



T.C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

MÜSTEHCENLİK SUÇU

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

TUĞÇE IŞIKOĞLU

BURSA-2021



T.C.

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

MÜSTEHCENLİK SUÇU
(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

TUĞÇE IŞIKOĞLU

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Zeynel T. KANGAL

BURSA-2021

Yemin Metni

Yüksek Lisans / Doktora tezi olarak sunduğum “Müstehcenlik Suçu” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntılarının kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve İmza

Adı Soyadı : TUĞÇE IŞIKOĞLU

Öğrenci No : 701780003

Anabilim Dalı : Kamu hukuku

Statüsü : Yüksek Lisans

ÖZET

Müstehcenlik suçu mevzuatta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak kanunda müstehcenliğin tanımı yapılmamıştır. Uluslararası sözleşmeler gereğince müstehcenliğin yaptırıma bağlanması zorunlu ise de, kavramın belirsizliği problem yaratmaktadır. Ayrıca yargılama esnasında ürünün müstehcen olup olmadığı tartışması hasıl olduğunda bilirkişi incelemesi yapılması, bilirkişilik kurumunun etkinliği ve kurumda yetkili kişilerin konuya vakıflığı tartışabilir niteliktedir. Kavramın belirsizliği ve ürünün müstehcen olup olmadığının tespitinin ancak bilirkişi tarafından tespit edilebilmesi ceza hukukundaki belirlilik ilkesi açısından tartışma yaratmakta olup kavramın sınırları ve kapsamı yargı kararları ile belirlenecektir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümünde müstehcenlik kavramı ve bu konudaki uluslararası düzenlemeler ele alınacaktır. Devletlerin müstehcenlik suçu ile ilgili düzenlemelerinden örnek verilerek müstehcenliğe genel bir bakış açısı ile bakılacaktır.

İkinci bölümde ise ulusal mevzuatımızda müstehcenliğin yeri ve müstehcenlik ile ilgili yasal düzenlemeler incelenecektir.

Üçüncü bölümde ise yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde tanımlanan müstehcenlik suçu tipinin incelenmesi yapılacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: Müstehcenlik, Müstehcen Ürün, Cinsel Davranış, Pornografi, İfade Özgürlüğü

ABSTRACT

The crime of obscenity is regulated in Article 226 of the Turkish Penal Codeno. However, the law did not define the obscenity. Although obscenity is obligatory under international conventions, the uncertainty of the concept is a problem. In addition, when the discussion of whether or not the product is obscene during the proceedings, an expert examination can be carried out, the effectiveness of the expert institution and the authorized persons in the institution can discuss the subject. The uncertainty of the concept and the determination of whether the product is obscene or not can only be determined by the expert creates controversy in terms of the principle of certainty in criminal law and the limits and scope of the concept will be determined by judicial decisions.

The study consists of three chapters.

In the first chapters, the concept of obscenity and the international regulations on this subject will be discussed and the obscenity will be examined from an overview point of view by giving examples from the regulations of other nations regarding the crime of obscenity.

In the second chapters, the place of obscenity in our national legislation and the legal regulations related to obscenity will be examined.

In the third chapters, the type of obscenity crime defined in Article 226 of the Turkish Penal Code No. 5237 will be examined.

KEY WORDS: Obscenity, Obscene Product, Sexual Behaviour, Pornography, Freedom of Expression

ÖNSÖZ

Çalışmanın ana konusu müstehcenlik suçudur. Bu çalışma Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde devam eden yüksek lisans eğitimi kapsamında yüksek lisans tezi şeklinde sunulmak üzere hazırlanmıştır.

Çalışmada Türk öğretisinde çok üzerinde durulmayan müstehcenlik suçunun uluslararası ve ulusal mevzuattaki yeri gösterilmeye çalışılmıştır. TCK m. 226 kapsamında yasal düzenleme ile müstehcenlik ve müstehcenlikle ilgili benzer kavramların tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Kanunilik ilkesi açısından tartışmalı olan müstehcenlik suçunun sınırlarının belirlenmesinde, bu kavramlar hakkında bilgi verilmesinin yararlı olacağı düşünülmüştür.

Çalışmanın tez danışmanlığını üstlenen, konu seçiminde ve çalışmanın şekillenmesinde emeği geçen değerli Prof. Dr. Zeynel T. KANGAL'a, her zaman yanımda olan Av. Yasin Özdeniz'e teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	xi

BİRİNCİ BÖLÜM

1. MÜSTEHCENLİK SUÇUNA DAİR KAVRAMLAR, ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE ÇEŞİTLİ DEVLETLERİN HUKUKUNDA MÜSTEHCENLİK.....	2
1.1. KAVRAMLAR.....	2
1.1.1. Ahlak Kavramı.....	2
1.1.2. Müstehcenlik Kavramı.....	7
1.1.3. Pornografi.....	16
1.2. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER.....	18
1.3. ÇEŞİTLİ DEVLETLERİN HUKUKUNDA MÜSTEHCENLİK.....	26
1.3.1. ABD Hukuku.....	26
1.3.2. İtalyan Hukuku.....	28
1.3.3. Alman Hukuku.....	30

İKİNCİ BÖLÜM

2. MÜSTEHCENLİK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER.....	33
--	----

2.1. 756 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA MÜSTEHCENLİK SUÇU.....	33
2.2. 1117 SAYILI KÜÇÜKLERİ MUZIR NEŞRİYATTAN KORUMA KANUNU.....	38
2.3. 2559 SAYILI POLİS VAZİFE VE SALAHİYET KANUNU.....	49
2.4. 2954 SAYILI TÜRKİYE RADYO VE TELEVİZYON KANUNU.....	51
2.5. 6112 SAYILI RADYO VE TELEVİZYONLARIN KURULUŞ VE YAYINLARI HAKKINDA KANUN.....	52
2.6. 5187 SAYILI BASIN KANUNU.....	54
2.7. 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN.....	56
2.8. 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN.....	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA MÜSTEHCENLİK SUÇU.....	62
3.1. Genel Olarak.....	62
3.2. Korunan Hukuksal Değer.....	64
3.3. Suçun Unsurları.....	70
3.3.1. Tipiklik.....	70
3.3.1.1. Suç Tipinin Genel Özellikleri.....	71
3.3.1.2. Suçun Maddi Unsurları.....	75
3.3.1.2.1. Fail.....	75
3.3.1.2.2. Mağdur.....	78

3.3.1.2.3. Suçun Konusu.....	83
3.3.1.2.3.1. TCK m. 226/1’de Düzenlenen Suçun Konusu.....	84
3.3.1.2.3.2. TCK m. 226/2’de Düzenlenen Suçun Konusu.....	87
3.3.1.2.3.3. TCK m. 226/3’te Düzenlenen Suçun Konusu.....	87
3.3.1.2.3.4. TCK m. 226/4’te Düzenlenen Suçun Konusu.....	91
3.3.1.2.3.5. TCK m. 226/5’te Düzenlenen Suçun Konusu.....	97
3.3.1.2.4. Hareket.....	97
3.3.1.2.4.1. TCK m. 226/1’de Düzenlenen Suçun Hareketi.....	97
3.3.1.2.4.2. TCK m. 226/2’de Düzenlenen Suçun Hareketi.....	104
3.3.1.2.4.3. TCK m. 226/3’te Düzenlenen Suçun Hareketi.....	105
3.3.1.2.4.4. TCK m. 226/4’te Düzenlenen Suçun Hareketi.....	111
3.3.1.2.4.5. TCK m. 226/5’te Düzenlenen Suçun Hareketi.....	112
3.3.1.2.5. Nitelikli Unsurlar.....	113
3.3.1.3. Suçun Manevi Unsuru.....	116
3.3.2. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	120
3.3.2.1. Genel Hukuka Uygunluk Halleri.....	121
3.3.2.1.1. Görevin İfası.....	121
3.3.2.1.2. Meşru Savunma.....	121

3.3.2.1.3. Hakkın İcrası.....	122
3.3.2.1.4. İlgilinin Rızası.....	123
3.3.2.2. Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Eserlerde Hukuka Uygunluk Nedeni.....	124
3.4. Kusur.....	138
3.4.1. Kusur Yeteneğini Etkileyen Haller.....	139
3.4.1.1. Yaş Küçüklüğü.....	139
3.4.1.2. Akıl Hastalığı.....	140
3.4.1.3. Sağır ve Dilsizlik.....	142
3.4.1.4. Geçici Nedenler ile Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma.....	142
3.4.2. Mazeret Nedenleri.....	144
3.4.2.1. Zorunluluk Hali.....	144
3.4.2.2. Cebir ve Tehdit.....	145
3.4.2.3. Amirin Emri.....	146
3.4.2.4. Meşru Savunma Sınırının Korku, Heyecan veya Telaş Nedeniyle Aşılması.....	148
3.4.3. Haksız Tahrik.....	148
3.4.4. Kusuru Etkileyen Hata Halleri.....	151
3.5. Suçun Özel Görünüm Şekilleri.....	153
3.5.1. Teşebbüs.....	153
3.5.2. İştirak.....	156
3.5.3. İçtima.....	159
3.5.3.1. Genel Olarak.....	159
3.5.3.2. Cezaların İçtiması.....	159
3.5.3.3. Suçların İçtiması.....	162
3.5.3.3.1. Bileşik Suç.....	162
3.5.3.3.2. Zincirleme Suç.....	163

3.5.3.3.3. Fikri İçtima.....	165
3.5.3.4. Suç ile Kabahatler Arasındaki İçtima.....	172
3.6. Cezalandırılabilirliğin Diğer Koşulları.....	173
3.7. Yaptırım.....	175
3.8. Muhakemeye İlişkin Kurallar.....	184
SONUÇ.....	190
KAYNAKÇA.....	192



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜEHFD	: Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AY	: Anayasa
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
B. no	: Başvuru Numarası
C	: Cilt
c	: Cümle
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev	: Çeviri
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
DÜHF	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E	: Esas
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İÜHF	: İstanbul Üniversite Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
m.	: madde
PVSK	: Polis Vazife Salahiyet Kanunu
S	: Sayı
s.	: Sayfa
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu

GİRİŞ

Çalışmanın konusu; Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen müstehcenlik suçunun işlenmesidir. TCK m. 226'da düzenlenen müstehcenlik suçunun işlenmesinde ve suçun incelenmesi öncelikle müstehcenlik ve ilgili kavramların açıklanması gerekmektedir. Bu kapsamda ahlak, genel ahlak, pornografi kavramları üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın amacı; Türk Ceza Kanunu'nda müstehcenlik gibi muğlak bir kavramın kullanılmasındaki amacın, toplumun genel olarak korumaya çalıştığı edep, ar, haya gibi değerler olduğu belirtilmişse de bu derecede belirsiz kavramların ceza hukukunda yer almasının, ceza hukukunda kabul edilen belirlilik ilkesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesine, ifade özgürlüğü, ticaret özgürlüğü, cinsel özgürlük, sanat ve bilim özgürlüğüne aykırı düştüğünü açıklamaktır.

Çalışmanın soruları; Müstehcenlik nedir?, Ahlak ve genel ahlak nedir?, Müstehcenlik suçunun konusu nedir?, Müstehcenlik suçunun hareketleri nelerdir?, Bilim ve sanat ile müstehcenlik bir arada olabilir mi?, İnceleme konusu suç bağlı hareketli mi yoksa serbest hareketli midir?, İnceleme konusu suçun faili ve mağduru kimdir?

Çalışmanın metodolojisi; çalışmanın metodolojisi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki müstehcenlik suçunun incelenmesi, TCK m. 226 düzenlemesi ışığında suçta korunan hukuki değerin ve müstehcenlik ile ilgili terimlere literatür, analitik yaklaşımdır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümünde müstehcenlik kavramı ve bu konudaki uluslararası düzenlemeler ele alınmıştır. Devletlerin müstehcenlik suçu ile ilgili düzenlemelerinden örnek verilerek müstehcenliğe genel bir bakış açısı sağlanmıştır. İkinci bölümde ise ulusal mevzuatımızda müstehcenliğin yeri ve müstehcenlik ile ilgili yasal düzenlemeler incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde tanımlanan müstehcenlik suçu tipinin incelenmesi yapılmış ve çalışmanın soruları ve doktrindeki cevapları üzerinde durulmuştur.







BİRİNCİ BÖLÜM

1. MÜSTEHCENLİK SUÇUNA DAİR KAVRAMLAR, ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE ÇEŞİTLİ DEVLETLERİN HUKUKUNDA MÜSTEHCENLİK

1.1. KAVRAMLAR

1.1.1. Ahlak Kavramı

Çalışmanın bu bölümünde ahlak ve genel ahlak kavramları üzerinde durulacaktır. Ahlak kavramının kesin bir tanımı yapılamamaktadır. Zira ahlak göreceli bir kavramdır. Gözler'in de ifade ettiği üzere görecelilik olduğu sürece objektif sonuçlara genellikle ulaşılamaz¹.

Müstehcenlik suçu, TCK'da genel ahlaka karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. *Hafizoğulları*, müstehcenliğin edep ile ilgili bir kavram olduğunu, müstehcenlik ile ahlakın değil adabın korunduğunu, edep ve ahlakın farklı kavramlar olduğunu ifade etmiştir². Zira ahlakın cinsiyetle bir ilgisi yoktur. Ahlakı yaratan, kurallarını belirleyen üretim biçimleridir³. Ancak ahlak kavramı ile müstehcenlik kavramı yakından ilişkilidir. TCK'da sistematik olarak müstehcenlik suçu genel adaba değil, genel ahlaka karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu sistematik düzenleme ile müstehcenlik ve genel ahlak arasındaki bağlantıyı vurgulamıştır⁴.

Cevizci'ye göre, ahlak kavramı değerler ile ilgilidir. Genel ahlak kavramı, etiğin çalışma alanıdır. Etik ise felsefenin ahlaklılıkla ilgili alt dalıdır. Etik denilince felsefi

¹ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Bursa: Ekin Kitapevi, 2015, s. 40.

² Zeki Hafizoğulları, *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı, 2005, s. 359.

³ Demir Özlü, "Müstehcen, Cinsellik, Özgürleşme", İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 4, 5.

⁴ Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 16.

açından ahlak anlaşılır ve etik, ahlakın benimsediği her türlü değerler sisteminin bütünüdür. Etik iyi ve doğruya yaklaşım teorisi iken, ahlak iyi ve doğrunun pratiğidir⁵.

Ahlak, hukuk alanına genel ahlak olarak sirayet etmektedir⁶. Zira kişilerin düşünce ve ahlak planındaki açıklama ve gösterileri ancak kamu düzenini ciddi bir şekilde tehdit eder veya gerçekten tehlikeye sokacak bir eylem ya da girişime dönüşürse kolluk yetkililerinin kapsamına girmektedir⁷.

Genel olarak ahlak kuralları toplumda yerleşmiş, iyi veya kötülük ile ilgili değer yargılarını içeren, bu değer yargılarıyla şekillenen, toplumdaki bireyin bu davranışlara uygun hareket etmesi gerektiği düşünülen normlardır⁸. Özek'e göre; "*Genel ahlak belli bir dönemde toplumda kabul edilen ortak, genel ve ortalama cinsel hayatla ilgili değer yargıları ve anlayışlarıdır*"⁹. Hukuk sisteminde de ahlak kavramı yalnızca ceza hukukunda değil, özel hukuk dallarında da korunmaktadır. TBK ve TMK gibi özel hukuk kurallarında bu kavrama yer verilmiştir. Örneğin, TBK m. 27'de, "ahlaka aykırı olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı" belirtilmiştir. TMK m. 47/2'de, "ahlaka aykırı olan kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağı", TMK m. 56/2'de, "ahlaka aykırı dernek kurulamayacağı", TMK m. 89'da, "derneğin amacının ahlaka aykırı hale gelmesi durumunda mahkeme kararı ile derneğin feshine karar verileceği" hükme bağlanmıştır. TMK m. 129'da, "üstsoy ile altsoy arasında, kardeşler arasında, amca, dayı, teyze, hala ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana gelmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu ve altsoyu arasında, evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenmenin yasak olduğu" hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerden de görüleceği üzere devlet, yalnızca tarafların eşit olmadığı kamu hukuku alanında değil, tarafların eşit kabul edildiği, hatta kural olarak irade serbestisinin var olduğu alanlarda dahi ahlakı

⁵ Ahmet Cevizci, *Etik Ahlak Felsefesi*, 1. Baskı, İstanbul: Notos Yayınevi, 2014, s. 11, 12.

⁶ Nihat Bulut, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak", *Erzincan, AÜEHFD*, C. 4, S. 1 (2000), s. 29.

⁷ a.g.m., s. 29.

⁸ Gözler, a.g.e., s. 39, 40.

⁹ Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978, s. 285.

koruma amacı gütmektedir. Bu tip hükümler açıkça genel ahlaktan bahsetmese de, anlaşılması gereken genel ahlaktır¹⁰.

Devlin ve Hart tartışması hukuk felsefesi tartışmalarına konu olan temel bir tartışmadır. Bu tartışma toplumda kabul edilmiş ahlaki değerlere uymama durumunda, hukukun cezalandırıcı rolünün olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır¹¹. Ancak Türkiye’de, ahlak ile hukuk arasındaki ilişkiye dair köklü bir tartışma olmamıştır. Zira Türkiye’de Anglo-Sakson *Common Law*’unda olduğu gibi halkın ahlakını yansıttığı kabul edilen, dinden etkilenmiş hukuk sisteminin aksine toplumun baskın ahlakına ters düşecek hükümler içeren ve dini kurallarla ilişkisini koparma iddiasındaki devrimle oluşmuş bir hukuk sistemi mevcuttur¹².

Türkiye’de ahlak kavramının hukuktaki yeri incelendiğinde genel ahlak, Anayasa’da doğrudan atıfta bulunulan bir kavramdır. Genel ahlak da kavram olarak tıpkı ahlak kavramında olduğu gibi belirgin olmaktan uzaktır. Oysa devlet, pozitif hukuk ile toplum düzenini sağlamalıdır. Ancak yaşamın akışında ortaya çıkabilecek, güncel ve farklı sorunlarda veya pozitif olarak düzenlenmeyen konularda kendisinin müdahale edebilmesi için genel ahlak ve kamu düzeni gibi kavramlara başvurmaktadır¹³. Bu iki kavram arasındaki ilişkiye bakıldığında ise, genel ahlak ve kamu düzeni kavramlarının birbiri ile ilgili olduğu görülecektir. Kamu düzeni, genel ahlakı da kapsayan üst kavram olarak kabul edilebilir. Başka bir görüşe göre; bu iki kavram birbirinden çok farklıdır. Zira kamu düzeni kavramı irdelenirken önemli olan objektif kıstaslardır ve bu ölçütler belirlenirken dönemin pozitif kuralları dikkate

¹⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011, s. 95.

¹¹ Bu tartışmayı tetikleyen 1954’te kurulan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite’nin 1957’de sunduğu rapordur. Raporda eşcinselliğin suç olmaması gerektiği, fahişeliğin ise ancak toplumun diğer bireylerini rahatsız edecek tarzda alenen cinsel ilişki teklifi söz konusu olduğunda suç sayılması gerektiği belirtilmiştir. Devlin’e göre uyulması gereken bazı davranış standartları ya da ahlaki ilkeler bulunmaktadır ve bunların ihlal edilmesi sadece zarar görene karşı değil, bütün bir topluma karşı işlenmiş bir suçtur. Devlin için, ahlak toplumun varlığının devamı için gereklidir ve kamu ahlakı vardır. Hart ise Devlin’in iddialarına karşı “Belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlaka aykırı olması, bu davranış hukuk tarafından cezalandırılabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli midir?, Kendi başına ahlakı dayatmak ahlaken caiz midir?, Kendi başına ahlaksızlık suç olmalı mıdır?” sorularının yanıtını aramaktadır. Hart’ın benimsediği Mill’in özgürlük anlayışına göre, uygar topluluğun herhangi bir üyesi üzerinde, onun arzusuna rağmen kuvvetin haklı olarak kullanılabileceği tek amaç, başkalarına gelecek zararı önlemektir. Buna ilişkin bkz. Ertuğrul Uzun, “Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, S. 6 (2005), s. 157-171.

¹² a.g.e., s. 171.

¹³ Yunus Anıl Ay, *Müstehcenlik Suçu*, (Yüksek Lisans Tezi), Mersin: Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 47.

alınmalıdır¹⁴. Kamu düzeni muğlak bir kavram olsa da Anayasa Mahkemesi bir kararında bu kavramı şöyle tanımlamıştır; *“Kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır”*¹⁵. Kamu düzeni gibi genel ahlak kavramı da muğlak bir kavramdır. Buna rağmen Anayasa, özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddesinde, konut dokunulmazlığına ilişkin 21. maddesinde, haberleşme hürriyetine ilişkin 22. maddesinde, basın hürriyetine ilişkin 28. maddesinde, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkına ilişkin 31. maddesinde, dernek kurma hürriyetine ilişkin 33. maddesinde, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına ilişkin 34. maddesinde, sendika kurma hakkına ilişkin 51. maddesinde, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olmasına ilişkin 141. maddesinde genel ahlak kavramına doğrudan atıfta bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsi geçen kararında, genel ahlakı şöyle tanımlamıştır; *“genel ahlak deyimi, belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır”*.

Bulut’a göre; genel ahlakın, bir biçimde tanımlanarak, bunun hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında kullanılması bir tehlikedir¹⁶. Zaten hukukta sorumluluk makamı devlettir; ahlakta sorumluluk makamı vicdandır, biri dış bir makam iken diğeri içsel, soyut bir makamdır¹⁷. Hukuk ve ahlak birbirlerinin alanlarına müdahale ettiğinde ise insan, içsel sorumluluğunun olması gereken yerde dışsal iradeye maruz kalır¹⁸. Bu durumda ise yasa koyucu ve yasa uygulayıcı olan idare keyfi biçimde hak ve özgürlükleri sınırlandırabilir. Anayasa Mahkemesi’nin kararında zaman, nicelik ve benimseme olmak üzere üç unsur belirtilmişse de, bu üç unsura kolay anlaşılabilirlik eklendiğinde toplamda dört unsur vardır ve bu unsurlar kümülatif olmalıdır¹⁹. Burada kolayca anlaşılan ifadesi, “belli bir anda ve belli bir toplumda bireylerce benimsenen

¹⁴ Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2013, s. 160.

¹⁵ AYM, T: 28.01.1964, E. 1963/128, K. 1964/8 (RG. 17.04.1964, sy: 11685).

¹⁶ Bulut, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, s. 30.

¹⁷ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2014, s. 65.

¹⁸ İsmail Kılıhoğlu, *Ahlak Hukuk İlişkisi*, 1. Baskı, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1988, s. 360.

¹⁹ Bulut, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, s. 32, 33.

etik düşüncelerin asgarisine, ilk başta görülen temel değerlere dikkat çekmektedir”²⁰. Sonuç olarak genel ahlakı *Kaboğlu* şöyle tanımlamıştır; “*Genel ahlak, belli bir anda ve belli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisidir*”²¹. Bu kavramın namus ve cinsellik kavramlarına indirgenerek algılanması *Bulut*’a göre özgürlük kavramı açısından tehlikelidir. Zaten genel ahlak toplumun manevi yapısıyla ilgilidir. Bu kavram, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması nedeni yapıldığında kavram tamamen manevi alana çekilmemelidir. Aksi halde insan hakları ihlal edilmiş olur²². Bu nedenle genel ahlakın korunması, kamu düzeninin korunması ile ilişkili olarak düşünülmelidir²³. Zira devletin salt ahlak kavramına müdahale ederek bazı ahlaki değerleri kişilere dikte ederek benimsetmeye çalışması demokrasi, insan hakları ve insan onuru bakımından kabul edilemez²⁴. Bu durumda hem hareket özgürlüğü hem ifade özgürlüğü açısından büyük hak ihlalleri ortaya çıkar. Ancak Anayasa’da bir hakkın veya özgürlüğün sınırlandırılması 13. maddede düzenlenmiş olup madde hükmü şöyledir;

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

AY m. 13 hükmü gereğince genel ahlak sebebiyle bir sınırlama yapılacaksa bile, bu sınırlama ile temel hakkın özüne dokunulamaz, hak kullanılamaz hale getirilemez. Burada birey özgürlüğünün kısıtlanamaması önemlidir. Aksi durum, çağdaş hukuk devletine aykırı olur. Ayrıca doğru veya yanlış olup olmadığına bakılmaksızın sırf toplumun çoğunluğunun katıldığı bir düşünceye bireyi de katılmaya zorlamak veya davranışlarını bu düşünceye göre şekillendirmesini istemek, aksi durumda bir cezai müeyyide uygulamak hukuk dışıdır²⁵.

²⁰ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 41.

²¹ İbrahim Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, 1. Baskı, Diyarbakır: DÜHF Yayınları, 1989, s. 137.

²² Bulut, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, s. 33, 34.

²³ Oktay Uygun, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Rejimi*, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1992, s. 131.

²⁴ Bulut, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, s. 34.

²⁵ Jacques Chevallier, *Hukuk Devleti*, çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, 1. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2010, s. 135 vd.

AY m. 13 hükmü gereğince genel ahlak sebebiyle bir sınırlama yapılacaksa bile, bu sınırlama ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. İHAM, genel ahlakın korunması amacıyla özgürlüklerin sınırlandırılabilceğini kabul etmiş ancak Kaos GL isimli dergiye yapılan müdahaleyi ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur²⁶.

1.1.2. Müstehcenlik Kavramı

Genel ahlak veya toplum ahlakını koruma amacı taşıyan sınırlandırıcı hükümlerin en önemlisi müstehcen yayınları yasaklayıcı hükümlerdir²⁷.

Müstehcenlik kavramının anlamı yer, mekan ve zamana göre değişmektedir. Müstehcenlik kavramı yer, mekan ve zamana değişkenlik gösterdiğinden müstehcenliğin genel bir tanımı mümkün olamamaktadır²⁸. Donay tarafından ifade edildiği üzere, müstehcenlik kavramı, üzerinde pek fazla durulan bir konu olmasına

²⁶ “Mahkeme, söz konusu derginin tüm topluma uygun olmadığı ve öte yandan başvuranın bu durumu kabul ettiği kanısına varmaktadır. Dolayısıyla mahkeme, derginin nüshalarının yalnızca küçük bir kısmının gazete bayilerinde satışı amaçlanmış olsa bile, bazı kişi gruplarının özellikle de reşit olmayanların bu yayına erişimini önlemek için alınan tedbirlerin zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık gelebileceğini kabul etmektedir. Mahkeme bununla birlikte, verilen cezaların niteliği ve ağırlığının da müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesi söz konusu olduğunda dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu hatırlatmaktadır. Mahkeme, mevcut davada, toplumun bir kısmının bilhassa reşit olmayanların duyarlılığını koruma gerekliliği genel ahlakın korunması bakımından kabul edilebilir olsa da, toplumun tamamının derginin ihtilaf konusu sayısına erişiminin engellenmesinin haklı gösterilmediği kanısına varmaktadır. Mahkeme bu bağlamda, yerel makamların, bilgi sahibi olmayan bir toplumun söz konusu dergiye erişimini engellemek amacıyla sayının bütün nüshalarının toplatılmasına nazaran daha hafif nitelikte önleyici bir tedbiri uygulamaya çalışmadıklarını vurgulamaktadır. Bu türden bir tedbirin, örnek olarak, abonelere yönelik nüshaların toplatılması şeklinde değil, 18 yaşın altında olanlara satış yasağı veya 18 yaşın altında olan kişilere yönelik bir uyarı içeren özel bir ambalaj içinde dergiyi satma yükümlülüğü, hatta bir şekilde, bu yayının büfelerden geri çekilmesi biçiminde uygulanması mümkündür. 28 Şubat 2007 tarihli Ankara Asliye Ceza Mahkemesi kararının düşündüğü üzere, el konulan sayının 18 yaşından küçük olanlara yönelik bir uyarıyla birlikte yayımlanmasının, derginin yazı işleri müdürü hakkında yürütülen ceza davasının sonunda el konulan nüshaların iade edilmesinden sonra, yani 29 Şubat 2012 tarihli Yargıtay kararının ardından mümkün olduğu varsayılrsa bile, Mahkeme, derginin nüshalarına el konulmasının ve derginin yayımlanmasında meydana gelen beş yıl yedi aylık gecikmenin izlenen amaçla orantılı olarak değerlendirilemeyeceği kanısına varmaktadır. Yukarıda belirtilenleri göz önünde bulundurarak Mahkeme, Kaos GL dergisinin 28. sayısının bütün nüshalarının toplatılmasının, başvuranın ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik orantısız bir müdahale olarak değerlendirildiği ve Sözleşme’nin 10. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli görülmediği kanaatine varmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir” Kaos GL v. Turkey, Appl. No. 2007/4982, 22.11.2016, <https://hudoc.echr.coe.int>, Erişim tarihi: 01.02.2020).

²⁷ Özcan Uçkan, “Neşir Vasıtalarıyla veyahut Sözle veya Diğer Şeylerle Toplum Ahlakına Tecavüz Cürümlerinde Müstehcenlik Kavramı”, Eskişehir, *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C. XVIII, S. 1 (1982), s. 319.

²⁸ Meydan Larousse, *Büyük Lügat ve Ansiklopedisi*, İstanbul: Sabah Yayınları, C.14, 1992, s. 326.

rağmen bugün dahi kati ve genel bir kritere sahip olamamıştır²⁹. Müstehcen etimolojik olarak ahlaki yargı ve kınama içeren bir sözcüktür³⁰.

Müstehcen, Arapça'dan Türkçe'ye geçmiş olup sözlük anlamı ile açık saçık, edebe aykırı, yakışsız anlamına gelir³¹. Müstehcen Arapça lisanında yer alan “Hücnat” kelimesinden türemiştir. “Hücnat” kelimesi sözlüklerde; “Soysuzluk, karışıklık, bayağılık, aşağılık, kötü davranış” olarak tarif edilmektedir. Bu tarife bağlı olarak aynı sözlüklerde “müstehcen” kelimesi; “ayıp, terbiyesizce, iğrenç, açık saçık, edepsizcesine, edebe aykırı, yakışsız” olarak açıklanmaktadır³². Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2014/14-603 E., 2015/66 K. sayılı kararında da açıkça belirtildiği üzere adaba aykırılık cinsel adaba aykırılıktır. 7 Ocak 1958'de Paris Mahkemesi sadece sadist hislere ve şiddet zevkine yönelmiş olan, ancak cinsellik içermeyen sahnelerde müstehcenlik bulunmadığına karar vermiştir³³.

Müstehcenliğin açıklandığı ifadelere bakıldığında ahlaka aykırılığın cinsellik ile ele alındığı görülecektir. Müstehcen kavramı, yerleşik edep anlayışının dışında, baştan çıkartan, kişilerin ahlaki kabullerini zorlayan, rahatsız ve rencide eden cinsel içerikler için kullanılmaktadır³⁴. Bu nedenle ahlaka aykırı olmakla birlikte cinsellikle ilgili olmayan hareketler müstehcenlik kapsamına girmez³⁵. Bu nedenle kasten öldürme, hırsızlık, iftira atmak gibi ahlaka aykırı birçok suç müstehcen değildir. Ancak cinsellik içeren tüm şeylerin müstehcen olduğunu düşünen, ahlaki geniş yorumlayan görüşler de bulunmaktadır³⁶.

Cinsellik bilime göre içgüdüdür. İçgüdü ise insanda kökleşen çok eski bir alışkanlık olup cinselliğin başlangıç zamanının olmadığı, hayatın başladığı zaman

²⁹ Süheyl Donay, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 2 (1968), s. 130.

³⁰ Alper Ozan Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2008, s. 3.

³¹ Türk Dil Kurumu, *Okul Sözlüğü*, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2. Baskı, 2000, s. 689.

³² Aktaran CGK., 24.03.2015, E. 2014/14-603, K. 2015/66 (Sinergi Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 07.03.2020).

³³ Aktaran Donay, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, s. 139.

³⁴ Deniz Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, 1. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020, s. 282, 283.

³⁵ Öztekin Tosun, “Soruşturma”, İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 44.

³⁶ Öktem, Türkbağ, a.g.e., s. 60.

cinselliğin de başladığı ifade edilir³⁷. Müstehcenlik ise cinselliğe göre daha yeni bir kavramdır ve yer, mekan ve zamana göre değişkenlik gösterdiğinden sınırları belirlenememektedir. Bu nedenle terimsel olarak çirkin, soysuz, bayağı, ayıp, edepsiz olanın müstehcen olduğu söylene de, tam olarak neyin müstehcen olduğu açıklanamadığı için genellikle neyin müstehcen sayılabileceği bulunmaya çalışılır³⁸.

Türk ceza hukukunda 765 sayılı TCK'da müstehcenlik suçu m. 426'da düzenlenmişti. Bu hüküm 3266 sayılı Kanun ile değiştirildiğinde müstehcenliğin tarifi şöyle yapılmıştı: “halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı davranışlardır”. Bu tanım 5237 sayılı TCK ile kaldırılmış ve kanunda müstehcenliğin tanımı yapılmamıştır. Ancak bu husus, kanunun bir eksikliğinden ziyade kanun koyucunun benimsediği görüşün bir sonucudur.

Müstehcenliğin belirlenmesi konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur³⁹. Özbek'e göre, müstehcenlik yasalarda tarif edilmelidir; aksi halde kavramın mahiyeti ve kanuni unsurları kanun koyucu tarafından tayin ve tespit edilmediğinden hakimler kendi şahsi görüşlerine göre karar verirler ve çelişkili kararlar ortaya çıkar. Bu nedenle müstehcenlik kavramındaki bu belirsizlik giderilmeli, müstehcenlikten ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır⁴⁰. Uçkan'a göre ise, tarif bir konuyu dar kalıplar içinde bırakır. Bu sebeple bir tanımın yapılmaması gerekir. Zira müstehcenlik yer, zaman ve mekana göre sürekli değişen bir olgudur. Müstehcenliğin tarif edilmesi halinde, değişen hayat şartları ve ahlak anlayışına göre uygulamada karışıklıklar meydana gelir⁴¹. Donay'a göre de, müstehcenlik tarifinin verilmesi müstehcenliğin değişken yapısına ters olduğundan gerekli değildir; aksi durumda türlü zorluklara sebebiyet verilecektir⁴².

³⁷ David Herbert Richards Lawrence, *Pornografi ve Müstehcenlik*, çev. Burcu Sipahi, İstanbul: Fabula Kitap, 2015, s. 21.

³⁸ Türker Ertaş, “İfade Özgürlüğü ve Müstehcenlik: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına ve Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Müstehcenlik Suçuna İlişkin Bazı Gözlem ve Değerlendirmeler”, Ankara, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 18 (2012), s. 195.

³⁹ Uçkan, a.g.m., s. 325.

⁴⁰ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 199.

⁴¹ Uçkan, a.g.m., s. 326.

⁴² Donay, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, s. 137.

Gerçekler müstehcenliğin; “karışıklık, bayağılık, aşağılık kötü davranış” anlamlarına geldiğini belirtmiştir⁴³. Erem ve Toroslu’ya göre ise müstehcenlik; “müşterek hicap duygularının esas alınarak genelin ar ve haya duygularının rencide edilmesi” anlamına gelir⁴⁴. Özbek’e göre, müstehcenlik; “şehvet hissini tahrik, ar ve haya duygusunu rencide eden şeydir”. Bu durumda Özbek’e göre, çıplaklık ve cinsel ilişkiyi gösteren her ürün salt olarak müstehcenlik olarak kabul edilemez. Zira estetik değeri olan çıplaklık genital bölgeleri kapsayan bir görüntü olsa bile, müstehcen olamaz⁴⁵. Görsev’e göre, müstehcenlik yalnızca çıplaklık ve cinsellik değildir. Müstehcenlik, bireyleri, kişisel ilişkilerinden soyutlayarak tek bir boyuta indirir. Bireyleri, cinsel fonksiyondan ibaret biçimde, yalnızca cinselliğe seslenerek tasvir eder⁴⁶. Donay’a göre, insan vücudunun çıplaklık içeren şekilde görünmesi halinde salt müstehcenliğin varlığı kabul edilmez; eğer çıplaklıkla birlikte bir cinsel ilişki de görülmekte ise veya çıplaklığın doğal görüntüsü ahlaka aykırılık yaratmaktaysa o zaman müstehcenlik var denilebilir⁴⁷. Donay’a göre, müstehcenliğin tanımı yapılmamış olsa da, müstehcenlik, cinsellikle ilgili ve okuyucu veya seyircinin cinsel duygularını körükleyen her türlü yazı veya resim olarak algılanmalıdır⁴⁸. Görüleceği üzere Donay’ın tanımında, müstehcenlik cinsellik ile ilgilidir⁴⁹. Ancak cinsellikle birlikte bu cinselliğe konu olan içeriğin, ar ve haya duygusunu rencide eder nitelikte olması gerekir. Bu nitelik ise, ortalama bir kişi esas alınarak belirlenebilir. Failin amacı müstehcenlik olsa bile, bu vasat kişiler tarafından gülünç olarak algılanmışsa artık müstehcenlikten söz edilemez. Zaten müstehcenliğin belirlenmesinde politik ve dini düşüncelerden uzaklaşılarak toplumun genelinde geçerli olan kriter ile değerlendirme yapılmalıdır⁵⁰.

Uysal’a göre, “görülmesinde, duyulmasında, okunmasında insanın güzellik, yücelik ve ahlaki duygularını körelten, buna karşılık nefsanî arzularını tahrik edici rol

⁴³ Hasan Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, C.4, 2014, s. 4569.

⁴⁴ Faruk Erem, Nevzat Toroslu, *Ceza Özel Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 385.

⁴⁵ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 18.

⁴⁶ Doğan Görsev, “Hümanizma Açısından Müstehcen ve Sanat”, İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 66.

⁴⁷ Donay, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, s. 140.

⁴⁸ Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2007, s. 327.

⁴⁹ Donay, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, s. 144, 145.

⁵⁰ İsmet Kemal Karadayı, “Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar”, Ankara, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 31, S. 5 (1974), s. 890.

oyनayan herhangi bir söz, şarkı, yazı, resim, film yahut oyun müstehcenlik sınırları içinde düşünölmelidir”⁵¹.

Uçkan’a göre ise, müstehcenliğin belirlenmesinde beş kıstas vardır. Öncelikle eserin veya hareketin bir bütün olarak değeriendirilmesi gerekir. Burada failin kastına bakılmalıdır. Eserin veya hareketin müstehcen olup olmamasında failin bu eser veya hareketi hangi amaç ile meydana getirdiğı önemlidir. Üçüncü olarak, eserin muhtevası belirlenmelidir. Bir eserin müstehcen olabilmesi için bu eserin sanat veya bilim eseri olmaması gerekmektedir. Dördüncü olarak eserin meydana getirdiğı tesire dikkat edilmelidir. Müstehcenliğin kıstasında son olarak ise, müstehcenliğin muhtevası dikkate alınmalıdır⁵². Gerçekten de müstehcenlikte eserin kazanç amacıyla cinsel arzu uyandırmaya yönelik olması gerekir⁵³. Zaten müstehcenliğin suç olarak kabul edilmesindeki amaç eserlerin kişiler üzerinde meydana getirecekleri tesirler ve toplum bakımından meydana gelebilecek zararlı sonuçlarının olmasıdır. Bu sebeple eserin kişilerin ar ve haya hislerini rencide edip etmediğıne de bakılması gerekir⁵⁴.

Önder’e göre bu konuda iki kıstas vardır; ilk kriter sübjektif kıstastır. Buna göre, eseri meydana getiren, yazıyı yazan, görüntüyü veya sesi oluşturan kişinin, niyeti esas alınmalıdır. Burada içeriğı meydana getiren kişinin amacı esere, yazıya, görüntüye veya sese maruz kalacak kişilerin cinsel duygularını harekete geçirmeye yönelik ise, içeriğın müstehcen olduğı kabul edilir. İkinci kriter objektif kıstastır. Objektif kıstasta, içerik bir bütün olarak ele alınır. Bir bütün olarak eser, yazı, görüntü veya ses, ortalama bir kişinin, ar ve haya duygusunu rencide ediyor ise, müstehcen olduğı sonucuna varılmaktadır. Bu kıstasta ifade edilen ortalama kişiden kasıt, duyguları incinecek olan kişinin ne tutucu ne de geniş birisi olmasıdır. Bu kişi toplumda yaşayan normal, vasat bir kişidir⁵⁵.

⁵¹ Ömer Faruk Uysal, *Müstehcenlik*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1988, s. 1.

⁵² Uçkan, a.g.m., s. 329-331.

⁵³ Feyyaz Gölcüklü, *Haberleşme Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 113.

⁵⁴ Uçkan, a.g.m., s. 332.

⁵⁵ Ayhan Önder, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1991, s. 390 vd.

Gürelli'ye göre, genel olarak kabul edilen husus, müstehcenlik kavramının sabit bir muhtevaya sahip olamayacağı, kavramın zaman ve mekana göre değişeceğidir. Ancak müstehcenlik kavramının bu belirsizliğine rağmen toplumun belirli bir anda sahip olduğu ahlaki değer yargılarını, cinsi konu ve çeşitli yollarla incitme niteliğine sahip olan eserler müstehcen sayılmalıdır. *Gürelli*'nin, *Manzini*'den aktardığına göre müstehcenlik mutlak müstehcen ve nispi müstehcen olmak üzere ikiye ayrılır. Mutlak müstehcen, niteliği gereği zaten müstehcendir. Ancak nispi müstehcen, belli durum ve koşullar içinde değerlendirildiği zaman müstehcen olarak kabul edilen hareket ve materyallerdir⁵⁶.

Parlar'a göre ise, müstehcenlik belirlenirken önemli olan hicaptır. Hareketin, müstehcen olarak kabul edilmesi için sübjektif kriter esas alınmalıdır. Sübjektif kriterde müstehcenlik belirlenirken hareketin işlendiği zaman, sosyal ve kültürel şartlar, birlikte yaşayan insanlar arasındaki ortak edep duygusu dikkate alınmalıdır⁵⁷.

Hafizoğulları ve *Özen* müstehcenliğin tanımını vermemekte, ancak müstehcenliğin toplumun sahip olduğu edep, ar ve haya duygularına aykırı bulunduğunu söylemektedirler⁵⁸.

Müstehcenliğin ne olduğuna dair birçok görüş mevcut olduğu gibi bir ürünün özellikle eserin, hangi hallerde müstehcen sayılıp hangi hallerde müstehcen sayılmayacağına dair birçok değerlendirme mevcuttur.

Dönmezer'e göre eserin müstehcen sayılabilmesi için, “*eserin bütünü şehvet ve safahat eğilimlerini tahrik edecek, ar, haya ve adabı rencide edecek nitelikte olmalıdır*”⁵⁹. Eserin bütünü müstehcen ise veya eserin müstehcenliği ağır basıyorsa, eser müstehcen kabul edilmelidir⁶⁰. *Gürelli*'ye göre ise, bir eserin müstehcen sayılabilmesi için, “*eserin yayılması ile meydana gelecek etkilerin, aile kurumu için*

⁵⁶ Nevzat Gürelli, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, *İHFM*, C. 32, S. 2-4 (1967), s. 577.

⁵⁷ Ali Parlar, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, C.2, 2015, s. 2478.

⁵⁸ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Us-A Yayıncılık, 2016, s. 328.

⁵⁹ Sulhi Dönmezer, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s. 205.

⁶⁰ Gülden Atilla Öztürk, *Türk Ceza Kanunu'nda Müstehcenlik Suçu*, (Doktora Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 146.

zararlı neticeler doğuracak nitelikte olması gerekir”⁶¹. Bu hususta aile kurumunun korunması önemlidir. Kişiler, İHAS m. 8’de korunan bir hak olan, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiplerdir. Özel ve aile yaşamına, ahlakın da içinde bulunduğu belli haller dışında, kamusal bir makam tarafından müdahale edilemez. Devleti kuran toplumun temel yapısı ve toplumun örgütlenmeye başladığı ilk alan aile kurumudur. Bu sebeple devlet aile kurumunun korunması ile yükümlüdür. Bu yükümlülükler pozitif ve negatif yükümlülüklerdir. Negatif yükümlülükler birincil yükümlülük olup devletin kişilerin özel yaşamına, aile yaşamına, konutlarına ve haberleşmelerine keyfi olarak müdahalede bulunmamasıdır. Pozitif yükümlülük ise önlem alma ve sonuç yükümlülüğü olarak ikiye ayrılır ve İHAS m. 8 açısından devletin bu haklara karşı bir ihlali engelleme yükümlülüğü bulunmaktadır⁶².

AY m. 20’de devlete aile yaşamına saygı hakkı açısından pozitif yükümlülük yüklenmiştir. AY m. 41’de ise ailenin toplumun temeli olduğu kabul edilmiş ve devletin ailenin huzurunu sağlaması için gerekli tedbirleri alabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca AY m. 41’de devlete çocuğun istismara veya şiddete uğramaması için koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü yüklenmiştir.

Görüldüğü üzere müstehcenlik kavramına ilişkin net tanım olmadığı gibi müstehcenlik kavramı göreceli bir kavramdır. Bu kavram kişilere, ülkelere, hatta zamana göre değişiklik göstermektedir. Toplumdan topluma değişmesinin örneği olarak Eski Yahudi toplumu ve Müslümanlıkta kadının saçının açık olmasının müstehcen olarak kabul edilmesi⁶³ ile Antik Yunan yarışlarında yarışmaya katılan erkeklerin çıplak olması, çıplaklığın beden ve aklın aktifliği olarak kabul edilmesi⁶⁴ gösterilebilir.

20. yüzyılda ise *Lawrence* çıplaklığın tamamen görsel vücut gösterisine döndüğünü, bu çıplaklığın 50 yıl önce olsa kadınları ve erkekleri etkileyeceğini ancak

⁶¹ Gürelli, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, s. 582.

⁶² Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019, s. 6, 7.

⁶³ Asife Ünal, *Türkiye’de Örtünme Anlayışı Üzerine Bir Araştırma (Dinler Tarihi Açısından Bir Yaklaşım)*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 81.

⁶⁴ Hans Peter Duerr, *Çıplaklık ve Utanç Uygarlaşma Sürecinin Miti*, çev. Tarhan Onur, Ankara: Dost Yayınları, 1999, s. 17.

şimdi etkilemediğini, insanların fiziksel temastan uzaklaştıkça vücutlarını daha çok sergilediğini ifade etmiştir⁶⁵.

Müstehcenlik, mekana ve yere göre de değişmektedir. Örneğin kadının çıplaklığını konu alan bir tablo sanat galerisinde sanat eseri olarak kabul edilmekte iken, aynı sanat eserinin erkek dergisinde basılması müstehcen kabul edilebilir. Bu halde müstehcenlik algısının ürünün kendisinden bağımsız ve görelî olduğu açıkça görülür⁶⁶. Yine kanuni düzenlemeler gereği, sanat galerisinde sanat eseri olarak kabul edilen bir eser umuma açık bir yerde yetişkinler veya çocuklar için müstehcen nitelikte kabul edilebilir.

Müstehcenlik zamandan zamana göre de değişmektedir. Örneğin ülkemizde Hüseyin Rahmi Gürpınar, Pınar Kür, Duygu Asena, Can Yücel, Melih Cevdet Anday, Rıfat Ilgaz gibi yazarların eserleri müstehcen bulunmuş ve toplatılmıştır. Hatta 1901 yılında Hüseyin Rahmi Gürpınar'ın yazı yazması dahi yasaklanmıştır⁶⁷. Günümüzde ise bu yazarların eserleri temel eserlerden sayılmaktadır. Büyük saygınlığı olan Mevlana'nın Mesnevi'sinde inceleme yapan bazı akademisyenler bile bazı metinlerindeki hikaye ve anlatımların müstehcen olduğunu belirtmişlerdir⁶⁸.

Müstehcenlik kavramı sanayileşmiş toplumlarda ve geri kalmış toplumlarda farklı anlamlara gelebilmektedir. Şöyle ki, tropikal iklimlerdeki ilkel kabilelerde yalnızca cinsel organların kapalı olması yeterlidir. Cinsel organların kapalı olması halinde çıplaklık, müstehcen sayılmaz. *Altıntaş*'a göre, cahil değilseniz sizin için hiçbir şey müstehcen değildir⁶⁹. *Soyaslan*'a göre; müstehcenlik, kadın erkek ilişkilerinin yoğun olduğu toplamlarda daha dar, kadın erkek ilişkilerinin mesafeli olduğu toplumlarda daha geniş anlaşılmaktadır. Müstehcenlik kültürel bir olaydır ve toplumlar

⁶⁵ Lawrence, a.g.e., s. 89.

⁶⁶ Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, s. 11.

⁶⁷ Ali Serdar, *Hüseyin Rahmi Gürpınar'ın Romanlarında Ahlak Sorunsalı*, (Doktora Tezi), Ankara: Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 2.

⁶⁸ Tuna Tunagöz, *Mevlana'nın Bazı Kelami Konulardaki Görüşleri ve Bunların Değerlendirilmesi*, (Yüksek Lisans Tezi), Adana: Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s. 22.

⁶⁹ Günel Altıntaş, "Değirmeler", İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 85.

arasındaki müstehcenlik kavramının farklı olmasının nedeni, tarım toplumundan endüstri toplumuna geçiş yapıp, yapamama hali ile ilişkilidir⁷⁰.

Müstehcenlik kavramının bu kadar göreceli olması, bir tanımının yapılamaması ve ahlak gibi soyut bir kavrama atıf yapılarak izah edilmeye çalışılması suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından sorunlara sebep olmaktadır.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine göre, fail ancak yasada suç olarak sayılan hareketlerden dolayı bir yaptırıma tabi tutulabilir. Bu yaptırım da ancak yasada gösterilen ceza veya güvenlik tedbiri olabilir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi keyfi uygulamaları önleyerek bireyin özgürlüklerini korumaktadır; zira kanunun açıkça yasaklamadığı her hareket meşrudur⁷¹. Burada bahsi geçen “kanun” ifadesi önemlidir. Kanun, lafzı ile kastedilen biçimsel anlamda, yasama organı tarafından usulüne uygun olarak yürürlüğe giren kanundur. TCK m. 2 gereği idare tarafından, düzenleyici işlem ile suç ve ceza konulamaz. Bu sebeple biçimsel bir kanunun varlığı şarttır.

TCK m. 2’de “açıkça” sözcüğü kullanılmıştır. Bu ifade şu açıdan önemlidir; açıkça sözcüğü, belirlilik ilkesine ve kıyas yasağına işaret etmektedir. Belirlilik ilkesi gereği suç tanımları açık olmalıdır. Bu açıklık, bireylerin hangi hareketlerin suç oluşturup oluşturmayacağını bilmesi açısından gereklidir⁷². Aksi halde belirsiz kanun, devlet müdahalesinin sınırını oluşturamadığı için bireyler keyfi davranışlara maruz kalabilir⁷³. Ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin de belirttiği üzere; “*Kamu gücüne, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama yetkisi tanıyan yasal düzenlemelerin bu yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usulleri yeterli bir açıklıkta tanımlaması da gerekmektedir*”⁷⁴.

Müstehcenlik ve ahlak kavramlarının belirsizliği kanunilik ilkesi açısından büyük sorunlar yaratmaktadır. Ayrıca aşağıda açıklanacağı üzere hukuk sisteminde polise, ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak, utanç verici ve toplum düzeni

⁷⁰ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Basımevi, 2014, s. 561.

⁷¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi, 2015, s. 97.

⁷² a.g.e., s. 101.

⁷³ Zeynel T. Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Ankara, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 17 (2011), s. 72.

⁷⁴ AYM, T: 15.11.2017, E. 2015/76, K. 2017/153 (RG. 07.02.2018, sy: 30325).

bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlara müdahale hakkı verilmiştir. Ancak bu husus, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı durumlar yaratmaktadır. Zira bu düzenlemeler soyut kavramlar içermekte olup yoruma açıktır. Düzenleme geniş yorumlandığında kıyasa yol açabileceği gibi açık, beyaz kanun denilen ve suç yaratılmasına olanak sağlayan bir düzenleme haline gelebilir. Müstehcenliğin tanımı yapılmadığı için, düzenlemenin kanunilik veya belirlilik ilkesine aykırılığundan söz edilebilir. Bu halde kişiler, müstehcen olup olmadığını bilmediği veyahut kendileri için müstehcen olmayan ürün sebebiyle ceza alma tehlikesi içindedir.

1.1.3. Pornografi

Müstehcenlik kavramı gibi pornografi kavramı da mekan, yer ve zaman göre değişebilecek bir kavramdır. Hatta *Lawrence*'nin de ifade ettiği üzere genellikle kişiden kişiye göre değişir. Birine göre pornografi olan şey diğere göre dahice bir kahkaha olabilir. Ayrıca insanlar değişken yaratıklar olduğundan sözcükler de sürekli anlam değiştirirler. Örneğin pornografi sözcüğü fahişelere özgü, fahişenin resmi anlamında kullanılmaktaydı⁷⁵. Günümüzde ise pornografi kavramı, müstehcenliği içine alan geniş bir kavramdır. Pornografik olan şey aynı zamanda müstehcendir ve bir ürünün müstehcen olarak nitelendirilmesi için, “*cinselliği insani olmaktan çıkarıp vahşileştirmesi, cinsel isteği mutlaklaştırması, insanı psikolojik, dürtü, tepki oluşumuna indirgemesi, insanı açık cinsel obje haline getirmesi, biçimsel olarak ağır, abartılı, kışkırtılı, estetik kaygıdan uzak, kaba cinselliği ön plana çıkartıyor olması gerekir*”⁷⁶.

Cinsellik, cinsel özelliklerin tümü olarak tanımlanmıştır⁷⁷. Cinsel ilişki ise, “*normal olarak bir erkek ve kadının tenasül organlarını kullanarak çiftleşmeleri; cinsel münasebet olarak tanımlanmaktadır*”⁷⁸.

Lawrence, pornografiyi cinselliğe ve insan ruhuna yaptığı aşağılamalardan tanıyabileceğimizi, pornografinin cinselliği aşağılama girişimi olduğunu ifade etmiştir⁷⁹. Müstehcenlik kavramı pornografiyi de içine alan bir kavram olduğundan bu çalışmada

⁷⁵ *Lawrence*, a.g.e., s. 93, 94.

⁷⁶ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 20, 21.

⁷⁷ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 202.

⁷⁸ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2002, s. 204.

⁷⁹ *Lawrence*, a.g.e., s. 102, 103.

pornografi kavramına da yer verilmiştir. Pornografi kavramı Antik Yunan ve Roma’da farklı anlamlarda kullanılmış, bugünkü anlamını ise 19. yüzyılda kazanmıştır. Antik Yunan’da pornografi ünlü yazılar yazmak gibi bir anlamda kullanılmakta olup *Gezgin*’in aktardığına göre Antik Yunan’da oğlancılık denilen bir uygulama bulunmaktadır. Bu uygulamada, yetişkin olan “erastes” ile oğlan çocuğu olan “eromenos” birleşir. Bu birleşme ile erişkin erkeğin spermi, oğlan çocuğuna geçer. Böylece oğlan çocuğuna erkeklik aktarılır. Bu uygulama kutsaldır ve yüce amaçları vardır. Zira bu uygulama ile çocuk, o ana kadar birlikte yaşadığı kadınların arasından ayrılır ve yetişkin erkeğin kollarına verilmiş olur. Böylece oğlan çocuk, edilgin ortamdan kurtarılarak iyi bir baba, iyi bir vatandaş haline getirilir. Antik Yunan’da ancak bu uygulama ile yetişen oğlan çocuğunun iyi bir vatandaş, savaşçı, avcı olabileceği kabul edilir⁸⁰. Oysa günümüzde birçok din anlayışında özellikle Yahudilik, Hristiyanlık ve Müslümanlık dinlerinde oğlancılık anlamına gelen fiili livata büyük günah olarak kabul edilmiştir. Hukuk sistemlerinde de bu hususlar suç olarak tanımlanmıştır.

Antik Yunan eserlerine bakıldığında, özellikle heykelticilik sanatında erkek çıplak, kadın giyinik şekildedir. Bu husus erkeğin üstünlüğünü simgelemek içindir⁸¹. Antik Yunan’da olimpiyat oyunlarına yalnız erkekler katılabilir; ancak erkeklerin çıplak olması şarttır ve bu zorunluluğun sebebi ise kadınların kılık değiştirerek oyunlara katılmalarını engellemektir⁸². Burada görüldüğü üzere günümüzde kabul edilmeyecek, müstehcen veya pornografik, ensest ilişki sayılacak bu görüntüler Antik Yunan’da doğal olarak kabul edilerek, topluma kabul şartlarından sayılmıştır.

Günümüzde ise pornografi, müstehcen olarak kabul edilmiştir. Müstehcenlik “duyular açısından tiksindirici veya nefret uyandırıcı ya da pis, açık-seçik, ayıp, iğrendirici veya hoş olmayan” şeklinde ele alınabilir. Bu halde müstehcenlik kavramı pornografiden farklı bir anlam taşır; pornografi sadece erotik, seksi tasvirler için

⁸⁰ İsmail Gezgin, *Antik Yunan ve Roma Sanatında Cinsellik ve Erotizm*, 1. Baskı, İstanbul: Alfa Yayınları, 2010, s. 222.

⁸¹ Duygu Kocabaş Atılgan, “Antik Yunan’da Toplumsal Cinsiyet Rollerinin Temsili”, İzmir, *Yedi Sanat Tasarım ve Bilim Dergisi*, S. 10 (2013), s. 22.

⁸² a.g.m., s. 16.

kullanılır⁸³. Her ne kadar pornografi kavramı müstehcenlik kavramından farklı olsa da, birçok ülke tarafından pornografi ve müstehcenlik kelimeleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır⁸⁴. Hatta hukuk sistemimizde müstehcen ve pornografi arasında bir ayırım yapılmamış, düzenlemelerin pornografik ya da müstehcen ürünlere ilişkin olduğu, müstehcenin Arapça, pornografinin ise Avrupa lisanında olduğu belirtilmiştir⁸⁵.

Pornografinin birey üzerindeki etkileri her zaman zararlı olup kendini istismar etmeyle ilgili davranışlar içerir⁸⁶. Pornografi terimi müstehcenlik kavramı gibi değildir, ahlaki bir yargı içermemektedir. Zaten hukuk sistemimizde satış şartlarının hukuka uygun olması halinde pornografi yasaklanmamış ve pornografi başlı başına hukuka aykırı bir unsur olarak nitelendirilmemiştir. Ancak çocuk pornografisi her şartta hukuka aykırı kabul edilmiştir.

Çocuk pornografisi kavramının tanımı Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokol m. 2’de yapılmıştır. Bu tanıma 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 gösterilmesidir*”. Bu tanımda çocuğun gerçek veya taklit suretiyle gösterilmesi ifade edildiğinden ürünün konusunun, gerçek çocuk olması şart değildir. Pornografik bir ürünün bu özelliklere sahip olması halinde ürün, çocuk pornografisi olarak kabul edilir.

1.2. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Devletlerin ulusal mevzuatlarındaki müstehcenlik hükümlerinin etkilendiği birçok uluslararası düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemelerin başında 1910 Paris Konferansı ile 1923 Cenevre Konferansları sonunda imzalanan anlaşmalar gelmektedir.

Müstehcen neşriyat tedavülünün zecren men’ine dair 4 Mayıs 1910 tarihinde Paris’te imzalanan andlaşma, 4 Mayıs 1949 tarihinde New York Lake Success’te

⁸³ Kasım Karagöz, *İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 27.

⁸⁴ a.g.e., s. 27.

⁸⁵ Niyazi Güney, Kenan Özdemir, Yusuf Solmaz Balo, *Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu*, 1. Baskı, Ankara: Adil Yayınevi, 2004, s. 665.

⁸⁶ Lawrence, a.g.e., s. 108.

imzalanan bir protokol ile değiştirilmiştir. Bu protokol ve ekleri “Müstehcen neşriyat tedavülünün zecren menine dair imzalanmış olan Anlaşmayı Değiştiren Protokol ve Ekinin Onanmasına dair Kanun” adıyla resmi gazetede yayınlanmıştır⁸⁷.

Ülkemizin de taraf olduğu bu protokol ile taraf devletler resim, tasvir, fotoğraf, sinema filmi gibi formatlardaki genel adaba aykırı materyalleri teşhir etmek, üretmek ya da bulundurmak, dolaşıma sokmak konularının suç olarak düzenlenmesi üzerinde anlaşmışlardır.

İHAS m. 9’da düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, m. 10’da herkesin haber, bilgi, enformasyon ve düşünceleri alma bunları iletip yayma hakkı, m. 11’de toplanma ve örgütlenme özgürlüğü düzenlenmiş ve bu haklar güvence altına alınmıştır. Özellikle ifade özgürlüğü en temel ve önemli haklardandır. Hatta Anayasa Mahkemesi’nin 2014 tarihli kararındaki karşı oy yazısında bu hakkın önemine şöyle dikkat çekilmiştir: *“İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, barışçıl olmak koşuluyla her türlü düşüncenin serbestçe ifade edilmesine bağlıdır. Bireyler, düşüncelerini serbestçe ifade edebildikleri ve tartışabildikleri bir ortamda kişiliklerini gerçekleştirebilirler. İfade özgürlüğü, insanların kendilerini ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve başkalarıyla ilişkilerini belirlemede ihtiyaç duydukları önemli bir değerdir. İfade özgürlüğünün sözü edilen toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için, İHAM tarafından ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü haber ve düşüncelerin değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın demokratik toplumdan bahsedilemez”⁸⁸*. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğü

⁸⁷ 5571 sayılı Müstehcen Neşriyat Tedavülünün Zecren Menine Dair İmzalanmış olan Anlaşmayı Değiştiren Protokol ve Ekinin Onanmasına Dair Kanun (RG. 04.03.1950, sy: 7448).

⁸⁸ AYM, T: 10.12.2014, B. No. 2014/18803 (RG. 21.02.2015, sy: 29274).

sadece gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri ile devlet arasında değil, özel hukuk gerçek kişilerinin veya tüzel kişilerinin arasında da geçerlidir. Devlet, kişiler arasındaki bu ilişkilerde ifade özgürlüğüne aykırı bir davranış hasıl olduğunda bunu engellemeli ve ifade özgürlüğünü korumalıdır⁸⁹. Bununla birlikte İHAM tarafından bu hakların sınırsız olmadığı belirtilmiştir. Kamusal makamlar, ifade özgürlüğünün kullanılmasına belli hallerde müdahale edebilir. Bu haller özgürlüğün kısıtlanmasında radyo ve televizyon yayıncılığının, sinema işletmeciliğinin izne bağlanmasıdır. Hakkını kullanan kişiler ödev ve sorumlulukları çerçevesinde hareket etmelidir. Devlet ise bu hakları meşru amaçlar sebebiyle sınırlayabilir. Bu meşru amaçlara ilişkin haller; ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel ahlakın korunması gibi hallerdir. İHAM ifade özgürlüğüne müdahale edildiği iddiası karşısında sınırlama veya müdahaleye yönelik mevzuat olup olmadığının, sınırlamanın meşru amacının olup olmadığının, sınırlamanın demokratik toplum için gerekli olup olmadığının, mevzuatta öngörülen cezanın izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁹⁰.

Genel ahlak ve müstehcenlik gibi kavramlar farklı toplumlarda farklı anlamlara gelebilmektedir. Bu sebeple yapılan düzenlemeler her toplumda değişkenlik gösterebilir. Meşru amaç olarak kabul edilen genel ahlakın korunması kavramının kesin sınırı olmadığından, bu kavramın her devlette farklı sınırı vardır. Zira aşağıda bahsi geçecek *Handyside* davasında görüleceği üzere davaya konu Küçük Kırmızı Ders Kitabı isimli kitap birçok ülkede yayınlanmış ve müstehcen kabul edilmemiştir. Ancak Küçük Kırmızı Ders Kitabı isimli kitap Birleşik Krallık'ta müstehcen olarak kabul edilmiştir.

Küçük Kırmızı Ders Kitabı isimli bir kitabın konu olduğu *Handyside* davasında ifade özgürlüğünün genel ahlak sebebiyle kısıtlanması konusu tartışılmıştır. Bu davada kitabın yazarları Danimarkalı *Soren Hansen* ve *Jesper Hansen*'dir. 1969'da ilk olarak Danimarka'da yayınlanan bu kitap Belçika, Finlandiya, Fransa, Federal Alman

⁸⁹ Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü*, 2. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019, s. 95; "...Mahkeme, demokrasinin işlemesinin ön şartlarından biri olarak, ifade özgürlüğünün taşıdığı önemi hatırlatmıştır. Bu özgürlüğün etkin bir şekilde kullanılması, sadece Devlet'in müdahale etmeme görevine dayanmamaktadır, bireyler arasındaki ilişkilerde bile koruma tedbirleri almayı gerektirebilmektedir" (İHAM, Özgür Gündem/Turkey, Appl. No. 23144/93, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 09.03.2020).

⁹⁰ Karan, a.g.e., s. 103, 104.

Cumhuriyeti, Yunanistan, İzlanda, İtalya, Hollanda, Norveç, İsveç, İsviçre gibi birçok ülkede yayınlanmıştır. Kitap birçok ülkede yayınlandıktan sonra Birleşik Krallık'ta yayın hakkı alınmıştır. Kitabın yayınından sonra Birleşik Krallık Mahkemesi müstehcen olduğu gerekçesiyle el koyma, hak kaybı ve imha kararı vermiştir. Bunun üzerine yayıncı *Handyside*, İHAM'a başvurmuş ve yerel mahkeme kararı ile ifade özgürlüğüne müdahale edildiğini iddia etmiştir. İHAM, İngiliz Müstehcen Yayınlar Yasası'na dayanan bu müdahalenin genel ahlakı korumaya matuf olması sebebiyle hukuka uygun ve gerekli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme tarafından, müdahalenin İHAS'ta belirtilen genel ahlakı korumak için gerekli olduğu ifade edilerek kararın İHAS m. 10'a aykırılık teşkil etmediğine karar verilmiştir⁹¹.

İHAM tarafından verilen bu kararda görüleceği üzere genel ahlak kavramı hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında meşru bir sebep olarak kabul edilmiştir. Ancak verilen bu karar 1976 tarihlidir. Müstehcenlik kavramı yer ve zamana göre farklı anlamlara gelebileceğinden söz konusu davaya konu kitap, günümüz şartlarında müstehcen sayılmayabilirdi. Zira İHAM tarafından eserin genellikle doğru ve kullanışlı bilgiler içerdiği kabul edilmiştir. Ancak İHAM, *“kitabın bazı kısımlarında, gelişme aşamasında bulunan gençlerin, zararlı ergenlik faaliyetlerine alışmaları ve hatta suç fiillerini işlemeleri için teşvik edici biçimde yorumlanabileceği belirtilmiştir. İHAM bu ifadesinde müstehcenlik ile gençlerin suça teşvik edilmesi tehlikesi arasında ilişki kurmuştur. Burada İHAM, genel ahlak ile kamu düzeni arasındaki bağlantıyı dikkate almıştır. İHAM gençlerin ahlakını korumanın 10. maddeye göre meşru bir amaç olduğunu söyleyerek kitabın Avrupa Konseyine üye olan başka ülkelerde yasaklanmamış olmasını ulusal takdir alanı, yasaklar ve cezaların seçilebilirlik özelliği ilkeleri çerçevesinde açıklamış olup yapılan müdahalenin meşru ve gerekli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu ifadesi ile sözleşmeye taraf olan devletlere kendi ülkesinin koşulları altında, kendi yaklaşımını belirleme imkanı tanımış ve her devletin demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekenler hakkında geçerli olan değişik görüşlere*

⁹¹ Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Baskı, Ankara: Pozitif Matbaa, C.2, 2013, s. 231.

sahip olabileceğini kabul ederek devletlerin genel ahlak konusunda farklı yaklaşımlar içinde olmalarını doğal saymış ve bunu sözleşmeye aykırı bulmamıştır”⁹².

Müller ve diğerleri, İsviçre kararında İHAM takdir hakkına şöyle dikkat çekmiştir; “Mahkeme söz konusu resimlerde, özellikle insanlar ve hayvanlar arasında cinsel ilişkilerin kaba bir tarzda gösterildiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca bu resimlerin serginin amacına uygun olarak sergi yerinde spontane bir şekilde yapıldığına, sergiyi düzenleyenlerin bir giriş ücreti veya yaş sınırı koymadıkları için herkesin görebilmesine açık tutulduğuna işaret etmiştir. Mahkemeye göre resimler, sınırsız olarak herkese açık ve herkesin ilgisini çekecek surette sergilenmiştir. Resimlerin orijinallerini inceleyen İHAM, İsviçre mahkemelerinin cinselliğin en kaba biçimlerine vurgu yapan bu resimlerin olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde muhalif olduğu görüşüne varmalarında makul olmayan bir durumun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. İHAM sözleşmenin 10. maddesinin 2 numaralı fıkrasının kendilerine bıraktığı takdir alanı göz önünde tutulduğunda İsviçre mahkemelerinin ahlaki korumak için başvurularda müstehcen materyal yayımladıkları gerekçesiyle para cezası verilmesini gerekli görmekte haklı olduğu kanaatine ulaşmıştır”⁹³.

Takdir alanı, ifadenin konusu, ifadenin yöneltildiği kişi ve ifadeyi söyleyen kişi gibi etkenlere bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Zira İHAM kararları incelendiğinde görülecektir ki; İHAM tarafından, devletlerin takdir alanları değerlendirildiğinde, dini ve ahlaki konularda geniş takdir alanı sunulmakta, ancak siyasi konularda takdir alanı asgariye indirilmektedir⁹⁴. Ancak İHAM’ın takdir alanını dar yorumladığı kararı da mevcuttur. Bu kararda İHAM, Avrupa edebiyatı mirasında yer aldığı gerekçe ile eserin yasaklanmasını İHAS m. 10’a aykırı bulmuştur⁹⁵.

⁹² Handyside v. United Kingdom, Appl. No. 5493/72, 07.12.1976; Aktaran Doğru, Nalbant, a.g.e., s. 231.

⁹³ Müller and Others v. Switzerland, Appl. No. 10737/84, 24.05.1988; Aktaran AYM, T: 26.10.2017, B. No. 2014/20168 (RG. 28.12.2017, sy: 30284).

⁹⁴ Karan, a.g.e., s. 105.

⁹⁵ “Somut olayda, başvuranın olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu’nun 426. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak mahkum edilmesiyle ahlakın korunmasının amaçlandığını tespit ederek, mahkeme bugün de tıpkı Müller kararını verdiği tarihte olduğu gibi Sözleşmeciler Devletlerin hukuksal ve sosyal düzenlerinde bu bağlamda tek tip bir nosyonun gereksiz yere arandığını yinelemektedir. Ahlakın gerekleri konusundaki görüşler, zamana

Müstehcenlik suçunda da taraf devletlerin yükümlülükleri daha çok çocukların korunmasına yöneliktir. Taraf devletler, çocukların pornografik nitelikte gösteri ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla her türlü önlemi almayı kabul etmiştir. Uluslararası düzeyde, çocukları koruma ve çocukların korunması için bir teşkilat kurulması fikri 1894 yılında *Jules de Jeune* tarafından ortaya atılmıştır. Çocukların korunması ile ilgili olarak 1912 yılında İsviçre’de milletlerarası bir toplantı yapılmıştır⁹⁶.

Hukukun yalnızca güçlü olanların haklarını koruma mekanizması olmaktan çıkarılarak, güçsüz ve muhtaçların da haklarının korunması, çocukların korunması düşüncesini doğurmuştur⁹⁷. *İnan*’a göre; bu koruma düşüncesinin temelinde, çocukların toplumun geleceğini oluşturan önemli bir parça olduğu düşüncesi etkili olmuştur⁹⁸.

20 Kasım 1989’da ise Birleşmiş Milletler çerçevesinde Çocuk Haklarına Dair Sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşme ülkemizde 11.12.1994 tarihinde yürürlüğe

ve yere göre değişmektedir. Devletten, ülkelerindeki kültürel, dini, medeni ya da felsefi farklı toplulukların varlığı göz önünde bulundurması talep edilmektedir. Devlet yetkilileri, ülkelerindeki yaşamsal güçlerle doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları sayesinde, bu gereklerin tam içeriğinin yanında bu gerekleri karşılamayı amaçlayan bir “sınırlama” veya “cezanın gerekliliği” hakkında görüş bildirebilmek için, genellikle uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumdadırlar. Mahkeme, mevcut davada, dünya çapında tanınmış bir yazar Guillaume Apollinaire’in eserinin söz konusu olduğunu gözlemlemektedir. Les onze mille verges başlıklı bu erotik roman, 1907 yılında Fransa’da ilk yayımlandığında çok açık saçık olduğu yargısıyla erotik içeriği nedeniyle olay yaratmıştır. Metin, daha sonra baskı ve internet üzerinde de birçok dilde yayımlanmış ve 1993 yılında “La Pléiade” koleksiyonuna dahil edilmiştir. Mahkeme, Avrupa hukuk alanında ahlakî kavramlara ilişkin nitelikleri göz önünde bulundurarak, konuyla ilgili olarak Devletlere, belli bir takdir yetkisi vermektedir. Mahkeme, mevcut davada, eserin Fransa’da ilk defa yayımlanmasından bu yana bir asırdan fazla bir süre geçmesini, çok sayıda ülkede çeşitli dillerde yayımlanmasını ve ayrıca Türkiye’de el konulmasından onlarca yıl önce “La Pléiade”a dâhil edilerek tasdik edilmesini göz ardı edemez. Mahkeme, bu takdir yetkisinin kapsamının, başka bir ifadeyle Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin kültürel, tarihi ve dini özelliklerine verilen önemin/değerin Avrupa Edebiyatı mirasında yer alan bir esere halkın belli bir dilde, mevcut durumda Türkçe olarak erişimine engel olmaya kadar gidemeyeceği kanaatine varmaktadır. Bu unsurlar, Mahkeme’nin, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan mevzuatın uygulanmasının, zorunlu sosyal bir ihtiyaca yanıt vermeyi amaçlamadığı sonucuna ulaşması için yeterlidir. Dolayısıyla, bu müdahale, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında, demokratik bir toplumda gerekli değildir. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir” (Akdaş v. Turkey, Appl. No. 41056/04, 16.02.2010, <https://hudoc.echr.coe.int>, Erişim tarihi: 10.03.2020).

⁹⁶ Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968, s. 86.

⁹⁷ Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*, 2. Baskı, Ankara: Pegem Akademi, 2012, s. 2.

⁹⁸ İnan, a.g.e., s. 9.

girmiştir⁹⁹. Bu sözleşmede çocuk statüsü bakımından kabul edilen en önemli kriterlerden biri çocuk olarak kabul edilecek kişinin, 18 yaşını doldurmamış olmasıdır. Bununla birlikte sözleşmenin 1. maddesi ve Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 9. maddesinde sözleşmeye taraf bir devletin 16 yaşından küçük olmamak suretiyle daha düşük bir yaş sınırı belirleyebileceği ifade edilmektedir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 34. hükmüne göre: *“Taraf Devletler, çocuğu her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler.*

Bu amaçla taraf devletler özellikle: a) Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girmek üzere kandırılması veya zorlanması; b) Çocukların, fuhuş ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulması sömürülmesini; c) Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini; önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar”.

Sözleşme'nin 35. maddesine göre: *“Taraf devletler, her ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhuş konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde ve ikili ve çok yanlı ilişkilerde gereken her türlü önlemleri alırlar”.*

Sözleşme'nin 36. maddesine göre: *“Taraf Devletler, esenliğine herhangi bir biçimde zarar verebilecek başka her türlü sömürüye karşı çocuğu korurlar”.*

Devletlerin ikili veya çok taraflı tedbirler alması önem arz etmektedir. Özellikle 34. maddede sayılan suç tiplerinin işlenme oranı günümüzde artmıştır. Çocuk fahişeliği, çocuk pornografisi ve buna ait materyallerin dolaşımı artık uluslararası düzeyde yapılmakta olup bu materyallerin dolaşımı dahi cinsel istismarın bir türüdür¹⁰⁰.

Bu maddelerin hayata geçirilmesine yönelik 8 Eylül 2000 tarihinde New York'ta Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol imzalanmıştır. Protokol 1., 2/c., 3/1., 3/1-c. ve

⁹⁹ 4058 sayılı Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun (RG. 11.12.1994, sy: 22138).

¹⁰⁰ Gizem Kübra Özen, *Çocuk İstismarı Bağlamında Müstehcenlik ve Fuhuş Suçlarının Değerlendirilmesi*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 39.

3/3. maddeleriyle ÷lke içinde ve ÷lke dışında, ferdi veya örg÷tl÷ bir biçimde işlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın çocuk pornografisinin üretimini, dağıtımını, yayılmasını, ithalini, ihracatını, sunumu, satışını veya kasıtlı zilyetliğini yasaklamıştır. Bu hareketlerin suç ve ceza yasalarının tam anlamıyla kapsamı içine girdiğini garanti etme ve fiillerinin vahametini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılabilir suçlar haline getirmeyi taraf devletler kabul etmişlerdir. Bu sözleşme onaylanarak 4755 sayılı Kanun¹⁰¹ ile yürürlüğe girmiştir.

Uluslararası Çocuk Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi'nin 1 ve 3/b maddeleriyle çocukların pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılması yasaklanmıştır. Bu ürünlerin tedariki veya sunumu yasaklanmış ayrıca ürünlerin ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin tedbirleri alma yükümlülüğü taraf devletlere yüklenmiştir.

Birleşmiş Milletler çerçevesinde 2000 yılında “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Ticaretinin Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol” imzalanmıştır. Bu protokol ile kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması yasaklanmıştır. Bu protokol 4804 sayılı Kanun¹⁰² ile kabul edilmiştir.

Budapeşte'de 23 Kasım 2001 tarihinde imzalanan Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nin 9. maddesinde çocuk pornografisiyle bağlantılı suçlar düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: *“Taraflardan her biri aşağıda belirtilen kasten veya haksız yere gerçekleştirdiği zaman bunların kendi iç hukukunda cezai suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir; Bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtımını yapmak amacıyla çocuk pornografisi üretmek; Bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisi sunmak veya erişilebilir hale getirmek;*

¹⁰¹ 4755 sayılı Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun (RG. 14.05.2020, sy: 24755).

¹⁰² 4804 sayılı Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (RG. 04.02.2003, sy: 25014).

Bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisinin dağıtım veya iletimini yapmak; Kendisi veya başkası için bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisi temin etmek; Bilgisayar sisteminde veya bilgisayar verileri depolama aygıtında çocuk pornografisi bulundurmak.

Yukarıda 1. paragrafta belirtilen çocuk pornografisi terimi aşağıda belirtilenleri görsel anlamda tasvir eden pornografik malzemeleri içerecektir: Reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması; Reşit olmayan şahıs görüntüsüne haiz şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması; Reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunmasını betimleyen gerçekçi görüntüler.

Yukarıda 2. paragrafta belirtilen reşit olmayan terimi 18 yaş altındaki tüm şahısları kapsar. Bununla birlikte taraflardan biri 16'dan küçük olmamak kaydıyla daha düşük bir yaş sınırı talep edebilir". Bu sözleşme ülkemizce 2010 yılında imzalanmış olup 2014 yılında 6533 sayılı Kanun¹⁰³ ile mevzuatımıza girmiştir.

1.3. ÇEŞİTLİ DEVLETLERİN HUKUKUNDA MÜSTEHCENLİK

1.3.1. ABD Hukuku

Müstehcenlik suçu ülkemizde olduğu gibi başka ülkelerde de tartışmalara konu olmuş bir suç türüdür. Karagöz'e göre, "müstehcenliğin suç olarak sayılması ve müstehcen ifadelerin yasaklanması, dini ya da ahlaki temellere dayandırılmıştır"¹⁰⁴. Müstehcenlik ifadesi zamanla değişerek ifadenin temelleri, dinsel ve siyasi sebeplerden uzaklaştırılarak, kamu ahlakı ve genel adap temellerine dayandırılmıştır¹⁰⁵. Özellikle ABD'de 18. yüzyıldan günümüze kadar müstehcenlik suçu çok tartışılmış ve müstehcenliğin tanımı yapılmaya çalışılmıştır. ABD Anayasası mahkemenin suç oluşturmamasını, mevcut suçları genişletmesini sınırlamış ve kanun koyucunun çok muğlâk ceza kanunu yapmasını yasaklamıştır¹⁰⁶. Ancak ABD'de yakın zamana kadar

¹⁰³ 6533 sayılı Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (RG. 02.05.2014, sy: 28988).

¹⁰⁴ Karagöz, a.g.e., s. 24.

¹⁰⁵ Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, s. 35.

¹⁰⁶ Roderick Munday, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", çev. Zeynel T. Kangal, İstanbul, *İÜHFM*, C. LXI, S. 1-2 (2003), s. 448, 449.

mahkemeler kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen kamuya zarar verebilecek hareketleri cezalandırma hakkını kendilerinde görüyordu¹⁰⁷.

Günümüz ABD hukukunda ifade özgürlüğünün her türlü ifadeyi koruma altına almadığı kabul edilerek müstehcenliğin, ifade ve basın özgürlüğünün sınırı olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁸. Şöyle ki; ABD Anayasası'na 1971'de eklenen "Haklar Bildirgesi" gereği "kongre ifade özgürlüğünü sınırlandıran bir kanun çıkaramaz". Bu bakımdan ABD Anayasası ifade hürriyetini mutlak bir hak olarak düzenlemiştir. Ancak Yüksek Mahkeme'de ve doktrinde ABD'de ifade hürriyetinin mutlak hak olmadığı, sınırlı olduğu kabul edilir¹⁰⁹. Müstehcen ifadeler ise ifade hürriyeti kapsamında daha az korunmaktadır¹¹⁰. İfade özgürlüğü sınırlı bir hak olup, özgürlüğü sınırlayan bir husus da toplumun genel ahlakıdır.

Richard G. Lillie'ye göre; "başka hiçbir suçu tanımlamak bir suç olarak müstehcenlik kavramını tanımlamak kadar güç olmamıştır"¹¹¹. Bu nedenle ABD hukukunda müstehcenlik suçuna dair bazı test ve kriterler getirilmiştir. *Regins v. Hicklin* davasında bir test uygulanmış, müstehcenlik tanımlanmaya çalışılmıştır. *Hicklin* testine göre; bir materyal, kişileri ahlak dışı etkilere maruz bırakıyor, tahrik ediyor veya ahlaken kişileri bozuyorsa bu materyal müstehcen kabul edilir¹¹².

İfade hürriyetini mutlak bir hak olarak düzenleyen ABD Anayasası, sanat özgürlüğü kavramına uzun bir süre yer vermemiştir¹¹³. Ancak Federal Yüksek Mahkeme, ifade hürriyetini geniş yorumlayarak sanat özgürlüğünü de bir hak olarak kabul etmiştir¹¹⁴. 1889 yılında görülen *ABD v. Clarke* davasında, *Hicklin* testinden ve *Bennett* davasından ayrı olarak müstehcenlik suçuna önemli unsurlar getirilmiştir. Suçun mevcudiyetinin sorgulamasında ana unsurların irdelenmesi gerektiği ifade

¹⁰⁷ a.g.m., s. 448.

¹⁰⁸ Gökhan Taneri, "Müstehcenlik Suçu", Kayseri, *ERÜHFD*, C. XIII, S. 1 (2018), s. 569, 570.

¹⁰⁹ Elif Karahan, "İfade Hürriyeti", İstanbul, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 93, S. 3 (2019), s. 215.

¹¹⁰ a.g.m., s. 215.

¹¹¹ Richard G. Lillie, *Obscenity Law-Politics, Morality, Free Speech and The Struggle To Define Obscenity*, Thesis of Doctorate, Case Western Reserve University, 1990, s. 2; Aktaran Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, s. 3.

¹¹² Lillie, a.g.e., s. 25,26; Aktaran Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, s. 38.

¹¹³ Polat Akgün, a.g.e., s. 178.

¹¹⁴ a.g.e., s. 179.

edilmiştir. Bu unsurlar şöyledir: “Eserin mahiyeti, korunmak istenen topluluk ya da kesim, bir bütün olarak eser ve eserin amacıdır”¹¹⁵. Burada eserin amacı ile eserin bir bütün olarak değerlendirilmesi önemlidir. Bu sayede eserin belli bir bölümü müstehcen diye eser, özellikle de klasik edebiyat eserleri, artık müstehcen sayılamamaktadır. Bu durum sanat özgürlüğü açısından olumlu bir gelişmedir. Ancak 1964 yılında Hakim *Potter Stewart* müstehcenlik için “Onu gördüğüm zaman ne olduğunu bilirim” şeklinde bir ifade kullanmıştır¹¹⁶. Bu örnekten de görüldüğü üzere ABD hukukunda da müstehcenliğin net, açık bir tanımı yapılmamıştır.

Birçok ülkede pornografik ve müstehcen ürünlere maruz kalanların anti sosyal davranışlar gösterdiği, bu ürünlere maruz kalanların daha sonra suçun faili olacağına dair koruyucu bir düşünce ile müstehcenlik suçunun düzenlendiği iddia edilmişse de, ABD’de 1967 yılında bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyon müstehcenlik olgusu ile müstehcenliğin etkilerini iki yıl boyunca incelemiştir. Hazırlanan raporda pornografinin diğer cinsel suçların işlenmesinde herhangi bir rol oynamadığı yönünde görüş bildirilmiştir¹¹⁷. Bu sebeple kişilerin müstehcen yayınlar sonucu anti sosyal davranışlar gösterdiği, kadınlara yönelik cinsel şiddet gösterdiği iddiası doğrudan pornografik olan ürünlerde bile kanıtlanamamıştır¹¹⁸.

1.3.2. İtalyan Hukuku

İtalyan Ceza Kanunu 1889 yılında liberalizm ve hümanizm etkisi ile hazırlanan, 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu’ndan sonra iktibas ettiğimiz ikinci önemli kanundur¹¹⁹. Müstehcenlik suçu ve neyin müstehcen olup olmadığı her ne kadar belirsiz ise de, ceza hukukunun temelini teşkil eden belirlilik ilkesine aykırı olan bu durum ülkemize has bir durum olmayıp İtalyan hukukunda da müstehcenlik suç olarak kabul edilmiştir.

¹¹⁵ Lillie, a.g.e, s. 31; Aktaran Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, s. 39-44.

¹¹⁶ Lillie, a.g.e, s. 109; Aktaran Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, s. 43-44.

¹¹⁷ Aktaran Dönmezer, a.g.e., s. 229.

¹¹⁸ Melih Yürüşen, “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, Ankara, *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 24 (2001), s. 27.

¹¹⁹ Durmuş Tezcan, “Cezai Konularda Türk-İtalyan İlişkileri”, Ankara, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. XXXIX, S. 1-2 (1994), s. 365.

1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın 21. maddesinde, “herkesin düşüncelerini söz, yazı ve diğer bütün yayım araçlarıyla serbestçe açıklama hakkına sahip olduğu, basının izin veya sansüre tabi tutulamayacağı” belirtilmişse de, yine aynı madde hükmü ile “genel ahlak ve adaba aykırı yayınların, tiyatro ve gösterilerin yasak olduğu ifade edilmiştir”¹²⁰. Umumi adaba aykırı neşriyat, tiyatro ve bütün sair gösterilerin yasak olduğu ve kanunun bunları önlemeye ve cezalandırmaya elverişli tedbirleri tespit edeceği, filmlerin de bazı kısıtlamalara tabi tutulacağı hüküm altına alınmıştır¹²¹.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun müstehcenlikle ilgili hükümleri 527, 528 ve 529. maddeleridir. Bu maddelerde müstehcen eylemler, müstehcen yayınlar ve gösteriler, müstehcen eylemler ve nesneler düzenlenmiştir.

Müstehcen eylemler başlıklı m. 527'ye göre; “*Müstehcen eylemleri halka açık bir yerde yürüten herkes, 5.000 ile 30.000 Euro arasında değişen parasal idari yaptırıma tabidir. Suçun genellikle reşit olmayanların uğrak yeri içinde veya yakın çevresinde işlenmesi ve bundan dolayı şahit olabilecekleri bir tehlike varsa dört aydan dört yıla kadar hapis cezası uygulanır. Eğer suç ihmal nedeniyle ortaya çıkarsa, 51 ile 309 Euro arasında değişen idari yaptırım uygulanır*”¹²².

Müstehcen yayınlar ve gösteriler başlıklı m. 528'e göre; “*Her türlü yazı, çizim, resim veya diğer müstehcen nesneleri üreten, devlet topraklarına tanıtan, satın alan, tutan, ihraç eden veya dolaşıma sokan herkes, 10.000 ile 50.000 Euro arasında değişen idari yaptırıma tabidir.*

Aynı ceza, gizli olsa bile, önceki hükümde belirtilen nesnelerin ticaretini yapan veya bunları dağıtan veya kamuya açık olarak sergileyen kişiler için de geçerlidir.

1) Bu maddenin birinci bölümünde belirtilen nesnelerin dolaşımını veya ticaretini kolaylaştırmayı amaçlayan herhangi bir reklam aracını kullanan;

¹²⁰ Yaşar Gürbüz, *Anayasalar*, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1981, s. 132, 133.

¹²¹ Aktaran AYM, T: 08.07.1963, E. 1963/204, K. 1963/179 (RG. 13.11.1963, sy: 11554).

¹²² Orjinal kanun metni için bkz. <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-ix/capo-ii/art527.html> (Erişim tarihi: 10.04.2020).

2) *Müstehcen bir karaktere sahip halka açık tiyatro veya sinematografik performanslar veya halka açık seçmeler veya anlatımlar veren kişiler için ise üç aydan üç yıla kadar hapis ve 103 Euro'dan az olmamak üzere para cezası uygulanır.*

2 numara ile öngörülen durumda, kurumun yasaklamasına rağmen suç işlenirse ceza artırılır”¹²³.

Müstehcen eylemler ve nesneler başlıklı m. 529'a göre; “*Ceza hukuku amaçları için, ortak duygulara göre kamu terbiyesini rahatsız eden eylemler ve nesneler müstehcen olarak kabul edilir. Bir sanat eseri veya bilim eseri, çalışma dışındaki nedenlerden dolayı, on sekiz yaşın altındaki bir kişiye satışa sunulmadığı, satılmadığı veya başka bir şekilde satın alınmadığı sürece müstehcen olarak kabul edilmez*”¹²⁴. Bu hüküm ile İtalyan Ceza Kanunu'nda müstehcenlik tanımlanmıştır. İtalyan Ceza Kanunu'nda pornografi yerine müstehcenlik kavramının kullanılması söz konusu ceza kanununun daha eski olmasıyla ilişkilendirilebilir¹²⁵.

1.3.3. Alman Hukuku

Almanya'da ilk kez 1532 yılında yeknesak bir ceza kanunu meydana getirilmiştir. Ancak yerel Alman devletlerinin aralarında yeknesak bir ceza kanunun uygulanması ve hukuk birliğinin sağlanması milliyetçilik akımı ile başlamış olup bu kanun büyük değişiklikler geçirerek günümüze kadar yürürlükte kalmıştır¹²⁶. Alman Ceza Kanunu 5.5.1871 tarihli olup kanun birçok önemli gelişmenin neticesinde son halini almıştır.

1949 Bonn Anayasası'nın ilk bölümü temel hakları düzenlemektedir. Burada, kişinin değeri başlıklı 2. maddesinde; “*Herkesin, başkalarının haklarını ihlal etmediği, anayasa düzenine ve ahlak kurallarına karşı gelmediği sürece, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı olduğu*” ifade edilmiştir. Bu madde de kişiliği geliştirme hakkı, ahlak

¹²³ Orjinal kanun metni için bkz. <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-ix/capo-ii/art528.html> (Erişim tarihi: 10.04.2020).

¹²⁴ Orjinal kanun metni için bkz. <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-ix/capo-ii/art529.html> (Erişim tarihi: 10.04.2020).

¹²⁵ Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, s. 30.

¹²⁶ Albin Eser, “Son Yüzyıl İçinde Almanya'daki Ceza Düzenlemeleri Geçmiş Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler”, çev. Feridün Yenisey, Ankara, *Yargıtaç Dergisi*, S. 12 (1989), s. 12-14.

kuralları ile sınırlanmıştır. Ancak 19. madde de; “Tüm temel haklarda olduğu gibi bu hakkın özüne de hiçbir şekilde dokunulmayacağı” ifade edilmiştir¹²⁷.

Alman hukukunda Nazi propagandası yapılması ve barış durumunun tehdiye uğramaması için ifade özgürlüğü oldukça kısıtlanmıştır. Zira hukuk sisteminde reform çalışmalarının izleri olsa da, uygulamada totaliter devletin olumsuz izleri mevcuttur¹²⁸. Yapılan reform çalışmaları ile Alman Ceza Kanunu ahlaki göndermelerden kaçınmıştır¹²⁹. Özellikle Alman Ceza Kanunu m. 184/1’de; yazılı pornografik materyallerin 18 yaşından küçükler verilmesi, ulaşılabilir kılınması, teklif edilmesi, bu materyallerin 18 yaşından küçükler gösterilmesi, sunulması ya da bir yerden ulaşılabilir kılınması veya onlar tarafından izlenebilmesine imkan sağlanması; bu tip materyallerin satışa sunulduğu yerler dışında, posta sistemi veya ticari kiralama ya da okuma döngüsüyle perakende olarak satış için verilmesi; ticaret yoluyla 18 yaşından küçüklerin ulaşamayacakları yerler dışında, başkalarının kullanımına sunulması ya da teklif edilmesi, posta yoluyla ülkeye sokulmaya çalışılması, olağan ticari yerler dışında 18 yaşından küçüklerin ulaşabileceği yerlerde yayılması, açıkça teklif edilmesi ve duyurulması, bu kişilerin herhangi bir talebi bulunmaksızın kendilerinin bulmalarının sağlanması, kamuya açık olarak sahnelenmesi, bu tip gösterilerin olduğu yerlere ücretsiz giriş sağlanması; üretilmesi, bulunması, sağlanması, depolanması, ithalatının üstlenilmesi veya kopyalanması veya başkalarınca kullanımının kolaylaştırılması, bunların ya da kopyalarının yurt dışına çıkartılmasının üstlenilmesi ve böylelikle yabancı ülkelere ait ceza hükümlerinin ihlal edilmesi suç olarak kabul edilerek, bu hareketler bir yıla kadar hapis ve para cezasıyla cezalandırılmıştır¹³⁰.

¹²⁷ Gürbüz, a.g.e., s. 47.

¹²⁸ Kayıhan İçel, Feridun Yenisey, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 1994, s. 11.

¹²⁹ Eser, a.g.m., s. 30.

¹³⁰ Alman Ceza Kanunu m. 184/1; “(1) Pornografik yazılarla ilgili olarak kim olursa olsun:
1. On sekiz yaşın altındaki bir kişiye bunları teklif eder, verir veya erişmesini sağlar;
2. On sekiz yaşın altındaki kişilerin erişebileceği veya görebilecekleri bir yerde sergiler, postalar, hediyeler veya başka bir şekilde bunları erişilebilir kılar;
3. Müşterinin genellikle girmedeği iş yeri dışındaki perakende ticarete, büfelerde veya diğer satış alanlarında, bir postayla sipariş işi veya ticari ödünç verme kütüphaneleri veya okuma çevrelerinde bunları teklif eder veya verir; On sekiz yaşın altındaki kişilerin erişemeyeceği ve göremedikleri dükkanlar dışında, bunları ticari kiralama veya benzer ticari tefrişat yoluyla bir başkasına teklif eder veya verir;
4. Postayla sipariş işi yoluyla ithal etmeyi taahhüt eder;

İlgili düzenleme, TCK'da olduğu gibi “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” gibi bir suç başlığı altında değil, “Cinsel Kaderini Tayin Etmeye Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Düzenlemenin 1. fıkrasında görüleceği üzere kanun maddesinde müstehcenlik kavramı değil, pornografi kavramı kullanılmıştır. Bu terimin kullanılması ile suçun kapsamı daraltılmış, suç kapsamı ahlaki ve kınayıcı yargılardan uzak tutulmuştur¹³¹.

Alman Ceza Kanunu m. 184/6'da; müstehcen ürünlerin on sekiz yaşını doldurmamış kişilere, bu kişilerin bakımını üstlenen kişilerce sunulması, verilmesi veya ulaşılabilir kılınmasının, bakım ve gözetim yükümlülüğünün ağır ihlali niteliğinde olmaması halinde ceza hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır¹³². Olağan hayat koşullarında, çocuğun kişisel gelişimi için müstehcen olabilecek ürünlerin anne veya baba tarafından çocuğa gösterilmesi, incelenmesi, çocuğa bu ürünün ne anlama geldiğinin açıklanması gerekebilir. Alman Kanunu'nda çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi ebeveynin doğal hakkı olarak kabul edilmiş ve bu hüküm ile Alman hukukunda özel olarak maddenin içinde düzenlenen kişisel cezasızlık sebebi oluşturulmuştur.

5. On sekiz yaşın altındaki kişilerin erişebileceği veya görebilecekleri bir yerde ya da normal ticaret mecraları aracılığıyla ticari işlemlerin dışında yazıların yayılması yoluyla bunları kamuya açık bir şekilde sunar, duyurur veya över;

6. Bir başkasının, kendisi tarafından talep edilmeksizin bunları elde etmesine izin verir;

7. Bunları, bu gösterim için tamamen veya ağırlıklı olarak talep edilen tazminatı gösteren halka açık bir filmde gösterir;

8. Bunları 1'den 7'ye kadar sayılar anlamında kullanmak veya bunlardan yapılan kopyaları veya bir başkası tarafından bu tür bir kullanımı mümkün kılmak amacıyla üretir, elde eder, tedarik eder, stoklar veya ithal etmeyi taahhüt eder;

9. İlgili ceza hükümlerine aykırı olarak yurtdışında yaymak veya bunlardan yapılan kopyaları kamuya açık hale getirmek veya bu kullanımı mümkün kılmak amacıyla ihraç etmeyi taahhüt eder, bir yıldan fazla olmamak üzere hapis veya para cezası ile cezalandırılır...” (Orjinal kanun metni için bkz. <https://germanlawarchive.iuscomp.org>, Erişim tarihi: 14.04.2020).

¹³¹ Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, s. 28.

¹³² Alman Ceza Kanunu m. 184/6; “...Kişinin bakımından sorumlu kişi hareket ederse 1 numaralı altbölüm uygulanmaz...” (Orjinal kanun metni için bkz. <https://germanlawarchive.iuscomp.org>, Erişim tarihi: 14.04.2020).

İKİNCİ BÖLÜM

2. MÜSTEHCENLİKLE İLGİLİ DİĞER DÜZENLEMELER

Müstehcenlik görüldüğü üzere hem uluslararası hem de ulusal mevzuatımızda yer alan bir olgudur. Bu sebeple 5237 sayılı TCK’da düzenlenen müstehcenlik suçunun ayrıntılı incelemesinden önce müstehcenliğin mevzuatımızdaki yerinin daha kapsamlı görülebilmesi için müstehcenlik ile ilgili diğer hükümler bu bölümde irdelenecektir.

2.1. 756 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA MÜSTEHCENLİK SUÇU

5237 sayılı TCK’dan önce yürürlükte olan 765 sayılı TCK’da da müstehcenlik suçu bulunmaktaydı.

Müstehcenlik suçu 765 sayılı eski TCK’da m. 426, 427 ve 428’de “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlığında “Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler” faslında düzenlenmişti. Bu açıdan kanun sistematığına bakıldığında 756 sayılı kanunda, 5237 sayılı kanundan farklı olarak müstehcenlik ile ilgili düzenlemeler, topluma karşı ve genel ahlaka karşı suçlar içinde değil, cinsellikle ilgili suçlarla aynı başlık altında düzenlenmişti.

Müstehcenlik suçunun temelinde hayasızca hareketler vardır. Bu nedenle 756 sayılı TCK’nın 426. maddesi ile hayasızca hareketlerin düzenlendiği 419. maddesi birbiri ile ilişkili hükümlerdi.

765 sayılı TCK’nın 419. maddesine göre; *“Alenen hayasız cavaz’u harekette bulunanlar on beş günden iki aya ve o suretle cinsi münasebette bulunanlar altı aydan bir seneye kadar hapis ve bu fıkra yazılı hallerde ayrıca 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar”*.

Hayasızca davranışlarla ilgili hükümlerde kanun koyucu, hayasızca hareketi cezalandırırken, hareketin aleni bir şekilde gerçekleştirilmesiyle toplumun edebinin zarara uğrayacağını düşünmüş, ahlak ve adap dışı hareketlere maruz kalmak

istemeyenleri koruma altına almıştı¹³³. Hayasızca hareketler suçunda aranan bu aleniyet şartı ile adap dışı hareketlere maruz kalmak istemeyenleri koruma altına alma düşüncesi müstehcenlik suçunda da mevcuttur. Yargıtay'ın bazı hallerde aleniyet unsurunun gerçekleşmemesi sebebiyle müstehcenlik suçunun oluşmayacağına yönelik kararları vardır¹³⁴.

765 sayılı Kanun'un 426. maddesine göre; *“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 ettirenler, tedarik edilebileceğini bildirenler veya tedarik edeceğini ilan edenler veya ilan ettirenler, eser ve mevzuları tiyatro veya sinema veya radyo yahut televizyonlarda veyahut umumi mahallerde temsil eden veya ettirenler, hitabeleri umuma açık yerlerde veya umumi mahallerde irat edenler, iki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar”*. Bu hükme 1988 yılında yapılan değişiklik¹³⁵ ile maddeye şu fıkra eklenmişti;

“Bu fiillerin 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde sahiplerine, mevkute bir aydan az süreli ise bir önceki ay ortalama fiili satış miktarının, aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının toplam satış bedeli tutarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir.

¹³³ Dönmezer, a.g.e., s. 149, 150.

¹³⁴ “...olay gecesini saat 24'den sonra işçi olarak çalıştığı ve kapılarını kilitlemesi nedeniyle 'genel yer' unsurunun oluşmadığı lokantada, gelen görevlilerce içeriği görülemeyen, görülmesinin de olanaksız olduğu keşifle saptanan video-kaset oynatan sanığın müstehcen içerikli video-kaset oynatma suçu oluşmamıştır” (5. CD., 13.02.1997, E. 1997/60, K. 1997/393, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 14.04.2020).

¹³⁵ 3445 sayılı 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 5680 Sayılı Basın Kanunu, 1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu ile 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 26.05.1988, sy: 19823).

Ancak bu ceza otuz milyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek cezanın yarısı uygulanır”.

Kanun kapsamında görüleceği üzere hayasızca hareket anlaktır, belirli bir süre sonra biter; ancak müstehcen olanda süreklilik bulunur.

Müstehcenlik, 765 sayılı TCK'nın 426. maddesinde; *“Halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırılık”* olarak tanımlanmıştır. Bu ifade ile 765 sayılı TCK müstehcenlik suçunda, hareketin objektif ve sübjektif olarak müstehcen olmasını aramıştır. Bir yazı veya resmin, müstehcen sayılabilmesi için toplumun ar ve haya duygularına aykırı olması ve bu duyguları incitici nitelikte olması gerekirdi. Bu objektif kıstasın olması halinde eser müstehcen olarak nitelendirilebilirdi. Ancak burada eseri meydana getiren kişinin sübjektif durumu da dikkate alınmalıdır¹³⁶. Sübjektif kıstasta, müstehcenliğin varlığı tespit edildikten sonra, failin cinsel duyguları tahrik gayesi olup olmadığı araştırılırdı. Taşan'a göre, yazıyı yazan, eseri meydana getiren kişinin yazıyı toplumsal bozukluğu tenkit amacıyla mı yazdığı, yoksa cinsel duyguları sömürmek amacıyla mı yazdığı, hakim tarafından araştırılmalıdır. Sübjektif durumuna göre fail, kişilerde mevcut cinsel duyguları tahrik etmek gayesi ile yazıyı yazmış veya eseri meydana getirmiş ise sübjektif kıstasın varlığı kabul edilir¹³⁷.

1881 sayılı Matbuat Kanunu'nun¹³⁸ dokuzuncu faslındaki müstehcen neşriyat başlıklı 31. maddesinde müstehcenliğin tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Bu hükme göre; *“Türk Ceza Kanunu'nun 426 ve 427. maddeleri mucibince müstehcen sayılan maddeler halkın ar ve haya duygularını inciten ve ayıp sayılan şeylerdir. Yukarı ki tarifi şümulüne giren bir sanat veya ilim eseri, alakadarlarının istifadesi için neşredilir, bu da eserin mevzu ve şekli ile neşir vasıta ve mahallinin nevi ve cinsi arasındaki münasebet karineler ile anlaşılırsa müstehcen sayılmaz”*. Ancak tanım hangi eserlerin

¹³⁶ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi, C.4, 2009, s. 4497.

¹³⁷ Berin Taşan, “Soruşturma”, İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 60.

¹³⁸ 1881 sayılı Matbuat Kanunu (RG. 08.05.1931, sy: 1867).

bu nitelikte olduğunu, kime göre sorunun çözümleneceğini, hangi zamana göre değerlendireceğini açıklamadığı sebebiyle eleştirilmiştir¹³⁹.

765 sayılı TCK'nın 426. maddesi kazuistik bir şekilde düzenlenmişti. Düzenlemede genel adaba tecavüz konusunda tecavüz şekilleri saptanmaya çalışıldığından maddenin bu kadar çok ayrıntılı olarak kaleme alınması, müstakbel tecavüz tehlikelerinin önlenmesi için gerekliydi. Bu sebeple kanun maddesinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi yararlı olmuştu¹⁴⁰.

5237 sayılı TCK'da bulunan hukuka uygunluk sebebinin benzeri, 765 sayılı TCK'da da bulunmaktaydı. 2003 yılında yapılan değişiklik¹⁴¹ ile bilim eserleri, sanat eserleri ve edebi değere sahip eserler koruma altına alınmıştı. 765 sayılı TCK m. 426/3'te, *“bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır”* şeklinde hüküm ile bilim eserleri, sanat eserleri ve edebi değeri olan eserler bu madde kapsamı dışında bırakılmıştı. Bununla ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında direnme hükmünü bozarak şöyle karar vermiştir; *“TCK'nın 426, 59, 427 ve 647 sayılı Kanunun 4. maddeleri gereği mahkumiyetlerine ilişkin mahkeme kararını Özel Daire; bilirkişi raporlarına göre suç konusu kartpostalın Efes müzesindeki Tanrı Bes heykeline ait olduğu... bu nedenle müstehcen sayılamayacağı nazara alınmadan yazılı gerekçe ile sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesini yasaya aykırı bularak bozmuş, mahkeme ise bazı gerekçeler ileri sürerek evvelki kararında direnmiştir. Dosyaya, toplanan delillere, özellikle; Milli Eğitim Bakanlığı Efes Müzesi Müdürlüğü'nün 21/07/1971 gün ve 464/1-343 sayılı yazısı ve bilirkişiler tarafından düzenlenen 07/01/1972 tarihli: Efes Müzesindeki Tanrı Bes heykeline ait olan meşhur bir sanat eserinin, resmi teşekküllerce de gerçekleştirilmiş yayın tarzının tekrarı suretiyle yeniden resim olarak yayınlanması mahiyetinde bulunan kartpostal dolayısıyla müstehcenlik ve müstehcen yayın suçunun teşekkül eylemediği kanaatini beyan eden rapor münderecatına göre, suç konusu kartpostalın müstehcen ve hayasızca*

¹³⁹ Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, *Uygulamada Sulh Ceza Davaları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002, s. 239.

¹⁴⁰ Uçkan, a.g.m., s. 323.

¹⁴¹ 4963 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (RG. 07.08.2003, sy: 25192).

yayınlanmış bir resim olarak nitelendirilmesi kabil görülmemiş ve bu nedenle de TCK'nın 426. maddesinde anılan suç unsurları tekevvün etmemiş bulunmaktadır”¹⁴².

Görüleceği üzere her ne kadar TCK'ya “bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır” hükmü 2003 yılında getirilmişse de, Yargıtay 1974 tarihinde verdiği bu karar ile ürünün sanat eseri olup olmadığını araştırmış ve buna göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

765 sayılı TCK m. 427'e göre; *“Neşir veya tevzi edilmek üzere, halkın ar veya haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı kitap, makale, varaka ve ilan yazanlar ile bu kabil makale, yazı ve resimleri ihtiva eden gazete ve mecmua gibi mevkutelerin sahipleri ve mevkute tanımına girmeyen basılmış eserler yayınlatanları hakkında 426. maddedeki cezalara hükmolunur. Bu mevkutelerin sorumlu müdürleri hakkında ise bu cezanın yarısı uygulanır. 426. madde ile bu maddede yazılı evrak ve eşya müsadere olunur”*.

765 sayılı TCK'nın 427. maddesinin son cümlesinde müsadere ile ilgili hüküm mevcuttu. 5237 sayılı TCK'nın aksine, 765 sayılı TCK'da müsadere ayrı bir ceza olarak öngörülmişti. Suça konu evrak veya eşya hakkında müsadere uygulanacağı hüküm altına alınmıştı. Yargıtay ürünün tamamının değil, sadece müstehcen nitelik içeren bölümlerinin müsadere edilebileceğini ifade etmiştir. Buna ilişkin Yargıtay 5. Ceza Dairesi 19.06.1984 tarihli 1984/2182 E., 1984/2801 K. sayılı bir kararında şöyle hüküm kurmuştu; *“Bilirkişi tarafından düzenlenen raporda açıklandığı üzere, dava konusu ‘Hedefte Vuruşalım’ adlı filmin iki sahnesinde sergilenen ve müstehcen olduğu kabul edilen kısımları çıkarıldıktan sonra da bütünlüğünü kaybedip etmeyeceği araştırılarak, kaybetmediği takdirde, sadece müstehcen sahnelerin zoralarına karar verilmesi gerekirken, filmin tümünün zoralarına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır”¹⁴³.*

765 sayılı TCK m. 428'e göre; *“Halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte, genel ahlaka aykırı şarkıları alenen*

¹⁴² CGK., 18.03.1974, E. 1973/5-575, K. 1974/170 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 14.04.2020).

¹⁴³ Aktaran Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu; Madde 316-461*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, C.3, 1995, s. 3830.

söyleyenler veya plakları, teyp bantlarını çalanlar veya umumi adaba aykırı veya bir şahıs veya bir heyetin, namus ve haysiyetini muhıl beyanat ve sözlerle gazete, risale ve diğer evrak satanlar iki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Bu madde ile 426 ve 427. maddelerdeki suçlardan doğan davalar en geç iki ay içinde sonuçlandırılır”.

2.2. 1117 SAYILI KÜÇÜKLERİ MUZIR NEŞRİYATTAN KORUMA KANUNU

1117 sayılı Küçükleri Muzir Neşriyattan Koruma Kanunu’nun¹⁴⁴ 1. maddesine göre; “18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur”. Bu maddede geçen “18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan” ifadesi önemlidir. Zira bu ifade madde metninin amacını taşımaktadır. Burada 18 yaşından küçüklerin korunması esas alınmıştır. Esasen İnan’ın da ifade ettiği üzere, hukukçular farkında olmasa da çocuk hakları hususu çok önemlidir. Çocuk hakları yalnızca aile hukuku ve ceza hukuku içinde olduğu sanılsa da, mevzuatta çocuk haklarını korumak için çıkarılmış 100’den fazla kanun, yönetmelik, yönerge ve genelge vardır¹⁴⁵.

1117 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile eserin sınırlamaya tabi tutulup tutulmayacağını, 18 yaşından küçükler için zararlı olup olmayacağını değerlendirecek bir kurul belirlenmiştir. Madde hükmü ve kurulun yapısı zaman içerisinde köklü değişikliklere uğramıştır. Hükme göre, “Kurulda Başbakanlık tarafından en az on beş yıl kamu hizmeti yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye; Adalet Bakanlığı tarafından idari nitelikte görevlerde bulunan hakim ve Cumhuriyet savcıları arasından seçilecek bir üye; İçişleri Bakanlığı tarafından üst kademe yöneticileri arasından seçilecek bir üye; Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından, Talim ve Terbiye Kurulu üyeleri arasından seçilecek iki üye; Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tıp dalından seçilecek bir üye; Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından, güzel sanatlar dalında ün

¹⁴⁴ 1117 sayılı Küçükleri Muzir Neşriyattan Koruma Kanunu (RG. 07.07.1927, sy: 627).

¹⁴⁵ Aktaran İnayet Aydın, Yasemin Karaman Kepenekci, “Prof. Dr. Ali Naim İnan’ın Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi’ne Katkıları”, Ankara, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C. 41, S. Özel Sayı (2008), s. 333.

yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye; Yüksek Öğretim Kurulunun, sosyal bilimler dalında akademik kariyer yapmış ve en az doktor unvanını almış üniversite öğretim elemanları arasından seçeceği bir üye; Diyanet İşleri Başkanı tarafından Din İşleri Yüksek Kurulu üyeleri arasından seçilecek bir üye; Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler cemiyetlerinin tespit edecekleri birer basın mensubu aday arasından Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünce kura ile tespit edilecek bir üye olmak üzere 10 üye bulunmaktadır”.

Kurulda Milli Güvenlik Kurulu tarafından seçilecek bir üye de bulunması aranmıştı. 2004 yılında 5218 sayılı Kanun¹⁴⁶ ile bu hüküm ilga edilmiştir. Bu hükmün kaldırılması teknik bir bilgi ile karar alması gereken kurulun yapısı açısından olumlu bir gelişmeydi. Ancak hükümde, teknik bilgisi olmayan “Diyanet İşleri Başkanı tarafından Din İşleri Yüksek Kurulu üyeleri arasından seçilecek bir üye” ifadesinin varlığı korunmuştu. Bu açıdan kurulun yapısı tartışmalıydı. Zira Anayasa Mahkemesi’ne yasanın 2. maddesinin 4. fıkrasının i bendinin Anayasa’ya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiğine ilişkin başvuru yapılmıştı¹⁴⁷. Anayasa Mahkemesi, bendin Anayasa’nın 2 ve 136. maddesine aykırı olmadığını belirterek bu başvuruyu reddetmişti¹⁴⁸. Ancak bu karara birçok karşı oy yazılmış, ilgili bendin anayasaya aykırı olduğu belirtilmişti¹⁴⁹.

¹⁴⁶ 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (RG. 21.07.2004, sy: 25529).

¹⁴⁷ “...kurulun Başkanlık bünyesinde oluşması sebebiyle kurul siyasal iktidarın emrindedir. Bir üye olarak Diyanet İşleri Başkanlığı temsilcisinin böyle bir kurulda bütün siyasal görüş ve düşüncülerin dışında kalamaz. Bu nedenle yasanın 2. maddesindeki kurulun kimlerden oluşacağını gösteren dördüncü fıkranın (i) bendinin Anayasa’nın 136. maddesine aykırıdır. Bir din adamının devlet işinde görevli kılınmasını, din işleriyle devlet işlerinin birbirinden ayrı olmasını esas kabul eden laiklik ilkesi ile bağdaşmaz. Dolayısıyla hüküm Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir. Kurula katılan Diyanet İşleri Başkanlığı Din Kurulu üyesi muzır tesir Diyanet İşleri Başkanlığı Din Kurulu üyesi muzır tesir konusunda din esaslarına göre görüş bildirecektir. Din kurulu üyesinin dini esaslar dışına çıkarak görüş bildirmesi mümkün değildir. Kurul muzır konusunda bu tarzda görüş bildireceği gibi aynı kurul TCK 426., 427. ve 428. maddelerine ilişkin olarak bilirkişi sıfatıyla görüş bildireceği zaman da aynı etkilenme içerisinde olacaktır. Her iki halde de diyanet temsilcisi seri esaslara dayanan görüşler bildirecektir. Belki de, bu görüşleri kurula kabul ettirecektir. O zaman toplum yaşamında ve kültürümüzde din kuralları yani şeriat hükümleri geçerli ve belirleyici olacaktır. Bu durumda laiklik tümüyle tahrip edilecektir. Bu fıkra bu açıdan da Anayasanın 2. maddesine yani laik devlet ilkesine aykırı bulunduğundan iptali gerekir” (AYM, T: 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4, RG. 21.11.1987, sy: 19641).

¹⁴⁸ “Bu iddialara kurulun iki görevi açısından ayrı ayrı bakılması gerekir. Şöyle ki; yasaya göre kurulun temel görevi, mevkutelerin ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin, 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapıp yapmadığını inceleyip karara bağlamaktır. Oluşum

Tüm bu gelişme ve farklı yorumlar sonucunda hükümde yapılan değişiklik ile kurulda Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından Din İşleri Yüksek Kurulu üyeleri arasından seçilecek bir üyenin varlığı kaldırılmıştır.

2018 yılında yürürlüğe giren Kanun Hükmünde Kararname¹⁵⁰ ile yapılan değişiklikler sonrası 1117 sayılı Kanun'un 2. maddesi şöyledir;

“Mevkute veya mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin 1. maddede belirtilen sınırlamaya tabi tutulabilmesi için Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile

tarzına bu görev açısından bakıldığında, Kurula bir din adamının üye olarak katılmasını öngören hükmün, Anayasa'nın Diyanet İşleri Başkanlığı başlığı altındaki 136. maddesi kuralına aykırı bir yönü olduğundan söz etmeye olanak görülmemektedir. Kurulun, siyasal iktidarın anlayış ve politikaları doğrultusunda hareket edeceği iddiası, bir varsayımdan öteye geçmemektedir. Kaldı ki, Anayasa'nın 24. maddesi, ilk ve ortaöğretim kurumlarında okuyan öğrencilere din ve ahlak eğitim ve öğretimini zorunlu kılmıştır. Din, ahlak kurallarını içeren sosyal bir olgudur. Kurula üye olarak katılan Diyanet İşleri Başkanlığı temsilcisinin, Kurul'un önüne gelen dini ve ahlaki yayınların sağlıklı biçimde incelenip değerlendirilmesinde uzman sıfatıyla önemli rolü ve olumlu katkısı olacaktır. O halde kurula Diyanet İşleri Temsilcisinin katılması laikliğe aykırı olmadığı gibi, Anayasa'nın 2. ve 136. maddelerine de aykırı değildir. Din İşleri Yüksek Kurulu üyesini kurulun ikinci görevini yerine getirirken yani TCK 426., 427. ve 428. maddelerinde tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına bilirkişilik yaparken, kurulda yer almasının laiklik ilkesine de aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kurulun diğer üyeleri gibi, Din İşleri Yüksek Kurulu'ndan seçilen üye de bilirkişi olarak görev yaparken, olaya din kuralları açısından değil, toplumda geçerli olan ve genel nitelik kazanan ortak ahlaki değerler açısından yaklaşmak ve görüşünü buna göre oluşturmak zorundadır. Yasal düzenlemenin amacı ve biçimi, konulara İslam dini açısından bakmaya olanak tanımamaktadır. Bu nedenlerdir ki; Din İşleri Yüksek Kurulu'ndan gelen üyenin, kurulun resmi bilirkişi olarak yapacağı göreve katılmasının, din işleriyle devlet işlerinin birbirine karıştırılması anlamına geleceği, bunun ise laiklik ilkesine aykırı olduğu yolundaki iddianın anayasal dayanağı bulunmamaktadır” (AYM, T: 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4, RG. 21.11.1987, sy: 19641).

¹⁴⁹ “Yerine göre dini ve ahlaki konularda söz sahibi olan birine duyulan gereksinim gibi bir nedenle de olsa Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu'ndan birinin yasanın 2. maddesine göre Başbakanlık bünyesinde oluşturulan kurula üye sıfatıyla alınmasının Anayasa ile bağdaşmadığı, zira AY m. 138 gereği Diyanet İşleri Başkanlığı'nın ve dolayısıyla kimi mensuplarının görev alanını özel kanununda gösterilenlerle sınırlı tutulduğu...”; “2. maddenin dördüncü fıkrasının i bendi gereğince Din İşleri Yüksek Kurulu üyeleri arasından seçilecek birisinin kurula katılması, dinsel gerekler ve yalnızca islam dini gözetilecekse laiklik ilkesine aykırı bir durum söz konusu olur. Ayrıca değerlendirme zaten din kuralları yönünden olmayıp, ahlaksal değerler açısından inceleme yapılacaksa, din görevlisinin kurula alınmasında bir zorunluluk yoktur. Din konusunda uzman olan kimsenin hukuksal konularda görevlendirilmesi devlet işlerinde dinsel görüşün alınması yolunun açılmasıdır. Bu tutum Anayasa ile bağdaşmaz. Birbirinden esinlenen aykırılıklar laik hukuku yıkar, uygarlık yürüyüşünü durdurur yalnız acı ve karanlık getirir. Gerçekten aracı istemeyen, vicdanlarda kalması gerekli olan din, siyasal nedenler ve çıkarlar için bile gösteri konusu yapılamaz. Dine çok önem veriyormuş görünmek için gereksiz yere din görevlilerini resmi işlerde çalıştırmak, dinsel sömürüyü hızlandıracak sakıncalı bir gidiştir. Laiklik, korunması zorunlu bir niteliktir. Hiçbir nedenle bu konuda ödün verilemez, geri adım atılamaz. Laiklik konusunda siyasal ya da ekonomik nedenlerle ödün sayılacak uygulamalar hiçbir biçimde savunulamaz. Tarikatlar ve kurslarla, değişik uygulamalarla geriye dönüş, tarih önünde en büyük suçlardan birini oluşturur. Dış ilişkilerde de özel bir dikkati gerektiren bu konu, Anayasa'nın özüdür. İslami akımların tırmanışa geçtiği, siyasete araç kılınmak istendiği bir ortam oluşunca düzeni koruma olanağı bulunamaz”.

¹⁵⁰ 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG. 09.07.2018, sy: 30473).

Bakanlığı bünyesinde oluşturulan yetkili kurulun, söz konusu eserlerin 18 yaşından küçükler için muzır olduğu hakkında bir karar vermesi gereklidir. Kurul basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunundaki genel amaç ve temel ilkeleri göz önünde bulundurmak zorundadır. Kurul, bu Kanunla kendisine verilen görevlere ilaveten, Türk Ceza Kanununun 426., 427. ve 428. maddelerinde tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlidir. Kurul; Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanının belirleyeceği biri başkan olmak üzere Bakanlığın beş birim amirinden teşekkül eder. Kurul salt çoğunlukla karar alır. Kurulun sekreteryaya hizmetleri Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanı tarafından belirlenen Bakanlık ana hizmet birimince yerine getirilir. Kurulun çalışma usul ve esasları ile sekreteryaya hizmetlerinin ne suretle yerine getirileceği Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirlenir. Kurul tarafından gerekli görülen hallerde sürekli veya geçici olarak görev yapmak üzere özel ihtisas komisyonları kurulabilir. Kurulun, bu komisyonlarda görev yapmasını uygun göreceği kamu personeli ilgili kamu kurumunun muvafakati alınarak Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığınca görevlendirilir”.

Madde metninde kurulun kendisine verilen görevler dışında TCK’nın 426., 427. ve 428. maddelerinde tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevli olduğu belirtilmiştir. Ancak Erem’e göre, hakim müstehcenliği kendi başına tespit edebilir. Bu nedenle müstehcenliğin belirlenmesinde bilirkişiye başvurmak gerekli değildir¹⁵¹. Ayrıca Anayasa Mahkemesi’ne göre; “pedagog ve cinsel sağlık uzmanı dahi olmayan kişilerden oluşan kurulca 1117 sayılı Kanun kapsamına alınan eserler hakkında genel ve soyut ifadelerle hazırlanmış kararlarla muzır neşriyat kararı verilmesi, ifade, sanat ve basın özgürlükleri açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir”¹⁵².

Bilirkişilik konusunda yapılan bu düzenleme bilim ve sanat eserleri bakımından güvencedir. Zira kanunun amacı 18 yaşından küçüklerin maneviyatının korunmasıdır. Bu husus soyut, belirsiz bir kavramdır. Müstehcenliğin tespitinde farklı uzmanlık

¹⁵¹ Faruk Erem, “Müstehcenlik”, Ankara, *Yargıtay Dergisi*, C. 10, S. 1-2 (1984), s. 104.

¹⁵² AYM, T: 26.10.2017, B. No. 2014/20168 (RG. 28.12.2017, sy: 30284).

alanları vardır ve farklı teknik bilgi gerektiren konular bakımından bilirkişiye başvurulmalıdır. Gürelli¹⁵³, müstehcenliğin tespitinin hukuki bir ihtisas işi olmadığını ve bilirkişilerce değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bu görüş, Baytemir'in de belirttiği üzere¹⁵⁴ müstehcenliğin tespiti açısından her olay için bilirkişiye başvurulması gibi bir sonuç doğurmamalıdır. Her olayda bilirkişiye başvurma gibi bir gerekliliğin olmaması gerekir. Bilirkişiye başvurulmamışsa hakim, eseri neden müstehcen bulduğunu ya da bulmadığını günün şartlarına uygun bir biçimde gerekçelendirmelidir. Yargıtay müstehcenliğin tespitinde hakim tarafından gerekli inceleme yapılmadan, gerekçe olmaksızın veya bilirkişi incelemesi yapılmadan sadece beyan ile yetinilerek hüküm kurulmasını bozma sebebi yapmıştır¹⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; “...ileri sürüldüğü biçimde ve boyutta kavram belirsizliği söz konusu değildir. Çünkü 1. maddedeki muzır kavramının ifade tarzıyla uygulamada duraksamaları ve sübjektif yorumlara dayalı eksik ya da yanlış kararları önleyebilecek açıklayıcı öğeleri, aynı yasanın 2. maddesinin ikinci fıkrası ile göndermede bulunulan 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunundaki Genel Amaçlar ve Temel İlkelerde bulmak mümkündür. Başbakanlık bünyesinde oluşturulan Kurul'un, basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede anılan Genel Amaçları ve Temel İlkeleri göz önünde bulundurmak zorunluluğu vardır. Davacının dilekçesinde ileri sürdüğü takdir ya da isteğe bağlılık hali söz konusu olamaz”¹⁵⁶.

¹⁵³ Gürelli, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, s. 583.

¹⁵⁴ Erdal Baytemir, *Cinsel Dokunulmazlığı Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 1235.

¹⁵⁵ “Suça konu CD içeriklerinin bizzat mahkemece ya da tayin edilecek uzman bilirkişiler tarafından izlenerek görüntülerin ar ve haya duygularını incitip incitmediği, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olup olmadığının saptanması ve bu nitelikte ise söz konusu CD'lerin içerdiği pornografik görüntülerin, yargılamayı yapacak görevli mahkemenin tespitinde de esas teşkil edecek şekilde, 5237 sayılı TCK m. 226/3 ve 4 açısından, çocukların yer aldığı veya şiddet kullanılarak hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışların yer alıp almadığı, yönünde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, bu tür görüntüler bulunması durumunda, 5235 s. kanunun 11. maddesi ve 5271 sayılı CMK m. 4 gereğince asliye ceza mahkemesine görevsizlik kararı verilmesi gerekeceği gözetilmeksizin, polis memuru bilirkişi tarafından tanzim olunarak CD içeriklerinin soyut olarak müstehcen görüntü ve sözleri içeren ürün niteliğinde olduğunu bildiren ve mahkemece suçun unsurlarının tespiti için gerekli ve yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanarak, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesis edildiğinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir” (5. CD., 17.02.1994, E. 1993/4751, K. 1994/560, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 14.04.2020).

¹⁵⁶ AYM, T: 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4 (RG. 21.11.1987, sy: 19641).

Kurulun kararı bir yargı kararı değildir. Fakat bilirkişilik kurumu olan kurulun kararları, yargı kararlarını şekillendirmektedir. Şöyle ki; bilirkişi sahip olduğu teknik bilgileri ile mahkemeye yardımcı olan kişidir¹⁵⁷. Bilirkişinin atanması hususu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde şöyledir;

“Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına resen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz”.

1117 sayılı Kanun, 5237 sayılı TCK bakımından da geçerli olduğundan Yargıtay suça konu materyallerin müstehcen olup olmadığının tespitinde bilirkişiye başvurulmamasını eksik soruşturma olduğu gerekçesiyle bozma sebebi olarak değerlendirerek, 1117 sayılı Kanun'da öngörülen Muzır Neşriyattan Koruma Kurulunu bilirkişi olarak görmektedir¹⁵⁸.

Yargıtay'ın bu görüşünü hukuka uygun bulmayan görüşler de bulunmaktadır. Zira Yargıtay'ın bu görüşünün benimsenmesi halinde hakim, her dosyayı bilirkişi incelemesine göndermek zorunda kalır ki, bu durum bilirkişilik kurumunun öz yapısına aykırıdır¹⁵⁹. Bu husus bilirkişilik kurumuna aykırı olduğu gibi bu durum mahkemelerin iş yükünü gereksiz şekilde çoğaltacaktır. Bu durumda bilirkişi raporunun delil olup olmadığı hususu gündeme gelmektedir. Yargıtay'ın buna ilişkin bir kararına göre; *“Hakim, hukuk bilgilerinin dışında kalan ve fakat kendi öğrenim seviyesinde olan bilgileri kullanmakla beraber uzmanlığı gerektirecek kadar derin bilgilerle olayı*

¹⁵⁷ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 266.

¹⁵⁸ “Dosya kapsamında bulunup kolluk görevlilerince tanzim edilen hafıza kartı inceleme tespit tutanağında hafıza kartında müstehcen içerikli resimler olduğu, internetten indirildiği anlaşılan ‘07649’ isimli porno içerikli fotoğraftaki kızın yaşının küçük olduğu değerlendirilmiştir. Bilirkişi raporunda hem internetten indirilmiş hem de sanık tarafından çekildiği anlaşılan müstehcen içerikli görüntüler mevcut bulunduğu ifade edilmiştir. Ancak ek bilirkişi raporunda ise CD içeriğinde küçük yaşta çocuklara ait cinsellik içeren veya müstehcen olarak değerlendirilebilecek herhangi bir görüntü bulunmadığı bildirilmiştir. İş bu sebeple mevcut raporlardaki çelişkinin giderilmesi ve suçun unsurlarının tespiti açısından Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulundan rapor alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması sebebiyle bozulmasına...” (14. CD., 10.01.2017, E. 2016/7705, K. 2017/59, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı, Erişim tarihi: 14.04.2020).

¹⁵⁹ Atilla Öztürk, a.g.e., s. 13.

çözümlemek durumunda bu işi kendisi yapamaz. Bu gibi hallerde bilirkişiye başvurmak durumu ortaya çıkar. Bilirkişi düşüncesi delil değildir. Delil hakkında bir açıklamadır. Bir başka anlatımla delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Delil, bilirkişinin incelemesi gerekli olan şeydir. Hakim bilirkişi düşüncesi ile bağlı değildir. Bilirkişinin görevi teknik ve bilimsel alanda hakimi aydınlatmaktadır. Çünkü hakim, kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını tayin edemez. Hakim, bir uyumsuzluğu çözerken, hangi hususlarda bir uzman yardımından yararlanacağını kendisi takdir eder, kural olarak bu konuda hakimi serbest bırakmakla beraber, istisna olarak belli bir ilmi ve tekniği ilgilendiren özel bir bilgiyi gerektiren incelemeler halinde hakimi bilirkişi tayininde zorunlu tutmaktadır. Belli hususlarda bilirkişilik yapacakları yasa ile belirlenen kişiler ve kurumlar resmi bilirkişilerdir. Bu yerde resmi bilirkişi varsa incelemenin onun marifetiyle yapılmasında zorunluluk vardır”¹⁶⁰. Görüldüğü üzere müstehcenlik suçuyla ilgili bilirkişiye başvurulması zorunlu kabul edilmiştir. Yargının gereksinimi göz önünde bulundurularak yargıya yardımcı olmak ve bilirkişilik yapmak üzere kanunla görevlendirilmiş bu kişiler resmi bilirkişi olarak adlandırılmaktadır¹⁶¹. 1117 sayılı Kanun’un 2. maddesinde belirtilen Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu bu bakımından resmi bilirkişidir. Ancak yukarıda bahsi geçen Yargıtay kararında da belirtildiği üzere zorunlu bilirkişilik hususunda bilirkişinin hazırladığı rapor delil olmayıp yalnızca delil değerlendirme aracıdır. Bu sebeple mahkeme bilirkişi raporu ile bağlı değildir ve gerekçelendirilmesi yapılarak bilirkişi raporundan aksi yönde karar verilebilir. Zaten mahkeme bilirkişi raporunu kontrole tabi tutmadan hükme esas alamaz¹⁶². Ayrıca raporlar arasında çelişki mevcut ise, bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi ve tekrar rapor alınması gerekir¹⁶³.

Yargılamaya konu materyal piyasaya arz edilmeden önce Devlet’in denetleme organlarının onayını almışsa, bu durumda ilgili davranışlar suç kapsamında değerlendirilemez. Yargıtay bilirkişi incelemesine gerek olmadan bu hususun göz önüne

¹⁶⁰ 1. CD., 01.03.1991, E. 1991/391, K. 1991/559 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 14.04.2020).

¹⁶¹ Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri*, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s. 21.

¹⁶² Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 270.

¹⁶³ 9. CD., 19.09.2005, E. 2005/3428, K. 2005/6093 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 14.04.2020).

alınarak karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu husus belirlilik ilkesi açısından bireylerin, devlete olan güveninin sarsılmaması için önemlidir¹⁶⁴.

Bahsi geçen Anayasa Mahkemesi kararı, 1117 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla TBMM Ana Muhalefet Partisi Grubu adına Grup Başkanı Aydın Güven Gürkan tarafından açılan iptal davasının kararıdır. Bu iptal isteminin dava dilekçesinde; *"Yasanın 1. maddesinde 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur demektedir. Küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak neşriyat veya eser nasıl saptanacaktır? Maneviyat genel bir kavram olduğu gibi muzır da genel bir kavramdır. Bu yasa ise bir uygulama yasasıdır. Bu uygulama yasasından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak neşriyatın ne anlama geldiği bilinmemektedir. Böyle genel kavramların uygulamasının mümkün olması için, en azından bu genel kavramlardan hangi anlamın belirleneceğini gösteren birkaç önemli unsurun yasada gösterilmesi gerekirdi"* şeklindeki iddialar ile maddenin suç ve cezalara ilişkin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise 38. maddeye ayrılık olmadığına karar vermiştir¹⁶⁵.

1117 sayılı Kanun'un 2. maddesinin Anayasa m. 1 ve 2'ye aykırı olduğu belirtilerek iptali istenmiştir¹⁶⁶. Ancak Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen kararında bu hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır¹⁶⁷.

¹⁶⁴ "Suç konusu materyallerin şirketin İstanbul'da bulunan merkez firmasınınca yurt dışından ithal edilerek satış için kendilerine gönderildiğini bildirmiş ve dosya içerisinde bulunan sanıkla ilgili başka bir dosyada İstanbul Göztepe'deki şirket merkezi tarafından bu ve benzeri materyalleri içeren 1992 yılında kesilmiş irsaliye faturalar bulunduğu görülmüştür. Bu nedenle materyallerin ithaline izin verilip verilmediğinin ilgili Bakanlıktan sorulması ve sanıktan varsa ithal belgeleri istenip alınarak bu belgelerde yazılı şeylerin suç konusu materyaller olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hükme varılması yasaya aykırıdır" (5. CD., 17.02.1994, E. 1993/4751, K. 1994/560, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 14.04.2020).

¹⁶⁵ "Yapılan değerlendirmede de işaret edildiği gibi basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda kurulun yapacağı incelemede 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'ndaki genel amaç ve ilkeleri açıklayan yeterli düzeyde ayrıntılı ve açık öğeleri içeren maddeleri göz önünde bulundurma zorunluluğu vardır. Bu maddelere aykırılık, yayım suçu doğurmaktadır. Suçu oluşturan eylemin nitelikleri açıklanmıştır. Bu durumda suç ve cezanın yasallık ilkesinin ihlal edildiği savı yerinde görülmemiştir. Bu durumda Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık yoktur" (AYM, T: 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4, RG. 21.11.1987, sy: 19641).

¹⁶⁶ Başvuru gerekçesine göre; "...kurul, basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'ndaki genel amaç ve temel ilkeleri göz

Kanunda muzır olarak nitelenen ürünün satışı tamamıyla yasaklanmamış olup kurulca muzır olarak nitelendirilen ürünler için ayrı bir satım usulü düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler 1117 sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılmıştır. Bu hükme göre; *“Bir aydan az süreli mevkuteler ile sinema ve her türlü film afişleri, ilanlar, fotoğraflar, kabartma ve her türlü posterler, kartpostallar, takvimler hariç olmak üzere kurulca tetkik edilerek küçükler için muzır olduğuna karar verilmiş basılmış eserlerin sahiplerine, sorumlu müdürlerine ve telif hakkı sahiplerine, basılmış eserlerin*

önünde bulundurmamak zorundadır demekte ise de bu kanundaki genel amaç ve temel ilkeler bölümlerine bakıldığında, bu ilkelerin de tümüyle genel tabirler ve genel kavramlar mahiyetinde olduğu görülmektedir. Ayrıca muzır kavramına yön verecek ve bu kavramın içeriğini belirleyecek belli esasları da burada görmek mümkün değildir. Kaldı ki, dikkate almak demek, mutlaka onunla bağlı kalınacaktır anlamına da gelmemektedir. Bu şekliyle muzır tesir yapacak neşriyat ve hatta maneviyat, kişilere göre değişebilecek ve sübjektif yargılarla yorumlanabilecek bir nitelik taşımaktadır. Kişilerin anlayışlarına, birikimlerine, kültür yapılarına göre değişik anlamlar kazanan böyle genel kavramlar esas alınarak hak ve özgürlüklerde sınırlamalar yapmak ve hele ki bu kavrama aykırılık iddiasıyla cezalandırılmak mümkün değildir. Bilinmeyen bir şeye aykırı davranma iddiası ileri sürülemez. Zira kanunun suç saydığı durumun, ne olduğu yasada gösterilmemiştir. O halde, küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak neşriyat veya eser gibi belirsiz bir kavrama göre hak ve özgürlüklerin kısıtlanması öncelikle hukukun üstünlüğüne ve hukuk devleti anlayışına aykırıdır. Çünkü burada hakka ve hukuka sübjektif yorumlar egemen olmaktadır. Bu nedenle yasanın 1. maddesi Anayasa'nın Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesindeki, *“Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir”* ilkesine aykırıdır...”.

¹⁶⁷ “3266 sayılı yasa ile değişik 1117 sayılı yasanın 2. maddesinin üçüncü fıkrasıyla kurul bu kanunla kendisine verilen görevlere ilaveten, Türk Ceza Kanunu'nun 426., 427. ve 428. maddelerinde tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlidir hükmünü getirmiştir. Dava dilekçesinde, bu hükmü kurula yargıya ait bir görevin devredildiği, idarenin bu yolla yargının görevine ve oluşturacağı kararına egemen olma olanağına kavuşacağı, bu durumda hakimın bağımsızlığından ve vicdani kanaatinden söz edilemeyeceği, bu nedenle yasanın 2. maddesiyle kurula verilen resmi bilirkişilik yetkisinin Anayasa'nın 2., 138 ve 140. maddelerine aykırı olduğu savı ileri sürülmüş ve iptali istenmiştir. Ancak 3266 sayılı yasanın düzenlenmesine göre kurulun bilirkişilik görevine üstleneceği durumlar iki türde ortaya çıkabilir. Ya halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı yayınların yapıldığının Cumhuriyet Savcılığınca saptanması üzerine açılan dava sırasında mahkeme konunun uzmanlık gerektiren bir iş olduğu gerekçesiyle ve 3266 sayılı yasanın 2. maddesinin üçüncü fıkrasının bağlayıcı hükmünü göz önünde tutarak kuruldan resmi bilirkişi sıfatıyla görüşünü bildirmesini ister ya da halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzularını tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı yayınların varlığını 3266 sayılı yasa uyarınca ya da bir ihbar üzerine öğrenen ve bu durumu inceleyerek doğruluğunu saptayan kurul Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunarak soruşturmayı başlatabilir ve açılan bu davada mahkeme yine konunun uzmanlık gerektiren bir iş olduğu gerekçesi ile ve 3266 sayılı yasanın 2. maddesinin üçüncü fıkrasının bağlayıcı hükmünü göz önünde tutarak kuruldan bilirkişi sıfatı ile görüşünü bildirmesini ister. Üyelerinden her birinin bir uzmanlık dalından geldiği belli olan kurula resmi bilirkişilik görevinin verilmesindeki asıl amaç, müstehcenlik konusundaki görüşlere istikrar getirerek mahkemelerin daha isabetli ve daha sağlıklı kararlar vermelerine katkıda bulunmak olduğu anlaşılmaktadır. Şu halde kurulun resmi bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmesinin ve verdiği raporların, mahkemece yeterli görüldüğünde hükme dayanak yapılmasının, toplumda yerleşmiş adalet duygusunu sarsıcı hiçbir yönü yoktur. Kaldı ki, usul yasaları mahkemenin, verilen raporu yeterli bulmaması halinde, başka bir bilirkişiye müracaat etmek yetkisini saklı tutmaktadır ve 3266 sayılı yasada bunu engelleyen bir hüküm yer almamaktadır. Sorunun ağırlıklı özü de burada toplanmaktadır. Açıklanan nedenlerle, yasanın 2. maddesindeki, kurula resmi bilirkişilik görevi veren hükmün, dava dilekçesinde yer alan Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti, 138. maddesindeki mahkemelerin bağımsızlığı ve 140. maddesindeki hakimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkelere aykırılığı söz konusu olamaz” (AYM, T: 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4, RG. 21.11.1987, sy: 19641).

küçüklerin maneviyatına muzır olduğu kurulca tebliğ edilir. Tebligat, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Kurul bu kararı ilgililere derhal duyurmak için gerekli tedbirleri alır. Tebligat üzerine eser sahipleri, telif hakkı sahipleri ve sorumlu müdürler, ellerinde mevcut eserlerin ön kapaklarına ‘Küçüklere zararlıdır’ damga veya işaretini basmak zorundadırlar. ‘Küçüklere zararlıdır’ ibaresinin herkesin kolayca görüp okuyabileceği şekil ve büyüklükte yazılması zorunludur. Bu suretle damgalanan eserler, açık sergilerde ve seyyar müvezziler tarafından satılamaz. Dükkanlarda, camekanlarda ve benzeri yerlerde teşhir edilemez. Bir yerden bir yere teşhir maksadıyla açık bir surette nakledilemez ve müvezziler tarafından bunlar için sipariş kabul olunamaz. Gazeteler, mecmualar, duvar ve el ilanları, radyo ve TV ile veya diğer suretlerle ilan edilemez, satışı için reklam ve propaganda yapılamaz. Para mukabili veya parasız küçüklere gösterilemez, verilemez ve hiçbir suretle okul ve benzeri yerlere sokulamaz. Bu tür eserler, ancak 18 yaşından büyük olanlara içi görülmeyen zarf veya poşet içinde satılabilir. Bu zarf ve poşetlerin üzerinde eserin ismi ile ‘Küçüklere zararlıdır’ ibaresinden başka hiçbir yazı ve resim bulunamaz. 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. 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. 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. Haklarında Kurul’un 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”.

Bu düzenlenmeler 5237 sayılı TCK açısından da geçerlidir. 1117 sayılı Kanun'un 4. maddesi Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddesine, masumiyet ilkesine aykırı olduğu ifade edilerek Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur¹⁶⁸. Anayasa Mahkemesi, maddenin masumiyet ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bu başvuruda; "18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır etki yapacağına karar verilen eserler hakkında uygulanacak yaptırımlar ile hak ve özgürlüklerde yapılacak ancak demokratik toplumlarda cevaz verilmediği öne sürülen kısıtlamaları belirleyen yasanın 4. maddesinin a, b, c, d, e fıkralarıyla, 1, 2, 5 maddeleri ve ek madde 1'in Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu" ifade edilmiştir. Ayrıca başvuruda yine; "4. maddenin bütünüyle Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu, yasanın 5. maddesinde ve ek madde 1'deki yaptırımları uygulamasının, kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını engelleyeceği, bu nedenle Anayasa'nın 17. maddesine aykırı bulunan bu maddelerin iptal edilmelerinin gerektiği, yasanın 4. maddesinin d fıkrasındaki muzır damgalı eserlerin radyo ve TV ile veya diğer suretlerle ilan edilmeyeceğine, satışı için reklam ve propaganda yapılmayacağına ilişkin hükmün, bu yasanın 1, 2, 4. maddeleri ve ek 1. maddesi ile birlikte Anayasa'nın kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkını düzenleyen 31. maddesine aykırı olduğu" ifade edilerek hükmün iptali istenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükümleri de Anayasa'ya uygun bulmuştur.

1117 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre de;

"Kanunun 4 üncü maddesinin; Birinci ve ikinci fıkrasına göre; kendilerine tebligat yapıldığı halde eserlerini damgasız olarak yayımlayan eserin sahipleri, sorumlu müdürleri ve telif hakkı sahipleri, Dördüncü fıkrasına aykırı olarak,

¹⁶⁸ Başvuru gerekçesine göre; "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır ceza verilemez, suçluluğu hükmün sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz biçimindeki ilkelere aykırıdır. Özellikle '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' lafzı masumiyet ilkesine aykırıdır" (AYM, T: 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4, RG. 21.11.1987, sy: 19641).

sınırlamaya tabi olan damgalı veya damgasız basılmış eserleri, fikranın bentlerinde belirtilen şekillerde satan, teşhir eden, nakleden, sipariş kabul eden, ilan eden, gösteren, veren ve okullara sokanlar, Beşinci ve sekizinci fıkralarına aykırı şekilde, zarf veya poşete koymadan veya beşinci fıkrada zikredilen evsafa aykırı zarf veya poşet içinde satanlar. İki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Suçun tekrri halinde cezanın azami haddi uygulanır”.

Yukarıda bahsi geçen Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere mahkemeye başvuru dilekçesinde, bu maddenin de iptali istenmiştir¹⁶⁹. Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmü Anayasa’ya aykırı bulmamıştır¹⁷⁰.

1117 sayılı Kanun’un 8. maddesinde küçüklerin korunabilmesi için basılmış eserler ile mevkutenin her nüshasından ikişer adedi, neşri takip eden çalışma gününde bir alındı belgesi karşılığında Kurul Başkanlığına gönderileceği hüküm altına alınmıştır.

2.3. 2559 SAYILI POLİS VAZİFE VE SALAHİYET KANUNU

2559 sayılı PVSİK’da¹⁷¹ müstehcen nitelikteki eserlerin alımı, satımı gibi usullerle bu eserlerin yayılmasını engellemek ve eserlerin teşhirin yapılması için polise bazı yetkiler ve görevler verilmiştir. Bu sebeple müstehcenlik suçunda bireyin ahlaki davranış ve yaşamı açısından polise müdahale hakkı verildiğinden PVSİK ilgili hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir.

PVSİK m. 8’e göre; “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlaka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video, bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler hakkında polis bu fiilleri sebebiyle bir yıl içinde üç defa

¹⁶⁹ “7. maddede kurulun bir aydan fazla süreli mevkuteler ile diğer basılmış eserler hakkında verilen kararların yerine getirilmemesi halinde eser sahiplerinin, sorumlu müdürlerin ve telif hakkı sahiplerinin ağır para cezasıyla cezalandırılmaları ve tekrri halinde cezanın azami haddinin uygulanması, Anayasa’nın 29 ve 38. maddelerine aykırıdır” (AYM, T: 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4, RG. 21.11.1987, sy: 19641).

¹⁷⁰ “18 yaşından küçükleri, maneviyatları üzerinde olumsuz, zararlı etki yapabilecek nitelikteki yayınlara karşı korumak amacıyla idari ve hukuki önlemler almak Devlete verilmiş bir görevdir ve bu yolda getirilen önlemlerin beklenen sonuçları vermesi gerekir. Bu önlemlere aykırı hareketlerin ise yaptırımlara bağlanması gerekir bu nedenle de yasanın anılan 7. maddesi Anayasa’ya aykırı değildir” (AYM, T: 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4, RG. 21.11.1987, sy: 19641).

¹⁷¹ 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (RG. 14.07.1934, sy: 2751).

faaliyetten men edilen işyerlerinde, bu fiiller tekrar işlendiği takdirde, işyeri açma ve çalışma ruhsatları, mahallin en büyük mülkî amirinin bildirimi üzerine, belediye veya il özel idaresi tarafından beş iş günü içinde iptal edilir”.

PVSK m. 11’e göre ise; “Polis genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları; çocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve her türlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri; genel ahlak ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları, herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal şikayete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikayet ve müracaat vuku bulduğu takdirde adliyeye tevdi eder”.

Polis Vazife ve Selahiyet Nizamnamesi¹⁷² m. 9’a göre; “Kumar oynanan umumi veya umuma açık yerleri, uyuşturucu maddeler kullanılan yerleri, mevcut hükümlere aykırı hareketleri görülen umumi evleri, birleşme yerleri ve tek başına fuhuş yapanların evlerini, ahlaka ve umumi terbiyeye uygun olmayan veya devletin emniyet ve siyasetine mazarratı dokunacak oyun oynatılan veya temsil verilen yerleri, polis, kati deliller elde ettiği takdirde o yerin en büyük mülkiye amirinin emri ile kapatabilir. Kapatmayı icap ettirecek sebepler suç teşkil ettiği takdirde tahkikat evrakı derhal adliyeye verilir. Mahkemeden aksine bir karar verilinceye kadar bu kapatma devam eder. En büyük mülkiye amiri kapatmayı icap ettiren sebepleri mahkemeye verilecek mahiyette görmezse bunlar hakkındaki kapatma en çok üç ay devam edebilir. Tekrar açılınca bu yerlerde aynı işlerin tekrar yapılmaması için polisçe icap eden tedbirler alınır”.

Görüldüğü üzere PVSK ile Polis Vazife ve Selahiyet Nizamnamesi’nin bu maddeleri genel ahlaka aykırı davrananlar ile bu hareketlerin gerçekleştiği yerlerde alınacak tedbirleri ve polisin bu konudaki yetkisini düzenlemektedir.

¹⁷² 1938/8501 Tüzük sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi (RG. 25.04.1938, sy: 3890).

2.4. 2954 SAYILI TÜRKİYE RADYO VE TELEVİZYON KANUNU

2954 sayılı Kanun'un¹⁷³ amacı; “yapılan yayınların düzenlenmesi, özerkliği ve tarafsızlığı Anayasa’da hükme bağlanan Türkiye Radyo Televizyon Kurumuna ilişkin esas ve usulleri belirlemektir”.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, radyo ve televizyon kurumunda ifade özgürlüğü şarttır. İfade ve basın özgürlüğü İHAS tarafından korunmuş bir haktır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 10. maddesinde bahsi geçen ifade özgürlüğü; “kamu makamlarının bir müdahalesi ile karşılaşmadan kişilerin düşünce ve eserlerinin başkalarına ulaştırılmasını kapsar”.

Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarından. Herkes istediğini düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Kişinin her düşüncesi iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız bir biçimdedir. Ancak kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiğinde hukukun ve kanunun sahasına girer, toplum ve hukuk kuralları ile karşılaşır. Bu halde kişinin iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti söz, yazı, resim gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken belli esaslara ve kurallara bağlanması zorunludur”¹⁷⁴. Zira İHAS m. 10/2’de; “Özgürlüklerin kullanılması sırasında bir sorumluluk duygusuyla hareket edilmesinin gereğini ve suçun ya da düzensizliğin önlenmesi ile genel sağlık ve ahlakın korunması amacıyla hukukun öngördüğü yasak ve yaptırımlara tabi tutulabileceğini belirtmektedir”.

İHAM verdiği bir kararında taraf devletlerin hak ve özgürlüklere sınırlama yaparken kullandığı sınırlama ölçütüne göre takdir yetkisinin sınırının değişebileceğini kabul etmiştir. İHAM birçok kararında ifadelerin kısıtlanmasında meşru amaçlar arasında bulunan genel ahlakın korunması söz konusu olduğunda müdahaleyi ifade özgürlüğüne aykırı bulmamıştır¹⁷⁵. Hatta ifade özgürlüğü konusunda sınırlama ölçütü

¹⁷³ 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu (RG. 14.11.1983, sy: 18221).

¹⁷⁴ AYM, T: 08.04.1963, E. 1963/16, K. 1963/83 (RG. 09.07.1963, sy: 11449).

¹⁷⁵ Karan, a.g.e., s. 16; Ahlakın korunması amacıyla yapılan müdahalenin ifade özgürlüğüne aykırı olmadığına ilişkin bazı kararlar bkz. Müller and Others/Switzerland, Appl. No. 10737/84, 24.05.1988; Otto-Preminger-Institut/Austria, Appl. No. 13470/87, 20.09.1994.

ahlakın korunması ise devletin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁶. Bu sebeple İHAM içtihatlarına bakıldığında siyasi olarak değerlendirilen ifade, ifade özgürlüğü kapsamında daha fazla korunurken, sanatsal bir ifade, sanatsal bir eser söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün daha az korunduğu görülecektir. Ancak İHAM yeni tarihli kararında sanatsal ifadelerin de siyasi ifadeler gibi geniş korumaya tabi olması gerektiğini, devletin sanat eseri yaratan kişilere karşı gereksiz yere müdahalede bulunmama görevi olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁷.

2954 sayılı Kanun'un yayın esaslarının açıklandığı 5. maddesinde de belirtildiği üzere yayın genel esaslarının; *“genel ahlakın gereklerini, milli gelenekleri ve manevi değerleri gözetmek”* olduğu hükme alınmıştır. Bu sebeple bir yayın genel ahlakın gereklerini gözetmelidir.

Radyo veya televizyonda müstehcen içerikli yayın yapılmışsa m. 28'e göre; *“Televizyon Kurumunun yayınları yoluyla işlenen suçlarda veya haksız fiillerde, yayın tespit yoluyla yapılmışsa, metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumludur”*. Somut olayın koşullarına göre bu kişilerin faillik durumu değerlendirilir.

2.5. 6112 SAYILI RADYO VE TELEVİZYONLARIN KURULUŞ VE YAYINLARI HAKKINDA KANUN

6112 sayılı Kanun ile mülga edilen 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un¹⁷⁸ 4. maddesinde yayın ilkeleri sayılmıştı. Buna göre; *“Radyo, televizyon ve veri yayınları, hukukun üstünlüğüne, Anayasanın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, milli güvenliğe ve genel ahlaka uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılır. Bu yayınların yapılmasına ve denetimine ilişkin usul ve esaslar, Üst Kurulca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”*. Soyut kavramlara dayanılarak yapılan bu sınırlamalar, temel haklar ve özgürlükler açısından tehlike arz etmekteydi. Böyle belirsiz kavramlar ile Radyo Televizyon Üst

¹⁷⁶ Aktaran Arslan Öncü, a.g.e., s. 164; bkz. Sunday Times v. The United Kingdom, Appl. No. 6538/74, 26.04.1979.

¹⁷⁷ Karan, a.g.e., s. 18.

¹⁷⁸ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (RG. 20.04.1994, sy: 21911).

Kurulu’na geniş bir takdir yetkisi verilmiş olması da temel hak ve özgürlükler açısından sakıncalıydı.

Müstehcen içerikli yayın, özel radyo veya televizyonda yapılmış ise 3984 sayılı mülga Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları hakkında Kanun’un 28. maddesine göre; *“Radyo veya televizyon yayınları yoluyla işlenen suçlardan dolayı sorumluluk, Türk Ceza Kanunu’nun iştirak hükümlerine göre yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Ancak şirketi idare ve temsile yetkili kişilerin, sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına bir yayına karar vermiş olması halinde; kendileri sorumlu olurlar. Bu hüküm, yayın kuruluşunun bu kanundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz”*.

6112 sayılı Kanun’un¹⁷⁹, yayın hizmetleri ilkelerinin düzenlendiği 8. maddesine göre; *“Yayınlar, toplumun milli ve manevi değerlerine, genel ahlaka ve ailenin korunması ilkesine aykırı olamaz. Yayın müstehcen nitelikte olamayacağı gibi radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılsa dahi yayınlanamaz. İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları ise çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimini olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerinin, bunların bu tür hizmetleri normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlüdür”*.

Soyut kavramlara dayanılarak yapılan bu sınırlamalar, temel haklar ve özgürlükler açısından tehlike arz etmektedir.

Müstehcenlik suçunu konu alan TCK m. 226’da belli hallerde müstehcen ürünlerin reklamının yapılması da ceza olarak kabul edilmiştir. 6112 sayılı Kanun m. 3/ş’ye göre; *“Radyo ve televizyon reklamı, taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dahil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşüncüyı yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle*

¹⁷⁹ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (RG. 03.03.2011, sy: 27863).

bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını” ifade etmektedir.

2.6. 5187 SAYILI BASIN KANUNU

5187 sayılı Kanun’un¹⁸⁰ amacı; “basın özgürlüğü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemektir”. Kanunun 3. maddesinde bu özgürlüğün kısıtlama nedenleri sayılmıştır. Bu nedenler arasında toplum ahlakının korunması da vardır. Basın özgürlüğü sınırsız bir hak olmayıp müstehcenlik suçunun koruduğu bir değer olan ahlak kavramı bu özgürlüğün kısıtlanma sebebidir.

Anayasa Mahkemesi bu konudaki görüşünü belirttiği kararında şöyle hüküm kurmuştur; “*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan sınırlama sebeplerinde genel ahlak bulunmamaktadır. Ancak Anayasa’nın 28. maddesinin 7. fıkrasına göre basın özgürlüğü konusunda genel ahlakın korunması sebebi, meşru bir sınırlama sebebidir. Bu sebeple basın özgürlüğü hakkının kullanılmasında müstehcenlik ve ahlakın korunması kavramlarına dikkat edilmesi gerekir*”¹⁸¹.

5237 sayılı TCK m. 226/2 ve 5’te ürünü “basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi” fail olarak kabul edilmiştir. Bu kişiler, basın özgürlüğünü kullanırken müstehcenlik ve ahlakın korunması kavramlarına dikkat etmelidirler. Ancak ürün, 5187 sayılı Kanun uyarınca basılmış eser ise m. 11 hükmü gereği eser sahibi sorumludur. Bu hüküm şöyledir; “*Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanmaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması*

¹⁸⁰ 5187 sayılı Basın Kanunu (RG. 26.06.2004, sy: 25504).

¹⁸¹ AYM, T: 26.10.2017, B. No. 2014/20168 (RG. 28.12.2017, sy: 30284).

halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir. Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur”.

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.

5187 sayılı Kanun m. 2/1-ı’ya göre; “*Eser sahibi: süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazanı, çevireni veya resmi ya da karikatürü yapanı*”; Yayımcı ise, m. 2/1-j’ye göre, “*eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişiyi*”; Basımcı ise, m. 2/1-k’ye göre, “*eseri basım araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder.

İçel’e göre; burada asıl olan, basılmış bir eserin bulunmasıdır. Basılmış eserden söz edebilmek için objektif ve sübjektif olmak üzere iki koşul şarttır. Objektif koşul, basılmış eserin düşünsel içeriğinin bulunması, eserin maddi bir varlığının olması ve basılmış eserin çoğaltılmasıdır. Sübjektif koşul ise basımın veya eserin yayımlanmak üzere çoğaltılmasıdır¹⁸². Ancak TCK m. 226 açısından amaç müstehcen içeriklerin yayılmasını engellemek olduğundan kanun basılmış bir eserin varlığını aramamıştır.

5187 sayılı Kanun’un 20. maddesinde basın özgürlüğü, toplumun sağlığı ve ahlakın korunması sebebiyle kısıtlanmıştır. Bu hükme göre; “*Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar bir milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda iki milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda on milyar liradan az olamaz*”.

¹⁸² Kayıhan İçel, *Kitle İletişim Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017, s. 142-145.

İletişim araçlarıyla kamuya yapılan yayınlar da süreli yayın kapsamındadır¹⁸³.

2.7. 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN

Günümüzde suçların işlenmesi internet ortamında daha kolay hale gelmiştir. İnternet ortamında işlenen suçlarda fiziki bir husus olmadığından coğrafi sınırlar dahi ortadan kalkmış ve coğrafi sınırlar saptanamaz hale gelmiştir. Böylece müstehcen görüntünün yayılmasıyla ilgili olarak müstehcenlik suçunun, işlenmesi de daha kolay hale gelmiştir¹⁸⁴. Suçun işlenmesinin kolay hale gelmesi sebebiyle hukuken korunan değerler daha fazla tehlike alanına girmiştir. Bu nedenle, müstehcenlik suçunda artık somut tehlike suçundan ziyade soyut tehlikeler cezalandırılmıştır¹⁸⁵.

5651 sayılı Kanun¹⁸⁶ ile internet ortamında işlenen suçlarla mücadele etmek istenilmiştir. Kanun gerekçesinde, anayasal düzene uygun olarak korunmaya muhtaç kabul edilen aile, çocuk ve genç gibi toplumsal kesimlerin zarar görebileceği suçların özel olarak önlenmesi amacının olduğu ayrıca belirtilmiştir.

5651 sayılı Kanun içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usuller belirlenmiştir. 5651 sayılı Kanun m. 2/1-e'ye göre; *“Erişim sağlayıcı: kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri”* ifade eder.

¹⁸³ Mustafa Özen, “Yürürlükten Kaldırılan 5680 Sayılı Basın Kanunu ile Yürürlükte Olan 5187 Sayılı Basın Kanununun Karşılaştırılması”, Ankara, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2006), s. 79.

¹⁸⁴ Fatih Selami Mahmutoglu, “Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler”, İstanbul, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 121 (2013), s. 7.

¹⁸⁵ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 959.

¹⁸⁶ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (RG. 23.05.2007, sy: 26530).

5651 sayılı Kanun m. 2/1-f'ye göre; “İçerik sağlayıcı: internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder.

5651 sayılı Kanun m. 2/1-i'ye göre; “Toplu kullanım sağlayıcı: kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan” ifade eder.

5651 sayılı Kanun m. 2/1-m'ye göre; “Yer sağlayıcı: hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder.

Kanunun 7. maddesine göre; “Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür”. Zira İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik¹⁸⁷ m. 9'a göre; “İşyerlerinde 21/6/1927 tarihli ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununa aykırı hareket edilemez. 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 oyunlar oynatılamaz”. Bu sebeple kendisine yükümlülük yüklenen bu internet sùjeleri; erişim sağlayıcısı, içerik sağlayıcısı, toplu kullanım sağlayıcısı, yer sağlayıcısıdır. Bu kişiler de müstehcenlik suçundan sorumlu olabilir.

5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre; “İçerik sağlayıcı internet ortamında sunduğu her içerikten sorumludur”. Şöyle ki; içerik sağlayıcı, başkasının içeriğinden sorumlu değildir. Fakat sunuş biçimi olarak bağlantı sağladığı içeriği, benimsemiş ve bu içeriğe ulaşılması amaçlanmışsa genel hükümlere göre içerik sağlayıcısı sorumlu olur. Burada içerik sağlayıcısının iştirak koşullarını gerçekleştirip gerçekleştirmediğine bakılır.

5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre ise; “Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Ancak yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği

¹⁸⁷ İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik (RG. 11.04.2017, sy: 30035).

bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde yayından çıkarmakla yükümlüdür”. Görüldüğü üzere burada yer sağlayıcısı içeriği kontrol etmekle yükümlüğü değildir; yalnızca hukuka aykırı içerikten haberdar olduğunda bunu engellemekle yükümlüdür.

5651 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre; “Erişim sağlayıcı herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde erişimi engellemekle, sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla, faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmek ve trafik bilgilerine ilişkin kayıtları yönetmelikte belirtilen esas ve usullere uygun olarak Kuruma teslim etmekle, erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla yükümlüdür. Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir”. Erişim sağlayıcı yükümlülüklerden birini yerine getirmez ise erişim sağlayıcısına kanun hükmü gereği, “on bin Yeni Türk Lirasından elli bin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir”.

Toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülüklerine dair 7. maddeye göre; “Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahalli mülki amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahalli mülki amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahalli mülki amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usuller, yönetmelikle düzenlenir. Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür. Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve

esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir”.

5651 sayılı Kanun’un 7. maddesinde belirtilen internet toplu kullanım sağlayıcıları arasına internet cafe işletmecileri de girmektedir. Belirtilen yükümlülüklerle uymayan cafe işletmecileri de sorumlu olmaktadır.

5651 sayılı Kanun’un 8. maddesine göre; *“İnternet ortamında yapılan ve içeriğinin müstehcenlik suçunun oluştuğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir. Bu karar yalnızca kanun maddesinde yazılı intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçları ile Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlarla ilgili olarak verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür”.*

Hapis yaptırımı 2014 yılında yapılan değişiklik¹⁸⁸ ile kaldırılmış ve koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyenlere yaptırım olarak beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

2.8. 6502 SAYILI TÜKETİCİLERİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

6502 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun’un¹⁸⁹ amacı 1. maddesinde belirtilmiştir. Madde uyarınca kanunun amacı; *“Kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini*

¹⁸⁸ 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 19.02.2014, sy: 28918).

¹⁸⁹ 6502 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun (RG. 28.11.2013, sy: 28835).

özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir”.

Tüketicinin bilinçlendirilmesine yönelik 59. madde gereğince; “Tüketicinin bilinçlendirilmesi konusunda örgün ve yaygın eğitim kurumlarının ders programlarına, Bakanlığın görüşü alınarak Milli Eğitim Bakanlığınca gerekli ilaveler yapılır. Ülke genelinde yayın yapan radyo ve televizyon kuruluşları 08.00-22.00 saatleri arasında, ayda on beş dakikadan az olmamak üzere tüketicinin bilinçlendirilmesi amacıyla yayınlar yapmak zorundadır. Yapılan yayınların tarih, saat, süre ve içerik bilgileri liste halinde her ay düzenli olarak Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna bildirilir. Bu saatler dışında yapılan yayınlar, aylık on beş dakikalık süreye dahil edilmez. Bu süreler, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından denetlenir ve sonuçları Bakanlığa bildirilir”.

Tüketicilerin bilinçlendirilmesi ve bunun kanunla korunması önemli olduğu gibi bu husus müstehcenlik suçu bakımından da önemlidir. Zira bu kanunun ticari reklam başlıklı 61. maddesi şöyledir; “Ticari reklamların Reklam Kurulu’nda belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır. Tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklam yapılamaz”.

Yasağın denetimi m. 75’te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “Kanunun uygulanmasında, Bakanlık müfettişleri, gümrük ve ticaret denetmenleri ile Bakanlıkça görevlendirilecek personel, mal veya hizmet sunulan her yerde denetleme, inceleme ve araştırma yapmaya yetkilidir. Bu Kanun kapsamına giren hususlarda, yetkili ve görevli kişi veya kuruluşlara her türlü bilgi ve belgenin doğru olarak gösterilmesi veya istenmesi halinde belgelerin aslının veya onaylı kopyalarının verilmesi zorunludur”.

Yasağa aykırı davranıldığında öngörülen yaptırım 77. maddenin 12. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “Kanunun 61. maddesinde belirtilen yükümlülöklere aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görölen

hallerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır. Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. Aykırılık;

a) Yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise on bin Türk Lirası,

b) Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise iki yüz bin Türk Lirası,

c) Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezaların yarısı,

ç) Yerel düzeyde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası,

d) Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası,

e) İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası,

f) Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise yirmi beş bin Türk Lirası,

g) Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası, idari para cezası verilir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi halinde yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir”.

Bu hükümlerde de genel ahlak korunmuştur. Ancak ilgili hareketin müstehcenlik suçu kapsamına girmesi halinde, bir hareketin hem kabahat hem de suç olma durumu ortaya çıkacaktır. Bu durumda Kabahatler Kanunu m. 15/3 uyarınca sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak hareketin, suç kapsamına girmemesi veya suçtan dolayı yaptırım uygulanamaması hallerinde kabahat yaptırımını uygulanır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA MÜSTEHCENLİK SUÇU

3.1. Genel Olarak

Müstehcenlik suçu, 5237 sayılı TCK'da, "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" başlığının yedinci bölümünde 226. maddesinde düzenlenmiştir. Müstehcenlik suçunun düzenlenmesinde, 756 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK da genel ahlak ve hayasızca hareketler kavramına atıfta bulunmuştur.

5237 sayılı TCK'da yapılan düzenlemeyle çocukların, bu tür suçlara karşı korunmasına ilişkin yeni suç tipleri de eklenmiştir. Bu sebeple 5237 sayılı TCK'da bulunan bu hüküm, 1117 sayılı Kanunu da kapsamakta olan geniş bir düzenlemedir. Görüldüğü üzere 1117 sayılı Kanun ve TCK m. 226 olmak üzere Türk hukuk sisteminde aynı hukuki değeri koruyan iki farklı yasal düzenlenme bulunmaktadır. Bu halde 5237 sayılı TCK'nın 1117 sayılı Kanun hükümlerin çakışması halinde 5237 sayılı TCK hükümleri uygulanır.

TCK m. 226 geniş bir düzenlemedir ve yalnızca çocukları değil yetişkinleri de koruma altına almıştır. Söz konusu madde hükmü şöyledir;

"(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.

(2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(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 beş bin 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 beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(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 beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(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 yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(6) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz”.

3.2. Korunan Hukuksal Değer

Suç genel teorisinde suçun konusu, maddi ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi konu hareketin yöneldiği kişi veya nesnedir, hukuki konu ise kanun tarafından korunması amaçlanan hak ya da değerdir¹⁹⁰. Değerin seçilmesi ve niteliğinin belirlenmesi yasa koyucunun takdirindedir¹⁹¹. Hukuksal değer, hukuk toplumundaki düzenin varlığı ve devamı için korunması zorunlu olan ideal, manevi değerlerdir¹⁹². Bu değerlere tecavüzde, kişi değerleri tanımadığını göstererek değerlere karşı çıkar¹⁹³. Burada TCK m. 226 ile korunan hukuksal değer ne olduğu incelenecektir.

TCK m. 226, “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiştir. Buradan görüleceği üzere korunan hukuki değer toplumun ar, haya, adap duyguları, genel ahlaktır. Madde gerekçesine bakıldığında toplumdaki egemen değer ölçüleri dikkate alınmıştır. Ancak madde birden çok hukuki değeri korumaktadır. Kanun maddesinde korunan bir diğer değer, çocuklardır¹⁹⁴. Zira çocuklar yalnızca TCK m. 103 kapsamında cinsel istismara maruz kalmazlar, müstehcen ürün gösterilmesi veya müstehcen üründe kullanılması gibi durumlarla da istismara maruz kalabilmektedirler. Burada çocuk kavramı açıklanmalıdır. Türk Dil Kurumu’na göre çocuk; “*Soy bakımından oğul veya kız evlat, bebeklik çağı ile erginlik çağı arasındaki gelişme döneminde bulunan insan*” anlamına gelir¹⁹⁵. Hacıoğlu’na göre çocuk; “*zihinsel, fiziksel, ruhsal yönden olgunluğa erişememiş toplumdaki rol ve görevlerini öğrenmekte olan bakıma ve eğitime ihtiyacı olan insandır*”¹⁹⁶.

Devletin öncelikle gerçekleştirmesi gereken ödevlerinden biri, çocuğun huzurlu, mutlu bir çevrede yaşamasını sağlama ve bedensel, ruhsal bütünlüğünün korunması olmalıdır. İHAM özellikle özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde verdiği kararında

¹⁹⁰ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2016, s. 226.

¹⁹¹ Ay, a.g.e., s. 13.

¹⁹² Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 118, 119.

¹⁹³ Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 1. Baskı, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s. 149.

¹⁹⁴ Aynı yönde bkz; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 95.

¹⁹⁵ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 240.

¹⁹⁶ Burhan Caner Hacıoğlu, “Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısının Çocuk ve Küçük Ceza Hukuku’na İlişkin Hükümleri”, *Erzincan, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1 (1998), s. 1.

belirttiği üzere; “kişinin, fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile kişisel özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkı vardır”¹⁹⁷. AY m. 17/1 gereği herkes, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. AY m. 5’e göre; “Devletin temel amaç ve görevleri... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”. Anayasa Mahkemesi bu hakkın, İHAS m. 8’deki özel yaşama saygı hakkının alt kategorisi kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendisini geliştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geldiğini belirtmiştir¹⁹⁸. Devlet, hem negatif yükümlülükleri ile bu haklara müdahale etmeyerek hem de pozitif yükümlülüklerini yerine getirerek bu hakları korumalı, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik müdahaleleri önlemelidir. Bu sebeplerle devlet, ceza hukukunda alınacak tedbirleri geliştirmeli, suç politikasını buna göre belirlemeli, çocuğun müstehcenliğe maruz kalmasının ve müstehcenliğe alet edilmesinin önüne geçmelidir¹⁹⁹.

TCK m. 226/1-a, b’de korunan hukuksal değer; çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve duygusal tamlığıdır. Zira çocukların da kişiliğini sağlıklı şekilde geliştirme hakkı vardır. Madde metninde özellikle çocuklar korunmuş olmakla birlikte genel olarak ceza hukukunda da çocukların korunmasına yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Araştırmalar göstermektedir ki, çocuklar, kadınlar, engelliler ve yaşlılar gibi görece daha savunmasız durumda bulunanlar psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddete daha çok maruz kalmaktadırlar²⁰⁰.

Maddedeki diğer bentler açısından bakıldığında ise yalnızca çocuklar değil, yetişkinler de korunmuştur. TCK m. 226/1-c’de yetişkinlerin, söz konusu ürünlerle istemediği hallerde, zamanlarda ve yerlerde karşılaşmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak kişilerin korunması ile kişilerin özgürlükleri gibi iki menfaatin dengelenmesi amacıyla, hareketin suç olarak kabulü için aleniyet aranmıştır.

¹⁹⁷ Öncü, a.g.e., s. 25; “...bir tercihte bulunabilmesi, özel hayatının mahrem bir yönünü ilgilendirmekteydi ve dolayısıyla kendi geleceğini belirleme hakkı ile bağlantılıydı” (Parrillo v. Italy, Appl. No. 46470/11, 27.08.2015, <https://hudoc.echr.coe.int>, Erişim tarihi: 14.04.2020).

¹⁹⁸ AYM, T: 25.06.2015, B. No. 2013/3434 (RG. 02.10.2015, sy: 29490); AYM, T: 11.11.2015, B. No. 2013/7979 (RG. 24.12.2015, sy: 29572); AYM, T: 11.11.2015, B. No. 2013/9880 (RG. 31.12.2015, sy: 29579).

¹⁹⁹ Ay, a.g.e., s. 15.

²⁰⁰ Öncü, a.g.e., s. 37, 38.

Yetişkinlerin korunmasının bir sebebi de şudur ki; araştırmalardan elde edilen bulgulara göre müstehcen ürün, özellikle de pornografi tüketicileri bir zaman sonra normal yaşamlarında, asosyal, içine kapanık ve suç işlemeye daha meyilli hale gelmektedirler²⁰¹. Devletin işlevi ise düzeni tesis etmek olduğundan hem çocuklar hem de yetişkinler bu madde ile korunmuştur. Bu açıdan bakıldığında madde hükmü birden fazla hukuki değeri korumaktadır.

Müstehcenlik ile ilgili hükümde korunmak istenen hukuki değer belirlenmesine sistematik açıdan bakıldığında ise, hüküm topluma karşı suçlar kısmında, genel ahlaka karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir.

Müstehcenlik suçu genel ahlaka karşı suçlar bölümünde düzenlenen hayasızca hareketler suçu ile yakın bir ilişki içindedir. Zaten müstehcenlik suçunun gerekçesinde *“madde metninde müstehcenlik ve çocukların bu tür zararlı yayınlara karşı korunmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Normatif, değerlendirilebilir, bir unsur niteliğini taşıyan müstehcenlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde, toplumda egemen olan değer ölçüleri ve yukarıdaki madde gerekçesinde hayasızca hareketler kavramına yönelik olarak yapılan açıklamalar, göz önünde bulundurulmalıdır”* denilerek suçun konuluş amacı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Erem'e göre; müstehcenlik suçu ile yasa koyucu, ortak bir duygu olan genel adap esas alınarak gelecek bir kötülüğü yani genel ahlakın düşmesini önlemeyi amaçlar, bu yönüyle müstehcenlik suçunun var oluş nedeni belli bir düzenin bozulmamasıdır²⁰². Müstehcenlik ile genel adap ortak bir duygu olarak kabul edilmiş ve genel ahlakın bozulmasının önlenmesi amaçlanmıştır²⁰³. Buradan da görüleceği üzere hukuk kuralları, çoğu zaman ahlak kurallarından esinlenmektedir. Zira devlet, her ne kadar bağımsız bir tüzel kişi ise de devleti insanlar kurmuşlardır ve ahlak kuralları, toplum düzeninin sağlanması açısından hukuk kuralları ile koruma altına alınmıştır.

²⁰¹ Dönmezer, a.g.e., s. 230.

²⁰² Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1993, s. 220.

²⁰³ Taneri, a.g.m., s. 585.

Sistematik yoruma uygun olarak, Özbek'e göre; mevzuatta olan hükümde yazılmamış olsa da korunmak istenen hukuki değer, eski TCK'da ifade edildiği gibi, toplumun ar ve haya duyguları, yani genel ahlakıdır²⁰⁴.

Dönmezer'in ifade ettiği üzere, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler belirli bir kimsenin edep ve iffetini zedelemeyiz; fakat kamunun duygularına yani genel adaba tecavüzü belirler²⁰⁵. Zira sistematik olarak görüleceği üzere madde metni TCK'nın yedinci bölümünde “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun koyucunun korumak istediği değerin genel ahlak olduğu açıkça ortadadır. Ancak bu açıdan müstehcenlik suçu, cinsel ahlaka dair bir değer yargısının, kendisini hukuk normu olarak dayatmasının müteşekkildir ve ceza hukukunun içine ahlak, genel ahlak gibi kavramlar konulduğunda yapılan şey, içindeki her ifadenin açık, belirli olması gereken bir metne tamamen muğlak bir kavramı sokmaktır²⁰⁶. Bu sebeple TCK'da müstehcenlik suçu bulunmakta ise de, modern ceza hukukuna uygun olarak müstehcenlik değil, yalnızca pornografinin cezalandırılması gerekir²⁰⁷. Ancak TCK'da genel ahlak korunmaktadır. Uygun'un ifade ettiği üzere, genel ahlak toplum yapısının manevi yönünü ve etik çatısını oluşturur. Bu yönüyle genel ahlak, toplumsal düzenin maddi dayanaklarını kuran kamu düzeninden ayrılır; ancak genel ahlakın da korunması gerekmektedir²⁰⁸. Özbek'e göre ise, genel ahlak kavramının suçla korunan hukuki değer olarak esas alınması ceza hukukunun çağdaş gelişimine uygun değildir²⁰⁹. Zira Kubilay Atlay, *Edepsiz Kitaplar* adlı kitabın takdiminde durumu şu hale benzetmektedir; “gece bekçisine sahip olmak güzeldir, siz evinizde yatarken birilerinin sizi koruması rahatlatıcıdır. Bu sayede evinizde rahatlıkla kitap okur, istediğinizle beraber olup istediğiniz internet sitesinde dolaşırsınız. Bekçi tüm bunlara karışmaz, karışması da rastlanan bir durum değildir. Acaba hakikaten değil midir?”²¹⁰ ifadesi ile insanları koruması için var olan devletin, insanların evlerine girerek izledikleri şeylere karışmasını ve bu bağlamda müstehcenlik suçunu eleştirmektedir. Bu sebeple müstehcenlik suçunda neyin müstehcen olup olmadığı sorunu, asıl sorun olmakla

²⁰⁴ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 40.

²⁰⁵ Dönmezer, a.g.e., s. 185.

²⁰⁶ Alper Ozan Marakoğlu, *Edepsiz Kitaplar*, 1. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları, 2014, s. 51, 52.

²⁰⁷ a.g.e., s. 52.

²⁰⁸ Uygun, a.g.e., s. 131.

²⁰⁹ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 43.

²¹⁰ Marakoğlu, *Edepsiz Kitaplar*, s. 15.

beraber müstehcen olanın da, hukuk tarafından cezalandırılmasının gerekip gerekmediği tartışılır bir durumdur. Ancak tüm bunlara rağmen yapılan eleştirilere bakıldığında, genel olarak eleştiriler ahlakın hiç korunmamasına değil, daha dar bir şekilde korunmasına yöneliktir.

TCK m. 226/1’de kanun, müstehcen şeylerin satışına mahsus yerlerin olduğunu kabul etmiştir. Bu ürünlerin üretimine ve bu yerlerde satışına izin vermiştir. Bunun sebebi, düşünce özgürlüğüne ve insanın kendini ifade etme özgürlüğüne saygı duyulması, insanların cinsel dünyasındaki özgürlüğü, insanların ticaret özgürlüğüdür. Zira üretilen bir malı, herkes istediği gibi alıp satabilmelidir²¹¹. Bu açıdan hukuk düzeni, toplum düzenini ve çocukların gelişimini düşünürken bir yandan ise insanların kendisini ifade etme, eser verme ve ticaret özgürlüğünü korumalıdır. Bu sebeple getirilen bazı koruyucu hükümlerde bu iki menfaatin dengelemesi amacıyla suçun alenen işlenmesi aranmıştır. Bu durumda hareket, alenen işleniyorsa toplumun ar ve haya duyguları daha önemli kabul edilmiştir. Ancak hareket, kapalı ve herkesin giremeyeceği yerlerde işleniyorsa bu durumda kişinin araştırma, görme, öğrenme, cinsel arzu ve merakını tatmin özgürlüğü daha üstün tutulmuştur²¹².

TCK m. 226/2’de, TCK m. 226/1’de yazılı ürünlerin basın yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlamasına aracılık eden kişi cezalandırılmıştır. Bu fıkranın yaptırımı 1. fıkradan daha fazladır. Ayrıca bu ürünlerin yayınlanmasına aracılık eden kişiler de cezalandırılmıştır. Bu fıkroda korunan hukuksal değer 1. fıkra ile aynıdır. Ancak 2. fıkroda daha fazla yaptırım öngörülmesinin sebebi basın ve yayın yoluyla müstehcen ürünün kısa zamanda geniş kitlelere ulaşabilme özelliğinin olmasıdır²¹³. Zira basın ve yayın yoluyla bu ürünün daha az maliyetle ve daha az süre de daha fazla kişiye ulaştığı gerçeği açıktır. Ancak suç tipinin ve kanuni düzenleme sistematığının kolay incelenebilmesi açısından burada ayrı bir kanuni düzenleme yerine bu husus nitelikli unsur olarak düzenlenebilirdi.

TCK m. 226/3’te tanımlanan suçta korunan hukuki değer 1. ve 2. fıkralarda olduğu gibi genel ahlakıdır. Ancak 3. fıkradaki müstehcen ürünler çocukları konu alan

²¹¹ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, s. 567.

²¹² Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 464.

²¹³ Kayıhan İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2005, s. 12.

ürünler olduğundan bu fıkra da korunan bir diğer hukuki değer ise çocuk hakları, çocuğun korunması, çocuğun yüksek yararı kapsamında cinsel varlığı, fiziksel ve ruhsal bütünlüğüdür.

Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, Türkiye'nin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 34/c maddesi; "sözleşmeye taraf devletler, çocukların, pornografik nitelikteki gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla her türlü önlemi almayı kabul etmişlerdir" hükmü gereği çocuklar korunmuştur.

TCK m. 226/3'te pornografi veya çocuk pornografisi sözcüklerine yer verilmemiştir. Ancak korunan hukuki değer göz önüne alındığında pornografi ve çocuk pornografisinin suç olduğu açıktır. Çocuğun, pornografik ürünün veya benzeri hareketleri içeren ürünün konusu olması suç haline getirilmiştir²¹⁴. TCK m. 226/3'te aynı zamanda genel ahlak da korunmaktadır. Zira yalnızca bu ürünlerde kullanılan çocuk zarar görmemekte, bu ürünlere maruz kalan kişiler de zarar görmektedir. Şöyle ki, bu ürünlerdeki hareketlerin tahrik etme özelliği ve taklit edilme ihtimali vardır. Bu durum, hem ürüne konu olabilecek çocukları hem de ürüne maruz kalacak toplumun korunmasını zorunlu kılmaktadır²¹⁵. Bu açıdan 1. fıkra için yapılan açıklamalar 3. fıkra için de geçerlidir.

TCK m. 226/3 açısından gerçek bir çocuğun varlığı şart değildir. Gerçek çocuk olmadan çocuk pornografisi üretilmişse, burada korunmak istenen hukuki değer nedeniyle, hareket halen suç olarak kabul edilmektedir. Çünkü bu tarz ürünler ile çocuklar çeşitli cinsel hareketlerde bulunmaya teşvik edilmekte, çocukların cinsel ilişki de kullanılabileceği vurgulanmakta, çocuklara cinsel ilişki eğlenceli bir olay olarak gösterilmektedir. Bu hallerde çocukların cinsel hareketlere katılımının sıradanlaştırılması tehlikesi mevcuttur²¹⁶.

²¹⁴ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 118.

²¹⁵ a.g.e., s. 121.

²¹⁶ Şerife Çam, "Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular", Ankara, *İletişim Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 2 (2003), s. 69.

TCK m. 226/4'te toplumdaki herkesin korunması ön plandadır. Fıkra da konu alınan parafilik davranış şekilleri çok farklıdır. Madde metninde, “şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde yapılan cinsel davranışlar” sayılmış ve bu davranış şekillerine ek olarak “veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar” ifadesine yer verilmiştir.

Parafili, ruhsal bozukluk olduğu kabul edilen bir cinsel eğilimdir. Burada cinsel heyecan için olağandışı, tuhaf fantezi davranışlar mevcuttur ve pedofili, zoofili, nekrofil, cinsel sadizm ya da sadomazoşizm gibi eğilimler bu kapsamdadır²¹⁷. Parafilik davranış şekillerinin taklit edilme potansiyeli mevcut olduğundan, yalnızca çocuklar değil, yetişkinler de korunmak istenmiştir. Bu sebeple toplumun genel ahlakı ile sağlığının korunması için madde gerekçesinde de belirtildiği üzere mutlak yasak getirilmiştir. Parafilik olarak kabul edilen davranışlar sağlık bilimciler tarafından tasnif edilmiş, yaklaşık 549 parafilik eğilim belirlenmiştir. Ancak bu davranışlar zamanla değişmektedir. Örneğin; homoseksüellik parafilik davranış olarak kabul edilmekte iken artık parafilik davranış olarak kabul edilmemektedir²¹⁸.

TCK m. 226/5'te, üçüncü ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlamasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi cezalandırılmıştır. Bu fıkra açısından da yine korunan hukuksal değer, çocukların bedensel gelişim ve ruhsal sağlığı ile toplumun genel ahlakıdır.

3.3. SUÇUN UNSURLARI

3.3.1. TİPİKLİK

Tipiklik, suç sayılan hareketin ceza hukukundaki soyut tasviridir. Zira hareketin suç olarak kabulü için yasada belirtilen tanıma uyması, soyut tipik hareketin gerçekleşmesi gerekir²¹⁹. Dış dünyada gerçekleşen hareket, kanuni tanıma uymazsa ceza

²¹⁷ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 151.

²¹⁸ Ümit Sayın, *Cinsel Bozukluklar ve Parafili*, 1. Baskı, İstanbul: Tantra Akademi, 2016, s. 153.

²¹⁹ Selahattin Keyman, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, Ankara, *AÜHFD*, C. XXXVII, S. 1 (1980), s. 66; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara: Sevinç Matbaası Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 29.

hukuku bakımından önemli değildir²²⁰. Suçun oluşması için kanuni tanımdaki şekil ve tarzda hareket veya hareketlerin yapılması önemli olduğundan bu bölümde TCK m. 226 düzenlemesinin tipikliği incelenecektir.

3.3.1.1. Suç Tipinin Genel Özellikleri

Müstehcenlik suçu, TCK m. 226'da 7 fıkra halinde düzenlenmiştir.

TCK m. 226/1'de; “Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek ya da bunların içeriğini göstermek, okumak, okutmak veya dinletmek; Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen göstermek, görülebilecek şekilde sergilemek, okumak, okutmak, söylemek, söyletmek; Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz etmek; Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz etmek, satmak veya kiraya vermek; Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak vermek veya dağıtmak; Bu ürünlerin reklamını yapmak” suç olarak kabul edilmiştir.

TCK m. 226/2'de; “Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlamak veya yayınlanmasına aracılık etmek” suç olarak kabul edilmiştir.

TCK m. 226/3'te; “Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanmak; Bu ürünleri ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak ya da başkalarının kullanımına sunmak” suç olarak kabul edilmiştir.

TCK m. 226/4'te; “Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üretmek, ülkeye sokmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, başkalarının kullanımına sunmak veya bulundurmak” suç olarak kabul edilmiştir.

²²⁰ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 122.

TCK m. 226/5'te; "Çocukların, temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanıldığı müstehcen ürünler ile şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlamak veya yayınlanmasına aracılık etmek ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlamak" suç olarak kabul edilmiştir.

Hareketin şekline göre suçlar; serbest hareketli ve bağlı hareketli suçlar olarak ayrılır. Kanunda, suçun hangi hareketler ile oluşacağı belirtilmişse bağlı hareketli, belirtilmemişse serbest hareketli suç oluşur²²¹. TCK m. 226 açısından madde metninde suçu oluşturan hareketler belirtilmiştir. TCK m. 226 düzenlemesi bağlı hareketli suçtur. Suçun oluşumu için gerekli hareketler madde metninde sayılanlardır. Bu hareketlerin dışındaki bir hareketin varlığı halinde suç oluşmayacaktır.

Hareketin sayısına göre suçlar; tek hareketli suçlar, birden fazla hareketli suçlar olarak ayrılır. Suç tanımında birbirinin alternatifi, birbirinden bağımsız olarak sayılan hareketlerden birisiyle işlenebilen suçlara "seçimlik hareketli suç" denir²²². TCK m. 226 bakımından da madde metninde belirtilen hareketler, seçimlik hareketlidir. Hareketlerden birinin yapılması suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Seçimlik hareketlerden birden fazlası yapılmış olsa bile tek bir suç oluşur²²³.

Suçun oluşumu açısından suçlar, zarar ve tehlike suçu olarak ayrılmaktadır. Zarar suçunda, hareket ile hareketin konusu zarara uğratılmaktadır. Kanun koyucu tarafından bazı hukuki değerlerin daha fazla korunabilmesi için zarar değil, zarar tehlikesi aranmıştır²²⁴. TCK m. 226 düzenlemesi de tehlike suçudur. Düzenlemede bir zararın varlığı aranmamış, kanuni tanımdaki hareketin yapılmış olması suçun oluşumu bakımından yeterli görülmüştür. Bu bakımdan müstehcen ürünün kişinin veya çocuğun, kişiliğinin gelişimine veya karakterine etki edip etmemesi suçun oluşumu açısından önemsizdir. Tehlike suçu, somut ve soyut tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

²²¹ a.g.e., s. 123; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 247.

²²² Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 124; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 235.

²²³ Kayıhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Ceza Kanunu", İstanbul, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 14 (2008), s. 44.

²²⁴ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 119, 120.

Hareketin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterli ise suç, soyut tehlike suçudur²²⁵. Somut tehlike suçunda ise, tehlikenin somut olarak ortaya çıkması gerekir; aksi halde hareket cezalandırılmaz²²⁶. Müstehcenlik suçu bakımından TCK m. 226 düzenlemesi ile 765 sayılı TCK m. 426 düzenlemesi farklılık göstermektedir. Bu açıdan Özbek'in ifade ettiği üzere; 5237 sayılı TCK'da, mülga TCK m. 426'da bulunan "halkın ar veya haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı" ifadesine yer verilmeyerek TCK m. 226 soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir²²⁷.

Hareketin şekline göre suçlar; icrai ve ihmali suçlardan oluşur. İcrai hareket, yasak şeklinde ortaya çıkan ve toplum düzenini bozan hareketlerin yapılmamasını emreden normlara aykırılıktır²²⁸. TCK m. 226 düzenlemesinde sayılan hareketlere bakıldığında bu suç icrai suçtur. Ancak icrai suçların ihmal ile de işlenmesi mümkündür²²⁹. Örneğin TCK m. 226/1 bakımından icrai hareketlerin varlığı gerekir. Bu nedenle kişi, müstehcen ürünü yetiştikine göstermekte iken çocuğun da ürünü tesadüfen görmesi halinde suç oluşmaz. Fakat fail, çocuğun gördüğünü fark etmesine rağmen hareketine devam etmişse suçu ihmali hareketle işlemiş demektir²³⁰. Kanunilik ilkesi gereğince, ihmali davranışın cezalandırılması için kanunda açık bir hüküm olmalıdır. Ancak Özbek'e göre; TCK m. 226 düzenlemesi ihmali hareketle de işlenebilir. Örneğin müstehcen ürünlerin içeriğinin gösterildiği, görülebilecek şekilde sergilendiği, okunduğu, okutulduğu, söylendiği ya da söyletildiği yerlere çocukların girmesi yasaklanmalı ya da görülmesi engellenmelidir. Buna ilişkin işleyen, çocukların bu tür ürünlere ulaşabileceği yerlere girmesini yasaklayarak, görmelerini engelleyecek tertibatlar almalıdır. Bu tedbirleri almayan işleyen, ihmali hareketi ile suçu işlemiş sayılmalıdır²³¹.

²²⁵ a.g.e., s. 120.

²²⁶ a.g.e., s. 121; aynı yönde Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 287; Aksi yönde Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Kanununun Anlamı*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, C.1, 2006, s. 144.

²²⁷ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 59.

²²⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 238.

²²⁹ a.g.e., s. 240.

²³⁰ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 58.

²³¹ a.g.e., s. 64.

Hareketin devam edip etmemesine göre suçlar; ani suç ve mütemadi suç olarak ayrılır. Ani suç hareketin yapılması veya neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanan suçtur²³². Mütemadi suç ise kesintisiz suçtur. Aksi görüş mevcut olmakla birlikte Koca ve Üzülmaz'e göre; mütemadi suçta devam eden netice değil, suçta gösterilen harekettir²³³. TCK m. 226'da ise hareketin yapılması ile suç tamamlandığından TCK m. 226 düzenlemesi, genel olarak ani suçtur. Ancak bu hususun istisnaları bulunmaktadır. Şöyle ki; bulundurma hareketi bakımından suç, kesintisiz suç özelliğini gösterir²³⁴. Bulundurma hareketinde, bu hareketin kısa veya uzun olması önemli değildir. Ancak hareketin bulundurma olarak kabul edilmesi için bir süre devam etmiş olması gerekir. Dağıtmak, nakletmek, depolamak hareketleri için de bu durum geçerlidir. Dağıtma, depolama ve nakletme hareketi devam ettiği sürece suç, mütemadi suçtur.

Klasik suç teorisine göre her suçta netice vardır. Bu netice suçun hareketinden ayrı veya bitişik olabilir²³⁵. Tehlike de bir neticedir²³⁶. Bu teoriye göre TCK m. 226 neticesi harekete bitişik suçtur²³⁷. Günümüz ceza hukuku anlayışında ise netice, hareketten bağımsız bir unsurdur²³⁸. Neticenin bulunup bulunmamasına göre ise suçlar; sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ayrılır²³⁹. Tamamlanması için neticenin varlığı aranmayan suçlara sırf hareket suçu veya neticesiz suç denir²⁴⁰. TCK m. 226'da hareket sonucunda gerçekleşen ayrı bir netice aranmamıştır. TCK m. 226 düzenlemesinde kanunda yazılı hareketlerden birinin yapılması yeterli görülmüştür. TCK m. 226 düzenlemesi sırf hareket suçudur.

²³² a.g.e., s. 247.

²³³ Koca, Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 125.

²³⁴ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 134.

²³⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 226.

²³⁶ a.g.e., s. 226.

²³⁷ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 69, 132, 156.

²³⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 251.

²³⁹ Koca, Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 129.

²⁴⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 252.

3.3.1.2. Suçun Maddi Unsurları

3.3.1.2.1. Fail

Fail, TCK m. 37’de tanımlanmıştır. Hükme göre; *“Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur”*. Ceza hukukunda, yalnızca gerçek kişilerin suçun faili olabileceği kabul edilmiştir. Zira tüzel kişiler iradi davranış gösteremezler. Bu sebeple fail ancak irade sahibi gerçek kişi olabilir²⁴¹. Suçlar failin aranan niteliğine göre genel suçlar, özgü suçlar, bizzat işlenebilen suçlar olmak üzere ayrılır. TCK m. 226’da tanımlanan suçlar, genel suç niteliğindedir, yalnızca gösterilen belli kişilerin işleyebileceği özgü suçlardan değildir. Bu bakımdan TCK m. 226’da suçun faili herhangi bir gerçek kişi, yani kadın, erkek, çocuk herkes olabilir.

TCK m. 226/1 açısından; çocuğa, “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren, bu ürünlerin içeriğini gösteren, okuyan, okutan” herhangi bir gerçek kişi faildir.

TCK m. 226/2, 5’e göre; “basın ve yayın yoluyla ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden, çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan” her kişi fail olarak kabul edilir. Ancak 5187 sayılı Basın Kanunu uyarınca basılmış eser varsa fail; eser sahibidir.

TCK m. 226/2, 5’teki suçlar internet ortamında da işlenebileceğinden fail, bir internet süjesi olabilir. Bu internet süjeleri; “erişim sağlayıcısı, içerik sağlayıcısı, toplu kullanım sağlayıcısı ve yer sağlayıcısıdır”. Bu süjelerin tanımı 5651 sayılı Kanun’un 2. maddesinde yapılmıştır. Ancak TCK m. 20 ve TCK m. 226/6 gereği internet süjesi, gerçek kişi değil tüzel kişi ise bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır.

5651 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre; *“İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı*

²⁴¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 272.

içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur”.

5651 sayılı Kanun’un 5. maddesinde yer sağlayıcının sorumluluğundan bahsedilir. Yer sağlayıcı, “içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir”. Bu sebeple yer sağlayıcı sorumlu olmadığından fail olamaz. Ancak hukuka aykırı içerik mevcut ise bu halde, “kendisinin haberdar edilmesi halinde yayından çıkarmakla yükümlüdür”. Aksi halde yer sağlayıcı sorumlu tutulur. Aynı hususlar erişim sağlayıcı açısından da geçerlidir.

Toplu kullanım sağlayıcıları, ticari amaçla olup olmadığı fark yaratmaksızın, müstehcen içeriklere erişimi önleyici tedbirler almakla yükümlüdür. Bu süje genellikle internet cafe işletmecileridir²⁴². Ancak müstehcen ürün internet cafedeki bir bilgisayardan internet yoluyla birine gönderilmişse fail belirsizdir. Bu halde internet cafe sahibinin sorumluluğu yoktur²⁴³.

Müstehcen içerikli yayın, radyo veya televizyonda yapılmışsa 2954 sayılı Yayın Kanunu m. 28 gereğince, “metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumludur”. Ancak “kendilerine tevdi edilen metni aynen okumakla görevli personeli o yayının yönetim ve kontrolünde özel olarak görevlendirilmiş olmamak şartıyla, o yayın yoluyla işlenen suçtan veya haksız fiilden sorumlu tutulmazlar”. Bu nedenle bu kişiler fail olamaz.

²⁴² “Sanığın işlettiği, internet kafede bulunan 13 bilgisayardan 12 tanesinde filtreleme programının bulunmaması ve bu bilgisayarlardan pornografik sitelere giriş yapıldığının 13.11.2006 tarihli tutanak içeriğinde anlaşılması karşısında; söz konusu internet kafeye çocuk yaştaki kişilerin girip girmediği, hususunda zabıt müvezileri dinlenerek bilgisayarda internette oynayan çocuk bulunup bulunmadığı, ayrıca girilen pornografik sitelerin içeriği, (çocukların kullanıp kullanmadığı, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar ve ölü insan ya da hayvanlarla yahut şiddet kullanarak cinsel davranışlarda bulunup bulunmadığı) hususunda uzman bilirkişiler marifetiyle inceleme yapılarak sonucuna göre mahkemenin görev durumu da değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayini ve takdiri gerekirken...” (14. CD., 12.09.2012, E. 2011/9143, K. 2012/8328, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020).

²⁴³ “Sanığın kendisine zayıf not veren öğretim görevlisi, mağdur ile birkaç kişiye gönderdiği elektronik posta iletilisiyle mağdura sövmekten ibaret eyleminde sözü edilen iletiyi internet servis sağlayıcısından gönderen bilgisayarın numarasının sorulması, bu yolla bilgisayarın kime ait olduğunun saptanması gerekir. İnternet kafe gibi umuma açık yerlerde bulunan bir bilgisayardan ileti gönderilmiş ise sanığın beraatine, sanığın evi ya da işyerinde bulunan kişisel bilgisayarından gönderilmiş ise mahkumiyetine, olayla ilgisi bulunmayan bir üçüncü kişinin kişisel bilgisayarından gönderilmiş ise, bu şahsın tanık olarak dinlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi...” (4. CD., 05.12.2005, E. 2004/8763, K. 2005/21445, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020).

Suç ile korunan hukuksal değer, genel olarak çocuğun korunması ise de bu suçların faili çocuk da olabilir. Özellikle TCK m. 226/3 bakımından çocuk, kendi cinsel uzuvlarının görüntüsünü çekerek bunu arkadaşlarıyla paylaşması ya da bu görüntüyü bulundurma durumunda çocuğun, fail yani suça sürüklenen çocuk olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu husus suçun kullanma hareketi konusunda tartışılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, kişi aynı suçun hem faili hem mağduru olamaz, fail ve mağdur sıfatları birleşemez²⁴⁴. Bu halde mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğu göz önüne alınmalıdır. Çocuk, fail olarak kabul edilerek, ceza hukukunun yaş küçüklüğüne ilişkin genel hüküm olan TCK m. 31 uygulanır²⁴⁵.

Atilla Öztürk'e göre bir çocuk arkadaşlarını eve çağırarak müstehcen görüntü izlettirdiğinde çocuk, fail kabul edilir. Bu durumda TCK m. 31 uygulanır ve ev sahibi dışındaki çocuklar suçtan sorumlu tutulamaz. Ancak içeriği erişebilir kılan veya sunan tespit edilemiyor ise, yani ev sahibi çocuğun mu, yoksa diğer çocukların mı sunma iradesinin olduğu belli değilse, çocuklar hem mağdur hem fail olamayacağından suçun oluşmadığının kabulü gerekmektedir²⁴⁶.

TCK m. 226/4'te düzenlenen suçun faili, "ürünleri, üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanıma sunan, bulunduran" herkes olabilir. TCK m. 226/4'te kanun koyucu bu ürünlerin yayılmasına ilişkin her türlü hareketi cezalandırmak istemiştir. Ancak failin hangi hareketinin, hangi kapsama girdiği tartışabilir niteliktedir. Zira bu ürünü satan kişi aynı zamanda depolayan ve bulunduran kişidir. Bu durumda, failin saik ve amacı araştırılarak karar verilmesi gerekir. Aksi halde, içeriği üreten fail ile yalnızca şahsi amaçlı bulunduran faile aynı cezanın verilmesi orantılılık ilkesine ters düşecektir.

²⁴⁴ Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 117.

²⁴⁵ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 124.

²⁴⁶ Atilla Öztürk, a.g.e., s. 166.

3.3.1.2.2. Mağdur

Her suçun faili olduğu gibi her suçun mağduru da vardır²⁴⁷. Mağdur, “kendisine karşı suç işlenen kimse”²⁴⁸, “haksızlığa uğramış kimse”²⁴⁹ anlamına gelir.

Bir görüşe göre; suçlar, bireylerin, toplulukların ve kamunun menfaatini ihlal eder. Bu menfaatleri korumak devletin görevidir ve devlet dolaylı olarak her suçun geniş anlamda mağduru olarak kabul edilebilir. Bu açıdan suçun mağduru toplumdur²⁵⁰.

Bir görüşe göre ise ceza hukuku anlamında mağdur, suçun konusunun ait olduğu gerçek kişi veya kişilerdir. Bu bakımdan suçun mağduru ancak gerçek kişilerdir. Birey dışındaki tüzel kişiler, tüzel kişiliğe sahip olmayan aile, toplum mağdur olamaz²⁵¹.

Modern ceza hukuk anlayışına göre, “suçun konusu belli kişi veya kişiler ise, suçun mağduru belli kişi veya kişilerdir. Ancak suçun konusu belli kişi veya kişiler değilse, mağdur toplumu oluşturan herkeştir”²⁵². Müstehcenlik suçu TCK’da “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenen suçlar için suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir. Ancak suçun belirli bir kişiyi hedef alması halinde bu kişinin mağdur olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. *Kangal*’a göre genel ahlaka karşı suçlardan olan hayasızca hareketler suçu bakımından hareketler belirli bir kişiye yönelik olsa bile bu kişiler, suçun mağduru olarak kabul edilmezler²⁵³. Bu görüş kabul edildiğinde TCK m. 226/3’teki ürünün konusu olan çocuğun ürünü kendisi üretmesi durumundaki problem çözülmektedir. Zira bu halde çocuk mağdur kabul edilmediğinden mağdur toplumu oluşturan herkes, fail ise ürüne konu olan ve ürünü üreten çocuktur.

²⁴⁷ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2005, s. 95; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 223.

²⁴⁸ Ünver, a.g.e., s. 140.

²⁴⁹ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 641.

²⁵⁰ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara: Beta Yayınevi, 2014, s. 150; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, s. 564.

²⁵¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 289; Ünver, a.g.e., s. 141, 142.

²⁵² Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 116.

²⁵³ Zeynel T. Kangal, “Hayasızca Hareketler Suçu”, *İstanbul, Ceza Hukuku Dergisi*, S. 39 (2014), s. 18.

Bir başka görüşe göre ise suçun mağduru hem toplumu oluşturan herkes hem de belirli kişiler olabilir²⁵⁴. Yargıtay kararlarına bakıldığında müstehcen ürüne maruz kalan belirli bir kişi olması halinde, bu kişiler de mağdur olarak nitelendirmiştir²⁵⁵. TCK m. 226/1-a ve b bakımından doğrudan, TCK m. 226/1-c ve f bentleri bakımından dolaylı olarak suçun mağduru ürüne maruz kalan çocuktur. Zira *Baytemir*'e göre burada hakim olan düşünce, çocukların korunmasıdır²⁵⁶.

Kanaatimizce “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenen suçun mağduru, toplumu oluşturan herkes olmakla birlikte olay bir bütün olarak değerlendirilmeli ve hareket belirli bir kişiye yönelik ise bu kişiler de, suçun mağduru olarak kabul edilmelidir.

Suçun mağduru olarak kabul edilen çocuk ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, çocukluk döneminin başlangıç ve bitiş süresi, toplumların yapılarına, kültürlerine, inançlarına ve ekonomilerine göre değişmektedir²⁵⁷. Ancak birçok devletin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye devletimiz de taraftır. Bu Sözleşmenin 1. maddesinde “bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılır” denilmiştir. Taraf devletler bu üst sınırın altında bir yaş belirlemekte serbesttir.

²⁵⁴ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 53, 124.

²⁵⁵ “...kanunda öngörülen suç tipine uyduğu, cezanın kanuni takdir sınırlarında uygulandığı anlaşıldığından, katılan mağdur vekili ile...” (14. CD., 17.06.2019, E. 2018/3760, K. 2019/10015, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020); “18 yaşından küçük olan mağdurun çıplak fotoğraflarını kendilerine göndermesini sağladıklarının iddia edilmiş olması karşısında, iddianamedeki anlatımın içeriğinden sanıklar hakkında TCK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasındaki özel hayatın gizliliğini ihlal ve aynı Kanun'un 226. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan müstehcenlik suçundan da dava açıldığı anlaşılmakla...” (12. CD., 12.06.2019, E. 2018/8315, K. 2019/7221, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020); “Suç tarihi itibarıyla 10 yaşında bulunan mağdurun cinsel organının resmini çekmesi iddiasının TCK'nın 226/3. madde ve fıkrasında düzenlenen müstehcenlik suçu kapsamında kaldığı...” (12. CD., 28.11.2018, E. 2018/4925, K. 2018/11360, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020); “...mağdur.....'e ait fotoğraf ile sanığa ait hard disk içerisindeki görüntülerin mukayese edildiği ve soyunuk vaziyette görünen bayan ile mukayese edilen fotoğraftaki mağdurun aynı kişiler olduğunun tespit edilmesi...” (18. CD., 11.10.2018, E. 2016/17133, K. 2018/12872, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020); “...mağdurların beyanlarına göre sanığın yalnızca heteroseksüel cinsel birleşmeye ait görüntüleri kendilerine izlettirdiği ve bu görüntülerde doğal olmayan içerik bulunmadığının anlaşılması karşısında, eylemin TCK'nın 226/1-a maddesinin ihlali niteliğinde olduğu gözetilmeden...” (14. CD., 20.03.2018, E. 2017/8719, K. 2018/2052, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020).

²⁵⁶ Baytemir, a.g.e., s. 651.

²⁵⁷ Mine Tan, “Çağlar Boyunca Çocukluk”, Ankara, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 1 (1989), s. 88.

Ancak bu belirlemenin sözleşmenin bütününe ve amacına bir aykırılık oluşturmaması gerekmektedir²⁵⁸.

TMK'ya göre; on sekiz yaşının doldurulması, evlenme ve mahkeme kararı ile kişi erginlik kazanır. Bu halde TMK bakımından; “on yedi yaşını dolduranın evlenebildiği”, “on beş yaşını dolduran küçüğün kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabileceği” haller mevcuttur. Evlenmenin kişiyi ergin kıldığı kabul edilmiş olduğundan TMK açısından bu kişiler çocuk olarak değil, ergin olarak kabul edilmektedir. Ancak bu hallerde kişiler, ergin olsa bile TCK bakımından 18 yaşını doldurmadıkları için çocuk sayılmışlardır.

2253 sayılı mülga Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da çocuk ve küçük gibi farklı kavramlar kullanılması sebebiyle oluşan belirsizlik, TCK m. 6'da yapılan tanım ile sona ermiştir. TCK m. 6/1-b'ye göre; “Çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmaktadır”. TCK'nın bu hükmü Çocukları Koruma Kanunu'nun²⁵⁹ 3. maddesi ile uyumludur. Bu kanunun 3. maddesine göre; “çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder”. Bu sebeple medeni hukukta ergin kabul edilmiş, evlenmiş 16 yaşında bir bireyin, eşinin kendisine müstehcen görüntüler seyrettirmesi halinde hapis cezası ile cezalandırılması gibi husus ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan 02.05.2003 tarihinde sunulan Türk Ceza Kanunu tasarısı daha yerinde bir düzenlemedir. Bu tasarıya göre; “müstehcen yazılar, kayda alınmış veya basılmış görsel, işitsel veriler, resimler, diğer gereçler veya eşyaların sergilenmesi, ulaştırılması, elde edilmesinin sağlanması, müstehcen temsillerin gösterilmesi, bu nitelikteki şeylerin radyo ve televizyonda yayınlanması” yaptırıma bağlanmıştır. Ancak bu hareketlerin, 15 yaşını bitirmemiş çocuklara yöneltilmesi halinde daha ağır cezalar öngörülmüştür.

Tezcan, Erdem, Önok'un ifade ettiği üzere cinsel istismar suçu bakımından çocuğun ergin sayılması suçun niteliğini değiştirmez. TMK bakımından kişinin ergin sayılması suçun oluşması bakımından önem değildir. Bu durumda kişi, TCK

²⁵⁸ Yusuf Solmaz Balo, *Çocuk Ceza Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 38.

²⁵⁹ 5395 sayılı Çocukları Koruma Kanunu (RG. 15.07.2005, sy: 25876).

bakımından halen çocuk sayılır²⁶⁰. Benzer husus müstehcenlik suçu bakımından da geçerlidir. Çocuğun ergin sayılması suçun niteliğini değiştirmez.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi’nde, daha erken yaşta reşit olma durumu hariç tutulmuştur. Ancak burada önemli olan erginlikten çok, çocuğun gelişiminin bedensel ve zihinsel olgunluğunu tamamlamasıdır. Bu sebeple sözleşmenin 41. maddesinde yer alan *“bu sözleşmede yer alan hiçbir husus, çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha çok yardımcı olan bir taraf devletin yasasında veya bu Devlet bakımından yürürlükte olan uluslararası hukukta yer alan hükümleri etkilemeyecektir”* ifadesi gereği çocuk kavramını geniş tutan Çocuk Koruma Kanunu’ndaki tanım yerindedir²⁶¹.

Madde metninde bulunan diğer fıkraların mağduru, toplumu oluşturan herkestir. Zira TCK m. 226’da yetişkinlerin de, müstehcen ürünlerle istemediği bir şekilde karşılaşmasının önüne geçilmek istenmiştir. Düzenleme bu yönüyle, kişinin cinsel özgürlüğünü de korur. Ancak bu kişinin, çocuk veya yetişkin, belli bir kişi olması gerekmez. Suçun mağduru esasen toplumu oluşturan herkestir. Örneğin TCK m. 226/1-b’de müstehcen ürünün alenen gösterilmesi sergilenmesi, okunması, okutulması, söylenmesi, söylenmesi cezalandırılmıştır. Burada aleniyetin varlığı halinde suçun mağdurunun belirli bir kişi olmaması sebebiyle de mağdur toplumdaki herkes olarak kabul edilebilir²⁶². Zira aleni, açık, ortada, herkesin içinde yapılan anlamına gelmektedir²⁶³.

TCK m. 226/2 açısından 1. fıkrada yazılanlar geçerlidir.

TCK m. 226/3 açısından 1. fıkrada yazılanlar geçerlidir. TCK m. 226/3, c.1’de *“çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi”* ifadesi bulunmaktadır. Bu ifade 2016 yılında yapılan değişiklik²⁶⁴ ile şimdiki halini almıştır. Değişiklik öncesi yalnızca “çocukları kullanan kişi” ifadesi kullanılmaktaydı.

²⁶⁰ Durmuş Tezcan, Ruhan Erdem, Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 389.

²⁶¹ Fatma Betül Özdemir, *Suçta Sürüklenen Çocukların Muhakemesinde Soruşturma Evresi*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 8.

²⁶² Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, s. 562.

²⁶³ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 39.

²⁶⁴ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (RG. 07.04.2016, sy: 29677).

Bu değişiklikten önce öğretilerde Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası antlaşmaların da göz önüne alınarak, özellikle görsel içerikler bakımından, çocuk ibaresinin temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir²⁶⁵. Değişiklik öncesinde *Sokullu Akıncı* da çocuk pornografisinde, çocuk kullanılmış ise gerçek bir mağdur bulunduğunu ancak ortada gerçek bir çocuğun olmasının şart olmadığını ifade etmiştir. Burada çocuk cinsel faaliyete katılmamış hatta görüntüye sonradan eklenmiş olsa bile, çocuğu anımsatan çocuk taklidi yapılması, çocuk figürlü çizgi film yapılması halinde de suçun oluşturu kabul edilmelidir²⁶⁶.

2016 yılındaki değişiklik ile TCK m. 226/3, c.1 uluslararası düzenlemelere uygun hale getirilmiştir. Zira günümüz teknolojisinde de gerçek çocuğa gerek olmadan çocuk pornografisi üretilebilir hale gelmiştir. TCK m. 226/3, c.1 ile yalnızca “çocuğun kullanılması” değil, bu ifadeye ek “temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanması” ifadesi kullanılmışsa da madde kapsamında halen çocuğun korunması esas alınmaktadır. Bu nedenle üründe çocuk kullanılması halinde, kullanılan çocuk da suçun mağduru olarak kabul edilmelidir.

Gerçek bir çocuğun varlığı halinde ise, bu çocuğun cinsiyeti önemli olmadığı gibi üründe kullanılan çocuk sayısının bir veya birden fazla olmasının önemi bulunmamaktadır²⁶⁷. Ancak çocuk mağdur olarak kabul edilecekse çocuğun yaşıyor olması gerekir. Ölmüş bir çocuk varsa TCK m. 226/4 düşünölmelidir²⁶⁸.

TCK m. 226/3'te, suç genel ahlaka karşı suçlar başlığı altında düzenlendiğinden suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir. Düzenlemenin amacı, çocuk veya çocuk gibi görünen kişileri konu alan ürünlerin yayılmasını ve yaygınlaşmasını önlemektir. Bu sebeple ürüne konu olan çocuk veya çocuk gibi görünen kişi, bu ürünü çekmiş veya dağıtmış ise suçun faili olarak kabul edilmelidir. Aksi durumda, çocuk pornografisi

²⁶⁵ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 123.

²⁶⁶ Füsün Sokullu Akıncı, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi”, İstanbul, *İÜHFİM*, C. 59, S. 1-2 (2001), s. 37.

²⁶⁷ a.g.m., s. 37; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, s. 566.

²⁶⁸ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 124.

yaygınlaşır ve durum normal bir şey gibi algılanabilir. Bu husus çocukların bedensel veya ruhsal sağlığına zarar vereceği gibi pedofilinin çoğalmasına neden olur.

TCK m. 226/4'te tanımlanan “şiddet kullanılarak hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, başkalarının kullanıma sunulması veya bulundurulması” suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.

TCK m. 226/5'te belirtilen ürünlerin basın ve yayın yolu ile yayınlamak veya yayınlanmasına aracılık etmek suçunda, kanun sistematüğinden görüleceği üzere, kanun koyucu tarafından suçun genel ahlakı bozduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir. Ayrıca bu ürünlerin belirli bir çocuğa gösterilmesi, dinletilmesi, okunması halinde mağdur aynı zamanda ürüne maruz kalan çocuktur.

3.3.1.2.3. Suçun Konusu

Suçun konusu hareketin yöneldiği kişi veya şeydir²⁶⁹. Konu bir kişi, yani bir insanın maddi veya manevi varlığı olabilir. Konunun tespiti, ceza tatbiki sırasında önemli bir ferdileştirme aracıdır²⁷⁰. TCK m. 61'de ifade edildiği üzere, “*hakim, temel cezayı belirlerken suçun konusunun önem ve değerini göz önünde bulundurur*”. Suçun konusu olan ürünün müstehcen olup olmadığının belirlenmesi ve bu ürünün hangi fıkradaki ürün sayılacağı hususunda mahkemece inceleme yapılmalı ya da bilirkişi raporu alınmalıdır. Yargıtay bu hususlar gerçekleştirilmeden hüküm verilmesini bozma sebebi yapmıştır²⁷¹. TCK m. 226 düzenlenmesindeki suçların konuları her bir fıkra açısından açıklanacaktır.

²⁶⁹ Yüksel Ersoy, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002, s. 71.

²⁷⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 285.

²⁷¹ “Sanıktan 07.07.2009 günü ele geçirilen CD’lerden suça konu 35 adet CD’de, polis tarafından tanzim edilen 08.07.2009 tarihli tutanakta anal, oral, vajinal ilişkilerin olduğu pornografik görüntüler içerdiği belirtilmiştir. Suça konu bu CD’lerde 5237 sayılı TCK’nın 226/1., 3. ve 4. maddeleri açısından, çocukların kullanılıp kullanılmadığı ya da şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışların yer alıp almadığı yönünde, uygulanacak kanun maddeleri ve suç unsurlarının tespiti için gerekli ve yeterli açıklamayı taşımayan CD inceleme tutanağına

3.3.1.2.3.1. TCK m. 226/1’de Düzenlenen Suçun Konusu

TCK m. 226/1 bakımından suçun konusu; “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerdir”. Bu sebeple suçun konusu olarak öncelikle bir ürün olması gerekir.

Ürün, “doğadan elde edilen şey, mahsul, çeşitli endüstri alanlarında ham maddelerin işlenmesiyle elde edilen şey” anlamına gelir²⁷².

Eşya, “üzerinde hakimiyet kurulabilen ekonomik değer taşıyan kişi dışı cismani varlıktır”²⁷³. Görüldüğü üzere TCK’da eşya kavramını da içine alan, daha geniş anlama sahip, ürün kavramı kullanılmıştır.

Bu ürünlerin müstehcen görüntü, yazı veya söz içermesi gerekir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere müstehcen ürünlerin şekli, sınırlı olarak sayılmıştır. Bu sebeple bu şeklin dışındaki bir ürün, örneğin; tahrik edici bir koku, müstehcenlik suçunun konusu olamaz²⁷⁴.

Görüntü, “herhangi bir nesnenin mercek, ayna gibi araçlarla veya bazı ışık olayları sonucu oluşturulan biçimi, manzara görünüm” anlamına gelir²⁷⁵. Müstehcen olarak nitelendirilen bu ürünler genellikle hayasızca hareketleri barındırır. Bu müstehcen görüntüler; dergi yahut gazetede bir resim veya fotoğraf, hayasızca hareketleri barındıran müstehcen içerikli bir video kaydı, CD’deki bir film hatta filmin bir karesi bile olabilir.

Yazı, “düşüncenin belli işaretlerle tespit edilmesi, yazmak işi” anlamına gelir²⁷⁶. Müstehcen yazı ise dergi, gazete, kitap veya herhangi bir yere yazılmış yazı olabilir.

Söz, “bir veya birkaç heceden oluşan ve anlamı olan ses birliği” anlamına gelir²⁷⁷. Bu bakımından ses içeren ürünlerin müstehcenlik suçunun konusunu oluşturup

dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır” (14. CD., 22.12.2014, E. 2013/7964, K. 2014/14677, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020).

²⁷² Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 1027.

²⁷³ Mustafa Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2006, s. 6.

²⁷⁴ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, C.5, 2014, s. 6764.

²⁷⁵ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 403.

²⁷⁶ a.g.e., s. 1077.

oluşturmayacağı da tartışmalıdır. Özbek'e göre, kanun maddesinde ses açıkça yazılmamış olduğundan, yalnızca ses içeren ürünler bu hüküm kapsamında sayılamaz²⁷⁸. Ancak Yaşar, Gökcan, Artuç'a göre, söz kavramı sesi de kapsar. Bu nedenle yalnızca ses içeren ürünler bu hüküm kapsamındadır ve müstehcenlik suçunun konusunu oluşturabilirler²⁷⁹.

Müstehcen ürünün, basılmış olması gerekmez. Zira basılmış bir eserin varlığı halinde, ürünün yayılması için gazete, dergi, televizyon, tiyatro, internet gibi kitle iletişim araçları kullanılmışsa, suç basın yayın yoluyla işlenmiş sayılır ve TCK m. 226/2 uygulanır.

Müstehcen kavramında, neyin müstehcen olup olmadığı önemlidir. Zira burada suçun konusu müstehcen ürün olduğundan, müstehcenlik cezalandırılmaktadır. Ancak burada müstehcenlik suçuyla cezalandırılan erotizm değil, pornografidir. Kavramlar arasındaki bu tipik ayrım, Yargıtay'ın bir kararına dayanmaktadır. Bu kararda şöyle hüküm kurulmuştur; *“Müstehcenlik konusunu incelerken, porno, müstehcen ve erotik kavramlarını birlikte değerlendirmek gerekir. Eski Yunanca porne yani 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 söz, yazı, vs. anlamına gelmektedir. Bu tanıma göre müstehcen kavramı topluma, kişiye, çevreye göre normatif 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”*²⁸⁰.

Kararda belirtildiği üzere müstehcen, halkın ar ve haya duygularını incitecek nitelikte olan, aile ve örf adet yapısına uymayan, basitlik, bayağılık olarak

²⁷⁷ a.g.e., s. 877.

²⁷⁸ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 44.

²⁷⁹ Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6764.

²⁸⁰ 8. CD., 03.04.1985, E. 1985/872, K. 1985/1682 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020).

tanımlandığında, müstehcenliğin ve erotik olanın farklı olduğu görülmektedir. Erotizm özünde duygu, coşku, aşk ve sevgiyi barındırmaktadır²⁸¹.

Müstehcenliğin net bir tanımı yapılmamıştır. Ancak müstehcenlik suçundaki asıl sorun, neyin müstehcen olup neyin müstehcen olmadığı yönündeki belirsizliktir. Bu belirsizlik, ceza hukukunda kabul edilen suçların ve cezaların yasada açıkça yer alması ilkesine aykırıdır. Kanunilik ilkesine göre; suç ve cezaya ilişkin hükümler kesin, açık ve belirli olmalıdır. Suçun tanımı açıkça yapılmadığında, birey yaptığı suç olup olmadığını bilemez. Hareketlerinin suç oluşturup oluşturmadığını bilmeyen birey, tereddüt içindedir ve hareketlerinde özgür olamaz. Ayrıca bu belirsizlik yargıçların, keyfiliğine neden olma tehlikesini barındırmaktadır²⁸².

Müstehcenliğin belirlenebilmesi için *Erem*'e göre; müstehcenliğin ölçüsü, birlikte yaşayan kişiler arasında ortak ve ortalama duygudur. Burada az veya aşırı yaklaşımlar göz önüne alınmamalı, bağnazlık dikkate alınmamalıdır²⁸³.

Ürünün, müstehcen ürün olup olmadığına, genel ahlakın ihlal edilip edilmediğine karar verecek olan hakimdir. Ancak hakim, bunu yaparken yalnızca toplumun korumayı amaçladığı değerleri değil, çağdaş kıstasları ve demokratik hukuk devleti gibi kavramları da göz önüne almalıdır.

Müstehcenlik kavramının belirlenmesinde, yorum aracı olan, genel ahlak kavramı objektif gereklilikler ile sınırlandırılmalıdır. Yorum anlam bütünlüğünü ve derinliğini arttırarak metni tamamlar. Ancak ceza hukukundaki bu metinler, kişilerin özgürlüğünü kısıtladığından, yorumlanırken dar yorumlanması gerekir²⁸⁴. Objektif gerekliliklere göre genel ahlak, keyfi olmamalı, belli bir grubun önyargısına veya kişisel düşüncelerine dayanmamalıdır. Genel ahlak, tek tek kişisel ahlakın bir bütünü değildir²⁸⁵. Ayrıca genel ahlak, ceza hukuku ilkeleri ile hukukun bütünlüğüne aykırı olmamalı, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun

²⁸¹ Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6374.

²⁸² Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 139, 140.

²⁸³ Erem, *Müstehcenlik*, s. 104.

²⁸⁴ Cengiz Otacı, "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", Ankara, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 89 (2010), s. 440.

²⁸⁵ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 47.

olmalıdır²⁸⁶. Ancak toplum ahlakı söz konusu olduğunda, kişisel önyargı veya belli bir hayat görüşünün kabul edildiği keyfi veya tutarsız bir durum ortaya çıkar²⁸⁷. Bu nedenle ahlaka dayanan gerekçeler akli ve ilkesel olmadığından dikkate alınmamalıdır²⁸⁸.

TCK m. 226 gerekçesine göre; “*madde metninde, müstehcenlik ve çocukların bu tür zararlı yayınlara karşı korunmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Değerlendirilebilir bir unsur niteliği taşıyan müstehcenlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde, toplumda egemen olan değer ölçüleri ve yukarıdaki madde gerekçesinde hayasızca hareketler kavramına yönelik olarak yapılan açıklamalar, göz önünde bulundurulmalıdır*”. Özbek’e göre, gerekçedeki açıklamadan yola çıkıldığında, müstehcenlik kavramı geniş anlam kazanır. Bu durum temel hak ve özgürlüklere gereğinden fazla müdahale edilmesi sonucunu ortaya çıkarır. Bu yorumdan uzak durulmalıdır. Aksi halde düzenleme ile kanunilik ilkesi ihlal edilir. Bu sebeple suç konu ürünün, cinsel arzuları tahrik ve istismar etmesi gerekir. Burada cinsellik yeterli değildir, istismarın varlığı gerekir. Zaten TCK anlamında müstehcenlik, pornografi olarak anlaşılmalıdır. Ancak lâfzî yorum yapıldığında bu yorum, kanun koyucunun bilinçli olarak tercih ettiği müstehcenlik terimi ile uyuşmamaktadır²⁸⁹.

3.3.1.2.3.2. TCK m. 226/2’de Düzenlenen Suçun Konusu

TCK m. 226/2’de tanımlanan suçun konusu, 1. fıkrada açıklanan müstehcen üründür. TCK m. 226/2’de, TCK m. 226/1’in konusunu oluşturan ürünün, basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi cezalandırılmıştır. Bu sebeple TCK m. 226/2’nin konusu 1. fıkrada açıklanan müstehcen üründür.

3.3.1.2.3.3. TCK m. 226/3’te Düzenlenen Suçun Konusu

TCK m. 226/3’te düzenlenen suçun konusu, 1. cümle bakımından; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde kullanılan çocuk veya çocuk gibi görünen kişilerin bedenleri ya da temsili çocuk görüntüleridir. Fıkranın 2. cümlesindeki suçun konusu ise, 1. cümlede belirtilen çocuk veya çocuk gibi görünen kişilerin

²⁸⁶ a.g.e., s. 42.

²⁸⁷ Polat Akgün, a.g.e., s. 291.

²⁸⁸ a.g.e., s. 291.

²⁸⁹ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 49, 50.

bedenleri ya da temsili çocuk görüntüleri kullanılarak üretilen, müstehcen ürünlerdir. Uluslararası hukukun aksine TCK m. 226/3'te suçun konusu olarak çocuk pornografisi terimi kullanılmamıştır. Özbek'e göre, TCK m. 226/3'te "müstehcen ürün" yerine "çocuk pornografisi içeren ürün" ifadesinin kullanılması daha yerindedir. Bu sebeple müstehcen ürün ifadesi, çocuk pornografisi içeren ürünler olarak düşünülmelidir²⁹⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, çocuk pornografisi, çocuk istismarı anlamına gelmemektedir. Bu iki kavram farklıdır. Çocuk istismarı; "*çocuğa yönelik her türlü şiddet, çocuğun sağlığını ve her türlü gelişimini olumsuz yönde etkileyen davranışlardır*"²⁹¹. Dünya Sağlık Örgütü 1999 yılında çocuk istismarı ve çocuğa karşı kötü muameleyi: "*sorumluluk, güven ve yetenek ile ilgili genel durumunda çocuğun sağlığına, yaşamına, gelişimine zarar verebilen, fiziksel veya duygusal kötü davranış, cinsel istismarı, ihmali, her türlü ticari çıkar için çocuğun kullanılmasını içeren her türlü davranış*" şeklinde tanımlamıştır. Çocuğun, yaşadığı toplumda, kültürde kabul edilemeyecek şekilde olumsuz davranışa maruz kalması çocuk istismarı olarak kabul edilir²⁹². Çocuğun cinsel istismarı ise, TCK m. 103'te açıklanmıştır. Madde hükmü gereğince; "*cinsel istismar deyiminden; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır*". Çocuğa karşı gerçekleştirilen "her türlü cinsel davranış kavramı" Tezcan, Erdem, Önok'a göre, bedensel teması gerektirmez. Bu nedenle bedensel teması gerektirmeyen davranışlar da "her türlü cinsel davranış kavramı" kapsamındadır²⁹³. Bu görüş sonucunda fiziksel temas olmadan çocuğun cinsel görüntülerinin kaydedilmesi, çocuğa cinsel organ gösterilmesi de çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranıştır ve fail TCK m. 103'ten sorumludur. Ancak Yargıtay, beden dokunulmazlığını ihlal etmeyen davranışları TCK m. 103 kapsamında değerlendirmemiştir²⁹⁴. 6545 sayılı Kanun'un²⁹⁵ 58. maddesinin gerekçesinde de²⁹⁶

²⁹⁰ a.g.e., s. 122.

²⁹¹ Gizem Kübra Özen, a.g.e., s. 10.

²⁹² Mahmut Koca, "Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", Malatya, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1 (2012), s. 116.

²⁹³ Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 390; Aynı yönde Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 325.

²⁹⁴ 5. CD., 18.03.2008, E. 2008/38, K. 2008/2115 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.04.2020); 14. CD., 27.04.2011, E. 2011/2804, K. 2011/3503 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı,

Yargıtay uygulamasına paralel olarak “fiziksel temas” ölçütü aranmıştır. Müstehcenlik suçu bakımından ise çocuk pornografisine konu ürünün, çocuk istismarını içermesi gerekmez. Bu nedenle “fiziksel temas” şart değildir. Hatta Yargıtay banyo yapan çocuğun görüntülerinin çekilmesini²⁹⁷, çocuğun çıplak görüntülerinin depolanmasını²⁹⁸ TCK m. 226/3 kapsamında değerlendirmiştir. Fiziksel temas şart olmadığı gibi Özbek’e göre, cinsel davranışın bir yetişkin hatta bir başkası tarafından yapılması da gerekmez. Örneğin çocuğun kendisini üzerinde gerçekleştirdiği cinsel davranışlarını konu alan fotoğraf, çocuğun kendisine mastürbasyon yapmasını konu alan video ürünü TCK m. 226/3 kapsamındadır. Ancak burada failin çocuğun davranışlarını yönlendirerek çocuk pornografisi üretmesi gerekir; aksi halde çocuğun kendisinin bu ürünü çekmesi durumunda belirsizlik ortaya çıkacaktır²⁹⁹. Bu hususa suçun hareketi konusunda değinilecektir.

TCK m. 226/3’te gerçek bir çocuğun varlığı şart değildir. Çocuk olmasa da çocuk gibi görünmek, çizgi film ya da çocuk izlenimi veren seslerin kullanılması halinde de ürün, TCK m. 226/3’ün kapsamında suçun konusudur.

Erişim tarihi: 17.04.2020); 14. CD., 04.05.2012, E. 2012/5627, K. 2012/5110 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 18.04.2020).

²⁹⁵ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 28.06.2014, sy: 29044).

²⁹⁶ “Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105 inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105 inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103 üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır”.

²⁹⁷ “...ışığının yandığını ve su sesi geldiğini fark etmesi üzerine, banyoya ait soba borusu deliğinden cep telefonunu uzatıp, cep telefonunun kamerasıyla düş almakta olan 11 yaşındaki mağdur ...’in çıplak bedenini gizlice kaydettiği olayda; Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.03.2015 tarihli, 2014/14-603-2015/66 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; mağdurun cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak görüntülerini, onun bilgisi dışında, cep telefonu ile kaydeden sanığın eyleminde TCK’nın 134/1. madde ve fıkrasında tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yanı sıra toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlaka aykırı nitelikteki müstehcen görüntüyü içeren ürünün üretiminde 11 yaşındaki mağdur çocuğun yer almasından dolayı TCK’nın 226/3-1. madde, fıkra ve cümlesinde tanımlanan müstehcenlik suçunun da oluştuğu...” (12. CD., 21.11.2018, E. 2018/4818, K. 2018/11056, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 18.04.2020).

²⁹⁸ “...cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak görüntülerini, onun bilgisi dışında, kaydeden suça sürüklenen çocuğun eyleminde TCK’nın 134/1. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yanı sıra toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlaka aykırı nitelikteki resimlerin kaydedildiği sırada 14 yaşındaki katılana ait müstehcen görüntünün depolanması nedeniyle 226/3. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunun da oluştuğu...” (12. CD., 07.11.2018, E. 2018/490, K. 2018/10457, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 18.04.2020).

²⁹⁹ Özbek, Müstehcenlik Suçu, s. 127.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokol'ün 2. maddesinde çocuk pornografisi tanımlanmıştır. Bu tanıma 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 gösterilmesidir”*. Bu tanımda, çocuğun gerçek veya taklit suretiyle gösterilmesi ifade edildiğinden ürünün konusunun gerçek çocuk olması şart değildir. TCK m. 103 veya TCK m. 105 kapsamında gerçek bir çocuktan bahsedilmektedir. Ancak aynı husus çocuk pornografisinde geçerli değildir.

TCK m. 226/3'te üretiminde çocuğun veya çocuk temsilinin kullanıldığı müstehcen ürünlerin profesyonel olarak hazırlanması gerekmez. Bu ürünlere şekil, konu veya amaç açısından bir sınırlama getirilmemiştir. Ayrıca müstehcen ürün üretiminde çocuk kullanılması halinde bu çocuğun, bilgisi ya da rızası olup olmamasının suçun oluşumu açısından bir önemi yoktur³⁰⁰. Ancak madde metninde sayılan müstehcen nitelik taşıyan görüntü, yazı ve söz dışında kalan ürünler, örneğin yalnızca ses içeren ürünler, bu hüküm kapsamında değildir. Bu bakımdan 1. fıkradaki eksiklik 3. fıkra için de geçerlidir. Atilla Öztürk'e göre, TCK m. 226/3'ün birinci cümlesinde, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılmasından bahsedilmiştir. Burada çocukların yaptığı cinsel içerikli konuşmalar söz kapsamındadır. Ses, kulağın duyabildiği her türlü titreşim olduğundan bunun söze dönüşmesi gerekmez. Söz, düşüncüyü ortaya koyan ve bunu yaparken de kelimeleri kullanan bir ses

³⁰⁰ “Kanun koyucu TCK 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki suçun oluşumu için müstehcen görüntülerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamış, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş biçimi ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Bunun yanında suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir. Önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılmasıdır” (CGK., 24.03.2015, E. 2014/14-603, K. 2015/66, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 18.04.2020); “Kanun koyucu bu suçun oluşumu için müstehcen ürünlerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamakta, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş şekil ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Buradaki müstehcen ürün kavramı ile müstehcenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, fotoğraf, grafik, imge, heykel, çizgi film, animasyon gibi görsel veya sesli ürünler ile şarkı sözü, roman, hikaye gibi yazılı ürünleri ifade etmektedir. Bu konuda bir sınırlama söz konusu değildir. Çocuğun bu müstehcen ürünün üretilmesinden haberinin ya da rızasının olup olmamasının da bir önemi yoktur. Bunun yanında suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir” (18. CD., 23.05.2019, E. 2019/4674, K. 2019/9631, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 18.04.2020).

birlikteliğidir. Örneğin paralı telefon hatlarında kişi, ödeme yaparak o sesi duyarak cinsel bir his yaşamaktadır. Bu sebeple ses kavramının da suçun konusu kapsamındaki sıralamaya sokulması gerekmektedir³⁰¹. Polat tarafından da çocuk pornografisi işitsel araçları da kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Buna göre çocuk pornografisi; “*çocuğun cinsel davranışı ya da organları üzerinde odaklanan yazılı ve işitsel araçlar da dahil olmak üzere, çocukların cinsel istismarını göstermenin ya da teşvik etmenin her türlü yoludur*”³⁰².

3.3.1.2.3.4. TCK m. 226/4’te Düzenlenen Suçun Konusu

TCK m. 226/4’te düzenlenen suçun konusu; “*şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerdir*”. Madde metninde müstehcenlik ifadesine yer verilmemiştir. Fakat bu ürünlerin müstehcen olduğu kabul edilmiştir.

Suçun konusunu oluşturan bahsi geçen bu ürünler açısından mutlak yasak söz konusudur. Hukuk sistemimizde hiçbir şekilde bu ürünlerin üretimine, satılmasına cevaz verilmemiştir.

Suçun konusu olan şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranışları konu alan ürünün, cezalandırılma sebebi bu ürünlerin kişilerin, özellikle de çocukların, bedensel ve ruhsal gelişiminde zararlı etki oluşturmalarıdır. Ayrıca bu hareketler taklit etkisi ile cinsel ilişkilerde şiddet kullanımını arttırabilir. Tarafların birbirlerini, bedensel veya ruhsal olarak duygularını ve hislerini önemsememesine sebep olabilir. Bu durum sağlıksız ilişkilere, sağlıksız toplum yapısına neden olur.

Bir cinsel davranışın, şiddet kullanılarak yapıp yapılmadığını belirlemek açısından her olay kendi şartlarında değerlendirilmelidir. Ancak hareketin, şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranış olarak nitelendirilmesi için şiddet, yoğun ve doğrudan olmalıdır. Bu şiddetin, doğrudan insan bedenine ve yaşayan bir kişiye yönelik olması gerekir. Şiddet, TCK’da ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak TCK m. 108’de cebir suçu vardır. Cebir, “*maddi kuvvet kullanarak zorlamadır bu açıdan maddi*

³⁰¹ Atilla Öztürk, a.g.e., s. 202.

³⁰² Oğuz Polat, *Çocuk Pornografisi*, 1. Baskı, İstanbul: Nokta Kitap Yayınevi, 2007, s. 52.

cebir, şiddetle eş anlamlıdır”³⁰³. TCK m. 226 açısından şiddet, kişinin kendisine veya bir başkasına yönelik olabilir.

Ürünün TCK m. 226/4 kapsamında olması için şiddetin, gerçek anlamda uygulanmış olması gerekmez, izleyen veya okuyan kişiye şiddet izlenimi vermesi yeterlidir. Ancak cinsel açıdan tahrik için, şiddet kullanılması tehdidi TCK m. 226/4 kapsamına girmez³⁰⁴.

TCK m. 226/4'teki düzenlemenin bir diğer konusu hayvanlarla yapılan cinsel davranışları konu alan üründür. TCK hayvanlarla cinsel ilişkiyi suç olarak düzenlenmemiştir. Bu hareket TCK m. 225 veya TCK m. 151/2 düşünülerek cezalandırılabilir. Ancak TCK m. 151/2 yalnızca sahipli hayvanlar bakımından geçerlidir. TCK m. 151/2 düzenlemesi ile sahipli hayvan mal olarak kabul edilmiştir. Mal olarak kabul edilen hayvana yapılan bu hareketler mala zarar verme olarak kabul edilebilir. TCK m. 225'te ise hayvanlarla cinsel ilişkiye girmek değil, hayvanlarla alenen cinsel ilişkiye girmek, teşhircilik yapmak suç olarak kabul edilmiştir. Bu bakımından sahipsiz bir hayvana aleni olmayacak şekilde cinsel davranışta bulunan veya cinsel ilişkiye giren kişi, suç işlemiş olarak kabul edilmemiştir. Bu hareket yalnızca 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu³⁰⁵ ile kabahat olarak tanımlanmıştır. Hayvanları Koruma Kanunu m. 14/j'de hayvanlarla cinsel ilişki ve hayvanlara işkence yasaklanmıştır. Bu hükme uymayanlara Hayvanları Koruma Kanunu 28. madde uyarınca idari para cezası öngörülmüştür. Cezanın miktarı ise 2018 yılı için 625 TL olarak belirtilmiştir. Bu miktar her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre artmaktadır. Ancak hareketin yaygınlığı ve zoofili hastalığının artması tehlikesi gibi durumlar göz önüne alındığında idari para cezası uygulanması hayvanları korumak açısından yeterli değildir. Ayrıca bu fiilin kabahat olması ve kabahate teşebbüsün de kural olarak cezalandırılmaması sebebiyle (Kabahatler Kanunu m. 13) hayvanla cinsel ilişkiye girmek isteyen ancak elinde olmayan sebeplerle cinsel ilişkiye girmeden yakalanan kişiye hiçbir yaptırım uygulanamamaktadır. TCK'da hayvanlarla cinsel ilişki suç olarak kabul edilmemesine rağmen hayvanlarla yapılan cinsel davranışları konu alan yazı, ses,

³⁰³ Recep Gülşen, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007, s. 216.

³⁰⁴ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 156.

³⁰⁵ 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu (RG. 01.07.2004, sy: 25509).

görüntü içeren ürünlerin cezalandırılması çelişkilidir. Bu cezalandırmanın sebebi, bireylerin ruhsal durumu, bu davranışların çoğalmaması, genel ahlakın korunması amacı olduğu söylenebilir. Ancak bu halde dahi, sahipsiz ve korunmaya muhtaç hayvanların, sahipli hayvanlardan daha çok korunmaya ihtiyacı olduğu düşünüldüğünde, bu düzenlemeler korunmaya değer hukuki değer açısından da orantılı değildir. Bu nedenle korunmaya muhtaç hayvanlar binlerce yıllık Roma hukukundan kalan bir gelenek ile eşya olarak kabul edilmek yerine, eşya-kışı arası bir süje olarak kabul edilmeli ve belli haklara sahip olmalıdır³⁰⁶. Bu durumda sahipli veya sahipsiz hayvan ayrımı yapılmaksızın, hayvana karşı cinsel davranış gerçekleştiren kışı, mala zarar verme suçundan veya Kabahat Kanunun öngördüğü yaptırımdan daha ağır bir yaptırıma tabi tutulabilir.

Hayvanlarla yapılan cinsel davranışlarda, hayvan ile insanın bedensel teması zorunludur. Bu temas, insan ve hayvan arasında gerçekleşerek cinsel bölgeleri kapsamalıdır. Fakat bu temasın, cinsel ilişki boyutuna ulaşmış olması şart değildir³⁰⁷.

Suçun bir diğerk konusu, ölmüş insan bedeni üzerinde yapılan cinsel davranışları konu alan üründür. Bu açıdan parafililiğin bir türü olan nekrofilinin yaptığı davranışlar aslında TCK m. 130'da yer alan kışinin hatırasına hakaret suçu kapsamındadır. Ancak ölü insan bedeni üzerinde yapılan bu davranışlar, müstehcenlik içeren yazı, ses ve görüntü üretmek için kullanılmışsa, TCK m. 226/4 kapsamındaki suçun konusu olarak kabul edilir³⁰⁸.

Suçun bir diğerk konusu, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışları konu alan üründür. Fıkranın lâfzî yorumundan, cinsel davranışlar ifadesi kullanılmış olduğundan cinsel ilişkinin şart olmadığı sonucuna varmak mümkündür. Ancak doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranıştan kanun maddesinin neyi kastettiği açık değildir. Kanun gerekçesinde, bununla ilgili bir açıklama da bulunmamaktadır. Bu ibare ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurulmuş ve somut norm denetimi ile Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi 5237 sayılı TCK'nın 226. maddesinin 4

³⁰⁶ Arda Altınok, "Chatbot ve Yapay Zekalı Asistanlara Hukuksal Yaklaşım", İstanbul, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 93, S. 3 (2019), s. 264.

³⁰⁷ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 156.

³⁰⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6785.

numaralı fıkrasında yer alan doğal olmayan yoldan ibaresinin Anayasa'nın 12., 17., 20. ve 42. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise ilgili hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır³⁰⁹.

Karşı oy yazısında ise bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesi dile getirilmiştir³¹⁰.

³⁰⁹ “Bakılmakta olan davada sanığın, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin görüntüleri içeren ürünleri depolamak suçundan cezalandırılması talep edilmiştir. İddianamede her ne kadar sanığın eyleminin depolama yanında bulundurma olduğu ifade edilmişse de, sanığın işyerinde yapılan arama neticesinde doğal olmayan yoldan gerçekleştirilen cinsel ilişkilere ait görüntülerin bir bellekte farklı klasörlerde depolanmış bulunduğu dikkate alındığında sanığın eyleminin depolama olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, itiraz konusu doğal olmayan yoldan ibaresine ilişkin esas incelemenin depolayan ibaresi yönünden yapılmasına karar verilmiştir. İtiraz konusu anayasaya aykırılık sorunu ile ilgili olarak; Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında; kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, üçüncü fıkrasında; ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur denilerek suç ve cezanın yasallığı ilkesi getirilmiştir. Gerek mukayeseli hukukta gerekse hukuk sistemimizde, müstehcenlikle ilgili getirilen hükümlerde korunmak istenen başlıca hukuki menfaat, toplumun ar ve haya duyguları olarak da ifade edilen genel ahlaktır. Genel ahlak, belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışıdır. Soyut ve değişken 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 fiilin ağırlığı ve tehlikeliliği ölçütü de gözetilmelidir. Diğer 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. İtiraz konusu kural gereğince oluşacak müstehcenlik suçu doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin depolanmasını yaptırma bağlamaktadır. İtiraz konusu kuralla korunmak istenen hukuki yararı ihlal edebilecek nitelikte doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesi ve sayılması mümkün değildir. Diğer yandan doğal olmayan yol ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdan topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir. Ancak kanun metni bir bütün olarak değerlendirilmelidir. İş bu halde korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan davranış olduğu görülecektir. Hatta bu davranışlar demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan, bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği cinsel davranışları ifade eder. Doğal olmayan yol kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır” (AYM, T: 01.04.2015, E. 2014/118, K. 2015/35, RG. 18.04.2015, sy: 2933).

³¹⁰ “Birden fazla seçimlik hareket hem suç teşkil etmekte, hem de sayılan hangi fiil ve şekil gerçekleşirse gerçekleşsin, faillere aynı ceza verilmektedir. Diğer bir deyişle, örneğin kuralda belirtilen cinsel ilişkileri ihtiva eden DVD'leri binlerce miktarda üreten bir fail ile sadece seyretmek amacıyla evinde bir adet bulunduran fail aynı ceza yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır. Yani doğal olmayan yoldan cinsel ilişki

Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış kavramının kapsamına yönelik bir diğer tartışma kadın kadına veya erkek erkeğe sevişme, anal, oral ve grup seksin bu kapsama girip girmediğine ilişkindir. Yargıtay'ın bu husustaki kararları çelişkilidir. Yargıtay bazı kararlarında bu tür davranışları doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış olarak kabul etmiştir³¹¹. Bazı kararlarında ise salt bu davranışların doğal olmayan cinsel ilişki kapsamında olmayacağını belirtmiştir³¹².

içerme ortak paydası, hem üreten failler hem de evinde seyretmek amacıyla bir adet ürün bulunduran failler bakımından aynı etki ve sonucu doğuracaktır. Salt bu haliyle dahi iptal istemine konu kuralın, bir hukuk devletinde yasa koyucunun dikkate almak durumunda olduğu hakkaniyet ve ölçülülük ilkelerine uyarlı düşmediği çok açıktır. Oysa yukarıda anılan Anayasal ilkeler (2., 13., 17. ve 38. maddeler) suç tipi belirlenirken ve yaptırımlar öngörülürken, yasa koyucunun fiilleri belirlerken adil ve ölçülü bir tasnif yapmasını ve buna göre düzenlemeye gitmesini zorunlu kılmaktadır. İtiraz istemine konu kuralda bu lazımlara riayet edilmediği açıkça görüldüğünden, kuralın Anayasanın 2. ve 13. maddelerine aykırı düştüğü açıktır. Öte yandan, doğal olmayan yoldan ibaresinin bizatihi kendisi dahi tam anlamıyla belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim dosyanın incelenmesinde Yargıtay içtihatlarında, karşılıklı rızaya dayalı olsa bile, anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki, enstest ilişki ihtiva eden ürünlerin 226. maddede belirtilen şekillerde bulunması halinde, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışın varlığı kabul edilerek hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Enstest hariç, cebir, şiddet içermeyen ve rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte özel hayatın gizliliği koruması altında olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik kararları ile ortaya koyulmuştur. Tüm bu vakialara rağmen, uygulamanın farklı bir istikamette seyretmesi, kuralın her türlü yoruma açık olduğunu, diğer bir deyişle belirli olmadığını açıkça ortaya koyucu mahiyettedir. Oysa belirlilik ilkesi hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden biri olup, hukuki güvenlik ilkesi ile de doğrudan bağlantılı bir ilkedir. Bu bakımdan, iptal istemine konu kuralın hukuk devletine aykırılığı açıktır. Yine, yukarıda işaret edildiği üzere, mevcut haliyle kuralın Anayasa'nın 20. maddesiyle koruma altına alınan özel hayatın gizliliği ilkesini de ihlal ettiği izahtan varestedir”.

³¹¹ “Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nca düzenlenen rapor içeriğine göre sanığın satışa sunduğu ileri sürülen CD'lerde doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin kadın kadına sevişme, anal, oral ve grup seks görüntülerinin bulunduğu saptanması halinde sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 226/4. maddesinde tanımlanan suçu oluşturabileceği ve sanığın bu suçtan dolayı yargılanması gerektiği” (5. CD., 09.02.2009, E. 2008/14636, K. 2009/1404, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim tarihi: 19.04.2020); “Sanıkta ele geçirilen CD'ler üzerinde yaptırılan bilirkşi incelemesi ile kadın ve erkeklerin tekli ve grup halinde cinsel ilişki hallerinin bulunduğu saptanması karşısında, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin görüntüleri içeren CD'leri...” (5. CD., 07.12.2009, E. 2009/5183, K. 2009/13645, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim tarihi: 19.04.2020); “Sanığın işyerinde yapılan arama sonucunda, bilirkşi 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 isabetsizdir” (4. CD., 20.03.2014, E. 2012/12510, K. 2014/3734, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim tarihi: 19.04.2020).

³¹² “İlgili hükümdeki doğal olmayan kavramı, bireylerin cinsel yaşamının içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri tanımlamaktadır. Anal ya da oral yoldan yapılan, eşcinsel veya grup halinde bulunulan cinsel birleşmelere ait görüntüler veya cisimle yapılan masturbasyon görüntüleri tek başına bu kavram içerisinde değerlendirilemeyecektir” (14. CD., 29.05.2017, E. 2017/2066, K. 2017/2890, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim tarihi: 19.04.2020); “Anal ya da oral yoldan yapılan, eşcinsel veya grup halinde bulunulan cinsel birleşmelere ait görüntülerin veya cisimle yapılan masturbasyon görüntülerinin tek başına doğal olmayan kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği bu kavramın cinsel yaşamın içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri

AY m. 17'ye göre, “herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı vardır”. Anayasa Mahkemesi kararında; İHAS m. 8'de özel yaşama saygı hakkı kapsamında bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile kendisini gerçekleştirme ve kendisine ait kararlar alabilme hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Cinsel kimlik, cinsel yönelim konusu da özel yaşama saygı hakkı kapsamına giren bir husustur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararında, bireyin cinsel yöneliminden dolayı farklı muameleye tabi tutulmasını İHAS m. 8 çerçevesinde korunan alana müdahale ve AY m. 17'ye aykırılık olarak kabul etmiştir. Özellikle rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte özel hayatın gizliliği koruması altında olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu üzerinde İHAM, erkekler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiyi yasaklayan hükümleri İHAS m. 8'e aykırı bulmuştur. Ancak bu ilişkinin aleni olmaması gerekmektedir³¹³.

Soyaslan'a göre, doğal olmayan yoldan ifadesinden kasıt ağız, anüs veya sair yollardır³¹⁴.

Kanunilik ilkesi yasak hareketlerin ne olduğunu bilme ve özgürlüklerin sınırlarının önceden bilmeyi sağlama düşüncesine dayanır³¹⁵. Özbek'e göre, hükmün doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar ibaresi, İHAS m. 7, AY m. 38 ve TCK m. 2'de öngörülen kanunilik ilkesinin açık bir ihlali niteliğindedir³¹⁶.

tanımladığı, bilirkişi raporunun içeriğine göre sanıkların eyleminin TCK'nın 226/1. maddesinin ihlali niteliğinde olduğu ve bu maddeye göre cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden aynı kanunun 226/4. maddesinden hüküm kurulması hukuka aykırıdır” (18. CD., 01.02.2017, E. 2016/14456, K. 2017/1024, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 19.04.2020); “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 tanımlamaktadır. Anal ya da oral yoldan yapılan, eşcinsel veya grup halinde bulunan cinsel birleşmelere ait görüntüler tek başına bu kavram içerisinde değerlendirilemeyecektir” (18. CD., 06.12.2018, E. 2018/5068, K. 2018/16583, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 19.04.2020); “Sanığın 5237 sayılı TCK'nın 226/1-a maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, dosya içerisinde yer alan bilirkişi raporuna göre ele geçen suça konu CD'lerdeki oral yollardan yapılan cinsel içerikli görüntüler doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ait olduğundan, sanığın eyleminin TCK'nın 226/4. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması suretiyle eksik ceza tayini...” (14. CD., 18.10.2016, E. 2016/6580, K. 2016/7178, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 19.04.2020).

³¹³ AYM, T: 15.10.2015, B. No. 2013/2084 (RG. 18.12.2015, sy: 29566).

³¹⁴ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, s. 568.

³¹⁵ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s. 57.

³¹⁶ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 157.

Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar ifadesi dar yorumlanmalıdır. Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar ifadesi ile diğer parafili niteliği olan hareketler kastedilmiştir. Bu sebeple parafili niteliği olmayan, kişinin herhangi bir makine ya da alet kullanarak yaptığı cinsel davranışları konu alan ürünler, anal ya da oral ilişkileri konu alan ürünler bu fıkra kapsamının konu kapsamında kabul edilemez³¹⁷.

3.3.1.2.3.5. TCK m. 226/5'te Düzenlenen Suçun Konusu

TCK m. 226/5'te tanımlanan suçun konusu, 3. ve 4. fıkra da açıklanan müstehcen üründür. TCK m. 226/5'te, TCK m. 226/3 ve 4'ün konusunu oluşturan ürünün, basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi, çocukların görmesinin, dinlemesinin veya okumasının sağlanması cezalandırılmıştır. Bu sebeple TCK m. 226/5'in konusu 3. ve 4. fıkra da açıklanan müstehcen üründür.

3.3.1.2.4. Hareket

Hareket insanın dış dünyada gerçekleşen iradi davranışdır³¹⁸. Müstehcenlik suçunun kanuni düzenlemesinde, suçun oluşumuna sebep olan hareket her bir fıkra da ayrı ayrı düzenlenmiştir. Suçun icrasının birden fazla alternatif hareketle gerçekleşebileceği belirtildiği için bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Ancak seçimlik hareketler, tahdidi olarak sayılmıştır ve bu sebeple sayılan hareketlerin dışındaki bir hareket, bu suçun hareketi olarak kabul edilmemektedir.

3.3.1.2.4.1. TCK m. 226/1'de Düzenlenen Suçun Hareketi

TCK m. 226/1-a'da hareket, “çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin verilmesi, bunların içeriğinin gösterilmesi, okunması, okutulması, dinletilmesidir”. Bu fıkra da suç teşkil eden hareketler; vermek, göstermek, okumak, okutmak, dinletmektir. Görüldüğü üzere bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Bu hareketler; Vermek, “*üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birine erişirmek,*

³¹⁷ a.g.e, s. 157.

³¹⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 216.

iletmek”³¹⁹; Göstermek, “görülmesini sağlamak, görülmesine yol açmak, herkesçe görülebilecek bir yere koymak”³²⁰; Okumak, “sesli olarak veya ezgi ile söylemek”³²¹; Okutmak, “okumasını sağlamak”³²²; Dinletmek, “dinlenmesini sağlamak”³²³ anlamına gelir.

TCK m. 226/1-b’de hareket, “müstehcen ürünlerin içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösterilmesi, görülebilecek şekilde sergilenmesi, okunması, okutulması, söylenmesi veya söylenmesidir”. Burada çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde bu hareketler suç sayılmıştır. Çocuğun görüp görmemesi suçun oluşumu bakımından önemli değildir. Önemli olan çocukların girebileceği veya görebileceği bir yer olmasıdır. Ayrıca bu hareketlerin alenen yapılması da yasaklanmıştır. Bu yerlerin nereler olduğunu açıklamak, hangi durumlarda suçun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek bakımından oldukça önemlidir.

Sergilemek, “göstermek, tanıtmak veya satmak amacıyla herhangi bir biçimde, herkesin göreceği bir yere yerleştirmek, teşhir etmek”³²⁴; Söylemek, “sözle anlatmak”³²⁵; Söyletmek, “söylenmesine yol açmak”³²⁶ anlamına gelir.

Çocukların girebileceği veya görebileceği yerler ifadesinde ise, girilebilir olmak fiziksel olarak girilebilir olmak anlamına gelir³²⁷. Çocukların girip giremeyeceği yerlerle ilgili TCK’da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak PVSK m. 12/2’de, çocukların giremeyeceği yerler sayılmıştır. Bu yerler madde hükmüne göre; “bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlerdir. Çocuklar bu yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış küçük olarak kabul edildiğinden bu yerlere giremezler”. Bunların dışındaki yerlere, çocukların girmesi serbesttir. Örneğin herkesin girebileceği, haliyle

³¹⁹ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 1045.

³²⁰ a.g.e., s. 404.

³²¹ a.g.e., s. 714.

³²² a.g.e., s. 714.

³²³ a.g.e., s. 284.

³²⁴ a.g.e., s. 841.

³²⁵ a.g.e., s. 877.

³²⁶ a.g.e., s. 877.

³²⁷ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 62.

çocukların da girebileceği; sokaklar, meydanlar, parklar, sinema salonları, tiyatrolar, sergi salonları, okul ve hastane, mağaza, dükkan gibi tahsise açık yerlere çocukların girmesi serbesttir. Ancak buralara girmek çocuklar için yasaklanmışsa veya sınırlama getirilmişse, bunlar çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerden sayılmaz. Örneğin çocukların girmesinin yasaklandığı yerde, hukuka uygun olarak kurulan bir topluluk veya organizasyonda, müstehcen içerikli materyal gösterilmesi halinde, müstehcenlik tek başına suç olmadığından çocukların giremeyeceği yerlerde suç gerçekleşmez. Bu yerlerin ücretli veya ücretsiz olması yahut çocuğun müstehcen içerikli materyal veya hareketi görüp görmemesi önemli değildir³²⁸.

TCK m. 226/1-b’de “çocukların girebileceği veya görebileceği yer” ifadesine ek olarak “alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade nedeniyle hareket çocukların girebileceği veya görebileceği bir yerde gerçekleşmese bile, aleniyet unsurunun varlığı halinde suç oluşacaktır³²⁹. TCK’da aleniyetin açık bir tanımı bulunmamaktadır. TCK m. 225 gerekçesinde aleniyet için aranan ölçütler belirtilmiştir. Madde gerekçesine göre; *“Aleniyet, gerçekleştiği koşullar itibarıyla fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır. Aleniyet için, materyal veya hareketin, görülmüş yahut duyulmuş olması gerekmez, görülebilir veya duyulabilir olmak yeterlidir”*.

Bir görüşe göre, aleniyet unsurunun oluşması için suç yerinin genel olması yeterlidir. Başka unsur aranmaz. Hususi yerlerde aleniyetin varlığı için bu yerde tedbir alınmaması sebebiyle hareket üçüncü kişilerce fark edilirse aleniyet gerçekleşir³³⁰. Bu görüş aleniyeti dar yorumlamaktadır. Aleniyeti geniş yorumlayan görüşe göre, hareketin genel veya özel yerde yapılmasının önemi yoktur. Zira özel yerde de aleniyet unsuru gerçekleşebilir. Önemli olan hareketin belirsiz kişi tarafından algılanabilir olmasıdır³³¹. Bu yorum madde gerekçesinde belirtilen aleniyet için, görülebilir veya duyulabilir olmanın yeterli olduğu açıklaması ile de örtüşmektedir.

³²⁸ a.g.e., s. 63.

³²⁹ Fehmi Şener Gülseren, “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, Lefke, *Lefke Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 5 (2014), s. 44.

³³⁰ Dönmezer, a.g.e., s. 150.

³³¹ Zekiye Özen İnci, “Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu”, İstanbul, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2 (2017), s. 40.

Genel yerler, kamuya açık olan ve kolaylıkla girip çıkılabilen yerlerdir³³². Örneğin; yollar, sokaklar, meydanlar, parklar genel yerlerdir ve burada yapılan hareketler alenidir³³³. Yargıtay aleniyet bakımından kamuya açık olan yer ile kamuya açık olmayan yer bakımından ayırım yapmıştır. Kamuya açık alanda yapılan hareketi görülse de görülmese de aleni olarak değerlendirmiştir. Hareketin hususi mahalde işlenmiş olması halinde civardan geçenler tarafından görülememesi halinde aleniyet unsurunun oluşmayacağı belirtilmiştir³³⁴.

Aleniyet hareketin bir vasfı olup, varlığı her somut olayda ayrıca incelenmelidir. Şöyle ki, bazı genel yerler kamuya açık olduğu sürece aleni sayılır. Bu nedenle umuma açık olarak kabul edilen mekanda yapılan her hareket aleni sayılmaz. Zira Yargıtay da kapanma saatine uygun olarak kapatıldıktan sonra umuma açık olan yerlerde yapılan hareketleri umuma açık yerde yapılmış olarak kabul etmemiştir³³⁵. Ayrıca evler ve herkesin serbestçe girip çıkabildiği zamanlar dışında, sinema ve kahvehaneler aleni yerlerden sayılmaz³³⁶.

Kamuya açık olmayan özel yerler ise, özel kişinin kullanımına tahsis edilmiş yerlerdir³³⁷. Bu yerlerde gerçekleştirilen hareketler görülebilir, duyulabilir ise aleniyetin gerçekleştiği kabul edilir³³⁸. Ancak hareketlerin görülebilmesi için dürbün kullanmak,

³³² a.g.e., s. 41.

³³³ Dönmezer, a.g.e., s. 144.

³³⁴ “Nitelikleri bakımından herkesin gidebileceği umumi yerlerden böyle bir fiilin işlenmesinde, gece ve gündüz farkı gözetilmeksizin faillerinin tabii şekilde görülebilip görülemediklerine bakılmayarak aleniyet unsurunun varlığı kabul edilip suç olduğu halde, fiil özel mahallerde işlendiğinde civardan geçenler tarafından görülememesi halinde aleniyet unsuru oluşmuş sayılamaz” (1. CD., 30.01.1979, E. 1978/87, K. 1979/139, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 20.04.2020).

³³⁵ “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., 10.11.1976, E. 1976/3108, K. 1976/3110, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 20.04.2020).

³³⁶ İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 3. Baskı, Ankara: Malkoç Kitapevi, C.1, 2008, s. 1960.

³³⁷ İnci, a.g.m., s. 42.

³³⁸ “Özel araçlar herkesin girip çıkabileceği bir yer değil ise de, mobil yani hareket eden bir eşyadır ve sonradan engelleyici bir önlem alınmadığı müddetçe araçların içerisi görülebilir haldedir ve buralarda işlenen suçlar Türk Ceza Kanunu uygulaması bakımından umuma açık yerde işlenmiş gibi kabul edilmektedir... Aksi düşüncenin kabulü, uyuşturucu satıcılarının araçlarını okul, cami, hastane gibi yerlerin önüne ve hatta bahçesine/otoparkına park edip araç içerisinde kullanıcılara uyuşturucu madde satması halinde, TCK 188/4-b maddesinin ihdas ediliş amacına aykırı olarak umumi yer sayılmayıp bu fıkradaki artırımın uygulanmaması sonucu doğurur...” (20. CD., 08.01.2019, E. 2018/5878, K. 2019/99, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 20.04.2020); “Sanığın eyleminin müştekileri hedef göstermeksizin balkona çıplak vaziyette çıkmak suretiyle teşhircilik yaparak 5237 sayılı TCK’nın 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketlerde bulunma suçunu oluşturacağı ve bu suçun oluşması için aleniyet unsurunun gerçekleşmesi gerektiği nazara alınarak öncelikle aleniyet hususunun araştırılarak

ağaca çıkmak gibi özel bir çaba gerekiyorsa bu halde görülebilirlikten bahsedilemez³³⁹. Bu halde aleniyet unsuru gerçekleşmemiştir³⁴⁰. Görüleceği üzere hareketin görülebilir veya duyulabilir olup olmadığı her somut olayın koşulları göz önüne alınarak değerlendirilmelidir.

İnternet ortamında ise herkesin serbestçe girebileceği yerlerde örneğin sosyal medyada müstehcen mesajlara yer verildiğinde aleniyet unsuru gerçekleşir³⁴¹. Ancak doğrudan erişimin mümkün olmadığı, görülebilir veya duyulabilir nitelik taşımayan internet siteleri için aleniyet şartı oluşmaz³⁴².

Aleniyet bakımından fail hataya düşmüşse, hareketin vasfındaki bu maddi hata nedeniyle TCK m. 30/1 hükmü uygulanır ve fail kasten hareket etmiş olmadığından hareketin alenen işlenmesinden sorumlu tutulamaz³⁴³. Fail, hareketi alenen işlediğini bilmiyorsa bu halde TCK m. 226/1-b'den sorumlu tutulamaz. Fail, görülebilir olduğunu düşünerek balkonuna müstehcen ürünler bırakmış ancak bu ürünler görülebilir değilse aleniyet yani suçun bir maddi unsuru gerçekleşmemiştir. Bu halde tersine unsur

sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması..." (14. CD., 15.06.2017, E. 2014/11208, K. 2017/3371, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 20.04.2020).

³³⁹ Dönmezer, a.g.e., s. 150.

³⁴⁰ "Nitelikleri bakımından herkesin gidebileceği umumi yerlerde böyle bir fiilin işlenmesinde gece ve gündüz farkı gözetilmeksizin faillerin tabii şekilde görülebiliş görülemediklerine bakılmayarak aleniyet unsurunun varlığı kabul edilip suç oluştuğu halde, fiil, hususi mahallerde işlendiğinde civardan geçenler tarafından görülememesi halinde aleniyet unsuru tahakkuk etmiş sayılmaz. Dava konusu olayın sapa bir yolun kenarında duran bir özel otonun içinde işlendiği şahitlerin ifadelerinden anlaşılmıştır. O mahalde, otomobil seviyesinde yola nazır penceresi olan bir evin vaziyeti neyse, burada da durum aynıdır. Kaldı ki, yoldan geçmekte olan polisler, bu sırada arabanın sağ kapısı önünde duran sanık H'nin durumundan şüphe etmeleri üzerine hususi surette otoyola iyice yaklaşmış içeriye baktıkları zaman bir kadın külotu görmüşler ve sanıkların araba içinde cinsi münasebette bulundukları sonucunu çıkarmışlardır. Otonun içinde münasebet halinde yoldan geçen bir kimse tarafından tabii şekilde görülmemişlerdir. Sanıkların cinsi münasebette bulundukları kabul olunan özel otonun içinin hususi bir mahal niteliğinde bulunduğu ve hadisede aleniyet unsurunun tahakkuk etmediği gözetilmeyerek..." (5. CD., 21.03.1978, E. 1978/958, K. 1978/877, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 20.04.2020).

³⁴¹ Gülseren, a.g.m., s. 44.

³⁴² "Görüntü inceleme tutanakları, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, ...ahu.com internet sitelerinin sayfalarında canlı sohbet numaralarının bulunduğu ve bu numaraların aranıp banka ve PTT havalesi yapılması neticesinde müşteriye güvenlik kodu gönderilerek canlı görüşmenin başlandığının anlaşılmaması karşısında; kişiye özel görüşme ekranına çocukların doğrudan erişiminin mümkün olmadığı ve aleniyet unsurunun gerçekleşmediği anlaşıldığından, sanıkların atılı suçu işlediğine dair mahkumiyetine yeterli ve somut delil bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi..." (16. CD., 07.03.2017, E. 2015/4630, K. 2017/994, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 20.04.2020).

³⁴³ İnci, a.g.m., s. 49, 50.

yanılgısı söz konusu olur. Tersine unsur yanılgısında, işlenemez suç nedeniyle kişinin cezai sorumluluğuna gidilemez³⁴⁴.

TCK m. 226/1-c'ye göre; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, “içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz edilmesi”, suçun hareketini oluşturmaktadır.

Satış veya kiraya arz etmenin bedel karşılığı olması gerekir. Satışa arz etmek müstehcen ürünün satılmasını sağlamak için yapılan tüm hareketler; satmak ise müstehcen ürünün bedel karşılığında verilmesidir. Ancak satışa veya kiraya arz etmenin suç oluşturabilmesi için müstehcen ürünlerin satışına mahsus yerler dışındaki yerlerde bu hareketin gerçekleştirilmesi gerekir. Ayrıca müstehcen ürünlerin satışına mahsus yerler dışında, satışa veya kiraya arz etmenin suç olarak kabulü için bu ürünlerin, içeriğine vakıf olacak şekilde satılması gerekir. Vakıf olmak, bilmek, farkında olmak anlamına gelir³⁴⁵. Bu açıdan 1117 sayılı Kanun’a göre, “*bu eserler 18 yaşından büyüklere içi görülmeyen zarf veya poşet içinde satılabilir. Bu zarf ve poşetlerin üzerinde eserin ismi ile küçüklere zararlıdır ibaresinden başka hiçbir yazı ve resim bulunamaz*”. O halde müstehcen ürün zarf veya poşet içinde bu ürünlerin satılmasına mahsus yerlerde ve bu yerler dışındaki yerlerde satılması yasak değildir.

TCK m. 226/1-d'ye göre, bu ürünler ancak bunların satışına özgü alışveriş yerlerinde, erişkin kişilere satılabilir veya kiraya verilebilir. Bu itibarla, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, “*satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa veya kiraya arz edilmesi, satılması veya kiraya verilmesi*” suçun hareketleridir. Bu halde c bendi için aleniyet şarttır. Soyaslan’a göre d bendinde, bu ürünlerin satışına mahsus alışveriş yerleri dışında satılması veya kira verilmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir. Bu sebeple d bendi olduğundan c, e ve f bentlerine gerek yoktur³⁴⁶.

TCK m. 226/1-e ve f'ye göre, “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak başkalarına verilmesi veya dağıtılması ya da reklamının yapılması” suçun hareketidir.

³⁴⁴ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 466.

³⁴⁵ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 1036.

³⁴⁶ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, s. 567.

Dağıtmak, “müstehtcen bir ürünü ayrı ayrı kişilere vermek” anlamındadır. Ancak satmak veya kiraya vermek hareketleri dağıtmak olarak nitelendirilemez. Zira dağıtmak, satmak veya kiraya vermeden farklıdır. Dağıtmak hareketi bedelsiz olduğu gibi bu harekette ürünün kime verildiğinin bir önemi yoktur³⁴⁷.

Kanun metninin 1. fıkrasındaki c, d, e ve f bentlerinde çocuk kelimesine yer verilmemiştir. Ancak bentlerin amacının, çocukların korunması olduğunu kabul etmek gerekir. Özbek’e göre; “müstehtcen ürünün bunların satışına mahsus yerlerde satılması yasak olmadığına göre, bu ürünlerin bedelsiz olarak verilmesi ya da dağıtılmasının suç olarak düzenlenmesinin amacı, bu ürünlerin çocukların eline geçmesi ihtimalinin dahi cezalandırılması istemidir”³⁴⁸. Ürünün, çocuklar arasında yayılmasını engellemek asıl amaçtır.

Ürünlerin çocuklar arasında yayılması, doğrudan yayma veya dolaylı yayma olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Bu husus 1. fıkra kapsamındaki hareketler için de geçerlidir. Örneğin TCK m. 226/1’de hareket unsuru çocuğa, müstehtcen nitelikteki görüntü, yazı veya sözlerin verilmesi veya bunların içeriklerinin gösterilmesi, okunması, okutulması ve dinletilmesidir. Bu hareketler müstehtcen ürünü yayma işidir. Bu hareketler, belirli bir çocuğa yönelik gerçekleştirildiği için seçimlik hareketler doğrudan yaymadır³⁴⁹. Dolaylı yayma hareketinde ise, hareketler belirli bir çocuğa yönelik değildir. Örneğin TCK m. 226/1-b’de sayılan müstehtcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin içeriklerinin çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösterilmesi, görülebilecek şekilde sergilenmesi, okunması, okutulması, söylenmesi ve söylenmesi hareketleri dolaylı yaymadır³⁵⁰.

TCK m. 226/1-f’de, müstehtcen ürünün reklamını yapmak yasaklanmıştır. Bu bentteki suçun hareketi ürünün reklamını yapmaktır. Reklam, “bir malın veya hizmetin sürümünü arttırmak amacıyla yapılan herhangi bir tanıtımdır”³⁵¹. Ancak TCK m. 226 bir bütün olarak düşünüldüğünde reklamın her şekli bu suç kapsamına girmez. Zira

³⁴⁷ Atilla Öztürk, a.g.e., s. 238.

³⁴⁸ Özbek, *Müstehtcenlik Suçu*, s. 71.

³⁴⁹ Gizem Kübra Özen, a.g.e., s. 73.

³⁵⁰ a.g.e., s. 74.

³⁵¹ Emrehan İnal, Başak Baysal, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2008, s. 6.

TCK m. 226/1-d’de müstehcen ürünlerin satışına mahsus alışveriş yerlerinde satılabilmesi olanaklı hale getirildiğinden, bu satışa yönelik reklam, suç olarak kabul edilemez. Reklamsız ilan mülga TCK’da suç olarak kabul edilmişti. Ancak 5237 sayılı TCK’da reklamsız ilan, suç oluşturmamaktadır. Fakat maddenin amacı müstehcen ürünlerin kontrolsüz şekilde yayılmasını engellemek ve istenmeyen hallerde bu ürünlerle karşılaşmamak olduğu göz önüne alındığında ilanın suç sayılmaması maddenin amacı ile çelişmektedir³⁵².

3.3.1.2.4.2. TCK m. 226/2’de Düzenlenen Suçun Hareketi

TCK m. 226/2’de, müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin, “basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık” cezalandırılmıştır. Bu sebeple 2. fıkra hareket, basın yayın yolu ile ürünü yayınlamak veya yayınlamaya aracılık etmektir.

Madde metninde yayınlamak ifadesi kullanılmışsa da yayınlamak değil, yayımlamak kelimesini kullanmak daha doğrudur³⁵³. Yayım, “*herhangi bir eserin radyo ve televizyon aracılığıyla dinleyiciye, seyirciye ulaştırılması, kamuya sunulmasıdır*”³⁵⁴. Yayımlanmasına aracılık etme hareketinden, yayımlanmasına yardım etmek anlaşılmalıdır. Ancak burada yayımlanmasına aracılık eden kişi, yardım eden olarak değil; kanuni düzenleme gereği fail olarak sorumludur.

TCK m. 6/1-g’e göre; “Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılır”. Bu nedenle bireysel iletişim araçları bu hükmün dışındadır. Kitle iletişim araçları; gazete, dergi, radyo, televizyon, tiyatro, sinema, plak, kaset, CD ve internet ortamıdır. Bu ortamda yayın yapılması halinde TCK m. 226/2’de düzenlenen suçun hareketi söz konusu olur³⁵⁵. Ancak bu internet ortamının herkese açık olması gerekir. Bireysel iletişim için gerçekleştirilen internet ortamında e-mail atılması halinde 2. fıkradaki suç oluşmaz.

³⁵² Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 73.

³⁵³ a.g.e., s. 173.

³⁵⁴ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 1076.

³⁵⁵ “Müstehcen yayın yapmak suçundan sanık Tuğrul Ayhan’ın yapılan yargılanması sonunda, atılı suçtan mahkumiyetine dair, Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 06.06.2006 gün ve 2005/1429 Esas, 2006/241 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek

TCK m. 226/2’de, eserin basılması veya çoğaltılması tek başına yeterli olmadığından müstehcenlik suçu oluşmaz. Burada eserin, yayınlanma amacı olmalıdır. Basın Kanunu’na göre, suçun işlendiği an yayının gerçekleştiği andır. Bu sebeple eser yayınlanmak için basılmış olsa bile, yayınlanmadığı sürece suç oluşmaz. Bu halde eser yayınlanmamış ancak belirli kişilere ulaşmışsa TCK 226. maddesinin 1., 3. veya 4. fıkrası düşünülmelidir³⁵⁶.

3.3.1.2.4.3. TCK m. 226/3’te Düzenlenen Suçun Hareketi

TCK m. 226/3’te iki ayrı suça yer verilmiştir. TCK m. 226/3, uluslararası sözleşmelere ve yükümlülöklere paralel bir düzenlemedir. Madde metninde; “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması” yaptırım altına alınmıştır. Bu fıkradaki ilk suç; “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde; çocukların, temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması” suretiyle oluşmaktadır. Üretmek, “ekonomik bir etkinlik sonucu elde etmek, oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek”³⁵⁷ anlamına gelir. Suçun hareketini oluşturan kullanma ise; “bir şeyden belli bir amaçla yararlanmak, bir kimseyi hizmette bulundurmak, amacına ulaşmak için yararlanmak, sömürmek, istismar etmek”³⁵⁸ anlamına gelir.

Marakoğlu’na göre, kullanma ifadesi daha geniş yorumlanmalıdır. Şöyle ki; müstehcen ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak ifadesi bu çocuklara ait pornografik görüntülerin oluşturulması olabileceği gibi çocukların porno film içerikli kompakt disklerin paketlenmesinde ve bilgisayar kayıt aşamasında, dekorda veya getir

gereği düşünüldü... İddia, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına nazaran, sanığa isnat olunan müstehcen içerikli yayın yapmak eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 226/2. maddesi kapsamına girebileceği cihetle, 5237 sayılı TCK’nın m. 6/1-g ile 5187 sayılı Kanunun 2 ve 27. maddeleri de gözetilmek suretiyle 5235 sayılı Kanunun 11, geçici 1. ve CMK’nın 4. maddeleri gereğince suç niteliğinin tayin ve takdir, bu konudaki kanıtların değerlendirilmesi görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait olup görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması...” (5. CD., 20.05.2008, E. 2008/2405, K. 2008/4654, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim tarihi: 20.04.2020).

³⁵⁶ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 176.

³⁵⁷ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 1027.

³⁵⁸ a.g.e., s. 608.

götür elemanı olarak çalıştırılmalarını da kapsar³⁵⁹. Ancak bu suç kapsamında çocuğun kullanılması; çocuğun ürünün oluşturulmasında ve içeriğinde bulundurularak istismar edilmesini ifade etmektedir³⁶⁰. Burada çocuğun kullanılması, çocuğun filmin çekiminde dekorcu vs. şekilde çalışmasını değil, ürünün oluşturulmasında ve içeriğinde bulunmasını ifade eder. Çocuğun, ürünün müstehcen nitelikteki bir bölümünde yer alması, suçun oluşması için yeterlidir. Ancak çocuğun cinsel aktivitede bulunması gerekmez. Şöyle ki; müstehcen olacak şekilde bir kız veya bir erkek çocuğun insanları tahrik edecek tarzda, cinsel organları görünür şekilde resimlerinin çekilmesi veya çocukların müstehcen sayılacak şekilde birbirlerine sarılmalarının görüntüsünün çekilmesi hareketi suçun oluşumu için yeterlidir. Yargıtay suçun oluşumu açısından, çocuğun cinsel aktivitede bulunmasını aramamış, cinsel aktivite olmadan müstehcenlik suçunun gerçekleştiğine karar vermiştir³⁶¹.

Özbek'e göre ürünün çocuğun cinsel istismarı niteliğini taşıyan bir hareketi konu alması yeterlidir. Ancak bu hareketin mutlaka cinsel istismar boyutuna ulaşması gerekmez. Zaten kanun koyucu da, madde metninde cinsel istismar suçuna atıf yapmamıştır. Üründeki hareketin cinsel istismar boyutuna ulaşması gerekme de, ürünün çocuğa yönelik cinsel davranışlar içermesi ve cinsel arzuları tahrik etmeye yönelik olması gerekir³⁶². Bu sebeple ürünün üretiminde çocuğun cinsel hareketi bizzat gerçekleştirmesi ya da cinsel hareketin çocuk üzerinde yapılması gerekmediği gibi madde metninden de anlaşılacağı üzere üründe, bir çocuğun varlığı bile gerekmez. Temsili çocuk görüntüleri veya çocuk gibi görünen kişilerin varlığı yeterlidir.

³⁵⁹ Marakoğlu, *Edepsiz Kitaplar*, s. 65.

³⁶⁰ Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6778.

³⁶¹ “Mağdur ile internet ortamında tanışıp görüşmeler sırasında mağdurun çıplak görüntülerini kamera ile kaydeden sanığın, bu görüntüleri başka kişilere vererek internet sitesi kurmalarını sağladığı ve söz konusu resim ve görüntülerin yayılmasına aracılık ettiği somut olayda hem müstehcenlik hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının oluştuğunu kabul etmiştir. Ancak bu durumda da TCK m. 44 gereğince sanığın yalnız en ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerektir” (14. CD., 25.11.2014, E. 2013/2259, K. 2014/13246, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 21.04.2020).

³⁶² Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 126; “Müstehcen görüntü yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılmasında burada üzerinde durulması gereken ilk önemli husus üretmek terimidir. Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre üretmek ekonomik bir etkinlik sonucu ürün elde etmek, oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek anlamlarına gelmektedir. Örneğin çocuğun kullanıldığı müstehcen filmi çekmek, bir dergiye basım amacıyla fotoğrafını çekmek veya tap etmek bu meydana kabul edilebilir” (CGK., 24.03.2015, E. 2014/14-603, K. 2015/66, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 22.04.2020).

Özbek'e göre, "Alman Ceza Kanunu'nda kullanma kavramı, müstehcen ürünün üretimi sırasında cinsel istismar boyutuna ulaşmış harekettir. Bu nedenle çocuğun, banyo yaparken çıplak fotoğrafının çekilmesi hali Alman Ceza Kanunu'na göre kullanma olarak nitelendirilemez. TCK'da müstehcen ürünlerin üretilmesinde, kullanmak eyleminin çocuğun cinsel istismarı boyutuna ulaşması aranmamıştır. Ancak çocuğun sadece bulunması bu suçun oluşması bakımından yeterli değildir, eylemin kullanma boyutuna ulaşması şarttır. Müstehcen ürünün üretiminde, çocuğun kullanıldığı bir ürünün TCK m. 226/3. fıkrasındaki suçu oluşturabilmesi için çocuğa yönelik cinsel davranışlar içermesi ve cinsel arzuları tahrik etme amacına yönelik olması gerekir"³⁶³.

Yargıtay çocuğun müstehcenlik içeren görüntüsünün, resminin veya sesinin kullanılması, yazı veya ses içeriğinde çocuğun yer almasını bu suçun oluşumu için yeterli görmüştür³⁶⁴. Burada görüleceği üzere kullanma hareketi açısından belirsizlik mevcuttur³⁶⁵. Çocuğun kendisi üzerinde gerçekleştirdiği cinsel davranışlarını konu alan fotoğrafın, çocuğun kendisine mastürbasyon yapmasını konu alan video ürününün TCK m. 226/3 kapsamında olduğu suçun konusu başlığında belirtilmişti. Ancak lâfzî açıdan bakılacak olursa madde metni kullanmadan bahsetmektedir. Kullanmanın varlığı için çocuğun, bu davranışının üçüncü bir kişi tarafından yönlendirilmiş olması gerekir. Bu sebeple cinsel davranış, kimsenin yönlendirilmesi olmadan çocuğun kendisi tarafından yapıyorsa suçun oluşup oluşmayacağı hususu açık değildir³⁶⁶. Bu husus belirlilik ilkesi açısından problem yaratmaktadır. Zira burada kullanma söz konusu olmadığından TCK m. 226/3, c.1'deki suçun oluşmadığı söylenebilir. Ancak bir görüşe göre, burada çocuk pornografisi üretmek suçu oluşmuştur. Zira insanın bedeni üzerindeki tasarruf hakkı, kişiye kendi görüntülerinin özgürce kullanılmasına izin verdiği anlamına gelmez³⁶⁷.

³⁶³ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 126.

³⁶⁴ 18. CD., 18.04.2018, E. 2016/3653, K. 2018/5741 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 22.04.2020); 12. CD., 07.11.2018, E. 2018/4790, K. 2018/10457 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 22.04.2020).

³⁶⁵ "Kanaatimizce de üretiminde çocuğun kullanıldığı bir ürünün TCK'nın 226 maddesinin 3. fıkrasındaki suçu oluşturabilmesi için çocuğa yönelik cinsel davranışlar içermesi ve cinsel arzuları tahrik etme amacına yönelik olması gerekir. Bu nedenle çocuğun müstehcen görüntüsünün çekilmesi kullanma olarak nitelendirilemez" (CGK., 24.03.2015, E. 2014/14-603, K. 2015/66, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 22.04.2020).

³⁶⁶ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 127.

³⁶⁷ a.g.e., s. 127.

TCK m. 226/3'te düzenlenen ikinci suç ise; “çocukların kullanıldığı bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulmasıdır”. Bu hareketlerin suç olarak tanımlanmasının sebebi, suç nerede işlenirse işlensin, ürün nerede üretilirse üretilsin, etkilerinin başka ülkelerde ortaya çıkma tehlikesidir. Bu tehlike devletlerin birlikte hareket etmelerini zorunlu kılmıştır³⁶⁸. Belirtmek gerekir ki, hiçbir koşulda bu ürünlerin satışına izin verilmemiştir. Müstehcen ürünün satışına dair usuller bu fıkra için geçerli değildir.

TCK m. 226/3 seçimlik hareketli bir suç olduğundan sayılan hareketlerden birinin gerçekleşmesi ile suç işlenmiş sayılır. Bu hareketler; ürünü ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak, başkasının kullanımına sunmaktır.

Ülkeye sokmak, ülke sınırları içine getirmek anlamına gelir. Ülkeye sokmanın, nasıl yapıldığı önemsizdir. Ancak internet gibi yollar kullanmış ise bu halde TCK m. 226/5 düşünülmelidir³⁶⁹.

Bulundurmak, “*hazır bulunmasını sağlamak, el altında tutmak*”³⁷⁰ anlamına gelir. Bulundurmak hareketi, müstehcen ürün üzerinde fiili egemenlik sağlama ve bu egemenliğin devamı olarak anlaşılmalıdır³⁷¹. Bulundurmanın amacı önemli değildir. Bulundurma hareketi, satmak veya nakletmek amaçlı olabileceği gibi şahsi amaçlı da olabilir. Ancak elektronik posta yolu ile bilgi ve belge aktarımının, basın ve yayın yoluyla yayma sayılamayacağı belirtilmiştir³⁷².

³⁶⁸ a.g.e., s. 128.

³⁶⁹ a.g.e., s. 129.

³⁷⁰ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 180.

³⁷¹ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 133.

³⁷² “*Sanığın çocuk pornografisine sahip olduğu ve internet ortamında bu içerikte görüntüleri sağladığının anlaşılması üzerine usulüne uygun arama ve el koyma kararları doğrultusunda evinde ele geçirilen bilgisayar kayıtları incelenmiştir. Bilgisayar kayıtlarında çocuk pornografisi içerikli 23.000’den fazla fotoğraf ve 550’nin üzerinde video kaydının yanında çocuk ve yetişkin birinin hayvanlarla cinsel ilişkisine ait görüntüleri kapsayan video kaydına rastlanmıştır. Ülkemizin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 34/c maddesiyle çocukların pornografik nitelikteki gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla her türlü önlemi alma yükümlüğü bulunmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü’nce de kabul edilen 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi’nin 1 ve 3/b maddeleriyle pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya*

Özbek'e göre, TCK m. 226/3'te geçen ürünün kabul edilmesi, indirilmesi tek başına suç oluşturmaz. Zira bunlar, fıkrada açıkça sayılan hareketlerden biri değildir. Örneğin internet ortamından TCK m. 226/3 kapsamında bir ürün indirilmişse, temin etmek veya indirmek hareketi suç olarak kabul edilmediğinden suç oluşmaz. Bu hareketler yalnızca bulundurma veya depolama boyutuna geçerse cezalandırılır³⁷³.

Ürünün kabul edilmesi veya indirilmesi ani bir harekettir. Ürünün bulundurulması ise, daha önce izah edildiği üzere kesintisiz suç özelliği taşır. Zira hareketin bulundurma olarak kabulü için belli bir süre devam etmesi gerekir. Bulundurma hareketi açısından önemli olan müstehcen ürünün, failin egemenlik alanında olup olmadığıdır. Bu açıdan sadece bulundurmanın cezalandırılması temel hak ve özgürlüklere gereksiz müdahalenin önlenmesi bakımından yerindedir³⁷⁴. Örneğin; bir

da sunumunun yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin tedbirleri almalıdır. Ayrıca Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı Çocuk Fahşeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol ile ülke içinde veya ülke dışında, ferdi veya örgütlü bir biçimde işlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın çocuk pornografisinin üretimi, dağıtımı, yayılması, ithali, ihracı, sunumu, satışı veya kasıtlı zilyetliğini suç ve ceza yasalarının tam anlamıyla kapsamı içine girdiğini garanti etme ve fiillerin vahametini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılabilir suçlar haline getirmeyi kabul etmiştir. Bu uluslararası yükümlülükler paralelinde düzenlenen 5237 sayılı TCK'nın 226/3. maddesinde çocukların kullanıldığı müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arzı, satışı, nakli, ihracı veya başkalarının kullanımına sunulması suç olarak sayılmıştır. Ayrıca bunun yanında bu ürünlere olan talebin azaltılmasının çocuklara koruma sağlayacağı düşünüldükçe kasıtlı olarak yapılan bireysel amaçlı bulundurma ve depolama da suç sayılmıştır. Bu nedenle 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 çok sayıda resim ve video kaydını bilgisayar sistemi vasıtasıyla temin edip bilgisayarında sistematik biçimde depolama ve bulundurma fiilinin kişisel amaçlı dahi olsa 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi yoluyla aynı yasanın 226 maddesinin 3. fıkrasına uyan suçu oluşturduğu ve hükmün gerekçesinde eylem bu şekilde doğru olarak nitelendirildiği halde 226/4. madde ile uygulama yapılmıştır. Suçun soruşturulması sırasında Emniyet Müdürlüğü Bilgi İşlem Şube Müdürlüğü'nün takipte ve teknik çalışmalarda kullandığı elektronik posta adresine sanığın müstehcen içerikli resim gönderdiği sabittir. Ancak elektronik posta yolu ile bilgi ve belge aktarımının mevcut yasal düzenlemeler karşısında basın yayın yoluyla yayma sayılamaz. Bunun dışında basın yayın yolu ile yayınladığı ya da çocukların görmesini sağladığı hususundaki kanıtların nelerden ibaret olduğu karar yerinde açıklanmadan hakkında TCK'nın 226/5. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini kanuna aykırı bulunmuştur" (5. CD., 01.10.2007, E. 2007/9856, K. 2007/6957, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 22.04.2020).

³⁷³ "Oluşa uygun kabule göre Lüksemburg Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatı tarafından çocukların kullanıldığı müstehcen içerikli yayın yapan internet sitelerine ülkemizden giriş yapan bilgisayarlara ait IP numaralarının ihbar edilmiştir. İhbar edilen IP numaraları ve kullanıcılarının Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından tespiti yapılmış olup tespit edilen kullanıcılardan birinin de ilgili adreste mahkeme kararı ile usulüne uygun şekilde yapılan aramada, sanığa ait bilgisayar hard diskinde 5352 adet porno içerikli görüntü ve videonun tespit edilmiştir. Bunların içerisinde çok sayıda çocukların kullanıldığı görüntülerin bulunduğu eylemin TCK'nın 226/3-c 2. maddesinde yer alan suçu oluşturduğu anlaşılmıştır" (14. CD., 06.03.2014, E. 2012/5172, K. 2014/2835, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 22.04.2020).

³⁷⁴ Özbek, Müstehcenlik Suçu, s. 132.

bilgisayarda yapılan incelemede bilgisayarda çocuğun kullanıldığı bir müstehcen ürün olmamakla beraber böyle bir ürüne bu bilgisayar üzerinden ulaşıldığı tespit edilmişse, bu halde bulundurmada söz edilemez³⁷⁵.

İnternet üzerinden TCK m. 226/3 kapsamına giren bir ürünün indirilmesindeki bir diğer husus görme hareketidir. Madde metninde, görme hareketi suçun hareketleri arasında sayılmamıştır. Bu nedenle görme hareketi, tipik hareket değildir. Ancak bakma ve görme gibi hareketler anlık olduğundan somut olayın koşulları dikkate alınarak karar verilmelidir. Zira Yargıtay, somut olayın koşullarında ürün sayısını da göz önüne alarak hareketin görme olup olmadığına karar vermiştir³⁷⁶.

Çoğaltmak, “miktarını, sayısını, ölçüsünü arttırmak”, suçun hareketi olarak ise üretilmiş bir ürünün miktarını, sayısını, ölçüsünü arttırmak anlamına gelir³⁷⁷.

Satışa arz, “satmak amacıyla sunmak, müstehcen ürünün, bedel karşılığında başkasına devredilmek amacıyla sunulması” anlamına gelir³⁷⁸. Satışa arz, hareketinde ürünün satılıp satılmaması önemli değildir. Satış gerçekleşmese de arz suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Zaten bir diğer seçimlik hareket de ürünün satılmasıdır.

İhrac etmek açısından da önemli olan, ihracın Türkiye’den yapılmış olmasıdır. Bu unsur dışındaki unsurlar, örneğin ürünün üretim yeri önemli değildir.

Depolamak, kelime anlamı olarak, “yığmak, biriktirmek” anlamına gelir³⁷⁹. Suç kapsamında, Özbek’e göre, depolamak, saklamak veya korumak amacıyla ürünün bir yerde bulundurulmasıdır. Bulundurma yerine, depolama kelimesinin kullanılmasının sebebi ürünün elektronik veri niteliği taşıyor olması halinde bulundurmada farklı

³⁷⁵ a.g.e., s. 132-134.

³⁷⁶ “Sanığın kullandığı bilgisayar kasasına ait hard diskte yapılan incelemede 548 adet çocuk pornosu görüntüsünün ‘Belgelerim/Alınan Dosyalarım’ klasörüne kaydedildiği ve sonrasında bu görüntülerin silindiğinin belirtildiği, hard disk içeriğinde bulunan ve üretiminde çocukların kullanıldığı görüntü adeti nazara alındığında, sanığın internet üzerinden görüntülere bakıp hemen sildiği yönündeki savunmalarının hayatın olağan akışına uygun düşmediği gözetilmeden sübuta eren müstehcenlik suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi hukuka aykırıdır” (14. CD., 24.03.2014, E. 2012/6785, K. 2014/3782, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 22.04.2020).

³⁷⁷ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 240.

³⁷⁸ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 130.

³⁷⁹ Türk Dil Kurumu, a.g.e., s. 269.

olduğunu göstermek amacı taşır³⁸⁰. *Taşkın*'a göre, depolama ve bulundurma arasındaki fark depolamanın daha geniş kapsamlı olması ve adet olarak daha çok veriyi içermesidir³⁸¹.

Başkalarının kullanımına sunmak ise, ürünü kullanması amacıyla başkasına vermek, yollamak, göndermek anlamına gelir. Bu sebeple başkalarının kullanımına sunma hareketinin, suç tipinde açıkça yer almayan ödünç vermek, kiralamak, teklif etmek, bağışlamak, değişmek hareketlerini kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. *Özbek*'e göre, ödünç vermek, kiralamak, teklif etmek, bağışlamak, değişmek, dağıtmak, yaymak hareketleri başkalarının kullanımına sunma hareketleri kapsamındadır³⁸². Ancak madde kapsamında suça konu hareketler sınırlı olarak sayıldığından bu hareketlerin suçun hareketi olarak kabul edilmesi halinde kanunilik ilkesine aykırılık oluşacaktır.

TCK m. 226'da suça konu hareketler madde metninde sayılmıştır. Bu nedenle *Özbek*'e göre hareketler arasında sayılmayan ilan etmek, reklam yapmak, sergilemek gibi hareketler bu suçu oluşturmaz. Ancak ilan vermek, reklam yapmak, sergilemek gibi hareketlerin TCK m. 226/1'de yaptırım altına alınırken TCK m. 226/3'te alınmaması, uluslararası hukukta geniş yer kaplayan çocuk pornografisiyle mücadele bakımından yerinde değildir³⁸³. Düzenleme ölçülülük ilkesine aykırılık oluştursa da, kanunilik ilkesi gereği kanun koyucu madde metninde tipte yer alan hareketleri saydığı için bu suç bağlı hareketli bir suçtur. Madde metninde sayılmayan ilan vermek, reklam yapmak gibi hareketler TCK m. 226/3 suç kapsamında kabul edilemez.

3.3.1.2.4.4. TCK m. 226/4'te Düzenlenen Suçun Hareketi

TCK m. 226/4'e göre; *“şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya bulundurulması”* hareketleri suç oluşturmaktadır. Suça konu hareketler, bu ürünlerin; üretimi, ülkeye sokulması, satışa

³⁸⁰ *Özbek, Müstehcenlik Suçu*, s. 130.

³⁸¹ Şaban Cankat Taşkın, *Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Bursa: Beta Yayınevi, 2008, s. 127.

³⁸² *Özbek, a.g.e.*, s. 131.

³⁸³ *a.g.e.*, s. 134.

arzı, satışı, nakli, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya bulundurulmasıdır. Bunlar bağı ve seçimlik hareketlerdir.

Bulundurma hareketinin suç sayılması TCK m. 226'ya has bir düzenleme değildir. Örneğin, TCK m. 191'de uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma, suçun hareketidir. Bulundurma halinin suç hareketi olarak kabul edilip edilmemesine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Zira bu ürünleri bulunduran kişiler cezalandırılmak yerine tedavi edilmelidir³⁸⁴. Bu iki suçta müstehcen ürünü veya uyuşturucu maddeyi bulunduran fail cezalandırılrsa da, bulundurulması yasaklanan bu içerik ve maddeler kişide bağımlılık yaptığından cezalandırılan kişi, aynı zamanda korunmak istenen kişidir.

TCK m. 226/4'e getirilen bir eleştiri, TCK m. 226/4'te üçüncü fıkradaki çoğaltmak, ihraç etmek gibi suç teşkil eden hareketlerin bu fıkra içinde suç kapsamına sokulmamış olmasıdır. Özbek'e göre, bu hareketler de suçun hareketi olarak sayılmalıdır³⁸⁵.

TCK m. 226/4'e getirilen bir eleştiri de, madde hükmünde belirtilen hareketlerin bilimsel bir dile ve dolayısıyla modern ceza hukuku lafzına uymamasıdır. Şöyle ki, "hayvanlarla" ibaresi yerine "zoofili" kavramı, "ölmüş insan bedeni üzerinde" lafzı yerine "nekrofil" kavramı şeklinde bilimsel kavramlar tercih edilmelidir³⁸⁶.

3.3.1.2.4.5. TCK m. 226/5'te Düzenlenen Suçun Hareketi

TCK m. 226/5'e göre; "üç ve dördüncü fıkralardaki suçların konusunu oluşturan ve müstehcenlik bakımından mutlak yasak kapsamına giren ürünlerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması, yayınlanmasına aracılık edilmesi, çocukların görmesinin, dinlemesinin, okumasının sağlanması" suç olarak kabul edilmiştir.

TCK m. 226/5'in hareketleri, üçüncü ve dördüncü fıkradaki ürünlerin basın ve yayın yolu ile yayınlanması, yayınlanmasına aracılık edilmesi veya bu ürünleri

³⁸⁴ Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 791.

³⁸⁵ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 159.

³⁸⁶ a.g.e., s. 151, 152.

çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlamaktır. Ancak “çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan” ifadesi iki şekilde yorumlanmaktadır.

İlk yoruma göre; “madde hükmü basın yayın yolu ile yayınlama, basın yayın yolu ile yayınlanmasına aracılık etme ya da basın yayın yolu ile çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlamak” anlamına gelir³⁸⁷.

İkinci yoruma göre; “ifade basın yayın yolu ile çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlamak şeklinde anlaşıldığında, diğer ifadelerden farklı olmamaktadır. Burada kanun lafzından da anlaşılabileceği üzere ürünü basın yayın yoluyla yaymak veya yayınlanmasına aracılık etme suçunda basın ve yayın aracının hedefinin çocuk olması gerekmez. Çocuk ürünü görmese de hareket TCK m. 226/5 kapsamındadır. Ayrıca basın ve yayın yolu olmadan da çocukların görmesinin, dinlemesinin veya okumasının sağlanması halinde hareket TCK m. 226/5 kapsamındadır. Ancak bu ürünlere çocukların ulaşmasını engellemek için ilgili kişi gerekli ve etkili önlemleri almışsa bu halde suç oluşmaz”³⁸⁸. Mağdurun çocuk olup olmadığının belirlenmesinde, nüfus kayıtlarına bakılmalıdır³⁸⁹.

3.3.1.2.5. Nitelikli Unsurlar

Suç tipinin oluşması için zorunlu unsurlar suçun temel şeklini oluşturur. Ancak kanun koyucu temel şekle eklediği bazı unsurlar ile suçun daha ağır veya daha hafif cezalandırılmasını isteyebilir³⁹⁰. Cezanın arttırılması veya azaltılması için gereken bu haller TCK’da suçun nitelikli halleri olarak ifade edilmiştir³⁹¹. TCK m. 226 bakımından ise özel bir nitelikli hal öngörülmemiştir.

³⁸⁷ Hafizoğulları, Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s. 350.

³⁸⁸ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 163.

³⁸⁹ “Dosya kapsamına ve oluşa uygun kabule göre 5237 sayılı TCK’nın 226. maddesinin 3. ve 4. fıkrasının kapsamındaki ürünlerin içeriğini, dosyada mevcut nüfus kayıt örneğine göre 10 yaş 7 aylık olan mağdurun görmesini sağlayan sanık hakkında TCK’nın 226/5. maddesi yerine aynı kanunun 226/3. maddesi uyarınca hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini kanuna aykırıdır” (14. CD., 01.06.2015, E. 2015/3060, K. 2015/6706, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 22.04.2020).

³⁹⁰ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 141.

³⁹¹ TCK m. 30/2; “Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda...”; TCK m. 61/4; “Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin...”.

TCK m. 266 hükmü, genel bir nitelikli hal düzenlemesidir. TCK m. 266 hükmü şöyledir; “Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır”. Gerekçede belirtildiği üzere, “kamu görevlisinin görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanması, ilgili suç açısından daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, kanunda kamu görevlisi sıfatının ilgili suçun bir unsuru olarak öngörülmemiş olması gerekir”. TCK m. 226 hükmünde kamu görevlisi sıfatı suçun bir unsuru olarak öngörülmemiştir. Bu bakımından TCK m. 226’ya failin kamu görevlisi olması ve suçun, görev nedeniyle elinde bulundurulmuş araç ve gereç ile işlenmesi halinde TCK m. 266 uygulanabilir. Bu hususta “kamu görevlisi” kavramının kapsamı sorunu ortaya çıkmaktadır.

5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak memur değil, kamu görevlisi kavramı kullanılmıştır. 765 sayılı TCK’da kabul edilen memur anlayışına göre, “devletin hukuki sahasına giren, esas amaç ve özüne ilişkin yapmakla yükümlü olduğu zorunlu işlerinde sürekli-geçici, ücretli-ücretsiz, ihtiyari veya mecburi ayırımı yapılmaksızın kamu görevi görmek amacıyla yasama, yürütme ve yargı kollarında çalışan kişiler, memurdur”³⁹². Kamu görevlisi kavramının, teoride ve uygulamada tam bir tanımı bulunmadığı gibi terim ve anlam birliği genel olarak sağlanamamıştır. Anayasa, Devlet Memurları Kanunu, 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun “memur” kavramının yanında “diğer kamu görevlileri” adı altında farklı bir kavram da kullanılmıştır. Demren Dönmez’e göre; kamu görevi ve kamu hizmeti görenler kamu görevlisidir. Kamuya yararlı iş görenler ise kamu görevlisi değildir. Bu değerlendirme ile hem kavramın sınırları belli olmakta hem de kamu faaliyetinin yürütülmesine “herhangi bir surette” katılma ifadesinin genişliği ortadan kalkmaktadır³⁹³. Gökcan’a göre de, tanımdaki “herhangi bir suretle” ibaresi, “kamu hukuku usulüne uygun bir surette” biçiminde anlaşılmalıdır.

³⁹² Burcu Demren Dönmez, “Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara, *TBB Dergisi*, S. 94 (2011), s. 112.

³⁹³ a.g.m., s. 121.

Aksi halde emlak beyannamesini sunan mal sahibini bile kamu görevlisi olarak kabul etmek gerekir³⁹⁴.

TCK m. 6/1-c’de kamu görevlisi; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Madde gerekçesi ise şöyledir; “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan kamu görevlisi tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır”.

Açıklamalar kapsamında avukatlar³⁹⁵, sağlık ocağında görev yapan hekimler³⁹⁶, belediye veya nüfus müdürlüğünde hizmetli, aşçı, marangoz, şoför vb. kadrolarda daimi olarak istihdam edilen kamu hizmeti yükümlüleri³⁹⁷ kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir. Kamu görevlisi olarak kabul edilen ve TCK m. 226’dan sorumlu tutulan fail hakkında TCK m. 266’nın uygulanabilmesi için, görevlinin suçun işlenmesi sırasında

³⁹⁴ Hasan Tahsin Gökcan, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, İstanbul, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2 (2015), s. 151.

³⁹⁵ 4. CD., 23.11.2009, E. 2008/5516, K. 2009/19215 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 23.04.2020).

³⁹⁶ 4. CD., 07.10.2009, E. 2008/10261, K. 2009/15788 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 23.04.2020).

³⁹⁷ Gökcan, a.g.m., s. 151.

kullandığı ürünleri görev gereği olarak elinde bulundurması gerekir. Örneğin görevi gereği görüntü almaya yarar cihazları elinde bulunduran kamu görevlisi olan polis tarafından bu cihazların müstehcen ürünün çocuğa gösterilmesinde veya çocukların, temsili çocuk görüntülerinin, çocuk gibi görünen kişilerin kullanıldığı müstehcen ürünün üretiminde kullanılması halinde TCK m. 266 gereği verilecek ceza üçte bir oranında arttırılır.

TCK m. 226 bakımından yapılabilecek bir eleştiri, fuhuş, dilencilik, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarında olduğu gibi suçun, örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmemesidir.

3.3.1.3. Suçun Manevi Unsuru

Tipikliğin objektif ve sübjektif unsurları vardır. Objektif unsurlar; fail, mağdur, suçun konusu, hareket, netice olup bu maddi unsurlar suçun dış cephesini oluşturur³⁹⁸. Sübjektif unsur ise manevi unsur olup kast, taksir ve hareketin ifade ettiği maksat, saik diğer manevi unsurlardır.

TCK m. 21 gereği kural olarak suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Ceza hukukunda sübjektif tipiklik için kastın varlığı aranmıştır³⁹⁹. Fail ile hareket arasında manevi bağ olmalıdır⁴⁰⁰. Müstehcenlik suçunun varlığı için de failin kastı gereklidir. Kast, TCK m. 21'e göre; “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi*” anlamına gelir.

TCK m. 226'da düzenlenen suçlar kasten işlenebilen suçlardır. Burada failin, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek hareket etmesi yeterli olup suçun oluşumu için failin, saik veya maksadı önemli değildir⁴⁰¹.

Özbek'e göre; TCK m. 226/3'te çocukların kullanıldığı bu müstehcen ürünleri ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç

³⁹⁸ Koca, Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 112; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 303.

³⁹⁹ Koca, Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 146.

⁴⁰⁰ Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 220.

⁴⁰¹ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 1. Baskı, Ankara: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, C.2, 2007, s. 1642; Baytemir, a.g.e., s. 654.

etmek, bulundurmak, başkalarının kullanımına sunmak hareketlerinde genel kast yeterli değildir. Bu durumda failin maksadı belirlenmelidir. Failin bu ürünleri ülkeye sokmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek maksadının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Ancak bulundurmak tek başına bu suçun oluşumu için yeterli iken ihraç etmek, ülkeye sokmak gibi bir amacın olup olmadığının, failin kastının ne olduğunun araştırılması gereksizdir⁴⁰². Yargıtay ise sanığın kastının ne olduğunun araştırılması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁰³.

Bulundurma hareketinin kapsamına internetten ürün indirilmesi girmez. Ancak internetten TCK m. 226/3 kapsamına giren bir ürünün indirilmesi hareketinde failin kastı açısından önemli bir ayrım vardır. Şöyle ki; kişinin tesadüfen, hata veya hile sonucu böyle bir siteye girmiş olabileceği ihtimali göz önüne alınmalıdır. Bu sebeple suç işleme kastı olmayan bir kişinin sadece video indirme hareketi suç olarak kabul edilmemelidir. Ayrıca bazı sitelerin özelliği gereği site açıldığında video otomatik olarak da inmiş olabilir. Burada da failin kastı araştırılmalıdır⁴⁰⁴. İndirme hareketi

⁴⁰² Özbek, Müstehcenlik Suçu, s. 137.

⁴⁰³ "...Türkiye'den transit olarak geçmekte bulunduğu anlaşılan sanığın naklettiği müstehcen filmler bir trafik kazası sonucu ele geçmiş olmasına göre Türkiye dahilinde tevzi, teşhir ve ticaret maksadı ile naklettiği hususundaki delillerin ve TCK 426. maddesindeki suç unsurlarının ne surette oluştuğu açıklanmadan hüküm tesis edilmesi kanuna aykırıdır. Sanığın kastının ne olduğunun araştırılması gerekir. Her ne kadar bu suçlarla ilgili olarak hazırlık hareketlerinin bile cezalandırılarak tehlikelerin önüne geçilmek istense de olaylar bir bütün olarak değerlendirilerek failin kastı belirlenmelidir" (5. CD., 05.04.1978, E. 1978/1144, K. 1978/1137, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 23.04.2020).

⁴⁰⁴ "Bir bilişim sisteminde depolamanın söz konusu olabilmesi için verilerin ileride yeniden kullanabilme amacıyla biriktirilmesi, tasnif edilmesi ve sanal ürünün niteliğine göre yeteri kadar bulundurulması gereklidir. Gelişen teknoloji ve sağladığı hizmetler karşısında depolama veya bulundurma işlemi, bilgisayar, telefon, kamera gibi araçların hafızasını oluşturan donanımlar, USB bellekler, CD-DVD, harici disk gibi eşyalar ile bulut (cloud) sistemlerinde gerçekleştirilebilir. Müstehcenlik suçunda ürünlerin depolanması veya bulundurulmasının söz konusu olabilmesi açısından, tek bir müstehcen ürünün tespiti bile yeterli olacaktır. Ancak kanunilik ilkesi gereği, depolama veya bulundurma eylem ve amacı olmaksızın, salt görüntülere bakmak, seyretmek veya dinlemek suretiyle bu suçlar işlenemez. Dolayısıyla bilgisayarların işletim sistemleri ile internet tarayıcılarının özellikleri gereği müstehcen verilerin bir internet sitesinin ziyaret edilmesi sırasında otomatik olarak ilgili sistem dosyasına geçici bir şekilde kaydedilmiş olması halinde iradi olmayan bu işlem nedeniyle kural olarak suçun manevi unsuru olan depolama veya bulundurma kastının varlığı söz konusu değildir. Fakat kullanıcı tarafından gizlenmek maksadıyla müstehcen verilerin bilerek sistem dosyaları arasına [geçici internet dosyaları temporary internet files] atıldığının veya internet sitelerini ziyareti sırasında görüntülerin otomatik olarak bu dosyalarda biriktiği bilincinde olan failin daha sonra bu dosyaları açarak görüntüleri yeniden kullandığının teknik olarak tespiti gibi halleri istisna olarak düşünmek gerekir. Aynı şekilde, müstehcen görüntülerin, internet ortamından ya da başka bir yolla (örneğin başka bir şahıstan temin edilen video dosyasının flash bellek aracılığıyla bilgisayara atılması), seyretmek amacıyla indirip yükledikten sonra silinmesi ile de suç oluşmayacaktır. Zira silinen bu verilerin ancak özel yazılımlar aracılığıyla geri getirilmesi mümkün olup yine depolama veya bulundurma kastı yoktur. Ancak, failde önceden depolama veya bulundurma iradesinin bulunup bulunmadığı kastının ortaya çıkarılması açısından, görüntülerin temin edildikten sonra ne kadar süre tutulduğu, görüntülerin sayısı, silinen veriler için ayrı bir tasnifleme

bakımından failin kastına ilişkin bir husus daha vardır ki, fail, bu video ağının nerede olduğunu bilmediğinden ülkeye sokmak gibi bir kast ile hareket etmemiştir. Bu sebeple, fail ihraç etme veya satın alma olarak değil, depolama hareketi kapsamında sorumlu tutulabilir.

Kastın kapsamı gereği, failin ürünün müstehcen olduğunu bilmesi gerekir. Aksi halde bilme söz konusu olmadığından kastın varlığından bahsedilemez⁴⁰⁵. Fail müstehcen olduğunu bildiği ürünün içeriğini de bilmelidir. Örneğin TCK m. 226/4'ü TCK m. 226/1'den ayıran husus ürünün içeriğidir. Bu sebeple failin, ürünün içeriğinin şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş beden üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış olduğunu bilmesi gerekir. Fail, ürün içeriğinin 4. fıkradaki ürünlerden olduğunu bilmiyorsa 4. fıkradaki suç oluşmaz. Somut olayın koşullarına göre 1. fıkra düzenlenmiş suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmalıdır.

*Hafizoğulları, Özen'e göre failin, mağdurun yaşı üzerinde yani kişinin çocuk olup olmadığı hususunda hata hali kabul edilemez. Bu görüşün gerekçesi çocuğun hareketin bir unsuru değil, hareketin üzerinde gerçekleştiği içeriğin konusu olmasıdır*⁴⁰⁶. *Atilla Öztürk'e göre, bu hususu suçun unsurları arasında kabul etmemek doğru görülemez*⁴⁰⁷. Fail, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmiyorsa TCK m. 30/1 gereği kasten hareket etmiş olmaz. Hata mağdura ilişkin olabilir. Bu nedenle TCK m.

yapılıp yapılmadığı (örneğin özel isimler verilen klasörlerde tutma gibi), daha profesyonel kullanıcılar açısından, silinen verileri geri getirip tekrar tekrar kullanmak amacıyla sistemde özel bir yazılım bulundurulup bulundurulmadığı gibi hususların teknik olarak incelenip araştırılması gereklidir. Suça konu bilgisayarın sabit diskinde tespit edilen müstehcen görüntülerin geçici internet dosyaları arasında olup olmadığı hususunda ve bu görüntülerin işletim sistemi tarafından bir internet sitesinin ziyaret edilmesi sırasında otomatik olarak mı veya kullanıcı tarafından iradi olarak mı indirildiği ya da başka bir ortamdan kopyalanmak suretiyle mi belirtilen dosyalar içerisine kaydedildiğinin belirlenmesine yönelik olarak, soruşturma aşamasında jandarma kriminal tarafından bilgisayarda kasta ilişkin araştırma yapılmalıdır” (18. CD., 18.09.2018, E. 2016/9048, K. 2018/11261, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 23.04.2020).

⁴⁰⁵ “Sanık, savunmasında suç konusu afişlerin (Kıvrıl, Fakat Kırılma) adındaki filme ait olduğunu, filmin sansürden geçtiğini, sinemalarda gösterildiğini ileri sürdüğüne göre, adı geçen filmin Merkez Film Komisyonunca oynatılmasına izin verilip verilmediği izin verilmiş ise, afişlerdeki sahnelerin filmde mevcut olup olmadığı, afişlerin film kontrol komisyonunca görülüp görülmediği hususları araştırılıp sonucuna göre eylemin, kast yönünden suç teşkil edip etmeyeceğinin tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi...” (5. CD., 26.04.1977, E. 1977/1530, K. 1977/1451, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 23.04.2020).

⁴⁰⁶ Hafizoğulları, Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s. 343.

⁴⁰⁷ Atilla Öztürk, a.g.e., s. 130.

226/1 bakımından fail, ürünü çocuğa gösterdiğini, okuduğunu veya okutduğunu bilmiyor ise fail bakımından TCK m. 30/1’de düzenlenen hata hükmü uygulanabilir. Ayrıca mağdurun şahsında hata halinde failin kastı ürünü belli bir çocuğa göstermek, okumak veya okutmak iken bu çocuk yerine başka bir kişiye gösterebilir. Bu kişinin çocuk olması halinde fail, TCK m. 226/1’den sorumludur. Fail ürünü gösterdiği, okuduğu veya okuttuğu kişiyi çocuk sanarak hareketine devam etmesine rağmen bu kişinin çocuk olmaması halinde veyahut çocuğa müstehcen ürünü gösterdiğini, okuduğunu veya okuttuğunu sanarak aslında müstehcen olmayan bir ürünü göstermiş, okumuş veya okutmuşsa tersine unsur yanılgısı söz konusu olur. Bu halde somut olayda bir haksızlık gerçekleşmediği için kişi cezalandırılmaz.

Suçun konusuna ilişkin bir bilgisizlik kastı ortadan kaldırır⁴⁰⁸. Bu nedenle müstehcen içerikli bir materyali içeriğinin müstehcen olduğunu bilmeyerek bir çocuğa veren kişi, eğer içeriğin müstehcen olduğunu bilseydi çocuğa materyali vermeyecekti ise bu durumda failin suçun maddi unsurunda hataya düştüğü kabul edilir ve hakkında TCK m. 30/1’de düzenlenen hata hükmü uygulanır⁴⁰⁹. Benzer olarak TCK m. 226/1-c’de fail, müstehcen ürünün içeriğine vakıf olunamayacağını düşünerek hataya düşerse, TCK m. 226/1-d’de müstehcen ürünün satış yerinde hataya düşerse, TCK m. 226/1-e ve f’de dağıtılan veya reklamı yapılan ürünün içeriğinde hataya düşerse somut olaya göre TCK m. 30/1 uygulanır.

TCK m. 21/2’ye göre; “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketi işlemesi halinde olası kast vardır”. TCK m. 226’da düzenlenen suçlar, olası kastla da işlenebilir. Özbek’in ifade ettiği üzere; “hükümde sınırlama olarak yorumlanacak bir hüküm bulunmaması nedeniyle suç, olası kast ile işlenebilir”⁴¹⁰. Örneğin; müstehcen içerikli filmlerin oynatıldığı bir sinema salonunda sinema sahibi, çocukların girmesine göz yumması veya filme girenlerin kimliklerine bakmadan “olursa olsun” düşüncesi ile çocuk olabilecek kişileri filme alması halinde olası kast ile müstehcen ürünü çocuklara göstermek suretiyle TCK m. 226/1’deki suçun faili olur.

⁴⁰⁸ Koca, Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 257.

⁴⁰⁹ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 Ders Kitabı*, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 253, 254.

⁴¹⁰ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 137, 177.

TCK m. 226’da düzenlenen suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin özensiz davranışı ile bir çocuğun, müstehcen ürünü görmesi halinde kast, müstehcen ürünü çocuğa göstermek değildir. Bu nedenle suçun manevi unsuru bulunmadığından suç oluşmaz⁴¹¹.

3.3.2. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık, maddi ve manevi unsurları kanundaki tanıma uygun olan hareketin, hukuk düzeni ile arasındaki çelişkidir. Bu nedenle öncelikle hareketin kanuni tanıma uygun olup olmadığı tespit edilmelidir⁴¹². Hukuka uygunluk sebebi yoksa hareket hukuka aykırılık unsurunu taşır ve suç teşkil eder⁴¹³. Ancak bu hukuka aykırılık yalnızca ceza hukukuna aykırılık değil, tüm hukuk düzenine aykırılıktır. Hukuka aykırılık unsuru, suçun kurucu unsuru olduğundan maddi ve manevi unsurlar oluşsa bile hareket hukuka uygun ise suç oluşmaz⁴¹⁴. Bu sebeple hareket, ceza kanununda yer alan tanıma uygun olsa da, başka bir hukuk dalına ait bir kural tarafından uygun görülmüş ya da emredilmiş ise burada hukuka uygunluk hali vardır⁴¹⁵. Hukuka uygunluk nedenleri hareketin tipikliğini ortadan kaldırmaz, tipe uygun hareketin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır⁴¹⁶. Dikkat edilmesi gereken husus, hukuka uygunluk nedenlerinin, suç sayılan bir hareketin yapılması yetkisini tanımasıdır. Burada hareket, yapılmaya başlandığı anda meşrudur. Bu bakımdan hukuka uygunluk nedenleri, hareketin tamamlanmasından sonra hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz⁴¹⁷.

Hukuka uygunluk halleri, ceza kanununda düzenlenen hukuka uygunluk halleri ve ceza kanunda düzenlenmeyen hukuka uygunluk halleri olarak ikiye ayrılır. Bu bölümde konu gereğince TCK’da düzenlenen hukuka uygunluk halleri açıklanacaktır.

⁴¹¹ “Mağdurun beyanında, babam ile yatağa yattık, ben uyumuş gibi gözlerimi kapattım, bir süre sonra babam televizyondan ayıp şeyler yapan kadın ve erkeklerin filmini seyretmeye başladı demiştir. Bu anlatımlarından yola çıkarak 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 eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile mahkumiyet kararı verilmesini bozma sebebidir” (18. CD., 12.04.2017, E. 2016/143, K. 2017/4237, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 25.04.2020).

⁴¹² Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 264.

⁴¹³ a.g.e., s. 265.

⁴¹⁴ Alacakaptan, a.g.e., s. 95, 96.

⁴¹⁵ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 39.

⁴¹⁶ a.g.e., s. 108.

⁴¹⁷ Alacakaptan, a.g.e., s. 98.

Zira bu haller TCK m. 226 bakımından da geçerlidir. Ayrıca TCK m. 226/7’de kanun maddesi özel bir hukuka uygunluk sebebi öngörmüştür. Bu sebeple genel hukuka uygunluk hallerinden sonra TCK m. 226/7 ayrıca incelenecektir.

3.3.2.1. Genel Hukuka Uygunluk Halleri

3.3.2.1.1. Görevin İfası

TCK m. 24/1’e göre; “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*”. Bunun sebebi kişinin böyle bir hareketi gerçekleştirmesi için kanun tarafından yetkilendirilmiş olmasıdır⁴¹⁸. Burada hareket tipe uygundur. Fakat hareket hukuka aykırı olmadığından suç teşkil etmez⁴¹⁹. Kanun tarafından yetki, kişinin görevini oluşturduğundan bu hal görevin ifası olarak anlaşılmalıdır⁴²⁰. Bu hukuka uygunluk hali müstehcenlik suçu için de geçerlidir. Örneğin görevini usulüne uygun olarak gerçekleştiren bilirkişinin hareketleri sebebiyle cezalandırılması düşünülemez. Bu nedenle ürünleri incelemesi için görevlendirilen bilirkişi, TCK m. 226/3 veya 4’teki ürünleri bulundurmuş yahut incelemek için bilgisayarında depolamış, görevi sona erdiğinde ise bu hareketlerini sonlandırmış ise bilirkişinin hareketleri tipe uygundur. Ancak bilirkişi görevinin ifası sebebiyle bu hareketleri gerçekleştirdiğinden TCK m. 226/3 veya 4’ten sorumlu tutulamaz. Görevi gereği mahkemeye delil sunmak için TCK m. 226/3 veya 4’teki ürünleri bulunduran yahut inceleyen avukatın hareketleri tipe uygundur. Ancak avukat görevinin ifası sebebiyle bu hareketleri gerçekleştirdiğinden TCK m. 226/3 veya 4’ten sorumlu tutulamaz. Görevi gereği yargılama sırasında, sanığın hangi ürünü gösterdiğini tespit etmek için çocuğa müstehcen ürün içeriğini gösteren hakim, TCK m. 226/1-a’nın müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün içeriğinin gösterilmesi hareketinden sorumlu tutulamaz.

3.3.2.1.2. Meşru Savunma

TCK m. 25/1’e göre; “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o*

⁴¹⁸ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 275.

⁴¹⁹ a.g.e., s. 275; Artuk, Gökçen, *Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 381.

⁴²⁰ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 275.

anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez". Burada hareket hukuka aykırı olarak kabul edilmemiş ve meşru savunma genel bir hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir. Meşru savunma, bir kişinin saldırıya karşı savunma amacıyla yaptığı saldırıyı defedecek ölçüde kuvvet kullanmasıdır⁴²¹. Burada kuvvet kullanma şiddet olarak dar yorumlanmamalıdır. Koca ve Üzülmöz'in belirttiği üzere; "savunma, saldırana karşı yönelen ve saldırının uzaklaştırılması amacıyla icra edilen her türlü harekettir"⁴²². TCK m. 226 bakımından meşru savunma halinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Zira meşru savunmanın mümkün olması için savunma hareketine maruz kalan kişinin haksız bir saldırısı mevcut olmalıdır. Bir görüşe göre; belirli bir mağdur olmıyan, mağdurun toplumu oluşturan herkes olması sebebiyle genel ahlaka karşı suç olan hayasızca hareketler suçunda meşru savunma mümkün değildir⁴²³. Bu görüş gereği mağdurun toplumu oluşturan herkes olarak kabul edildiği genel ahlaka karşı suç olan TCK m. 226 bakımından da meşru savunma hükümleri uygulanmaz. Ancak müstehcenlik suçunda belirli bir kişinin mağdur olabileceği kabul edildiğinde somut olayın koşullarına göre TCK m. 226 açısından meşru savunma hali uygulanabilir. Örneğin çocuğun kullanıldığı müstehcen bir ürünü başka bir çocuğa göstermekte olan kişiden ürünü alarak bulunduran fail, savunma amacıyla hareket etmiştir. Zira hem çocuğun ürünü görmesini engellemek hem de ürünü başkalarının görmemesi için bu hareketi gerçekleştirmiştir. Bu halde TCK m. 226/3 bulundurma hali bakımından TCK m. 25/1 hükmü uygulanabilir.

3.3.2.1.3. Hakkın İcrası

TCK m. 26/1'e göre; "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*". Hakkın kullanılmasını oluşturan hareketler hukuka aykırı kabul edilemez. TCK m. 226 bakımından da bu hukuka uygunluk sebebi uygulanır. Müstehcenlik suçu açısından hakkın kullanılması kapsamında düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, haber alma ve öğrenme hürriyeti, kanaat hürriyeti önemlidir. İHAS, özgürlüklerin, sınırlama sebepleri arasında genel ahlakı saymıştır. Bu sebeple müstehcen ürüne el konulması ahlakı

⁴²¹ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 279.

⁴²² a.g.e., s. 283.

⁴²³ Kangal, "Hayasızca Hareketler Suçu", s. 31.

korumak için meşru bir amaç olabilmektedir. Ancak birey edindiği düşüncelerden doğru olduğuna inandığı görüşü tercih etme, düşüncesini kınanmadan açıklayabilme özgürlüğüne sahiptir. Bu nedenle genel ahlak sebebiyle yapılan sınırlamada somut gerekçeler sunulmalı, genel geçer ifadeler ile bu haklar kısıtlanamamalıdır. Örneğin İHAM, *Müller ve Diğerleri/İsviçre* davasında⁴²⁴, mahkeme tarafından müstehcen olarak görülen resimlere geçici olarak el konulmasını, ressamın ifade özgürlüğüne müdahale olarak kabul etmiştir. Bu kararda görüleceği üzere her ne kadar İHAS sanat özgürlüğünü açıkça tanımamış olsa dahi İHAM ifade özgürlüğünde, ifadenin içeriği kadar ifade biçimlerini de koruma altına almış ve sanatı da bu ifade biçiminin şekli olarak kabul etmiştir⁴²⁵.

Hakkın kullanılması kapsamında çocuğun velayet hakkına sahip ebeveynlerin, suç hareketini gerçekleştirmeleri halinde hareketin hukuka uygun olup olmadığı, bu kişilerin suçun faili olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Bu durum TCK'da ayrı bir kişisel cezasızlık sebebi olarak kabul edilmese de hakkın icrası kapsamında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir⁴²⁶. Atilla Öztürk'e göre ise TCK'da bu durumun hukuka uygunluk veya şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmemesi kanun koyucunun bilinçli tercihidir. Bu nedenle ebeveynlerin çocuklarına yönelik suç teşkil eden hareketleri hakkın icrası kapsamında değerlendirilemez⁴²⁷.

3.3.2.1.4. İlgilinin Rızası

TCK m. 26/2'e göre; "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*". İlgilinin rızası genel hukuka uygunluk sebeplerindendir. Ancak somut olaya uygulanıp uygulanmayacağı suç tipine göre değerlendirilmelidir. Hukuk sisteminde ilgilinin, her rızası hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemektedir. Çünkü birçok suçta kişisel değil, toplumsal yarar ön planda tutulmaktadır.

⁴²⁴ Müller and Others v. Switzerland, Appl. No. 10737/84, 24.05.1988 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 26.04.2020).

⁴²⁵ Polat Akgün, a.g.e., s. 190, 191.

⁴²⁶ "...ebeveynlerin çocuklarını yetiştirmeye hakkı mevcuttur. Ebeveynler, çocuklarının cinsel eğitimiyle ilgili konularda söz sahibi olmalıdır. Çocuğun, cinsellik ile ilgili bilgi edinebilmesi için cinsel davranışlar içeren eserler okuması ya da filmler izlemesi ailesinin gözetimi ve denetimi altında mümkün olmalıdır" Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 54.

⁴²⁷ Atilla Öztürk, a.g.e., s. 116, 117.

Rızanın kapsamındaki ilgili hak, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hak olmalıdır. Ancak TCK m. 226 bakımından toplumsal yarar ön plandadır ve genel hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası uygulanabilir değildir. Özellikle TCK m. 226/1 bakımından TCK açısından çocuk olmakla birlikte evlilik ile ergin kılınan, 18 yaşını doldurmamayan kişilerin, rızaları ile müstehcen içerikli ürünlere maruz bırakılması hali bu durumun bariz örneğidir. Failin, kişinin eşi olması halinde dahi bu husus kanunda hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemiştir. Suç ile korunmak istenen hukuki değer ve Çocuk Koruma Kanunu hükümleri dikkate alındığında burada ilgilinin rızası ile hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilemez⁴²⁸.

TCK m. 226/3'te, müstehcen ürünün üretiminde kullanılan çocuğun rızasının olup olmaması önemsizdir. Bu durum ilk bakıldığında TCK m. 103/1-b ile çelişkili gözükmemektedir. Zira cinsel istismarın düzenlendiği bu maddede çocuk 15 yaşını bitirmiş ise rızanın varlığı cinsel istismar suçunun oluşumuna engeldir. 15 yaşını doldurmuş çocuklara yönelik olarak bu suçun oluşabilmesi için cebir, tehdit veya hilenin olması gerekir. Bu açıdan çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılırken bir yaş ayrımına gidilmeksizin, çocuğun rızası olsa da TCK m. 266/3'te düzenlenen suçun oluşması çelişkili gelebilir. Fakat suçların düzenlendiği yer dikkate alındığında çelişkili bir durumun olmadığı görülecektir. Bu durum kanun sistematığına ve amacına uygundur. Zira çocukların cinsel istismarı suçu, kişi özgürlüğü aleyhine işlenen bir suçtur ve 15 yaşını bitiren kişi bedeni üzerinde tasarruf edebilir. Ancak müstehcenlik suçunda korunan toplum menfaati olduğundan, çocuğun bireysel rızası çocuğu konu alan müstehcen ürünün üretimini meşru hale getirmez. Yine TCK m. 226/4'te düzenlenen, şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranışta şiddete maruz kişinin rızası suçu ortadan kaldırmaz.

3.3.2.2. Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Eserlerde Hukuka Uygunluk Nedeni

Müstehcenlik suçunda özel olarak getirilen hukuka uygunluk nedeni ise 7. fıkra düzenlenmiştir. TCK m. 226/7'ye göre; *“Bu madde hükümleri, bilimsel*

⁴²⁸ Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 23. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2016, s. 182.

eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz”.

Hukuka uygunluk sebebi, kanun maddesinde bu suçta özel olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Bu hukuka uygunluk sebebi 765 sayılı TCK’da da vardı. Böyle bir hukuka uygunluk sebebine kanunda yer verilmese bile bu husus hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi içinde değerlendirilebilir. Zira 765 sayılı TCK’ya bu hüküm 2003 yılında yapılan değişiklik ile eklenmiştir. Yargıtay bu hukuka uygunluk nedenini zaten uygulanmaktaydı⁴²⁹. Anayasa’nın 27/1 maddesine göre; “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir”. Ayrıca Anayasa’nın 64. maddesine göre de; “Devlet sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır”.

Belirtmek gerekir ki bilim ve sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğü ile bağlantılıdır. Zira sanat, ifade ve iletişim kurma biçimidir⁴³⁰. Bu nedenle TCK m. 226/7’deki durum hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmese de, bilim ve sanata ilişkin ifadeler yukarıda açıklanan ifade özgürlüğünün sınırlarını aşmadıkça ifade özgürlüğü kapsamında da korunmaktadır. Bu sebeple bir görüşe göre; bilim ve sanat özgürlüğü ifade özgürlüğünün alt türüdür⁴³¹. İfade özgürlüğü, sanatsal ifadeyi de kapsar⁴³². Lakin sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğüne göre özel hüküm niteliğindedir⁴³³. Bu husus bilim özgürlüğü açısından da geçerlidir⁴³⁴. Bu nedenle TCK m. 226/7 hükmü özgürlüklerin korunması için yerinde bir düzenlemedir. Zira sanat eserleri; toplumlardan, kurallardan

⁴²⁹ “...ait olan meşhur bir sanat eserinin, resmi teşekküllerce de gerçekleştirilmiş yayın tarzının tekrarı suretiyle yeniden resim olarak yayınlanması mahiyetinde bulunan kartpostal dolayısıyla müstehcenlik ve müstehcen yayın suçunun teşekkül eylemediği kanaatini beyan eden rapor münderecatına göre, suç konusu kartpostalın müstehcen ve hayasızca yayınlanmış bir resim olarak nitelendirilmesi kabil görülmemiş...” (CGK., 18.03.1974, E. 1973/5-575, K. 1974/170, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 27.04.2020).

⁴³⁰ Polat Akgün, a.g.e., s. 6.

⁴³¹ Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, İstanbul: BDS Yayınları, 1994, s. 91.

⁴³² Polat Akgün, a.g.e., s. 170.

⁴³³ Esra Atalay, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, İzmir, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1 (2004), s. 12.

⁴³⁴ Atilla Öztürk, a.g.e., s. 153.

daha kalıcı olup toplumun değişken ahlak anlayışından bağımsız olmalıdır⁴³⁵. Ancak sanat özgürlüğünün kapsamı, en çok müstehcenlik söz konusu olduğunda daraltılmaktadır⁴³⁶.

İfade özgürlüğü kavramı 18. yüzyılın sonlarına doğru anayasalara girmeye başlamıştır⁴³⁷. 20. yüzyılda ise sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğünden ayrı bir kavram olarak anayasalarda yer almıştır⁴³⁸. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 27 ile sanat özgürlüğü ilk defa uluslararası bir düzenleme ile hak olarak kabul edilmiştir⁴³⁹. Ülkemizde ise 1961 Anayasası m. 21’de ilk defa bilim ve sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğünden ayrı bir kavram olarak yer almıştır⁴⁴⁰. Bilim ve sanat özgürlüğü hakkının öznesi AY m. 27 gereği herkeştir. Bu nedenle hak sahibi, eseri meydana getiren sanatçının yanı sıra yayımcılar, yayınevleri, dekoratörler, koreograflar, sahne yönetmenleri, eserlerin sergileneceği sahanın yöneticileri gibi üçüncü gerçek veya tüzel kişiler de olabilir⁴⁴¹. Ayrıca sanattan yararlanan kişiler de bu hakkın öznesi olduğundan, eserlere erişimlerinin engellemesi de bu özgürlüğün ihlalidir⁴⁴². Bu durum bilimsel eserler için de geçerlidir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere bu hukuka uygunluk hali mutlak değildir. TCK m. 226/7’de hukuka uygunluk sebebinin uygulanması açısından bilimsel eserler, sanat eserleri ve edebi eserler arasında ayırım yapılmıştır. Ancak bu durumda, bir eserin ne zaman sanatsal, bilimsel ve edebi değere sahip olacağı tartışması ortaya çıkmıştır. Bu tartışmanın çözüme ulaşılabilmesi için bu kavramların ne olduğu açıklanmalıdır. Zira belli bir tartışmaya konu olacak kavramın öncelikle ne olduğu hakkında bilgi sahibi olmak gerekir.

⁴³⁵ Polat Akgün, a.g.e., s. 302.

⁴³⁶ a.g.e., s. 282.

⁴³⁷ a.g.e., s. 69.

⁴³⁸ a.g.e., s. 70.

⁴³⁹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 27; “Herkes toplumun kültürel yaşamına serbestçe katılma, güzel sanatlardan yararlanma, bilimsel gelişmeye katılma ve bundan yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hakkı vardır”.

⁴⁴⁰ 1961 Anayasası m. 21; “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir...”.

⁴⁴¹ Atalay, a.g.m., s. 6, 7; “Sanatsal işin kendisine ait olan her türlü eylemi gerçekleştiren kişilerin (sanatçıların) yanında, sanat eserini üçüncü şahıslara ulaştıran ve eserin kamusallaşmasını sağlayan kişiler de sanat özgürlüğünün süjesini oluşturmaktadır” (AYM, T: 13.11.2014, E. 2013/95, K. 2014/176, RG. 13.03.2015, sy: 29294).

⁴⁴² Polat Akgün, a.g.e., s. 393.

Bilimsel eserler, bilimsel araştırma süreci ve bu süreç sonunda ortaya çıkan statik bilgilerin bütünü olarak değerlendirilmelidir⁴⁴³. Bilim; matematik bilimleri, doğa bilimleri, beşeri bilimler olarak incelenebilir⁴⁴⁴. Bilimsel bilgiler, aksi ispat edilene kadar hakikat olarak kabul edilir ve insanın bilimsel bilgiye, yani hakikate ulaşabilmesi için uygun ortam ve özgürlük gereklidir⁴⁴⁵. Bu sebeple bilimsel eserlerin, bir sınırlamaya tabi olmadan, müstehcen sayılamayacağı kabul edilmiştir. Lakin belirtmek gerekir ki, bilimsel bilgiler ve eserler, öğretim amacının dışında kullanılması halinde müstehcen sayılmaktadır⁴⁴⁶. Bu nedenle bilimsel eserler, eserin içerdiği bilimsel konular belli şahıslara hitap etmelidir. Bu halde tıbbi nitelikteki eserler, cinselliği ne kadar konu edinirse edinsinler tıp mensuplarına hitap ettiği ve onlara arz edildiği takdirde müstehcen sayılmazlar.

Eserin, bilimsel olması için içeriğinin ilmi, açıklayıcı, yol gösterici olması gerekir⁴⁴⁷. Bu açıdan bilimsel eserin üniversite sınırları içinde olması gerekmez. Zira önemli olan, bilimsel faaliyet niteliğidir. Ancak bu eserin satışı ve sunuluşunda, halkın cinsel arzularını körükleyici davranışların olmaması gerekir⁴⁴⁸. Bilim, araştırma ve öğretilir. Bu da devlet tarafından denetime tabi tutulamaz.

Sanat, “genel olarak bir etkinliğin ya da bir işin yapılmasıyla ilgili yöntemlerin, bilgilerin ve kuralların tümüdür”⁴⁴⁹. Sanatsal etkinlik ise, “bazı düşüncelerin, amaçların, duyguların, durumların ya da olayların, deneyimlerden yararlanılarak, beceri ve düş gücü kullanılarak ifade edilmesine ya da başkalarına iletilmesine yönelik yaratıcı bir insan etkinliğidir”⁴⁵⁰. Sanat özgürlüğü asıl, sanat özgürlüğünün sınırlanması istisnadır ve sınırlamalar dar yorumlanır⁴⁵¹. AY m. 27 gereği bir ürünün müstehcen olduğunun

⁴⁴³ Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi, 2015, s. 5.

⁴⁴⁴ Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 1. Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları, 1989, s. 18.

⁴⁴⁵ Nihat Bulut, “Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu”, *AÜEHFD*, C. 9, S. 1-2 (2005), s. 38.

⁴⁴⁶ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, s. 569.

⁴⁴⁷ Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s. 1642.

⁴⁴⁸ Baytemir, a.g.e., s. 654.

⁴⁴⁹ Bayram Akdoğan, “Sanat, Sanatçı, Sanat Eseri ve Ahlak”, *AÜİFD*, C. 42, S. 1 (2001), s. 222.

⁴⁵⁰ Nejat Bozkurt, *Sanat ve Estetik Kurumları*, 2. Baskı, İstanbul: Sarma Yayınevi, 1995, s. 15.

⁴⁵¹ Polat Akgün, a.g.e., s. 248.

kabulü ancak eserin müstehcen olduğu açık bir şekilde belli ise mümkündür. Aksi halde şüpheden, sanat ve bilim yararlanır⁴⁵².

Müstehcenlik hususunda yapılacak değerlendirmede, eserin bir bölümü değil, tamamı dikkate alınmalıdır. Zira eserin bir kısmında müstehcen unsur mevcut olsa dahi bu, eseri müstehcen yapmaya yetmemektedir⁴⁵³. Eser sahibi, sanat gayesi ile hareket etmişse⁴⁵⁴ ve müstehcenliğe yer vererek satışı arttırmak gibi bir ticari düşünce ile hareket etmemişse⁴⁵⁵ eser, müstehcen kabul edilemez. Eserin alışılmışın dışında, şaşırtıcı nitelikte olması eserin sanat eseri niteliğini zedelemeyiz.

Sanat özgürlüğünün konusu sadece resim, heykel, müzik, edebiyat ile sınırlı değildir. Sanat her türlü manevi, düşünsel yapının şekillenmesidir⁴⁵⁶. Sanat eserleri için yapılan bu açıklamalar edebi eserler için de geçerlidir. Sanat, güzel sanat eserleri dışında edebi metinleri de kapsamaktadır.

Bir görüşe göre, sanat eserinin, insana incelik ve zarafet duygusu kazandırması gerekir⁴⁵⁷. Sanat halk ağzında güzel olan, hoş a giden şey demektir⁴⁵⁸. Sanatta bayağılık ve çirkinliğe izin verilmemeli, sanat insanların ahlak eğitiminde kullanılmalıdır⁴⁵⁹. *Oscar Wilde*'nin de savunduğu bir görüşe göre ise, sanat bir yarar gözetmez. Sanatçının ahlaklı olana yöneltme yükümlülüğü olmadığı gibi sanatçı, ahlaksızlığa teşvik ettiği iddiası ile suçlanamaz⁴⁶⁰. Ancak buna rağmen sanat veya edebi eserler açısından bu hukuka uygunluk haline sınırlamalar getirilmiştir. Bu eserlere uygulanan hukuka uygunluk halinde TCK m. 226/3 hariç tutulmuştur. Bu sebeple TCK m. 226/3 kapsamındaki müstehcen ürün, edebi veya sanat eseri olduğu gerekçesi ile hukuka uygun kabul edilemez. Ayrıca TCK m. 226/7'te belirtilen bir hal olduğundan, edebi ve sanat eserlerine, hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi için, bu ürüne çocukların ulaşması engellenmelidir. Bu sebeple çocuğun, müstehcen bir ürüne maruz bırakılması

⁴⁵² Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 91.

⁴⁵³ Marakoğlu, *Edepsiz Kitaplar*, s. 76.

⁴⁵⁴ Güreli, "Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı", s. 572.

⁴⁵⁵ Donay, "Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı", s. 142.

⁴⁵⁶ Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 1. Baskı, İzmir: Barış Yayınları, 1997, s. 455.

⁴⁵⁷ Akdoğan, a.g.e., s. 222.

⁴⁵⁸ Selçuk Mülayim, *Sanata Giriş*, 2. Baskı, İstanbul: Bilim Teknik Yayınevi, 1994, s. 18.

⁴⁵⁹ Platon, *Devlet*, çev. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, XXXVI. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018, s. 93, 94.

⁴⁶⁰ Murat Gülsoy, *Büyükbozumu: Yaratıcı Yazarlık*, 1. Baskı, İstanbul: Can Yayınları, 2004, s. 214.

halinde içerik sanatsal veya edebi olsa dahi, bu durum hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemektedir.

Özbek'e göre; sanat eseri ve edebi eserlerde, çocukların kriter alınarak yapıldığı bu ayırım kabul edilemez. Bir eser çocuklar için müstehcen, yetişkinler için sanat eseri olamaz. Sanatın evrenselliği gereği bu mümkün değildir. AY m. 27'de sanatı yayma hakkı düzenlenmiştir. Bu hakkın kısıtlanması AY m. 27/2'deki hallerle sınırlıdır. Bu yönüyle TCK m. 226/7'deki düzenleme çağdışı olup Anayasa'ya aykırıdır⁴⁶¹. Ayrıca AY m. 27/1'e göre; *"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü sanatı yayma araştırma hakkına sahiptir"*. Bu durumda kanunda belirtilen suçun kanuni tipine uygun ve kusurlu hareket, bir anayasal temel hak ve özgürlük kullanımı ise, hareket hukuka aykırı olarak kabul edilemez. Bu durumda eserin tahrike yönelik olup olmaması önemsizdir. Eser, sanat eseridir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi müstehcen ve genel ahlaka aykırı eserlerin, sanat eseri sayılmayacağı yönünde hüküm kurmuştur⁴⁶².

Önder'e göre, sanat ve müstehcen birbirinin içinde olamaz. Sanat eserinin, müstehcen olup olmadığının değerlendirmesi toplum tarafından yapılmalıdır. Hatta sanat değerinden önce müstehcenlik incelenmelidir. Zira sanat eseri, ar ve haya duygusunu incitecek nitelikte olmamalıdır. Kişinin ar ve haya duygularını inciten sanat eseri, müstehcenlikten kurtulamaz⁴⁶³.

Dönmezer'e göre sanat ve bilim eseri ile müstehcen ürün arasındaki farkı belirlemek zordur. Ancak ifade, haberleşme, bilgi edinme, bilim ve sanatı yayma özgürlüğü üstündür. Özgürlükleri kısıtlayan hükümler hukuka aykırıdır ve müstehcenliğin suç olmaktan çıkarma eğilimi baskın bir görüş olarak benimsenmesi gerekir⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 93; Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 888.

⁴⁶² *"Sinema filmlerinin bir sanat eseri niteliği taşıdıkları şüphesiz olmakla beraber, edebiyat, resim, heykel gibi güzel sanatlarda da rastlandığı gibi müstehcen ve genel ahlaka aykırı fikir mahsullerinin de sanat eserleri arasında sayılamayacağı aşıkardır"* (AYM, T: 08.07.1963, E. 1963/204, K. 1963/179, RG. 13.11.1963, sy: 11554).

⁴⁶³ Önder, a.g.e., s. 391.

⁴⁶⁴ Dönmezer, a.g.e., s. 208-216.

Sanat özgürlüğünün üstün tutulduğu ve bu özgürlüğü kısıtlayan hükümlerin hukuka aykırı olarak kabul edildiği *Otto Preminger-Institut/Avusturya* davasında başvuru, çektiği filmine Avusturya devletinin el koymasını İHAS m. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirmiş ve İHAM'a başvurmuştur. Bu filmde İHAM, “filmin bir sahnesinde Meryem, müstehcen bir öykünün kendisine okunmasına ve şeytanla arasında şehvetli bir gerilimin doğmasına izin vermektedir. İsa ise annesinin izniyle onun göğüslerini cinsel arzuyla okşayıp öpmeye çalışmaktadır. Ancak kişilerin başkalarını ucuz şekilde rahatsız edici ifadelerden kaçınma yükümlülüğü vardır. Bu sebeple filme el konulması İHAS 10. maddeyi ihlal etmemektedir” şeklinde karar vermiştir. Ancak üç muhalif hakim maddenin ihlal edildiğini ifade ederek şöyle bir cümle kurmuşlardır; “burada kişilerin, filmin doğası hakkında uyarılması için yeterli fırsat vardı. Dolayısıyla bu davada herhangi birinin istemeden nahoş bir materyalle karşı karşıya kalma olasılığı düşüktür”⁴⁶⁵. Bu ifadeden de görüleceği üzere sanat ve edebi eserler, kitle iletişim aracı olmadığından zaten sınırlı bir kitleye hitap etmektedir. Ayrıca sınırlı kitleye hitap eden bu eserler ile aniden karşılaşma olasılığı düşüktür. Müstehcenlikte korunan değer olan nahoş bir materyalle karşı karşıya kalmama hali, gerekli önlemlerin alınması ile mümkün hale gelir. Bu sebeple sanat ve edebi eserler açısından, bu özgürlükleri kısıtlayan hükümler hukuka aykırıdır.

Erem'e göre; edebi eserler, cinsel konular da dahil olmak üzere, müstehcen değildir. Zira sanatta konu özgürlüğü vardır. Ancak bu müstehcenliği zorunlu kılmaz. Öğretim, tedavi, araştırma gibi amaçlar müstehcenliği kaldırır. Fakat bu amaçlar müstehcen ürünü gizleme aracı olarak kullanılırsa müstehcenlik olduğu kabul edilmelidir⁴⁶⁶.

Soyaslan'a göre ise, bilim ve sanat eserleri müstehcen sayılmaz. Ancak bu eserler, amacı dışında kullanılırsa müstehcen sayılabilir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Aktaran Dominika Bychawska-Siniarska, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, çev. Tuğçe Duygu Köksal, 1. Baskı, Ankara: MRK Baskı, 2018, s. 93-95; kararın tam metni için bkz. *Otto Preminger-Institut/Avusturya*, Appl. No. 13470/87, 20.09.1994 (<https://hudoc.echr.coe.int>, Erişim tarihi: 28.04.2020).

⁴⁶⁶ Faruk Erem, “Müstehcenlik”, Ankara, *Yargıtay Dergisi*, C. 10, S. 1-2 (1984), s. 104.

⁴⁶⁷ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, s. 569.

Özlü’ye göre ise, sanat eserinin müstehcen olduğu ileri sürülemez. Bu nedenle savcılar ve devlet güçleri sanat yapıtını denetlememeli, sanatsal yaratıma el uzatmamalıdır⁴⁶⁸.

Parlar ve *Hatipoğlu*’na göre, sanatta konu özgürlüğü müstehcen olmayı gerektirmez. Somut olayda eserin müstehcen olup olmadığının belirlenmesinde sanatın amacından farklı olarak cinsel arzuların körüklenmesinin ön plana çıkıp çıkmadığı, eserin satışı, sunuluş biçimi gibi dış unsurlar göz önüne alınmalıdır⁴⁶⁹. Oysa cinsellik, insanda doğal olanın kendisidir⁴⁷⁰. Erotizm ise, sanatla çok yakından ilgilidir. Zira başyapıt kabul edilen eserlerde cinsellik olması tesadüf değildir⁴⁷¹. Ayrıca ürünün edebi eser olup olmadığı belirlenirken eser, bir bütün olarak değerlendirilmeli sadece bir bölümü dikkate alınmamalıdır. Eserde lüzumlu olandan fazla cinselliğe vurgu yapılmadıkça cinselliğin kötüye kullanılmasından bahsedilemez⁴⁷². Bu halde eser hukuka uygunluk halinden yararlanır. Bu inceleme her somut olayda sanat uzmanları tarafından ayrıca değerlendirilmelidir⁴⁷³. Özellikle eserin sonuç kısmının, yani okuyucuya vermek istediği mesajın ne olduğunun da incelenmesi gerekir. Bu bakımdan pornografi, sanat eseri sayılmaz. Çünkü pornografide ortaya konulmak istenen bir duygu, düşünce, değer bulunmadığı gibi eser sahibinin, böyle bir kaygısı da bulunmamaktadır⁴⁷⁴. Görüleceği üzere erotik olan, erotizm içeren sanat eseri müstehcen sayılmayabilir⁴⁷⁵.

Donay’ın ifade ettiği üzere İngiltere 1959 tarihli bir kanuna göre de, “*bilim ve sanat eserleri bütün olarak değerlendirilmelidir. Failin bilimsel ya da ticari amaçla hareket edip etmediği araştırılmalı, eserin umuma arz edilmiş olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır*”⁴⁷⁶. Örneğin kişilerin tenasül uzuvlarını gösteren tıbbi eser

⁴⁶⁸ Özlü, a.g.m., s. 2, 3.

⁴⁶⁹ Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s. 1642.

⁴⁷⁰ Camilla Paglia, *Cinsel Kimlikler Nefertiti’den Emily Dickinson’a Sanat ve Çöküş*, çev. Anahid Hazaryan, Fikriye Demirci, 2. Baskı, Ankara: Epos Yayınları, 2004, s. 13.

⁴⁷¹ Lawrence, a.g.e., s. 100.

⁴⁷² Polat Akgün, a.g.e., s. 312.

⁴⁷³ a.g.e., s. 312.

⁴⁷⁴ Ay, a.g.e., s. 29.

⁴⁷⁵ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 21.

⁴⁷⁶ Donay, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, s. 136.

sayfalarının dükkan vitrininde sergilenmesi halinde umuma arz bulunmaktadır. Bu halde amaç bilimsel olmadığından müstehcenlik suçu oluşur⁴⁷⁷.

Müstehcenlik kavramı, önceki bölümlerde açıklandığı üzere açık, net bir kavram olmadığı gibi zamana göre de değişmektir. Doğu edebiyatında cinsiyeti konu edinen klasik, doğal ve eğitici sayılan eserler verilmiştir. Ancak bu eserler ile yüzyıllar sonra karşılaşan Batı medeniyeti, eserleri müstehcen olarak nitelendirmiştir⁴⁷⁸. Zira şu an klasikler arasında sayılan değerli edebi eserlerden; *Payne*'nin *Binbir Gece Masalları* buna örnektir. Batı edebiyatında ise, *Ovidius*'un *Aşk Sanatı*, *Boccaccio*'nun *Decameron*'u gibi birçok eser zamanında ahlaksız edebiyat olarak nitelendirilmiştir. Müstehcenlik gerekçesi ile birçok edebi eser haksız sansüre uğramakta ve hak ettiği değeri görmemektedir. Ayrıca ülkemizde müstehcenlik konusunda bilirkişilik yapan kurulun önüne gelen olaylar incelenmiştir. 8 yılın incelenmesi sonucu hazırlanan rapora bakıldığında, istatistiksel verilere göre kurulun 33 kitaptan 27'si hakkında müstehcen olduğuna dair görüş bildirdiği görülecektir. Bu eserlerden 19'u kurmaca metinlerdir. Ancak kurul basın, yayın, araç ve organlarının sosyal normlara uyması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁷⁹.

Marakoğlu'na göre, sanatçının topluma ahlaki yol gösterme veya toplumu ahlaki olarak yönlendirme görevi bulunmamaktadır. Ayrıca kurul tarafından hazırlanan raporlara bakıldığında, kurulun eserlerin belli bölümlerinden alıntı yaptığı görülecektir. Kurul, eserin müstehcen olup olmadığını bu bölümlere dayandırarak rapor hazırlamıştır. Oysa eser bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Ürünün bilim ve sanat eseri niteliği taşıyıp taşımadığı ve müstehcen olup olmadığının bilirkişisi incelemesi ile tespiti gerektiği Yargıtay kararlarında ifade edilmiştir. Ancak eserin, müstehcen olup olmadığına karar verecek hakim, eseri tamamıyla okuyup inceleyememesi bir sorundur. Özellikle edebi eserlerde bu sorun ortaya çıkmaktadır. Romanda kaba, hakaret içerikli ve cinselliği açıkça gösterir bir kısım olması sebebiyle romanın edebi olmadığı yargısına varılması hukuka aykırıdır, eserin tamamı incelenmelidir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Kaymaz, Gökcan, a.g.e., s. 240.

⁴⁷⁸ Giovanni Scognamiglio, "Doğuda-Batıda", İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 22.

⁴⁷⁹ Aktaran Marakoğlu, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, s. 58, 59.

⁴⁸⁰ a.g.e., s. 13.

Eserin müstehcen olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin hakim tarafından yapılmaması, bilirkişiler tarafından yapılması, ifade özgürlüğü açısından büyük bir sorun teşkil etmektedir. Zira hakim, sanat eserinin anayasal korumadan ve bu hukuka uygunluk halinden yararlanıp yararlanmayacağını, sınırsız olmayan takdir yetkisi ile her uyuşmazlık ve her bir sanat eseri için ayrıca değerlendirmelidir⁴⁸¹. CMK ve HMK için düzenlenen resmi bilirkişilik hükümleri müstehcenlik düzenlemesi için geçerli değildir. Zira müstehcenlik suçu için Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu m. 2'ye göre Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu kurulmuştur. Bu kurul, eserin müstehcen olup olmadığı yönünde bilirkişi raporu hazırlamaktadır.

Kanunda kurul üyelerinin kimler arasından seçileceği de belirtilmiştir. Diyanet İşleri Başkanı tarafından Din İşleri Yüksek Kurulu üyelerinden bir üye, İçişleri Bakanlığı tarafından üst kademe yöneticiler gibi konuyla alakalı olmayan kişilerin bu kurulda olmasına yönelik hüküm 2018 yılına kadar varlığını korumuştur. Bu ifadeler 09.07.2018'de ilga edilmiştir. Ancak TCK m. 226/7 açısından edebi eserlerle ilgili edebiyat alanında uzman bir kişinin bu kurulda bulunmaması dikkat çekici ayrı bir husustur.

Kurulun yapısından ziyade kurulun varlığı da bir tartışma konusudur. Bir ürünün müstehcen olup olmadığı ortalama kimsenin bakış açısıyla tespit edilemiyor, özel bir uzmanlık alanı gerektiriyorsa, bunun için kurul bile oluşturuluyorsa, bu ürünün toplum için nasıl bir açık tehlike oluşturacağı veya kişinin, ürünün müstehcen olup olmadığını bilmesinin nasıl beklendiği tartışmalıdır⁴⁸².

Soyaslan'a göre, eserin bilim veya sanat eseri olup olmadığı eserin maddi değeri ile ölçülemez. Müstehcenlik hususunda hakim doğru değerlendirme yapabilecek bir durumda değildir. Bu nedenle eserin, sanatsal veya bilimsel değeri bilirkişiye sorulmalıdır. Bilirkişi, bu incelemeyi yaparken, bilimsel eser veya sanat eseri görüntüsü altında, kişinin cinsel duygu ve dürtülerine hitap ederek kazanç sağlama amacı güdülüp güdülmediğine bakmalıdır⁴⁸³. Zira çocuğu cinsel ilişkide tasvir eden bir resmin bu itibarla sanatsal niteliğinden bahsedilemez. Fakat çocuğu, çıplak şekilde betimleyen bir

⁴⁸¹ Polat Akgün, a.g.e., s. 281, 282.

⁴⁸² Marakoğlu, *Edepsiz Kitaplar*, s. 91, 92.

⁴⁸³ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, s. 569.

resmin sanatsal mı, yoksa müstehcen mi olduğu tartışıldığında eserin, sanat eseri kabul edilebilmesi için ürünün sanatsallık değerinin ağır basması, çocuğu istismar etmeye özgülmemiş olması gerekir⁴⁸⁴. Salt çıplaklık müstehcenlik sayılmaz; ancak çıplaklık şehvet hissini uyandırıcı mahiyette ve haya duygularına aykırı ise müstehcendir⁴⁸⁵.

Özbek'e göre, müstehcen ürün sanatsal olabilir. Bu sebeple sanat ve müstehcenlik arasında mutlak bir ayrım yapmak mümkün değildir. Zira eser, bir bütün olarak ele alındığında sanat eseri veya müstehcen eser ayrımı yapılabilir. Ancak müstehcenlik eserin tamamına değil, bir kısmına yönelik ise müstehcenliğin sanatsal bütünlüğü aşıp aşmadığına bakılmalıdır⁴⁸⁶.

Sanatsallık ile müstehcenliğin bir arada olup olamayacağı tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 1963 tarihli bir kararına göre, müstehcen nitelikteki eserler sanat eseri olamaz⁴⁸⁷. Ancak ortada sanatsal amaç varsa eser, sanat eseridir ve sanat özgürlüğünden yararlanmalıdır⁴⁸⁸. Aksinin kabulü halinde toplumların değişken değer yargılarından daha kalıcı olan sanatın ve sanat özgürlüğünün alanı daralır⁴⁸⁹. TCK m. 226/7'ye göre de, sanatsallık ile müstehcenlik bir arada olabilir. Zira dikkat edilmesi gereken husus kanun maddesinin belirttiği istisnadır. Şöyle ki, müstehcen ürüne maruz kalan çocuk ise, müstehcenlik olgusunun sanatsallığı ikinci plana itilmiştir. Ayrıca madde metninde, üçüncü fıkranın olduğu hallerde, hukuka uygunluk sebebinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bunun dışındaki hallerde, sanat özgürlüğü olduğundan sanat eseri müstehcenliği barındırabilir. Müstehcen unsurlar açısından sanat özgürlüğü korunur. Bu koruma, insan özgürlüğü ihlal edilmediği sürece geçerlidir. Ancak müstehcenlik üründe bütünüyle mevcutsa veya önemli bir şekilde cinsel dürtüleri tahrik amacını taşıyorsa,

⁴⁸⁴ Ay, a.g.e., s. 120.

⁴⁸⁵ Donay, "Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı", s. 139.

⁴⁸⁶ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 88.

⁴⁸⁷ "Sinema filmlerinin bir sanat eseri niteliği taşıdıkları şüphesiz olmakla beraber, edebiyat, resim, heykel gibi güzel sanatlarda da rastlandığı gibi müstehcen ve genel ahlaka aykırı fikir mahsullerinin de sanat eserleri arasında sayılamayacağı aşikardır" (AYM, T: 08.07.1963, E. 1963/204, K. 1963/179, RG. 13.11.1963, sy: 11554); "Kesin olarak denilebilir ki, müstehcen yayınların sanat ve kültür yaşamıyla hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Aksine, müstehcende kamu yararına, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırılık ve tecavüz hali vardır. Cezai önlem ve yaptırım, kamu düzeni ve yaran için kuşkusuz, zorunludur. Bu nedenle, Türk Ceza Kanununun değişik 426. maddesi, gerek konunun düzenleniş biçimi, gerek öngörülen para cezaları yönünden Anayasa'ya aykırı değildir" (AYM, T: 11.02.1987, E. 1986/12, K. 1987/4, RG. 21.11.1987, sy: 19641).

⁴⁸⁸ Polat Akgün, a.g.e., s. 396.

⁴⁸⁹ a.g.e., s. 398.

insanı kişi olmaktan çıkarıp obje haline getiriyorsa, eser müstehcendir. Bu durum, insan onurunun bir parçası olan kişiliğin özgürce geliştirilmesi hakkının ihlalidir. Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli kararında sanatsallık ile müstehcenliğin bir arada olabileceğini ve eserde müstehcenliğin varlığı halinde mahkemelerce nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁹⁰.

Yargıtay, müstehcen eser olarak kabul ettiği eserin özelliklerini saymış ve bu özelliklere sahip eserlerin müstehcen olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay’a göre; “eser kişide tiksinti hissettirecek düzeyde bayağı ve çirkin ifadeler içermesi, bayağı, sıradan olması, sanatsal ve edebi anlamı bulunmayan ve toplumun ahlak seviyesine aykırı olması halinde müstehcen sayılır”⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ “Söz konusu kitabın kurgusal bir roman olduğu ve özgün tarzı gözetildiğinde Anayasa’nın 26. ve 27. maddelerinin yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı unutulmamalıdır. Bir eserin sanatsal veya edebi değerinin bulunup bulunmadığının değerlendirmesinde yargı yerlerinin tam bir serbestiye sahip olduğu kabul edilemez. Yargı organlarının ifade özgürlüğü alanında yapacakları değerlendirmelerde ifadeler bağlamlarından koparılmadan incelenmelidir. Aksi bir tutum Anayasa’nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Özellikle karmaşık ve muğlak bir olgu olan müstehcenlik söz konusu olduğunda -bu bütüncül yaklaşım ilkesinin bir gereği olarak- yargı erklerinin yapacakları değerlendirmelerde sanat alanının veya eserin özelliklerine, müstehcen olduğu değerlendirilen kısımların ifade edildiği bağlama, yazarın kimliğine, yazılma zamanına, amacına, hitap ettiği kişilerin kimliklerine ve onların estetik anlayışlarına, eserin muhtemel etkilerine ve eserdeki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır. Müstehcenlik suçu nedeniyle kanunda öngörülen yüksek cezalara rağmen kanunda bilimsel eserler bakımından mutlak biçimde, sanatsal veya edebi değeri bulunan eserler hakkında ise belli koşulların oluşması halinde sanığın cezalandırılmama ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla müstehcen olduğu iddia edilen eserin bu kapsamda bulunup bulunmadığı, bilimsel eserlerle sanatsal ve edebi değeri bulunan eserler arasındaki ayrım son derece önemli hale gelmektedir. Yine sanatsal ve edebi değeri bulunan eserlerin çocuklara ulaşımının ne şekilde engelleneceği ve bunun nasıl denetleneceği konuları da ifade, sanat ve basın özgürlüğüne müdahalede bulunan kamu gücünü kullanan organların üzerinde durmaları gereken hususlardır. Bundan sonra Anayasa Mahkemesinin yapması gereken; başvuruya konu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak, ifade özgürlüğüne getirilen müdahalenin “ölçülü” olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için derece mahkemelerince gösterilen gerekçelerin inandırıcı, bir başka deyişle “ilgili ve yeterli” olup olmadığını belirlemektir (AYM, T: 26.10.2007, B. No. 2014/20168, RG. 28.12.2017, sy: 30284).

⁴⁹¹ 14. CD., 22.01.2013, E. 2012/13054, K. 2013/388 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 30.04.2020); “Yargılamaya konu edilen kitapta hiçbir olay örgüsüne yer verilmeden sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadelerle ters lezbiyen, doğal olmayan ve hayvanlarla yapılan cinsel ilişkilerin, çocuklar kullanılmak suretiyle bayağı bir dil kullanılarak anlatılması, ifadelerin toplumun ar ve haya duygularını incitici, cinsel arzuları tahrik ve istismar edecek şekilde aynı zamanda kişilerin dışkılamaları dahi tiksinti verecek şekilde ifade edilmek suretiyle hiçbir sanatsal ve edebi değer katılmadan kurgulanmıştır. Anneye, teyzeye, kardeşe, aynı cinse, hayvanlara yönelik cinsel sapkınlık düzeyine varan ifadeler içeren kitabın Fransızca’dan tercümesi ve yayınlanmasının demokratik bir toplumda çoğulculuğun, hoşgörünün, açık fikirliliğin gereği olan ifade özgürlüğü kapsamında kalan eylemler olarak kabul edilmesi mümkün değildir” (14. CD., 19.02.2013, E. 2012/13056, K. 2013/1527, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 30.04.2020).

Bir eserin müstehcen olup olamayacağı, hangi durumda müstehcen kabul edileceğine ilişkin birçok görüş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda güncel bir kararı bulunmaktadır. Bu karara göre; *“Eserin, sanatsal değerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde yargı yerleri serbest değildir. Müstehcenlik kavramı, muğlak ve karmaşık olduğundan sanat eserinin müstehcen olup olmadığı konusunda yazarın kimliğine, yazılma zamanına, amacına, hitap ettiği kişilerin kimliklerine ve onların estetik anlayışlarına, eserin muhtemel etkilerine, eserdeki ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak bu şekilde değerlendirme yapılmalıdır. Yumuşak Makine adlı romanın bir edebiyat eseridir, kitabın ünü ise Amerika'nın sınırlarını aşmıştır. Yazar, okurun cinsel dürtülerini harekete geçirmek yerine toplumsal eleştiride bulunmaktadır. Romandaki cinsellik ögesi, Burroughs'un toplum eleştirisine hizmet eden bir başka önemli araçtır. Yazarın bu ögeyi okurun cinsel dürtülerini tahrik etmek amacıyla kullanıp kullanmadığını anlamak için cinsel eylemlerin dile getirildiği bölümlerin konu bütünlüğü içinde değerlendirilmesi gerekir. Romanda anlatılan dünyanın tükenmişliğine bakıldığında cinsellik, yenilenen yaşam enerjisini, makineleşmeye son veren duyumsal bir uyanış aracı, savaş ve nefretin kol gezdiği bir toplumda sevgi ve birliği simgeleyebilir. Ayrıca, cinsellik ögesi ile edebiyat dünyasında büyük yankı uyandıran yenilikçi anlatım tekniği de bu amaca hizmet etmektedir. Burada yazarın kimliği, eserin amacı araştırılarak ve bu hususlar göz önüne alınarak, yapılan bu açıklamalar çerçevesinde William S. Burroughs'a ait Yumuşak Makine isimli roman, bir edebiyat eseridir. Edebiyat eseri olma özelliği nedeniyle TCK'nın 226/7'de müstehcenlik suçları için düzenmiş olan genel hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gereken bir eserdir”⁴⁹².*

Mahkemece, eserin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Ancak kararda, eserde müstehcenliğin tespiti halinde hemen kısıtlama getirilemeyeceği belirtilmiştir. Öncelikle bu hususta çocukların korunması için tedbir alınıp alınmadığı araştırılır. Tedbir alındı ise, bu tedbirin uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Zira alınan tedbirin ifade özgürlüğüne aykırı olmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nce, bu husus şöyle dile getirilmiştir; *“İçinde müstehcen unsurlar bulunduğu tespit edilen ancak bilimsel, sanatsal veya edebi değeri olduğu ileri sürülen*

⁴⁹² AYM, T: 26.10.2017, B. No. 2014/20168 (RG. 28.12.2017, sy: 30284).

eserlere ilişkin uyuşmazlıklarda önce kamu gücünü kullanan organlar ve daha sonra da derece mahkemelerinin, ihtilafa konu eserlerin bilimsel, sanatsal ve edebi değerini tespit etmesi gerekir. Söz konusu eserlerin bu nitelikleri haiz olduğu kabul edildiği takdirde bilimsel olduğu değerlendirilen eserler dışındaki sanatsal ve edebi eserlerin gösterilmesi, yayımlanması, dağıtılması ve başkalarına verilmesi sırasında çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin alınıp alınmadığı, tedbir alınmış ise bu tedbirlerin ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve değerlendirmenin sonucuna göre karar verilmelidir". Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı yukarıda bahsi geçen İHAM'ın Otto Preminger-Institut/Avusturya kararına karşı yazılan muhtelif görüşlere paralel nitelikte olup hak ve özgürlükleri korumaya yöneliktir.

Hukuka uygunluk sebebi olarak getirilen TCK m. 226/7, çocukların konu alındığı müstehcen sanat ürünleri için geçerli değildir. Burada sanat eserinin müstehcen niteliğe sahip olup olmadığı konusunda, sanat özgürlüğü ile müstehcenlik suçunun koruduğu hukuki değerler arasında çatışma mevcuttur. Bu halde, müstehcenlik suçunun koruduğu hukuki değerler daha üstün tutulmuştur.

Özbek'e göre, çocukların konu olmadığı müstehcen eserlerde, madde hükmünün lafzına bakıldığında çocuklara ulaşılmasını engellemek koşulu ile sanatsal ve edebi eserler açısından hukuka uygunluk sebebi getirilmiştir. TCK m. 226/7'de belirtilen hukuka uygunluk halinin kapsamı bilimsel eserler ve edebi eserlerdir. TCK m. 226/7 kapsamına tarihi eserler alınmamıştır. Müstehcenlik kavramı da, zamandan zamana göre değiştiği için tarihi eserler açısından sorunlar ortaya çıkmaktadır. Zira geçmişte müstehcen bulunmayan, olağan karşılanan hatta tanrı heykeli olarak kabul edilen eserler günümüzde müstehcen bulunma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Tarihi eserler açısından, bir hukuka uygunluk sebebi olmadığından bu yapıtlar müstehcen olarak nitelendirilebilir. Örneğin; cinsel uzuvların betimlendiği sanat eseri, antik çağdan kalma tarihi eser olması halinde bu tarihi eser, umumi yerler olan çocukların da girebileceği yerler de sergilendiğinde, TCK m. 226/7'deki hukuka uygunluk halinden yararlanamaz. Bu durum sanat özgürlüğünü tehlikeye sokmaktadır⁴⁹³.

⁴⁹³ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 88 vd.

Sanat özgürlüğü için yapılan bu açıklamalar bilim özgürlüğü için de geçerlidir. Bilim özgürlüğü gerçeğe ulaşmak amacıyla içerik ve şekil bakımından ciddi ve sistemli her türlü deneyi kapsamaktadır. Bu tanıma göre bilimsel faaliyetin üç unsuru bulunur. Şöyle ki; faaliyet ciddi niteliğe sahip olmalı, metodik olarak düzenlenmiş olan düşünce anlamında planlı ya da plana uygun olmalı ve gerçeğin araştırılmasına yönelik olmalıdır⁴⁹⁴.

TCK m. 226/7'nin öngörülebilir olmadığı bu nedenle kanunilik şartını taşımadığı iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında öngörülebilirlik şartı katı yorumlanmamıştır. Tereddüt hasıl olduğunda bile bu hususun mahkeme içtihatları ile tamamlanabileceği, TCK m. 226/7'nin kanunilik şartını sağladığı ifade edilmiştir⁴⁹⁵. İHAM tarafından da öngörülebilirlik şartı katı yorumlanmamıştır⁴⁹⁶.

3.4. Kusur

Failin işlediği hukuka aykırı hareketten sorumlu tutulması, bu hareketi iradesi ile gerçekleştirmesi, suçun manevi unsuru ile ilgilidir⁴⁹⁷. Manevi unsorda şahsi özellikler dikkate alınmaz. Kusur ise failin şahsi özelliklerine ve hangi şartta sorumlu tutulacağına

⁴⁹⁴ Gören, a.g.e., s. 457.

⁴⁹⁵ “Başvuruya konu olayda hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirlemenin veya gelecekte hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını öngörmenin Anayasa Mahkemesi’nin görevi olmadığı ifade edilmelidir. Çocukların müstehcen yayınlardan korunmasına ilişkin hükümler 1117 sayılı Kanun’da düzenlenmiştir. Adı geçen Kanun’un 7. maddesinde ise edebi eserlerin 1117 sayılı Kanun kapsamında olmadığı hükme bağlanmıştır. 5237 sayılı Kanun’un 226. maddesinin 7 numaralı fıkrasında ise edebi eser olduğu değerlendirilen yayınların çocuklara ulaşmasının engellenmesi koşuluyla müstehcenlik suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiş fakat çocuklara ulaşmasının engellenmesinin usulüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla 226. maddenin 7 numaralı fıkrasının öngörülebilirliğine ilişkin bir tereddüt oluşsa bile bu tereddütün mahkeme içtihatları ile giderilmesinin mümkün olduğu değerlendirildiğinden bu mesele üzerinde daha fazla değerlendirme yapılması gerekli görülmemiştir” (AYM, T: 26.10.2017, B. No. 2014/20168, RG. 28.12.2017, sy: 30284).

⁴⁹⁶ Bychawska-Siniarska, a.g.e., s. 45; “...hukuken öngörülmüş ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır: Birincisi, (uygulanacak olan) hukuk, yeterince ulaşılabilir (adequately accessible) olmalıdır; eş deyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta (precise) düzenlenmemiş bir norm, hukuk kuralı olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir (foreseeable) olması gerekmez; çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle birçok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur” (Case Of The Sunday Times v. The United Kingdom, Appl. No. 6538/74, 26.04.1979, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim tarihi: 02.05.2020).

⁴⁹⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 473.

ilişkindir⁴⁹⁸. Kusuru etkileyen haller, hareketin hukuka aykırılığı ile ilgili değildir. Maddi ve manevi unsur ile hukuka aykırılık unsurunun varlığından sonra failin ceza sorumluluğunun varlığı araştırılır⁴⁹⁹. Kusur, suçun unsuru değildir. Zira failin kusurluluğu, hareketin suç niteliğine sahip olması üzerinde etkili değildir⁵⁰⁰. Kusur incelemesinde failin, irade oluşumunun kınanıp kınanmayacağı belirlenir⁵⁰¹. Failin, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olup olmadığına bakılır⁵⁰². Ancak failin kusurlu olduğunun kabulü için algılama yeteneği yeterli değildir. Ayrıca failin, davranışlarını yönlendirme yani irade yeteneği de olmalıdır⁵⁰³. Burada hareket haksızlık niteliğini korur ancak kusur failin, hareketinden sorumlu tutulmasını engeller veya azaltır⁵⁰⁴. Failin, haksızlık bilinci varsa ve mazeret nedenleri bulunmuyorsa fail cezalandırılır⁵⁰⁵.

3.4.1. Kusur Yeteneğini Etkileyen Haller

Kusur yeteneğini etkileyen haller failin psikik durumu ile ilgilidir⁵⁰⁶. Bunlar; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma halleridir.

3.4.1.1. Yaş Küçüklüğü

Çocukların kusur yeteneği ve yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi TCK m. 31’de düzenlenmiştir. TCK m. 226’da herkes fail olabilir. Bu bakımdan failin çocuk olması halinde TCK m. 31 hükmü uygulanır. Örneğin müstehcen ürünü içeriğine vakıf olacak şekilde satışa veya kiraya arz eden çocuk, TCK m. 31/1’de belirtilen yaş grubu arasında ise ceza verilmez⁵⁰⁷. Çocuk, TCK m. 31/2’de belirtilen yaş

⁴⁹⁸ a.g.e., s. 473.

⁴⁹⁹ Zeynel T. Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 430.

⁵⁰⁰ a.g.e., s. 165; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 475.

⁵⁰¹ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 311, 312.

⁵⁰² a.g.e., s. 314.

⁵⁰³ a.g.e., s. 316.

⁵⁰⁴ a.g.e., s. 273.

⁵⁰⁵ Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, s. 430.

⁵⁰⁶ a.g.e., s. 433.

⁵⁰⁷ TCK m. 31/1; “Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri takdirde uygulanabilir”.

grubu arasında ise hareketin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediğine bakılır⁵⁰⁸. Bu husus her somut olayda hakim tarafından takdir edilmelidir⁵⁰⁹. Suça sürüklenen çocuğun, gerçekleştirdiği hareketin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş ise CMK m. 223/3-a'ya göre kusur bulunmadığından ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Fail, TCK m. 31/3'te belirtilen yaş grubu arasındaki çocuk ise, bu halde yaş sebebiyle kusur durumu araştırılmaz. Hükümde belirtildiği üzere yalnızca ceza miktarında indirim uygulanır⁵¹⁰. Ceza indiriminde TCK m. 31 ile somut olayda hükmün hangi fıkrasının uygulandığı belirtilir⁵¹¹. Zira Yargıtay TCK m. 226/5'ten sorumlu tutulan suça sürüklenen çocuk hakkında bu hususların belirtilmemesini bozma sebebi yapmıştır⁵¹².

3.4.1.2. Akıl Hastalığı

Kişi, akıl hastalığı sebebiyle algılama veya irade yeteneğinden yoksun olabilir. Bu halde TCK m. 32/1; *“Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur”* hükmü gereğince kişinin kusur yeteneği olmadığından kişiye ceza verilmez. Ancak TCK m. 32/2'e göre; *“Birinci fıkra yazılı derecede*

⁵⁰⁸ TCK m. 31/2; *“Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz”*.

⁵⁰⁹ Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, s. 322.

⁵¹⁰ TCK m. 31/3; *“Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz”*.

⁵¹¹ “Suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 sayılı TCK'nın 226/3-c.1, 43/1. maddeleri gereğince bulunan 6 yıl 3 ay hapis cezasından aynı Kanunun 31/3. maddesi ile 1/3 oranında indirim yapıldığında 4 yıl 2 ay yerine 4 yıl 1 ay hapis cezasına hükmedilmesi...” (14. CD., 22.02.2018, E. 2017/6880, K. 2018/1271, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı, Erişim tarihi: 04.05.2020).

⁵¹² “Hükmün esasını teşkil eden kısa kararda ve gerekçeli kararın hüküm fıkrasında, suça sürüklenen çocuğa hükmedilen cezada yaş küçüklüğü sebebiyle indirim yapılırken, uygulanan kanun ve maddesinin gösterilmemesi suretiyle CMK'nın 232/6. maddesine aykırı hareket edilmesi...” (12. CD., 09.03.2015, E. 2014/1955, K. 2015/4333, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı, Erişim tarihi: 04.05.2020).

olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkum olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir". Madde gerekçesinde belirtildiği üzere "akıl hastalığı kişinin işlediği her hareketi açısından algılama veya irade yeteneği üzerinde etkili değildir. Kişinin akıl hastası olup olmadığının tespiti ile hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde ne gibi etkilerinin olabileceğini, davranışlarını ne surette etkilediğinin belirlenmesi, tıbbi bir konudur. Uzman bilirkişi bu hususu ortaya koyduktan sonra, akıl hastası olan kişinin somut olay açısından algılama veya irade yeteneğinin olup olmadığını, akıl hastalığının somut olay açısından kişinin bu yeteneklerini ne ölçüde etkilediğini normatif olarak belirleme görevi, hakime aittir. Örneğin, kleptomani akıl hastası olan kişinin hafif değerdeki şeylere yönelik olarak işlediği hırsızlık suçu açısından irade yeteneğinin olmadığı söylenebilir. Ancak, bu kişinin kasten adam öldürme suçunu işlemesi durumunda, malul olduğu akıl hastalığı bu fiille ilgili olarak algılama ya da irade yeteneğini etkilemez". Benzer şekilde kleptomani akıl hastası olan failin müstehcen ürünü basın veya yayın yolu ile yayınlaması halinde bu hareketle ilgili olarak algılama ya da irade yeteneği olmadığından bahsedilemez. Bu halde fail, TCK m. 226/2'den sorumludur.

TCK m. 226'nın yapısı gereği akıl hastalığı ile ilgili özel bir durum vardır. Bu husus, çocukların korunmasına yöneliktir. Şöyle ki, çocukları cinsel açıdan çekici bulan ve cinsel eğilimi çocuklara yönelik olan bir pedofilinin, anti sosyal kişilik bozukluğunun kabulü ile bu kişilik bozukluğunun kişinin cezai sorumluluğunu etkilemesi doğru değildir. *Kangal*'ın da belirttiği üzere cinsel suç failleri psişik bozukluklara sahiptirler. Ancak bu bozukluk cezai sorumluluklarını etkileyecek düzeyde akıl hastalığı değildir⁵¹³. Bu hususta korunmak istenen hukuki değer de önemi büyüktür. Zira pedofili kavramı çocuk pornografisi ile alakalıdır. Bu kişilerin çocuk pornografisi içeren görüntülerin mevcut olduğu ürünleri talep etmeleri, ürünün

⁵¹³ Zeynel T. Kangal, "Fransız Ceza Hukukunda Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yapıtlar", İstanbul, *İÜHF*M., C. LX, S. 1-2 (2002), s. 30.

yayılması gibi birçok soruna da sebep olur⁵¹⁴. Bu nedenle fail, TCK m. 226/3'ten sorumlu olmalıdır. Aksinin kabulü, çocuk pornografisi ile yapılan mücadeleye engel niteliktedir.

3.4.1.3. Sağır ve Dilsizlik

Sağır ve dilsizlerin ceza sorumluluğu TCK m. 33'te düzenlenmiştir. TCK m. 33'e göre; *“Bu kanunun, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır”*. TCK m. 226 bakımından fail, herkes olabileceğinden, okumak hareketi dışındaki hareketlerin faili sağır ve dilsiz bir kişi de olabilir. Bu halde TCK m. 33 hükmü uygulanır.

3.4.1.4. Geçici Nedenler ile Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma

TCK m. 34/1'e göre; *“Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez”*.

Geçici nedenler kavramının hangi halleri kapsadığı tam olarak tespit edilemez. Zira bu hallerin hastalık halleri olması zorunlu değildir⁵¹⁵. Ateşli hastalık, hipnotizma, uyku hali geçici nedenlere örneklerdir⁵¹⁶. Kusurluluğu etkileyen bu haller TCK m. 226 bakımından da geçerlidir. Örneğin kişi, müstehcen ürünü uyku veya hipnotizma hali ile çocuğa göstermiş ise koşullarının varlığı halinde TCK m. 34/1 uygulanır. Bu koşullar geçici nedenlerin varlığı sebebiyle failin, hareketinin hukuki anlam ve sonuçlarını

⁵¹⁴ Ahmet Cemal Gürge, “Çocuk Pornografisi”, Ankara, *Başkent Bakış Dergisi*, S. 1 (2013), s. 14.

⁵¹⁵ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 537; Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 330.

⁵¹⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 537, 538.

algılama yeteneğinin ortadan kalkması veya irade yeteneğinin önemli derecede azalmasıdır. Ayrıca bu nedenlerin meydana gelmesinde failin taksiri olmamalıdır⁵¹⁷.

İrade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde için de bu hususlar geçerlidir. Örneğin iradesi dışında “lysergic acid diethylamide” gibi halüsinasyona sebep olan bir uyuşturucu maddenin kişiye verilmesi halinde eşi ile cinsel ilişki yaşadığını sanarak bu ilişkiyi kayda alan kişi, aslında ölmüş insan bedeni veya hayvanla cinsel ilişkiye girmişse fail TCK m. 226/4’ün üretme hareketinden sorumlu tutulamaz. Benzer şekilde “extasy” gibi cinsel konuşmayı ve şehvetli duyguları ön plana çıkaran maddenin kişiye verilmesi halinde, maddenin etkisi ile karşısına çıkan çocuğa müstehcen ürünü okuyan failin, hareketinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ortadan kalktığı veya irade yeteneğinin önemli derecede azaldığı kabul ediliyorsa kişiye ceza verilmez. Ancak belirtmek gerekir ki, failin içine düştüğü durumda taksiri bulunmamalıdır. Aksi halde kusur yeteneği tam olarak kabul edilir⁵¹⁸. Zira TCK m. 34/2’ye göre; “*İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz*”. Madde hükmünden görüleceği üzere iradi olarak alkol veya uyuşturucu madde alınması halinde TCK m. 34/1’de olduğu gibi bu maddelerin kişinin kusur yeteneği üzerindeki etkileri araştırılmaz. Bu nedenle fail, iradesi ile aldığı alkol veya uyuşturucu madde sonrasında algılama veya irade yeteneğini kaybetse dahi TCK m. 226 kapsamındaki hareketinden sorumludur.

Alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma halinde önemli bir husus vardır ki bu da kişinin bağımlı olma halidir. TCK m. 57/7 gereği fail, alkol veya uyuşturucu bağımlısı ise bu halde ceza verilmez⁵¹⁹. Yargıtay failin, bağımlı olup olmadığı, mevcut bir hastalığının olup olmadığı araştırılmadan ceza verilmesini bozma sebebi yapmıştır⁵²⁰. Otacı’ya göre, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı Yargıtay tarafından bir tür

⁵¹⁷ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 330.

⁵¹⁸ a.g.e., s. 331.

⁵¹⁹ TCK m. 57/7; “*Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir*”.

⁵²⁰ “*Sanığın uzun yıllar alkol aldığı ve kronik alkol bağımlısı olduğu iddia edilmiş olmakla, CMK’nın 74. maddesindeki usule uygun olarak gözlem altına alınarak suç işlediği tarihte mevcut bir hastalığının bulunup bulunmadığı, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinde bir azalma olup olmadığı, 5237 sayılı yasanın 32/1-2 maddeleri kapsamında akıl hastalığı*

akıl hastalığı olarak kabul edilmiştir⁵²¹. Bir görüşe göre de kronik alkol veya uyuşturucu madde zehirlenmesi bir tür akıl hastalığıdır⁵²².

3.4.2. Mazeret Nedenleri

Mazeret nedenleri, sadece failin psişik durumu ile değil, aynı zamanda maddi olaylarla da ilgilidir⁵²³. Bunlar; zorunluluk hali, cebir ve tehdit, amirin emri, meşru savunma sınırının korku, heyecan veya telaş nedeniyle aşılması halleridir.

3.4.2.1. Zorunluluk Hali

TCK m. 25/2’de zorunluluk hali düzenlenmiştir. TCK m. 25/2’ye göre; “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*”.

Bir görüşe göre zorunluluk hali yalnızca kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebidir⁵²⁴. Madde gerekçesine göre de bu hal kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir. Bu durumda CMK m. 223/3-b gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

Bir diğer görüşe göre ise, madde gerekçesi kanun metni olmayıp bağlayıcı olamaz. Zorunluluk hali hem hukuka uygunluk nedeni hem de mazeret nedenidir. Failin

bulup bulunmadığı saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi...” (1. CD., 08.05.2008, E. 2007/2995, K. 2008/3854, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 03.05.2020); “*Sanığın yargılama sırasında eroin bağımlısı olduğunu ve halüsinasyonlar gördüğünü, hayal ettiği şeyleri bazen gerçekleştirmiş gibi konuştuğunu savunması karşısında, öncelikle sanığın cezai sorumluluğunu etkileyecek bir akıl hastalığının olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu nedenle, Özel Dairenin sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracak veya azaltacak bir durumunun olup olmadığının araştırılmasına ilişkin 1 no’lu bozma nedenine yönelik yerel mahkeme direnme hükmünde de isabet bulunmamaktadır*” (CGK, 20.09.2011, E. 2011/141, K. 2011/184, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 04.05.2020).

⁵²¹ Cengiz Otacı, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Yargıtay Yorumu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 368.

⁵²² Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver, *İçel Suç Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2002, s. 228, 229; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 543.

⁵²³ Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, s. 433.

⁵²⁴ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 347; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Genel Hükümler*, s. 486.

koruduğu hukukî menfaat ihlal ettiği hukukî menfaatten önemli ölçüde üstünse hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali vardır. Bu halde CMK m. 223/2-d gereği beraat kararı verilir. Ancak failin koruduğu hukukî menfaat ihlal ettiği hukukî menfaatten önemli ölçüde üstün değilse veya her iki menfaat eşitse mazeret nedeni olarak zorunluluk hali vardır. Bu halde CMK m. 223/3-b gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir⁵²⁵.

TCK m. 226 bakımından ise zorunluluk hali somut olayın koşullarına göre uygulanabilir. Örneğin günlerdir bir odada susuz bırakılan faile ancak odaya giren çocuğa müstehcen ürünü göstermesi koşuluyla su verileceğinin söylenmesi halinde olayın koşullarına göre kaçma olanağı bulunmayan fail, ürünü çocuğa gösterirse TCK m. 226/1-a'da belirtilen gösterme hareketinden TCK m. 25/2 hükmü gereği ceza verilmez. Burada tehlikenin varlığı, ağırlığı, halen mevcut olup olmadığı, hakka yönelik olup olmadığı araştırılır. Zorunluluk halinde failin durumu değerlendirilmelidir. Fail tehlikeye bilerek neden olmamalıdır. Ayrıca failin tehlikeye katlanma yükümlölüğu bulunmamalı, tehlikeden başka suretle korunma olanağı olmamalıdır.

3.4.2.2. Cebir ve Tehdit

TCK m. 28'e göre; *“Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır”*.

Bir görüşe göre, cebir veya tehdide dayalı haller zorunluluk halinin alt olayıdır. Bu haller yalnızca mazeret hali değil, somut olayın koşullarına göre hukuka uygunluk nedeni de olabilir⁵²⁶. Buna göre müstehcenlik suçunun hareketi cebir veya tehdit etkisi altında yapılmışsa korunan değer, müstehcenliğin koruduğu hukuki değerden çok daha üstünse hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali mevcuttur⁵²⁷. Cebir ve tehdidin

⁵²⁵ Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, s. 48; Özbek, *TCK İzmir Şerhi*, s. 356.

⁵²⁶ Özbek, *TCK İzmir Şerhi*, s. 379; Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, s. 54.

⁵²⁷ a.g.e., s. 54, 55.

varlığı halinde fail, suç oluşturan hareketi kendi iradesi ile gerçekleştirmez. Burada cebir ve tehdit ile suçun işlenmesine sebep olan kişi dolaylı faildir⁵²⁸.

Tehdit kişiyi, bir saldırının veya kötülüğün ileride gerçekleştireceğinden bahisle bir harekette bulunmaya zorlamaktadır⁵²⁹. Kişi tehdit sebebiyle korku yaşadığından davranışlarını iradî olarak yönlendiremeyebilir. Örneğin TCK m. 226/4 kapsamındaki bir ürünü nakletmesi aksi takdirde kızının öldürüleceği yönünde tehdit edilen bir kamyon şoförü, bu halde TCK m. 226/4'ün nakletme hareketinden sorumlu tutulamaz.

Cebir ise mutlak kuvvet ve zorlayıcı kuvvet olarak ikiye ayrılır. Mutlak kuvvet halinde kişinin, iradesi tamamen ortadan kalkmış olup iradi bir davranışı olmadığından TCK m. 28 kapsamına girmez⁵³⁰. Zorlayıcı kuvvet ise TCK m. 108'in gerekçesinde şöyle açıklanmıştır; “cebiri, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir halinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Buna karşılık, tehdit halinde, kişi bir tecavüzün, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır”. Bu cebir ve şiddet, kanun lafzı gereği karşı konulamayacak veya kurtulamayacak boyutta olmalıdır. Aksi halde fail kusursuz kabul edilmez. Örneğin, diğer failin cebri ile müstehcen ürünü vitrininde satışa arz eden faile TCK m. 226/1-d'den ceza verilmez.

3.4.2.3. Amirin Emri

TCK m. 24/2, 3 ve 4'te emrin yerine getirilmesi hali düzenlenmiştir. Emir, şekil ve konu itibarıyla kanuna uygunsa meşrudur. Ancak emri alan kamu görevlisi emrin meşruluğunu araştırmalıdır⁵³¹. Emrin konusu hukuka aykırı ancak suç değil ise AY m. 137/1⁵³², PVSK m. 2/B⁵³³, Devlet Memurları Kanunu m. 11⁵³⁴ ve TCK gereği emri

⁵²⁸ İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, a.g.e., s. 280.

⁵²⁹ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 356.

⁵³⁰ a.g.e., s. 357.

⁵³¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Genel Hükümler*, s. 483.

⁵³² AY m. 137/1; “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı

uygulayan sorumlu değildir. TCK m. 24/2'e göre; *"Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz"*. Burada emri uygulayan, emrin hukuka uygunluğunu denetlemeden emri yerine getirirse sorumlu olur⁵³⁵.

Emrin konusu hukuka aykırı ve suç teşkil ediyorsa TCK m. 24/3'e göre; *"Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur"*. TCK'daki bu düzenleme AY m. 137/2⁵³⁶, PVSK m. 2/B⁵³⁷, Devlet Memurları Kanunu m. 11⁵³⁸ ile paralel bir düzenlemedir. Bu halde emir, müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya reklamının yapılması ise emri veren azmettiren, emri uygulayarak hareketi gerçekleştiren fail olarak TCK m. 226/2 veya 1-f'den sorumludur.

Kanunda konusu suç olan emri gerçekleştirenin sorumlu tutulmadığı bir düzenleme vardır. TCK m. 24/4'e göre; *"Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur"*. Düzenleme AY m. 137/3⁵³⁹, Devlet Memurları Kanunu m. 11⁵⁴⁰ ile paraleldir. Bu halde emri yerine getirene CMK m. 223/3-b gereği ceza yerilmesine yer olmadığı kararı

görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz".

⁵³³ PVSK m. 2/B; *"Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz..."*.

⁵³⁴ Devlet Memurları Kanunu m. 11; *"Devlet memurları kanun ve diğer mevzuatta belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar. Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmaya mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir..."*.

⁵³⁵ Koca, Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 343.

⁵³⁶ AY m. 137/2; *"Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz"*.

⁵³⁷ PVSK m. 2/B; *"...Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz"*.

⁵³⁸ Devlet Memurları Kanunu m. 11; *"...Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz..."*.

⁵³⁹ AY m. 137/3; *"Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır"*.

⁵⁴⁰ Devlet Memurları Kanunu m. 11; *"...Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır..."*.

verilir. TCK m. 226 açısından yetkili amirin emrini yerine getirme hali, kusurluluk üzerinde etkili değildir.

3.4.2.4. Meşru Savunma Sınırının Korku, Heyecan veya Telaş Nedeniyle Aşılması

TCK m. 27/2'e göre; *“Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez”*. CMK m. 223/3-c gereği faile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Bu hal, hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen meşru savunmada saldırıyı defedecek ölçüde olma şartının heyecan, korku, telaş gibi mazur görülecek sebeplerle aşılmasıdır⁵⁴¹. TCK m. 226 bakımından meşru savunma hükmünün uygulanmayacağı kabul edilen görüşe göre meşru savunma sınırının korku, heyecan veya telaş nedeniyle aşılması da söz konusu olamaz. Ancak mağdurun toplumu oluşturan herkesin yanında müstehcen üründe kullanılan veya ürüne bizzat maruz kalan belirli bir mağdurun olması halinde TCK m. 27/2, somut olayın koşullarına göre uygulanabilir. Çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünü, başka bir çocuğa göstermekte olan kişiden ürünü alan failin durumu buna örnek gösterilebilir. Bu nedenle ürünü bulunduran fail, TCK m. 226/3 bulundurma hali bakımından hareketini korku, heyecan veya telaş nedeniyle bitirmez ve ürünü saklamaya devam ettirse TCK m. 27/2 uygulanabilir.

3.4.3. Haksız Tahrik

TCK m. 29'a göre; *“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir”*. Haksız tahrik bir görüşe göre hafifletici bir mazeret nedenidir⁵⁴². Bir diğer görüşe göre ise haksız tahrik, kusuru azaltan bir haldir⁵⁴³. Zira bu hal, haksız bir

⁵⁴¹ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 353.

⁵⁴² Nevzat Gürelli, “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, *İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi*, C. 25, S. 6 (1951), s. 331, 333, 338, 342.

⁵⁴³ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 318, 359; İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, a.g.e., s. 283; Zeynel T. Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, *Erzincan, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 3-4 (2010), s. 30; “Ceza

hareketin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesi halinde söz konusu olur. Zaten fail, karşılaştığı haksızlık nedeniyle içine düştüğü, hiddet ve şiddetli elemin tesiri ile bu suçu işlerse haksız tahrik halinin failin kusurluluğu üzerinde etkili olduğu söylenebilir⁵⁴⁴.

Haksız tahrik durumunda haksız bir hareketin varlığı şarttır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedeni bulunan olaylarda hareket, haksızlık niteliği taşımadığından haksız bir hareket ile karşı karşıya kalmayan fail, haksız tahrik hükmünden yararlanmaz⁵⁴⁵. Bu sebeple haksız tahrik başlığı altında TCK m. 226 yönünden iki inceleme yapılacaktır. Öncelikle TCK m. 226 hareketlerinin haksız hareket olup olamayacağı incelenecek, ikinci olarak da haksız tahrik üzerine failin, TCK m. 226 hareketlerini yapması halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenecektir.

TCK m. 226 hareketlerinin haksız bir hareket olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Zira haksız hareket belirli bir kişiye karşı olmalıdır. Bu nedenle *Artuk*, *Gökçen* ve *Yenidünya*'ya göre, haksızlık teşkil eden hareket, belirli bir kimseyi hedef almıyorsa, haksız tahrik hükümleri uygulanmaz⁵⁴⁶. TCK m. 226'da genel olarak, toplumu oluşturan herkese karşı işlenen, belli bir mağduru hedef almaksızın gerçekleştirilen hareketler olduğundan, bu görüşe göre müstehcenlik suçlarının hareketleri, haksız hareketler olamaz. Ancak kanaatimizce TCK m. 226/1-a'da gösterilen üründe hedef alınan belirli bir çocuk varsa veya TCK m. 226/3'te müstehcen ürün üretiminde belirli gerçek bir çocuk kullanılmışsa bu hareketler haksız hareketler olabilir. Ancak belirtildiği üzere bu hareketler hukuka aykırı olmalıdır. Örneğin, bilimsel eser üretimi için gerçekleştirilen hukuka uygunluk hali kapsamındaki hareket, hukuka uygun olduğundan haksız hareket oluşturmaz.

Haksız hareket sonrasında TCK m. 226 hareketlerinin yapılması durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olduğu gibi her suçta

sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir" (CGK., 24.03.2015, E. 2014/1-477, K. 2015/69, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 05.05.2020).

⁵⁴⁴ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 499.

⁵⁴⁵ Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, s. 210; Kangal, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", s. 38.

⁵⁴⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 513.

haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, özellikle taksirli suçlar bakımından, tartışmalıdır⁵⁴⁷. TCK m. 226 taksirle işlenebilen bir suç değildir. Ancak taksirli suçlar da haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağını savunan görüşe göre haksız tahrik, genel hükümlerde düzenlenen bir hal olduğundan, özel tahrik hükmü düzenlenmeyen, tüm suçlar için uygulanır⁵⁴⁸. Bu bakımından özel tahrik hükmü düzenlenmeyen TCK m. 226 açısından da haksız tahrik hükmü uygulanabilir.

Yargıtay’a göre ise belli suçlarda, suçun niteliği “şekli suç” olması sebebiyle haksız tahrik hükümleri uygulanmaz⁵⁴⁹. Bu bakımdan TCK m. 226 düzenlemesi de failin suç tipinde tanımlanan hareketi yapması ile birlikte tamamlanan bir suçtur. Ayrıca belirli bir neticeye de ihtiyaç yoktur. Bu bakımdan TCK m. 226 açısından haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Koca ve Üzülmaz’e göre ise, Yargıtay somut olaylarda şekli suç olduğu için değil haksız fiil ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmadığı için haksız tahrik hükümlerini uygulamamıştır⁵⁵⁰. Zaten hakaret ve sövme gibi şekli suçlar da haksız tahrik hükmü uygulanmaktadır. Bu nedenle şekli suçlarla haksız tahrikin uygulanamayacağına yönelik kesin bir ölçüt konulamaz⁵⁵¹.

Bir görüşe göre, topluma ve genel ahlaka karşı işlenen mağduru belli olmayan suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. Bu görüş doğrultusunda genel ahlaka karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olan TCK m. 226 da toplumu oluşturan herkese karşı işlenen, belli bir mağduru hedef almaksızın gerçekleştirilen suçlar olduğundan, bu

⁵⁴⁷ “Taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeyen, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini...” (1. CD., 01.12.2008, E. 2008/5346, K. 2008/7646, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 07.05.2020); Aynı yönde Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, s. 62; Aksi yönde Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 497.

⁵⁴⁸ a.g.e., s. 496.

⁵⁴⁹ Şekli suç; “failin suç tipinde tanımlanan hareketi yapması ile birlikte tamamlanan ve belirli bir sonucun meydana gelmesine ihtiyaç olmayan suçtur” İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, a.g.e., s. 351; bkz. ruhsatsız silah bulundurma suçu, “Biçimsel suçta uygulama yeri bulunmadığı halde 6136 sayılı Kanuna göre tayin olunan cezadan TCK’nın 51. maddesiyle indirim yapılması...” (8. CD., 11.01.1978, E. 1977/5535, K. 1978/199, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 08.05.2020); “...zorla ırza geçme ve yağma suçlarından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini hukuka aykırıdır” (5. CD., 29.03.2006, E. 2006/402, K. 2006/2577, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 08.05.2020).

⁵⁵⁰ Koca, Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 360.

⁵⁵¹ Burak Kağan Yılmaz, *Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 175.

hareketlerin haksız tahrik altında yapılmış olması da mümkün değildir⁵⁵². Ancak kanaatimizce mağdurun belirlenebilen bir kişi olması halinde TCK m. 226'nın tipik hareketlerinden biri haksız hareket olabileceği gibi TCK m. 226'nın hareketleri de haksız tahrik altında işlenebilir. Bu açıdan her somut olayın şartlarına göre hareketin haksız tahrik koşullarını sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmelidir. Örneğin haksız tahrik etkisi altında işlenecek suçun, haksız tahrike neden olan hareketi gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi gerekir⁵⁵³. Bu halde fail, çocuğunu müstehcen üründe oynatan kişinin çocuğuna müstehcen ürün gösterirse haksız tahrik hükümleri uygulanmaz. Ancak fail, çocuğunu müstehcen ürün üretiminde kullanan kişiye karşı hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile başka müstehcen bir ürün göstererek “iyi bak, kızımından uzak dur yoksa bende seni bunda oynatacağım” diyebilir. Bu halde failin ürünü gösterdiği kişi çocuk ise fail, TCK m. 226/1-a'nın çocuğa müstehcen ürün göstermek hareketinden sorumludur. Ancak failin bu hareketi haksız tahrik altında yaptığı kabul edilmelidir.

3.4.4. Kusuru Etkileyen Hata Halleri

TCK'da hata, kastı kaldıran ve kusurluluğu etkileyen hata olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kastı kaldıran haller, suçun maddi ve nitelikli unsurunda hata ile hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatadır. Kusurluluğu etkileyen hata halleri ise, kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata ile haksızlık yanılığı yani hareketin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hatadır.

Kusurluluğu etkileyen hata hallerinde, hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Kaçınılmazlıkta her olayın somut koşulları “sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları” göz önünde bulundurulur⁵⁵⁴.

⁵⁵² Kangal'a göre; haksız tahrik sayılabilecek bir hareket altındaki kişinin hayasızca hareketler suçundaki hareketlerden birini gerçekleştirmesi halinde faile haksız tahrik hükümleri uygulanmaz. Zira bu suçun mağduru belli bir kişi değil, toplumu oluşturan herkeştir. Kangal, “Hayasızca Hareketler Suçu”, s. 33; Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, s. 51.

⁵⁵³ “Yerleşmiş yargısal kararlar ve doktrinde yer alan baskın görüşlere göre, 5237 Sayılı TCK'nın 29. maddesinde yer alan haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için şu şartların birlikte gerçekleşmesi gereklidir: a- Tahriki oluşturan bir fiil bulunmalı, b- Bu fiil haksız olmalı, c- Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı, d- Failin işlediği suç, bu ruhi durumun tepkisi olmalı, e- Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır” (CGK., 24.03.2015, E. 2014/1-477, K. 2015/69, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 10.05.2020).

⁵⁵⁴ İzmir BAM 15. CD., 15.02.2018, E. 2017/3974, K. 2018/325 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 10.05.2020).

Kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata hali TCK m. 30/3'te düzenlenmiştir. TCK m. 30/3'e göre; *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”*.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata ve kusuru etkileyen veya ortadan kaldıran nedenlerin maddi koşullarında hata TCK m. 30/3 kapsamındadır⁵⁵⁵. Şöyle ki madde hükmünde “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ifadesine yer verilmiştir⁵⁵⁶. TCK'da hukuka uygunluk nedenleri, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altındadır.

TCK m. 30 gerekçesine göre; *“...hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır”*.

TCK m. 226 bakımından ise somut olayın koşullarına göre TCK m. 30/3 hükmü uygulanabilir. Örneğin kusurluluğu kaldıracak bir tehdit veya cebir olmamasına rağmen fail, kaçınılmaz hataya düşerek TCK m. 226/1'deki hareketlerden birini gerçekleştirmişse, TCK m. 30/3 hükmü gereği hatasından yararlanır ve cezalandırılmaz. Benzer şekilde kusurluluğu azaltan bir neden olan haksız tahrik olmamasına rağmen fail, kaçınılmaz hataya düşerek TCK m. 226/1'deki hareketlerden birini gerçekleştirmişse, TCK m. 30/3 hükmü gereği hatasından yararlanır ve sanık hakkında haksız tahrik indirimi yapılır.

Haksızlık yanılığında fail, hareketinin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemekte olup normun varlığında veya yorumlanmasında hataya düşmektedir⁵⁵⁷. TCK m. 30/4; *“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz”*. Kaçınılmaz hata, kusuru kaldırmaktadır. Bu durum

⁵⁵⁵ Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, s. 367; Aynı önde bkz. Hukuka uygunluk sebebinin maddi şartında hata hali, 3. fıkra kapsamında incelenmiştir. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 463.

⁵⁵⁶ Gerekçeye göre; *“...hukuka uygunluk nedenlerinde hata ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki hukuka uygunluk nedenleri yerine, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler”* ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir...”.

⁵⁵⁷ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 368.

kusurlu sorumluluk ilkesinin bir sonucudur⁵⁵⁸. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı ve değerlendirilmesindeki hata, yasak hatasıdır. TCK m. 30/4 gereği fail cezalandırılmaz. Haksızlık yanılığının doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki görünüm şekli vardır.

Doğrudan haksızlık yanılığında fail, hareketinin hukuk normunca izin verilen bir hareket olduğunu biliyor veya hareketini yasaklayıcı hukuk normu olduğunu bilse de, bu normun hükümsüz yahut kendisine uygulanmayacağını düşünmektedir⁵⁵⁹. TCK m. 226 bakımından ise örneğin; kendi çocuğuna, çocuğunun cinsel eğitimi için müstehcen ürün gösteren Türkiye'ye kısa süreliğine gelen yabancı fail, hareketinin hukuk normunca yasaklandığını bilmiyor olabilir. Bu halde kaçınılmaz hataya düşen failin kusurlu olduğu kabul edilemez.

Dolaylı haksızlık yanılığında fail, hareketi hukuka aykırı olmasına rağmen olayda hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünerek hukuka uygunluk nedeninin hukuki varlığında hataya düşmektedir⁵⁶⁰. Bu halde somut olayın koşullarına göre TCK m. 226 bakımından uygulanabilir. Örneğin; ünlü bir sanat eseri olduğunu zannettiği müstehcen resmi sergileyen fail, kaçınılmaz hataya düştüğünün kabulü halinde cezalandırılmaz. Fail, bu hatasından yararlanır ve TCK m. 226/7 gereği TCK m. 226 hükümleri uygulanmaz.

3.5. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

3.5.1. Teşebbüs

Suç işleme kararı olarak hazırlık hareketlerini tamamlayan fail, icra hareketlerini veya neticeyi gerçekleştirerek suçu tamamlamaktadır. Failin elinde olmayan sebepler ile tamamlanmayan suçlara, teşebbüs halinde kalmış suçlar denilmektedir⁵⁶¹. Bu halde TCK m. 35/1 hükmü gereği kişi teşebbüsten sorumludur⁵⁶². Hüküm gereği fail,

⁵⁵⁸ a.g.e., s. 371.

⁵⁵⁹ a.g.e., s. 369.

⁵⁶⁰ a.g.e., s. 369.

⁵⁶¹ a.g.e., s. 414.

⁵⁶² TCK m. 35/1; “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”.

tamamlayamadığı suçtan sorumlu olmaktadır. Bu nedenle teşebbüse ilişkin hükümler cezalandırılabilirliğin alanını genişletir⁵⁶³. Teşebbüs halinde failin cezası indirilir⁵⁶⁴.

Teşebbüsün şartları; kasten işlenen suç ve suçu işlemeye yönelik kastın varlığıdır. Bu bakımdan taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir⁵⁶⁵. TCK m. 226 kasten işlenebilen bir suçtur. Fail, icra hareketi niteliğindeki suçu oluşturmaya elverişli hareketini elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ise teşebbüs hali söz konusu olur. Ancak TCK m. 226 sırf hareket suçudur. Bu açıdan doktrinde bir görüşe göre sırf hareket suçlarına teşebbüs mümkün değildir⁵⁶⁶. Diğer bir görüşe göre ise sırf hareket suçlarında teşebbüs mümkündür⁵⁶⁷. Kanaatimizce TCK m. 226 bakımından teşebbüsün mümkün olup olmadığı belirtilen hareketler açısından her bir fıkra için ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

TCK m. 226/1’de yazılı suçlar sırf hareket suçudur. Suçun sırf hareket suçu olması sebebiyle suça teşebbüs mümkün gözükmemektedir⁵⁶⁸. Suçun hareketleri madde metninde tek tek sayılmış ve bu hareketin yapılması suçun oluşumu için yeterli görülmüştür. Hatta yalnızca satmak veya göstermek değil, satışa arz etmek ve görülebilecek şekilde sergilemek de suçun hareketidir. Bu sebeple satmak hareketi tamamlanmamış olsa dahi satışa arz hareketi ile suç tamamlanmıştır.

Bir görüşe göre hareket kısımlara bölünebiliyorsa suça teşebbüs mümkündür⁵⁶⁹. *Hafizoğulları* ve *Özen*’e göre de sırf hareket suçu olsa bile, somut olay açısından kastedilen suçun icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmadığı incelenmelidir. Tamamlanmamış ise suça teşebbüs mümkündür. Örneğin, müstehcen içerikli bir materyalin posta yoluyla çocuğa gönderilmesi durumunda materyal, çocuğun hakimiyet

⁵⁶³ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 486.

⁵⁶⁴ TCK m. 35/2; “Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir”.

⁵⁶⁵ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 487; Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 419; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 588.

⁵⁶⁶ İçel, Sokullu Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, a.g.e., s. 351.

⁵⁶⁷ Baytemir, a.g.e., s. 655; Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s. 1642; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 604.

⁵⁶⁸ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 94.

⁵⁶⁹ Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 186.

alanına girmediği sürece suç, teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Ayrıca yine müstehcen içerikli materyali göstermek için bilgisayarı veya kamerayı gösterime hazırlayan failin hareketleri hazırlık hareketi olarak değil, suça teşebbüs olarak nitelendirilir⁵⁷⁰.

TCK m. 226/2 ve 5'te belirtilen suçlar açısından teşebbüs mümkün değildir. TCK m. 226/2 ve 5 basın suçu olarak kabul edildiğinde, basın suçu da yayınlandığı anda gerçekleştiği göz önüne alındığında icra hareketleri yayın anında başlar. Bu sebeple suça teşebbüs mümkün değildir. Müstehcen ürün, basılma aşamasında ele geçirilmiş ise artık icra hareketlerinin başlamadığı kabul edilmiştir⁵⁷¹. Basılmış, hazırlanmış ürün matbaada ele geçirilmiş ancak ürün dağıtılmamışsa bu halde suç oluşmaz⁵⁷². Ancak müsadere konusunda açıklanacağı üzere suçun oluşmaması, ilgili ürün veya ürünler hakkında müsadere uygulanmasını engellemez.

TCK m. 226/3'te düzenlenen suçlar da sırf hareket suçlarıdır. Bu açıdan TCK m. 226/1 için yapılan açıklamalar TCK m. 226/3 için de geçerlidir. Bir görüşe göre, hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde suça teşebbüs mümkündür⁵⁷³. Örneğin TCK m. 226/3, c.2'de seçimlik hareketlerden biri, ürünü başkalarının kullanımına sunmaktır. Burada çocukların, müstehcen ürünlerde kullanıldığı bir sitenin linkinin atılması halinde link atılmış ancak sayfa açılmıyor ise Özbek'e göre suç teşebbüs aşamasında kalmıştır⁵⁷⁴. TCK m. 226/3'e konu olabilecek bir ürünün, ülkeye sokulmaya çalışılması halinde gümrükte, yetkililerce ilgili materyale el konulmuş olması durumunda, ülkeye sokma hareketi bakımından, ilk başta teşebbüsün oluşabileceği söylenebilir. Ancak materyali ülkeye sokmaya çalışan kişinin aynı zamanda ilgili materyali bulundurduğu gözetildiğinde teşebbüsten bahsedilemez. Bu halde seçimlik hareketlerden bir diğeri gerçekleştiğinden suçun tamamlandığı kabul edilir⁵⁷⁵.

Özbek'e göre; TCK m. 226/3 açısından kabul etmek suç sayılmamışsa da, kabul etmek müstehcen ürün üzerinde tasarruf imkanı elde edilmesidir. Kabul etmek ile

⁵⁷⁰ Hafizoğulları, Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, s. 331-336.

⁵⁷¹ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 95.

⁵⁷² a.g.e., s. 178.

⁵⁷³ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, C.1, 1994, s. 384.

⁵⁷⁴ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 131.

⁵⁷⁵ Ay, a.g.e., s. 122.

bulundurmak hareketleri bütünlük gösterir. TCK m. 226/3'teki ürünlerin talep edilmesi ile icra hareketleri başlar. Ancak talep edilen ürün, talep edene henüz ulaşmamış ise bulundurma gerçekleşmez. Bu halde suç, teşebbüs aşamasında kalır. Çocuk pornografisinin çekimi sırasında kameranın bir sebepten dolayı çekimleri kaydetmemesi ya da tam çekim esnasında failin yakalanmış olması halinde de suç teşebbüs aşamasında kalır⁵⁷⁶.

TCK m. 226/4'te belirtilen suç da, sırf hareket suçudur. Bu sebeple suça teşebbüs mümkün görünmemektedir. Ancak TCK m. 226/1 ve 3 için yapılan açıklamalar TCK m. 226/4 için de geçerlidir. Bulundurma hareketinin suç sayılması ülkeye sokmak, nakletmek gibi hareketlerin teşebbüsünü mümkün kılmamaktadır. Zira fail, hareketini tamamlamasa bile bulundurma hareketi suçun hareketi olduğundan, fail suçu tamamlamış olur. Bu durum satma ve kiraya verme hareketleri için de söz konusudur. Satma ve kiraya verme hareketleri teşebbüs aşamasında kalmışsa da, bu hareketler aynı zamanda bulundurma hareketini içerdiğinden suç tamamlanır ve fail tamamlanmış suçtan cezalandırılır⁵⁷⁷.

3.5.2. İştirak

Suçlar failin sayısına göre tek failli ve çok failli suçlar olmak ikiye ayrılmaktadır. Tek failli suçlar, tek bir kişi tarafından işlenebilir. Çok failli suçlarda ise kanun suçun işlenmesinde birden fazla kişinin katılımını aramıştır⁵⁷⁸.

İştirak, tek fail ile işlenebilen suçun, birden fazla kişinin katılımı ile işlenmesi veya kişinin, çok failli bir suçun icrasına fail olarak nitelendiremeyecek şekilde katılmasıdır⁵⁷⁹. İştirak halinde işlenen bir suç olduğunda cezalandırılma durumları farklılık göstermektedir. Şöyle ki TCK m. 37/1'e göre; *“Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur”*. Burada müsterek ve müstakil faillik hali mevcuttur. TCK m. 226 açısından suçun işlenmesi için tek fail yeterlidir. Suç tek kişi tarafından işlenmişse kişi müstakil faildir. Ancak suçun

⁵⁷⁶ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 135-138.

⁵⁷⁷ Hacıfazlıoğlu, a.g.e., s. 279.

⁵⁷⁸ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 446.

⁵⁷⁹ a.g.e., s. 447.

icra hareketlerini gerçekleştiren her kişi fail olarak sorumludur. Bu bakımından suç birden fazla kişi tarafından işlenmişse müşterek faillik söz konusudur. Örneğin müstehcen ürünün çocuğa gösterilmesi suçunda iki kişi çocuğa bu ürünü müşterek olarak göstermişler ise her ikisi de fail olarak kabul edilir.

TCK m. 37/2'ye göre; *“Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır”*. Bu halde dolaylı faillik söz konusudur. Müstehcen ürünü dağıtmak isteyen kişi, başka bir kişiyi araç olarak kullanmışsa dolaylı fail olarak suçtan sorumludur. Örneğin, cebir veya tehdit ile müstehcen ürünü dağıttıran kişi, TCK m. 37/2 gereğince fail olarak sorumludur. Bu kişi müstehcen ürünü 10 yaşındaki bir çocuğa dağıttırmışsa bu halde de fail olarak sorumlu olur. Cezası TCK m. 37/2 gereğince arttırılır.

Şerikler ise suçun hareketini gerçekleştirmeyen katkılarına göre, TCK m. 38'de azmettiren ve TCK m. 39'da yardım eden olarak sorumlu tutulan kişilerdir.

TCK m. 226'daki suçu işlemesi için faili azmettiren kişi kural olarak TCK m. 38/1 gereği işlenen suçun cezası ile cezalandırılır⁵⁸⁰. Azmettirme durumunda fail suçun cezası ile cezalandırılır; ancak TCK m. 38/3 durumunda cezası indirilir⁵⁸¹.

TCK m. 226'daki suçun işlenmesine yardım eden kişinin cezası TCK m. 39/1 gereğince indirilir⁵⁸². Kişinin hangi hallerde suçtan dolayı yardım eden olarak sorumlu olacağı TCK m. 39/2'de belirtilmiştir⁵⁸³. TCK m. 226 açısından suçu işlemeye karar

⁵⁸⁰ TCK m. 38/2; *“Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz”*.

⁵⁸¹ TCK m. 38/3; *“Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir”*.

⁵⁸² TCK m. 39/1; *“Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez”*.

⁵⁸³ TCK m. 39/2; *“Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak; Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak”*.

vermiş faile müstehcen ürünü üretmesi veya göstermesi için kamera bulan kişi, yardım eden olarak sorumludur. Ancak müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlanmasına aracılık eden kişi TCK m. 226/2 hükmü gereği yardım eden olarak değil, fail olarak sorumlu tutulmuştur. Bu nedenle kişi hakkında TCK m. 39/1 hükmü uygulanmaz.

TCK m. 40/1'e göre⁵⁸⁴ suça iştirak için hukuka aykırı ve kasten işlenebilen hareket gereklidir. Bu bakımdan TCK m. 226 hükmü kasten işlenen bir suç olup genel iştirak hükümleri uygulanır. TCK m. 226/1, 2 ve 5'teki suçlar iştirak bakımından bir özellik göstermez. Fakat müstehcen ürünün okunması, okutulması, gösterilmesi, sergilenmesi gibi hareketlerde eserin kullanılması halinde müstehcen eserin yazarı veya sahibi, iştirak iradesi olmadıkça bu eserlerle işlenen suçlardan iştirak haliyle sorumlu olamaz⁵⁸⁵. Ancak müstehcen içerik sahibinin, ilgili içeriği basın ve yayın araçlarıyla yayınlaması durumunda, araç olarak kullanılan basın ve yayın organının sorumlu müdürlerinin içerikten haberdar olmadıkları düşünülemez. Bu sebeple ilgili müdürler, bu müstehcen içerikten Basın Kanunu m. 11 uyarınca sorumludur.

TCK m. 226/3'te yazılı suçlar bakımından, suçun konusunu oluşturan materyalde çocuk, temsili çocuk görüntüsü veya çocuk gibi görünen kişi olabilir. Bu nedenle çocuk görünümü verilerek çizilen çizimler ya da grafiklerde, bu işlemlerin oluşumuna katılan kişileri fail olarak değerlendirmek gerekir. Yine TCK m. 226/3 açısından, konusu çocuk olan müstehcen içerikli ürünü depolamak ya da bulundurmak için ürünü talep eden kişi, bu hareketi ile iştirak bakımından azmettiren veya TCK m. 39/2-a kapsamında suç işlemeye teşvik etmesi sebebiyle yardım eden olarak değerlendirebilir⁵⁸⁶.

TCK m. 226/4'teki suçlar da iştirak bakımından bir özellik göstermez.

Suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün hareketi ile suç işlenmesi halinde genel iştirak hükümlerinden farklı bir durum TCK m. 220/5 hükmü ile düzenlenmiştir.

⁵⁸⁴ TCK m. 40/1; "Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır".

⁵⁸⁵ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 63.

⁵⁸⁶ a.g.e., s. 139.

Şöyle ki, TCK m. 226’da belirtilen suçlara azmettiren ve yardım eden olarak katılmak mümkündür. Ancak müstehcenlik suçu, suç işlemek amacıyla kurulan bir örgüt faaliyeti ile işlendiğinde örgüt yöneticisi bakımından iştirak değerlendirmesi yapılmadan, suçun işlenmesindeki rolü araştırılmadan TCK m. 220/5’e göre; “*örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır*”. Bu hüküm TCK m. 20/1’e aykırıdır⁵⁸⁷. Özgenç’e göre kanun metninde yalnızca “fail” kelimesine yer verilmesi bir eksikliktir. Kanun metni “duruma göre fail veya şerik” olarak değiştirilmelidir. Zira örgüt yöneticisi, suç planını yaparak örgüt üyesine talimat veriyor ve suç işleniyorsa bu halde azmettiren olarak sorumlu olmalıdır. Ancak yönetici suç planı yapmıyor yalnızca suç işlemeye kararlı kişilere malzeme temininde bulunuyorsa yardım eden olarak sorumlu olmalıdır⁵⁸⁸.

3.5.3. İçtima

3.5.3.1. Genel Olarak

TCK’ya göre, kaç fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır. İçtima, suçların içtimai ve cezaların içtimai olmak üzere ikiye ayrılır⁵⁸⁹.

3.5.3.2. Cezaların İçtimai

Cezaların içtimai her bir suçtan dolayı faile ayrı ayrı ceza verilmesi olup suçların içtimai bunun istisnasıdır⁵⁹⁰. Gerçek içtima da denilen cezaların içtimai durumunda fail ihlal ettiği her ceza normu için ayrı ceza alır. Örneğin; TCK m. 226/4’ün konusunu oluşturan ürün, failin ölü insan bedeniyle gerçekleştirdiği cinsel davranışı konu alan bir ürün ise fail, hem TCK m. 226/4’ten hem de TCK m. 130/2’de belirtilen kişinin hatırasına hakaret suçundan sorumlu olur. Benzer şekilde fail, cinsel saldırı hareketini kayıt altına almışsa hem TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun hareketi hem de TCK m. 226/4’te belirtilen suçun hareketi gerçekleştirmiştir. Bu halde gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.

⁵⁸⁷ TCK m. 20/1; “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*”; Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 467.

⁵⁸⁸ İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 28, 29.

⁵⁸⁹ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 506.

⁵⁹⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 506.

TCK m. 226/3'te müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması veya bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması cezalandırılmıştır. TCK m. 226/4'te şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya bulundurulması cezalandırılmıştır. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 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 beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır*". Burada bahsi geçen bandrolsüz ürün, müstehcen ürün olsa bile, müstehcenlik suçunun icra hareketleri mevcut değilse fail, yalnızca FSEK m. 81/4'ten sorumludur. Yargıtay ele geçirilen ürünlerin müstehcen olmasına rağmen suçun icra hareketi gerçekleşmediğinden müstehcenlik suçu yönünden değil, FSEK kapsamında inceleme yapılmasına karar vermiştir⁵⁹¹. Ancak bandrolsüz içerikli müstehcen ürün, TCK m. 226'da belirtilen suçların konusunu oluşturuyorsa burada tek bir hareket yoktur. Bu halde iki farklı suçun varlığı kabul edilmelidir. Zira bandrolsüz eseri bulundurmak bir hareket, müstehcen ürünün satışa arzı ayrı bir harekettir⁵⁹².

TCK m. 220'de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu düzenlenmiştir. Müstehcenlik suçu işlemek amacıyla bu örgüt kurulabilir. Bu halde TCK m. 220'den anlaşılabacağı üzere faillerin, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan sorumlu

⁵⁹¹ "Sanığa ait iş yerinde yapılan denetimlerde ele geçirilen CD'lerden 1 adedinin PC DVD oyun, 82 adedinin PS2 oyun, 12 adedinin müstehcen içerikli DVD film olduğunun belirtilmesi karşısında yeniden bilirkişi incelemesi yapılarak; 5846 sayılı Kanun'un 5728 sayılı Kanun ile değişik 81/1. maddesi uyarınca oyun CD'lerinin zorunlu bandrole tabi eser niteliğinde olmadığı ancak hak sahibinin talebi üzerine bandrol yaptırılmasının zorunlu olduğu gözetilerek, suça konu oyun CD'lerine ilişkin olarak hak sahiplerinin ilgili Bakanlıktan bandrol yaptırılması talebinde bulunup bulunmadıkları sorulduktan sonra..." (19. CD., 22.03.2017, E. 2016/15276, K. 2017/2511, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 18.05.2020).

⁵⁹² "Sanıklar hakkında 5237 sayılı kanunun 226/4 maddesi uyarınca müstehcenlik suçundan ve 5101 sayılı yasa ile değişik 5846 sayılı yasanın 81/9-1-a maddesinde düzenlenen bandrolsüz eser satma, bulundurma suçundan mahkumiyet kararı verildiği, bu suçlardan her ikisine de hükmedilebileceği..." (7. CD., 22.12.2014, E. 2013/6189, K. 2014/21738, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 18.05.2020).

olmaları için müstehcenlik suçunu işlemelerine gerek yoktur. Ancak failler, müstehcenlik suçunu işlemek amacıyla örgüt kurmuşlar ve müstehcenlik suçunu işlemişler ise TCK m. 220/4; “*Örgütün faaliyeti çerçevesine suç işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur*” hükmü gereğince hem müstehcenlik suçu hem de örgüt kurma suçundan sorumludurlar.

TCK m. 107’de şantaj suçu düzenlenmiştir. TCK m. 107’e göre; “*Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur*”. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere “şantaj suçunun oluşabilmesi için, mağdurun zorlanması yeterlidir. Bu zorlama karşısında, mağdurun isteneni yapması suçun oluşması için gerekli değildir”. Mağdurun isteneni yapması, müstehcenlik suçunun hareketine sebep olması halinde birden fazla hareket vardır. Bu halde de gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

Fuhşa teşvik, çocuğa müstehcen görüntü gösterilmesi ve çocuğun pornografide kullanılması suçu ile yakından ilişkilidir. TCK m. 227’de düzenlenen fuhuş suçunda kanun koyucu; fuhuş yapmak veya çocukla fuhuş yapmak isteyen kişileri değil, fuhuşu teşvik eden, yolunu kolaylaştıran, tedarik eden, barındıran, fuhşa aracılık eden kişileri cezalandırmıştır. Ayrıca failin, cinsi münasebette bulunanları çocuğa göstermesi fuhşa teşvik olarak nitelendirilmiştir. Bu sebeple fuhuş suçu; küçüğe müstehcen, açık seçik resimler veya sahneler göstererek, yazı veya şiir okumak gibi vasıtalar ile de işlenebilir⁵⁹³. Fuhuşu kolaylaştırmak, fuhşa aracılık etmek için kullanılan veya dağıtılan ürün aynı zamanda TCK m. 226/3 kapsamındaki bir müstehcen ürün ise TCK m. 226/3’te bulundurmak hareketi de suç sayıldığından, iki ayrı suç oluşur. Fail, TCK m. 226/3 ve TCK m. 227/3’ten sorumlu olur⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Savaş, Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 3923.

⁵⁹⁴ Atilla Öztürk, a.g.e., s. 283.

TCK m. 226/4'te şiddet kullanılarak yapılan cinsel davranışı konu alan ürün, suçun konusudur. Burada hareketin yaralama, zincirle bağlama boyutuna ulaşmış olması gerekmediği gibi gerçek şiddet aranmaz. Görünüşte bir şiddetin varlığı yeterlidir⁵⁹⁵. Ancak ürünün üretimi sırasında cebir kullanılmışsa, cebri uygulayan kişi TCK m. 108'den sorumludur. Üretim hareketini gerçekleştiren fail aynı zamanda cebri uygulayan kişi ise burada tek bir hareketin varlığından bahsedilemez. Fail, hem TCK m. 226/4'ten hem de TCK m. 108'den sorumludur.

3.5.3.3. Suçların İçtimaı

İşlenen suçta tek hareket ile birden çok hukuki değer ihlal edilmiş ise veya birden çok hareket ile aynı hukuki değer ihlal edilmişse bu durumda suçların içtimaı, suçların birleşmesi söz konusu olur⁵⁹⁶. Suçların içtimaı istisnai olarak yalnızca TCK m. 42, 43 ve 44'te düzenlenmiştir. Suçların birleşmesi halinde faile, her suçtan ayrı ceza verilmez. Bu halde somut olaya göre suçlar, tek suç kabul edilerek ceza arttırılır ya da işlenen suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilir⁵⁹⁷.

TCK'da bileşik suç, zincirleme suç, fikri içtima konuları suçların içtimaı başlığında düzenlenmiştir.

3.5.3.3.1. Bileşik Suç

TCK m. 42'de düzenlenen bileşik suç aslında suçların içtimaı hallerinden biri değildir. Bileşik suçta görünüşte içtima vardır. Burada bir norm diğer normu kapsar ve birçok suç değil, tek suç oluşur⁵⁹⁸. Kişinin işlediği suç, başka bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olabilir. Bu durumda birleşik suç hükümleri olan TCK m. 42 gereği tek hareket ile işlenmiş sayılan bu suçta, bileşik suç denir. Bu suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. Suçun, bileşik suç olarak kabulü için kanuni düzenleme ile bir suçun,

⁵⁹⁵ a.g.e., s. 155.

⁵⁹⁶ Centel, Zafer, Çakmut, a.g.e., s. 517.

⁵⁹⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 682.

⁵⁹⁸ Ali Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 534.

diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olduğu açıkça gösterilmelidir⁵⁹⁹. TCK m. 226 bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK m. 226 bileşik suç değildir.

3.5.3.3.2. Zincirleme Suç

TCK m. 43/1'e göre; *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır”*.

Fail, hareketlerini değişik zamanlarda yapmışsa artık bir hareketin varlığından söz edilemez. Bunun için faile her bir hareketinden dolayı ayrı ayrı ceza verilir. Ancak TCK m. 43/1 gereği değişik zamanlarda gerçekleştirilen bu hareketler, aynı kişiye yönelikse şartları oluştuğu takdirde, örneğin kısa süre aralıklar ile çocuğa müstehcen görüntüler gönderilmişse “zincirleme suç hükümleri uygulanır ve ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır”.

TCK m. 226'da düzenlenen suçun belirli bir mağduru olması halinde TCK m. 43/1 uygulanabilir. Örneğin, failin, müstehcen içerikli ürünü çocuğa birden fazla kez göstermesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

TCK m. 226'da düzenlenen suçun belirli bir mağduru olmasa da, TCK m. 43/1 uygulanabilir. Ancak belirli kişiye karşı işlenmeyen müstehcenlik suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için belirli bir kişi veya belli kişilerin mağdur olmaması gerekmektedir. Zira işlenen suçlar ile bir kişinin veya belirli kişilerin mağduriyetine sebep olunmuşsa, aynı suç işleme kararı ile hareketine devam eden fail hakkında zincirleme suç hükümleri değil, gerçek ıçtima hükümleri uygulanır⁶⁰⁰. Örneğin aynı suçu işleme kararı ile bir müstehcen ürünü defalarca satışına mahsus yer dışında satışa arz eden fail hakkında TCK m. 43/1 uygulanabilir. Ancak failin hareketlerinden birinde ürüne doğrudan doğruya maruz kalan bir mağdur varsa bu halde fail, bu hareketinden dolayı gerçek ıçtima hükümleri gereği ayrıca cezalandırılır. Ancak

⁵⁹⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 689.

⁶⁰⁰ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 528.

Yargıtay somut olayda belirli mağdurlar olmasına rağmen hareketi bir bütün olarak değerlendirmiştir⁶⁰¹.

Seçimlik hareketli suçlarda, hareket birden çok olmasına rağmen hukuki anlamda tek tipik hareketin varlığı söz konusudur⁶⁰². TCK m. 226/1 seçimlik hareketli bir suç olduğundan aynı bentte yazan hareketin veya 1. fıkranın farklı bentlerindeki hareketlerin yapılması halinde de tek bir suç olduğu kabul edilir. Örneğin fail müstehcen ürünü çocuğa hem göstermiş hem de okumuş ise bu halde bir suç vardır. Burada zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Bu durum, ceza tayininde alt sınırdan uzaklaştırılmasında esas alınabilir.

TCK m. 226/2 ve 5'te düzenlenen suçların, basın suçu olduğu göz önüne alınmalıdır. Söz konusu suçların gazete ile işlenmesi halinde aynı gazetenin değişik basılarında bu suç işlenmiş olabilir. Bu halde, zincirleme suç hükümleri uygulanır. Aynı basıma ait aynı nüshadan birden fazla varsa tek suç oluşur. Ancak farklı gazeteler söz konusu ise, gazete sayısınca suçun varlığı kabul edilir⁶⁰³. Benzer durum televizyon dizileri için de geçerlidir.

TCK m. 226/3 bakımından da zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Zira fail, alıkoyduğu kişiyi çocuk gibi göstererek veya alıkoyduğu çocuğu farklı zamanlarda birden fazla defa aynı içeriğe sahip üründe oynatmışsa, aynı çocuğu konu edinen fakat farklı müstehcen içeriklere sahip ürünler üretmişse zincirleme suç hükmü uygulanır.

⁶⁰¹ “Sanığın mağdurların müstemilatındaki tuvalete yerleştirdiği gizli kamera ile 18 yaşından küçük olan mağdurların ve anneleri olan mağdurun görüntülerini çektiği iddia edilen olayda; sanığın tek bir fiil ile her üç mağdura karşı özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu ve 18 yaşından küçük mağdurlara karşı zincirleme şekilde müstehcenlik suçunu işlediği, eylemin bir bütün halinde TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima gereği daha ağır cezayı gerektiren zincirleme şekilde TCK’nın 226/3. ve 43/2. madde ve fıkrasında düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturduğu gözetilmeden...” (12. CD., 21.03.2018, E. 2017/5846, K. 2018/3217, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, Erişim tarihi: 20.05.2020).

⁶⁰² Koca, Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 514.

⁶⁰³ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 178.

3.5.3.3.3. Fikri İçtima

Fikri içtimada birden çok suç tek hareketle işlenir. Tek hareket ile işlenen birden çok suç aynı suç veya farklı suç olabilir⁶⁰⁴. Bu halde dikkat edilmesi gereken husus tek bir hareketin varlığıdır.

TCK m. 43/2'ye göre; *“aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır”*. Örneğin müstehcen ürün gösterilmesinde bu hareket ile müstehcen ürüne birden fazla çocuk maruz kalmışsa veya TCK m. 226/3 bakımından fail, aynı müstehcen üründe birden fazla çocuğun müstehcen görüntülerini kaydederek ürün üretmişse aynı neviden fikri içtima hali söz konusudur. Bu halde TCK m. 43/1'de olduğu gibi *“bir cezaya hükmedilir, bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır”*.

TCK m. 226'da belirtilen bazı hareketler niteliği gereği birden fazla kişiye karşı işlenmektedir. Bu halde TCK m. 43/2 hükmü uygulanamaz. Örneğin TCK m. 226/1-a'da ürünü alenen gösteren veya TCK m. 226/1-e'de ürünü dağıtan failin hareketi ile birden fazla kişi bu ürüne maruz kalmış olabilir. Bu halde suçun unsuru olan hareket gereği failin cezası ayrıca TCK m. 43/2 sebebiyle arttırılamaz⁶⁰⁵.

TCK m. 44 gereğince, tek hareket ile birden fazla suç işlenmiş ise farklı neviden fikri içtima hali söz konusudur. Bu maddeye göre; *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”*.

TCK m. 226 hareketleri, TCK m. 226'nın değişik fıkralarında tanımlanan suça sebep olabileceği gibi, TCK m. 226 dışındaki farklı suçlara da sebep olabilir. Bu nedenle öncelikle müstehcenlik suçunun fıkraları arasındaki içtima durumu, daha sonra ise müstehcenlik suçu hareketleri ile başka bir suçun oluşması durumundaki içtima hali incelenecektir.

⁶⁰⁴ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 509.

⁶⁰⁵ İnci, a.g.m., s. 55.

TCK m. 226/3 içtima hususunda özellik arz eder. Zira TCK m. 226/3'te, "müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntüsü veya çocuk gibi görünen kişiyi kullanan kişi ile bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi" ifadesi yer almaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, müstehcen ürünün üretiminde çocuk, temsili çocuk görüntüsü veya çocuk gibi görünen kişi kullanılmışsa bu ürünün başkalarının kullanımına sunulması TCK m. 226/3'te düzenlenen suç oluşturur. Ancak bu başkası, yani sunulan kişi çocuk ise, bu halde fail TCK m. 226/3'ten değil, TCK m. 226/5'ten sorumludur⁶⁰⁶. Bu durumda tek hareket ile birden fazla kanun hükmü ihlal edilmiştir.

TCK m. 226/3 iki farklı suç tipini barındırır. TCK m. 226/3, c.1'de, "çocuğun, temsili çocuk görüntüsünün veya çocuk gibi görünen kişinin müstehcen üründe kullanılması" cezalandırılmıştır. TCK m. 226/3, c.2'de ise, 1. cümlede belirtilen müstehcen ürünlerin, "ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması veya başkalarının kullanımına sunulması" cezalandırılmıştır.

TCK m. 226/3, c.2'de seçimlik hareketlere göre farklı ihtimaller mevcuttur. Bu hareketler seçimlik olduğundan 1. veya 2. cümledeki seçimlik hareketlerin birden fazlasını yapan fail, örneğin bu ürünü hem ülkeye sokmuş hem de satışa arz etmiş ise, seçimlik hareketlerin birden fazlasını gerçekleştirmiştir. Burada tek suç oluşur. Ancak fail, 1. ve 2. cümledeki seçimlik hareketleri yapmışsa her iki cümlede farklı suçlar tanımlandığından, kişi hakkında somut olaya göre gerçek içtima veya farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanır. Örneğin; müstehcen ürünün üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntüsünü veya çocuk gibi görünen kişiyi kullanan fail, bu ürünü satmış veya çoğaltmışsa bu halde hem TCK m. 226/3, c.1 hem de TCK m. 226/3, c.2'den ceza alır. Ancak müstehcen ürünün üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntüsünü veya çocuk gibi görünen kişiyi kullanan fail, çektiği bu görüntü ile yakalanır ise 2. cümlede belirtilen bulundurma hareketini de gerçekleştirmiş olacağından farklı neviden fikri

⁶⁰⁶ a.g.m., s. 95.

içtima hükümleri uygulanır. Zira bu halde TCK m. 44 kapsamında tek bir hareket mevcuttur.

TCK m. 226/4'te bahsedilen ürünlerde çocuk veya çocuk gibi görünen kişi kullanılmış ise bu halde fikri içtima gereği daha ağır ceza öngören TCK m. 226/3 uygulanır⁶⁰⁷.

Fail hem TCK m. 226/3 hem de TCK m. 226/4'ün konusunu oluşturan ürünleri depolamış veya bulundurmuş ise bu halde fikri içtima gereği daha ağır ceza öngören TCK m. 226/3 uygulanır. Yargıtay bir kararında failin, TCK m. 226/3 yerine TCK m. 226/4'ten cezalandırılmasını hukuka aykırı bularak hükmü bozmuştur⁶⁰⁸. Özbek'e göre

⁶⁰⁷ “Çocukların kullanıldığı ve doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki görüntülerinin yer aldığı CD’leri bulundurmak şeklindeki sanığın eylemi TCK’nın 226/3. maddesinin ikinci cümlesindeki ve 226/4. maddesindeki iki ayrı suçu oluştursa da, aynı Kanunun 44. maddesinde tanımlanan fikri içtima kuralı gereğince en ağır cezayı öngören TCK’nın 226/3. maddesinin ikinci cümlesinden hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde her iki suçtan ayrı ayrı mahkumiyet kararı verilmesi...” (14. CD., 11.04.2017, E. 2016/12649, K. 2017/1957, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 23.05.2020).

⁶⁰⁸ “5237 sayılı TCK’nın 226/3. maddesinde çocukların kullanıldığı müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arzı, satışı, nakli, ihracı veya başkalarının kullanımına sunulmasının yanında, bu ürünlere olan talebin azaltılmasının da çocuklara koruma sağlayacağı düşünüldükçe, kasıtlı olarak yapılan bireysel amaçlı bulundurma ve depolamanın da suç sayıldığı, bu nedenle 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 çok sayıda resim ve video kaydını bilgisayar sistemi vasıtasıyla temin edip bilgisayarında sistematik biçimde depolama ve bulundurma fiilinin kişisel amaçlı dahi olsa 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi yoluyla aynı Yasa’nın 226/3. maddesine uyan suçu oluşturduğu ve hükmün gerekçesinde eylem bu şekilde doğru olarak nitelendirildiği halde 226/4. madde ile uygulama yapılması...” (5. CD., 01.10.2007, E. 2007/9856, K. 2007/6957, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 23.05.2020); “İçeriğinde hem çocukların kullanıldığı hem de şiddet içerikli ve hayvanlarla girilen cinsel ilişkiye yönelik görüntülerin bulunduğu değerlendirilen müstehcen ürünleri bulundurma suçundan, sanıklar hakkında TCK’nın 44. maddesi gereği daha ağır cezalandırmayı öngören aynı Kanunun 226/3.maddesinin 2. cümlesi uyarınca karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen anılan Kanunun 226. maddesinin 3. ve 4. fıkralarından ayrı ayrı cezalandırılmaları...” (18. CD., 09.05.2018, E. 2017/7370, K. 2018/7096, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 23.05.2020); “2 adet SD kart içerisinde toplam 236 adet pornografik görüntüden 10 adedinin çocukların kullanıldığı video görüntülerinden oluştuğu, yine hayvanlarla insanların cinsel ilişkiye girdiklerini gösteren 2 adet video görüntüsü bulunduğu, keza üst araması sırasında bulunan ve üzerlerinde liseliler, sübyanlar gibi ibareler yazılı 6 adet CD’nin de müstehcenlik içerdiği CMK yeminli bilirkişisi ve bilişim suçları uzmanı tarafından tespit edilmiş olmasına nazaran TCK’nın 226/3. maddesinde çocukların kullanıldığı müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arzı, satışı, nakli, ihracı veya başkalarının kullanımına sunulmasının yanında, bu ürünlere olan talebin azaltılmasının da çocuklara koruma sağlayacağı düşünüldükçe, kasıtlı olarak yapılan bireysel amaçlı bulundurma ve depolamanın da suç sayıldığı, bu nedenle 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 TCK m. 226/3. uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden seçimlik hareketlerden her birinin ayrı suç oluşturduğu kabul edilerek sanık hakkında ayrıca TCK 226/4. madde ile uygulama

burada hareketin, TCK m. 44 anlamında tek hareket olup olmadığı araştırılmalıdır. Tek hareketin varlığı araştırılmadan TCK m. 44 uygulanması hukuka aykırıdır⁶⁰⁹.

Fikri içtima için görünüşte içtima halinin olmaması gerekir⁶¹⁰. Görünüşte içtima halinde suçların çokluğu yalnızca görünüşte olup aslında harekete uygulanacak tek norm vardır⁶¹¹. Özel norm-genel norm ilişkisi de bir görünüşte içtima halidir. Burada bir suç, başka bir suçun tüm unsurlarını ve bunlar dışında ek unsur veya unsurlar içerir⁶¹². TCK m. 226/4, TCK m. 226/1'e göre özel norm niteliğindedir⁶¹³. TCK m. 226/1 konusu müstehcen ürün olan ve birçok seçimlik hareket ile işlenebilen genel bir düzenlenmedir. TCK m. 226/2, 3, 4 ve 5'teki ürünler de müstehcendir. Ancak bu fıkralarda TCK m. 226/1'den farklı olarak ek unsurlar aranmıştır. Bu sebeple suç TCK m. 226/2, 3, 4 veya 5 ise faile ayrıca TCK m. 226/1 uygulanmaz. Örneğin hayvanlarla cinsel ilişkiyi konu alan müstehcen bir ürünü satan failin hareketi aslında hem TCK m. 226/1-d veya f hem de TCK m. 226/4'teki harekete uygundur. Bu halde fail daha ağır cezayı öngörmesi sebebiyle değil, özel norm olması sebebiyle TCK m. 226/4'ten sorumludur. Benzer durum TCK m. 226/3 için de geçerlidir. Ancak Yargıtay bu halde faili daha ağır ceza öngörmesi sebebiyle TCK m. 226/3'ten sorumlu tutmuştur⁶¹⁴.

Müstehcenlik suçu ve özel hayatın gizliliği suçu birlikte oluşabilir. Özel hayat, kişinin kamuya kapalı olan, başkalarının gözü önünde olmayan hayatıdır⁶¹⁵. İHAS m. 8'de ve TCK m. 134'te özel hayat koruma altına alınmıştır. Koruma altına alınan özel hayatın, gizliliğinin ihlal edilmesi ise suç olarak kabul edilmiştir. TCK m. 134 ve TCK m. 226 yakın değerleri korumaktadır. Zaten pek çok olayda iki suç birlikte

yapılmak suretiyle fazla ceza tayini isabetsizdir" (5. CD., 06.07.2010, E. 2010/2024, K. 2010/6003, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 24.05.2020).

⁶⁰⁹ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 139.

⁶¹⁰ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 408.

⁶¹¹ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 551.

⁶¹² Öztürk, Erdem, a.g.e., s. 411; İçel, a.g.m., s. 37, 38.

⁶¹³ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 160.

⁶¹⁴ "Çocukların kullanıldığı cinsel ilişki görüntülerinin yer aldığı CD'yi satışa arz etmek şeklindeki eylemi TCK'nın 226/1. maddesi ve 226/3. maddesindeki iki ayrı suçu oluştursa da, TCK'nın 44. maddesinde tanımlanan fikri içtima kuralı gereğince daha ağır cezayı öngören TCK'nın 226/3. maddesi 2. cümlesinden hüküm kurulması gerektiği gözetilmeyerek, sanığın her iki suçtan ayrı ayrı mahkûmiyetine karar verilmesi..." (14. CD., 17.12.2013, E. 2012/719, K. 2013/13412, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 24.05.2020).

⁶¹⁵ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Us-A Yayıncılık, 2011, s. 271.

işlenmektedir. Yargıtay buna ilişkin bir kararında sanığın hareketinin en ağır cezayı gerektiren TCK m. 226/3, c.1 oluşturduğuna dair bir hüküm kurmuş ve müstehcenlik suçu hakkında da açıklayıcı ifadelerde bulunmuştur⁶¹⁶. Yargıtay buna benzer birçok kararında bu durumlarda TCK m. 44 gereği failin daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 226/5'ten cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir⁶¹⁷.

Müstehcenlik suçu ile özel hayatın gizliliği suçunun konu olduğu bir Yargıtay kararında, somut olay kapsamında müstehcenlik suçunun oluşmadığı, yalnızca özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluştuğu kabul edilmiştir⁶¹⁸. Benzer bir kararda elde

⁶¹⁶ “Suçun sübutuna ilişkin bir uyumsuzluk bulunmayan somut olayda özel daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulu’na çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; 15 yaşından küçük mağdur ile girdiği cinsel ilişkiyi kayda alan, mağdurun çıplak fotoğraflarını çeken ve bu kayıtları cep telefonunun hafıza kartında saklayan sanığın eyleminin, TCK m. 226/3’de düzenlenen müstehcenlik suçunu mu TCK m. 134’de ki özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu mu oluşturduğunun tespitine ilişkindir. Bu suçun işlenmesi için failin, kişisel kullanım amacıyla veya ticari gaye ile bu davranışta bulunması arasında fark yoktur. Fail bu eylemi, kimseye göstermeyecek olsa bile, görüntü, yazı veya söz haline getirdiği anda, bu suçu işlemiş sayılacaktır. Sanığın cinsel ilişkiye girdiği mağdurun çıplak fotoğraflarını çekerek görüntülerini kayda aldığı, ele geçen görüntülerin müstehcen olduğu ve görüntülerde yer alan kişinin 15 yaşından küçük çocuk olduğu konusunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Uyumsuzluk, sanığın bu eyleminin müstehcen görüntü üretimi niteliğinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. 15 yaşından küçük mağdur ile girdiği cinsel ilişkiyi kayda alan, mağdurun çıplak fotoğraflarını çeken ve bu kayıtları cep telefonunun hafıza kartında saklayan sanığın eyleminin en ağır cezayı gerektiren TCK 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan somut olayda olduğu gibi sanığın tek olan fiilinde kullandığı müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin, ayrıca çocuğun özel hayatının gizliliğini ihlal niteliğini taşıması halinde TCK 44. maddesi uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılabilmesine karar verilebilecektir” (CGK., 24.03.2015, E. 2014/14-603, K. 2015/66, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 25.05.2020).

⁶¹⁷ “14 yaşındaki mağdurun, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden, toplumun sahip olduğu ortak edep duygularıyla yerleşik edep kurallarını incitici nitelikteki müstehcen görüntülerini, mağdurun facebook hesabı üzerinden yayımlayan suça sürüklenen çocuğun 5237 sayılı TCK’nın 226/5. maddesinde tanımlanan müstehcenlik suçunu da işlediği, bir fiiliyle birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan suça sürüklenen çocuğun, 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması, özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan ise hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekirken...” (12. CD., 09.03.2015, E. 2014/19535, K. 2015/4333, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 25.05.2020); “...toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlaka aykırı nitelikteki resimlerin ifşa edildiği sırada 15 yaşındaki katılana ait müstehcen görüntünün ifşa edilmesi nedeniyle 226/5. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunun da oluştuğu, bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan suça sürüklenen çocuğun, TCK’nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması, özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan ise hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekirken...” (12. CD., 29.05.2019, E. 2018/8292, K. 2019/6860, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 25.05.2020).

⁶¹⁸ “Özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hükümler, sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Oluşa ve dosya kapsamına göre; Alışveriş merkezinde bulunan bayanlar tuvaletinde erkek bir şahsın bulunduğu ihbarı yapılması üzerine, alışveriş merkezinin özel güvenlik görevlilerinin sanığı takibe aldığı ve sanığın, başka katta bulunan bayanlar tuvaletine girdiğini tespit ettikleri, bayanlar tuvaletinin önünde sanığın çıkmasını bekleyerek emniyet görevlilerine haber verdikleri, bayanlar tuvaletinden çıkan sanığın telefonunda 7 ayrı bayanın

edilen görüntülerin müstehcenlik kapsamına giren bir ürün olmaması nedeniyle müstehcenlik suçundan değil, özel hayatın gizliliğini ihlalden karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶¹⁹.

Müstehcen ürün üretiminde tek hareket ile özel hayatın gizliliği ihlal suçu oluşmasına sebep verilmesi halinde TCK m. 44 uygulanır⁶²⁰. Ancak birden fazla hareket varsa bu halde fail ayrıca özel hayatın gizliliği ihlal suçundan da sorumludur⁶²¹.

Müstehcenlik suçunun hareketleri, hayasızca hareketler suçuna sebebiyet verebilir. TCK m. 225'te düzenlenen hayasızca hareketler suçunda, "alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan" kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesi ise şöyledir; "*toplumun sahip bulunduğu ortak edep, ar ve haya duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlak*

tuvalet ihtiyaçlarını giderdikleri ana ait 7 farklı video görüntüsünün tespit edildiği, bu görüntülerdeki iki kişinin kimlik tespitinin yapıldığı ve alışveriş merkezinde farklı işyerinde çalışan katılanlara ait olduğunun tespit edilmesi üzerine, katılanların görüntüleri izleyerek görüntülerin kendilerine ait olduklarını teyit ettikleri olayda, katılanların, tuvalet ihtiyaçlarını giderdikleri ana ait görüntüleri kaydeden sanığın, eyleminin TCK'nın 134/1-son maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden... müstehcenlik suçunu oluşturduğuna, Sulh Ceza Mahkemelerinin görevli olduğuna, suçun teşebbüs aşamasında kaldığına, alt sınırdan ceza verilmesi ve lehe kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün onanmasına karar verilmiştir" (12. CD., 09.09.2015, E. 2015/1483, K. 2015/12926, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 25.05.2020).

⁶¹⁹ "*Sanığın internet üzerinden mağdure ile görüşme yaptığı sırada mağdurenin elbisesinin üst kısmını çıkararak sanığa gösterdiği görüntülerin sanık tarafından bilgisayara kaydedildiği olayda görüntülerin niteliği itibarıyla TCK 226. maddesi kapsamında bulunmadığına hükmedilmiştir. Bu sebeple sanığın bu görüntüleri kaydederek sosyal paylaşım sitesine koyma eylemi TCK m. 134/2'de öngörülen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır"* (14. CD., 24.02.2014, E. 2012/4096, K. 2014/2142, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 26.05.2020).

⁶²⁰ "*Sanığın, yaptığı plan gereğince bilgisayarda görüntülü konuştuğu on sekiz yaşını doldurmamayan mağdurenin ekranda üzerini çıkartarak göstermesini sağladığı çıplak göğüslerini gizlice bilgisayarına kaydetmek şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 226/3-c.1. maddesinde düzenlenen müstehcenlik ve 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturduğu; tek eylemle birden fazla suçun oluşması nedeniyle sanık hakkında aynı Kanunun 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralına göre bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK'nın 226/3-c.1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden..."* (14. CD., 11.10.2017, E. 2014/9227, K. 2017/4650, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 26.05.2020).

⁶²¹ "*...suça sürüklenen çocukların telefonuna kaydederek depoladığı katılana ait müstehcenlik içeren görüntülerin hem TCK'nın 226/3. maddesinde düzenlenen müstehcenlik, hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturacağından, tek eylemle birden fazla suçun oluşması nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK'nın 226/3. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken, yazılı şekilde özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan... ait çıplak görüntüleri diğer katılanlara izletmek suretiyle ifşa eden suça sürüklenen çocuklar hakkında görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı TCK'nın 134/2. madde ve fıkrası gereğince mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraatlerine hükmolunması..."* (8. CD., 20.09.2018, E. 2018/5145, K. 2018/9639, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 26.05.2020).

temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takınılan durumlar suç olarak tanımlanmıştır". Örneğin bir çift cinsel ilişkisini canlı olarak internetten yayımlayabilir. Bu halde alenen cinsel ilişki mevcut olduğundan hem hayasızca hareketler suçu hem de müstehcen görüntüleri basın ve yayın yolu ile yayınlama hareketi nedeniyle müstehcenlik suçu oluşur. Farklı neviden fikri içtima kuralları gereği cezası ağır olan TCK m. 226/2 uygulanır⁶²². Benzer durum TCK m. 226/5 bakımından da geçerlidir. Örneğin kişi şiddet kullanarak veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişkisini canlı olarak internetten yayımlayabilir. Bu halde alenen cinsel ilişki olduğundan hem hayasızca hareketler suçu hem de TCK m. 226/4'teki müstehcen görüntüleri basın ve yayın yolu ile yayınlama hareketi nedeniyle müstehcenlik suçu oluşur. Farklı neviden fikri içtima kuralları gereği cezası ağır olan TCK m. 226/5 uygulanır.

TCK m. 226/3, c.1. açısından, yukarıda da ifade edildiği üzere, bu kullanmanın cinsel istismar boyutuna ulaşması gerekmez. Ancak bu üründe kullanılan çocuk ayrıca cinsel istismara uğramışsa ve bu olayın görüntü, yazı ve sesleri müstehcen ürün haline getirilmişse bu halde *Yaşar, Gökcan, Artuç*'a göre, fikri içtima hükümleri uygulanır. TCK m. 103/2'nin cezası, çocuk pornografisi suçuna nazaran daha ağır olduğundan faile TCK m. 226/3'ten değil, TCK m. 103/2'den ceza verilir⁶²³. Başka bir görüşe göre, bu olayda iki ayrı hareket vardır. Çocuğun cinsel istismarı veya reşit olmayanla cinsel ilişki bir hareket, bu hareketlerin kayda alınması başka bir harekettir. Bu sebeple hem TCK m. 103 veya TCK m. 104 hem de TCK m. 226/3 olmak üzere iki ayrı suç oluşur. Faile her iki suçtan da ceza verilmesi gerekir⁶²⁴. Kanaatimizce de burada iki ayrı hareket vardır ve faile her iki suçtan da ceza verilmesi gerekir. Fakat TCK m. 104'ün varlığı halinde çocuğun rızasının olup olmadığı araştırılmalıdır. Rıza, hareketi suç olmaktan çıkaracağından fail, yalnızca TCK m. 226/3'ten sorumlu olur.

Müstehcenlik suçunun diğer fıkralarındaki hareketleri cinsel istismar suçunun oluşumuna sebebiyet verebilir. Bu hallerde somut olayın özelliklerine göre fail, gerçek içtima hükümleri gereğince her iki suçtan dolayı cezalandırılır ya da farklı neviden fikri

⁶²² Örnek için bkz. Kangal, "Hayasızca Hareketler Suçu", s. 25, 36.

⁶²³ Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6778.

⁶²⁴ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 140.

içtima hükümlerine göre en ağır suçtan cezalandırılır. Ancak belirtmek gerekir ki, müstehcenlik, cinsel istismarın bir unsuru olarak değerlendirilemez. Yargıtay da müstehcenlik suçunun cinsel istismar suçuna dönüşmeyeceğini, ikisinin tek suç sayılamayacağını belirtmiştir. Bu durumda cinsel istismar suçunu gerçekleştiren failin, çocuğa izlettirdiği ürünler yönünden de araştırma yapılarak müstehcenlik suçu yönünden de hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir⁶²⁵.

Müstehcenlik suçunun diğer fıkralarındaki hareketleri cinsel taciz suçuna sebebiyet verebilir. Bu hallerde somut olayın özelliklerine göre, gerçek içtima hükümlerine göre fail, her iki suçtan dolayı cezalandırılır ya da farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre en ağır suçtan cezalandırılır⁶²⁶. Burada somut olaya bakılmalıdır. Zira yalnızca müstehcenlik suçu oluşabilir⁶²⁷.

3.5.3.4. Suç ile Kabahatler Arasındaki İçtima

TCK m. 226/4'te hayvanlarla yapılan cinsel ilişkiyi konu olan üründen bahsedilmektedir. Fail bu ürünün üretimi sırasında hayvanla gerçekleştirdiği cinsel davranışını kullanmışsa, hayvanlarla cinsel ilişkiyi ve işkenceyi yasaklayan 5199 sayılı Kanun'un 14. maddesinin j bendinde hüküm altına alınmış yasağa da aykırı davranmaktadır. Bu yasağa uymayanlara ise 5199 sayılı Kanun'un 28. maddesi uyarınca

⁶²⁵ "Topluma karşı suçlar arasında yer alan ve farklı nitelikte olan müstehcenlik suçunun kişiye karşı işlenen çocuğun cinsel istismarı suçuna dönüşmeyeceği veya ikisinin tek suç sayılamayacağı gözetilerek, izlettirildiği iddia edilen yayınların müstehcen olup olmadıkları araştırılarak sonucuna göre bu suçtan ayrıca beraat veya mahkumiyet kararı verilmesi gerektir" (5. CD., 24.12.2007, E. 2007/11463, K. 2007/10262, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 27.05.2020).

⁶²⁶ "Dosya kapsamına göre sanığın, cep telefonundan çocuk olan mağdurenin kullandığı cep telefonuna müstehcen içerikli görüntü göndermesinde eylem hem 5237 sayılı TCK'nın 226/1-a maddesinde düzenlenen müstehcenlik hem de aynı kanunun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçlarını oluşturduğu kabul edilmiştir. TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sanığın, daha ağır olan müstehcenlik suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeden cinsel taciz suçundan hüküm kurulması hukuka aykırıdır" (14. CD., 21.06.2017, E. 2014/8666, K. 2017/3475, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 29.05.2020); "Sanığın mağdur ile duygusal ilişki yaşadıkları sırada, mağdurun rızası ile soyunma görüntülerini çekmesi şeklinde gelişen eyleminin cinsel taciz ile müstehcenlik suçlarını oluşturduğu ve fikri içtima hükümlerini düzenleyen TCK'nın 44. maddesi gereğince, en ağır yaptırımı öngören müstehcenlik suçundan sanığın mahkumiyetine karar verildiği gözetilmeden..." (18. CD., 23.01.2019, E. 2018/6753, K. 2019/2016, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 29.05.2020).

⁶²⁷ "...Taner bu görüntüleri cinsel amaçla izlettirmiş olup bunun sonucunda Tuğba'da bu eylemden rahatsızlık duymuştur. Dolayısıyla cinsel taciz suçu gerçekleşmiştir. Ancak Tuğba 18 yaşından küçük olsaydı bu durumda cinsel taciz suçu değil TCK m. 226/1-a'daki müstehcenlik suçu oluşacaktı" bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Serkan Meraklı, İlker Tepe, İsa Başbüyük, Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışma Kitabı III, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017, s. 131.

yalnızca idari para cezası getirilmiştir. Bu durum içtima hükümleri açısından değerlendirilmelidir. Zira hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan “aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz”, yani ne bis in idem ilkesi gereği, kişi aynı hareketi nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bu ilkenin mutlak olmadığı, belli durumlarda aynı hareketin farklı hukuk disiplinlerinde farklı korunabileceği şeklinde kararı mevcuttur⁶²⁸. Bu görüş benimsendiğinde fail, hem TCK m. 226/4 hem de 5199 sayılı Kanun’un 28. maddesinden sorumlu tutulmalıdır. Fakat Kabahatler Kanunu m. 15/3 gereği; “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”.

TCK m. 226/4 bakımından ise somut olayda asıl incelenmesi gereken failin, tek bir hareketinin olup olmadığıdır. Fikri içtimada en önemli şart hareketin tekliğidir⁶²⁹. Kabahatler Kanunu m. 15/3 bir hareketten bahsetmektedir. Kanaatimizce failin, hayvan ile cinsel ilişkiye girmesi bir hareket, bu ilişkiyi kayıt altına alarak bu görüntüleri konu alan bir ürün üretmesi farklı bir harekettir. Bu nedenle tek bir hareketin varlığından bahsedilemez. Fail, hem TCK m. 226/4’ten hem de Kabahatler Kanunu m. 15/3’ten sorumlu olmalıdır.

3.6. Cezalandırılabilirliğin Diğer Koşulları

Cezalandırılabilirliğin diğer koşulları şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık halleri, objektif cezalandırma şartları, ceza muhakemesi şartları olan şikayet, talep, yabancı devletin şikayeti, izin koşullarıdır.

Objektif cezalandırılma şartları hareketin, hukuka aykırılığı veya haksızlığı üzerinde etkili değildir⁶³⁰. Hareket, haksızlık teşkil etse bile bu şartlar gerçekleşmeden

⁶²⁸ “Bu ilke mutlak değildir. Konu bakımından birbirine benzeseler dahi korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi gerekir. Bu sebeple bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve ‘aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz’ ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir” (AYM, T: 05.03.2015, E. 2014/124, K. 2015/24, RG. 12.12.2015, sy: 29384).

⁶²⁹ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 535.

⁶³⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 680.

faile ceza verilemez. Bu bakımından objektif cezalandırılma şartları cezalandırılabilirliğin alanını daraltır⁶³¹. TCK m. 226 için objektif cezalandırma şartları yoktur.

Şahsi cezasızlık sebepleri, tipik hareketlerin gerçekleştirildiği anda var olan ancak failin cezalandırılmasını engelleyen şahsi sebeplerdir⁶³². TCK m. 226 için şahsi cezasızlık sebebi yoktur. Ancak Özbek'e göre Alman Hukuku'nda olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de TCK m. 226 için şahsi cezasızlık sebebi getirilmelidir. Zira çocuğun kişisel cinsel gelişimi için müstehcen olabilecek ürünlerin anne veya baba tarafından çocuğa gösterilmesi gerekebilir. Çocuğun kişisel gelişim ve sağlığı için bu cinsel eğitim gereklidir⁶³³. Dünya Sağlık Örgütü cinsel sağlığı; *“cinsel yaşamın bedensel, ruhsal, zihinsel ve sosyal açıdan bir bütün olarak ele alınması yoluyla kişilik, iletişim ve sevginin olumlu yönde zenginleşmesi ve güçlenmesi”* şeklinde tanımlamıştır. Cinsel sağlık ise, *“kişisel sağlığın önemli ve pozitif bir yönü”* olarak tanımlanmıştır⁶³⁴. Alman Ceza Kanunu, çocukların bakımı ve yetişmesini ebeveynin doğal hakkı olarak görmüştür⁶³⁵. Mevzuatımızda böyle bir hüküm bulunmamakla birlikte AY m. 41⁶³⁶ hükmü ile çocukların korunması devletin görevi olarak kabul edilmiştir. TMK m. 182'e göre; *“velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esastır”*. Ancak velayet ve vesayet bakımından, ana ve babanın çocuğunu bakma ve koruma yükümlülüğü olduğu gibi çocuğu terbiye etme, yetiştirme gibi hakları da mevcuttur. Bunun amacı, çocuğun her yönden yetiştirilmesidir⁶³⁷.

⁶³¹ a.g.e., s. 680; Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 375.

⁶³² Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 659.

⁶³³ Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, s. 53.

⁶³⁴ Zehra Gölbaşı, “Sağlıklı Gençlik ve Toplum için Bir Adım: Cinsel Sağlık Eğitimi”, *Aile ve Toplum*, C. 2, S. 6 (2003), s. 33.

⁶³⁵ Alman Ceza Kanunu m. 184/6; *“...Kişinin bakımından sorumlu kişi hareket ederse 1 numaralı altbölüm uygulanmaz...”* (Orjinal kanun metni için bkz. <https://germanlawarchive.iuscomp.org>, Erişim tarihi: 14.04.2020).

⁶³⁶ AY m. 41; *“Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının eğitimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatları kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır”*.

⁶³⁷ Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku; Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 8. Baskı, İstanbul: Filiz Yayıncılık, C.1, 2013, s. 163.

Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkmaktadır⁶³⁸. Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık halleri mevcuttur. TCK m. 226 için cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep yoktur. Ancak somut olayın koşullarına göre hareket kısımlara bölünebiliyorsa cezayı kaldıran şahsi bir sebep olan gönüllü vazgeçme hükmü uygulanabilir⁶³⁹. Örneğin müstehcen ürünü, bir çocuğa ulaştırmak için icra hareketlerine başlayan fail, hareketinden gönüllü olarak vazgeçer ve ürünün çocuğa ulaşmasını engellerse TCK m. 36 hükmü uygulanır.

Failin, hareketi sebebiyle kovuşturma veya soruşturma yapılabilmesi için gerekli olan koşul, ceza muhakemesi şartlarıdır. Bu şartlar kanunda şikayet, izin, talep, karar, yabancı devlet şikayetidir. TCK m. 226 için aranan muhakeme şartı yoktur.

3.7. Yaptırım

TCK m. 45'e göre; *"Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır"*. TCK m. 226 düzenlemesinde yaptırım olarak hem hapis cezası hem de adli para ceza öngörülmüştür.

TCK m. 226/1 bakımından yaptırım, fıkra hükmünde açıkça belirtilmiştir. Buna göre; *"kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır"*. Kişinin, 6 aydan 1 yıla kadar hapis cezası alması halinde ceza kısa süreli sayılır. Bu durumda koşullarının mevcut olması halinde TCK m. 50 uygulanır. Bu halde ceza, para cezası veya TCK m. 50'de belirtilen yaptırımlardan birine çevrilebilir. Ancak TCK m. 50'de gösterilen yaptırımlar arasında pedofili, zoofili olan fail açısından tedavi yaptırımı bulunmamaktadır.

Suçun üst sınırı madde hükmünden görüleceği üzere 2 yıldır. Bu açıdan TCK m. 51'e göre verilen cezanın, ertelenmesi mümkündür. Hatta TCK m. 51/8'e göre, *"denetim süresi yükümlülöklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılır"*. Ancak burada cezası ertelenen sanık hakkında tedavi uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

⁶³⁸ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 663.

⁶³⁹ Gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran şahsi sebep olduğuna ilişkin bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 503.

TCK m. 226/2’de düzenlenmiş suçun yaptırımı, *“altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır”*. Görüleceği üzere TCK m. 226/2 kapsamında suçun basın veya yayın yolu ile yapılması, TCK m. 226/1’e göre daha fazla yaptırıma tabi tutulmuştur.

TCK m. 226/3’te düzenlenmiş suçun yaptırımı; *“müstehcen ürünün üretiminde çocuğu kullanması halinde beş yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması, başkalarının kullanımına sunulması halinde bu suçun yaptırımı da iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır”*.

TCK m. 226/4’te düzenlenmiş suçun yaptırımı, *“bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır”*.

TCK m. 226/5’te düzenlenmiş suçun yaptırımı, *“altı yıldan on dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır”*.

TCK m. 226’da belirtilen yaptırımlar görüldüğü üzere hapis cezası ve adli para cezasıdır. Kanunda, lâfzî olarak “veya” değil “ve” bağlacını kullanılmıştır. Bu sebeple öngörülen yaptırımlar seçimlik değildir ve hakim takdirine bırakılmamıştır. TCK m. 226 açısından suçun yaptırımı düzenlenirken, suçun ekonomik boyutu göz önüne alınmıştır. Hapis cezasına ek olarak adli para cezası da yaptırım olarak öngörülmüştür. Bu nedenle faile, hapis cezası ile birlikte, adli para cezası da verilir. Kanun gerekçesinde; “seçimlik hareketler olan bu fiillerin işlenmesi suretiyle bir kazanç elde edilebileceği için, bu suçun karşılığında hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörüldüğü” ifade edilmiştir. Suçun varlığı halinde, iki yaptırımın da uygulanması gerekmektedir.

Madde metninde, hem hapis cezası bakımından hem de para cezası bakımından alt ve üst sınır belirlenmiştir. Burada hakime takdir hakkı verilmişse de bu hakkın kullanımında TCK m. 61’de belirtilen hususlar gözetilmelidir. Yargıtay hapis cezası alt sınırdan verilmişken, adli para cezasında alt sınırdan uzaklaşılmasını bozma sebebi

yapmıştır⁶⁴⁰. Hakim, madde metninde belirtilen yaptırımlarda, alt ve üst sınırları arasında takdir hakkını kullanarak hüküm kurar. Fakat ayırıksı durum arz etmeyen benzer olaylarda benzer kararlar verilmeli, farklı olarak alt sınırdan uzaklaşarak karar verilmemelidir⁶⁴¹.

Adli para cezasının hesaplanmasında müstehcenlik suçuna özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle TCK m. 52 uygulanır. Bu maddeye göre; *“adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir”*.

Adli para cezası bakımından, kanun maddesinde bir alt sınır öngörülmemiştir. TCK m. 52 gereği alt sınır 5 gündür. Özbek’e göre alt sınır ile üst sınır arasındaki fark fazla olduğundan bu durum kanunilik ilkesi ile uyumlu değildir⁶⁴².

TCK’da yalnızca hapis cezasının erteleneceği öngörülmüştür. Bu sebeple adli para cezasının ertelenmesi mümkün değildir⁶⁴³.

⁶⁴⁰ “Müstehcenlik suçundan temel ceza tayin olunurken hapis cezası alt sınırdan tayin olunduğu halde, aynı gerekçeyle adli para cezasına esas alınan birim gün sayısının alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi suretiyle çelişkiye neden olunması bozmaya gerektirmektedir” (12. CD., 27.10.2014, E. 2014/1409, K. 2014/20943, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 02.06.2020).

⁶⁴¹ Taneri, a.g.m., s. 615; “Sanık hakkında temel ceza tayin edilirken, ele geçen CD sayısı, CD’lerdeki müstehcen görüntülerin niteliği ve benzer olaylardan ayırıksı bir durum arz etmeyen suçun işleniş şekli gözetilmelidir. Dosya kapsamına uygun olmayan gerekçeyle, aynı zamanda adalet, hak ve nesafet kuralları ile TCK’nın ‘suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenli tedbirine hükmolunur’ şeklindeki 3/1. maddesi hükmüne aykırı olarak yerel mahkemece orantısız şekilde alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi bozmayı gerektirmiştir” (18. CD., 01.11.2017, E. 2015/43364, K. 2017/12176, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 02.06.2020).

⁶⁴² Özbek, Müstehcenlik Suçu, s. 141.

⁶⁴³ “Saniğin işlediği kabul edilen müstehcen içerikli CD kiralama suçunun temas ettiği 5237 sayılı TCK 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 5237 sayılı 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., 17.09.2007, E. 2007/9511, K. 2007/6261, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 04.06.2020).

TCK m. 53/4'e göre; *“kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz”*. Bu hüküm gereğince TCK m. 226/1'den kısa süreli hapis cezasına mahkum olup cezası ertelenen kişi hakkında TCK m. 53/1'deki hak yoksunluklarına hükmedilmesi mümkün değildir⁶⁴⁴.

CMK m. 231 gereği, *“sanık hakkında koşulları mevcut ise hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı verilebilir”*. Bu husus, sanık açısından daha lehe olduğu gibi CMK m. 231/5 gereğince *“iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası için mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir”*. CMK m. 231/6'ya göre; *“Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmaması; Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması; Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir”*. Müstehcenlik suçu ise, somut zarar doğurmaz. Ancak CMK m. 231'de belirtilen zarar, maddi zarardır ve bu zararın giderilmesinden bahsetmek için zararın tespiti gereklidir. Yargıtay, bu tespit yapılmadan hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına yer olmadığına dair değerlendirme yapılamayacağına karar vermiştir⁶⁴⁵. Bu karara göre suçun işlenmesi ile

⁶⁴⁴ “Sanık hakkında beş ay hapis ve iki yüz YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, cezanın ertelenmesine ve hürriyeti bağlayıcı ceza süresi kadar, denetim süresi belirlenip bazı haklardan yoksun bırakılmasına dair karar verilmiştir. Sanık hakkında verilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmiş olması, kanundaki şeklindeki düzenleme karşısında, sanık hakkında hak yoksunluklarına hükmolunamayacağı gözetilmeden hükmün kurulması, kanuna aykırıdır” (5. CD., 22.07.2007, E. 2007/1175, K. 2007/1471, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 05.06.2020).

⁶⁴⁵ “Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararı aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi halinde diğer objektif ve sübjektif koşullar mevcutsa CMK 231/5. fıkrası gereğince sanık hakkında CMK 231/6-c. maddesi de değerlendirilir. Burada tespit edilen söz konusu zararın giderilmesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği anlaşılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı kararında; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından biri olan zarardan kast edilen maddi zarar olup, bu zararın belirlenmesinde teknik bilgiye ihtiyaç duyulmayan hallerde hakim, kanaat verici basit bir araştırma yaparak zararı belirlemelidir denilmektedir. Bu ilkeler çerçevesinde her olaya özgü ayrı değerlendirme yapılarak, maddi zararın kanaat verici basit bir araştırma ile tespit edilebilmesi gerekir. Dosya kapsamından katılanın marka hakkının ihlali suretiyle meydana gelen zararın basit bir araştırma ile tespit edilebilecek zarar niteliğinde olmadığı ve dosyaya yansıyan katılanın tespit edilmiş bir zararı bulunmadığı gözetilmeden mahkemece bu suçun işlendiği yer ve toplum açısından tehlikesi nazara alınarak gerekçesiyle sanık hakkında CMK'nın 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırıdır” (19. CD., 13.10.2015, E. 2015/5512, K. 2015/5453, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 06.06.2020).

herhangi bir maddi zarara sebebiyet verilmemişse, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı için zararın tazmini şartı uygulanmaz⁶⁴⁶.

CMK m. 231’de bahsi geçen zarar ifadesi manevi değil, maddi zarardır. Bu nedenle Yargıtay maddi zarar olmamasına rağmen manevi zarar olduğu gerekçesi ile hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı vermeyen mahkemenin kararını hukuka aykırı bulmuştur⁶⁴⁷.

Mülga TCK’da müsadere hususu, ayrı bir ceza olarak öngörölmüş olmasına rağmen 5237 sayılı TCK m. 226’da müsadere ayrı bir ceza olarak değil, güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. “Güvenlik Tedbirleri” 5237 sayılı TCK’nın ikinci bölümünde m. 53-60’ta düzenlenmiştir. TCK m. 2/1’e göre güvenlik tedbirleri ancak bir suçun varlığı halinde uygulanabilir. Bu suçta failin kusurlu olması şart değildir⁶⁴⁸. TCK m. 5 gereğince güvenlik tedbirleri TCK m. 226 bakımından da geçerlidir. Suçun konusu ile ilgili güvenlik tedbiri uygulanacak ise eşya ve kazanç müsaderesi hükümleri uygulanır. TCK m. 54 gerekçesine göre; “müsadere için işlenmiş bir suçun varlığı şarttır, ancak bir ceza mahkumiyeti şart değildir”.

Eşya müsaderesine ilişkin TCK m. 54’e göre; *“İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Eşyanın üzerinde iyi niyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması halinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir. Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının*

⁶⁴⁶ Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6395.

⁶⁴⁷ “Sabıka kaydı bulunmayan ve tekrar suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaat oluşturduğu ifade edilerek hapis cezası ertelenen sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olup olmadığına karar verilmesi gerektiği gözetilmemiştir. Sanık hakkında eylemin toplumda oluşturduğu manevi zararın durumu dikkate alınarak bu zarar da giderilemeyeceğinden, suçun özelliği ve işleniş tarzındaki düşünce ile hükmün açıklanmasının bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırıdır” (14. CD., 07.04.2014, E. 2012/7289, K. 2014/4564, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 06.06.2020).

⁶⁴⁸ Koca, Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 622.

müsaderesine karar verilir. Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere h  kmedilmeyebilir.   retimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. Kanun hükmü gereği bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.   retimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsaderesi edilir. Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir. Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur”.

Eşya m  saderesinde, kural olarak suçun işlenmesinde kullanılmak amacıyla hazırlanmış eşya, suçun icra hareketlerine başlanılmamış ise müsaderesi edilemez⁶⁴⁹. Ancak TCK m. 226 bakımından bu durumun istinası vardır. Zira bu eşya, genel ahlaka aykırı, başlı başına tehlike oluşturur nitelikte ise müsaderesi edilir. TCK m. 226 bakımından, ürün müstehcen nitelikte bir ürün ise müsaderesi edilir⁶⁵⁰. Müstehcen yazı ve görüntüyü yayın için hazırlayan failin, henüz icra hareketlerine başlamadan yakalanması halinde suçun işlemesinde kullanmak için hazırladığı müstehcen   r  nler TCK m. 226/2 oluşmamasına rağmen müsaderesi edilir.

Madde metninde belirtildiği üzere “  retimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsaderesi edilir”. Eşyanın kendisinin suç olarak kabul edildiği bu husus TCK m. 226 bakımından geçerlidir. Örneğin TCK m. 226/3 ve 4’teki müstehcen ürün üretimi, bulundurulması, alım ve satımı suç olarak kabul edilir. Bu eşyalar m  saderesiye tabidir.

AY m. 38’e göre, “genel müsaderesi cezası verilemez” yalnızca suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsaderesine karar verilebilir. Bu durum TCK m. 226 bakımından da geçerlidir. Suçta kullanılan eşya, suçun işlenmesini kolaylaştıran, suçun

⁶⁴⁹   zgen  , *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 851.

⁶⁵⁰ a.g.e., s. 851.

icrası ile doğrudan ilişkili bulunan şeylerdir⁶⁵¹. Örneğin yasak ürünlerin imalinde kullanılan aletler, suçun icrası ile doğrudan ilişkilidir⁶⁵². Somut olaya ilişkin, suçun konusunu oluşturan müstehcen ürünlerin müsadere edilmesi gerekir. Suçun konusu oluşturmayan diğer ürünlerin ise faile iade edilmesi gerekir. Yargıtay TCK m. 226 bakımından bu ürünlerin müsadereye tabi tutulamayacağına karar vermiştir⁶⁵³.

Kazanç müsaderesine ilişkin TCK m. 55'e göre; *“Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Ancak müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir. Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir”*.

Madde metninde geçen kazanç müsaderesine tabi maddi menfaat mağdura iade edilemeyen ve suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi ile sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlardır⁶⁵⁴. Gerekçede kazanç müsaderesinin amacı belirtilmiştir. Gerekçeye göre; “Maddede, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsaderesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde kazanç

⁶⁵¹ Ahmet Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada El Koyma*, 1. Baskı, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994, s. 94.

⁶⁵² a.g.e., s. 94.

⁶⁵³ “Bilirkişi raporu içeriğinden emanete alınan 34 adet CD'den, 2 adet CD'de görüntü ve ses dosyası bulunmadığı, 4 adet CD'de ise müstehcen görüntünün bulunmadığı gözetilmeden, emanete alınan toplam 34 adet CD'nin tamamının müsaderesine karar verilmesi kanuna aykırıdır. Bu karar kanuna aykırı olduğundan sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmiştir. Ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün zoralıma ilişkin bölümünün hükmü fıkрасından çıkartılarak yerine, ‘suç teşkil eden müstehcen içerikli adli emanetin 2010/6814 sırasında kayıtlı, bilirkişi raporu içeriğinde belirtilen 28 adet CD'nin, 5237 sayılı Kanunun 54/4. maddesi gereğince zoralımına, diğerlerinin iadesine’ ibaresinin eklenmesine karar verilmiştir” (14. CD., 27.02.2014, E. 2012/2675, K. 2014/2474, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 07.06.2020).

⁶⁵⁴ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 703, 704.

müsaderesi kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsaderesi olanaklı hale getirilmiştir”. Bu hüküm TCK m. 226 açısından da uygulanır. Örneğin TCK m. 226/1-d, 3 veya 4’teki suçları satma hareketi ile işleyen failin bu satış nedeniyle elde ettiği kazanç müsadereye tabidir. Ancak belirtmek gerekir ki suçla elde edilen kazancın bilinmesi halinde kazanç müsaderesi uygulanır. Aksi halde müsadere kararı verilemez⁶⁵⁵. Kazanç tam olarak belirlenemese bile kısmi bir belirleme yapılabiliyorsa belirlenen kısım için müsadere kararı verilir⁶⁵⁶. Kazancın tam olarak veya kısmi olarak belirlenememesi durumunda TCK m. 61’deki ölçütlerin yanında failin suçu işleyerek elde edebileceği kazanç göz önüne alınarak adli para cezasının miktarı belirlenir. Zira ekonomik çıkar elde edilebilecek suçlarda, ekonomik çıkarın tespiti mümkün olmaması nedeniyle kazanç müsaderesi hükümlerinin uygulanamama riski göz önüne alınmıştır. Bu nedenle suçtan elde edilen kazancın failin yanına kar kalmaması için hapis cezasının yanında adli para cezası öngörülmüştür⁶⁵⁷.

TCK m. 20’e göre; *“Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının hareketinden dolayı sorumlu tutulamaz. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır”*. Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri ise TCK m. 60’da düzenlenmiştir. Bu hüküm, kanunun ayrıca uygulanacağını belirttiği haller de uygulanır. TCK m. 226/6’da, *“bu madde kapsamında tanımlanan suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı”* belirtilmiştir. Bu sebeple, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerini düzenleyen TCK m. 60 hükmü, müstehcenlik suçunda da uygulanır.

Tüzel kişi hakkında; müsadere ve iznin iptali güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İznin iptali hususu TCK m. 60’da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *“tüzel kişiye bu güvenlik tedbirinin uygulanması için öncelikle tüzel kişinin kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisi olması gerekir. Kasıtlı işlenen ve mahkumiyet hükmü bulunan bu suçun işlenmesinde tüzel kişinin yararı*

⁶⁵⁵ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 806, 907.

⁶⁵⁶ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 642.

⁶⁵⁷ a.g.e., s. 682.

olması ve işlenen suçta bu tüzel kişinin organının, temsilcisinin iştiraki olmalıdır. Ayrıca bu iznin, verdiği yetkinin, kötüye kullanılması gerekir”. Kanun maddesinde belirtilen bu şartların varlığı halinde iznin iptaline karar verilebilir.

Akıl hastalarına ilişkin güvenlik tedbirleri bulunmaktadır. Bu tedbirler TCK m. 226’daki suçların faili için de uygulanabilir niteliktedir. Kusur konusunda belirtildiği üzere öncelikle akıl hastalığının kişinin algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkisi araştırılır. Kişinin algılama ve irade yeteneği önemli ölçüde azalmış ise kusuru olmadığından ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Bu halde fail hakkında TCK m. 57/1 uygulanır⁶⁵⁸.

Madde bağımlıları bakımından ise, TCK m. 57/7 hükmü uygulanır. TCK m. 57/7’ye göre; *“Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir”*.

TCK m. 226 bakımından çocuklara ilişkin tedbirlerin de değerlendirilmesi gerekir. Zira belirtildiği üzere bu suçlar çocuklar tarafından da işlenebilir. Müstehcen ürünlerin özellikle de bulundurmanın suç olarak kabul edildiği TCK m. 226/3, 4 açısından kişinin bu ürünlere bağımlılık halinde veya cinselliği merak duygusu ile gerçekleştirdiği hallerde Çocuk Koruma Kanunu m. 5 gereğince danışmanlık tedbirine, sağlık tedbirine başvurulabilir.

⁶⁵⁸ TCK m. 57/1; *“Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar”*.

3.8. Muhakemeye İlişkin Kurallar

Müstehcenlik suçunun, kovuşturması ve soruşturması resen yapılır. Zira suçun şikayete tabi olduğu kanun maddesinde açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle, suç şikayete tabi değildir.

Müstehcenlik suçu şikayete tabi olmadığından ve CMK'da belirtilen katalog suçlardan olmadığı için TCK m. 226 hükmü uzlaştırmaya tabi değildir. Ancak bu suçta failin, çocuk olması halinde suça sürüklenen çocuk bakımından üst sınırı 3 yıl hapis cezasını geçmeyen TCK m. 226/1 ve 2'deki suçların uzlaştırma kapsamında olduğu söylenebilir ise de, genel ahlaka karşı suçlar olarak düzenlenmiş suçlar olduğundan uzlaştırma kapsamında değildir⁶⁵⁹.

5235 sayılı Kanun'un⁶⁶⁰ 10. ve 11. maddesine göre, TCK m. 226'da düzenlenen suçlar asliye ceza mahkemelerinin görevi kapsamındadır. 11. maddeye göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır”*.

TCK m. 226'da görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Ancak failin, çocuk olması halinde görevli mahkeme Çocuk Koruma Kanunu m. 26⁶⁶¹ hükmü gereği çocuk mahkemesidir.

TCK m. 226/2 ve 5'teki düzenleme bakımından 5187 sayılı Kanun m. 27; *“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. Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması halinde bu davalar iki numaralı mahkemede görülür. Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu kanunda öngörülen diğer suçlara ilişkin*

⁶⁵⁹ Mustafa Ruhan Erdem, Ferda Eser, Pakize Pelin Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 53.

⁶⁶⁰ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (RG. 07.10.2004, sy: 25606).

⁶⁶¹ Çocuk Koruma Kanunu m. 26; *“Çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar”*.

davalar acele işlerden sayılır” hükmü gereğince suçun muhakemesi acele işlerden sayıldığından, adli tatil süresi içerisinde yargılamaya devam olunur.

Kovuşturma ise Basın Kanunu’nun 26. maddesinde yer alan süreler gözetilerek yapılmalıdır. Bu maddeye 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 süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanunu’nun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz. Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar. Sorumlu müdürün yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar. Kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar. Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi dört ayı geçemez”.*

TCK m. 226/1., 2., 3. fıkranın 2. cümlesi ve 4. bakımından dava zamanaşımı 8 yıldır. TCK m. 226/3. fıkranın 1. cümlesi ve 5. bakımından 15 yıldır. TCK m. 66/2 gereği; *“fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer”.*

Yargıtay muhakemedeki, davaya konu ürünün müstehcen olup olmadığının tespiti ve ilgili hareketin hangi fıkra kapsamında olduğuna, özellikle TCK m. 226/3, 4 bakımından bilirkşiye başvurulması gerektiği görüşündedir. Ayrıca bilirkşilik

hususunda, Yargıtay birçok kararında 1117 sayılı Kanun'da öngörülen Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nu yetkili bilirkişi olarak görmektedir⁶⁶².

Muhakemenin yapılacağı yer açısından TCK'da, Türk Ceza Hukuku'nun uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin mülk ilkesi benimsenmiştir. TCK m. 8'e göre; *"fiil kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmiş veya netice Türkiye'de gerçekleşmişse suç Türkiye'de işlenmiş sayılır"*.

TCK m. 226'da düzenlenen suçların ise uluslararası düzeyde işlenmesi mümkündür. Bu açıdan muhakemenin Türkiye'de yapılması için hareket veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu hüküm ile müstehcenlik suçunun internet üzerinden gerçekleşmesinde, yayının yapıldığı yer veya yayının ulaştığı her yer, suçun işlendiği yer sayılır. Bu sebeple hareketin yargılamasında, Türk Ceza Hukuku uygulanabilir. Zira 5271 CMK m. 12/5 gereği, suçun internet üzerinden işlenmesi halinde müstehcen içerikli yayının yapıldığı yer dışında ulaştığı yerlerde de suçun işlenmiş sayıldığı kabulü gerekir. *Sınar*'a göre, yayına internet üzerinden işlenen suçlarda internetin globalliği göz önüne alınmalıdır. Böylece erişilebilen internete bağlı her ülkede suçun oluştuğu kabul edilir ve görüntünün izlenerek ulaşılabildiği her ülke yargı yetkisine sahiptir. Zira burada kamuya yönelik hareket mevcuttur⁶⁶³.

TCK m. 226/5 açısından suçun yaptırımını göz önüne alındığında şüpheli veya sanığın kendi müdafii olmadığı hallerde CMK m. 150/3 gereği müdafii atanır. Sanığın dinlenilmesinde görüntülü ve sesli iletişim tekniklerinin kullanılması CMK m. 196/2 ve 4 gereğince mümkündür.

TCK m. 226/2, 5'teki bir suçun işlenmesi halinde 5651 sayılı Kanun'da erişimin engellenmesi tedbiri düzenlenmiştir. Bu tedbir koruma tedbiri olarak, "erişimin engellenmesi ve idari bir tedbir olarak erişimin engellenmesi" olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanacağı

⁶⁶² 18. CD., 08.02.2017, E. 2016/14443, K. 2017/1409 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 16.06.2020); 14. CD., 10.01.2017, E. 2016/7705, K. 2017/59 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 16.06.2020); 18. CD., 23/06/2016, E. 2015/24767, K. 2016/14037 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 16.06.2020); 14. CD., 11.12.2014, E. 2013/3762, K. 2014/14208 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 16.06.2020).

⁶⁶³ Veli Özer Özbek, "İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları", İzmir, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1 (2002), s. 127.

suçlar sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu suçların arasında müstehcenlik suçu da bulunmaktadır. Bu tedbirin uygulanması bakımından ilgili kanun “yeterli şüphe sebebini” aramaktadır. Kanuni düzenlemeye göre; “Bu kararı soruşturma evresinde hakim, gecikmesinde sakınca bulunan halde savcı, kovuşturma evresinde mahkeme verebilir”. Ancak tedbirin süresi, kanunda öngörülmemiştir.

5651 sayılı Kanun’un 8. maddesi uyarınca; “Erişimin engellenmesi kararı verildikten sonra bu karar gereğinin yapılması için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’na gönderilir. Başkanlık kararlara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir”. Soruşturma aşamasında kovuşturmayla yer olmadığı kararı veya kovuşturma aşamasında beraat kararı verilirse tedbir kendiliğinden kalkar.

Ceza muhakemesi hukukunda tedbir hukuka aykırı şekilde verilmişse, bu tedbire maruz kalan kişi, tazminat hakkına sahiptir. Ancak CMK m. 141’de belirtilen tazminat hakkı belirli koruma tedbirleri içindir. Bu tedbirler arasında erişimin engellenmesi yoktur. Bu sebeple hukuka aykırı şekilde bu tedbire maruz kalan kişi, CMK m. 141’de belirtilen tazminat hakkına sahip değildir. Ancak kişi, AY m. 40/3’e göre tazminat talep edilebilir.

İdari tedbir olarak erişimin engellenmesi tedbiri ise; “içerik ya da yer sağlayıcısının yurt dışında olması halinde 5651 sayılı Kanun’da yazılı suçlar bakımından, içerik veya yer sağlayıcı yurt içinde ise sadece cinsel istismar ve müstehcenlik suçlarında verilebilir. Bu tedbir kararını resen Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı verir. Bu karar erişim sağlayıcısına bildirilir ve gereğinin yapılması istenir”. Ancak konusu suç olan hareket hakkında idari makamın tedbir kararı vermesi hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Şöyle ki; internet, bir iletişim ve haberleşme aracıdır. AY m. 22’ye göre; “Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin, gizliliği esastır”. Haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru kabul edilmesi için ise AY m. 22/2’de sayılan sebeplerden biri veya birkaçı olması gerekir. Bu haller; *“milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Bu sebeplerden birine veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça ve gecikmesinde*

sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir”.

Bu özgürlük ancak hakim kararı ile sınırlandırılmalıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınmış merciin kararı, hakimın onayına sunulur. Bu sebeple tedbir kararının, resen Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından verileceğine ilişkin düzenleme Anayasa’ya, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması usulüne aykırıdır⁶⁶⁴.

TCK m. 226’da sayılan suçlar bilişim suçu değildir. Ancak koruma tedbiri olarak CMK m. 134’te belirtilen bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma tedbirleri bu maddeye uygulanabilir. Zira özellikle, TCK m. 226/3, 4’teki suçlar bilişim sistemleri ile işlenebilir. Bu durumda CMK m. 134 gereği; *“bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine hakim tarafından karar verilir. Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere el konulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, el konulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir”*. Bu tedbirlere, soruşturma aşamasında ve yalnızca hakim kararı ile başvurulur. Bu usule uyulmadığında elde edilen delil Yargıtay tarafından hukuka aykırı kabul edilmiştir⁶⁶⁵. Bilindiği üzere hukuka aykırı delil, hükme esas alınamaz.

⁶⁶⁴ Özbek, Müstehcenlik Suçu, s. 186.

⁶⁶⁵ “Mahkeme kararına istinaden yapılan aramada sanığa ait cd ve bilgisayar kasasının muhafaza altına alındığının belirtildiği, aynı gün Sulh Ceza Mahkemesi’nden el koymanın onaylanmasına dair CMK’nın 127/1 maddesi uyarınca karar alınmıştır. Arama sonrası bilgisayarların yedeklemesinin yapıp şüpheliye verildiğine dair bir ibareye tutanakta yer verilmediği gibi, bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasından önce mahkemeden bu hususta karar alınmadığından CMK’nın 134. maddesi hükümlerine riayet

CMK m. 102/1 gereği TCK m. 226’da tutukluluk süresi en çok 1 yıldır. Bu süre zorunlu hallerde 6 ay daha uzatılabilir. Ancak gerekli koşullar mevcut değilse, kişi gözaltı ve tutuklama tedbirinin sınırına kadar tutulmaya devam edilemez. Örneğin koşullarına göre İHAM, *Nikolov/Bulgaristan* kararında 5 buçuk aylık tutuklamayı dahi makul görmemiřtir⁶⁶⁶. Müstehcenlik suçu bakımından ise, infaz kanunu ve suçun alt sınırının yaptırımını da bir bütün olarak ele alınmalıdır.



edilmemiştir. Bilgisayar kütüklerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmışsa da bilgisayar kasasında hukuka aykırı yapılan bu arama ve el koyma sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğunun anlaşılması karşısında yalnızca cd’ler delil olarak kullanılabilir” (18. CD., 28.03.2016, E. 2015/23959, K. 2016/6096, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Erişim tarihi: 17.06.2020).

⁶⁶⁶ Case of Nikolov v. Bulgaria, Appl. No. 38884/97, 30.07.2003; Aktaran Tolga şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, 2. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019, s. 180-181.

SONUÇ

TCK m. 226’da düzenlenen müstehcenlik suçunun incelenmesi, müstehcenlik ve ilgili kavramların açıklanmaya çalışıldığı bu tezde görüldüğü üzere müstehcenlik suçunun konusunu oluşturan müstehcen kavramının net bir tanımı bulunmamaktadır. Bu sebeple müstehcenliğin tanımı ve suçun kapsamı için mülga Türk Ceza Kanunu’nda yapılmış tanımdan, Yargıtay kararlarından ve doktrindeki görüşlerden yararlanılmaktadır.

Müstehcenlik gibi muğlak bir kavramın kullanılmasındaki amacın, toplumun genel olarak korumaya çalıştığı edep, ar, haya gibi değerler olduğu belirtilmiştir. Ancak bir ürünün müstehcen olup olmadığının tespiti için hukuk sistemimizdeki bilirkişilik kurumundan farklı bir kurul oluşturulmuştur. Kanaatimizce müstehcenlik ortalama kimsenin bakış açısıyla tespit edilemiyor, tespiti için kurul oluşturuluyorsa, bu ürünün toplum için bir açık tehlike oluşturacağı söylenemeyeceği gibi kişinin, ürünün müstehcen olup olmadığını bilmesi de beklenemez. Bu derecede belirsiz kavramların ceza hukukunda yer alması, ceza hukukunda kabul edilen belirlilik ilkesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesine aykırı düşmektedir. Bu sebeple uluslararası düzenlemeler ve ceza hukuku ilkeleri göz önüne alınarak müstehcen yerine pornografi cezalandırılmadır.

Pornografi yerine tercih edilen “müstehcenlik suçu” gibi belirsiz ve muğlak ifadeye rağmen kanunun lafzı da problemlidir. Kanun lafzında tanımı net olmayan doğal olmayan yoldan cinsel davranış gibi ifadeler kullanılmıştır. Bu sebeple TCK m. 226, bu hali ile ceza kanununda yer almaması gerekir. Ancak kanaatimizce müstehcenlik suçunun koruduğu hukuki değerler göz ardı edilerek bu suçun tamamen kaldırılması da savunulamaz. Bu nedenle düzenleme genel ahlak yerine çocuğun korunmasına yönelik bir bölümde açık, net ve bilimsel ifadeler ile düzenlenebilir. Ayrıca TCK m. 226/3 c.1’deki kullanma hareketi de belirsizlik yaratmaktadır. Zira kullanma hareketi için çocuğun, üçüncü bir kişi tarafından yönlendirilmesi gerekir. Bu sebeple kimsenin yönlendirilmesi olmadan hareket eden çocuk tarafından yapılan cinsel davranışları konu alan üründe suçun hareket gerçekleştirelmemiştir. Burada suçun oluşup oluşmayacağı da belirlilik ilkesi açısından problem yaratmaktadır. Kanaatimizce çocuk pornografisi ile

yapılan mücadeleye uygun olarak kanun lafzı düzenlenmeli ve bu durumda suçun kapsamı içine alınmalıdır.

Çocuğun korunması amacıyla yetişkinlerin cinsel özgürlüğü, tacirlerin ticaret özgürlüğü, eser sahiplerinin ifade özgürlüğü hatta çocukların cinsel yönden eğitilmesi kısıtlanmamalıdır. Oysa günümüzde devlet, genel olarak ahlak bekçiliği yaparak, birçok alanda genel ahlak ve edebi korumak, kamu düzeninin sağlanması gibi terimlerle hukuksal alanda özgürlüklere sınırlar koymaktadır. Bu sebeple özgürlüklere yapılacak hukuka aykırı bir müdahaleye sebebiyet vermemek adına düzenlemede daha net ve kapsamı belirli kelimeler kullanılmalıdır. Zira TCK m. 226'nın uygulanma alanının belirlenmesi önemlidir. Araştırmalara göre pornografik bağımlılığın artması ile cinsellik anlayışı yozlaşmaktadır. Bu ürünleri tüketen kişilerde davranış bozukluğu ve asosyalite görülmektedir. Ayrıca bu ürünlere maruz kalan kişiler daha sonra bu suçun veya cinsel taciz, cinsel istismar, kasten yaralama gibi birçok suçun faili olmaktadır. Bu sebeple müstehcen ürünler bakımından hem yetişkinler hem de çocuklar koruma altına alınmıştır. Ancak Türkiye devleti, laik bir hukuk devleti olduğundan TCK m. 226 uygulanmasında hak ve özgürlük ihlali yapılmamalıdır. Devletin, ahlak bekçiliği yapmaması gerekmektedir. Bu husus sanatsal ve edebi eserler bakımından da oldukça önemlidir. TCK m. 226/7'de bilimsel, sanatsal ve edebi eserler için hukuka uygunluk sebebi getirilmiştir. Bir eser hem müstehcen hem sanatsal olabileceğinden sanatın ve ifade özgürlüğünün kısıtlanmaması gerekir. Sanatsal, bilimsel ve edebi eserler toplumlardan, kurallardan daha kalıcıdır. Bu nedenle toplumun değişken, göreceli ahlak anlayışından bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

Müstehcenlik suçunun, çocuğu korumak ve çocuklarla, hayvanlarla, ölmüş insan bedenleri ile cinsel ilişkiyi konu alan ürünlerin yayılmasını engelleme amacı olmasına rağmen düzenlemede birçok eksiklik de mevcuttur. Öncelikle bahsi geçen ürünleri, bulundurmada internet üzerinden bu içeriklerin tüketilmesi mümkündür. Ancak kanun yalnızca bulundurma halini cezalandırmaktadır. Amaca uygunluk bakımından telekomünikasyon yoluyla bu ürünlere erişimin de cezalandırılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKBULUT Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- AKYÜZ Emine, *Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*, 2. Baskı, Ankara: Pegem Akademi, 2012.
- ALACAKAPTAN Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara: Sevinç Matbaası Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, 1. Baskı, C.4, Ankara: Turhan Kitapevi, 2009.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi, 2015.
- ARSLAN ÖNCÜ Gülay, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019.
- BALO Yusuf Solmaz, *Çocuk Ceza Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- BAYTEMİR Erdal, *Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- BOZKURT Nejat, *Sanat ve Estetik Kurumları*, 2. Baskı, İstanbul: Sarma Yayınevi, 1995.

- BYCHAWSKA-SINIARSKA Dominika, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, çev. Tuğçe Duygu Köksal, 1. Baskı, Ankara: MRK Baskı, 2018.
- CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- CEVİZCİ Ahmet, *Etik Ahlak Felsefesi*, 1. Baskı, İstanbul: Notos Yayınevi, 2014.
- CHEVALLIER Jacques, *Hukuk Devleti*, çev. Ertuğrul Cenk Gürçan, 1. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2010.
- DEMİRBAŞ Ali Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- DERYAL Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri*, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- DOĞRU Osman, NALBANT Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Baskı, Ankara: Pozitif Matbaa, C.2, 2013.
- DONAY Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2007.
- DÖNMEZER Sulhi, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, C.1, 1994.
- DUERR Hans Peter, *Çıplaklık ve Utanç Uygarlaşma Sürecinin Miti*, çev. Tarhan Onur, Ankara: Dost Yayınları, 1999.
- DURAL Mustafa, SARI Suat, *Türk Özel Hukuku; Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 8. Baskı, İstanbul: Filiz Yayıncılık, C.1, 2013.

- ERDEM Mustafa Ruhan, ESER Ferda, ÖZŞAHİNLİ Pakize Pelin, *100 Soruda Uzlaştırma*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- EREM Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1993.
- EREM Faruk, TOROSLU Nevzat, *Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.
- ERMAN Sahir, ÖZEK Çetin, *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 1. Baskı, İstanbul: Alfa Yayınları, 2000.
- ERSOY Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002.
- GERÇEKER Hasan, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- GEZGİN İsmail, *Antik Yunan ve Roma Sanatında Cinsellik ve Erotizm*, 1. Baskı, İstanbul: Alfa Yayınları, 2010.
- GÖKCEN Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, 1. Baskı, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, *Haberleşme Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- GÖREN Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 1. Baskı, İzmir: Barış Yayınları, 1997.
- GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Bursa: Ekin Kitapevi, 2015.
- GÜLSOY Murat, *Büyükbozumu: Yaratıcı Yazarlık*, 1. Baskı, İstanbul: Can Yayınları, 2004.

- GÜLŞEN Recep, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.
- GÜNEY Niyazi, ÖZDEMİR Kenan, BALO Yusuf Solmaz, *Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu*, 1. Baskı, Ankara: Adil Yayınevi, 2004.
- GÜRBÜZ Yaşar, *Anayasalar*, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1981.
- GÜRKAN Ülker, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 1. Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları, 1989.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı, 2005.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Us-A Yayıncılık, 2011.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Us-A Yayıncılık, 2016.
- IŞIKTAÇ Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi, 2015.
- IŞIKTAÇ Yasemin, METİN Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2013.
- İÇEL Kayıhan, YENİSEY Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 1994.
- İÇEL Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2005.
- İÇEL Kayıhan, *Kitle İletişim Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2017.
- İÇEL Kayıhan, SOKULLU AKINCI Füsun, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih S., ÜNVER Yener, *İçel Suç Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2002.

- İNAL Emrehan, BAYSAL Başak, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2008.
- İNAN Ali Naim, *Çocuk Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968.
- KABOĞLU İbrahim, *Kolektif Özgürlükler*, 1. Baskı, Diyarbakır: DÜHF Yayınları, 1989.
- KANGAL Zeynel T., *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- KARAN Ulaş, *İfade Özgürlüğü*, 2. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019.
- KAYMAZ Seydi, GÖKCAN Hasan Tahsin, *Uygulamada Sulh Ceza Davaları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- KILLIOĞLU İsmail, *Ahlak Hukuk İlişkisi*, 1. Baskı, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1988.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- LAWRENCE David Herbert Richards, *Pornografi ve Müstehcenlik*, çev. Burcu Sipahi, İstanbul: Fabula Kitap, 2015.
- MALKOÇ İsmail, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 3. Baskı, Ankara: Malkoç Kitapevi, C.1, 2008.
- MARAKOĞLU Alper Ozan, *Edepsiz Kitaplar*, 1. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları, 2014.
- MÜLAYİM Selçuk, *Sanata Giriş*, 2. Baskı, İstanbul: Bilim Teknik Yayınevi, 1994.

- OĞUZMAN Mustafa Kemal, SELİÇİ Özer, OKTAY ÖZDEMİR Saibe, *Eşya Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2006.
- OTACI Cengiz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Yargıtay Yorumu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- ÖKTEM Niyazi, TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2014.
- ÖNDER Ayhan, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1991.
- ÖZBEK Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, C.1, 2006.
- ÖZBEK Veli Özer, *Müstehcenlik Suçu*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, MERAKLI Serkan, TEPE İlker, BAŞBÜYÜK İsa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışma Kitabı III*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- ÖZBEK Veli Özer, BACAKSIZ Pınar, DOĞAN Koray, TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- ÖZBEK Veli Özer, BACAKSIZ Pınar, DOĞAN Koray, TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- ÖZEK Çetin, *Türk Basın Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- ÖZGENÇ İzzet, *Suç Örgütleri*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

- PAGLIA Camilla, *Cinsel Kimlikler Nefertiti'den Emily Dickinson'a Sanat ve Çöküş*, çev. Anahid Hazaryan, Fikriye Demirci, 2. Baskı, Ankara: Epos Yayınları, 2004.
- PARLAR Ali, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.
- PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 1. Baskı, Ankara: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, C.2, 2007.
- PLATON, *Devlet*, çev. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, XXXVI. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018.
- POLAT AKGÜN Deniz, *Sanat Özgürlüğü*, 1. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020.
- POLAT Oğuz, *Çocuk Pornografisi*, 1. Baskı, İstanbul: Nokta Kitap Yayınevi, 2007.
- SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu; Madde 316-461*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, C.3, 1995.
- SAYIN Ümit, *Cinsel Bozukluklar ve Parafili*, 1. Baskı, İstanbul: Tantra Akademi, 2016.
- SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Basımevi, 2014.
- SÖZÜER Adem, *Suçta Teşebbüs*, 1. Baskı, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- ŞİRİN Tolga, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, 2. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019.

- TANÖR Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, İstanbul: BDS Yayınları, 1994.
- TAŞKIN Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Bursa: Beta Yayınevi, 2008.
- TEZCAN Durmuş, ERDEM Ruhan, ÖNOK Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 23. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.
- TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2005.
- UYGUN Oktay, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Rejimi*, 1. Baskı, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.
- ÜNVER Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, C.5, 2014.
- ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara: Beta Yayınevi, 2014.
- ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 Ders Kitabı*, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.

Makale ve Tezler

- AKDOĞAN Bayram, “Sanat, Sanatçı, Sanat Eseri ve Ahlak”, Ankara, *A.Ü.İ.F.D.*, C. 42, S. 1 (2001), s. 213-245.

- AKINCI SOKULLU Füsun, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi”, İstanbul, *İ.Ü.H.F.M.*, C. 59, S. 1-2 (2001), s. 11-38.
- ALTINOK Arda, “Chatbot ve Yapay Zekalı Asistanlara Hukuksal Yaklaşım”, İstanbul, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 93, S. 3 (2019), s. 258-265.
- ALTINTAŞ Günel, “Değınmeler”, İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 85-86.
- ATALAY Esra, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, İzmir, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1 (2004), s. 3-42.
- ATILLA ÖZTÜRK Gülden, *Türk Ceza Kanunu’nda Müstehcenlik Suçu*, (Doktora Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- AY Yunus Anıl, *Müstehcenlik Suçu*, (Yüksek Lisans Tezi), Mersin: Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- AYDIN İnayet, KARAMAN KEPENEKCİ Yasemin, “Prof. Dr. Ali Naim İnan’ın Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi’ne Katkıları”, Ankara, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C. 41, S. Özel Sayı (2008), s. 317-333.
- BULUT Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, Erzincan, *A.Ü.E.H.F.D.*, C. 4, S. 1 (2000), s. 29-42.
- BULUT Nihat, “Bilim Özgürlüğü: İçeriğı ve Sınırlandırılması Sorunu”, Erzincan, *A.Ü.E.H.F.D.*, C. 9, S. 1-2 (2005), s. 23-39.
- ÇAM Şerife, “Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular”, Ankara, *İletişim Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 2 (2003), s. 55-86.
- DEMREN DÖNMEZ Burcu, “Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara, *TBB Dergisi*, S. 94 (2011), s. 95-130.

- DONAY Süheyl, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, İstanbul, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 2 (1968), s. 129-145.
- EREM Faruk, “Müstehcenlik”, Ankara, *Yargıtay Dergisi*, C. 10, S. 1-2 (1984), s. 102-106.
- ERTAŞ Türker, “İfade Özgürlüğü ve Müstehcenlik: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına ve Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Müstehcenlik Suçuna İlişkin Bazı Gözlem ve Değerlendirmeler”, Ankara, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 18 (2012), s. 193-224.
- ESER Albin, “Son Yüzyıl İçinde Almanya’daki Ceza Düzenlemeleri Geçmiş Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler”, çev. Feridün Yenisey, Ankara, *Yargıtay Dergisi*, S. 12 (1989), s. 12-36.
- GÖKCAN Hasan Tahsin, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, İstanbul, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2 (2015), s. 147-160.
- GÖLBAŞI Zehra, “Sağlıklı Gençlik ve Toplum için Bir Adım: Cinsel Sağlık Eğitimi”, Ankara, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, C. 2, S. 6 (2003), s. 33-41.
- GÖRSEV Doğan, “Hümanizma Açısından Müstehcen ve Sanat”, İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 64-67.
- GÜLSEREN Fehmi Şener, “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, Lefke, *Lefke Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 5 (2014), s. 32-59.
- GÜRELLİ Nevzat, “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 25, S. 6 (1951), s. 331-344.
- GÜRELLİ Nevzat, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, İstanbul, *İ.Ü.H.F.M.*, C. 32, S. 2-4 (1967), s. 569-587.

- GÜRGEN Ahmet Cemal, “Çocuk Pornografisi”, Ankara, *Başkent Bakış Dergisi*, S. 1 (2013), s. 13-16.
- HACIOĞLU Burhan Caner, “Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısının Çocuk ve Küçük Ceza Hukuku’na İlişkin Hükümleri”, Erzincan, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1 (1998), s. 1-20.
- İÇEL Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Ceza Kanunu”, İstanbul, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 14 (2008), s. 35-49.
- İNCİ Zekiye Özen, “Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu”, İstanbul, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2 (2017), s. 17-69.
- KANGAL Zeynel T., “Fransız Ceza Hukukunda Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar”, İstanbul, *İ.Ü.H.F.M.*, C. LX, S. 1-2 (2002), s. 29-48.
- KANGAL Zeynel T., “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Erzincan, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 3-4 (2010), s. 19-68.
- KANGAL Zeynel T., “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Ankara, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 17 (2011), s. 61-106.
- KANGAL Zeynel T., “Hayasızca Hareketler Suçu”, İstanbul, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 39 (2014), s. 9-40.
- KARADAYI İsmet Kemal, “Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar”, Ankara, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 31, S. 5 (1974), s. 889-894.
- KARAGÖZ Kasım, *İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- KARAHAHAN Elif, “İfade Hürriyeti”, İstanbul, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 93, S. 3 (2019), s. 198-227.

- KEYMAN Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, Ankara, *AÜHFD.*, C. XXXVII, S. 1 (1980), s. 59-105.
- KOCA Mahmut, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, Malatya, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1 (2012), s. 113-128.
- KOCABAŞ ATILGAN Duygu, “Antik Yunan’da Toplumsal Cinsiyet Rollerinin Temsili”, İzmir, *Yedi Sanat Tasarım ve Bilim Dergisi*, S. 10 (2013), s. 15-27.
- LİLLİE Richard G., *Obscenity Law-Politics, Morality, Free Speech and The Struggle To Define Obscenity*, Thesis of Doctorate, Case Western Reserve Univesity, 1990.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami, “Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler”, İstanbul, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 121 (2013), s. 3-20.
- MARAKOĞLU Alper Ozan, *Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2008.
- MUNDAY Roderick, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, çev. Zeynel T. Kangal, İstanbul, *İÜHFM*, C. LXI, S. 1-2 (2003), s. 441-464.
- OTACI Cengiz, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu”, Ankara, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 89 (2010), s. 439-491.
- ÖZBEK Veli Özer, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, İzmir, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1 (2002), s. 101-158.
- ÖZDEMİR Fatma Betül, *Suçta Sürüklenen Çocukların Muhakemesinde Soruşturma Evresi*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

- ÖZEN Gizem Kübra, *Çocuk İstismarı Bağlamında Müstehcenlik ve Fuhuş Suçlarının Değerlendirilmesi*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- ÖZEN Mustafa, “Yürürlükten Kaldırılan 5680 Sayılı Basın Kanunu ile Yürürlükte Olan 5187 Sayılı Basın Kanununun Karşılaştırılması”, Ankara, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2006), s. 71-96.
- ÖZLÜ Demir, “Müstehcen, Cinsellik, Özgürleşme”, İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 2-7.
- SCOGNAMİLLO Giovanni, “Doğuda-Batıda”, İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 22-28.
- SERDAR Ali, *Hüseyin Rahmi Gürpınar’ın Romanlarında Ahlak Sorunsalı*, (Doktora Tezi), Ankara: Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- TAN Mine, “Çağlar Boyunca Çocukluk”, Ankara, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 1 (1989), s. 71-88.
- TANERİ Gökhan, “Müstehcenlik Suçu”, Kayseri, *ERÜHFD*, C. XIII, S. 1 (2018), s. 561-624.
- TAŞAN Berin, “Soruşturma”, İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 59-61.
- TEZCAN Durmuş, “Cezai Konularda Türk-İtalyan İlişkileri”, Ankara, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. XXXXIX, S. 1-2 (1994), s. 365-371.
- TOSUN Öztekin, “Soruşturma”, İstanbul, *Soyut Aylık Edebiyat Dergisi*, S. 71 (1974), s. 44-50.
- TUNAGÖZ Tuna, *“Mevlana’nın Bazı Kelami Konulardaki Görüşleri ve Bunların Değerlendirilmesi”*, (Yüksek Lisans Tezi), Adana: Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.

- UÇKAN Özcan, “Neşir Vasıtalarıyla veyahut Sözle veya Diğer Şeylerle Toplum Ahlakına Tecavüz Cürümlerinde Müstehcenlik Kavramı”, Eskişehir, *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C. XVIII, S. 1 (1982), s. 317-333.
- UYSAL Ömer Faruk, “Müstehcenlik”, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1988.
- UZUN Ertuğrul, “Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması”, Eskişehir, *Eskişehir Barosu Dergisi*, S. 6 (2005), s. 157-171.
- ÜNAL Asife, *Türkiye’de Örtünme Anlayışı Üzerine Bir Araştırma (Dinler Tarihi Açısından Bir Yaklaşım)*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- YILMAZ Burak Kağan, *Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- YÜRÜŞEN Melih, “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, Ankara, *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 24 (2001), s. 23-40.

İnternet Kaynakları

- www.resmigazete.gov.tr
- Sinerji Mevzuat ve İtihat Programı
- <https://hudoc.echr.coe.int/tur>
- <https://germanlawarchive.iuscomp.org>
- <https://www.brocardi.it>

Sözlükler

- Meydan Larousse, *Büyük Lügat ve Ansiklopedisi*, İstanbul: Sabah Yayınları, C.14, 1992.
- YILMAZ Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2002.
- Türk Dil Kurumu, *Okul Sözlüğü*, 2. Baskı, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi Türk Dil Kurumu Yayınları, 2000.

