

**T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**MÜSTEHCENLİK SUÇU (TCK m. 226)**

**Özge DUMAN  
2501151106**

**TEZ DANIŞMANI  
Dr. Öğretim Üyesi Serdar TALAS**

**İSTANBUL – 2019**



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ÖZGE DUMAN

Numarası : 2501151106

Anabilim Dalı /  
Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU

Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS

Tez Savunma Tarihi : 04.09.2019

Saati : 08.30

Tez Başlığı : MÜSTEHCENLİK SUÇU (TCK m. 226)

**TEZ SAVUNMA SINAVI**, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin **36. Maddesi** uyarınca yapılmış,  
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

| JÜRİ ÜYESİ                   | İMZA | KANAATİ<br>(KABUL / RED / DÜZELTME) |
|------------------------------|------|-------------------------------------|
| 1-PROF. DR. ADEM SÖZÜER      |      | Kabul                               |
| 2-PROF. DR. MAHMUT KOCA      |      | Kabul                               |
| 3-DOÇ. DR. YUSUF YAŞAR       |      | Kabul                               |
| 4- DOÇ. DR. SABATTİN NAL     |      | Kabul                               |
| 5-DR.ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS |      | Kabul                               |

| YEDEK JÜRİ ÜYESİ               | İMZA | KANAATİ<br>(KABUL / RED / DÜZELTME) |
|--------------------------------|------|-------------------------------------|
| 1-DOÇ. DR. MEHMET EMİN ALŞAHİN |      |                                     |
| 2-DR. ÖĞR. ÜYESİ MEHMET MADEN  |      |                                     |

## ÖZ

### MÜSTEHCENLİK SUÇU (TCK m. 226)

ÖZGE DUMAN

“Müstehcenlik Suçu (TCK m.226)” başlıklı çalışmamızın temelini 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 226. maddesinde düzenlenen suç oluşturmaktadır. Bu kapsamda müstehcenlik suçu, suç inceleme metoduna bağlı kalınarak yargı içtihatları bağlamında ele alınmıştır. Ayrıca suça ilişkin doktrin ve uygulamadaki tartışmalı noktalara ışık tutulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Müstehcenlik, Genel Ahlak, Cinsellik, Müstehcen Ürün, Bilim ve Sanat Özgürlüğü, Pornografi.



## ABSTRACT

### THE OFFENSE OF OBSCENITY

ÖZGE DUMAN

The offense set forth in the article 226 of the Turkish Criminal Code numbered 5237 constitutes the fundamental of the study headlined “The Offense of Obscenity”. Within this scope, the offense of obscenity has been discussed within the context of the jurisprudence, dependant on the crime investigation method. Furthermore, the doctrine and the controversial matters related to the offense are endeavoured to set light to herein.

**Keywords:** Obscenity, Public Morality, Sexuality, Obscene Product, Freedom of Science and Arts, Pornography.

## ÖNSÖZ

Müstehcenlik, ilk çağlardan bu yana insan hayatının içinde olan bir kavramdır. Başta hukuk olmak üzere sanatın da ilgi alanlarından birini oluşturan müstehcenlik, bir kefesinde ifade özgürlüğünü diğer bir kefesinde ise ahlak ve çocuğun korunmasını barındıran kendine özgü bir yapıya sahiptir. Kavramın subjektif ve değişken olması, herkes tarafından mutabık kalınan bir tanımının yapılmasını da güç hale getirmiştir. Günümüzde halen üzerinde herkes tarafından mutabakata varılmış bir müstehcenlik tanımı bulunmamaktadır. Bu durum çalışmamızda cevaplanması gereken ilk soru olan müstehcenlik nedir sorusunu doğurmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda ilk olarak müstehcenliğin kavramsal boyutu ele alınmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde suç olarak düzenlenen müstehcenlik, içinde birden fazla suçu barındıran karmaşık bir yapıya sahiptir. Müstehcenlik başlığı altında toplanan suçları sistematığe uygun bir şekilde incelemek, çalışmamızın ikinci bölümünü oluşturmaktadır.

Müstehcenliğin bir diğer boyutu ise bilim ve sanat özgürlüğüyle olan ilişkisidir. Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden biri olan bilim ve sanat özgürlüğü ile müstehcenlik arasındaki ilişkiyi incelemek çalışmamızın üçüncü bölümünü oluşturmaktadır.

Bu vesileyle çalışmanın hazırlanması sürecinde en başından bu yana yol gösteren ve yardımlarını bir an olsun esirgemedi büyük emek harcayan tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas'a, Prof. Dr. Adem Sözüer'e, tezin hazırlanma sürecinde ilgi ve yardımlarını esirgemeyen Av. Atakan Cemal Duman'a, Av. Yeşim Yücetürk'e, Av. İlknur Yiğit'e ve diğer tüm arkadaşlarıma, hayatımın her döneminde her türlü fedakarlığı göstererek yanımda olan, hayattaki en büyük destekçilerim aileme ve ilk öğretmenim rahmetli Mehmet Ali Duman'a teşekkürlerimi sunarım.

Özge Duman  
İSTANBUL, 2019

## İÇİNDEKİLER

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| ÖZ .....                 | iii |
| ABSTRACT .....           | iv  |
| ÖNSÖZ.....               | v   |
| İÇİNDEKİLER .....        | vi  |
| KISALTMALAR LİSTESİ..... | xi  |
| GİRİŞ .....              | 1   |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### MÜSTEHCENLİK, MÜSTEHCENLİK İLE İLGİLİ KAVRAMLAR, TÜRLERİ VE İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

|                                                                                                                                                    |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. MÜSTEHCENLİK KAVRAMI, MÜSTEHCENLİKLE İLGİLİ KAVRAMLAR<br>VE MÜSTEHCENLİK TÜRLERİ .....                                                          | 3  |
| A. Müstehcenlik Kavramı.....                                                                                                                       | 3  |
| 1. Doktrinde Müstehcenlik.....                                                                                                                     | 6  |
| 2. TCK ve Yargı İçtihatlarında Müstehcenlik Kavramı.....                                                                                           | 10 |
| 3. Müstehcenliğin Cezalandırılabilirliği.....                                                                                                      | 15 |
| B. Müstehcenlik İle İlgili Kavramlar.....                                                                                                          | 17 |
| 1. Ahlak, Ahlak İle Hukuk Arasındaki İlişki ve Genel Ahlak .....                                                                                   | 17 |
| 2. Hayasızca Hareket.....                                                                                                                          | 24 |
| 3. Erotizm.....                                                                                                                                    | 28 |
| 4. Pornografi.....                                                                                                                                 | 29 |
| 5. Cinsellik.....                                                                                                                                  | 33 |
| C. Müstehcenlik Türleri.....                                                                                                                       | 35 |
| 1. Basit Müstehcenlik.....                                                                                                                         | 35 |
| 2. Ağır (Nitelikli) Müstehcenlik.....                                                                                                              | 38 |
| II. MÜSTEHCENLİK İLE İLGİLİ ÖNLEYİCİ DÜZENLEMELER .....                                                                                            | 39 |
| A. 1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu .....                                                                                     | 39 |
| B. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu<br>Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun..... | 44 |
| 1. Genel Olarak .....                                                                                                                              | 44 |
| 2. Koruma Tedbiri Olarak Erişimin Engellenmesi.....                                                                                                | 47 |

|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3. İdari Tedbir Olarak Erişimin Engellenmesi .....                                                         | 51 |
| C. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun .....                   | 58 |
| D. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu.....                                                     | 63 |
| E. 5224 Sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması Hakkında Kanun .....              | 64 |
| F. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ve Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi.....              | 65 |
| III. MÜSTEHCENLİĞİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....                            | 68 |
| A. Genel Olarak .....                                                                                      | 68 |
| B. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi .....                                                      | 68 |
| C. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi .....                                                               | 72 |
| D. Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi ..... | 77 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### MÜSTEHCENLİK SUÇLARININ MADDİ VE MANEVİ UNSURLARI VE NİTELİKLİ HALLERİ

|                                                                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. GENEL OLARAK.....                                                                                                                                                | 80 |
| II. BASİT MÜSTEHCENLİK .....                                                                                                                                        | 85 |
| A. Basit Müstehcen Ürünlerin Yayılması Suçu (TCK m. 226/1).....                                                                                                     | 85 |
| 1. Suçla Korunan Hukuki Değer .....                                                                                                                                 | 85 |
| 2. Suçun Unsurları .....                                                                                                                                            | 89 |
| a. Suçun Maddi Unsurları .....                                                                                                                                      | 89 |
| (1) Fail .....                                                                                                                                                      | 89 |
| (2) Mağdur.....                                                                                                                                                     | 90 |
| (3) Konu .....                                                                                                                                                      | 91 |
| (4) Hareket.....                                                                                                                                                    | 94 |
| i. Basit Müstehcen Ürünleri Çocuğa Vermek ya da İçeriğini Okutmak, Okumak, Dinletmek, Göstermek.....                                                                | 96 |
| ii. Basit Müstehcen İçerikli Ürünleri Çocukların Girebileceği, Görebileceği Yerlerde ya da Alenen Göstermek, Sergilemek, Okumak, Okutmak, Söylemek, Söyletmek ..... | 97 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| iii. Basit Müstehcen Ürünleri İçeriğine Vakıf<br>Olunabilecek Bir Şekilde Satışa veya Kiraya Arz<br>Etmek.....                                                                                                                                                                                                                           | 101 |
| iv. Basit Müstehcen Ürünleri, Bunların Satışına Mahsus<br>Alışveriş Yerleri Dışında Satışa Arz Etmek, Satmak ya da<br>Kiraya Vermek .....                                                                                                                                                                                                | 102 |
| v. Basit Müstehcen Ürünleri Mal ve Hizmet Satışları<br>Yanında veya Dolayısıyla Bedelsiz Olarak Vermek veya<br>Dağıtmak .....                                                                                                                                                                                                            | 103 |
| vi. Basit Müstehcen Ürünlerin Reklamını Yapmak.....                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 104 |
| b. Suçun Manevi Unsuru .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 106 |
| III. AĞIR (NİTELİKLİ) MÜSTEHCENLİK .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 108 |
| A. Ağır (Nitelikli) Müstehcen Ürünlerde Çocuğun Kullanılması ve Bu<br>Ürünlerin Ticaretinin Yapılmasına İlişkin Suçlar (TCK m. 226/3).....                                                                                                                                                                                               | 108 |
| 1. Suçla Korunan Hukuki Değer .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 108 |
| 2. Suçun Unsurları .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 109 |
| a. Suçun Maddi Unsurları.....                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 109 |
| (1) Fail .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 109 |
| (2) Mağdur.....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 109 |
| (3) Konu .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 110 |
| (i) Çocuk Pornografisi Kavramı .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 114 |
| (4) Hareket.....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 117 |
| (i) Müstehcen Ürünlerin Üretiminde Çocukların, Temsili<br>Çocuk Görüntülerinin veya Çocuk Gibi Görünen Kişilerin<br>Kullanılması Suçu (TCK m. 226/3-1) .....                                                                                                                                                                             | 118 |
| (ii) Üretiminde Çocukların, Temsili Çocuk<br>Görüntülerinin ya da Çocuk Gibi Görünen Kişilerin<br>Kullanıldığı Müstehcen Ürünlerin Ülkeye Sokulması,<br>Çoğaltılması, Satışa Arz Edilmesi, Satılması,<br>Nakledilmesi, Depolanması, İhraç Edilmesi,<br>Bulundurulması, Başkalarının Kullanımına Sunulması<br>Suçu (TCK m. 226/3-2) ..... | 121 |
| b. Suçun Manevi Unsuru .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 127 |
| B. Şiddet Kullanılarak, Hayvanlarla, Ölmüş İnsan Bedeni Üzerinde veya Doğal<br>Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranışları İçeren Ağır (Nitelikli) Müstehcen<br>Ürünlerin Ticareti Suçu (TCK m. 226/4).....                                                                                                                               | 127 |
| 1. Suçla Korunan Hukuki Değer .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 127 |
| 2. Suçun Unsurları.....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 128 |



|                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a. Suçun Maddi Unsurları.....                                                                                                      | 128 |
| (1) Fail .....                                                                                                                     | 128 |
| (2) Mağdur.....                                                                                                                    | 129 |
| (3) Konu .....                                                                                                                     | 129 |
| (i) Şiddet Kullanılarak Yapılan Cinsel Davranışlar ....                                                                            | 129 |
| (ii) Hayvanlarla Yapılan Cinsel Davranışlar .....                                                                                  | 131 |
| (iii) Ölmüş İnsan Bedeni Üzerinde Yapılan Cinsel Davranışlar.....                                                                  | 131 |
| (iv) Doğal Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranışlar.....                                                                          | 132 |
| (4) Hareket.....                                                                                                                   | 135 |
| b. Manevi Unsur .....                                                                                                              | 136 |
| IV. BASİT VE AĞIR (NİTELİKLİ) MÜSTEHCENLİK BAĞLAMINDA İNCELENEN SUÇLARIN NİTELİKLİ HALLERİ.....                                    | 136 |
| A. Genel Olarak .....                                                                                                              | 136 |
| B. TCK m. 226/1’de Düzenlenen Suçun Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlanması Şeklinde İşlenmesi (TCK m. 226/2) .....                    | 137 |
| C. TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4’te Düzenlenen Suçların Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlanması Şeklinde İşlenmesi (TCK m. 226/5) ..... | 140 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, HUKUKA AYKIRILIK, YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULLERİ

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....                                                                                 | 143 |
| A. Teşebbüs .....                                                                                                    | 143 |
| B. İştirak .....                                                                                                     | 144 |
| C. İçtima .....                                                                                                      | 145 |
| 1. Genel Olarak .....                                                                                                | 145 |
| 2. TCK m. 226’da Düzenlenen Suçlar Arasındaki İçtima İlişkisi.....                                                   | 147 |
| 3. TCK m. 226 ile 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Diğer Bazı Suç Tipleri Arasındaki İçtima İlişkisi..... | 149 |
| a. TCK m. 226 ile Fuhuş Suçu (TCK m. 227) Arasındaki İçtima İlişkisi.....                                            | 149 |
| b. TCK m. 226 ile Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134) Arasındaki İçtima İlişkisi .....                  | 149 |

|                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| c. TCK m. 226 ile Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (TCK m. 103) Arasındaki İçtima İlişkisi .....   | 151        |
| d. TCK m. 226 ile Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104) Arasındaki İçtima İlişkisi ..... | 152        |
| e. TCK m. 226 ile Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105) Arasındaki İçtima İlişkisi .....                  | 153        |
| II. HUKUKA AYKIRILIK .....                                                                         | 154        |
| A. Genel Olarak .....                                                                              | 154        |
| B. Genel Hukuka Uygunluk Nedenleri .....                                                           | 155        |
| 1. Hakkın Kullanılması .....                                                                       | 155        |
| a. Tedip ve Terbiye Hakkı .....                                                                    | 156        |
| 2. İlgilinin Rızası .....                                                                          | 158        |
| C. Özel Hukuka Uygunluk Sebepleri .....                                                            | 160        |
| 1. Genel Olarak .....                                                                              | 160        |
| 2. Bilim Özgürlüğü Bağlamında Müstehcenlik .....                                                   | 163        |
| 3. Sanat Özgürlüğü Bağlamında Müstehcenlik .....                                                   | 165        |
| a. Türk Hukukunda Müstehcenlik ve Sanat Özgürlüğü İlişkisi .....                                   | 167        |
| b. AİHS ve AİHM İçtihatları Kapsamında Müstehcenlik ve Sanat Özgürlüğü İlişkisi .....              | 175        |
| III. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULLERİ .....                                                         | 186        |
| A. Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri .....                                                            | 187        |
| B. Görevli ve Yetkili Mahkeme .....                                                                | 190        |
| C. Zamanaşımı .....                                                                                | 191        |
| <b>SONUÇ .....</b>                                                                                 | <b>192</b> |
| <b>KAYNAKÇA .....</b>                                                                              | <b>199</b> |

## KISALTMALAR LİSTESİ

|                 |                                                  |
|-----------------|--------------------------------------------------|
| <b>AB</b>       | : Avrupa Birliği                                 |
| <b>a.g.e.</b>   | : Adı Geçen Eser                                 |
| <b>AIHS</b>     | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi                |
| <b>AIHM</b>     | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi                 |
| <b>akt.</b>     | : Aktaran                                        |
| <b>AYM</b>      | : Anayasa Mahkemesi                              |
| <b>Bkz</b>      | : Bakınız                                        |
| <b>BM</b>       | : Birleşmiş Milletler                            |
| <b>BTK</b>      | : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu         |
| <b>C.</b>       | : Cilt                                           |
| <b>CD</b>       | : Ceza Dairesi                                   |
| <b>CMK</b>      | : Ceza Muhakemesi Kanunu                         |
| <b>Çev.</b>     | : Çeviren                                        |
| <b>ÇHS</b>      | : Çocuk Hakları Sözleşmesi                       |
| <b>E.</b>       | : Esas                                           |
| <b>İÜHFİM</b>   | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| <b>K.</b>       | : Karar                                          |
| <b>m.</b>       | : Madde                                          |
| <b>PVSK</b>     | : Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu               |
| <b>RTÜK</b>     | : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu                 |
| <b>s.</b>       | : Sayfa                                          |
| <b>S.</b>       | : Sayı                                           |
| <b>T.</b>       | : Tarih                                          |
| <b>TCK</b>      | : Türk Ceza Kanunu                               |
| <b>TDK</b>      | : Türk Dil Kurumu                                |
| <b>TRT</b>      | : Türkiye Radyo ve Televizyon Kurulu             |
| <b>y.a.g.e.</b> | : Yukarıda Adı Geçen Eser                        |
| <b>YCGK</b>     | : Yargıtay Ceza Genel Kurulu                     |

## GİRİŞ

Müstehcenlik; kişiden kişiye, yere ve zamana göre değişen subjektif yapısı gereği tanımlanması güç bir kavramdır. Eski çağlardan bu yana hukukun yanı sıra sanatın da başlıca tartışma konularından biri olan müstehcenliğin günümüzde herkes tarafından kabul edilmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Bu durum bizleri müstehcenlikten ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabını bulmaya zorlamıştır.

Müstehcenlik kavramını genel ahlak kurallarına, halkın ar ve haya duygularına aykırı cinsel arzu ve düşünceleri istismar ve tahrik edici olarak tanımladığımızda başta genel ahlak olmak üzere diğer bazı kavramlarla olan zorunlu ilişkisi de ortaya çıkmaktadır. Kavramın subjektif yönü ve bir diğer subjektif kavram olan genel ahlak ile olan ilişkisi, sınırlarının çizilmesini de bir hayli güçleştirmekte olup, toplumların değişen ahlak anlayışları müstehcenlik kavramının sınırları noktasında belirleyici olmaktadır. Çalışmamızda müstehcenlik kavramı, genel ahlak ve cinsellik gibi müstehcenlikle yakından ilişkisi bulunan kavramlar ışığında açıklanmaya çalışılmıştır.

Teknolojinin gelişimi ve internet, getirdiği sayısız faydanın yanı sıra günümüzde failler için yeni bir suç işleme aracı haline gelmiştir. Bu durum müstehcenlik kavramı yönünden de karşılık bulmaktadır. Müstehcen ürünler internet sayesinde failler tarafından dünyanın her yerine saniyeler içerisinde ulaştırılmakta olup, özellikle içeriğinde çocukların kullanıldığı ürünler bakımından devletleri uluslararası mücadele ve iş birliğine yöneltmiştir.

Müstehcenliğin bilim ve sanat özgürlüğüyle olan ilişkisi de suçun sınırlarının belirlenmesi noktasında önem taşımaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre bilimsel eserler ve çocuk pornografisi hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek kaydı ile sanat eserleri müstehcen olarak kabul edilmemektedir.

Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde suç olarak düzenlenen müstehcenlik, tüm yönleriyle ele alınmaktadır. Üç bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde müstehcenlik kavramından ne anlaşılması gerektiği,

ilgili diğerk kavramlar, müstehcenliğin diğerk kavramlardan ayrıldığı noktalar, müstehcenlik türleri ve müstehcenlikle ilgili ulusal ve uluslararası düzenlemeler, içtihatlar ve doktrinde yer alan görüşler ışığında açıklanmaya çalışılmıştır.

Kanun koyucu, TCK m. 226'da müstehcenlik başlığı altında birden fazla suçun birlikte düzenlemiştir. Maddenin düzenleniş şekli itibariyle karmaşık bir yapıda olması, içinde düzenlenen suçların sınıflandırılmasını zorunlu kılmıştır.

Bu kapsamda TCK m. 226/1'de düzenlenen suç, basit müstehcen; TCK m. 226/3 ve 4. de düzenlenen suçlar ise nitelikli (ağır) müstehcen olarak karşımıza çıkmaktadır. Madde içerisinde düzenlenen suçlar, kanundaki düzenleme şekli ve maddenin gerekçesi göz önünde bulundurularak incelenmiştir. Suçlar düzenleme alanlarına göre sınıflandırıldıktan sonra, birbirilerinden farklılaşan yönlerden ayrı ayrı diğerk yönler bakımından ise bütün halinde incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken Yargıtay'ın güncelliği devam eden eski ve bilhassa güncel kararlarına yer verilmeye çalışılmış, aynı zamanda 765 sayılı mülga TCK'da yer alan şekliyle kıyaslanarak değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Üçüncü bölümde ise hukuka aykırılık incelemesi içerisinde müstehcenlik suçunun bilim ve sanat özgürlüğü hakkıyla olan ilişkisi AİHM ve AYM içtihatları ışığında incelenmiş, söz konusu hakların müstehcenlikle olan ilişkisi Türk hukuku ve AİHS yönünden ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Son olarak, suça ilişkin görüş ve eleştirilerimize yer verilerek çalışmamız sonlandırılmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### MÜSTEHCENLİK, MÜSTEHCENLİK İLE İLGİLİ KAVRAMLAR, TÜRLERİ VE İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

#### I. MÜSTEHCENLİK KAVRAMI, MÜSTEHCENLİKLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE MÜSTEHCENLİK TÜRLERİ

##### A. Müstehcenlik Kavramı

Müstehcenliğin ne anlama geldiği uzun yıllardan bu yana hukukun tartışma konularından biri olmuştur.<sup>1</sup> Günümüzde halen müstehcenliğe ilişkin olarak kabul edilmiş genel geçer bir tanım bulunmamaktadır.<sup>2</sup> Bu durumun başlıca nedenlerinden birini, kavramın topluma, yer ve zamana göre değişkenlik gösteren subjektif yapısı oluşturmaktadır. Müstehcenliğin nerede başlayıp nerede sona erdiği toplumların dinsel, sosyal ve kültürel yapısına ve dahi bireylerin öznel tutumlarına göre değişmektedir.<sup>3</sup> Belirli bir toplumda, belirli bir dönem aralığında müstehcen olarak kabul edilen davranış, görüntü ya da sözlerin, sonradan aynı toplum tarafından müstehcen olarak değerlendirilmemesi mümkündür.

<sup>1</sup> II. Dünya Savaşı sırasında Cenova’da Birleşmiş Milletler himayesinde gerçekleştirilen “*Müstehcen Yayınların Dolaşım ve Ticaretinin Engellenmesi*” konulu konferansta, uzun tartışmalara rağmen üzerinde mutabakata varılmış bir tanım oluşturulamamıştır. Konferans sonuç bildirgesinde ise, müstehcenlik tanımı yapılmamış ve konferans sekreteri tarafından durum “*Gündemdeki sözcüğün her dilde farklı bir tanımı olduğunu kavıyorum. Daha da ötesi, ne kadar ülke, bakış açısı, kavram ve huy varsa, bu sözcüğün de bir o kadar anlamı vardır. Demek ki, evrensel destek görececek bir çözüm bulmak imkansızdır*” şeklinde açıklanmıştır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Işıl Kocabay, “Görsel Materyallerinde Kadın Cinselliği” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 16-17.)

<sup>2</sup> Ufuk Özden, “Endüstriyel Bir Form Olan Müstehcenliğin Medyatik Üretimi” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 70.

<sup>3</sup> Pınar Mehri Ceylan, “Müzik Videolarındaki Erotik, Müstehcen, Pornografik Görüntülerin İlköğretim Birinci Kademe Öğrencileri Üzerindeki Etkileri”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 98.

Kavram terimsel olarak incelendiğinde, müstehcen kelimesinin Arapçada “ayıp, noksan, kusur, bayağılık, soysuzluk, karışıklık” anlamına gelen hücn kelimesinden türediği görülmektedir.<sup>4</sup> Kelimenin İngilizce karşılığı ise “obscene”<sup>5</sup> olup, obscene kelimesinin kökeni Latince “iğrenç, uygunsuz, yakışsız” anlamlarına gelen “obscaenus” ve “obscenus” kelimelerine dayanmaktadır.<sup>6</sup> Kelimenin sözlükteki karşılığı ise “açık saçık; edebe aykırı, yakışsız” şeklindedir.<sup>7</sup>

Terimsel açıklamalar, müstehcenliğin uygunsuz, ayıp, bayağı ve edep dışı olduğu sonucunu doğurmakta ve bizi neyin edep dışı, ayıp, uygunsuz olduğu sorusuna yönlendirmektedir. Edep; “toplum töresine uygun davranma, iyi ahlak, terbiye” olarak ifade edilmektedir.<sup>8</sup> Müstehcenliğin edep dışı olduğu kabul edildiğinde bu sefer kavramın ahlaka aykırılık boyutu karşımıza çıkmaktadır.<sup>9</sup> Ahlak kavramı ise temel olarak neyin doğru neyin yanlış sayılması gerektiği hakkında oluşan değer yargılarına göre yapılması ve yapılmaması gereken davranışları düzenleyen yazısız kurallar olarak açıklanabilir. Buna göre müstehcenlik; belirli bir zamanda, belirli bir toplum tarafından hoş karşılanmayan, ahlaki duygu ve değerleri istismar eden ve rahatsızlık uyandıran yazı, söz ve davranışlardır.

Edep kavramı aynı zamanda söz ve davranışta beğenilen yol, terbiye anlamında da kullanılmaktadır. Edepli olmanın utanma eylemine eş değer diğer bir anlamı ise örtülmesi gereken ayıp yerler ya da insanlarda açıkta görünmesi ayıp olarak kabul

<sup>4</sup> Necdet Yalkut, “Türk ve İtalyan Ceza Hukukunda Müstehcen”, **Adalet Dergisi**, C:67, S:3-4-, 1976, s.279. Müstehcen, Arapça hcn sözcüğünün istifal vezninde bir ism-i meful (edilgen) olan mustahcan sözcüğünden gelmektedir. Mustahcan sözcüğü ise Arapça çirkin sayıldı, ayıpladı anlamlarına gelen istihcana sözcüğünden türemiştir. Müstehcen kelimesi, soysuz, melez ve nesli bozuk anlamına gelen “hecin” kelimesi ile de kökdeştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., <http://www.nisanyansozluk.com/> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 10.08.2018. Ayrıca bkz., <https://tr.glosbe.com/tr/ar/m%C3%BCstehen> (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 10.08.2018.

<sup>5</sup> Obscene kelimesinin sözlükteki karşılığı “*kabul edilen ahlak ve dürüstlük standartlarına göre rahatsız edici veya iğrenç*”, “*ahlaki ilkelere aykırı, iğrenç*” şeklindedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz., <https://en.oxforddictionaries.com/definition/obscene> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.12.2018)

<sup>6</sup> <https://en.oxforddictionaries.com/definition/obscene> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.12.2018, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/obscene> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.12.2018

<sup>7</sup> <http://sozluk.gov.tr> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi : 01.07.2018.

<sup>8</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c4639ed387d56.75641248](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c4639ed387d56.75641248) (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 01.12.2018. Müstehcen: “ Açık saçık; cinsel duyguları tahrik eden; edepsizce.” (Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 593.)

<sup>9</sup> Zeki Celal Köseoğlu, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, **Günümüzde Yargı**, S:21-22, Ocak-Şubat 1978, s.8., Ayşe Karaca, Bahar Beyaznar, “İnternette Müstehcenlik: Nerede Başlar ve Nerede Biter?”, **Muğla Üniversitesi XII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri**, 2010, s. 64.

edilen vücut bölgeleri olup, kadın ve erkek cinselliğinin utanma duygusu uyandıracak şekildeki çıplaklığı ve birlikteliği, müstehcenlik ile çakışmaktadır.<sup>10</sup> Bu anlamda müstehcen; edepli ve ahlaki olmanın dışında bayağı ve çirkinliğe yol açan şeydir.

Müstehcenliğin değerlendirilmesi gereken bir diğer boyutu ise cinsellikle olan ilişkisidir. Müstehcenlik genel olarak cinsel arzuları kışkırtıcı olduğu düşünülen ileti biçimlerini ifade etmektedir.<sup>11</sup> İnsanlık tarihinde, cinsel ahlakın toplum tarafından kabul görmüş sınırlarını zorlayan ürünler müstehcen olarak kabul edilmiştir.<sup>12</sup> Zira müstehcenlik, genel bir ahlaka aykırılık durumu oluşturmamaktadır. Buradaki ahlaka aykırılığın, toplumun ar ve haya yani utanma duygusunu incitir ve cinsel arzuları istismar eder nitelikte olması gerekmektedir. Yani müstehcenlik genel anlamda ahlaka aykırılığı değil, spesifik bir ahlaka aykırılık halini içinde barındırmaktadır.<sup>13</sup>

Bu anlamda kişinin cinsellikle ilgili ahlaki duygu ve değerlerini istismar etmeye yönelik içeriklerin müstehcen olduğu söylenebilir. Cinsel duyguları tahrik ve istismardan ziyade estetik değerın ön plana çıktığı bir ürünün müstehcen olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Çıplaklık ise başlı başına müstehcenlik göstergesi değildir.<sup>14</sup> Zira müstehcen olarak nitelendirilebilecek bir üründe cinselliğın kaba, rahatsız edici ve estetikten uzak bir biçimde ele alınması ve ürüne maruz kalan kişide cinsel dürtüleri tahrik ve istismara yol açması gerekmektedir.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Yaprak İşçibaşı, **Televizyonda Müstehcenlik**, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 1998, s. 5.

<sup>11</sup> Özden, a.g.e., s. 70.

<sup>12</sup> y.a.g.e., s. 70.

<sup>13</sup> Yunus Anıl Ay, “Müstehcenlik Suçu”, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2017, s.8.

<sup>14</sup> Halbuki, çıplaklık, ar ve hayaya mugayir vaziyet ve fiilde tersim edildiği takdirde müstehcendir. Bunun haricinde çıplak resim artistik hissiyata matuf olamaz.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 26.10.1953, 4-131/168. (Otacı, a.g.e., s. 236)

<sup>15</sup> 1973 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde verilen Miller/California davasında Müstehcenlik, “Müstehcenlik, bir bütün olarak ele alınır ve günümüz toplumunun standartları kullanılırsa, şehvet ilgililerine hitap eden, yani cinsel arzuları tahrik eden materyaldir. Materyalin aynı zamanda açıkça incitici ve saldırgan olması gerekir; bu belki “galiz, açık seçik” erotik materyal olarak tanımlanabilir ve ciddi bir edebi, sanatsal, siyasi veya bilimsel değerinin bulunmaması gerekir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre müstehcen, incitici ve saldırgan özelliklere sahip ve cinsel arzuları tahrik etmeye yönelik olan materyallerdir. Bu karara göre bir ifadenin müstehcen olarak değerlendirilip cezalandırılabilmesi için; tamamen şehvet duygularına hitap etmesi, açık bir şekilde rahatsız edici olması, bütünsel olarak yaklaşıldığında edebi, sanatsal, siyasi ve bilimsel değerinin olmaması gerekmektedir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Burcu Görkemli, **Yargı Kararları Işığında Türk Hukukunda İnternet Erişiminin Engellenmesi**, Adalet Yayınevi, 2015, 1. Baskı, s. 16.



Sanatsal olma kaygısı olan, ürün veya eserdeki aktörleri obje olarak göstermeyen, çıplaklık öğelerini vurgulamayan bir eser, içinde çıplaklığa yer verse dahi müstehcen olarak kabul edilmeyecektir. Ancak çıplaklık, duruş ve şekil itibariyle cinsel organların ön plana çıkarıldığı, yüz, ifade ve hatları ile cinsel arzu içinde olduğunu ya da cinsel ilişkiye hazır, istekli olduğunu gösterir biçimde sergileniyorsa müstehcen olduğu söylenebilir.<sup>16</sup>

Öte yandan müstehcenlik utanma olgusuyla da yakından ilgilidir. Buradaki utanma olgusu kişi bazlı olarak değil ancak müşterek bir kanaatle belirlenebilir.<sup>17</sup> Ortalama bir insan bakımından ürünün bütününe hakim olan konu; çağdaş değerler doğrultusunda yoğun olarak cinsel duygulara hitap ediyor, cinsel dürtüleri ön plana çıkarıyor, izleyenlerde rahatsızlık hissi uyandırıyor ve toplumun ar, haya, edep duygularını rencide ediyor ise müstehcen olduğu kabul edilebilir.<sup>18</sup>

Yapılan bu açıklamalar müstehcenlik kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında bir fikir uyandırmakta ise de kavramın sınırlarını tam olarak çizememektedir.<sup>19</sup> Bu nedenle ilk olarak müstehcenliğin Türk doktrininde ve yargı içtihatları karşısındaki yerinin incelenmesi gerekmektedir.<sup>20</sup>

## 1. Doktrinde Müstehcenlik

Müstehcenlik kavramı, Türk hukukunda da uzun yıllardan bu yana tartışılmakta olup, doktrinde müstehcenlikten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlerleyen bölümlerde değinileceği üzere müstehcenlik tanımı mevzuatta yer almadığından doktrindeki görüşler kavramın içeriğinin belirlenmesi noktasında önem arz etmektedir:

<sup>16</sup> Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 543.

<sup>17</sup> Veli Özer Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.47.

<sup>18</sup> Ahmet Çiftçi, “Mukayeseli Hukuk Açısından Film Denetim Sistemleri ve 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu’nun Getirdiği Sistem”, **Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Akademik Dergisi**, C.2, S.1, Konya, 2001, s. 28.

<sup>19</sup> Türker Ertaş, “İfade Özgürlüğü ve Müstehcenlik: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına ve Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Müstehcenlik Suçuna İlişkin Bazı Gözlem ve Değerlendirmeler” **Ceza Hukuku Dergisi**, S.18, Yıl.7, Nisan 2012, s. 195.

<sup>20</sup> Cevat Özel, “Müstehcenlik Kavramı”,

<http://web.archive.org/web/20030410040401/http:hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/mustehcenlik.htm> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.12.2018

Erem/Toroslu, müstehcenliğin belirlenmesinde toplumdaki ortak utanma duygusunun temel alınması, müstehcen olarak değerlendirilecek içeriğin toplumun genelinin ar ve haya duygusunu rencide etmiş olmasının aranması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>21</sup>

Dönmezer'e göre bir eserin müstehcen sayılması için, eser veya eşyanın bütününcü incelenmesi, inceleme esnasında yazar veya eşyayı yapanın amaç ve maksadının göz önüne alınması, eser veya eşyanın başta gelen özelliğinin başkası üzerinde cinsel tahrik etkisi meydana getirmesi gerekmektedir.<sup>22</sup> Dönmezer, toplumda alışılır hale gelmiş ve artık insanları rahatsız etmeyen uygulamaların müstehcen sayılmaması gerektiğini belirtmektedir.

Gürelli ise, genel olarak kabul gören hususun, müstehcenlik kavramının sabit bir muhtevaya sahip olamayacağı ve bunun zaman ve mekana göre değişkenlik göstereceğini, bununla birlikte toplumun belirli bir anda sahip olduğu ahlaki değer yargılarının cinsel konular bakımından çeşitli yollarla incitme özelliğine sahip olan eserlerin müstehcen olduğunu belirtmektedir.<sup>23</sup> Gürelli, bir ürünün müstehcen olup olmadığının belirlenmesi noktasında bazı kriterler belirlemiş olup bunlar; eser sahibinin amacı, eserin içeriği ve eserin okuyanda bıraktığı etkidir.<sup>24</sup> Buna göre bir eserin müstehcen sayılabilmesi için ilk olarak eser sahibinin eseri meydana getirirken ki amacının incelenmesi gerekmektedir. Eseri meydana getiren kişi, içeriğe maruz kalan kişinin cinsi ve edep duygularının tahrik edilmesi ve rencideye uğraması kastıyla hareket etmiş olmalıdır. Bir diğer kriter ise eserin içeriğidir. Eser, bütünüyle okuyanın ahlaki duygularını rencide etmeye yönelik olmalı, okuyanın şehvet hislerini uyarmalıdır. Bu etkinin eserin tamamına hakim olması gerekmektedir. İçeriğin müstehcen olup olmadığının tespitinde ele alınan son kriter ise maruz kalan kişide bıraktığı etkidir. Müstehcen bir eser, içeriğine maruz kalan kişide ahlaki yönden olumsuz bir etki yaratmalı, kişinin cinsel duygu ve hislerini tahrik etmelidir. Bu

<sup>21</sup> Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 385.

<sup>22</sup> Sulhi Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 4. bs., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.

<sup>23</sup> Nevzat Gürelli, "Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı", **İÜHF**, C.XXXII, S.2-4, 1967.

<sup>24</sup> Gürelli, **a.g.e.**, s. 584; Drs. Eberhard, Phylliss Kronhausen, **Pornography and the Law**, New York, 1959.

değerlendirme yapılırken esas alınacak olan muhatabın, toplumun ortalama değer yargılarını taşıyan kişi<sup>25</sup> olması gerekmektedir.

Donay, müstehcenlik kavramının cinsellikle ilgisi olduğunu, müstehcenin okuyucu ya da seyircinin cinsel duygularını rencide edici ve körükleyici nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir.<sup>26</sup>

Hafizoğulları/Özen, müstehcenliğin kesin bir tanımını yapmamakla birlikte müstehcenliğin, toplumdaki edep, ar ve haya duygularını rencide ettiğini ifade etmiştir.<sup>27</sup>

Yarsuvat, müstehcenlik konusunda net bir tanım yapılamayacağı, müstehcenliğin ancak belirli bir yerdeki toplumsal değer ve kurallara göre belirlenebileceği görüşündedir.<sup>28</sup>

Özbek ise müstehcenlik kavramının tanımının yapılmasının zor olduğunu, doktrinde yapılan tanım ve açıklamalarda kullanılan kavramlardan yola çıkılarak kavramın şehvet hissine yönelik olduğunu, bu hissi tahrik ve edep duygusunu rencide edenin müstehcen olduğunu ileri sürmektedir.<sup>29</sup>

Çağlayan, müstehcenin toplumun edep ve namusuna, cemiyetin ahlaki değerlerine tecavüz ettiğini belirtmektedir.<sup>30</sup>

Önder, müstehcenliğin belirlenmesi noktasında objektif ve subjektif olmak üzere iki ayrı ölçüt<sup>31</sup> ortaya koymaktadır.<sup>32</sup> Subjektif ölçüt uyarınca, müstehcenliğin

---

<sup>25</sup> Müstehcenliğin tespitine kriter olarak alınacak muhatabın ne aşırı bağınaz ne de çok açık fikirli olması gerekmektedir. Aynı yönde bkz. Ertaş, a.g.e., s. 196., Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Ankara, C.2, Seçkin Yayıncılık, 1993, s. 1880., Dönmezer, a.g.e., s.208.

<sup>26</sup>Süheyl Donay, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri, Y.1, S.2, 1968, s. 145.

<sup>27</sup>Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, Ankara, U.S.A Yayıncılık, 2. bs., 2016, s. 328.

<sup>28</sup>Duygun Yarsuvat, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, 1977, s. 669.

<sup>29</sup> Özbek, a.g.e., s. 18.

<sup>30</sup> Muhtar Çağlayan, “Müstehcen ve Hayasızca Neşriyat”, **Adalet Dergisi**, Y:46, S:4, Nisan 1955, s. 377.

<sup>31</sup>Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, 1994, s. 539-540.

belirlenmesi noktasında eseri meydana getiren yani failin amacı dikkate alınmalıdır. Fail, kişilerin cinsi duygularını tahrik etmek amacıyla eserini meydana getirmiş ise, bu eser müstehcen kabul edilmelidir. Yani bu kriter kapsamında önemli olan eseri meydana getiren kişinin subjektif durumudur. Objektif ölçüte göre ise, bir eserin müstehcen olarak kabul edilebilmesi için eserle temasa geçen kişinin ar ve haya duygularını incitici mahiyette olması gerekmektedir. Burada kastedilen ar ve haya duyguları incinen kişinin tutucu ya da geniş özgürlük düşüncelerine sahip bir kişi değil, toplumda yaşayan ortalama değer duygularına sahip bir kişi olması gerekmektedir.

Çolak’a göre ise müstehcenliğin belirlenmesinde bazı kıstasların varlığı aranmalıdır. Bu kıstaslar, Önder tarafından belirtilen objektif ve subjektif ölçütlerle benzeşiyor olmakla birlikte Çolak bunlara ek olarak müstehcen olduğu düşünülen eser ya da eşyanın bütünsel olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 19.03.1996 yılında verilen 5-27/45 sayılı kararda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde verilen bir kararda objektif ve subjektif kıstas ayrımının esas alındığı görülmektedir: “Öğretide, müstehcenlik kavramını tanımlamanın güçlüğü dile getirilip daha ziyade hangi hallerin müstehcen sayılabileceği açıklanmaya çalışılmıştır. Müstehcenlik anlayışı toplumdan topluma değiştiği gibi, aynı toplum içinde toplumsal değerlere bağlı olarak da değişikliğe uğramaktadır. Bu kavramın varlığını tespit, fiilin işlendiği zamanın sosyal ve kültürel düzeyinin gözönünde tutulması yanında, subjektif kıstasa göre failin saiki dikkate alınmalı, cinsel duyguları tahrik gayesi olup olmadığı araştırılmalıdır. Objektif olarak da müstehcen olduğu ileri sürülen eseri okuyan, dinleyen ve izleyen kişi esas alınarak onun görüşüne değer verilmelidir. Zira, ceza kanunumuz, fiilin objektif ve subjektif koşullara bağlı olarak müstehcen olmasını aramıştır. Bu açıklamaların ışığı altında bakıldığında; dava konusu gazetenin birinci sayfasında “Kadın değil felaket”, son sayfasında aynı kadına ait ve “Aman Tanrım bu ne güzellik” alt yazıları ile basılan ve tenasül uzuvları görülmeyen resimlerin yanındaki yazı içeriklerine göre; kadının estetik vücut güzelliğini ön plana çıkaran ve benzer pozların Playboy dergisinde de yer aldığını belirten bir habere ilişkin olarak basıldıkları, görünüm ve kompozisyon itibarıyla ar ve haya hislerini rencide eder nitelikte olmadıkları, özellikle cinsi arzuların istismarı maksadıyla yayınlanmadıkları ve küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak mahiyette bulunmadıkları görülmüştür” (Cengiz Otacı, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 234.) Bununla birlikte müstehcenliğin belirlenmesinde tek başına objektif ya da subjektif kriterin esas alındığı kararlar da mevcuttur. Örneğin Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 26.02.1981 tarihli ve 498/504 sayılı kararında “dava konusu yazı içeriği itibarıyla sosyal bir çarpıklığın sakınca ve kötü sonuçlarını belirtmek maksadıyla yayınlanmış olup, cinsel arzuların istismarı maksadıyla yayınlanmadığı” denilmek suretiyle, tek başına subjektif kriteri esas alındığı görülmektedir. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.01.2019) Kanaatimizce de bir ürünün müstehcen olup olmadığı incelenirken değerlendirmenin objektif ve subjektif açıdan birlikte yapılması gerekmektedir. Bu değerlendirme doğrultusunda failin eseri meydana getirirken izlediği amaç ve suçla korunması amaçlanan hukuki değerlerin birlikte incelenmesi gerekmektedir.

<sup>33</sup> Haluk Çolak, **Güncel Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005, s. 284.

Görüleceği üzere doktrinde de müstehcenlik kavramıyla ne anlaşılması gerektiği ve kavramın içerisine nelerin dahil olduğu hususunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Yazarlar ağırlıklı olarak kavramın tanımlanması ve belirli bir sınır içine sokulmasının zorluğundan söz etmekte, net bir müstehcenlik tanımına yer vermektense hangi hallerin müstehcen sayılabileceğinin açıklamaktadır. Çalışmamızda yer verilen bu açıklamalarda müstehcenliğin, edep, utanma, ar, haya, ayıp gibi soyut kavramlarla izah edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu kavramlar genel hatlarıyla birbirine benzer olup, belirtildiği şekilde müstehcenliğin ahlak kavramıyla olan ilişkisini ortaya koymaktadır.

## 2. TCK ve Yargı İçtihatlarında Müstehcenlik Kavramı

Müstehcenlik, 5237 sayılı TCK'nın 226. maddesinde suç olarak düzenlenmekle birlikte madde içerisinde müstehcenliğin tanımı yapılmamış, yalnızca hangi hareketlerin müstehcenlik suçuna sebebiyet vereceği açıklanmıştır. Aynı şekilde tanımlar başlıklı TCK m. 6'da da müstehcenlik tanımının yapılmadığı görülmektedir.

Maddenin gerekçesinde ise “*..Normatif (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*”<sup>34</sup> demek suretiyle müstehcenlik kavramının toplumda egemen olan değer ölçüleri uyarınca belirlenebileceği şeklinde bir açıklamaya yer verilmiş olmakla birlikte, kavrama ilişkin net bir tanıma yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte TCK m. 226'nın gerekçesi ve atıfta bulunduğu hayasızca hareketler suçunun gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde müstehcenliğin “*toplumun sahip olduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun*

<sup>34</sup> “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.” Bkz. **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Edt. Adem Sözüer, Alfa Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 327.

*edep ve ahlak temizliğine saldırı niteliği taşıyan söz ve davranışlar” olduğu* söylenebilecektir.<sup>35</sup> Bu anlamda müstehcenlik, toplumun ar ve haya duyguları ile ortak edep ve ahlak temizliğine aykırılıktır. Belirtilen değerlere aykırılık niteliği taşıyan söz, davranış ve hareketler müstehcen olarak kabul edilmektedir.

5237 sayılı TCK’da olduğu gibi 765 sayılı mülga TCK döneminde de müstehcenliğin suç olarak düzenlendiği TCK m. 426, m. 427 ve 428’de müstehcenliğin tanımı bulunmamaktaydı. Bununla birlikte 12.03.1986 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 3266 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte, müstehcenlik suçunun düzenlendiği belirtilen maddelere müstehcenliğin tespitinde kullanılacak bir kriter getirilmiştir. Bu kriter, müstehcenlikten ne anlaşılması gerektiği sorusuna bir ışık tutmaktadır. Buna göre müstehcen, *“halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı”* olandır. Bir söz, yazı ya da davranışın müstehcen olarak değerlendirilmesi için cinsel arzuları tahrik etmesi yeterli olmayıp, söz konusu tahrikin istismar boyutuna ulaşmış olması gerekmektedir.<sup>36</sup> Yargıtay tarafından mülga TCK döneminde verilen kararlarda da madde metninde yer verilen ölçüte paralel bir biçimde müstehcen bir ürünün toplumun ar ve haya duygularını incitir veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Özbek, müstehcenliğin 5237 sayılı gerekçede yer aldığı şekilde kabulü halinde kavramın sınırlarının ölçüsüz şekilde genişleyeceği ve böylelikle temel hak ve özgürlüklere gereğinden fazla müdahale edileceği görüşündedir. Bu halde örf ve adet kurallarıyla suç yaratılması halinin gündeme gelebileceğini ve bu durumun hem TCK m. 2’ye hem de kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini ileri sürmektedir. (Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 49.)

<sup>36</sup> İstismar, TDK’da sömürmek, birinin iyi niyetini kötüye kullanmak şeklinde açıklanmaktadır. (<http://sozluk.gov.tr/>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.06.2019) Buna göre bir ürün bütünsel olarak ortalama bir kişinin cinsel arzu ve düşüncelerinin sömürülmesine neden olacak şekilde tahrik unsuru barındırıyor ise, ürünün müstehcen olduğu söylenebilir.

<sup>37</sup> “Dava konusu CD’nin mahkemece bizzat izlenmek veya bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle *“halkın arz veya hayat duygularını inciten veya cinsi arzuları istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı” olup olmadığı belirlenmeden, kollukça düzenlenen 7.5.2002 tarihli tutanaktaki açıklama, tespit ve değerlendirmeler benimsenerek suçun oluştuğunu kabul eden Samsun 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 10.6.2002 tarih, 2002/479-435 sayılı ceza kararnamesine vaki itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle reddine karar verilmiş bulunması”* Yargıtay 5. CD., T. 12.12.2002, E.2002/8559, K. 2002/8383. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 5. CD, T. 07.07.2004, E. 2004/499 K. 2004/542., Yargıtay 5. CD, T. 08.02.2007, E. 2006/13422, K. 2007/757, Yargıtay 5. CD., T. 08.11.2004, E. 2004/2896, K. 2004/7163., **Kazancı İhtihat Bilgi Bankası**, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 10.08.2018.

Söz konusu kriter gereği müstehcen olarak kabul edilecek bir ürünün genel ahlaka aykırı olması gerekmektedir. Ancak burada kastedilen spesifik bir genel ahlaka aykırılığıdır. Zira aykırılığın ar ve haya duygularını inciten ya da cinsel arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte olması gerekmektedir. Buna ilişkin olarak YCGK 1996/5-27 E., 1996/45 K., sayılı kararında önüne gelen eseri, görünüm ve kompozisyon itibarıyla ar ve haya hislerini rencide edici nitelikte olmadığı ve özellikle cinsi arzuları istismar amacı olmadığı gerekçesiyle müstehcen bulmamıştır.<sup>38</sup>

Nitekim AYM tarafından verilen 11.02.1987 tarihli ve 1986/12 E., 1987/4 K. sayılı bir kararda da müstehcenliğin sınırları “*Müstehcen yayınların sanat ve kültür yaşamıyla hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Aksine, müstehcende kamu yararına, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırılık ve tecavüz hali vardır.*” olarak açıklanmıştır.<sup>39</sup> Buna göre AYM, müstehcenliğin tespitinde kullanılacak olan kriterleri genel ahlaka, genel sağlığa ve kamu yararına aykırılık olarak belirtmektedir.

Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK’da mülga TCK’dan farklı olarak müstehcenlik kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylelikle 5237 sayılı TCK ile kanun koyucunun müstehcenliğin tespiti noktasındaki takdir yetkisini hakime bırakmış olduğu söylenebilir.<sup>40</sup> Bu düzenleme doktrinde belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>41</sup> Müstehcenliğin yer, zaman ve toplumdan topluma değişen bir kavram olması nedeniyle kanun koyucunun bu yaklaşımı bize göre isabetlidir.<sup>42</sup> Zira 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği dönemde madde metni içerisinde yer verilecek müstehcenlik tanımının zaman ilerledikçe toplumun müstehcenliğe olan bakış açısını karşılamayacak hale gelme ihtimali çok yüksektir.

<sup>38</sup> Otacı, **a.g.e.**, s. 234.

<sup>39</sup> <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.03.2018.

<sup>40</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s.41-42.

<sup>41</sup> Bu durum doktrinde müstehcenlik kavramını muğlak hale getirdiği, müstehcenliğin tespiti noktasında hakim keyfiyeti sonucunu doğurabileceği, bu nedenle en azından madde metni içerisinde müstehcenlikten ne anlaşılacağına belirtilmesi gerektiği yönünden eleştirilmektedir. Detaylı açıklama için bkz. Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 49, Muhtar Çağlayan, **Türk Ceza Kanunu Cilt II**, Ankara,1962, s. 74.

<sup>42</sup> Donay, **a.g.e.**, s. 137.

Bununla birlikte Yargıtay tarafından son dönemlerde verilen kararlarda müstehcenliğin tespitinde sadece hakimin takdir ve değerlendirmesinin yeterli görülmediği, suça konu ürünün müstehcen olup olmadığının belirlenmesi noktasında bilirkişi incelemesi yaptırılmasını bir nevi zorunlu tuttuğu görülmektedir.<sup>43</sup> Kanaatimizce, Yargıtay'ın yaklaşımı doğru değildir. Zira 5271 sayılı CMK'nın 63/1. maddesinde, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi incelemesine gidilmesine karar verilebilir denilmek suretiyle bilirkişi incelemesi yaptırılıp yaptırılmaması hususunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır.<sup>44</sup> Bu nedenle müstehcenliğin tespitine ilişkin olarak her durumda bilirkişi incelemesi yaptırılmasının zorunlu tutulması CMK m. 63/1'e aykırılık teşkil edebileceği gibi bilirkişilik kurumunun özüyle de bağdaşmamaktadır.

Öte yandan her ne kadar 765 sayılı mülga TCK döneminde müstehcenliğin tespitinde kullanılan *“halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı”* şeklindeki kriter 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiş olsa dahi bu kriter, halen Yargıtay tarafından bir eserin müstehcen olup olmadığının belirlenmesi noktasında esas alınmaktadır.<sup>45</sup> Nitekim YCGK tarafından 24.03.2015 tarihinde verilen 2014/14-603 E., 2015/66 K., sayılı kararda<sup>46</sup> *“Bu kavramın varlığının tespitinde, toplumun belli bir kesiminde kabul edilen değer*

<sup>43</sup> “... Sanıktan ele geçirilen davaya konu CD'ler üzerinde usulince bilirkişi incelemesi yaptırılıp sonucuna göre diğer delillerle birlikte, sanığın hukuki durumunun tayini ve takdiri gerekirken eksik soruşturmayla hükme varılması” Yargıtay 14. CD, T. 31.05.2012, E. 2012/5095, K.2012/6275. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 18. CD 13.09.2017 T., 2016/15028 E., 2017/8888 K.; Yargıtay 14. CD 24.02.2012 T., 2012/3914 E., 2014/2199 K; Yargıtay 14. CD, 03.06.2013, 2013/3251 E., 2013/6958 K., **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (Çevrimiçi), 01.12.2018. Söz konusu kararlarda da görüleceği üzere Yargıtay, yargılamaya konu materyalin müstehcen olup olmadığının belirlenmesi noktasında mahkemeler tarafından bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın verilen bazı kararların, eksik soruşturma yapıldığı gerekçesiyle bozulmasına karar vermiştir.

<sup>44</sup> Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 214-217. Önder de müstehcenliğin tespitinin hakim tarafından yapılması gerektiği, hakim, eserin müstehcen nitelik göstermediği hissiyatına varmış ise eserin müstehcen olamayacağı ve bunu belirlemenin bilirkişinin görevi olamayacağı görüşündedir. (Önder, **a.g.e.**, 4. bs, 545.)

<sup>45</sup> “...ayrıca, 15 yaşındaki mağdurun, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden, toplumun sahip olduğu ortak edep duyguları ile yerleşik edep kurallarını incitici nitelikteki müstehcen fotoğrafını, kendisi gibi çocuk olanların yer aldığı whatsapp grubunda paylaşarak onların bu görüntüyü görmelerini sağlayan suça sürüklenen çocuğun TCK'nın 226/5. maddesi ve fıkrasında tanımlanan müstehcenlik suçunu da işlediği” Yargıtay 12 CD, T. 21.03.2018, E. 2017/3888, K. 2018/3191, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Çevrimiçi), Erişim Tarihi :10.08.2018.

<sup>46</sup> <https://www.kararara.com>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:23.12.2018.



yargıları değil, toplumun genelinin ve demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekir. Buna göre suça konu ürünün toplumun ortak edep ve ahlak temizliğine yönelik açık bir saldırı niteliğinde olup olmadığı, özellikle çocukların bu davranışın zararlı etkilerinden korunması gerekip gerekmediği tespit edilip objektif olarak müstehcen olup olmadığı belirlenmelidir.” denilmek suretiyle müstehcenliğin tespitinde ürünün edep ve ahlaka açık bir ihlal oluşturup oluşturmadığı ve üründen çocukların korunmasının gerekip gerekmediğinin tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Buradan yola çıkıldığında, müstehcenlik kavramının genel ahlaka aykırı olduğu noktasında genel bir kabul olduğu söylenebilir.<sup>47</sup> Ancak bu kabul dahi kavramın kesin ve herkes tarafından kabul edilen bir tanımı olduğu sonucunu doğurmamaktadır.<sup>48</sup> Bu durumun başlıca nedenlerinden birini belirtildiği üzere kavramın değişen zamana,<sup>49</sup> toplumdan topluma, toplumu oluşturan kişiler arasında dahi farklı değerlendirilmesi oluşturmaktadır.<sup>50</sup>

Bu noktada cevaplanması gereken sorulardan birisi de müstehcenliğin tanımına kanunda açıkça yer verilmesinin gerekli olup olmadığıdır. Kanunda açıkça müstehcenlik nedir sorusunun cevabı yer almalı mıdır? Yoksa bu konu her somut olayda ayrı ayrı incelenip değerlendirilecek şekilde hakimnin takdirine mi

<sup>47</sup> Donay, a.g.e., s. 130.

<sup>48</sup> Buna ilişkin olarak Amerikan hukukunda “... başka hiçbir suçu tanımlamak, bir suç olarak müstehcenliği tanımlamak kadar zor olmamıştır.” denilmektedir. Bkz. Richard G. Lillie, **Obscenity Law – Politics, Morality, Free Speech and The Struggle To Define Obscenity**, Thesis of Doctorate, Case Western Reserve University, s.2, 1990. Yine Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıcı Potter Stewart, “onu tanımlayamam fakat gördüğüm zaman tanıyabilirim” ifadeleriyle müstehcenlik kavramının tanımının yapılmasının ne denli güç olduğuna dikkat çekmiştir. (Yürüşen, a.g.e., s. 216).

<sup>49</sup> İ.Ö. 3000 yılında cinsellik, Sümer medeniyeti tarafından yaşamın doğal bir parçası olarak görülmekteydi. Bu anlayıştan kaynaklı olarak, Sümer döneminden kalan eserlerde cinsel birleşme şekilsel bir biçimde tasvir edilebilmiştir. Bununla birlikte 1815 yılında Amerika Birleşik Devletleri tarafından müstehcenlik hakkında olan ilk davada (*Commonwealth v. Sharpless*), edepsiz bir biçimde kadın ve erkek resminin gösterilmesi genel ahlaka aykırı olarak kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Timuçin Köprülü, “Müstehcenlik”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Aralık, 2008, s. 28.

<sup>50</sup> Bu yaklaşıma benzer olarak AİHM, *X/Birleşik Krallık* kararında müstehcen yayınların önlenmesi konusunda bir Avrupa Konsensüsünün olduğunu ve fakat yasaklamanın ne boyuta kadar olacağı hususunun ulusal otoritelerin inisiyatifine bırakıldığı, bu kapsamda Sözleşmeciler devletlerden birinde yayınlanmasına izin verilen bir yayının Sözleşmeye taraf diğer devletler bakımından da serbest olacağı anlamına gelmeyeceği, her devletin aynı ahlak standardını benimsemek zorunda olmadığını vurgulamıştır. (*X/Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 7308/75, 12.10.1978. Kararın orijinal metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.03.2018)

bırakılmalıdır? Doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Özbek, kavramın tanımına kanunda yer verilmemesinin müstehcenliği muğlak bir hale getirdiğini ve madde içerisinde en azından müstehcenlikten ne anlaşılabileceğine yer verilmesi gerektiği görüşündedir.<sup>51</sup> Donay ise müstehcenlik tanımının kanunda açıkça yer almasının kavramın değişken yapısına uygun düşmeyeceği ve uygulamada zorluklara yol açabileceği gerekçesiyle uygun görmemiştir.<sup>52</sup> Kanaatimizce de kavramın belirtildiği şekilde değişkenlik gösteren özelliği gereği kanunda tanımının yer alması ilerleyen dönemlerin ihtiyaçlarını karşılayamama riskini beraberinde getirmektedir. Bu bakımdan bize göre kanun koyucunun yaklaşımı isabetlidir.

Sonuç itibarıyla doktrinde ve Yargıtay kararlarında yer verilen açıklamalar ışığında bir müstehcenlik tanımı yapılması gerekir ise müstehcenliğin, *“kişinin cinsel his ve duygularına yönelen, bu hissi rencide ve tahrik edici nitelikte olan ve maruz kalan kişinin edep duygusunu rahatsız eder mahiyette ahlaka aykırı olan”* anlamına geldiği söylenebilir.

### 3. Müstehcenliğin Cezalandırılabilirliği

Müstehcenliğin kapsamını genel olarak belirledikten sonra değerlendirilecek olan diğer bir husus, müstehcenliğin neden cezalandırıldığıdır. Bu kapsamda müstehcenliğin cezalandırılma gerekçesi olarak, yukarıda ifade edildiği şekilde müstehcen ürünlerin toplumların ahlak anlayışına aykırı olması ve devletlerin suç politikaları gereği ahlak anlayışının korunmasındaki yararın, ahlaki değerlere aykırı olan müstehcen yayınların yasaklanması neticesinde meydana gelecek zarardan daha önemli görülmesi olduğu söylenebilir.<sup>53</sup> İleri sürülen bir diğer görüş, müstehcen ürünlerin çocuklar üzerinde bıraktığı etki ve gelişimlerine zarar veriyor olduğu

<sup>51</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 199.

<sup>52</sup> Donay, **a.g.e.**, s. 137.

<sup>53</sup> Robert Trager, Donna L. Dickerson, **Freedom of Expression in the 21 st Century**, Pine Forge Press: Oakland, California, 1999, s. 119.; Melih Yürüşen, “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Edt. Bekir Berat Özipek, Ankara, 2003, s. 201.

yönündeki değerlendirmedir.<sup>54</sup> Ayrıca müstehcen ürünlerin özellikle cinsel suçları işleme eğiliminde olan kişileri tetiklediği, teşvik ettiği ileri sürülmektedir.<sup>55</sup> Buna paralel olarak müstehcenliğin tecavüz, şiddet, ayrımcılık gibi toplum dışı davranışları tetiklediği ve bu nedenle denetlenmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>56</sup> Diğer bir neden olarak ise müstehcen materyallerin kültür ve medeniyete, kişilerin yaşam kalitesine yaptığı olumsuz etki gösterilmektedir. Bu görüşe göre müstehcen ürünler toplumun yaşam kalitesini düşürerek çirkinleştirir ve kentsel çürümeye yol açar.<sup>57</sup>

Müstehcenliğin cezalandırılmaması gerektiğini savunanlar ise bu görüşlerini; müstehcen yayınların suç işlemeyi teşvik etmekten ziyade sapık eğilimler gösteren kişilerin fantezi düzeyinde tatmin olmalarını sağlayarak, bu türden eylemleri önlemeye katkıda bulunduğu<sup>58</sup> ve müstehcen yayınların kullanılmasının başkalarına zarar veremeyeceği, başkalarına zarar vermeyecek olan faaliyetlerin devletlerin düzenleme alanına girmemesi<sup>59</sup> gerektiğine dayandırmaktadır.

Müstehcenliğin cezalandırılması noktasında Türk hukukunda iki farklı yaklaşımın varlığından söz etmek mümkündür. Bunlardan birincisi, kanunda müstehcenliğin tanımına yer vermek ve bu tanım doğrultusunda bir ürünün müstehcen olup olmadığına karar vermek olup, diğeri ise müstehcenliğin tanımına yer vermeksizin bu konudaki takdiri hakime bırakmak şeklindedir.<sup>60</sup> Belirtildiği şekilde 765 sayılı mülga TCK'nın 426. maddesinde 12.03.1986 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 3266 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte, müstehcenlik tanımının tespitinde kullanılması gereken bir kriter düzenlenmiştir. Bu bakımdan mülga TCK'da kısmen de olsa kanun koyucunun bahsi geçen

---

<sup>54</sup>Kasım Karagöz, “İfade Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2004, s. 27.

<sup>55</sup> Yürüşen, a.g.e., s. 202., Dönmezer, a.g.e., s. 198.

<sup>56</sup>A.W.B. Simpson, “Obscenity and The Law”, **Law, Morality and Rights**, ed. M.A. Stewart, Springer Netherlands, 1983, s. 248.

<sup>57</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 28.1964 tarihli ve 1963/128 E.,1964/8 K., sayılı kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S:2, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1991, s.43-51. [https://www.anayasa.gov.tr/media/4921/kd\\_02.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/4921/kd_02.pdf), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:03.02.2018.

<sup>58</sup> Milton Diamond, Eva Jozifkova, Petr Weiss, “Pornography and Sex Crimes in the Czech Republic”, **Springer Arcihves of Sexual Behaviour**, S.40, 2011, s. 1042.

<sup>59</sup> Karagöz, a.g.e., s. 30.

<sup>60</sup> Dönmezer, a.g.e., s. 237

yaklaşımlardan birincisini tercih ettiği söylenebilir. 5237 sayılı TCK döneminde ise söz konusu kriter madde metninden çıkarılmış ve böylelikle müstehcenliğin tespiti ve cezalandırılması noktasındaki takdir yetkisi hakime bırakılmıştır.

## **B. Müstehcenlik İle İlgili Kavramlar**

### **1. Ahlak, Ahlak İle Hukuk Arasındaki İlişki ve Genel Ahlak**

Ahlakın sözlükteki karşılığı “bir toplum içinde kişilerin uymak zorunda oldukları davranış biçimleri ve kuralları” şeklindedir.<sup>61</sup> Bu anlamda ahlak kavramı değer yargılarıyla ilişkilidir. Değer yargıları ise insanların olgulara yükledikleri niteliklere bağlı olarak, dış dünyayı algılayıp değerlendirmesi neticesinde ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle göreceli bir kavram olup net bir tanımının yapılması oldukça zordur. En genel anlamıyla ise ahlak kavramının iyi ve kötü hakkında oluşan değer yargılarına göre yapılması ve yapılmaması gereken davranışlara ilişkin kurallar bütünü olduğu söylenebilir.<sup>62</sup> Toplumu oluşturan bireylerin iyi veya kötü saydığı şeyler, bireylerin büyük bir çoğunluğu tarafından benimsenip paylaşılnca toplumsal değer veya ahlak oluşmaktadır.<sup>63</sup> Bu kurallar toplumu oluşturan kişilerin davranışları üzerinde uyulması gerektiğine ilişkin bir kanaat oluşturmaktadır. Bu yönüyle ahlak kuralları yapılması ve yapılmaması beklenen davranışları düzenleyerek insanların bir arada yaşamasını sağlamaktadır.<sup>64</sup>

İlk çağlardan bu yana insanlar hayatta kalabilmek ve ihtiyaçlarını karşılayabilmek adına bir arada yaşama ihtiyacı duymuş, bu ihtiyaç ise bir düzenin sağlanması gerekliliğini beraberinde getirmiştir. Hukuk kuralları henüz var olmadan ve devletlerin günümüzdeki anlamıyla bir yapıya kavuşmasından önce dahi insanlar, çeşitli kurallara riayet ederek bir arada yaşamıştır. Bu dönemde toplumsal yaşama düzeni, ahlak, örf ve adet ve dini inançlara dayalı kurallarla sağlanmıştır. Geçmiş dönemlerde ahlak kuralları olarak benimsenen bu değerler, günümüzdeki hukuk

<sup>61</sup> <http://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.06.2019.

<sup>62</sup> Oya Aydın, “Genel Ahlak Hukuk ve Cinsellik”, **Mülkiye Dergisi**, S. 37-4, Ankara, 2013, s. 139.

<sup>63</sup> Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 11. bs., 2016. s. 548.

<sup>64</sup> Ayşe Seda Koyuncu Gülseven, “Genel Ahlak ve İfade Özgürlüğü”, **İnsan Hakları Çalışma Metinleri X**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, Ankara, 2008, s. 3.

anlayışının temellerini ortaya koymuştur. Bu nedenle hukuk kurallarının çoğunun ahlak kurallarından esinlenerek oluşturulduğunu, ahlaki emir ve yasakları düzenlediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira hem ahlak kuralları hem de hukuk kuralları kişilere toplumsal hayatta ne şekilde davranmaları gerektiğine ilişkin sorumluluklar yüklemektedir.<sup>65</sup> Ahlak kuralları arasında yer alan başkasına zarar vermeme kuralı, pek çok ceza normunun ahlaki yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern ceza hukuku anlayışına göre suç olarak kabul edilen eylemlerin pek çoğu ahlaken de kınanan eylemler olup,<sup>66</sup> hukukun ideali olan adalet kavramı, ahlaktaki iyi kavramında karşılığını bulmaktadır.<sup>67</sup> Örneğin adam öldürme eylemi kanunen suç olmakla birlikte aynı zamanda ahlaka da aykırıdır. Bu anlamda her iki kavram arasında bir amaç ve bazı durumlarda konu ve içerik birliği olduğundan söz edilebilir.

Ahlak kuralları hukuka uygun davranışları destekleyerek yardımcı olmaktadır. Zira hukuka uygun bir davranış aynı zamanda ahlaken de uygun görülen bir davranıştır. Ayrıca hukuk kuralları, bireyin ahlaka uygun kararlar alabilmesini sağlayacak özgür bir ortam sağlayarak bireylerin ahlaki değerlerine uygun şekilde yaşamalarına yardımcı olmaktadır. Ahlak kuralları ise değer yargıları sebebiyle kişilere bazı görevler yüklemektedir.

Hal böyle olmasına rağmen her iki kavramın birbirinden ayrıldığı noktalar da mevcuttur. Aralarındaki temel fark, hukuk kurallarına aykırı davranılması halinde uygulanacak olan müeyyide yani, hukukun sahip olduğu yaptırım gücüdür. Bir diğer fark ise hukukun bireyin dışarıya yönelik davranışlarına ilişkin olmasıken<sup>68</sup>, ahlak

---

<sup>65</sup> Elif Eren, “Değer Yargılarının Anayasallaşması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 10. Örneğin temel ahlak kurallarından biri olan zor durumdaki kişilere yardım etme eylemi, hukuktaki karşılığını 5237 sayılı TCK’nın 98/1. maddesinde “Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği müddetçe yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır” maddesinde bulmaktadır.

<sup>66</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 147.

<sup>67</sup> Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 1776, İstanbul, s. 81.

<sup>68</sup> Nihat Bulut, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, C.IV, S.1-2, Erzincan, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2000, s. 31.

her alana yönelik kuralları düzenlemektedir. Yani hukuka nazaran ahlakın kapsamı çok daha geniştir. Düşünce dahi ahlaka aykırılık olarak nitelendirilebilir. Hukuk kuralları toplumsal bir düzenin kurulmasını hedeflemekte olup; ahlak, şahsa ilişkindir. Ahlaka aykırı olarak kabul edilen pek çok eylem suç olarak karşılığını bulmadığı gibi, herhangi bir ahlaki temele dayanmamasına rağmen kanunlarda suç olarak düzenlenmiş pek çok hüküm bulunmaktadır. Örneğin park etmenin trafik güvenliğini tehlikeye sokmayacak şekilde gerçekleştirilmesi yükümlülüğünde ahlaki açıdan bir gereklilikten bahsetmek olası değildir. Hukukun bu alanlara müdahalesi daha çok bir düzen yaratmak istemesinden doğmaktadır.<sup>69</sup>

Hukuk bireylerin hak ve ödevlerini düzenler ancak bireyin somut vicdanıyla belirlediği davranış biçimlerini, hukuk normlarına aykırı olmadığı müddetçe kapsamına dahil etmez. Hukuk kuralları somut, belirgin ve öngörülebilir iken ahlak kuralları kişiden kişiye, topluma ve zamana göre değişkenlik gösteren bir niteliğe sahiptir. Bu açıklamalar ışığında ahlakın bireyler arasındaki ilişkilerde davranışlara ilişkin belirli bir grupta, belirli bir zamanda ya da genel olarak geçerli olan, geçerli olması istenilen değer yargılarının bütünü olduğu söylenebilir.<sup>70</sup>

Ahlak kavramı hukuksal alana genel ahlak biçiminde formüle edilip taşınarak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir ölçüt olarak kullanılmaktadır.<sup>71</sup> Bu yönüyle genel ahlak, gerek Türk hukukunda gerek uluslararası sözleşmelerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma nedeni olarak benimsenmiş olması nedeniyle büyük bir önem taşımaktadır. Ne var ki genel ahlak kavramı değer yargısı içerdiğinden kişisel değerlendirmelerle farklı neticelere ulaşılabilmesi mümkündür.<sup>72</sup> Bu durum temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında keyfiyete varabilecek bir alan doğurması nedeniyle endişe uyandırmaktadır. Bu nedenle genel ahlakın kavramsallaştırılarak sınırlarının dikkatli çizilmesi, toplumun büyük bir kısmına

---

<sup>69</sup> Eren, a.g.e., s. 13.

<sup>70</sup> Ionna Kuçuradı, “Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları”, **Uludağ Konuşmaları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, s. 33.

<sup>71</sup> Nihat Bulut, a.g.e., s. 29.

<sup>72</sup> Koyuncu, Gülseven, a.g.e., s. 4. AİHM, *Müller ve diğerleri/İsviçre* kararında, ahlakın niteliğinin bir ülke sınırları içerisinde dahi çeşitlilik gösterebileceği ve bu nedenle ahlakın gereklilikleri konusunda Avrupa konsensüsünün bulunmadığına dikkat çekmektedir. (*Müller ve diğerleri/İsviçre*, Başvuru Numarası:100737/84, Karar Tarihi: 24.05.1988, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57487>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.03.2018)

hakim ahlaki değerleri koruma endişesi içerisinde temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmaması gerekmektedir.<sup>73</sup>

Genel ahlak kavramının mevzuatımızdaki yerine AYM tarafından 28.01.1964 tarihli kararındaki “*belirli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir kavram*” tanımı ışık tutmaktadır.<sup>74</sup> Buna göre genel ahlak kavramının ilk unsuru zamandır. Yani genel ahlak, değişen zaman ve beraberinde getirdiği koşul ve şartlara göre biçimlenebilir. Örneğin bundan 50 yıl önce müstehcen olarak değerlendirilerek genel ahlaka aykırı bulunan pek çok hareket günümüzde müstehcen addedilmemektedir. İkinci unsuru ise genel ahlakın toplumu oluşturan kişilerin büyük çoğunluğu tarafından göz önüne alınması yani nicelik unsurudur. nc unsur, bu değerlerin toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmesidir. Son olarak AYM genel ahlak kurallarının anlaşılabilir olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>75</sup>

AYM’nin tanımından yola çıkılarak genel ahlaki belirli bir toplumda, belirli bir zamanda toplum üyelerinin büyük bir çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerlerin asgarisi olarak açıklamak mümkündür.<sup>76</sup> Bu anlamda genel ahlak, belirli bir yer ve zamanda belirli bir toplumda kabul görmüş kuralları oluşturan ahlaki değerlerin en temel halidir ve bu yönüyle toplumun manevi yönünü temsil etmektedir.<sup>77</sup> Ancak bu tanım, genel ahlak kavramının neleri kapsadığı ya da hangi durum ve koşullarda temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında ölçüt olarak

<sup>73</sup>Ertaş, a.g.e., s. 201.

<sup>74</sup><https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (evrimii), Erişim Tarihi:10.01.2019.

<sup>75</sup>Bulut, Anayasa Mahkemesi tarafından genel ahlakın kamu düzeni kavramına yaklaştırılarak açıklanmaya çalışıldığı görüşündedir. Bkz. Bulut, a.g.e., s. 33. Aksi yönde bir görüşe göre ise, genel ahlak toplumun manevi yönü ve etik çatısına ilişkin olup, kamu düzeni ise toplumsal düzenin maddi dayanaklarını oluşturmaktadır. Bu yönüyle iki kavram birbirinden ayrılmaktadır. (Oktay Uygun, **1982 Anayasasında Temel Hak ve zgrlklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak**, İstanbul, 1992, s. 131 akt. zbek, a.g.e., s.41) Gerçekten de Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 28.01.1964 tarihli ve 1963/128 E., 1964/8 K., sayılı kararda kamu düzeni, “*toplumun huzur ve skununun 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*” şeklinde açıklanmaktadır. Bu tanımdan yola çıkılarak kamu düzeni kavramının genel ahlak kavramını da kapsayan bir st kavram olduğu ifade edilebilir. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a34330a1-f933-4562-9605-66c572f1daa6?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, (evrimii), Erişim Tarihi:11.01.2019)

<sup>76</sup> İbrahim Kaboğlu, **Kolektif zgrlkler**, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s. 137.

<sup>77</sup> Bulut, a.g.e., s. 33.



kullanıldığını açıklamaya yetmediği gibi, kavramın zamana, yere, topluma göre değişkenlik gösterdiği gerçeğini de ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle genel ahlak kavramının neleri kapsadığı ve neyle ilgili olduğunun incelenmesi gerekmektedir.

Genel ahlak, kişisel ahlaaktan farklıdır. Kişisel ahlak kavramı, kişinin doğduğu sosyo-kültürel ortam, aile yapısı gibi pek çok faktörden etkilenecek oluşmaktadır. Oysaki genel ahlak, toplumu oluşturan kişilerin ortak değer yargılarına yönelik olduğundan kişisel ahlakın üzerindedir. Genel ahlakın toplumu oluşturan kişilere yansıyan görünümü, kişisel ahlakı oluşturmaktadır. Bu anlamda kanun koyucu kişisel ahlakı değil, toplumun ortak değeri haline gelmiş genel ahlakı korunması gereken bir hukuki değer olarak kabul etmektedir.<sup>78</sup> Zira devletlerin ilgi ve eylem alanını kişilerin içe yönelik ahlak yargıları ve düşünceleri değil, dışa yönelen davranışları oluşturmaktadır. Aksinin kabulü, ahlakın kişiden kişiye göre değişebilen soyut bir kavram olması nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin ölçüsüz bir biçimde kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Bu ayırımın hakim tarafından yapılması gerekmektedir.

Genel ahlak, gerek 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda<sup>79</sup> gerekse de Türkiye'nin tarafı olduğu AİHS'de<sup>80</sup> temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma

<sup>78</sup> Faruk Erem, "Müstehcenlik", **Yargıtay Dergisi**, C:X, Sa. 1-2, S. 102-106, s. 103.

<sup>79</sup> Anayasa'da düzenlenen Özel Hayatın Gizliliği (m. 20/2); Konut Dokunulmazlığı (m. 21); Haberleşme Hürriyeti (m.22); Basın Hürriyeti (m.28/7); Basın Araçlarının Korunması (m.31/2); Dernek Kurma Hürriyeti (m. 33/3); Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı (m. 34/2); Sendika Kurma Hakkı (m. 51/2); Duruşmaların Açık ve Kararların Gerekçeli Olması (m. 141/1) Hakkı, genel ahlakın korunması gerekçesiyle kısıtlanabilir. Bu sınırlandırmanın Anayasa'nın 13. maddesi gereği temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak getirilecek sınırlamaların kanunla yapılması ve Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olması gerekmektedir.

<sup>80</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan Adil Yargılanma Hakkı (m. 6/1); Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı (m. 8/2); Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkı (m. 9/2); İfade Özgürlüğü Hakkı (m. 10/2); Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü Hakkı (m. 11) genel ahlakın korunması gerekçesiyle kısıtlanabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından AİHS'te korunan temel hak ve özgürlüklere taraf devletlerce yapılan müdahalenin meşru olup olmadığının incelenmesi sırasında bazı kriterlerden yararlanılmaktadır. Bunlar; müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği ve hukukilik şartını sağlayıp sağlamadığı, müdahalenin sınırlandırma ölçütlerine yani meşru amaçlara uygun olup olmadığı ve sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı şeklindedir. (Haydar Burak Gemalmaz, "13. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimi- Sınırlama ve Güvence İlkeleri Yeni Anayasa Çalıştayı", s.369, <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2013/12/haklar4b1n->



nedeni olarak ele alınmıştır. Yine TCK'nın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının yedinci bölümünde "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" düzenlenmiş olup, buna göre çalışmamızın konusunu oluşturan "Müstehcenlik", "Hayasızca Hareketler", "Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama", "Dilencilik" genel ahlaka aykırı suçlar olarak nitelendirilmiştir. Bu anlamda mevzuatımızda genel ahlak kavramını korunması gereken bir hukuki değer olarak benimsendiği söylenebilir. Genel ahlaka aykırı suçlarda ahlakın kapsadığı tüm değerler değil, ancak kaçınılmaz bir şekilde korunması gerekli olan asgari değerlerin, suç ile korunması düşüncesi ortaya çıkmakta olup, genel ahlakı koruma düşüncesi de kendini bu noktada ortaya çıkarmaktadır.<sup>81</sup> Burada önemli olan hakkın özüne dokunmamak ve demokratik toplum düzeni gerekliliklerinin dışına çıkmamaktır.<sup>82</sup> Hakim önüne gelen bir olayda genel ahlakın ihlal edilip edilmediğini saptarken yalnızca toplumun korumayı hedeflediği yerel değerleri değil, çağdaş kıstasları da esas almalı ve demokratik hukuk devleti kavramı içerisinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu yönüyle genel ahlak kavramı temel hakların özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getirme sonucunu yaratmamalıdır.<sup>83</sup>

Çalışmamızın konusunu oluşturan müstehcenlik suçu, 5237 sayılı TCK'da genel ahlaka karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Buradan hareketle kanun koyucunun müstehcenliği genel ahlaka aykırı olmasından hareketle cezalandırdığı yani genel ahlakın bu suç tipi yönünden korunan hukuki değer olarak belirlendiği söylenebilir. Doktrinde bir görüşe göre genel ahlakın korunan hukuki değer olarak benimsenmesi ceza hukukunun gelişimine aykırıdır.<sup>84</sup> Genel ahlakın esnek yapısı

---

[sc4b1nc4b1rlanc4b1rc4b1lmasc4b1-anayasa-teblic49fi-hbg.pdf](#),  
(Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.12.2018.)

(Çevrimiçi),

Erişim

Sözleşme gereği taraf devletler genel ahlak konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu durum, devletlere tanınan yetkinin sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Taraf devletlerce genel ahlakın korunması gerekçesiyle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmalar, sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı yönünden incelenmektedir.

<sup>81</sup> Ay, a.g.e., s. 46.

<sup>82</sup> Gülseven, a.g.e., s. 15. Anayasa Mahkemesi'ne göre hak ve özgürlükleri sınırlandıran tedbirlerin, toplumsal bir ihtiyacı karşılamaya yönelik ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olması gerekmektedir. Aksi durum demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine aykırılık oluşturacaktır.

(Anayasa Mahkemesi-Bekir Coşkun Başvurusu, Başvuru No:2014/12151, Karar Tarihi:04.06.2015, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e9014968-b510-48f4-b808-87726a1add8d?wordsOnly=False> , Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.11.2018)

<sup>83</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 42.

<sup>84</sup> y.a.g.e., s. 43.

gereği soyut değer yargılarından ibaret olması, toplumdan topluma ve hatta aynı toplumun üyeleri arasında dahi farklı ahlak anlayışları olmasının kanun koyucuya geniş hareket özgürlüğü sağladığı ve bu durumun temel hak ve özgürlükler açısından tehlike oluşturduğu, genel ahlak kavramının bilgiye dayalı olmaması nedeniyle ceza normlarının ihlal edilip edilmediği değer yargılarının egemen olduğu genel ahlak kavramına başvurularak belirlenmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>85</sup>

Hukukun üstünlüğünün benimsendiği devletlerde, bu ilkenin bir gereği olarak ceza normlarının kanunilik ilkesine uygun olması gerekmektedir. Bu noktada unutulmaması gereken bir diğer husus ise devletlerin suç politikası ve siyasi rejimleridir. Kanaatimizce devletler, suç politikaları gereği genel ahlak kavramını korunması gereken bir hukuki değer olarak benimseyip yasal mevzuatlarında bu kapsamda düzenleyebilir. AİHM’de genel ahlakla ilgili olarak getirilebilecek sınırlandırmaların devletlerin yasal mevzuatlarında yer alabileceğini benimsemektedir.<sup>86</sup> Ne var ki AİHM içtihatlarında da önemle vurgulandığı şekilde genel ahlaka aykırılığı cezalandırmayı amaçlayan ceza normlarının bilgisel bir özelliğe sahip olması, kavrama yüklenecek anlamın ön yargılardan, kişisel düşünce ve belirli gruplara ait değer yargılarından uzak olması gerekmektedir.<sup>87</sup> Ancak bu şekilde demokratik hukuk devleti sınırları içerisinde hakkın özüne dokunmaksızın bir sınırlandırma yapılabilir. Netice itibarıyla korunması gereken bir hukuki değer olan genel ahlakın; keyfi olmaması, belirli bir grubun önyargılarına ya da kişisel düşüncelerine dayanmaması, kanunilik, belirlilik ve ölçülülük ilkelerine aykırı

---

<sup>85</sup> y.a.g.e., s. 43.

<sup>86</sup> *Handyside/Birleşik Krallık* kararında AİHM tarafından genel ahlak kavramının bir sınırlandırma ölçütü olarak belirlenmesi, ayrıca temel hak ve özgürlükler ile ahlak kavramı arasındaki dengenin belirlenmesi noktasında önemli değerlendirmeler yapılmıştır. Mahkeme, ahlakın korunması amacıyla yapılacak müdahaleler noktasında ahlak kavramının zamana ve yere göre değişken olması nedeniyle evrensel olamayacağından hareketle Sözleşmeciler devletlerin genel ahlak konusunda farklı yaklaşımlarda olmasını kabul etmekte ve devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ön görmektedir. Öte yandan devletlere tanınan bu yetkinin sınırsız olmadığına dikkat çeken Mahkeme, üye devletler tarafından gerçekleştirilecek müdahaleleri ancak demokratik toplum gereklerine uygun olması, yasayla düzenlenmesi yani öngörülebilir olması halinde kabul edilebilir olarak değerlendirmektedir. Nitekim Mahkeme bu yaklaşımını Müller/İsviçre ve Chorrer/Avusturya kararlarında da sürdürmüştür. (Osman Doğru, **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, C.I., İstanbul Barosu Yayınları, 1998, s. 11, 101., Doğru, a.g.e, C.2, s. 370.) *Handyside/Birleşik Krallık* ve *Müller/İsviçre* kararları hakkında ayrıntılı bilgi için çalışmamızın “AİHS ve AİHM İçtihatları Kapsamında Müstehcenlik ve Sanat Özgürlüğü” başlıklı bölümüne bakılabilir.)

<sup>87</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 42.

olmaması ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir biçimde belirlenmesi gerekmektedir.<sup>88</sup>

## 2. Hayasızca Hareket

Haya; utanç, utanma ve sıkılma<sup>89</sup> anlamına gelmektedir. Buradan yola çıkılarak hayasızca hareket kavramının utanma duygusu oluşturan, sıkıntı yaratan eylemler anlamına geldiği söylenebilir. Hayasızca hareket, 5237 sayılı TCK'nın genel ahlaka karşı suçlar başlıklı yedinci bölümünün 225. maddesinde suç olarak düzenlenmiş olup, korunmak istenen hukuki değer, toplumun genel ahlak duygusudur.<sup>90</sup> Maddenin üst başlığı hayasızca hareketler olup, madde metni içerisinde alenen cinsel ilişkide bulunma ve teşhircilik eylemlerinin hayasızca hareket olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Kanunun gerekçesine<sup>91</sup> göre madde metninde yer alan cinsel ilişki, cinsel arzusunun tatminine ilişkin olarak şehvet saikiyle gerçekleştirilebilecek rızaya dayalı her türlü davranış şekli, teşhircilik deyimiyle kastedilen ise korunması amaçlanan hukuki değer ihlaline sebebiyet verecek şekilde cinsel organları gösterme hareketleridir. Hayasızca hareketler suçunda cinsel ilişkide bulunma eyleminin

<sup>88</sup> y.a.g.e, s. 43.

<sup>89</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (çevrimiçi), Erişim Tarihi:30.01.2019.

<sup>90</sup> Özen İnci, “Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVI., S:2-2, 2017, s. 23.

<sup>91</sup> “Madde metninde, toplumun sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlâk temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takınılan durumlar suç olarak tanımlanmıştır. Bu hükme göre, genel olarak edep ve iffete saldırı niteliği taşıyan davranışlar, suç oluşturmaktadır. Böylece, halkın ar ve haya duygularının, toplumun ortak edep ve ahlâk temizliğinin korunması amaçlanmıştır. Bu suretle toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları, edep töreleri korunmakta ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketler yasaklanmaktadır. Hayasızca hareketlerin cezalandırıldığı bu suç tanımında, bu kavrama açıklık getirmek amacıyla, “alenen cinsel ilişkide bulunmak” ve “teşhircilik” ifadeleri kullanılmıştır. Madde metninde geçen cinsel ilişki, cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik her türlü davranışı ifade etmektedir. Teşhirciliğin konusu, kişinin cinsel organlarından ibaret değildir. Vücut bölgelerinin, madde metniyle korunması amaçlanan hukuki değeri ihlâl niteliğindeki teşhiri, bu suçun oluşumuna neden olacaktır. Bu davranışların suç oluşturabilmesi için, alenen gerçekleşmesi gerekir. Aleniyet için aranan ölçüt, gerçekleştiği koşullar itibarıyla fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır.” ([www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.03.2018)

kendisi değil, alenen gerçekleştirilmesi suç olarak düzenlenmiştir.<sup>92</sup> Aleniyet kavramının tanımına ise kanunda yer verilmemiş olup, bu konuda doktrin ve uygulamaya bakılması gerekmektedir. Bu anlamda aleniyetin varlığından söz edilebilmesi için hareketin gerçekleştiği koşullar bakımından belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanması yahut algılanabilir olması gerekmektedir.<sup>93</sup>

Doktrinde aleniyet koşulunun ne zaman oluştuğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre herkese açık yerlerde yapılan hareketler her durumda bu koşulu sağlamaktadır. Hareketin görülebilme imkanının olup olmadığı önemsizdir. Park, cadde vb., herkesin girebileceği yerlerde o sırada kimsenin olmaması ya da gece olmasının bir önemi bulunmamaktadır.<sup>94</sup> Bir diğer görüşe göre hayasızca hareketin herkese açık yerlerde veya özel bir yerde yapılmasında bir farklılık olmayıp, önemli olan bu tür hareketlerin başkaları tarafından görülebilir yahut fark edilebilir nitelikte olması gerekliliğidir.<sup>95</sup> Son görüşe göre ise herkese açık olan yerlerde aleniyet koşulunun incelenmesinde her somut olay yönünden eylemin gerçekleştirildiği mevsim, hareketin meydana geldiği saat, hareketin gerçekleştirildiği yer, failin almış olduğu tedbir vb. hususların bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>96</sup> Aleniyet unsurunun tespitinde önemli olan

<sup>92</sup> Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.IV, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 3366.

<sup>93</sup> “Sanık Hüseyin’in devriye gezen polis ekibi tarafından, Çakırlar Korusu denilen ağaçlık alanda diğer sanık Elmas’la cinsel ilişki halinde yakalanmalarına göre, keşif yapılarak olay yerinin herkes tarafından görülüp görülmeyeceği ve aleniyet unsurunun oluşup oluşmadığı saptanmadan eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yargıtay 5. CD, T. 23.10.2003, E. 2002/6167, K. 2003/5317, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Erişim Tarihi:26.03.2019)

<sup>94</sup> Sulhi Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler (5)**, s. 167, 171, 174 akt. Zeynel, T. Kangal, “Hayasızca Hareketler Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, İstanbul, 2019, s. 22.

<sup>95</sup> Kangal, a.g.e., 23.

<sup>96</sup> Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. bs., İstanbul, s. 519. Yargıtay da aleniyet koşulunun her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. “Dosyada mevcut 25.02.2007 tarihli tutanağın münzileri olan polis memurları A.D. ve A.Y.’ın tekrar çağrılıp, olay gecesi olay yerinde olay mahalini aydınlatabilecek durumda sokak lambaları ya da başkaca ışık kaynağı bulunup bulunmadığı, otomobil içerisinde oral seks yaptırdığı belirtilen sanık N.’yi bu durumdayken ne kadar bir mesafeden görüp bu eylemi farketdiklerinin sorulup, gerektiğinde olay mahallinde olay saatine uygun bir zamanda tatbiki keşif yapmak suretiyle olayda aleniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin kesin bir biçimde belirlendikten sonra tüm verilerle birlikte sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken bu hususlar yerine getirilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması” (Yargıtay 14. CD., T. 21.09.2012, E.2011/11725, K.2012/8781, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:30.01.2019)

görülebirliliktir.<sup>97</sup> Özel bir yerde de eğer kişiler tedbir almaz ve gerçekleştirilen cinsel ilişki üçüncü kişiler tarafından görülebilir halde ise suçun oluştuğundan söz edilebilir.<sup>98</sup>

Teşhircilik ise ahlak, ar ve haya duygularına zarar verecek şekilde belirsiz bir yahut birden fazla kişiye vücudun mahrem sayılan bölgelerini sergilemek olarak açıklanmaktadır.<sup>99</sup> Tanımdan anlaşılacağı üzere teşhirciliğin cinsel nitelikte olması gerekmektedir. Mahrem bölgelerden kasıt, insan vücudundaki başka kişilerde cinsel arzu, utanç ya da tiksinti uyandırabilecek olan cinsel bölgeleridir.<sup>100</sup> Bu anlamda cinsel organın sergilenmeyip örneğin iç çamaşırıyla dolaşılması teşhircilik olarak değerlendirilmemektedir.<sup>101</sup>

Cinsel ilişkide olduğu gibi teşhirciliğin hayasızca hareket olarak değerlendirilmesi için aleni olması gerekmektedir. Cinsel organı sergileme davranışının dışarıdan görülebilirlik kabiliyeti yoksa teşhircilik olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Hareketin meydana geldiği yer de teşhirciliğin tespitinde önem taşımaktadır. Örneğin bir kişinin deniz kenarında üstsüz güneşlenmesi teşhircilik olarak

<sup>97</sup> “İlişkide bulundukları iddia olunan Yavuz Sultan Selim Mahallesi kumarlı parkı ile opet benzinliği arasındaki boşluk alandaki minibüs içerisinde geceleyin saat 23:00 sularında şüphe üzerine yakalanan sanıkların kimsenin göremeyeceği, işlediklerini kabul ve ikrar ettikleri eylemlerinin, aleniyet unsuru taşımadığı gözetilerek unsurları itibariyle oluşmayan suçtan beraatleri yerine, yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi” (Yargıtay 14. CD., T. 20.09.2012, E. 2012/5553, K. 2012/8686, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 04.06.2018)

<sup>98</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahir, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. bs., Ankara, 2018, s. 847.

<sup>99</sup> Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (5. Cilt)**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 6743.

<sup>100</sup> Kangal, a.g.e., s. 26.

<sup>101</sup> “TCK m. 225/1. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketler suçunda, alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişinin cezalandırılacağı öngörülmesi ve mağdurların beyanında sanığın pantolonunu yarıya kadar indirmiş vaziyette durduğunu belirterek, cinsel organın açıkta olduğuna dair beyanları olmaması karşısında atılı suçun unsurlarının ne şekilde oluştuğu açıklanmadan, sanığın mahkumiyetine dair karar verilmesi” (Yargıtay 18. CD., T. 25.04.2018, E. 2016/6863, K. 2018/6130, [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi:10.03.2019)

değerlendirilmeyecek iken aynı hareketin şehir merkezinde ya da denize kıyısı olmayan bir kasabada yapılması teşhircilik olarak kabul edilebilecektir.<sup>102</sup>

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, her türlü cinsel davranışın hayasızca hareket olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Zira maddenin gerekçesinde cinsel arzuları tatmine yönelik her türlü cinsel davranıştan bahsedilmekte olup, bu anlamda kanun koyucunun bu amaca yönelmiş her türlü cinsel davranışı cezalandırma niyetinde olduğu söylenebilir.<sup>103</sup> Bu yönde eleştirilmesi gereken hususlardan biri de hayasızca hareket kavramının içine aleni olarak işlenen her türlü cinsel davranış sokulmak isteniyor ise, bu durumun maddenin gerekçesinde değil, madde metni içerisinde düzenlenmesi gerekliliğidir. Bu kapsamda değinilmesi gereken diğer bir husus ise, cinsel ilişki boyutuna dahi varmayan öpüşmek gibi basit düzeydeki cinsel davranışların da hayasızca hareket olarak görülüp görülmeyeceğidir ki gerek doktrin gerekse de Yargıtay kararları uyarınca alenen öpüşme eylemi hayasızca hareket olarak değerlendirilmemektedir.<sup>104</sup>

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere hayasızca hareket kavramı, ahlak ile yakından ilgilidir. Tıpkı ahlaki değer yargıları gibi bir hareketin hayasız olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de hareketin yapıldığı yer, zaman ve topluma göre değişkenlik göstermektedir. Çıplaklığın yahut teşhirin hayasız olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği toplumun ahlak anlayışına göre şekillenmektedir.

Müstehcenlik ile hayasızca hareket kavramları birbirinden bağımsız olmayıp, aksine müstehcenlik, hayasızca hareketlerden oluşmaktadır. Bir çiftin cinsel ilişkide bulunurken bu eylemi canlı olarak internetten yayınlaması örneğinde hem hayasızca hareket hem de müstehcenlikten söz etmek mümkündür. Bununla birlikte müstehcenlik hareketin meydana geldiği andan bağımsız olup amacı yayılmaktır ve

---

<sup>102</sup> **y.a.g.e.**, s. 6744., Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (4. Cilt)**, Adalet Yayınları, 2014, s. 4481.

<sup>103</sup> İnci, a.g.e., s. 31., Erdal Baytemir, **Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar** Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 1202.

<sup>104</sup> “Sanıkların geceleyin otomobil içerisinde öpüşmekten ibaret olan eylemlerinde TCK nun 419. Maddesindeki alenen hayasızlık suçunu teşkil etmeyeceği düşünülmeyen beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması” (Yargıtay 5. CD, T. 21.12.1987, 3109/7594 sayılı kararı, Sedat Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 1994, s. 222

süreklilik taşımaktadır.<sup>105</sup> Hayasızca hareket olarak nitelendirdiğimiz eylemler ise anlık gelişmekte ve bir süre devam ettikten sonra son bulmaktadır.

### 3. Erotizm

Erotik kelimesi TDK'da "Cinsel duyumlar veya onlara bağlı olan duyumların uyandırdığı duygu ve coşkularla ilgili olan, kösnül, şehvani, şehvi, erosal"<sup>106</sup> şeklinde açıklanmaktadır. Fransızca bir kelime olan erotiğin kökeni Yunan mitolojisindeki cinsellik ve aşk tanrısı Eros'a dayanmaktadır.<sup>107</sup> Erotik kavramı geniş anlamda gerek aynı veya farklı cinsten iki kişinin birbiriyle olan ilişkisinde gerekse de insanlar arası dostluk ifadelerinde ortaya çıktığı haliyle aşkın çeşitli görünümünü içermekte, dar anlamıyla ise cinselliğin zihinsel ve ruhsal gelişimi, cinsellik coşkusuyla yapılan oyunlar ve bunun sosyalleşme, moda, sanat, reklamcılık gibi alanlara yaptığı etkileri ifade etmektedir.<sup>108</sup> Aynı kökenden gelen erotizm kelimesi ise "Cinsel duygu ve isteklerine çok düşkün olma durumu, kösnüllük, erosçuluk, şehvaniye"<sup>109</sup> anlamına gelmektedir. Erotik ve erotizm cinsellikle ilgili ve birbirine paralel kavramlar olup, ilk bakışta zihinde çıplaklığı uyandırmaktadır.<sup>110</sup>

Erotizmde çıplaklık ve cinsellik dolaylı yoldan, sanatsal bir estetik içerisinde sergilenmekte olup, ön planda olan aşk ve duygulardır.<sup>111</sup> Bu anlamda erotik olan şiddet içermeyen, kişileri alçaltmayan ve rızaya dayalı cinsel davranışların sözel ya

---

<sup>105</sup> Ay, a.g.e., s. 59.

<sup>106</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c47b6b4200234.31854366](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c47b6b4200234.31854366) (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 21.01.2019.

<sup>107</sup> <https://www.etimoloji.com/kelime/erotik>, (çevrimiçi) Erişim Tarihi:20.01.2019 ; Hamza Çakır, "Türkiye ve İngiltere'de Tv Yayıncılığında Pornografi ve Sansür", **İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, 2012, s. 176.

<sup>108</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V Madde 205-256**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 6765.

<sup>109</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c47b6b4200234.31854366](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c47b6b4200234.31854366) , (çevrimiçi) Erişim Tarihi :20.01.2019.

<sup>110</sup> Cengiz Özdiğer, "Televizyon Yayınlarında Cinsellik, Müstehcenlik, Erotizm ve Pornografi", (<http://www.jurnal.net/arastirma/arastirma-8.htm>), (çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.08.2018.

<sup>111</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e**, s. 6765.



da görsel temsili olarak açıklanabilir.<sup>112</sup> Erotik görsel ve ifadeler bu yönüyle genellikle sanat eserlerinin içerisinde yer almakta ve cinsel aşka estetik ve duygusal bir yaklaşım uyandırmak için kullanılmaktadır.<sup>113</sup> Yapılan açıklamalar çerçevesinde müstehcenlik ile erotizmin birbiriyle paralel olmakla birlikte birbirlerini karşılayan kavramlar olmadığını belirtmemiz gerekmektedir. Zira müstehcen, bayağı, edepsiz, kaba saba, cinsel arzuları tahrik ve istismar edici nitelikte, edep kurallarına aykırı olandır. Erotizmin temelinde de cinsellik olmakla birlikte aynı zamanda estetik bir kaygı ve bayağı olmama endişesi bulunmaktadır. Bu yönüyle erotik eserlerde cinsellik kişiyi zavallılaştıran ve bayağılaştıran şekilde ele alınmamakta, aksine bu davranışların insan gelişiminin olağan bir parçası olduğunun altı çizilmektedir.<sup>114</sup>

#### 4. Pornografi

Pornografi, “cinsel dürtülere yönelik olan, ahlaki değerlere aykırı düşen yayın”<sup>115</sup>, “cinsel heyecanı canlandırmak amacıyla cinsel organ ya da aktivitelerin açık bir şekilde sergilendiği ya da tasvir edildiği basılı ya da görsel materyal”<sup>116</sup> olarak açıklanmaktadır. Kelimenin kökeni Yunanca “fahişeler hakkında yazılar” anlamına gelen “pornographos” oluşturmaktadır.<sup>117</sup> Pornografi, toplumun kabul ettiği seks ya da ahlaki davranış ölçütlerine karşı bir saldırı ya da aykırı bir hareket tarzıdır.<sup>118</sup>

İlk çağlardan beri insan yaşamının içinde varlık gösteren kavramlardan biri olan pornografi, günümüzde büyük ticari sektör alanlarından birini oluşturmaktadır. Teknolojinin gelişimi ve internetin sağladığı özgür ortam, pornografi sektörünün olağanüstü bir şekilde büyümesine neden olmuştur. Örneğin Amerika Birleşik

<sup>112</sup> Melih Yürüşen, “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, **Liberal Düşünce**, ed. Bekir Berat Özipek, Ankara, Liberte Yayınları, S.24, 2003, s. 26.

<sup>113</sup> Ay, a.g.e., s. 27.

<sup>114</sup> Özdiker, a.g.e., s. 2.

<sup>115</sup> Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu (çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 20.01.2019.

<sup>116</sup> Oxford Dictionaries, <http://oxforddictionaries.com/definitor/pornography?q=pornography>, (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 20.01.2019.

<sup>117</sup> Merriam-Webster Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/pornography> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 20.01.2019. Pornografi kavramı Türkçe de ilk kez 1930 yılında İbrahim Alaettin Gövsa tarafından hazırlanan Yeni Türk Lügati isimli sözlükte kullanılmıştır.

<sup>118</sup> Özdiker, a.g.e., s.5.



Devletleri'nde 1970'li yıllarda yayınlanan Müstehcenlik ve Pornografi Komisyon Raporu'na göre ilgili yıl içerisinde pornografi sektörü en fazla 10 milyon dolarlık bir sektör iken, 2009 yılında yapılan bir araştırmada sektör değerinin 13 milyar dolar olduğu tespit edilmiştir.<sup>119</sup>

Özbek, bir ürünün pornografik olup olmadığının değerlendirilmesinde içeriğe yönelik ve şekli olmak üzere iki farklı ölçütten yararlanılabileceği görüşündedir.<sup>120</sup> İçeriğe ilişkin olarak pornografik bir üründe cinselliğin vahşi bir şekilde gösterilmesi, cinsel isteğin mutlak hale gelmesi ve üründe yer alan insanın şehvet objesi halinde yansıtılması gerekmektedir.<sup>121</sup> Şekli yönden ise pornografik bir ürünün estetik kaygıdan uzak, kaba ve kışkırtıcı bir cinselliği ortaya koyuyor olması gerekmektedir.<sup>122</sup>

Pornografik ürünlerde cinsellik, estetik kaygılar güdülmezsizin kaba bir şekilde tasvir edilmekte, birey ve özellikle kadınlar, meta olarak sergilenmektedir. Pornografinin amacı okuyan ya da izleyen kişide herhangi bir duygusallığa yer vermeksizin cinsel uyarılmayı sağlamaktır. Bu tip ürünlerde genellikle içerisinde hiçbir düşünce açıklamasına yer verilmemekte ve çoğu zaman söz, müzik ve hatta kişilerin dahi yüzleri gözükmemekte, tüm içerik aynı ya da farklı cinsten bireylerin cinsel birleşmesinden ibaret olmaktadır. Schauer, bu ürünlerin fiziksel bir etki uyandırmak dışında başka hiçbir şeye sahip olmadığını ve bu nedenle hiçbir hukuki korumadan faydalanamayacağını belirtmektedir.<sup>123</sup>

Pornografinin genel anlamda iki alt türü bulunmakta olup bunlar; yumuşak (soft-core) ve sert (hard-core) pornografidir. Yumuşak pornografi, sert pornografiye nazaran estetik ölçülerin içinde kaldığı, çoğunlukla gerçek cinsel eylemin gösterilmediği, cinsel bölge ve organların doğrudan görüntülenmediği pornografi

---

<sup>119</sup> M. Kubilay Atlay, "Pornografiye Yönelen Ahlaki, Dinsel, Feminist Eleştiriler ve Pornografi Hakkının Savunusu", **Liberal Düşünce**, S.71, Y. 18, 2013, s. 82.

<sup>120</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s.20.

<sup>121</sup> **y.a.g.e.**, s. 20.

<sup>122</sup> **y.a.g.e.**, s.20.

<sup>123</sup> Frederick F. Schauer, **Free Speech: A Philosophical Enquiry**, Cambridge University Press, 1982, s. 300-301.

türüdür.<sup>124</sup> Sert pornografide ise yumuşak pornografinin tam aksine cinsel ilişkiler veya diğer bazı aktivitelerin sergilenmesinde şarta bağlı olmayan bir anti-sansürcülük anlayışı söz konusudur.<sup>125</sup> Sert pornografik ürünler, iğrençlik boyutuna varan veya korkutucu özellik taşıyıp edep sınırlarını zorlayan özellikte olabilmektedir. Bu anlamda şiddet içeren, saldırı eylemlerinin yer aldığı, çocukların veya hayvanların kullanıldığı ürünler, sert pornografik ürün olarak nitelendirilebilir.

Pornografinin de asıl özelliği cinselliktir.<sup>126</sup> Ancak pornografide erotizmden farklı olarak cinsellik, herhangi bir imaya yer verilmeksizin estetik kaygılardan uzak ve hatta bazı durumlarda iğrençlik hissi oluşturacak şekilde sergilenir. Cinselliğin akla gelebilecek her türlü versiyonu ima ve gölgelerin arkasına saklanmaksızın açıkça işlenmektedir.<sup>127</sup> Pornografiye erotizmden farklı olarak şiddet ve aşağılama unsurları hakimdir. Pornografik eserlerde özellikle erkek egemenliği ve saldırganlığına ve erkeğin kadın üzerindeki baskın konumuna dikkat çekildiği görülmektedir.<sup>128</sup> Ancak günümüzde pornografiyi sadece kadın cinselliğinin ön plana çıkarıldığı alan olarak açıklamak doğru olmayacaktır. Zira pornografinin kavram ve anlamı teknoloji ve internetle birlikte değişmiş ve dönüşmüş, ana akım medya ve kültür içerisinde yer edinmiştir.<sup>129</sup> Bu nedenle günümüzde kavramın kesin sınırlarının olduğundan söz edebilmek mümkün gözükmemektedir.

Bu anlamda pornografi ve erotizmin birbirine benzeyen yönleri olsa da, erotizmde cinsellik sanatsal bir temayla anlatılmaktadır. UNESCO tarafından pornografi ile erotizm arasındaki fark “Pornografi, aşksız, sevgisiz, sevecenlikten yoksun ya da sorumsuz bir cinselliğin ticari amaçlarla, kışkırtıcı bir şekilde sunulmasıdır. Erotizm ise aşkın edebi ya da sanatsal anlatımıdır” olarak açıklanmaktadır.<sup>130</sup> Erotik eserlerde duygular ve aşk ön plandayken, pornografide

---

<sup>124</sup> Michela Marzano, **La Pornographie Ou L'épuisement du Désir**, Buchet/Chastel, Paris, 2003, s. 182 akt. Soydan, a.g.e., s. 34.

<sup>125</sup> Öztürk, a.g.e., s. 30.

<sup>126</sup> Ersoy Soydan, “Görsel Medyada Pornografi ve Kültürel Yansımaları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 28.

<sup>127</sup> Montgomery Hyde, **Pornografinin Tarihi**, çev. Feride Çiçekoğlu, Ankara, Kalem Yayıncılık, 1986, s. 9.

<sup>128</sup> Andrea MacKinnon, **Only Words**, Harvard University Press, 1996, s. 22. akt. Atlay, a.g.e., s. 90.

<sup>129</sup> Soydan, a.g.e., s. 34.

<sup>130</sup> Soydan, a.g.e., s. 31.

duygulara ve estetik bir algıya yer yoktur. Ürün erotik ise az ya da hafif bir biçimde müstehcen; pornografik ise oldukça ağır bir biçimde müstehcendir.<sup>131</sup> Yani aralarındaki fark hangi imgenin ne kadar gözükeceği noktasında toplanmaktadır.<sup>132</sup> Bir eserin pornografik olarak değerlendirilmesi için bütün olarak objektif açıdan önemli ölçüde cinsel dürtüleri tahriki esas alması, insani ilişkilere minimum düzeyde yer vererek insanı daha çok cinsel bir obje olarak kullanması yani cinselliği mutlak hale getirmesi, cinsel davranışları tahrike yönelik ve rahatsız edici şekilde ele alması gerekmektedir.<sup>133</sup> Bu anlamda pornografide erotizmden farklı olarak ticari kaygı ve olabildiğince çok kişiye ulaşma çabası ön plana çıkmaktadır. Pornografi sanatın dışında, erotizm ise içinde kabul edilmektedir. AİHM, *Wingrove/Birleşik Krallık* kararında pornografinin belirlenmesinde önemli olanın maruz kalan kişiler üzerinde bıraktığı etki, uyandırdığı erotik duygular olduğunu belirtmektedir.<sup>134</sup>

Yargıtay tarafından mülga TCK döneminde verilen bir kararda “... *Müstehcenlik konusunu işlerken, “porno ve erotik” kavramlarını birlikte değerlendirmek gerekir Eski Yunanca (porne-fahişe) sözcüğünden türeyen porno ve bu konuda yapılan yayınları belirleyen pornografi aşırı, şiddetli, makul olmayan bir biçimde şevhet duygularının tahrik edilmesi anlamına gelirken, müstehcen çok değişik tanımlar yapılmış olmakla birlikte Kanunumuzdaki tanımı ile halkın ar ve haya duygularını incitecek topluma, kişiye, çevreye göre normatik sayılmalıdır. Bunun bir sınırı da olduğu kuşkusuzdur. Erotik sözcüğü ise, sevginin cinsel yönünü ve cinsel aşkı da anlatması açısından edebiyat, resim, tiyatro, fotoğraf, film gibi her türlü sanat dalının bir türü olarak kabul edilmiştir.*”<sup>135</sup> Karar uyarınca cezalandırılması gereken, müstehcenlik ve pornografi olarak karşımıza çıkmaktadır. Karar metninden de görüleceği üzere Yargıtay, müstehcenlik ve pornografi kavramlarının sınırlarını çizmekten kaçınmıştır.<sup>136</sup> Bununla birlikte ne 765 sayılı

<sup>131</sup> Ay, a.g.e., s. 30.

<sup>132</sup> Öztürk, a.g.e., s. 109.

<sup>133</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6765

<sup>134</sup> Wingrove/Birleşik Krallık Karar Tarihi: 25.11.1996, Başvuru No: 17419/90, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58080>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:02.06.2018.

<sup>135</sup> Yargıtay 8.CD., T. 03.05.1985, E.1985/872, K.1985/1682. (Otacı, a.g.e., s. 243-244)

<sup>136</sup> Danıştay’ın ilgili daireleri tarafından müstehcen nitelikteki yayınlara ilişkin verilen kararlarda da pornografi ve müstehcenliğin sınırının net olarak çizilemediği görülmektedir. Örneğin Danıştay 10. Hukuk Dairesi tarafından verilen E. 1999/5326, K. 2001/1807 sayılı kararda gece saat 03.41’de

mülga TCK'da ne de yürürlükteki TCK'da, kanun koyucu tarafından pornografi lafzına yer verilmediği görülmektedir. Buradan yola çıkıldığında kanunda müstehcenliğin pornografiyi de içine alacak bir şekilde üst başlık olarak kullanıldığı söylenebilir. Zira pornografi ve müstehcenlik birbirilerini tam anlamıyla karşılayan kavramlar değildir. Pornografik olan her şey aynı zamanda müstehcendir ancak her müstehcen şeyin aynı zamanda pornografik olduğundan söz edilemeyecektir.<sup>137</sup> Zira pornografi müstehcen cinselliktir.

## 5. Cinsellik

Tarihin neredeyse her döneminde, her toplumda etik-siyasi değerlendirmenin konusu olarak karşımıza çıkan ve “cinsel özelliklerin bütünü, sevişme duygusu” olarak izah edilen cinsellik, terimsel olarak 19. yüzyılın başlarında ortaya çıkmıştır.<sup>138</sup> Cinsellik, sadece üreme anlamında ya da cinsel olarak uyarılmış olan bir kişide ortaya çıkabilecek davranışlar olarak açıklanabileceği gibi bireyin kendi cinsel kimliğini kabul etmesi, cinsel ilişki yaşama ihtiyacı hissetmesi ve yaşadığı cinsel ilişkiden bedensel olduğu kadar ruhsal bir haz duyması olarak da açıklanabilir.<sup>139</sup> Bu anlamda cinsellik, doğum öncesi başlayıp ömür boyu devam

---

gösterime sokulan filmin genel ahlak, toplumun huzuru ve Türk aile yapısına aykırı yayın yapılamayacağı ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle verilen yayın yasağı kararına ilişkin olarak açılan davada, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'ni beraber değerlendirerek, tür ve içeriği gereği cinselliğin yer aldığı yayınların gece saatlerinde yayına sokulabileceği ne var ki bu nitelikteki yayınların cinsel duyguları sömürmeye yönelik ve pornografik olamayacağı belirtilmiştir. Kararda yer alan pornografik ifadesiyle, genel olarak TCK m. 226'de ele alınan müstehcen nitelikteki içeriklerin tümünün mü yoksa maddenin 3. ve 4. fıkralarında düzenlenen ağır (nitelikli) müstehcen olarak nitelendirdiğimiz ürünlerin mi kastedildiği anlaşılamamaktadır. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.10.2018.

<sup>137</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 21.

<sup>138</sup> Eski Yunan ve Latinler döneminde cinsellik terimini tam olarak karşılayacak bir kavram bulunamamış, bunun yerine sunuasia, homilia, mixis gibi cinsel ilişki, birleşme anlamına gelen kavramlar kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Michel Foucault, **Cinselliğin Tarihi**, çev. Hülya Uğur Tanrıöver, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003, s. 122.

<sup>139</sup> Kemal Vuraldoğan, “Cinsel Özgürlük Üzerine”, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (çevrimiçi), Erişim Tarihi:02.01.2019.

eden, bireylerin değerleri, kişilikleri, davranışları, fiziksel görünüşleri, yaşadıkları topluma göre şekil alan bir niteliğe sahiptir.<sup>140</sup>

Cinselliğin net bir tanımının yapılabilmesi güçtür. Zira cinsellik biyolojik, ekonomik, sosyal ve kültürel, antropolojik ve ekonomik boyutları olan karmaşık bir yapıda olup, insanların kişilikleri ve toplumsal değer kriterleri arasında bir yapı olarak şekillenmekte ve ömür boyu devam etmektedir.<sup>141</sup> Cinselliğin toplumun geneline hakim geçerli değerler karşısında kabul gören ifadeleri meşru, kabul edilmeyen ifadeleri ise yasak olarak değerlendirilmektedir.<sup>142</sup> Bununla birlikte cinsellik kavramı, kavramın kim tarafından tanımlandığına bağlı olarak da değişkenlik göstermektedir. Zira modern toplumlardaki cinselliğe bakış açısıyla muhafazakar bir toplumdaki bakış birbirinden çok farklıdır. Muhafazakar bir toplumda cinsellik anlayışı dini kurallarla çevrili dir ve bu anlayış cinselliğin hukuki boyutuna da yansımaktadır.<sup>143</sup>

Pornografi, müstehcen ve erotik kavramlarının üçü de cinsellikle ilgili olup pornografi, cinsel dürtülerin tatminine, erotik ise estetik ve cinsel aşka yöneliktir.<sup>144</sup> Cinsellik doğada olanın ta kendisidir.<sup>145</sup> Bu anlamda yaşamın psikolojik, biyolojik ve sosyal yönlerinin etkileşimi içerisinde şekillenmektedir. Müstehcenlik ise beşeri cinselliğin gayri meşru bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir.<sup>146</sup> Nitekim müstehcen olarak nitelendirilen her üründe cinselliğin bir yansımaları görmek mümkündür. Bununla birlikte müstehcenliğin, cinselliğin herhangi bir hali değil,

---

<sup>140</sup> Nazif Bozdemir, Sevgi Özcan, “Cinselliğe ve Cinsel Sağlığa Genel Bakış”, **Turkish Journal of Family Medicine and Primary Care**, V.5, N.4, 2011, s. 1, [www.dergipark.ulakbim.gov.tr](http://www.dergipark.ulakbim.gov.tr) , (çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.01.2019.

<sup>141</sup> Ufuk Özden, “Endüstriyel Bir Form Olarak Müstehcenliğin Medyatik Üretimi”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 56.

<sup>142</sup> Hafizoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, 2017, s. 328.

<sup>143</sup> Aydın, a.g.e., s. 144.

<sup>144</sup> Alper Ozan Marakoğlu, “Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik” İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 7; Tülay Ulusoy, “Basın Yoluyla Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Sınırları İçinde Müstehcenlik Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s. 22.

<sup>145</sup> Camille Paglia, **Cinsel Kimlikler Nefertiti'den EmilyDickinson'a Sanat ve Çöküş**, çev. Anahid Hazaryan, Fikriye Demirci, Ankara, 2004, s.13.

<sup>146</sup> Hafizoğulları, Özen, a.g.e., 2017, s. 328.

bizatihi cinselliği göstermenin, cinsel arzuları harekete geçirmenin<sup>147</sup> ve cinselliği tasvir etmenin bir şekli olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.<sup>148</sup>

### C. Müstehcenlik Türleri

Müstehcenlik suçu kanunda içinde birden fazla suç ve böylelikle farklı hukuki değerleri koruma altına alır şekilde düzenlenmiştir.<sup>149</sup> Hal böyle olmakla birlikte madde içerisinde düzenlenen suçların tamamında müstehcen ürün terimi kullanılmıştır. Oysaki TCK m.226/1’de yer alan müstehcenlik ile TCK m. 226/3’te yer alan müstehcenlik kavramı birbirinden farklıdır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere TCK m. 226/1’de müstehcenliğin basit hali düzenlenirken, TCK m. 226/3 ve m. 4’de müstehcenliğin nitelikli hali düzenlenmektedir. Bu anlamda TCK m. 226 içerisinde basit ve nitelikli olmak üzere iki farklı müstehcenlik türü suç olarak düzenlenmektedir.

#### 1. Basit Müstehcenlik

Türkiye’nin de tarafı olduğu AİHS’nin 8. maddesi, bireylerin cinsel hayatlarını koruma altına almaktadır.<sup>150</sup> Bu anlamda her birey cinsel özgürlüğe sahiptir. Devlet, bireyin cinsel hayatını yaşama özgürlüğünü de korumakla yükümlü olup, bunu sadece belirli durumlarda sınırlayabilir. Cinsel hayatı yaşama özgürlüğüyle ilgili getirilebilecek sınırlar demokratik bir toplumda gerekli olma koşuluna bağlıdır ve bir kişinin kendisine özel cinsel davranışlarının sırf başkalarında şok etkisi yarattığı için yasaklanması mümkün değildir.<sup>151</sup> Bireylerin kendi iradeleriyle belirli sınırlar dahilindeki müstehcen içeriği satışına mahsus yerden satın almaları, izlemeleri ya da okumaları gibi hareketlerin, bireyin cinsel hayatını yaşama özgürlüğü kapsamında

<sup>147</sup> Özden, a.g.e., s. 70.

<sup>148</sup> Gülden Atilla Öztürk, “Türk Ceza Kanunu’nda Müstehcenlik Suçu”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s. 21.

<sup>149</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 27.

<sup>150</sup> Yaşar Salihpaşaoğlu, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, C. XVII, S.3, 2013, s. 254.

<sup>151</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Dudgeon/Birleşik Krallık* kararı. [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/el\\_kitaplari/ozel\\_hayat.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.04.2018.

değerlendirilmelidir. Buna göre, yetişkin bir birey kendi iradesiyle belirli niteliklerde ve kanunlara aykırı olmayan müstehcen bir içeriğe ulaşma, satın alma, belirli sınırlar dahilinde satma, okuma ve izleme hakkına sahiptir.<sup>152</sup>

Kanun koyucu da buradan hareketle müstehcenliği tamamen yasaklamamıştır. 226. maddenin sistematiğine bakıldığında maddenin 1. ve 2. fıkralarında nispi bir yasaklamaya yer verildiği görülmektedir. Burada koruma altına alınan, bir anlamda bireyin müstehcen bir içeriğe ulaşma özgürlüğüdür. Öte yandan cinsel özgürlük ya da bireyin cinsel hayatını yaşama hakkı, bireylerin istemedikleri hallerde bu içeriğe maruz kalmama hakkını da kapsamaktadır. Buna ilişkin olarak doktrinde cinsel özgürlüğün sınırının müstehcenlik olduğu belirtilmektedir.<sup>153</sup> Bu nedenle kanun koyucu, müstehcen içeriğe sahip ürünlerin umuma mahsus satış yerlerinde satılması halinde yetişkinler tarafından ulaşılmasını serbest kılmıştır.<sup>154</sup> Bu nitelikteki müstehcen ürünlerin sadece umuma mahsus satış alanlarında ve yasal mevzuatın izin verdiği şekilde satışa sunulması gerekmektedir.<sup>155</sup> Ülkemizde müstehcen ürünler, satışa mahsus alışveriş yerleri içerisinde satışa sunulmaktadır. Öte yandan günümüzde müstehcen nitelikteki ürünlerin internet üzerinden de satışa sunulması oldukça yaygındır. Bu satışlar 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. maddesinde düzenlenen mesafeli satış sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.<sup>156</sup>

---

<sup>152</sup> Yargıtay tarafından da yetişkinlerin seyretme amacıyla birbirine müstehcen video vermelerinin suç oluşturmayacağı içtihat edilmiştir. *“Suç konusu müstehcen nitelikli kasedi münferiden seyretmek amacı ile birbirilerine veren sanıkların eylemlerinde, ticaret veya tevzi yahut teşhir kasdının varlığından söz edilemeyeceği cihetle, TCK. nun 426. maddesindeki suçun oluşmadığı gözetilmeden beraatleri yerine (TCY.nun 426/1 maddesiyle) mahkumiyetlerine karar verilmesi”* (Yargıtay 5. CD., T. 27.3.1991, 749/1670, Sedat Bakıcı, **Açıklamalı İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Adalet Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1994, s. 345.)

<sup>153</sup> Fabrizio Lemme, “Lbertà sessuale (delitti contro la)”, *Enciclopedia del Diritto*, V. 24, Milano 1974 s. 556; Fahri Gökçen Taner, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 44.

<sup>154</sup> Adem Sözüer, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsellik İlgili Suçlar” **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Ankara, C.III., 2006, s. 299.

<sup>155</sup> Örneğin 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu uyarınca küçükler muzır etki uyandıracak nitelikteki ürünlerin “küçükler zararlıdır” etiketiyle satışa sunulması gerekmektedir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için çalışmanın Müstehcenlikle İlgili Önleyici Düzenlemeler bölümüne bakılabilir. Ülkemizde müstehcen ürünler “erotik shop” adı verilen mağazalar içerisinde satışa sunulmaktadır.

<sup>156</sup> Müstehcen nitelikteki ürünlerin satışa sunulduğu internet sitelerinde, siteye giriş yapılmadan evvel kullanıcılardan doğum tarihi bilgisi ve “18 yaşından büyük olduğumu ve bu bölümde sergilenen

Unutulmaması gereken bir diğer husus ise basit müstehcen olarak nitelendirdiğimiz ürünlerin sadece yetişkinler bakımından serbest olduğudur. Kanun koyucu, çocuklar bakımından basit müstehcen olarak adlandırılacak ürünler yönünden de mutlak bir koruma alanı yaratmış ve çocukların bu ürünlere ulaşmasını yasaklamıştır.<sup>157</sup> Zira çalışmamızın konusunu oluşturan müstehcenlik suçu, esas olarak çocuğun üstün yararını korumaktadır. Bu anlamda çocuğun müstehcen bir içeriğe maruz kalması, çocuğun hem fiziksel hem de duygusal açıdan istismarına yol açacağından kanun koyucu tarafından önlenmek istenmiştir.

Bu noktada tartışmaya açık hususlardan biri, basit müstehcenliğin aynı zamanda yumuşak (soft-core) pornografi anlamına gelip gelmediğidir. Her ne kadar adı zikredilmese de pornografinin TCK'da müstehcenlik başlığı altında suç olarak düzenlenmesi, kavramların tanımlarına kanunda yer verilmemesi gibi durumlar, birbirilerinden ayırt edilebilirliğini de zorlaştırmıştır. Kanun koyucu belirli sınırlar dahilinde basit müstehcenliği yetişkinler açısından suç olarak düzenlememiş olmakla birlikte, yumuşak pornografi de bu kapsamda mı değerlendirilmelidir? Kanaatimizce bu sorunun cevabı olumlu olmalıdır. Zira Yargıtay 5. CD tarafından verilen 31.05.2004 tarihli bir kararda pornografi, *“halkın ar ve haya duygularını inciten ve cinsel arzuları istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı”* olarak tanımlanmıştır.<sup>158</sup> Bu anlamda pornografik olan her şeyin aynı zamanda müstehcen olduğu ve buradan hareketle basit müstehcenliğin yumuşak (soft) pornografiyi de kapsadığı söylenebilir.<sup>159</sup>

Günümüz uluslararası ceza hukuku anlayışında müstehcenlik değil, pornografi cezalandırılabilir olarak kabul edilmektedir. Örneğin Finlandiya Ceza

---

*ürünlerin 18 yaşından küçükler tarafından görüntülenmemesi için gereken özeni göstereceğim”* şeklinde bir taahhüt alınmaktadır.

<sup>157</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 27.

<sup>158</sup> Yargıtay 5. CD., T. 31.05.2004, 4747/4459; Yargıtay 5. CD., T. 14.10.2004, 7152/6664, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:10.11.2018.

<sup>159</sup> Doktrinde ağırlıklı olarak 5237 sayılı TCK anlamında müstehcenliğin pornografi olarak algılanması ve cezalandırılabilir olanın müstehcenlik değil, pornografi olması gerektiği görüşü hakimdir. Bkz. Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 50; Özel, a.g.e., s. 10; Murat Volkan Dülger, “İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.LXXXI, S:4, 2007, s. 1522; Şaban Cankat Taşkın, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları”ı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 146.



Kanunu'nda sert pornografi mutlak bir biçimde yasaklanmış iken, soft pornografi olarak niteliğindeki içerikler yetişkinler yönünden serbest kılınmıştır.<sup>160</sup> Aynı şekilde Alman Ceza Kanunu'nda müstehcenlik değil, pornografi cezalandırılabilir olarak düzenlenmiş olup, basit pornografi, belirli sınırlar dahilinde yetişkinler açısından serbest kılınmıştır.<sup>161</sup>

## 2. Ağır (Nitelikli) Müstehcenlik

Ağır (nitelikli) müstehcenlik kavramıyla kastedilen ise esas olarak sert (hard-core) pornografik içeriğe sahip olan ürünlerdir. Bu tip ürünler, maruz kalan kişide yoğun rahatsızlık uyandıran, cinsel edep sınırlarını zorlayan ve bazı hallerde iğrençlik boyutuna varan bir niteliğe sahiptir. Şiddet unsurlarının yer aldığı, çocuğun kullanıldığı, hayvanlar ya da ölmüş insan bedeni üzerinde yapılan cinsel davranışların bulunduğu içerikler, ağır (nitelikli) müstehcen olarak değerlendirilmektedir.<sup>162</sup> Ağır (nitelikli) müstehcen ürünlere yüksek yozlaşmışlık ve şiddet unsurları hakimdir. Cinsel bölgeler ve eylemler olduğu gibi sergilenmektedir.

Türk hukukunda ağır (nitelikli) müstehcenlik mutlak olarak yani hem çocuklar hem de yetişkinler açısından yasaktır. Bunun tek istisnasını ise bilimsel nitelikteki müstehcen ürünler oluşturmaktadır. Ağır (nitelikli) müstehcen ürünlere getirilen mutlak yasağın temel nedeni çocuklar olmakla birlikte bu niteliğe sahip ürünler yetişkinlerin sağlığını da olumsuz yönde etkilemektedir.<sup>163</sup> Uluslararası hukukta ise devletler farklı yaklaşımlar içerisinde olmakla birlikte genel anlamda sert pornografiyi yasaklamışlardır. Özellikle AB ülkeleri arasında çocuk pornografisiyle mücadeleyle ilişkin ciddi çalışmalar yürütülmektedir. Örneğin Fransa, Almanya ve Belçika gibi Avrupa ülkelerinde çocuğun kullanıldığı, şiddet unsurlarının yer aldığı

<sup>160</sup> Marc Liesching, **Pornografieverbote in Straftaten der Europaeischen Union**, MMR 2003, Heft 3, s. 162, akt. Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 37.

<sup>161</sup> Bu anlamda Alman Ceza Kanunu § 184'e göre basit pornografik içeriklere 18 yaşından büyük kişilerin giriş yapabilmeleri serbesttir. Detaylı açıklama için bkz. Multulrich Sieber, **İnternetteki Suçlar ve Suçun İnternette Takibi** ed. Yener Ünver, Özyeğin Üniversitesi Alman Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 85.

<sup>162</sup> İlker Atamer, "Müstehcenlik Suçu ve Erişim Engelleme", <https://www.atamer.av.tr/mustehcenlik-suçu-ve-erisim-engelleme/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.07.2017)

<sup>163</sup> Ağır (nitelikli) müstehcenlik barındıran ürünlerin sadist, pedofil davranışlara eğilimli kişileri suç işlemeye teşvik ettiği ileri sürülmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s.27, Ay, a.g.e., s. 15.

içeriklerin üretimi, nakli vb. eylemler kesin olarak yasaklanmıştır. Bununla birlikte uzak doğu ülkelerinin bazılarında bu durumun tam tersi örneklerle rastlanılmaktadır. Örneğin Japonya’da çocukların cinsel istismarına ilişkin görüntülerin bulundurulması yasak olmakla birlikte cinsel içerikli anime, manga ve bilgisayar oyunlarında 18 yaşından küçük karakterlere yer verilmesi serbesttir.<sup>164</sup>

## II. MÜSTEHCENLİK İLE İLGİLİ ÖNLEYİCİ DÜZENLEMELER

### A. 1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu

1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu’nun 1. maddesi “18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur.” şeklindedir. Buradan hareketle kanunun kapsamının 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde olumsuz etki doğuracak mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer eserlere ilişkin getirilecek sınırlama ve düzenlemeler olduğu söylenebilir.

Muzır kavramından ne anlaşılması gerektiğine kanunda yer verilmemiş olup<sup>165</sup>, Sözlükte, cinsel gelişmeye zararlı, sağlığı bozan, zararı dokunan, muzır yayın ise pedagojik açıdan çocuğa zarar veren, çocuğun ahlaki gelişimi için zararlı olan kitap, gazete, dergi vb. yayın olarak açıklanmaktadır.<sup>166</sup> Kavramın sözlük anlamından yola

<sup>164</sup> <https://www.akademiportal.com/japonyanın-kanayan-yarasi-cocuk-pornosuna-getirilemeyen-yasak/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.06.2019.

<sup>165</sup> Muzır kavramının tanımına kanunda yer verilmemiş olması, muzır eserin nasıl belirleneceği, müstehcen olup olmadığına ne şekilde karar verileceği sorularını da beraberinde getirmektedir. Her ne kadar Kurul tarafından yapılacak incelemede 1739 sayılı yasada belirtilen genel amaç ve ilkelerin dikkate alınacağı ifade edilmiş ise de, ilgili kanunda yer alan ilkeler de somut bir ölçü ortaya koymamaktadır. Bu durum, muzırlık tespiti yapılırken temel hak ve özgürlüklere ölçüsüz müdahaleler gerçekleştirilebileceği hususunda endişeleri beraberinde getirmektedir. Kanaatimizce, kanunda muzır yayın ölçütleri somut bir biçimde belirlenmeli ve Kurul’un bu ilkeleri esas almak suretiyle bir eserin muzır olup olmadığına karar vermesi sağlanmalıydı. Aynı yönde eleştiriler için bkz. Turgut Tarhanlı Turgut Tarhanlı, “Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü”, **Siyah Bant-Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk**, Haz. Ulaş Karan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2013, s. 50.

<sup>166</sup> <https://www.seslisozluk.net/muz%C4%B1r-nedir-ne-demek/>, (çevrimiçi), Erişim Tarihi:25.01.2019

çıkıldığında kanunun amacının çocuğun korunması olduğu söylenebilir.<sup>167</sup> Buradaki muzır kavramı müstehcenliği de içine alacak şekilde kullanılmıştır.<sup>168</sup> Zira muzır yayın, sadece cinsel içerikli değil çocuk üzerinde zararlı olan her türlü içeriktir. Mevkute kavramı, süreli yayın anlamına gelmekte olup kavramın tanımına 1117 sayılı Kanun'da yer verilmemiş olmakla birlikte, 05.07.1950 tarih ve 5680 sayılı mülga Basın Kanunu'nun 3. maddesinde “*Gazetelere, haber ajansları neşriyatına ve belli aralıklarla yayınlanan bütün basılmış eserlere bu kanunda mevkute denir*” şeklinde açıklanmıştır.<sup>169</sup>

1117 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca bir eserin muzır olarak değerlendirilebilmesi, Çalışma Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı bünyesinde oluşturulacak bir kurul tarafından verilecek karara bağlıdır.<sup>170</sup> Kurul bu incelemede,

<sup>167</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu.**, s. 29.

<sup>168</sup> **y.a.g.e.**, s. 32.

<sup>169</sup> Yürürlükteki 5187 sayılı ve 09.06.2004 tarihli Basın Kanunu'nda mevkute yerine süreli yayın kavramına yer verilmiş ve süreli yayın “*Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını*” şeklinde açıklanmıştır. Buna göre 1117 sayılı kanunun alanının süreli ya da süresiz fark etmeksizin basılmış eserler olduğu söylenebilir.

<sup>170</sup> Kanun özelinde eleştiriye açık olan bir diğer husus ise, Kurul'un varlığı ve kimler tarafından oluşturulduğudur. 2.7.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile yapılan değişiklikten önce Kurul, Başbakanlık tarafından en az 15 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 Bakanlığı tarafından Tıp dalında seçilecek bir üye; Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından güzel sanatlar alanında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye; Yüksek Öğretim Kurulu'nun sosyal bilimler dalında akademik kariyer yapmış ve en az doktor unvanını almış üniversite elemanlarından seçilecek bir üye; Diyanet İşleri Başkanı tarafından Din İşleri Yüksek Kurulu üyeleri arasından seçilecek bir üye; Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler Cemiyetinin tespit edeceği birer basın mensubu aday arasından Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü tarafından kura ile tespit edilecek bir üye olmak üzere toplam 10 üyeden oluşmaktaydı. KHK ile yapılan değişiklik öncesi Kurul'da sadece 1 adet sanatçı bulunurken, geri kalanı bakanlık üyelerinden oluşmaktaydı. Ayrıca müstehcen olduğundan kuşkulanan bir eserin çocuk üzerinde yarattığı etkinin tespiti noktasında görüşlerine başvurulacak pedagog, cinsel sağlık uzmanı vb. kişilerin Kurul'da yer almayışı, verilen kararlarla temel hak ve özgürlüklerin ölçüsüz olarak kısıtlanabileceği hususunda endişe uyandırmaktaydı. 703 sayılı KHK ile yapılan değişiklikte birlikte, Kurul'un bu yapısı ilga edilmiştir. Hali hazırda Kurul, Çalışma ve Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı bünyesinde Çalışma ve Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanı'nın belirleyeceği biri başkan olmak üzere Bakanlığın beş birim amirinden oluşacaktır. Kurul'un hem eserleri inceleyip idari yaptırım kararı veriyor olması, hem de resmi bilirkişilik sıfatlarının olması nedeniyle iş yükleri oldukça fazladır. Bu da bazı durumlarda yeterli inceleme yapılmaksızın karar verilmesine, hak ve özgürlüklere ölçüsüz müdahalelere neden olmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce bir eserin muzır yayın olup olmadığının tespiti, içinde alanında uzman akademisyen, doktor, pedagog, psikolog, sanatçı, STK üyeleri kişileri barındıran bağımsız bir ön Kurul tarafından yapılmalı, Kanun'da anılan Kurul ise, Ön Kurul tarafından yapılan değerlendirmeyi dikkate almak suretiyle yaptırım uygulama vb. nihai kararları vermelidir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'ndaki genel amaç ve temel ilkeleri<sup>171</sup> göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. Buna göre bir eserin muzır olup olmadığının belirlenmesinde eserin çocuğun beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımından dengesiz kılıp kılmayacağı ve sağlıklı bir şekilde gelişmesine engel olup olmayacağı araştırılmaktadır. Kanuna göre kurulun resmi bilirkişilik görevi bulunmakta olup, kurul, mahkemeler önüne gelen olaylarda suça konu eserin müstehcen nitelikte olup olmadığının tespiti noktasında görüş bildirmektedir.<sup>172</sup> Kanunda kurula tanınmış resmi bilirkişilik görevinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle AYM'ye başvurulmuş olmakla birlikte, AYM tarafından düzenlemenin kurula tanınan görevin asıl amacının müstehcenlik konusundaki görüşlere istikrar getirilerek mahkemelerin daha isabetli ve daha sağlıklı kararlar verilmesine katkıda bulunmak olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.<sup>173</sup> Doktrinde bazı

<sup>171</sup> "Beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe sahip, insan haklarına saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren, topluma karşı sorumluluk duyan; yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetiştirmek" ([www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:12.01.2019.)

<sup>172</sup> "Somut olayda; ele geçirilen ve müstehcen içerikli olduğu değerlendirilen CD'lerin tamamı hakkında ek bilirkişi raporu aldırılarak bu materyallerde çocukların kullanılıp kullanılmadığı, içeriklerinde şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin bir ilişki türü olup olmadığı saptanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi" Yargıtay 18. CD., 11.10.2018 T., 2018/5184 E., 2018/12858 K., <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, (çevrimiçi), Erişim Tarihi:03.01.2019.

<sup>173</sup> Kurul'a verilen bu resmi bilirkişilik yetkisinin Anayasanın 2.,138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. AYM tarafından verilen 11.02.1987 tarihli ve 1986/12 E., 1987/4 K., sayılı kararda; "Dava dilekçesinde, bu hükmle Kurul'a, yargıya ait bir görevin devredildiği, idarenin bu yolla yargının görevine ve oluşturacağı karara egemen olma olanağına kavuşacağı, bu durumda hakimnin bağımsızlığından ve vicdani kanaatından söz edilemeyeceği, bu nedenle. Yasanın 2. maddesiyle Kurul'a verilen "resmi bilirkişilik" yetkisinin Anayasa'nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu savı ileri sürülmüş ve iptali istenmiştir. Belirtmek gerekir ki, resmi bilirkişilik müessesesi, hukukumuza ilk defa bu Yasa ile girmediği gibi, bu Yasada sözü edilen Kurul da ilk resmi bilirkişi kurulu değildir. Örneğin; 2659 sayılı Yasa gereğince Adli Tıp Kurumu, 38 sayılı Tababeti Adliye Kanununa göre Tabipler, 6197 sayılı Yasaya göre Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, CMUK'nun 84. maddesine göre Darphane ve Bankalar resmi bilirkişilikle görevli kılınmışlardır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda da resmi bilirkişilik müessesesini düzenleyen hükümlere yer verilmektedir. ....Üyelerinden her birinin bir uzmanlık dalından geldiği belli olan Kurul'a resmi bilirkişilik görevinin verilmesindeki asıl amacın, müstehcenlik konusundaki görüşlere istikrar getirerek Mahkemelerin daha isabetli ve daha sağlıklı kararlar vermelerine katkıda bulunmak olduğu anlaşılmaktadır. Şu halde, Kurul'un, resmi bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmesinin ve verdiği raporların, mahkemece yeterli görüldüğünde hükmü dayanak yapılmasının, toplumda yerleşmiş adalet duygusunu sarsıcı hiçbir yönü yoktur. Kaldı ki, usul yasaları mahkemenin, verilen raporu yeterli bulmaması halinde, başka bir bilirkişiye müraعات etmek yetkisini saklı tutmaktadır ve 3266 sayılı Yasada bunu engelleyen bir hüküm yer almamaktadır. Sorunun ağırlıklı özü de burada toplanmaktadır." gerekçeleriyle Kurul'a verilen resmi bilirkişilik görevinin Anayasa'ya aykırı olmadığı hükmü bağlanmıştır.

yazarlar tarafından 1117 sayılı Kanun ile oluşturulan kurula verilen resmi bilirkişilik görevi; müstehcenliğin tespitinin bizzat hakim tarafından yapılması gerektiği<sup>174</sup>, hakime daha geniş bir takdir hakkı tanınmak suretiyle mahkemelerin bilirkişilerce verilen mütalaayla bağlı tutulmaması gerektiği<sup>175</sup>, müstehcenliğin varlığından kesin olarak söz edilebildiği durumlarda bilirkişiye başvurulmasına gerek olmadığı, sadece hakimin tereddüt yaşadığı noktalarda bilirkişiye başvurulması gerektiği yönünden eleştirilmektedir.<sup>176</sup>

Yargıtay'ın ise kurulun resmi bilirkişilik görevine ilişkin kesin bir görüşü bulunmamaktadır. Bazı kararlarında kurul dışı alınan bilirkişi raporlarını yeterli görürken<sup>177</sup>, diğer bazı kararlarında ise müstehcenlik tespitinin kurul tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini içtihat ederek, yerel mahkemelerin kuruldaki rapor almaksızın re'sen inceleme yaparak vermiş olduğu kararları bozma sebebi olarak değerlendirmiştir.<sup>178</sup>

Kanunun 4. maddesi gereği kurul tarafından muzır nitelikte bulunan eserlerin ön kapakları üzerine “Küçükler için zararlıdır” şeklinde herkesin görüp okuyabileceği bir damga ya da işaret basılması zorunludur. Bu şekilde damgalanan eserlerin teşhir edilmesi, reklam ya da ilanının yapılması, açık sergilerde satılması mümkün

---

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6943a9d-57a5-4713-8b98-953015d6cfb0?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:16.01.2019.

<sup>174</sup> Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 545.

<sup>175</sup> Çağlayan, **a.g.e.**, s. 383; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 920; Karadayı, **a.g.e.**, s. 893.

<sup>176</sup> Özel, **a.g.e.**, s. 2.

<sup>177</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s.6768.

<sup>178</sup> “Dosya kapsamında bulunup kolluk görevlilerince tanzim edilen 05.09.2012 tarihli hafıza kartı inceleme tespit tutanağında hafıza kartında müstehcen içerikli resimler olduğu, internetten indirildiği anlaşılan “07649” isimli porno içerikli fotoğraftaki kızın yaşının küçük olduğunun değerlendirildiği belirtildiği halde, 10.10.2013 tarihli bilirkişi raporunda hem internetten indirilmiş hem de sanık tarafından çekildiği anlaşılan müstehcen içerikli görüntüler mevcut bulunduğu ve 06.11.2013 tarihli ek bilirkişi raporunda ise CD içeriğinde küçük yaştaki çocuklara ait cinsellik içeren veya müstehcen olarak değerlendirilebilecek herhangi bir görüntü bulunmadığının bildirilmesi karşısında, mevcut raporlardaki çelişkinin giderilmesi ve suçun unsurlarının tespiti açısından Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulundan rapor alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve taktiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde beraat hükmü kurulması” Yargıtay 14. CD., T.10.1.2017, E.2016/7705, K.2017/59. Aynı yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay 14. CD., T. 13.1.2015, E. 2013/2042, K.2015/131., Yargıtay 14. CD., T. 11.12.2014, E. 2013/3762, K.2014/14208, Yargıtay 5. CD. T. 3.5.2004, E. 2003/6717 K.2004/3624 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:02.05.2019)

olmayıp, satışı ancak 18 yaşından büyük kişilere içi görülmeyen zarf ya da poşet içerisinde gerçekleştirilecektir.

Kanunun 6. maddesinde ise toplumsal, estetik, bilimsel ya da düşünsel değeri bulunan sanat eserlerinin kanunun kapsamı dışında tutulduğu belirtilerek kurulun denetim yetkisi kısıtlanmış olmakla birlikte hangi eserlerin düşünsel, toplumsal ya da bilimsel değere sahip olacağı ya da bu değerlendirmenin hangi esaslar göz önüne alınarak yapılacağı hususunda bir açıklığa yer verilmemiştir. Bir eserin edebi ya da düşünsel değerinin olup olmadığına ya da bir görüntü ya da sözün müstehcen olup olmadığı hususunda yapılacak değerlendirmenin eserin esas niteliğini saptama yetkisini haiz olarak değerlendirilebilecek pedagog, cinsel sağlık uzmanı, akademisyen, sanatçılar vb. kişilerden ziyade Bakanlık tarafından belirli bir sınırlandırma ya da şarta bağlı tutulmaksızın belirlenecek kişilerden oluşması, eserler hakkında hazırlanan raporların uygunluğu noktasında çekince uyandırmaktadır. Bu konuya AYM'nin *İrfan Sancı* kararında da dikkat çekilmiş olup, eserin muzır nitelikte olup olmadığına karar verecek kurulun eserin niteliğine uygun düşecek şekilde sağlık uzmanı, pedagog gibi alanında uzman kişilerden oluşması gerektiği belirtilmiştir.<sup>179</sup>

1117 sayılı Kanun da 5237 sayılı TCK ile paralel bir şekilde çocuğun üstün yararını esas almakta ve ahlaki gelişimini korumayı hedeflemektedir. Bu yönüyle her iki kanunda da birbirine paralel konuların düzenlendiğini söylememiz mümkündür. 04.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12. maddesi, 825 sayılı Ceza Kanunu'nun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu tüm ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırmış olmasına rağmen 1117 sayılı Kanun'a ilişkin olarak herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Aynı şekilde 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da da 1117 sayılı Kanun'a ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte önceki-sonraki kanun ilişkisi gereği

<sup>179</sup> Anayasa Mahkemesi *İrfan Sancı* Başvurusu, Başvuru Numarası:2014/20168, Karar Tarihi: T. 26.10.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/20168?KelimeAra%5B0%5D=M%C3%9CSTEHCEN&page=2> (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:10.11.2018.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 1117 sayılı Kanun'un TCK'ya aykırı olan hükümlerinin zımni olarak yürürlükten kalkmış olduğu söylenebilir.<sup>180</sup>

## **B. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun**

### **1. Genel Olarak**

1960'lı yıllarda askeri amaçlı bir projenin üretimi sırasında ortaya çıkan internet, çok da uzun sayılmayacak bir süre içerisinde tüm dünyaya yayılmış ve günümüzde dünyanın çok büyük bir çoğunluğu tarafından pek çok alanda kullanılır hale gelmiş bir platformdur.<sup>181</sup> Bu anlamda internet 20. yüzyılın en önemli olgularından biri olup, en önemli faydalarından biri ulusal ve uluslararası alanda sağladığı bilgi ve içerik paylaşımıdır.<sup>182</sup> İnternet sayesinde dünyanın herhangi bir yerde olan bir gelişmeden dünyanın geri kalanı saniyeler içerisinde haberdar olmakta, sayısız alandaki bilgiye çok kolay bir şekilde ulaşılabilmekte ve oldukça hızlı bir şekilde iletişim kurulabilmektedir. Teknolojiyi taşıyan bir ortam haline dönüşen internet; ticaret, eğitim, sağlık, hukuk gibi pek çok alanda köklü değişikliklere neden olmakta ve devletlerin yönetim şekillerini, toplum ilişkilerini doğrudan etkilemektedir.<sup>183</sup>

İnternet, ticari ve sosyal hayata sağladığı sayısız fayda ve yararının yanı sıra bir dizi sorunu da beraberinde getirmiştir. Günümüzde internet, başlıca suç işleme

<sup>180</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 32.

<sup>181</sup> İpek Altınbaşak, "İnternet Reklamcılığı ve İnternet Reklamı Ölçümlenmesi Üzerine Bir Uygulama", **Ege Akademik Bakış Dergisi**, S:9, İzmir, 2009, s. 465.

<sup>182</sup> Doğan Kılınç, "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XIV, S: 2, Ankara, 2010, s. 407.

<sup>183</sup> Kayıhan İçel, **Kitle İletişim Hukuku**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 13. bs, İstanbul, 2018, s.492.

araçlarından biri haline gelmiş olup, kötü amaçlı kullanımı bilişim suçları adı altında bir araya gelen yeni suç türlerini doğurmuştur. Zira internet, ulusal ve uluslararası alandaki işleyiş biçimi ile bir taraftan ceza kanunlarında yer alan ve klasik suç tiplerinin gelişmesine uygun bir ortam yaratan, diğer taraftan ise gerçekleştirilmesine olanak verdiği bazı eylemlerden kaynaklı olarak yeni suçları yaratan bir faaliyet alanı olarak ortaya çıkmaktadır<sup>184</sup>. İnternet üzerinden yapılan bir yayının ulusal sınırları aşarak diğer kitle iletişim araçlarına kıyasla çok daha geniş kitlelere ulaşması ve etkileşimli özelliğinden dolayı küresel bir etkisi bulunmaktadır. Böyle bir gücün kötüye kullanılması, suç içerikli materyallerin aynı hız ve etkiyle dünyaya yayılması gibi son derece ciddi ve tehlikeli bir sonuç ortaya çıkmaktadır.<sup>185</sup>

İnternetin gelişimi ve yayılması, müstehcenlik suçu bakımından da önemli bir yere sahiptir. İnternetin dünyanın neredeyse her yerine yayılan en önemli iletişim aracı olma özelliği günümüzde müstehcenlik suçunun basılı yayınlardan ziyade internet ortamında işlenmesine olanak sağlamıştır. Zira internet sayesinde failler, müstehcen ürünleri dünyanın her yeriyle saniyeler içerisinde paylaşabilmektedir. İnternet ortamında işlenen suçlar bakımından şüphelinin tespitinin güçlüğü, failleri müstehcenlik suçunu internet üzerinden işlemeye sevk etmektedir. Bu ve bunun gibi faktörler nedeniyle ülkeler, interneti gerek ulusal gerekse de uluslararası alanda denetim altına almaya çalışmaktadır.

Ülkemizde internet sükjelerinin sorumluluklarına ve içeriklerin kontrol altına alınmasına ilişkin ilk düzenleme çalışması 2006 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yapılmış olup, tasarı 5237 sayılı TCK'da düzenlenen suçların yeniden ele alınmış olması ve bazı suçların düzenleniş şekli yönünden eleştirilmiş ve kabul görmemiştir.<sup>186</sup> Bunun üzerine 2007 yılında Ulaştırma Bakanlığı tarafından *“Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı*

---

<sup>184</sup> Sevil Yıldız, “Uluslararası ve Ulusal Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Üzerinde Çocuk Pornografisi”, **Erciyes İletişim Dergisi**, C.I, S:1, 2009, s. 181-182.

<sup>185</sup> y.a.g.e., s. 185.

<sup>186</sup> Murat Volkan Dölger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, 5. bs., Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 811.



*Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” adlı tasarı hazırlanmış<sup>187</sup>, ilgili tasarı genel kurulda yapılan bazı değişiklikler neticesinde 04.05.2007 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda kabul edilmiş ve 5651 sayılı *“İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*” adıyla 23.05.2007 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak<sup>188</sup> yürürlüğe girmiştir.

Kanunun 1. maddesinde amaç ve kapsam *“Bu Kanunun amaç ve kapsamı; 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 usulleri düzenlemektir”* şeklinde açıklanmaktadır. Kanun, doktrinde suçla mücadele için yapılan düzenlemelerin ceza muhakemesi hukukunda yer alan koruma tedbirleri olması ve bu nedenle 5271 sayılı CMK’nın koruma tedbirleri bölümünde yer alması gerektiği<sup>189</sup>, aynı hükümde hem koruyucu hem idari nitelikte iki farklı nitelikte tedbire yer verilmesi<sup>190</sup>, katalog suç düzenlemesine yer verilmiş olmasına rağmen uygulamada kanunda düzenlenmeyen suçlara ilişkin olarak da erişimin engellenmesi yönünde karar verilmesi<sup>191</sup>, BTK’ya<sup>192</sup> verilen yetkilerin kanunilik ilkesine aykırı olması<sup>193</sup>, internetin tek taraflı bir yayıncılık yapılan bir alanmış gibi düşünülerek suçun karşılıklı etkileşim sırasında işlenmesi ihtimaline ilişkin olarak bir düzenleme getirilmemesi<sup>194</sup>, erişimin kısmen engellenmesinin mümkün olduğu hallerde internet

<sup>187</sup> <https://www.tbd.org.tr/elektronik-ortamda-islenen-suclarin-onlenmesi-ile-2559-ve-2937-sayili-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-tasarisi/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.06.2019.

<sup>188</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.06.2019.

<sup>189</sup> Dülger, a.g.e., s. 812.

<sup>190</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 179.

<sup>191</sup> Kılınç, a.g.e., s. 411.

<sup>192</sup> Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 23. maddesi kapsamında 5651 sayılı kanuna eklenen geçici madde ile kapatılmıştır. Düzenleme gereği 5651 sayılı kanun kapsamında TİB’e yapılan atıflar, Bilgi Teknolojileri ve İletişimi Kurumu’na yapılması sayılacaktır.

<sup>193</sup> Yavuz Selim Sarıkaya, “Sosyal Medyaya Erişimin Engellenmesi: İfade Özgürlüğü Açısından Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s. 56.

<sup>194</sup> Dülger, “İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme”, s. 1479.

sitesinin tamamen erişime kapatılması yönünde karar verilebilmesi<sup>195</sup> gibi nedenlerden ötürü eleştirilmektedir. Kanunda internet suçlarıyla mücadele için belirlenen yöntem, erişimin engellenmesi<sup>196</sup> tedbiridir. Kanunun 8. maddesi kapsamında erişimin engellenmesi, koruma tedbiri ve idari tedbir olarak verilebilmektedir.

## 2. Koruma Tedbiri Olarak Erişimin Engellenmesi

Koruma tedbirleri, ceza yargılamasının gereği gibi yürütülebilmesi ya da hükmün infazının yapılabilmesi amacıyla muhakeme süresince başvurulabilen, hükümden önce gerekirse zor kullanılarak bazı temel hak ve özgürlüklere geçici olarak müdahale edilmesi işlemidir.<sup>197</sup> Bu tedbirlerin amacı, muhakemenin yapılabilir kılınması ve yargılama sonucunda verilecek hükmün yerine getirilebilmesinin güvence altına alınmasıdır.<sup>198</sup> Koruma tedbirleri kıyas yoluyla genişletilemediğinden muhakkak yasada öngörülmüş olması gerekmekte olup,

<sup>195</sup> <https://www.atamer.av.tr/5651-sayili-kanun-ve-erisim-engelleme/> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:14.02.2019. AİHM tarafından 18.03.2013 tarihinde verilen Yıldırım/Türkiye kararında; Yer sağlayıcısının Google Sites olduğu bir internet sitesinde yayınlanan ve Atatürk'ün anısına hakaret suçunu oluşturan bir içerik hakkında Denizli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı icrası için TİB'e gönderilmesi üzerine TİB, kararı veren mahkemeden tedbirin uygulanabilmesi için tek yolun yer sağlayıcı konumunda bulunan Google Sites'in tamamen kapatılması olduğu belirtilerek Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesini talep etmiştir. Mahkeme tarafından bu talebin haklı görülmesi üzerine verilen karar neticesinde Google Sites dahilinde açılan tüm siteler erişime kapatılmıştır. AİHM, soruşturma konusu sitenin bloke edilebilmesi için başkaca bir yöntem araştırılmaksızın Google Sites'in tamamen kapatılması yönündeki kararın kişilerin haber veya bilgi alma ve verme özgürlüğünün tamamlayıcı bir unsuru olan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini, yasal düzenlemenin kötüye kullanım durumlarından kaçınmak için yeterli şartları taşımadığını belirtmektedir. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:14.02.2019.

<sup>196</sup> Hukukumuzda sadece 5651 sayılı yasa içerisinde değil, diğer bazı kanunlarda da erişimin engellenmesi tedbiri düzenlemesine yer verilmiştir: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ek madde 4 kapsamında Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla erişimin engellenmesi talep edilebilmektedir. Yine 6098 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında yer verilen özel ihtiyati tedbir düzenlemeleriyle erişimin engellenmesine karar verilebilmektedir. Kişilik hakkının ihlalinde de Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi kapsamında tedbiren içeriğin erişime kapatılması mümkündür. Ayrıca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ihtiyati tedbire ilişkin hükümler çerçevesinde bir içeriğin erişime kapatılması mümkün olmaktadır.

<sup>197</sup> Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, 5. Baskı, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 267. Bahri Öztürk'e göre koruma tedbirlerinde olması gerekenler:

<sup>198</sup> y.a.g.e., s. 267.

sadece zorunlu hallerde maddi gerçeğe ulaşmak ya da hükmün infazını sağlamak adına ölçülülük ilkesine uygun bir biçimde uygulanabilir.<sup>199</sup>

5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi düzenlenmektedir.<sup>200</sup> Düzenleme gereği erişimin engellenmesi kararı, m.8/1'de belirtilen suçların işlendiği hususunda yeterli şüphe olması halinde verilmektedir.<sup>201</sup> Madde içerisinde katalog halinde<sup>202</sup> sınırlı sayıda suç tipine yer verilmiş olup, müstehcenlik suçu da bunlardan biridir. Nitekim 26176 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında

<sup>199</sup> Melikşah Çırakoğlu, "5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi Ve Erişim Sağlayıcıları Birliği", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 32

<sup>200</sup> Doktrinde erişimin engellenmesinin amaç itibariyle koruma tedbirlerinin klasik amaçlarından ziyade ihlalin engellenmesine yönelik bir tedbir olduğundan kendine özgü bir tedbir olduğu ileri sürülmektedir. (Murat Volkan Dülger, Yasin Beceni, "Türkiye'de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler", **Yayın No: TÜSİAD-T/2011,03;512**, Sis Matbaacılık, 2011, s. 14.) Yine Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak tarafından, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile getirilen tedbirin CMK'da düzenlenen koruma tedbirlerinden nitelik olarak farklı olduğu, bir web sitesine erişimin engellenmesinin delilin ortadan kaldırılmasını engellemediği gibi, sanığın kovuşturulmasını sağlayacak bir güvence de olmadığı, 8. madde de öngörülen tedbirin web sitesinde Kanun'da sayılan suçlardan birine ilişkin içerik olduğuna dair yeterli şüphe bulunduğu iddia edilen ihlali sona erdirmeyi amaçladığı, yani 5651 sayılı Kanun'a göre alınan tedbirin ihlalin başlamış ve devam eden olumsuz etkilerini önlemeyi sağladığı ve bu nedenle CMK'dan anlaşıldığı şekilde bir koruma tedbiri olmadığı ileri sürülmektedir. (Detaylı bilgi için bkz. Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak, **İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır. Türkiye'de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme**, 1. bs., Ankara, İmaj Yayınları, 2008, s. 16. Erişimin engellenmesinin koruma tedbiri mahiyetinde olduğunu savunanlar ise bu tedbirin diğer koruma tedbirleri gibi CMK'da düzenlenmesi gerektiği görüşündedir. (Çırakoğlu, a.g.e., s. 33.)

<sup>201</sup> Yeterli şüphe kavramı, mevcut delillerden yola çıkılarak yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha kuvvetli olması hali olarak açıklanmaktadır. Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 447

<sup>202</sup> "a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar" <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf> , (çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.02.2019

Yönetmelik’te de müstehcenlik, erişimin engellenmesine konu olacak suçlar arasında ele alınmıştır.<sup>203</sup>

Erişimin engellenmesi kararı kanunun 8/2. fıkrası uyarınca soruşturma aşamasında hakim, kovuşturma aşamasında ise sulh ceza hakimlikleri tarafından verilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusu olduğunda savcılık tarafından da erişimin engellenmesi kararı verilebilmekte ve bu karar yirmi dört saat içerisinde hakimliğin onayına sunulmaktadır. Yönetmelik uyarınca Kurum, karara ilişkin bilgileri elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirmektedir. Erişim sağlayıcılar, Kurum tarafından bildirilen kararı dört saat içerisinde yerine getirmek durumundadır.<sup>204</sup> Yine yönetmelik gereği bazı hallerde Kurum, erişimin engellenmesi kararına konu içeriğin yayından kaldırılmasını yer sağlayıcıdan da isteyebilmektedir.

Kanunun 8/10. maddesine göre koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararı, yer ya da erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilmediği takdirde, sorumlular fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği halde beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Erişimin engellenmesi kararlarına karşı 5651 sayılı Kanun’un 8/2. maddesi uyarınca 5271 sayılı CMK hükümlerine göre itiraz edilebilmektedir.

Soruşturma sonunda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Aynı şekilde

---

<sup>203</sup> Kanunun gerekçesinde “*Katalog içerisinde yer alan suçların belirlenmesinde, özellikle çocukların ve gençlerin internet ortamında yapılan ve konusu suç oluşturan içeriğe sahip yayınlardan korunması, çocukların istismar edilmesi suretiyle oluşturulmuş müstehcen içeriklere internet ortamındaki yayınlara, Türkiye’den erişimin engellenmesi amacı etkili olmuştur. Anayasanın uluslararası sözleşme hükümlerine paralel olarak güvence altına aldığı özellikle düşünce açıklama özgürlüğünü kısıtlama bağlamında eleştirilere maruz kalmamak amacıyla, kapsam, internet ortamında yapılan çocukların ve gençlerin olumsuz olarak etkilenebileceği ya da çocukların cinsel yönden istismar edilmesi suretiyle oluşturulmuş yayınlarla sınırlı tutulmuştur.*” açıklamasına yer verilmiştir. (Özdem Özaydın, “İnternet Kanununun 8. madde Çerçevesinde Erişimin Engellenmesi Kararı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1, C.16, İstanbul, 2017, s. 212.

<sup>204</sup>İlgili süre yirmidört saat iken, 10.09.2014 tarihinde 6552 sayılı Kanun’un 127. maddesiyle 4 saat olarak değiştirilmiştir. Söz konusu değişikliğin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş ise de AYM, 02.10.2014 tarihli ve 2014/149 E., 2014/151 K. sayılı kararı ile değişikliğin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. İlgili karar için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/01/20150101-16.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:02.05.2019.

kovuşturma aşamasında beraat kararı verilmesi halinde de erişimin engellenmesi kararı hükümsüz kalmaktadır.<sup>205</sup> Bu durumda verilen karar, gereğinin yapılması için doğrudan BTK'ya gönderilmektedir. Kanunun 8/9. maddesi uyarınca müstehcen nitelikte bir içeriğin yayından çıkarılması halinde erişimin engellenmesi kararı soruşturma aşamasında savcılık, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından kaldırılmaktadır. Bununla birlikte beraat kararı haricindeki durumlarda erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti hakkında yasal bir boşluk bulunmaktadır. Kanaatimizce bu gibi durumlarda da erişim engelleme kararının doğrudan hükümsüz kalması gerekmektedir. Zira hükümden sonra tedbirin devam etmesi, tedbirin koruma tedbiri olma özelliğini yitirerek güvenlik tedbiri şeklinde bir yaptırım halini almasına neden olacaktır. Bu nedenle madde içerisinde bir değişikliğe gidilerek mahkumiyet kararı verilmesi halinde ise tedbirin devam etmesi isteniyor ise mahkeme tarafından verilen hükümde yaptırım ya da güvenlik tedbiri olarak belirtilmesi ve diğer tüm hallerde erişimin engellenmesi kararının kendiliğinden hükümsüz kalması gerekmektedir.<sup>206</sup>

Erişimin engellenmesi tedbirine ne kadar süreyle başvurulabileceği kanunda düzenlenmemiş olup, kural olarak tedbire karar verilmesini gerektiren koşulların ortadan kalktığı an son verilmesi gerekmektedir.<sup>207</sup> Zira erişimin engellenmesi bir koruma tedbiridir. Bu nedenle geçici niteliğe sahip olması gerekmektedir. Aksi durum koruma tedbirlerinin mahiyetine aykırı olduğu gibi, kişilerin haberleşme ve ifade özgürlüğü gibi anayasal haklarına ölçüsüz bir müdahale oluşturacaktır.

Uygulamada hakimlikler tarafından verilen kararların müstehcen içeriğin bulunduğu URL bağlantısının erişimini engellenmekten ziyade, içeriğin bulunduğu alan adının tamamen erişime kapatır şekilde verildiği görülmektedir. Örneğin bir kullanıcının siteye yüklemiş olduğu içerik nedeniyle sitenin tamamen erişime engellenmesine karar verilmektedir. Bu durum başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere yöneltilen müdahalenin tedbirden beklenen amaç ile

---

<sup>205</sup> Şaban Cankat Taşkın, “İnternete Erişim Yasakları ve Hukuka Aykırılıklar” Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli, 2015, s. 244.

<sup>206</sup> Dülger, **a.g.e.**, s. 900.

<sup>207</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 184.

orantılı olmama sorununu beraberinde getirmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen *Twitter* kararında belirtildiği şekilde, kanuni dayanak olmaksızın sınırları belirsiz bir yasaklama kararıyla bir internet sitesinin tamamen erişime engellenmesi demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır müdahale teşkil etmektedir.<sup>208</sup>

Bu nedenle, internet sitesinde yer alan bir içeriğin müstehcen olduğu kanaatine varılsa dahi alan adının komple kapatılmasından ziyade, internet sitesi içerisinde müstehcen olduğu tespit edilen içerikler hakkında erişimin engellenmesi kararı verilmelidir.<sup>209</sup> Uygulanacak tedbirin temel hak ve özgürlüklerin tamamen ortadan kalkması sonucunu doğurmaması yani hakkın özüne dokunmaması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir.

Eleştiriye açık bir diğer hususlardan biri ise, TCK m. 226/7 kapsamında sanat eseri olarak değerlendirilebilecek bir ürünün internette yayımlanması halinde ürün hakkında 5651 sayılı Kanun kapsamında erişimin engellenmesi kararı verilip verilemeyeceğidir. Bu kapsamda verilecek bir karar, kanaatimizce Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

Koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi tedbirinin eleştiriye açık birçok yanının bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak özellikle çocuk pornografisi yönünden, bu tipteki materyallerin internetteki yayılma hızı düşünüldüğünde bu tipteki materyallerle mücadele etme bakımından önemli bir yere sahip olduğunun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

### 3. İdari Tedbir Olarak Erişimin Engellenmesi

5651 sayılı Kanun'un 8/4. maddesinde, idari tedbir olarak erişimin engellenmesi düzenlenmiştir. Fıkra içerisinde idari tedbir kavramına yer verilmemiş olmakla birlikte aynı maddenin 11. fıkrasında yer alan "*idari tedbir olarak verilen*

---

<sup>208</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2.4.2014 tarihli ve 2014/3986 numaralı kararı, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:04.02.2019.

<sup>209</sup> Dülger, Beceni, a.g.e., s. 14.

*erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi”* ifadesiyle, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te yer alan *İdari Tedbir Olarak Erişimin Engellenmesi Kararı* başlıklı 14. madde<sup>210</sup>, düzenlemenin idari bir tedbir niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.

5651 sayılı Kanun’un 8/4. maddesi uyarınca içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan bir yayının içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde ya da içerik ya da yer sağlayıcı yurt içinde olsalar dahi içeriğin çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103/1), müstehcenlik (TCK m. 226) ve fuhuş (TCK m. 227) suçlarından birini oluşturması halinde erişimin engellenmesi kararı re’sen Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı tarafından verilebilmektedir.<sup>211</sup> Görüldüğü üzere müstehcenlik, hakkında idari nitelikli erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabilir suçlardandır.

5651 sayılı Kanun’da idari tedbir niteliğinde BTK başkanı tarafından verilen kararlara ilişkin yargısal denetim mekanizması öngörülmemiştir. Nitekim 6518 sayılı Kanun değişikliği ile 5651 sayılı Kanun’un 2. fıkrasına “*Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara*

<sup>210</sup>“MADDE 14 – (1) İçeriği 12 nci maddede belirtilen suçları oluşturan yayınlarda, içerik sağlayıcının veya yer sağlayıcının yurt dışında bulunması halinde veya içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunsan bile, içeriği Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan çocukların cinsel istismarı veya aynı Kanunun 226 ncı maddesinde yer alan müstehcenlik suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesine Başkanlıkça re’sen karar verilir. Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan çocukların cinsel istismarı veya aynı Kanunun 226 ncı maddesinde yer alan müstehcenlik suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak içerik veya yer sağlayıcının yurt içinde bulunması durumunda bu karar, yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur ve hâkim kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Başkanlık tarafından derhal kaldırılır ve erişim sağlayıcılara bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(2) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Başkanlık, suç duyurusuna esas teşkil edecek verilerin elde edilebilmesi için kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve belge talep edebilir.”  
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/11/20071130-6.htm>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.06.2019.

<sup>211</sup>Olgun Değirmenci, “5651 Sayılı Kanun Kapsamında İdari Tedbir Olarak Getirilen Erişimin Engellenmesi Kararlarının Yerine Getirilmemesi Kabahati” **Terazi Hukuk Dergisi**, C.13, S.142, 2018, s. 143. Bu düzenlemenin yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlemesine, adil yargılanma hakkına ve bu konudaki uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu hakkında detaylı görüş için bkz.



4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Bu anlamda idari tedbir olarak alınan kararların yasada belirtilen istisnai durumlarda doğrudan BTK başkanı tarafından alınması ve herhangi bir yargısal makamın onayına sunulmaması söz konusu olmaktadır.<sup>212</sup>

Hal böyle olmasına rağmen Yönetmelik’in 14. maddesine göre içeriğin müstehcenlik ya da çocuğun cinsel istismarı suçlarından birini oluşturduğu yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması halinde BTK başkanlığı tarafından re’sen verilen kararın yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması ve hakim tarafından yirmidört saat içerisinde karar verilmesi gerekmektedir. Hakim kararı onaylamazsa verilen tedbir derhal kaldırılacaktır. Her iki düzenleme birlikte incelendiğinde görülecektir ki Yönetmelik ve Kanun birbiriyle çelişki içindedir. Zira kanunda idari tedbirlerin uygulanmasına yönelik bir yargısal makam onayı koşulu düzenlenmemişken bu düzenlemeye yönetmelikte yer verilmiştir. Yönetmelikte yer alan düzenlemenin kanunda yer almaması öncelikle kanun hükümlerinin uygulanmasını ve başkan tarafından verilen kararın hiçbir zaman hakim onayından geçmemesi ihtimalini beraberinde getirmektedir.<sup>213</sup>

BTK başkanı tarafından verilen karar tüm erişim sağlayıcılara bildirilmekte olup, kararın gereği bildirim yapıldıktan sonra derhal ve en geç kararın bildirilmesinden itibaren dört saat içerisinde yerine getirilmektedir. Verilen kararın gereğinin süresi içerisinde yerine getirilmemesi halinde erişim sağlayıcılara on bin TL’den yüz bin TL’ye kadar idari para cezası kesilmekte olup, idari para cezası verildikten sonra yirmi dört saat içerisinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise kurum tarafından erişim sağlayıcılığı hizmeti verilmesine ilişkin yetkilendirmenin iptaline karar verilebilecektir. Yetki iptali yaptırımının koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi yönünden öngörülmemişken idari tedbir bakımından

---

<sup>212</sup> Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet Hukuku**, s. 907.

<sup>213</sup> Mine Uzun, “5651 Sayılı Kanun’un 8. Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesi ve Hükümün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi Işığında Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, edt. Cengiz Yaka, C.89, S.2, 2015, s. 237-238.



getirilmesinin ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir.<sup>214</sup> Bu kanunda tanımlanan kabahatler nedeniyle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı(Kapatılan) veya BTK tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri gereğince altmış gün içerisinde idari yargıda iptal davası açılabilir.

Söz konusu düzenleme hakkında Danıştay 13. Dairesi tarafından iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Mahkeme tarafından 15.11.2017 tarihinde verilen kararla düzenlemenin birinci cümlesinde yer alan *“içeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde”* ibaresinin kanunun 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden, *“yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir”* ibaresinin *“içeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde”* ibaresi ve kanunun 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptallerine karar verilmiştir.<sup>215</sup> Söz konusu iptal kararı 09.02.2019 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, artık içerik ya da yer sağlayıcısı yurt dışında olan müstehcen nitelikte bir içeriğin yer aldığı internet siteleri hakkında BTK tarafından erişimin engellenmesi kararı verilemeyecektir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının gerekçesinde, esas amacı haberleşme ve bilgi paylaşımı olan internet sitelerinde bu gibi içeriği suç teşkil eden yayınlar nedeniyle hakim onayı olmaksızın internet sitesinin tamamen kapatılmasına ilişkin olarak re’sen erişimin engellenmesine karar verilebilmesinin Anayasa’nın 22. maddesine aykırılık teşkil ettiği, internete erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğüyle doğrudan ilişkili olduğu bu nedenle internet üzerinde yapılacak

<sup>214</sup> Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet Hukuku**, s. 909.

<sup>215</sup> <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2018N30325S2017153> , (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:14.02.2019. Danıştay 13. Hukuk Dairesi, 5651 sayılı kanunun 8/4. maddesinin komple iptali için AYM’ye itiraz yolu başvurusunda bulunmuştur. AYM, maddenin birinci cümlesinde yer alan *“içeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...”* ve *“...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir”* ibareleri dışında kalan bölümü ile ikinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulama olanağı bulunmadığı gerekçeleriyle yetkisizlik nedeniyle reddine karar vermiştir.

düzenleme ve uygulamalarda idari makamların hassas davranması gerektiği, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği, buna yönelik bir düzenlemenin sadece şekli anlamda kanun değil maddi anlamda da kanun şartlarını taşıması gerektiği, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare bakımından hiçbir duraksamaya ve kuşkuyla yer verilmeksizin açık, net, anlaşılır ve nesnel olması yani hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesine uygun olması gerektiği, itiraza konu düzenlemede müstehcenlik suçu oluşturan yayınlara re'sen erişimin engellenmesi kararı verilebileceğinin belirtilmekle yetinildiği, erişimin kademeli olarak engellenip engellenmeyeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği, bu yolla itiraza konu düzenlemeyle idareye kapsam ve sınırları belirsiz bir erişimin engellenmesi yetkisi tanındığı, düzenlemenin anlaşılır, açık ve net olma zorunluluğunu karşılamadığı ve bu nedenle Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması gerekliliği güvencesiyle bağdaşmadığının belirtildiği görülmektedir.<sup>216</sup>

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu karar, özellikle AİHM'in 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine ilişkin çekincelerini dile getirdiği *Yıldırım/ Türkiye*<sup>217</sup> kararıyla birlikte değerlendirildiğinde kanunun AİHS'e uygunluğu açısından büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte, iptal kararının müstahcen nitelikte içerik paylaşılan internet sitelerinin içerik ya da yer sağlayıcının yurt dışında olması haline ilişkin olduğundan, hali hazırda BTK'nın içerik ya da yer sağlayıcısı Türkiye'de bulunan müstahcen içeriğin yer aldığı internet siteleri hakkında, her ne kadar verilen karar yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunulmak zorunda olsa dahi, erişimin engellenmesine karar verme yetkisinin devam ettiğinin belirtilmesi gerekmektedir.

Kanunda BTK başkanı tarafından verilecek olan idari engelleme kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu belirlenmemiştir. Her ne kadar kanunun 8/12. maddesinde kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla BTK tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu

<sup>216</sup> <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9160bf09-3c94-43ae-b1d3-c84815c1b2ba?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.05.2019.

<sup>217</sup> Karara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için çalışmamızın 46. sayfasında yer alan 195. numaralı dipnota bakılabilir.

hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiş ise de engelleme kararına karşı doğrudan bir kanun yolu düzenlemesinin yapılmamış olduğu görülmektedir.<sup>218</sup>

5651 sayılı Kanun uyarınca koruyucu ve idari tedbir niteliğinde verilebilen erişimin engellenmesi tedbiri, esasen bireylerin haberleşme, düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale içermektedir.<sup>219</sup> Tedbirin ne zaman sona ereceğinin madde de düzenlenmemiş olması da hükmün bir diğer sakıncalı yönüdür. Zira Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesi BTK (kapatılmadan önceki adıyla TİB), müstehcenlik, fuhuş ve çocuğun cinsel istismarı suçlarına ilişkin olarak içerik ve yer sağlayıcının yurt dışında olması halinde doğrudan erişimin engellenmesi kararı verebilmekteydi. Bu durumun çocuk pornografisiyle mücadelede içeriğin internet üzerinde hızlı bir biçimde yayılmasını önlemek adına etkin bir yöntem olduğu düşünülse dahi<sup>220</sup>, BTK tarafından verilen kararların yayınlanmaması, idari bir makam tarafından verilen kararın yargı denetiminden geçmiyor olması<sup>221</sup>, her ne kadar kanunla düzenlenmiş olsa dahi bir temel hak ve özgürlüğe yargı kararıyla değil idari bir merci tarafından müdahale edilmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaması, mahkemelerin dahi değerlendirirken çelişkiye düştüğü ve bu nedenle bilirkişiden yardım alma gereği duyduğu müstehcenlik kavramını, hukukçu olmayan kişilerin nasıl yorumlayacağı<sup>222</sup> gibi nedenlerden dolayı sakıncalı bulunmaktadır.

AYM'nin 15.11.2017 tarihli kararı neticesinde müstehcenlik suçu yönünden BTK'nın karar verme yetkisi kısmen de olsa elinden alınmış olsa da, bizim de katıldığımız yukarıda anılan eleştiriler fuhuş ve çocuğun cinsel istismarı suçları

<sup>218</sup> Necati Meran, "İnternet Yoluyla İşlenen Suçlarda Erişimin Engellenmesi ve İçeriğin Yayından Çıkarılması" **Terazi Hukuk Dergisi**, C.5, S.7, 2010, s. 124.

<sup>219</sup> Savaş Bozbel, "5651 Sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım", **E- Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasi Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S. 72, 2008.

<sup>220</sup> Kürşat Kayral, "İnternet Sitelerinde Erişimin Engellenmesi Kararları", **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C:2, Semih Ofset Matbaa Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 961.

<sup>221</sup> Yargılama makamlarının görevi alanına giren bir konuda idarenin yetkilendirilmesinin açıkça yetki gaspı olduğuna ilişkin değerlendirme için Bkz. Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet Hukuku**, s. 905.

<sup>222</sup> Dülger, **y.a.g.e.**, s. 910, Taşkın, "İnternete Erişim Yasakları ve Hukuka Aykırılıklar", 2015, s. 153., Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s.186., Eduard Alan Bulut, "Türkiye'de İnternet Yasakları", **Bilgi Dünyası**, S:10(2), 2009, s.175-176.

yönünden devam etmektedir. İdari tedbirin, koruyucu tedbirin yerini alır şekilde uygulanması, internet sansürü endişesini beraberinde getirmektedir.<sup>223</sup>

Bu aşamada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise çocuğun üstün yararı ilkesi uyarınca çocuk pornografisiyle devletlerin mücadele etme yükümlülüğüdür.<sup>224</sup> İçeriği suç teşkil eden yayınlara ilişkin erişimin engellenmesi kararının idari bir merci tarafından hakim onayından geçmeksizin doğrudan verilmesi ve hızlı bir biçimde uygulamaya konulması, suçla mücadelede hız kazanılması açısından önemli olduğu düşünülebilir.<sup>225</sup> Ancak bu durum dahi temel hak ve özgürlüklere ciddi bir müdahale teşkil ettiğini düşündüğümüz karar verme yetkisinin hukuka aykırı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır.<sup>226</sup>

İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir yere sahiptir.<sup>227</sup> Bu

<sup>223</sup> Karaca, Beyaznar, a.g.e., s. 6; Dülger, “İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme”, s. 1507.

<sup>224</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen 18.10.2005 tarihli ve 5446/03 başvuru Perrin/Birleşik Krallık kararında; Mahkeme, başvuruya konu web sayfasında yer alan çocuk pornografisine ilişkin görüntü ve yazıların kamu düzenini bozar nitelikte olduğu ve genel ahlaka aykırılık teşkil ettiği, benzer nitelikteki görüntülerin başka web sayfalarında yayınlanmasının ya da bu durumun başka ülkelerde suç olarak kabul edilmemesinin, somut olaydaki sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı, web sitesinin erişime açık olduğu ülkede bu tip görüntülerin önlenmesi adına devlete yüklenmiş görevler olduğu, filtreleme yazılımı kullanılsa dahi herkesin ve özellikle çocukların rahatlıkla erişebileceği bir internet sitesinde yayınlanması nedeniyle başvuruyu kabul edilemez olarak değerlendirmiştir. (Başvuruya konu olayda görüntüler, web sitesine giriş yapıldığı anda sitenin ön yüzünden herkesçe ulaşılabilir şekilde yayınlanmıştır. Mahkeme, başvurusunun daha fazla müşteri çekebilmek ve ticari kazanç elde edebilmek amacıyla bu yolu izlediği kanaatindedir). Kararın orijinal metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70899>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 17.09.2018.

<sup>225</sup> Mehmet Bedii Kaya, **Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi**, On İki Leuva Yayıncılık, 2010, s. 121.

<sup>226</sup> 5651 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten 2015 yılına kadar erişime kapatılan 87628 adet internet sitesinin 81682’sine TİB tarafından karar verilmiştir. Bu durum, ilgili dönem aralığında internet sitelerinin %93,2’sine idari tedbir yoluyla erişime kapatıldığını göstermektedir. Taşkın, a.g.e., s. 161 akt., <http://www.engelliweb.com/istatistikler> (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 17.09.2018.

<sup>227</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 29.5.2014 tarihli ve 2014/4075 sayılı Youtube kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 10.4.2019. Mahkeme, internet ve sosyal medya uygulamalarına ilişkin olarak uygulanacak olan tedbirler noktasında devlet ve idari makamların oldukça hassas davranması gerektiğinin altını çizmekte, idari işlemle yapılan erişimin engellenmesinin URL bazlı değil de tüm siteye erişimin engellenmesine karar verilecek şekilde yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye Kanun’da yer verilmediği, idareye verilen yetkinin ne şekilde kullanılacağına ilişkin tam olarak ortaya konulmadığı, bu nedenle kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, youtube.com adlı internet sitesine tümüyle erişimin engellenmesine yönelik müdahalenin yeterince açık ve belirgin olmadığı ve bu yönüyle öngörülebilir

anlamda internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin önemi büyük olmakla birlikte, AİHS ve Anayasa ile koruma altına alınmış temel hak ve özgürlüklere gerçekleştirilecek müdahalenin ölçülü, orantılı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır nitelikte olması gerekmektedir. Kanunda BTK'ya tanınan yetki ise, yargı yetkisinin devri anlamını taşımaktadır.<sup>228</sup> Bu durum hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Anayasa'nın 9. maddesi gereği yargı yetkisinin bağımsız mahkemeler tarafından kullanılması gerekmekte olup, kanaatimizce idareye tanınan karar verme yetkisinin tamamen ortadan kaldırılıp, sadece 5651 sayılı Kanun'dan kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmekle yetkili ihtisas mahkemelerinin kurulması gerekmektedir.

### **C. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun**

15.02.2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un amacı Kanun'un 2. maddesinde; *“radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin düzenlenmesi, denetlenmesi, ifade ve haber alma özgürlüğünün sağlanması ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, teşkilâtı, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları belirlemek”* olarak belirtilmiştir.

Kanun'un 8. maddesinde yayın hizmeti ilkeleri düzenlenmekte olup, medya hizmet sağlayıcıların bu ilkelere uygun olarak yayın hizmetlerini sunmaları gerekmektedir. Bu madde kapsamında düzenlenen ilkelere uymakla yükümlü olan medya hizmet sağlayıcıları Kanun'da, radyo ve televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde, düzenlenmesi ve yayınlanma biçiminde sorumluluğu olan kişiler olarak belirtilmiştir. Buradan hareketle televizyon ve radyo üzerinden yayıncılık faaliyeti sürdüren tüm kişilerin, 8. madde de düzenlenen ilkelere uymakla yükümlü olduğu söylenebilir. Ayrıca Kanun'a 27.03.2018 tarihli Resmi Gazete'de

---

nitelikte olmadığı bu nedenle müdahalenin siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale niteliğinde olduğunu tespit etmiştir.

<sup>228</sup> Erol Tatar, “İnternete Erişimin Engellenmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Y.36, C.36, S.1-2, Ankara, Yargıtay Yayınları, 2010, s. 147.

yayınlanarak yürürlüğe giren 21.03.2018 tarihli 7103 sayılı Kanun ile eklenen 29/A maddesi gereği, internet üzerinden yayın hizmeti sağlayan kişiler de 6112 sayılı Kanun içerisine alınmıştır.<sup>229</sup> Buna göre geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, bu hak ve lisansları ile yayınlarını 6112 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak internet ortamında sunabileceklerdir. Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini sadece internet ortamında sunmak isteyen medya hizmet sağlayıcılar ise yayın lisansı, bu yayınları internet ortamından iletmek isteyen platform işletmecileri ise yayın iletim yetkisi olarak bu faaliyette bulunacaklardır.<sup>230</sup>

8. maddenin 1-n fıkrası gereği yayın hizmetlerinin müstehcen olmaması gerekmektedir. 02.11.2011 tarihli Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 8/1-n maddesinde, yayın hizmetlerinin "*Cinsel duyguları sömürmeye yönelik, bireyleri cinsel meta olarak gösteren, insan bedenini cinsel tahrik unsuruna indirgeyen, toplumsal yaşam alanı içinde sergilenemeyecek mahrem söz ve davranışlar içeren, toplumda yaşayan bireylerin ar ve utanma duygularını örseleyen ve cinsel isteklerini tahrik ve istismar eder nitelikte*" olamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde ile bir anlamda bir yayının müstehcen olup olmadığının belirlenmesinde uygulanacak olan kriterler düzenlenmiştir. Buna göre televizyon yayınları; cinsel duyguları sömürmeye yönelir, bireyi cinsel bir meta olarak gösterir, insan bedenini cinsel tahrik unsuru şeklinde gösterir ya da gündelik yaşamda sergilenemeyecek olan mahrem söz ve davranışları içerisinde barındırması halinde müstehcen olarak değerlendirilerek RTÜK tarafından yaptırım uygulanabilecektir.

Yayınların müstehcen olamayacağı ilkesi,<sup>231</sup> esas olarak müstehcen yayınlara maruz kalan küçüklerin ahlaki ve zihinsel gelişimlerinin zarar görebileceği

<sup>229</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180327M2-1.htm>

(Çevrimiçi), Erişim

Tarihi: 13.05.2019.

<sup>230</sup> İçel, a.g.e., s. 427.

<sup>231</sup> Yayınların müstehcen olamayacağı ilkesinin Anayasa'nın 2. ve 90. maddelerine aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş olup, başvuru gerekçesi olarak müstehcenliğin kişiden kişiye, kültürden kültüre değişkenlik gösteren soyut bir kavram oluşu, bu soyutluğun yayınlar hakkında karar verecek Kurul bakımından da geçerli olacağı ve bu durumun Kurul'un takdir hakkını etkileyerek keyfiliğe neden oluşturabileceği, eserlerin bütünlüğünün bozulması yerine uyarı işaretiyle ya da belirli saatler içerisinde yayınlanabileceği, ilkenin bu haliyle Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'ne aykırı olduğu gösterilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından

gerekçesiyle düzenlemede yer almış ise de bu ilke; müstehcenliğin kişiden kişiye göre değişebilen bir kavram olma özelliğinden dolayı uygulayanlara göre değişen şekillerde yorumlanabilecek olma ihtimalini ve bu ilkeye uygunluk değerlendirmesi yapılırken subjektif düşüncelerden hareket edilebileceği endişesini beraberinde getirmektedir.<sup>232</sup>

Kanun'un 24. maddesinde yayınların medya hizmet sağlayıcıları tarafından koruyucu sembol sistemi kullanılarak verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. 02.11.2011 tarihli Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 23. maddesinde, medya hizmet sağlayıcıların koruyucu sembol sistemini ne şekilde kullanmaları gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre bir program hangi yaş grubuna uygun ise programdan etkilenme düzeyleri dikkate alınarak "18 yaş ve üzeri için uygundur", "Genel İzleyici" gibi sembollerle belirtilecektir. Bununla birlikte Kanun'un 8/2. maddesine göre radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılsa dahi yayınlanmaları yasaklanmıştır. Bu düzenlemeyle, çocuklara fiziksel, zihinsel ya da ahlaki yönden zarar vereceği düşünülen içeriklerin medya hizmet sağlayıcıları tarafından çocukların izleyebilecekleri zaman dilimlerinde yayımlanmasının tamamen yasaklanmış olduğu söylenebilir. Düzenlemenin temel amacının çocuğun ahlaki, fiziksel ve zihinsel gelişimine zarar verebilecek nitelikte olan yayınlardan korunması olduğu söylenebilirse de, son dönemlerde RTÜK tarafından verilen kararlar dikkate alındığında, sınırlandırmanın bazı durumlarda ölçüsüz ve orantısız

---

21.06.2012 tarihinde verilen 2011/44 E., 2012/99 K., sayılı karar ile müstehcenlik ile ilgili getirilen düzenlemelerle korunmak istenenin toplumun ar ve haya duyguları yani ahlaki olduğu, müstehcen yayınların neler olduğunun önceden belirlenmesindeki güçlüğü göz ardı edilemeyeceği ancak zaman içerisinde doktrin, uygulama ve yargı kararlarıyla bir anlam kazandırıldığı, Türkiye'nin tarafı olduğu Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'nde televizyon programlarının pornografi içermemesi gerektiğine dair ilkelerin de yer aldığı bu nedenle, düzenlemenin Sözleşme ile uyum içerisinde olduğu gerekçeleriyle ilkenin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği hükmüne varılmıştır.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7953f237-26ba-4740-9906-49324e3557af?highlightText=M%C3%9CSTEHCENL%C4%B0K&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:10.11.2018.

<sup>232</sup>Sena Coşkun, "Radyo ve Televizyon Yayın Hizmetlerinde Denetim", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eylül 2016, s. 250. Bu ilkenin sansürcülüğü beraberinde getireceği yönünde bir eleştiri için bkz. Burcu Sümer, Gülseren Adaklı, "6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun'a İlişkin Değerlendirme Raporu", **Ankara Üniversitesi İletişim Araştırmaları Dergisi**, Ankara, 2007, S:5(2), s.146.



bir şekilde kullanılarak bu yolla kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilebileceği endişesi ortaya çıkmaktadır.<sup>233</sup>

Zira 6112 sayılı Kanun’a göre mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile 1994 yılında kurulan RTÜK, yayınların hizmet ilkelerine uygun olup olmadığını denetleme ve bu ilkelere aykırı yayında bulunanları cezalandırma yetkisine sahiptir. Bu anlamda müstehcen yayın yapan medya hizmeti sağlayıcı kuruluşlara kanunun 32. maddesi uyarınca ihlalin ağırlığı ve yayının ortam ve alanı göz önünde bulundurularak ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden beşine kadar idari para cezası verilmektedir. Ayrıca idari tedbir olarak ihlale konu edilen program yayının

<sup>233</sup> RTÜK tarafından verilen 06.06.2012 toplantı tarihli, 2012/34 toplantı numaralı ve 19 numaralı kararda “...Bu klipte şarkıyı seslendiren sanatçı, son derece açık saçık giysiler ve aksesuarlar eşliğinde, adeta kadın cinsiyetini cinsel meta olarak sergilemekte ve bu bedeni cinsel tahrik unsuruna indirgeyen, toplumsal yaşamda sergilenmeyecek tarz ve içerikte mahrem söz ve davranışlar ihtiva eden görüntü ve sözler eşliğinde ekrana gelmektedir. Bu görüntülere başka kadın ve erkek oyuncular da dahil edilmekte, onlar da aynı tarz davranışları daha da abartmak suretiyle sergilemektedirler. Özellikle erkek figüranlar gerçekleştirdikleri koreografilerle kadın bedenini arzulayan içerikte figürler gerçekleştirmektedirler. Bu müstehcen görüntüler farklı çekim teknikleriyle -adeta kaleidoscope kullanılmışçasına- çoğaltılarak, yansıtılmış tarzda ekranlara aktarılmaktadır. Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, Yayıncı Kuruluşun ekranlara getirdiği bu müzik klbinin, ... gerek kullanılan sözler gerekse görüntü içeriği bakımından salt cinsellik unsurlarını ön plana çıkaran, kadını cinsel meta olarak gösteren, kadın bedenini tamamen cinsel tahrik unsuruna indirgeyen bir muhteviyatta olduğu gözlenmiştir.” gerekçeleriyle yayının 6112 sayılı kanunun 8/1-n bendindeki “müstehcen olamaz” hükmünü ihlal ettiğini tespit ederek, yayın sağlayan kuruluşun idari para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir. <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-8-inci-maddesinin-birinci-fikrasinin-n-bendindeki-mustehcen-olamaz-hukmunun-ihlali-hits-nr1-bir-numara-radyo-ve-televizyon-yayinlari-a-s/15251> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:14.02.2019. Yine RTÜK’ün vermiş olduğu güncel tarihli bir kararda, "Aptal Şampiyon" isimli sinema filminde;..1 dakika 23 saniye süreyle banyo sahnesine yer verildiği, banyo sahnesinde filmin kahramanının iki çıplak kadınla beraber banyo yaptığı, banyo sırasında kadınlarla yapılan şakalaşmalar ile kadınların göğüslerinin herhangi bir flulaştırma yapılmadan yayınlandığı görülmüştür. Bilindiği üzere, müstehcen kavramı "açık saçık, edebe aykırı, yakışsız" olarak tanımlanmaktadır. Müstehcen sözcüğünün Latince kökeni olan "sahneleme" kelimesinden yola çıkarak sözcük "sahnelenemeyen, yaşam sahnesi dışında olan şey" olarak da tanımlanmaktadır. Kelime anlamından da görüldüğü üzere gündelik hayatta gizlenen, alenen sergilenmeyen, mahrem olarak nitelenen unsurların sahnelenmesi müstehcendir. Bu nedenlerle söz konusu sinema filminde yer verilen sahnelerde, herhangi bir flulaştırma yapılmadan müstehcen olarak nitelenebilecek çıplaklık içeren görüntülere yer verilmesi nedeniyle, mezkur yayında, 6112 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin birinci fıkrasının (n) bendinin ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.” denilmek suretiyle, günlük hayatta alenen gösterilmeyen ve mahrem olarak nitelenen görüntülerin müstehcen nitelikte olduğu değerlendirilmesiyle, yayın sağlayan kuruluşun idari para ve yayının durdurulmasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir. <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-8-inci-maddesinin-birinci-fikrasinin-n-bendinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-ve-program-yayini-durdurma-kanal-yalova-kanal-yalova-televizyon-ve-yayincilik-a s/24738?Aciklama=m%C3%BCstehcen> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:21.02.2019.



beş keze kadar durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ise ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verilmektedir.

Bu kapsamda eleştiriye açık olan hususlardan biri ise, RTÜK tarafından müstehcen bulunan bir içeriğin TCK anlamında müstehcen sayılmaması ya da RTÜK'ün TCK m. 226/7 kapsamında değerlendirilebilecek olan bir içerik hakkında müstehcen olduğu değerlendirmesinde bulunarak yaptırım uygulaması halidir. Danıştay tarafından yayının müstehcen olup olmadığına ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde, yayının cinsel duyguları sömürmeye yönelik ve pornografik nitelikte olup olmadığı<sup>234</sup>, genel ahlak ve toplum huzuru ile Türk aile yapısına aykırı olup olmadığı<sup>235</sup>, toplumda genelleşmiş değerlerden sapmaya sebep olup olmadığı, toplumda yerleşmiş değer yargılarını ihlal edip etmediği<sup>236</sup> gibi kriterler incelenmek suretiyle karar verilmektedir. Öte yandan Danıştay yayınların müstehcen olup olmadığının belirlenmesi hususunda uzman kişilerce oluşturulacak bir heyete bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekliliğini içtihat etmektedir.<sup>237</sup>

Müstehcenlik kavramının mahkeme ve RTÜK tarafından farklı şekilde yorumlanması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık olarak değerlendirilebilecek olup, müstehcen olmadığı tespit edilen ve fakat erotik çağırışım yaptığı öne sürülen içerikler hakkında yaptırım kararı verilmesi<sup>238</sup>, bir moda kanalında bikinili kadın

<sup>234</sup> Danıştay 10. Daire'nin 1999/5326 E., 2001/1807 K., sayılı ve 15.5.2011 tarihli kararı. ([www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.02.2019)

<sup>235</sup> Danıştay 13. Daire'nin 2006/4712 E., 2007/4512 K., sayılı ve 13.7.2007 tarihli kararı. (Pınar Yaşar, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Ahlak Sebebiyle Kolluk Gücü Tarafından Sınırlandırılması", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015)

<sup>236</sup> Danıştay 13. Daire'nin 2011/4215 E., 2012/2922 K., sayılı ve 12.11.2011 tarihli kararı. ([www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:21.02.2019)

<sup>237</sup> Danıştay 13. Daire'nin 2007/1849 E., 2007/4460 K., sayılı ve 10.7.2007 tarihli kararı. Aynı yönde bkz. Danıştay 13. Daire'nin 2008/5201 E., 2009/6684 K., sayılı ve 16.6.2009 tarihli kararı, Danıştay 13. Daire'nin 2007/14880 E., 2008/7146 K., sayılı ve 7.11.2008 tarihli kararı. (Yaşar, a.g.e., s. 196.)

<sup>238</sup> "komedi türündeki ihlale konu filmde, müstehcen sahneler yer verilmeksizin izleyicilere erotik çağırışım yapacak sahneler yer verildiği, ancak bu sahnelerde müstehcen görüntü yayınlanmamış olmasının izleyicinin algıladığı mesajı değiştirmeyeceği, herhangi bir mesajın izleyiciler üzerindeki etkisinin mesajın içeriği kadar verilişinden de etkileneceği, programın çocukların ve gençlerin fiziksel, zihinsel ve ahlâkî gelişimini zedeleyecek türde olduğu görüşünün yer aldığı, bilirkişi raporunun Mahkemece de yeterli görülerek anılan yayın ilkesinde getirilen esaslara aykırı yayın yapan yaygın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir..... sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülünce anılan

görseli yayınlanmasının müstehcen olarak değerlendirilmesi<sup>239</sup> gibi örnekler bu konudaki endişemizi haklı çıkarır niteliktedir.

Kanaatimizce RTÜK tarafından müstehcenlik değerlendirilmesi yapılırken; Yargıtay, AYM ve doktrin tarafından ortaya konulan kriterler esas alınmalı ve birbirinden tamamen bağımsız müstehcenlik algılarının ortaya çıkmasına izin verilmemelidir. Ayrıca Kanun'un 8/2. maddesi yeniden düzenlenerek mutlak bir yasak hükmü olmaktan çıkarılmalı, çocukların üstün yararı gözetilmek istenirken başta ifade ve haber alma özgürlüğü, basın özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklere ölçsüz ve hakkın özüne müdahale oluşturur şekilde kısıtlamalar getirilmekten kaçınılmalıdır.

#### **D. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu**

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun amacı, medya araçlarından yapılan yayınların düzenlenmesi ve özerkliği ile tarafsızlığı Anayasa'da hüküm altına alınan TRT'ye ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Kanun'un "Yayın Esasları" başlıklı 5-e maddesi gereği yayınların genel ahlakın gereklerini, milli gelenek ve manevi değerleri gözetmesi gerekmektedir.

Kanun içerisinde doğrudan müstehcenlikten bahsedilmemiş olmakla birlikte, yayınların genel ahlak, milli gelenek ve manevi değerlere aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bu anlamda kanun koyucunun müstehcenliği de içine alır nitelikte daha geniş bir koruma alanı belirtmek istemesinden kaynaklı olarak genel ahlak kavramını tercih ettiği kanaatine varılmaktadır. Buradan hareketle TRT nezdinde yapılacak yayınların, yayın esasları gereği müstehcen nitelikte olamayacaktır.

---

*Mahkeme kararının onanmasına*" Danıştay 13. Dairesi'nin 22.06.2009 tarihli ve 2008/7804 E., 2009/6939 K., sayılı kararı, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.02.2019)

<sup>239</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin 2008/5832 E., 2009/5852 K., sayılı kararı, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.02.2019)

## **E. 5224 Sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması Hakkında Kanun**

14.07.2004 tarihli ve 5224 sayılı Kanun, sinema filmlerinin değerlendirilip sınıflandırılması, bireylerin sinema sanatı ürünlerinden verimli bir şekilde yararlanabilmesi, sinema sektörünün eğitim, yatırım, girişim, dağıtım ve gösterim alanlarında geliştirilip güçlendirilmesi amacıyla yürürlüğe girmiştir.<sup>240</sup> Bu Kanun ile birlikte Değerlendirme ve Sınıflandırma Kurulu adlı bir kurul kurulmuş olup, kanunun 3/f. maddesi uyarınca kurulun görev ve amacı, ülke içerisinde üretilen ya da ithal edilmiş sinema filmlerinin ticari dolaşım ya da gösterime sunulmadan evvel, gösterim ve iletim biçimleri dikkate alınmak suretiyle kamu düzeni, genel ahlak, küçüklerin ve gençlerin ruh sağlıklarının korunması, insan onuruna uygunluk ve Anayasa’da öngörülmüş diğer ilkeler kapsamında denetlenmesi ve sınıflandırılması olarak belirlenmiştir.

Kurul, Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 11. maddesi uyarınca yapmış olduğu değerlendirmeye bağlı olarak cinsellik, korku veya şiddet unsurlarının ağırlıklı olup olmadığı gibi hususları dikkate alarak, genel izleyici kitlesi tarafından izlenebilirlik ve yaş bakımından sinema filmlerini sınıflandırma yetkisine sahiptir. Ayrıca cinsellik, korku veya şiddet unsurlarının ağırlığını dikkate almak suretiyle bazı filmlerin aile eşliğinde izlenmesinin uygun olacağına karar verebilmektedir. Bu kapsamda Kanun’un 5. maddesi uyarınca Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın, insan onurunun, kamu düzeninin, çocukların ve gençlerin ruh sağlığının ve genel ahlakın korunması maksadıyla şiddet, pornografi ve insan onuruyla bağdaşmayan görüntü ve etkiler içeren filmleri yeniden değerlendirmek üzere kurula sevk etme yetkisi bulunmaktadır. Kurul, filmin ticari gösterime uygun olup olmadığı, filmle ilgili kısıtlayıcı tedbir uygulanması ya da düzeltme yapılması, film içerisinde işaret ve ibare kullanımının zorunlu tutulması konularında karar verme yetkisine sahiptir.<sup>241</sup>

<sup>240</sup> <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5224.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 10.03.2018.

<sup>241</sup> <http://arsiv.ntv.com.tr/news/310183.asp>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.03.2018.

Kurul gösterime konulmak istenen bir sinema filmini pornografik unsurların barınması, genel ahlaka aykırılık, çocuk ve gençlerin sağlığını olumsuz etkileyebileceği gibi gerekçelerle engelleyebilecektir.<sup>242</sup> Yapılan değerlendirme ve sınıflandırma neticesinde kurul tarafından uygun görülmeyen filmler ticari dolaşım ve gösterime sunulamayacaktır.<sup>243</sup> Nitekim Danıştay, bir sinema filminin kanuna göre denetimden geçip geçmemesini eserin yayınlandığı yerin 2259 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 8/D. maddesi gereği kapatılıp kapatılamayacağına ilişkin verilerin kararın hukuka uygunluk denetiminde kriter olarak kabul etmektedir.<sup>244</sup>

Kurul kararlarının aksine hareket edenler hakkında ilgili yer mülki idare amirleri tarafından Kanun'un 13. maddesinde yer alan idari para cezaları uygulanmaktadır. Kurula tanınan bu görev ve yetkiler, özerk bir yapıya sahip olmadığı da beraberinde düşünüldüğünde<sup>245</sup> sanat özgürlüğüne haksız bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir. Ayrıca filmlerin genel ahlaka aykırılık gibi nedenlerle gösteriminin engellenmesi yerine, yalnızca yetişkinlere gösterim yapılan özel sinema salonlarında izleyicilerin erişimine açık tutulması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>246</sup>

## **F. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ve Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi**

<sup>242</sup> Lars Von Trier'e ait Nymphomaniac adlı filmin gösterime sokulması Değerlendirme ve Sınıflandırma Kurulu tarafından "yoğunlukla pornografik görüntüler içermesi, genel ahlaka aykırılık ve çocuk ve gençlerin ruh sağlığını olumsuz etkileyebileceği" gerekçesiyle engellenmiştir. <http://www.siyahbant.org/tutucularin-siginagi-sansur/> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 14.01.2019.

<sup>243</sup> "3257 sayılı Yasanın 11/b-d maddesinde ceza yaptırımına bağlanan eylemlerin anılan kanunun 9. Maddesinde açıklandığı gibi kanun kapsamına giren eserlerin dağıtım ve gösterimleri sırasında ve tamamen ticari amaçla işlenmeleri halinde suç oluşturacağı dikkate alındığında, sanığın izlemek amacıyla dava konusu bandrolsüz kaseti bulundurmaktan ibaret eyleminin 3257 sayılı Kanuna göre suç teşkil etmediğinin gözetilmemesi" Yargıtay 5. CD, T. 6.5.1992, 1136/1443. (Bakıcı, a.g.e., s. 345.)

<sup>244</sup> "Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, dava konusu kapatma işlemine esas alınan filmin 3257 sayılı yasaya göre denetimden geçmiş bir film olup olmadığı hususunun mahkemece araştırılmadığı" (Danıştay 10. Dairesi, T. 31.3.1993, E. 1991/2508, K.1993/1262, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 04.02.2019)

<sup>245</sup> Özge Okay, Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul, XVI Lehma Yayıncılık, 2011, s. 118.

<sup>246</sup> Kemal Cem Birlik, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde 5224 sayılı Kanun Çerçevesinde Sinema Filmlerinin Denetlenmesi ve Ortaya Çıkan Sorunlar", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 224.

2559 sayılı Kanun'un<sup>247</sup> 11. maddesi uyarınca polis, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından uygun görülmeyen tavır ve davranışlarda bulunanlarla bu nitelikteki söz, şarkı, müzik ya da benzer nitelikte gösteri yapanları, genel ahlak ve edebe aykırı nitelikte her türlü sesli ve görüntülü eseri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları engelleme ve bu yöndeki davranışları durdurarak yasaklama yetkisine sahiptir. Bu madde uyarınca polis, genel ahlaka aykırı davranışlarda bulunan kişilerle, genel ahlak ve edebe aykırı niteliğe sahip müstehcen görüntü ya da pornografik yayınlar gibi her türlü sesli ve görüntülü eseri üreten ve satan kişileri men edebilir.<sup>248</sup> Düzenleme gereği kolluk herhangi bir şikayete gerek olmaksızın re'sen harekete geçerek bu yöndeki davranışların devamını yasaklama yetkisine sahiptir.

Hal böyle olmakla birlikte polisin kişilerin manevi ve ahlaki alanına müdahale edebilmesi için ilgili alandaki eylemle, düzen ve esneklikte oluşan karışıklık arasında nedensellik bağının mevcudiyetinin aranması gerektiği unutulmamalıdır.<sup>249</sup> Kolluk kuvvetleri bu görevlerini ifa ederken dikkatli davranmalı ve kamu düzeninin muhakkak olarak bozulacağına ilişkin açık ve yakın bir tehlike olması halinde müdahalede bulunmalıdır.<sup>250</sup> Buna göre polisin müdahale alanının başladığı yerin, müstehcen davranışların kamu düzenini etkileyerek karışıklığa neden olmaya başladığı ve dış dünyaya yansıdığı nokta olduğu söylenebilir.<sup>251</sup> Bireylerin iç yaşantılarında ve kendi ahlak anlayışlarına göre oluşturdukları düzene göre meydana getirdikleri eylemler, toplumun dış ve maddi düzeninde derhal ve yakın bir zamanda karışıklık meydana getirebilecek nitelikte olmadığı müddetçe idarenin müdahale alanına girmeyecektir.<sup>252</sup>

Kanun koyucu tarafından açıkça zikredilmemiş olsa da madde içerisinde yer alan “*genel ahlak ve edep kurallarına aykırı mahiyetteki eserler*” deyimıyla

<sup>247</sup> <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 04.05.2018.

<sup>248</sup> Adem Yılmaz, “Polisin Görev ve Yetkileri”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s. 75.

<sup>249</sup> Metin Kıratlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara, 1973 akt. Emine Cin, Türk Hukukunda Kolluk Yetkisinin Kullanılması ve Sınırları, Kırıkkale Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2008, s.7.

<sup>250</sup> Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982 akt. Cin, a.g.e., s. 9.

<sup>251</sup> Yaşar, a.g.e., s. 153.

<sup>252</sup> Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2011, s. 291.

kastedilen aslında müstehcen nitelikteki eserlerdir. Bu anlamda kanun koyucu, kolluğa müstehcen ürün üretimi ya da satışının tespit edildiği hallerde doğrudan bu hareketi engelleme yetkisi tanımıştır. Tartışmalı olan konulardan biriye tespit edilmesi oldukça güç olan ve hakimden hakime dahi değişiklik gösterebilen müstehcenlik ve genel ahlaka aykırılık değerlendirmesinin, kolluk kuvvetleri tarafından nasıl yapılacağıdır. Kamu düzenini bozduğu düşünülen ahlaki tutum ve davranış ne zaman genel ahlaka aykırı olarak nitelendirilecektir? Örneğin TCK m. 226/7 uyarınca bilimsel eserler ve bazı şartların varlığı halinde sanat eserleri hakkında müstehcenlik hükümleri uygulanmamakta olup, müstehcenlik ve bilim ve sanat özgürlüğü arasında oldukça hassas bir sınır bulunmaktadır. Herhangi bir yargılama sürecinden geçmeksizin kolluk görevlileri tarafından yapılan bu değerlendirme ne kadar sağlıklı olacaktır?<sup>253</sup> Yahut sanat eseri olması nedeniyle TCK anlamında müstehcen olarak değerlendirilmeyen bir eserin PVSK m. 11 gereği genel ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle gösteriminin durdurulmasına karar verilecek midir?

Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi'nin 9. maddesine göre, Polis tarafından mevcut hükümlere aykırı hareketleri tespit edilen umumi ev, birleşme yerleri ve tek başına fuhuş yapanların evleri, ahlaka ve umumi terbiyeye uygun olmayan yerler hakkında kati deliller elde edilmesi halinde o yerin mülki idari amirinin kararıyla kapatma kararı verilmesi mümkündür.

Kanun'da genel edep ve ahlak kurallarına aykırılıktan, nizamname de ise ahlak ve umumi terbiye kavramından söz edilmekte olup, kullanılan her iki ifade de muğlak niteliktedir. Her iki düzenleme de müstehcenlikle bağlantılı olup, bir kişinin müstehcenlik suçundan cezalandırılması ancak TCK m. 226 kapsamında yapılacak yargılama neticesinde mümkündür. Herhangi bir yargılama sürecinden geçmeksizin muğlak ifadelerle kolluğa bu denli geniş bir yetki tanınması, kişisel özgürlüklerin kişisel ahlaki değerler üstün tutularak engellenmesi risk ve endişesini beraberinde getirmektedir. Bu nedenle ilgili düzenlemelerin kolluğun kişisel ahlaki değerlerini ortaya koyamayacağı bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

---

<sup>253</sup> Kıratlı, a.g.e., s. 34.

### III. MÜSTEHCENLİĞİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Genel Olarak

Müstehcenlik, iç hukukumuzda olduğu gibi uluslararası alanda da oldukça uzun zamandır mücadele edilen bir alandır. Bu konuda uluslararası alanda oldukça önemli çalışmalar yapılmakta ve hazırlanan düzenlemelere çok sayıda devletin taraf olması amaçlanarak müstehcenlikle mücadelede bir yeknesaklık sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak burada önemle altı çizilmelidir ki, uluslararası alanda çoğunlukla müstehcenlik kavramıyla kabul edilen TCK m. 226'nın 3. ve 4. fıkralarında düzenlenen çocuk pornografisi ve diğer ağır pornografik materyallerin yer aldığı ürünlerdir. Çocuğun cinsel anlamda sömürüldüğü ya da kişilerin alçaltıcı, küçük düşürücü şekilde ele alındığı, hayvanların ya da ölmüş insan bedeninin kullanıldığı vb. içerikler, ağır pornografik ürün olarak nitelendirilmektedir. Günümüzde devletler bu nitelikteki pornografik ürünlerle mücadele etme ve yayılmasını önleme çalışmaları içerisinde. Zira teknolojik gelişmeler ve internet kullanımının yaygınlaşması, sağladığı pek çok fayda ve kolaylığın yanı sıra bu nitelikteki pornografik ürünlerin yayılmasını, mağdura ulaşmasını ve bu yolla gelir elde edilmesini kolaylaştırmıştır.<sup>254</sup> Çocuk ve yetişkinlerin bu nitelikteki ürünlerin neden olabileceği fiziksel ve ruhsal çöküntüden korunması adına milletlerarası sözleşmelerde ilgili hükümler sevk edilmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde, milletlerarası hukukta pornografiyle mücadele için hazırlanan bazı önemli düzenlemelere yer verilecektir.<sup>255</sup>

#### B. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

<sup>254</sup> Ayşe Aslıhan Erbaşı, “Çocuk Pornografisi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:81, S:4, İstanbul, 2007 s. 1617.

<sup>255</sup> Bu bölümde Müstehcenlik, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi yönünden değerlendirilmiştir. Müstehcenliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki yeri ve müstehcenlikle ilgili AIHM kararları ise çalışmamızda müstehcenlikle bilim ve sanat özgürlüğü arasındaki ilişki bağlamında ele alınmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için çalışmamızın “AIHS ve AIHM İçtihatları Kapsamında Müstehcenlik ve Sanat Özgürlüğü İlişkisi” bölümüne bakılabilir.

Çocuk haklarının anayasası<sup>256</sup> ve çocukların Magna Carta'sı<sup>257</sup> olarak adlandırılan, Türkiye'nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>258</sup>, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilerek 02.09.1990 tarihinde uluslararası hukuk alanında yürürlüğe girmiştir. Üç bölümden oluşan Sözleşme<sup>259</sup> temelde çocuğun en yüksek derecede menfaati ilkesi<sup>260</sup>, ayırım gözetmeme ilkesi, çocuğun kendisi ile ilgili işlerde söz hakkına sahip olma ilkesi ve çocuğun mümkün olduğunca anne ve babasını bilme ve onlar tarafından bakılıp gözetilme hakkına saygı ilkesi şeklinde dört ana ilkeyi koruma altına almaktadır.<sup>261</sup>

Sözleşme'nin 1. maddesi gereği çocuğun tabi olduğu hukuk uyarınca ergenliğin daha önce başlamadığı müddetçe 18 yaşını doldurmamış olan her insan çocuktur. Sözleşme, taraf devletlere her çocuğun yaşama hakkına sahip olduğunu, çocuğun hayatta kalması, gelişimi, etkin bir şekilde sağlık hizmetlerinden

<sup>256</sup> Zeynep Uğurlu, İpek Aksoy Gülsen, "Çocuk Hakları ve Hukuku Bağlamında Çocuğun İhmal ve İstismardan Korunması, *Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi (International Journal of Social and Educational Sciences)*, C:1, S:1, 2014, s. 1.

<sup>257</sup> Yusuf Solmaz Balo, **Çocuk Koruma Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 50.

<sup>258</sup> Sözleşme'ye üye olan devlet sayısı 197 olup, bu zamana değin en fazla ülke tarafından onaylanan insan hakları belgesidir. Sözleşme, 20 Kasım tarihinde kabul edilmesi nedeniyle, her 20 Kasım tüm dünyada çocuk hakları günü olarak kutlanmaktadır. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Çocuk\\_Hakları\\_Sözleşmesi](https://tr.wikipedia.org/wiki/Çocuk_Hakları_Sözleşmesi), (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:01.01.2017. Türkiye, Sözleşme'yi 14.09.1990 tarihinde imzalamış, onay belgesini ise 04.04.1995 tarihinde depo etmiştir. Ayrıca 11.12.1994 tarih 22138 Resmi Gazete sayılı, 4058 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile Türkiye

tarafından kabul edilmiştir.

<sup>259</sup> Sözleşme'nin birinci bölümünde çocuk hakları, ikinci bölümünde sözleşmenin uygulanması, takibi ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin kuruluş ve çalışma esasları, üçüncü bölümde ise Sözleşme'nin yürürlüğü ile ilgili hükümleri içermektedir. Sözleşme içerisinde korunan çocuk hakları, beslenme, tıbbi hizmet ve eğitim gibi refah hakları; çocuğun her türlü istismar ve tehlikeden koruyucu nitelikteki korumacı haklar; yetişkinlere tanınan hakların çocuklara da sağlanması gerekliliğine yönelik yetişkin hakları ve çocuğun ebeveynlerine karşı sahip olduğu hakları düzenleyen ana-babalara karşı haklar olarak özetlenebilir. Cengiz Topel Çiftçiöğlu, "Çocuk Haklarının Korunması Bağlamında BMÇHS ve AİHS'te Öngörülen İki Farklı Bireysel Başvuru Sistemi", **Fasikül Hukuk Dergisi**, Edt. Bahri Öztürk, C:7, S:68, 2015, s 11-12. Sözleşme'de düzenlenen hak ve ilkeler arasında herhangi bir hiyerarşi ya da ayırım olmayıp, birbirilerini tamamlayan niteliktedir. Yusuf Solmaz Balo, **Çocuk Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.63.

<sup>260</sup> Bu ilke uluslararası hukuka Sözleşme ile kazandırılmış olup, yasama organı başta olmak üzere yürütme ve yargı organlarında çocuğu ilgilendiren her türlü işlem, uygulama ve kararda çocuğun merkeze alınmasını ifade etmektedir. Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 671.

<sup>261</sup> Çiftçiöğlu, a.g.e., s.8.



faydalanabilmesi, bebek ve çocuk ölümlerinin azaltılması noktasında önlemler alınmasını sağlama yükümlülüğü getirmektedir.<sup>262</sup>

Sözleşme'nin 34. maddesinde çocuğun cinsel istismar ve sömürüden korunması için taraf devletlerin yükümlülükleri ele alınmıştır. Buna göre taraf devletler, çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması ve zorlanmasını, çocukların fuhuş ya da başkaca bir yasadışı cinsel faaliyet ile sömürülmesi, çocukların pornografik nitelikteki gösteri ve malzemelerde kullanılarak sömürülmesi ve çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhuşa konu olmalarını önlemek adına gerek ulusal, gerekse de uluslararası düzeyde her türlü önlemi almakla yükümlüdür.<sup>263</sup> Bu yükümlülük taraf devletlere çocuk fuhuşu ve pornografisine karşı, uygun olan her türlü ulusal, iki taraflı ve çok taraflı önleme hareket etme ödevini getirmektedir.<sup>264</sup>

Sözleşme, çocukların pornografik nitelikteki malzemelerde kullanılmasını kesin bir şekilde yasaklamış olmakla birlikte çocuk pornografisinin tanımına yer vermemiştir. Ayrıca Sözleşme içerisinde doğrudan çocuk pornografisinin engellenmesine ilişkin de bir düzenleme yer almamaktadır.<sup>265</sup> Sözleşme'de yer alan bu eksiklikler Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 25.05.2000 tarihinde 54/263 sayılı kararla kabul edilen ve 18.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol<sup>266</sup> ile giderilmiştir. Protokolün hazırlanma nedenleri arasında çocuk pornografisi amacıyla yapılan uluslararası çocuk

<sup>262</sup> **y.a.g.e.**, s. 10-11.

<sup>263</sup> Yıldız, a.g.e., s. 187.

<sup>264</sup> Giorgia Rollo, Frank Neubacher, çev. İlker Tepe, "Çocuk Pornografisi ve İnternet- Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Genel Bir Bakış", **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (4), Suç ve Ceza**, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 657

<sup>265</sup> Şerife Çam, "Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular", **İletişim Araştırmaları Dergisi**, C:1, S:2, 2003, s. 70, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/23/668/8516.pdf> (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:12.02.2019

<sup>266</sup> Türkiye, Protokol'ü 08.06.2000 tarihinde imzalamış, 09.05.2002 tarihinde ise 4755 sayılı "*Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun*" çıkartılmıştır. Onay belgesi 19.08.2002 tarihinde depo edilmiş olup, 19.09.2002 tarihinde Protokol, Türkiye bakımından yürürlük kazanmıştır. Protokol'e Türkiye tarafından yalnızca tanıdığı ve diplomatik ilişkiler kurduğu devletlere karşı uygulanabileceği noktasında bir beyan konulmuş, bu beyan bazı ülkelerce çekince olarak kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://burakgemalmaz.com/wp-content/uploads/2015/05/f-6-2000-may-25-c3a7hs-c3a7ocuk-sate4b1c59fc4b1-protokole3bc.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:13.11.2018.

ticaretinden ciddi endişe duyulması, çocuk pornografisinin internet ve diğer teknolojileri üzerinde giderek çoğalan erişilebilirliğinden duyulan endişe ile hükümetler ile internet endüstrisi arasında işbirliğinin sağlanması, çocuk pornografisine olan tüketici talebinin azaltılması amacıyla kamuoyunda bilincin arttırılması gibi gerekçeler yer almaktadır.<sup>267</sup> Protokol “*çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi*”<sup>268</sup> olarak tanımladığı çocuk pornografisini kesin bir şekilde yasaklamaktadır. Protokol kapsamında taraf devletlere bazı eylemlerin ceza yasalarının kapsamı içerisinde yer alması noktasında yükümlülükler getirilmiş olup, buna göre taraflar, çocuk pornografisinin üretim, dağıtım, yayılma, ithal, ihraç, sunum, satış ve zilyetliği eylemlerini cezalandırılabilir kılmakla mükelleftir.

Sözleşme’nin denetim organı Çocuk Hakları Komitesi’dir. Bu komite, taraf devletlerin Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri Sözleşme’nin çerçeve niteliğiyle uyumlu olarak yerine getirme hususunda kaydettikleri ilerlemeleri incelemektedir.<sup>269</sup> Bu kapsamda Sözleşme ile taraf devletlere Sözleşme içerisinde yer alan hakları yürürlüğe koymaları için almış oldukları önlemler ve ilerleme raporlarını Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi’ne sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu raporların taraf devletlerce yayınlanması ve ülke içerisinde dağıtımının sağlanması gerekmektedir. Komite’nin uzman kuruluşlardan rapor ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’nden araştırma yapılmasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Buralardan toplanan bilgiler aracılığıyla Komite tarafından taraf devletlere genel nitelikte tavsiyeler sunulabilmektedir. Bu bağlamda Sözleşme’nin eleştiriye açık noktalarından birinin AİHM gibi devletler üstü bir yargısal denetim mekanizmasına sahip olmaması olduğu söylenebilir.<sup>270</sup> Devletler arası ve bireysel şikayet başvurusu usulü yerine rapor usulünün tercih edilmesi, komite tarafından verilecek kararların, taraf devletler nezdinde bağlayıcılığını azaltacağı ve Sözleşme’nin yaptırım ve uygulanabilirlik gücünü zayıflatacağı endişesini uyandırmaktadır. Netice itibariyle

<sup>267</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4755.html>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:13.11.2018

<sup>268</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4755.html>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:13.11.2018

<sup>269</sup> Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 677.

<sup>270</sup> Balo, **Çocuk Ceza Hukuku**, s. 83.

Sözleşme, çocuk haklarına ilişkin olarak, çocukların politik, ekonomik, sosyal, kültürel ve yurttaşlık haklarını tanımlayan ilk bağlayıcı belge olması nedeniyle uluslararası hukukta oldukça büyük öneme sahip olup, uluslararası çocuk hukukunun temel yapı taşlarından biridir.

### C. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi

Siber suç, her ne kadar doktrinde üzerinde mutabık kalınmış bir tanımı olmasa da genel hatlarıyla, verilerin bilişim esaslı olarak ve otomatik bir biçimde işlenmesi, saklanması, tasnif edilmesi, terkihi ve iletilmesi ile ilgili ve bilişim alanı içerisinde işlenen, bilgisayar, bilgisayar ağı ya da bilişim sisteminin bir kısmına veya tamamına ya da bu sistem içerisindeki verilere ilişkin olarak veya sistemlerin araç olarak kullanılması şeklinde meydana gelen haksız eylemler olarak açıklanmaktadır.<sup>271</sup>

Bilgisayar ve internet kullanımı, siber suçların meydana gelmesi yönünden kurucu nitelikte olup,<sup>272</sup> siber suçlar bu yönüyle yetkisiz erişim, bilişim sistemine veya burada bulunan verilere müdahale gibi internet kullanımına gerek olmaksızın işlenebilen suçlardan ayrılmaktadır. Bu anlamda doğrudan doğruya bilişim sistemiyle ilgili olmaksızın elektronik ortam kullanılmak suretiyle, bilgisayar ağı ve sistemi içerisinde ya da bunlara karşı, internet ortamından faydalanılarak siber uzay mecrasında meydana getirilen suçlar<sup>273</sup>, siber suç olarak adlandırılmaktadır.<sup>274</sup>

---

<sup>271</sup> Murat Volkan Dülger, “Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Bilişim Suçları ve Eleştirisi”, **Bilişim Toplantıları I- Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Basın ve İletişim Alanında Getirdiği Yenilikler**, <https://docplayer.biz.tr/36535-Turk-ceza-kanunu-nda-yer-alan-bilisim-suclari-ve-elestirisi.html>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.05.2019, s.2; Kayıhan İçel, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında ‘Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri’”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:ILX, Sayı:1-2, 2001, s.3-10 akt. Gürkan Özocak, Merve Erdem, “Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ve Türk Hukukuna Etkileri”, **4. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı Akademik Bildiriler Kitabı**, İzmir, 2016, s. 2.

<sup>272</sup> Veli Özer Özbek, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2002, C.:4, S:1, s. 106-107.

<sup>273</sup> Fatma Burcu Nacar, “Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye’de Bilişim Suçlarının Ceza Hukukundaki Uygulamaları”, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 44.

<sup>274</sup> Gizem Kübra Özen, “Çocuk İstismarı Bağlamında Müstehcenlik ve Fuhuş Suçlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015 s. 75.

Bilişim ve teknoloji çağı olarak adlandırılan içinde bulunduğumuz bu dönemde, internet ve yarattığı sanal dünya, gündelik toplum yaşantısında oldukça etkin bir rol oynamaktadır. Günümüzde bilgi akışı ve iletişim neredeyse tamamen internet üzerinden gerçekleştirilmektedir. İnternetin kullanıcılarına sunduğu çift taraflı ve anlık iletişim özelliği ve bu interaktifliğin sağladığı özgürlük ortamı, sağladığı pek çok fayda ve kolaylığın yanı sıra, hukuksal alanda yasal olmayan internete özgü yeni davranış şekillerini beraberinde getirmiştir. Mahiyeti gereği sanal ortamda gerçekleştirilen suçların sınır aşan niteliğe sahip olması, yasadışı eylemlerin çoğunlukla herhangi bir kalıba oturtulmayacak şekilde değişken ve tespit edilebilirliğin güç olması gibi nedenler, devletleri bu suçlara ilişkin olarak yeknesak bir düzenleme getirmeye zorlamıştır.

Buradan hareketle Avrupa Konseyi tarafından 23.11.2001 tarihinde imzaya açılan ve siber suçlar hakkında ilk uluslararası belge olma özelliği taşıyan<sup>275</sup> Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi düzenlenmiştir. Türkiye Sözleşme'ye 10.11.2010 tarihinde taraf olmuş olup, 02.05.2014 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda kabul edilmesinin ardından 02.05.2014 tarihli 28988 sayılı Resmi Gazete'de 6533 sayılı Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu anlamda Türkiye, Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi olarak kabul ettiği Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'ne 01.01.2015 tarihinden itibaren taraf ülkelerden biridir.<sup>276</sup>

Sözleşme'nin amacı taraf devletler arasında ortak bir siber suç kavram ve düzenlemesi yaratmak ve siber suç politikasının ana ilkelerini oluşturmak<sup>277</sup>, buna istinaden ulusal düzeyde yapılacak düzenlemeleri yeknesak hale getirmek ve

<sup>275</sup> TBMM Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/676), Sıra Sayısı:380, s.4, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.01.2019

<sup>276</sup> [http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p\\_auth=iaDgY9vB](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=iaDgY9vB), (Çevrimiçi) Erişim Tarihi:14.03.2019

<sup>277</sup> Hasan Sınar, "Avrupa Konseyi Siber Suç Politikası Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, **Galatasaray Üniversitesi Yayınları**, İstanbul, 2004, s. 777. İçel tarafından Sözleşme uyarınca ceza sorumluluğunun düzenlenmesi noktasında dikkat alınması gereken ilkeler; başta düşünce ve söz özgürlüğü ile iletişim özgürlüğü olmak üzere tüm temel hak ve özgürlüklerin gereklerine uyulması, bilgisayarla işlenen veya bilgisayarla ilişkili suçların belirlenip düzenlenmesinde ortak bir standarda uyulması, eylemin hukuka aykırılığı ve kasten işlenmesi gerekliliği olarak belirtilmiştir. İçel, **a.g.e.**, s.9.

devletler arasında ortak bir adli işbirliği rejimi oluşturmaktır. Bu kapsamda Sözleşme içerisinde dört farklı başlık altında dokuz ayrı suç düzenlemesine yer verilmiş olup, bunlar; bilgisayar verilerinin ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlüğüne ve erişilebilirliğine yönelik suçlar, bilgisayarla bağlantılı suçlar, içerikle bağlantılı suçlar ve telif hakkı ve bununla bağlantılı hakların ihlaline ilişkin suçlar şeklindedir. Bunların yanı sıra Sözleşme’de usul hükümlerine, yargı yetkisine ve uluslararası işbirliğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İçerikle bağlantılı suçlar başlıklı 3. başlık altında çocuk pornografisiyle mücadeleyle ilgili önemli düzenlemelere yer verilmiş olup<sup>278</sup>, Sözleşme, çalışmamızın konusuyla sınırlı tutularak yalnızca bu yönden incelenecektir.

Günümüzde dünyanın neredeyse her yerinde yaygın bir şekilde kullanılan internet, çocuk pornografisinin yayılmasını ve bu tipteki malzemelere ulaşımı oldukça kolaylaştırmıştır. İnternetin uluslararası boyutta bilgi akışı sağlaması ve takip edilebilirliğinin zor olması, bu yöndeki malzemelerin ülkeler arasında serbestçe dolaşımına neden olmaktadır.<sup>279</sup> Bu verilere ulaşımın bu denli kolay ve hızlı gerçekleşmesi, çocuklara karşı işlenen suçların benimsenmesi, teşviki ve

<sup>278</sup> Madde metni; “Madde 9- Çocuk Pornografisiyle İlişkili Suçlar

Taraflardan her biri, aşağıdaki fiillerin, kasıtlı olarak yapıldığında kendi ulusal mevzuatı kapsamında cezai bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır:

bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtmak amacıyla çocuk pornografisi üretmek;

bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisi sunmak ya da çocuk pornografisine erişim sağlamak;

bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisi dağıtmak ya da yaymak;

kişinin, bir bilgisayar sistemi üzerinden kendisi ya da başkası için çocuk pornografisi temin etmesi;

bir bilgisayar sisteminde ya da bilgisayar verilerinin saklandığı başka cihazlarda çocuk pornografisi bulundurmak.

Yukarıdaki paragraf 1’de geçen “çocuk pornografisi” terimi aşağıdakileri görsel anlamda teşhir eden pornografik malzemeler anlamına gelmektedir:

Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan bir kişinin katılımı;

Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit görünmeyen bir kişinin katılımı;

Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan bir kişinin katılımını gösteren görüntüler;

Yukarıdaki paragraf 1’de geçen “reşit olmayan kişi” terimi, 18 yaşından küçük kişiler anlamına gelmektedir. Ancak, Taraflardan herhangi biri daha küçük bir yaş sınırı belirleyebilir. Söz konusu yaş sınırı 16’dan az olmayacaktır.

Taraflardan her biri, paragraf 1(d) ve 1(e), ayrıca 2(b), 2(c)’yi kısmen uygulama ya da hiç uygulamama haklarını saklı tutar.” şeklinde.

<https://polis.osce.org/file/11326/download?token=INGQndqh> ,

(Çevrimiçi),

Erişim

Tarihi:01.01.2018.

<sup>279</sup> Aysun Baransel Isır, Tamer Isır, Levent Tiftik, “İnternette Çocuk Pornografisinin Karşılaştırmalı Hukukta İrdelenmesi”, **Adli Psikiyatri Dergisi**, C:4, S:1, 2007, s. 5.

kolaylaşmasında önemli bir rol oynadığı değerlendirilmektedir.<sup>280</sup> Çoğu devletin genel suç politikası ise çocuk pornografisini geleneksel üretim ve fiziki dağıtım boyutunda suç olarak ele almakta, suçun internet ortamında işlenmesi halinde uygulanacak yaptırımlar noktasında ise yetersiz kalmaktadır. Oysaki günümüzde bu tür içeriklerin alışverişi çoğunlukla internet ortamında sağlanmakta ve bu durum çocukları siber zorbalık ve cinsel sömürü tehdidiyle karşı karşıya bırakmaktadır. Bütün bu nedenler devletleri çocuk pornografisiyle mücadelede uluslararası bir işbirliği ve yeknesak bir düzenleme oluşturmaya zorlamıştır. Bu amaçlarla düzenlenen Sözleşme'nin 9. maddesinde çocuk pornografisinin elektronik üretimi, bulundurulması ve dağıtımının çeşitli yönleri, oldukça ayrıntılı bir biçimde suç olarak ele alınmıştır.<sup>281</sup> Suç kapsamının bu denli geniş olması, çocuk pornografisine ilişkin siber suçla mücadelede son nokta olarak değerlendirilmektedir.<sup>282</sup> Genel hatlarıyla maddenin düzenleniş amacının, çocukları özellikle cinsel sömürüden koruyacak önlemleri güçlendirmek, çocuklara yönelik işlenen cinsel suçlarda bilgisayar sistemlerinin kullanılmasına karşı etkin koruma sağlamak olduğu söylenebilir.<sup>283</sup> Düzenleme yalnızca çocuklara yönelik olup, yetişkin pornografisi ve bununla bağlantılı olarak bu nitelikteki görüntülerin bulundurulması, aktarılması, temini gibi hareketler kapsam dışında bırakılmıştır.<sup>284</sup> Ayrıca maddenin kapsamına erotik eserlerde çocuğun kullanımı dahil edilmediğinden birçok ülkede bu boşluktan faydalanılmak suretiyle bu tür materyallerin suç olarak kabul edilmediği görülmektedir.<sup>285</sup>

---

<sup>280</sup> Füsün Sokullu Akıncı, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:59, S:1-2, İstanbul, 2001, s. 31.

<sup>281</sup> y.a.g.e., s. 31.

<sup>282</sup> Murat Volkan Dülger, "Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", **İstanbul Barosu Dergisi**, S:4, 2004, s. 1491.

<sup>283</sup> Isır, Tiftik, a.g.e., s. 11

<sup>284</sup> Şaban Cankat Taşkın, "Bilişim Hukuku Uluslararası Uyuşmazlıklar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 85, 2009, s. 352.

<sup>285</sup> Dülger, "Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", s. 1488-1493.

Maddenin ilk paragrafında çocuk pornografisi üretmek, sunmak, elde etmek<sup>286</sup>, iletmek, dağıtmak, yaymak, temin etmek, bulundurmak eylemleri suç olarak düzenlenmiştir.<sup>287</sup> Bu hareketlerin Sözleşme kapsamında suç olarak değerlendirilebilmesi için bilgisayar sistemi aracılığıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Üretimden planlamaya kadar zincirin tüm parçalarının failleri yönünden ceza sorumluluğu getirilmesi, çocuk pornografisi üretimini azaltmanın etkin yollarından biri olarak değerlendirilmektedir.<sup>288</sup> İkinci paragrafta çocuk pornografisi kavramının hangi durumları içerdiği izah edilmektedir.<sup>289</sup> Buna göre cinsel davranışta bulunan reşit olmayan, reşit görünmeyen ya da reşit olmayanı tasvir eden gerçekçi görüntüler çocuk pornografisini oluşturan materyaller olarak nitelendirilmektedir. Paragrafta yer alan pornografik malzemeler terimi malzemelerin müstehcen, kamu ahlakına aykırı ve ahlak dışı şeklinde sınıflandırılması yönünden ulusal ölçütlere tabi olup, nelerin pornografik materyal olarak ele alınacağı ile neyin hangi aşamaya kadar pornografik olarak nitelendirileceği sözleşmecî devletlere bırakılmıştır.<sup>290</sup>

Üçüncü paragrafta, birinci paragrafta yer alan küçük-reşit olmayan kişi kavramının 18 yaşından küçük olan kişileri ifade ettiği ancak devletlerin 16 yaştan az

<sup>286</sup> Elde etmek, çocuk pornografisine aktif olarak sahip olmak anlamına gelmektedir. Çocuk pornografisi içeren bir ürünü bilgisayara yüklemek suç kapsamında değerlendirilmektedir. Elde etmek eylemi TCK m. 226/3'te suç olarak düzenlenmemektedir.

<sup>287</sup> Sözleşme'nin açıklayıcı raporunda bu paragrafta yer alan bazı kavramlara açıklık getirilmiştir. Örneğin paragrafta yer alan dağıtma eylemi malzemenin aktif bir şekilde yayılması, elde edilmesi; erişim sağlama ifadesi ise başkalarının kullanımı için pornografik materyali online erişime açmak olarak açıklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce5b>, (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:01.12.2018.

<sup>288</sup> Dülger, "Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", s. 1490.

<sup>289</sup> Sözleşmeye göre bir eylemin cinsel anlamda müstehcen olarak değerlendirilebilmesi için, cinsel organ- cinsel organ, oral-cinsel organ, anal-cinsel organ veya oral-anal olmak üzere reşit olmayan kişilerle bir yetişkin ve bir reşit olmayan kişi arasındaki aynı ya da farklı cinsiyetler arasında gerçekleşebilecek cinsel ilişki, hayvanlarla cinsel ilişki, cinsel anlamda sadist ya da mazoşist nitelikte kötü muamele, mastürbasyon, reşit olmayan bir kişinin cinsel organlarının ya da cinsel bölgesinin şevhet uyandırıcı bir şekilde teşhiri gibi durumlardan birini içinde barındırması gerekmektedir. Paragrafın a bendinde gerçek bir çocuğun doğrudan doğruya kötü muameleden korunması, b ve c bentlerinde ise gerçek bir çocuk kullanılmamış olsa dahi çocuğu bu gibi hareketlere teşvik edebilecek ya da kandırılmasına yol açabilecek ve böylelikle suiistimal edilmesine neden olacak hallerin önlenmesi amaçlanmıştır. Açıklayıcı Metin Paragraf: 100-102, s. 16; Akıncı, a.g.e., s. 33.

<sup>290</sup> Dülger, "Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", s. 1491.



olmamak kaydıyla daha düşük bir yaş sınırını kabul edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu konuda ülkeler arası bir standart getirilmek adına Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan çocuk tanımından hareket edilmiştir. Dördüncü paragrafta ise devletlere tanınan çekince hakları düzenlenmektedir. Buna göre taraf devletler 9. maddenin 1/d ve e fıkraları ile 2/b ve c fıkralarını tamamen ya da kısmen uygulamama hakkına sahiptir.<sup>291</sup> Bu düzenlemenin Sözleşme'nin sağlamak istediği yeknesaklık ve evrensel nitelikte olma amaçlarına aykırı olduğu kanaatindeyiz. Eleştiri getirilebilecek bir diğer husus ise, düzenlemenin ifade özgürlüğü hakkına zarar getirebilme ihtimalidir.<sup>292</sup> Bu noktada taraf devletlerin Sözleşme'yi iç hukuklarına aktarırken dikkatli davranması ve ifade özgürlüğü ile bireylerin kötü içeriklere karşı korunması noktasındaki sınırı göz ardı etmemesi gerekmektedir.<sup>293</sup>

#### **D. Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi**

Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından üye ve üye olmayan katılımcı diğer devletlere 25.10.2007 tarihinde imzaya sunulmuş ve 01.07.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin amaçları arasında, çocuğun başta çocuk pornografisi ve fuhuş yoluyla olmak üzere cinsel suiistimali ve yurtdışında işlenen eylemler de dahil olmak üzere çocuğun her türlü cinsel istismara maruz kalmasıyla

<sup>291</sup> Buna göre, Sözleşmeciler Devletler bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisi sunmak veya erişilebilir hale getirmek ile temin etmek eylemlerini suç olarak kabul etmeme ve reşit olmayan şahıs görüntüsüne sahip kişilerin cinsel içerikli eylemlerde bulunması ile reşit olmayan şahsın cinsel içerikli bir eylemde yer aldığını gösterir, betimler gerçekçi görüntüleri çocuk pornografisi kapsamında değerlendirmeme noktasında çekince koyabilme hakkına sahiptir. Türkiye, 9. maddeyi herhangi bir çekince koymaksızın kabul etmiş ülkelerden biridir. Sözleşme'nin Resmi Gazete'de yayınlanmış hali için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/08/20140809-5-1.pdf> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:04.03.2018.

<sup>292</sup> Sınar, a.g.e., s. 784.

<sup>293</sup> Dülger, "Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", s. 1495. Yasal mevzuatımızda çocuk pornografisi Sözleşme'de öngörüldüğü şekilde değil, 5237 sayılı TCK'nın Müstehcenlik başlıklı 226. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum, taraf olunan Sözleşme ile iç hukukun uyumlulaştırılması noktasında önemli bir eksiklik olarak dikkat çekmektedir. İlerleyen bölümlerde daha detaylı olarak açıklanacak olmakla birlikte kanaatimiz, çocuk pornografisine ilişkin hükümlerin TCK m. 226 çerçevesinden çıkarılarak ayrı bir suç tipi olarak ele alınmasıdır. Aksi halde Sözleşme'nin 9. maddesi, taraf olunan ancak iç hukuka aktarılmayan bir düzenleme olarak varlığını sürdürmeye devam edecektir.



mücadele etmek, bilişim teknolojileri aracılığıyla işlenen ve uluslararası alanda büyük endişe duyulan cinsel suiistimal ve istismarın önlenmesi ve uluslararası işbirliğinin sağlanması, çocukların her türlü cinsel suiistimal ve istismarıyla mücadelenin önleyici, koruyucu ve ceza hukukuna ilişkin yanları üzerinden odaklanan bir uluslararası belgenin hazırlanması ve özel izleme mekanizmasının oluşturulması, cinsel suiistimal ve istismar mağduru çocuğun haklarının korunması hükümleri yer almaktadır. Sözleşme uyarınca taraf devletler çocukların cinsel sömürü ve istismarını engellemek ve bununla mücadele etmek, cinsel sömürü ve istismara maruz kalan mağdurların haklarını korumak, bu alanda ulusal ve uluslararası işbirliğini sağlamak için etkin tedbirler almakla yükümlüdür.<sup>294</sup> Bu kapsamda Sözleşme içerisinde cinsel istismar, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisine ilişkin suç düzenlemelerine yer verilmiştir. Taraf devletler, bu yöndeki kasti davranışların suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır.

Sözleşme içerisinde çocuk pornografisi tanımına yer verilmiş olup, buna göre çocuğun gerçek veya temsili açık bir cinsel davranış içerisinde görsel olarak gösteren herhangi bir materyal veya çocuğun cinsel organlarının esas itibarıyla cinsel saikle gösterilmesi çocuk pornografisidir. Çocuk pornografisine ilişkin suçların düzenlendiği 20. maddenin 1. fıkrası uyarınca çocuk pornografisi üretmek, sunmak, temin etmek, dağıtmak, iletmek, kendisi ya da bir başkası için tedarik etmek, bulundurmak, bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanmak suretiyle bilerek erişim

---

<sup>294</sup> Suat Dervişoğlu, “Çocuk İstismarı ve İhmali Açısından Sokakta Çalışan Çocuklar ve Avrupa Birliği Uygulamaları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 136. Sözleşme’de yer alan uluslararası iş birliği çağırısı, önceki tarihli Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi kararlarına da konu olmuştur. Örneğin 1996 tarihli, Çocukların Cinsel Bakımdan Sömürülmesi Hakkında Karar 1099’da uluslararası işbirliği yoluyla pornografik materyal üretiminde çocukların kullanıldığı, çoğu kez iki ya da daha çok ülkeyle bağlantılı şekilde bulunan firma, örgüt ya da bireylerin tespit edilerek ortaya çıkarılması, ulusal sınırlar dışında çocukları cinsel yönden sömürmeye ilişkin suçları işleyen uyrukların kovuşturulması ve cezalandırılmasına olanak tanımak adına sınır aşan yargı yetkisine ilişkin kurallar meydana getirilmesi, cinsel sömürü ve çocuk ticareti suçlarını işleyen kişilerin tespiti amacıyla Interpol aracılığıyla ülkeler arasındaki bilgi alışverişinin artırılması ve 2001 tarihli Çocukların Cinsel Sömürüye Karşı Korunması Hakkında Tavsiye Kararı 16’da, üye devletler arasında işbirliğinin geliştirilerek ulusal ve uluslararası düzeyde cinsel sömürünün ve ... çeşitli yönlerine karşı daha etkin bir mücadele sağlanması tavsiye edilmektedir. Mehmet Semih Gemalmaz, **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Bölgesel Sistemler)**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.

sağlamak hareketleri suç olarak kabul edilmiştir. Bu anlamda Sözleşme'nin çocuk pornografisiyle mücadele anlamında oldukça ayrıntılı bir düzenleme getirdiği söylenebilir. Hal böyle olmakla birlikte, maddenin üç ve dördüncü fıkralarında düzenlenen ve taraf devletlere kanaatimizce oldukça geniş olarak tanınan çekince hakkının Sözleşme'nin uluslararası alanda işbirliği sağlama amacına gölge düşürdüğü kanaatindeyiz.

Buna göre Sözleşme'nin 20/3. maddesi uyarınca taraf devletler, var olmayan bir çocuğun görüntülerinden oluşan, çocuğun temsili tasviri veya gerçeğe yakın görüntülerini üretme veya bulundurma eylemlerinde; çocuğun taraf devletlerin iç hukuku uyarınca cinsel aktiviteye izin verdiği yaş şartını taşıması ve bu görüntülerin çocuğun rızası dahilinde ve kendi özel kullanımları amacıyla üretilmesi ya da bulundurması hakkını saklı tutma hakkına sahiptir. Ayrıca m. 20/4'e göre taraf devletler, bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla çocuk pornografisine erişim sağlama eylemini kısmen veya tamamen suç olarak düzenlememe hakkına sahiptir.

Sözleşme'nin 21. maddesinde ise çocuğun pornografik ürünlerde yer alması eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Taraf devletler, çocuğun pornografik görüntülere katılmak üzere çalıştırılması, bu gibi gösterilere katılmasına sebep olunması, pornografik eserlere katılmaya zorlanması ya da bundan fayda sağlanması veya bu amaçlarla çocuğun suiistimali, çocuğun yer aldığı pornografik bir esere bilerek katılım sağlanması eylemlerinin iç hukuklarında suç olarak düzenlenmesi için gereken yasal tedbirleri almakla yükümlüdür.<sup>295</sup>

Sözleşme, çocuk pornografisi kavramını şüpheyeye yer bırakmayacak bir biçimde tanımlamış olması, bazı suç tiplerini özel olarak düzenleyerek taraf devletlere bu suç tiplerine iç hukuklarında yer vermeleri yükümlülüğü getirmesi, hukuka aykırı hareketin öneminden ötürü suçların hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ve teşebbüs aşamasının da tamamlanmış suç gibi

<sup>295</sup> 21. maddenin 2. fıkrasında, taraf devletlere çocukların katıldığı pornografik performanslara bilerek katılım sağlanması eyleminin uygulanmasını çocukların 21/1-a veya b fıkralarına zorlandıkları veya bu fıkralarda düzenlenen hallere uygun olarak çalıştırıldıkları durumlarla sınırlama hakkı tanınmıştır. [www.congress-1in5.eu/uploads/bloc774/lanzaroteconvention\\_tur.pdf](http://www.congress-1in5.eu/uploads/bloc774/lanzaroteconvention_tur.pdf) (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:31.03.2019

değerlendirilmesini sağlayarak teşebbüs suçu şeklinde bir düzenlemeye yer vermiş olması gibi nedenlerle çocuğun korunması noktasında oldukça önemli bir yere sahiptir. Her ne kadar Sözleşme içerisinde kapsamlı suç tipi düzenlemelerine yer verilmiş olsa da, taraf devletlere tanınan çekince hakkının geniş olması, Sözleşme'nin etkinliği ve uluslararası işbirliği sağlama gayesine gölge düşürdüğü söylenebilir.



## İKİNCİ BÖLÜM

### MÜSTEHCENLİK SUÇLARININ MADDİ VE MANEVİ UNSURLARI VE NİTELİKLİ HALLERİ

#### I. GENEL OLARAK

Müstehcenlik suçu, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının üçüncü kısmında bulunan Topluma Karşı Suçlar başlığı altında Genel Ahlaka Karşı Suçlar olarak düzenlenen yedinci bölüm içerisinde 226. madde de düzenlenmektedir.<sup>296</sup>

---

<sup>296</sup> “Müstehcenlik

**Madde 226-** (1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

Müstehcenlik suçuna Kişilere Karşı Suçlar kısmı yerine Topluma Karşı Suçlar kısmı içerisinde genel ahlaka karşı suçlar bölümünde yer verilmesi, ilk bakışta kanun koyucunun bireysel niteliğinden ziyade toplumsal niteliğine bakarak bu suçu tasnif ettiğini ve suçun, toplumsal zararlılık yönünü, ihlal ettiği bireysel çıkarlara tercih ettiği izlenimini uyandırmaktadır.<sup>297</sup> Madde metni incelendiğinde ise suçun topluma ait bir değer olan ahlakın yanında çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimini koruma altına alacak şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Müstehcenlik suçuna ilişkin olarak 5237 sayılı TCK'da mülga kanundaki düzenlemeye nazaran, suçun düzenleniş şekli ve yeri, kapsamı ve anlamına ilişkin

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 beşbin 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 beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(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 beşbin 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.”

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.11.2018.

Alman Ceza Kanunu'nda 1973 yılına kadar TCK m. 226'ya karşılık gelen düzenleme “genel ahlaka karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmekteyken ceza hukukunun sosyal davranışın dışı karşı olan düzenini korumasına ilişkin görüşten yola çıkılarak bireyin ve toplumun korunmaya layık görülen hukuki değerlerine bir müdahale gerçekleştirildiğinden bahisle yapılan kanun değişikliğiyle öncelikle müstehcen kavramı cinsel fiil kavramıyla değiştirilmiştir. Bkz. Albin Esen, Feridun Yenisey, “Son Yüzyıl İçinde Almanya'daki Ceza Düzenlemeleri Geçmişe Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler”, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C:15, S:1-4, Ocak-Ekim 1989, s.30. Hali hazırda pornografik yayınlarla ilgili suçlar “Kendi Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar” başlığını taşıyan 13. bölüm altında yer almaktadır. Bkz. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Straßengesetzbuch (StGB)**, Beta Yayıncılık, 2009, s. 240 vd.)

<sup>297</sup>Devrim Güngör, “Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Pornografisi”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, C.1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 548

değişiklikler bulunmaktadır. 765 sayılı mülga TCK'da müstehcenlik, m. 426'da müstehcen vasıta veya şeylerin dağıtımı; m. 427'de müstehcen eserlerin yazımı ile yayımlanması; m. 428'de ise müstehcen şarkıların alenen paylaşılması ile bir kişi ya da topluluğun haysiyetini zedeleyen söz ve hareketlerde bulunulması şeklinde üç ayrı maddede düzenlenmekteyken, 5237 sayılı TCK'da tek başlık altında bir suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca 5237 sayılı TCK ile getirilen düzenleme ile taraf olunan uluslararası sözleşmelere uyum çerçevesinde yeni suç düzenlemelerine yer verilmiş ve müstehcenlik genel bir suç olmaktan çıkarılmıştır.<sup>298</sup> Kavrama lafzi olarak yer verilmemiş olmakla birlikte m. 226 ile çocuk pornografisi kat-i suretle yasaklanmış ve buna ilişkin olarak mülga kanunlarda yer alan eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır.

765 sayılı mülga TCK'da yer alan ve müstehcenliğin tespitinde kullanılan *“halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırılık”* kriterine 5237 sayılı TCK'da yer verilmeyerek bu konu doktrin ve mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır.<sup>299</sup>

Yine 765 sayılı mülga TCK'da müstehcenlik, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler başlığı altında ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık gibi suçlar ile birlikte düzenlenmekteyken, iki kanun arasında geçen süre içerisinde cinselliğin bir genel ahlak sorunu değil de özgürlük olarak kabul edilmesi, ilgili suçların Kişilere Karşı Suçlar kısmında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenmesine neden olmuş, hayasızca hareketler, müstehcenlik ve fuhuş suçları Topluma Karşı Suçlar kısmında Genel Ahlaka Karşı Suçlar başlığı altında yer almıştır.

765 sayılı mülga TCK'da hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirdiği haller olarak düzenlenen *“veyahut ticaret veya dağıtım veya teşhir kastıyla tersim, tasvir, hak, imal veya tab veya teksir veya imal 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”* ibaresine 5237

<sup>298</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 24.

<sup>299</sup> Köprülü, a.g.e., s. 29

sayılı TCK'da yer verilmemiş olup hazırlık hareketi olarak adlandırılabilen hareketler madde içerisinde doğrudan ve ayrı ayrı belirtilmek suretiyle suç olarak düzenlenmiştir.

Oldukça kapsamlı şekilde ele alınan ve toplamda yedi fıkraya yayılan TCK m. 226, müstehcenlik başlığı altında konu ve hareket bakımından birbirinden farklılaşan, farklı hukuki değerleri korumayı amaçlayan birden fazla suçu müstehcenlik başlığı altında birlikte düzenlemektedir. Bu durum beraberinde maddenin anlaşılabilir olmaktan uzaklaşmasına ve sistematığının oluşturulmasında güçlük yaşanmasına neden olmaktadır. Bu nedenle maddeyi bölümlere ayırmak, anlaşılabilirliği sağlamak bakımından faydalı olacaktır. Kanaatimizce TCK m. 226 içerisinde iki farklı müstehcenlik düzenlenmekte olup, bunlar; basit müstehcenlik; TCK m. 226/1 ve ağır (nitelikli) müstehcenlik; TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4 şeklindedir.

Kanun koyucu, müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayılmasını TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/5'te ayrı fıkralar halinde düzenlemiş olup, maddenin gerekçesinde ise bu fıkralarda yer alan düzenlemelerin ayrı bir suç olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte kanaatimizce TCK m. 226/2 ile TCK m. 226/5'in ayrı birer suç mu yoksa müstehcenlik suçunun nitelikli halleri mi olduğu konusu tartışmalıdır.

Kanunların genel gerekçe ve madde gerekçelerinin ne şekilde düzenlenmesi gerektiği Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 21. maddesinde açıklanmaktadır. Buna göre kanunların genel gerekçesinde taslağın hazırlanma nedenleri, madde gerekçelerinde ise ilgili maddenin neden düzenlendiğinin ortaya konulması söz konusudur.<sup>300</sup> Bu anlamda gerekçe kanun koyucunun ilgili düzenlemeyi neden yaptığı, düzenleme içerisinde yer alan normların ne anlama geldiği ve tüm bu düzenlemedeki niyetini ortaya koymaktadır. Hal böyle olmasına rağmen madde gerekçeleri her ne kadar maddenin nasıl anlaşılması

---

<sup>300</sup> Abdullah Batuhan Baytaç, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015, s. 250.

gerektiğine ilişkin bir açıklama getirirse de kanun niteliğinde değildir.<sup>301</sup> Bu bakımdan müstehcenlik suçunun gerekçesinde TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/5'in ayrı bir suç olduğuna ilişkin yapılan değerlendirmenin bağlayıcı olmadığı düşünülebilir.

TCK'nın sistematığı incelendiğinde, müstehcenlik dışındaki diğer suçlarda suçun basın ve yayın yolu aracılığıyla işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlendiği görülmektedir.<sup>302</sup> Tıpkı basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinin nitelikli hal olarak düzenlendiği diğer suçlarda olduğu gibi, müstehcenlik suçunda da suçun basın ve yayın yolu aracılığıyla işlenmesi halinde verilecek ceza diğer fıkralara nazaran daha yüksektir. Buradan hareketle TCK m. 226/2 ile TCK m. 226/5'in madde içerisinde yer alan diğer suçların nitelikli halleri olduğu kanaatine varılmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda TCK m. 226/2; TCK m. 226/1'in, TCK m. 226/5 ise TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4'te düzenlenen suçların nitelikli halleri olarak incelenmiştir.

Yapılan tüm bu açıklamalar ışığında belirli bir sistematığa oturtulması ve daha anlaşılır olması bakımından TCK m. 226, "Basit Müstehcenlik" ve "Ağır (Nitelikli) Müstehcenlik" olmak üzere iki üst başlığa ayrılarak incelenecektir. Basit müstehcenlik üst başlığı altında ele alınacak olan suç; TCK m. 226/1 olup, bu suç çalışmamızda "Basit Müstehcen Ürünlerin Yayılması Suçu" olarak başlıklandırılmıştır. Ağır (Nitelikli) Müstehcenlik üst başlığı altında ise; TCK m. 226/3, TCK m. 226/4 ele alınacaktır. TCK m. 226/3 içerisinde de iki farklı suç düzenlemesine yer verilmiştir. Bu suçlar, hareket noktasında birbirilerinden farklılaştıklarından "Ağır (Nitelikli) Müstehcen Ürünlerde Çocuğun Kullanılması ve Bu Ürünlerin Ticaretinin Yapılmasına İlişkin Suçlar" başlığı altında hareket başlığı altında birbirilerinden farklılaştıkları noktalar ayrıca belirtilerek incelenecektir. TCK

<sup>301</sup>Tarihsel yorum savunucularına göre, kanun tasarısı ve teklifinin meclis başkanlığına verilmesiyle normun kanunlaşmasına kadar geçen süreç yani kanun yapım süreci kanunun yorum faaliyeti sırasında dikkate alınmamalıdır. Bu görüş savunucuları, ilgili normun anlamının ortaya konulması bakımından meclis komisyonu, kanunun genel ve madde gerekçelerinin dikkate alınması suretiyle yapılan yorum faaliyetini genetik yorum olarak adlandırmıştır. (y.a.g.e., s. 248-250.)

<sup>302</sup> Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesini nitelikli hal olarak kabul eden suçlar; TCK m. 220'de düzenlenen Suç İşleme Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, TCK m. 318'de düzenlenen Halkı Askerlikten Soğutma Suçu, TCK m. 134'de düzenlenen Özel Hayatın Gizliliğini İhlal, TCK m. 132'de düzenlenen Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, TCK m. 133'de düzenlenen Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması ve Kamu Barışına Suçlar kapsamında ortak hüküm olarak düzenlenen TCK m. 218. [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 02.01.2018.

m. 226/4 ise çalışmamızda “Şiddet Kullanılarak, Hayvanlarla, Ölmüş İnsan Bedeni Üzerinde veya Doğal Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranışları İçeren Ağır (Nitelikli) Müstehcen Ürünlerin Ticareti Suçu” olarak adlandırılmıştır.

Netice itibariyle çalışmamızda TCK m. 226 kapsamında düzenlenen suçlar;

1. Basit Müstehcen Ürünlerin Yayılması Suçu (TCK m. 226/1)

2. Ağır (Nitelikli) Müstehcen Ürünlerde Çocuğun Kullanılması ve Bu Ürünlerin Ticaretinin Yapılmasına İlişkin Suçlar (TCK m. 226/3-1 ve TCK m. 226/3-2)

a. Müstehcen Ürün üretiminde Çocukların, Temsili Çocuk Görüntülerinin ya da Çocuk Gibi Görünen Kişilerin Kullanılması Suçu, (TCK m. 226/3-1)

b. Üretiminde Çocukların, Temsili Çocuk Görüntülerinin ya da Çocuk Gibi Görünen Kişilerin Kullanıldığı Müstehcen Ürünlerin Ülkeye Sokulması, Çoğaltılması, Satışa Arz Edilmesi, Satılması, Nakledilmesi, Depolanması, İhraç Edilmesi, Bulundurulması, Başkalarının Kullanımına Sunulması Suçu (TCK m. 226/3-2)

3. Şiddet Kullanılarak, Hayvanlarla, Ölmüş İnsan Bedeni Üzerinde veya Doğal Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranışları İçeren Ağır (Nitelikli) Müstehcen Ürünlerin Ticareti Suçu (TCK m. 226/4)

olarak tasnif edilmiştir.

## **II. BASİT MÜSTEHCENLİK**

### **A. Basit Müstehcen Ürünlerin Yayılması Suçu (TCK m. 226/1)**

#### **1. Suçla Korunan Hukuki Değer**



Suç, bir toplumun düzeni için korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir şekilde ihlali yahut en azından bu değerleri korumaya özgülenmiş kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır.<sup>303</sup> Bu bakımdan ceza hukukunun hareket noktasını, normun muhatabı olan insan tarafından gerçekleştirilen fiiller oluşturmaktadır.<sup>304</sup> Yani suçun varlığından söz edilebilmesi için öncelikle bir fiilin meydana gelmiş olması gerekmektedir. Zira ceza hukuku anlamında fiil niteliği taşımayan düşüncenin yahut davranışın bir önemi bulunmamaktadır. Suç teşkil edecek fiilin ise herhangi bir hareket değil, bir hukuki değer ihlaline sebep olmuş olması gerekmektedir.<sup>305</sup> Herhangi bir hukuki değer ile ilişkilendirilemeyen fiil, ceza hukuku anlamında bir haksızlık da oluşturmamaktadır.

Hukuki değer, hukuk toplumundaki düzenin devamı için geçerliliği zorunlu olan ideal, manevi değerlerdir.<sup>306</sup> Bu anlamda hukuki değer, maddi ve somut bir biçime bürünebileceği gibi soyut ve manevi bir kavram olarak da karşımıza çıkabilir. Bir hukuki değer ihlal edilmesi ise kişinin bu değeri tanımaması ve onun geçerliliğine karşı çıkmasıdır.<sup>307</sup> Ceza hukuku bakımından suçların tasnifi sırasında etkili olan hususlardan biri de korudukları hukuki değerdir.<sup>308</sup> Zira hakim, önüne gelen her somut olayda ihlalin olup olmadığını araştırmakta ve suç tipindeki korunması gereken hukuki değer ya da değerlerin neler olduğunu inceleyerek hukuki değer hangi şekilde tehlikeye veya zarara sokulduğunu tespit etmektedir.<sup>309</sup>

TCK m. 226/1'in düzenleniş şekli incelendiğinde, fıkra içerisinde hem 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nda hem de 765 sayılı mülga TCK'da yer alan düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu yönüyle kanun koyucunun TCK m. 226/1'de birden fazla hukuki değeri aynı maddeyle koruma

<sup>303</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 158.

<sup>304</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 81.

<sup>305</sup> Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 147.

<sup>306</sup> Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **Suç Teorisi**, 3. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004, s.87.

<sup>307</sup> Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s. 149.

<sup>308</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.795; Sözüer **a.g.e.**, s. 147; Kayıhan İçel, **Suçların İçtimai**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, s. 57.

<sup>309</sup> Öztürk, **a.g.e.**, s. 114.

altına almak istediği kanaatine varılmaktadır.<sup>310</sup> Zira kanun koyucu tarafından bazı hallerde aynı anda birden fazla hukuki değeri koruma altına alan düzenlemeler yapılması mümkündür.<sup>311</sup> Bu kapsamda 765 sayılı mülga TCK'ya bakıldığında “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” bölümünde yer alan “Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler” faslı altındaki 426. madde de koruma altına alınan hukuki değer, genel ahlak olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>312</sup> 1117 sayılı Kanun ise belirtildiği şekilde çocuğun muzır neşriyattan korunmasını amaçlamaktadır.

TCK m. 226/1 bakımından fıkranın özellikle a ve b bentleri dikkate alındığında korunan hukuki değer çocuğun korunması<sup>313</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddenin gerekçesinde açıkça “*çocukların bu tür zararlı yayınlara karşı korunmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir*” lafzına yer verilmiştir. Buna göre çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve duygusal tamlığı, kişiliğinin sağlıklı bir biçimde geliştirilmesi hakkı düzenlemeyle koruma altına alınmıştır.

TCK m. 226/1'in diğer bentlerinde çocuğun yanı sıra yetişkinlerin de korunması amaçlanmıştır. Bu anlamda yetişkinlerin istemedikleri halde müstehcen ürünlere maruz bırakılması da müstehcenlik suçuyla korunan hukuki değerlerden biridir. Bir yetişkinin istemediği halde müstehcen ürünle karşı karşıya gelmesi kişisel dokunulmazlık alanının ihlalidir.

Bir yetişkin ve çocuğun aynı anda müstehcen ürüne maruz bırakılması halinde çocukların ham maddi hem manevi olarak yetişkinlere kıyasla daha büyük zarar

<sup>310</sup> Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan vd., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2014, s. 819

<sup>311</sup> Kanun koyucu bazı hallerde aynı anda birden fazla hukuki değeri koruma altına alacak düzenlemeler getirebilir. Bkz. Kayıhan İçel, **Suçların İctimai**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, s. 87.

<sup>312</sup> Dönmezer, **a.g.e.**, s. 167; Gürelli, **a.g.e.**, s. 570; Çağlayan, **Müstehcen ve Hayasızca Neşriyat**, s. 572. 765 sayılı TCK'da müstehcenlik suçu, irza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarıyla birlikte düzenlenmekteydi. Kanunun yürürlüğe girdiği dönemden bu yana cinsellik kavramı üzerine olan bakışın değişerek cinselliğin bir ahlak sorunu olmaktan ziyade özgürlük olarak değerlendirilmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz suçları “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altına alınmış, müstehcenlik suçu ise hayasızca hareketler, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ve dilencilik suçlarıyla birlikte Genel Ahlak Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.

<sup>313</sup> Niyazi Güney, Kenan Balo, Yusuf Solmaz, **Gereke ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adil Yayınevi, 2004, s. 666.

göreceği aşıkardır. Ancak bu durum yetişkinlerin cinselliğini dilediği gibi yaşamaları yani cinsel özgürlük alanlarının ihlal edilebileceği anlamına gelmemektedir. Zira bir yetişkinin kanunun izin verdiği ölçüde müstehcen içeriğe ulaşma hakkı olduğu gibi, istemediği halde müstehcen bir ürüne maruz kalmaktan kaçınma hakkı da olmalıdır. Yani TCK m. 226/1, yetişkinlerin sapkın cinsel eğilimleri konu alan içeriklere maruz kalmama hakkını da korumaktadır. Böylelikle TCK m. 226/1 ile koruma altına alınan bir diğer hukuki menfaatin, yetişkinlerin istenmeyen bir biçimde müstehcen ürünlerle karşılaşmaları neticesinde ihlal edilme olasılığı bulunan cinsel özgürlük yani özel hayat alanı olduğu belirtilebilir.<sup>314</sup>

TCK m. 226/1 ile korunmak istenen bir başka hukuki değer ise genel ahlaktır. Müstehcenlik suçuna Topluma Karşı Suçlar kısmında, Genel Ahlaka Karşı Suçlar başlığı altında yer verilmesi ve maddenin gerekçesinde “*toplumda egemene olan değer ölçütleri*” ile hayasızca hareketler suçunun gerekçesine<sup>315</sup> yapılan atıf, 5237 sayılı TCK bakımından da korunan hukuki değerlerden birinin genel ahlak olduğu sonucunu ortaya koymaktadır.<sup>316</sup> Bu anlamda TCK m. 226/1 ile korunan bir diğer hukuki değer genel ahlak olduğu söylenebilir. Nitekim AYM’nin 21.6.2012 tarihli ve 2011/44 E., 2012/99 K. sayılı kararında da müstehcenlik suçuyla korunan hukuki değer toplumun ar ve haya duyguları yani genel ahlak olduğu belirtilmiştir.<sup>317</sup> Genel ahlak kavramının korunan hukuki değer olarak kabulü, ceza hukukunun çağdaş gelişimine uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>318</sup> Kanaatimizce genel ahlakın hukuki değer olarak korunmak isteyişi devletlerin suç politikalarının

<sup>314</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs., Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 855.

<sup>315</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6759. TCK m. 225’in gerekçesinde; “...*toplumun sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne surette olursa olsun edep ve ahlak temizliğine saldırı niteliği taşıyan hareketler...*” ve “...*halkın ar ve haya duygularının, toplumun ortak edep ve ahlak temizliğinin korunması amaçlanmıştır*” düzenlemelerine yer verilmiştir. Genel ahlak ve hayasızca hareketler kavramlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için çalışmamızın Müstehcenlikle İlgili Kavramlar başlıklı bölümüne bakılabilir.

<sup>316</sup> Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2004, s. 934., Baytemir, **a.g.e.**, 651, Parlar, **a.g.e.**, s. 3560.

<sup>317</sup> “Gerek mukayeseli hukukta gerekse milli hukukumuzda müstehcenlik ile ilgili getirilen hükümlerde korunmak istenen başlıca hukuki menfaat, toplumun “ar ve haya duyguları”dır. Başka bir deyişle “genel ahlak”tır.” Anayasa Mahkemesi’nin 21.6.2012 tarihli ve 2011/44 E., 2012/99 K. sayılı kararı. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130313-22.htm>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 02.04.2019.

<sup>318</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 82.

bir yansımasıdır. Nitekim AİHS tarafından da demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı müddetçe temel hak ve özgürlüklerin dahi genel ahlak tarafından sınırlandırılabilceği kabul edilmektedir.

## **2. Suçun Unsurları**

### **a. Suçun Maddi Unsurları**

#### **(1) Fail**

Suç fail yönünden herhangi bir özellik arz etmemektedir. Herkes, suçun faili olabilir. Kanun metninde her kim, kimse, kişi terimleri yer alıyorsa bu durum, suçun herkes tarafından işlenebileceği anlamına gelmektedir. Bu şekilde düzenlenen suçlar doktrinde herkes tarafından işlenebilen suçlar<sup>319</sup> ya da genel suçlar<sup>320</sup> olarak adlandırılmaktadır.

Suçun herkes tarafından işlenebiliyor olması bazı soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki, TCK m. 226/1 bakımından suçun failinin anne-baba ya da çocuğun velayetine sahip kişi ya da kişiler olup olamayacağıdır. Madde içerisinde bu kişiler yönünden herhangi bir cezasızlık sebebi öngörülmemiş olup, hüküm düzenleniş gereği fail bakımından bir özellik göstermediğinden sorunun cevabı olumlu olacaktır. Ne var ki çocuğun velayet hakkına sahip olan kişilerin, çocuklarının kişisel gelişimini sağlamak amacıyla çocuğa müstehcen olarak adlandırılacak ürünleri göstermesi ya da bu tip ürünleri birlikte incelemeleri olası ve gereklidir. Buna ilişkin olarak Alman Ceza Kanunu'nda bir şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesine yer verilmiştir.<sup>321</sup> Kanaatimizce burada ebeveynin hareketinin, koşulları mevcut olduğu sürece bir hukuka uygunluk sebebi olan hakkın kullanılması

<sup>319</sup> Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 168.

<sup>320</sup> Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s.

<sup>321</sup> Alman Ceza Kanunu'nun Pornografik Yazılar Yazma başlıklı 184/2. maddesi, bu ihtimali bertaraf etmek adına suçun velayet hakkını kullanan kişilerce gerçekleştirilmesi halini kişisel cezasızlık sebebi olarak düzenlemiştir. Bu hüküm, velinin bu fiili işlemek suretiyle eğitim yükümlülüğünü ağır bir biçimde ihlal etmesi halinde uygulanmayacaktır. (Yenisey, Plagemann, **a.g.e.**, s. 261.) Özbek, çocuğun velayet hakkına sahip kişiler yönünden Alman Ceza Kanunu'nda yer aldığı şekilde bir şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesi getirilmesinin en iyi çözüm olacağını zira suç işleme kasıtlarının bulunmadığına ilişkin olarak yapılacak savunmanın ispat zorluğu içerdiği görüşündedir. Özbek, **a.g.e.**, s. 122.

bağlamında tedip ve terbiye hakkı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>322</sup> Zira ebeveynler için getirilecek olan bir şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesi, tedip ve terbiye hakkının sınırlarının aşıldığı yahut çocuğun ebeveyninden korunmasının gerektiği hallerde dahi ebeveynin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Bu durum, çocuğun hukuki değer olarak korunduğu müstehcenlik suçuyla bağdaşır nitelikte değildir.

## (2) Mağdur

Maddenin lafzına bakıldığında, TCK m. 226/1'in a ve b bentlerinde çocuğun müstehcen yayınlara karşı korunması amaçlandığı görülmektedir. Bu bakımdan suçun mağdurunun öncelikli olarak bireysel menfaati ihlal edilen çocuk olduğu söylenebilir.<sup>323</sup> Diğer bentlerde ise çocuğun yanı sıra yetişkin bireylerin de istenmeyen bir şekilde müstehcen ürünlere maruz kalmaları engellenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu bakımdan TCK m. 226/1'in a ve b dışındaki diğer bentlerinde çocuğun yanı sıra mağdur, toplumu oluşturan bireyler olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>324</sup> Maddenin kanunlaşması sırasında Adalet Komisyonu tarafından yapılan görüşmelerde de a ve b bentlerinde düzenlenen suçun mağdurunun çocuklar, diğer bentlerde yer alan suçların mağdurunun ise çocuklar ve yetişkinler de dahil olmak üzere tüm toplum olduğu hususunda mutabakata varılmıştır.<sup>325</sup>

<sup>322</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için çalışmamızın Hukuka Aykırılık başlıklı bölümüne bakılabilir.

<sup>323</sup> Erdal Baytemir, **Açıklamalı İctihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**, 2. bs., Adalet Yayınevi, , Ankara, 2009, s. 651; Ahmet Gündel, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Rızaen Irza Geçme, Hürriyeti Kısıtlama Ahkoyma, Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları**, 1.bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 247; Parlar, Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 3560; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6763. Arslan/Azizağaoğlu ise maddenin tüm fıkraları yönünden mağdurun çocuk olduğu görüşündedir. Bkz. Arslan/Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 934. Soyaslan ise, suçun birincil derecede mağdurunun toplumu oluşturan bireyler olduğunu, suç nedeniyle duyguları zarar görenler arasında çocuk ve yetişkinler olarak bir ayırım yapıldığını ve çocukların bu kapsamda özel olarak korunduğunu, bu nedenle suçun birincil derecede mağdurunun toplum, ikincil derecede ise birey sayılması gerektiği görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyaslan, **a.g.e.**, s.555. Güngör ise çocuğun suçun maddi konusunu oluşturduğundan hareketle doğrudan suçun mağdurunun çocuk olamayacağı görüşündedir. (Güngör, **a.g.e.**, s. 547.)

<sup>324</sup> Mağdurun belirlenebilir olmaması nedeniyle suçun mağdursuz suç olarak kabul edilmesi hakkında görüş için bkz. Zeki Hafızogulları, **Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu**, Türk Hukuk Kurumu 71. Kuruluş Yılı Armağanı, Ankara, 2005, s. 359.

<sup>325</sup> Niyazi Güney, Kenan Özdemir, Yusuf Solmaz Balo, **a.g.e.**, s. 665-668.

Çocuk, gerek iç hukukta gerekse de tarafı olunan uluslararası sözleşmelerde, 18 yaşından küçük kişi olarak açıklanmaktadır.<sup>326</sup> Burada tartışmalı olan husus 18 yaşından küçük olmakla birlikte evlilik nedeniyle ergin kılınan kişilerin müstehcenlik suçunun mağduru olup olamayacağıdır. Doktrinde bir görüşe göre evlilik nedeniyle ergin kılınan kişinin TCK m. 226 anlamında çocuk olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.<sup>327</sup> Bizim katıldığımız diğer görüşe göre ise çocuğun evlilik ya da mahkeme kararıyla ergin kılınması, TCK m. 226 anlamında çocuk olarak değerlendirilmesinin önüne geçmemektedir.<sup>328</sup> Aksinin kabulü, müstehcenlik suçuyla temel olarak korunmak istenen çocuğun fiziksel ve manevi gelişiminin göz ardı edildiği sonucunu doğuracaktır. Bu yaklaşım kanaatimizce suçla korunan hukuki değerle de çelişki içerisindedir. Zira çocuğun mahkeme kararıyla ergin kılınması, çocuğun manevi gelişimini tamamladığı sonucunu doğurmamaktadır. Nitekim TCK m. 6 ile Çocuk Koruma Kanunu'nda da çocuğun evlilik yoluyla ergin kılınma hali değerlendirme dışı bırakılarak sadece yaş sınırı düzenlenmesine yer verilmiştir. Buradan hareketle, evlilik yoluyla ergin kılınmış çocuğun da bu suçun mağduru olabileceği söylenebilir.

### (3) Konu

Suçun konusu hareketin yöneldiği ve ceza normunda belirtilen kişi ya da eşyadır.<sup>329</sup> TCK m. 226/1 açısından suçun konusu, madde metninde açıkça yer verildiği şekilde müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerdir.<sup>330</sup> 765 sayılı

<sup>326</sup> TCK m. 6/1-b; “Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi”, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 3/a; “Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi” Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 1; “Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”, Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi m. 3/a; “Çocuk 18 yaşından küçük herhangi bir birey anlamına gelmektedir”

<sup>327</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6763; Özbek, a.g.e., s. 55

<sup>328</sup> Türkan Yalçın Sancar, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, 2002, C:51, S:3, s.8 Bir diğer görüşe göre evlilikle reşit kılınan çocuk, madde içerisinde “reşit olmayan” değil “çocuk” kavramına yer verilmiş olması nedeniyle suçun mağduru olabilecektir. Bkz. Hasan Gerçekler, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt:II**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 2420.

<sup>329</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan, Caner Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.24.

<sup>330</sup> Hafizoğulları/Özen, suçun hukuki konusunun çocukların müstehcen ürünlerden korunmasına ilişkin kamu yararı olduğunu ifade etmektedir. (Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar**, s. 328.) Arsan/Azizağaoğlu tarafından ise, suçun konusu ile suçla korunan

mülga TCK'da ise suçun konusunun “*her nevi kitap, gazete, risale, mecmua, varaka, makale, ilan, resim, tasvir, plak, afiş, pankart, televizyon ve teyp bantları, fotoğraf, sinema veya projeksiyon filmleri veya diğer anlatım araç ve gereçleri ile eşya*” olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK'da suçun konusunu oluşturacak şeylerin tek tek sayılmak suretiyle belirtilmesi usulünden vazgeçilmiştir.

Bu noktada bir şeyin müstehcen olarak addedilebilmesi için öncelikli olarak bir ürünün<sup>331</sup> varlığı aranmaktadır. Madde içerisinde ürün kavramı, eşyayı da içine alacak şekilde geniş bir kavramı ifade etmektedir.<sup>332</sup>

Madde metni uyarınca bir şeyin müstehcen olarak değerlendirilmesi için yazı ya da söz olarak somutlaşmış olması gerekmektedir. Bu kapsamda resim, fotoğraf, heykel, film, karikatür gibi görsel ifade içeren ürünlerin “görüntü”; cinsel içerikli bir konuşma gibi sözlü bir ifade içeren ürünlerin “söz”, kişilerin cinsel duygularını istismara yönelen kitap, dergi, gazete, el yazılı kağıt vb. metinlerin ise “yazı” olarak nitelendirilerek müstehcenliğin konusunu oluşturabileceğini ifade edebiliriz. Söz, görüntü, yazı olarak somutlaşmayan bir ürün, müstehcenliğin konusunu oluşturmayacaktır. Örneğin bir koku ne kadar tahrik edici olursa olsun müstehcenliğin kapsamı içerisinde değerlendirilemez.<sup>333</sup> Burada tartışmalı olan husus ise ses kavramıdır. Özbek, müstehcen ürünlerin kanunda sınırlı olarak belirtilmesinin uygun olmadığını, söz, yazı ya da görüntü olarak değerlendirilmeyen sadece ses içeren bir ürünün hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceğini zira söz kavramının sesi kapsamadığını ileri sürmektedir.<sup>334</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç ise söz kavramının sesi de kapsadığını belirtmiştir.<sup>335</sup>

---

hukuki değer birbirinin aynısı olduğu ve bunun toplumun ar ve haya duyguları ya da daha geniş bir ifadeyle genel ahlak olduğu ifade edilmektedir. (Arslan, Azizağaoğlu, **a.g.e.**, s. 934.)

<sup>331</sup> Ürün kavramı sözlükte, “doğadan elde edilen, üretilen şey; türlü endüstri alanlarında ham maddelerin işlenmesiyle elde edilen şey eser” olarak açıklanmıştır.

([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb50eed7c82d0.46797082](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb50eed7c82d0.46797082), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019.

<sup>332</sup> Özen, **a.g.e.**, s. 66.

<sup>333</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6764.

<sup>334</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s.44.

<sup>335</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6764.

Görüntü, söz ya da yazı olarak ortaya çıkan ürünün TCK m. 226/1 kapsamında cezalandırılabilmesi için içeriğinde müstehcenlik barındırması gerekmektedir. Müstehcenin *“kişinin cinsel his ve duygularına yönelen, bu hissi rencide ve tahrik edici nitelikte olan ve maruz kalan kişinin edep duygusunu rahatsız eder mahiyette ahlaka aykırı olan”* olduğu kabul edildiğinde görüntü, söz ya da yazıdan oluşan bir ürünün TCK m. 226/1 kapsamında suçun konusunu oluşturabilmesi için *“kişinin cinsel his ve duygularına yönelen, bu hissi rencide ve tahrik edici nitelikte olan ve maruz kalan kişinin edep duygusunu rahatsız eder mahiyette ahlaka aykırı”* nitelikte olması gerektiği söylenebilir.

Suçun meydana gelmesi suçun konusuna bir zarar vermekte yahut tehlikeye uğratmaktadır. Suçun konusunun hareketten etkilenme yoğunluğuna göre suçlar; tehlike ve zarar suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>336</sup> Zarar suçlarında hareketin konusu gerçek bir değer kaybına uğramaktadır. Tehlike suçlarında ise hareketin yöneldiği konunun zarara uğrama tehlikesiyle karşılaşmış olması yeterlidir.<sup>337</sup> Yani tehlike suçunda kanun koyucu faili suçun konusuna vereceği zarar ihtimalinden dolayı cezalandırmaktadır.<sup>338</sup>

Tehlike suçları ise kendi içerisinde soyut ve somut tehlike suçu olarak ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçlarında suçun kanuni tanımında yer alan fiilin işlenmesinin yanı sıra hakim tarafından fiilin suçun konusu bakımından gerçekten bir tehlikeye yer verip vermediğinin araştırılması yapılmaktadır.<sup>339</sup> Soyut tehlike suçlarında ise hareketin suçun konusu üzerinde somut bir tehlike yaratıp yaratmadığına bakılmamaktadır. Suç tipinde yasaklanan hareketin yapıldığı an suç gerçekleşir. Ayrıca bir neticenin meydana gelmesine gerek yoktur. Hareketin icrai ya da ihmali şekilde gerçekleştirilebilir.

Müstehcenlik suçunda kanun koyucunun amacı müstehcen ürünün maruz kalan kişilerde bıraktığı olumsuz etkinin önüne geçmektir. Bu anlamda müstehcen ürünün

---

<sup>336</sup> Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 109.

<sup>337</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, s. 25.

<sup>338</sup> Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.237

<sup>339</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, s. 25.



karşı tarafça erişilebilir hale getirilmesi dahi söz konusu tehlikeyi yaratacağından, suçun soyut tehlike suçu olduğu söylenebilir.<sup>340</sup>

#### (4) Hareket

Ceza kanunlarında düzenlenen suçların her birinde haksızlık içeriğini ifade eden yapısal unsurlar çeşitli şekillerde düzenlenmiş olup, bu unsurlar tam olarak gerçekleşmeden fiilin tipe uygunluğundan söz edilemeyecektir.<sup>341</sup> Tipe uygun haksızlığın meydana gelebilmesi ise suçun kanuni tanımında yer aldığı şekil ve tarzdaki hareket yahut hareketlerin gerçekleşmesine bağlıdır. Suçun kanuni lafzındaki fiilin tanımlanışına göre ise suçlar; tek veya çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar vb. gibi ayırımı tabi tutulmaktadır.<sup>342</sup>

TCK m. 226 kapsamında düzenlenen suçların tamamı seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda TCK m. 226/1 de düzenlenen hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi, suçun oluşumu için yeterlidir. Bu yönüyle suç nedensellik bağı yönünden bir özellik göstermediğinden çalışmamızda objektif isnadiyet ve nedensellik bağı incelemesine yer verilmemiştir.

765 sayılı mülga TCK döneminde, müstehcenlik suçunda iki farklı hareket grubuna yer verilmiştir. Bunlardan ilki hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı haller olup, kanun koyucu müstehcen nitelikte olan bir ürünün gerek uluslararası alanda gerekse de ulusal alanda yayılması neticesinde meydana getireceği zararları göz önünde bulundurarak hareket henüz bu aşamaya gelmeden cezalandırılması gerektiği kanaatiyle suç tipinde belirtilen hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması gerektiğini düzenlemiştir.<sup>343</sup> Diğer hareket grubunun kapsamına ise, teşhir etmek, bilerek dağıtmak, satmak veya dağıtırmak gibi doğrudan doğruya icra hareketleri girmekte olup, suçun gerçekleşebilmesi için aleniyetin varlığı aranmaktadır.

---

<sup>340</sup> Öztürk, a.g.e., s. 137.

<sup>341</sup> Koca, Üzülmüş, a.g.e., s. 110.

<sup>342</sup> Özgenç, a.g.e., s. 167.

<sup>343</sup> Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 1994, s. 544.

Basit Müstehcen Ürünlerin Yayılması Suçu olarak başlıklandırdığımız TCK m. 226/1 içerisinde müstehcenlikle ilgili çeşitli davranışların 6 bent halinde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Madde içerisinde yer alan hareketler;

1. Basit Müstehcen Ürünleri Çocuğa Vermek ya da İçeriğini Okutmak, Okumak, Dinletmek, Göstermek (TCK m. 226/1-a),

2. Basit Müstehcen İçerikli Ürünleri Çocukların Girebileceği, Görebileceği Yerlerde ya da Alenen Göstermek, Sergilemek, Okumak, Okutmak, Söylemek, Söyletmek (TCK m. 226/1-b),

3. Basit Müstehcen Ürünleri İçeriğine Vakıf Olunabilecek Bir Şekilde Satışa veya Kiraya Arz Etmek (TCK m. 226/1-c),

4. Basit Müstehcen Ürünleri, Bunların Satışına Mahsus Alışveriş Yerleri Dışında Satışa Arz Etmek, Satmak ya da Kiraya Vermek (TCK m. 226/1-d),

5. Basit Müstehcen Ürünleri Mal ve Hizmet Satışları Yanında veya Dolayısıyla Bedelsiz Olarak Vermek veya Dağıtmak (TCK m. 226/1-e),

6. Basit Müstehcen Ürünlerin Reklamını Yapmak (TCK m. 226/1-f).

şeklindedir. Maddenin a ve b bentleri sadece çocuklara yönelik olup, c ve f bentleri çocukların yanında yetişkinleri de koruma altına almıştır.<sup>344</sup> Hareketlerin birden fazlası aynı anda gerçekleştirilse dahi meydana gelen suç tektir. Bu durum temel cezayı belirlemede göz önüne alınmaktadır.<sup>345</sup>

Görüldüğü gibi fıkra oldukça ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Kanun koyucunun maddeyi düzenlerken hemen hemen tüm muhtemel ihlal araçlarını ve bunlarla gerçekleştirilme ihtimali bulunan ihlal şekillerine yer vermeye çalıştığı düşünülmektedir. Düzenlemelerin her biri kendi içinde farklılık gösterdiğinden ayrı ayrı incelenmesi uygun görülmüştür:

<sup>344</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 57.

<sup>345</sup> Hafizoğulları, Özen **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar**, s. 331.

## i. Basit Müstehcen Ürünleri Çocuğa Vermek ya da İçeriğini Okutmak, Okumak, Dinletmek, Göstermek

TCK m. 226/1-a uyarınca suç; vermek, içeriğini göstermek, okumak, okutmak ya da dinletmek hareketlerinden biriyle işlenebilir.

Vermek kelimesi TDK tarafından “*üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine erişirmek, iletmek, bırakmak veya bağışlamak, sahip olmasını sağlamak*”<sup>346</sup> olarak açıklanmaktadır. Suçun oluşması için müstehcen nitelikteki yazı, söz veya görüntü içeren ürünlerin çocuğa verilmesi yeterlidir. Vermenin şekli yahut amacı önem arzetmemektedir.<sup>347</sup>

Göstermek, “*Birini veya bir şeyi işaretle belirtmek, görülmesini sağlamak, görmesine yol açmak, belirtmek, anlatmak*” anlamına gelmektedir.<sup>348</sup>

Okumak ve Okutmak, “*Bir yazıyı meydana getiren harf ve işaretlere bakıp bunları çözümlemek veya seslendirmek, bir şeyin anlamını çözmek*”, “*Okuma işini yaptırmak, okumasını sağlamak*” şeklinde açıklanmaktadır.<sup>349</sup>

Dinletmek ise “*Dinlemesini sağlamak, söz geçirmek*” anlamına gelmektedir.<sup>350</sup>

Suç, seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir. Anılan hareketlerden birinin varlığı suçu oluşturmaktadır. Örneğin müstehcen içerikli bir derginin çocuğa ulaştırılması; vermek, pornografik bir görüntüye çocuğun bakmasını sağlamak; göstermek, müstehcen içerikli bir yazıyı okuması için çocuğa vermek, okumasını sağlamak; okutmak, pornografik bir ses kaydını çocuğun duymasını sağlamak ise;

<sup>346</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc6a7491246.90552572](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc6a7491246.90552572), (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:10.01.2019

<sup>347</sup> Mehmet Zülfü Öner, “Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 113.

<sup>348</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc6abbb3699.85670848](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc6abbb3699.85670848) (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:10.01.2019

<sup>349</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc7211ab431.50560413](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc7211ab431.50560413), (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:10.01.2019., [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc7813ca461.18070660](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc7813ca461.18070660) (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:10.01.2019.

<sup>350</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc8073d93e7.04474911](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cafc8073d93e7.04474911), (Çevirimiçi), Erişim Tarihi:10.01.2019.

dinlemek olarak belirtilebilir. Suçun oluşması için söz konusu hareketlerin yöneltileceği kişinin 18 yaşından küçük olması gerekmektedir. Madde metninde fail müstehcen ürünü yayma işini doğrudan çocuğa yöneltmektedir. Buradan hareketle tipte yer alan hareketlerin yetişkinlere karşı işlenmesi halinde suçun oluşmayacağı söylenebilir.<sup>351</sup> Hareketin hangi amaçla gerçekleştirildiğinin ise suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır.

Tipte hangi hareketlerin suçu oluşturacağı seçimlik olarak sayıldığından, suçun oluşması için sadece belirtilen hareketlerin yapılması gerekmektedir. Bu anlamda müstehcen görüntü, söz veya yazıları içeren ürünlerin sadece bulundurulması ya da üretimi TCK m. 226/1’de düzenlenen suçu oluşturmayacaktır.

## **ii. Basit Müstehcen İçerikli Ürünleri Çocukların Girebileceği, Görebileceği Yerlerde ya da Alenen Göstermek, Sergilemek, Okumak, Okutmak, Söylemek, Söyletmek**

Madde metninde seçimlik hareketler; göstermek, görülebilecek şekilde sergilemek, okumak, okutmak, söylemek, söyletmek olarak belirtilmiştir.

Göstermek, “Birini veya bir şeyi işaretle belirtmek, görülmesini sağlamak, görmesine yol açmak”<sup>352</sup> anlamına gelmektedir. Bu eylem ile kastedilen, müstehcen içerikli ürünlerin herkesin girebileceği ve dolayısıyla çocuklar tarafından da görülebilecek ya da girebilecek yerlerde gösterime sunulması, çocuklar tarafından görülmesinin sağlanmasıdır. Bu anlamda ürünün gösterildiği yerdeki işletmecinin çocuklar tarafından görülmemesini sağlamak adına gerekli ve yeterli tüm önlemleri alması halinde göstermek eyleminden söz edilemeyecektir.

Görülebilecek şekilde sergilemek, “Bazı şeyleri göstermek, tanıtmak veya satmak amacıyla herhangi bir biçimde herkesin görebileceği bir biçimde herkesin

<sup>351</sup> “.... Sanıkların müstehcen nitelikli kasedi seyretmek amacıyla birbirilerine vermelerinde ticaret, teşhir ve tevzi kasdı bulunmadığı için fiilin alenen müstehcen hareket sayılamayacağına karar vermiştir.” (Yargıtay 5. CD., T. 27.03.1991, E. 1991/749, K. 1991/1670, Soyaslan, a.g.e., s. 555)

<sup>352</sup> ([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb204adb0c355.76399838](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb204adb0c355.76399838), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:11.03.2019.)

*görebileceği bir yere yerleştirmek, teşhir etmek*”<sup>353</sup> olarak açıklanmaktadır. Buna müstehcen bir afişin herkesin, özellikle de çocukların görebileceği okul duvarları gibi yerlere asılması durumu örnek verilebilir. Buna göre failin sergileme eyleminde bulunurkenki amacı, sergilediği müstehcen ürünün herkes tarafından görülmesini sağlamaktır.

Söylemek, müstehcen içerikli bir fikir ya da düşünceyi alenen ya da çocukların görebileceği veya girebileceği bir yerde başka birine anlattırmak ya da söylemesine yol açmak olarak açıklanabilir.

Okumak, müstehcen içerikli bir yazının çocukların görebileceği ya da girebileceği bir yerde ya da aleni bir şekilde okunması anlamına gelmektedir. Okutmak eylemine de çocuğa müstehcen bir eserin okutulması hali örnek verilebilir.

Söyletmek ise müstehcen içerikli bir düşünce ya da bilginin alenen yahut çocukların görebileceği veya girebileceği bir yerde başka birine anlattırmak, söylemesine yol açmak anlamına gelmektedir.

Bu madde de seçimlik hareketli olarak düzenlenmiş olmakla birlikte TCK m. 226/1-a’dan farklı olarak suçun oluşması için belirtilen hareketlerin çocukların girebileceği ya da görebileceği yerlerde yahut alenen gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu hareketlerin basın-yayın yoluyla işlenmesi halinde ise suçun nitelikli hali olarak kabul ettiğimiz TCK m. 226/2 gündeme gelecektir.

Çocukların girebileceği veya görebileceği yer kavramı, kanun gereği çocukların girişinin yasaklanmadığı yerler bakımından kullanılmaktadır. Bu bakımdan kanunen çocukların girişinin yasak olduğu yerlerin tespit edilmesi gerekmektedir. 2559 sayılı PYSK’nın 12/2. maddesi uyarınca çocukların bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kıraathane, kumarhane vb. oyun oynatılan yerlere yanlarında velileri ya da vasileri olsa dahi girmeleri yasaktır. Yine Resmi Gazete’de 11.04.2017 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren İnternet Toplu

<sup>353</sup> ([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb21152afd7b2.33445323](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb21152afd7b2.33445323), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:11.03.2019)

Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesi gereği 12 yaşından küçüklerin yanlarında veli ya da vasileri olmaksızın Yönetmelik'te adı geçen işyerine<sup>354</sup> girmeleri yasaktır. 12 ile 15 yaş arasında olan küçüklerin ise bu işyerlerine veli ya da vasileri olmadan 20.00'den sonra giriş yapmaları yasaktır. 15-18 yaş arası çocuklar için herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Burada anılan yerler dışındaki sinemalar, parklar, tiyatrolar, hastaneler, sokaklar, meydan ve caddeler, kamu binaları gibi herkesin ve dolayısıyla çocukların da girebileceği alanlar çocukların girebileceği yerlerdendir.

Çocukların görebileceği yer kavramı da çocukların girebileceği yer kavramıyla bağlantı içerisinde. Zira çocukların girebileceği yerler aynı zamanda çocukların görebilmesine de elverişlidir. Ancak bazı durumlarda müstehcen ürünün çocukların giremediği ve fakat görebileceği bir yerde yayınlanması mümkün olabilir. Örneğin müstehcen ürün satışının yapıldığı bir mağaza, çocukların giremeyeceği yerler arasında olmakla birlikte müstehcen bir ürünün herkes tarafından görülebilecek şekilde mağaza vitrininde sergilenmesi halinde tipe uygun hareketin olduğundan söz edilebilecektir.<sup>355</sup> Zira bu durumda görülebilir olma koşulu sağlanmış olacaktır.

Bu bölümde incelenmesi gereken diğer kavram ise aleniyettir. Aleniyet kavramından ne anlaşılması gerektiğine müstehcenlik suçu içerisinde olmasa da hayasızca hareketler suçunun gerekçesinde “.. aleniyet için aranan ölçüt, gerçekleştiği koşullar itibariyle fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır” şeklinde yer verilmiştir.<sup>356</sup> Buna göre aleniyet koşulunun olduğundan bahsedebilmek için eylemin, belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilir şekilde meydana gelmesi gerekmektedir.<sup>357</sup> Burada

<sup>354</sup>Yönetmeliğin 3/1-ğ maddesinde işyeri “Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı olarak faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişiler tarafından açılan ve işletilen umuma açık yeri” olarak açıklanmaktadır. Burada sözü geçen işyeri tanımının içerisine internet cafeler de girmektedir.

<sup>355</sup> Özbek, a.g.e., s. 65

<sup>356</sup> Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda aleniyet koşulu m. 153/4'te; “Fiil: 1- Matbuat vasıtasıyla veya herhangi bir propaganda vasıtasıyla; 2-Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda; 3-Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanunun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır.” şeklinde açıklanmıştır.

<sup>357</sup> Ahmet Caner Yenidünya, Mehmet Emin Alşahin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.68, Ankara, 2007, s. 75. “Televizyon video tamirciliği yapan sanığın,

önemli olan aleniyet nedeniyle çocuğun müstehcen ürüne ulaşmasının imkan dahilinde olmasıdır. Muhakkak ulaşmış olması gerekmemektedir.<sup>358</sup>

Suçun işlendiği yerin aleniyet kavramının kabulü için bir önemi bulunmamaktadır. Fark edilebilir ve görülebilir olma yeterli olup, yerin kamuya açık olup olmadığı aleniyetin tespiti aşamasında değerlendirilen koşullardan biri değildir. Kanun koyucu yer kavramından ayrı olarak aleniyet terimine yer vermek suretiyle çocukların her durumda müstehcen ürüne maruz kalmasını engellemek istemiştir. Hal böyle olmakla birlikte yer yönünden aleniyet koşulunun gerçekleştiğinin tespiti için hareketin meydana geldiği sırada başkaları tarafından görülebilir, fark edilebilir durumda olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekmektedir. Aynı şekilde ilgili yerin hangi zaman aralığında ve kimler tarafından kullanıldığının tespiti de suçun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi noktasında önem taşımaktadır.<sup>359</sup>

---

*başka suçtan aranması nedeniyle güvenlik görevlilerinin iş yerini aramaya geldiklerinde dükkanın perde ile bölünmüş arka tarafında porno video filmini seyredirken yakalandığı, bu haliyle gizli bölmede porno film seyretme eyleminde umumi mahal unsurunun oluşmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” (Yargıtay 5. CD., T. 01.04.1992, 691/1069, Bakıcı, a.g.e., s. 344) “Kahvehanenin kapanış saati 23:00’dan sonra 00:20 sularında sanığın kahvehanede arkadaşlarına söz konusu müstehcen video kaseti oynattığı dosya içerisinden anlaşılmış olması nedeniyle olayda “Umumi Mahal” unsurunun oluşmadığı gözetilerek sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken..” (Yargıtay 5. CD., T.12.5.1992, 1227/1531, Bakıcı, a.g.e., s. 343)*

<sup>358</sup> “Yargıtay uygulamasında da aleniyetin “... herkesin veya birçok kimselerin duyup görmesiyle değil, duyup görebilmek mümkün ve muhtemel olan yerlerde fiilen işlenmesiyle...” gerçekleşeceği belirtilmiştir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 15.03.2005, E. 2004/8-201, K. 2005/30, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:12.11.2018) Bununla birlikte Yargıtay bazı kararlarında çocuğun girme ya da görme ihtimalinin yeterli olmadığını, müstehcen nitelikteki görüntü, söz ya da yazının çocuğa ulaşp ulaşmadığının tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. “İnternet cafe sahibi olan sanığın bilgisayarlarının bazılarında, denetim tarihinden birkaç hafta önce bir kısım cinsel içerikli sitelere girildiği, bilgisayarlarının internet tarihçesinden saptanarak tutanak altına alınmasına karşılık, internet filtre programının yüklenmemesinin, 5651 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 5. ve 11. maddelerinde kabahat olarak öngörüldüğü ve idari para cezası yaptırımına bağlandığı, sanığın izin verdiği kabul edilen internet içeriklerinin müstehcen olup olmadıkları da saptanmadan, bu görüntülere büyükler dışında çocukların ulaştığına ilişkin delillerin neler olduğu açıklanmadan, bunlara ulaşabilme olasılığının TCK 226/1-b maddesinde öngörülen alenen gösterme, sergileme, okuma, okutma, söyleme ve söyletme olarak değerlendirilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yargıtay 14. CD., T. 10.10.2012, E. 2011/13180, K. 2012/9790, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:12.11.2018)

<sup>359</sup> “Olay gecesı umuma açık işyerlerinin kapatılma saati 24’ten sonra sanığın işçi olarak çalıştığı ve kapıları kilitlenmiş lokantada videokaset oynatılması olayında “umumi mahal” unsurunun oluşmadığı gibi, oynatıldığı iddia edilen videokasetin içeriği de tanık jandarma görevlilerince görülemediği, dışarıya vuran renkli ışıklar ve gürültüden bu kanaate varıldığı, esasen yapılan keşifte görülmesinin de mümkün olmayacağı anlaşıldığından atılı suçun sanığın beraati yerine yazılı şekilde

### iii. Basit Müstehcen Ürünleri İçeriğine Vakıf Olunabilecek Bir Şekilde Satışa veya Kiraya Arz Etmek

Madde metninde müstehcen görüntü, söz ya da yazıların içeriğine vakıf olunabilecek<sup>360</sup> bir biçimde satışa veya kiraya arz edilmesi<sup>361</sup> suç olarak düzenlenmiştir.

Satışa arz etmek eylemiyle kastedilen ürünün bir bedel karşılığında başka bir kişiye devredilmek üzere sunulması, kiraya arz etmek ise ürünün mülkiyeti satıcıya ait olmak üzere belirli bir süre için belirli bir bedel karşılığında başka bir kişiye devredilmesi ya da ürünün bu işlem için hazır tutulmasıdır.<sup>362</sup> Burada önemli olan ürünün içeriğine vakıf olunabilecek bir şekilde satışa ya da kiraya arz edilmesidir. Aksi takdirde yani ürünün içeriği dışarıdan gözükmeyen bir şekilde satışa ya da kiraya arz edilmesi halinde maddede düzenlenen suç oluşmayacaktır.<sup>363</sup> Maddenin tehlike suçu olması nedeniyle, suçun oluşumu bakımından zarar tehlikesinin varlığı yeterli görülmektedir. Bu anlamda çocuk ya da yetişkinin müstehcen ürünün içeriğine mutlak suretle vakıf olması yahut satış ya da kiralamanın gerçekleşmesi

---

mahkumiyetine.” Yargıtay 5. CD., T. 13.02.1997, E. 1997/60 E.-393 K. (Necati Meran, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007), “İhbarı üzerine gelen polislerin tespitlerinde sanığın yaşı küçük oğlu Murat’ın olay yerinde olduğu belirtilmediği gibi adı geçeninin duruşmadaki “babası yokken çay ocağında bulunan müşterilerin ısrarıyla VCD çalıştırıp eve gittiği” yönündeki anlatımının da garson olan tanık Osman’ın duruşmadaki beyanı ile çeliştiği, bu nedenle babası sanığı korumaya matuf olduğunun anlaşıldığı 9.11.2000 günlü yakalama ve zapt etme tutanağı ile tanık Osman’ın hazırlıktaki anlatımına göre müstehcen içerikli filmin sanığın bilgisi dahilinde işlettiği umuma açık çay ocağında gösterime sunulduğunun kabulü gerektiği gözetilmeden” Yargıtay .. CD., T. 09.06.2003, E. 2002/5995, K.2003/3599 (Baytemir, **a.g.e.**, s. 661)

<sup>360</sup> Vakıf olmak, “bilmek, öğrenmek” anlamına gelmektedir.

([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb50534665555.58138399](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb50534665555.58138399), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019)

<sup>361</sup> Arz etmek fiili Sözlükte “sunmak, göstermek” olarak açıklanmaktadır.

([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb5053ad62ae0.99752127](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb5053ad62ae0.99752127), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019)

<sup>362</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6773.

<sup>363</sup> 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu’nun 4. maddesi “Tebliğat üzerine eser sahipleri, telif hakkı sahipleri ve sorumlu müdürler, ellerinde ön kapaklarına “Küçükleri zararlıdır” damga veya işaretini basmak zorundadırlar. “Küçüklere zararlıdır” ibaresinin herkesin kolayca görüp okuyabileceği şekil ve büyüklükte yazılması zorunludur.... 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.” şeklindedir. Buradan hareketle müstehcen ürünlerin “Küçüklere zararlıdır” damgasıyla dışarıdan işi gözükmeyecek bir zarf ya da poşetin içerisinde yetişkinlere satışa ya da kiraya arzının serbest olduğu belirtilebilir.



gerekli değildir. Madde içerisinde kiralama ya da satılma aşamasına varmamakla birlikte kişide söz konusu ürünü alma talebi uyandıracak nitelikteki hareketler arz etme olarak düzenlenmiştir.

#### **iv. Basit Müstehcen Ürünleri, Bunların Satışına Mahsus Alışveriş Yerleri Dışında Satışa Arz Etmek, Satmak ya da Kiraya Vermek**

Madde de anılan seçimlik hareketler; satışa arz etmek, satmak ve kiraya vermektir. Bu hareketlerin suç oluşturabilmesi satışa mahsus alışveriş yerleri dışında gerçekleştirilmesine bağlıdır. Buna göre, müstehcen ürünlerin satışa mahsus alışveriş yeri olarak belirlenen, yasal olarak idarenin izniyle açılan yerlerde yetişkin kişilere satılması veya kiralanması serbesttir.<sup>364</sup> Zira düzenlemenin amacı, müstehcen ürünlerin çocukların zarar görebileceği şekilde her ortamda aleni bir şekilde satışa sunulmasının engellenmesi ve satışa sunulan yerlerin denetlenebilme ve bu noktalara ürünlerin kontrollü dağıtımının sağlanmasıdır.<sup>365</sup> O halde müstehcen ürünler, satışına mahsus alışveriş yerlerinde içeriğine vakıf olunabilecek bir şekilde satışa sunulabilir. TCK m. 226/1-c ile d bentlerini birbirinden farklı kılan husus da budur. Müstehcen ürünler, satışa mahsus alışveriş yeri olarak belirlenmeyen yerlerde de satılabilir ancak bu halde ürünün içeriğine vakıf olunmayacak şekilde satışa ya da kiraya arz edilmesi gerekmektedir.<sup>366</sup>

Satışa mahsus yer kavramından ne anlaşılması gerektiği ise doktrinde tartışmalıdır. Özbek, metinde yer alan yer kavramıyla alıcı ve satıcının karşılıklı olarak bir araya gelerek alım satım işlemlerinin yürütüldüğü somut bir mekandan söz edildiği görüşündedir. Bu görüşe göre müstehcen ürünlerin internet ortamından satılıp kiraya sunulması hali TCK m. 226/1-d kapsamında değerlendirilmeyecektir. Kanaatimizce kanun koyucu yer kavramını gerek fiziken gerekse de mesafeli satışları kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmıştır. Zira günümüz teknoloji çağında

<sup>364</sup> Hafizoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, s. 334

<sup>365</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6774

<sup>366</sup> Soyaslan, TCK m. 226/1-d'de yer alan düzenleme varken c, e ve f bentlerinde yer alan düzenlemelere gerek olmadığı, d bendinde yer alan düzenlemenin, diğer bentlerde yer alan düzenlemeleri de içinde barındırdığı görüşündedir. (Soyaslan, **a.g.e.**, s. 558)

internet pek çok alanda olduğu gibi alışverişte de çoğunlukla tercih edilen ortam haline gelmiştir. Bunu sağlayan yasal düzenleme ise 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 9/A. maddesinde yer alan mesafeli satış sözleşmesidir. Mesafeli satış ilişkisinde taraflar fiziken maddi bir ortamda bir araya gelmemekte, irade beyanları internet ortamında buluşturulmaktadır. Müstehcen ürünlerin yasal olarak satışa sunulduğu sex shop olarak adlandırılan mağazalar, yasal mevzuata uygun olmak kaydıyla oluşturulan internet siteleri üzerinden de bu ürünlerin satışını gerçekleştirmektedir. Buradan hareketle, kanuni yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydıyla müstehcen ürünler internet ortamından da satışa sunulabildiğinden, müstehcen ürünlerin satışının yapıldığı internet sitelerinin de satışa mahsus alışveriş yeri olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

## **v. Basit Müstehcen Ürünleri Mal ve Hizmet Satışları Yanında veya Dolayısıyla Bedelsiz Olarak Vermek veya Dağıtmak**

Madde metninde bedelsiz olarak vermek ve dağıtmak<sup>367</sup> seçimlik hareket olarak düzenlenmiş olup buna göre, müstehcen bir ürünün mal veya hizmetle birlikte ya da mal veya hizmet satışı dolayısıyla bedelsiz olarak verilmesi ya da dağıtılması suçtur.<sup>368</sup> Suçun oluşması için verme ya da dağıtma eylemlerinin bilabedel gerçekleşmesi gerekmektedir. Madde metninde yer alan bedelsiz vermek eylemiyle kastedilen, müstehcen ürünün bir ödül ya da tanıtım maksadıyla bir mal veya hizmet satışı sırasında bir kimseye ya da belirli bir kişi grubuna satılan şeyin yanında verilmesidir. Burada mal ve hizmetin satışa sunulduğu kişi ya da kişi grubu belirlidir. Yani failin amacı belirli bir alıcı grubuna müstehcen ürünü ulaştırmaktır. Dağıtmak eyleminde ise belirlilik durumu söz konusu olmadığından ürünün kime verildiğinin de bir önemi yoktur. Aksine failin amacı müstehcen ürünün olabildiğince fazla kişiye ulaşmasını sağlamaktır. Müstehcen görüntülerin yer aldığı kartvizitlerin işlek bir

<sup>367</sup> Sözlük karşılığı “*Belli bir orana göre bölüştürmek, pay etmek, tevzi etmek, herhangi bir şeyi ayrı ayrı kimselere vermek*” şeklindedir.

([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb50ef136b926.37301060](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb50ef136b926.37301060), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:13.03.2019)

<sup>368</sup> Hafizoğulları, Özen, a.g.e., s. 335

caddeye gelişi güzel bir şekilde bırakılması, müstehcen ürünlerin dağıtılması eylemine örnek olarak gösterilebilir.

Müstehcen ürünü dağıtmak eylemi satmak eyleminden farklıdır. Zira dağıtmak bedelsiz olarak gerçekleştirilen bir hareketi ifade etmektedir.<sup>369</sup> Kanun koyucunun anılan hareketleri suç olarak düzenlemiş olmasının temel nedeni çocukların korunmasının yanı sıra yetişkinlerin de istenmeyen bir şekilde müstehcen ürünle karşı karşıya kalmalarını önlemektir. Zira ifade edildiği şekilde basit müstehcen ürünlerin umuma mahsus satış yerlerinde ve belirli şartların yerine getirilmesi kaydıyla satışı serbesttir.

## **vi. Basit Müstehcen Ürünlerin Reklamını Yapmak**

Madde metninde müstehcen ürünün reklamını yapmak suç olarak düzenlenmiştir. Reklam kavramı 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 3/ş. maddesinde; *“Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dahil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını”* olarak açıklanmaktadır.<sup>370</sup> Ayrıca MilletlerArası Ticaret Odası tarafından yayınlanan Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nın Tanımlar başlığı altında reklam terimi *“kullanılan alana bakılmaksızın ve etiket, ambalaj ve satış noktası malzemeleri üzerindeki reklam mesajları da dahil olmak üzere, mal, hizmet ve olanaklar için*

<sup>369</sup> Sahir Erman, Çetin Özek, **Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, s. 32

<sup>370</sup> 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise ticari reklamın tanımı *“Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralınmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır”* şeklinde yapılmıştır.

(<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6502.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:11.03.2019)

yapılan her türlü reklamı kapsamaktadır” şeklinde belirtilmiştir.<sup>371</sup> Buna göre reklamın unsurları; birden çok kişiye yöneltilme, tanıtımın bulunması, tanıtımın ticari amaçlarla yapılması ve reklam yapma iradesinin varlığı olarak özetlenebilir.<sup>372</sup> Reklam, ürün hakkında potansiyel alıcıyı bilgilendirerek, alım iradesini güçlendirme, ürünü hatırlatma özelliğine sahiptir.<sup>373</sup> Bu anlamda müstehcen ürünlerin reklamının yapılma amacı, belirli bir menfaat elde etme kaygısıyla, çeşitli iletişim araçlarını kullanarak potansiyel alıcılara ulaşmak ve alıcıdaki satın alma iradesini kuvvetlendirmektir.

Reklamın müstehcen olamayacağı koşulu, mevzuatımızda diğer bazı kanun ve yönetmeliklerle de düzenlenmiş bulunmaktadır: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61. maddesinde ticari reklamların genel ahlaka uygun olması gerektiği ve çocukları istismar edici ticari reklam yapılamayacağı, 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin<sup>374</sup> Temel İlkeler başlıklı 5/1-a. maddesinde de reklamların genel ahlak kurallarına aykırı ifade ya da görüntüler içermeyeceği düzenlenmiştir. 6502 sayılı Kanun’un 77. maddesi uyarınca Kanun’un 61. maddesinde belirtilen yükümlülöklere aykırı davranılması halinde, reklam ajansı ve mecra kuruluşlar hakkında Reklam Kurulu tarafından durdurma, düzeltme, tedbiren durdurma ve idari para cezası gibi cezalar uygulanabilecektir. Görüldüğü gibi müstehcen ürünlerin reklamı TCK m. 226/1-f uyarınca suç olduğı gibi, 6502 sayılı Kanun’a göre de kabahat niteliğindedir.

Madde metninde yer alan reklamını yapmak eylemiyle kastedilen, müstehcen içerikli bir ürünün reklam yapma iradesiyle ve ticari amaçla tanıtımının yapılmasıdır. Reklamın nerede ve ne şekilde yapıldığının bir önemi bulunmamakla birlikte, basın

<sup>371</sup> Mürvet Ulya Duran, “Karşılaştırmalı Reklamlara Yönelik Yeni Düzenlemenin Avrupa Birliği Reklam Yönergesi ile Karşılaştırılması Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s. 8

<sup>372</sup> Emrehan İnal, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 12

<sup>373</sup> Özgöl Özkan, “Tüketici Hukuku Bakımından Reklamlar ve Sahip Olduğı Hükümler” **Ankara Barosu Dergisi**, S:4, Ankara, 1997, s. 4

<sup>374</sup> Söz konusu Yönetmelik, 25138 sayılı Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’i yürürlükten kaldırmıştır. Mülga sayılı Yönetmelik’in Ahlaka Uygunluk başlıklı 6. maddesinde, reklamın genel ahlak kurallarına aykırı, cinselliğın istismarı ile pornografi içeren ifade ve görüntüler barındıramayacağı açıkça düzenlenmişti. Yürürlükteki Yönetmelik’te ise cinsel istismar ve pornografi kavramlarına yer verilmemesinin düzenlemenin etkisini azalttığı kanaatindeyiz.

ve yayın organlarının reklamın yapılmasında aracı olarak kullanılması halinde artık TCK m. 226/1-f değil, TCK m. 226/2 gündeme gelecektir.

Ancak her ihtimalde müstehcen ürünün reklamının suç olduğunu kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Örneğin müstehcen ürünlerin satışına mahsus alışveriş yerlerinde satılan bir müstehcen ürün içerisinde başkaca bir müstehcen ürünün reklamının yapılması mümkündür<sup>375</sup>. Bu ihtimalde yapılan reklamın suç oluşturmadığı söylenebilir.

## **b. Suçun Manevi Unsuru**

Fail ile meydana gelen hareket arasındaki manevi bağ, suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır.<sup>376</sup> Hareket, ancak manevi unsurun varlığı halinde tipik haksızlık olarak nitelendirilebilir. 5237 sayılı TCK anlamında tipikliğin subjektif unsuru kast ve suçun bir özel görünüş şekli olan taksir oluşturmaktadır.

TCK m. 21 uyarınca, suçun oluşumu kural olarak suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmek ve isteme anlamına gelen kastın varlığına bağlıdır. Bu düzenleme gereği kanunun özel olarak düzenlediği haller haricinde bir suçun oluştuğundan söz edilebilmesi için failin kasten hareket etmesi şarttır. Suçun taksirli hareket ile işlenebilmesi ancak suçun maddi tanımında özel olarak düzenlenmesi halinde mümkün olabilmektedir. Bu kapsamda TCK m. 226/1 incelendiğinde, ancak kasten işlenebilen suçlardan olduğu söylenebilecektir.<sup>377</sup> Bu anlamda TCK m. 226/1’de düzenlenen müstehcen ses, yazı ya da görüntü içeren ürünlerin çocuklara verilmesi bakımından failin kastının çocuğa müstehcen görüntüyü göstermek hareketini kapsamaması gerekmektedir. Buna göre çocuğun müstehcen görüntüyü görmesi sadece

<sup>375</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu.**, s.72.

<sup>376</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler.**, s.232.

<sup>377</sup> Baytemir, **a.g.e.**, s. 654; Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 3562. 5237 sayılı TCK’nın 22/1. maddesi uyarınca taksirle işlenen fiiller, ancak kanunda açıkça belirtilmesi halinde cezalandırılmaktadır. Müstehcenlik suçunda böyle bir düzenlemeye yer verilmediğinden, taksirli eylemin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 13.2.1979 tarihli ve 1979/275 sayılı kararında da “Sanığın sorumlu müdürü bulunduğu şirkete kapalı kutu ile gönderilen filmin müstehcen nitelikte olduğunu ne suretle bildiği, kast yönünden suçun oluşup oluşmadığı üzerinde durulmadan mahkumiyet hükmü verilmesi yasaya aykırıdır” kastın yokluğu halinde suçun oluşmayacağı hükmüne varılmıştır. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:03.05.2018)

failin özensiz hareketinden kaynaklanıyor ise suçun manevi unsuru oluşmamış olduğundan failin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca yine bu örnek bakımından failin, çocuğa ulaştırdığı ürünün müstehcen nitelikte olduğunu kavraması gerekmektedir.

765 sayılı mülga TCK'dan farklı olarak<sup>378</sup> genel kast suçun meydana gelmesi bakımından yeterli görülmüş, ayrı bir amaç/saik (özel kast) aranmamıştır.<sup>379</sup> Ayrıca olası kastla da işlenmesi mümkündür.

Bu bölümde hata halinin de incelenmesi gerekmektedir. Ceza hukukunda hata, failin bir eylemin suç olduğu ya da olmadığı şeklindeki değerlendirmesinde ya da suçun unsurlarında ortaya çıkabilir.<sup>380</sup> Zira hatanın bilmemek veya yanlış bilmekten ibaret iki farklı görünüm şekli bulunmaktadır.<sup>381</sup> Tipikliğin maddi şartlarına ilişkin hata kastı ortadan kaldırırken, tipikliğin hukuki değerlendirmesine yönelik hata ise kusurluluk üzerinde etkilidir.<sup>382</sup> Suçun oluşması için failin kastının tipikliğin normatif hareketlerine yönelik olması gerekmektedir. Tanımlanabilir unsurların doğal karşılıklarının bilinmesi kastın varlığı bakımından yeterli olduğu halde, tipikliğin normatif unsurlarının sosyal anlam içeriklerinin de fail tarafından tasavvur edilebilir olması gerekmektedir.<sup>383</sup> Örneğin failin müstehcen ürünü çocuğa göstermesi hareketini ve bu hareket neticesindeki anlamsal önemi kavrayabilir olması gerekmektedir. Buradan hareketle suçun oluşumu için failin tipikliğin maddi

---

<sup>378</sup> 765 sayılı Mülga TCK'da suçun manevi unsurunun genel kast-özel kast olacağı noktasında görüş birliğine varılamamıştı. Doktrinde bazı yazarlar suçun oluşması için genel kastı yeterli görürken (Bkz. Ömer Faruk Uysal, Müstehcenlik, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1988, s. 92) diğer bazı yazarlar ise genel kastın yanında failin istismar saikine de sahip olması gerektiği kanaatindeydi. (Seydi Kaçmaz, Hasan Tahsin Gökcan, **Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamada Sulh Ceza Davaları Türk Ceza Kanunu ve Özel Yasalardaki Hükümler**, Adil Yayınevi, Ankara, 2002, s.243; Yalkut, a.g.e., s. 281, Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993, s. 1883) Önder ise doğrudan doğruya icra hareketlerinin cezalandırılması gerektiği takdirde genel kastın yeterli olduğu ancak hazırlık hareketlerinin cezalandırılması söz konusu olduğunda failin saikinin de tespit edilmesi gerektiği yani özel kastın sadece hazırlık hareketleri bakımından aranması gerektiği görüşündeydi.(Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. bs., 1994, s. 546-547.)

<sup>379</sup> Arslan, Azizağaoğlu, a.g.e., s. 937; Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6787

<sup>380</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız vd., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, İzmir, 2018, s. 423

<sup>381</sup> Koca, Üzülmüş, a.g.e., s. 240

<sup>382</sup> Sesim Soyer Güleç, "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:10, S:1, İzmir, 2008, s. 62.

<sup>383</sup> Koca, Üzülmüş, a.g.e., s. 243

unsurlarının tamamını bilerek hareket etmesi gerektiği aksi halde suçun oluşmayacağı söylenebilir.<sup>384</sup>

### **III. AĞIR (NİTELİKLİ) MÜSTEHCENLİK**

#### **A. Ağır (Nitelikli) Müstehcen Ürünlerde Çocuğun Kullanılması ve Bu Ürünlerin Ticaretinin Yapılmasına İlişkin Suçlar (TCK m. 226/3)**

TCK m. 226/3, içinde iki farklı suça yer verir şekilde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki; Müstehcen Ürün Üretiminde Çocukların, Temsili Çocuk Görüntülerinin ya da Çocuk Gibi Görünen Kişilerin Kullanılması Suçu; diğeri ise Üretiminde Çocukların Kullanıldığı Ürünlerin Ülkeye Sokulması, Çoğaltılması, Satışa Arz Edilmesi, Satılması, Nakledilmesi, Depolanması, İhraç Edilmesi, Bulundurulması ve Başkalarının Kullanımına Sunulması Suçu'dur. Fıkra içerisinde düzenlenen bu suçlar, hareket bağlamında birbirilerinden farklılaştıklarından çalışmamızda hareket unsuru bakımından ayrı, diğer unsurlar yönünden ise birlikte incelenecektir.

#### **1. Suçla Korunan Hukuki Değer**

TCK m. 226/3 ile esas olarak korunmak istenen hukuki değer, çocuktur. Kanun koyucu bu suç ile hem bu nitelikteki bir ürünle herhangi bir şekilde karşı karşıya kalmak zorunda kalan çocukları, hem de bu nitelikteki bir üründe aktör haline getirilen, istismar edilen çocukları korumaktadır. Bu anlamda suçla çocuğun yüksek yararı kapsamında cinsel varlığının, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır. Zira çocukların bu tarz ürünlerin üretiminde rol alması, çocuğa gerek fiziksel gerekse de psikolojik olarak doğrudan zarar vermektedir.

---

<sup>384</sup> Hafizoğulları, Özen, failin mağdurun yaşında yanılmasının hata kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hafizoğulları, Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, s. 341.

Ayrıca suçla korunan bir diğerk hukuki değerk ise TCK m. 226/1’de olduğu gibi genel ahlaktır. Fıkra içerisinde düzenlenen hareketlerin tahrik etme ve edilme ihtimali toplumun korunmasını da zorunlu kılmaktadır.<sup>385</sup>

Görüldüğü zere TCK m. 226/3, TCK m. 226/1 ile benzer hukuki değerkleri koruma altına almıştır. Bu kapsamda TCK m. 226/1’de düzenlenen suçla korunan hukuki değere ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar, burası için de geçerlidir. Hal böyle olmasına rağmen TCK m. 226/3, TCK m. 226/1’e nazaran daha yüksek bir cezai tehdit içermektedir. Bunun başlıca nedeni çocuğun üstün yararını korumaktır. Zira TCK m. 226/3, çocukların ağır (nitelikli) müstehcen olarak sınıflandırdığımız ürünlerde aktör olarak kullanılmasını ve ayrıca çocukların konu edildiği bu tarz ürünlerin bulundurulması, yayılması, satışa arz edilmesi gibi eylemlerin engellenmesi sağlama amacıyla düzenlenmiştir.

## **2. Suçun Unsurları**

### **a. Suçun Maddi Unsurları**

#### **(1) Fail**

TCK m. 226/3’de düzenlenen suçlar fail bakımından bir özellik göstermemektedir. Tıpkı TCK m. 226/1 de olduğu gibi TCK m. 226/3’de düzenlenen suçların faili herkes olabilir.

#### **(2) Mağdur**

TCK m. 226/3 içerisinde düzenlenen suçlar ile çocuğun fiziksel ve ruhsal tamlığını korumak öncelikli değerk olarak kabul edilmiş ve ocuk bakımından mutlak bir koruma alanı sağlanmak istenmiştir. Bu yönüyle TCK m. 226/3’de düzenlenen suçlar yönünden mağdur ocuk olarak değerklendirilmektedir. Madde içerisinde düzenlenen her iki suçta da belirtilen eylemler, çocukları cinsel sömürüye açık hale getirecek, sağlıklı bir şekilde gelişimine engel olacak ve çocuğun fiziksel, ruhsal

---

<sup>385</sup> zbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 121.



bütünlüğüne zarar verecek niteliktedir. Bununla birlikte suçların düzenleniş yeri dikkate alındığında, suçun mağduru toplum olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim doktrinde bazı yazarlar tarafından da TCK m. 226/3'ün TCK'nın Topluma Karşı Suçlar kısmının Genel Ahlaka Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiş olması nedeniyle mağdurun toplum olduğu ileri sürülmektedir.<sup>386</sup> Güngör tarafından ise çocuğun suçun maddi konusunu oluşturması nedeniyle mağduru olamayacağı ifade edilmektedir.<sup>387</sup>

Her iki fıkra bakımından da mağdur çocuğun yaşayan bir çocuk olması gerekmektedir. Cinsiyet önemli olmamakla birlikte konu edilen çocuk hayatta değil ise bu sefer TCK m. 226/3 değil, TCK m. 226/4 gündeme gelmektedir.

### (3) Konu

Suçun konusunu çocuğun, temsili çocuk görüntülerinin ya da çocuk gibi görünen kişilerin yer aldığı görüntü, söz ve yazı içeren ürünler oluşturmaktadır. Kanun koyucu tarafından gerek TCK m. 226/1'de gerekse de TCK m. 226/3'de ses içeren ürün kavramına yer vermediği görülmektedir. Bu durum ise söz kavramının ses kavramını içinde barındırıp barındırmadığı sorusunu akla getirmektedir.

Söz kavramı, bütünlük oluşturan ve bir araya geldiğinde bir anlam ifade eden kelimeler dizisidir. Ses ise kulağın duyabildiği her türlü titreşim olarak açıklanmaktadır. Bu anlamda kulak aracılığıyla duyulabilen titreşimlerin her durumda söz öbeğine dönüşmesi zorunlu değildir. Yani ses ve söz birbirini tam olarak karşılayan ifadeler değildir. Sesin görüntü kavramı içerisinde yer aldığının kabulünde ise her ne kadar görüntü çoğunlukla sesi de kapsar şekilde karşımıza çıkmaktaysa da bir görüntünün müstehcen kabul edilebilmesi için her koşulda ses ihtiva etmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak bir zamanlar oldukça yaygın olan 900'lü hatlar yönünden konu değerlendirildiğinde bu hatlar aracılığıyla yetişkinler ya da çocuklar tarafından yapılan cinsel içerikli konuşmaların hangi kapsamda

<sup>386</sup> Hafizoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 338., Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 124.

<sup>387</sup> Güngör, **a.g.e.**, s. 547.

değerlendirileceği tartışma konusu olmaktadır ki, kanun koyucunun amacının çocuğun mutlak olarak korunması olduğu düşünüldüğünde, sesin de TCK m. 226/3 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmaktadır. Nitekim her ne kadar TCK m. 226/3'te ses ifadesine yer verilmemiş olsa da suçun nitelikli halinin düzenlendiği TCK m. 226/5'te “.. çocukların dinlemesini sağlayan kişi” lafzıyla sesin de TCK m. 226/3 kapsamında değerlendirilebileceği ortaya konulmuştur. Yargıtay da bu yönde görüş bildirmiştir<sup>388</sup>: “*Kabule göre de; TCK'nın 226/5. maddesi, çocukların aynı Kanun maddesinin 3 ve 4. fıkralarındaki müstehcenlik suçlarına maruz kalmaları halini, TCK'nın 226/1.maddesine nazaran daha ağır bir yaptırıma bağlamış bulunmaktadır. Mağdur çocuklara, içeriğinde çocukların kullanıldığı bir müstehcen ürünü, yada şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan fail TCK'nın 226/5. maddesine göre cezalandırılacaktır.*”

Müstehcen görüntü, söz veya yazının TCK m. 226/3 kapsamında değerlendirilebilmesi için müstehcen ürününün bizzat çocuğu ya da muhatap alan tarafta çocuk algısı uyandırmayı konu alması gerekmektedir. Üründe bizzatihi gerçek bir çocuğun kullanılması ise şart değildir. Çocuk olmamasına rağmen giydiği kıyafet vb. hareketlerle çocuk gibi gözükmesi ya da çizgi film gibi yapay bir görüntüye sahip olması yeterlidir. Burada önemli olan ürüne muhatap kişide bırakılan algı olduğundan gerçek bir durumun ortaya konulması şart değildir.<sup>389</sup>

Bu kapsamda her ne kadar lafzi olarak madde metni içerisinde yer almasa da bu fıkranın konusunu çocuğun, temsili çocuk görüntülerinin ya da çocuk gibi

<sup>388</sup> Yargıtay 18. CD., T. 25.04.2018, E. 2016/8922, K. 2018/6125, www.kazanci.com, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.04.2019

<sup>389</sup> Benzer bir biçimde Türkiye'nin de tarafı olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'ün 2. maddesinde çocuk pornografisi “*çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle...*” olarak açıklanmıştır. (<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4755.html>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.11.2018). Öte yandan Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi)'nde de çocuk pornografisi kavramının; reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması, reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması, reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunduğunu betimler cinsteki gerçekçi görüntüleri içerdiği belirtilmiştir. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.11.2018).

görünen kişilerin yer aldığı ürünlerin oluşturduğu söylenebilir. Suçun konusunun daha iyi ortaya konulabilmesi adına, temsili çocuk görüntüleri ile çocuk gibi görünen kişi kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

TCK m. 226/3, güncel halini 24.03.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30/2. maddesiyle yapılan değişiklik neticesinde almıştır.<sup>390</sup> Madde içerisinde yapılan bu değişiklikle birlikte TCK m. 226/3'e "temsili çocuk görüntüleri veya çocuk gibi görünen kişiler" ibaresi eklenmiştir. İlk bakışta her iki ibarenin de görsellik esas alınarak, hükmün görüntü olarak zikrettiği içeriğe özgülenmiş hususlar olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>391</sup> Bu anlamda içerik, yazı veya sözden oluşmakta ise suçun oluşabilmesi için gerçek bir çocuğun konu edilmesi gerekmektedir.

Çocuk gibi görünen kişi kavramıyla kastedilen, 18 yaşından büyük olmasına rağmen fiziksel özellikleri nedeniyle çocuk gibi algılanan kişilerdir. Müstehcen ürün üretiminde kullanılan bu kişiler, normalde 18 yaşından büyük olmasına rağmen izleyicide çocukmuş etkisi uyandırmak adına çocuk kıyafetleri giymekte, çocuk gibi davranmakta ise bu kapsamda değerlendirilecektir. Zira önemli olan bu tip ürünleri izleyen kişide ürünün bıraktığı etkidir.

Günümüzde teknolojinin gelişiminin de etkisiyle çocuk pornografisi olarak adlandırılacak ürünler çok farklı şekil ve formlarda karşımıza çıkabilmektedir. Sanal çocuk pornografisi olarak da adlandırılan bu tür, kurgusal çocuk pornografisi olarak da ifade edilmekte ve içerisinde sonradan oluşturulmuş, gerçek hayatta var olmayan çocuk karakterlerini barındırmaktadır.<sup>392</sup> Bu kapsamda Pseudo olarak

<sup>390</sup> <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.11.2018.

<sup>391</sup> Ay, a.g.e., s. 125.

<sup>392</sup> Murat Burak Aydın, "Kurgu Eserler, Çocuk Pornografisi ve Cezalandırma" [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_844745e77a5947ecae017baadf884c65.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_844745e77a5947ecae017baadf884c65.pdf), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.04.2019. Sanal çocuk pornografisi içerisinde birden fazla pornografi türü bulunmaktadır. Çocuksuz çocuk pornografisi olarak adlandırılan "Pseudo", gerçek bir çocuğun kullanılmadığı, çeşitli bilgisayar yazılım ve programları aracılığıyla yaratılan bir türdür. Gerçek çocuk pornografisinden farkı ilk bakışta ayırt edilemeyen bu ürünler, büyük bir teknoloji ve dijital yazılımın gücüyle oluşturulmaktadır. Bu ürünler içinde gerçek çocuk barındırmaması nedeniyle "temsili çocuk görüntüsü" olarak değerlendirilmektedir.

adlandırılan türde<sup>393</sup>, çeşitli bilgisayar yazılımları ve programlar aracılığıyla gerçek çocuğun olmadığı ürünler yaratılmaktadır. Bu ürünler, içinde gerçek bir çocuğun yer almaması nedeniyle ilk başta tehlikeli olarak gözükmeyse aslında en az gerçek çocukların kullanıldığı ürünler kadar tehlikelidir. Öte yandan çoğu zaman suça konu üründe yer alan çocuğun gerçek bir çocuk mu yoksa temsili çocuk görüntüsünden mi ibaret olduğu da net bir şekilde tespit edilememektedir.<sup>394</sup>

Pseudo kavramının bir alt türü olarak kabul edilen morphing ise çocuksuz pornografi üretilirken kullanılan bir bilgisayar tekniğidir. Bilgisayar yardımıyla gerçekte var olan asıl görüntü, başka bir görüntüye çevrilerek temelde amaçlanan görüntü yaratılmaktadır.<sup>395</sup> Bu dijital oynama iki görüntünün bir araya gelmesi şeklinde olabileceği gibi, gerçek resmin bozularak yeni görüntüler elde edilmesi şeklinde de karşımıza çıkabilir.<sup>396</sup> Bu yolla gerçek bir çocuk yokken dahi çocuk pornografisi üretilebilmektedir.

Söz edilen uluslararası düzenlemelerde de yer aldığı şekilde bir materyalin çocuk pornografisi olarak adlandırılması, içeriğinde gerçek bir çocuğun kullanılması şartına bağlı değildir. Örneğin bir çizgi film dahi gereken şartların varlığı halinde çocuk pornografisini konu alan ürün olarak adlandırılabilir. Buna göre bir ürünün çocuk pornografisi olarak nitelendirilmesi için kullanılan aktör, gerçek bir çocuk olup olmadığı önemli olmaksızın çocuk olmalıdır. Bu tarz ürünlerin yasak kapsamında değerlendirilme nedeni çocuğa gerçek anlamda bir zarar verilmemiş olsa dahi çocukları bu tarz fiillere teşvik edebilecek, kandırabilecek ve böylelikle çocukların suiistimaline izin verebilecek nitelikte bir alt kültürün oluşmasına katkıda bulunabilecek davranışlara karşı koruma sağlamaktır.<sup>397</sup>

<sup>393</sup> Bilgehan Savaşçı, **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2012, s. 30.

<sup>394</sup> "...iddianameye konu edilen CD'lerden çocukların kullanıldığı belirtilen 6 adet CD içeriklerindeki görüntülerde yer alan kişilerin çocuk olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda uzman bilirkişiden ayrıntılı rapor alınarak sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." (Yargıtay 14. CD., T. 14.10.2014, E. 2013/1479, K. 2014/11068, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2018)

<sup>395</sup> Öztürk, a.g.e., s. 211.

<sup>396</sup> Baransel, Tiftik, a.g.e., s. 5.

<sup>397</sup> Akıncı, a.g.e., s. 32-33.

Belirtildiği şekilde TCK m. 226 içerisinde iki farklı müstehcenlik düzenlenmiştir. Bunlardan ilki basit müstehcenlik, diğeri ise ağır (nitelikli) müstehcenliktir. Ağır (nitelikli) müstehcenlik; kişiyi cinsel obje olarak gösteren, izleyende tiksinti uyandıran, ahlaki çöküntüye sebep olan bir özelliğe sahiptir. Her ne kadar basit müstehcenlik de ahlaka aykırılık doğursa da buradaki aykırılık, nitelikli müstehcenliğin boyutuna ulaşmamıştır. Bu anlamda çocukların konu edildiği ürünlerin ağır (nitelikli) müstehcenlik kapsamında değerlendirildiği hususunda bir şüphe yoktur. Bu tarz ürünler, her ne kadar TCK m. 226’da olmasa da Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde çocuk pornografisi olarak adlandırılmaktadır. Bu nedenle çocuk pornografisi kavramının ne anlama geldiğini açıklama gerekliliği duyulmuştur.

### **(i) Çocuk Pornografisi Kavramı**

Pornografi denildiğinde akla gelen belki de ilk tür olan çocuk pornografisi, ülkemizde olduğu gibi uluslararası alanda da devletlerin mücadele etmeye çalıştığı alanlardan biridir. Günümüzde neredeyse dünyanın her yerinde yaygın bir kullanımı olan internet, bu tip malzemelere erişimi ve yayılmasını kolaylaştırmış ve başlı başına bir sektör yaratmıştır. Zira dijital teknoloji sayesinde pornografik içerik kolay ve hızlı bir biçimde çoğaltılabilir ve herhangi bir kişi tarafından dahi kolaylıkla üretilip dağıtılabilir hale gelmiştir.<sup>398</sup> Çocuk pornografisi materyallerinin internet üzerinden saniyeler içerisinde milyonlarca kişinin erişimine sunulması, suçlu ülkesellik boyutundan çıkararak uluslararası bir alana taşıdığından devletler suçla mücadele edebilmek adına uluslararası alanda iş birliği sağlamaya çalışmaktadır.<sup>399</sup>

<sup>398</sup>Yunus Balı, Mustafa Sağır, “Çocuk Pornografisi Suçlarında Bilirkişi İncelemesi ve Dijital Görüntülerdeki Mağdurun Yaş Tespiti”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S:5(2), Ankara, 2014, s. 74.

<sup>399</sup>Devletleri suçla mücadele için uluslararası alanda işbirliği sağlamaya teşvik eden düzenlemelerin bir kısmına çalışmamızda yer verilmiştir. Burada belirtilen uluslararası sözleşmelerin yanı sıra Ayrıca ILO’nun temel haklara ilişkin 8 sözleşmesinden biri olan 25.01.2001 tarihli ve 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesinin 1 ve 3/b. maddeleriyle “çocukların pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini veya sunumunun yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin tedbirleri alma” ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol’ün 1., 2/c., 3/1., 3/1-c. ve 3/3. maddeleriyle de “ülke içinde veya ülke dışında veya ferdi veya örgütlü bir biçimde işlenmiş

Çocuk pornografisi en genel tabiriyle çocukların cinsel yönden sömürüldüğü cinsel eylemleri konu alan, çocuğun herhangi bir cinsel aktivite içerisinde veya vücudunun belirli bölgelerinin gerçek veya kurgulanmış şekilde cinsel amaçla gösterildiği<sup>400</sup> ürün olarak açıklanmaktadır. Kavramın ülkelere göre farklı tanımlanması bazı eylemlerin her ülke nezdinde suç olarak değerlendirilmemesi suçla mücadele ve kavramın içeriğinin doldurulması noktasında eksikliklere neden olmaktadır. Türkiye'nin de çoğunlukla tarafı olduğu uluslararası sözleşme ve ihtiyari protokollerle çocuk pornografisi kavramının neleri kapsadığı şu şekilde belirlenmiştir<sup>401</sup>: Çocuk Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisiyle İlgili İhtiyari Protokol'e göre<sup>402</sup> çocuk pornografisinin hangi yolla ya da hangi şekilde temsil

---

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 getirme" şeklinde yükümlülükler getirildiği görülmektedir. (Mustafa Arslantürk, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, 4. Bs, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2018, Ankara, s. 629).

Günümüzde internet üzerinden yayılan çocuk pornografisiyle mücadelede Türkiye Cumhuriyeti Emniyet Genel Müdürlüğü Siber Suçlar Dairesi Başkanlığı'nın Bilişim Yolu ile Çocuğun Cinsel istismarı yazılarıyla ABD Ulusal Kayıp ve Sömürülen Çocuklar Merkezi (NMEC) üye servis sağlayıcılarının Facebook ve Twitter aracılığıyla yüklenen çocuk pornografisi içeriklerini düzenli olarak raporladığı çocuğun cinsel istismarı konulu çocuk istismarı sistemi (CyberTipline) raporuna aktarılan IP bilgisi ve diğer veriler üzerinden yapılan incelemeler neticesinde belirlenen kişi veya kişilerin ev ve iş yerlerinde arama yapılmak suretiyle suç tespitinde bulunmaktadır. (Savaşçı, a.g.e., s. 30)

<sup>400</sup>Seda Çağlar, Sevim Savaşer, "İnternet ve Çocuk Pornografisi", **Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi**, C:7, 2013, s. 1003

<sup>401</sup> Susanna Greijer, Jaap Doek, "Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismardan Korunması İçin Terimler&Kavramlar Klavuzu", **Ecpat International Uluslararası Çocuk Merkezi**, <https://koruncuk.org/uploads/blog/Luksemburg-Terimler-ve-Kavramlar-Klavuzu.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019.

Uluslararası belgelerde çocuk pornografisinin farklı tanımlarına denk gelmek mümkündür. Avrupa Konseyi R (91) 11 tavsiye kararında çocuk pornografisi "cinsel anlamda kullanılan her türlü görsel-işitsel materyal" olarak tanımlanmaktadır. Avrupa Konseyi 22.12.2003 tarihli 2004/68 çerçeve kararında ise çocuk pornografisine ilişkin üç farklı tanıma yer verilmiştir: Birinci tanıma göre çocuk pornografisi, ihmal şeklinde veya açıkça cinsel bir davranışa karışan bunlar arasında edep veya genital organ alanları teşhir edilen gerçek bir çocuğun görsel temsili veya ifade edilmesidir. İkinci tanıma göre ise çocuk pornografisi kavramına gerçek bir kişinin imalı bir biçimde ya da açıkça cinsel bir davranışa karışan bir çocukmuş gibi görsel görüntülerinin temsil veya ifadesi dahildir. Buna göre yaş sınırı olmaksızın çocuk görüntüsüne sahip yetişkinler de çocuk pornografisi materyali kabul edilir. Son olarak imalı bir biçimde yahut açıkça cinsel bir eylemde bulunan, gerçekte olmayan bir çocuğun gerçeğe uygun görüntülerinin temsil veya ifadesi de çocuk pornografisi olarak değerlendirilmelidir. (Leo Stilo, "Çocuk Pornografisine Karşı Avrupa Birliği'nin Müdahalesi:22 Aralık 2003 Tarihli 2004/68 GAI Konseyin Çerçeve Kararı Hakkında Bir Yorum", çev. Vesile Sonay Etik, **in Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4., Çocuklar Suç ve Ceza**, Ankara, 2005, s. 472).

<sup>402</sup><https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CocukSatisiFahiseligiPornografisiProtokol.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.03.2019.

edildiğinin önemi bulunmamaktadır. Buna göre ilgili materyal; görsel, sesli, canlı ya da fiziksel nesneler olarak karşımıza çıkabilir.

Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'ne<sup>403</sup> göre çocuk pornografisi materyallerinde gerçek bir çocuğun kullanılması şart olmayıp, yetişkin birinin kendisini çocuk gibi göstermesi ya da animeler gibi çocuğu temsil eden gerçekçi görüntülerin kullanılması halleri de çocuk pornografisinin kapsamı içerisindedir.

Uluslararası sözleşmelerde yapılan açıklamalardan da yola çıkıldığında çocuk pornografisinin cezalandırılma nedeni, pornografik bir yayın olmasından ziyade doğrudan çocuğun cinsel sömürüsüne ve suiistimaline dayalı olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>404</sup> Erken yaşta böyle bir içeriğe maruz kalan ya da bu içeriğin aktörü olarak kullanılan çocuklar, hem fiziksel hem de ruhsal açıdan çoğunlukla telafisi mümkün olmayan şekilde zarar görmektedir.

Bir diğer husus ise pornografik olarak değerlendirilecek üründe çocuğun ne amaçla kullanıldığı, diğer bir ifadeyle çocuk pornografisinin neden üretildiğidir. Genel anlamda çocuk pornografisi; cinsel uyarım ve tatmin, pedofililer tarafından izlenmek ve bu ilişkiyi haklılaştırmak ya da meşrulaştırmak, ilişki kurmak istediği çocuğa izlettirerek korkularını azaltmak, ticaret yaparak kar elde etmek, üründe yer alan çocuğu daha sonra da benzer davranışlarda bulunması için şantajda bulunmak gibi amaçlarla kullanılmaktadır.<sup>405</sup>

Günümüzde çocuk pornografisi, başta internet olmak üzere farklı kanallarla ve çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilmekte olup genel sınıflandırılması; sadece çocukların kullanıldığı, çocuklarla beraber yetişkinlerin de yer aldığı ürünler şeklinde yapılmaktadır.<sup>406</sup> Bununla birlikte çocuk pornografisi türleri ve çocukların kullanıldığı cinsel eylemlerin sınıflandırılması çok daha karmaşık bir yapıya sahip olmakla birlikte çocuk pornografisini konu alan ürünlerin içerikleri en temel haliyle

<sup>403</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 10.03.2019.

<sup>404</sup> Çam, a.g.e., s. 57

<sup>405</sup> Çam, a.g.e., s. 65

<sup>406</sup> Yusuf Uzunay, Mustafa Koçak, "İnternet Üzerinden Çocuk Pornografisi ve Mücadelede Yaşanan Sıkıntılar", **Polis Bilimleri Dergisi**, C:7, S:1, 2005, s. 105-106.

*“çocukların birbirleriyle veya bir yetişkinle cinsel ilişkiye girmelerine ilişkin ürünler”, “Çocukların ırzına geçildiği, cinsel köle olarak kullanıldığı, her türlü cinsel ilişki veya tacizin konu edildiği ürünler”, “Çocukların hayvanlarla girdiği ilişkiyi konu alan ürünler”, “Çocukların cinsel organlarını konu alan, şevhet uyandırıcı bir şekilde teşhir eden görüntüler” “Çocuğun mastürbasyon yapmasını, sadistik ya da mazoşistik kötü muamelenin bulunduğu kötü muameleyi içerir görüntüler” olarak sınıflandırılabilir<sup>407</sup>.*

Çocuk pornografisi kavramı sıklıkla çocuğun cinsel istismarıyla karıştırılmakta ve bazen bu kavramlar iç içe geçer şekilde kullanılmaktadır. Çocuk pornografisinde çocuk, cinsel amaçlarla cinsel içerikli bir eylemin konu edildiği üründe kullanılmaktadır. Çocuğun cinsel istismarı ise en genel tabirle çocuğa karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış şeklinde açıklanmaktadır. Bu anlamda cinsel istismarın çocuk pornografisine konu eylemin kendisi olduğu söylenebilecek ise de, çocuk pornografisi kavramı bununla sınırlı kalmamaktadır. Zira belirtildiği üzere çocuk pornografisini konu alan ürünlerde her durumda gerçek bir çocuk kullanılmadığından her ihtimalde çocuğun cinsel istismarından söz edilmesi de mümkün olmayacaktır.

Her ne kadar bizatihi çocuk pornografisi lafzına yer verilmemiş olsa da, çocuk pornografisi TCK m. 226/3’te suç olarak düzenlenmiştir. Madde düzenlemesi taraf olunan uluslararası sözleşmeler esas alınmak suretiyle oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş, verilecek cezalar 765 sayılı TCK’da yer alan düzenlemeye nazaran artırılmıştır.

#### **(4) Hareket**

TCK m. 226/3 içerisinde iki farklı suçun düzenlendiğine değinilmişti. Bu suçlar, hareket bağlamında birbirinden farklılaştığından bu bölümde ayrı ayrı ele alınacaktır.

---

<sup>407</sup> Erbaşı, a.g.e., s. 1626; Uzunay, Koçak, a.g.e., s. 105-106; Shirley O’Brien, **Child Pornography**, Kendall&Hunt Publishing Company, USA, 1983, s. 28-31 akt. Öztürk, a.g.e., s. 165.



### **(i) Müstehcen Ürünlerin Üretiminde Çocukların, Temsili Çocuk Görüntülerinin veya Çocuk Gibi Görünen Kişilerin Kullanılması Suçu (TCK m. 226/3-1)**

Müstehcen ürünlerin üretiminde çocukların, temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması suçunda hareket, müstehcen ürün üretiminde çocuğun, temsili çocuk görüntülerinin ya da çocuk gibi görünen kişilerin kullanılmasıdır. Bu hareket aynı zamanda fıkra içerisinde düzenlenen ikinci hareketin ön koşulunu oluşturmaktadır. Yani ikinci hareketin işlenebilmesi ilk hareketin meydana gelmiş olmasına bağlıdır.<sup>408</sup> Suçun meydana gelmesi ise her iki hareketin de aynı kişi tarafından gerçekleştirilmiş olmasına bağlı değildir. Üretimde çocuğu kullanan kişi ile bu ürünleri ülkeye sokan kişi ya da kişiler, aynı olabileceği gibi farklı olması da mümkündür.

Hareketin daha iyi anlaşılabilmesi için kullanılan bazı kavramların tek tek ve açıklanmasına ihtiyaç duyulmaktadır: Üretmek terimi, TDK'da *Yaratmak, meydana getirmek, oluşturmak, ekonomik bir etkinlik yaratmak*” olarak açıklanmaktadır.<sup>409</sup> Buna göre ürünün elde edilmesine olanak sağlayan her türlü işlem, üretmek olarak anlaşılmaktadır. Kullanmak terimi ise “*Bir şeyden belli amaçla yararlanmak, bir kimseyi bir hizmette bulundurmak, çalıştırmak*”<sup>410</sup> anlamına gelmektedir.

Bu noktada cevaplanması gereken iki önemli sorun bulunmaktadır. Bunlardan ilki kullanma eyleminin her durumda çocuğun cinsel istismarı boyutuna ulaşmasının gerekli olup olmadığı, diğeri ise üretimin amaç ve şeklinin önemli olup olmadığıdır.

Müstehcen bir üründe çocuğun kullanılması çoğu durumda çocuğun cinsel istismarı sonucunu da doğurmaktadır. Bununla birlikte fıkra içerisinde kullanmak eylemiyle çocuğun cinsel istismarından daha geniş bir alan kastedilmekte olup,

<sup>408</sup> Hafizoğulları/Özen, **a.g.e.**, s. 341

<sup>409</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cccbfcda3f6f6.11137596](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cccbfcda3f6f6.11137596), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:12.04.2019

<sup>410</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cccc1db876987.42677942](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cccc1db876987.42677942), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:12.04.2019

hareketin mutlaka cinsel istismar boyutuna ulaşmış olması gerekmez.<sup>411</sup> Nitekim kanun koyucu tarafından TCK m. 226/3 kapsamında çocuğun cinsel istismarı suçunun düzenlendiği TCK m. 103'e atıfta bulunulmaması da bu sonucu ortaya koymaktadır.<sup>412</sup> Ancak çocuğun sadece bulunması da bu suçun oluşumu bakımından yeterli değildir. Bu kapsamda çocuğa ait doğal-normal bir görüntü bu suçun oluşması bakımından yeterli olmayacaktır. Hareketin çocuğa yönelik cinsel davranış olarak adlandırılabilir bir boyuta ulaşması gerekmektedir.

Üretimin amaç ve şekline gelinecek olur ise YCGK tarafından verilen bir kararda<sup>413</sup> kanunda ürünün profesyonel bir biçimde hazırlanma zorunluluğundan söz edilmediği ve müstehcen ürünlerin şekil şartları ya da ürünün üretiliş biçimi ve amacı hususunda bir sınırlamanın söz konusu olmadığı içtihat edilmiştir. Buna göre çocuk pornografisi üretiminin her durumda ticari bir kaygıyla gerçekleştirilmesi ya da profesyonel bir çekim yapılması gerekmemektedir.<sup>414</sup> Önemli olan çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılmış olmasıdır.<sup>415</sup> Failin müstehcen ürünü bireysel

<sup>411</sup> Konuya ilişkin olarak Alman Ceza Kanunu'nun 184b. maddesinde çocukların cinsel istismarını konu alan pornografik yazı veya ondan alınmış parçaları, yayma veya alenen sergileme, duvara asma, gösterme veya sair bir biçimde ulaşabilmeyi sağlama anlamında kullanmak veya başka bir kişi tarafından bu şekilde kullanılmasını sağlamak üzere imal etme, alma, teslim etme, depolama, sunma, ilan etme, övme, ülkeye sokma vb. hareketler yaptırım altına alınmıştır. (Yenisey, Plaggeman, **a.g.e.**, s. 244) Buradan hareketle gerek madde metni içerisinde cinsel istismar ifadesinin kullanılmış olması gerekse de parantez içerisinde madde 176 ile 176b'ye yer verilmesi eylemin suç oluşturabilmesi için cinsel istismar niteliği taşıması gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır.

<sup>412</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu.**, s. 126.

<sup>413</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 24.03.2015, E. 2014/14-603., K., 2015/66 sayılı kararı (Arslantürk, **a.g.e.**, s. 629-631)

<sup>414</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2010/2024 E., 2010/6003 K., sayılı ve 06.07.2010 tarihli kararında "... sunulmasının yanında, bu ürünlere olan talebin azaltılmasının da çocuklara koruma sağlayacağı düşünüülerek, 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 Yasa'nın 226/3. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden seçimlik hareketlerden her birinin ayrı suç oluşturduğu kabul edilerek sanık hakkında ayrıca 226/4. madde ile uygulama yapılmak suretiyle fazla ceza tayini" denilmek suretiyle, çocuk pornografisinin kişisel amaçlı depolanması ve bulundurulmasının da suç oluşturacağı içtihat edilmiştir. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:06.04.2019) Aksi yönde görüş için bkz. Baytemir, **a.g.e.**, s. 657

<sup>415</sup> Amerikan Psikoloji Birliği (APA) tarafından bir görüntünün çocuk pornografisi niteliğinde olup olmadığının tespiti bakımından bazı kriterler belirlenmiştir: a) Materyalin çocuğun cinsel bölgelerine odaklanmış olması b) Görsel materyalin dekor, ortam ve şartları itibarıyla cinselliği ima edici nitelikte olması, c) Çocuğun, yaşına göre doğal olmayan bir poz veya duruş halinde ya da uygunsuz bir şekilde gösterilmesi, d) Çocuğun tam olarak üzerini giymiş vaziyette mi yoksa uygunsuz bir kıyıda mı gösterildiği, e) Çocuğun görsel olarak resmediliş şeklinin, cinsel açıdan uyarıma neden olacak bir

amaçlar için üretmesi halinde de suç oluşacak olup, bu aşamada failin niyeti önem taşımamaktadır.

Müstehcen ürün üretiminde kullanılan çocuğun harekete ilişkin rızasının olup olmadığı suçun meydana gelmesi noktasında önem taşımamaktadır. Çocuğun kullanılmasıyla hareket gerçekleşmiş olacaktır. Cinsel davranışın muhakkak bir yetişkin ile çocuk arasında meydana gelmiş olması da gerekmemektedir. Çocuğun tek başına cinsel davranışta bulunması da suç kapsamında değerlendirilecektir. Ayrıca ürünün tamamında çocuğun kullanılması şart olmayıp, ilgili görüntü, söz ya da yazının bir bölümünde dahi çocuğun cinsel anlamda kullanılmış olması suçun oluşumu bakımından yeterli kabul edilmektedir.

Özbek, hareketin kullanma olarak nitelendirilebilmesi için cinsel bir nitelik taşıması gerektiği kanaatindedir.<sup>416</sup> Bu görüşe biz de katılmaktayız. Nitekim Yargıtay da belirtilen kararda çocuk pornografisini, çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılması olarak açıklamaktadır. Bir ürünün müstehcen olarak kabul edilebilmesi için, içeriğinin cinsel nitelikte olması gerektiğinden çocuk pornografisi olarak nitelendirilecek üründe yer alan hareketin cinsel bir nitelik taşıması evleviyetle ortaya çıkmaktadır.

TCK m. 226/3 anlamında suçun tespiti aşamasındaki sorunlu noktalardan biri de müstehcen ürün üretiminde kullanılan çocuğun yaşının tespitidir. Zira bazı durumlarda üretimde kullanılan kişi 18 yaşından küçük olmasına rağmen fiziki özellikleri nedeniyle yetişkin gibi gözükmekte, bazı hallerde ise müstehcen üründe rol alan kişi yetişkin olmasına rağmen görüntüsü nedeniyle çocuk zannedilerek değerlendirmenin buna göre yapılması söz konusu olmaktadır. Ülkemizde müstehcen görüntülerde kullanılan çocuğun yaşının tespiti sırasında büyüme gelişme göstergelerini esas alan yaş tespit yöntemi kullanılmakta ve laboratuvar incelemesiyle sonuca ulaşılmaktadır.<sup>417</sup> Kanaatimizce burada önemli olan izleyicide bıraktığı algıdır. Yani üründe kullanılan kişi çocuk olmasa dahi kasıtlı olarak

---

davranış içerip içermemesi ya da çocuğun gösteriliş şeklinin cinsel faaliyet içerisine girmeye istekli bir durumu ima edip etmemesi. (Balı, Sağır, a.g.e., s. 73-74)

<sup>416</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu.**, s. 127.

<sup>417</sup> Bali, Sağır, a.g.e., s. 88.

izleyicinin üründe rol alan kişiyi çocuk olarak algılamasına yol açacak şekilde kullanılıyor ise TCK m. 226/3 kapsamında suç olarak değerlendirilmelidir.

**(ii) Üretiminde Çocukların, Temsili Çocuk Görüntülerinin ya da Çocuk Gibi Görünen Kişilerin Kullanıldığı Müstehcen Ürünlerin Ülkeye Sokulması, Çoğaltılması, Satışa Arz Edilmesi, Satılması, Nakledilmesi, Depolanması, İhraç Edilmesi, Bulundurulması, Başkalarının Kullanımına Sunulması Suçu (TCK m. 226/3-2)**

TCK m. 226/3'te düzenlenen diğer suç; çocuk pornografisi ürünlerinin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması, başkalarının kullanımına sunulması suçudur. Bu suç, seçimlik hareketli olarak düzenlenmiş olup, hareketlerden birinin yerine getirilmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Aynı eylem içerisinde hareketlerden birden fazlasının medyana getirilmesi halinde de oluşan suç tektir. Önemi nedeniyle madde içerisinde sayılan hareketlerin anlamı ve tartışmalı noktalarını ortaya koymak gerekmektedir.

Ülkeye sokmak, ürünü ithal etmek anlamına gelmektedir. İthal etmek ise sözlükte, *“bir ülkeye başka ülkelerden mal getirmek”*<sup>418</sup> olarak açıklanmaktadır. Ürünün ülkeye ne şekilde sokulduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Ancak internet vb. yayın araçları söz konusu olduğunda bu sefer TCK m. 226/3 değil, TCK m. 226/5 gündeme gelecektir.<sup>419</sup>

Çoğaltmak, *“miktarını, sayısını, ölçüsünü arttırmak”*<sup>420</sup> anlamına gelmektedir. Buradan anlaşılabacağı üzere çoğaltmak, üretilen bir müstehcen ürünün sayısını arttırmaktır. Kanunda belirli bir sayı öngörülmemiş olmakla birlikte, hareketin

<sup>418</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ccd9c1ca7ec17.62087658](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ccd9c1ca7ec17.62087658), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019

<sup>419</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6779

<sup>420</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ccda3428fc0e6.81985128](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ccda3428fc0e6.81985128), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019

çoğaltma olarak kabul edilebilmesi için kişisel kullanım olarak kabul edilmeyecek bir sayıya ulaşması gerekmektedir. Çoğaltmanın amacı önemli değildir.

Satışa arz etmek, müstehcen ürünü satma amacıyla sunmak anlamına gelmektedir. Doktrinde satış için hazırlık hareketlerini gösteren davranışlar<sup>421</sup>, bir ivaz karşılığında başka birine devredilmek üzere hazırlanması<sup>422</sup> olarak açıklanmaktadır.

Ürünün muhtelif alıcılarına bedel karşılığında mülkiyetinin geçirilmek üzere arz edilmesi hali satışa arz etmek anlamına gelmektedir. Hareketin kamuya arz niteliği taşıması gerekmemekte olup, potansiyel alıcılara mülkiyet devri gerçekleştirme olasılığı suçun oluşması bakımından yeterlidir. Ürünün zilyetliği, satışa arzdan evvel failde olmalıdır.

Satmak, “Bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek”<sup>423</sup> olarak tanımlanmaktadır. Suça konu hareketin “satmak” olarak değerlendirilebilmesi için failin müstehcen ürünün devrini gerçekleştirirken kazanç elde etme amacı taşıması gerekmektedir. Satma olgusu, zilyetliğin devri ile gerçekleşmektedir. Müstehcen ürünü satın alan kişinin hangi amaçla aldığı suçun oluşumu bakımından önem arz etmemektedir.<sup>424</sup>

Nakletmek, müstehcen ürünün bir yerden başka bir yere taşımak, geçirmek, aktarmak anlamına gelmektedir. Suçun oluşması için ürünün karşı tarafa ulaşması gerekmemekte olup varış yerine ulaşılması yeterlidir.

---

<sup>421</sup> Ergin Ergül, Hukuki, Adli, Tıbbi, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatı ile Uyuşturucu Maddeler ve Suçları, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1997, s. 146.

<sup>422</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.670.

<sup>423</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cce09419b5292.46597562](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cce09419b5292.46597562), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019

<sup>424</sup> Tuğçe Yavuz Gündüz, “Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Uyuşturucu Madde veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 80.

Depolamak eylemi ise sözlükte, “*Saklamak veya korumak amacıyla depo etmek, biriktirmek, bir bellek cihazına veriyi yerleştirmek*”<sup>425</sup> olarak ifade edilmektedir. Depolama işlemi bilgisayar hard diski, taşınabilir bellek, CD, cep telefonu, bulut (cloud) sistemi gibi veri cihazları aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Depolama işlemine konu edilen ürünler, genellikle elektronik verilerdir.<sup>426</sup> Failin müstehcen ürünleri tutmadaki amacı saklamak veya korumaktır. Suçun oluşumu bakımından failin müstehcen ürüne malik olması gerekmemektedir. Bir başkasına ait örneğin temsili çocuk görüntülerinin yer aldığı bir videonun depolanması halinde de suç oluşmaktadır.<sup>427</sup>

İnternet ortamında gerçekleştirilen eylemlerin hangi hallerde depolama işlemi olarak değerlendirileceği tartışmalı bir konudur. Failin müstehcen bilgisayarına ürünü indirdikten sonra silmesi, müstehcen ürünün fail tarafından kullanılma ya da yayma kastı olmaksızın kaydedilmesi, müstehcen ürünün veri cihazına kaydedilmeksizin izlenmesi gibi haller depolama olarak değerlendirilecek midir?

Yargıtay 18. CD’nin 2018 yılında vermiş olduğu bir kararda, failin müstehcen ürünü depolama iradesinin olup olmadığının nasıl tespit edileceğine ilişkin olarak bazı kriterler içtihat edilmiştir. Buna göre depolama iradesinin somut olayda olup olmadığının tespiti sırasında görüntülerin temin edilmesinin ardından ne kadar süre tutulduğu, görüntü sayısı, silinen verilerin sonradan geri yükleyebilmek adına ayrı bir tasnifleme yapılıp yapılmadığı, silinen verilerin daha sonradan yüklenebilmesi adına sistem üzerinde yüklü ayrı bir programın bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir.<sup>428</sup>

<sup>425</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cce121a05aff0.09410756](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cce121a05aff0.09410756), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019

<sup>426</sup> Özbek, a.g.e., s. 130.

<sup>427</sup> Öner, a.g.e., s. 118.

<sup>428</sup> Yargıtay 18. CD., T. 18.09.2018, E. 2016/9048, K.2018/11261, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:19.04.2019. Bununla birlikte hareketin hangi koşul ve şartlarda depolama olarak değerlendirileceği noktasında Yargıtay’ın kesin bir görüşünün olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından 20.09.2018 tarihinde verilen 2018/5145 E., 2018/9639 K., sayılı kararda; “Suça sürüklenen çocukların olay tarihinde on yedi yaş içerisinde bulunan katılan ...’i tehditle soyunmasını sağlayıp çıplak haldeki görüntülerini cep telefonuna kaydederek depoladıklarının anlaşılması karşısında, Ceza Genel Kurulu’nun 24.03.2015 gün ve 2014/603 esas ,2015/66 Sayılı kararı da gözetildiğinde suça sürüklenen çocukların telefonuna

Failin çocuk pornografisi olarak nitelendirilen içeriklerin yer aldığı bir internet sitesini ziyaret edip içeriği bilgisayarına ve sair başkaca bir elektronik cihaza saklama ya da yerleştirme kastıyla indirmesi depolama olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle internette yer alan müstehcen ürünün elektronik veri cihazına indirilmeksizin yalnızca izlenilmesi depolama eylemini oluşturmayacaktır. Zira madde metninde yer alan seçimlik hareketler içerisinde izleme ya da seyretme fiillerine yer verilmemiştir. Çocuk pornografisi niteliğindeki ürünlerin yer aldığı internet sitesine ziyaret amaçlı girilmesi sırasında verilerin otomatik olarak geçici bir şekilde sistem dosyasına kaydedilmesi halinde yapılan işlem iradi olmadığından failin depolama kastının bulunmadığı kabul edilecektir. Yukarıda belirtilen kararda, failin müstehcen ürünü seyretmek amacıyla bilgisayarına indirdikten sonra silmesi halinde suçun oluşmayacağı belirtilmiş ise de, burada suçun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi için kanaatimizce failin bu ürünü ne kadar süre veri cihazı içerisinde tutmuş olduğunun ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.

Fıkarda düzenlenen bir diğer seçimlik hareket olan bulundurma<sup>429</sup>, müstehcen ürün üzerinde fiili egemenlik kurmak ve devam etmek anlamına gelmektedir. 765 sayılı TCK'da madde metni içerisinde yer almayan bu fiil, 5237 sayılı TCK ile suç olarak düzenlenmiştir.<sup>430</sup> Yine bulundurma fiiline TCK m. 226/1'de yer verilmediği görülmektedir. Suç tipini oluşturan hareketler kanunda seçimlik olarak sayıldığından

---

*kaydederek depoladığı katılana ait müstehcenlik içeren görüntülerin hem TCK'nın 226/3. maddesinde düzenlenen müstehcenlik, hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturacağından,” denilmek suretiyle, cep telefonuna kaydedilen müstehcen görüntülerin depolamak eylemini oluşturacağı kabul edilmişken, Yargıtay 14. Ceza Dairesi tarafından 07.03.2012 tarihinde verilen bir kararda ise sanığın cep telefonu aracılığıyla yapmış olduğu fotoğraflama işlemini depolama olarak değerlendirmemiştir. “...Sanığın market olarak işlettiği işyerinde ihbar üzerine ele geçen porno içerikli cd'lerin bir kısmının arkadaşı olan ve hakkında suç duyurusunda bulunulan tanık E.T.'ye ait olduğu ve bu cd'lerin sanık tarafından satışa sunulduğu veya kiralandığına ilişkin delil bulunmadığı, sanığın cep telefonuna el konulmasından sonra telefonda bulunan çocuk ve arkadaşı olan kadınların cinsel organlarının fotoğraflandığı, görüntülerin cd'ye aktarılmadığı ve bunların üretimi ya da çoğaltılıp başkalarının kullanımına sunulmadığı, cep telefonu ile yapılan kendisine ait özel fotoğraflamanın depolama olarak değerlendirilemeyeceği..” (Yargıtay 14. CD., T.07.03.2012, E. 2011/5431, K. 2012/2720, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019)*

<sup>429</sup> “Var olmasını, hazır bulunmasını sağlamak”

([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ccf5d46f01610.12373444](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ccf5d46f01610.12373444), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019)

<sup>430</sup> Erem, a.g.e., s. 105

TCK m. 226/1 kapsamında değerdendirilecek bir müstehcen ürünün bulundurulması suç oluşturmayacaktır.

Failin müstehcen ürünü hangi amaçla bulundurduğu yani amacı suçun oluşumu bakımından önem taşımamaktadır. Aynı şekilde bulundurmanın süresinin de suçun oluşumu noktasında önemi bulunmamakla birlikte eylemin, bulundurma olarak değerdendirilecek kadar bir süre devam etmesi gerekmektedir.<sup>431</sup> Bu sürenin somut olayın özelliğine göre her durumda ayrıca değerdendirilmesi gerekmekte olup, sürenin azlığı ya da çokluğu ile bulundurulanan ürünün sayısı, cezanın hangi sınırdan verileceğinin belirlenmesinde rol oynayacaktır.<sup>432</sup>

Belirtildiği üzere kanun koyucunun TCK m. 226/3'ü düzenleme gerekçesi bu tipteki müstehcen ürünlere olan talebin engellenmesi<sup>433</sup> ve çocuğun mutlak olarak korunması olduğundan, failin ürünü zilyet ya da malik olarak hazır olmasını sağlaması yeterlidir. Bulundurma fiiline ilişkin olarak tartışmalı konulardan biri, failin internet üzerinden ulaştığı çocuk pornografisi içeriğini bilgisayarına kaydetmeksizin izlemesi, görmesi gibi hallerde suç oluşup oluşmayacağıdır. Kanaatimizce bu gibi hallerde failin müstehcen ürünü fiili hakimiyet alanına alması söz konusu olmadığından suç oluşmayacaktır. Başkasına ait bir ortamda saklı tutulan ve kaydedilmeksizin her zaman ulaşılabilir bir veri bakımından bulundurmada söz edilemeyecektir.<sup>434</sup>

Bulundurmak eylemi, depolamak eylemiyle yakın özellikler gösterdiğinden aralarındaki farkın açıklanması gerekmektedir. Bir hareketin depolama olarak değerdendirilmesi için müstehcen ürünlerin harddisk, harici bellek vb. veri depolama cihazları aracılığıyla saklanması gerekmektedir. Bulundurma da ise böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Depolama eylemini gerçekleştiren failin amacı müstehcen ürünü saklamaktır. Bu saik ile hareket eden fail, bulundurmaya nazaran sayı bakımından daha çok ürünü elde etme çabası içerisindeydir.<sup>435</sup> Bu nedenle

---

<sup>431</sup> Özbek, a.g.e., s. 134

<sup>432</sup> Gündel, a.g.e., s. 249

<sup>433</sup> Güngör, a.g.e., s. 553

<sup>434</sup> Özbek, a.g.e., s. 134

<sup>435</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Taşkın, a.g.e., s. 151



depolama genel tüketime daha uygun bir kavram iken, bulundurma eylemi daha çok bireysel tüketime ilişkindir.

İhraç etmek, müstehcen ürünün Türkiye'den ülke sınırları dışına çıkarılması anlamına gelmektedir.<sup>436</sup> Suçun oluşması için ürünün ülke dışına çıkarılmasına yönelik icra hareketlerinin başlaması ve gümrük kapılarında yetkili memura aykırı bir beyanda bulunulması veya memurdan gerçeğin saklanması gerekmektedir.<sup>437</sup>

Son olarak başkalarının kullanımına sunmak kavramına değinilecek olur ise fıkra içerisinde kullanılan bu kavram ile kastedilen, müstehcen ürünün kullanılması amacıyla birine verilmesi, arz edilmesidir. Bu ihtimalde çoğunlukla müstehcen ürünün mülkiyeti failde kalmakta, zilyetlik karşı tarafa geçmektedir. Sunma eylemi para karşılığında olabileceği gibi, parasız, ivazlı ya da ivazsız şekillerde gerçekleşebilir. Harekette yer alan başkaları ifadesiyle kastedilen, belirli bir kişi olabileceği gibi kişi grubu da olabilecektir. Ancak suçun oluşması için kanaatimizce sunma iradesinin yöneltildiği kişi ya da kişilerin en azından belirlenebilir olması gerekmektedir.

Kullanıma sunma işleminin internet aracılığıyla gerçekleştirilmesi halinin ise ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira internet, günümüzde bir kitle iletişim aracı olarak kullanıldığından, sunma işlemi herkesin ulaşabileceği bir şekilde gerçekleştirildiyse bu durumda artık suçun nitelikli hali olan TCK m. 226/5 gündeme gelecektir. Ancak müstehcen ürünün elektronik posta yoluyla bir ya da birden fazla kişiye gönderilmesi başkalarına sunma olarak değerlendirilmelidir. Zira bu ihtimalde internetin kitle iletişim aracı olma halinden söz edilemeyecektir.

Hareketin kullanıma sunma olarak değerlendirilmesi için karşı tarafa doğrudan bir teklif götürülmesine gerek olmamakla birlikte sunma iradesinin karşı tarafça farkedilebilir durumda olması gerekmektedir. Suçun oluşması için başkaların kullanımına sunulan müstehcen ürünün karşı tarafça kabul edilmesi gerekli değildir

---

<sup>436</sup> Soyaslan, a.g.e., s. 387.

<sup>437</sup> Öner, a.g.e., s. 96.

zira TCK m. 226 bir soyut tehlike suçudur. Ürünün kabul edilmesi halinde ise bu sefer bulundurma eylemi akla gelmelidir.

## **b. Suçun Manevi Unsuru**

Suçun manevi unsuruna ilişkin olarak TCK m. 226/1'i incelerken yapmış olduğumuz açıklamalar burası için de geçerlidir. Tekrara sebebiyet vermemek adına bu bölümde TCK m. 226/1 kapsamında yapmış olduğumuz açıklamalar yinelenmekle yetinilecektir. Bu anlamda TCK m. 226/3, TCK m. 226/1 gibi kasten işlenebilen suçlardandır. Olası kastla da işlenebilir. Taksirle işlenmesi ise olanaklı değildir. Failin ülkeye soktuğu, ihraç ettiği, sattığı, satışa arz ettiği, depoladığı veya başkalarının kullanımına sunduğu ürünlerin üretiminde çocuk, temsili çocuk görüntüleri ya da çocuk gibi görünen kişilerin kullanıldığını bilmesi gerekmektedir. Buna göre hatalı olarak, hile ile veya yanlışlıkla yapılan eylemler yönünden kastın varlığından söz edilemeyecektir. Failin bu eylemleri hangi amaçla gerçekleştirdiğinin ise bir önemi bulunmamaktadır.<sup>438</sup>

## **B. Şiddet Kullanılarak, Hayvanlarla, Ölmüş İnsan Bedeni Üzerinde veya Doğal Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranışları İçeren Ağır (Nitelikli) Müstehcen Ürünlerin Ticareti Suçu (TCK m. 226/4)**

### **1. Suçla Korunan Hukuki Değer**

TCK m. 226/4 ile korunan hukuki değer, TCK m. 226/1 ile benzerlik göstermektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği şekilde, bu fıkra da belirtilen içeriğe sahip olan ürünler bakımından kanun koyucu mutlak bir yasak getirmiştir. Zira bu tip ürünler, toplumu ahlaki çöküntüye uğratacak, edebi değerleri ihlal edecek

<sup>438</sup> Gündel, a.g.e., s. 249. Mülga TCK döneminde Yargıtay tarafından verilen bir kararda ise failin eylemi hangi amaçla gerçekleştirdiğinin araştırılması gerektiği belirtilmiştir: “Türkiye’den transit geçmekte olan failin naklettiği müstehcen filmlerin bir trafik kazası sonucu ele geçirilmiş olmasını, bunların Türkiye dahilinde tevzi, teşhir ve ticaretinin yapılması maksadı ile nakledilmekte olduğunun araştırılmasını ve bunun tespit edilemediği taktirde ceza verilemeyeceğini”(Yargıtay 5. CD., T. 05.04.1978, E. 1978/114, K. 1978/1137., Özen, a.g.e., s. 121)

ve toplumun edep ve ahlak temizliğine saldırı teşkil edecek bir niteliğe sahiptir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle nitelikli müstehcen olarak sınıflandırdığımız bu ürünlerden toplumu oluşturan bireylerin tamamının kesin olarak korunmasını ve böylelikle bu çeşit ürünlere olan talebin önüne geçerek dolaylı yoldan ürünlere olan arzı ortadan kaldırılmasını ve genel ahlak bakımından ortaya çıkabilecek olan sorunların önüne geçilmesini istemiştir. Bu anlamda suçla korunan hukuki değerin genel ahlak ve yetişkinlerin korunması olduğu söylenebilir.

Yetişkinlerin bu fıkra kapsamında düzenlenen ürünlerden korunması, cinsel özgürlük bağlamında tartışılabilir. İse de, fıkra düzenleneni eylemlerin ağırlığı düşünüldüğünde kanun koyucunun bu tarz eylemlerin topluma vereceği zararı, bireylerin cinsel yaşam özgürlüğüne nazaran daha yüksek bir hukuki değeri olarak benimsediği sonucuna varılmaktadır ki bu yaklaşım kanaatimizce de isabetlidir.

## **2. Suçun Unsurları**

### **a. Suçun Maddi Unsurları**

#### **(1) Fail**

Madde içerisinde düzenlenen diğeri suçlarda olduğu gibi TCK m. 226/4'te fail bakımından bir özellik arzetmemektedir. Herkes suçun faili olabilir.

Bu bölümde incelenmesi gereken husus, iki yetişkinin rızaları dahilinde bireysel fantezi amacıyla şiddet kullanarak cinsel ilişkiye girip bu eylemi kayıt altına almaları halinde TCK m. 226/4 uyarınca fail olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Her ne kadar bu durum ilk bakışta bireylerin cinsel özgürlüklerine müdahale olarak değerlendirilebilecek ise de kanun koyucunun üretimi ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın suç olarak kabul etmesi nedeniyle burada eylemi kayıt altına alan kişi ya da kişilerin de suçun faili olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Zira kanun koyucu bu tarz eylemlerin topluma vereceği zararı, bireylerin cinsel hayatlarını yaşama özgürlüğüne nazaran korunması gereken daha yüksek bir değeri olarak benimsemiştir.

## (2) Mağdur

TCK m. 226/4 bakımından mağdur, toplumu oluşturan bireyler olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>439</sup> Hafizoğulları/Özen tarafından<sup>440</sup> suçun mağdurunun genel ahlaki korumakla görevli kamu idareleri olduğu belirtilmiş ise de bu yaklaşım kanaatimizce doğru değildir. Fıkra da düzenlenen eylemler toplumun genelini olumsuz etkileyebilecek sonuçlar doğurabilecek iken sadece görevli kamu idarelerini mağdur olarak kabul etmek, eksik bir alan oluşturacak ve kanun koyucunun yaratmak istediği mutlak koruma alanı esasına aykırılık teşkil edecektir.

## (3) Konu

Suçun hukuki konusunu belirli bir biçimdeki cinsel davranışları konu alan ürünler oluşturmakta olup bunlar; şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yollarla yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses ve görüntüleri içerir ürünlerdir. Fıkra da TCK m. 226/1 ve TCK m. 226/3'ten farklı olarak söz kavramı yerine ses kavramına yer verildiği görülmektedir.

### (i) Şiddet Kullanılarak Yapılan Cinsel Davranışlar

Şiddet kavramı Dünya Sağlık Örgütü tarafından, *“fiziksel güç veya iktidarın kasıtlı bir tehdit veya gerçeklik biçiminde bir başkasına uygulanması sonucunda maruz kalan kişide yaralanma, ölüm, psikolojik zarara yol açması ya da açma olasılığı bulunması hali”*<sup>441</sup> olarak açıklanmaktadır. Düzenlemede şiddet kullanılan cinsel davranış lafzına yer verildiğinden burada suç olarak düzenlenen olgu doğrudan şiddetin kendisi değil, cinsel şiddettir.<sup>442</sup> Cinsel şiddet, cinsel bir harekette

<sup>439</sup> Baytemir, a.g.e., s. 651, Ali Parlar, Meltem Banko, **6545 sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar**, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.526.

<sup>440</sup> Hafizoğulları, Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar**, s. 346.

<sup>441</sup> WHO, “World Report on Violence and Health”, ed., Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Anthony B. Zwi and Rafael Lozano, [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615\\_eng.pdf?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf?sequence=1), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10.04.2019

<sup>442</sup> Sancar, düzenlemede kullanılan şiddet kelimesiyle müstehcen üründe kullanılan cinsel şiddetin değil, başlı başına ve müstehcenlikten ayrı olarak şiddet kavramının kastedilmekte olduğunu ileri sürmektedir. (Türkan Sancar, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında

bulunmaya, istenmeyen cinsel içerikli sözler sarf etmeye, cinsel yaklaşım ve tekliflerde bulunmaya ya da bir kişiyi ticari bir amaçla cinsel açıdan kullanmaya yönelik eylemlerin tamamını kapsamakta olup, fail ile mağdur arasındaki ilişkinin türü ne olursa olsun yer sınırı olmaksızın her türlü koşulda bir kişinin cinselliğine karşı dolaylı ya da doğrudan ve zorlamayla yapılan cinsel davranış anlamına gelmektedir.<sup>443</sup>

TCK m. 226/4'ün madde metni ve gerekçesinde hangi tür davranışların şiddet içeren cinsel davranış olarak değerlendirileceği noktasında bir açıklık bulunmamaktadır. Buna göre müstehcen içerikli üründe yer alan şiddet unsurları gerçek olabileceği gibi kurgu ürünü de olabilir ya da fiziksel veya korkutma gibi manevi bir zorlamayı içinde barındırabilir.<sup>444</sup> Önemli olan şiddet olgusunun ürünün esaslı konusu ve amacını yani şiddet olgusunun üründe belirli bir ağırlığı ve yerinin olmasıdır.<sup>445</sup> Bu noktada akla gelen ilk iki davranış, cinsel sadizm<sup>446</sup> ve mazoşizm<sup>447</sup> dir.

Üründe sergilenen şiddet, karşı tarafa yöneltilebileceği gibi kişinin kendi üzerinde uygulaması da mümkündür. Değinmemiz gereken bir diğer önemli nokta ise, şiddetin insan bedeni üzerinde meydana gelmesi gerekliliğidir. Ölmüş insan

---

Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.:51, S:3, 2002, s. 14, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/276/2605.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:14.04.2019)

<sup>443</sup> Oğuz Polat, “Şiddet”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.:22, S.:1, İstanbul, 2016, s. 26; WHO, “World Report on Violence and Health”, Geneva.

<sup>444</sup> Hafızogulları, Özen, **a.g.e.**, s. 347

<sup>445</sup> Özbek, **a.g.e.**, s. 153

<sup>446</sup> Mental Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı’nda cinsel sadizm; “En az 6 aylık süre boyunca kişinin, başka birinin psikolojik ya da fiziksel olarak ıstırap çekmesi eylemi ile ilgili yoğun, cinsel yönden uyarıcı fantezilerinin, cinsel dürtülerinin ya da davranışlarının yineleyici bir biçimde ortaya çıkması ve buna onay vermeyen birine karşı bu cinsel dürtülere göre davranması ya da bu kişinin cinsel dürtüleri ya da düşlemlerinin belirgin bir sıkıntıya ya da kişilerarası soruna neden olması” olarak açıklanmaktadır. (Özge Kılıç, İbrahim Balcıoğlu, “Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm”, **Adli Tıp Dergisi**, S.1, C:27, 2013, s. 59.)

<sup>447</sup> Mental Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı’nda cinsel mazoşizm; “En az 6 aylık bir süre boyunca, kişinin hakaret edilme, dövülme, bağlanma yada başka bir biçimde ıstırap çekme eylemi (taklidi değil gerçeği) ile ilgili yoğun, cinsel yönden uyarıcı fantezilerin, cinsel dürtülerin ya da davranışların yineleyici bir biçimde ortaya çıkması ve bu fanteziler, cinsel dürtüler ya da davranışlar klinik açıdan belirgin bir sıkıntıya ya da toplumsal, mesleki alanlarda ya da önemli diğer işlevsellik alanlarında bozulmaya neden olması” olarak açıklanmaktadır. <https://www.cised.org.tr/sayfa276.html>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.07.2019.

bedeni ya da cansız mankenler üzerinde uygulanan şiddetin konu edildiği içerikler, bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.<sup>448</sup>

Bu bölümde bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Fıkra ile cezalandırılan şey, esasen konusu suç oluşturmayan yetişkin iki insan arasındaki rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen şiddet içerikli cinsel davranışın kendisi değildir. Kanun koyucu bu tipte hareketlerin yer aldığı yazı, ses ve görüntülerin yayılmasını suç olarak düzenlemiştir. Bunun en büyük nedeninin ise bu tarz ürünlerin kişilerde bıraktığı etki olduğu söylenmektedir.<sup>449</sup> Kişilerin cinsel istek ve arzularını şiddet kullanarak ifade etmek istemesi partnerinin rızasının olmadığı durumlarda tehlikeli ve istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Ayrıca bu nitelikteki ürünlerin yayılmaması gerek yetişkinler, gerekse de çocuklar bakımından sağlıklı bir toplum yaşantısı ve düzgün bir ruhsal gelişimin sağlanması bakımından önem taşıdığı kabul edilmektedir.<sup>450</sup> Ancak kanaatimizce şiddet kavramının geniş yorumlanmaması ve hafif nitelikte sayılabilecek, cinsel yaşamda yeri olan rızaya dayalı yaralamanın TCK m. 226/4 kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir.

## **(ii) Hayvanlarla Yapılan Cinsel Davranışlar**

Hayvanlarla cinsel ilişkiye girme ve bu ilişkiden cinsel haz alma eylemi parafili türlerinden biri olan zoofili olarak adlandırılmaktadır. Burada kişinin üzerinde cinsel duygularını tatmin etmeye elverişli her türlü hayvanın anlaşılması gerekmektedir.<sup>451</sup> Cinsel davranışa maruz bırakılan hayvan, sahipli ya da sahipsiz olabilir. Harekete elverişli olduğu müddetçe hayvanın türü ve cinsi önemli değildir. Hükümde hayvanlarla yapılan cinsel davranış lafzı yer aldığından hayvanla insan arasında tam bir cinsel ilişki kurulmasa dahi bedensel bir temasın bulunması ve davranışların sayısı önemli olmaksızın insan ve hayvan arasında gerçekleşmesi gerekmektedir.

## **(iii) Ölmüş İnsan Bedeni Üzerinde Yapılan Cinsel Davranışlar**

---

<sup>448</sup> Öztürk, a.g.e., s. 291.

<sup>449</sup> Ay., a.g.e., s. 134.

<sup>450</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 155.

<sup>451</sup> Hafızogulları, Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar** s. 347.

Ölü insan bedenine karşı cinsel ilgi duyma hali, tıpta nekrofil olarak adlandırılmaktadır. Bu tipteki müstehcen ürünlerin konusunu ölmüş insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Bu tipteki hareketlerin konu edildiği müstehcen ürünlerin yasaklanma nedeni, tıpta psikolojik bir rahatsızlık olarak öngörülen bu davranışın toplum geneline yayılmasının önlenmek istenmesidir.<sup>452</sup>

#### (iv) Doğal Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranışlar

Doğal kavramı TDK'da, “*olağan, alışılmış, insan eliyle yapılmamış, doğaya uygun olan*” şeklinde açıklanmaktadır.<sup>453</sup> Bu anlamda doğal olmayan yolun, beklenmeyen, umulmayan yahut doğal olmayanın yapılması anlamına geldiği söylenebilir.<sup>454</sup> Görüleceği üzere doğal olmayan yol kavramı oldukça geniş bir anlama sahip olup bu durum, hangi cinsel davranışların doğal, hangilerinin doğal olmayan olarak değerlendirileceği, doğal olmayanın sınırının nerede başlayacağı sorularını beraberinde getirmektedir. Madde metninde ve maddenin gerekçesinde doğal olmayan yol kavramına ilişkin bir açıklama yapılmamış olması da kavramın kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırı olabileceği tartışmasını doğurmaktadır.

AYM tarafından 2015 yılında verilen bir kararda<sup>455</sup>, kavramın sınırlarının belirlenmeme nedeni olarak doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışların çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmesi ve bunun kanun koyucu tarafından önceden öngörülüp sayılmasının mümkün olamayacağı gösterilmektedir. Bununla birlikte kavram ile kastedilenin şiddet kullanılarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranış gibi neredeyse tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal

<sup>452</sup> Özbek, a.g.e., s. 156

<sup>453</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:15.04.2019.

<sup>454</sup> Ersan Şen, “TCK m. 226/4’ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, [http://sen.av.tr/tr/makale-detay/139/tck\\_m.226/4%E2%80%99%C3%BCn\\_anayasaya\\_ayk%C4%B1r%C4%B1%C4%9F%C4%B1\\_sorunu.html](http://sen.av.tr/tr/makale-detay/139/tck_m.226/4%E2%80%99%C3%BCn_anayasaya_ayk%C4%B1r%C4%B1%C4%9F%C4%B1_sorunu.html), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:15.04.2019

<sup>455</sup> Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından “doğal olmayan yoldan” ibaresinin Anayasa’nın 2., 13., ve 38., maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından 01.04.2005 tarihli ve 2014/118 E., 2015/35 K., sayılı karar ile oy çokluğuyla kavramın Anayasa’ya aykırı olmadığı kanaatine varılmıştır. Kararın tam metni için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?highlightText=M%C3%9CSTEHCENL%C4%B0K&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.05.2019

olmayan yol olarak değerlendirilen, toplumun ahlaki değerlerini olumsuz etkileyecek niteliğe sahip ve hareketin bizzat kendisinin suç olarak düzenlendiği haller olduğu ifade edilmiştir. AYM tarafından verilen karar, kavramın sınırları noktasında bir fikir verebilmekte ise de belirsizliğin tam olarak aşılmasını sağlayamamıştır.<sup>456</sup> Nitekim kararda da doğal olmayan davranış kavramının doktrin, uygulama ve yargı içtihatlarıyla anlam kazanacağı belirtilmiş olup, kanaatimizce bu durum yargı organlarına çok geniş bir takdir hakkı sağlayacak olduğundan ayrıca eleştiriye açıktır.

AYM tarafından da belirtildiği şekilde doğal olmayan cinsel davranış çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Zira insan cinselliğinin pek çok farklı görünüm şekli olup, heteroseksüellik, biseksüellik, eşcinsellik, lezbiyenlik bu cinsel yönelim türlerinden birkaçıdır. Doğal olmayan cinsel davranış değerlendirmesi yapılırken sadece heteroseksüelliğin ayırık durumları değil, diğer cinsel yönelimlerin tamamının bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>457</sup>

Yargıtay'ın doğal olmayan yoldan cinsel davranış kavramına ilişkin tutumu noktasında AYM'nin 2015 yılında vermiş olduğu karar belirleyici olmuştur. Zira öncesinde vermiş olduğu kararlarda doğal olmayan yol kavramı için çok daha geniş bir değerlendirmede bulunurken<sup>458</sup>, 2015 sonrasında vermiş olduğu kararlarda anal,

<sup>456</sup> Aynı yönde AYM üyesi Engin Yıldırım tarafından verilen bir karşı oy yazısında; “Vurgulamak gerekir ki, bireyin en mahrem alanlarından biri olan cinsellikle ilgili davranışların doğal ve doğal olmayan gibi son derece belirsiz bir ölçüt ile belirlenmeye çalışılması imkansız zorlamaktan başka bir şey değildir. Yetişkinler arasında rızaya dayalı cinsel davranışların hangisinin doğal, hangisinin doğal olmadığını tespit etmek neredeyse olanaksızdır. Doğal olanı insanların çoğunluğunun davranışlarıyla sınırlayarak tanımlamak ise günümüz insan hakları anlayışıyla bağdaşmamaktadır.” gerekçeleriyle, doğal olmayan yol ifadesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?highlightText=M%C3%9CSTEHCENL%C4%B0K&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.05.2019)

<sup>457</sup> Meclis tutanakları incelendiğinde doğal olmayan cinsel davranış terimi yerine homoseksüel ya da eşcinsel ilişki tabirlerinin kullanılması önerilmiş ve fakat sonrasında doğal olmayan davranışın ne olduğuna çağın getirdiklerine göre hakim tarafından karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Güney vd., **a.g.e.**, s. 668

<sup>458</sup> “Sanığın 5237 Sayılı T.C.K.nın 226/1-d maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiş ise de: hükme esas alınan bilirkişi raporuna ve dosya içerisinde yer alan porno izleme ve inceleme tutanağına göre ele geçen suça konu cd’lerde grup halinde, bayan bayana ve oral yollardan yapılan cinsel içerikli görüntüler bulunduğu bu görüntülerin doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ait olduğu gözetilerek”(Yargıtay 14. CD., T. 26.2.2014, E. 2012/8700, K., 2014/2393, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.05.2019) Aynı yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay 5. CD., T. 17.03.2011, E. 2008/11111, K. 2011/2082; Yargıtay 14. CD., T. 17.1.2012, E.



oral, eşcinsel, grup cinsel ilişkileri tek başına doğal olmayan kavramı içerisinde değerlendirmemiştir.<sup>459</sup> Örneğin Yargıtay 18. CD tarafından verilen 2018 tarihli bir kararda<sup>460</sup> doğal olmayan kavramı “*bireylerin cinsel yaşamı içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı ve bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişki*” olarak açıklanmış ve anal ya da oral yolla gerçekleştirilen, eşcinsel ya da grup halinde bulunan cinsel birleşmelerin yer aldığı görüntülerin tek başına bu kavram içerisinde yer alamayacağı içtihat edilmiştir.

Cinselliğin günümüzdeki anlayışında eşcinsel, lezbiyen, biseksüel cinsel eğilimin konu edildiği içerikler ile anal, oral yoldan yapılan cinsel davranışların konu edildiği içeriklerin artık tek başına doğal olmayan yol olarak değerlendirilmediği görülmektedir.<sup>461</sup> Bu anlamda söz konusu cinsel yönelimin konu edildiği bir içeriğin Yargıtay tarafından tek başına doğal olmayan yol olarak kabul edilmemesi yönündeki kabul, kanaatimizce oldukça isabetlidir. Öte yandan hukukumuzda eşcinsel, lezbiyen ya da oral veya anal yolla yapılan ilişkinin bizzat kendisinin suç olarak düzenlenmediği düşünüldüğünde, bu hareketlerin tek başına doğal olmayan olarak değerlendirilerek, resim yazı ya da söz olarak somutlaştırılması halinde suç olarak nitelendirilmesi kanaatimizce ceza adaletiyle bağdaşmamaktadır.

---

2011/8283 K. 2012/356, Yargıtay 14. CD. T. 26.2.2014, E. 2012/8700, K. 2014/2393. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:02.04.2019)

<sup>459</sup> Öztürk, a.g.e., s. 300. “*aramada ele geçen cd'lerin içeriği ile ilgili olarak yapılan bilirkişi incelemesinde, görüntülerde vajinal, oral, anal ve doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara dair pornografik görüntüler olduğunun belirtilmesi ile anal ya da oral yoldan yapılan cinsel birleşmelere ait görüntülerin tek başına “doğal olmayan” kavramı içerisinde değerlendirilememesi karşısında*” Yargıtay 18. CD., T. 28.3.2016, E. 2015/23959, K. 2016/6096 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.05.2019) Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 18. CD., T. 11.10.2018, E., 2018/5184, K., 2018/12858; Yargıtay 18. CD., T. 25.04. 2018 E., 2016/8922, K., 2018/6125 ([www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:03.05.2019)

<sup>460</sup> Yargıtay 18. CD., T. 15.11.2018, E. 2016/15272, K., 2018/15108, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:13.05.2019

<sup>461</sup> AIHM tarafından verilen Dudgeon/Birleşik Krallık kararında da “*Toplumun homoseksüel yaşantıyı ahlaksızlık olarak değerlendiren üyeleri, homoseksüel yaşantı nedeniyle rahatsız veya “şok olabilir” veya haksızlığa uğramış hissini duyabilir. Ancak bu durum tek başına rızaya dayalı bu tür ilişki içinde bulunan yetişkin erkeklerin cezalandırılmasını gerektirmez. Moral değerlere zarar vereceği yönündeki kaygı” daha fazla sakıncaları olmadıkça, başvuranın hayatına bu ölçüde karışılmasını gerektirmez.*” denilmek suretiyle eşcinsel ilişkinin cezalandırılmayacağı AIHM tarafından da içtihat edilmiştir. Şaban Cankat Taşkın, İnternete Erişim Yasakları ve Hukuka Aykırılıklar, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Kocaeli, 2015, s. 283. Kararın orjinal metni için <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57472> , Çevrimiçi, Erişim Tarihi:12.05.2019

Sonuç olarak düzenlemede yer alan doğal olmayan yol kavramının açıklayıcı ve doğrudan anlaşılabilir olmadığını kabul etmekle birlikte, kanun koyucu tarafından ilgili kavram ile kastedilenin hükümde anılmayan parafili türleri olduğu kanaatindeyiz.<sup>462</sup>

#### (4) Hareket

TCK m. 226/4, TCK m. 226/1 ile TCK m. 226/3. fıkralarda düzenlenen hareketlerle neredeyse aynı hareketleri suç olarak benimsemesine rağmen ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bunun nedeninin kanunda suç olarak düzenlenen cinsel davranış türlerinin kişilerde bırakacağı etki olduğu düşünülmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu, fıkra anılan hareketleri önemi nedeniyle diğerlerinden bağımsız olarak ve ayrıca cezalandırmak istemiştir. Zira bu fıkra içerisinde tıp dünyasında cinsel sapkınlık (parafili)<sup>463</sup> olarak adlandırılan eylemler suç olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda fıkra anılan cinsel davranışlar insan onurunu temelden zedeleyen niteliktedir.<sup>464</sup>

Fıkra yer alan hareketlerin büyük çoğunluğu TCK m. 226/1 ve TCK m. 226/3'te anılan hareketler ile aynı olduğundan, tekrara sebebiyet vermemek adına bu bölümde ayrıca açıklanmayacaktır. Bununla birlikte, yani TCK m. 226/4'te

<sup>462</sup> Yunus Balı, Bilgisayardaki görüntülerde, “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar” olup olmadığı konusu (TCK 226. madde), Çevrimiçi, <http://www.dijitaldeliller.com/dogal.html>, Erişim Tarihi: 02.04.2019, Özbek, **a.g.e.**, s. 157.

<sup>463</sup> Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği tarafından parafili, “*cinsel uyarılma ve orgazm için, alışılmadık nesneler, eylemler veya durumları içeren tekrarlayıcı ve yoğun cinsel dürtü, fantezi veya davranışların zorunlu olması ile karakterizedir*” olarak açıklanmaktadır. (<http://www.cetad.org.tr/73/sik-sorulan-sorular/44/parafililer-cinsel-sapkinliklar>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.04.2019) Karşılaşılması mümkün tüm parafili türleri henüz tespit edilmemiş olmakla birlikte en çok rastlanan parafili türleri; a) Egzibisyonizm (teşhircilik): Kişinin genital organlarını, rıza almaksızın başka bir kişi ya da kişilere göstermesi, b) Fetişizm: insan olmayan nesnelere yönelik tekrarlanan cinsel dürtüler c) Pedofili: Henüz ergen olmamış ya da çok yakın bir zamanda olmuş çocukların cinsel yönden çekici olması, d) Cinsel sadizm: mağdura psikolojik ya da fiziksel acı vermenin kişiye cinsel heyecan vermesi, e) Nekrofil: Ölmüş bedene karşı duyulan cinsel ilgi, f) Zoofili: Hayvanlarla cinsel ilişkide bulunma isteği, g) Röntgencilik: cinsel birliktelik yaşayan, kıyafetlerini çıkaran, çıplak olan kişileri gözetleme isteğidir. Bu eylemi gerçekleştiren kişilerin amacı cinsel beraberlik kurmak değildir. İzlemek ve bu sırada oluşan yakalanma riski kişiye cinsel haz vermektedir. (Gülçin Akbaş, “Parafili: Cinsel Sapkınlık”, **PİVOLKA**, Başkent Üniversitesi Eleştirel-Yaratıcı Düşünme ve Davranış Araştırmaları Laboratuvarı, S:22, Ankara, 2012, s. 2-3-4, Cem İncesu R, s. 6, Amerikan Psikiyatri Birliği, **Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı**, çev. ed. Ertuğrul Köroğlu, 4. Baskı, Hekimler Yayın Birliği, 2000.

<sup>464</sup> Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Ankara, s. 822.

düzenlenen seçimlik hareketler büyük oranda diğer fıkralara benzemesine rağmen, kanun koyucu tarafından çoğaltma ve ihraç etme eylemleri suç olarak düzenlenmemiştir. Bunun bilinçli bir tercih olduğu düşünülmeyle birlikte maddenin gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir. Ne var ki tipte yer alan ürünler, bilhassa parafilelik kişilerin arzının daha yüksek olduğu ve insanlar tarafından katlanılamayacak niteliğe sahip olan ürünlerdir. Çoğaltma eyleminin suç olarak düzenlenmemesi, bu tipteki ürünlerin yayılmasına ve suç işleme oranlarının artışına neden olabileceğinden kanaatimizce fıkra düzenlemeye gidilerek çoğaltma eylemine de tipe uygun hareket içerisinde yer verilmesi gerekmektedir.

#### **b. Manevi Unsur**

Suç ancak kasten işlenebilir. Taksirle işlenmesi ise mümkün değildir. Manevi unsura ilişkin olarak TCK m. 226/1 ve TCK m. 226/3’de yapmış olduğumuz açıklamalar, burası için de geçerlidir.

### **IV. BASİT VE AĞIR (NİTELİKLİ) MÜSTEHCENLİK BAĞLAMINDA İNCELENEN SUÇLARIN NİTELİKLİ HALLERİ**

#### **A. Genel Olarak**

Belirtildiği üzere TCK’nın sistematığına bakıldığında, suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinin genelde suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Ancak kanun koyucu TCK m. 226’da daha farklı bir yol izleyerek müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayınlanmasını ayrı bir suç olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Ne var ki TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/5’in lafzı ve düzenleniş şekli esas alındığında kanun koyucunun yaklaşımına katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira TCK m. 226/2, TCK m. 226/1’de yer alan suçun, TCK m. 226/5 ise TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4’ün basın ve yayın yoluyla işlenmesi halini düzenlemekte ve suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde daha ağır cezaya hükmolunacağını belirtmektedir. Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinin iki

farklı fıkra da ele alınma nedeninin TCK m. 226/1’de basit müstehcenliğin, TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4’te ise ağır(nitelikli) müstehcenliğin düzenlenmiş olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Zira basit müstehcenliğin cezası diğerlerine nazaran daha hafif olduğundan basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde de nitelikli müstehcenliğe nazaran daha az cezaya hükmolunacaktır. Nitekim TCK m. 226/5’ün lafzında üçüncü ve dördüncü fıkralara doğrudan atıfta bulunulduğu görülmektedir. Bu da maddenin aslında suçun nitelikli halini oluşturduğu düşüncemizi pekiştirmektedir.<sup>465</sup>

Netice itibariyle, her ne kadar kanun koyucu TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/5’i ayrı suçlarmış gibi düzenleyip maddenin gerekçesinde bu yönde bir açıklamaya yer vermiş olsa da kanaatimizce her iki fıkranın da diğer suçların nitelikli hallerini oluşturup oluşturmadığı tartışmaya açık olup, yukarıda anılan nedenlerle çalışmamızda ilgili fıkralar suçun nitelikli halleri olarak ele alınacaktır.

## **B. TCK m. 226/1’de Düzenlenen Suçun Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlanması Şeklinde İşlenmesi (TCK m. 226/2)**

TCK m. 226/2’de, TCK m. 226/1 kapsamındaki müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayınlanması ya da buna aracılık edilmesi hali düzenlenmektedir.

Fıkra içerisinde yer alan basın ve yayın yolu kavramı TCK m. 6/g’de “*her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*”

<sup>465</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6790. Yargıtay ise TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/5’in ayrı suçlar olduğu görüşüyle diğer fıkralar ile TCK m. 226/2 ve 5 arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini içtihat etmektedir. “*Cinsel arzu ve isteklerini tatmin etme amacını taşıyan sanığın, 10 yaşındaki mağduru kandırarak, mağdurun, sanal ortamda soyunmasını sağlayıp, yüzünü ve cinsel organlarını da gösteren fiziksel mahremiyetine dair çıplak görüntülerini rızasına aykırı şekilde üretme ve bilgisayarına depolaması eyleminin TCK’nın 105. maddesindeki cinsel taciz, aynı Kanun’un 134/1. maddesindeki görüntünün veya seslerin kaydedilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal ile 226/3-1. ve 226/3-2. maddesindeki müstehcenlik suçlarını oluşturduğu; ayrıca, toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki mağdura ait müstehcen görüntüleri, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde yayımlayan sanığın TCK’nın 134/2. maddesindeki görüntünün veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal ve aynı Kanun’un 226/5. maddesindeki müstehcenlik suçlarını da işlediği, mağdura yönelik bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın, TCK’nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren TCK’nın 226/5. maddesindeki müstehcenlik suçundan cezalandırılması*”(Yargıtay 12. CD. T. 30.3.2015, E. 2014/19480, K. 2015/5315, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.04.2019)

olarak tanımlanmıştır.<sup>466</sup> Kitle iletişim araçları, bilgi, duygu, düşünce ya da haberleri yazı, resim veya ses olarak çoğaltmak suretiyle anonim nitelikteki kitlelere ulaştırmayı sağlayan teknik araçlar olarak açıklanmaktadır.<sup>467</sup> Bu araçlar, kamuoyu oluşturup düzenlemede, uluslararası ilişkilerin yönetiminde, halkın eğlence gereksinimini karşılamada büyük rol oynamakta olup, kitle iletişim araçları sayesinde müstehcen ürünler kısa sürede dünyanın her yerindeki geniş insan topluluklarına ulaşabilmektedir. Basın, radyo ve televizyon, gazete, kitap, dergi gibi basılı eserler, başlıca kitle iletişim araçlarındandır.

Fıkra içerisinde TCK m. 226/1’de düzenlenen suçun basın ve yayın yoluyla yayılması ya da buna aracılık edilmesi halinde daha ağır bir cezaya hükmedileceği düzenlenmektedir. Müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayılması veya yayılmasına aracılık edilmesi halinde kısa bir zaman diliminde daha geniş kitlelere ulaşılabilceği ve bu durumun kişi topluluklarının ruh sağlığını ve düşünce yapılarını olumsuz etkileyebileceği düşüncesiyle suçun nitelikli hali olarak kanunda düzenlendiği düşünülmektedir.<sup>468</sup>

İnternetin bir kitle iletişim aracı olarak kabulü, müstehcenlik suçunun internet ortamında işlenmesi halinde suçun basın ve yayın yoluyla işlendiği sonucunu doğurmaktadır.<sup>469</sup> Ancak suçun basın ve yayın yoluyla işlendiğinin kabulü için içeriğin belirsiz sayıda kişi tarafından ulaşılabilir durumda olması gerekmektedir. Aksi halde kitlesel bir iletişimden söz edilemeyeceğinden TCK m. 226/2 değil, TCK m. 226/1 gündeme gelecektir.<sup>470</sup>

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, müstehcen ürünün basılmış bir eser olması halinde hareketin TCK m. 226/2 kapsamında değerlendirilip

<sup>466</sup> [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.11.2018

<sup>467</sup> İçel, **Kitle İletişim Hukuku**, s. 46-48.

<sup>468</sup> Otacı, **a.g.e.**, s. 222

<sup>469</sup> İnternet ortamındaki yayınları düzenleyen 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’dur. Bu kanun hakkındaki detaylı inceleme için çalışmamızın .. bölümüne bakılabilir.

<sup>470</sup> “Sanığın üyesi olduğu internet grubuna mail ile hayvanlarla cinsel davranışlara ilişkin müstehcen resim göndermesinin, müstehcen resimleri basın ve yayın yoluyla yayınlamak veya yayınlanmasına aracılık etmek olarak kabul edilemeyeceği, sanığın katılanın eyleminin TCK m. 226/4 maddesine uygun bulunduğu gözetilmeden, yazılı şekilde 226/5. maddeden karar verilmesi” (Yargıtay 14. CD., T. 11.03.2013, E. 2011/22662, K. 2013/2461, Yaşar, Gökcan, Artuç., **a.g.e.**, s. 6787)

değerlendirilemeyeceğidir. Burada tespit edilmesi gereken, 5187 sayılı Basın Kanunu anlamında bir basılmış eserin varlığıdır.<sup>471</sup> Bir eserin basılmış eser olarak kabulü, yayımlanmak üzere basılmış ya da çoğaltılmış olmasına, yani yayımlama kastına ve eserin basılmış ya da çoğaltılmış olmasına yani maddi varlık kazanmasına bağlıdır.<sup>472</sup> Eser, yayımlanma kastıyla basılmış ya da çoğaltılmış olsa dahi fiilen yayımlanmadığı sürece TCK m. 226/2'den söz edilemeyecektir. Basılmış eserler süreli ve süresiz yayınlar olarak karşımıza çıkmakta olup, Kanunun 11/2. maddesi gereği bu suçlardan eser sahibi sorumludur.<sup>473</sup>

Suç yayın anında tamamlanmış sayılmaktadır.<sup>474</sup> Bununla birlikte TCK m. 226/2'de iştirak kısmında değerlendirilebilecek olan aracılık etme kavramının, haksızlık içeriğini yayımlamak ile eş değer görülerek yaptırım altına alındığı görülmektedir.

---

<sup>471</sup> 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 2/a maddesinde basılmış eser; “Yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınları” şeklinde tanımlanmıştır. ([www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), çevrimiçi, 10.03.2019) İçel'e göre bir eserin basılmış yayın olarak nitelendirilebilmesi için düşünsel içeriğe sahip olması, maddi varlığının olması, çoğaltılabilir olması ve yayımlanmak üzere hazırlanmış olması gerekmektedir. (İçel, **a.g.e.**, s. 143-147)

<sup>472</sup> Özbek, **a.g.e.**, s. 174; Sahir Erman, Çetin Özek, **Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 2000, s. 25.

<sup>473</sup> Eser sahibi, yazıyı veya resmi fikren meydana getiren ya da eserin hazırlanması için gerekli fikri malzemeyi sağlayan kişidir. (Sahir Erman, Çetin Özek, **İzahlı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuatı**, 3. Bası, İstanbul, 1991, akt., İçel, **a.g.e.**, s. 291) Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması ya da yayım sırasında cezai ehliyetinin olmaması ya da yurt dışında bulunması halinde sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili kişi sorumlu olmaktadır. Bununla birlikte eser, sorumlu müdür ve müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanmış ise artık sorumluluk yayımlatana ait olacaktır. Eser sahibinin belli olmamasından kasıt, anonimlik hakkıdır. Bu hakkını kullanan eser sahibi, yayımlanan eseri suç teşkil etse dahi sorumlu tutulmamaktadır. (İçel, **a.g.e.**, s. 296; Özlem Dinçtürk, “5187 Sayılı Yeni Basın Kanunu Kapsamındaki Basın Düzenine Karşı Suçlar”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 43) Süresiz yayınlarda ise yine kural olarak sorumluluk eser sahibine ait olmakla birlikte eser sahibinin belli olmaması, yayım sırasında cezai ehliyetinin olmaması, yurt dışında olması gibi nedenlerle Türkiye’de yargılanamaması ya da verilecek cezanın eser sahibinin başka bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi gibi hallerde “yayımcı”, yayımcının belli olmaması ya da basım sırasında ceza ehliyetine sahip olmaması ya da yurt dışında olması gibi nedenlerle Türkiye’de yargılanamaması halinde “basımcı” sorumlu olmaktadır. Düzenleme doktrinde, eser sahibinin yanında basan ve yayımlayan kişilerin sorumluluğunun iştirak hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği noktasında eleştirilmektedir. (İçel, **a.g.e.**, s. 299, Özbek, **a.g.e.**, s. 168; Cengiz Doğan, “Müstehcenlik”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, ed. Bahri Öztürk, Y:2, S:6, Ankara, 2010, s. 37) Basımcı yahut yayımcının tüzel kişi olması halinde fail, tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişi olacaktır. Buna ilişkin olarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından verilen 09.06.2003 tarihli ve 2002/5736

<sup>474</sup> Nusret İlker Çolak, **Kitle İletişim Hukuku**, 2. Baskı, XII Lehva Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.

TCK m. 226 bir soyut tehlike suçu olduğundan, hareketin TCK m. 226/2 kapsamında nitelikli hal olarak değerlendirilmesi için ürünün ulaşılabilir konumda olması yeterlidir. Kamuya yayılması şart değildir.

### **C. TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4'te Düzenlenen Suçların Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlanması Şeklinde İşlenmesi (TCK m. 226/5)**

TCK m. 226/3 ve 4. fıkralarda ağır (nitelikli) müstehcenlik olarak adlandırdığımız ürünlerin yayılması, dağıtılması, satılması gibi seçimlik hareketler suç olarak düzenlenmişti. Kanun koyucu tarafından bu iki fıkra düzenlenen suçların TCK m. 226/1'e göre daha yoğun bir içerik taşıdığından hareketle söz konusu ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayınlanarak daha fazla kişiye ulaşması eylemini daha ağır bir cezayla cezalandırmayı amaçlamış olduğundan TCK m. 226/5'te ayrı bir nitelikli hal düzenlemesine yer verilmiştir.<sup>475</sup>

Suçun nitelikli halinin varlığından söz edilebilmesi için TCK m. 226/3 ve 4. fıkralarda belirtilen müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayınlanması ya da yayınlanmasına aracılık edilmesi ya da bu ürünleri çocukların görmesi, dinlemesi ya da okumasının sağlatılması gerekmektedir. TCK m. 226/2'den farklı olarak TCK m. 226/5'te çocukların ağır (nitelikli) müstehcen ürünleri okuması, görmesi ya da dinlemesinin sağlanması ayrı bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu düzenlemenin gerekçesinin çocuğun gelişimi açısından son derece zararlı olduğu kabul edilen ağır (nitelikli) müstehcen ürünlere maruz kalmasının mutlak bir şekilde engellenmek istenmesi olduğu düşünülmektedir. Zira çocuk pornografisi, hayvanlarla ya da ölmüş insan bedeni üzerinde yapılan cinsel davranışların bulunduğu görüntü, yazı ya da sözlerin çocuklar üzerindeki etkisi daha yoğun olmakta ve bu da istismarın şiddetini arttırmaktadır.

---

<sup>475</sup> Madde gerekçesinde TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/5'in ayrı suçlar olduğu belirtilmiş olmasına rağmen, yukarıdaki açıklamalarımız saklı kalmak kaydıyla TCK m. 226/5'in de suçun nitelikli hali olduğu kanaatiyle bu yönde bir değerlendirme yapılmıştır. Hafizoğulları/Özen, TCK m. 226/5 içerisinde biri seçimlik hareketli olmak üzere üç ayrı suça yer verilmiş olduğu görüşündedir. Bkz. Hafizoğulları, Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar.**, s. 349.

Hareketin yayınlama ya da yayınlanmasına aracılık etme olarak değerlendirilebilmesi için belirsiz sayıda kişiye ulaşması ya da en azından ulaşılabilir durumda olması gerekmektedir.<sup>476</sup> Çocukların görmesi, dinlemesi ya da okumasının sağlanması şeklinde belirtilen hareket bakımından ise aleniyet koşulu aranmamıştır. Suçun basın ve yayın yoluyla gerçekleştirilmesi halinde hareketin doğrudan çocuğa yöneltmesi gerekmemektedir.<sup>477</sup> Ancak müstehcen ürünleri çocuğun görmesi, okuması ya da dinlemesinin sağlanması olarak belirtilen diğer seçimlik hareketin hedefinin çocuk olması zaruridir. Bu bakımdan görme, okuma ya da dinleme eylemlerinden birinin çocuk tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Çocuk sayısının da suçun nitelikli halinin oluşup oluşmadığının tespiti noktasında bir önemi bulunmamaktadır.<sup>478</sup> Ayrıca TCK m. 226, soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğinden müstehcen üründen çocuk etkilenmemiş dahi olsa suçun nitelikli hali meydana gelmiş olacaktır.<sup>479</sup>

Bu ürünlerin internet ortamında yayılması da tıpkı TCK m. 226/2'de olduğu gibi basın ve yayın yoluyla yayınlanma olarak değerlendirilecektir. Ayrıca suçun süreli ya da süresiz eserler aracılığıyla işlenmesi halinde sorumluluk 5187 sayılı Basın Kanunu dikkate alınarak belirlenecektir. Bu bölüm içerisinde tekrara düşmemek adına yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaları yinelemekle yetiniyoruz.

Son olarak suçun radyo ve televizyon kanalı aracılığıyla işlenmesi halinde sorumluluğun nasıl belirleneceğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda karşıma 2954 sayılı Radyo ve Televizyon Kanunu ile 6112 sayılı Radyo ve

<sup>476</sup> “Kabule göre de, müstehcen ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayma suçunda, yayma eylemi internet vasıtasıyla gerçekleşmiş ise, bu içeriğe belirsiz sayıda kişinin ulaşma imkanının bulunması gerekmektedir. Ürünün yalnızca belirli bazı kişilere ulaştırılması veya internetin bireysel bir iletişimi gerçekleştirilmek amacıyla kullanılması hallerinde TCK'nın 226/5. maddesindeki suçun unsuru gerçekleşmeyecektir.” (Yargıtay 18. CD, T. 31.5.2017, E. 2017/1867, K. 2017/6815, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.04.2019) , “Suçun soruşturulması sırasında Emniyet Müdürlüğü Bilgi İşlem Şube Müdürlüğü'nün takipte ve teknik çalışmalarda kullandığı elektronik posta adresine sanığın müstehcen içerikli resimler gönderdiği sabit ise de; elektronik posta yoluyla bilgi ve belge aktarımının mevcut yasal düzenlemeler karşısında basın yayın yoluyla yayma sayılamayacağı, bunun dışında basın yayın yoluyla yayınlandığı ya da çocuğun görmesini sağladığı hususundaki kanıtların nelerden ibaret olduğu karar yerinde açıklanmadan hakkında TCK.'nın 226/5. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini” (Yargıtay, 5. CD., T. 1.10.2007, 9856/6957, Malkoç, **a.g.e.**, s. 3688)

<sup>477</sup> Ertaş, **a.g.e.**, s. 215

<sup>478</sup> Soyaslan, **a.g.e.**, s. 547

<sup>479</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6787



Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun çıkmaktadır. 2954 sayılı Kanun m. 28/1'e göre Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu'nun yayınları aracılığıyla işlenen suçlar ya da haksız bir fiilden; yayın tespit yoluyla yapıldıysa metni yazan veya sesi tespit eden, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yönetip kontrol eden kişiler sorumlu olacaktır. 6112 sayılı Kanun'un 46. maddesinde ise yayından doğan sorumluluğun yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre ait olduğu belirtilerek sorumluluğun iştirak hükümlerine göre belirleneceği düzenlenmiştir. Buna göre suçun nitelikli halinin hem 2954 sayılı kanun hem de 6112 sayılı kanunda belirtilen sorumlu kişiler bakımından uygulanması mümkündür.<sup>480</sup>

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

---

<sup>480</sup> Gerek 5187 sayılı Basın Kanunu, gerekse de televizyon yayıncılığını düzenleyen 6112 ve 2954 sayılı kanunda düzenlenen sorumluluk esasının, Anayasa'nın 38/7. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu düzenlemelerde, asli sorumlu dışındaki kişilerin somut olayda suç teşkil eden yayınlar yönünden kastlarının olup olmadığı değerlendirilmeksizin iştirak faraziyesi yaratılmıştır. (Adem Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 128-129) Özbek tarafından da belirtildiği üzere olması gereken asli sorumlu dışındaki kişilerin iştirak çerçevesinde sorumluluklarının değerlendirilmesi ve bu yönde bir iradeleri söz konusu ise cezalandırılmaları gerekmektedir. (Özbek, **a.g.e.**, s. 168)

# SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, HUKUKA AYKIRILIK, YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULLERİ

## I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### A. Teşebbüs

Suç, kanuni tipte öngörüldüğü bütün unsurların somut olayda gerçekleşmesi halinde tamamlanır.<sup>481</sup> Bu anlamda elverişli hareketlerle işlemeye kastettiği suçun icrasına başlanıp da elde olmayan nedenlerle tamamlanamaması halinde teşebbüsten söz edilmelidir. Suçun icra hareketlerine başlanmakla tamamlanması arasında meydana gelen hukuki durum suça teşebbüs olarak adlandırılmakta olup,<sup>482</sup> teşebbüste subjektif unsurları bakımından tamam olan bir suçun, objektif unsurları itibariyle eksik kalması hali söz konusudur.<sup>483</sup>

Teşebbüsün müstehcenlik suçu bakımından söz konusu olup olmayacağı 765 sayılı mülga TCK'dan bu yana doktrinde tartışmalı olan bir husustur. Dönmezer tarafından suçun teşebbüse elverişli olduğu ancak uygulamada çok karşılaşılmadığı<sup>484</sup>, Kaymaz/Gökcan tarafından ise müstehcenliğin bir tehlike suçu olması nedeniyle teşebbüse elverişli olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>485</sup>

Suçta teşebbüsün mümkün olup olmayacağının değerlendirilmesi sırasında incelenmesi gereken, tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. Zira müstehcenlik kanunda bir soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Tehlike suçlarına

<sup>481</sup> Gürkan Özocak, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 63

<sup>482</sup> Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, C:1, 3. bs., Ankara, 2006, s. 441.

<sup>483</sup> Koca Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 390.

<sup>484</sup> Dönmezer, **a.g.e.**, s. 219.

<sup>485</sup> Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, **Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamada Sulh Ceza Davaları Türk Ceza Kanunu ve Özel Yasalardaki Hükümler**, Ankara, Adil Yayınevi, 2002, s. 243

kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Bunun istisnasını ise hareketin parçalara bölünebildiği durumlar oluşturmaktadır.<sup>486</sup>

Tehlike suçlarına teşebbüsteki bu istisnanın müstehcenlik suçuna uygulanabilirliği ise ayrı bir tartışma konusudur. Örneğin TCK m. 226/1 de hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilecek hareketlere dahi hükümde yer verilerek cezalandırılması istenmiştir. Bu bakımdan müstehcenlik suçuna teşebbüsün istisnai haller haricinde mümkün olamayacağı söylenebilir. Bununla birlikte doktrindeki ağırlıklı görüş, suçun teşebbüse elverişli olduğu yönündedir.<sup>487</sup>

Kanaatimizce hareketin parçalara bölünebilirliğinin mümkün olduğu hallerde müstehcenlik suçunun teşebbüse elverişli olduğu kabul edilebilir.<sup>488</sup> Ancak maddenin genel itibarıyla hazırlık hareketi olarak kabul edilecek hareketleri dahi suç olarak düzenlediği düşünüldüğünde, uygulamada müstehcenlik suçuna teşebbüsün sık karşılaşılmayacak bir hal olduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

## B. İştirak

<sup>486</sup> Öztürk, a.g.e., s. 169.

<sup>487</sup> Baytemir, **a.g.e.**, s. 655., Parlar, Banko, **a.g.e.**, s. 530., Yaşar, Tahsin, Gökcan, **a.g.e.**, s. 6790, Hafizoğulları, Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, s. 331. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.1, 11. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1994, s. 384. Müstehcenlik suçunun teşebbüse elverişli olmadığına ilişkin karşı görüş için bkz. Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 94.

<sup>488</sup> “Oluşa ve dosya kapsamına göre; Alış veriş merkezinde bulunan bayanlar tuvaletinde erkek bir şahsın bulunduğu ihbarı yapılması üzerine, alış veriş 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 tuvalet ihtiyaçlarını giderdikleri ana ait 7 farklı video görüntüsünün tespit edildiği, bu görüntülerdeki iki kişinin kimlik tespitinin yapıldığı ve alış veriş 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, Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin, sanığın cezai ehliyetinin bulunmadığına, eylemin 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 isteme uygun olarak onanmasına” (Yargıtay 12. CD., T. 09.09.2015, E. 2015/1483, K. 2015/12926, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:04.06.2018.)

TCK m. 226/1, iştirak açısından bir özellik göstermemektedir. Somut olayın özelliğine göre iştirak şekillerinden herhangi birinin gerçekleşmesi mümkündür.<sup>489</sup> Örneğin konusu suç teşkil eden müstehcen bir ürünün reklamını yapma ya da gösterime sunma iradesiyle ulaşmak isteyen bir kişiye, ürünü bulabileceği internet sitelerin ya da satışının yapıldığı adreslerin bildirilmesi somut olayın özelliğine göre azmettirme (TCK m. 38) ya da yardım etme (TCK m. 29/2-a) olarak değerlendirilebilir.

Bu kapsamda cevaplanması gereken sorulardan biri de örneğin TCK m. 226/3 anlamında çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünün üretiminde rol alan, yer sağlayan kişilerin faillik durumunun nasıl tespit edileceğidir. Bu kişi ya da kişiler yardım eden sıfatıyla mı yoksa müşterek fail olarak mı değerlendirilecektir? Sanıyoruz ki bu durum ancak suçun icrasına ne denli katkıda bulunduklarının tespit edilmesiyle çözülebilecektir. Kanaatimizce çocukların kullanıldığı müstehcen bir üründe rol alan, yöneten ya da bu içeriğin oluşumuna yer sağlayan kişiler, suçu iş bölümü esasına dayalı olarak müşterek katkılarıyla meydana getirdiklerinden, suçun işlenmesini kolaylaştırmaktan ziyade doğrudan katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle örneğimizdeki olayda her birinin müşterek fail olduğunu kabul etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

## C. İçtima

### 1. Genel Olarak

Kural olarak ceza hukukunda her netice bağımsız bir suç meydana getirir.<sup>490</sup> Bu anlamda ceza hukukunda cezaların içtimaı yani gerçek içtima kural, suçların içtimaı ise istisnadır.<sup>491</sup> Failin somut olayda birden farklı suç tipini veya aynı suç tipini birden fazla ihlal etmesi ve suçların bu şekilde çokluğunun ortaya çıkması

---

<sup>489</sup>Özbek, **a.g.e.**, s. 95; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6790

<sup>490</sup> Mustafa Özen, “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, edt. Hüseyin Özbek, C:20, S:73, 2007, s. 132.

<sup>491</sup> Mahmut Koca, “Fikri İçtima”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Edt. Veli Özer Özbek, C:2, S:4, 2007, 197

halinde ceza sorumluluğunun hangi şekilde belirleneceğine ilişkin kuralların bütünü, suçların içtimaı kurumunu oluşturmaktadır.<sup>492</sup>

Müstehcenlik suçu, içtima açısından değerlendirildiğinde tespit edilmesi gereken ilk husus, TCK m. 226/1, TCK m. 226/3 ya da TCK m. 226/4'te yer alan seçimlik hareketlerden birkaçının veya hepsinin gerçekleşmesi halinde ne olacağıdır. Burada kanun koyucunun hareketleri seçimlik olarak belirlemiş olması nedeniyle örneğin fail müstehcen ürünü herkes tarafından görülebilecek şekilde sergilemiş ve aynı zamanda umuma açık olan bir yerde satışa arz etmiş olsa dahi tek bir suçtan cezalandırılacaktır. Zira söz konusu olan aynı normun birden fazla kere ihlal edilmesidir ve bu nedenle ortada tek bir suç vardır. Failin herkes tarafından görülebilecek şekilde sergilediği müstehcen ürünün aynı zamanda çocukları konu alması hali ise farklı bir tartışma konusudur.

Mağdurunun toplum olduğu kabul edilen TCK m. 226/4 hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olabilir. Failin değişik zamanlarda çocuk pornografisi ürünlerini internet üzerinden indirip depolaması örneğinde hareketin tek bir suç işleme kararının icrası bağlamında kabul edilmesi ve TCK m. 43/1 gereği zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.<sup>493</sup> Aynı şekilde failin müstehcen görüntüyü aynı anda birden fazla kişiye göndermesi halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.<sup>494</sup>

---

<sup>492</sup>Selman Dursun, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, On İki Lehva Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 303. Suçların içtimaı, görünüşte ve gerçek anlamda gerçekleşebilir. Gerçek içtimada birden fazla aynı ya da farklı suçun işlenmesi söz konusu olup, fail kural olarak hepsinden ayrı ayrı cezalandırılacak ve verilen cezalar bağımsızlığını koruyacaktır. Görünüşte içtimada ise birden fazla suç olmasına rağmen belirli koşulların varlığı halinde fail tek bir suçtan dolayı cezalandırılmaktadır.

<sup>493</sup> Özbek, **a.g.e.**, s. 140. “... Oluşa ve kabule göre; sanığın 14.03.2006 tarihinde müstehcen içerikli cd satmak suretiyle ilk eylemini gerçekleştirdiğinden bahisle hakkında kamu davası açıldığı ve mahkumiyet kararı verildiği, 15.04.2006 tarihinde ise yine müstehcen içerikli cd'leri satışa arz ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın ilk eylemi için açılan dava dosyasının kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak, anılan dava dosyasının kesinleşmemesi durumunda iş bu dava dosyası ile birleştirilmesi, kesinleşmesi durumunda ise dosyanın incelenip, aynı suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda aynı suçu birden fazla işleyip işlemediği ve dolayısıyla her iki eylemin bir bütün olarak değerlendirilerek sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılması lüzumu” (Yargıtay 14. CD., T. 29.4.2014, E. 2012/14354 E., 2014/5840 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:05.04.2019)

<sup>494</sup> Yargıtay 12. CD., T. 26.9.2018, E. 2018/3063, K. 2018/8716, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.03.2019

İncelenmesi gereken bir diğer durum ise hareketin bir başka kanunda suç veya kabahat olarak düzenlenmesi halidir. Örneğin failin bandrolsüz bir müstehcen kasete sahip olması, TCK m. 226/1 anlamında bir icra hareketine başlamadığı müddetçe sadece Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 81/4. maddesi<sup>495</sup> bakımından suç oluşturmaktadır. Ancak fail müstehcen içerikli bandrolsüz bir kasedi aynı zamanda herkes tarafından görülebilecek bir şekilde gösteriyor ise burada birbirinden farklı iki fiilin meydana geldiğinden hareketle failin her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması söz konusu olacaktır.<sup>496</sup> Nitekim hareketin aynı anda 1117 sayılı Kanun bağlamında suç olarak düzenlenmesi söz konusu olabilecektir. Bu iki düzenlemenin örtüştüğü hallerde sonraki kanun niteliğinde olan 5237 sayılı TCK hükümlerinin, aksi halde ise 1117 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.<sup>497</sup>

TCK m. 226'nın düzenleniş şekli gereği suç tipinde yer alan fıkralar arasında içtima tartışmaları gündeme gelebileceği gibi, maddenin TCK'da yer alan diğer suç tipleriyle içtima ilişkisi içerisinde olması da mümkündür. Bu kapsamda öncelikle TCK m. 226'da yer alan fıkraların birbirleriyle olan içtima ilişkisine, devamında ise TCK m. 226 ile TCK'da düzenlenen diğer bazı suç tipleri arasındaki içtima ilişkisine yer verilecek, ilerleyen bölümlerde ise maddenin içerisinde yer alan fıkralar arasındaki içtima tartışmalarına değinilecektir.

## 2. TCK m. 226'da Düzenlenen Suçlar Arasındaki İçtima İlişkisi

<sup>495</sup> “Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışı arz eden, satan, dağıtan veya ticari amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar cezalandırılır” ([www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), Çevrimiçi, 12.01.2019)

<sup>496</sup> “3257 sayılı yasanın 9/3. maddesi hükmüne nazaran genel ahlaka aykırı olan bu yasa kapsamındaki yapıtlarında 3/a maddesinde tanımlanan “eser” sayılmasına ve aynı yasanın 11/d maddesinde, işletme belgesi veya bandrolsüz eserleri gösterime sunmanın, eylem başka bir suç oluştursa bile ceza yaptırımına bağlanmış bulunmasına göre, tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. TCK'nın 426/1, 119/2 3257 S.Y'nın 9/1, 11/d md. uygulanmıştır.” (Yargıtay 5. CD., T. 24.9.1992, E/K. 2374/2849)

<sup>497</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 6791; Kerim Tosun, Mustafa Artuç, **Özel Ceza Yasalarında Açıklamalı-İçtihatlı Sulh Ceza Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 465

TCK m. 226, düzenleniş şekli gereği içerisinde birbirinden farklı ve fazla sayıda suçu barındırmakta olup, madde de yer alan değişik fıkraların aynı eylemde gerçekleşmesi mümkündür.

Bu bağlamda TCK m. 226/3 ile TCK m. 226/4 arasında içtima ilişkisi, çocukların TCK m. 226/4 anlamında müstehcen kabul edilen ürünlerde kullanılması halinde söz konusu olmaktadır. Örneğin çocuğun şiddet içerikli ya da hayvanlarla cinsel ilişkinin konu edildiği bir üründe kullanılması halinde esasen TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4 olmak üzere iki farklı suç meydana gelmektedir. Bu anlamda fail, her iki suçtan ayrı ayrı mı cezalandırılacaktır yoksa fikri içtima kuralları mı gündeme gelecektir?

Yargıtay tarafından hareketin hem TCK m. 226/3 hem de TCK m. 226/4'te düzenlenen suçlara aynı anda sebebiyet vermesi halinde fikri içtima kurallarının uygulanması ve faile en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmesi gerektiği içtihat edilmektedir.<sup>498</sup>

Bu noktada, hareketin tek olup olmadığının da ayrıca araştırılması gerekmektedir. Fail, farklı zamanlarda çocuk pornografisine ve şiddet içerikli pornografiye ilişkin ürünleri depolamış ise söz konusu hareketleri tek olarak kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Bununla birlikte, failin çocukları kullanmak suretiyle üretmiş olduğu ürünü çoğaltması ya da satışa arz etmesi halinde birden fazla hareket söz konusu olduğundan, fail TCK m. 226/3-1 ve TCK m. 226/3-2'de düzenlenen suçlardan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Zira fikri içtima kurallarının uygulanabilmesi için hareketin tek olması gerekmektedir.

<sup>498</sup> “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 mahkûmiyet kararı verilmesi” (Yargıtay 14. CD., T. 11.4.2017, E. 2016/12649 K. 2017/1957, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 15.04.2019), Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. CD., T. 9.5.2018, E. 2017/7370 K. 2018/7096, Yargıtay 14. CD., T. 3.12.2015, E. 2015/7489, K. 2015/11316, Yargıtay 14. CD., T. 8.12.2014, E. 2013/7176, K. 2014/13896, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 15.04.2019

### **3. TCK m. 226 ile 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Diğer Bazı Suç Tipleri Arasındaki İçtima İlişkisi**

#### **a. TCK m. 226 ile Fuhuş Suçu (TCK m. 227) Arasındaki İçtima İlişkisi**

TCK m. 227'de düzenlenen fuhuş suçunda, bir çocuk ya da yetişkinin fuhuşa teşvik edilmesi, kolaylaştırılması, aracılık edilmesi gibi eylemler cezalandırılmaktadır. Yargıtay 5. CD'nin bir kararında fuhuş, *“bir kadının çıkar karşılığı veya alışkanlık halinde vücudunu başkalarının cinsel zevkine teslim etmesi ve bu suretle birçok erkekle cinsel ilişkide bulunması”*<sup>499</sup> olarak tanımlanmış olmakla birlikte, fuhuş suçunda para karşılığında cinsel teklifte bulunulan kişinin ve yine para karşılığında cinsel ilişkide bulunan karşı tarafın cinsiyetlerinin bir önemi bulunmamaktadır. Suç aynı cinsiyete sahip kişiler arasında gerçekleştirilebileceği gibi, mağdurun her koşulda kadın olması da zorunlu değildir.<sup>500</sup>

Fuhuş suçunun TCK m. 226 ile ilişkisi TCK'da 24.11.2016 tarihinde 6763 sayılı Kanun'un 18. maddesinin getirdiği değişiklikten kaynaklanmaktadır. Zira bu değişiklikle birlikte fuhuşu kolaylaştırmak, fuhuşa aracılık etmek maksadıyla hazırlanan görüntü, yazı ve sözleri içerir ürünleri vermek, yaymak suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu görüntü, yazı veya sözlerin aynı zamanda müstehcen olması halinde bu sefer somut olayın özelliğine göre TCK m. 226/1-d veya TCK m. 226/1-e'de düzenlenen suçlardan birinin de oluştuğundan söz edilebilecektir. Bu durumda artık her iki madde arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması gündeme gelecek ve TCK m. 44 gereği fail en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır. Zira hareket tektir.

#### **b. TCK m. 226 ile Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134) Arasındaki İçtima İlişkisi**

<sup>499</sup> Ayşe Özge Atalay, “Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s.1

<sup>500</sup>Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.06.2015 tarihli ve 2015/9-49 E., 2015/255 K. sayılı kararı. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:20.04.2019)



Özel hayat, kişinin başkalarının gözü önünde olmayan, kamuya kapalı ve diğer kişilerden gizlediği alanıdır.<sup>501</sup> Özel hayat alanı, AİHS<sup>502</sup> ve Anayasa ile koruma altına alındığı gibi 5237 sayılı TCK'nın 134. maddesinde de bu alana karşı gerçekleştirilebilecek müdahaleler suç olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan kişilerin özel hayatının o veya bu sebeple ihlal edilmesi, özel hayata dair görüntü ya da seslerin kaydedilmesi veya ifşa edilmesi suçtur. Görüleceği üzere madde düzenlemesi gereği özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil edilebilecek her türlü davranış suç kapsamında kalmaktadır.<sup>503</sup> Özel hayatın ihlali suçunda fail, mağdurun kamuya açık olmayan, paylaşmak istemediği giz alanına müdahale etmektedir.<sup>504</sup> Müdahalenin cinsel hayat dahil olmak üzere farklı türleri olabileceğinden, müstehcenlik suçuyla içtima ilişkisi gündeme gelebilecektir.

YCGK konuya ilişkin olarak 2015 yılında vermiş olduğu bir kararda, sanığın fiilinde kullandığı müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin ayrıca çocuğun özel hayatının gizliliğini ihlal niteliği taşıması halinde TCK m.44 gereği fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğine karar vermiştir.<sup>505</sup> Nitekim bu karardan sonra Yargıtay'ın farklı ceza daireleri tarafından konunun YCGK tarafından verilen karara atıfla ele alınıp, sanıklar hakkında fikri içtima hükümleri uygulanması gerektiği şeklinde karar verilmiştir.<sup>506</sup> Bununla birlikte 2015 yılından önce Yargıtay'ın farklı

<sup>501</sup> Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y:67, S:4, Ankara, 2009, <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2009-4/1.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.03.2019. Bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar, Cinsel hayata ilişkin düzenleme ve davranışlar, Beden-ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler, Haberleşme kanallarına ilişkin işlem ve kayıtlar, Kişilerin nam ve şöhret, şeref, yaşam tarzı ve kişiliğine ilişkin bilgilerin kayıt altına alınması, arşivlenmesi vb. hareketler özel hayat kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. (Yusuf Hakkı Doğan, “Özel Hayata Karşı İşlenen Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:05.03.2019)

<sup>502</sup> Özel hayat, AİHS'in 8. maddesi'nde “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlığı altında düzenlenmiş olup buna göre; “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.03.2019

<sup>503</sup> Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 601

<sup>504</sup> Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 280

<sup>505</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 24.03.2015, E. 2014/603, K. 2015/66, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 15.04.2019

<sup>506</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 12.12.2018, E. 2018/7105, K. 2018/12020, Yargıtay 12. CD., T. 21.11.2018, E. 2018/4868, K. 2018/11056, Yargıtay 12. CD., T. 14.11.2018, E.2018/5192, K. 2018/10735, Yargıtay 8. CD., T. 20.09.2018, E. 2018/5145, K. 2018/9639, Yargıtay 8. CD., T.

daireleri tarafından internet ortamında müstehcen görüntü yayınlanması ya da cinsel görüntülerin gizlice kayıt altına alınması gibi hareketlerin yalnızca özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu yönünde karar verildiği görülmektedir.<sup>507</sup>

### **c. TCK m. 226 ile Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (TCK m. 103) Arasındaki İçtima İlişkisi**

Çocuğun istismar edilme türlerinden biri olan cinsel istismar, Dünya Sağlık Örgütü tarafından “*bir çocuk ile bir yetişkinin ya da yaş veya gelişim açısından sorumluluk, güven veya güç ilişkisi içinde olunan başka bir çocuğun arasında gerçekleşen cinsel davranışlar*” olarak açıklanmaktadır.<sup>508</sup>

Çocuğun cinsel istismarı, TCK’nın 103. maddesinde suç olarak düzenlenmiş olup, korunan hukuki değer çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimidir.<sup>509</sup> Bu suçla en genel tabirle çocuğun cinsel yönden sömürülmesi cezalandırılmaktadır. Cinsel istismar kavramına çocuğa karşı kötü muamele şeklinde gerçekleşen ve cinsel yönden sömürülmesine yol açan her şey dahil edilebileceğinden, çocukla seksüel konuşma, röntgencilik gibi bedensel temas içermeyen hareketlerin de cinsel istismar kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Ancak her ne kadar doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında tartışmalı da olsa kanaatimizce TCK m. 103 uyarınca cinsel istismar kavramından Yargıtay içtihatları ve doktrin ışığında çocuğa karşı yöneltilen ve bedensel temas içeren hallerin anlaşılması gerekmektedir.<sup>510</sup>

Müstehcenlik suçuyla cinsel istismar suçu arasındaki içtima ilişkisine bakıldığında, Yargıtay’ın genellikle iki suç arasında gerçek içtima kurallarının

---

18.4.2018, E. 2016/3653 K. 2018/5741, Yargıtay 12. CD., T. 10.5.2016, E. 2015/4421, K. 2016/8239, Yargıtay 12. CD., T. 9.3.2015, E. 2014/19535 K. 2015/4333, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.01.2019.

<sup>507</sup> Yargıtay 14. CD., T. 17.4.2014, E. 2012/7650, K. 2012/5308, Yargıtay 12. CD., T. 09.09.2015, E. 2015/1483, K. 2015/12926, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.05.2019

<sup>508</sup> 1999 WHO Consultation on Child Abuse Prevention, (Çevrimiçi) [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/65900/1/WHO\\_HSC\\_PVI\\_99.1.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/65900/1/WHO_HSC_PVI_99.1.pdf), Erişim Tarihi: 24.04.2018, s. 15.

<sup>509</sup> Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, 2016, s. 346.

<sup>510</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 311.

uygulanması ve her iki suç bakımından ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiği yönünde karar verdiği görülmektedir.<sup>511</sup> Her somut olayın özelliği bakımından ayrı ayrı değerlendirilebilecek olsa da, Yargıtay'ın yaklaşımı özellikle hareketlerin birbirinden farklı olduğu düşünüldüğünde isabetlidir.

#### **d. TCK m. 226 ile Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104) Arasındaki İctima İlişkisi**

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, 15 yaşını doldurmuş ancak henüz 18 yaşını doldurmamış çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel ilişki niteliğindeki hareketler cezalandırılmaktadır. Bu suç bakımından ayırt edici olan, hareketin çocuğun rızası hilafına gerçekleşmemiş olmasıdır. Kanun koyucunun, bu hareketi suç olarak düzenlemekteki amacının 15-18 yaş arasındaki çocukların cinsel dokunulmazlığını korumak olduğu kabul edilmektedir.<sup>512</sup> Bu anlamda ilgili yaş aralığındaki çocuklara TCK tam bir cinsel özgürlük alanı yaratmamış ve temyiz kudretine sahip olsalar dahi cinsel ilişkinin hukuki fiil ve sonuçlarını tam olarak algılayamayacağı kanaatiyle çocuğun cinsel bütünlüğünü korumak istemiştir.<sup>513</sup>

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun müstehcenlik suçuyla birlikte değerlendirilmesi, failin reşit olmayan bir çocukla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdikten sonra bu ilişkinin görüntülerini kaydetmesi, görüntüleri internet üzerinden yayımlaması gibi hallerde söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda, ortada tek bir

---

<sup>511</sup> “Oluşa ve kabule göre; sanığın 2009 yılı haziran ayında mağdureye dükkanında önceden kayda alınmış erkek cinsel organı gösterme eyleminin TCK'nın 226/1-a maddesinde öngörülen müstehcenlik suçunu, 19.07.2009 tarihinde mağdureye yönelik cinsel organını tutturma şeklindeki bedensel temas içeren eyleminin aynı kanunun 103/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu ve sanığın her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği gözetilmeden ilk eylemin de cinsel istismar suçunu oluşturduğu kabul edilerek zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanmak suretiyle ceza tayini kanuna aykırı...bulunarak bozulmasına”, Yargıtay 14. CD., T. 08.04.2013, E. 2012/15492 E., K. 2013/4023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:03.03.2019

<sup>512</sup> Mehmet Nihat Kanbur, “18.06.2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu(TCK m. 104)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, edt. Veli Özer Özbek, C:9, S:26, 2014, s. 100.

<sup>513</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, İkinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 823-824

failin varlığından bahsedilemeyeceğinden fikri içtima hükümlerinin uygulanması da söz konusu olmayacak, fail her iki hareketinden de ayrı ayrı cezalandırılacaktır.<sup>514</sup>

### e. TCK m. 226 ile Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105) Arasındaki İçtima İlişkisi

5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunda, bir kişinin cinsel amaç güdülerek taciz edilmesi cezalandırılmaktadır. Cinsel taciz kavramı TDK'da, "*Ahlaksızca, ulu orta veya gizlice söz ve davranışlarla karşı cinse eziyet etme, tedirginlik ve sıkıntı verme*" olarak açıklanmaktadır.<sup>515</sup> Cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış, vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan ancak kişide cinsel yönden rahatsızlık uyandıran davranışlar, cinsel taciz olarak adlandırılmaktadır.<sup>516</sup> Bu anlamda cinsel taciz olarak adlandırılan davranışların bedensel temas içermemesi gerekmektedir.<sup>517</sup> Hareketin sözlü, fiziksel ya da görsel olarak gerçekleştirilmesi mümkündür.<sup>518</sup>

Cinsel taciz suçuna ilişkin olarak yapılan genel açıklamalar doğrultusunda, suçun özellikle TCK m. 226/1 ile benzer nitelikteki hareketlerle işlenebileceğini söylememiz mümkündür. Örneğin sanığın cep telefonundan çocuğa müstehcen içerikli bir video yollaması şeklinde meydana gelen olayda, sanığın eylemi hem cinsel taciz hem de TCK m. 226/1-a bağlamında mı değerlendirilecektir? Kanaatimizce hareketin her iki suça da sebebiyet vermesi için failin cinsel amaçla

<sup>514</sup>Yargıtay 14. CD., T. 1.3.2018, E. 2017/10432, K. 2018/1538, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.05.2019.

<sup>515</sup>[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ce1e957324a92.06541097](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ce1e957324a92.06541097), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:20.05.2019

<sup>516</sup>Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2015, s. 411.

<sup>517</sup> Mehmet Emin Artuk, "Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)", **Ceza Hukuku Dergisi**, ed. Veli Özer Özbek, C:3, S:6, 2008, s. 6. Anayasa Mahkemesi 25.2.2010 tarihli ve 2008/55 E., 2010/41 K., sayılı kararında cinsel saldırı ve cinsel istismar niteliğinde olmayan davranışların cinsel taciz suçunu oluşturacağını kabul etmektedir. (Eylem Baş, "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, ed. Veysel Başpınar, C:65, S:4, 2016. "*Oluş ve kabule göre, sanığın mağdureye hitaben "sen çok güzel olmuşsun, serpilmişsin, dudakların çok güzel demekten ibaret olan ve bedensel temas içermeyen eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek aynı Kanunun 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması,"* (Yargıtay 14. CD., T. 15.02.2016, E. 2014/2055, K. 2016/1241, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.05.2019)

<sup>518</sup> Özlem Yenerer Çakmut, "Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Bilirkişilik Kurumu", **Ceza Hukuku Dergisi**, Ed. Veli Özer Özbek, C:4, S:11, 2009, s. 132

müstehcen içeriği mağdura izletmiş olması gerekmektedir.<sup>519</sup> Failin cinsel amaçla hareket ettiği tespit edilebiliyorsa bu sefer TCK m. 226/1-a ile TCK m. 105 bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.<sup>520</sup>

## II. HUKUKA AYKIRILIK

### A. Genel Olarak

Hukuka aykırılık, hukuka karşı gelme, onunla çatışma halinde olma anlamına gelmektedir. Suçun unsurlarından biri olan hukuka aykırılık ise işlenen fiile hukuk düzeni tarafından izin verilmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma içerisinde olmasıdır.<sup>521</sup> Bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için kanuni tarife uygun olması yeterli olmayıp, ayrıca hukuka aykırı olması aranmaktadır.<sup>522</sup> Bu

<sup>519</sup> Öztürk, a.g.e., s.

<sup>520</sup> “Dosya kapsamına göre sanığın, cep telefonundan çocuk olan mağdurenin kullandığı cep telefonuna müstehcen içerikli görüntü göndermesi şeklinde gerçekleşen eyleminin hem 5237 sayılı TCK’nın 226/1-a maddesinde düzenlenen müstehcenlik hem de aynı Kanunun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçlarını oluşturduğu ve TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sanığın daha ağır olan müstehcenlik suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması”(Yargıtay 14. CD., T. 21.06.2017, E. 2014/8666 K. 2017/3475, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:20.05.2019) Bununla birlikte Yargıtay’ın bazı kararlarında hareketin her iki suçu da kapsadığını gözetmediği ve yalnızca cinsel taciz ya da müstehcenlik suçundan hüküm kurduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay 18. Ceza Dairesi’nin 08.11.2017 tarihli ve 2015/43173 E., 2017/12615 K., sayılı kararında “Bu bilgiler ışığında, ele geçirilen görüntülerde, bir erkek ve kadının cinsel birleşmesinin yanı sıra birden fazla kadının cisimle yaptıkları müstehcen görüntülerin bulunduğu anlaşılmakta karşısında, sanığın yaşı büyük mağdura cep telefonu ile göndermiş olduğu müstehcen videoların doğal olmayan ilişki türleri çerçevesinde değerlendirilemeyeceği, sanığın eyleminin cinsel taciz boyutunda kaldığının gözetilmemesi,” denilmek suretiyle hareketin 226/4 kapsamında olmadığını değerlendirmiş ancak TCK m. 226/1 göz ardı edilmiştir. Nitekim “... adli iş yerinin işleticisi olan sanığın, iş yerine ait tuvalet içerisine yerleştirdiği gizli kamera düzeneğiyle, ihtiyacını gidermek üzere buraya giren küçük yaşta kız çocukların müstehcen görüntülerini kaydederek, daha sonra bu görüntüleri Cd haline getirmek suretiyle, sayısız kişilere satışını yaptığının anlaşılmakta karşısında, sanığın, çocuklara ilişkin müstehcen görüntüleri üretmesi ve bu ürettiği ürünleri satması eylemlerinin, ayrı suç oluşturup, anılan Kanun maddesinin her iki cümlesi gereğince sanığın ayrı ayrı cezalandırılması yerine, TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükümleri gereğince, yazılı biçimde hüküm kurulmuş ise de, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma yapılamayacağı” denilerek, hareketin cinsel taciz olarak değil, yalnızca müstehcenlik suçu bakımından değerlendirilebileceğini içtihat etmiştir. Kanaatimizce detaylarına ulaşamamakla birlikte her iki olayda da hem müstehcenlik hem de cinsel taciz suçları oluşmuştur. (www.sinerjimevzuat.com.tr, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.02.2019)

<sup>521</sup> Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer vd., **Suç Teorisi**, 2. Kitap, 2. bs, İstanbul, 2000, s. 93., Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, İstanbul, 1997, s. 655.

<sup>522</sup> Mahmut Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, edt. Veli Özer Özbek, C.I, S.1, 2006, s. 112.

anlamda hukuka aykırılık, tipe uygunluktan sonra suçun yapısındaki ikinci aşamayı oluşturmaktadır.<sup>523</sup> İşlenen fiille tipik haksızlığın gerçekleştirildiğinin tespit edilmesinden sonraki aşamada bu sefer fiille ilgili olarak hukuka aykırılık yönünden bir inceleme yapılmaktadır.

Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve fiili hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getiren sebepler hukuka uygunluk sebebi olarak adlandırılmaktadır. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde fiil hukuka aykırı olmaktan çıkacaktır. Bunun için somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin var olması ve failin bu nedenlerin varlığının bilincinde hareket etmesi gerekmektedir.<sup>524</sup>

Hukuka uygunluk sebepleri; genel hukuka uygunluk sebepleri ile özel hukuka uygunluk sebepleri olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>525</sup> Genel hukuka uygunluk sebeplerine 5237 sayılı TCK'nın "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı ikinci bölümünde yer verilmiştir. Bunlar, "Kanun Hükmünü Yerine Getirme (m. 24/1)", "Meşru Savunma (m. 25/1)", "Hakkın Kullanılması (m. 26/1)" ve "İlgilinin Rızası (m. 26/2)" olmak üzere dört tanedir.<sup>526</sup> Kanunda ayrıca sadece bazı suçlar veya durumlar için özel olarak öngörülmüş olan hukuka uygunluk sebepleri vardır ki bunlar da özel hukuka uygunluk sebepleri olarak anılmaktadır. Bu kapsamda müstehcenlik suçu bakımından TCK m. 226/7'de özel bir hukuka uygunluk sebebi düzenlemesine yer verildiği görülmektedir.

## **B. Genel Hukuka Uygunluk Nedenleri**

### **1. Hakkın Kullanılması**

Hakkın kullanılması, TCK m. 26/1'de bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Buna göre hukuk düzeni tarafından tanınan hakkın, hukuken izin

<sup>523</sup> Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 250.

<sup>524</sup> Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 257.

<sup>525</sup> Zeki Hafizoğulları, "Hukuka Uygunluk Nedenleri", <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:04.05.2019.

<sup>526</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:04.05.2019.



verilen şekilde kullanılması halinde, bu hareketler yönünden hukuka aykırılık değerlendirilmesi yapılmamaktadır.

Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul görmesi için kişi tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen subjektif bir hak olması, kişinin bu hakkı tanınma sebebinin sınırları içerisinde kullanması, işlenen ve fiile uygun olan arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Hakkın sınırlarının aşılması ya da kötüye kullanılması halinde artık hukuka uygunluk sebebinden söz edilmeyecektir.

Söz konusu hukuka uygunluk sebebi çok farklı şekillerde karşımıza çıkabileceğinden kanunda hakkın kullanılması halleri tek tek sayılmamıştır. Müstehcenlik suçu bakımından hakkın kullanılması denilince akla ilk olarak ebeveynin tedip ve terbiye hakkı gelmektedir.

#### **a. Tedip ve Terbiye Hakkı**

Tedip'in TDK'daki anlamı *“uslandırma, yola getirme, terbiye etme”*dir<sup>527</sup>. Bu anlamda tedip hakkı; velinin vesayeti altında bulunan bir çocuğa karşı sert davranması, ihtarda bulunması, ceza verme hakkına sahip olması anlamına gelmektedir.<sup>528</sup> Terbiye etmek ise, eğitmek olarak TDK'da açıklanmış olup,<sup>529</sup> eğitmek; *“birinin akla uygun fiziksel ve moral gelişmesi üzerine etki yaparak çeşitli davranış yatkınlıkları, bilgi ve görgü aşılayarak önceden tespit edilmiş amaçlara göre onun belirli bir yönde gelişmesini sağlamak”* olarak tanımlanmaktadır.<sup>530</sup> Buna göre tedip, kişiyi eğitmek için kullanılan yöntemlerden biri olup, terbiye hakkı kavramı tedibi de içinde barındırmaktadır. Yapılan bu açıklamalar ışığında tedip ve

<sup>527</sup> <http://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:05.06.2019.

<sup>528</sup> Ferit Develioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitapevi, 25. bs., Ankara, 2008, s. 1054.

<sup>529</sup> <http://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:05.06.2019.

<sup>530</sup> <http://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:05.06.2019.

terbiye hakkının anne-baba, öğretmen, usta gibi çocuk üzerinde hakimiyeti bulunan kişilerin çocuğu uslandırma, yola getirme anlamına geldiği söylenebilir.<sup>531</sup>

Tedip ve terbiye hakkı bir yandan kendisini hukuka uygunluk sebepleri arasında sayılan hakkın kullanılması kapsamında diğer yandan ise TCK'nın 232/2. maddesinde terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçunun unsurları arasında kendisini göstermektedir.<sup>532</sup> Düzenlemenin amacı kişilerin her türlü şiddete veya insanlık dışı muameleye karşı korunması, aynı konutta, işyerinde ya da eğitim kurumunda bulunan kimselerin onurlarının, özgürlüklerinin ve saygınlıklarının rencide edilmesinin önlenmesidir.<sup>533</sup> Maddenin gerekçesinde disiplin yetkisi *"Kişilerin idareleri altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya san'atı öğretmekle yükümlü olduğu kimseler üzerinde terbiye etmek, eğitmek görevi dolayısıyla belirli disiplin yetkilerine sahip bulunmaları gerekir; aksi takdirde görev yerine getirilmez. Disiplin yetkisi eğitim hakkının doğal bir sonucudur ve bu yetki olmadan söz konusu hak kullanılamaz. Disiplin yetkisinin sınırı ise maddede gösterilmiştir. Disiplin yetkisi kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının bozulmasına neden olmayacak veya bir tehlikeye maruz kalmasını sonuçlamayacak derecede kullanılabilecektir"* şeklinde açıklanmıştır.<sup>534</sup> Bu anlamda düzenlemeye göre terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi sadece aile çevresiyle sınırlı olmayıp, kişiler arasında tabiiyet ilişkisi olan birçok hali kapsamaktadır.<sup>535</sup> Terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi kapsamında başvurulacak tedbir, eğitim amacına yönelik olması ve tedbire keyfi olarak başvurulamaması durumunda hakkın kullanılması olarak kabul edilmektedir.

<sup>531</sup> Ahmet Kandemir, "Öğretmenin Terbiye (Tedip) Hakkı Nedir?", <https://www.memurlar.net/haber/572783/ogretmenin-terbiye-tedip-hakki-nedir.html>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:05.06.2019.

<sup>532</sup> Zekeriye Alper İnanç, "TCK, TMK ve Uluslararası Sözleşmeler Kapsamında Terbiye Hakkı" **Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, ed. Sena Başpınar, C.2, S.2, 2013, s. 105. Düzenlemeye göre; *"İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir."*(<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:05.06.2019)

<sup>533</sup> Ayşe Nuhoglu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009, s. 101.

<sup>534</sup> Erdener Yurtcan, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, 3. bs., İstanbul, İstanbul Barosu, 2005, s. 338-339.

<sup>535</sup> Soyaslan, **a.g.e.**, s. 199.



Konumuz bakımından bizi asıl ilgilendiren husus ise hakkın kullanılması olarak tedip ve terbiye hakkıdır.<sup>536</sup> Bu hak kanundan, akitten veya örf ve adetten doğan eğitime görevidir.<sup>537</sup> Tedip; uslandırma, terbiye ve eğitim amacına yönelik olduğundan bu amaca aykırı ve hislerin tatminine yönelik ahlaka, edebe uygun olmayan ve insani duyguları rencide eden hareketlerin tediple ilgisi bulunmamaktadır.<sup>538</sup> Bu hak kullanılırken her türlü aşırılıktan kaçınılmalıdır. Aksi halde ilgili kişilerin cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Tedip ve terbiye hakkı, müstehcenlik suçunda çocuk üzerinde eğitim hakkına sahip kişilerin suçun faili olup olamayacakları sorusunda karşılığını bulmaktadır. Zira belirtildiği şekilde müstehcenlik suçu herkes tarafından işlenebilir. Öte yandan madde içerisinde ise Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi bir cezasızlık sebebi düzenlenmemiştir.

Özellikle ergenlik çağındaki çocukların kişisel gelişimi için müstehcen olarak değerlendirilebilecek ürünlerin çocuk üzerinde eğitim hakkına sahip (anne-baba, öğretmen vb.) kişiler tarafından verilmesi ya da birlikte incelenmesi olası ve çocuğun kişisel gelişimi için gerekli kabul edilmektedir.

Bu kapsamda çocuk üzerinde eğitim hakkına sahip olan kişiler yönünden tedip ve terbiye hakkının kullanılmasının bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Ancak çocuk üzerinde bu hakka sahip olan kişiler yönünden tedip ve terbiye hakkı kullanımının hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için hakkın sınırlarının aşılmasa ve kişinin kendisine tanınan hakkın amacına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Aksi halde müstehcenlik suçu, çocuk üzerinde eğitim hakkına sahip olan kişiler yönünden de oluşmuş kabul edilecektir.

## 2. İlginin Rızası

---

<sup>536</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 314.

<sup>537</sup> y.a.g.e., s. 314.

<sup>538</sup> İnanç, a.g.e., s. 107.

İlgilinin rızası TCK'nın 26/2. maddesinde “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde ilgilinin rızası kapsamında işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmemesinin nedeni olarak işlenen fiili hukuka uygun hale getirmesi gösterilmektedir. Bunun kaynağı ise Anayasa tarafından korunan genel hareket özgürlüğüdür. Hukuk düzeninde kişilere kendileriyle ilgili serbestçe tasarrufta bulunma yetkisi tanınan hallerde hak sahibi bu hakların başkaları tarafından ihlal edilmesine rıza göstermeye izin vereceği kabul edilmektedir.<sup>539</sup>

Bu anlatılanlar ilgilinin rızasının her durumda bir hukuka uygunluk nedeni oluşturacağı anlamına gelmemektedir. Zira ilgilinin rızası kişinin ancak üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği haklar bakımından hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır.<sup>540</sup> Bu anlamda ilgilinin rızasının kanunumuzda yalnızca kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenen fiiller bakımından hukuka aykırılığı kaldırıp kaldırmayacağı gündeme gelebilir. Kişinin vücudu, sahip olduğu malvarlığı, özel hayatı ve özgürlüğü üzerinde tasarruf yetkisi olduğundan söz edilebilir ise de bu yetki sınırsız olmayıp, rızanın konusunun kanuna, ahlaka ve genel edep kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir.<sup>541</sup>

Rıza açık, örtülü, yazılı ya da sözlü şekilde verilebilir. Ancak bu açıklamanın muhakkak suçtan önce ya da suçun icrai hareketlerinin yapıldığı esnada verilmesi ve fiilin işlendiği sırada mevcut olması gerekmektedir.

Aranan bir diğer koşul ise, rıza gösteren kişinin rıza vermeye ehil olmasıdır. İlgilinin söz konusu haktan vazgeçmesi halinde vazgeçmenin anlamını, kapsam ve önemini algılayabilmesi gerekmektedir. Kanunda kişinin yaşının özel olarak

<sup>539</sup> Koca, Üzülmüş, a.g.e., s. 278.

<sup>540</sup> “Sanığın cinsel ilişkiye girdiği 15 yaşından küçük mağdurenin çıplak bedenini kendi rızası dahilinde cep telefonu kamerasına çekip kaydetmesi eylemi TCK'nın 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturur. Bu suçta mağdurenin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez.” (YCGK, T. 10.06.2014, E. 2014/551, K. 2014/311, [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.07.2019)

<sup>541</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4. bs, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 322. akt. Koca, Üzülmüş, a.g.e., s. 278.

belirtildiği hallerde bu yaştan küçük olanların rıza gösterdikleri hakkın anlamını kavrasalar dahi vermiş oldukları rıza geçerli değildir.

Kişinin hangi konularda mutlak bir tasarruf hakkına sahip olduğuna ilişkin olarak da kesin bir ölçüt belirlemek güçtür. Bu kapsamda suçun şikayete bağlı suçlardan olup olmaması gibi bir ölçüt getirilerek kural olarak şikayete bağlı suçlar yönünden ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınabileceği kabul edilebilir.<sup>542</sup>

İlgilinin rızasına ilişkin olarak anlatılan hususlar çerçevesinde müstehcenlik suçu yönünden hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeyeceğini ifade etmemiz gerekmektedir. Zira belirtildiği şekilde rızanın konusu ahlaka aykırı olmamalıdır. Müstehcenlik suçuyla korunan hukuki değerlerden birinin genel ahlak olduğu düşünüldüğünde ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeyecektir.

Müstehcenlikle korunan bir diğer hukuki değer olan çocuğun korunmasıdır. TCK, 18 yaşını doldurmamış çocukların cinsel hakları üzerindeki rıza açıklamalarını kabul etmemektedir. Bu anlamda bir çocuğun müstehcen içerikli bir videoyu izlemeye ilişkin olarak vereceği rıza hukuken geçerli olmayacağından hukuka aykırılığı da ortadan kaldırmayacaktır.

## **C. Özel Hukuka Uygunluk Sebepleri**

### **1. Genel Olarak**

Müstehcenlik suçu içerisinde her ne kadar maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmemiş olsa da TCK m. 226/7’de özel bir hukuka uygunluk sebebinin düzenlenmekte olduğu görülmektedir. Düzenlemeye göre TCK m. 226’da yer alan hükümler, bilimsel eserlerle TCK m. 226/3 kapsamında değerlendirilenler hariç

---

<sup>542</sup> Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 368.

olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek kaydıyla sanatsal ve edebi değeri olan eserler bakımından uygulanmayacaktır.<sup>543</sup>

765 sayılı TCK döneminde buna benzer bir düzenleme, 2003 yılında 4693 sayılı kanun ile TCK m. 426'nın son fıkrasına eklenmiş ve bilim ve sanat eserleriyle edebi değere sahip olan eserlerin bu madde kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.<sup>544</sup> Kanunun yürürlüğe girmesinden çok sonra getirilen bu düzenleme ve öncesindeki durum doktrinde tartışma konusu olmuştur:

Dönmezer, sanat ve bilim eserleriyle müstehcen ürünler arasındaki farkın belirlenmesinin kolay olmadığını, çoğu zaman müstehcen bir ürün üreterek menfaat elde etme peşinde olan kişilerin ürettikleri şeye sana eseri özelliği vermeye çalıştığını, bu nedenle fiilin amacının araştırılması ve ürünün bir sanat/bilimsel eser olup olmadığına bu şekilde karar verilmesi gerektiği kanaatindedir.<sup>545</sup>

Önder ise sanat ve müstehcenlik birbiri içinde olamayacağını, sanat eserinin değerlendirilirken eserin müstehcen olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin sanatçı değil, toplum tarafından yapılması ve sanat eserinin kişilerin ar ve hayatını olumsuz etkileyecek nitelikte olmaması gerektiğini, bilimsel eserler yönünden ise eserin bilimsel niteliğe sahip olup olmadığının belirlenmesinde içerdiği konu ve arz ediliş şeklinin önem taşıdığını ifade etmektedir.<sup>546</sup> Buna göre tıbbi nitelikte bir eser,

<sup>543</sup> Madde metni; “Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz” şeklindedir. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:04.05.2019.

<sup>544</sup>“Sanık Neriman Acar tarafından Fransızcadan dilimize çevrilen ve diğer sanığın sahibi olduğu Güncel Yayıncılık Limited Şirketince yayınlanan "Lilith" adlı kitabın bazı sayfalarında yer alan yazılardan dolayı halkın ar ve haya duygularını incittiği, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı bulunduğu kabul edilerek TCK'nun (426 ve 427) maddeleri uyarınca tecziyelerine karar verilmiş ise de; kitabın edebi eser niteliğinde roman oldu unun ileri sürülmüş olması ve hükümden sonra 30.7.2003 gün 4953 Sayılı Kanun ile eklenen TCK'nun (426/son) maddesiyle **"bilim ve sanat eserleriyle edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır"** hükmü kar ısında suça konu kitabın edebi de ere sahip olup olmadı ı ve müstehcen olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususunda ek bilirkişi raporu alındıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken noksan araştırmayla yazılı biçimde hüküm kurulması” Yargıtay 5. CD.,T. 24.5.2004, E/K 8173/4273 (Haydar Erol, **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2000, s. 960)

<sup>545</sup> Dönmezer, a.g.e., s. 208.

<sup>546</sup> Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 541-542.

cinselliği konu etmekte ise de tıp alanında çalışan kişilere hitap edip onlara arz edilmesi halinde müstehcenlik suçu oluşmayacaktır.<sup>547</sup>

Değnilmesi gereken bir diğer husus ise, TCK m. 226/7'ye madde içerisinde yer verilmemiş olsa dahi konunun hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Anayasa'nın 27/1. maddesi, "*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir*" şeklinde olup, bilim ve sanat hürriyeti Anayasal koruma altındadır. Bu bağlamda söz konusu hukuka uygunluk sebebi madde içerisinde hiç düzenlenmemiş olsaydı dahi, TCK m. 26 gereği hareketin hakkın icrası olarak değerlendirilmesi mümkündür.<sup>548</sup>

TCK m. 226/7 de, bilimsel ve sanatsal ve edebi değeri olan eserler bakımından ayrı ayrı olmak üzere iki farklı hukuka uygunluk haline yer verilmiştir. Bilimsel eserler yönünden mutlak bir koruma alanı getiren düzenleme, sanatsal ve edebi değeri olan eserler yönünden ise daha sınırlı bir alan çizmiştir. Bilim ve sanat özgürlüğü, belirtildiği üzere anayasal bir haktır. Bunun yanı sıra doğrudan Sözleşme metninde yer almasa dahi ifade özgürlüğü hakkı bağlamında komisyon ve AİHM içtihatlarıyla AİHS bağlamında da korunmaktadır.<sup>549</sup>

Madde içerisinde edebi değeri olan eserlerin, sanat eserlerinin yanı sıra ayrıca belirtilmiş olduğu görülmektedir. Bununla birlikte edebi eserler, aynı zamanda sanat eseri olup, edebi eserler diğer sanat eserlerinden kullanılan malzemenin kelime olması yönüyle ayrılmaktadır.<sup>550</sup> Bu özelliği nedeniyle sanat özgürlüğü ve müstehcenlik ilişkisi hakkında yapacak olduğumuz açıklamalar, edebi eserler yönünden de geçerlidir.

---

<sup>547</sup> Önder, a.g.e., s. 542.

<sup>548</sup> Bilim ve sanat özgürlüğü aynı zamanda Türkiye'nin de tarafı olduğu Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde, "*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyetler için zorunlu olan özgürlüğe saygı göstermeyi taahhüt ederler.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır.<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/3507--Ekonomik,-Sosyal-ve-Kulturel-Haklara-Iliskin-Uluslararası-Sozlesme.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:03.05.2019.

<sup>549</sup> Aslı Topukçu, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Edt. Emine Eylem Aksoy Retornaz, C:11, S:1, 2014, s. 564.

<sup>550</sup> Mehmet Önal, **Edebiyat Sanatı**, Kurgan Edebiyat Yayınları, Ankara, 2012, s. 30.

Bilim ve sanat özgürlüğü hakkı, oldukça geniş ve hakkında sayısız içtihat ve çalışmanın olduğu evrensel bir haktır. Çalışmamızda önemi nedeniyle bu hak, müstehcenlik suçuyla olan bağlantısı özelinde gerek mevzuatımızdaki durum, gerekse de AIHM içtihatları çerçevesinde incelenecektir.

## 2. Bilim Özgürlüğü Bağlamında Müstehcenlik

Bilim, insanların kendileri ve çevrelerindeki diğer varlıkları anlamak, bu varlıkların birbirleriyle olan ilişki ve etkileşimlerini incelemek suretiyle ortaya çıkan olgu ve gelişmeleri açıklayabilmek amacıyla uyguladıkları metod ve etkinlikler yoluyla ilk çağlardan günümüze değin ulaştıkları ve yeni kuşaklara aktardıkları bilgilerin tamamıdır<sup>551</sup>. İçinde bulunduğumuz 21. yüzyıl, bilim çağı olarak adlandırılmakta olup, bilimin insanlığın gelişiminde, dünyayı ve uzayı algılamasında, teknoloji vb. pek çok alanda meydana gelen ilerlemelerdeki etkisi tartışılmayacak derecede büyüktür.

Bilimsel bilgi, gelişigüzel bir şekilde elde edilmesi mümkün olmayan, belirli bir yöntem ve sistematığa bağlı olarak kodlanan ve bu özelliğiyle de aksi kanıtlanıncaya değin geçerli kabul edilen hakikati ortaya koyan bilgidir.<sup>552</sup> Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere bilimin amacı hakikati bulmaktır. Bir işlemin bilimsel faaliyet olarak değerlendirilebilmesi için faaliyetin ciddi bir niteliğe sahip olması, faaliyetin metodik olarak düzenlenmiş düşünce bağlamında, planlı ya da plana uygun olması ve faaliyetin gerçeğin araştırılmasına yönelmiş olması gerekmektedir.<sup>553</sup> Bilimsel metodlara uygun bir şekilde ortaya konan bir eser veya bir olgu ya da olayı deney ve gözlemlemeye ilişkin yapılan çalışmalar, bilimsel eser olarak değerlendirilmektedir.<sup>554</sup> Sürecin bilimsel çalışma olarak değerlendirilebilmesi için

<sup>551</sup> Erol Alaçam, **Bilimsel Etkinlik ve Yayım**, Ankara, Tübitak Yayınları, 1995, s. 1-4. aktaran Esra Atalay, “Bilim Özgürlüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: LXVIII, S.1-2, 2010, s. 4.

<sup>552</sup> Nihat Bulut, “Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:IX, S:1-2, Erzincan, 2005, s. 23

<sup>553</sup> Bodo Pieroth, Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg, 2000 aktaran Özbek, a.g.e., s. 91

<sup>554</sup> Ay, a.g.e., s. 157.

her zaman bir bilgiye ulaşılması gerekmemektedir. Önemli olan sürecin bilimsel etiğe uygun şekilde gerçekleştirilmesidir.

Bilim özgürlüğü, Anayasa'nın 27/1. maddesinde sanat özgürlüğüyle birlikte koruma altına alınmıştır. Düzenlemeden hareketle, bilim özgürlüğünün bilimsel bir etkinlikte bulunan ya da bulunmak isteyen tüm kişilere tanınmış, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu söylenebilir.<sup>555</sup> Bu hak; araştırma özgürlüğü, araştırma için zorunlu araçlara ve ortama sahip olma hakkı, bilimsel üretme özgürlüğü ve bilgilendirme ve yayınlama hakkını kapsamaktadır.<sup>556</sup>

Hakkın ne şekilde sınırlandırılabilceği sorusu incelendiğinde ilk olarak karşımıza Anayasa'nın 27/2. maddesi çıkmaktadır. Buna göre bilimi yayma hakkının Anayasa'nın 1., 2., ve 3. maddelerini değiştirmek amacıyla kullanılması yasaktır. Bununla birlikte, bilim özgürlüğü ve bu kapsamda gerçekleştirilen bilimsel araştırma yapma, üretme hakkı, anayasal koruma altındaki değer ve menfaatlerden olan yaşam hakkı, sağlık hakkı, kişi dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın dokunulmazlığı hakkı gibi haklarla çatışma içerisinde olması halinde bilimsel araştırma amaç ve metodlarına sınırlama getirilebilecektir.<sup>557</sup> Bu anlamda kişiliğin korunmasının bilim özgürlüğünün sınırlarından birisini oluşturduğu ve insanın maddi ve manevi varlığının korunması karşılığında bilim özgürlüğüne sınırlama getirilebileceği ifade edilmelidir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan müstehcenlik suçuyla bilim özgürlüğü arasındaki ilişki incelendiğinde, TCK m. 226/7'de bilimsel eserler bakımından sağlanan mutlak koruma karşımıza çıkmaktadır. Buna göre bilimsel olduğu noktasında şüphe duyulmayan bir eser, müstehcen görüntü, söz ya da yazıları içerse dahi herhangi bir koşula bağlı tutulmaksızın müstehcen olarak değerlendirilmeyecektir. Bir eserde insan vücudunun organlarının tüm açıklığıyla gösterilmesi örneğinde, bu eser eğer bilimsel bir eser ise, müstehcen olarak

---

<sup>555</sup> Bulut, a.g.e., s. 27.

<sup>556</sup> Bulut, a.g.e., s. 29.

<sup>557</sup> Atalay, a.g.e., s. 41.

değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>558</sup> Aynı şekilde çocuğun yasal velayetine sahip kişilerin rızasını almak kaydıyla, cinsel uzuvlarında gerçekleştirilen bir operasyonun kayda alınıp sonradan öğrencilerine izlettirilmesi halinde söz konusu video, müstehcen olarak değerlendirilmeyecektir.<sup>559</sup> Bu noktada kanaatimizce önemli olan, bilimsel eser tespitini doğru yapabilmektir. Buna göre bilimsel araştırma metodları uygulanmaksızın, doğrudan ticari amacın güdüldüğü, cinsel arzuların tahrik edilmesinin ön plana çıkarıldığı eserlerin bilimsel eser olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir.<sup>560</sup>

### 3. Sanat Özgürlüğü Bağlamında Müstehcenlik

Sanat kavramının üzerinde mutabık kalınmış bir tarifi bulunmamakta olup,<sup>561</sup> TDK'da, *“bir duygu, tasarı, güzellik vb.nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık ya da belli bir uygarlığın veya topluluğun anlayış ve zevk ölçülerine uygun olarak yaratılmış anlatım olarak; edebiyat ise olay, düşünce, duygu ve hayallerin dil aracılığıyla sözlü veya yazılı olarak biçimlendirilmesi sanatı, yazın”* olarak açıklanmaktadır.<sup>562</sup> Sanat, bir yaratım süreci sonunda oluşan belirli bir ifade biçimi, düşünceyi açıklama yöntemi, iletişim biçimidir.<sup>563</sup> Bu özelliği sayesinde sanat, yayınlandığı dönemde insanlar arasında olduğu gibi çağlar arasındaki iletişimi de sağlamaktadır. Bu anlamda kişide güzel çağırışımlar uyandıran, estetik kaygıyla meydana getirilen, sanatçının kendine özgü duyguları, heyecanları, hayal gücü ve yeteneklerini yansıttığı, insanın duygu, düşünce ve hayal dünyasını geliştiren tablo, heykel,

<sup>558</sup>Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Efes Müzesi'nde sergilenen “Tanrı Bes” adlı heykelin yer aldığı karpotala ilişkin olarak açılan davada, tarih ve eski değerler alanında bilimsel yeri olması ve sanat değeri bulunması nedeniyle, müstehcenlik ve hayasızca yayın suçlarının oluşmadığına hükmetmiştir. Karar için bkz. YCGK, T.18.3.1974, E. 1973/5-575, K.1974/170. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:03.04.2019)

<sup>559</sup> Hafızogulları, Özen, a.g.e., s. 352.

<sup>560</sup> Köseoğlu, a.g.e., s. 19-20.

<sup>561</sup>Orhan Okay, **Sanat ve Edebiyat Yazıları**, 3. bs., İstanbul, Dergah Yayınları, 2011, s. 19.

<sup>562</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.02.2019.

<sup>563</sup>Bilge Bingöl, “Sanat Özgürlüğü”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1(2) 2011, s. 104.



fotoğraf, dekoratif sanatlar, el ve plastik sanatları gibi geniş bir alanı kapsayan eser çeşitleri, sanatsal eser olarak ifade edilmektedir.<sup>564</sup>

Sanat özgürlüğü, hukuk düzeni tarafından gerek iç hukukumuzda gerekse de uluslararası hukuk bağlamında korunan bireysel bir subjektif haktır.<sup>565</sup> Bu yönüyle sanatsal faaliyetler gösteren, sanatçı sıfatıyla bireyin kişiliğine özgülenen bir haktır.<sup>566</sup> Zira sanat da bilim gibi insanlığın fikri gelişimi ve yaratıcılığına hizmet etmekte olup, bu özelliği nedeniyle hukuk tarafından güvence altına alınmış değerlerden biridir.

Sanatsal faaliyette bulunma özgürlüğü, sanatsal bilgiye ulaşma hakkı, sanatsal faaliyeti oluşturmak için gereken donanımına sahip olabilme, edinmiş olduğu bu donanımı sanatsal faaliyeti ile özgür bir biçimde ortaya koyabilme yani sanatsal faaliyette bulunma ve faaliyetleri neticesinde oluşturduğu eserini toplumun beğenisine ve yararına sunabilme yani yayma özgürlüğünü içermektedir.<sup>567</sup>

Bu kapsamda sanat ve sanatsal faaliyetlerde bulunma özgürlüğü, aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere AİHS'in 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve Anayasa'nın 25. maddesinde düzenlenen düşünce ve kanaat hürriyeti ile Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin bir uzantısı olarak kabul edilebilecektir. Öte yandan sanat özgürlüğünün

---

<sup>564</sup> Özen, a.g.e., s. 86. Sanat eserleri, estetik kaygı taşımaları, öznel olmaları, ortaya bir gerçeklik koyma çabalarının olmayışı gibi özellikleri nedeniyle bilimsel eserlerden ayrılmaktadır. Tahir Hami Topaç, Caner Gürühan, Aydın Aygün, "Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Değer Taşıyan Eserlerde Müstehcenliğin İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, S.25, 2016, s. 171.

<sup>565</sup> Bilim özgürlüğü gibi sanat özgürlüğü de esasen ifade özgürlüğünün bir görünümüdür. Bu anlamda AİHS'te her iki hak da ayrıca düzenlenmemiş olmakla birlikte Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen görüş ve düşüncelere sahip olma, bunları yayma ve edinme hakkı AİHM içtihatları uyarınca sanatsal ifadeyi de kapsamaktadır. (Topukçu, a.g.e., s. 561, Vesile Setenay Ersoy, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sanatsal İfade Özgürlüğü", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 19).

<sup>566</sup> Esra Atalay, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:6, S:1, 2004, s. 63.

<sup>567</sup> Ersoy, a.g.e., s. 19, Mehmet Semih Gemalmaz, "Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-I", **İstanbul Barosu Dergisi**, C:LXI, S:7-9, 1987, s. 527-528.

Anayasa'nın 27. maddesinde doğrudan güvence altına alınan haklardan biri olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir.<sup>568</sup>

Bir sanat eserinin müstehcen olup olamayacağı, diğer bir ifadeyle müstehcenlik ve sanatın aynı çatı altında yer alıp alamayacağı gerek Türk hukukunda gerekse de uluslararası hukukta doktrin ve yargı içtihatlarına konu edilmiştir. Buradaki temel tartışma, sanatsal gayelerle üretildiği iddia olunan bir içeriğin müstehcen olduğunun ileri sürülmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bunun temel nedenlerinden birini müstehcenliğin sınırlarının belirsiz olması oluşturmaktadır. Müstehcenliğin tespiti noktasında objektif bir standart oluşturulamaması, kavramlar arasındaki çatışmanın giderilmesini zorlaştırmaktadır. Aynı durumu bilimsel eserler yönünden söylemek ise mümkün gözükmemektedir. Zira bilimsellik müstehcenliğin çatışması halinde neyin bilimsel neyin bilimsel olmadığı ortaya konulabildiğinden, bilimselliğin tespiti yapıldığı sürece müstehcenlikten bahsedilemeyecektir.

Sanat özgürlüğü ile çalışmamızın konusunu oluşturan müstehcenlik arasındaki sınırları çizmek edebi değeri olduğu öne sürülen eserin TCK m. 226/7'nin korumasından faydalanıp faydalanamayacağının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Konunun daha iyi açıklanabilmesi adına sanat özgürlüğü ve müstehcenlik arasındaki ilişki öncelikle Türk hukuku yönünden, sonrasında ise uluslararası hukuk bağlamında ve özellikle AIHM içtihatları ışığında incelenecektir.

### **a. Türk Hukukunda Müstehcenlik ve Sanat Özgürlüğü İlişkisi**

765 sayılı mülga TCK döneminde 2003 yılında madde içerisinde yapılan değişikliğe kadar TCK m. 226/7'yi kapsar bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu

---

<sup>568</sup> "IX. Bilim ve sanat hürriyeti

Madde 27 – Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir." (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.05.2019)

nedenle ilgili dönem içerisinde doktrinde müstehcenlik ve sanatın bir arada olup olamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür:

Önder, bir eserin öncelikle müstehcen olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği, sanatın müstehcenliğin üzerinde bir kavram olduğu ve bunun kararının toplum tarafından verilebileceği, sanat ve müstehcenin bir arada bulunamayacağı görüşündedir.<sup>569</sup> Dönmezer'e göre önemli olan fiilin amacıdır. Yazar yeteneğini, ticari amaçlarla sanat perdesi altında gizliyorsa, eser müstehcen olmaya devam edecektir.<sup>570</sup> Buna göre, sanat eseri kavramı ahlaka aykırılığı gizleme maksadıyla kullanılamaz. Otacı ise, sanat eseri olarak kabul edilen bir ürünün aynı zamanda müstehcen olarak değerlendirilebileceğini, bir ürünün sanat eseri olarak kabul edilmesinin, toplumun ar ve haya duygularını rencide etme ayrılacağı vermeyeceği kanaatindedir.<sup>571</sup> Özek, bir eserin cinsel konuları işlemesi nedeniyle maruz kalan kişinin cinsel duygularını etkilemesinin tek başına eserin müstehcen olarak değerlendirilmesine yetmeyeceği, estetik kurallara uygun olduğu, artistik değerlere sahip olduğu sürece, eser cinsel birleşmeyi dahi konu etse müstehcen olarak kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir.<sup>572</sup> AYM tarafından 1963 yılında verilmiş olan bir kararda müstehcen yayınların sanat ve kültür yaşamıyla ilgili olmadığı belirtilmiştir.<sup>573</sup>

5237 sayılı TCK'nın 226/7. maddesinde sanat ve edebi değeri olan eserler, bilimsel eserlerden farklı değerlendirilmiştir. Burada öncelikle sanat ve edebi eser

<sup>569</sup> Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 542.

<sup>570</sup> Dönmezer **a.g.e.**, s. 208

<sup>571</sup> Otacı, **a.g.e.**, s. 247

<sup>572</sup> Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 308 aktaran Özen, **a.g.e.**, s. 87

<sup>573</sup> Anayasa Mahkemesi T. 08.07.1963, E. 1963/204, K. 1963/179 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.02.2019) AYM 1987 yılında konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir diğer kararında *"Batı hukukunda olduğu gibi, ülkemizde de uzun süre müstehcenlik kavramına duyulan açıklık gereksinimi, bu ayrıntıların nedenidir. 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 yararı için kuşkusuz, zorunludur"* demek suretiyle müstehcenlik ve sanatın aynı çatı altında bir araya gelemeyeceğini kesin bir şekilde ortaya koymuştur.

(AYM, T. 11.2.1987, E. 1986/12, K. 1987/4,

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6943a9d-57a5-4713-8b98-953015d6cfb0?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.02.2019)

kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekmektedir. Bu konuda yol gösterici olan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B-a maddesi<sup>574</sup> ile Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi'nin 2/1. maddesidir.<sup>575</sup>

Bilim ve sanat özgürlüğü, TCK m. 226/7'de yer alan düzenlemenin yanı sıra belirtildiği üzere Anayasa'nın 27. maddesiyle koruma altına alınmış bir haktır. Anayasa, AİHS'ten farklı olarak bilim ve sanat özgürlüğü hakkını, ifade özgürlüğünün yanı sıra ve ayrıca düzenlemiştir. Madde lafzında herkes kavramına yer verildiğinden bu hakkın hem gerçek hem de tüzel kişilere, diğer bir deyişle sanatsal faaliyette bulunmak isteyen herkese tanındığı söylenebilir.<sup>576</sup> Yine Anayasa'nın 64. maddesinde devletin sanat faaliyetlerini ve sanatı koruyup destekleyeceği ifade edilmektedir. Söz konusu düzenlemeler beraber değerlendirildiğinde, sanat özgürlüğünün, bireyi hem devletin müdahalesine karşı koruyan ve devlete bu alana dokunmama ödevi yükleyen kişisel bir hak, hem de devleti, sanatı ve sanatçıyı desteklemekle yükümlü kılan sosyal bir hak niteliğine sahip olduğu açığa çıkmaktadır.<sup>577</sup>

Düzenleme gereği yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriği değil, bunların ifade ediliş şekilleri de koruma altına alınmıştır. Bu anlamda devlet, sanat eseri

---

<sup>574</sup> “Tanımlar

Madde 1/B-(Ek:21/2/2001-4630/2 md.)

Bu kanunda geçen tanımlardan

a) Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini,”

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.5846.pdf>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:03.04.2019.

<sup>575</sup> “MADDE 2-1

*Edebiyat ve Sanat Eserleri" deyimi, ifade şekli ne olursa olsun, edebiyat, bilim ve sanat alanındaki kitaplar, dergiler ve diğer yazılar; konferanslar, kitaplar, vaazlar ve benzer nitelikteki diğer eserler; dramatik veya dramatik müzik eserleri, koreografik eserler ve gösteri eğlenceleri; sözlü veya sözsüz müzikal kompozisyonlar; sinema tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen sinema eserleri; çizim, sulu ve yağlı boya resim mimarlık, heykeltıraşlık, oymacılık ve taş basma eserler; fotoğraf tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen fotoğraf eserleri, uygulamalı sanat eserleri, resimlendirmeler, haritalar, plânlar, krokiler ve coğrafya, topografya, mimarî veya bilimsel üç boyutlu eserler gibi bütün ürünleri içerir.”*

<https://kms.kayis.gov.tr/Home/Goster/58454?AspxAutoDetectCookieSupport=1>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:03.04.2019.

<sup>576</sup> Esra Atalay, “Sanat Özgürlüğü Hakkının Temel Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:6, S:2, 2004, s. 5

<sup>577</sup> Bingöl, a.g.e., s. 109.

ortaya koyan kişilerin ifade özgürlüklerine müdahalede bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranmalıdır.<sup>578</sup> Ancak Anayasa ile bilim ve sanat özgürlüğüne getirilen korumanın sınırsız olmadığına altını çizmek gerekmektedir.<sup>579</sup> Bilim ve sanat özgürlüğünün ifade özgürlüğünün bir görünümü olduğunun kabulü halinde bu hak, Anayasa'nın 26/2. maddesinde yer alan ve uyulması gereken bazı sınırlandırmalara tabi olmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilceği, bu sınırlandırmaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Düzenlemeye göre bilim ve sanatı yayma hakkının, Anayasa'nın 1., 2., ve 3. madde hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılması yasak olup, madde içerisinde başkaca bir sınırlandırma nedenine yer verilmemiştir.

Bilim ve sanat özgürlüğü her ne kadar Anayasa'da ayrı bir madde ile düzenlenmiş olsa da, aslında ifade özgürlüğünün bir görünümüdür. Ayrıca bilimsel veya sanatsal olarak nitelendirilebilecek argümanlar özünde birer ifade türü olduğundan, ifade özgürlüğünün tabi olacağı sınırlandırmalar, bilim ve sanat özgürlüğü kapsamında nitelendirilebilecek ifadeler yönünden de geçerli olacaktır.<sup>580</sup>

<sup>578</sup> Akif Yıldırım, "Edebi Eserin Müstehcen Sayılması Sebebiyle Eser Sahibinin ve Yayımlayan Kişinin Cezalandırılması Hak İhlallerine Neden Olabilir mi?" **Terazi Hukuk Dergisi**, C:13, S:140, 2018, s. 109. *"AİHM'in de sıklıkla dikkat çektiği gibi mevcut başvuruya konu kitaplardaki şiirler gibi sanat eserleri yaratan, dağıtan veya sergileyen kişiler fikir ve görüşlerin yayılmasına önemli bir katkıda bulunmakta ve dolayısıyla da sanatsal eserler demokratik bir toplum için büyük önem taşırlar. Bu nedenle Devlet, sanat eserini yaratan kişilerin ifade özgürlüklerine gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranmalıdır. (bkz. Müller ve Diğerleri/İsviçre B. No: 10737/84, 24/5/1988 § 33). Öte yandan söz konusu kitapların şiir kitapları olduğu gözetildiğinde Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerinin yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil, bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı ve bu açıdan, söz konusu kitapların, kurgu olarak sınıflandırılacak birer şiir olduğu unutulmamalıdır (Mutatis mutandis, bkz. Alınak/Türkiye B. No: 40287/98, 29/3/2005, § 43)."* (AYM/Fatih Taş, Karar Tarihi: 12.11.2014, Başvuru No: 2013/1461, par. §104-§105.)

<sup>579</sup> Anayasa'da 2001 yılında yapılan değişiklikten önce temel hak ve özgürlükler yönünden genel sınırlandırılma öngörülmekteydi. 13. madde de yapılan değişiklikte birlikte genel sınırlandırma sebepleri kaldırılarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların yalnızca her bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin maddede belirtilen sınırlama sebepleri ve kanun ile yapılabileceği düzenlenmiştir.

<sup>580</sup> Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, yani ifade özgürlüğü hakkı düzenlenmektedir. Maddenin 2. fıkrasında ifade hürriyetinin millî güvenlik, kamu düzeni, kamu

Aynı şekilde müstehcen ifadeler de, bir ifade olarak korunup korunmayacağı hususundan bağımsız olarak yine ifade özgürlüğü çatısı altında değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır.

AYM, sanat eseri olarak değerlendirilebilecek bir kitabın, basın olma işlevini yerine getirdiği müddetçe aynı zamanda basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle basın özgürlüğünün düzenlendiği 28. maddedeki sınırlandırmaların, bu eserler yönünden de uygulanması gerektiği görüşündedir.<sup>581</sup> Buradan hareketle bir eserin basın olma işlevini sağladığı müddetçe, her ne kadar bilim ve sanat özgürlüğünü düzenleyen 27. madde ve ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. madde içerisinde yer almasa dahi, 28. maddenin ikinci fıkrasında bir sınırlandırma nedeni olarak gösterilen genel ahlak nedeniyle sınırlandırılabilmesi mümkündür.

Sanatsal veya edebi değere sahip eserler, bilimsel eserlerle birlikte TCK m. 226/7’de hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Bilimsel eserlerden farklı olarak, bu eserler yönünden mutlak bir koruma alanı düzenlenmemiştir. Sanat ve edebi değeri olan eserler hakkında hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi için eserin çocuklara ulaşmaması, çocuklara ulaşmasının engellenmesi gerekmektedir. Buna göre bir edebi esere çocukların ulaşması engellenmiş ise, müstehcenlik suçu da

---

güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. Bilim ve sanat özgürlüğünün ifade özgürlüğünün bir yansıması olduğu kabul edildiğinde, bilim ve sanat özgürlüğünün de bu sınırlandırmalara tabi olduğu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Türkiye’nin de tarafı olduğu ve Anayasa’nın 90. maddesine göre kanun hükmünde olan AİHS’te bilim ve sanat özgürlüğü, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmekte ve mahkeme içtihatlarından da görüldüğü şekilde ifade özgürlüğü için düzenlenen sınırlandırmalara tabi tutulmaktadır. Sözleşme’nin kanun hükmünde olduğu değerlendirildiğinde her ne kadar 27. madde içerisinde açıkça belirtilmiş olmasa dahi bilim ve sanat özgürlüğünün kamu düzeni, genel ahlak vb. nedenlerle sınırlandırılabilmesi söylenebilir.

<sup>581</sup>AYM/İrfan Sancı, Başvuru No: 2014/20168, Karar Tarihi: 26.10.2017, Par. §41. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/20168?KelimeAra%5B%5D=fatih+ta%C5%9F&BasvuruAdi=%C4%B0RFAN+SANCI>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.04.2019. Ayrıca AYM, eski kararlarında genel ahlak kavramını kamu düzeni ve kamu yararı kavramı içerisinde değerlendirerek sınırlandırma nedenlerini genişleterek yorumlamıştır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2**, Mrk Baskı Tanıtım, 2018, s.138 [https://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/Kitaplar/02\\_Ifade\\_ozgurlugu.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/Kitaplar/02_Ifade_ozgurlugu.pdf), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:03.06.2019)

oluşmayacaktır. Madde içerisinde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiş olmakla birlikte, bir edebi esere çocuklar tarafından ulaşımın engellenmesinin nasıl sağlanacağı, hangi koşulların varlığı halinde eserin çocukların ulaşımına engellenmiş olduğunun kabul edileceğine ilişkin olarak bir açıklığa yer verilmemiştir.

Sanat ya da edebi değere sahip olan bir eserin müstehcenlik suçunu oluşturmaması için TCK m. 226/7 kapsamında aranan bir diğer koşul ise, TCK m. 226/3 kapsamında olmamaktır. Yani bir eser çocuk pornografisi olarak değerlendirilecek unsurları içinde barındırıyor ise, bu durumda artık eserin hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Peki bu değerlendirme nasıl yapılacaktır? Müstehcenliğin eserin tamamına mı yayılmış olması gerekmektedir? Yoksa sadece bir bölümünde müstehcen sayılabilecek bir unsura rastlanması, eserin sanat değerinin olmadığı kabulü için yeterli midir? İçinde müstehcenlik unsuru barındırdığından şüphe duyulan bir eserin, sanat eseri olup olmadığına kim karar verecektir?

Bu aşamada ilk olarak tespit etmemiz gereken husus, bir eserin müstehcen olarak değerlendirilebilmesi için, müstehcenliğin eserin tamamına yayılması, hakim unsurun müstehcenlik olması gerekliliğidir.<sup>582</sup> Eser bütünüyle incelendiğinde, esere hakim olan unsurun müstehcenlik olduğu, eserin okuyucunun cinsel duygularını tahrik etme amacıyla kaleme alındığı ve bu hissin ağır bastığı kanaatine varılıyor ise, eserin müstehcen olduğu söylenebilecektir. Bu incelemenin, eserin özelliği, ifade edilen bağlam, yazarın anlatım tarzı, yazarın kimliği, yazılma tarihi, amacı, hitap ettiği kişiler ve yaş kitlesi, eserin muhtemel etkileri, eserin dizaynı, incelenerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir.<sup>583</sup> Eserin müstehcen olup olmadığının kim tarafından tespit edileceği sorusu 765 sayılı mülga TCK döneminden bu yana doktrinde tartışmalı olan bir husustur. Konuya ilişkin doktrindeki genel kabul, bilirkişiye başvurulması gerektiği yönündedir.<sup>584</sup> Bu bağlamda ise karşımıza 1117

<sup>582</sup> Aynı yönde bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, vd., **a.g.e.**, s. 802, Dönmezer, **a.g.e.**, s. 182, Gürelli, **a.g.e.**, s. 579.

<sup>583</sup> Yıldırım, **a.g.e.**, s. 111.

<sup>584</sup> Dönmezer, müstehcenliğin tespitinde bilirkişiye başvurulmasının bilim ve sanat özgürlüğünün teminatı olduğu görüşündedir. (Dönmezer, **a.g.e.**, s. 256) Özel’de müstehcenliğin tespiti ile bilim ve sanat eseri olan içeriğin tespitine ilişkin tartışmaların, müstehcenlik bakımından bir standart

sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nda düzenlenen kurul çıkmaktadır.<sup>585</sup> Öte yandan mahkemenin, uygun gördüğü başka bir bilirkişiyi ataması da söz konusu olabilecektir. Bunun yanı sıra, Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarda eserin müstehcen olup olmadığının tespitine ilişkin olarak birtakım kriterlere yer vermiş olduğu görülmektedir. Buna göre bir eser, estetik değerden yoksun, sadece cinsel dürtüleri harekete geçirme maksadıyla yazılmış, okuyanı edebi duygulardan çok hayvani hislere sürükleyen, toplumun ar ve haya duygularını incitir nitelikte ve sanatsal ve edebi anlamdan yoksun, basit, sıradan ve bayağı nitelikte ise müstehcen kabul edilmelidir.<sup>586</sup>

AYM tarafından konuya ilişkin olarak verilen 26.10.2017 tarihli<sup>587</sup> bir kararda, sanat eserlerinin müstehcen olup olmadığının tespiti yapılırken izlenmesi gereken yol haritası çizilmiştir. Buna göre, ilk olarak yapılması gereken eserin sanatsal ve edebi değerinin olup olmadığını tespit etmektir. AYM tarafından bunu tespit etmekle görevli makam olarak, kamu gücünü kullanan organlar ve derece mahkemeleri gösterilmiştir. Eserin niteliği tespit edildikten sonra bu sefer, sanat eserin toplumun

---

yakalanmadığı müddetçe devam edeceğini, hakimın mesleği gereği müstehcenlik bakımından bir fikrinin olduğu kabul edilse dahi bilim ve sanat hususunda böyle bir kesin kabulün mümkün olmadığı bu nedenle müstehcen olduğu öne sürülen bir eserin bilim ya da sanat eseri olduğu hususunda bir iddia ileri sürülüyor ise tespitın bilirkişi tarafından yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. (Özel, a.g.e., s. 329-330)

<sup>585</sup> 1117 sayılı kanunda açıkça basılmış eserler yönünden muzırlık değerlendirilmesinin Kurul tarafından yapılacağı ve Kurul'un TCK m. 426,427 ve 428. maddeler bakımından resmi bilirkişilik görevini havi olduğu ifade edilmiştir. Kurul, incelemesini 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda yer alan genel amaç ve temel ilkeleri gözeterek gerçekleştirecektir. 1117 sayılı kanunun 6. maddesinde düşünsel, toplumsal, bilimsel, estetik değeri olan sanat eserlerinin kanunun kapsamı dışında kalacağı ifade edilerek Kurul'un denetim yetkisi kısıtlanmış olmakla birlikte, kanunda hangi eserlerin düşünsel, edebi, toplumsal değere sahip olacağı ya da bu belirlemenin kim tarafından yapılacağına yer verilmemiştir. Kurul'un yapılan son değişiklikle birlikte Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı tarafından bakanlık üyelerince oluşturulacağı düşünüldüğünde, eserlerin esas niteliğini saptayacak alanında uzman kişilerden oluşan bir ön kuruldan geçmeksizin doğrudan Kurul'un huzuruna sunulması, bazı durumda düşünsel, edebi, toplumsal değere sahip plan eserler hakkında dahi muzır neşriyat kararı verilmesine neden olmaktadır. Bu durum bazı hallerde bilim ve sanat özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale teşkil edebilmektedir. Yine müstehcenlik suçunun tespiti bakımından inceleme yapan Kurul'da bürokrat kişilerden ziyade özellikle eserin çocuklar üzerinde bıraktığı etkinin tespiti bakımından pedagog, cinsel sağlık uzmanı gibi kişilere yer verilmesi, kanaatimizce ceza adaletinin sağlanması bakımından daha yerinde olacaktır. (Topaç, Gürühan, Aygün, a.g.e., s. 173) 1117 sayılı kanuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için çalışmamızın "1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu" başlıklı bölümüne bakılabilir.

<sup>586</sup> Yargıtay 14. CD., T. 22.1.2013, E. 2012/13054, K. 2013/388. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.05.2019)

<sup>587</sup> AYM/İrfan Sancı, Başvuru No:2014/20168, Karar Tarihi:26.10.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/20168?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=20168>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:20.05.2019.



belirli bir kesimini hedefleyen, değinilen konular hakkında bilgi sahibi olmayan kimselerin duyarlılığını etkileyecek ve incitecek nitelikte olduğu kanaatine varılır ise, bu eserlerin yayımlanması, dağıtılması ve başkalarına verilmesi sırasında çocukların korunmasına ilişkin tedbir alınması gerekmektedir. Bu anlamda hali hazırda alınmış tedbirler var ise, bu tedbirlerin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. AYM, eserin müstehcen olup olmadığının değerlendirmesini yaparken, bütüncül bir yaklaşım izlenmesi gerektiğini vurgulayarak, sanat alanının veya eserin özelliklerinin, müstehcen olduğu değerlendirilen kısımların ifade edildiği bağlamın, yazarın kimliğinin, yazılma zamanının, amacının, hitap ettiği kişilerin kimliklerinin ve estetik anlayışlarının, eserin muhtemel etkilerinin bir arada değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>588</sup>

Kararda yer alan tespitler ışığında görüldüğü üzere, bir eserin sanat ve edebi değere sahip olması eserin her koşulda müstehcen olarak değerlendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira sanat eseri olduğu tespit edilen eserin, toplumun belirli bir kesiminde rahatsızlık uyandıracak kanaatine varılır ise, bu sefer öncelikle çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin alınıp alınmadığının incelenmesi gerekmektedir.<sup>589</sup> Ayrıca eserin çocuk pornografisi olarak addedilecek unsurları içerisinde barındırmaması gerekmektedir. Anılan iki şartın bir arada olması halinde, eser toplumun belirli bir kesiminde rahatsızlık uyandıracak nitelikte bulunsa dahi, sanat eseri olma özelliğini koruyacak ve müstehcen olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak böyle bir durumda, eserin yayım ve dağıtımına ilişkin olarak bazı tedbirler uygulanması mümkün olabilir.<sup>590</sup>

Sonuç itibarıyla kanaatimiz, bir eserin hem sanat özelliği taşıyıp hem de müstehcen olarak değerlendirilebilecek unsurlara sahip olabileceği şeklindedir. Bu durumda, sanat özgürlüğü ve müstehcenlik suçuyla korunan hukuki değer arasında

---

<sup>588</sup> AYM/İrfan Sancı, par. §58.

<sup>589</sup> Söz konusu kararda, Mahkeme tarafından müstehcenlik suçuna ilişkin bazı çıkarımların yapılmış olduğu görülmektedir. Öncelikle, suç ile korunan hukuki değer çocuğun korunması olduğunun altı çizilmiştir. İkinci olarak, yeterli gerekçe gösterilmeksizin edebi değere sahip bir eserin müstehcen olarak kabul edilmesinin ifade, bilim ve sanat özgürlüğüne aykırı olduğu tespit edilmiştir. Son olarak, edebi değere sahip bir eserin müstehcen olabileceği yani sanatla müstehcenliğin bir arada olabileceği kanaatine ulaşılmaktadır.

<sup>590</sup> Bkz. *Kaos Gl/Türkiye* kararı, par§61. (Karar hakkında ayrıntılı bilgi için çalışmamızın AİHS ve AİHM Kararları Bağlamında Müstehcenlik başlıklı bölümüne bakılabilir.)

bir tartım yapılması ve eserde sanatsal mahiyet ağır basıyor ise artık eserin müstehcen olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.<sup>591</sup> Bunun aksine eser doğrudan cinsel duyguları tahrik amacına yönelmiş, cinsel hareketleri kaba, rahatsız edici ve kışkırtıcı bir şekilde ele alıyor ve okuyanda rahatsızlık hissi uyandırıyorsa müstehcen olduğu kabul edilebilir. Müstehcen bir ürünün sanat özgürlüğünden faydalanabilmesi ancak ürünün insan onurunu ihlal etmemesi halinde mümkün olmaktadır. Bu değerlendirme ise belirtildiği şekilde, eserin bütünü dikkate alınarak yapılmalıdır. Eğer bir eserin müstehcen olup olmadığı kanaatine varılamıyor ise artık eserin müstehcen olmadığı kabul edilmelidir. Bu anlamda Özbek tarafından da belirtildiği şekilde şüpheden sanat ve bilim yararlanmalıdır.<sup>592</sup> Aksi durum, anayasal bir hak olan bilim ve sanat hürriyetinin ölçüsüz bir şekilde kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.

## **b. AİHS ve AİHM İçtihatları Kapsamında Müstehcenlik ve Sanat Özgürlüğü İlişkisi**

Sanat özgürlüğü, AİHS’te doğrudan düzenlenen haklardan değildir. AİHM, sanat özgürlüğünü, sanatsal ifadenin de bir ifade türü olduğu gerekçesiyle 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğü<sup>593</sup> kapsamı içerisinde değerlendirmektedir.<sup>594</sup> Bu nedenle ilk olarak ifade özgürlüğü kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

<sup>591</sup> Özen, a.g.e., s. 92; Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 91.

<sup>592</sup> Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, s. 92.

<sup>593</sup> “MADDE 10-

*İfade Özgürlüğü*

*Her kişi ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüş/(kanaat) sahibi olma ve bilgi/(haber) ve düşünceleri edinme ve yayma özgürlüğünü içerecektir. Bu madde devletlerin, radyo, televizyon ya da sinema işletmelerini izin/ruhsat alma koşuluna bağlanmasını engellemeyecektir.*

*Bu özgürlüklerin kullanımı, beraberinde ödevleri ve sorumlulukları getirdiğinden, ulusal güvenlik, ülke/(toprak) bütünlüğü ya da kamu emniyeti yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması başkalarının şöhret ya da haklarının korunması mahrem kaydıyla edinilen bilginin açığa çıkmasının önlenmesi yahut yargı organlarının yetke/(otorite) ve tarafsızlığının korunması/(muhafaza edip sürdürülmesi) için, yasa tarafından öngörülen ve bir demokratik toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilir.”* (Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I.Cilt Bölgesel Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.12)

<sup>594</sup> Ersoy, a.g.e., s. 68. “... 10. madde, özellikle bilgi ve fikir edinme ve yayma özgürlüğü kapsamında, kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikirlerin değiş tokuşuna katılma fırsatı yaratan sanatsal ifade özgürlüğünü de içermektedir. Sanat eserleri yaratan, sergileyen veya dağıtan kişiler demokratik bir

İfade özgürlüğü, bireyin düşüncesini serbestçe oluşturma hakkını garanti altına alan, düşünciyi ifade etme, yayma, başkalarının düşüncelerine ve her türlü bilgiye ulaşmasını sağlayan bir haktır.<sup>595</sup> Bir olgunun ifade özgürlüğü kapsamında korunabilmesi için, öncelikle ifade olarak değerlendirilebilir olması gerekmektedir. Sanatsal ifadeler de bir ifade türü olduğundan, 10. madde kapsamında koruma altına alınmıştır. Bununla birlikte 10. maddenin her türlü ifadeyi koruma altına almadığını da belirtmemiz gerekmektedir. Müstehcen ifadelere ilişkin olarak ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Chaplinsky/New Hampshire*<sup>596</sup> kararında herhangi bir toplumsal değeri bulunmayan ya da diğerlerine nazaran daha az toplumsal değere sahip olan bazı ifade türlerine yer verilmiş olup, müstehcen ifade düşük değerli ifadeler arasında yer almaktadır. Bu tip ifadeler, tamamen koruma dışı bırakılmamakla birlikte diğer ifade türlerine nazaran kuşkusuz daha fazla sınırlandırmaya maruz kalmaktadır.

AİHS’te ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen 10. maddenin ilk fıkrasında hakkın çerçevesi çizilmiştir. Fıkra kapsamında haber veya görüş alıp verme içinde yer alan bilgi toplama, bildirim elde etme gibi eylemler dar anlamıyla düşünciyi açıklama özgürlüğü kapsamında korunmaktayken sözlü, yazılı veya basılı yayın ve eserler dar anlam çerçevesinde değerlendirilerek koruma kapsamı içine alınmıştır.<sup>597</sup> İkinci fıkrada ise ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerine yer verilerek, hakkın çerçevesi çizilmiştir.<sup>598</sup> Buna göre hakkın sınırlandırılma nedenleri ulusal

---

*toplum için büyük önem taşıyan fikir ve görüşlerin yayılmasına katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle Devletin yazarın ifade özgürlüğüne gereksiz müdahalede bulunmama yükümlülüğü söz konusudur.”* Alınak/ Türkiye, Başvuru No:40287/98, Karar Tarihi: 29.03.2005, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68652>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.03.2019.

<sup>595</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, Haydar Burak Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı**, İstanbul, Yazıhane Yayınları, 2004, s. 195. İfade özgürlüğü Anayasa’da Düşünce ve Kanaat Hürriyeti başlıklı 25. madde ile Düşüncüyü Açıklama ve Yayma Hürriyeti olmak üzere iki ayrı madde de düzenlenmiştir. Buna göre, herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir ve kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz yahut bu sebeple kınanamaz. Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti ise yine herkese tanınan bir hak olmakla birlikte düşünce ve kanaat hürriyetinden farklı olarak madde de belirtilen sebeplerden birinin varlığı halinde sınırlandırılabilen bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>596</sup> *Chaplinsky/New Hampshire* kararı, 315 U.S 568, 1942, çev., Bahattin Seçilmişoğlu, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, der. Zühtü Arslan, Liberte Yayınları, Ankara, 2003, s. 152-156.

<sup>597</sup> Ömer Korkmaz, **Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 103.

<sup>598</sup> Zeki Hafızogulları, “İfade Hürriyeti”, Ankara Barosu Dergisi, Y:53, S:3, 1996, s.333,

güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi, sağlık ve ahlakın korunması gibi geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Bu sınırlandırma nedenleri istisnai nitelikte olup, dar yorumlanması gerekmektedir.

İfade özgürlüğü, mutlak haklardan olmayıp, Sözleşmeciler devletlere belirtilen hallerde hakkın sınırlandırılabilmesi noktasında takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak Sözleşmeciler devletler tarafından uygulanacak sınırlandırmalar, AİHM tarafından belirlenmiş bazı sınırlandırma ölçütlerine tabiidir. Bu anlamda Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir yetkisi sınırsız olmayıp, AİHM'in denetiminden geçebilmektedir.

Buna göre sınırlandırmanın öncelikle hukuken öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir.<sup>599</sup> Hukuken öngörülebilirlikten kasıt, sınırlandırmanın kanunla yapılması ve kanunun herkes tarafından ulaşılabilir nitelikte olmasıdır.<sup>600</sup> Ayrıca kanuna aykırı hareketin sonucunun net bir biçimde belirlenebilir ve öngörülebilir olması yani kanunun açık ve kesin olması gerekmektedir. Öte yandan AİHM, hakkın sınırlandırılmasını düzenleyen kanunun, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını aramaktadır.

Bir diğer koşul ise, sınırlandırmanın meşru bir nedene dayalı olmasıdır.<sup>601</sup> AİHM, Sözleşmeciler devletlerin iç hukuklarında vermiş oldukları hakkın sınırlandırması kararlarının elde edilmek istenen meşru amaç ile orantılı olmasını aramaktadır. Diğer bir koşul ise sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli

---

<http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/1996-3-1.pdf>

<sup>599</sup> Turgut Tarhanlı, a.g.e., s. 5. “Mahkemenin görüşüne göre, ‘hukuken öngörülmüş’ olma ifadesinden iki gerek çıkmaktadır. İlki hukuk kendisine ulaşmaya elverişli nitelikte olmalıdır, vatandaş belli bir olaya uygulanabilir hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidir. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek üzere yeterince açık şekilde formüle edilmiş bir norm hukuk olarak mütalaa edilemez; vatandaş belli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekli ise uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir” (Sunday Times/Birleşik Krallık (No.I), Başvuru No:6538/74, Karar Tarihi: 26.04.1976, par. 49, Mehmet Semih Gemalmaz, Haydar Burak Gemalmaz, a.g.e., s.208-209)

<sup>600</sup> Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Düşünce Özgürlüğü” Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 296.

<sup>601</sup> 10. Madde de anılan meşru amaçlar; genel yararı korumaya yönelik sınırlandırma nedenleri, bireylerin haklarını korumaya yönelik sınırlama nedenleri, yargı organının üstünlüğünü ve tarafsızlığını korumaya yönelik sınırlama nedenleri olarak kategorize edilebilir. (Karagöz, a.g.e., s. 103)

olma yani demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmasıdır.<sup>602</sup> Sözleşmede belirtilen bu sınırlamaların dışında AİHM'in kendi içtihatlarıyla ortaya koyduğu birtakım ilkeler de bulunmakta olup, Sözleşmeci devletler tarafından yapılacak sınırlandırmanın içtihatlarla geliştirilen ilkelere de uygun olması gerekmektedir. Bunlar ise; ulusal takdir marjı<sup>603</sup>, ikincillik ilkesi<sup>604</sup> ve ölçülülük ilkesi<sup>605</sup> dir.

Sanat özgürlüğünün insan hakları hukukundaki yansıması sanatsal ifade özgürlüğüdür. Sanatsal ifadelerin çok farklı şekillerde karşımıza çıkabileceği aşıkarak olmakla birlikte, çalışmamızın konusunu müstehcenlik oluşturması nedeniyle konu müstehcenlik barındıran sanatsal ifadelerin AİHS kapsamındaki yeri bağlamında incelenecektir. Müstehcen ifadeler, ahlakın korunması yahut başkalarının şöhreti veya haklarının korunması gerekçesiyle sınırlamaya tabi tutulabilmektedir. AİHM bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanıma eğilimindedir.<sup>606</sup> AİHM, geniş

<sup>602</sup> Demokratik bir toplumda gerekli ifadesi, bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için diğer şeylerle birlikte toplumsal ihtiyaç baskısını karşılamak ve izlenen meşru amaçla orantılı olmak zorunda olduğu anlamına gelmektedir. Demokratik bir toplumun özellikleri *Handyside/Birleşik Krallık* kararında çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık olarak belirtilmiştir. (*Handyside/Birleşik Krallık*, Par. 48-49, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:04.05.2019). Bu anlamda demokratik bir toplumda gerekli olma diğer bir deyişle gereklilik ilkesi, istenilen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından en az müdahalede bulunulan araçla ulaşılması anlamına gelmektedir. Bunu sağlamak için birden çok elverişli araç arasından birey ve kamuya en az zararı olanın seçilmesi gerekmektedir. Örneğin küçüklerin görmesinin sakıncalı olduğu müstehcen ürünlerin yer aldığı bir sergi hakkında doğrudan kapatma kararı vermek yerine serginin küçükler tarafından ziyaret edilmesinin engellenmesinin tercih edilmesi halinde, müdahale gerekli olarak kabul edilebilir. Aksi durum yani sergi hakkında doğrudan kapatma kararı verilmesi, hakkın kullanımına müdahale olarak değerlendirilebilecektir. (Karagöz, a.g.e., s.126.)

<sup>603</sup> Takdir marjı, “ulusal ve toplumsal özelliklerin, ulusal sisteme yönelik geleneklerin, değer yargılarının vb. az veya çok, fakat belli bir ölçüde göz önünde tutulması; Sözleşme hükmünün ihlal edilip edilmediği araştırmasında, -ulusal mercilerin kararları veya işlemleri incelenerek- bunlara tanınan bu takdir alanı sınırlarının aşıkarak ve Sözleşme ile bağdaşmaz şekilde aşıp aşılmadığının denetlenmesidir.” (Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İncelemesi ve Yargılama Yöntemi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 149)

<sup>604</sup> İkincillik ilkesi, ifade özgürlüğünün korunması adına Sözleşmeci devletlere getirilen minimum standarttır. Sözleşmeci devletler bu sınırın altına inmeleri yasak olmakla birlikte, daha üzerine çıkmaları yani daha üstün bir koruma gerçekleştirebilmeleri mümkündür.

<sup>605</sup> Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturmaktadır. Amacı temel hak ve özgürlüklere en üst düzeyde koruma sağlama olan ilke; başvuru aracın, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması (elverişlilik ilkesi), sınırlandırma aracıyla ulaşılmak istenenin orantılı olması (orantılılık ilkesi) ve sınırlandırma aracının sağlanmak istenen amaç yönünden gerekli olması (gereklilik ilkesi) şeklinde üç alt ilkeye ayrılmaktadır. (Metin Yüksel, **Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 21; İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme**, Afa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 105.)

<sup>606</sup> Tarhanlı, a.g.e., s. 12.

takdir yetkisi tanınmasının gerekçesi olarak ise, Avrupa’da mutabakat sağlanmış bir standardın olmamasını göstermektedir. Gerçekten de ahlak kavramı, kültürel çeşitlilik bağlamında toplumlar arasında değişkenlik göstermektedir.

AİHS kapsamında sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin olarak verilen ilk ve en önemli kararlardan biri *Müller/İsviçre* kararıdır.<sup>607</sup> Bu karar, AİHM’nin sanatsal ifade özgürlüğünü Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında korunduğunu açıkça ortaya koyan ilk karar olması nedeniyle önem taşımaktadır.<sup>608</sup> Kararda ulusal hukukta müstehcenlikle ilgili hükümlere yer verilmesi nedeniyle yasayla öngörülme koşulunun sağlandığı, genel ahlakın ve başkalarının haklarının korunması noktasında ulusal mahkemelerin meşru bir amaç doğrultusunda hareket ettiğinin altı çizilmiştir.

Avrupa düzeyinde tek tip ve ortak bir ahlak anlayışından söz edilmesinin mümkün olmadığı, bu anlayışın zaman ve yere göre değişebileceğini belirten AİHM, devletlere bu konuda takdir yetkisi tanındığını ve bu nedenle başvuruya konu olayda Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmediğini, Sözleşmecî devlet tarafından uygulanan tedbirlerin Sözleşme’ye uygun olduğunu tespit etmiştir. AİHM, bir eserin müstehcen olup olmadığı belirlenirken eserin bıraktığı izlenimin bir bütün olarak normal hassasiyete sahip bir vatandaşın ahlaki değerlerini zedeleyip zedelediğine bakılması gerektiğini, bu değerlendirmenin yapılabilmesi için bilirkişi incelemesinin yapılmasının zorunlu olmadığını ifade etmektedir. Bunun yanı sıra *Müller/İsviçre* kararında AİHM tarafından, sanat eserleri ve bu eserleri ortaya koyan kişilerin demokratik bir toplumda fikir alışverişine katkıda bulunduğu, Sözleşmecî devletlerin bu eserlere ve eserlerin yaratıcılarına gereksiz ve abartılı bir şekilde müdahalede

<sup>607</sup> Müller/İsviçre, Başvuru No:10737/84, Başvuru Tarihi: 24.05.1998. Kararın tam metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57487>, (Çevrimiçi) Erişim Tarihi:10.04.2019.

Karara konu olay şu şekilde gelişmiştir: Başvurucu, diğer dokuz sanatçıyla birlikte 1981 yılında “Fri-Art 81” adlı bir sanat galerisi düzenlemiş, başvuru galeriye “Üç Gece-Üç Tablo” adlı 3 resmiyle katılmıştır. Sergi için hazırlanan broşürlerde de bu tabloların fotoğraflarına yer verilmiştir. Tablolarda, erkekler arasındaki oral ilişki, hayvanlarla cinsel ilişki, erekte olmuş haldeki erkek cinsel organları gibi tasvirlerle yer verilmiş, erkekler tamamen çıplak bir şekilde çizilmiştir. Serginin bir diğer özelliği, ücretsiz ve girişlerin herhangi bir yaş sınırına tabi olmamasıydı. Sergiye babasıyla gelen bir kızın tabloları görmesi üzerine aşırı tepki göstermesi ve yine başka bir katılımcının broşürlerde yer alan fotoğrafları görmesi üzerine broşürü parçalaması üzerine savcılık tarafından soruşturma başlatılmış ve yargılamanın neticesinde başvuru sahipleri para cezasına çarptırılmış, ayrıca eserin müsadere edilmesine karar verilmiştir. Bunun üzerine başvuruçular tarafından AİHM’e başvurulmuştur.

<sup>608</sup> Topukçu, a.g.e., s. 576.

bulunarak ifade özgürlüğünü haksız yere kısıtlama cihetine gitmemesi gerektiği sadece lehe olduğu kanaatine varılan, zararsız düşünceler ve ifadelerin değil, devletin veya toplumun bir kısmı için olumsuz olarak değerlendirilebilecek endişe verici, şoke edici ifadelerin de korunması gerektiğinin<sup>609</sup> altı çizilmiştir.<sup>610</sup>

*Handyside/Birleşik Krallık*<sup>611</sup> kararında AİHM, Sözleşmecî devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir ahlak anlayışının olmadığına, ahlaki değerlerin ülkeden ülkeye değişebilir nitelikte olduğuna dikkat çekmektedir. AİHM, bu konuda devletlere takdir yetkisi tanımıştır. Devlet yetkilileri, ahlaki gereklerin içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları yasak ve cezanın gerekliliği hakkında görüş bildirirken uluslararası yargıçlardan daha iyi durumda olacağını ifade ederek, AİHS'in getirdiği korumanın ikincil bir koruma olduğunun altını çizmiştir. AİHM buna gerekçe olarak, Sözleşmecî devletlerin değişen iç hukuklarında tek

<sup>609</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, **Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesine İlişkin İçtihat** çev. Durmuş Tezcan, İzmir, 2002, s. 42. Söz konusu değerlendirmeye *Handyside/Birleşik Krallık* kararında da yer verilmiştir. Bu kararda Mahkeme, 10. maddenin nüfusun belirli bir kesimini rahatsız edebilecek ya da şoke edici olarak değerlendirilebilecek ifadeleri de kapsadığını, bunların çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliğin bir gereği olduğu ve demokratik bir toplumun bunlarsız olamayacağını belirtmektedir. (Ersoy, a.g.e., s. 72)

<sup>610</sup> Sanatsal ifade ile genel ahlak arasında yapılan tartım neticesinde Mahkeme, Müller/İsviçre kararında açıkça genel ahlakı korumaya daha üstün bir değer olarak kabul etmiştir. Karara ilişkin kanaatimiz, Sözleşmecî devlet tarafından uygulanan yaptırımın korunmak istenen hukuki değere kıyasla orantılı olmadığı yönündedir. Bu anlamda serginin tümünden kapatılması yerine, girişlerin ücretli olması ya da sergiye 18 yaşından küçük kişilerin girişinin engellenmesi gibi tedbirler, korunmak istenen amaca daha uygun olacak idi.

<sup>611</sup> *Handyside/Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1976. Kararın orijinal metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 02.04.2019. Karara konu olay; Yayınevi sahibi olan başvurucu tarafından yayınlanan "Küçük Kırmızı Ders Kitabı" adlı kitapta, "Öğrenciler" başlıklı bölümde seks ile ilgili 26 sayfalık bir bölüm yer almaktadır. Bu bölümde orgazm, mastürbasyon, cinsel rüyalar, sevişme, pornografi, iktidarsızlık gibi pek çok konuya değinilmiştir. Birleşik Krallık Mahkemesi eserin müstehcen olduğu gerekçesiyle el koyma, hak kaybı, imha kararı ve para cezasına çarptırılma kararı vermiştir. Bunun üzerine yayınevi sahibi tarafından ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurulmuştur. (Kararın Türkçe metni için bkz. <https://www.rtuk.gov.tr/emsal-aihm-kararlari/3724/3934/emsal-avrupa-insan-haklari-mahkemesi-kararlari.html>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.05.2019). Söz konusu kararla Mahkeme, ahlakın korunması hususunda sözleşmecî devletlere geniş bir takdir yetkisi bırakmakta ve özellikle çocuklar söz konusu olduğunda daha ihtiyatlı davranılması gerektiğinin altını çizmekle birlikte, ifade özgürlüğünün çoğulcu ve hoşgörülü demokratik toplumların vazgeçilmez bir unsuru olduğunu, ifade özgürlüğü hakkının sadece lehte olduğu değerlendirilen ya da zararsız, ilgilenmeye değmez görülen düşünceler için değil, Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanması gerektiğinin altını çizmektedir. (Cengiz Gül, Seher Çakan, "AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XII, S.1, 2018, s. 369.)



biçimli bir Avrupa ahlak kavramının bulunmasının mümkün olmaması ve Sözleşmecı devletlerin iç hukuklarında ahlaki gereklere yaklaşımının zamana ve yere göre değişkenlik göstermesini işaret etmektedir.<sup>612</sup>

AİHM hakkın sınırlandırma nedeni olarak belirlenen ahlak konusunda, devletlere geniş ancak sınırsız olmayan bir takdir alanı öngörmektedir.<sup>613</sup> Buna göre AİHM ulusal mahkemelerin yerini almaktan ziyade, mahkemelerin takdir yetkisini kullanarak vermiş oldukları kararın Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olup olmadığını denetleyecektir. Bu anlamda AİHM, Sözleşmecı devletlerin müdahale şeklinde ele aldıkları önlemleri haklı göstermek adına ortaya koydukları gerekçelerin 10. maddenin 2. fıkrası bakımından uygun ve yeterli olup olmadığına karar vermektedir.<sup>614</sup> Kararda ayrıca ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin bazı ödev ve sorumluluklara haiz olduğu ve demokratik bir toplumda gerekli olan yasak ve cezaların ahlakın korunması amacına yardımcı olup olmadığı değerlendirilirken bu kişilerin görev ve sorumluluklarının bulunduğu hususunun da görmezden gelinemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>615</sup> AİHM, kitapta baştan çıkartma ve ayartma eğilimine yer verildiği, kitabın doğrudan çocukları hedeflediği ve 12-18 yaş arası çocukların anlayabileceği bir dilde kaleme alınmakla birlikte kitapta alternatif görüşlere yer verilmediği, kitabın bu haliyle insana sorumluluk ve sınırlılık duygusu sağlayan aile, kilise, gençlik örgütleri gibi etkenlerin gücünü zayıflattığını tespit etmiştir. Buradan hareketle AİHM'nin çocuklar söz konusu olduğunda Sözleşmecı devletlerin daha ihtiyatlı davranması gerektiği görüşünü paylaştığı söylenebilir. Ayrıca AİHM, başvurucunun söz konusu kitabın yaygın bir şekilde dolaşımının sağlanmasını hedeflemesine dikkat çekmiştir. Sonuç itibarıyla AİHM, somut olayda 10. maddenin ihlal edilmediği ve yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır.

---

<sup>612</sup> Karagöz, a.g.e., s. 146.

<sup>613</sup> Mahkeme, Scherer/İsviçre kararında ise Sözleşmecı devletlerin yetişkinlerin müstehcen içeriklere maruz kalmaması ve ahlaki değerlerinin korunmasına yönelik genel bir endişe içerisinde olamayacaklarını, başvuruya konu filmin çocukların görebileceği bir yerde sergilenmediğini ve yetişkinlerin de ancak rızaları dahilinde yani bilerek bu filmi izleyebileceklerini tespit etmiş ve Sözleşmecı devlet tarafından yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 10. Maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. (Scherer/İsviçre, Karar Tarihi: 25.03.1994, Başvuru No:17116/90, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57872>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:01.05.2019)

<sup>614</sup> Handyside/Birleşik Krallık, par.50.

<sup>615</sup> Ertaş, a.g.e., s. 200.



*X, Z/Federal Almanya Cumhuriyeti*<sup>616</sup> kararında ise başvuruya konu yayının gençleri aşırı şekilde tahrik edeceği ve ergenlik çağındaki olan gençlerin cinsel arzularını yanlış yola sevk etmek suretiyle kötü bir şekilde yönlendirecek bir niteliğe sahip olduğu, bu nedenle yayına ilişkin Sözleşmeciler devlet tarafından verilen kararın gençlerin ahlaklarını korumak için gerekli olduğu gerekçesiyle başvurunun komisyon aşamasında reddine karar vermiştir. Aynı şekilde *X, Y, Z/Belçika*<sup>617</sup> kararında komisyon, Sözleşme tarafından getirilen koruma mekanizmasının ulusal sistemlerin altında olduğunu vurgulayarak başvuru sahiplerinin kurduğu dernek içerisinde üyeler arasında dolaştırılan ahlaksız yayınlara ilişkin olarak Sözleşmeciler devlet tarafından verilen kararın AİHS'e aykırı olmadığına karar vererek başvurunun komisyon aşamasında reddine karar verilmiştir.

Müstehcenlik ile sanatsal ifade özgürlüğü arasındaki bağlantının tespiti açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer karar ise *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya*<sup>618</sup> kararıdır. AİHM bu kararda demokratik toplumun çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirliliği gerektirdiği ve aksi halde var olamayacağını, sanatsal çalışmaların fikirlerin ve düşüncelerin dolaşımını sağladığı ve bunun demokratik toplumun en temel gerekliliklerinden biri olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre devletin üzerindeki sorumluluk, ifade özgürlüğüne haddinden fazla el uzatmamak olmakla birlikte bu sanatçılar ve çalışmaları sınırsız bir dokunulmazlığa sahip değildir. Başvuruya konu olayda yer alan tablonun hiçbir sınırları içerisinde kaldığı,

<sup>616</sup> X, Z/Federal Almanya Cumhuriyeti Kararı, Başvuru No:6782/74 ve 6784/74. (Fu Te Liao, "The Right To Freedom Of Expression and The Protection Of Health and Morals- The Jurisprudence of The European Convention On Human Rights", *Eur America*, Vol 30, no.1, Mart, 2000, s.170)

<sup>617</sup> X, Y, Z/Belçika Kararı, Başvuru No:6782/74, Karar Tarihi:01.03.1977.

<sup>618</sup> Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya Kararı, Başvuru No: 68354/01, Karar Tarihi: 25.04.2007. Kararın orijinal metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79213>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:04.05.2019. Karara konu olay şu şekildedir; Başvurucu Vereinigung Bildender Künstler adlı bir sanatçı derneğidir. Dernek, 100. yıl şerefine "Sanatsal Özgürlüğün Yüzyılı" başlıklı halka açık, ücretsiz bir sergi düzenlemiştir. Sergilenen eserler arasında Otto Mühl anısına hazırlanan Rahibe Teresa, Avusturya Kardinali, Avusturya Liberal Partisi'nin lideri kişiler, seks pozisyonu içerisinde gösterilmektedir. Serginin açılmasından sonra gazetelerde ilgili resimden duyulan rahatsızlığın anlatıldığı haberlere yer verilmiştir. Bir sonraki gün ise serginin ziyaretçilerinden biri tarafından kırmızı bir boya ile esere zarar verilmiştir. Bay Meischberger, tabloda anılan siyasetçilerden biri olup, tablo hakkında mahkemeye başvurmuştur. Viyana İstinaf Mahkemesi, söz konusu tablonun sanatsal özgürlüğün sınırlarını aştığı, kişinin toplumsal konumunu küçük düşürücü nitelikte olduğu gerekçesiyle Bay Meischberger'e tazminat ödenmesi ve kararın özetinin iki gazetede yayımlanmasına karar vermiştir. Dernek tarafından bu kararın ifade özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale oluşturduğu kanaatiyle AİHM'e başvurulmuştur.

özellikle siyasetçilerin bu tarz eleştirilere karşı daha toleranslı olması gerektiğinin altını çizen AİHM, ulaşılmak istenen amaç ile müdahalenin orantısız olduğunu ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığını belirterek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>619</sup>

*Akdaş/Türkiye*<sup>620</sup> kararında ise AİHM, sanatsal ifade özgürlüğü ile müstehcenlik arasındaki bağlantıyı anılan diğer kararlardan daha farklı bir şekilde incelemiştir. Buna göre kararda eserin yayımlandığı tarihten bu yana yüzyıldan fazla zaman geçmiş olması, bu süre içerisinde birçok ülkede ve çeşitli dillerde yayınlanmış olması, yazarın uluslararası bir üne sahip olması ve eserin Avrupa Edebi Mirası'nın bir parçası olmasına dikkat çekilmiş ve Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir yetkisinin, Avrupa Edebiyat Mirası'nın parçası olan bir esere kendi dilinde ulaşılmasına engel olunması anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır. Bu tespitlerle birlikte AİHM, olayın meydana geldiği dönemde yürürlükte olan mevzuatın uygulanmasının zorunlu bir sosyal ihtiyaca yanıt vermeyi amaçlamadığı, müdahalenin meşru amaçla orantılı olmadığı gerekçeleriyle demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatine ulaşarak AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Buradan hareketle kararda AİHM'in ahlakın korunması karşısında sanat özgürlüğüne ağırlık verilmiş olduğu söylenebilir.<sup>621</sup> Kararda dikkat çekici olan hususlardan biri, *Handyside/Birleşik Krallık* ve *Müller/İsviçre* kararlarında hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespitinde göz önüne alınan eserin bir sanat eseri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve yayımlandığı dönemde çocukların erişimine sunulup sunulmadığı gibi hususları incelememiş olmasıdır.

<sup>619</sup> “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Vereinigung Bildender Künstler (Avrupa Plastik Sanatçılar Birliği) /Avusturya”, Çev., Barış Günaydın, Eren Güler, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:87, Ankara, 2010, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-619>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:04.06.2019.

<sup>620</sup> Akdaş/Türkiye Kararı, Başvuru No:41056/04, Karar Tarihi:16.02.2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161487>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:04.03.2019. Karara konu olay: Başvurucu, Hades Yayınevi'nin editörü olup, 1999 yılında Fransız yazar Guillaume Apollinaire'nin Les onze mille verges adlı romanını On Bir Bin Kırbaç adıyla Türkçeye çevrilmiş halini yayımlamıştır. Söz konusu çeviriye ilişkin olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatılmış, İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi, 26.09.2000 tarihinde başvuranın cezalandırılmasına ve toplanan kitapların imha edilmesine karar verilmiş ve karar Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir.

<sup>621</sup> Tarhanlı, a.g.e., s. 8.

*Akdaş/Türkiye* kararında AİHM’in hakkın ihlal edilip edilmediğini incelerken başvuruya konu eserin Avrupa Edebi Mirası olarak kabul edilmesine çekmiş olduğu dikkat, beraberinde bazı soruları da getirmektedir. Örneğin, Avrupa Edebi Mirası olarak görülen bir eserle birebir aynı içerik ve özelliğe sahip olan ancak Avrupa Edebi Mirası olarak değerlendirilmeyen bir eserin müstehcenlik suçu karşısındaki durumu ne olacaktır?<sup>622</sup> Ya da bir eser hangi koşulların varlığı halinde Avrupa Edebi Mirası’na ait bir eser olarak kabul edilmelidir?<sup>623</sup> Zira AİHM tarafından bu kararla, Sözleşmeciler devletler yönünden adeta bir hukuka uygunluk sebebi oluşturulmuştur.<sup>624</sup> Buna göre Sözleşmeciler devletlerin, bir eserin müstehcen olup olmadığını değerlendirirken aynı zamanda eserin Avrupa Edebi Mirası olarak kabul edilip edilmediğini de göz önünde tutmaları gerekmektedir.

AİHM, Sözleşmeciler devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olduğunu kabul ettiği durumlarda incelemesini genellikle ulusal mahkeme tarafından verilen kararın gerekçesinin yeterince makul olup olmadığına dair bir inceleme yapmakla sınırlı tutmaktadır. *Kaos GL/Türkiye*<sup>625</sup> kararında ise AİHM daha farklı bir yaklaşım izleyerek kararın gerekçeli olmadığını belirttikten sonra somut olayın esasına girmiştir. AİHM, başvuruya konu derginin içeriğinin LGBT topluluğuna yönelik toplumun belirli bir kesimini hedefleyen spesifik bir yayın olduğunu kabul etmiş ve dergi özelinde küçüklerin korunması adına bazı önlemlerin alınabileceğini kabul ederek bu savını örneklendirmiştir.<sup>626</sup> AİHM’e göre, derginin tüm basılı örneklerine el koymak yerine, 18 yaş altına satma yasağı, derginin 18 yaş sınırını belirten özel bir ambalaj içerisinde satılması ya da derginin özel abonelere satışa sunulması gibi yollar tercih edilebilirdi. AİHM’e göre Sözleşmeciler devlet tarafından, derginin tüm basılı örneklerine 5 yıl boyunca el konulması şeklinde uygulanan tedbirin orantısız

<sup>622</sup> Maris Burbergs, “What is European Literary Heritage?”, <https://strasbourgobservers.com/2010/04/13/what-is-the-european-literary-heritage-2/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:06.05.2019.

<sup>623</sup> Antoine Buyse, “Literary Heritage Judgement-A Novel By Appolinaire”, <http://echrblog.blogspot.com/2010/02/literary-heritage-judgment-novel-by.html>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:06.05.2019.

<sup>624</sup> Ertaş, a.g.e., s. 213.

<sup>625</sup> Kaos GL/Türkiye, Başvuru No: 4982/07, Karar Tarihi: 22.11.2016, Par. §60-61, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172086>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019.

<sup>626</sup> Atagün Mert Kejanlıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Sanatsal İfade Özgürlüğü”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s. 123.

bir müdahale oluşturmakta olup, demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bu anlamda AİHM, Sözleşmecî devletlerin toplumun bazı kesimleri tarafından rahatsız edici olarak değerlendirilebilecek bir içerik hakkında genel ahlakın korunması bağlamında bir tedbir uygularken tedbirin ölçülü olmasına dikkat etmesi gerektiğini, daha hafif müdahaleler ile sonuca ulaşılabilir iken hakkın kullanılmasını tamamen engelleyecek müdahalelerden kaçınılması gerektiğinin altını çizmektedir.

Görüleceği üzere AİHM tarafından Kaos GL/Türkiye kararında, öngörülen amaçla benimsenen araç arasındaki dengenin sınırları açıkça çizilerek ayrıntılı bir ölçülülük denetimi yapılmış, Sözleşmecî devlete diğer kararlarda olduğu gibi geniş bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Sözleşmecî devletlere tanınan takdir payının, seneler içerisinde konsensüs oluşan alanlarda daraldığını söylemek mümkündür.<sup>627</sup> Bu anlamda Mahkemenin sanatsal ifade özgürlüğü ve ahlakın korunması arasında yapmış olduğu denge tartımında terazinin kefesinin zaman içerisinde sanatsal ifadenin korunmasına kaydığı görülmektedir.

Yukarıda anılan kararlardan da anlaşılacağı üzere AİHM, ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve gelişimi için esaslı koşullardan ve demokratik toplumun ana temellerinden biri olduğunu kabul etmekte, bu hakkın sadece lehe olduğu düşünülen, zararsız düşünceler yönünden değil, aynı zamanda toplumun bir bölümü tarafından rahatsız edici bulunan, çarpıcı gelen, şok edici olarak görülen ifadeler için de uygulanması gerektiğinin altını çizmektedir. Sanat özgürlüğünü, ifade özgürlüğü bağlamında değerlendiren ve ifade özgürlüğü bakımından düzenlenen sınırlandırmaların sanat özgürlüğü bakımından da geçerli olduğunu kabul eden AİHM, önüne gelen olaylarda incelemesini 10. madde üzerinden gerçekleştirmiştir. AİHM tarafından verilen kararlarda sanat eserlerinin demokratik toplumların gelişimi için çok önemli olduğunu vurgulanmakta ve devletlerin sanat özgürlüğüne müdahalede bulunurken hassas davranılması gerektiğinin altı çizilmektedir.

---

<sup>627</sup>Paul Contrears, “National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights”, *Northwestern Journal Of International Human Rights*, C. 11, S.1, 2012, s. 53.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden biri olarak kabul edilen genel ahlak konusunda, Sözleşmeciler devletler arasında ortak kabul görmüş bir genel ahlak anlayışının bulunmadığından hareketle AİHM, Sözleşmeciler devletlerin geniş bir takdir yetkisinin olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu kabul, hakkın ölçsüz bir şekilde sınırlandırılabilceğı anlamına gelmemektedir. AİHM, Sözleşmeciler devletler tarafından uygulanan sınırlandırmayı müdahalenin kanuni olup olmadığı, meşru bir amacının bulunup bulunmadığı, demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı, kanunda öngörülen cezanın meşru amaçla orantılı olup olmadığı yönünden incelemekte ve böylelikle hakkın ihlal edilip edilmediğini tespit etmektedir. Bu inceleme yapılırken sanat eseri olduğu öne sürülen materyaller, bütüncül bir yaklaşımla incelenmeli ve sanat özgürlüğü ile genel ahlak vb. sınırlandırma nedenleri arasında değer tartımı yapılırken, diğer hakkın ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde hareket edilmemelidir. Bu anlamda Sözleşmeciler devletler tarafından verilecek kararlar sanatsal ifade özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğurmamalı, sanatsal ifadenin ortaya çıkaracağı düşünülen zararlar öncelikle hakkın özüne dokunmayan yollarla giderilmeli, zararı ortadan kaldırmak adına sanatsal içerikteki ifadeye zarar verilmemelidir.<sup>628</sup>

Bilimsel araştırma ve sanat özgürlüğü gibi toplumun gelişmesinde büyük pay sahibi olan özgürlüklerin kısıtlanması söz konusu olduğunda kanun koyucu ve mahkemelerin hassasiyetlerini en yüksek düzeye çıkarmaları gerekmektedir.<sup>629</sup> Zira sanatçının cezalandırılma korkusu olmaksızın üretimde bulunması yaratıcılığı sağlamaktadır. Bu nedenle sanatçının eserini meydana getirirken ifade özgürlüğüne kamu makamlarınca müdahale edilmesi, ancak hayati sebeplerin yani korunması ifade özgürlüğüne göre öncelik arz eden başkaca bir hakkın varlığı halinde söz konusu olmalıdır.<sup>630</sup>

### III. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULLERİ

<sup>628</sup> David Pannick, “Article 10 of the European Convention on Human Rights”, **Pressing Problems in the Law**, ed. P. Birks, vol. 1, Oxford: Clarendon Press, 1995, s.120; David Pannick, “Article 10 of the European Convention on Human Rights”, **King’s College Law Journal**, 1993-1994, s. 44-49.

<sup>629</sup> Melike Batur Yamaner, “Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001, s. 125.

<sup>630</sup> y.a.g.e., s. 125.

## A. Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı olarak iki farklı yaptırım türü düzenlenmiştir. Bunlar; ceza ve güvenlik tedbirleridir. Bu kapsamda TCK m. 226'da yer alan suçların, kanun koyucu tarafından suçun ağırlığına göre farklı cezalara hükmedilebilir şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu bakımdan TCK m. 226/1'in cezası; altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası iken TCK m. 226/3'ün birinci cümlesi bakımından suçun cezası beş yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası; TCK m. 226/4 bakımından ise bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası şeklindedir. Suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK m. 226/2 bakımından suçun cezası altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ve TCK m. 226/5 yönünden ise altı yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası olarak tespit edilmiştir. Kanun koyucu, madde içerisinde düzenlenen suçlara konu hareketler ile kazanç elde edilebileceği kanaatiyle hapis cezasının yanı sıra adli para cezası düzenlemesine de yer vermiştir.<sup>631</sup> Hakim, maddede belirtilen alt ve üst sınırlar arasındaki temel hapis ve adli para cezalarını, TCK m. 61'de düzenlenen hususları göz etmek kaydıyla belirleyecektir. 765 sayılı TCK döneminde ise müstehcenlik suçunun cezası yalnızca adli para cezası olarak belirlenmiş olup, suçun işlenmesi halinde hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilememektedir.

TCK'da birden fazla güvenlik türü düzenlenmiş olmakla birlikte, müstehcenlik suçu bakımından uygulanabilir olan, müsadere ve tüzel kişilere ilişkin güvenlik tedbirleridir. 765 sayılı TCK döneminde eşya müsaderesi, müstehcenlik suçunun düzenlendiği TCK m. 427/2 ile ayrıca düzenlenmiştir. İlgili dönemde söz konusu özel düzenleme gereği müstehcen ürünlerin müsaderesinde genel hüküm niteliğinde olan m. 36'nın değil, TCK m. 427/2'nin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>632</sup> 5237 sayılı TCK'da ise müsadere, kanunun genel hükümlerinde düzenlenmiş

---

<sup>631</sup> Baytemir, **a.g.e.**, s. 1222; Ali Parlar, Meltem Banko, **6545 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Cinsel Suçlar**, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 531.

<sup>632</sup> Kaymaz, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 243.

olduğundan madde metni içerisinde ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>633</sup> Koşullarının mevcut olması halinde müsadere için tüm şekillerinin TCK m. 226 bakımından uygulanması mümkündür.<sup>634</sup>

Bir diğer müsadere şekli ise, tüzel kişiler hakkında uygulanacak olan güvenlik tedbirleridir. Tüzel kişiler hakkında TCK m. 20/2 gereği sadece özel olarak kanunda düzenlenmiş olması halinde güvenlik tedbirleri uygulanabilmektedir. Bu anlamda TCK m. 226/6'da müstehcenlik suçu bakımından tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanacağı ayrıca belirtilmiştir. Bu tedbirler, TCK m. 60'da düzenlenmekte olup, müstehcenlik suçunun tüzel kişiler tarafından işlenmesi halinde faaliyet izninin iptali ve müsadere olmak üzere iki tür güvenlik tedbiri uygulanabilir.<sup>635</sup> Tüzel kişiler aleyhine müsadere uygulanabilmesi için suçun özellikle tüzel kişinin yararına gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.<sup>636</sup> Tüzel kişi hakkında uygulanabilecek tedbirler, fiile nazaran daha ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikte ise, TCK m. 60/3 gereği hakim tüzel kişiler hakkında bu tedbirlerin uygulanmamasına da karar verebilmektedir.

Verilecek cezanın 2 yıl veya daha altında olması, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan hüküm giymemiş olması, hakimde bir daha suç işlemeyeceğine ilişkin kanaat

<sup>633</sup> TCK'nın 54. ve 55. maddelerinde iki farklı müsadere türüne yer verilmiş olup bunlar, eşya ve kazanç müsaderesidir. Eşya müsadresi; kasten işlenmiş bir suçun varlığı, müsadereye konu eşyanın suçla irtibatlı olması, eşyanın iyi niyetli 3. kişiye ait olmaması halinde hakkaniyet ilkesine uygun olarak uygulanmaktadır. Kazanç müsadresi ise, kasten işlenmiş bir suçun varlığı, suçla ilgili olarak maddi bir menfaat elde edilmiş olması, kazancın iyi niyetli 3. kişilere ait olmaması, maddi menfaatin suç mağduruna iade edilememesi halinde söz konusu olmaktadır. Ayrıca kanunda müsadereye konu eşyanın müsadresinin imkansız olması halinde eşya değeri kadar kazancın müsadresi anlamına gelen eşdeğer müsadere ve suça konu eşya ya da maddi değer ele geçirilememesi halinde oluşan değer müsadresi anlamına gelen kaim değerlerin müsadresi düzenlenmiştir. (Mustafa Paksoy, "Yargıtay Kararları Işığında Türk Hukukunda Müsadere", **Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, 2015, s. 85-95) Kazanç müsadresi, müstehcen ürünün ithalat ve ihracatı gibi ticaretinin yapılması halinde elde edilen gelirin müsadere edilmesi şeklinde karşımıza çıkabilir.

<sup>634</sup> Özbek, **a.g.e.**, s. 98. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 14. CD., T. 22.1.2015, E. 2013/11634, K. 2015/479, Yargıtay 14. CD., T. 13.1.2015, E. 2013/2042, K. 2015/131, Yargıtay 14. CD., T. 01.04.2014, E. 2012/5250, K. 2014/4282. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.03.2019). İçinde müstehcen unsurlar barındırdığı kanaatine varılan bir eser hakkında müsadere hükümleri uygulanırken öncelikle müstehcen olduğu kabul edilen bölümlerin çıkarılması ve bu haliyle bütünlüğünü kaybedip etmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Eser, ilgili bölümler çıkarıldıktan sonra da bütünlüğünü koruyor ise tamamının müsadere edilmesi ölçüsüz olacaktır. Aynı yönde bkz. Yargıtay 5. CD., T. 19.6.1984, 2182/2801. (Otacı, **a.g.e.**, s. 245)

<sup>635</sup> Hafizoğulları, Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar**, s. 351.

<sup>636</sup> Özgenç, **a.g.e.**, s. 856-857.

uyandırması, sanığın kabulü, suç neticesinde bir zarar meydana gelmiş ise doğan zararın giderilmesi gibi<sup>637</sup> koşulların meydana gelmesi halinde 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen HAGB gündeme gelmektedir. Bu anlamda özellikle TCK m. 226/1 yönünden diğer koşulların varlığı halinde HAGB kararı verilmesi mümkündür.<sup>638</sup> Verilen cezanın 1 yıldan az olması halinde ise bu sefer ceza TCK m. 50'de düzenlenen seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir. Ayrıca daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı 3 aydan daha fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olma, mahkemede tekrar suç işlemeyeceği yönünde bir kanaat oluşturma, işlenen suça ait mahkumiyetin 2 yıl veya daha az süreli hapis cezası olması gibi şartların bir arada olması halinde TCK m. 51'de düzenlenen erteleme kurumu da müstehcenlik suçu için gündeme gelebilir. Erteleme kurumu, HAGB'den farklı olarak sadece hapis cezaları yönünden uygulanabilmektedir. Bu bakımdan müstehcenlik suçu, hapis cezası ve adli para cezasına aynı anda hükmedilecek şekilde düzenlendiğinden mahkeme, sadece hapis cezası yönünden erteleme kararı verebilmektedir.<sup>639</sup>

Uzlaştırma, kural olarak şikayete tabi suçlar ile CMK m. 253'de düzenlenen diğer bazı katalog suçlar bakımından mümkün olmaktadır. Ancak madde içerisinde 2016 yılında yapılan bir değişiklikle birlikte mağdurun ya da suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması durumunda suça sürüklenen çocuklar bakımından verilecek cezanın üst sınırının üç yılı geçmediği suçlar uzlaştırmaya tabi kılınmıştır. Bu kapsamda müstehcenlik suçunda TCK m. 226/1 ve TCK m. 226/2'de düzenlenen suçlar yönünden verilecek cezanın üç yılı aşmaması ve failin çocuk olması halinde suçlar uzlaştırmaya tabi olacaktır.

---

<sup>637</sup> “Sanığa yüklenen müstehcenlik suçundan dolayı uğranılan ve tazmini gereken bir zarar bulunmadığı gibi sanık tarafından giderilmeyen zararların nelerden ibaret olduğu karar yerinde açıklanmadan “mağdurun zararlarının giderilmemiş olması ve halen şikayetçi olması” biçimindeki dosya içeriğine uygun olmayan gerekçeyle, başka yasal ve yeterli neden de gösterilmeden sanık hakkında 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi” (Yargıtay 5. CD, T.15.06.2009, E. 2009/5697, K. 2009/7296, Hasan, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 6791)

<sup>638</sup> Yargıtay, mahkemelerce verilen HAGB kararlarının, kanuni dayanaklı ve yeterli gerekçeye sahip olması gerektiği görüşünde olup, aksi yönde verilen kararları bozma nedeni olarak değerlendirmektedir. Konuya ilişkin kararlar için bkz. Yargıtay 14. CD., T. 28.1.2014, E. 2012/9702, K. 2014/1006, Yargıtay 14. CD., T. 24.9.2012, E. 2011/6455, K. 2012/8870. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.03.2019).

<sup>639</sup> Haluk Çolak, Uğurtan Altun, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cezaların Ertelenmesi”, **Adalet Dergisi**, S. 26, 2006.



## B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Madde kapsamında düzenlenen suçlar, şikayete tabi olmadığından soruşturma ve kovuşturulması Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından re'sen yürütülecektir.<sup>640</sup>

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun'da 18.06.2014 tarihinde yapılan değişiklikten evvel, TCK m. 226/1'de düzenlenen suça bakmakla görevli mahkeme, Sulh Ceza Mahkemesi iken, kanunda yapılan değişiklik sonrası TCK m. 226 kapsamındaki tüm suçlar yönünden görevli mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesi olmuştur.<sup>641</sup>

Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde 5187 sayılı Basın Kanunu'nun alanına giren hallerde m. 27 gereği görevli mahkeme yine Asliye Ceza Mahkemesidir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 26. maddesi gereği, suçun çocuk tarafından işlenmesi halinde ise görevli mahkeme, Çocuk Mahkemeleri olmaktadır.

Suçun işlendiği yerin tespiti, özellikle internet aracılığıyla işlenmesi halinde sorunlu olabilmektedir. Zira günümüzde başta çocuk pornografisi olmak üzere müstehcen ürünlerin dağıtımı internet ortamında gerçekleştirilmektedir. Bu anlamda söz konusu müstehcen ürün dünyanın pek çok yerinde aynı anda yayınlanabilme, özelliğine sahiptir. Bu da suçun işlendiği yerin tespiti ve hangi ülke ceza kanunlarına göre yargılama yapılacağı noktasında tartışma yaratmaktadır. Konu TCK bakımından değerlendirildiğinde karşımıza TCK m. 8 kapsamında mülklik ilkesi çıkmaktadır. Bu anlamda failin Türk vatandaşı olmaması önem taşımamakta olup, suçun hareket veya neticelerinden birinin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suçun işlendiği yer Türkiye kabul edilecektir. İnternet ağının kökeni Türkiye'de ise yani veri girişi

<sup>640</sup> Malkoç, **a.g.e.**, s. 3693

<sup>641</sup>“Bilirkişi raporunda sanığın satışa sunduğu ileri sürülen CD’lerde şiddet kullanılarak, hayvanlarla ve doğal olmayan yollardan yapılan cinsel davranışlara ilişkin görüntülerin yer aldığı bildirilmesi karşısında, eylemin 5237 sayılı TCK.nun 226/4 maddesinde yer alan suçu oluşturabileceği ve bu suçtan dolayı yargılama yapılarak delillerin değerlendirilmesi ve suç vasfının belirlenmesi görevinin Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak 5235 sayılı yasanın 11., geçici 1. ve CMK.nun 4. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” (T. 21.01.2008, E. 2007/14274, K. 2008/56, Baytemir, **a.g.e.**, s. 657)

Türkiye’den yapılıyor ise suç, Türkiye’de işlenmiş sayılmaktadır. Ayrıca yurtdışından gönderilmiş olsa dahi, hukuka aykırı içeriğin Türkiye’de kurulu bir sunucu üzerinde dosyalanması, görüntüye Türkiye’deki bir bilgisayarın internet sunucuları üzerinden ulaşılması halinde suçun işlendiği yer, Türkiye kabul edilecektir.<sup>642</sup> Genel yetkili mahkeme ise, suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Müstehcenlik suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde 5271 sayılı CMK m. 12 gereği, yetkili mahkeme eserin yayım merkezi olan yer mahkemesidir. Eser birden çok yerde basılmış ve suç eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmiş ise, eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir. Ayrıca görsel ve işitsel yayınlar yönünden, suça konu yayın, mağdurun yerleşim yerinde ya da oturduğu yerde işitilmiş ya da görülmüş ise o yer mahkemesi de yetkili olmaktadır.

### **C. Zamanaşımı**

Dava zamanaşımı süreleri, TCK’nın 66. maddesinde düzenlenmektedir. Bu anlamda TCK m. 226/1, nitelikli hali olarak değerlendirilen TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/4 yönünden dava zamanaşımı süresi 8 yıldır. Fail, suçu işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş olup 18 yaşını doldurmamış ise sürenin üçte ikisinin geçmesiyle birlikte kamu davası düşmekte ve zamanaşımına uğramaktadır.<sup>643</sup> TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/5 bakımından ise dava zamanaşımı süresi 15 yıldır.

TCK m. 68 gereği ceza zamanaşımı TCK m. 226/1, TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/4 yönünden 10 yıl olup, fail fiilini işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış ise bu sürenin yarısı, yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış ise sürenin üçte ikisinin geçmesiyle birlikte ceza infaz edilmeyecektir. TCK m. 226/3 ve nitelikli hali bakımından ise ceza zamanaşımı 20 yıldır.

<sup>642</sup> Özbek, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, s. 127.

<sup>643</sup> Öztürk, a.g.e., s. 266.



## SONUÇ

“Müstehcenlik Suçu” başlıklı çalışmamızda TCK’nın 226. maddesinde düzenlenen suç, tüm yönleriyle ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda müstehcenlik kavramından ne anlaşılması gerektiği, kavramın ceza hukukundaki yeri, sınırları, nelerin müstehcen olarak değerlendirilip nelerin değerlendirilmemesi gerektiği ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ilk olarak müstehcenlik kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusu üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda kavramın sınırları, nelerin müstehcen olarak değerlendirilip nelerin değerlendirilmeyeceği doktrin ve yargı içtihatları ışığında incelenmiştir. Devamında ise müstehcenlikle yakından ilişki içerisinde olan genel ahlak, hayasızca hareket,

cinsellik gibi kavramlar incelenmiş, müstehcenlik, erotizm ve pornografi kavramları arasındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya konulmuştur.

Bu bölümde yapılan açıklamalar ışığında, doktrinde üzerinde mutabık kalınmış bir müstehcenlik tanımı bulunmadığı tespit edilmiştir. Doktrinde ağırlıklı olarak müstehcenlik nedir sorusunu yanıtlamaktan ziyade müstehcenliğin nasıl tespit edileceği sorusunun cevaplandığı görülmüştür. Kavramın subjektif ve kişiden kişiye, zamana ve yere göre değişkenlik göstermesi, yine subjektif bir kavram olan ahlak ile olan ilişkisi, açık ve herkes tarafından kabul edilebilir bir tanımının yapılmasını zorlaştırmaktadır. Kanaatimizce önemli olan, müstehcenlik tespiti yapılırken doktrinde belirtilen objektif ve subjektif ölçütlerin esas alınması ve değerlendirmenin siyasi, ahlaki ve dini inançlardan uzak bir şekilde yapılmasıdır.

Bu kapsamda tartışmalı olan bir diğer soru da müstehcenlik tanımına kanunda yer verilmesinin gerekip gerekmediğidir. Çalışmamızda bu konuya ilişkin olarak doktrinde yer alan farklı görüşlere yer verilmiştir. Kanaatimize göre ise müstehcenliğin her somut olayın özelliğine göre hakim tarafından değerlendirilmek suretiyle belirlenmesi gerekmektedir. Zira kanunda yer verilecek müstehcenlik tanımının zaman ilerledikçe toplumun müstehcenliğe olan bakış açısını karşılamayacak hale gelme ihtimali yüksektir. Bu nedenle kavramın kanunda doğrudan bir tanımına yer vermektense hakimin yapacağı hukuki yorum vasıtasıyla doldurulması daha doğru bir yaklaşımdır.

Bir diğer sorun ise müstehcenliğin tespitinin kim tarafından yapılacağıdır. Her ne kadar 5237 sayılı TCK ve 1117 sayılı Kanun'da yer almasa da uygulamada Yargıtay, yerel mahkemelerce müstehcenliğin tespiti sırasında bilirkişi incelemesi yapılmaksızın karar verilmesini bir bozma nedeni olarak görmekte ve adeta bilirkişiliği müstehcenliğin tespitinde tüketilmesi gereken zorunlu bir yol olarak ön görmektedir. Yargıtay'ın bu tutumu tartışmaya açık olup, kanaatimizce müstehcenlik değerlendirmesinin her somut olayda hakim tarafından yapılması, hakimin ancak gerekli görmesi halinde dosyayı bu incelemeyi yapmak üzere bilirkişiye göndermesi gerekmektedir.

Birinci bölümde müstehcenliğin kavramsal boyutu incelendikten sonra müstehcenliğin türleri ele alınmıştır. TCK m. 226 da, farklı müstehcenlik hallerinin aynı madde içerisinde düzenlemiştir. Bu kapsamda müstehcenlik kavramının kanunda bir üst başlık olarak kullanıldığı düşünülmektedir. Suçun sistematliğini daha kolay anlayabilmek adına müstehcenlik, basit ve ağır (nitelikli) müstehcenlik olarak ikiye ayrılmış ve farklılıkları ortaya konulmuştur.

Son olarak birinci bölümde müstehcenlikle ilgili ulusal ve uluslararası alandaki önleyici düzenlemelere yer verilmiştir. Günümüzde müstehcenlik çoğunlukla internet aracılığıyla işlenen bir suç haline gelmiştir. İnternetin uluslararası boyutta anlık bilgi akışı sağlaması ve takip edilebilirliğinin güçlüğü müstehcen ürünlerin ülkeler arasında serbestçe dolaşımına neden olmuştur. Bu durum devletleri suçla mücadele noktasında işbirliğinde bulunmaya zorlamıştır. Çalışmamızın bu bölümünde uluslararası alanda müstehcenlik ve özellikle çocuk pornografisine ilişkin Türkiye'nin de taraf olduğu düzenlemeler, tartışmalı noktalarıyla birlikte incelemeye konu edilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde TCK m. 226'da düzenlenen müstehcenlik suçu, suç inceleme metoduna uygun bir şekilde incelenmiştir. Madde içerisinde müstehcenlik başlığı altında birden fazla suç birlikte düzenlenmektedir. Bu suçların birbirilerinden farklılık gösteren özelliklerini daha kolay ortaya koyabilmek adına bir sınıflandırma yapılmıştır. İlk olarak madde içerisinde düzenlenen suçlar basit müstehcenlik ve ağır müstehcenlik olmak üzere iki ana başlığa ayrılmıştır. Basit müstehcenlik içerisinde Basit Müstehcen Ürünlerin Yayılması Suçu (TCK m. 226/1) 226/2) incelenmiştir. Ağır (nitelikli) müstehcenlik başlığı altında ise Ağır (Nitelikli) Müstehcen Ürünlerde Çocuğun Kullanılması ve Bu Ürünlerin Ticaretinin Yapılmasına İlişkin Suçlar (TCK m. 226/3) ve Şiddet Kullanılarak, Hayvanlarla, Ölmüş İnsan Bedeni Üzerinde veya Doğal Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranışları İçeren Ağır (Nitelikli) Müstehcen Ürünlerin Ticareti Suçu (TCK m. 226/4) incelenmiştir. TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/5'te müstehcenlik suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi ele alınmaktadır. Her ne kadar madde gerekçesinde TCK

m. 226/2 ve TCK m. 226/5'in ayrı birer suç olduğu ifade edilmiş ise de, kanaatimiz TCK m. 226/2'nin TCK m. 226/1 de düzenlenen suçun, TCK m. 226/5'in ise TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4'te düzenlenen suçların nitelikli hali olduğu yönündedir. Bu nedenle bu fıkralar çalışmamızda “Basit ve Ağır (Nitelikli) Müstehcenlik Bağlamında İncelenen Suçların Nitelikli Halleri” başlığı altında incelenmiştir.

TCK m. 226/1'de müstehcen ürünler; görüntü yazı veya söz, TCK m. 226/4'de ise yazı, ses veya görüntü olarak düzenlenmiştir. Ürünlerin belirtildiği şekilde sınırlı olarak sayılması ve söz kavramına TCK m. 226/4'te ses kavramına ise TCK m. 226/1'de yer verilmemesi yerinde olmamıştır. Görüntünün aynı zamanda sesi içinde barındırdığı kabul edilse dahi, bu sefer sadece sestten ibaret olan ürünler hükmün kapsamı dışında kalmaktadır. Alman Ceza Kanunu § 184'de pornografik yazılar” ibaresi kullanılmakta, kanunun 11/II maddesinde ise yazılar terimi, “bu fıkraya atıfta bulunan hükümlerdeki ses, resim ve fotoğraf içeren şeylerle diğer tasvirler yazılarla eşdeğerdir” olarak açıklanmaktadır. Teknolojinin sürekli olarak gelişim halinde olması, ileride suçun madde metninde hali hazırda düzenlenmeyen şekillerde işlenmesine neden olabilir. Bu nedenle maddenin hemen her yöntemi içine alacak terimleri barındıran şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu bölümde incelenen sorunlardan biri de aile üyelerinin fail olup olamayacağıdır. TCK'da Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi bir kişisel cezasızlık sebebi öngörülmemiştir. Çocuğun kişisel gelişimi bakımından müstehcen olarak değerlendirilebilecek ürünlerin anne ve baba tarafından çocuğa verilmesi, birlikte incelenmesi gerekli olabilir. Bu duruma çözüm olarak kanunumuzda Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi anne ve baba yönünden kişisel cezasızlık sebebinin düzenlenmesi önerilse de, kanaatimizce sorunun bir hukuka uygunluk nedeni olan hakkın kullanılması bağlamında ebeveynin tedip ve terbiye hakkı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tartışmalı konulardan bir diğeri ise evlenmeyle ergin kılınan kişilerin bu suçun mağduru olup olamayacağıdır. Türkiye'nin taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin 18 yaşından küçük her kişinin çocuk olduğu belirtilmiştir. Çocuğun hukuken ergin kılınması, fiziksel ve

ruhsal anlamda da gelişimini tamamladığı anlamın gelmemektedir. Bu sebeple ergin kılınan çocuğun, sırf bu nedenle müstehcen ürüne maruz kalması suçla korunan hukuki değerlerden biri olan çocuğun korunmasıyla bağdaşmamaktadır.

Kanunun sistematığında birbirinden farklı konuları düzenlemesine rağmen her madde içerisinde müstehcen ürün kavramı kullanılmıştır. Ancak madde içerisindeki fıkralarda düzenlenen suçlarda belirtilen müstehcenlik, birbirinden farklı kavramlara işaret etmektedir. TCK m. 226/3’de her ne kadar müstehcen ürün ifadesi kullanılmış olsa da burada anlaşılması gereken çocuk pornografisidir. Çocuk pornografisi artık uluslararası hukukta kabul gören, sözleşme ve protokollerde yer alan bir terimdir. Bu nedenle maddenin yeniden ele alınarak TCK m. 226/1’de düzenlenen müstehcenliğin; basit müstehcenlik, TCK m. 226/3’de düzenlenen ve ağır(nitelikli) müstehcenlik olarak adlandırdığımız müstehcenliğin; çocuk pornografisi, TCK m. 226/4’de düzenlenen müstehcenliğin ise çocuk pornografisi dışındaki diğer ağır (nitelikli) müstehcen ürünlere ilişkin düzenlenmiş suçlar olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

TCK m. 226/3’de çocuk gibi görünen kişi ve temsili çocuk görüntülerinden söz edilmektedir. Buna göre ürünün konusunun gerçek bir çocuk olması zorunlu değildir. Önemli olan objektif gerçeklikten ziyade bıraktığı algıdır. Burada tartışmalı olan temsili çocuk görüntülerinin neleri kapsadığı ve çocuk gibi görünen kişinin aslında 18 yaşından büyük olması halinde ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir. Kanaatimizce üründe kullanılan kişinin 18 yaşından büyük olması cezada indirim sebebi olarak değerlendirilebilir.

TCK m. 226/4 yönünden tartışmalı olan doğal olmayan yol kavramıdır. Kanun yürürlüğe girdiğinden bu yana bu kavram pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Özellikle eşcinsel ilişkinin doğal olmayan olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu tartışma konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından 2015 yılında verilmiş olan bir kararda doğal olmayan yol kavramının ölü insan bedeni üzerinde, şiddet kullanılarak, hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenleri bakımından doğal yol olarak

değerlendirilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi olan ve dahi bizzat kendisinin suç olarak kabul gördüğü düzeye ulaşmış cinsel davranış olarak açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra, doğal olmayan yol kavramının sınırları biraz olsun çizilmiş olup, eşcinsel veya birden fazla kişiyle gerçekleştirilen cinsel davranışların doğal olmayan yol olarak nitelendirilemeyeceği değerlendirilmektedir. Yargıtay'ın 2015 yılından sonra verdiği kararlar da bu yöndedir. Kanaatimizce doğal olmayan yol kavramından anlaşılması gereken nekrofoli, pedofili gibi parafili türleridir. İnsan hayatını riske atacak şekilde şiddetin kullanıldığı, şiddet unsurunun egemen olduğu cinsel ilişkiler de doğal olmayan yol kapsamında değerlendirilmektedir.

TCK m. 226/4'de düzenlenen seçimlik hareketlerden olan bulundurma, suç olarak düzenlenmiştir. Bulundurma eyleminden ne anlaşılması gerektiği, özellikle müstehcen ürünün internet ortamından bilgisayara kaydedilmeksizin izlenilmesi örneğinde tartışmaya konu olmuştur. Kanaatimizce bu gibi hallerde fail, bulundurma yani müstehcen ürünün zilyetliğini eline alma kastıyla hareket etmediğinden bulundurma eyleminden söz edilemeyecektir. TCK m. 226/4 kapsamında çoğaltma eyleminin suç olarak düzenlenmemesi, bu tipteki ürünlerin yayılmasına ve suç işleme oranlarının artışına neden olabileceğinden kanaatimizce fıkra düzenlemeye gidilerek çoğaltma eylemine de tipe uygun hareket içerisinde yer verilmesi gerekmektedir.

TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/5, her ne kadar maddenin gerekçesinde ayrı suçlar olarak belirtilmiş ise de fıkraların düzenleniş şekli ve cezaların miktarı dikkate alındığında kanaatimizce bu iki fıkra ayrı birer suç değil, TCK m. 226/1 ve TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4'te düzenlenen suçların nitelikli hali olmalıdır. Bu nedenle de çalışmamızda söz konusu iki fıkra müstehcenlik suçunun nitelikli hali olarak incelenmiştir. Önerimiz madde metninde bir değişikliğe gidilerek TCK m. 226/2 ve TCK m. 226/5'in madde metni içerisinden çıkarılarak ayrı bir madde de müstehcenlik suçunun nitelikli hali olarak ayrıca düzenlenmesidir. Zira kanaatimizce TCK m. 226/2'de düzenlenen Basit Müstehcen Ürünlerin Basın ve Yayın Yoluyla Yayılması Suçu TCK m. 226/1'in, TCK m.226/5'de düzenlenen Ağır (Nitelikli)



Müstehcen Ürünlerin Basın ve Yayın Yoluyla Yayınlanması ile Çocukların Görmesini, Okumasını, Dinlemesini Sağlama Suçu'nun da TCK m. 226/3 ve TCK m. 226/4'ün nitelikli halidir.

Son bölümde ise suçun özel görünüş biçimleri, hukuka aykırılık ve müstehcenlik suçunun yaptırım ve kovuşturma usulü ele alınmıştır. Hukuka aykırılık bağlamında ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması incelemesi yapılmıştır. Hakkın kullanılması kapsamında ebeveynin tedip ve terbiye hakkı ile madde içerisinde düzenlenen özel bir hukuka uygunluk sebebi olan TCK m. 226/7 ışığında müstehcenliğin bilim ve sanat özgürlüğü hakkı ile olan ilişkisi incelenmiştir.

Bir ürünün sanat eseri mi yoksa müstehcen mi olduğu hususunda değerlendirme yapmak her zaman kolay olmamaktadır. Zira bir eser hem sanatsal özellikler taşıyıp hem de müstehcen olarak değerlendirilebilecek unsurlara sahip olabilir. Bu durumda sanat özgürlüğü ve müstehcenlik suçuyla korunan hukuki değer arasında bir tartım yapılması ve eserde sanatsal mahiyet ağır basıyor ise artık eserin müstehcen olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bunun aksine eser doğrudan cinsel duyguları tahrik amacına yönelmiş, cinsel hareketleri kaba, rahatsız edici ve kışkırtıcı bir şekilde ele alıyor ve okuyanda rahatsızlık hissi uyandırıyorsa müstehcen olduğu kabul edilebilir. Müstehcen bir ürünün sanat özgürlüğünden faydalanabilmesi ancak ürünün insan onurunu ihlal etmemesi halinde mümkün olmaktadır. Bu değerlendirme ise belirtildiği şekilde, eserin bütünü dikkate alınarak yapılmalıdır. Eğer bir eserin müstehcen olup olmadığı kanaatine varılamıyor ise, artık eserin müstehcen olmadığı kabul edilmelidir. Bu anlamda *Özbek* tarafından da belirtildiği şekilde şüpheden sanat ve bilim yararlanmalıdır. Aksi durum, Anayasal bir hak olan bilim ve sanat hürriyetinin ölçüsüz bir şekilde kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.

Bu anlamda çalışmamızda müstehcenlik ve bilim ve sanat özgürlüğü arasındaki ilişki Türk hukuku ve AİHS bağlamında ayrı ayrı değerlendirilmiş, bu değerlendirme yapılırken AİHM ve AYM kararlarından istifade edilmeye çalışılarak kavramlar arasındaki bağlantı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Son bölümde ise suçun yaptırım ve kovuşturma usulü ele alınmıştır.



## KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı Yazı İşleri Daire Başkanlığı: **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 2004.
- Akdeniz, Yaman, Altıparmak, Kerem: **İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır. Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme**, 1. bs., Ankara, İmaj Yayınları, 2008.
- Akbaş, Gülçin: “Parafili:Cinsel Sapkınlık”, **PiVOLKA**, Başkent Üniversitesi Eleştirel-Yaratıcı Düşünme ve Davranış Araştırmaları

Laboratuvarı, S:22, Ankara, 2012.

Amerikan Psikiyatri Birliği:

**Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı**, çev. edt. Ertuğrul Köroğlu, 4. Baskı, Hekimler Yayın Birliği, 2000.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü:

**Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesine İlişkin İçtihat** çev. Durmuş Tezcan, İzmir, 2002.

Artuk, Mehmet Emin:

“Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, edt. Veli Özer Özbek, C:3, S:6, 2008., s. 5-19.

Adaklı, Gülseren, Sümer, Burcu:

“6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun’a İlişkin Değerlendirme Raporu”, **Ankara Üniversitesi İletişim Araştırmaları Dergisi**, Ankara, 2007, S:5(2), s. 141-158.

Akbaş, Gülçin:

“Parafili:Cinsel Sapkınlık”, **PiVOLKA**, Başkent Üniversitesi Eleştirel-Yaratıcı Düşünme ve Davranış Araştırmaları Laboratuvarı, S:22, Ankara, 2012, s. 1-4.

Akıncı, Füsün Sokullu:

“Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:59, S:1-2, İstanbul, 2001, s. 11-38.

Altınbaşak, İpek:

“İnternet Reklamcılığı ve İnternet Reklamı

- Ölçümlenmesi Üzerine Bir Uygulama”,  
**Ege Akademik Bakış Dergisi**, S:9, İzmir,  
2009, s. 463-487.
- Aral, Vecdi:  
**Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**,  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yayınları, No: 1776, 1979, İstanbul.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen,  
Ahmet, Yenidünya, Caner:  
**Türk Ceza Kanunu Şerhi (4. Cilt)**, 2. bs.,  
Adalet Yayınları, 2014.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen,  
Ahmet, Yenidünya, Ahmet:  
**Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15.  
bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen,  
Ahmet, Yenidünya, A. Caner:  
**Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2. bs.,  
Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- Atalay, Ayşe Özge:  
“Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu”,  
Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler  
Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,  
2013.
- Atalay, Esra:  
“Sanat Özgürlüğü Hakkının Temel  
Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve  
Özgürlüklerle İlişkisi”, **Dokuz Eylül  
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,  
C:6, S:2, 2004, s. 1-28.
- Atalay, Esra:  
“Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki  
Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:6, S:1, 2004,  
s. 43-66.
- Atalay, Esra:  
“Bilim Özgürlüğü” **İstanbul Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: LXVIII,  
S.1-2, 2010, s. 3-42.
- Atamer, İlker:  
“Müstehcenlik Suçu ve Erişim Engelleme”  
<https://www.atamer.av.tr/mustehcenlik->

- sucu-ve-erisim-engelleme/, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.07.2017.
- Atlay, M. Kubilay: “Pornografiye Yönelen Ahlakî, Dinsel, Feminist Eleştiriler ve Pornografi Hakkının Savunusu”, **Liberal Düşünce**, S:71, Y:18, 2013, s. 81-92.
- Ay, Yunus Anıl: “Müstehcenlik Suçu”, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2017.
- Aydın, Oya: “Genel Ahlak, Hukuk ve Cinsellik”, **Mülkiye Dergisi**, Ankara, S:7(4), 2013, s. 139-148.
- Bakıcı, Sedat: **Açıklamalı İctihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 1994.
- Balı, Yunus, Sağır, Mustafa: “Çocuk Pornografisi Suçlarında Bilirkişi İncelemesi ve Dijital Görüntülerdeki Mağdurun Yaş Tespiti”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S:5(2), Ankara, 2014, s.
- Balo, Yusuf Solmaz: **Çocuk Koruma Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Balo, Yusuf Solmaz: **Çocuk Ceza Hukuku**, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Baransel Isır, Ayşe, Isır, Tamer, Tiftik, Levent: “İnternette Çocuk Pornografisinin Karşılaştırmalı Hukukta İrdelenmesi”, **Adli Psikiyatri Dergisi**, C:4, S:1, 2007, s. 3-16.
- Baş, Eylem: “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, edt. Veysel Başpınar, C:65, S:4, 2016, s. 1135-1215.

Baykal, Kemal Cem:

“Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde 5224 sayılı Kanun Çerçevesinde Sinema Filmlerinin Denetlenmesi ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

Baytemir, Erdal:

**Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar** Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.

Baytemir, Erdal:

**Açıklamalı İctihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar**, 2. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Homans, George C.:

**“Social Behavior as Exchange,” Small Groups**, Ed. by. A. Paul Hare, Edgar R. Bogotta, Robert F. Bales, New York, Alfred A. Knopf, 1962, pp.170-183.

Bingöl, Buse

: “Sanat Özgürlüğü”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S:1(2), s. 92-139.

Bozdemir,Nazif, Özcan, Sevgi:

“Cinselliğe ve Cinsel Sağlığa Genel Bakış”, **Turkish Journal of Family Medicine and Primary Care**, V:5, N:4, 2011, s. 1, [www.dergipark.ulakbim.gov.tr](http://www.dergipark.ulakbim.gov.tr) , (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.01.2019.

Bozbel, Savaş:

“5651 Sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, **E-Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasi Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S:72,

- 2008.
- Bulut, Nihat: “Bilim Özgürlüğü İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:IX, S:1-2, Erzincan, 2005, s. 24-36.
- Bulut, Nihat: “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, C:IV, S.1-2, Erzincan, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2000, s. 29-47.
- Bulut, Eduard Alan: “Türkiye’de İnternet Yasakları”, **Bilgi Dünyası**, S:10(2), 2009, s. 63-85.
- Ceylan, Pınar Mehri: “Müzik Videolarındaki Erotik, Müstehcen, Pornografik Görüntülerin İlköğretim Birinci Kademe Öğrencileri Üzerindeki Etkileri”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004
- Cin, Emine: Türk Hukukunda Kolluk Yetkisinin Kullanılması ve Sınırları, Kırıkkale Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2008.
- Contrears, Paul: “National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights”, **Northwestern Journal Of International Human Rights**, C. 11, S.1, 2012.
- Coşkun, Sena: “Radyo ve Televizyon Yayın

- Hizmetlerinde Denetim”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eylül 2016.
- Çağlayan, Muhtar: **Türk Ceza Kanunu Cilt II**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1962.
- Çağlayan, Muhtar: “Müstehcen ve Hayasızca Neşriyat”, **Adalet Dergisi**, Y:46, S:4, Nisan 1955, s.377-388.
- Çağlar, Seda, Savaşer, Sevim: “İnternet ve Çocuk Pornografisi”, **Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi**, C:7, 2013.
- Çakır, Hamza: “Türkiye ve İngiltere’de Tv Yayıncılığında Pornografi ve Sansür”, **İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, 2012, s. 175-185.
- Çakmut Yenerer, Özlem: “Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Bilirkişilik Kurumu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, edt. Veli Özer Özbek, C:4, S:11, 2009, s. 129-160.
- Çam, Şerife: “Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular”, **İletişim Araştırmaları Dergisi**, C:1, S:2, 2003, s
- Çırakoğlu, Melikşah: “5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi Ve Erişim Sağlayıcıları Birliği”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.
- Çiftçi, Ahmet: “Mukayeseli Hukuk Açısından Film Denetim Sistemleri ve 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu’nun



- Getirdiği Sistem”, **Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Akademik Dergisi**, C.2, S.1, Konya, 2001
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel: “Çocuk Haklarının Korunması Bağlamında BMÇHS ve AİHS’te Öngörülen İki Farklı Bireysel Başvuru Sistemi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Edt. Bahri Öztürk, C:7, S:68, 2015.
- Çolak, Haluk, Altun, Uğurtan: “Yeni Türk Ceza Kanununda Cezaların Ertelenmesi”, **Adalet Dergisi**, S. 26, 2006.
- Çolak, Haluk: **Güncel Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005.
- Çolak, İlker Nusret: **Kitle İletişim Hukuku**, 2. Baskı, XII Lehva Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Değirmenci, Olgun: “5651 Sayılı Kanun Kapsamında İdari Tedbir Olarak Getirilen Erişimin Engellenmesi Kararlarının Yerine Getirilmemesi Kabahati” **Terazi Hukuk Dergisi**, C.13, S.142, 2018
- Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Dervişoğlu, Suat: “Çocuk İstismarı ve İhmali Açısından Sokakta Çalışan Çocuklar ve Avrupa Birliği Uygulamaları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- Diamond, Milton, Jozifkova, Eva, Weiss Petr: “Pornography and Sex Crimes in the Czech Republic”, **Springer Archives of Sexual Behaviour**, S:40, 2011, s. 1037-1043.

- Dinçtürk, Özlem: 5187 Sayılı Yeni Basın Kanunu Kapsamındaki Basın Düzenine Karşı Suçlar”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.
- Doğan, Cengiz: “Müstehcenlik”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Edt. Bahri Öztürk, Y:2, S:6, Ankara, 2010. s. 37-38.
- Doğru, Osman: **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, C:I-II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 1998.
- Donay, Süheyl: “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri, Y:1, S:2, 1968, s. 130-145.
- Dönmezer, Sulhi: **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 5. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1983.
- Duran, Lütfü: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982.
- Duran Ulya, Mürvet:: “Karşılaştırmalı Reklamlara Yönelik Yeni Düzenlemenin Avrupa Birliği Reklam Yönergesi ile Karşılaştırılması Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.
- Dursun, Selman: **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, On İki Lehma Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Dülger, Murat Volkan: “Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği

- Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S:4, 2004, s. 1485-1497.
- Dülger, Murat Volkan: “İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:81, S:2007/4, s. 1477-1547.
- Dülger, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 5. bs., **Seçkin Yayıncılık**, 2014.
- Dülger, Murat Volkan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Düşünce Özgürlüğü” **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Dülger, Murat Volkan, Beceni, Yasin: “Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler”, **Yayın No: TÜSİAD-T/2011,03;512**, Sis Matbaacılık, 2011
- Erbaşı, Ayşe Aslıhan: “Çocuk Pornografisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:81, S:4, İstanbul, 2007, s. 1609-1647.
- Erem, Faruk: **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1993.
- Erem, Faruk: **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Ankara, C.2, Seçkin Yayıncılık, 1993.
- Erem, Faruk, Toroslu, Nevzat: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk

- Fakültesi Yayınları, 1975.
- Erem, Faruk: “Müstehcenlik”, **Yargıtay Dergisi**, C:X, S:1-2-, s. 102-106.
- Eren, Elif: “Değer Yargılarının Anayasallaşması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- Ergül, Ergin: **Hukuki, Adli, Tıbbi, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatı ile Uyuşturuçu Maddeler ve Suçları**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1997
- Erman, Sahir, Özek, Çetin: Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000
- Erol, Haydar: **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2000.
- Ersoy, Vesile Setenay: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sanatsal İfade Özgürlüğü”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Ertaş, Türker: “İfade Özgürlüğü ve Müstehcenlik: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına ve Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Müstehcenlik Suçuna İlişkin Bazı Gözlem ve Değerlendirmeler” **Ceza Hukuku Dergisi**, S:18, Y:7, 2012.

- Esen, Albin, Yenisey, Feridun: “Son Yüzyıl İçinde Almanya’daki Ceza Düzenlemeleri Geçmişe Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler”, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C:15, S:1-4, 1989.
- F. Schauer, Frederick: **Free Speech: A Philosophical Enquiry**, Cambridge University Press, 1982.
- Foucault, Michel: **Cinselliğin Tarihi**, çev. Hülya Uğur Tanrıöver, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Bölgesel Sistemler)**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk-I”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:61, S:7-9, 1987.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I.Cilt Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, Gemalmaz, Burak: **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı**, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004.
- Gerçeker, Hasan: **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt:II**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Görkemli, Burcu: **Yargı Kararları Işığında Türk Hukukunda İnternet Erişiminin Engellenmesi**, 1. bs., Adalet Yayınevi,

- 2015.
- Gerçekker, Hasan: **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt:II**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Gözübüyük, Şeref, Gölcüklü, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İncelemesi ve Yargılama Yöntemi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Gül, Cengiz, Çakan, Seher: **“Aihm Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.1, 2018, s. 365-410.
- Güleç, Soyer Sesim: **“Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:1, İzmir, 2008.
- Günday, Metin: **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2011.
- Gündel, Ahmet: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Rızaen Irza Geçme, Hürriyeti Kısıtlama Alıkoyma, Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları**, 1.bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Gündüz Yavuz, Tuğçe: **“Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Uyuşturucu Madde veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu”** Marmara

- Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,  
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,  
İstanbul, 2018.
- Güney, Niyazi, Balo, Kenan, **Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adil Yayınevi, 2004.
- Solmaz, Yusuf:
- Güngör, Devrim: “Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Pornografisi”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, C.1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2015
- Gürelli, Nevzat: “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, **İÜHFM**, C:XXXII, S:2-4, 1967.
- Horozgil, Denizhan: “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:93, 2011, s. 108-146.
- Hafizoğulları, Zeki: **Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu**, Türk Hukuk Kurumu 71. Kuruluş Yılı Armağanı, Ankara, 2005.
- Hafizoğulları, Zeki: “İfade Hürriyeti”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y:53, S:3, 1996.
- Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2. bs., 2016.
- Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, Ankara, US-A Yayıncılık, 3. bs., 2017.
- Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 3. bs., US-A

- Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem: “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” **Ankara Barosu Dergisi**, Y:67, S:4, Ankara, 2009.
- Hyde, Montgomery: **Pornografinin Tarihi**, çev. Feride Çiçekoğlu, Ankara, Kalem Yayıncılık, 1986.
- İçel, Kayıhan: “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında ‘Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri’ ”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:ILX, Sayı:1-2, 2001, s.1-10.
- İçel, Kayıhan, Akıncı Sokullu, Füsün, Özgenç, İzzet, vd.: **Suç Teorisi**, 3. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004.
- İçel, Kayıhan: **Suçların İctimai**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.
- İçel, Kayıhan: **Kitle İletişim Hukuku**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 13. bs., İstanbul, 2018.
- İnal, Emrehan: **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- İnanç, Zekeriye Alper: TCK, TMK ve Uluslararası Sözleşmeler Kapsamında Terbiye Hakkı” **Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, edt. Sena Başpınar.
- İnci, Özen: “Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m.225)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XVI., S:2-2, 2017, s. 17-69.
- İşçibaşı, Yaprak: “Televizyonda Müstehcenlik” **Anadolu Üniversitesi Yayını**, Eskişehir, 1998



- Kaboğlu, İbrahim: **Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme**, İstanbul, Afa Yayınları, 1996.
- Kaboğlu, İbrahim: **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.
- Kaçmaz, Seydi, Gökcan, Hasan Tahsin: **Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamada Sulh Ceza Davaları Türk Ceza Kanunu ve Özel Yasalardaki Hükümler**, Adil Yayınevi, Ankara, 2002.
- Kanbur, Mehmet Nihat: “Türk Ceza Hukukunda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler” **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:7, S:18, 2012, s. 31-74.
- Kanbur, Mehmet Nihat: “18.06.2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, edt. Veli Özer Özbek, C:9, S:26, 2014, s. 97-144.
- Kangal, Zeynel: “Hayasızca Hareketler Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, İstanbul, 2019, s. 9-40.
- Karaca, Ayşe, Beyaznar, Bahar: “İnternette Müstehcenlik: Nerede Başlar ve Nerede Biter?”, **Akademik Bilişim’10-XII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri**, Muğla, 2010, s.63-70.
- Karan, Ulaş: **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2**, Mrk Baskı Tanıtım, 2018.

- Karagöz, Kasım: “İfade Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2004.
- Kaya, Mehmet Bedii: **Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi**, On İki Lehva Yayıncılık, 2010.
- Kaymaz, Seydi, Gökcan, Hasan Tahsin: **Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamada Sulh Ceza Davaları Türk Ceza Kanunu ve Özel Yasalardaki Hükümler**, Ankara, Adil Yayınevi, 2002
- Kayral, Kürşat: “İnternet Sitelerinde Erişimin Engellenmesi Kararları”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C:2, Semih Ofset Matbaa Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Kejanlıoğlu, Atagün Mert: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Sanatsal İfade Özgürlüğü”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.
- Kılınç, Doğan: “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XIV, S:2, Ankara, 2010, s. 407-454.
- Kıratlı, Metin: **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara, 1973.
- Koca, Mahmut: “Fikri İçtima”, **Ceza Hukuku Dergisi**, edt. Veli Özer Özbek, C:2, S:4, 2007, s. 197-221.

Koca, Mahmut, Üzülmaz, İlhan:

**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs, Seçkin Yayıncılık, 2012

Koca, Mahmut, Üzülmaz, İlhan:

**Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Kocabay, Işıl:

Görsel Materyallerinde Kadın Cinselliği” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018

Korkmaz, Ömer:

**Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014.

Koyuncu Gülseven, Ayşe Seda:

“Genel Ahlak ve İfade Özgürlüğü”, **İnsan Hakları Çalışma Metinleri:X**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, 2008, s. 1-40.

Köprülü, Timuçin:

“Müstehcenlik” **Güncel Hukuk Dergisi**, Aralık, 2008.

Köseoğlu, Zeki Celal:

“Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı” **Günümüzde Yargı**, S:21-22, Ocak- Şubat 1978, s.8-26.

Kronhausen, Phyliss:

**Pornography and the Law**, New York, 1959.

Kuçuradi, Ionna:

**Uludağ Konuşmaları, Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları**, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2009.

Liao, Fu Te:

The Right To Freedom Of Expression and The Protection Of Health and Morals- The Jurisprudence of The European Convention On Human Rights”, **Eur**

- Lillie, Richard George: **America**, Vol 30, no.1, Mart, 2000.  
“Obscenity Law: Politics, Morality, Free Speech and The Struggle To Define Obscenity”, Thesis of Doctorate, Case Western Reserve University, 1990.
- Marakoğlu, Alper Ozan: “Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik” İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- McKinnon, Andrea: **Only Words**, Harvard University Press, 1996.
- Meran, Necati: **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Meran, Necati: “İnternet Yoluyla İşlenen Suçlarda Erişimin Engellenmesi ve İçeriğin Yayından Çıkarılması” **Terazi Hukuk Dergisi**, C.5, S.7, 2010.
- Nacar, Fatma Burcu: “Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye’de Bilişim Suçlarının Ceza Hukukundaki Uygulamaları”, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- Okay, Özge, Tekinsoy, Okay: **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, 1. bs., İstanbul, XVI Lehva Yayıncılık, 2011.
- Okay, Orhan: **Sanat ve Edebiyat Yazıları**, 3. bs., İstanbul, Dergah Yayınları, 2011.
- Otacı, Cengiz: **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000.
- Önal, Mehmet: **Edebiyat Sanatı**, Ankara, Kurgan

- Edebiyat Yayınları, 2012.
- Önder, Ayhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 539-540.
- Özaydın, Özdem: “İnternet Kanununun 8. madde Çerçevesinde Erişimin Engellenmesi Kararı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1, C.16, İstanbul, 2017.
- Özbek, Veli Özer: **CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı**, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Özbek, Veli Özer: “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2002, C.:4, S:1, s. 101-158.
- Özbek, Veli Özer: **Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, vd.: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, İzmir, 2018.
- Özbek, Veli Özer, Bacaksız, Pınar, Doğan, Koray vd.: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs., Seçkin Yayıncılık, 2017
- Özbek, Veli Özer, Kanbur, Mehmet Nihat, Doğan, Koray vd.: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. bs., Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Özbek, Veli Özer: **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı- Açıklamalı- Gerekeçli-İçtihatlı-Cilt-1 Genel Hükümler (Madde 1-75)**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Özden, Ufuk: “Endüstriyel Bir Form Olarak

- Müstehcenliğin Medyatik Üretimi”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.
- Özen, Gizem Kübra: “Çocuk İstismarı Bağlamında Müstehcenlik ve Fuhuş Suçlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- Özen, Mustafa: “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, edt. Hüseyin Özbek, C:20, S:73, 2007, s. 132-145.
- Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Özkan, Özgül: Tüketici Hukuku Bakımından Reklamlar ve Sahip Olduğu Hükümler” **Ankara Barosu Dergisi**, S:4, Ankara, 1997, s. 3-47.
- Özocak, Gürkan, Erdem, Merve: Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ve Türk Hukukuna Etkileri”, **4. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı Akademik Bildiriler Kitabı**, İzmir, 2016, s. 1-26.
- Özocak, Gürkan: **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Öztürk, Gülden Atilla: “Türk Ceza Kanunu’nda Müstehcenlik Suçu”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018.

- Öztürk, Bahri, Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan vd.: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, Önok, Mustafa R.: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Paglia, Camille: **Cinsel Kimlikler Nefertiti'den Emily Dickinson'a Sanat ve Çöküş**, çev. Anahid Hazaryan, Fikriye Demirci, Ankara, 2004,
- Paksoy, Mustafa: “Yargıtay Kararları Işığında Türk Hukukunda Müsadere”, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Pannick, David: “Article 10 of the European Convention on Human Rights”, **Pressing Problems in the Law**, ed. P. Birks, vol. 1, Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Pannick, David: “Article 10 of the European Convention on Human Rights”, **King's College Law Journal**, 1993-1994.
- Parlar, Ali, Hatipoğlu, Muzaffer: **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C:IV, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Parlar, Ali, Banko, Meltem: **6545 sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar**, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Polat, Oğuz: “Şiddet”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**,

- Rollo, Giorgia, Neubacher, Frank: C.:22, S.:1, İstanbul, 2016, s. 15-34.
- Çocuk Pornografisi ve İnternet-Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Genel Bir Bakış”, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (4), Suç ve Ceza**, çev. İlker Tepe, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar: “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, C: XVII, S:3, 2013, s. 227-266.
- Sancar Yalçın, Türkan: “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, 2002, C:51, S:3, s. 1-25.
- Sarıkaya, Yavuz Selim: “Sosyal Medyaya Erişimin Engellenmesi: İfade Özgürlüğü Açısından Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.
- Savaşçı, Bilgehan: **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2012.
- Seçilmişoğlu, Bahattin: **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, der. Zühtü Arslan, Ankara, Liberte Yayınları, 2003.
- Sınar, Hasan: “Avrupa Konseyi Siber Suç Politikası Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, **Galatasaray Üniversitesi Yayınları**, İstanbul, 2004, s. 765-786.
- Sieber, Ulrich: **İnternetteki Suçlar ve Suçun İnternette**



- Takibi**, Ed. Yener Ünver, Özyeğin Üniversitesi Alman Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayıncılık, 2014
- Simpson, A.W.B.: “Obscenity and The Law”, **Law, Morality and Rights**, Ed. M.A. Stewart, Springer Netherlands, 1983. s.223-238.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 11. bs., 2016.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Soydan, Ersoy: “Görsel Medyada Pornografi ve Kültürel Yansımaları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009.
- Sözüer, Adem: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsellikle İlgili Suçlar”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Ankara, C.III, 2006, s.292-302.
- Sözüer, Adem: **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Sözüer, Adem: **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- Sümer, Burcu, “6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun’a İlişkin Değerlendirme Raporu”, **Ankara Üniversitesi İletişim Araştırmaları Dergisi**, Ankara, 2007, S:5(2), s. 141-158.
- Stilo, Leo: “Çocuk Pornografisine Karşı Avrupa Birliği’nin Müdahalesi:22 Aralık 2003 Tarihli 2004/68 GAI Konseyin Çerçeve

- Kararı Hakkında Bi Yorum”, çev. Vesile Sonay Etik, in **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4., Çocuklar Suç ve Ceza**, Ankara, 2005, s. 469-477.
- Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, 5. Baskı, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Taner, Fahri Gökçen: Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.
- Tarhanlı, Turgut: “Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü”, **Siyah Bant-Sanatta İfade Özgürlüğü, Sansür ve Hukuk**, Haz. Ulaş Karan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2013, s. 1-102.
- Taşkın, Şaban Cankat: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- Taşkın, Şaban Cankat: “İnternete Erişim Yasakları ve Hukuka Aykırılıklar” Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli, 2015.
- Taşkın, Şaban Cankat: **Bilişim Suçları**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008.
- Taşkın, Şaban Cankat: “Bilişim Hukuku Uluslararası Uyuşmazlıklar” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:85, 2009, s. 334-372.
- Tatar, Erol: “İnternete Erişimin Engellenmesi”,

Tezcan, Durmuş,  
Erdem, Mustafa Ruhan,  
Önok, Murat:  
Topaç, Hami Tahir,  
Gürühan, Caner,  
Aygün, Aydın:

Toroslu, Nevzat:

Tosun, Kerim,  
Artuç, Mustafa,

Trager, Robert,  
Dickerson, Donna L.:

Uğurlu, Zeynep,  
Aksoy, Gülsen, İpek,

Ulusoy, Tülay:

Uygun, Oktay:

**Yargıtay Dergisi**, Y.36, C.36, S.1-2,  
Ankara, Yargıtay Yayınları, 2010.

**Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**,  
Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

“Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Değer  
Taşıyan Eserlerde Müstehcenliğin İfade  
Özgürlüğü Bakımından  
Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet  
Akademisi Dergisi**, İfade Özgürlüğü Özel  
Sayısı, S.:25, 2016, s. 108-111.

**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Savaş  
Yayınevi.

**Özel Ceza Yasalarında Açıklamalı-  
İçtihatlı Sulh Ceza Davaları**, Ankara,  
Adalet Yayınevi, 2009.

**Freedom of Expression in the 21 st  
Century**, Pine Forge Press: Oakland,  
California, 1999

“Çocuk Hakları ve Hukuku Bağlamında  
Çocuğun İhmal ve İstismardan Korunması,  
**Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri  
Dergisi (International Journal of Social  
and Educational Sciences)**, C:1, S:1,  
2014, s. 1-24.

“Basın Yoluyla Düşüncüyü Açıklama  
Özgürlüğü Sınırları İçinde Müstehcenlik  
Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal  
Bilimler Enstitüsü, Yayılanmamış Yüksek  
Lisans Tezi, İstanbul 1987.

1982 Anayasasında Temel Hak ve

- Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak, İstanbul, 1992.
- Uysal, Ömer Faruk: Müstehcenlik, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1988.
- Uzun, Mine: “5651 Sayılı Kanun’un 8. Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesi ve Hükmün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi Işığında Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, edt. Cengiz Yaka, C.89, S.2, 2015.
- Uzunay, Yusuf, Koçak, Mustafa: “İnternet Üzerinden Çocuk Pornografisi ve Mücadelede Yaşanan Sıkıntılar”, **Polis Bilimleri Dergisi**, C:7, S:1, 2005, s.97-119.
- Ünver, Yener: **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003
- Yalkut, Necdet: "Türk ve İtalyan Hukukunda Müstehcen," **Adalet Dergisi**, C:67,S:3-4,1976, s. 279-286.
- Yamaner Batur, Melike: “Uluslararası Hukukta Düşüncüyü Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001.
- Yarsuvat, Duygun: “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği

- Yaşar, Pınar:  
Sempozyumu, İstanbul, 1977.  
“Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Ahlak Sebebiyle Kolluk Gücü Tarafından Sınırlandırılması”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.
- Yaşar, Osman, Gökcan, Hasan, Tahsin, Artuç, Mustafa:  
**Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C:5, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Yaşar, Osman Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa:  
**Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C:5, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Yazar Adı Yok:  
**Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Ed. Adem Sözüer, Alfa Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2015.
- Yenidünya, Ahmet Caner, Alşahin, Mehmet Emin:  
“Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.68, Ankara, 2007, s. 43-92.
- Yenisey, Feridun, Plagemann, Gottfried:  
**Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, Beta Yayıncılık, 2009.
- Yıldız, Sevil:  
“Uluslararası ve Ulusal Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Üzerinde Çocuk Pornografisi”, **Erciyes İletişim Dergisi**, C.I, S:1, 2009, s.180-196.
- Yıldırım, Akif:  
“Edebi Eserin Müstehcen Sayılması Sebebiyle Eser Sahibinin ve Yayımlayan Kişinin Cezalandırılması Hak İhlallerine Neden Olabilir mi?” **Terazi Hukuk Dergisi**, C:13, S:140, 2018., s. 108-111.
- Yılmaz, Ejder:  
**Hukuk Sözlüğü**, 5. bs., Ankara, Yetkin

- Yılmaz, Adem: Yayınları, 1996.
- Yılmaz, Adem: “Polisin Görev ve Yetkileri”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.
- Yüksel, Metin: **Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Yürüşen, Melih: “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Ed. Bekir Berat Özipek, Ankara, 2003.
- Yürüşen, Melih: “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, **Liberal Düşünce**, Ed. Bekir Berat Özipek, Ankara, Liberte Yayınları, S:24, 2003, s. 23-40.
- Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 3. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.

## ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Antonie Buyse, “Literary Heritage Judgement-A Novel By Appolinaire”, <http://echrblog.blogspot.com/2010/02/literary-heritage-judgment-novel-by.html>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:06.05.2019.

Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, [https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CocukSatisiFahise ligiPornografisi\\_Protokol.pdf](https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CocukSatisiFahise%20ligiPornografisi_Protokol.pdf), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.03.2019.

Cevat Özel, <http://web.archive.org/web/20030410040401/> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.12.2018.

Cengiz Özdiğer, “Televizyon Yayınlarında Cinsellik, Müstehcenlik, Erotizm ve Pornografi”, <http://www.jurnal.net/arastirma/arastirma-8.htm>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:10.08.2018.

European Court of Human Rights, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>.

Ersan Şen, “TCK m. 226/4’ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, [http://sen.av.tr/tr/makaledetay/139/tck\\_m.226/4%E2%80%99%C3%BCn\\_anayasaya\\_ayk%C4%B1r%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1\\_sorunu.html](http://sen.av.tr/tr/makaledetay/139/tck_m.226/4%E2%80%99%C3%BCn_anayasaya_ayk%C4%B1r%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1_sorunu.html), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:15.04.2019.

Etimoloji Türkçe, <https://www.etimolojiturkce.com/kelime>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:20.01.2019.

Haydar Burak Gemalmaz, 13. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimi- Sınırlama ve Güvence İlkeleri Yeni Anayasa Çalıştayı”, s.369, <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2013/12/haklarc4b1n->

[sc4b1nc4b1rlandc4b1rc4b1lmasc4b1-anayasa-teblic49fi-hbg.pdf](#), (Çevrimiçi),

Erişim Tarihi:10.12.2018

İlker Atamer, “Müstehcenlik suçu ve Erişim Engelleme”  
<https://www.atamer.av.tr/mustehcenlik-sucu-ve-erisim-engelleme/>, (Çevrimiçi),

Erişim Tarihi:10.07.2017.

“İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Vereinigung Bildender Künstler (Avrupa Plastik Sanatçılar Birliği) /Avusturya”, Çev., Barış Günaydın, Eren Güler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:87, Ankara, 2010, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-619>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:04.06.2019.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

[www.kararara.com](http://www.kararara.com), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 23.12.2018.

Kemal Vuraldoğan, “Cinsel Özgürlük Üzerine”, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (çevrimiçi), Erişim Tarihi:02.01.2019.

Lexpera İçtihat Programı, <https://www.lexpera.com.tr>, (Çevrimiçi).

Mark Burbergs, “What is European Literary Heritage?”, <https://strasbourgoobservers.com/2010/04/13/what-is-the-european-literary-heritage-2/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:06.05.2019.

Merriam Webster Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/pornography> (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:20.01.2019.

Murat Burak Aydın, “Kurgu Eserler, Çocuk Pornografisi ve Cezalandırma”  
[http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_844745e77a5947ecae017baadf884c65.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_844745e77a5947ecae017baadf884c65.pdf), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.04.2019



Murat Volkan Dölger, “Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Bilişim Suçları ve Eleştirisi”, Bilişim Toplantıları I- Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Basın ve İletişim Alanında Getirdiği Yenilikler, <https://docplayer.biz.tr/36535-Turk-ceza-kanunu-nda-yer-alan-bilisim-suclari-ve-elestirisi.html>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.05.2019.

Oxford Dictionaries,  
<http://oxforddictionaries.com/definiton/pornography?q=pornography>, (Çevrimiçi),  
Erişim Tarihi: 20.01.2019.

Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>.

Susanna Greijer, Jaap Doek, “Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismardan Korunması İçin Terimler&Kavramlar Klavuzu”, **Ecpat International Uluslararası Çocuk Merkezi**, <https://koruncuk.org/uploads/blog/Luksemburg-Terimler-ve-Kavramlar-Kilavuzu.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi:10.04.2019.

T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası,  
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:01.03.2018.

T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi,  
[https://www.anayasa.gov.tr/media/4921/kd\\_02.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/4921/kd_02.pdf), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi:03.02.2018.

T.C. Cumhurbaşkanlığı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr>,

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://sozluk.gov.tr/>

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı,  
<http://www.inhak.adalet.gov.tr>.

Yunus Balı, Bilgisayardaki Görüntülerde “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar” konusu, <http://www.dijitaldeliller.com/dogal.html>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 02.04.2019.

1999 WHO Consultation on Child Abuse Prevention, [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/65900/1/WHO\\_HSC\\_PVI\\_99.1.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/65900/1/WHO_HSC_PVI_99.1.pdf), Erişim Tarihi: 24.04.2018.

