

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Aydın C.Başsavcılığı'nın 25/03/2013 tarih ve 2013/612 sayılı iddianamesi ile sanık . hakkında müstehcenlik suçundan eylemine uyan 5237 sayılı TCK.nun 226/4, 53/1, 58. maddeleri gereğince cezalandırılması kamu adına talep ve dava olunmuştur.

İddia makamı mütalaasında; araştırılmasını istediğimiz herhangi bir husus yoktur ancak olayda uygulanması istenen kanun maddesinin içeriğinde yer alan 'doğal olmayan yoldan' ibaresini aşağıda belirtilen gerekçeler ışığında Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Konunun Anayasa ile bağlantılarını içerir Anayasa'nın hükümleri;

İKİNCİ KISIM

Temel Haklar ve Ödevler

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

I. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği

MADDE 12- Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

MADDE 13- (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

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

IV. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması

MADDE 15- Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Kişinin Hakları ve Ödevleri

I. Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı

MADDE 17- Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

IV. Özel hayatın gizliliği ve korunması

A. Özel hayatın gizliliği

MADDE 20- Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)

(Değişik: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

II. Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi

MADDE 42- Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

TCK'nun olaya tatbiki istenen yasa maddesi;

Müstehcenlik

MADDE 226.- [1] a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

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

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.(Sulh Ceza)

[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.(Asliye Ceza)

[3] Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları 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. (Asliye Ceza)

[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.(Asliye Ceza)

[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. (Asliye Ceza)

[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.

Maddenin gerekçesi;

MADDE 226.- 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.

Maddenin birinci fıkrasında müstehcenlikle ilgili çeşitli davranışlar, suç olarak tanımlanmıştır. Fıkranın (a) bendinde, bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin verilmesi ya da bunların içeriğinin gösterilmesi, okunması, okutulması veya dinletilmesi; (b) bendinde ise, bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösterilmesi, görülebilecek şekilde sergilenmesi, okunması, okutulması, söylenmesi veya söyletilmesi, suç olarak tanımlanmıştır.

Fıkranın (c) bendine göre, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arzedilmesi, suç oluşturmaktadır. (d) bendine göre, bu ürünler, ancak, bunların satışına özgü alışveriş yerlerinde, erişkin kişilere satılabilir veya kiraya verilebilir. Bu itibarla, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa veya kiraya arzedilmesi, satılması veya kiraya verilmesi, suç olarak tanımlanmıştır.

Fıkranın (e) ve (f) bentlerine göre; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak başkalarına verilmesi veya dağıtılması ya da reklamının yapılması, suç oluşturmaktadır.

Seçimlik hareketler olan bu fiillerin işlenmesi suretiyle bir kazanç elde edilebileceği için, bu suçun karşılığında hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrasında, müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.

Üçüncü fıkra, müstehcenliğe karşı çocukları korumaya yönelik iki ayrı suç tanımına yer verilmiştir. Bunlardan birincisi; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suretiyle olmaktadır. İkinci suç ise, bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, ihracı, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması fiillerinden birinin işlenmesiyle olmaktadır.

Dördüncü fıkraya göre; şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya bulundurulması fiilleri suç oluşturmaktadır. Bu hükümle, belirtilen içerikte olan ürünler açısından mutlak bir yasak getirilmiştir.

Maddenin beşinci fıkrasına göre; üç ve dördüncü fıkralardaki suçların konusunu oluşturan ve müstehcenlik bakımından mutlak yasak kapsamına giren ürünlerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması, yayınlanmasına aracılık edilmesi ya da çocukların görmesinin, dinlemesinin veya okumasının sağlanması, ayrı bir suç oluşturmaktadır.

Son fıkra ise, bu madde kapsamında tanımlanan suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı kabul edilmiştir.

Maddenin 2005 yılından önceki hali (765 sayılı Türk Ceza Kanunu)

MADDE 426 - (Değişik: 3266 - 6.3.1986) Halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı;

1- Her nevi kitap, gazete, risale, mecmua, varaka, makale, ilan, resim, tasvir, plak, afiş, pankart, televizyon ve teyp bantları, fotoğraf, sinema veya projeksiyon filmlerini veya diğer anlatım araç ve gereçleri ile eşyayı teşhir eden veya ettirenler, bilerek dağıtanlar, satanlar veya dağıttıran veya sattıranlar, veyahut ticaret veya dağıtım veya teşhir kastıyla tersim, tasvir, hak, imal veya tab veya teksir veya imla eden veya ettirenler yahut ithal veya ihraç veya Türkiye dahilinde bir mahalden diğer mahalle nakleden veya ettirenler ve bunlar üzerinde her ne suretle olursa olsun muamelede bulunanlar veya bunların ticaretini kolaylaştırmak maksadıyla bu fiilleri icra edenler veya bu kabil anlatım araç ve gereçlerini vasıtalı veya vasıtasız şekilde

tedarik edenler veya tedarik ettirenler, tedarik edilebileceğini bildirenler veya tedarik edeceğini ilan edenler veya ilan ettirenler,

2- Eser ve mevzuları tiyatro veya sinema veya radyo yahut televizyonlarda veyahut umumi mahallerde temsil eden veya ettirenler,

3- Hitabeleri umuma açık yerlerde veya umumi mahallerde irad edenler, iki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.

(Değişik 2. fıkra: 3445 - 11.5.1988) Bu fillerin 5680 sayılı Basın Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde sahiplerine, mevkute bir aydan az süreli ise bir önceki ay ortalama fiilî satış miktarının, aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının toplam satış bedeli tutarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak bu ceza otuzmilyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek cezanın yarısı uygulanır.

(Ek fıkra: 4963 - 30.7.2003 / m.3) Bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır.

MADDE 427- (Değişik: 3266 - 6.3.1983) Neşir veya tevzi edilmek üzere, halkın ar veya haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eden nitelikte genel ahlaka aykırı kitap, makale, varaka ve ilan yazanlar ile bu kabil makale, yazı ve resimleri ihtiva eden gazete ve mecmua gibi mevkutelerin sahipleri ve mevkute tanımına girmeyen basılmış eserler yayınlananları hakkında 426 ncı maddedeki cezalara hükmolunur. Bu mevkutelerin sorumlu müdürleri hakkında ise bu cezanın yarısı uygulanır.

426 ncı madde ile bu maddede yazılı evrak ve eşya müsadere (...) olunur.

MADDE 428 - (Değişik: 3266 - 6.3.1986) Halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı şarkıları alenen söyleyenler veya plakları, teyp bantlarını çalanlar veya umumi adaba aykırı veya bir şahıs veya bir heyetin namus ve haysiyetini muhil beyanat ve sözlerle gazete, risale ve diğer evrak satanlar iki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.

Bu madde ile 426 ve 427 nci maddelerdeki suçlardan doğan davalar en geç iki ay içinde sonuçlandırılır.

426 ve 427 nci maddeler ile bu maddedeki ağır para cezalarının tatbikinde, 19 uncu maddedeki aşağı ve yukarı hadlerle ilgili hüküm uygulanmaz.

Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ibaresinin gayet muğlak, müphem ve yorumlara açık olduğu açıktır. Her yargı mensubunun bu ibareyi nasıl yorumlayacağı ve neye yaracağı karmaşaya neden olmaktadır. Öte yandan konuya ilişkin gelişmiş toplumların ve Ulusları sözleşmelere ilişkin müktesebat nazara alındığında oral ya da anal ilişkinin yasaklar kapsamına alınarak cezai müeyyideye bağlandığına ilişkin gelişmiş toplumlarda herhangi bir yasağa rastlanılmamaktadır. İki yetişkin karşı cinsin rıza ve istemleri dahilinde oral ve anal ilişki yaşamamaları suç teşkil etmez iken buna ilişkin görüntülerin bilgisayarda ve başka bir gösteri aracında bireysel seyredilmesinin suç teşkil etmesi de olayın tezatlarla dolu bir başka

boyutunu oluşturmaktadır. Yukarıda kısmen de olsa sosyal medyaya yansıyan yorum ve haberler den de anlaşılacağı üzere bu muğlak ve müphem ibare toplumda ve yargı da karmaşaya de neden olduğu gibi yoğun eleştirilere de neden olmaktadır.

Neticeten TCK'nun 226/4. maddesinde yer alan "doğal olmayan yoldan" ibaresinin Anayasanın 12. 17. 20 ve 42 maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle iptali için yargılamanın durdurularak, dosyanın gölge dosya tanzim edilerek bir kararla Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, Anayasa Mahkemesinden verilecek karara kadar konunun bekletici mesele yapılmasına dair karar verilmesi kamu adına talep olunur.

Sanık . savunmasında; Kendisinin bu konuda daha önce ifade verdiğini, o ifadeleri aynen geçerli olduğunu, ek süre talep etmediğini, kendisi için izlediğini, çoğaltıp satmak amacıyla buldurmadığını, hatta polisler cebinden flash bellekte bulduklarını, kendisinin onun cebinde olduğunu dahi unuttuğunu, çoğaltıp satmasının kesinlikle söz konusu olmadığını, öncelikle beraatine, aksinin düşünülmesi halinde lehine olan hükümlerinin uygulanmasını ayrıca hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin de uygulanmasını talep ettiğini savunmuştur.

Yapılan yargılama, toplanan deliller, iddia, sanık savunması, bilirkişi raporu, hazırlıkta tutulan tutanaklar ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, Aydın Güvenlik Şube Müdürlüğüne yapılan ihbarda sanığa ait . iletişim isimli iş yerinde müstehcen görüntülerin başkalarının kullanımına sunmak amacıyla satışa arzettiği ve depoladığından bahisle yasal prosedüre uygun olarak sanığın iş yerinde yapılan aramada sanığın üzerinde kendisine ait çok sayıda porno içerikli görüntülerin bulunduğu Sandisk marka 8 gb kapasiteli flash belleğin ele geçirildiği, kolluk görevlilerince tanzim edilen inceleme tutanağı içeriğinden anlaşılmış olup, sanığın alınan ifadesinde kendisine ait flash bellekteki porno içeriklerini kendisinin izlediğini, para karşılığı çoğaltıp satmadığını, iş yerinde kullanmadığını, flash bellekte bulunan porno içerikli filmleri internette indirdiğini belirttiği, konusunda uzman teknik bilirkişinin şüpheliden ele geçirilen flash bellekte yapılan inceleme sonucu tanzim ettiği rapor içeriğine göre görüntülerin bir çoğunda doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışları içeren görüntülerin bulunduğu saptandığı, bu şekilde sanığın kendisine ait . iletişim isimli iş yerinde müşterilerin görüntüleri satmak amacıyla porno görüntüleri içeren flash diski yanında bulundurduğu, ve depoladığı, gerek sanığın tevilli ikrarı ve gerekse tanzim edilen rapor içeriğine binaen sanığın üzerine atılı suçu işlediği iddia edilerek sanığın müstehcenlik suçundan cezalandırılması talep edilmiş ise de, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ibaresini yoruma açık olduğu, her yargı mensubunun bu ibareyi nasıl yorumlayacağı, nasıl bir hukuki anlam yükleyeceği net olmamakla birlikte konuya ilişkin gelişmiş toplumların ve uluslararası sözleşmelere ilişkin müktesebat nazara alındığında oral ya da oral ilişkinin yasaklar kapsamına alınarak cezai müeyyideye bağlandığına ilişkin herhangi bir yasağa rastlanılamadığı, yetişkin iki karşı cinsin rızası ve istemleri dahilinde bu tarz ilişki yaşamalarının suç teşkil etmemesi açık iken buna ilişkin görüntülerin görsel olarak izlenebilir halde olmasının suç teşkil etmesi de ayrı bir çelişki doğurmakta olup bu nedenlerle TCK.nun 226/4. maddesinde yer alan doğal olmayan yoldan ibaresinin Anayasanın 12, 17, 20. ve 42. maddelerine aykırı olduğu kanaati ile yargılamanın durdurularak dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiş aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."