

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/118

Karar Sayısı : 2015/35

Karar Tarihi : 1.4.2015

R.G. Tarih-Sayı : 18.4.2015-29330

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "*doğal olmayan yoldan*." ibaresinin Anayasa'nın 12., 17., 20. ve 42. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında müstehcenlik suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 226. maddesi şöyledir:

"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, 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 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."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 12., 17., 20. ve 42. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 2., 13. ve 38. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 25.6.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Mustafa ÇAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla

yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un 226. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "*doğal olmayan yoldan...*" ibaresinin iptalini istemiştir.

Anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında, "*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.*" hükmü yer almaktadır. Buna göre doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması ve bulundurulması eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Düzenlenen suç seçimlik hareketli bir suç olup söz konusu hareketlerden birinin yapılması suçun oluşumu için yeterlidir. Bu bağlamda, itiraz konusu "*doğal olmayan yoldan*" ibaresi, anılan seçimlik hareketlerin hepsi için geçerli olan ortak hüküm niteliğinde bir ibaredir.

Bakılmakta olan davada sanığın, "*doğal olmayan yoldan*" yapılan cinsel davranışlara ilişkin görüntüleri içeren ürünleri depolamak suçundan cezalandırılması talep edilmektedir. İddianamede her ne kadar sanığın eyleminin depolama yanında bulundurma olduğu ifade edilmişse de sanığın işyerinde yapılan arama neticesinde doğal olmayan yoldan gerçekleştirilen cinsel ilişkilere ait görüntülerin bir bellekte farklı klasörlerde depolanmış bulunduğu dikkate alındığında sanığın eyleminin depolama olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, itiraz konusu "*doğal olmayan yoldan*" ibaresine ilişkin esas incelemenin "*depolayan*" ibaresi yönünden yapılmasına karar verilmesi gerekir.

Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ve Muammer TOPAL bu görüşe katılmamıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, "*doğal olmayan yoldan*" ibaresinin yoruma açık olduğu, her yargı mensubunun bu ibareyi nasıl yorumlayacağını, nasıl bir anlam yükleyeceğini net olmadığı, iki karşı cinsin rızası ve istemleri dâhilinde "*doğal olmayan yoldan*" yapılan cinsel davranışların suç teşkil etmemesine rağmen buna ilişkin görüntülerin görsel olarak izlenebilir olmasının suç teşkil etmesinin çelişkili olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 12., 17., 20. ve 42. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 38. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı (4) numaralı fıkrasında, 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 kişinin, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. İtiraz konusu kurala göre, "*doğal olmayan yoldan*" yapılan cinsel davranışlara

ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri depolayan kişi için de söz konusu ceza uygulanacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "*Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.*"; üçüncü fıkrasında da "*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek "*suç ve cezanın yasallığı*" ilkesi getirilmiştir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine, suç ve ceza arasında adil denge bulunmasına ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda kanun koyucu takdir yetkisi kapsamında itiraz konusu kuralla, "*doğal olmayan yoldan*" yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin depolanmasını veya diğer seçenek hareketlerin yapılmasını yaptırıma bağlamaktadır. Kuralın cinsel davranışın bizzat kendisini değil, buna ilişkin yazı, ses veya görüntülerin başkalarına iletilmesi veya topluma yayılmasını önlemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

Gerek mukayeseli hukukta gerekse milli hukukumuzda müstehcenlikle ilgili getirilen hükümlerde korunmak istenen başlıca hukuki menfaat, toplumun "*ar ve haya duyguları*" olarak da ifade edilen "*genel ahlak*"tır. "*Genel ahlak*", belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışıdır. Soyut ve değişken bir kavram olan genel ahlaka ve adaba aykırılığın tespitinde toplumun belirli bir kesiminde kabul edilen değer yargıları değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekmektedir. Böylece çoğunluğun veya bir kesimin ahlak anlayışının toplum geneline dayatılması riskinin önüne geçilebilecektir. "*Genel ahlak*" yaptırım hukukunun bir parçası olarak düzenlendiğinde ayrıca "*filin ağırlığı ve tehlikeliliği*" ölçütü de gözetilmelidir. Diğer bir anlatımla, sınırlanmak istenilen davranış değerlendirilirken demokratik toplumun temellerini oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerler ve özgürlüğü genişletici yorum yöntemleri yanında davranışın demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır.

İtiraz konusu kural gereğince oluşacak müstehcenlik suçu "*doğal olmayan yoldan*" yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin depolanmasını yaptırıma bağlamaktadır. İtiraz konusu kuralla korunmak istenen hukuki yararı ihlal edebilecek nitelikte "*doğal olmayan yoldan*" yapılan cinsel davranışlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesi ve sayılması mümkün değildir. Diğer yandan "*doğal olmayan yol*" ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdan topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir ise de kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizzatıhi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. "*Doğal olmayan yol*" kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın "*belirlilik*" ve "*kanunilik*" ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, özüne dokunulmaksızın, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak üzere kanunla sınırlanabilir.

Anayasa'nın 20. maddesi ile özel hayatın gizliliği ve korunması güvence altına alınmıştır. Maddenin birinci fıkrasında, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; ikinci fıkrasında ise özel hayatın gizliliğine ilişkin hakkın sınırlandırılma koşulları düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu hak mutlak ve sınırsız olmayıp, Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri gereğince belirli koşullarda, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak üzere kanunla sınırlanabilir.

Demokratik toplum düzenine ilişkin davranışlar ölçütünün değerlendirilmesinde ise tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve bu Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları incelenebilir. AİHM, müstehcenlik kavramıyla ilgili genel ahlaka dayalı meşru sınırlama nedenini incelerken, ilgili toplumda geçerli genel ahlak kurallarının esas alınmasının doğal olduğunu kabul etmiş, fakat demokratik toplumda gereklilik bakımından bunun sınırını bazı ölçütlerle denetlemiştir. AİHM, müstehcen bulunan kitabın toplatılıp müsadere edilerek imha edilmesi hakkında yapılan bir başvuruda, kitabın, onu okuyacak çocukların ve büyüme çağındaki gençlerin ahlaki değerleri üzerinde zararlı etkileri olacağına yönelik iç hukuk uygulamasını AİHS'ne aykırı görmemiştir (*Handyside/Birleşik Krallık*, B.No:5493/72, 7.12.1976). AİHM eşcinsel ve hayvanlarla cinsel ilişkiyi kaba bir biçimde konu edinen resimlerin resim sergisinden çıkartılması ve bir süre el konulmasını meşru amaca uygun görürken, serginin ücretsiz olup, içeriği hakkında herhangi bir uyarı yapılmadan ve her yaştan kişiye açık olduğuna dikkat çekerek genel ahlakın korunmasıyla ilgili bu önlemin AİHS'ni ihlal etmediğine karar vermiştir (*Müller ve Diğerleri/İsviçre*, B.No:10737/84, 24.5.1988). AİHM internet yayını nedeniyle verilen ceza mahkûmiyetini değerlendirdiği bir kararında ise diğer ülkelerde serbest olsa dahi aşırı müstehcen fotoğrafların web ortamında ücretsiz ön izleme sayfasında herkese erişilebilir kılınması nedeniyle verilen mahkûmiyetin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine yönelik açılan davayı kabul edilemez bulmuştur (*Perrin/Birleşik Krallık*, B.No:5446/03, 18.10.2005).

Sözü edilen kararlar incelendiğinde, AİHM'nin, çocukların müstehcen ürünlere erişimini önlemeye yönelik iç hukukta öngörülen cezai müeyyideler ile yetişkinlerin, kişisel kullanım dışında, özel bir tedbir alınmaksızın bu ürünleri başkalarına yayması veya erişimine açık tutmasını engellemeye yönelik cezai müeyyideleri AİHS'nin ihlali olarak değerlendirmedeği anlaşılmaktadır.

Genel ahlak kavramına ilişkin açıklanan sınırlama ilkeleri gözetildiğinde, kuralda yer alan "*depolama*" biçimindeki seçimlik hareketin, bireysel kullanım için değil, başkalarına yayma veya iletme maksadıyla aynı cins ürünün çok sayıda biriktirilmesinin veya bu amaçla arşiv oluşturulmasını ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bu anlamıyla, başkalarına yayma veya iletme maksadıyla "*doğal olmayan yoldan*" cinsel davranış içeren ürünlerin depolanmasının cezai müeyyide altına alınmış olmasının toplumun genel ahlakının korunması ve dolayısıyla kamu yararı amacına yönelik olduğu, yapılan müdahalenin öngörülen amaçla orantılı olduğu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturmadığı anlaşıldığından kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 12., 17. ve 42. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan;

A- "*doğal olmayan yoldan*." ibaresine ilişkin esas incelemenin, "*depolayan*." ibaresi yönünden yapılmasına, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- "*doğal olmayan yoldan*." ibaresinin, "*depolayan*." ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

1.4.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Esas Sayısı : 2014/118

Karar Sayısı : 2015/35

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

KARŞIOY GEREKÇESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Müstehcenlik" başlıklı 226 ncı maddesinin (4) ncü fıkrasında "şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya **doğal olmayan yoldan** yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışı 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." denilmektedir. İtiraz Mahkemesince iptali istenen kural ise maddede geçen "**doğal olmayan yoldan**" ibaresidir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında, kanun koyucunun ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler yaparken, belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi yaptırımların söz konusu olacağı, ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenlerin gözetilip gözetilmeyeceği konularında takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmekte; suç ve ceza siyasetine ilişkin bu takdir hakkı kullanılırken de başta Anayasa'nın 2., 13., 17. ve 38. maddelerinde öngörülen sınırlamaların yanısıra, ceza hukukunun temel prensiplerinin gözetilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

İtiraz istemine konu kuralın da yer aldığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226 ncı maddesinin (4) ncü fıkrasının incelenmesinde; suç olarak belirlenen dört fiilin (şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde, **doğal olmayan yoldan** yapılan cinsel davranışların) yer aldığı "yazı, ses veya görüntü içeren ürünlerin" aşağıdaki şekilde davranışlarla birlikte olunması halinde, faillerine bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilecektir:

- Bu ürünleri üretenler,
- Bu ürünleri ülkeye sokanlar,
- Bu ürünleri satışı arz edenler,
- Bu ürünleri satanlar,
- Bu ürünleri nakledenler,
- Bu ürünleri depolayanlar,
- Bu ürünleri başkalarının kullanımına sunanlar,
- Bu ürünleri **bulunduranlar**.

Görüldüğü üzere, birden fazla seçimlik hareket hem suç teşkil etmekte, hem de sayılan hangi fiil ve şekil gerçekleşirse gerçekleşsin, faillere "**aynı**" ceza verilmektedir. Diğer bir deyişle, örneğin kuralda belirtilen cinsel ilişkileri ihtiva eden DVD'leri binlerce miktarda üreten bir fail ile sadece seyretmek amacıyla evinde bir adet bulunduran fail aynı ceza yaptırımını ile

karşı karşıya kalacaktır. Yani "doğal olmayan yoldan" cinsel ilişki içerme ortak paydası, hem üreten failler hem de evinde seyretmek amacıyla bir adet ürün bulunduran failler bakımından aynı etki ve sonucu doğuracaktır. Salt bu haliyle dahi iptal istemine konu kuralın, bir hukuk devletinde yasa koyucunun dikkate almak durumunda olduğu "hakkaniyet" ve "ölçülülük" ilkelerine uyarlı düşmediği çok açıktır. Oysa yukarıda anılan Anayasal ilkeler (2., 13., 17. ve 38. maddeler) suç tipi belirlenirken ve yaptırımlar öngörülürken, yasa koyucunun fiilleri belirlerken adil ve ölçülü bir tasnif yapmasını ve buna göre düzenlemeye gitmesini zorunlu kılmaktadır. İtiraz istemine konu kuralda bu lazımelere riayet edilmediği açıkça görüldüğünden, kuralın Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı düştüğü açıktır.

Öte yandan, "**doğal olmayan yoldan**" ibaresinin bizatihi kendisi dahi tam anlamıyla belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim dosyanın incelenmesinde, özellikle öğretilerde yer alan aksi yöndeki görüşlere ve bizzat yasanın hazırlanmasında görev yapan ceza hukukçusu bir bilim adamının uygulamanın yanlış istikamette seyrettiğine dair beyanlarına karşın, Yargıtay içtihatlarında, karşılıklı rızaya dayalı olsa bile, "anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki, ensest ilişki" ihtiva eden ürünlerin 226 ncı maddede belirtilen şekillerde bulunması halinde, "doğal olmayan yoldan" yapılan cinsel davranışın varlığı kabul edilerek hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. "Ensest" hariç, cebir, şiddet içermeyen ve rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte "özel hayatın gizliliği" koruması altında olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik kararları ile ortaya koyulmuştur. Tüm bu vakıalara rağmen, uygulamanın farklı bir istikamette seyretmesi, kuralın her türlü yoruma açık olduğunu, diğer bir deyişle "belirli olmadığını" açıkça ortaya koyucu mahiyettedir. Oysa "belirlilik ilkesi" hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinde biri olup, "hukuki güvenlik" ilkesi ile de doğrudan bağlantılı bir ilkedir. Bu bakımdan, iptal istemine konu kuralın hukuk devletine aykırılığı açıktır. Yine, yukarıda işaret edildiği üzere, mevcut haliyle kuralın Anayasa'nın 20. maddesiyle koruma altına alınan "özel hayatın gizliliği" ilkesini de ihlâl ettiği izahtan verastedir.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili

Üye

Serruh KALELİ

Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY YAZISI

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*müstehcenlik*" suçunu düzenleyen 226. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "**doğal olmayan yoldan.**" ibaresinin iptaline yönelik başvuruda, Mahkememiz çoğunluğu tarafından incelemenin "depolamak" ibaresi yönünden yapılmasına karar verilmiştir.

İtiraz yolunda başvuran mahkemelerin ileri sürdükleri Anayasaya aykırılık iddialarının kuralda geçen farklı kavram veya durumlar yönünden ayrı değerlendirmeye müsait olduğu hallerde Anayasa Mahkemesi başvuran mahkemenin elindeki somut davayı da değerlendirerek bu kurallar yönünden iptali istenilen kural veya ibareyi inceleyebilir. Bunun bir nedeni de özellikle anayasaya aykırılık isteminin reddi halinde on yıllık yasağın olumsuz etkisini sınırlandırma düşüncesidir.

Ancak, eldeki işte olduğu gibi, iptal gerekçelerine göre zaten sınırlı olarak geline ve kuralda düzenlenen tüm durumlar hakkında uygulanması öngörülen ve farklı durumlar yönünden ayrıca değerlendirmeyi gerektirecek bir özelliği bulunmayan işlerde sınırlama yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ayrıca kuralın tümünün iptali istenmediğinden, iptali istenilmeyen ibareler yönünden sınırlandırma yapılması uygun da değildir.

Eldeki işte başvuran Mahkeme bilinçli olarak ".doğal olmayan yoldan." ibaresinin muğlak ve belirsiz olması nedeniyle iptalini istemektedir. İptal gerekçesi ve verilecek karar bakımından eylemin bulundurma, depolama ya da maddede sayılan diğer hallerden biri olmasının bir önemi bulunmamaktadır. İptali istenilen ibare yönünden de incelemenin her bir eylem yönünden farklı açılardan yapılmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, **".doğal olmayan yoldan."** ibaresinin iptaline yönelik başvuruda "depolama yönünden" şeklinde bir sınırlama yapılmasına gerek bulunmadığı kanaatinde olduğumuzdan çoğunluk görüşüne katılmadık.

Başkanvekili	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Erdal TERCAN	Muammer TOPAL

KARŞIOY YAZISI

İptal istemi, Türk Ceza Kanunu'nun "*müstehcenlik*" suçunu düzenleyen 226. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan **".doğal olmayan yoldan."** ibaresine ilişkindir.

Kuralla, "*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 kişilerin, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaları öngörülmektedir.

Başvuru kararında, "*doğal olmayan yoldan*" ibaresinin yoruma açık olduğu, iki yetişkin kişinin rızası ve istemleri dahilinde yapılan cinsel davranışlar suç olmadığı halde bunları içeren

ses, yazı ve görüntülerin depolanmasının ve bulundurulmasının suç oluşturmalarının Anayasaya aykırı olduğu belirtilmiştir. Mahkemenin gerekçeli başvuru kararında bu husus, en çarpıcı örnekleriyle, açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği düzenlenmiştir. Cinsellik alanının ve kişinin cinsel tercihlerinin, özel hayatın en önemli ve mahrem alanı olduğunda tereddüt yoktur. Özel hayata, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve hakim kararıyla müdahale edilebilir. İptali istenen kuralın da genel ahlakın korunması nedenine bağlı olarak, kişilerin cinsellik alanına yapılan bir müdahale olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, doğal olmayan yollardan yapılan cinsel davranışların ses, yazı veya görüntülerini evinde veya diğer bir şekilde özel alanında saklayan kişiler hapis cezası ile cezalandırılacaklardır. Bu yönden, suç konusu ses, yazı veya görüntülerin, kişinin kendisine veya bir başkasına ait olması da önem taşımamaktadır.

Doğal olmayan yollardan cinsel davranışlar, aynı cinsten kişiler arasında veya kişi tarafından tek başına yapabileceği gibi, bir takım eşya, malzeme ve objelerden yararlanarak yapılan cinsel davranışlar da olabilir. Ayrıca, karşı cinsten kişilerle olağan cinsel birleşme dışındaki davranışlarla yapılan cinsel deneyimler de bu kapsamda sayılabilecektir. Öte yandan, **her tür cinsel davranışın, yetişkinler arasında ve rızaya dayalı olduğu, şiddet veya zorlama içermediği, toplum önünde sergilenmediği müddetçe, tamamen kişinin özel alanına ait olduğu ve temel özgürlükler kapsamında kaldığı açıktır. Bu tür cinsel davranışlara kamu gücü tarafından müdahale edilemeyeceğinde, çağdaş insan hakları standartları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatları karşısında, tereddüt bulunmamaktadır.**

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçütleri getirilmiştir. Buna göre özel yaşama da, Anayasa'nın 20. maddesinde sayılan sebeplere (bu durumda genel ahlak) bağlı olarak yapılacak müdahale demokratik bir toplumda zorunlu, amaca elverişli ve ölçülü olmalıdır.

İptali istenen kuralın yer aldığı 226. maddenin yasalaştırılma amacının, toplumu ve özellikle çocukları müstehcenlikten korumak olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönden (4) numaralı fıkra ile getirilen düzenlemelerin bir kısmının zorunlu ve amaca elverişli olduğu söylenebilir. **Ancak, doğal olmayan yollardan yapılan cinsel davranışları içeren ses, yazı ve görüntülerin kişilerin mahremiyet alanında kaldığı ve toplumla paylaşılmadığı müddetçe, kanunla korunmak istenen hukuki yararı haleldar etmesi mümkün değildir.** Başka bir ifadeyle, bu tür ses, yazı ve görüntülerin sadece depolanması veya bulundurulması, salt kişinin özel alanında kalan ve genel ahlaki etkilemeyen bir durumdur.

Kendisi suç olmayan bir davranışın ses, yazı veya görüntü kaydının saklanması suç sayılması, demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı gibi, amaca elverişli de değildir. İptali istenen kural, şiddete dayalı veya çocuklara yönelik cinsel eylemlerde olduğu gibi kendisi başlı başına suç teşkil eden cinsel davranışlarla, suç teşkil etmeyen cinsel davranışlar arasında herhangi bir ayırım da yapmamıştır. Nitekim çoğunluk gerekçesinde de bu ayırım yapılamamış, *"demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan, hatta bizzatı kendisinin suç kabul edildiği davranışlar"* şeklinde bir ifadeyle, kuralda var olduğu

kabul edilen belirsizliğe haklılık kazandırılmaya çalışılmıştır.Bu gerekçenin kabulüne olanak yoktur. **"Toplumsal ahlaki standartlarına uygun"** yol kabul edilmeyen bir davranışın toplumda yaygınlık kazanmasının ceza tehdidiyle önlenmeye çalışılması, bizi demokrasi ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, dinen ve ahlaken de caiz olmayan, kişilerin özel yaşamlarının gözetlenmesi, teşhir edilmesi ve çoğunluğa uymayanların cezalandırılması şeklindeki ilkel bir müdahaleyi meşru hale getirebilecektir.

Suç teşkil etmediği halde bazı cinsel davranışların toplumun çoğunluğunca benimsenmediği gerekçesiyle doğal olmayan davranış sayılarak, bunlara ilişkin ses, yazı veya görüntülerin kişinin özel alanında depolanmasının(ve evleviyetle bulundurulmasının) **dört yıla kadar hapisle cezalandırılması, kişi özgürlüğüne yapılan, ölçsüz ve ağır bir müdahaledir.** Bu müdahale, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırıdır.

Yukarıdaki nedenlerle *"doğal olmayan yoldan"* ibaresinin *"depolayan"* yönünden iptali gerektiği düşüncesiyle, karara katılmıyorum.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 226. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan *"doğal olmayan yoldan."*ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İlgili madde "Müstehcenlik" başlığını taşımakta olup, itiraz konusu ibarenin yer aldığı (4) numaralı fıkra, *"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"* düzenlemesini içermektedir.

İlgili fıkra uyarınca yetişkin bireylerin rıza ve istemleri dâhilinde "doğal olmayan yoldan" cinsel davranışlar içinde bulunmaları suç oluşturmazken bunlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üretmek, ülkeye sokmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek depolamak, başkalarının kullanımına sunmak veya bulundurmak cezai yaptırıma tabi tutulmaktadır. Kanunda, şiddet içeren, hayvanlarla ve ölmüş bedenlerle ilişkiler sayılırken "doğal olmayan yollarla" ibaresinin neleri içerdiği açıkça belirtilmemiştir.

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 imkânsızı 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 bireyi temel alan günümüz insan hakları anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

İtiraz konusu ibarenin bulunduğu fıkrayı bir bütün olarak değerlendirip, "doğal olmayan yoldan" kavramını kendisinden önce yer alan "şiddet kullanarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde" gerçekleştirilen cinsel davranışlarla aynı kategoride değerlendirmek bizi hatalı sonuçlara götürecektir. Çoğunluk, doğal olmayan yoldan ibaresini ilgili fıkra kendisinden önce belirtilen benzeri cinsel davranışlarla sınırlandırmakta ve onlar üzerinden yorumlamaktadır. Bununla birlikte, itiraz konusu ibarenin daha geniş bir şekilde farklı davranışları da içerecek şekilde yorumlanması mümkündür. Nitekim Yargıtay uygulamasına baktığımızda anal ve oral ilişkiler gibi cinsel davranışlara ait görüntüler "doğal olmayan yoldan" tanımı içinde yer almaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun şekilde, yasayla sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvurulacak aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder. Burada kısıtlama için kullanılan araçla amaç arasında hak ve özgürlüğü en az sınırlayacak dengeli bir orantı aranmaktadır.

"Özel hayatın gizliliği" başlığını taşıyan Anayasa'nın 20. maddesine göre de, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" Bu hak, belirli şartlar altında demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak üzere kanunla sınırlandırılabilir. İtiraz konusu ibare kanunilik ölçütünü karşılamakta ve toplumun genel ahlakını korumak gibi meşru bir amaç taşımaktadır. Ancak özel hayatın gizliliği hakkına kuralla getirilen müdahale demokratik toplum düzeni gereklerine aykırılık teşkil etmektedir, çünkü acil bir toplumsal ihtiyaca denk gelmemektedir. Kişilerin cinsel faaliyetleri, tercihleri ve davranışları özel hayatlarının en mahrem kısmını oluşturmaktadır ve meşru bir neden olmadan devletin asla ve asla karışmaması gereken bir alandır. Kuralla, kişilerin özel hayatına getirilen sınırlandırma ve yapılan müdahale kişilerin cinsel yaşamlarının, tercihlerinin ve davranışlarının cezai yaptırım tehdidi altında tutulması sonucunu doğurmaktadır. Burada cezalandırılanın rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar olmayıp, bu davranışları konu alan ürünlerin üretilerek yayılması, satılması böylece bunların normal, olağan kabul edilmesinin engellenmesi olduğu görüşü de hatalıdır, çünkü ilgili fıkra, "doğal olmayan yoldan" yapılan cinsel davranışlarla ilgili yazı, ses ve görüntüleri içeren ürünleri yayma amacı taşımadan sadece bulunduranların da cezalandırılmasına öngörmektedir.

Devletin, cinsel davranışları, tercihleri ve uygulamaları, tanımlanması neredeyse imkânsız olan "doğal olmayan yoldan" ibaresi üzerinden sınırlandırması özel hayatın gizliliğine yapılan ve demokratik toplum düzeni için hiç de gerekli olmayan ölçüsüz bir müdahale anlamına gelmektedir.

İtiraz konusu ibarenin, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle Çoğunluk kararına muhalif kalınmıştır.

Esas Sayısı : 2014/118
Karar Sayısı : 2015/35

Üye

Engin YILDIRIM