmektedir. Buradan hareketle yasaklanmayan cinsel davranışlara ilişkin ürünleri, “*bulundurmak*” fiilinin suç sayılmasının bir tezatlık oluşturduğu söylenebilir. Zira Kanun koyucu bireylere cinsel özgürlük tanıyarak, bir yandan kişilerin özel hayatlarına müdahale etmekten imtina ederken, diğeri yandan yasaklanmayan cinsel davranışları konu alan ürünleri “*bulundurmak*” fiilini cezalandırmaktadır. Herhangi bir yayma amacı gütmeksizin kendi iç dünyasına hitap eden ve içeriğinde sergilenen davranışların herhangi bir suç oluşturmadığı ürünleri yalnızca “*bulundurmak*” fiilini işleyen kimse, diğeri bir kimsenin cezaen korunan hukuki değer veya menfaatlerine müdahale etmemektedir. Modern ceza hukuku, başkalarının bilinebilir, algılanabilir, nesnelleşen hareketlerle ilgilenir, yani bir süjeden kaynaklanan ve başka bir

⁸⁵⁷ Bulundurmak fiiline ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. “*Bl. 3 – III. D. 1. b*”, s. 254.

süjenin alanına giren fiilleri cezalandırır.⁸⁵⁸ TCK m. 226/4 açısından “bulundurmak” fiilinin suç sayılması, kişilerin özel hayatına aşırı şekilde müdahale edilmesini mümkün kıldığından, “*Özel Hayatın Gizliliği*” başlıklı Anayasa m. 20’ye aykırıdır.⁸⁵⁹ Netice itibarıyla TCK m. 226/4’te sayılan ve suç oluşturmeyen davranışları konu alan ürünleri, “bulundurmak” fiilinin suç teşkil etmemesi gerektiği kanaatindeyiz.⁸⁶⁰

⁸⁵⁸ Zeki **HAFIZOĞULLARI**, “*Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı*”, in. TBBD, S. 55, Y. 2004, s. 89 (**Liberal**); **GÜNGÖR**, “*Çocuk Pornografisi*”, s. 553.

⁸⁵⁹ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 158; **SOYASLAN**, Özel, s. 562; **ŞEN**, “*TCK m. 226/4*”; **AKARCA**, s. 35; **TAŞKIN**, s. 126. Diğer yandan TCK m. 226/3’te yer alan çocuk pornografisine ilişkin suçlar bakımından “bulundurmak” fiili, özel hayatın gizliliğini ihlal olarak değerlendirilmemelidir. Zira SOİSS gerekçesi No. 98’e göre, “*Çocuk pornografisi bulundurmak bu tür malzeme için talebi canlandırır, üretimden bulundurmaya kadar zincirin bütün parçalarının fiilleri için cezai sonuçlar getirmek, çocuk pornografisi üretimini azaltmanın etkin bir yoludur.*”, Bkz. **ÖZEN – BAŞTÜRK**, s. 121. Zira belirtildiği üzere kişilerin rızaları dahilinde gerçekleştirdiği cinsel davranışlar TCK’ya göre suç teşkil etmemektedir. TCK m. 226/4 bu yönüyle m. 226/3’ten ayrılmaktadır. Nitekim TCK m. 226/3’te konusu suç olan ürünlerde sergilenen cinsel davranışlarda bulunmak, TCK m. 103 uyarınca suç oluşturmaktadır. Bu itibarla TCK m. 226/3’ün konusunu oluşturan ürünleri “bulundurmak” fiilinin suç sayılması kişilerin iç dünyasına aşırı bir müdahale niteliği taşımamaktadır. Benzer yönde görüş için, bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 158. “Bir ‘iç davranış ceza hukuku’ olmak istemeyen ceza hukuku insanın cinsel davranışlarına, ahlaki alanına fazlaca müdahale etmemek zorundadır. Çünkü dikkat edilirse bu alanda ceza hukuku da fazla başarı sağlayamamaktadır. Kara rakamların en fazla kendisini gösterdiği bir alanla karşı karşıyayız. Bu itibarla ceza hukukunun biraz daha bu konudan elini çekmesi gerekiyor.”, bkz. Nevzat **TOROSLU**, “*Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara İlişkin Tartışmalar*”, in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 693. (**Cinsel**) Netice itibarıyla belirtmek gerekir ki; kişilerin, rızaları dahilinde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama gerçekleştirilmesi suretiyle; hakaret kastı olmadığı sürece ölüye karşı; sahipsiz hayvana karşı veya sahipli hayvana karşı herhangi bir zarar vermeksizin, cinsel davranışlarda bulunmak TCK uyarınca suç teşkil etmez.

⁸⁶⁰ “*Özel Hayatın ve Aile Hayatının Gizliliği*” başlıklı İHAS m.8’e göre, “*Herkes, özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesi hakkına sahip olup; bu hakka ancak m. 8/2 uyarınca, ‘hukuka uygunluk’, ‘kamu güvenliği, ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ile sayılan vd. amaçlar bakımından meşruluk’ ve ‘demokratik bir toplumda gereklilik’, şartlarının birlikte bulunması halinde müdahale edilebilir.*” İHAM’a göre, “*Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ile ahlakın korunması arasında kesin bir ayırım yapılamaz. Kamu otoritelerinin özel yaşamın en mahrem yönlerine yapacağı müdahalenin haklı sayılabilmesi için, özel olarak ciddi nedenlerin mevcut olması zorunludur. Toplumsal ihtiyacın baskısı veya toplumun korunması gereken kesiminin zarar görme riski, özel hayata müdahale edilmesi açısından ciddi bir neden sayılamaz. Her ne kadar, başkalarının özel hayatlarında gerçekleştirdiği davranışlar, toplumun oluşturan bireylerin bir kısmı tarafından rahatsızlık verici bulunsa da veya*

d. Anormal Pornografi Yaymak

TCK m. 226/3-2.cümle'den farklı olarak, bu ürünlerin yayılmasına ilişkin fiiller arasında, “çoğaltmak” ve “ihraç etmek” fiililerine, TCK m. 226/4'te yer verilmiştir. Hem iki suçun hukuki konuları arasındaki benzerlik hem de her iki suçta da “bulundurmak” fiilinin suç sayılmış olması hususları göz önüne alındığında, TCK m. 226/3-2.cümle ile m. 226/4 arasında böyle bir fark bulunması yerinde değildir.⁸⁶¹

2. Hukuka Aykırılık

Genel hükümlerde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin hiçbiri bu suçla bağdaşmaz. Diğer yandan TCK m. 226/7'ye göre m. 226/4 kapsamındaki ürünler bilimsel eser niteliği taşıması halinde suç oluşmaz.⁸⁶² Diğer yandan çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla TCK m. 226/4 kapsamında yer alan ürünler, sanatsal değeri olan eser niteliğindeyse bu durumda suç oluşmayacaktır.⁸⁶³ Dolayısıyla TCK

bu davranışlara karşı çıkılsa da, bu durum cezai yaptırımların uygulanmasına bir gerekçe olmaz. Ahlaki standartların bozulacağı düşüncesiyle özel yaşamın en mahrem alanlarına müdahale edilemez. Bir davranışı suç olmaktan çıkarma, bu davranışı onaylama anlamına gelmez.”, İHAM “Dudgeon v. Birleşik Krallık” Kararı, K.T.: 22.10.1981, Çev. Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları (Ed.: Osman DOĞRU), C. 1, B. 1, İstanbul 2004, s. 426-433. “Bir fiilin suç teşkil etmemesi o konuda bir özgürlük bulunduğunu ifadeye sevk etmemelidir. Terbiyesizlik de suç değildir; ama terbiyesizlik özgürlüğünden söz edilemez. Özgürlük tabiri çok üstün anlamlı bir terimdir.”, bkz. Sulhi DÖNMEZER, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara İlişkin Tartışmalar”, in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 706.

⁸⁶¹ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 159.

⁸⁶² Krş. MARAKOĞLU, s. 64.

⁸⁶³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 345. İHAM da bir kararında sert müstehcen ürünlerin çocukların ulaşabileceği şekilde sergilenmesi halinde, sanatçıların “ifade özgürlüğünden” yararlanamayacağına hükmetmiştir: “Tartışma konusu resimlerin, halen geçerli olan toplumsal ahlaka uzak düşen bir cinsellik kavramını yansıttığından kuşku yoktur. Söz konusu resimler ile bunların sergilendikleri bağlam dahil olmak üzere olay, bütünsel olarak değerlendirilmelidir. Başvurucu resimlerin, sembolik anlamlarının dikkate alınması gerektiğini ve bunların çağdaş deneysel sanat sergisinin bir parçası olduğunu, sanatla ilgilenen kişilere gösterilemeyecek olursa, sanat özgürlüğünün içinin boşaltılmış olacağını ifade etmiştir. Söz konusu resimlerde, özellikle insanlar ve hayvanlar arasında cinsel ilişkilerin kaba bir tarzda

m. 226/3'ten farklı olarak TCK m. 226/4 kapsamındaki ürünlerin, sanatsal değere sahip olabileceği kabul edilmiştir.⁸⁶⁴

3. Kusurluluk

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Kast, failin, şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yollardan yapılan cinsel davranışları konu alan ürünleri bilerek ve isteyerek üretmesi, bulundurması, ülkeye sokması, depolaması, nakletmesi, satışa arz etmesi, satması veya başkalarının kullanımına sunmasıdır.⁸⁶⁵ Hükümde, suçun oluşması bakımından failin belli bir amaç doğrultusunda hareket etmiş olması şart koşulmadığından, bu suç genel kastla işlenebilir.⁸⁶⁶

Kişi, ülkeye soktuğu ürünün doğal yollarla yapılan cinsel davranışları konu aldığını zannetmesine rağmen, ürünün konusu doğal olmayan yollarla yapılan cinsel davranışlara ilişkin ise, bu durumda fiil üzerinde hata söz konusu olur ve kişi kasten hareket etmiş sayılmaz.⁸⁶⁷ Şüphesiz ki sayılan fiiller açısından kastın tespit edilebilmesi için, kişinin mutlaka söz konusu ürünlerin konusu bakımından bir değerlendirme yapma imkanı bulunmalıdır.⁸⁶⁸

gösterildiğini belirtmek gerekir. Bu resimler, serginin amacına uygun olarak sergi yerinde, spontane bir şekilde yapılmış, sergiyi düzenleyenler bir giriş ücreti veya yaş sınırı koymadıkları için, herkesin görebilmesine açık tutulmuştur. Gerçekten de resimler, sınırsız olarak bütün herkese açık ve herkesin ilgisini çekecek surette sergilenmişlerdir. Bu nedenle başvurunun mahkumiyeti, gerçek bir sosyal ihtiyacı karşılamakta olup, İHAS m. 10 ihlal edilmemiştir.”, bkz. DOĞRU, C. 2, s. 556, 557.

⁸⁶⁴ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 159.

⁸⁶⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 345.

⁸⁶⁶ Bulundurmak fiili yönünden TCK m. 226/4'te yer alan suçun oluşması için ticari amaç kastının bulunması gerektiği yönündeki görüş için, bkz. BAYTEMİR, Ahlak, s. 389.

⁸⁶⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 345.

⁸⁶⁸ ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 159. İsveç CK. Bölüm 16 prg. 10b/2'ye göre, hayvanlara veya insanlara karşı şiddet içeren cinsel davranışları tasvir eden ürünleri mesleği gereği veya herhangi bir nedenle para kazanmak amacıyla yayan kişi, taksirle hareket etmiş olsa da, bu

E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BIÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Bu suça teşebbüs mümkündür. Davranışları tek bir anlama geldiğinde, ayrıca geri dönüşü olmayan bir yolda olduğunda, fail, elinde olmayan nedenlerle suçun kanuni unsurlarının tamamını gerçekleştiremezse suça teşebbüs etmiş olur.⁸⁶⁹ Hükümde “bulundurmak” fiili suç sayıldığından, “ülkeye sokmak” fiili dışında TCK m. 226/4’te suç sayılan diğer fiillere teşebbüs söz konusu olamaz.⁸⁷⁰ Ancak TCK m. 226/4 kapsamında suç sayılan ürünlerin talep edilmesi halinde, talep eden elinde olmayan sebeplerle söz konusu ürünü elde edememişse bu durumda “bulundurmak” fiiline teşebbüs etmiş sayılır.

2. İştirak

Bu suça iştirak genel hükümler çerçevesinde mümkün olup herhangi bir özellik arz etmez.⁸⁷¹

3. İctima

Şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranışlara ilişkin ürünlerin üretilmesi sırasında, kendisine şiddet uygulanan kimsenin rızası olsa dahi, söz konusu olan kasten yaralamanın TCK m. 86/1 veya m. 86/3 kapsamında olması halinde şikayet

suçun kasten işlenmesi bakımından öngörülen hüküm uyarınca cezalandırılmaktadır. Bkz. <https://www.government.se/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf> (E.T.: 11.03.2019). Bu hüküm 5187 sayılı Basın Kanunu’nda düzenlenen cezai sorumluluk türlerine benzerlik göstermektedir. Bkz. “Bl. 2 – II. E. 3.”, s. 183.

⁸⁶⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 345. Bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 160.

⁸⁷⁰ Zira “bulundurmak” fiili, hükümde sayılan diğer fiillerin ön şartı niteliğindedir.

⁸⁷¹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 345.

aranmaksızın bu suçların takibi yapılacaktır. O halde, TCK m. 86/1 veya m. 86/3 kapsamında şiddet uygulanarak TCK m. 226/4'te yer alan anormal pornografik ürün üretmek suçu işlenirse, iki ayrı fiil söz konusu olacağından bu durumda fikri içtima kuralı uygulanamaz. Şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranışlara ilişkin ürünlerin üretilmesi sırasında, kendisine şiddet uygulanan kimsenin rızasının bulunmaması halinde TCK m. 226/4 yanında m. 103'te düzenlenen cinsel saldırı suçu oluşacaktır. TCK m. 103/4 uyarınca, "*cinsel saldırı için başvurulmuş şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*" Bu itibarla şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranışlara ilişkin ürünlerin üretilmesi sırasında, kendisine şiddet uygulanan kimsenin rızası yoksa ve TCK m. 87 kapsamında bir yaralama söz konusuysa, fail kasten yaralama, cinsel saldırı ve anormal pornografi üretmek suçlarından cezalandırılacaktır. Bu ürünlerin üretilmesi sırasında gizli kamera kullanılması halinde ayrıca TCK m. 134/1-2.cümle'de yer alan suç da oluşacak ancak bu suç TCK m. 226/4'e göre üretmek suçuyla aynı fiil sonucu meydana geldiğinden bu iki suç arasında fikri içtima kuralı uygulanacaktır.⁸⁷²

Hayvanlarla yapılan cinsel davranışlar aynı zamanda TCK m. 151/2'de yer alan sahipli hayvana zarar verme suçunu oluşturabilir. TCK m. 151/2'ye göre, "*sahipli bir hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi ... cezalandırılır.*"⁸⁷³ Diğer yandan hayvanla aleni olarak cinsel ilişkide

⁸⁷² Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin hukuken rızası geçerli olmadığından, bu kişilerle şiddet kullanılarak gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin ürünlerin üretilmesi sırasında, her halde TCK m. 226/4 ve m. 103'te yer alan suçlar vücut bulacaktır. Diğer yandan İspanya CK. m. 189/1-2 uyarınca, temyiz gücü bulunmayanların pornografik eser üretimi için kullanılması suç teşkil etmektedir.

⁸⁷³ 765 sayılı mülga TCK m. 577'de yer alan "*hayvanlara kötü muamele suçu*"nun oluşması bakımından hayvanın sahipli olup olmaması önem arz etmemekteydi. Söz konusu hüküm şu şekildeydi: "*Bir kimse hayvanlara karşı insafsızca hareket eder veya lüzumsuz yere döver*

bulunulması halinde ayrıca TCK m. 225'te yer alan hayasızca hareketler suçu oluşacaktır.⁸⁷⁴ O halde örneğin, sahipli bir hayvanla alenen cinsel ilişkide bulunulurken bu durumun videoya kaydedilmesi ve bu ilişki neticesinde hayvanın ölmesi durumunda, iki hareket ve iki fiil sonucu TCK m. 151/2, m. 225/1 ve m. 226/4'te yer alan suçlar işlenmiş olacaktır. TCK m. 226/4'ün hukuki konusunun, m. 225/1'in hukuki konusunu da⁸⁷⁵ içermesi ve bu suçların mağdurunun aynı olması dolayısıyla, bu iki suç arasında fikri içtima kuralı uygulanacaktır. Öte yandan TCK m. 151/2'de yer alan suç ile bu suçlar arasında fikri içtima kuralı uygulanamaz.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise, ölmüş insan bedeni üzerinde yapılan cinsel davranışlara ilişkin ürünlerin üretilmesi sırasında, üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirilen ölünün, hatırasına hakaret kastıyla hareket edilmesi halinde, TCK m. 226/4 yanında m. 130/2'de yer alan suç oluşacaktır. Bu durumda fiil tek olmadığından fikri içtima kuralı uygulanamaz.

Diğer yandan örneğin bir çocuk üzerinde şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranışları konu alan bir ürünün satışa arz edilmesi halinde, aynı ürün hem TCK m. 226/3 hem de m. 226/4'te yer alan suçlara vücut verir. Bu durumda tek bir fiil söz konusu olduğundan fikri içtima kuralı uygulanacaktır.⁸⁷⁶ Ayrıca örneğin bu ürün bunların satışına mahsus yerler dışında satışa arz edilmişse bu durumda TCK m. 226/1-d'de yer alan suç da oluşacaktır. Ancak m. 226/4'te satışa arz etmek fiili de

veya yaralar veyahut aşikar suretle haddinden fazla yorulacak derecede zorlarsa ... cezalandırılır."

⁸⁷⁴ "... sanığın, inekle cinsi münasebette bulunma eyleminin TCK'nın 419/2. değil, 1. fıkrasına uygun alenen hayasızca harekette bulunmak suçunu teşkil ettiği ...", 5 CD., K.T.: 25.12.1990, E.: 5035, K.: 5975, bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 155.

⁸⁷⁵ TCK m. 225'in hukuki konusu, toplumun genel ahlakının korunmasına ilişkin kamusal yarardır. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 323.

⁸⁷⁶ Aynı yönde görüş için, bkz. **ÜNVER**, "Çocuk ve Genç", s. 56.

suç sayıldığından yine bu durumda da tek bir fiil söz konusu olacak ve fikri içtima kuralı uygulanacaktır. Kanımızca hem TCK m. 226/3 hem de m. 226/4 kapsamında olan bir ürünün bulundurulması veya yayılması, ayrı ayrı m. 226/3 ve m. 226/4 kapsamında olan farklı ürünlerin bulundurulması veya yayılmasından daha tehlikelidir. Bu sebeple, bir kimsenin ayrı ayrı TCK m. 226/3 ve m. 226/4 kapsamında yer alan, farklı ürünleri bulundurması halinde evleviyetle fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. Diğer yandan söz konusu ürünleri bulundurmamak fiilinin uzun bir süreye yayılması halinde, hem TCK m. 226/3 ve m. 226/4 yönünden m. 44 uyarınca fikri içtima hükmü hem de TCK m. 43/1 uyarınca zincirleme suç hükmü uygulanmalıdır.⁸⁷⁷

Ayrıca bir kimsenin örneğin İnternet ortamında, TCK m. 226/3 ve m. 226/4 kapsamındaki ürünleri erişime sunması halinde, m. 226/1-b’de yer alan “*sergileme*”, m. 226/3-2.cümle ve m. 226/4’te yer alan “*başkalarının kullanımına sunma*” suçları, tek fiil ile gerçekleştirilmiş olduğundan bu durumda, bu üç suç arasında fikri içtima

⁸⁷⁷ Bir görüşe göre, hem TCK m. 226/3 hem de m. 226/4 kapsamındaki ürünlerin bulundurulması halinde fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. “*Ancak kanımızca burada eylemin tek olduğu konusunun araştırılması gerekir. Şayet söz konusu içerikler uzun bir süreye yayılı olarak depolanmış ise artık eylemi tek olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu halde hem 226/3 hem de 226/4’te yer alan suçtan dolayı ayrı ayrı ceza vermek gerektiği düşüncesindeyiz. TCK m. 44 ‘işlediği bir fiil ile’ ifadesine yer vermiştir. Burada fiili hareket olarak kabul etmek gerekir. Fail değişik zamanlarda çocuk pornografisine ve hayvan pornografisine ilişkin içerikleri depolamış ise artık söz konusu eylemleri ‘bir fiil’ saymak mümkün değildir.*”, bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 139. Yargıtay, hem TCK m. 226/3 hem de m. 226/4 kapsamındaki ürünlerin depolanmasının uzun süreye yayıldığı durumda, m. 226/3 ve m. 226/4 arasında fikri içtima kuralı uygulamakta ancak zincirleme suç kuralını görmezden gelmektedir: “*Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen ve müstehcen görüntülerin miktarına, niteliğine ve kayıt biçimine göre uzun süre içerisinde ve kasten yapıldığı anlaşılan ‘çocuk pornografisi ve hayvanlarla yapılan cinsel davranışlara ilişkin resim ve video kaydını dijital ortamda depolama ve bulundurma’ fiilinin kişisel amaçlı dahi olsa 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi yoluyla aynı Yasanın 226/3. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden seçimlik hareketlerde her birinin ayrı suç oluşturduğu kabul edilerek sanık hakkında ayrıca 226/4. madde ile uygulamak yapılmak suretiyle fazla ceza tayini ...*”, 5. CD., K.T.: 06.07.2010, E.: 2010/2024, K.: 2010/6003, bkz. **YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ**, s. 6782.

kuralları uygulanacaktır.⁸⁷⁸

F. MUHAKEME

Bu suç bakımından görevli mahkeme 5235 sayılı Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemeleridir. Bu suç açısından dava zamanaşımı TCK m. 66/1-e uyarınca sekiz yıl olup, failin yaş küçüklüğü söz konusu olursa, bu süre TCK m. 66/2 uyarınca indirilir. Suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olduğundan CMK m. 101/1 uyarınca şüpheli veya sanık tutuklanabilir. Bu suç bakımından görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi olmadığından CMK m. 102/1 uyarınca tutukluluk süresi en fazla bir yıl olup, bu süre zorunlu hallerde altı ay daha uzatılabilir.

G. YAPTIRIM

Suç için öngörülen ceza, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Buna göre hükmolunan hapis cezası hakkında, CMK m. 231 göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi; bu hapis cezasının, TCK m. 50'ye göre seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi veya TCK m. 51'e göre ertelenmesi mümkündür.

Katıldığımız bir görüşe göre, bu suçu işleyen fail açısından TCK m. 32'ye göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira psikolojik bir rahatsızlığı bulunduğu kabul edilen parafillerin, hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılması çağdaş ceza infaz

⁸⁷⁸ "Dosya içeriğine göre, sanığın çocuklara ait müstehcen görüntüleri bilgisayar ortamında ortak kullanıma açık dağıtmak suretiyle TCK'nın 226/1-b, e, müstehcen olan çocuk görüntülerini bulundurup başkalarının kullanımına sunmak suretiyle TCK'nın 226/3-2 ve hayvanlarla cinsel ilişkiye ait film ve görüntüleri başkalarının kullanımına sunmak suretiyle TCK'nın 226/4. maddelerinde yer alan suçları işlediği gerekçesiyle mahkemece sanık hakkında üç kez mahkumiyet hükmü kurulmuşsa da fikri içtima kuralları uyarınca sanığın bu eylemlerinden dolayı TCK'nın 226/3. madde ve fıkrası uyarınca cezalandırılması yerine ...", 14. CD., K.T.: 25.12.2012, E.: 2011/21682, K.: 2012/13601, bkz. YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6790.

hukuku açısından gerekli ve yeterli değildir. Bu çerçevede TCK m. 226/4'e özel, bir denetimli serbestlik tedbirinin düzenlenmesi gerektiği söylenmektedir. Bununla birlikte bu suçu işleyen herkesin mutlaka parafili olduğu söylenemez. Nitekim bazı kimseler yalnızca ticari amaçla bu suçu işlemektedir. Dolayısıyla bu kimseler açısından TCK m. 32 kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekmemektedir.⁸⁷⁹ Bununla birlikte sadizm, mazoşizm ve zoofiller hakkında herhangi bir tedavi yönteminin tespit edilmediği;⁸⁸⁰ nekrofiller açısından ise, yalnızca Class II nekrofillerin (romantik nekrofiller) zamanla iyileşebileceği belirtilmektedir.⁸⁸¹

⁸⁷⁹ **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 161.

⁸⁸⁰ "Parafili olgularının toplumda rastlanma sıklığı ile ilgili güvenilir ve kapsamlı epidemiyolojik araştırmalar bulunmamaktadır. Bu tür cinsel bozukluklara karşı var olan toplumsal tepki, bu olguların adli ve idari zorunluluk durumları dışında, tedavi ve yardım amacıyla hekimlere başvurusunu engelleyen önemli bir etken olmakta, böylece bu sorunların rastlanma sıklığını bilmemizi güçleştirmektedir. Ayrıca, başvuruların azlığı bu sorunların psikolojik ve farmakolojik tedavileri konusundaki deneyimlerin çok kısıtlı kalmasına neden olmaktadır.", **İNCESU**, s. 6.

⁸⁸¹ **POLAT**, s. 94-105.

IV. ÇOCUKLARI, ANORMAL PORNOGRAFİLERE VEYA ÇOCUK PORNOGRAFİSİNE MARUZ BIRAKMA SUÇU

A. GENEL OLARAK

Esasen pornografik ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayılmasını cezalandıran TCK m. 226/5'te, "üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini ... çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi ... cezalandırılır" denilerek, bu hükümde TCK m. 226/1-a'da yer alan suçun nitelikli hali düzenlenmiştir.⁸⁸² Zira söz konusu ürünlerin içeriğine vakıf olan çocukların, basit müstehcen ürünlerin içeriğine vakıf olmasına oranla daha fazla zarar görebileceği göz önüne alındığında, çocukların sert müstehcen ürünlere maruz bırakılmasının haksızlık içeriğinin daha fazla olduğu aşikardır. Dolayısıyla çocukların sert müstehcen ürünlere maruz bırakılmasının, basit müstehcen ürünlere maruz bırakılmasına oranla daha ağır bir cezanın öngörülmesi TCK m. 3/1'de yer alan orantılılık ilkesine uygundur. Buna karşın söz konusu düzenlemenin kanun yazım tekniğine uygun olmadığı ve suç sayılan bu fiillerin ilgili suçların yer aldığı TCK m. 226/3 ve m. 226/4'te cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız.⁸⁸³

B. HUKUKİ KONU, MAĞDUR, MADDİ KONU VE FAİL

Bu suçun hukuki konusu, TCK m. 226/1-a'da yer alan suçun hukuki konusuyla aynı olup, çocuğun kişiliğini sağlıklı geliştirme hakkıdır.⁸⁸⁴

⁸⁸² **TCK m. 226/5:** "Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı aydan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

⁸⁸³ Aynı yönde görüş için bkz. **ÖZBEK**, Müstehcenlik, s. 163.

⁸⁸⁴ Suçun hukuki konusunun, sayılan ürünlerin zararlı etkilerinden çocukların korunmasına ilişkin bireysel ve kamusal yarar olduğu yönündeki görüş için, bkz. **HAFIZOĞULLARI** –

Suçun mağduru kendisine çocuk pornografisi veya anormal pornografi niteliğindeki ürün gösterilen, okutulan veya dinletilen, çocuktur.⁸⁸⁵ Kanımızca TCK m. 226/1-a'dan farklı olarak, evlilikle ergin kılınan kimseler de bu suçun mağduru olacaktır. Zira m. 226/3 ve m. 226/4 kapsamındaki ürünlere ilişkin her türlü tasarruf suç teşkil etmektedir.⁸⁸⁶

Bu suçun vücut bulabilmesi için hükümde sayılan fiillerin TCK m. 226/3 veya m. 226/4 kapsamında olan ürünler üzerinde işlenmesi gerekmekte olup; söz konusu ürünler bu suçun maddi konusunu oluşturur.

Bu suç fail bakımından herhangi bir özel durum arz etmeyip tüm gerçek kişiler bu suçun faili olabilir.

C. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

Hükümde suç sayılan fiiller, TCK m. 226/3 ve m. 226/4 kapsamındaki ürünlerin içeriğini çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlamaktır. Hükümde cezalandırılan fiiller seçimlik olarak sayıldığından bu suç, “*seçimlik hareketli bir suç*” niteliğindedir. Bu sebeple sayılan fiillerden birden fazlasının zaman birliği içinde gerçekleştirilmesi halinde, fail, tek suçtan cezalandırılacaktır.⁸⁸⁷ Yine kanunda bu suçun gerçekleşmesi bakımından herhangi bir zararın veya zarar tehlikesinin meydana gelmesi aranmadığından bu suç, “*salt hareket suçu*” ve “*salt tehlike suçu*” niteliğindedir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle suç sayılan fiilde, fiilin fiil

ÖZEN, Toplum, s. 346.

⁸⁸⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 346.

⁸⁸⁶ Krş. “Bl. 2 – I. B.”, s. 86.

⁸⁸⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 347; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 163.

unsuruna ek olarak, fiilin normatif unsuruna da yer vermiştir.⁸⁸⁸ Dolayısıyla “*çocuğu sert müstehcen niteliğinde bir ürüne maruz bırakmak*” fiilini işlemek isteyen kimse- nin, TCK m. 226/3-2.cümle’de ve m. 226/4’te düzenlenen, sert müstehcen ürünleri “*bulundurmak*” veya “*başkalarının kullanımına sunmak*” fiillerini de işlemek zorunda olduğundan hareketle; TCK m. 226/5’te yer alan bu suçun, “*bileşik suç*”, “*geçitli suç*” veya “*karma suç*” niteliğinde olduğu düşünülebilir.

“*Bileşik suç*” iki farklı suçun bir araya gelmesiyle oluşan bir suç tipi olup, bu suçta söz edilebilmesi için birleşen iki suçtan biri, diğerinin ya bir unsuru ya da ağır- laştırıcı bir nedeni olmalıdır.⁸⁸⁹ Bu itibarla m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4’te yer alan suçlar, m. 226/5’te yer alan çocuğu sert müstehcen ürüne maruz bırakma su- çunun unsuru olarak gösterilmediğinden bu suç, “*bileşik suç*” niteliğinde değildir. Zira söz konusu hükümde, m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4’te yer alan suçlara sa- dece maddi konu bakımından atıfta bulunmaktadır. Ayrıca bileşik suç şüphesiz ki, kendisini oluşturan suçlar tarafından korunan hukuki konuların tümünü ortak bir şekilde korumaktadır.⁸⁹⁰ Bunun nedeni birleşen suçların mutlak ve açık bir şekilde, “*bileşik suç*”un unsuru olarak söz konusu hükümde yer almak zorunda olmasıdır. Açıkçası m. 226/5’te yer alan çocuğu sert müstehcen ürüne maruz bırakma suçunun, m. 226/3-2.cümle ve m. 226/4’te yer alan suçların hukuki konularını tam olarak ko- ruduğu söylenemez. Bu açıdan da çocukları sert müstehcen ürünlere maruz bırakma suçu, bileşik suç olarak nitelendirilemez.

⁸⁸⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 346, 347.

⁸⁸⁹ DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 651; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 357; Kayıhan İÇEL, “*Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu*”, in. İTÜSBD, C. 7, S. 14, Y. 2008, s. 45. (Görünüşte)

⁸⁹⁰ Doktrinde bu durum “*bir normun diğeri tarafından tüketilmesi*” olarak da adlandırılmak- tadır. Bkz. İÇEL, “*Görünüşte*”, s. 38.

“Geçitli suç”un söz konusu olabilmesi için, işlenen hafif ve ağır suçların hukuki konularının aynı olması ve failin hareketinin hafif suçtan ağır suça doğru giden bir yol izlemesi gerekir.⁸⁹¹ Hukuki konuları arasındaki farklılıktan ötürü, TCK m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4 kapsamındaki suçlar ile çocuğun sert müstehcen ürüne maruz bırakılması suçları arasında “geçitli suç” ilişkisi yoktur.

“Karma suç” niteliğindeki suçların işlenmesi sonucu birden fazla normu ihlal eden netice ortaya çıkmakta ve hafif olan netice, ağır olan neticenin içinde erimektedir. “Bileşik suç”larda olduğu gibi, “karma suç”ların işlenmesi halinde de birden fazla hukuki konu ihlal edilmektedir. Fakat “karma suç” olarak nitelendirilebilecek hükümlerde “bileşik suç”ların aksine, hafif olan suçun unsurlarının açıkça, ağır olan suçun unsurları arasında gösterilmesi gerekmez. Bununla birlikte “karma suç”u işlemek isteyen kimse, suçun unsurları arasında açıkça gösterilmese dahi hafif suçu işlemek zorunda kalır. Karma suçlar bu yönüyle bileşik suçlardan ayrılmaktadır.⁸⁹² TCK m. 226/5’te yer alan çocukları sert müstehcen ürüne maruz bırakma suçunun işlendiği her halde zorunlu olarak, m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4’te yer alan “bulundurma” veya “başkasının kullanımına sunma” suçlarının işlenmesi gerektiği düşünülebilir. Fakat, örneğin bir kimse, bir çocuğa para vererek sert müstehcen ürün satın alırsa veya bir çocuğu sert müstehcen niteliğinde film gösterilen bir sinemaya götürürse, TCK m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4’te yer alan “bulundurma” veya “başkasının kullanımına sunma” suçları işlenmeksizin yalnızca TCK m. 226/5’te yer alan “görmesini sağlama” suçu işlenmiş olur. Bu itibarla TCK m. 226/5’te düzenlenen, çocuğu müstehcen içeriklere maruz bırakma suçunun, “karma suç” olmadığı söylenebilir.

⁸⁹¹ DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 649; İÇEL, “Görünüşte”, s. 46-48.

⁸⁹² DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 646-657; İÇEL, “Görünüşte”, s. 46.

Netice itibarıyla TCK m. 226/5'te yer alan bu suçun, TCK m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4'te yer alan "bulundurma" veya "başkalarının kullanımına sunma" suçlarıyla birlikte işlenmesi halinde, söz konusu suçlar arasında "bileşik, karma veya geçitli suç" ilişkisi bulunmadığından; TCK m. 226/5'te yer alan bu suçu işleyen failin, her halde iki farklı suçtan cezalandırılması gündeme gelecektir. Buna göre örneğin bir kimse, çocuğa göstermek amacıyla edindiği sert müstehcen nitelikteki ürünü, çocuğa göstererek bu suçu tamamladıktan sonra, bu ürünü imha etse dahi, "çocuğu sert müstehcen ürüne maruz bırakma suçunun" işlenmesinden önce bu ürünü "bulundurma suçu" işlenmiş olduğundan, bu kimsenin, hem TCK m. 226/5 hem de TCK m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4'te yer alan suçlardan cezalandırılması gerektiği söylenebilir. Böyle düşünülürse, bir kimsenin, söz konusu ürünü, TCK m. 226/5'teki bu suçu işledikten sonra imha etmesinin bir önemi kalmaz. Çünkü sert müstehcen ürünü bulundurma suçu her halde işlenmiş olur. Yani bu kimse, fazladan bir suç işlemeyeceği düşüncesiyle, TCK m. 226/5'teki suçun tamamlanmasından sonra, söz konusu ürünü bulundurma suçunu işlemeye devam edebilir. Bu durum TCK m. 226/3-2.cümle ve m. 226/4'ün hukuki konusu olan, sert müstehcen ürünlerin yayılmasının engellenmesi amacıyla bağdaşmaz. Ayrıca bu yöndeki bir kabul, kanun koyucunun suç işlenmesine cevaz vermesi gibi kabul edilemez bir durumun oluşmasına sebep olacaktır. Bu nedenle yukarıdaki istisnai örnekler göz ardı edilerek TCK m. 226/5'te yer alan, "çocukları sert müstehcen ürünlere maruz bırakma suçu", "karma suç" olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda TCK m. 226/5'te yer alan suç, m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4'te yer alan fiiller gerçekleştirilmek suretiyle işlenirse, "ex consumens derogat legi consumptae (içeren kanun içerilen kanunu kayıtlar)" kuralı gereği,⁸⁹³ fail yalnızca ağır cezayı gerektiren fiilinden dolayı yani TCK m.

⁸⁹³ DÖNMEZER – ERMAN, C. 1, s. 647.

226/5'ten dolayı sorumlu olacaktır.

2. Hukuka Aykırılık

TCK m. 226/7'de düzenlenen hukuka uygunluk nedeni uyarınca TCK m. 226/3 ve m. 226/4 kapsamındaki ürünler, "*bilimsel eser*" niteliğindeyse, hükümde sayılan fiiller hukuka uygun sayılır ve suç oluşturmaz. Buna karşın "*sanatsal değeri olan eserler*" yönünden TCK m. 226/7'de yer alan hukuka uygunluk nedeni ancak, "*çocukların bu ürünlere ulaşmasının engellenmesi*" koşuluyla uygulanır. Buna göre TCK m. 226/3 ve m. 226/4 kapsamındaki ürünler, "*sanatsal değeri olan eser*" niteliğinde olsa dahi, bu ürünlerin içeriğini çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlamak fiilleri her halde suç teşkil eder.⁸⁹⁴

Genel hükümlerde yer alan hukuka uygunluk nedenleri bu suçla bağdaşmaktadır. Bununla birlikte TCK m. 226/1-a'da yer alan suç bakımından ebeveynler için özel bir hukuka uygunluk nedeni düzenlenmesi gerekliliğinin,⁸⁹⁵ bu suç bakımından da gündeme gelmesi söz konusudur. Kanımızca TCK m. 226/3 ve m. 226/4 kapsamındaki ürünlere, çocukların, ebeveynleri tarafından maruz bırakılmasının, bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği söylenemez.⁸⁹⁶ Zira bu ürünlerden yetişkinlerin dahi olumsuz etkilenebileceği ve bu ürünlerin yetişkin kimselerde parafilik davranış bozukluklarına neden olabileceği düşünüldüğünde, kişiliğini geliştirme sürecindeki bir çocuğun bu ürünlerden yetişkinlere oranla daha fazla etkilenmesi kuvvetle muhtemeldir. Öte yandan TCK m. 226/1-a'daki fiiller bakımından ebeveynlere özel tanınabilecek (veya tanınmış) hukuka uygunluk nedeni

⁸⁹⁴ Krş. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Toplum, s. 348.

⁸⁹⁵ Bkz. "*Bl. 2 – I. F. 2.*", s. 130.

⁸⁹⁶ Ebeveynlerin kendi çocuklarının pornografik filmlerini ürettiği ve bunların ticaretini yaptığı belirtilmektedir. Bkz. **POLAT**, s. 157.

doğrultusunda, ebeveynlerin söz konusu fiilleri işlemeksizin, çocuk pornografisinin ve anormal pornografilerin zararlı etkileri bakımından çocuklarını bilgilendirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3. Kusurluluk

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Bu suça göre kast, failin, TCK m. 226/3 ve m. 226/4 kapsamındaki ürünlerin içeriğini, bilerek ve isteyerek, çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlaması halinde söz konusu olur.⁸⁹⁷ Failin, söz konusu ürünlere çocukların ulaşmasını engellemek amacıyla, yeterince etkili olmayan tedbirler alması ve çocuğun bu ürünün içeriğine vakıf olması halinde, fail olası kastla hareket etmiş olacaktır.

Diğer yandan failin, ürünlerin içeriği konusunda hataya düşmesi halinde, fail bu suç açısından kasten hareket etmiş sayılamaz ve hatasından yararlanır. Bu hata söz konusu ürünün, gerek TCK m. 226/7 uyarınca bilimsel veya sanatsal değeri olan eser niteliğinde olması yönünden gerekse ürünün içeriğinin basit müstehcen nitelikte olduğunun düşünülmesi yönünden ortaya çıkabilir.⁸⁹⁸

D. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

İcra hareketleri parçalara bölünebildiğinden bu suça teşebbüs mümkündür. Bu suçun, “*karma suç*” olarak nitelendirilmesinden dolayı, bir kimse, çocuğu sert müstehcen içerikli ürüne maruz bırakma suçunu işlemek amacıyla sert müstehcen içerikli ürün edinirse, TCK m. 226/3 veya m. 226/4 uyarınca tamamlanmış olan

⁸⁹⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 348; ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 163.

⁸⁹⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 348.

“bulundurma suçu”ndan değil, TCK m. 226/5’te yer alan suça teşebbüs etmekten cezalandırılacaktır. Bu durumda failin kastının yalnızca TCK m. 226/5’e yönelmiş olduğunun tespiti kolay olmayacaktır. Bununla birlikte, kanımızca TCK m. 226/5’e teşebbüs daha çok, bu suçun İnternet aracılığıyla işlenmesi halinde söz konusu olur. Örneğin, bir kimsenin çocuğuyla birlikte komşusunun evine misafirliğe gitmesi durumunda, ev sahibi kimsenin, çocuğa söz konusu ürünleri İnternet erişimi olan bir cihazdan göstermek üzere yakalanması halinde bu suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

2. İştirak

Bu suç iştirak bakımından bir özellik arz etmeyip, iştirak söz konusu olduğunda sorun, genel hükümler çerçevesinde çözülecektir.

3. İçtima

TCK m. 226/5’te yer alan çocuğu sert müstehcen içerikli ürüne maruz bırakma suçunun, “*karma suç*” olarak kabulüne rağmen bu suçun öncesinde veya sonrasında, ayrıca TCK m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4’te yer alan sert müstehcen nitelikteki ürünleri “*bulundurmak*” suçunun işlenmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Buna göre örneğin bir kimse; salt TCK m. 226/5’teki suçu işlemek amacıyla edindiği ürünü bu suçu tamamladıktan sonra bulundurmaya devam ederse veya; m. 226/5’teki suçun icra hareketleri olarak değerlendirilemeyecek şekilde, bu suçu işlemeyen önce hali hazırda bu ürünleri bulunduruyorsa, bu kimse, söz konusu ürünlerin içeriğine bağlı olarak TCK m. 226/5 haricinde TCK m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4’te yer alan suçlardan cezalandırılacaktır.⁸⁹⁹ Zira bu durumda sert müstehcen

⁸⁹⁹ TCK m. 226/5’in söz konusu olması durumunda, m. 226/3 veya m. 226/4’ün uygulanmayacağı yönündeki görüş için, bkz. YAŞAR – GÖKCAN – ARTUÇ, s. 6790.

ürünleri bulundurma suçu ile TCK m. 226/5 arasında nedensellik bağı bulunduğu iddia edilemez. Netice itibarıyla belirtmek gerekir ki, “*karma suç*” ile “*fikri içtima*” durumunun karıştırılmakta olduğu söylenmektedir. Fikri içtima durumunda, netice bir tane olup, kanunun farklı hükümleri yönünden bu netice birden fazla suça vücut vermektedir. “*Karma suç*” işlendiğinde ise, doğal anlamda birden fazla netice söz konusu olup, bu doğal neticeler farklı suçlara vücut vermektedir. Ancak bu suçlardan hafif olanı ağır olanın içinde erimektedir.⁹⁰⁰

TCK m. 226/5'te yer alan suç, aynı çocuğa karşı farklı zamanlarda işleyen fail hakkında, TCK m. 43/1'e göre belirli oranda arttırılarak, tek cezaya hükmolunur. Bu suçun tek bir hareketle birden fazla çocuğa karşı işlenmesi halinde TCK m. 43/2 uygulanarak yine bu suçun failine, belirli oranda artırım yapılarak tek bir ceza verilir.

E. MUHAKEME

Bu suç bakımından, Asliye Ceza Mahkemeleri görevli olup, dava zamanaşımı TCK m. 66/1-d uyarınca on beş yıldır. Bu suçtan dolayı CMK m. 101/1 uyarınca şüpheli veya sanık tutuklanabilir. Ayrıca bu suç için öngörülen hapis cezasının alt sınırı beş yıldan fazla olduğundan, bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması CMK m. 150/3 uyarınca, şüpheli veya sanığa müdafii atanmadan yürütülemez. Söz konusu norm gözetilmeden karar verilmesi halinde, Yargıtay tarafından bu durum savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul edilmekte ve ilk derece mahkemesinin kararı bozulmaktadır.⁹⁰¹

⁹⁰⁰ **DÖNMEZER – ERMAN**, C. 1, s. 647.

⁹⁰¹ “... öngörülen hapis cezasının alt sınırının beş yıldan fazla olduğu nazara alınarak 5271 sayılı CMK'nın 150/3. maddesinin amir düzenlemesi gereğince sanık için re'sen tayin edilecek müdafii huzurunda yargılamaya devamla hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, müdafii

F. YAPTIRIM

Bu suç için öngörülen ceza, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. Suç için öngörülen hapis cezasının alt sınırı altı yıl olduğundan bu suç bakımından CMK m. 231'e göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez. Ayrıca hükmolunan cezanın TCK m. 50'ye göre seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya TCK m. 51 uyarınca ertelenmesi söz konusu değildir.

Bu suçtan dolayı gerçek ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

olmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle 150/3. maddesine aykırı hareket edilerek savunma hakkının kısıtlanması ...", 22. CD., K.T.: 14.01.2016, E.: 21650, K.: 388, bkz. ARTUÇ, Muhakeme, s. 692.

V. SERT MÜSTEHÇEN ÜRÜNLERİ BASIN VE YAYIN YOLUYLA YAYMA SUÇU

A. GENEL OLARAK

TCK m. 226/5'te çocukları sert müstehcen ürünlere maruz bırakma suçu haricinde esasen, sert müstehcen ürünleri basın ve yayın yolu ile yayma suçu düzenlenmektedir.⁹⁰² Belirttiğimiz üzere basın ve yayın yolu deyimi, “*kitle iletişim araçları*”nı ifade eder. Küresel çapta mücadele edilen sert müstehcen ürünlerin diğer kitle iletişim araçlarından ziyade, İnternet üzerinden yayıldığı görülmektedir. Zira İnternet üzerinden içeriklere ulaşım hızını ve pratikliğini göz önüne alan suçlular bu ürünleri; maddi şekilde (basılı dergi, kaset, CD, USB bellek vb.) transfer etmekten çok, İnternet üzerinden paylaşmayı, tercih etmektedirler.

İnternet üzerinden gerçekleştirilen aramaların yüzde 25'inin pornografik ürünlerle alakalı olduğu ve İnternet pornografisinin başlı başına bir endüstri haline geldiği belirtilmektedir. İnternet üzerinden sunulan yasal pornografik ürünlerin, 2015 yılında yaklaşık “5 milyar Euro” ciro yaptığı tespit edilmiştir.⁹⁰³ Öte yandan 2006 yılında yapılan bir araştırmada ise, İnternet'teki çocuk pornografisi sektörünün 2004 yılında yaklaşık “20 milyar Euro” ciro yaptığı belirlenmiştir.⁹⁰⁴ Buna göre aradaki süre zarfında, küresel mücadele ve müdahaleler sonucu İnternet'teki çocuk pornografisi sektöründe küçülme gerçekleştiği düşünülebilir. Ancak burada, “*Deep*

⁹⁰² **TCK m. 226/5:** “*Üç veya dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yoluyla yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*”

⁹⁰³ Anne **RÖTTGERKAMP**, “*Internet Pornografie – Zahlen, Statistiken, Fakten*”, 16.05.2018, bkz. <https://www.netzsieger.de/ratgeber/internet-pornografie-statistiken> (E.T.: 22.03.2019).

⁹⁰⁴ **ERBAŞI**, s. 1617.

Web” veya “*Dark Web*” olarak adlandırılan, ancak özel protokoller vasıtasıyla erişilebilen ve İnternet’in gizli köşesi olarak nitelendirilen sistem üzerinde durmak gerekir.

“*Deep Web*”, kullanıcılarının kimliklerinin tanımlanamaması ve bu sayede devlet müdahalesi olmadan serbest bir iletişim kurulması amacıyla tasarlanmıştır. 2014 yılında “*Deep Web*” üzerinde yapılan bir araştırmada, sistem üzerindeki araştırmaların yüzde 80’inin çocuk pornografisiyle ilgili olduğu tespit edilmiştir.⁹⁰⁵ Bu bağlamda “*Deep Web*” üzerinde tespit edilemeyen çok ciddi bir çocuk pornografisi ekonomisi olduğu belirtilmektedir. Zira bu sistem üzerinden yapılan alışverişlerde, ödeme aracı olarak yine anonimlik sağlayan “*Bitcoin vb. kripto para birimleri*” kullanılmaktadır.⁹⁰⁶ “*Deep Web*”te yer alan ürünlere belirsiz sayıda kişi tarafından ulaşılacağı göz önüne alındığında, bu nedenle söz konusu ürünler de TCK m. 226/5 uyarınca suç meydana getirmektedir.

Gerçekten İnternet ortamı veya diğer adıyla “*sanal alem*”, suçlu profili çizen kimseler yönünden bir maske işlevi görmekte ve bu kimselerin masum kimselerle kolay ve hızlı şekilde etkileşimde bulunmasını sağlamaktadır.⁹⁰⁷ Bu yönüyle masum kimselerin İnternet aracılığıyla, konusu suç teşkil eden sert müstehcen ürünlerle, bir şekilde temas etmesi zor gözükmemektedir. Diğer yandan somut olarak karşı karşıya bulunmaya oranla İnternet ortamında utanmanın az olması, kişilerin

⁹⁰⁵ Andy **GREENBERG**, “*Over 80 Percent Of Dark-Web Visits Relate To Pedophilia, Study Finds*”, 30.12.2014, bkz. <https://www.wired.com/2014/12/80-percent-dark-web-visits-relate-pedophilia-study-finds/> (E.T.: 22.03.2019).

⁹⁰⁶ Hamza **SHABAN**, “*People Are Using Bitcoin’s System To Share Child Pornography, Researchers Say*”, 22.03.2018, bkz. https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/03/22/people-are-using-bitcoins-system-to-share-child-pornography/?noredirect=on&utm_term=.d2b63d820fe6 (E.T.: 23.03.2019).

⁹⁰⁷ Gürol **CANBEK** – Şeref **SAĞIROĞLU**, “*Çocukların ve Gençlerin Bilgisayar ve İnternet Güvenliği*”, in. Politeknik Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2007, s. 34.

normalde kaçınacağı diyaloglara veya yaşantılara girmesine ve gerçek anlamda tanımadığı kişilerle yakınlık kurmalarına sebep olur.⁹⁰⁸

İnternet icat edilmeden ve yaygınlaşmadan önce yalıtılmış olan parafillerin, İnternet vasıtasıyla kendilerine bir iletişim ağı kurdukları ve buradan tanıştıkları diğer parafillerle destek grupları oluşturdukları belirtilmektedir.⁹⁰⁹ Zira İnternet davranışsal kısıtlamaları kaldırarak, kişilerin fantezilerini keşfetme ve geliştirmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla önceki yaşamında çocuğa cinsel açıdan ilgi duymayan bir kimsenin, bu durumu merak edip İnternet ortamında bunu tecrübe etmeye karar verebileceği ifade edilmektedir.⁹¹⁰ Gerçekten çocuk pornografisinin en yıkıcı şeklini İnternet üzerinde aldığı ve çocukların cinsel yönden istismarında çok etkili bir rol oynadığı belirtilmektedir.⁹¹¹

Öte yandan çocuk pornografisiyle kurumsal mücadele yanında, İnternet

⁹⁰⁸ Zira İnternet ortamında mimikler, ses tonu, vücut dili gibi fiziksel faktörler çoğunlukla bulunmamakta ve kişiler bilinçaltı ihtiyaçlarıyla baş başa kalmaktadır. **ERDOĞAN**, s. 149. Son zamanlarda yeni çıkan bir olgu da çocukları İnternet üzerinden uşaklaştırmadır. Pedofiller, İnternette çocuklarla sohbet ederek, onlarla arkadaşlık kurmakta ve sonraki adımlarda çocuğa cinsel istismarda bulunmak amacıyla, onu uşaklaştırmak için hazırlamaya çalışmaktadırlar. Bu olay “*grooming (İnternetle uşaklaştırma)*” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **POLAT**, s. 184. 2007 tarihli “*Çocukların Cinsel İstismar ve Kötüye Kullanmadan Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi)*”, “*grooming*” fiilinin suç olarak düzenlenmesini talep etmektedir. Bkz. **SIEBER**, s. 81. Ayrıca İnternet ortamında kolayca ve hızlıca yakınlık kurabilme imkanı kişiler için çekici bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. **ERDOĞAN**, s. 150.

⁹⁰⁹ Bunun yanında parafillerin, İnternette yeni bilgiler edinmeleri ve yeni fanteziler geliştirmeleri neticesinde ve bu fantezilerini uygulamaya dökmesi söz konusudur. **SOKULLU-AKINCI**, s. 31; **ERDOĞAN**, s. 148, 149.

⁹¹⁰ **ERDOĞAN**, s. 149.

⁹¹¹ **SOKULLU-AKINCI**, s. 37. Pedofillerin, İnternet kullananlar ve kullanmayanlar olmak üzere iki gruba ayrıldığı söylenmektedir. İnternet kullanan pedofiller ise beş gruba ayrılmaktadır. Bunlar: “(1) *Takipçiler: İnterneti çocuklara ulaşmak için kullananlar; (2) Geziciler: Fiziki temas olmadan cinsel haz yaşamak için kullananlar; (3) Mastürbatörler: İnternette yer alan çocuk pornografileriyle cinsel haz sağlayanlar; (4) Ağcılar: Diğer pedofillerle iletişim kuran, çocuk pornografisi yayan ve satanlar; (5) Kombine özellikleri olanlar*”, bkz. **ERDOĞAN**, s. 148.

ortamında işlenen suçlara yönelik mücadelede uluslararası yardım hatlarının çalışmalarını desteklemek ve geliştirmek ile bireylerin İnternet vasıtasıyla bu mücadeleye daha kolayca katkıda bulunabilmesi amacıyla INHOPE adlı organizasyon kurulmuştur. Kişiler anonim şekilde, INHOPE üzerinden suç içerikli web sitelerini ihbar edebilmektedir. INHOPE Avrupa Komisyonu desteğiyle “*ICCAM – I See Child Abuse Material (Çocuk Cinsel İstismar Malzemesi Görüyorum)*” olarak adlandırılan bir sistem geliştirmiştir. INHOPE ihbar edilen web sitelerini ICCAM sistemine yüklemektedir. ICCAM, bu sitelerde yer alan yazıları, resimleri ve videoları tarayarak INTERPOL’ün merkezi veri tabanı ile eşleştirir. Sistem daha sonra, yardım hattı analistinin içeriği önceden belirlenmiş kriterler altında uzaktan sınıflandırmasına izin verir. İçeriğin “*çocuk cinsel istismarı malzemesi*” olarak kabul edilmesi halinde, bu içeriğin hızlı şekilde İnternette kaldırılması sağlanmakta ve buna ilişkin rapor INHOPE tarafından hem ilgili ülkenin acil yardım hattına hem de INTERPOL’e bildirilmektedir.⁹¹²

B. HUKUKİ KONU

Suçun hukuki konusu bir görüşe göre, mutlak yasak kapsamındaki müstehcen ürünlerin içeriğinin basın ve yayın yoluyla halk arasında yayılmasının engellenmesine ilişkin kamusal yarardır.⁹¹³ Kanun koyucunun bu suçu, TCK m. 226/2’ye göre daha ağır yaptırıma bağlayarak ayrıca düzenlenmesinin sebebi, çocuk pornografisi ve anormal pornograflerin, basit müstehcen ürünlere kıyasla toplumun genel ahlakına çok daha fazla zarar verme potansiyelidir.

⁹¹² ECPAT International 2018, s. 15.

⁹¹³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 346.

C. MAĞDUR, MADDİ KONU VE FAİL

TCK m. 226/5'te düzenlenen sert müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayma suçunun mağduru, maddi konusu ve faili; m. 226/2'de düzenlenen basit müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayma suçu ile aynıdır.⁹¹⁴

D. SUÇUN UNSURLARI

1. Fiil

Hükme göre suç teşkil eden fiiller, "TCK m. 226/3 ve 4 kapsamındaki ürünlerin içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlamak veya yayınlamasına aracılık etmek"tir. TCK m. 226/2'de yer alan suçun "fiil" unsuruna ilişkin açıklamaların tümü,⁹¹⁵ m. 226/5'te düzenlenen sert müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayma suçu içinde geçerlidir. Bunun yanında TCK m. 226/2'den farklı olarak m. 226/5'te yer alan suç, "bileşik suç" niteliğindedir. Zira, hem m. 226/3-2.cümle hem de m. 226/4 uyarınca, söz konusu ürünleri "başkalarının kullanımına sunmak" fiili suç teşkil etmektedir. Bu bağlamda sert müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayınlamak fiili gerçekleştirildiğinde, her halde bu ürünleri "başkalarının kullanımına sunmak" fiili gerçekleştirilmiş olur. Buna göre, TCK m. 226/5'te yer alan bu suç, m. 226/2'de düzenlenen suç ile m. 226/3-2.cümle ve m. 226/4'te düzenlenen suçların birleşmesi sonucu oluşmaktadır. Diğer yandan sert müstehcen ürünleri basın ve yayın yoluyla yayma suçu, çocuğu sert müstehcen ürüne maruz bırakma suçuna benzer şekilde, sert müstehcen ürünleri bulundurma suçu yönünden, "karma suç" niteliğindedir.

TCK m. 226/2'de olduğu gibi, sert müstehcen ürünlerin kitle iletişim araçları

⁹¹⁴ Bkz. "Bl. 2 - II. B., C., D.", s. 164, 165.

⁹¹⁵ Bkz. "Bl. 2 - II. F. 1.", s. 187.

üzerinden, bireysel iletişim yoluyla belirli kimselerin erişimine sunulması halinde bu suç oluşmayacaktır.⁹¹⁶

2. Hukuka Aykırılık

Basın ve yayın yoluyla yayınlanan sert müstehcenlik içeren ürün “bilimsel eser” niteliğindeyse, TCK m. 226/7’de düzenlenen hukuka uygunluk nedeni uyarınca m. 226/5’te yer alan bu suç oluşmaz. Belirtildiği üzere çocuk pornografisi niteliğindeki ürünler yönünden, “sanatsal değeri” olduğundan bahisle bu hukuka uygunluk nedeni ileri sürülemeyecektir. Diğer yandan çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla anormal pornografi niteliğindeki ürünler, “sanatsal değeri olan eser” niteliğindeyse bu durumda suç oluşmayacaktır.

3. Kusurluluk

Bu suç kasten işlenebilir. Kast, failin, çocuk pornografisi veya anormal pornografi niteliğindeki ürünlerin içeriğini, bilerek ve isteyerek, basın ve yayın yoluyla yayınlamasıdır. Belirtildiği üzere söz konusu suçun işlenmesine aracılık eden kimse, TCK m. 226/2’de olduğu gibi m. 226/5’e göre de müşterek fail olarak değerlendirilecektir. O halde bu kimse de, bilerek ve isteyerek çocuk pornografisi veya anormal pornografi niteliğindeki ürünlerin içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanmasına aracılık etmesi halinde, kasten bu suçu işlemiş olacaktır.

Failin, yayınladığı veya yayınlanmasına aracılık ettiği ürünün niteliği

⁹¹⁶ “Sanığın üyesi olduğu İnternet grubuna mail ile hayvanlarla cinsel davranışlara ilişkin müstehcen resim göndermesinin, müstehcen resimleri basın ve yayın yoluyla yayınlamak veya yayınlanmasına aracılık etmek olarak kabul edilemeyeceği, sanığın kanıtlanan eyleminin TCK’nın 226/4 maddesine uygun bulunduğu gözetilmeden, yazılı şekilde 226/5 maddesinden karar verilmesi ...”, 14. CD., K.T.: 11.03.2013, E.: 2011/22662, K.: 2013/2461, bkz. **BAYTE-MİR**, Ahlak, s. 384.

üzerinde hataya düşmesi halinde, kast yokluğu sebebiyle suç oluşmayacaktır.⁹¹⁷

E. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

Teşebbüs, iştirak ve içtima hususları yönünden TCK m. 226/2’de yapılan açıklamalar, bu suç için de geçerlidir. Zira TCK m. 226/3-2.cümle veya m. 226/4 uyarınca “*sert müstehcen ürünleri bulundurma*” suçunun işlenmiş olup olmaması önem arz etmez.

F. MUHAKEME

1. Zamanaşımı, Görev ve Koruma Tedbirleri

Bu suçtan dolayı CMK m. 101/1 uyarınca şüpheli veya sanık tutuklanabilir. Ayrıca bu suç bakımından öngörülen hapis cezasının alt sınırı beş yıldan fazla olduğundan, suçun soruşturulması ve kovuşturulması CMK m. 150/3’e göre, şüpheli veya sanığa müdafii atanmadan yürütülemez.

Bu suç bakımından, Asliye Ceza Mahkemeleri görevlidir. Suç için öngörülen dava zamanaşımı TCK m. 66/1-d uyarınca on beş yıldır.

2. Yetki

a. Genel Olarak

Türk yargı makamlarının bir suçtan dolayı yargılama yetkisi, TCK m. 8 ila m. 13 hükümleri uyarınca belirlenmektedir. Kanımızca bu hükümlere göre yargı yetkisinin belirlenmesi açısından, üç ayrı durumdan söz edilebilir. Buna göre; bir suç Türkiye’de işlenmiş ise TCK m. 8; bir suç yabancı ülkede işlenmiş ise m. 11 ve m. 12;

⁹¹⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Toplum, s. 348.

sınırlı sayıda suçlar bakımından işlendiği yer önem arz etmeksizin m. 13, hükümleri uyarınca, Türk yargı makamlarının ilgili suç yönünden yargı yetkisi söz konusu olabilecektir.

b. TCK m. 8 Uyarınca Yargı Yetkisinin Belirlenmesi

TCK m. 8/1'e göre, "*Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır.*" Türkiye'de işlenen suçlar bakımından kural olarak yetkili mahkeme, CMK m. 12/1'e göre suçun işlendiği yer mahkemesidir.⁹¹⁸

Ceza kanunlarının, kanunu olduğu devletin ülkesinde uygulanması, kanunilik ilkesinin bir sonucudur. Suçun kime karşı veya kim tarafından işlendiği dikkate alınmaksızın, ceza kanununun etkinliğinin ülke ile sınırlı olması, "*ceza kanunun ülkeselliği veya mülkiyet ilkesi*" olarak adlandırılır.⁹¹⁹ Mülkiyet ilkesinin söz konusu olması yönünden, bazı özel durumlarda suçun ülke içinde işlenip işlenmediği hususunun tespiti önem arz etmektedir.

i. Basılmış Eserlerle İşlenen Suçlar Yönünden

Suç ülke ülkede yayımlanan basılmış bir eserle işlenmişse, CMK m. 12/3'e göre, "*yetkili mahkeme, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesidir. Ancak aynı eser birden çok yerde basılmış ve suç eserin yayım merkezi dışındaki baskısından meydana*

⁹¹⁸ Suçun ülkenin neresinde işlendiği belli olmayan hallerde yetkili mahkeme, CMK m. 13 göz önüne alınarak belirlenecektir. CMK m. 13'e göre, "*suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanamamışsa yerleşim yeri; şüpheli veya sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer; mahkemenin bu suretle de belirlenmesi olanağı yoksa, ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir.*"

⁹¹⁹ **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**, Genel, s. 38.

gelmişse, o suç yönünden eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir.”

ii. Radyo ve Televizyon Yayınlarıyla İşlenen Suçlar Yönünden

Görsel ve işitsel yayınlar yoluyla işlenen suçlarda, CMK m. 12/5'e göre, “*yetkili mahkeme, yayım merkezi olan yer mahkemesidir. Ayrıca, görsel veya işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüş ise, o yer mahkemesi de yetkilidir.*”

iii. İnternet Üzerinden İşlenen Suçlar Yönünden

İnternet üzerinden işlenen suçlarda suçun işlendiği yerin tespiti birtakım özellikler arz eder. Bu suçlarda netice, sadece hareketin yapıldığı yerde değil, İnternete bağlanılabilen her ülkede yani dünyanın her yerinde gerçekleşebilmektedir. Nitekim bu yolla işlenen suçların birçoğu, “*kesintisiz suç*” niteliğinde olup, az veya çok mutlaka bir süreklilik söz konusudur. Kesintisiz suçlarda, suç, neticenin devam ettiği her ülkede işlenmiş sayılmaktadır. Bu itibarla İnternet üzerinden işlenen suçların, neticenin devam ettiği her ülkede işlendiğini kabul etmek gerekir.⁹²⁰ TCK m. 8 hükmü, İnternet üzerinden işlenen suçların Türkiye’de işlenmiş kabul edilebileceğini gösterir nitelikte ise de, bu konuda özel bir hükmün kanunda açıkça yer alması

⁹²⁰ İnternet üzerinden suç işleyen kimseler, fiillerine ilişkin mevzuatlarında boşluk olan ülkeleri “*bilgi limanları*” olarak görmekte ve söz konusu suçları bu ülkelerde işlemektedirler. Bu durum, İnternet üzerinden işlenen suçları kovuşturmada devletlere engel teşkil etmektedir. Bkz. Yılmaz **YAZICIOĞLU**, “*Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar Konusunda Türk Ceza Kanunu 2000 Tasarısı*”, in. Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s. 456. Bu sebeple İnternet üzerinden işlenen suçlarda mülk ilkesi geniş yorumlanmalıdır. Zira mülk ilkesine dayalı egemenlik anlayışı, teknolojinin göz önüne alınmadığı, fiziksel dünyada işlenebilen suçlar yönünden tasarlanmıştır. Bkz. **ÖNOK**, s. 1234. Özellikle “*bulut bilişim (cloud computing)*” adı verilen sistemde veriler, tüm dünyadaki bilgisayar sistemleri arasında dağıtılır ve ülke sınırları üzerinden süreklilik arz eden bir şekilde hareket ederler. Bkz. **SIEBER**, s. 55.

gerektiği söylenmektedir.⁹²¹ O halde sert müstehcenlik suçlarından birini İnternet üzerinden herkesin ulaşabileceği şekilde işleyen fail, bu suçu mülkilik ilkesi uyarınca Türkiye’de de işlemiş sayılacak ve Türk yargı makamlarının yargı yetkisi mevcut olacaktır.⁹²² Bununla birlikte, İnternet üzerinden işlenen suçlar her halde, Türkiye’de işlenmiş kabul edilemez. Bu yöndeki bir kabul, bu suçların İnternet üzerinden ancak belirsiz sayıda kişinin ulaşabileceği şekilde işlenmesi halinde söz konusudur. Örneğin failin, elektronik posta yoluyla sert müstehcen ürün göndermek suretiyle TCK m. 226/4’te yer alan suçu işlemesi halinde, fail veya mağdur Türkiye’de değilse, TCK m. 8’e göre bu suç Türkiye’de işlenmiş kabul edilemez ve mülkilik ilkesi yönünden, Türk yargı makamlarının bu suçtan dolayı faili yargılama yetkisi söz konusu olamaz. Bu durumda TCK m. 11 ve m. 12 gündeme gelecektir.

c. TCK m. 11 ve m.12 Uyarınca Yargı Yetkisinin Belirlenmesi

Mülkilik ilkesinin yanında ceza kanunlarının diğer bir özelliği de, kanunu

⁹²¹ İÇEL, İletişim, s. 509, 510; ÖZEN – BAŞTÜRK, s. 297.

⁹²² Bir görüşe göre, İnternet üzerinden işlenen suçlarda ancak, suç konusu veriyle iştigalin en azından bir kısmının Türkiye’de yapılmış olması veya yabancı ülkede yapılan iştigalin Türkiye’deki bir bilişim sistemi kullanılarak İnternet ortamına aktarılması halinde, mülkilik ilkesi gereği Türk yargı makamları yargılama yetkisi söz konusu olacaktır. Bu yöndeki kabulün kaynağının Alman hukukundaki teorilere dayandığı söylenmektedir. ÜNVER, “Çocuk ve Genç”, s. 59, 60. Diğer yandan AB Konseyi 2004/68 no’lu Adalet ve İçişleri Çerçeve Kararı m. 8/2’ye göre üye devletler; “*çocuk pornografisine ilişkin suçların, failin üye ülke topraklarından girdiği enformatik bir sistem aracılığıyla işlenmesi halinde, sistemin kendi ülkesinde bulunup bulunmadığı dikkate alınmaksızın, bu ülke kendi yetkili yargı makamlarını sağlamak zorundadır.*”, bkz. STILO, “Çerçeve Kararı”, s. 476. ÖZBEK’e göre İnternet üzerinden işlenen suçlarda TCK m. 8 ancak, veri girişinin Türkiye’den yapılması veya verinin Türkiye’de yer alan bir sunucu üzerinde depolanmış olması hallerinde uygulanacaktır. Bkz. ÖZBEK, Müstehcenlik, s. 195.

Bu durumda İnternet ortamına erişebilen tüm ülkelerin yargı yetkisi söz konusu olabilecektir. Söz konusu ihtimal SOİSS’de öngörülmüştür. SOİSS m. 22/4’e göre, “*Bu sözleşme uyarınca belirlenmiş, aralarında çocuk pornografisi suçunun da yer aldığı itham edilen suçlardan biri üzerinde birden fazla Taraf yargı yetkisi iddia ettiğiinde, müdahil Taraflar kovuşturma için en uygun yargılama yetkisini tespit etme üzere istişare edeceklerdir.*”

olduğu ülkenin vatandaşını, bulunduğu yer fark etmeksizin takip etmesidir. Zira vatandaşın ülkenin dışında bulunması halinde, uyruğu olduğu devletin egemenliğinden kurtulması söz konusu değildir.⁹²³ Devletin, nerede suç işlemiş olursa olsun, vatandaşını takip ederek kendi ceza kanununa göre cezalandırması, “*faile göre şahsilik ilkesi*” olarak adlandırılmaktadır.⁹²⁴ Öte yandan ceza kanunları, barındırdığı suçların hukuki konusunun “*himaye cihazı*” fonksiyonu sayesinde, birtakım şartlar mevcut olduğunda, ülke dışında yabancılar tarafından işlenen suçlarda da uygulanmaktadır.⁹²⁵ Ceza davalarında, yabancı ülkede, bir yabancı tarafından işlenen suçlarda devletin yargı yetkisi açısından, ihlal edilen ulusal menfaatleri esas alan “*devleti koruma ilkesi*”, devletin suç mağduru vatandaşını korumasını esas alan “*mağdura göre şahsilik ilkesi*”, mağdurun da yabancı olması ve failin iade edilememesi durumunda esas alınan “*ikame (başka devlet adına) yargı yetkisi*” olmak üzere üç sistem mevcuttur.⁹²⁶

İnternet üzerinden işlenen suçlarda, failin bulunduğu yerin tespiti, devletler arasındaki “*IP ve trafik bilgilerinin*” paylaşılmasına yönelik adli yardımlaşmalar neticesinde mümkün olmaktadır.⁹²⁷

i. Faile Göre Şahsilik İlkesi

“*Faile göre şahsilik ilkesi*”nin düzenlendiği TCK m. 11/1’e göre bir Türk

⁹²³ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 44, 45.

⁹²⁴ Nur CENTEL – Hamide ZAFER – Özlem ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 4, İstanbul 2006, s. 130; DÖNMEZER – ERMAN, C. 1, s. 333.

⁹²⁵ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, Genel, s. 45.

⁹²⁶ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 138-143; Devrim AYDIN, “*Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması*”, in. TBBB, S. 94, Y. 2011, s. 132. (Yer)

⁹²⁷ DÜLGER, s. 208. SOİSS’in taraf devletlere getirdiği adli yardımlaşma yükümlülükleri için, bkz. “*Bl. 3 – II. F. 2.*”, s. 232.

vatandaşı, “13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suç; yabancı ülkede işlemesi, kendisinin Türkiye’de bulunması, kendisi hakkında yabancı ülkede bir hüküm verilmemiş olması ve bu suçun halen kovuşturulabilir olması” şartlarının tümünün mevcut olması halinde, Türkiye’de yargılanacaktır. Yabancı ülkede suç işleyen vatandaşın, suçun işlendiği ülkeye iade edilmeyeceğini düzenleyen Anayasal hükümler nedeniyle, ceza kanunlarında bu ilkeye yer verildiği söylenmektedir. Bu sayede yabancı ülkede suç işleyen vatandaşın cezasız kalması önlenmiş olur.⁹²⁸ Sert müstehcenlik suçları bakımından öngörülen hapis cezasının alt sınırı bir yıldan az değildir.⁹²⁹ O halde örneğin, çocuk pornografisine ilişkin suçlardan birini yabancı ülkede işleyen Türk vatandaşı, Türkiye’de bulunması ve hakkında yabancı ülkede mahkumiyet hükmü verilmemiş olması⁹³⁰ durumunda, Türkiye’de yargılanacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Türkiye’nin de tarafı olduğu SOİSS, m. 22’ye göre

⁹²⁸ **AYDIN**, “Yer”, s. 136. Zira Anayasa m. 38/11’e göre, “Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın getirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.” Ayrıca SOİSS’de taraf devletlere m. 11/1 hükmüne benzer bir hüküm düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir. SOİSS m. 22/3’e göre, “Taraflardan her biri failin kendi ülkesinde bulunduğu ve başka bir Tarafın iade talebi yapıldıktan sonra ‘sadece uyuşundan dolayı’ iade edilmediği durumlarda, söz konusu suçluların her iki tarafın yasaları çerçevesinde, en az bir yıl süreyle özgürlükten mahrum bırakma cezası öngörülen ve aralarında çocuk pornografisine ilişkin suçlarında bulunduğu, suçlara ilişkin olarak yargılama yetkisini tesis etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.”

⁹²⁹ **TCK m. 11/2’ye** göre, “suç, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikayetine bağlıdır. Bu durumda şikayet, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır.” TCK m. 226’da yer alan suçlardan, m. 226/1 ve m. 226/2’de yer alan suçlar için öngörülen hapis cezasının aşağı sınırı, bir yıldan az olarak düzenlenmiştir. O halde yabancı ülkede basit müstehcenlik suçlarından birini işleyen bir Türk vatandaşı, ancak şikayetin söz konusu olması halinde Türkiye’de yargılanacaktır.

⁹³⁰ Nitekim CMK m. 223/7 ve Türkiye’nin de tarafı olduğu Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi (R.G., T.: 13.03.1977, S: 15877) m. 53/1, hükümlerinde de belirtildiği üzere, “non bis in idem” ilkesi gereği bir fail, bir suçtan dolayı bir kez cezalandırılabilir.

tarafından her biri, “Sözleşme’de belirtilen, çocuk pornografisine ilişkin suçlarında yer aldığı suçlar açısından, kendi ülkesinde veya; kendi vatandaşlarından biri tarafından, suçun işlendiği yerde ceza kanununa göre cezalandırılabilir ise ya da herhangi bir devletin yerel yargı yetkisi dışında işlenmiş ise, bu suç üzerinde yargılama yetkisinin tesisi için gerekli yasama tedbirlerini kabul etmekle yükümlüdür.” Türkiye bu sözleşmeyi, SOİSS m. 22’ye istinaden; “Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türk vatandaşının yurt dışında işlemiş olduğu suçtan dolayı TCK m. 11 ve m. 13 çerçevesinde yargı yetkisini kullanma hakkını saklı tutar.”, çekincesini belirterek imzalamıştır. TCK m. 13’te sayılan suçlar arasında çocuk pornografisine ilişkin suçların düzenlendiği m. 226 bulunmadığından; m. 226 yönünden bu çekince, yalnızca m. 11 bakımından anlam ifade etmektedir. O halde SOİSS m. 22’de belirtilen çekincenin amacı, çocuk pornografisine ilişkin suçlardan birini, yabancı ülkede işleyen bir Türk vatandaşının, söz konusu ülkeye iade edilmeyerek Türkiye’de yargılanmasını sağlamaktır. Diğer yandan çocuk pornografisi suçunun yabancı olan failinin, Türkiye’de olması halinde TCK m. 12 gündeme gelecektir.

ii. Devleti Koruma İlkesi

“Devleti koruma ilkesi”nin düzenlendiği TCK m. 12/1’e göre bir yabancı, “13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılamanın yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.” Hükümde yer alan “Türkiye’nin zararına işlenen suç” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, söz konusu ibare, mağduru “devlet tüzel kişisi” olan suçları

belirtmektedir.⁹³¹ Katıldığımız diğer bir görüşe göre hükümde sözü edilen suçun mağduru, “devlet tüzel kişisi” veya o devletin “toplum”udur.⁹³² Belirttiğimiz üzere, çocuğu müstehcen ürünlere maruz bırakma suçları⁹³³ haricinde, TCK m. 226’da yer alan diğer suçların, mağduru “toplum”dur. Bunun yanında mağduru toplum olan bu suçlardan TCK m. 226/2’de yer alan suç için öngörülen hapis cezasının alt sınırı bir yıldan az olduğundan, bu suçtan dolayı m. 12/2 uyarınca Türkiye’de yargılama yapılamaz. Bu çerçevede yabancı ülkede, yabancı tarafından işlenen ve mağduru Türk toplumu olan ve öngörülen hapis cezasının alt sınırı bir yıldan fazla olan müstehcenlik suçları bakımından, TCK m. 12/1 uyarınca Türk yargı makamları yargılama yetkisine sahip olabilecektir.⁹³⁴

iii. Mağdura Göre Şahsilik İlkesi

“Mağdura göre şahsilik ilkesi”nin düzenlendiği TCK m. 12/2’ye göre bir yabancı, “13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu, bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikayeti üzerine, Türk kanunlarına göre cezalandırılır.” Bu ilkenin, “devlet vatandaşını korur” anlayışını yansıttığı ve milliyetçilik esaslarına dayandığı söylenmektedir. Ayrıca bu ilke uyarınca yabancı ülkede bulunan kimseyi

⁹³¹ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Genel, s. 47.

⁹³² AYDIN, “Yer”, s. 139.

⁹³³ Tekrar belirtmek gerekirse; çocuğu basit müstehcen ürüne maruz bırakma suçu TCK m. 226/1-a’da, çocuğu sert müstehcen ürüne maruz bırakma suçu m. 226/5’te düzenlenmektedir.

⁹³⁴ Ancak, TCK m. 12/1 uyarınca yargılamanın yapılması için mutlaka Adalet Bakanı talepte bulunmalıdır.

yargılayan devletlerin, bu kimsenin iade edilmemesi nedeniyle sanığın yokluğunda yargılama yaptığı belirtilmektedir.⁹³⁵ TCK m. 226'da yer alan suçlardan mağduru gerçek kişi olan suçlardan, m. 226/1-a'da yer alan çocuğu basit müstehcen ürüne maruz bırakma suçu için öngörülen hapis cezasının alt sınırı bir yıldan az olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla, söz konusu suçun, bir yabancı tarafından yabancı ülkede Türk vatandaşı olan çocuğa karşı işlenmesi halinde, Türk yargı makamlarının bu suçtan dolayı yargılama yetkisi yoktur. TCK m. 226/5'te çocuğu sert müstehcen ürüne maruz bırakma suçu için öngörülen hapis cezasının alt sınırı bir yıldan fazladır. O halde bir yabancının, yabancı ülkede, bu suçu Türk vatandaşı olan bir çocuğa karşı işlemesi halinde, Türk yargı makamlarının bu suçtan dolayı yargılama yetkisi bulunmaktadır.

iv. İkame Yargı Yetkisi

“İkame yargı yetkisi”nin düzenlendiği TCK m. 12/3'e göre, bir suçun hem faili hem de mağduru yabancı ve faili Türkiye'de ise, “suçun, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmesi ve suçluların geri verilmesi anlaşmasının bulunmaması veya geri verilme isteminin suçun işlendiği ülkenin veya failin uyruğunda bulunduğu devletin hükümeti tarafından kabul edilmemiş olması koşullarının varlığı halinde, Adalet Bakanının istemi üzerine bu suçun kovuşturulması Türkiye'de yapılır.” İkame yargı yetkisi ile, suçluların kaçtıkları ülkede cezasız kalması amaçlanmaktadır. Bu ilke uyarınca, evrensellik ilkesinden farklı olarak öncelikle suçluların geri verilmesi yoluna başvurulmakta, bunun gerçekleştirilememesi halinde, failin bulunduğu ülkenin söz konusu suçu kovuşturma yetkisi doğmaktadır.⁹³⁶ TCK m. 226'da yer alan suçlardan alt sınırı üç yıldan az olmayan suçlar; m.

⁹³⁵ AYDIN, “Yer”, s. 137, 138.

⁹³⁶ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 142, 143.

226/3-1.cümle'de yer alan çocuk pornografisi üretme suçu ve m. 226/5'te yer alan suçlardır. Ancak TCK m. 12/3'ün söz konusu olabilmesi için, mağdurun gerçek kişi olması şarttır. Buna göre, TCK m. 226/5'te yer alan, çocuğu sert müstehcen ürünlere maruz bırakma suçunun, yabancı ülkede bir yabancı çocuğa karşı işlenmesi halinde, Türkiye'de bulunan yabancı fail, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılanacaktır.

d. TCK m. 13 Uyarınca Yargı Yetkisinin Belirlenmesi

TCK m. 13'e göre, madde hükmünde tahdidi olarak sayılan suçlar, nerede veya kim tarafından işlenirse işlensin, suçun faili Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına tabi olacaktır. Bu ilke, "*ceza kanunun evrenselliği ilkesi*" olarak adlandırılmaktadır. Bu ilkeye tabi olan suçlar, çoğunlukla uluslararası antlaşmalarla takibi zorunlu kılınmış suçlardır.⁹³⁷ TCK m. 13'te, çoğunlukla İnternet üzerinden ve yabancı ülkelerle bağlantılı olarak işlenen çocuk pornografisi suçlarına yer verilmiş olması eleştirilmektedir.⁹³⁸

Bu yöndeki bir eleştirinin yalnızca, "*devleti koruma yetkisi*" ve "*ikame yargı yetkisi*" yönlerinden bir anlam ifade ettiği söylenebilir. Zira, "*Devleti koruma yetkisi*"nin düzenlendiği m. 12/1 uyarınca, Türk toplumuna karşı bir suç işlenmesi halinde Adalet Bakanının istemi olmaksızın, Türk yargı makamları harekete geçemez. Diğer yandan "*ikame yargı yetkisi*"nin düzenlendiği TCK m. 12/3 gereği, öncelikle suçlunun geri verilmesi yoluna başvurulacak, bu yolun işletilememesi halinde, Türk yargı makamları yetkili olacaktır. Öte yandan, İnternet üzerinden işlenen çocuk pornografisine ilişkin suçların; belirsiz kişinin ulaşımına sağlanması suretiyle işlenmesi

⁹³⁷ HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, Genel, s. 40.

⁹³⁸ ÜNVER, "*Çocuk ve Genç*", s. 60.

halinde TCK m. 8 uyarınca; bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde m. 11/1 uyarınca; bir Türk vatandaşına karşı işlenmesi halinde m. 12/2 uyarınca, söz konusu suçun faili, Türk yargı makamları tarafından yargılanacaktır.

G. YAPTIRIM

Suç için öngörülen ceza, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası olup; bu suç bakımından CMK m. 231, TCK m. 50 veya m. 51 hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir.



SONUÇ

Müstehcenlik kavramının, mutlak olarak cinsellik barındırması yanında, “toplumun kabulüne aykırılık”, “saygısızlık” ve “özensizlik” olmak üzere seçimlik üç unsuru vardır. Her üç unsur da öznel değer yargılarına bağlı olduğundan, kavramın net bir şekilde tanımını yapmak mümkün değildir. Ancak kavramın sınırlarını belirginleştirmek adına erotik ve pornografi kavramlarından yararlanılabilir. Erotik kavramı cinselliğin sanatsal, saygılı ve özenli olarak tasvir edilmesi anlamındadır. Bu yönüyle erotik kavramının müstehcen kabul edilip edilmemesi arasında ince bir çizgi söz konusudur. Diğer yandan pornografi kavramı cinselliğin kabaca, özensizce tasvir edilmesi anlamındadır. Bu yönüyle pornografi mutlak şekilde müstehcendir. Buradan hareketle müstehcenliğe ilişkin suçların en az iki farklı maddede düzenlenmesi gerektiği söylenebilir.

Pornografiler genel kabule göre, basit ve sert olmak üzere iki alt gruba ayrılırlar. Basit pornografi, sert olmayan pornografi olarak tanımlanmaktadır. Zira sert pornografiler daha kolay şekilde ayırt edilebilirler. Sert pornografiler, çocuk pornografisi, sadizm, mazoşizm, nekrofil, zoofili gibi parafilik davranışları içeren pornografilerdir. Parafili terimi, psikolojide yoğun şekilde cinsel sapmalara ilgi duyan kişileri ifade etmek için kullanılmakta olup; kısaca cinsellik yönünden bir ruhsal bozukluk halidir. Bu itibarla sert pornografiler ile basit pornografileri ve erotik ürünleri ayırmak şarttır. Buna göre sert pornografiler, sert müstehcen; basit pornografiler ve erotik ürünler, basit müstehcen olarak adlandırılabilir.

Müstehcen ürünlerin belirli oranda kişilerin “ahlak”ına zarar verdiği veya

verebileceği söylenmektedir. Kanımızca böyle bir genelleme yapılmaması gerekir. Sert pornografiler bunlara maruz kalanlara ruhsal yönden zarar verebilecek olsa da, erotik ürünler ve basit pornografiler yönünden aynı etkiden söz edilemez. Burada yetişkin ve çocuk ayrımı da yapmak gerekir. Çocukların ergenlikten önce cinsellik içeren ürünlere maruz kalmalarının, kişiliklerini sağlıklı şekilde geliştirmelerini ciddi olarak tehdit ettiği konusunda görüş birliği vardır. Buna göre çocukların ergenlik öncesi, erotik ürünlerle de temas etmesini engellemek gerekir. O halde müstehcenlik suçlarıyla esasen çocukların korunması amaçlanmalıdır. Bu itibarla müstehcenliği ve buna ilişkin suçları ahlaki yönden değil, sağlık açısından ele almak gerekir. Bireyler ahlaki yönden eğitilebilir, ancak ruhsal sağlıkları aynı şekilde iyileştirilemez. Nitekim günümüzde parafil bozukluğunun tedavisi yoktur.

Kavramın mutlak şekilde barındırdığı öznel yargılardan dolayı, müstehcenliğin suç olarak düzenlenmesi, her ne kadar ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılıklar teşkil etse de, suçun hukuki konusunun taşıdığı önem nedeniyle ceza kanunlarında gelecekte de yer alacağından şüphe yoktur. Zira bir ceza hukuku anlayışı ne kadar özgürlükçü olursa olsun, doğası gereği kendi kendini koruyamayan ve ebeveynlerinin yanında toplum ve devlet tarafından da korunması gereken çocukların, kişiliklerini sağlıklı geliştirme hakkını elinden alamaz. Gerçekten çocukların ruhsal yönden sağlıklı yetişmeleri devletlerin menfaatleri için de çok büyük önem arz eder.

Belirttiğimiz üzere çocuklar kadar olmasa da, yetişkinlerin de müstehcen ürünlerden zarar görme ihtimalleri söz konusudur. Bu konuda özellikle İnternet ve teknolojinin geldiği seviye göz önüne alındığında, yasaklarla bu sorunun çözülemeyeceği açıktır. Kanımızca bu sorun iki yöntemin birlikte uygulanmasıyla çözülebilir. İlk olarak eğitim sistemimize mutlaka etik felsefesi dersi eklenmelidir. Zira etik açıdan düşünen biri, *“toplumu temelinden sarsacak nitelikteki mevcut ve muhtemel*

ahlaki krizleri görüp, bu krizlere karşı kendini rahatlıkla savunabilir.” İkinci olarak, insan doğası gereği ergenlik dönemine giren çocuklara, onlara en yakın kişiler olan ebeveynleri veya okullarda bizzat uzmanları tarafından cinsellik eğitimi verilmeli ve hatta basit müstehcen ürünler ergin çocuklara kısmen de olsa tanıtılmalıdır. Zira bir çocuk bu sayede neyin yanlış neyin doğru olduğu bilincine kavuşabilir. Günümüzde İnternet ve teknolojinin insan hayatına ne derece entegre olduğu göz önüne alındığında, bireyin er ya da geç bu ürünlerle bir şekilde temas etmesi kuvvetle muhtemeldir. Ancak konu hakkında yetkin bir eğitim almış bir birey, eğitim almamış bir bireye nazaran bu ürünlere maruz kalması halinde zarar görmeyecek veya çok daha az zarar görecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, çağımızda kitle iletişim araçlarının oluşturduğu küresel iletişim ağı, bireyler nezdinde farklı toplumların ahlak standartlarının birbirlerinden etkilenmesine neden olmaktadır. Bu itibarla, dünya genelinde yasaklanmayan bir hareketin, belirli bir yerde yasaklanıyor olması, bireylerin kendilerini adil olmayan bir baskı altında hissetmelerine yol açabilir. Gerçekten cinsel açıdan baskıya maruz kalan bireylerin “*arzularının*”, bir zaman sonra kontrolsüz bir şekilde açığa çıktığı ifade edilmektedir.

Bilim ve sanat birey, toplum ve devlet açısından hayati öneme sahiptir. Çağımızda iş gücünden ziyade yaratıcı zekanın önemi her geçen gün daha da artmaktadır. Sanat, yaratıcı zekanın keşfedilmesinde ve gelişmesinde başroldedir; içgüdüler ile toplumsal normlar arasında dengeleyici bir rol üstlenir; ayrıca hayal gücünü geliştirerek, bilimsel açıdan gelişmenin şartlarından olan “*denenmemiş, bilinmeyen yolların açılmasını ve keşfedilmesini*” sağlar. Bilgi ve bilgiyi temin eden bilim birey, toplum ve devlet açısından “*güç*”tür. Bu çerçevede devletler bireylere, yalnızca bilim ve

sanat özgürlüğü sağlamakla yetinmemeli; aynı zamanda bireylerin bilimsel ve sanatsal yönden gelişmelerini sağlayacak politikalar üretmelidirler.

Burada üzerinde durulması gereken mesele, sanat ve müstehcenliğin çoğu zaman birlikte bulunmasıdır. Her ne kadar TCK m. 226/7 uyarınca, müstehcenlik suçlarında bilimsel ve sanatsal eserlere özgü hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiş olsa da, müstehcen bir eserin hangi şartlar altında sanatsal eser sayılacağını tespit etmek oldukça güçtür. Sanat özgürlüğü-toplumsal ahlak terazisini dengede tutmak başlı başına bir sanat icra etmektir. Kanımızca bu sanatın iyi bir şekilde icra edilmesini kolaylaştırmak adına Ceza Kanunumuzda şu şekilde bir düzenlemeye gidilmelidir: Sanatsal eser niteliği taşıdığına dair şüpheler bulunan bir eserden dolayı soruşturmaya başlanabilmesi, “alanında en uzman kişilerce oluşturulacak bir kuruldan bir ön rapor” alınması şartına bağlanmalıdır. Bu sayede sanatçılar, müstehcenlik suçunu ihlal etmek tehlikesini en az şekilde hissederek, şimdikine nazaran sanatlarını çok daha özgürce icra edebileceklerdir. Zira sanat ile özgürlük katiyen birbirinden bağımsız düşünülemez. Nitekim diğer bütün bireysel özgürlüklerin amacı niteliğindeki bireyin en temel özgürlüğünü, yani başkalarına zarar vermemek şartıyla yeteneklerini serbestçe geliştirebilme özgürlüğünü maksimize etmek adına, sanat ve bilime mümkün olduğunca özgürlük alanı yaratmak gerekmektedir.

Kanımızca TCK m. 226’da düzenlenen müstehcenlik suçları, basit müstehcenlik, çocuk pornografisi ve anormal pornografi suçları olmak üzere üç farklı maddede düzenlenmelidir. Zira modern ceza hukukuna hakim olan temel ilkelerden, “kanunilik” ilkesi gereği suç ve ceza içeren normlar “açık, belirli ve anlaşılır” olmalıdır. TCK m. 226’da ise bu üç unsurdan da söz etmek mümkün değildir. Farklı hukuki konulara ilişkin suçların aynı maddede düzenlenmiş olması bir yana, tüm suçlar birbiri içine geçmiş olup; bunları birbirinden ayırt etmek oldukça zordur. Bunun yanında

hükmün kaleme alınış şekline dolay, özellikle suçların içtimai konusundaki sorunları çözmek için, adeta artistik jimnastik yapmak gerekmektedir.

Öte yandan bu suçların çok büyük oranda İnternet üzerinden işlendiği de göz önüne alınarak; “sosyal medya” üzerinden işlenen müstehcenlik suçlarına ilişkin İnternet sùjelerinin, özellikle “içerik sağlayıcıların” sorumluluğu açıkça düzenlenmelidir. Yine İnternet üzerinden işlenen suçlarda yetki konusunda Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenleme yapılması gerekmektedir.

TCK m. 226/1, 2, ve 3’te suç sayılan ürünlerin “görüntü, yazı veya söz” şeklinde olabileceği belirtilirken, m. 226/4’e göre bu ürünler “görüntü, yazı veya ses” şeklinde olabilir. Burada terminolojik birlik olmaması bir yana, suçla korunan hukuki değer göz önüne alındığında “söz” kavramının “ses” içerip içermediğinin tartışılmasına imkan verilmesi anlaşılır değildir. Bu yönden TCK m. 226’nın, 765 sayılı mülga TCK’nın gerisinde bir düzenleme olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira 765 sayılı mülga TCK m. 426’da suçun konusunu oluşturabilecek şeylerin tamamına yakınının tek tek sayılmasından sonra, “ve diğer anlatım araç ve gereçleri” ibaresine yer verilmesi, ürünün niteliğinden dolayı herhangi bir tartışmaya yol açmamaktaydı. Bu yönüyle 1926 tarihli 765 sayılı mülga TCK m. 426’nın teknolojik gelişmelere çok daha uyumlu olduğu açıktır. Bunun yanında “görüntü” kelimesi de yorumlanmaya açık bir kavramdır. “Tanımlar” başlığını taşıyan TCK m. 6’da görüntü kavramının tanımları yer almamakta olup, m. 226’nın gerekçesinde de buna ilişkin herhangi bir açıklama yoktur.

Çocuk pornografisi bulundurmak fiilinin suç teşkil etmesinin, çiğnenen, ceza hukukunun temel ilkeleri ile temel hak ve özgürlüklere rağmen makul olduğu söylenebilir. Ancak anormal pornografi bulundurmak fiilinin, yani yasaklanmayan

cinsel davranışları konu alan ürünleri bulundurmanın suç sayılması, açıkça, özel hayata ölçüsüzce müdahale edilmesine müsaade etmek anlamındadır ve Anayasa m. 20 ile İHAS m. 8'e aykırılık teşkil eder. Oysa İHAM'ın da belirttiği üzere, *“Her ne kadar, başkalarının özel hayatlarında gerçekleştirdiği davranışlar, toplumun oluşturan bireylerin bir kısmı tarafından rahatsızlık verici bulunsa da veya bu davranışlara karşı çıkılsa da, bu durum cezai yaptırımların uygulanmasına bir gerekçe olamaz. Ahlaki standartların bozulacağı düşüncesiyle özel yaşamın en mahrem alanlarına müdahale edilemez. Bir davranışı suç olmaktan çıkarma, bu davranışı onaylama anlamına gelmez.”*

Her halde müstehcenlik kavramının değişkenliği yetmemiş olacak ki, kanun koyucu, TCK m. 226/4'te *“doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar”* ibaresine yer vermiştir. Kanımızca doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar ibaresi, her halde TCK m. 30/4 uyarınca *“hukuki hata”* olarak değerlendirilmelidir. Zira Yargıtay'ın *“doğal olmayan yol”* tabirine ilişkin son 4 yıldır istikrarlı içtihatlarında benimsediği modern anlayışın değişmesi mümkündür. Bireylerden hayatın olağan akışında Yargıtay içtihatlarını takip etmesi beklenemeyeceğinden, *“doğal olmayan yol tabiri”* TCK m. 30/4 uyarınca her halde, m. 4'te yer alan *“kanunu bilmemek mazeret sayılmaz”* duvarını delecektir.

Gerçekten müstehcenliği suç olarak düzenlemek kolay olmadığı gibi, konuyla ilgili her hususu açıkça madde metninde belirtmek de mümkün değildir. Her ne kadar kanun gerekçesi madde metnine dahil olmasa da, en azından hem uygulayıcılara hem de bireylere yol göstermesi açısından önem arz etmektedir. TCK m. 226'nın gerekçesi ise trajikomik bir şekilde neredeyse tamamen madde metninin tekrarıdır.

Velhasıl “*ortaklaşa yaşayan insanların hayatının en iyi organizasyonunu*” kurmanın, diğler bir deyişle “*devlet sanatı*”nı en iyi şekilde icra etmenin, en önemli unsurlarından birini, bireysel özgürlükleri maksimize etmek oluşturmaktadır. Müstehcenlik açısından çocukların korunmasına ağırlık verilmeli, yetişkinlere ise basit müstehcen ürünler bakımından mümkün olduğunca serbesti tanınmalıdır. Özellikle teknolojinin ve İnternet’in ulaştığı seviye göz önüne alındığında yasaklarla bir yere varılamayacağı açıktır. Kalıcı çözüm bireyleri özellikle çocukları etik açıdan yetkin şekilde eğitmektir.



KAYNAKÇA

- AKARCA, Mehmet** : “*Müstehcen Söz ve Davranışlarla Genel Ahlaka Karşı Suçlar*”, in. FAHD, C. 2, S. 6, Y. 2010, s. 32-36.
- AKGÜNDÜZ, Said Nuri** : “*Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları*”, in. Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 8, Y. 2016, s. 1-16.
- AKMANLAR, Bülent** : “*Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara İlişkin Tartışmalar*”, in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 687-689.
- AKYÜZ, Emine** : “*Medeni Kanuna Göre Ana Babanın Çocuğu Yetiştirme Görevi*”, in. AÜEBFD, C. 16, S. 1, Y. 1989, s. 511-529.
- ALBAYRAK, Mustafa** : “*Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılama-sında Sorunlar ve Çözüm Yolları*”, in. TBBD, S. 57, Y. 2005, s. 334-357.
- ARSLAN, Zühtü** : ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, B. 1, Ankara 2003.
- ARTUÇ, Mustafa** : Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu, B. 3, Ankara 2019. (**Muhakeme**)
- ARTUÇ, Mustafa** : Pratik Türk Ceza Kanunu, B. 4, Ankara 2018. (**Ceza**)

- ARTUK, M. Emin – GÖKCEN, Ahmet –** : Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 16,
ALŞAHİN, M. Emin – ÇAKIR, Kerim Ankara 2017.
- ARTUK, M. Emin – ALŞAHİN, M. Emin** : Kriminoloji, B. 1, Ankara 2017.
- ATALAY, Esra** : “*Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği*”, in. DEÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2004, s. 43-66.
- ATAMER, İlker** : “*5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İkinci Nesil İnternet Sitelerinin Hukuki Statüsü*”, in. Türk Hukuk Sitesi. (**İkinci**)
- ATAMER, İlker** : “*İnternette Müstehcenlik ve Erişim Engelleme Kararı*”, in. Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi, S. 8, Y. 2008, s. 42-45. (**Müstehcenlik**)
- ATATÜRK, Mustafa Kemal** : Medeni Bilgiler, B. 10, İstanbul 2018. (**Medeni**)
- ATATÜRK, Mustafa Kemal** : Söylev (Ed.: Hıfzı Veldet VELİDEDE-OĞLU), B. 53, İstanbul 2017.
- AYDIN, Devrim** : Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, B. 1, Ankara 2009. (**İştirak**)
- AYDIN, Devrim** : “*Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması*”, in. TBBD, S. 94, Y. 2011, s. 131-148. (**Yer**)
- BACON, Francis** : Novum Organum (Çev. Sema ÖNAL), B. 1, İstanbul 2012.
- BAKICI, Sedat** : Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, B. 1, Ankara 1994.
- BAŞTÜRK, İhsan** : “*Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde*

Arama, Kopyalama ve Elkoyma", in.

FAHD, C. 2, S. 9, Y. 2010, s. 23-32.

BAYTEMİR, Erdal

: Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2007. (**Hürriyet**)

BAYTEMİR, Erdal

: Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2014. (**Ahlak**)

BECCARIA, Cesare

: Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami SELÇUK), B. 7, Ankara 2018.

BERKOWITZ, Eric

: Seks ve Ceza / Arzuyu Yargılamanın Dört Bin Yıllık Tarihi (Çev. Orhan DÜZ), B. 3, İstanbul 2013.

BIÇAK, Ayhan

: "*Aristoteles'in Bilim Anlayışı*", in. İstanbul Üniversitesi Felsefe Arkivi Dergisi, S. 30, Y. 1997, s. 179-211.

BOUZAT, Pierre

: "*Kriminoloji ve Ceza Hukuku*" (Çev. Kutbettin AKKAN), in. AD., S. 6, Y. 62/1971, s. 381-397.

BURSALI, Orhan

: "*Türkiye'de Toplum, Siyaset, Bilim, Gençler ve Öğrencilerin Sancar'dan Etkilenmesi Üzerine*", in. İTÜ Vakfı Dergisi, S. 73, Y. 2016, s. 26-29.

CANBEK, Gürol – SAĞIROĞLU, Şeref

: "*Çocukların ve Gençlerin Bilgisayar ve İnternet Güvenliği*", in. Politeknik Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2007, 33-39.

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem

: Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 4, İstanbul 2006

- CEVİZCİ, Ahmet** : Etik – Ahlak Felsefesi, B. 3, İstanbul 2018.
- CİN, Halil** :“*Türk Tarihi ve Hukuk*”, in. DÜHFD, C. 2, S. 2, Y. 1984, s. 3-16.
- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar** : Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. 3, B. 1, Ankara 1970. (**Ceza**)
- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar** : “*Müstehcen ve Hayasızca Neşriyat*”, in. AD., S. 4. Y. 46/1955, s. 377-388. (**Müstehcen**)
- ÇOLAK, Nusret İlker** : Kitle İletişim Hukuku, B. 3, İstanbul 2013.
- DEĞİRMENCİ, Olgun** : Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, B. 1, Ankara 2014.
- DAHRENDORF, Ralf** : Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, B. 3, München 1974.
- DOĞRU, Osman** : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları C. 1, B. 1, İstanbul 2004.
- DOĞRU, Osman** : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları C. 2, B. 1, İstanbul 2004.
- DONAY, Süheyl** : “*Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta*”, in. İÜMHAD, C. 1, S. 2, Y. 1968, s. 136. (**Müstehcenlik**)
- DONAY, Süheyl** : Türk Ceza Kanunu Şerhi, B. 1, İstanbul 2007. (**Şerh**)
- DÖNMEZER, Sulhi** : Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, B. 4,

- İstanbul 1975. (**Özel**)
- DÖNMEZER, Sulhi** : “*Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar*”, in. İÜHFM, C. 29, S. 3, Y. 1963, s. 761-786. (**Düşünce**)
- DÖNMEZER, Sulhi** : Kriminoloji, B. 6, İstanbul 1981. (**Kriminoloji**)
- DÖNMEZER, Sulhi** : “*Toplumsal ve Siyasal Rejimimiz Değişirken Katkıları*”, in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuklar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s. 17-18. (**Siyasal**)
- DÖNMEZER, Sulhi** : “*Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara İlişkin Tartışmalar*”, in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 703-707.
- DÖNMEZER, Sulhi – BAYRAKTAR, Köksal** : Basın Hukuku, B. 6, İstanbul 2016.
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir** : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, B. 14, İstanbul 2016.
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir** : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, B. 14, İstanbul 2019.
- DUMAN, Nesrin** : “*Parafili ve DSM’lerdeki Seyri*”, in. OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 9, S. 16, Y. 2018, s. 1285-1306.
- DÜLGER, Murat Volkan** : Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, B. 7, Ankara 2018.

- DWORKIN, Andrea** : “*Pornography*”, in. *The Feminism and The Visual Culture Reader* (Ed.: Amelia JONES), B. 1, New York 2003, s. 387-389.
- ERALP, Özgür** : *Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü*, B. 1, Ankara 2007.
- ERBAŞI, Ayşe Aslıhan** : “*Çocuk Pornografisi*”, in. *İBD*, C. 81, S. 4, Y. 2007, s. 1609-1645.
- ERDOĞAN, Ayten** : “*Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi*”, in. *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi*, C. 2, S. 2, Y. 2010, s. 132-160.
- EREM, Faruk** : *Adalet Psikolojisi*, B. 3, Ankara 1959. (**Adalet**)
- EREM, Faruk** : *Anayasa, Bilim ve Sanat*, B. 3, Ankara 1980. (**Sanat**)
- EREM, Faruk** : “*Müstehcenlik*”, in. *Yargıtay Dergisi*, C. 10, S. 1-2, Y. 1984, s. 102-106. (**Müstehcenlik**)
- EREM, Faruk** : “*Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin*”, in. *AÜHFD*, C. 25, S. 1, Y. 1968, s. 11-33. (**Hümanist**)
- EREM, Faruk** : *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, C. IV, B. 3, Ankara 1985. (**Özel Hükümler**)
- EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat** : *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, B. 9, Ankara 2003.
- ERGÜN, Mustafa** : “*Bilim Felsefesi*”, s. 1-13.

- ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin** : Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, B. 4, İstanbul 2000.
- ERTAŞ, Türker** : “*İfade Özgürlüğü ve Müstehcenlik: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına ve Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Müstehcenlik Suçuna İlişkin Bazı Gözlem ve Değerlendirmeler*”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 18, Y. 2012, s. 193-224.
- ESEN, Bülent N.** : “*Müstehcen Mefhumuna Dair*”, in. ABD., S. 5, Y. 1953, s. 381-384.
- FAUST, Beatrice** : Kadınlar Seks ve Pornografi (Çev. Erdem BAGATUR), B. 1, İstanbul 1986.
- FERRI, Enrico** : Sanat ve Edebiyatta Caniler (Çev. Selmin EVRİM), B. 1, İstanbul 1961.
- FOUCAULT, Michel** : Cinselliğin Tarihi (Çev. Hülya TUFAN), C. 1, B. 1, İstanbul 1986.
- FREUD, Sigmund** : Cinsellik Üzerine Üç Deneme (Çev. Selçuk BUDAK), B. 5, İstanbul 2018. (**Cinsellik**)
- FREUD, Sigmund** : Yaşamım ve Psikanaliz (Çev. Kamuran ŞİPAL), B. 3, İstanbul 1996. (**Psikanaliz**)
- GAROFALO, Raffaele** : Criminologia / Suç, Suçlu ve Ceza (Çev. Muhittin GÖKLÜ), B. 1, İstanbul 1957.
- GERÇEKER, Hasan** : Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, B. 1, Ankara 2011.
- GÖZLER, Kemal** : Hukukun Genel Teorisine Giriş / Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, B. 1, Ankara 1998. (**Teori**)

- GÖZLER, Kemal** : İdare Hukuku, C. 1, B. 1, Bursa 2003. (**İdare**)
- GÖZLER, Kemal** : “*Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı*”, in. Muhafazakar Düşünce Dergisi, C. 4, S. 15, Y. 2008, s. 77-90. (**Tabii**)
- GÖZLER, Kemal** : Türk Anayasa Hukuku Dersleri, B. 14, Bursa 2013.
- GREENBERG, Andy** : “*Over 80 Percent Of Dark-Web Visits Relate To Pedophilia, Study Finds*”, 30.12.2014.
- GÜL, Ahmet** : Doğrudan / Dolaylı Bilişim Suçları, B. 1, Ankara 2016.
- GÜNDEL, Ahmet** : 5237 Sayılı TCK’da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, B. 1, Ankara 2009.
- GÜNEY, Niyazi – ÖZDEMİR, Kenan – BALO, Yusuf S.** : Yeni Türk Ceza Kanunu, B. 1, Ankara 2004.
- GÜNGÖR, Devrim** : Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, B. 1, Ankara 2007. (**Hata**)
- GÜNGÖR, Devrim** : “*Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Pornografisi*”, in. Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 1, Ankara 2015, s. 545-556. (**Çocuk Pornografisi**)
- GÜRİZ, Adnan** : Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk, B. 1, Ankara 1963. (**Ahlak**)

- GÜRİZ, Adnan** : Hukuk Felsefesi, B. 13, Ankara 2018.
(Felsefe)
- GÜRELLİ, Nevzat** : “*Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı*”, in. İÜHFM, C. 32, S. 2-4, Y. 1967, s. 569-587. **(Müstehcenlik)**
- GÜRELLİ, Nevzat** : Mukayeseli Mevzuatta Ve Hukukumuzda Basın Suçlarında Hususi Usul, B. 1, İstanbul 1958. **(Basın)**
- HEE-HANG, Seung** : “*Çocuk Pornografisi*” (Çev. Pınar BACAĞIZ), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2007, s. 343-346.
- HIRSCH, Ernst** : “*Memleketimizde Meri’i Olan Telif Hakkı Kanunununun Tahlili*”, in. İÜHFM, C. 6, S. 2-3, Y. 1940, s. 346-500.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki** : “*Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*”, in. AÜHFD, C. 45, S. 1, Y. 1996, s. 3-21.
(Kültür)
- HAFIZOĞULLARI, Zeki** : “*Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*”, in. Türk Hukuk Kurumu / Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, B. 1, Ankara 2005, s. 357-368. **(Cinsellik)**
- HAFIZOĞULLARI, Zeki** : Ceza Normu / Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, B. 2, Ankara 1996.
(Ceza Normu)
- HAFIZOĞULLARI, Zeki** : “*Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı*”, in. TBBD, S. 55, Y. 2004, s. 85-101.
(Liberal)

- HAFIZOĞULLARI, Zeki – GÜNGÖR,** : “*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”,
Devrim in. TBBD, S. 69, Y. 2007, s. 21-50.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN,** : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8,
Muharrem Ankara 2015. (**Genel**)
- HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN,** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler
Muharrem Kişilere Karşı Suçlar, B. 4, Ankara 2015.
(**Kişi**)
- HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN,** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler
Muharrem Topluma Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2012.
(**Toplum**)
- HATEMİ, Hüseyin** : Hukuk Devleti Öğretisi, B. 1, İstanbul
1989.
- HEINRICH, Bernd** : Ceza Hukuku Genel Kısım (Ed.: Yener
ÜNVER), C. 1, B. 1, Ankara 2014.
- HEINRICH, Manfred** : “*Die Verbreitung von Pornografie gem.
prg. 184 StGB – Teil 1*”, in. Zeitschrift für
das Juristische Studium, C. 9, S. 2, Y. 2016,
s. 132-149.
- İÇEL, Kayıhan** : “*Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli
Kast*”, in. İTÜSBD, S. 12, Y. 2007, s. 61-70.
(**Kusurluluk**)
- İÇEL, Kayıhan** : “*Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme*”, in.
İÜHFM, C. 30, S. 1-2, Y. 1964, s. 171-200.
(**İçtima**)
- İÇEL, Kayıhan** : “*Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve
Yeni Türk Ceza Kanunu*”, in. İTÜSBD, C. 7,
S. 14, Y. 2008, s. 35-49. (**Görünüşte**)

- İÇEL, Kayıhan** : Kitle İletişim Hukuku, B. 13, İstanbul 2018. (İletişim)
- İMAMOĞLU, Hülya** : “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, in. AÜHFĐ, C. 54, S.1, Y. 2004, s. 165-190.
- İNAL, Emrehan – BAYSAL, Başak** : Reklam Hukuku ve Uygulaması, B. 1, İstanbul 2008.
- İNCESU, Cem** : “Cinsel İşlevler ve Cinsel İşlev Bozuklukları”, in. Klinik Psikiyatri Dergisi, C. 7, S. 3, Y. 2004, s. 3-13.
- JENNINGS, Christopher Alan** : “Fair Use on the Internet”, in. Congressional Research Service – Report for Congress, 21.05.2002, s. 1-15.
- KANADOĞLU, Korkut** : “Sanat Özgürlüğü”, in. Hukuk ve Sanat (Ed.: Yener ÜNVER – Özlem YENERER ÇAKMUT), B. 2, Ankara 2016, s. 25-59.
- KARACA, Ayşe – BEYAZNAR, Bahar** : “İnternette Müstehcenlik: Nerede Başlar ve Nerede Biter?”, in. Akademik Bilişim’10 – XII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 10 - 12 Şubat 2010, Muğla Üniversitesi, s. 63-70.
- KARADAYI, İsmet Kemal** : “Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar”, in. ABD., S. 5, Y. 1974, s. 889-894.
- KARAKUŞ, Oğuz – ÜNAL, Bülent** : “Olay Yeri İnceleme”, in. Kriminalistik (Ed.: Oğuz KARAKUŞ), B. 2, Ankara 2003, s. 3-85.
- KATOĞLU, Tuğrul** : “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru

- Kavramının Sınırları*", in. AÜHFD., C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 657-693. (**Mağdur**)
- KATOĞLU, Tuğrul** : "*Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs*", in. Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C. 1, Ankara 2015, s. 611-626. (**Kast**)
- KELSEN, Hans** : "*Adalet Nedir?*" (Çev. Ali ACAR), in. TBBD, C. 26, S. 107, Y. 2013, s. 431-454.
- KESER BERBER, Leyla** : Adli Bilişim, B. 1, Ankara 2004.
- KESSLER, Gary C.** : "*An Overview of TCP/IP Protocols and the Internet*"
- KOCA, Mahmut** : "*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi*", in. Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 3, B. 1, İstanbul 2003, s. 785-816.
- KOÇ, Mustafa** : "*Gelişim Psikolojisi Açısından Ergenlik Dönemi ve Genel Özellikleri*", in. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 1, S. 17, Y. 2004, s. 231-238.
- KÜHNE, Hans-Heiner** : "*İnternetle Bağlantılı Ceza Muhakemesinde Delil İleri Sürme Problemi*" (Çev. Mustafa Ruhan ERDEM), in. Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s. 523-530.
- LACKNER, Karl** : Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, B. 14, München 1981.
- LAWRENCE, David Herbert** : Pornografi ve Müstehcenlik (Çev. Burcu SİPAHİ), B. 1, İstanbul 2015.
- MARAKOĞLU, A. Ozan** : Edepsiz Kitaplar, B. 1, Ankara 2014.

- MENINSKI, Franciscus a Mesgnien** : Thesaurus Linguarum Orientalium Turcicae-Arabicae-Persicae (Ed.: Mehmet ÖLMEZ), C. 5, B. 1, İstanbul 2000.
- NEU, Jerome** : “*Freud and Perversion*”, in. Philosophy and Medicine – Sexuality and Medicine, C. 22, Dordrecht 1987, s. 153-184.
- NOYAN, Erdal** : Ceza Davası, B. 2, Ankara 2007.
- OTACI, Cengiz** : Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, B. 1, Ankara 2000.
- ÖNDER, Ayhan** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 4, İstanbul 1994.
- ÖNOK, Murat** : “*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği*”, in. MÜHFAD, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 1229-1269.
- ÖZBEK, Mücahid** : “*Avrupa Siber Suç Sözleşmesinin Türk Ceza Hukukuna Etkileri*”, in. GSI Articletter, S. 13, Y. 2015, s. 73-88. **(Siber)**
- ÖZBEK, Veli Özer** : Müstehcenlik Suçu, B. 1, Ankara 2009. **(Müstehcenlik)**
- ÖZBEK, Veli Özer** : “*Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği Ve Değerlendirilmesi*”, İÜHF, C. 59, S. 1-2, Y. 2001, s. 181-202.
- ÖZEK, Çetin** : “*Ceza Normunun Varlığında Hata*”, in. Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 3, B. 1, İstanbul 2003, s. 817-830. **(Hata)**

- ÖZEK, Çetin** : Türk Basın Hukuku, B. 1, İstanbul 1978.
(Basın)
- ÖZEN, Cahit** : “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara İlişkin Tartışmalar”, in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 699-703.
- ÖZEN, Muharrem** : Genel Tehlike Yaratan Suçlar, B. 1, Ankara 2010. (Tehlike)
- ÖZEN, Muharrem** : Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, B. 1, Ankara 1998. (Objektif)
- ÖZEN, Muharrem** : “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, in. AÜHFD, C. 52, S. 1, Y. 2003, s. 63-88. (Tasarı)
- ÖZEN, Muharrem – BAŞTÜRK, İhsan** : Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, B. 1, Ankara 2011.
- ÖZEN, Muharrem – ÖZOCAK, Gürkan** : “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)”, in. ABD., S. 1, Y. 2015, s. 41-77.
- ÖZLEM, Doğan** : Bilim Felsefesi (Ders Notları), B. 1, İstanbul 2003.
- PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer** : Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 4, B. 2, Ankara 2008.
- POLAT, Oğuz** : Şiddet, B. 2, Ankara 2017.

- POTULICKI, M. Michel** : Ceza Hukukunu Tevhit Birinci Beynel-
millel Konferansı (Varşova, 1 – 6 Kasım
1927) – Konferans Vesikaları (Çev. Mus-
tafa Nuri DEVRES), B. 1 Ankara 1938.
- ROLLO, Giorgia – NEUBACHER, Frank** : “Çocuk Pornografisi ve İnternet – Karşı-
laştırmalı Hukuk Çerçevesinde Genel Bir
Bakış” (Çev. İlker TEPE), in. Karşılaştır-
malı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuk-
lar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s.
651-663.
- ROXIN, Claus** : “Anne-Babanın Çocuklarını Tedip Hakkı-
nın Ceza Hukuku Açısından Değerlendiril-
mesi” (Çev. Osman İSFEN), in. Karşılaştır-
malı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuk-
lar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s.
493-500.
- RÖTTGERKAMP, Anne** : “İnternet Pornografie – Zahlen, Statisti-
ken, Fakten”, 16.05.2018.
- SANCAR, Türkan Yalçın** : Müteselsil Suç, B. 1, Ankara 1995. (**Mü-
teselsil**)
- SANCAR, Türkan Yalçın** : “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000)
Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, in.
AÜHFD, C. 53, S. 4, Y. 2004, s. 1-25.
- SAY, Gökçe Nur – MÜJDECİ, Mahmut** : “Oksitosin ve Psikiyatrik Bozukluklar”, in.
Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi,
C. 8, S. 2, Y. 2016, s. 102-113.
- SAYIN, Ümit** : Parafili 1: Cinsel Bozukluklar ve Normal
Ötesi Davranışlar, B. 1, İstanbul 2016.
- SASSERATH, Simon** : Ceza Hukukunu Tevhit Üçüncü

- Beynelmül Konferansı (Brüksel, 26 Haziran 1930) – Konferans Vesikaları (Çev. Mustafa Nuri DEVRES), B. 1, Ankara 1939.
- SAY, Kubilay** : “*Data İncelemeleri*”, in. Kriminalistik (Ed.: Oğuz KARAKUŞ), B. 2, Ankara 2013, s. 517-558.
- SCHAUER, Frederick** : İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme (Çev. M. Bahattin SEÇİLMİŞOĞLU), B. 1, Ankara 2002.
- SCHEFFLER, Uwe** : Sanat ve Ceza Hukuku (Ed.: Yener ÜNVER), B. 1, Ankara 2018.
- SELÇUK, Sami** : Demokrasiye Doğru, B. 1, Ankara 1999.
- SHABAN, Hamza** : “*People Are Using Bitcoin’s System To Share Child Pornography, Researchers Say*”, 22.03.2018.
- SIEBER, Ulrich** : İnternetteki Suçlar ve Suçun İnternetteki Takibi (Çev. Yener ÜNVER – Mustafa Temmuz OĞLAKCIOĞLU), B. 1, Ankara 2014.
- SOKULLU-AKINCI, Füsün** : “*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi*”, in. İÜHFM, C. 59, S. 1-2, Y. 2001, s. 11-38.
- SOYASLAN, Doğan** : Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Ankara 2012. (**Genel**)
- SOYASLAN, Doğan** : Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 10,

- Ankara 2014. (**Özel**)
- SOYASLAN, Doğan** : Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 5, Ankara 2014, s. 94. (**Muhakeme**)
- STILO, Leo** : “Çocuk Pornografisine Karşı Avrupa Birliği’nin Müdahalesi: 22 Aralık 2003 Tarihli 2004/68 GAI Konseyin Çerçeve Kararı Hakkında Bir Yorum” (Çev. Vesile Sonay EVİK), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuklar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s. 469-476. (**Çerçeve Kararı**)
- STILO, Leo** : “Çocuk Pornografisiyle Mücadele Eden İtalyan Hükümeti: Kanun Tasarısının Yorumu” (Çev. Vesile Sonay EVİK), in. Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 Çocuklar ve Suç – Ceza, B. 1, Ankara 2005, s. 477-485. (**Çocuk Pornografisi**)
- SUR, Melda** : “Hayek’in Sosyal Bilim Yöntemlerine Yaklaşımı ‘Bilimselcilik ve Sosyal Bilimler’”, in. AÜSBFD, C. 41, S. 1, Y. 1986, s. 329-355.
- ŞEN, Ersan** : “TCK m.226/4’ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu”
- TAN, Hadi** : “Müstehcen ve Hayasızca Neşriyat Hakkında Mukayeseli bir Etüd”, in. Adalet Dergisi, S. 3, Y. 39/1948, s. 167-177.
- TANERİ, Gökhan** : “Müstehcenlik Suçu”, in. ERÜHFD, C. 13, S. 1, Y. 2018, s. 561-624. (**Müstehcenlik**)
- TANERİ, Gökhan** : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Sık Karşılaşılan Suçlar, B. 1, Ankara 2014.

- (Ceza)
- TAŞKIN, Şaban Cankat** : Bilişim Suçları, B. 1, Bursa 2008.
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa** : Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,
Ruhan – ÖNOK, Murat B. 11, Ankara 2014.
- THORNSTEDT, Hans** : “Yeni İsveç Ceza Kanununa Göre Ahlakta Aykırı Suçlar” (Çev. Durusoy YAZAN), in. AD., S. 1, Y. 62/1971, s. 44-51.
- TOPUKÇU, Aslı** : “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü”, in. GÜHFD, C. 11, S. 1, Y. 2014, s. 561-589.
- TOROSLU, Haluk** : “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme”, in. TBBD, S. 126, Y. 2016, s. 95-122. (Taksir)
- TOROSLU, Haluk** : Ceza Müeyyidesi, B. 1, Ankara 2010.
(Ceza)
- TOROSLU, Nevzat** : “Ceza Hukuku – Politika – Ahlak”, in. Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, B. 1, İstanbul 2004, s. 875-878. (Ahlak)
- TOROSLU, Nevzat** : Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, B. 1, Ankara 1970. (Tasnif)
- TOROSLU, Nevzat** : “Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları”, in. Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar (Ed.: Korkmaz ALEMDAR), B. 1, İstanbul 1999, s. 56-84. (Medya)
- TOROSLU, Nevzat** : Nasıl Bir Ceza Kanunu, B. 1, Ankara 1987. (Nasıl Ceza)

- TOROSLU, Nevzat** : “*Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara ilişkin Tartışmalar*”, in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 692-694. (Cinsel)
- TOROSLU Nevzat – ERSOY Yüksel** : “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, in. Türk Ceza Kanunu Reformu – İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 1-20.
- TOROSLU, Nevzat – FEYZİOĞLU, Metin** : Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 13, Ankara 2014.
- TOROSLU Nevzat – TOROSLU Haluk** : Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 21, Ankara 2015.
- TURHAN, Faruk** : “*Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin Ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme*”, in. SDÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2018, s. 1-87.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi** : “*Hukuk ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu*”, in. GÜHFD, C. 5, S. 2, Y. 2008, s. 29-36.
- UĞUR, Hüsamettin** : “*Ceza Yargılaması ve Özel Ceza Yasalarına Göre Mahkemelerin Görevleri*”, in. TBBD, S. 87, Y. 2010, s. 365-402.
- UYGUR, Gülriz** : “*Adalet ve Hukuk Devleti*”, in. AÜHFD, C. 53, S. 3, Y. 2004, s. 29-38.
- ÜNVER, Yener** : Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, B. 1, Ankara 2003.

(Hukuksal Değer)

ÜNVER, Yener

: “Çocuk ve Genç Pornografisi Kayıtlarıyla Türk Ceza Kanunu m. 226 Uyarınca Yapılan Ceza Hukuku Mücadelesi Yeterli midir?”, in. Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar-Türk ve Alman Karşılaştırmalı Hukukunda Kişilik Haklarına Karşı Suçlar (Ed.: Yener ÜNVER), C. 4, B. 1, Ankara 2015, s. 53-81. **(Çocuk ve Genç)**

VARIŞ, Fatma

: “Bilimsel ve Teknolojik Gelişmede Eğitimin Rolü”, in. AÜEBFD, C. 15, S. 2, Y. 1982, s. 89-116. **(Bilimsel)**

VARIŞ, Fatma

: Türkiye’de Lisansüstü Eğitim (Sosyal Bilimlerde), B. 1, Ankara 1973. **(Sosyal)**

VIERECK, George Sylvester

: “What Life Means to Einstein”, in. The Saturday Evening Post, T.: 26.10.1929, s. 17-117.

YALKUT, Necdet

: “Türk ve İtalyan Ceza Hukukunda Müstehcen”, in. AD., S. 3-4, Y. 67/1976, s. 279-286.

YARSUVAT, Duygun

: “Müstehcenliğin Neresindeyiz”, in. GHD, S. 9, Y. 2004, s. 49. **(Müstehcenlik)**

YARSUVAT, Duygun

: “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, in. Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, s. 647-684. **(Cinsel)**

YAŞAR, Osman – GÖKCAN, Hasan

: Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza

Tahsin – ARTUÇ, Mustafa

Kanunu, C. 5, B. 2, Ankara 2014.

YAZICIOĞLU, Yılmaz

: “*Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar Konusunda Türk Ceza Kanunu 2000 Tasarısı*”, in. Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s. 451-470.

YENİSEY, Feridun

: “*Bilgisayar ve Bilgisayar Şebekelerinin Ortaya Çıkardığı Yeni Suç İşleme Yöntemleri*”, in. Bilişim ve İnternet Teknolojilerinin Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar Sempozyumu, 24 Mart 2001 – Bursa, s. 50-54.

YENİSEY, Feridun – PLAGEMANN, Gottfried

: Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch, B. 2, İstanbul 2015.

YILMAZ, Ejder

: Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, B. 4, Ankara 2012.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://www.btk.gov.tr>

<https://classicbookreader.wordpress.com>

<https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce-türkçe/>

<https://www.ecpat.org>

<https://eur-lex.europa.eu>

<https://www.factinate.com>

<https://www.government.se>
<https://www.ihbarweb.org.tr>
<https://www.ilo.org>
<http://www.inhope.org>
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>
<https://legalbank.net>
<https://www.legislation.gov.uk>
<https://www.nisanyansozluk.com/>
<https://www.netzsieger.de>
<http://www.newworldencyclopedia.org>
<https://www.rtukisaretler.gov.tr>
<http://www.sci.brooklyn.cuny.edu>
<https://www.state.gov>
www.tdk.gov.tr
<https://www.tipfak.com/tip-terimleri-sozlugu/>
<https://theukdatabase.com/>
<https://treaties.un.org>
UYAP
<https://www.washingtonpost.com>
<https://www.wired.com>

ÖZET

Cinsellik olgusu, en eski zamanlardan günümüze değin kanunlarda az veya çok kendine yer edinmiştir. Müstehcenlik; zamandan zamana, toplumdaki topluma, bireyden bireye değışkenlik gösteren oldukça dinamik bir kavramdır. Ancak müstehcenlik kavramının statik tek unsuru vardır: “*Cinsellik*”. Dolayısıyla cinselliğın tarihi ne kadar eski ise, müstehcenliğın tarihi de o kadar eskidir.

Müstehcenliğın kanunlarda suç olarak düzenlenme sebebi, bireyler nezdinde toplumsal ahlakın korunmasıdır. Ahlak da, müstehcenlik kavramına benzer şekilde, oldukça dinamik ve öznel bir kavram olduğundan; belirsiz bir kavramla, diğeri bir belirsiz kavramın korunmaya çalışıldığı söylenebilir. Şüphesiz ki bu durum, çağdaş ceza hukukuna hakim olan temel ilkelerden, “*kanunilik*” ilkesine aykırılık teşkil eder.

Müstehcenlik kavramı, pornografi ve erotik kavramlarını kapsamaktadır. Özellikle sert pornografilerin bireylerin ruhsal sağlığı yönünden ciddi tehdit oluşturduğu ve parafili olarak adlandırılan cinsellik yönünden bir ruhsal bozukluk haline yol açtığı belirtilmektedir. Bu itibarla müstehcenliği ve buna ilişkin suçları ahlaki yönden değil, sağlık açısından ele almak gerekir. Bireyler ahlaki yönden eğitilebilir, ancak ruhsal sağlıkları aynı şekilde iyileştirilemez. Nitekim günümüzde parafili bozukluğunun tedavisi yoktur.

Müstehcenlik suçu ancak, bir ürün üzerinde birtakım tasarruflar gerçekleştirilmesi suretiyle işlenebilir. Doğal olarak suçun tarihi süreci esasen, matbaanın bulunması ve yaygınlaşmasıyla başlamıştır. Günümüzde ise İnternet ve teknolojinin, ulaştığı seviye ve insan hayatına entegrasyonundan dolayı, suçun, İnternet üzerinden işlenmediği pek nadir şekilde görülmektedir.

SUMMARY

Sexuality, from the earliest times to the present, has gained more or less a place in law. Obscenity; It is a very dynamic concept which varies from time to time, from society to society and from individual to individual. However, the concept of obscenity has only one static element: "*Sexuality*". Therefore, the earlier history of sexuality, the older the history of obscenity.

The reason why obscenity is regulated as a crime in law is to protect social morality before individuals. Morality is also a very dynamic and subjective concept, similar to the concept of obscenity; it can be said that an ambiguous concept is tried to protect another ambiguous concept. Undoubtedly, this is contrary to the principle of "*legality*", which is one of the basic principles that dominate the contemporary criminal law.

The concept of obscenity includes concepts of pornography and erotica. In particular, it is stated that hard pornography poses a serious threat to the mental health of individuals and leads to a mental disorder which is called paraphilia. In this respect, obscenity and related crimes should be dealt with in terms of health, not moral. Individuals can be educated morally, but their mental health cannot be improved in the same way. At the present time, there is no cure for paraphilia.

The crime of obscenity can only be committed by a number of usage on a product. Naturally, the historical process of the crime began primarily with the presence and spread of the printing press. Today, due to the level of Internet and technology, and the integration into human life, it is rarely seen that the crime is not processed over the Internet.