

İnternet üzerinden çocuk istismarı ve tacizi (Uluslar arası standartlar, ulusal uygulamalar, soruşturmada yaşanan zorluklar): ÇOCUK PORNOGRAFİSİNE İLİŞKİN SUÇLAR (TCK m.226/3)¹

I. Çocuk Pornografisi Kavramı

A-) Genel olarak

Çocuk pornografisi değişik şekillerde tanımlanabilir. En kaba tanımı ile çocuk pornografisi çocuk içeren cinsel eylemi temsil eden görüntü veya figürlerdir. Ancak bu tanım sınırlı bir içeriği ifade eder. Çocuğu temsil eden her türlü görsel ve sesli materyal şeklindeki bir tanım daha geniştir. Böyle bir tanım resimler, çizimler ve çizgi filmleri de içine alır. Tanımların değişik olması çocuk pornografisi suçunun sınırlarının tam olarak belirlenememesine yol açmaktadır.

Bugün pornografi dendiğinde daha çok *çocuk pornografisi* akla gelmekte, özellikle karşılaştırmalı hukukta cezalandırılmak istenen hukuki konunun çocuk pornografisi ile sınırlı olduğu ve çocuk pornografisine karşı yoğun bir mücadeleye girildiği görülmektedir. Özellikle internet kullanımının hızla yaygınlaşması konuyu daha duyarlı hale getirmiştir. Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nde de imza koyan ülkelere çocuk pornografisi ile mücadele önerilmektedir².

Tüm bu hususlar, her ne kadar konuyu düzenleyen TCK m.226'da ayrıca *pornografi* ve *çocuk pornografisi* terimlerine yer verilmiş olmasa da konunun ayrı bir başlık altında ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Çocuk pornografisi terimi, daha çok psikolojik bir anlamı ifade eden "pedofili" terimi ile birlikte kullanılmaktadır. Zira pedofili, *erişkin bir kimsenin, küçük çocukları cinsel açıdan çekici bulması ve onlara cinsel eğilim duyması* olarak tanımlanmaktadır. Bu yönüyle çocuk pornografisinin ortaya çıkışı, pedofilik sapkınlıktır denebilir. Bununla birlikte çocuklara tecavüz, çocuklarla cinsel ilişki gibi cinsel suçları işleyenlerin sadece yüzde 30'unun pedofili hastası olduğu söylenmekte olup çocuklarla cinsel ilişki kuran herkes pedofilik, yani hasta diye gruplandırılmaz. Bu tür eylemlerin diğer sebepleri kişilik bozukluğu, merak, deneme isteği ve büyük çoğunlukla da ticaret olarak sıralanabilir. Para kazanmak ve ticari amaçla bu suçu ifleyenlerin hasta olarak değerlendirilmesi bir anlamda onlara paye vermek gibi olacağından böyle bir genelleme yapılmaması daha uygun olacağı söylenmektedir³.

Hemen ifade edelim ki pedofili ile psikolojik bir rahatsızlık olarak ifade edilen diğer cinsel sapkınlıklar birbirine karıştırılmamalıdır. Gerçekten pedofili, günümüz psikiyatri sınıflandırma sistemlerinde "parafililer"; yâni "cinsel

¹ Prof. Dr. Veli Özer Özbek

² Sözleşme Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi onayı ile 8.11.2001 tarihinde kabul edilmiştir. Devletlerin imzasına 23.11.2001 tarihinde Budapeşte'de açılan Avrupa Siber Suç Sözleşmesi, 1.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmiş olup bu alandaki ilk uluslararası sözleşmedir (Bu nedenle sıklıkla Budapeşte Sözleşmesi adıyla anılmaktadır.) Avrupa Konseyi üyesi devletlerin haricinde Sözleşme, şu ana kadar 21'i Avrupa Konseyi üyesi olmayan (ABD, Kanada, Japonya, Karadağ, Güney Afrika Cumhuriyeti, ..) toplam 68 ülke tarafından imzalanmış, 62 devlet tarafından hukuki süreci başlatılmıştır. Türkiye tarafından 10.11.2010 tarihinde imzalanan sözleşme nihayet 29.09.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin resmi tercümesi "Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi" olarak belirtilmiştir

³ Erbaşı Ayşe Aslıhan, Çocuk Pornografisi, İBD., 2007, Cilt: 81, S. 4, s.1614.

sapkınlıklar” ana kategorisi altında ele alınır. Parafililer çok çeşitlidir. **Parafili** (paraphilia) sapkın sevgi veya normâl dışı bir nesneye karşı duyulan aşk ve cinsel yönelim anlamına gelir. Yâni bu cinsel sapmaya sâhip olanlarda cinsel davranışın niteliği veya nesnesi değişiklik gösterir.

Bunun dışında ürofil (idrar içmekten hoşlanma), korpofili (büyük abdest yemekten hoşlanma), nekrofil (ölülerle seks yapmaktan hoşlanma) gibi acayip ve tiksindirici parafililer genellikle şizofreni veya ağır kişilik bozukluğu olan kişilerde görülür. Gerofili (yaşlılardan hoşlanma) de benzer bir durumdur⁴.

Belki de en çok rastlanan parafili türü olan pedofilide çocuklara karşı tekrarlayıcı cinsel dürtü hissetme ve tahrik edici fanteziler ortaya çıkar. Bâzen de fücurla (incest: yakın akrabalar arası cinsel ilişki) iç içedir. Sırayla en çok rastlananlar arasında baba-kız, baba-oğul, anne-oğul, nâdiren de anne-kız pedofilik fücür vak’alarına rastlanmaktadır.

Amerikan Psikoloji Derneği’ne göre pedofilinin kriterleri şu şekilde tanımlanmıştır (APAS 2003): - En az altı aylık bir süre zarfında, ergenlik çağına henüz girmemiş çocuk veya çocuklara (Genellikle 13 yaş ve altı) karşı, cinsel fantezi duyma, cinsel eylemde veya zorlamada bulunma; - Kişinin, psikolojik sorunları nedeniyle bu tür bir eylemde bulunması; - Eylemi gerçekleştiren kişinin, en az 16 yaşında olması ve çocuktan en az 5 yaş büyük olması⁵.

Bu tanımlama çocuklara sâdece davranışsal olarak arada bir sarkıntılık yapıp, eşlik eden cinsel dürtü ve uyarılma fantezisi târif etmeyen ve bu sebeple de meslekî ve sosyal uyumunda bozulma görülmeyen kişilerin pedofili teşhisi almalarını dışlamaktadır.

Söz konusu olan tanı kriterleri bu gruptaki kişileri teşhis hâricinde bıraktığı için bâzı otoriteler tarafından eleştirilmektedir. Bu yönden, sâdece “çocuklara sarkıntılık etme davranışı”; ayrıca ele alınmaktadır. Söz konusu olan saldırganlık davranışlarının erkeklerde kadınlara göre daha fazla görüldüğü bilinmektedir. Birkaç sarkıntılık girişiminden sonra kişide cinsel dürtü ve uyarılma fantezilerinin ortaya çıkması durumunda, başka çocuklara karşı da bu yönde eyleme geçme davranışının görülebileceği ihtimali akla getirilmelidir.

Ayrıca, ABD için geçerli kabûl edilen bu kriterlerin her kültür için geçerli olmadığı da bir vâkıdır. Meselâ Ortadoğu kültürlerinde sık rastlanan beşik kertmesi âdetinde 12 yaşında bir kızla 16 yaşında bir erkek çocuğun evlendirilmesi veya 70 küsur yaşındaki bir adamın başlık parasını verdikten sonra 13 yaşında kızla “imam nikâhıyla” evlenmesi hiç de ender rastlanan şeyler değildir. Özellikle bu sonuncu örneğin benzerlerine memleketimizde de çok rastlandığından, bu kişilerin genellikle de çok eşli (poligam) oldukları ve diğer karılarının değişik yaşlardan olduğu dikkate alınacak olursa, gerçekten pedofil sayılamayacakları rahatça iddia edilebilir.

Pedofiliklerin cinsel tercihlerinde çocuklara yönelmelerinin sebebi nedir?

⁴ Doksat M. Kerem/ Doksat Neslim, Çocuk Pornografisi, (<http://www.psikologum.com/editor.asp?aid=304> (erişim:29 Şubat 2008).

⁵ **Uzunay Yusuf/Koçak Mustafa**, İnternet Üzerinde Çocuk Pornografisi; <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=13182> (erişim tarihi 15.5.2007); Doksat/Doksat Çocuk Pornografisi; **Erbası**, 1614.

Bu konuda izah en fazla yaş farkı gözetmemelerine veya daha çok çocuklara karşı cinsel uyarılma yaşamalarına atfedilmiştir. Bu kişilerin çocukların davranışlarını hatalı bir bilişsel çerçeve içinde değerlendirdikleri, onların bazı davranışlarını seksüel açıdan dâvetmiş gibi yorumlayabildikleri bilinmektedir. Ayrıca, çalışmalara göre çocuklara sarkıntılık eden çoğu kişi çocukluklarında kendilerinin de bu konuda kurban olduklarını iddia etmişlerdir. Yine çalışmalar, bu kişilerin çocukluklarında kalitesiz nesne bağılıkları (attachment) yaşadıkları ve genellikle yalnız kişiler olduklarını, genel olarak eşduyum (empati) sorunu yaşadıklarını göstermiştir. Ailelerinde genellikle dengesiz iletişim, ihmâl, fiziksel tâciz ve şiddet gördükleri tesbit edilmiştir.

Pedofilik olmayıp sâdece merak amacıyla pornografik sitelere giren insanları buna iten sebepler ne olabilir⁶?

— Hızla küreselleşen dünyada internet kullanımını sınırsızca genişlemektedir. İnsanlar interneti araştırma amacı olarak kullanmanın yanı sıra, zaman geçirmek, “sörf yapmak” amacıyla da kullanılmaktadır. Birçok siteye ulaşabilmek hiç de zor değildir. İş hayatında, özel hayatında çok sıkılmış veya yorulmuş olan çoğu insan sâdece merak amacıyla sırf vakit geçirmek için çocuk pornosu sitelerine girebilmektedir. Hâtâ bu konudaki haberlerin gündeme gelmesi dahi bu “ziyaretleri” patlatmaktadır.

— Medyada çıkan internet ve çocuk pornosu konularındaki çeşitli haberler sayesinde, insanlarda bu konuya yönelik merak kaçınılmaz olarak artmaktadır. Bir araştırmaya göre cinsel öğrenmenin çoğunluğunun, medyadaki özellikle erotik sanat dalındaki cinsel tasvirlerden, pornografiden, popüler edebiyat, film ve televizyondan köken aldığı saptanmıştır.

— Karşı cins ilişkilerinde sorun yaşayan, bu konuda tükenmişlik duygusu içinde olan bazı kişiler, duygusal tatminsizliklerinden geçici bir süre uzaklaşmak için bu tip sitelere girebilmektedir.

— Günümüz insanı modern teknoloji sayesinde arzu ettiği pek çok şeye kolaylıkla erişebilmektedir. Hızla tüketilen değerlerin mevcudiyeti insanları ağır bir yalnızlık duygusuna ve tatminsizliğe itebilmektedir. Bu durumdaki insanlar bu tatminsizlik duygusu içindeyken bu tip fantezilere ve arayışlara başvurabilirler. Hiç unutulmamalıdır ki bir sahada arz varsa talep de kaçınılmaz olarak gelir. Bu durumu ise bir daire-i fâside (kısır döngü) izler. Çocuk hakları açısından değerlendirecek olursak, bu tip filmler ve görüntüler çocuk haklarına kesinlikle aykırı olup, çocuğun cinsel istismarı söz konusudur.

Çocuk Pornografisi, genel anlamda “*Çocuklarla Birlikte Yetişkinlerin de Yer Aldıkları*” ve “*Sadece Çocukların Yer Aldıkları*” materyaller açısından sınıflandırılabilir gibi içerik açısından da “*Çocuğun Cinselliği Çağrıştıran Görüntülerinin*”, “*Çocukların Cinsel Organlarının Görüntülerinin*” ya da “*Küçük Çocukların Irzına Geçildiği, Cinsel Köle Olarak Kullanıldığı Her Türü Cinsel İlişki ve Tacizi İçeren Görüntülerin*” bulunduğu materyallere göre de sınıflandırılır⁷.

⁶ Doksat/Doksat, Çocuk Pornografisi.

⁷ **Uzunay/Koçak**, İnternet Üzerinden Çocuk Pornografisi ve Mücadelede Yaşanılan Sıkıntılar”, (Çevrimiçi), <http://www.ankara.pol.tr/html/bilisim/belgeler/jop05.pdf> , 28 Aralık 2006; **Erbaşı**, 1618.

B-) Uluslar arası hukukta durum

Çocuk pornografisi değişik uluslar arası belgelerde de konu olmuş ve söz konusu kavram tanımlanarak mücadele yolları gösterilmiştir⁸.

20.11.1989'da Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen **Çocuk Hakları Sözleşmesi** Türkiye tarafından 14 Eylül 1990'da imzalanmakla birlikte, 9 Aralık 1994'de 4058 sayılı Kanunla kabul edilip, 27.01.1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. **Çocuk Hakları Sözleşmesi**'nin 34.üncü maddesinde şunlar ifade edilmektedir:

“Üye taraflar çocukları, cinsel tacizin bütün çeşitlerine karşı koruyacağını taahhüt eder. Bu amaçlar çerçevesinde üye taraflar, çocukları aşağıda belirtilen hususlardan korumak için bütün ulusal, iki taraflı ve çok taraflı tedbirleri alacaklardır:

- Çocukların yasadışı cinsel eylemlere katılmaması için gerekli önlemler
- Çocukların yasadışı cinsel içerikli şovlarda ve fahişelikte kullanılmaması
- Çocukların sömürücü bir şekilde pornografik sunu, şov ve materyallerde kullanılmaması.”

Sözleşmenin 19.m.si ise şu şekildedir :*“Üye taraflar çocukları **ailelerden, çocuk bakıcılarından veya çocuğun bakımını üstlenen herhangi bir şahıstan, fiziksel ve akli şiddetten, yaralanmadan ve kötüye kullanmadan, ihmalcı ve kayıtsız davranıştan, kötü davranma veya sömürüden, cinsel tacizin bütün çeşitlerinden korumak için gerekli kanuni, yönetsel, sosyal ve ekonomik bütün önlemleri alacaklardır.**”*

Ülkemiz tarafından 4755 sayılı Kanun ile uygun bulunarak kabul edilmiş olan⁹ **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**'ye Ek **Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol** m.1'e göre *“Taraflar Devletler çocuk satışı, çocuk fahişeliğini ve çocuk pornografisini bu Protokol uyarınca yasaklayacaklardır”*. Protokol m.2'de çocuk pornografisi *“çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi”* şeklinde tanımlanmaktadır. Protokolün 3.m.sine göre ise taraf ülke *“c) 2 nci maddede tanımlandığı üzere, çocuk pornografisinin, yukarıda belirtilen amaçlar için üretimi, dağıtımı, yayılması, ithali, ihracı, sunumu, satışı veya zilyetliği; eylemin vehametine uygun cezalarla cezalandırılabilir suçlar haline getirecektir”*.

Ek protokolü imzalayan ülkelerde "çocuk satışı ve değişimi", "çocukların cinsel obje olarak kullanılması", "fahişelik yapması ve buna zorlanması" ile çocuk pornografisi tümüyle yasaklanmıştır.

1996 yılında, Stockholm'da düzenlenen **“Çocukların Cinsel ve Ticari Sömürüsü”** isimli Birinci Dünya konferansında da, benzer konulara değinilmiş;

⁸ Karşılaştırmalı hukukla ilgili olarak **Rollo Giorgia/Neubacher** Frank, Çocuk Pornografisi ve İnternet – Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Genel Bir Bakış, çev.İlker **Tepe**, in Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Çocuklar ve Suç-Ceza, Ankara 2005, s.651 vd.

⁹ RG. 28/06/2002-24799

ülkelerin çocuk pornografisi (bulundurma da dahil) ve diğer yasadışı cinsel eylemleri içeren pornografi, çocuk ticareti ve çocuk fahişeliği konularında aracılık edenlere, satış veya alım yapanlara yönelik suç fiili oluşturmak için ulusal kanunlarını güçlendirmesi, geliştirmesi ve kanun maddelerini uygulaması gerektiği vurgulanmıştır.

Konuya 1999 yılı Haziran ayında Uluslar arası Çalışma Örgütü'nce 182 sayılı **Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi**'nin 1 ve 3/b maddelerinde de yer verilmiştir. Buna göre, *bu Sözleşmeyi onaylayan her üye ülke acil bir sorun olarak en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri alır (m.1). Bu Sözleşmenin amaçları bakımından "en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği" ifadesi a) çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askerî çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburî çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; b) çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; d) doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlakî gelişimleri açısından zararlı olan işi kapsar.*

Yine **Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde** çocuk pornografisi, *"bir küçüğün cinsel olarak kullanılmasını, küçük gibi görünen bir kişinin cinsel olarak kullanılmasını, bir küçüğü temsil eden gerçekçi bir imajın cinsel olarak kullanılmasını görsel olarak içeren pornografik materyal"* olarak tanımlanmıştır (m.9/2). Bu tanımda geçen "küçük"ten kasıt 18 yaşın altındaki herkestir. Bununla birlikte taraf devletler 16 yaşından az olmamak üzere daha düşük bir yaş sınırı belirleyebilmektedir (m.9/3).

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin 9. maddesinde ise, "Çocuk Pornografisi ile Bağlantılı Suçlar" başlığı altında şu hükme yer¹⁰ verilmiştir¹¹:

" Her bir Taraf devlet, bir hak olmaksızın kasıtlı olarak

Bilgisayar sistemi vasıtasıyla dağıtmak amacıyla çocuk pornografisi üretmek,

Bilgisayar sistemi vasıtasıyla çocuk pornografisini temin edilebilir hale getirmek veya göstermek (sunmak ya da erişim sağlamak),

Bilgisayar sistemi vasıtasıyla çocuk pornografisini aktarmak veya dağıtımını yapmak, (dağıtmak, yaymak)

Kendisi veya başkası için bilgisayar sistemi vasıtasıyla çocuk pornografisi temin etmek,

¹⁰ Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Sokullu-Akıncı** Füsün, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi, İÜHFM, Yıl 2001, C.LIX, S.1-2, s.29 vd.

¹¹ Bilindiği üzere Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi çocuk pornografisini elektronik ortamda üretimi, bulundurulması ve dağıtımının çeşitli yönleri itibariyle suç olarak tanımlamıştır. İnternet bu tür malzemelerin alışverişinde başlıca araç olarak kullanılmakta ve bu kullanım giderek artmaktadır. Pedofillerin fikir, fantezi ve tavsiye değişimini en kolay ve hızlı yaptıkları yer internettir. Tüm bu sebepler söz konusu sözleşmeyi doğurmuştur (**Sokullu-Akıncı**, 31).

Bir bilgisayar sisteminde veya bilgisayar veri depolama ortamında çocuk pornografisine sahip olmak (bulundurmak)

fiillerinden sorumlu tutulması için gerekli kanuni düzenlemeyi yapmalı ve ihtiyaç duyulan önlemleri almalıdır.”

Yine hükme göre “... çocuk pornografisi” terimi aşağıdakileri görsel anlamda teşhir eden pornografik malzemeler anlamına gelmektedir:

a. Cinsel anlamda müstehcen bir eylemde reşit olmayan bir kişinin yer alması

b. Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit görünmeyen bir kişinin katılımı

c. Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan bir kişinin katılımını gösteren gerçeğe benzer görüntüler”.

Uluslararası Polis Teşkilatı INTERPOL (International Criminal Police Organization) ise çocuk pornografisini “Çocuğun cinsel olarak sömürülmesinin ve istismarının sonucunda oluşan çocuğun seksüel sömürüsününün tasvir edildiği ya da desteklendiği, çocuğun seksüel haline ya da cinsel organına yönelik her türlü yazılı ya da görsel materyal” olarak tanımlamıştır¹².

AİHM de çocukların internet ortamında suistimal edilmelerine kayıtsız kalmamıştır. Finlandiya’ya karşı K.U kararında¹³ mahkeme çocukların korunmasının önemine değinmiştir.

Karar konu olan olayda bir arkadaşlık sitesinde, olayın gerçekleştiği 1999 yılında 12 yaşında bir erkek çocuğu olan K.U’dan habersiz yaşını, fiziksel özelliklerini anlatan ve kişisel sayfasına da link içeren bir reklam konulmuştur. Link’e tıklayan kişilerin K.U’nun resimlerini, e-mail adresini, telefon numarasını da görmesi mümkündür. Hatta sitede K.U’nun ağzından onun kendisiyle aynı yaşta ya da daha büyük bir erkekle birlikte olmak istediği yazılmıştır. K.U kendisine gelen bir e-maile durumdan haberdar olmuştur.

K.U’nun babası durumu öğrenir öğrenmez mahkemeye başvurmuştur. Ancak mahkeme kişisel mahremiyeti internet ortamında koruyan açık bir norm bulunmadığı gerekçesiyle servis sağlayıcıyla ilgili bir karar almayı reddetmiştir.

Bunun üzerine AİHS’nin özel hayatın gizliliğini koruyan 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM’ye başvurulmuştur. AİHM olayda 12 yaşında bir çocuk olan K.U’nun yanlış içerikli ve onu suistimal eder nitelikteki internet ilanlarıyla mahremiyetinin yeterince korunmadığına karar vererek tazminata hükmetmiştir.

765 sayılı Kanun zamanında çocuk pornografisinin müstehcenlik suçu kapsamında yer alması ve bu hükümlerin de para cezası getiriyor olmasının bu dönemde çocuk pornografisi ile mücadeleyi çok güç hale getirdiği haklı olarak ileri sürülmekte, yine bu durumun polisin suçla mücadele konusundaki psikolojisini de olumsuz yönde etkilediği ifade edilmekteydi¹⁴.

Konuyu düzenleyen TCK m.226’da¹⁵ pornografi ve bu arada çocuk pornografisi terimine yer vermiş değilse de söz konusu terimlere yer verilmemiş

¹² Erbaşı, 1616.

¹³ www.echr.coe.int

¹⁴ Uzunay/Koçak, İnternet Üzerinden Çocuk Pornografisi ve Mücadelede Yaşanılan Sıkıntılar”, (Çevrimiçi), <http://www.ankara.pol.tr/html/bilisim/belgeler/jop05.pdf>, 28 Aralık 2006

¹⁵ Amerikan Hukuku’nda konuyu düzenleyen kanun 1996 yılında kabul edilen (Child Pornography Prevention Act) Çocuk Pornografisinin Önlenmesi Kanunu’dur.

olması bunların suç olarak öngörülmediği anlamına gelmez. TCK'da söz konusu haller müstehcenlik suçu içinde düzenlenmiştir. Aşağıda inceleneceği üzere son derece ağır cezalar öngören m.226'nın uluslararası hukuk da göz önünde bulundurularak hazırlandığı söylenebilir. Bununla birlikte, müstehcenlik suçu pornografiyi de içeren daha geniş bir anlama sahip olduğu için özellikle TCK m.226/3 ve m.226/5 sorun doğurabilecek niteliktedir. Zira bu hükümlerin konusunu pornografik değil, "müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünler" oluşturmaktadır. Konuya aşağıda dönelecektir.

C-) Çocuk pornografisi ile çocukların cinsel istismarı kavramlarının karşılaştırılması

Çocuk pornografisi ile *çocukların cinsel istismarı* kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir:

Çocuk pornografisi çocuğun pornografik bir üründe kullanılmasını ifade eder.

Cinsel istismar ise bir kişinin (çocuğun) rızası olmadan veya fiziksel ve psikolojik baskıya maruz kalarak cinsel amaçlar için kullanılması olarak ifade edilebilir¹⁶. Bir başka ifadeyle cinsel istismar bir kişinin kendi rızası dışında cinsel bir eyleme hedef olması ya da buna kalkışılmasıdır. Kadın, erkek, çocuk, genç, yaşlı, her cinsiyetten, her meslekten ve her sınıftan insan cinsel istismara uğrayabilir¹⁷. TCK anlamında çocuğun cinsel istismarı çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış olup bu, vücuda organ ya da sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleşebilir. Bu yönüyle çocukların cinsel istismarı TCK m.103'de suç olarak ayrıca düzenlenmiştir. Bu çerçevede çocuk cinsel istismara uğramış ve bu olaya ilişkin görüntü, yazı ve sesler müstehcen bir ürün haline getirilmiş olabilir. Bu halde artık iki ayrı suçun oluştuğu söylenmelidir.

Ancak önemle ifade edelim ki bugün çocuk pornografisi dendiğinde yasal anlamda çocuk olmasa da çocuk gibi görünmek, çizgi film ya da sadece çocuk izlenimi veren sesin kullanılması da o ürünün pornografik olduğunu kabul bakımından yeterlidir. Bu anlamda çocuk pornografisine konu ürünün mutlaka çocuğun cinsel istismarının bir sonucu olması zorunlu değildir.

II- Suçla Korunan Hukuki Menfaat

Esas itibarıyla bu suçla korunan hukuki menfaat çocuk haklarıdır. Bu suçla çocuğun korunması amaçlanmaktadır Böylece çocuğun pornografik bir ürünün ya da benzer bir fiilin konusu olması da engellenmek istenmektedir.

1982 Anayasasının "Ailenin Korunması" başlıklı 41/2.m.sine göre "*Devlet, ... özellikle ananın ve çocukların korunması ... için gerekli tedbirleri alır*". Yine

¹⁶ <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0stismar>.

¹⁷ <http://www.bilkent.edu.tr/~bilheal/uremesagligi/cinselistismar.html>. Çocuk istismarı hakkında **Polat** Oğuz, Çocuk İstismarı, in: Facultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adli ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s.227 vd.

ülkemiz tarafından kabul edilerek artık bir iç hukuk metni haline gelmiş olan Çocuk Hakları Sözleşmesi 2, 3, 6 ve 12. maddeler hatırlanmalıdır¹⁸.

Çocuk pornografisinin yaygın hale gelmesi hem çocuklarda bunun “olağan” ve “normal” bir şey olduğu duygusunun yerleşmesine yol açar ve ruh sağlıklarını kalıcı bir şekilde bozar, hem de pedofillerin hızlı bir şekilde çoğalmasına neden olur¹⁹.

Aynı zamanda bu suçla söz konusu ürünlerde yer almakla çocuğun cinsel istismara karşı korunması da sağlanmak istenmektedir. Cinsel istismar, psiko-sosyal gelişimini tamamlamamış çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel uyarılma için kullanılmasıdır²⁰. Çocuk istismarı tipleri içerisinde saptanması en zor olan ve çoğunlukla gizli kalan cinsel istismar, özellikle kısa ve uzun dönemli etkileri açısından önemli bir olgudur. Genital bölgeleri elleme, teşhircilik, röntgencilik, pornografide kullanımdan ırza geçmeye kadar çok geniş bir yelpazedeki tüm davranışları kapsamaktadır. Şiddet içermesi gerekmez. Cinsel istismar “*bir yetişkin tarafından çocuğun cinsel haz almak için kullanılması*” olarak da tanımlanmaktadır ve diğer istismar türlerinden sıklığı ve karmaşıklığı açısından farklılıklar göstermektedir. Cinsel istismar; bedensel temas içeren ve bedensel temas içermeyen davranışlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bedensel temas içermeyen cinsel istismar kapsamına, sözel sarkıntılık, teşhircilik, röntgencilik, cinsel ilişkinin çocuklara izletilmesi gibi davranışlar girmektedir. Bedensel temas içeren cinsel istismar kapsamına ise; vajinal, oral ve anal cinsel ilişkiler, ırza geçme, cinsel taciz, ensest ve fuhuş girmektedir.

Cinsel istismarın çocuğun özellikle psikolojik gelişimi üzerindeki olumsuz etkisi çocukların müstehcen ürünlerde kullanılmasının neden suç haline getirildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Hiç bir çocuk cinsel tacizle psikolojik açıdan başa çıkabilmek üzere hazır olamaz. İki-üç yaşındaki çocuk dahi, her ne kadar böyle bir olayın yanlış olduğunu bilmeseyse bile, ilerideki yaşlarında yaşadığı bu olaydan dolayı olumsuz bir şekilde etkilenecektir. Beş yaş ve beş yaşın üstündeki çocukların, taciz uygulayan kişiyi tanıyorlarsa bir karmaşa yaşamaları normal bulunmaktadır. Bu yaştaki çocuklar bu tarz cinselliğin yanlış olduğunu bilmelerine rağmen, cinsel tacizi uygulayan kişiye olan sevgi ve bağımlılıklarından dolayı cinsel tacizi kimseye anlatmazlar. Bazen cinsel istismarın fiziksel belirtileri varken, bazen de böyle bir belirti ortaya çıkmaz. Ancak fiziksel belirtiler olmasa bile bazı durumlarda muayenede bir takım belirtiler bulunabilir. Cinsel tacize uğramış çocuklarda cinsellik veya seks konularına anormal ilgi gösterme veya tamamen ilgisiz kalma, uyku sorunları veya kabus görme, depresyon veya aile fertlerinden/arkadaşlarından uzaklaşma, vücutlarının kirli olduğu veya cinsel organları bölgesinde bir sorun olduğu gibi düşüncelere sahip olma, okula

¹⁸ **Eşitlik İlkesi** (Madde 2): Bu bildirge çocukların ırk, dil, din gibi diğer ayırıcı özelliklerine bakılmaksızın, hepsine eşit olarak uygulanır. **Çocukların Yararlarını Gözetme** (Madde 3): Aileler çocukların yararlarını ön planda dikkate alarak karar vermelidir. **Yaşam Hakkı** (Madde 6): Çocukların sağlıklı yaşam hakkı vardır ve bu hak devlet tarafından güvence altındadır. **Çocukların Düşünce ve Görüşlerine Değer Verilmesi** (Madde 12): Aileler çocukları ile ilgili sürekli karar almaktadırlar. Ancak bu kararları alırken çocuklarının düşüncelerini de dikkate almalıdırlar. Bu, çocukların ebeveynlerine istedikleri her şeyi yaptırmaların anlamına gelmemelidir. Ancak çocuklarında kendi görüşlerini özgürce açıklama hakları da olmalıdır.

¹⁹ **Sokullu-Akıncı**, 37.

²⁰ **Akduman** Gülümser Gültekin/**Ruban** Canan/**Akduman** Barış/**Korkusuz** İrfan, Çocuk ve Cinsel İstismar, Adli Psikiyatri Dergisi Ocak 2005 Cilt:3 Sayı:1 Sayfa:9-14 (<http://www.adlibilimciler.org/belgedergi/adlipsikiyatri20050109.pdf>), s.1

gitmeyi istememe, normalin dışında yaramazlık yapma / söz dinlememe, yaptığı çizimlerde, oynadığı oyunlarda cinsel tacizi andıran resimler/oyunlar, anormal bir şekilde agresif olma gibi belirtiler görülebildiği ifade edilmektedir²¹.

Çocukların cinsel olarak istismara açık olmalarının nedenleri çeşitlidir²²: **1-) Merak:** Çocukların çevrelerindeki dünyaya yönelik doğal ve yoğun bir merak duygusu bulunur. Büyüdükçe meraklarının yoğunlaştığı konuların başında da cinsellikleri gelir ve cinselliğe yönelik merakın yoğunluğu, cinselliğin toplumda halen bir tabu olmasından dolayı çocuğun merakını giderecek bilgileri yakın çevresinden öğrenememesi sonucu gittikçe artar. Çocuk çevresinde (aile, televizyon, basın, çeşitli konuşmalar) kendisinin dışlandığı ve kendisine hiç veya çok az bilgi verilen bir şeylerin olduğunun farkına varır. Çocuğun doğal merakı ve bu merakı giderecek bilgilerin verilmeyişi, saldırgan tarafından kolayca çocuğun kullanılmasını sağlayabilir. **2-) İlgi ve sevgi ihtiyacı:** Çocukları cinsel saldırı için yüksek risk konumuna iten belki de en önemli özellik, çocuğun ilgiye ve sevgiye olan gereksinimidir. Tüm çocuklar ilgi ve sevgiye gereksinimleri olduğu için, cinsel suçlar açısından risk altında olmakla birlikte, bu risk özellikle ailesinden yeterli ilgi ve sevgiyi görmeyen veya ailesinden uzakta olan çocuklarda daha belirgindir. **3-) Erişkinler tarafından kolayca yönlendirilebilmeleri ve savunmasızlığı:** Çoğu anne-baba çocuklarının eğitiminde özellikle büyükleri saymanın ve dediklerini yapmanın önemi üzerinde durur. Bu spesifik mesaj verilmese bile, çocuklar çok geçmeden çevrelerindeki dünyada gücün erişkinlerde olduğunun farkına varır ve yaşamlarının bu güçlü erişkinlere bağlı olduğunu öğrenirler. **4-) Olayı gizleme eğilimi:** Bu duygunun risk oluşturmada en az etkisi olsa da, çocukların çoğu adölesan dönemde anne ve babalarının yapmamalarını söyledikleri birçok şeyin tam tersini yaparlar. Bu durum belki de büyümenin ve bağımsız olmanın doğal bir parçasıdır. Ne yazık ki bu durum, saldırgan tarafından amacına uygun olarak kullanılabilir. Bu nedenle cinsel istismara maruz kalan çocuklar genellikle olayı saklamaya meyillidir. Bu durum, özellikle adölesan dönemindeki çocuklarda, bu tür bir olayın mağduru olmaları nedeniyle, özgürlüklerinin bir kısmını kaybedecekleri korkusuyla belirgindir. **5-) Çocuklar kötü şahittir:** Bu en tartışmalı husustur. Çocuklar kötü bir şahit midir? 25 yıl ve öncesinde bu fikir geniş çapta kabul görmekteydi. Çocukların gerçeklikleri ayıramadıkları bir fantezi dünyasında yaşadıkları düşünüldü ve özellikle cinsel istismar konusunda söylediklerine inanılmazdı. Ancak son yıllarda çocuk cinsel istismarında hakim görüş, çocukların maruz kaldıkları cinsel istismar konusunda yalan söylemedikleri ve söylediklerinin doğru olduğu şeklinde değişti. "Çocuklar bir sorundan kurtulmak için yalan söyler, bir sorunun içine girmek için değil" ve "eğer çocuk tarif ediyorsa, mutlaka olmuştur" şeklindeki fikirler birçokları tarafından kabul edilmekteydi ve onlar için çocuk ideal bir şahitti. Ancak bu görüş de, çocukların güvenilirmez olduğunu savunan eski görüş kadar hatalıdır. Çocuklar kötü şahit değildir, ancak ideal şahit de değildir. Farklı bir şahittir. Bu farklılık çocuklara daha profesyonel bir yaklaşım gerektirir. Çocuklar cinsel istismar olayında saklama amacı dışında nadiren yalan söylerler, ancak olayları yanlış değerlendirebilirler. Günümüzde çok küçük çocuklar televizyon, basın veya yakın çevrelerden cinsellik hakkında birçok şey öğrenmektedirler. Ancak yetersiz ve eksik olan bu bilgi nedeniyle mağdur çocuk, soruşturma veya tedavi aşamasında eğitimsiz veya aşırı gayretli görevlilerden yanlış olarak etkilenebilir. Ayrıca özellikle mağdur küçük çocuklarda; fiziksel temas ve okşama, sevgi amaçlı mı, yoksa cinsel amaçlı mı gibi sorularla karşımıza çıkan cinsel

²¹ Akduman/Ruban/Akduman/Korkusuz, 3; benzer açıklamalar için Erbaşı, 1618.

²² Akduman/Ruban/Akduman/Korkusuz, 4.

içerikli eylemin tanımındaki zorluklar ve çocuğun olayı anlatabilmesinde görülen zorluklar, yine çocukların bu eylemin mağduru olma riskini artıran unsurlardır.

Nihayet bu suçla aynı zamanda genel ahlak da korunmaya çalışılmaktadır. Bu eylemlerin tahrik etme özelliği ve taklit edilme ihtimali toplumun korunmasını da zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla yukarıda m.226/1 ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalar burası için de geçerlidir.

İfade etmek gerekir ki, korunan hukuki değer in esasen çocuk olması suçu m.226/1’de düzenlenen suçtan farklı hale getirmekte olup, bu suçun ayrı bir maddede düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

III- Suçun maddi unsurları

1-) Suçun hukuki konusu

Bu suçun konusu “çocuğu konu alan müstehcen ürün”dür. Kanunda bu “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocuk kullan(mak)” şeklinde ifade edilmiştir.

Bilindiği üzere **TCK anlamında çocuk** henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişidir (TCK m.6)²³.

TCK’da uluslar arası hukuktan farklı olarak “çocuk pornografisi” terimi yerine “müstehcen ürün” ifadesi tercih edilmiştir. Ancak kanımızca hükümde “müstehcen ürün” ifadesi kullanılmış olsa da bundan çocuk pornografisi içeren ürünler anlaşılmalıdır. “Çocuk pornografisi” artık uluslar arası hukukta da kabul edilmiş bir terimdir. Nitekim ülkemizin de taraf olduğu yukarıda yer verilen Sözleşme ve Protokollerde söz konusu terim kullanılmaktadır.

Ürünün konusunun gerçek bir çocuk olması şart mıdır?

Yasadaki ifade sadece çocuğu konu aldığı için bu suçla mücadele etmek ve eylemin suç haline getirilmesiyle amaçlanan hukuki değeri korumak için yeterli değildir. Zira yasal düzenlemede yer alan “çocukları kullanan” ifadesine göre söz konusu eylemin gerçekleşmiş sayılması için ürünün mutlaka ve sadece çocuğu konu alması gereklidir. Hâlbuki bu suçla mücadele bakımından suçun oluştuğunun kabulü için suçun konusunun “çocuğa benzer ürünler” olması yeterli kabul edilmelidir²⁴. Bu nedenle çocuk sesi taklidi, çocuk figürlü çizgi film vb. materyaller

²³ Buna karşılık bu suçta konu çocuğun yaşı ülkeden ülkeye değişmektedir. Buna göre Almanya ve Avusturya’da **14**; Belçika, Hollanda, İsviçre ve İngiltere’de **16**; Fransa, İtalya, Japonya, Kanada, İspanya ve ABD’de **18**’dir.

²⁴ Amerikan Hukuku’nda çocuk pornografisinden söz edebilmek için gerçek bir çocuğun varlığı aranmamaktadır. Çocuk Pornografisinin Önlenmesi Kanunu uyarınca cinsel içerikli fiillerde gerçek çocukların kullanılmasını içeren her türlü film, fotoğraf, görüntü ya da bilgisayar yardımıyla hazırlanmış görüntüler kadar çocuk olarak sunulan yetişkinlerin yer aldığı görüntüler ya da sanal olarak yaratılan çocukların görüntüleri de çocuk pornografisi sayılmaktadır.

Cinsel içerikli fiil kanunda şu şekilde tanımlanmıştır:

“Gerçek ya da simulasyon şeklindeki genital-genital, oral-genital, anal-genital, oral-anal cinsel ilişki, hayvanlarla cinsel ilişki, mastürbasyon, sadistik ya da mazoşist suistimal görüntüleri ile kişinin genital ya da pübik bölgesinin şehvet uyandıracak şekilde gösterilmesi.”

de bu suçun oluşması için gerekir ve yeterlidir²⁵. Nitekim ülkemiz tarafından 4755 sayılı Kanun ile uygun bulunarak kabul edilmiş olan ve artık bir iç hukuk metni haline gelen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol m.2'de çocuk pornografisi "**çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi**" şeklinde tanımlanmaktadır²⁶. Bilindiği üzere Anayasa m.90/son iç hukuk normu ile uluslar arası norm çatışmasında milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını ifade etmektedir. Yine ülkemiz tarafından imzalanmamakla birlikte Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'ndeki "**bir küçüğün cinsel olarak kullanılmasını, küçük gibi görünen bir kişinin cinsel olarak kullanılmasını, bir küçüğü temsil eden gerçekçi bir imajın cinsel olarak kullanılması**" şeklindeki ifade de uluslar arası hukuktaki eğilimi yansıtmaya bakıldığında önemlidir.

O halde **ürünün konusunun "gerçek" bir çocuk olması şart değildir**. Örneğin çizgi film gibi yapay bir niteliğe de sahip olması mümkündür. Zira suçun konusu "ürün" bakımından önemli olan objektif gerçekliği değil, algısal içeriğidir²⁷. Dolayısıyla cinsel olayın sunumunun gerçek bir durumu ortaya koyup koymadığı ya da izleyicide sadece böyle bir izlenim yaratmış olup olmadığı arasında bir fark bulunmaz.

Ancak burada ortaya çıkabilecek sorunun da bir düzenlemeyle ortadan kaldırılması gerekir. Zira müstehcen (pornografik) ürünün fiziksel özellikleri nedeniyle 18 yaşından küçük kimselere benzeyen kişiler kullanılarak üretilmesi halinde eylemde gerçek anlamda çocuk kullanılmadığından cezada indirim yapılabilir ve söz konusu kişilerin büyük olduğu belirlendiğinde tek başına bulundurmaya suç olarak kabul edilmemelidir²⁸. Benzer düzenlemenin sanal görüntüler bakımından da kabulü zorunludur.

²⁵ Alman hukukunda farklı görüş **Hee-Hang Seung**, Çocuk Pornografisi, çev. Pınar Bacaksız, in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Ankara 2007, s.2

²⁶ Sorun Avrupa Konseyi'nin 22 Aralık 2003 tarihli 2004/68 çerçeve kararında da ele alınmıştır. Kararda üç farklı tanıma yer verilmiştir: İlk tanıma göre çocuk pornografisi, imalı şekilde veya açıkça cinsel bir davranışa karışan bunlar arasında edep veya genital organlar alanları teşhir edilen **gerçek bir çocuğun** görsel temsili veya ifade edilmesidir. İkinci tanıma göre ise çocuk pornografisi materyali tanımına gerçek bir kişinin imalı bir şekilde veya açıkça cinsel bir davranışa karışan bir çocukmuş gibi görsel görüntülerinin temsili veya ifadesi de dahildir. Bu tanımla süjenin gerçek yaşı dikkate alınmaksızın, bir çocuğun görüntüsüne sahip herhangi bir insan görüntüsü de çocuk pornografisi materyali sayılır. Nihayet çerçeve kararda üçüncü bir tanıma daha yer verilmiştir: İmalı bir şekilde veya açıkça cinsel bir davranışa karışan, gerçekte olmayan bir çocuğun gerçeğe uygun görsel görüntülerinin temsili veya ifade edilmesi çocuk pornografisi materyalidir (**Stilo Leo**, Çocuk Pornografisine Karşı Avrupa Birliği'nin Müdahalesi: 22 Aralık 2003 Tarihli 2004/68 GAI Konseyin Çerçeve Kararı Hakkında Bir Yorum, çev. Vesile **Sonay Evik**, in Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Çocuklar ve Suç-Ceza, Ankara 2005, s.472.

²⁷ **Tröndle/Fischer**, § 184b, no.4. Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi 17.12.1999 tarihinde verdiği bir kararla bu tür ürünleri cezalandırmayı öngören hükmü düşünce özgürlüğüne aykırı bulmuştur (**Sieber**, beck-online – ZUM 2000, 89).

²⁸ Nitekim benzer düzenlemelere yer veren İtalyan tasarısı hakkında **Stilo Leo**, Çocuk Pornografisiyle Mücadele Eden İtalyan Hükümeti: Kanun Tasarısının Yorumu, çev. Vesile **Sonay Evik**, in Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Çocuklar ve Suç-Ceza, Ankara 2005, s.480.

Nitekim bu eleştiri ve önerilerin bir sonucu olsa gerek 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kanununun 30 uncu maddesiyle, hükümdeki “çocukları” ibaresi “çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri” şeklinde değiştirilmiştir.

Çocuğun yaşıyor olması gerekir. Çocuk ölü ise bu halde m.226/4 düşünülmelidir.

Üretiminde çocuğun kullanıldığı müstehcen ürün görüntü, yazı veya söz şeklinde olmalıdır. Ürünün bunların tamamını kapsıyor olması mümkün olabileceği gibi sadece söz de olabilir. Hükümde ürünün şekli hakkında sınırlı bir sayım yapılması ve “ses” yerine “söz” kelimesine yer verilmiş olması yerinde olmamıştır. Gerçekten müstehcen nitelik taşıyan görüntü, yazı ve söz dışında kalan mesela sadece ses/sesler içeren ürünler hükmün kapsamı dışında kalmaktadır. “Söz”, “ses”i içermez.

2-) Fail-Mağdur

Bu suç fail bakımından bir özellik göstermez. Ancak burada tartışılabilir olan bir husus çocuğun kendi fotoğraf ya da filmi çekerek bu ürünleri dağıtması durumunda aynı zamanda fail de olabilip olmayacağıdır. Hemen aşağıda ifade edeceğimiz üzere bu suçun mağduru aynı zamanda müstehcen ürüne konu çocuktur. Bir suçun mağduru aynı zamanda faili de olabilir mi? Bu suçun geniş anlamda mağduru, suçun düzenlendiği yer dikkate alındığında, aynı zamanda kamu olduğuna göre suçun failinin çekimi yapan ve dağıtan çocuk olarak kabulü mümkündür. Oniki yaşını dolduran çocuğun kusur yeteneği bulunduğuna göre çocuk 13-18 yaş grubuna mensupsa bu suçun faili olabilir. Bu halde aynı kişi hem fail hem de mağdur olamayacağından artık bu çocuğun mağdur olarak kabulü mümkün olmamalıdır.

Kaldı ki, bu suç TCK'nın “Topluma karşı suçlar” kısmının “genel ahlaka karşı suçlar” bölüm başlığı altında düzenlenmiş olduğuna göre mağdurunun kamu olduğu söylenebilir. Alman hukukunda olduğu gibi suçun cinsel özgürlük aleyhine işlenen suçlar arasında düzenlenmemiş olması bu suçun mağdurunun öncelikle bir **çocuk** olduğunu kabulü mümkün kılmamaktadır.

Ancak ortada gerçek bir çocuk var ise bu suçun diğer mağdurunun da müstehcen ürüne konu çocuk olduğu söylenmelidir. Bu halde söz konusu çocuğun yaşıyor olması gerekir. Şayet fiilin konusu ölmüş bir çocuk ise, hemen yukarıda ifade edildiği gibi, bu durumda m.226/4 düşünülmelidir.

Bilindiği üzere çocuk, 18 yaşını doldurmamış kişidir (TCK m.6).

Çocuğun cinsiyeti önemli değildir; kız ya da erkek olabilir.

Öte yandan yukarıda ifade edildiği üzere çocuğun gerçekten bir çocuk olması zorunlu değildir. Bu anlamda *çocuk gibi görünen bir kişinin ya da bir çocuğu temsil eden gerçeğe yakın bir imajın* kullanılması da suçun oluşması için yeterlidir. Asıl olan izleyende çocuk etkisini yaratıyor olmasıdır.

Yine suçun konusu bir çocuk ise bu halde aynı zamanda *çocuğun cinsel istismarı* suçu da düşünülmelidir. Konuya ileride *suçların içtimaı* başlığı altında yeniden dönülecektir.

3-) Eylem

Hükümde iki ayrı hareket öngörülmüştür. Bu durum gerekçede “Üçüncü fıkrada, müstehcenliğe karşı çocukları korumaya yönelik iki ayrı suç tanımına yer verilmiştir. Bunlardan **birincisi**; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suretiyle oluşmaktadır. **İkinci suç** ise, bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, ihracı, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması fiillerinden birinin işlenmesiyle oluşmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir²⁹.

Aslında söz konusu hareketleri üç grupta toplamak da mümkündür: üretmek, yaymak ve bulundurmak. Biz incelememizi yasal düzenlemeyi esas alarak yapacağız.

a-) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak.

Burada öncelikle **üretmek** terimi üzerinde durulmalıdır. Üretmek ekonomik bir etkinlik sonucu ürün elde etmek, oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek anlamlarına gelmektedir³⁰. Bu çerçevede söz konusu ürünün elde edilmesine olanak veren her türlü işlem üretim olarak kabul edilmelidir. Bu çerçevede örneğin çocuğun kullanıldığı müstehcen filmi yönetmek, fotoğrafını çekmek, tabetmek gibi hareketler üretmek şeklinde anlaşılmalıdır.

Yasakoyucu müstehcen ürünlerin üretiminde çocukları kullanmayı cezalandırmak suretiyle sonra gelen hareketleri önlemeyi amaçlamıştır. Hemen aşağıda incelenecek diğer eylemlere göre ceza miktarının daha fazla olması haksızlık içeriğindeki bu yoğunluk olmalıdır.

Burada üzerinde durulması gereken en önemli sorun “**kullanma**” kavramına verilecek anlamdır. “**Kullanma**”nın mutlaka çocuğun cinsel istismarı boyutuna ulaşmış olması gerekir mi?

Bilindiği üzere çocukların cinsel istismarı TCK m.103’de suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla TCK m.226/3 anlamında çocuğun ne zaman kullanılmış sayılacağı sorununa çözüm bulmak bakımından m.103’deki düzenlemeden yararlanmak mümkündür.

Bu çerçevede öncelikle müstehcen ürünlerin üretiminde çocuğun kullanılması çocuğun cinsel istismarı boyutuna ulaşmış hareketler olarak anlaşılmalıdır³¹. Bununla birlikte TCK’da cinsel istismar eyleminin 0-15 yaş (m.103) ve 16-18 yaş (m.104) grubu bakımından ayrı ayrı düzenlendiği ifade

²⁹ Amerikan Hukuku’nda Çocuk Pornografisinin Önlenmesi Kanunu’nda da çocuk pornografisinin üretimi yanında söz konusu materyalin çocukların cinsel içerikli görüntülerini içerdiği izlenimini uyandıracak şekilde reklamının yapılması, sunulması, tanıtılması gibi fiiller de suç sayılmıştır.

Ancak bu kanuna ilişkin olarak yapılan başvuruda verilen Ashcroft Kararı’nda Amerikan Yüksek Mahkemesi kanundaki bazı ifadelerin muğlak olduğunu ifade ederek Anayasa’ya aykırılık tespit etmiştir. Örneğin gerçekte çocuk pornografisi içermese de bu izlenimi uyandıracak şekilde satılan materyallerin suç oluşturması Anayasa’ya aykırı bulunmuştur. (Ashcroft vs. Freespeech Coalition, Malamuth Neil/ Hupp, Drawing The Line On Virtual Child Pornography: Bringing The Law In Line With The Research Evidence, N.Y.U. Review Of Law & Social Change, Vol. 31, 2007 s.,773; Catudal, 112)

³⁰ www.tdk.org.tr

³¹ Alman Hukuku için bkz. **Tröndle/Fischer**, § 184b, no.3.

edilmelidir. TCK anlamında cinsel istismar deyiminden; **a)** Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, **b)** Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır.

Ancak TCK m.226/3’de, benzer suçu düzenleyen Al CK 184b’de olduğu gibi ayrıca ve açıkça eylemin cinsel istismar niteliği taşıması gerektiği belirtilmediğine göre, hukukumuz bakımından “kullanmak” eylemine verilecek anlam cinsel istismarı da içine alan daha geniş bir şekilde düşünülmelidir. Gerçekten hükümde “çocukların kullanılmasından” söz edilmektedir. Bu nedenle hukukumuzda, Al.CK’da olduğu gibi, kullanmak eyleminin çocuğun cinsel istismarı boyutuna ulaşmasının aranmadığı söylenebilir³². Bununla birlikte çocuğun sadece “bulunması” bu suçun oluşması bakımından yeterli değildir. Eylemin “kullanma” boyutuna ulaşması şarttır.

Kanımızca, ürünün, çocuğun cinsel istismarı niteliği taşıyan bir hareketi konu alması yeterli ise de suçun oluşması bakımından hareketin mutlaka bir istismar boyutuna ulaşmış olması da şart değildir. Kanunkoyucunun mümkün iken çocuğun cinsel istismarı suçuna (TCK m.103) atıf yapmamış olması böyle bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Ancak bu şekildeki bir ürünün m.226/3’ün kapsamına girebilmesi için **çocuğa yönelik cinsel davranışlar içermesi ve cinsel arzuları tahrike yönelik olması** gerekir. Dolayısıyla çocuğa ait çıplak bir poz, “kullanma” olarak nitelenemez. Ancak hükmün uygulanmasında ortaya çıkabilecek sorunları ortadan kaldırmak bakımından TCK’da da, Al CK 184b’de olduğu gibi, benzer bir düzenlemeye yer verilmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz. Yine hükümde pornografik terimine yer verilmesi de sorunu daha kolay çözmemize yardımcı olabilirdi.

Müstehcen ürünlerin üretiminde çocuğun rızasının bulunup bulunmaması önem taşımaz. Ancak TCK çocuğun cinsel istismarı suçu bakımından 0-15 yaş grubuna mensup çocuklar ile 16-18 yaş grubuna mensup çocuklar arasında bir ayırım yapmış ilk gruptaki çocukların rızası bulunsa da buna bir sonuç bağlamayarak çocuğun cinsel istismarını suç olarak kabul etmiştir. Halbuki çocuk 15 yaşını bitirmiş ise suçun oluşması için cebir, tehdit ya da hilenin varlığını aramıştır. Söz konusu fark çocuğun müstehcen ürünlerin üretiminde kullanılması suçu bakımından bir çelişkiye yol açmaktadır. Zira çocuğun müstehcen üründe kullanılmasını, eylem bir cinsel ilişkin boyutuna ulaşmasa bile yaş farkı gözetmeksizin rıza var olsa da suç olarak kabul ederken, 15 yaşını bitirmiş kişinin rızası var ise cinsel ilişkiyi suç olarak kabul etmemekteyiz.

Nitekim çocuk pornografisi suçunu düzenleyen Al.CK § 184b’de açıkça ifade edilmiş olmasa da suçun oluşması bakımından çocuğun 14 yaşından küçük olması aranmaktadır. Zira Al.CK bu suçun oluşması bakımından eylemin cinsel istismar boyutuna ulaşmasını aramış olup, çocuğun cinsel istismarı suçunu düzenleyen § 176’da da bu suçun oluşması bakımından çocuğun 14 yaşından küçük olması gerektiği düzenlemesini getirmiştir.

³² Benzer suçu düzenleyen Al.CK § 184b’de eylemin cinsel istismar şeklinde olması gerektiği ifade edilmektedir. Gerçekten çocuğun örneğin banyo yaparken çıplak bir fotoğrafını çeken anne ya da babanın eyleminin suç olarak kabul edilmemesi tipte yer alan bu unsur sebebiyle daha kolay olmaktadır (Bkz. **Lackner/Kühl**, 2007, § 184b, no.5).

Ancak TCK'daki bu durum her iki suçun farklı kısımlarda düzenlenmiş olması ile açıklanabilir. Çocuğun cinsel istismarı suçu kişi özgürlüğü aleyhine işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmekte olup 15 yaşını bitiren bir çocuğun bedeni üzerinde tasarruf edebilmek bakımından özgür olduğu söylenebilir. Ancak özgürlüğün bu yönde kullanılması çocuğun kendi görüntülerinin özgürce kullanılmasına da izin verdiği anlamına gelmez. Müstehcenlik suçu ile korunan ise toplum mefaatleridir. Çocuğun bireysel rızası onu konu alan müstehcen (pornografik) ürünün kullanımını meşru hale getirmez.

Bununla birlikte kişi özgürlüğü toplumsal mefaatlerin korunmasından daha üstün tutulur ise yine de TCK m.226/3 ile m.103 arasında bir ilişki kurulmasının zorunlu olduğunu düşünmekteyiz³³.

Her ne kadar hükümde “*müstehcen görüntü, söz veya yazıları içeren ürünlerin üretimi*”nden söz ediliyor ise de müstehcen ibaresi hareketin niteliğini

³³ “... Kanun koyucu bu suçun oluşumu için müstehcen ürünlerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamakta, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş şekil ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemektedir. Buradaki müstehcen ürün kavramı ile müstehcenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, fotoğraf, grafik, imge, heykel, çizgi film, animasyon gibi görsel veya sesli ürünler ile şarkı sözü, roman, hikaye gibi yazılı ürünleri ifade etmektedir. Bu konuda bir sınırlama söz konusu değildir. Çocuğun bu müstehcen ürünün üretilmesinden haberinin ya da rızasının olup olmamasının da bir önemi yoktur. Bunun yanında suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanığın savunmasında, facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde yaşı küçük mağdurla arkadaşlık kurduğunu söyleyerek devamında "... bana ya Whatsapp yada Twitter hangisi olduğunu hatırlamıyorum bana göbeğe kadar çıplak fotoğrafını gönderdi yine Whatsapp üzerinden en az otuz saniye olmak üzere 15 adet ten fazla video gönderdi..." ve "... birlikte olduğu bir şahısla olan videosunu müşteki Ezgi bana attı..." şeklindeki ikrarı karşısında, eylemin bir bütün halinde aynı Kanunun 226/3- ilk cümlesindeki müstehcen görüntülerin üretilmesinde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu gözetilmeden yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi,

...

İncelemeye konu olayda, Yerel Mahkemece sanığın bu fotoğrafları yayınladığına dair somut bir delil elde edilemediği, bu durumda hukuka aykırı olarak elde edilen kişisel bir verinin söz konusu olmadığı şeklinde sanığın beraatine karar verilmiş ise de, yaşı küçük katılana ait çıplak fotoğrafların twitter isimli sosyal paylaşım sitesinde yayınladığını gördüklerini söyleyen katılan ...'nin anne ve babasının beyanları karşısında, yaşı küçük katılan ...'ya ait twitter hesabında mağdura ait görüntülerin yayınlanıp yayınlanmadığı, yayınlanmış ise suç tarihinde hesabı kullanan kişinin tespitine yönelik IP bilgilerinin ilgili yerlerden istenilmesi, tespiti halinde IP kullanıcılarına ait kimlik bilgilerinin tereddüde mahal bırakmayacak biçimde belirlenmesi, gerek duyulması halinde Emniyet Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünden bilirkişi raporu alınması, atılı eylemin kesin olarak tespiti halinde ise eylemin TCK'nın 226/5. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tespiti yerine, eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan sanığın beraatine karar verilmesi, ...” (18. CD., 10.10.2019, 2019/7009, 2019/14159; www.kazanci.com.tr).

ortaya koymak bakımından belirli ve yeterli değildir. Kanımızca kullanmadan söz edilebilmesi için yapılan hareketlerin “cinsel bir nitelik” taşıması gerekir.

Hemen ifade etmek gerekir ki müstehcen ürünlerin üretiminde çocuğun cinsel bir eylemi bizzat gerçekleştirmesi ya da eylemin çocuk üzerinde gerçekleştirilmesi şart değildir. Çocuğun yer aldığı cinsel davranışları konu alan bir ürün bakımından da, söz konusu eylem esasen bir cinsel istismar niteliği taşıdığı sürece, çocuğun “kullanıldığı” kabul edilmelidir.

Hareketin gerçekleştiğini kabul bakımından çocuğun kullanılması gerekli ve yeterlidir. Cinsel nitelikli hareketleri bir yetişkinin çocuk üzerinde gerçekleştirmiş olması şart değildir. Diğer bir deyişle madde anlamında cinsel davranışın çocuğa mutlaka bir yetişkinden yönelmiş olması da gerekmez. Hareketlerin çocuğun kendisi üzerinde (mastürbasyon gibi) ya da iki çocuk arasındaki cinsel davranışlar şeklinde olması yeterlidir.

Kaldı ki, TCK m.226/3’deki suçun oluşması bakımından cinsel davranışın çocuğun bizzat kendisi tarafından gerçekleştirilmiş olması da yeterlidir³⁴. Ancak suç tipinde yer alan ifade esas alındığında çocuğun söz konusu davranışa üçüncü bir kişi tarafından yönlendirilmiş olması gerekir. Örneğin, çocuğun kendisi üzerinde gerçekleştirdiği cinsel davranışı/davranışları konu alan fotoğraf çekilmesi gibi.

Ancak ürünün müstehcen bir niteliğe sahip olması şarttır. Bu yönüyle yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ürünün çocuğun cinsel istismarı niteliği taşıyan bir hareketi konu alması yeterli ise de suçun oluşması bakımından hareketin mutlaka bir istismar boyutuna ulaşmış olması da şart değildir kanısındayız³⁵. Ancak bir çocuğa ait “doğal-normal bir poz” da bu suçun oluşması bakımından yeterli sayılmamalıdır³⁶. Her ne kadar hükümlerle çocuklar mutlak bir koruma altına alınmak isteniyor ise de kanımızca bu şekildeki bir ürünün m.226/3’ün kapsamına girebilmesi için cinsel arzuları tahrike yönelik olması yani Kanunun deyişiyle müstehcen (esasen pornografik) olması gerekir.

Bu çerçevede TCK m.226/7’nin amacı aşan bir düzenleme getirdiği söylenmelidir. Hüküm m.226’da yer alan suçlar bakımından bir hukuka uygunluk sebebi getirmektedir: “*Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak (çocuğu konu alan müstehcen ürün) ... koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz*” demektedir. Görülüyor ki, ürün çocuğu konu alıyor ise söz konusu ürünün sanatsal ve edebi değeri olabileceği kabul edilmemiştir. O halde çocuğu çıplak olarak gösteren bir poz bilimsel eserde yer alıyor ise m.226/3 anlamında müstehcen sayılmayabilecek ancak sanatsal ve edebi bir değere sahip olsa bile hukuka uygun kabul edilemeyecektir. Diğer bir deyişle çocuk sanatsal ve edebi değere sahip bir esere konu olamayacaktır.

Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak eylemi bakımından failin amacı önem taşımaz. Şahsi kullanıma yönelik

³⁴ **Tröndle/Fischer**, § 184b, no.4.

³⁵ Ancak ifade edelim ki aynı suçu düzenleyen Al.CK § 184b’de “çocuğun cinsel istismarını konu alan ürün”lerden söz edilmekte olduğundan Alman hukukunda ürün içeriğinin cinsel istismar boyutuna ulaşması aranmaktadır (**Tröndle/Fischer**, § 184b, no.5).

³⁶ Nitekim pek çok ülke sadece çıplaklığı (çıplak bir çocuğu) pornografik olarak kabul etmemekte başka bileşenler aramaktadır (**Sieber**, beck-online – ZUM 2000, 89).

olabileceği gibi, başkalarıyla paylaşmak ya da satmak amacına ilişkin olabilir. Şayet fail çocukları kullanmak suretiyle ürettiği ürünü örneğin çoğaltır ya da satarsa bu suçlardan dolayı da ayrıca cezalandırılır (TCK m.226/3 c.2).

b-) Çocukların kullanıldığı müstehcen ürünleri ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak ya da başkalarının kullanımına sunmak.

Söz konusu hareketlerin cezalandırılmasının nedeni bu suçların uluslar arası niteliği, suç nerede işlenirse işlensin sonuçlarının başka ülkelerde meydana gelebilmesinin mümkün ve olanak dâhilinde bulunmasıdır. Aynı şekilde son zamanlarda bu tür ürünlere talebin artış göstermesi söz konusu ürünlerin satışının büyük kazanç imkânı sunması olmalıdır. Dolayısıyla tüm bu hususlar bu suçla mücadelede devletlerin birlikte hareket etmelerini de zorunlu kılmaktadır.

Suç seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir. Hükümde sayılı hareketlerden birinin yapılmış olması suçun işlenmiş sayılması bakımından yeterlidir. Bu çerçevede aynı eylem içinde hareketlerden birden fazlasının varlığı halinde de iki suçun değil tek suçun oluştuğu söylenmelidir.

Hemen ifade etmek gerekir ki söz konusu eylemlerin konusunu “çocukların kullanıldığı müstehcen ürünler” oluşturmaktadır³⁷.

- Ülkeye sokmak

Ülkeye sokmak, ithal etmek, ülkeye yabancı bir ülkeden mal getirme veya satın alma anlamına gelmektedir. Bu çevrede ülkeye sokmak müstehcen ürünün yabancı bir ülkeden Türkiye’ye getirilmesidir. Ürünün ülkeye ne şekilde sokulduğu önemli değildir. Ancak ürünün konusu suç teşkil ettiğine göre yasal bir sokmadan söz etmek mümkün görünmemektedir. O halde ülkeye sokmak yasadışı yollarla ülkemize getirmek olarak anlaşılmalıdır. Öte yandan müstehcen ürünün ne şekilde ve hangi yoldan ülkeye sokulduğu önemsizdir. Ancak internet vb. yollar kullanılmış ise TCK m.226/5 düşünülmalıdır.

Hükümde ülkeye sokmak ile bulundurmak aynı suça ilişkin seçimlik olarak sayıldığından bir önemi bulunmasa da ülkeye sokmak ile bulundurmak arasında ayrıma gitmek bakımından failin kastının önem kazanacağı ifade edilmelidir. Şayet müstehcen ürün adet olarak fazla, fail daha önce aynı suçtan cezalandırılmış ise artık ülkeye sokmaktan söz edilmelidir. Burada failin ticari bir amacının bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

- Çoğaltmak

Çoğaltmak kopyalamak, teksir etmek anlamında kullanılmış olmalıdır. Bu çerçevede çoğaltmak, miktarını, sayısını, ölçüsünü artırmak; çoğaltma makinesi kullanılarak sayısını artırmak, teksir etmek; bir yapıttan birden çok sayı elde etmek ya da bir kaynaktan, kaynakla özdeş biçimde bir sonuç üretmek üzere veri aktarmak şeklinde olabilir³⁸. Çoğaltmak, üretmek değildir. Üretilmiş olanın sayısını artırmaktır. Üretmek söz konusu ise m.226/3 c.1 düşünülmalıdır.

Burada sorun eylemin “kaç adet” olduğunda çoğaltma sayılacağıdır. Bu halde artık “bireyselleştirilebilir olarak kabul edilemeyecek sayıda” kriteri kabul

³⁷ Hükümün anlatımının kötü olması nedeniyle tüm müstehcen içerikli ürünlere de uygulanabilme ihtimali hakkında bkz. **Taşkın**, 127.

³⁸ <http://tdkterim.gov.tr>.

edilebilir. Yani failin kişisel kullanımı olarak sayılamayacak sayıda olması çoğaltmak olarak kabul edilebilir.

Eylemin gerçekleşmiş sayılabilmesi için ürünün “*alıp-götürülebilir*” olması gerekir ve yeterlidir. Çoğaltmanın amacı önemsizdir. Çoğaltmak satmak ya da pek çok üyesi olan bir derneğin üyelerine dağıtmak amaçlı olabilir. Dolayısıyla belli bir kişiye iletilmek üzere gerçekleştirilen eylem çoğaltma değildir.

- **Satışa arz etmek**, satmak amacıyla sunmak, müstehcen ürünün bir bedel karşılığında başkasına devredilmek amacıyla sunulması demektir.

- **Satmak**, bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek, diğer bir deyişle müstehcen ürünün bir bedel karşılığında başkasına devredilmesi demektir.

- **Nakletmek**, nakil işini yapmak, bir yerden başka bir yere geçirmek, iletmek yani müstehcen ürünün bir yerden diğer bir yere taşınması anlamına gelir.

- **Depolamak**, müstehcen ürünün bir yerde tutulması, saklamak veya korumak amacıyla bir yerde tutulması demektir. Söz konusu eylem elektronik ortamda saklı bulunan veriler bakımından ise bir bellek cihazına veriyi yerleştirmek veya saklamak³⁹ şeklinde anlaşılmalıdır. Depolamak aynı zamanda bulundurmak anlamına da gelir. Yasakoyucunun “bulundurmak” eylemi yanında “depolamak” eylemine de yer vermiş olması daha çok müstehcen içerikli ürünün elektronik veri niteliği taşıyor olması hali için olmalıdır. Aradaki fark bu şekilde açıklanabilir⁴⁰. Verinin depolandığı yer bir bilgisayar hard disk, taşınabilir bellek, CD olabileceği gibi cep telefonu da olabilir.

- **İhraç etmek**, kelime anlamı itibariyle yurt dışına mal satmaktır. Ancak hüküm bakımından ihraç etmek müstehcen ürünün Türkiye’den yasadışı yollardan çıkarılması olarak anlaşılmalıdır. Yurt dışında ele geçen müstehcen ürünün Türkiye’den ihraç edildiğinin anlaşılması halinde Türkiye’de ihraç nedeniyle yargılama yapılır. Söz konusu ürünün nerede üretildiği önemli değildir. Önemli olan ihracın Türkiye’den yapılmış olmasıdır. Ancak üretimin Türkiye’de yapılmış olması durumunda iki ayrı suçun –müstehcen ürünlerin üretiminde çocuk kullanmak (m.226/3 c.1 ve m.226/3 c.2) oluşacağı ifade edilmelidir. Yine müstehcen ürünün ne şekilde ve hangi yolla ihraç edildiği de önemsizdir. Ancak internet vb. yollar kullanılmış ise TCK m.226/5 düşünülmelidir.

Hükümde ihraç etmek ile bulundurmak aynı suça ilişkin seçimlik olarak sayıldığından, bir önemi bulunmasa da, ihraç etmek ile bulundurmak arasında ayrıma gitmek bakımından failin kastının önem kazanacağı ifade edilmelidir. Şayet müstehcen ürün adet olarak fazla ise artık ihraç etmekten söz edilmelidir.

- **Başkalarının kullanımına sunmak**, bir kimseye bir şeyi kullanması amacıyla vermek, yollamak, göndermek, takdim etmek, arz etmek anlamlarına gelmektedir. Bu yönüyle sunmanın şekli önemli değildir. Bu nedenle suç tipinde sayılmamış olan **ödünç vermek**, **kiralamak** şeklindeki hareketlerin tipe uygun sayılmasının mümkün olup olmayacağı tartışılmalıdır. Tipte hareketler sınırlı olarak sayılmıştır. Kanunilik ilkesi gereği söz konusu hareketler tipte yer almadığına göre bu hareketlerin yapılmış olmasının tipe uygun sayılmayacağı

³⁹ <http://tdkterim.gov.tr>.

⁴⁰ *Taşkın* ise depolama ile bulundurma arasındaki farkı depolama eyleminin daha geniş kapsamlı ve adet olarak daha çok veriyi içermesi olarak açıklamaktadır (**Taşkın**, 127).

söylenbilir. Ancak “*başkalarının kullanımına sunmak*” ibaresi kanımızca ödünç vermek, kiralamak, teklif etmek, bağışlamak veya değişmek eylemlerini de kapsar şekilde anlaşılmalıdır.

Öte yandan sunmak eyleminin, elde etmek amacıyla başkalarına başvurulmasını kapsamadığı söylenmelidir. Kanımızca korunan hukuki menfaat bu suçun/suçların cezalandırılmasındaki amaç göz önünde bulundurulduğunda söz konusu hareket de tipte yer almalı ve cezalandırılmalıydı. Ancak bu hareket bir tür hazırlık hareketi niteliği taşıdığından cezası diğer eylemlere göre daha az belirlenmeliydi.

Eğer internet ortamı kullanılıyor ise sunmak eylemi dağıtmak ve yaymak eylemlerini de kapsar şekilde anlaşılmalıdır.

Kanımızca sunulan şeyin doğrudan çocuğun kullandığı müstehcen ürün olması şart değildir. Örneğin böyle ürünlerin bulunduğu sitelere link yaratılması ya da derlenmesi de sunma olarak kabul edilmelidir. Ancak bu halde internetin kitle iletişim aracı niteliği söz konusu ise artık m.226/5 düşünülmelidir.

Sunmak gerçekten sağlayabilmek olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla link yaratılmış ancak “sayfa” açılmıyor ise eylem teşebbüs aşamasında kalmış sayılmalıdır.

Bununla birlikte müstehcen ürünü başkalarının kullanımına sunmanın mutlaka belirli bir menfaat karşılığı olması şart değildir. Dolayısıyla söz konusu ürünün elektronik posta ya da mesaj şeklinde bir başkasına gönderilmesi de başkalarının kullanımına sunmak olarak kabul edilmelidir. Şayet söz konusu ürün internet üzerinde herkesin ulaşabileceği bir şekilde yer alıyor ise bu halde m.226/5 düşünülmelidir.

Ürünün kullanımına sunulduğu kişi, bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Önemli olan kişilerin istediğinde bu ürüne ulaşabilir olmasının sağlanmış olmasıdır.

Yine “başkası” belli bir kişi olabileceği anonim bir nitelik de taşıyabilir⁴¹. Ancak bu halde basın ve yayın yolu kullanılmış ise artık m.226/5’den söz edilmelidir.

Söz konusu eylemin gerçekleştiğini kabul etmek bakımından kullanımına sunulan kişinin bu yönde bir iradesinin bulunması gerekli değildir.

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de tipte ifade edilen ürünü konu alan elektronik ortamda saklanmış verinin (CD, Disket, DVD gibi) ne zaman kullanıma sunulmuş olduğunun kabul edileceğidir. Söz konusu veriler “girilerilebilir” ya da “ulaşılabilir” kılınmadığı sürece başkalarının kullanımına sunulduğundan söz edilemez. Bu çerçevede örneğin internet ortamında bulunan veri “indirilebilir” olmasa da sadece “ulaşılabilir” olması tipe uygun eylemin

⁴¹ Alman Hukukunda ürünün kullanımına sokulduğu kişi/kişilerin internette faaliyet gösteren kapalı bir kullanıcı grubu olduğu ya da kullanıma sokmanın belirli kişiler arasında gerçekleştirilmesi durumunun ayrıca düzenlendiği görülmektedir. Al.CK § 184b/II’ye sonradan eklenen ve cezası daha ağır olan bu düzenleme ile çocukların cinsel olarak sömürülmesine yönelik eylemler ile daha iyi bir mücadele amaçlanmaktadır (Bkz. **Tröndle/Fischer**, § 184b, no.12 vd.).

gerçekleşmesi bakımından yeterli sayılmalıdır⁴². Ancak söz konusu veri internet ortamında herkesin kullanımına açık ise bu halde m.226/5 düşünülmelidir.

Başkalarının kullanımına sunulmuş olan ürünün kullanılmış olup olmaması önemli değildir. Bu yönüyle eylemin tehlike suçu olduğu söylenmelidir. Bu nedenle de neticesi harekete bitişik olup ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz. Hareketin gerçekten bir tehlike yaratmış olup olmaması da önemli değildir. Bu bakımından da suçun **soyut tehlike suçu** olduğu kabul edilmelidir. Suçla korunan hukuki menfaat göz önünde bulundurulduğunda böyle bir kabul makul görülmelidir.

Nihayet kullanıma sunulan ürünün kabul edilmiş olması tipte açıkça yer almadığına göre bu yöndeki hareketler ancak bulundurmak olarak kabul edilebiliyor ise cezalandırılabilir. **Dolayısıyla örneğin internet ortamında bulunan çocuğun kullanıldığı müstehcen ürün “indirilmiş” ise bu suç oluşmaz.** Kendisi ya da başkası için “temin etmek” ya da “indirmek” eylemlerinin de “bulundurma” boyutuna erişmese de cezalandırılabilir eylemler olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak bu halde failin kastı konusunda ciddi sorunlar ortaya çıkabilir. Zira kişi tesadüfen, hata ya da hile sonucu da böyle bir siteye girmiş olabilir. Bu yönüyle sadece bulundurmanın cezalandırılabilir olması temel hak ve özgürlüklere gereksiz müdahalelerin önlenmesi bakımından yerinde olmuştur.

- Bulundurmak

Bulundurmak var olmasını, hazır bulunmasını sağlamak anlamına gelmektedir⁴³. Bu yönüyle bulundurmak müstehcen ürün üzerinde fiili egemenlik ilişkisi tesisi ve devamı olarak anlaşılmalıdır. Bulundurmanın amacı önemli değildir. Yasakoyucu saike önem vermemiş, bu konuda suç tipinde ayrıca bir özelleştirme yapmamıştır. Bu nedenle bulundurmak satmak ya da nakletmek amacına ilişkin olabileceği gibi tümüyle şahsi bir amaca ilişkin de olabilir⁴⁴.

⁴² Benzer **Hee-Hang**, 345.

⁴³ www.tdk.org.tr.

⁴⁴ “... Ankara Emniyet Müdürlüğü Bilgi İşlem Şube Müdürlüğü Bilişim Suçları Kısım Amirliği'nin araştırmaları sırasında sanığın çocuk pornografisine sahip olduğunun ve internet ortamında bu içerikte görüntüleri sağladığının anlaşılması üzerine usulüne uygun arama ve el koyma kararları doğrultusunda evinde ele geçirilen bilgisayar kayıtlarının incelenmesinde **çocuk pornografisi içerikli 23.000'den fazla fotoğraf ve 550'nin üzerinde video kaydının yanında çocuk ve yetişkin birinin hayvanlarla cinsel ilişkisine ait görüntüleri kapsayan video kaydına rastlandığı**, ülkemizin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 34/c maddesiyle <çocukların pornografik nitelikteki gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla her türlü önlemi alma>, Uluslararası Çalışma Örgütü'nce kabul edilen 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi'nin 1 ve 3/b maddeleriyle <pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunun yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin tedbirleri alma>, ayrıca Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile 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 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>yi kabul ettiği, bu uluslararası yükümlülükler paralelinde düzenlenen 5237 sayılı TCK'nın 226/3. maddesinde çocukların kullanıldığı müstehcen gö-rüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışı arzı, satışı, nakli, ihracı veya başkalarının kullanımına sunulmasının yanında, bu ürünlere olan talebin azaltılmasının da çocuklara koruma sağlayacağı düşünülmektedir,

Hemen ifade etmek gerekir ki, Alman CK § 184b II çocuk pornografisi içerikli ürünleri “bulundurma” eylemini sadece gerçek ya da gerçeğe yakın olayları yansıtan ürünlerle sınırlı olarak düzenlemiştir. Yine ABD’de de bulundurma eyleminin cezalandırılabilmesi failde ya satma amacının ya da pornografik nitelikli en az üç fotoğrafın (ya da görüntünün) varlığına bağlanmıştır⁴⁵. Benzer farka Türk hukuku bakımından da yer verilmesi gerektiği söylenebilir de büyük ölçüde örnek alındığı anlaşılan Alman CK’daki bu düzenlemeden yasakoyucunun haberdar olmadığını söylemek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle böyle ayrı bir koşula yer verilmemiş olması bilinçli bir tercih gibidir⁴⁶.

Bulundurmanın uzun ya da kısa bir süre olması önemli değildir. Ancak eylemin bulundurma kabul edilecek bir süre devam etmiş olması gerekir. Bu yönüyle bulundurma eylemi kesintisiz suç özelliği göstermektedir. Diğer bir deyişle madde anlamında bulundurmaktan söz edilebilmesi için bulundurma eyleminin belli bir süre devam etmiş olması gerekir. Eylemin ne zaman bulundurma olarak kabul edileceği somut olaya göre belirlenmelidir⁴⁷.

kasıtlı olarak yapılan bireysel amaçlı bulundurma ve depolamanın da suç sayıldığı, bu nedenle sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen ve müstehcen görüntülerin miktarına, niteliğine ve kayıt biçimine göre uzun süre içerisinde ve kasten yapıldığı anlaşılan <çocuk pornografisi ve hayvanlarla yapılan cinsel davranışlara ilişkin çok sayıda resim ve video kay-dını bilgisayar sistemi vasıtasıyla temin edip bilgisayarında sistematik biçimde depolama ve bulundurma> fiilinin kişisel amaçlı dahi olsa 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi yoluyla aynı Yasa'nın 226/3. maddesine uyan suçu oluşturduğu ve hükmün gerekçesinde eylem bu şekilde doğru olarak nitelendirildiği halde 226/4. madde ile uygulama yapılması...” hukuka aykırıdır. (5.CD., 01.10.2007, 9856/6957; Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları)

⁴⁵ Sieber, beck-online – ZUM 2000, 89.

⁴⁶ Ancak Kanada Yüksek Mahkemesi 13 Ocak 1999 yılında vermiş olduğu bir kararında çocuk pornografisi içerikli ürün “bulundurmayı” kişinin özel hayatına müdahale niteliğinde görmüş ve cezalandırmanın ispatlanabilir yararlı bir etkisi bulunmadığından sınırlandırılmayacağını kabul etmiştir (Sieber, beck-online – ZUM 2000, 89). Bu karara karşı kanun yoluna gidilmiş ise de akıbeti bilinmemektedir.

⁴⁷ TCK'nın 226/4 ve 226/3. maddesinin 2. cümlesindeki suçların oluşabilmesi için, şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin ya da içerisinde çocukların, temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin bulunduğu müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması gerekmektedir. Suçların sayılan bu seçimlik hareketlerinden depolama ögesi, bilişim alanında “bir bellek cihazına veriyi yerleştirmek veya saklamak” anlamına gelmektedir (www.tdk.gov.tr). Bir bilişim sisteminde depolamanın söz konusu olabilmesi için verilerin ileride yeniden kullanılabilme amacıyla biriktirilmesi, tasnif edilmesi ve sanal ürünün niteliğine göre yeteri kadar bulundurulması gereklidir. Gelişen teknoloji ve sağladığı hizmetler karşısında depolama veya bulundurma işlemi, bilgisayar, telefon, kamera gibi araçların hafızasını oluşturan donanımlar, USB bellekler, CD-DVD, harici disk gibi eşyalar ile bulut (cloud) sistemlerinde gerçekleştirilebilir. Müstehcenlik suçunda ürünlerin depolanması veya bulundurulmasının söz konusu olabilmesi açısından, tek bir müstehcen ürünün tespiti bile yeterli olacaktır. Ancak kanunilik ilkesi gereği, depolama veya bulundurma eylem ve amacı olmaksızın, salt görüntülere bakmak, seyretmek veya dinlemek suretiyle bu suçlar işlenemez. Dolayısıyla bilgisayarların işletim sistemleri ile internet tarayıcılarının özellikleri gereği müstehcen verilerin bir internet sitesinin ziyaret edilmesi sırasında otomatik olarak ilgili sistem dosyasına geçici bir şekilde kaydedilmiş olması halinde iradi olmayan bu işlem nedeniyle kural olarak suçun manevi unsuru olan depolama veya bulundurma kastının varlığı söz konusu değildir. Fakat kullanıcı tarafından gizlenmek amacıyla müstehcen verilerin bilerek sistem dosyaları arasına [geçici internet dosyaları (temporary internet files)] atıldığına veya internet sitelerini ziyareti sırasında görüntülerin otomatik olarak bu dosyalarda biriktiği bilincinde olan failin daha sonra bu dosyaları

Bulundurma eyleminin kabul edilebilmesi bakımından bunun mülkiyet ya da zilyetlik şeklinde veyahut bedelli ya da bedelsiz olması önemli değildir.

Benzer açıklamalar elektronik veriler için de geçerlidir. Eğer bir veri elektronik bir ortamda örneğin CD, DVD, taşınabilir bellek ya da harddiske vb. kaydedilmiş ise bulundurmaktan söz edilir. Bu nedenle harddiske kaydedilmemiş ve fakat bilgisayarda yapılan incelemede çocuğun yer aldığı bir müstehcen ürüne ulaşıldığı saptanmış ise m.226/3 anlamında suç oluşmamıştır. Önemli olan söz konusu ürünün failin egemenlik alanı içinde bulunup bulunmadığıdır. Bu nedenle başkasına ait bir ortamda saklı, kaydedilmiş bulunuyor olmakla birlikte her zaman ulaşılabilir bir veri bakımından bulundurmaktan söz edilemez.

Tipte ilan etmek, reklâmını yapmak ya da sergilemek eylemlerine yer verilmemiştir. Hâlbuki söz konusu eylemler yukarıda açıklanmaya çalışılan bazı eylemlerin hazırlık hareketi niteliği taşıdığı için cezalandırılmasında yarar olan eylemlerdir. Hangi hareketlerin suç oluşturduğu tipte tek tek sayıldığına göre bunlar dışında kalan örneğin ilan etmek, reklâm yapmak gibi eylemler cezalandırılabilir değildir. Basit müstehcenlik olarak nitelediğimiz nisbeten daha hafif ceza öngören TCK m.226/1’de dahi bu eylemlere yer verilmiş iken m.226/3’de düzenlenmemiş olması uluslar arası hukukta da geniş yer bulmuş “çocuk pornografisi”yle mücadele bakımından yerinde olmamıştır.

Yine *tipte yer almayan* bir başka hareket şekli “kabul etmek”tir. Hükümde bulundurmaya yer verilmiş ancak kabul etmeye yer verilmemiştir. Bulundurmak kabul etmek ile eş anlamlı değildir. Kabul etmek müstehcen ürün üzerinde tasarrufta bulunma olanağı elde edilmesidir. Kabul etme eyleminde fail ürün üzerinde henüz bir egemenlik ilişkisi tesis etmemiştir. Bu suçun özellikle internet

açarak görüntüleri yeniden kullandığının teknik olarak tespiti gibi halleri istisna olarak düşünmek gerekir.

Aynı şekilde, müstehcen görüntülerin, internet ortamından ya da başka bir yolla (örneğin başka bir şahıstan temin edilen video dosyasının flash bellek aracılığıyla bilgisayara atılması), seyretmek amacıyla indirip-yükledikten sonra silinmesi ile de suç oluşmayacaktır. Zira silinen bu verilerin ancak özel yazılımlar aracılığıyla geri getirilmesi mümkün olup yine depolama veya bulundurma kastı yoktur. Ancak, failde önceden depolama veya bulundurma iradesinin bulunup bulunmadığı kastının ortaya çıkarılması açısından, görüntülerin temin edildikten sonra ne kadar süre tutulduğu, görüntülerin sayısı, silinen veriler için ayrı bir tasnifleme yapıp yapılmadığı (örneğin özel isimler verilen klasörlerde tutma gibi), daha profesyonel kullanıcılar açısından, silinen verileri geri getirip tekrar tekrar kullanmak amacıyla sistemde özel bir yazılım bulundurulup bulundurulmadığı gibi hususların teknik olarak incelenip araştırılması gereklidir.

Bu açıklamalar ışığında,

Soruşturma aşamasında alınan ek bilirkişi raporundaki “çocuk pornografisi ve yetişkinlerin hayvanlarla fotoğraflarının 02/01/2013 tarihinde internet sitelerinden bilgisayarın otomatik olarak temp dosyası içerisine attığı (kopyaladığı) tespit edilmiştir” şeklindeki bulgu karşısında, suça konu bilgisayarın sabit diskinde tespit edilen müstehcen görüntülerin geçici internet dosyaları arasında olup olmadığı hususunda ve bu görüntülerin işletim sistemi tarafından bir internet sitesinin ziyaret edilmesi sırasında otomatik olarak mı veya kullanıcı tarafından iradi olarak mı indirildiği ya da başka bir ortamdan kopyalanmak suretiyle mi belirtilen dosyalar içerisine kaydedildiğinin belirlenmesine yönelik olarak, orijinal sabit diskten alınan imaj üzerinden, kuşkuya yer bırakmayacak nitelikte, detaylı ve denetime açık uzman bilirkişiden alınacak rapor doğrultusunda sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, (18.CD., 26.6.2019, 2017/5027, 2019/11252;www.kazanci.com.tr).

ortamında işlendiği dikkate alındığında kabul etmenin de suç haline getirilmesi yerinde olacaktır. Burada sorun talep etmek hareketine verdiğimiz anlama benzer bir şekilde çözümlenerek tipte yer alması da kabul etmek hareketinin bulundurma hareketi ile bütünlük gösterdiği düşüncesinden hareketle çocuk pornografisi içerikli ürünün talep edilmesi ile suçun icra hareketlerinin başladığı söylenmelidir. Fail söz konusu ürünü talep etmiş ancak ürün henüz gelmemiş, bulundurma gerçekleşmemiş ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir.

Bunun gibi internet üzerinden indirmek ya da sadece izleme de tipte cezalandırılabilir bir hareket olarak yer almamaktadır⁴⁸.

Satmak cezalandırılırken, satın almak cezalandırılabilen bir hareket olarak düzenlenmemiştir. Bu halde satın almak eylemi bulundurma hareketi içinde değerlendirilmelidir.

Nihayet çocukla belli bir cinsel amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak bağlantı kurmak da cezalandırılmaktadır. Nitekim 30 Ekim 1998 tarihinde yürürlüğe giren “Protection of Children from Sexual Predators Act of 1998” ile bir çocukla, izin verilmeyen cinsel hareketleri kabul ettirmeye ya da fahişelik yaptırmaya yönelik olarak, internet üzerinden iletişime geçmek yaptırım altına alınmıştır⁴⁹. Hemen ifade etmek gerekir ki TCK m.227’de benzer bir düzenlemenin bulunduğu söylenmelidir⁵⁰. Söz konusu düzenleme internet üzerinde gerçekleşen eylemleri de kapsamaktadır. Hatta TCK bu suça ilişkin hazırlık hareketlerini dahi tamamlamış suç gibi cezalandırmak suretiyle bu konuda tam bir koruma sağlamış bulunmaktadır.

Bu suç da **soyut tehlike suçudur**⁵¹. Bu yönüyle suçla korunan hukuki menfaatin gerçekten ihlal edilmiş olup olmadığı önem taşımaz.

4-) Suçun nitelikli halleri

Kanunda bu suç bakımından bir nitelikli hal öngörülmüş değildir. Ancak bu suçun daha çok örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ihtimali bu suç bakımından, fuhuş (TCK m.227/6), dilencilik (TCK m.229/3), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m.188/5) suçlarında olduğu gibi, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda bunun cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmesini gerekli kıldığı söylenebilir. Gerçekten söz konusu suçlar bakımından bu hallerin cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak kabul edilmesinin sebebini oluşturan suçun işlenmesindeki kolaylık ve bu suçlarla mücadelede ortaya çıkan güçlük çocuk pornografisi suçları bakımından da mevcuttur.

⁴⁸ Alman hukukunda da aynı yönde **Lackner/Kühl**, Strafgesetzbuch, 26.Aufl., 2007, § 184b, no.6. Ayrıca karşı. **Harms** Sven, Ist das “blosse” Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?, NStZ 2003, Heft 12, s.646 vd.. Türk hukukunda **Taşkın Şaban Cankat**, Bilişim Suçları, Bursa 2008, s.122. Söz konusu eylemlerin cezalandırılması gerektiği hakkında **Erbaşı** Aslıhan Ayşe, Çocuk Pornografisi, İBD., 2007, C.81, S.4, s.1644.

⁴⁹ **Sieber**, beck-online – ZUM 2000, 89.

⁵⁰ “Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır”.

⁵¹ Alman, Fransız ve Avusturya Ceza kanunlarında da suç bu şekilde düzenlenmiştir (**Sieber** Ulrich, Mindeststandards für ein globales Pornografiestrafrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse -, beck-online – ZUM 2000, 89)

Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, TCK m.220’de “suç işlemek amacıyla örgüt kurmak” suçu ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Şayet söz konusu eylem müstehcenlik suçları bakımından bir nitelikli hal olarak kabul edilirse müstehcenlik suçlarını işlemek amacıyla bir örgüt kurulmuş ise fail/faillerin ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılacağı ifade edilmelidir. Bu ise aynı eylemin iki kez cezalandırılması anlamına geleceğinden adil bir sonuç vermeyecektir (TCK m.3/1). Bu nedenle suç müstehcenlik suçlarının bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin suçun nitelikli hali olarak düzenlenmemiş olması yerinde olmuştur. Burada dikkat çekilmek istenen husus daha az haksızlık içeriğine rağmen yukarıda ifade edilen suçlar bakımından böyle bir nitelikli hale yer verilmiş olmasıdır.

TCK’daki bu durum karşısında şayet fail/failler müstehcenlik suçunu/suçlarını işlemek amacıyla örgüt kurmuşlar ise hem müstehcenlik suçundan hem de örgüt kurma suçundan cezalandırılacaktır. Ancak failin örgüt kurma suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için müstehcenlik suçunu/suçlarını da işlemesine gerek yoktur.

Öte yandan TCK m.226/5 bu suç bakımından bir nitelikli hal olarak düşünülebilir: “(5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayımlanmasına 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”.

TCK m. 6/g “*basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*”ın anlaşılacağı ifade etmektedir. Görüldüğü üzere “*Basın ve yayın yolu ile*” ifadesi *sadece kitle iletişim araçlarını kapsayacak biçimde* anlaşılmalıdır. Bu çerçevede bireysel iletişim araçları hükmün kapsamı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla bazı kitle iletişim araçlarının bireysel iletişim aracı olarak kullanılmış olması durumunda artık bu niteliği esas alınmalıdır.

Basın-yayın yolu ifadesi kitle haberleşme araçları olarak tanımlandığında kapsamının oldukça genişlediği söylenmelidir⁵². Gerçekten kitle iletişim araçları haber ve bilgi verme amacı başta olmak üzere eğitmek, eğlendirmek gibi amaçlar taşıyan, belirli bir okuyucu kitlesine, belirli aralıklarla ya da sürekli olarak ulaşan araçlar olup gazete, dergi, radyo, televizyon, tiyatro, sinema, plak, kaset, CD gibi kitlelere ulaşan ve iletişimi sağlayan araçlar şeklinde anlaşılmalıdır⁵³.

Gelişen teknoloji karşısında kitle iletişim araçları içine **internet ortamını** da dâhil etmek gerekir. Nitekim basın ve yayın yolu elektronik kitle iletişim araçlarını da içine alır şekilde tanımlanmıştır. 5651 sayılı Kanun m. 2/ğ internet ortamında yapılan yayını “*internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler*” şeklinde tanımlamaktadır. İnternet ise “*haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam*”dır (5651 sayılı Kanunu m. 2/g). Bu çerçevede müstehcenlik suçunun internet ortamında işlendiğinden bahisle basın-yayın yolu ile işlendiğinin kabulü için söz konusu ortamın herkese açık olması gerekir.

⁵² Nitekim 5187 sayılı basın Kanunu **basılmış eseri** yayımlanmak üzere her türlü basın araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınları; **yayını** ise basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması şeklinde tanımlamaktadır (m. 2/a, b).

⁵³ Kitle haberleşmesi ise “kitle haberleşme araçlarından yararlanılarak bilgi, düşünce ve tutumların insan topluluklarına tek veya çok yanlı olarak ulaştırılması” şeklinde tanımlanmaktadır (İçel Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 11).

Dolayısıyla internet bireysel bir iletişimi gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış ise artık m. 226/5'ten söz edilemez. Örneğin, müstehcen içerikli fotoğrafların elektronik posta ile gönderilmesi.

B- Suçun hukuka aykırılık unsuru

TCK m.227/7'ye göre “*Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak (çocuğu konu alan müstehcen ürün) ... koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz*”.

Görüldüğü üzere m.226/7 çocuğu konu alan müstehcen ürünlere ilişkin suçlar bakımından ikili bir ayırım yapmaktadır. Çocuğu konu alan müstehcen ürün bilimsel bir eserde yer alıyor ise hukuka uygundur; bu nedenle bir suçun oluştuğundan söz edilemez.

Eğer ürün çocuğu konu alıyor ise söz konusu ürünün sanatsal ve edebi değeri olabileceği kabul edilmemiştir. O halde çocuğu çıplak olarak gösteren bir poz bilimsel eserde yer alıyor ise m.226/3 anlamında müstehcen sayılmayabilecek ancak sanatsal ve edebi bir değere sahip olsa bile hukuka uygun kabul edilemeyecektir. Diğer bir deyişle aynı çıplak çocuk sanatsal ve edebi değere sahip bir esere konu olamayacaktır. Bu durum hukuka uygunluk sebebi bakımından çocuk pornografisi ile şiddet içerikli ya da hayvan pornografisi ile arasındaki farkı da ortaya koymaktadır⁵⁴.

Böyle bir düzenleme kabul edilebilir değildir. Örneğin bir bebeği çıplak olarak gösteren bir kartpostal bakımından m.226/3 oluşmuş sayılacaktır. Böyle bir fotoğraf sanat eseri sayılmayacak, böyle bir bebeği tasvir eden hikaye ya da roman edebi değerden yoksun sayılacaktır. Kaldı ki toplum, yetişkinler ve çocuklar şeklinde ikiye ayrılamaz. Çocuğun hayatı yetişkinler içinde geçer. Çocuk çoğu zaman yetişkinlerle beraberdir ve toplumsal hayatın bir parçasıdır⁵⁵. Çocuğun bir sanat eserinde nasıl yer alacağı, yasakoyucunun tek başına belirleyebileceği bir durum değildir. Burada sınır Anayasa m.27'dir. Sanatı yayma hakkı mutlak olarak sadece m.27/2'deki hallerle sınırlanmıştır. Bu yönüyle düzenleme çağdışıdır ve Anayasa m.27'ye aykırıdır.

Kanımızca hüküm bu ayırma son verilerek yeniden düzenlenmeli ve m.226'da düzenlenen her suç bakımından uygulanabilir hale getirilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu şekildeki bir ürün kişilerin cinsel duygularını istismar etmediği sürece müstehcen sayılamaz. Yine yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi burada ortaya çıkan sorun m.226/3'de yer alan suçun oluşması bakımından yapılan hareketin çocuğun cinsel istismarı niteliğinde ya da en azından cinsel duyguları istismar edici bir nitelikte olmasının aranmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Şayet madde hükmü bu şekildeki bir ayırma imkan verecek biçimde kaleme alınsaydı o zaman böyle bir tartışmayı yapmak zorunda da kalınmayacaktı. O halde TCK'da değişiklik yapılmalı, müstehcen yerine pornografi terimini kullanılmak istenmiyorsa, eylemin çocuğun cinsel istismarı boyutuna ulaşması zorunluluğu getirilmelidir.

C- Suçun manevi unsuru

⁵⁴ Alman hukuku bakımından **Spindler/Schuster**, § 4, no.33.

⁵⁵ Aynı yönde **Soyaslan**, 472.

Çocukların kullanıldığı müstehcen ürünleri ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak ya da başkalarının kullanımına sunmak eyleminde genel kastın yeterli olmadığı, failin maksadının da belirlenmesi gerektiği söylenebilir. Diğer bir deyişle failde söz konusu ürünü ülkeye sokmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek maksadının bulunduğu da araştırılmalıdır denilebilir. Ancak “bulundurmak” dahi tek başına suçun işlendiğinin kabulü için yeterli olduğuna göre ayrıca ihraç etmek, ülkeye sokmak gibi bir amacın araştırılmasının gereksiz olduğunu düşünmekteyiz. Ancak Yargıtay eski tarihli bir kararında “*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 takdirde ceza verilemeyeceğini*” belirtmiştir (5.CD., 5.4.1978, 114/1137; YKD., 1979, S.7, s.1076).

Hemen ifade etmek gerekir ki, m.226/1 anlamında müstehcenlik suçu bakımından müstehcen ürünün “bulundurulması” suç değilken çocuk pornografisi ile mücadele bakımından yasakoyucu haklı olarak karşılaştırmalı hukuku da göz önünde bulundurmak suretiyle “bulundurmaya” dahi suç haline getirmiştir.

D- Teşebbüs

Bu suç “sırf hareket suçu” özelliği göstermektedir. Diğer bir deyişle suç tipinde ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Hareket yapılmakla neticenin de gerçekleştiği kabul edilir. Bu suçta bir zarar neticesi de aranmamış olup, netice bir zarar tehlikesidir. Hareketin yapılması ile toplumun genel ahlakının bozulması ya da çocuğun haklarının gerçekten zarar görüp görmediği aranmaz. Sonuç olarak bu suç neticesi harekete bitişik suçtur.

Bilindiği üzere neticesi harekete bitişik suçlara teşebbüs kuralı olarak mümkün değildir.

Bununla birlikte bu suç bakımından özellikle hazırlık hareketi-icra hareketi bakımından tartışılması gereken bir sorun üzerinde durulmalıdır. Gerçekten hükümde “talep” terimine açıkça yer verilmiş değildir. Ancak hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımı bakımından maddi objektif teori benimsenecek olursa tipte yer alması bile tipte yer alan hareket ile bütünlük gösteren hareketleri icra hareketi olarak kabul etmek zorunludur. Bu halde talep etmek ile icra hareketinin başladığı söylenmelidir. Buna göre fail depolamak ya da bulundurmak amacıyla bu şekildeki bir ürünü talep etmekle icra hareketi de başlamıştır. Benzer durum talep etmek hareketi bakımından da geçerlidir.

Mesela çocuğun cinsel istismarı niteliği taşımadığı sürece hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi mümkün değildir⁵⁶.

E- Suçluların Çokluğu (İştirak)

İştirak kuralı olarak bir özellik göstermese de konusu çocuk olan müstehcen içerikli ürünü depolamak ya da bulundurmak amacıyla talep eden kişinin hareketinin iştirak bakımından önem gösterdiği söylenebilir. Bu yönüyle talepte

⁵⁶ Bununla birlikte İşveç’de hazırlık hareketlerinin de cezalandırıldığı söylenmektedir (Sieber, beck-online, ZUM 2000, 89).

bulunmak azmettirme (TCK m.38) ya da suç işlemeye teşvik etmek (TCK m.39/2 a) olarak düşünülebilir.

F- Suçların Çokluğu (Suçların İctimai)

Bu suç bakımından hareketler tipte seçimlik olarak sayıldığından her bir hareketin ayrı ayrı gerçekleştirilmiş olması birden fazla suçun da olduğu anlamına gelmez. Diğer bir deyişle fail örneğin önce depolamış, daha sonra başkalarının kullanımına sunmuş ise tek bir suç vardır. Ancak bu hal ceza belirlenirken alt sınırı üzerinden ceza tayinine esas oluşturabilir (TCK m.61).

Bu suç **fikri ictima** bakımından da özellik gösterebilir. Gerçekten m.226'nın değişik fıkraları aynı eylemde gerçekleştirilebilir. Gerçekten bir kişinin bilgisayar kayıtları incelendiğinde hem çocuk hem de hayvan pornografisi içeren içerikler bulunabilir. Bu halde m.44 hükmü gereği faile en ağır olan m.226/3'de yer alan suçun cezası verilmelidir.

Ancak kanımızca burada eylemin tek olduğu konusunun araştırılması gerekir. Şayet söz konusu içerikler uzun bir süreye yayılı olarak depolanmış ise artık eylemi tek olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu halde hem 226/2 hem de 226/4'de yer alan suçtan dolayı ayrı ayrı ceza vermek gerektiği düşüncesindeyiz. TCK m.44 "işlediği bir fiil ile" ifadesine yer vermiştir. Burada fiili hareket olarak kabul etmek gerekir. Fail değişik zamanlarda çocuk pornografisine ve hayvan pornografisine ilişkin içerikleri depolamış ise artık söz konusu eylemleri "bir fiil" saymak mümkün değildir.

Bu nedenle Yargıtayın "*sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen ve müstehcen görüntülerin miktarına, niteliğine ve kayıt biçimine göre uzun süre içerisinde ve kasten yapıldığı anlaşılan <çocuk pornografisi ve hayvanlarla yapılan cinsel davranışlara ilişkin çok sayıda resim ve video kaydını bilgisayar sistemi vasıtasıyla temin edip bilgisayarında sistematik biçimde depolama ve bulundurma> fiilinin kişisel amaçlı dahi olsa 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi yoluyla aynı Yasa'nın 226/3. maddesine uyan suçu oluşturduğu ve hükmün gerekçesinde eylem bu şekilde doğru olarak nitelendirildiği halde 226/4. madde ile uygulama yapılması*"nı hukuka aykırı bulan görüşüne katılmıyoruz⁵⁷. Olayda ilk derece mahkemesi "fiilin" m.44 anlamında tek olup olmadığı yönünde bir inceleme yapmalıydı.

Bu suç da, suç genel ahlaka aykırı suçlar arasında düzenlendiğine göre, mağdur toplum olduğundan **zincirleme suç** hükmünün uygulanması mümkündür. Buna göre örneğin fail değişik zamanlarda çocuk pornografisi içerikli ürünü internet üzerinde bilgisayarına indirip depolamış ise eylemler "bir suç işleme kararının icrası kapsamında" kabul edilerek m.43/1 gereği zincirleme suç kuralı uygulanmalı ve bir cezaya hükmedilerek ceza miktarı artırılmalıdır. Bu halde müstehcen ürünün adeti önem taşımaz. Zira m.226'da çocuğu konu alan müstehcen ürünün adeti konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Tek bir hareketle bir fotoğraf indirilip depo edilebileceği gibi onlarcası da depolanmış olabilir. Fotoğraf sayısının fazla olması TCK m.61 çerçevesinde bakımından cezanın alt sınır üzerinde tayini bakımından değerlendirilebilir. Burada asıl olan failin hareketleri aynı suç işleme kararı ile gerçekleştirmiş olmasıdır. Tek bir adet dahi olsa suç oluşmaktadır. Buna karşılık fail aynı zamanda çocuğu konu alan pek çok müstehcen ürünü depolamış

⁵⁷ 5.CD., 01.10.2007, 9856/6957; sinerji.

ise artık tek bir suçun bulunduğu kabul edilmelidir. Bu halde aynı suçun zincirleme olarak kabul edilecek birden fazla işlenmesinden söz edilemez.

Benzer durum bilgisayara depolanmış müstehcen ürünün elektronik posta ile gönderilmesi hali için de geçerlidir. Burada da elektronik posta ile gönderilen fotoğraf vb. sayısına değil kaç elektronik posta olduğuna göre hareket edilmeli eğer fail birden fazla elektronik posta ile söz konusu ürünleri göndermiş ise aynı suç işleme kararı ile hareket ettiği kabul edilebiliyor ise bu halde zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır.

Öte yandan çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünün üretilmesi sırasındaki eylemler çocuğun cinsel istismarı niteliğini taşıyor ise gerçek içtima yapılmalı bu halde hem m.103 ya da m.104 hem de m.226/3'den ayrı ayrı ceza verilmelidir. Ancak m.104'deki suçun oluşması bakımından mağdurun rızasının varlığı fiili suç olmaktan çıkaracağı gözden uzak tutulmamalıdır. Çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünü üreten kişinin eylemi aynı zamanda çocuğun cinsel istismarı niteliğini de taşıyor ise bu defa fikri içtima düşünülmelidir.

Yine müstehcen ürün üretilmesi aynı zamanda özel hayatın gizliliği ihlal niteliği de taşıyor ise yine fikri içtima düşünülmelidir⁵⁸.

Burada ortaya çıkabilecek diğer bir ihtimal müstehcen ürün üretiminde birden fazla çocuğun kullanılması durumunda ne yapılacağıdır. Bu çocuk sayısınca mı suçun oluşacağı yoksa zincirleme suçun mu uygulanacağı tartışılmaya değer. Şayet m226/3'de mağdurun değil kamunun yararının korunduğu kabul edilir ise bu halde zincirleme suçun olduğu ancak çocuğun mağdur olduğu kabul edilir ise bu durumda da çocuk sayısınca suç olduğu çocukların her birine yönelik birden fazla eylem var ise bu halde de bunlar arasında zincirleme suç ilişkisinin bulunduğu söylenebilir⁵⁹.

⁵⁸ “... Sanığın, çocuk yaştaki mağdurenin çıplak görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 226/3-c.1. maddesinde düzenlenen müstehcenlik ve 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturduğu ve tek eylemle birden fazla suçun oluşması nedeniyle sanık hakkında aynı Kanununun 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralına göre bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK'nın 226/3-c.1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde aynı Kanununun 134/1. maddesiyle mahkumiyetine karar verilmesi, ...” (14.CD., 21.5.2019, 2015/4690, 2019/9925; www.kazanci.com.tr).

⁵⁹ “Sanığın, mağdureye, ... isimli bir şahsın cinsel saldırısına uğradığı sırada bunu görüp telefonuna kaydettiğini ve bu görüntüleri herkese yayarım diyerek tehdit edip mağdureden göğüslerini ve cinsel organını gösterir fotoğraflar istediği, mağdurenin de sanığın baskısına dayanamayarak çıplak fotoğraflarını sanığa gönderdiği, sonraki süreçte de sanığın bu fotoğrafları yayacağından bahisle mağdureyi tehdit edip mağdurenin kız kardeşi ...'nın çıplak fotoğraflarını göndermesini istemesi üzerine ...'in kız kardeşi mağdure ...'nın çıplak fotoğraflarını sanığa gönderdiği, sanığın daha sonra bu fotoğrafları internete yayacağını söyleyerek mağdurenin evine gelmesini sağladığı, burada rızası dışında mağdureyle cinsel ilişkiye girdiği sırada mağdurenin fotoğraflarını çektiği olayda müstehcenlik suçunun mağdure sayısınca oluştuğu ve sanığın mağdure ...'e müstehcenlik suçunu bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı tarihlerde işlemesi nedeniyle bu mağdureye yönelik eylemleri hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden sanığın mağdure ...'e yönelik eylemi nedeniyle 5237 Sayılı TCK'nın 226/3-1.cümle ve 43/1. maddeleri ve mağdure ...'ya yönelik eylemi nedeniyle 5237 Sayılı TCK'nın 226/3-1.cümlesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde uygulama yapılması, ...” (14.CD., 1.4.2019, 2018/9679, 2019/8652; www.kazanci.com.tr).

Nihayet fail çocukları kullanmak suretiyle ürettiği ürünü örneğin çoğaltır ya da satarsa hem m.226/3 c.1 hem de m.226/3 c.2'deki suçlardan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır.

D- Yaptırım

Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak suçunun cezası **beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır**.

Bu ürünleri ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışı arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak ya da başkalarının kullanımına sunmak suçunu cezası ise **iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır**⁶⁰.

Görüldüğü üzere her iki suça ilişkin para cezası bakımından bir alt sınır öngörülmemiştir. O halde bu suçlara ilişkin para cezasının alt sınırı beş gündür. Buna göre hâkim önce 5 günden az 5000 günden fazla olmamak üzere tam gün sayısı ile en az 20 en fazla 100 TL arasında bir gün karşılığı adli para cezası miktarı belirlemelidir. Daha sonra tam gün sayısı ile para cezası miktarı çarpılarak hükmedilecek adli para cezası bulunmalıdır.

Ancak bu durumda alt ve üst sınır arasındaki fark olağanüstü büyük olup (bin kat) kanunilik ilkesi ile uyumlu değildir.

E- Muhakemesi

1-) Görevli Mahkeme

Bu suçlar bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

2-) Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m.134)

Çocuk pornografisi suçunun işlenmesi bakımından günümüzde en sık kullanılan aracın bilgisayar olması bizi bu çalışmada söz konusu koruma tedbirini de ayrıca incelemeye itmiştir.

Hemen ifade etmek gerekir ki şayet bilgisayar internet ortamında kullanılmış ise bu halde TCK m.226/5 düşünülmelidir.

a-) Kavram

Tedbir, arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin özel bir şeklini ifade etmektedir. Kural olarak arama ve elkoyma daha çok bina ve eşya içindeki veya insan üzerindeki şey ve eşyalar için söz konusu olurken burada aranan bilgisayarlar ve bilgisayar programları ile kütükleridir. Gelişen teknoloji ve bilgisayarın artık yaşamın her alanına girmesi arama ve elkoymaya konu olan şeylerin niteliğinde de bir değişime gitmiş ve bunlar arasına bilgisayarlar da ayrıca dahil edilme ihtiyacı hissedilmiştir.

Bu çerçevede bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada delil elde etmek amacıyla bilgisayar ve bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasını, delil

⁶⁰ Benzer suçun cezası Danimarka'da 6 aya kadar hapis; Finlandiya, İsveç ve Avusturya'da 2 yıla kadar hapis; Fransa, Japonya, İsviçre, İspanya ve İngiltere'de 3 yıla kadar hapis; Hollanda'da 4 yıla kadar hapis; Almanya ve İtalya'da 5 yıla kadar hapis; Kanada'da 10 yıla kadar hapis ve Belçika ve ABD'de 15 yıla kadar hapistir (**Sieber**, beck-online – ZUM 2000, 89).

niteliği taşıyan bilgilere rastlanması halinde bilgisayar kasasına veya bazen sadece kopyalama suretiyle verilere elkonmasını ifade eder.

Belirtelim ki benzer bir tedbir Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde de düzenlenmiştir. "Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması" başlığını taşıyan söz konusu tedbir sözleşmenin 19. maddesinde yer almaktadır⁶¹.

Bu tedbir arama ve elkoyma tedbirlerinin elektronik ortama uyarlanmış halidir. Eğer veriler ulaşılabilecek başka bir sistemdeyse aramanın genişletilmesi gerekecektir. Ancak bunun için m.19/2'deki şartlara uymak gerekecektir.

Siber Suç Sözleşmesi m.19 saklı bilgisayar verileri için geçerlidir. Bu açıdan, alıcı kendi bilgisayar sistemine indirinceye kadar bir internet hizmet sağlayıcının posta kutusunda bekleyen e-posta mesajlarının saklı bilgisayar verisi olarak mı yoksa aktarım halindeki veri olarak mı değerlendirilmesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bazı taraf ülkelerin mevzuatında bu e-posta mesajları iletişimin bir parçasıdır ve dolayısıyla içerikleri ancak müdahale yetkisini uygulayarak temin edilebilir. Bazı hukuk sistemlerinde ise bu mesajlar madde 19'un kapsamına giren

⁶¹ Madde 19 – Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması

1. Taraflardan her biri, yetkili mercilerinin kendi ulusal sınırları içinde aşağıdakileri arama ya da bunlara benzer şekilde erişim sağlama konusunda yetkili olabilmeleri için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır:
 - a. bir bilgisayar sistemi ya da bu sistemin parçası ve bunlarda saklanan bilgisayar verileri; ve
 - b. bilgisayar verilerinin saklandığı cihazlar.
2. Tarafların her biri, yetkili mercilerinin paragraf 1 (a) uyarınca belirli bir bilgisayar sisteminde ya da bu sistemin bir parçasında arama yapması ya da bunlara erişim sağlaması söz konusu olduğunda, ayrıca, aranan verilerin kendi ulusal sınırları içindeki başka bir bilgisayar sisteminde ya da bu sistemin bir parçasında saklandığına dair gerekçeleri bulunduğu, söz konusu mercilerin arama ya da erişim işlemlerini bu sistemi kapsayacak şekilde genişletebilmelerini sağlamak üzere gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır.
3. Taraflardan her biri, yetkili mercilerinin kendi ulusal sınırları içinde paragraf 1 veya 2 uyarınca erişilen bilgisayar verilerine el koyma ya da bunları başka şekillerde koruma altına alınması konusunda yetkili olabilmeleri için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır. Bu işlemler arasında, aşağıdakilerin yapılabilmesine yönelik yetkilerin sağlanması bulunacaktır:
 - a. herhangi bir bilgisayar sistemine ya da bu sistemin bir parçasına veya bilgisayar verilerinin saklandığı cihazlara el konulması ya da bunların benzer şekilde koruma altına alınması;
 - b. bu bilgisayar verilerinin kopyalanıp alıkonulması;
 - c. söz konusu saklı bilgisayar verilerinin doğruluğunun muhafaza edilmesi; ve
 - d. erişilen bilgisayar sistemindeki söz konusu verilerin erişilemez kullanılamaz hale getirilmesi ya da silinmesi.
4. Taraflardan her biri, yetkili mercilerinin ilgili bilgisayar sisteminin işleyişi hakkında ya da bu sistem içindeki bilgisayar verilerinin korunması için kullanılan önlemler hakkında bilgi sahibi olan herhangi bir kişiye, paragraf 1 ve 2'de belirtilen işlemlerin yapılabilmesi için gerekli bilgileri makul şekilde vermesi yönünde talimat vermesi için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır.
5. İşbu maddede sözü geçen yetki ve usuller Madde 14 ve 15'e tabi olacaktır.

saklı veriler olarak görülür. Bu nedenle, taraflar hangisinin kendi ulusal hukuk sistemlerine uygun olduğunu belirlemek için yasalarını incelemelidir⁶².

Gereğede el koymak, üzerinde veri ya da bilgilerin kayıtlı olduğu fiziksel ortamı alıp götürmek ya da bu verilerin ya da bilgilerin bir kopyasını üretmek ve tutmak şeklinde tanımlanmıştır. El koymak, el konan verilere erişmek için gereken programların kullanımını ve bu programlara el konmasını da kapsamaktadır. Geleneksel el koymak teriminin yanı sıra, maddi olmayan verilerin bilgisayar ortamında taşındığı, erişilmez kılındığı ya da kontrolünün başka bir şekilde ele geçirildiği diğer yolları yansıtmak için benzer şekilde güven altına almak terimi de kullanılmıştır. Önlemler saklı durumdaki maddi olmayan verilerle ilgili olduğu için yetkili mercilerin verileri güven altına alması için, kopyalanan ya da taşınan verilerin el koyma anında buldukları durumda tutulmaları ve cezai takibatlar sırasında değişmemiş durumda kalmaları anlamına gelen verilerin bütünlüğünün korunması ya da verilerin koruyuculuk zincirinin korunması gibi ek önlemler gereklidir. Terim verilerin kontrolünü ele geçirmeyi ya da verileri alıp götürmeyi ifade etmektedir⁶³.

Sözleşmede gizlilik tarafların iradesine bırakılmıştır. Ancak gereğede soruşturmanın gizliliği taraflara hatırlatılmaktadır.

b. Benzer kavramlarla karşılaştırılması

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma hukukumuzda sadece CMK'da yer almaktadır. Ancak iletişime ilişkin diğer tedbirler ve bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymanın özünü oluşturan arama ve elkoyma tedbirlerinin karşılaştırmalı şekilde incelenmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

aa-) İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması

İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması CMK m.135'te düzenlenmiştir. Burada kanun koyucu iletişime yönelik bir tedbir düzenlemiştir. Bu tedbir ile bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma karşılaştırıldığında şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

- Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri bilgisayarın maddi varlığına yöneliktir. Yani bu tedbir bilgisayarda yer alan verilerin kopyalanması ya da bilgisayar kasasına elkoymak suretiyle uygulanır. İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması ise suçun işlendiği bilgisayar üzerinde doğrudan uygulamak zorunda değildir. Bu tedbir bir diğer bilgisayardan yararlanılarak da uygulanabilir.

- İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınmasının uygulanabilmesi için iletişimin varlığı gereklidir. Oysa bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma için bilgisayarın iletişimde kullanılması gerekmez.

- İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması bilgisayar dışındaki telefon, faks vb. iletişim araçları için de uygulanabilirken bilgisayarlarda, bilgisayar

⁶² Gereğçe, no. 190.

⁶³ Gereğçe, no. 197.

programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma sadece bilgisayar ortamındaki veriler için uygulanabilir.

• İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması sürelidir ve bir süre devam edebilir. Oysa bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma uzun bir süre devam etmez. Arama ya da kopyalama işleminin bitmesiyle sona erer. Tedbir belli bir süre izleme şeklinde devam etmez.

CMK m. 135 sadece belli suçlar için uygulanabilir iken m.134 için böyle bir sınırlama yoktur. Hemen fiade etmek gerekir ki CMK m.135’de yer alan katalogta müstehcenlik suçuna yer verilmiş olmadığından madde çerçevesinde dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine başvurulabilmesi mümkün değildir.

bb-) Kayıt ve verilerin incelenmesi

Bilindiği üzere 4422 s. ÇASÖMK 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.18 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu Kanun m.5 “kayıt ve verilerin incelenmesi” başlığını taşımakta olup “... kişilere ilişkin yer, kuruluş, çevre ve kurumdaki her türlü resmi ve özel kayıtlarla bilgisayar verileri”nin incelenebileceği düzenlemesini getirmekteydi. ÇASÖMK’te yer alan gizli soruşturma tedbirlerinin hemen tamamı CMK içine alınmış olsa da bu düzenlemenin CMK’ya alınmadığı görülmektedir. Kanımızca CMK m.134 hükmü ÇASÖMK m.4’ü karşılamamaktadır. Benzerlik sadece bilgisayar verilerinin incelenebilmesine yöneliktir. Halbuki ÇASÖMK m.4 daha geniş bir kapsama sahipti. Bu durumda yasa koyucunun m.4 gibi bir düzenlemeye CMK içinde yer vermek istemediği söylenebilir.

cc-) Arama

Arama delil elde etmek üzere yapılan araştırma işlemidir. CMK m.116’ya göre: “(1) Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”

Arama ile bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma arasındaki **farkın** aramanın konusuna ilişkin olduğu söylenmelidir: Arama evde, işyerinde, eşyada, üstte, vücutta uygulanabilen bir tedbir iken bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma sadece bilgisayar ortamında uygulanabilir. Bu yönüyle bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma kısmen de olsa aramanın özel bir görünüşüdür.

dd-) Elkoyma

Elkoyma müsadereye tabi ya da ispata yarayacak vasıtanın adliyenin eli altına alınmasıdır. Gerçekten CMK m. 123’e göre; “(1) İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. (2) Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.”

CMK’da elkoymanın başka türleri de düzenlenmiştir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma da bu anlamda elkoymanın bir türüdür. Elkoyma tedbiri bilgisayar ve bilgisayar verileri

üzerinde uygulandığında bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma adımı alacaktır.

ee-) Postada Elkoyma

Postada elkoyma da elkoymanın bir türüdür. Tedbirin düzenlendiği CMK m. 129 incelendiğinde postada elkoyma tedbirinin posta hizmeti veren kuruluşlardaki gönderiler için uygulanacak bir tedbir olduğu söylenmelidir. Bu anlamda söz konusu tedbirin bilgisayar ortamına uygulanması mümkün değildir.

c-) Tedbirin amaç ve kapsamı

aa-) Amaç

Tedbirin amacı delil elde etmektir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma özellikle günümüzde oldukça yaygınlaşan bilişim suçlarının ortaya çıkarılmasında büyük önem taşımaktadır. Bilgisayar verilerinin elde edilmesindeki güçlük oldukça kolay değiştirilebilmesi ve yok edebilmesi bilişim suçlarının aydınlatılmasını zorlaştırmaktadır. Hukukumuzdaki aramaya ilişkin mevcut hükümlerin bilgisayar ortamına uygulanması da mümkün olmamaktaydı. Bu nedenle hukukumuzda bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma ayrıca düzenlenmiştir.

Bu tedbirin amacı elektronik delil olarak da ifade edilebilecek olan elektronik yapı ve program kodlarıdır⁶⁴. Bu çerçevede elektronik delil örneğin bilgisayar hard diskinde, diskete, CD'ye, USB'ye ve benzeri unsurlara elektronik formda depolanmış bilgidir. Görüldüğü üzere günümüzde delilin fiziksel olma özelliği artık aranmamaktadır.

Ancak söz konusu delillerin fiziksel bir niteliğe sahip olmamaları kendine özgü bazı özelliklere sahip olması sonucu doğurmuştur⁶⁵. Buna göre elektronik delillerin her an yapıları değiştirilebilir. Yapılan değişikliğin belirlenebilmesi zordur. Bu nedenle elde edilmesinde büyük özen gösterilmelidir. Elektronik delillerin değerlendirilebilmesi için fiziksel bir niteliğe kavuşturulması şarttır. Elektronik delil onun elektronik bir ortama kaydedilmesi halinde ele geçirilebilir.

O halde elektronik delilin güvenilir, doğru ve tam olması gerekir⁶⁶.

bb-) Kapsam

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymanın kapsamını aşağıda sayılanlar oluşturmaktadır:

• ***Bilgisayar***, hafızasında yer alan bilgileri belli komutlar çerçevesinde işleme tutabilen bilişim sistemlerini çalıştırmaya yarayan araçları ifade eder. Tedbirin konusunu oluşturabilecek bilgisayar maddenin ilk fıkrasında açıkça belirtildiği üzere şüphelinin kullanmış olduğu bilgisayardır. Bu bilgisayar bir masa üstü bilgisayar olabileceği gibi diz üstü hatta cep bilgisayarı dahi olabilir.

⁶⁴ Karagülmez, 268

⁶⁵ Bkz ve karşı. Karagülmez, 270.

⁶⁶ Elektronik delil elde edilirken uyulması gereken temel ilkeler hakkında Karagülmez, 276 vd.

• **Bilgisayar programı** ise verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemler olarak tanımlana bilir.

• **Bilgisayar kütüklerinin** hard disk şeklinde anlaşılması gerekir. İngilizce "log" karşılığı kütükler daha çok internet servis sağlayıcılarının internet erişim sağladıkları kullanıcılara ait IP nolarını ve diğer erişim bilgilerini depoladıkları veri tabalarının anlaşılması gerekir. Bilişim sistemlerinin temel birimi, üzerinde yükseldiği yapıtaşları **verilerdir**. Bilişim sistemlerinin amacı verileri saklamak, işlemek ve sonuç çıkarmaktır. Veri, bilgilerin belirli bir formata dönüştürülmüş halidir. 5651 sayılı Kanun ise veriyi "bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer" olarak tanımlamaktadır.

d-) Uygulama koşulları

aa-) Suç Bakımından

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymanın uygulanacağı suç tipleri açısından kanunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Tedbirin niteliğinden tedbirin daha ziyade bilişim suçları için uygulanabileceği gibi bir izlenim uyansa da tedbirin diğer suç tipleri için de uygulanması mümkündür. Müstehcenlik suçlarının bu konuda ilk sırada geldiği söylenmelidir.

bb-) Şüphe Bakımından

CMK'da bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymaya başvurmak için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri mevcut olmalıdır.

Öte yandan CMK m.134'de tedbirin uygulanabilmesi bakımından "başka türlü delil elde etme imkanının olmaması" koşulu aranmıştır. Tedbirin ikincil olma özelliğini yansıtan bu koşula yer verilmesi özellikle müstehcenlik suçunun bilişim yolula işlenmiş olması halinde bu suçla mücadeleyi akamete uğratabileceğinden yerinde olmamıştır. Zira hızlı ve etkili bir delil elde etme aracı olan bu tedbire başvurmadan "önce başka tedbirlere başvuru" demek soruşturmayı zora sokmak demektir. Bu yönüyle hüküm gözden geçirilmelidir. Ancak hüküm bu şekliyle yürürlükte olduğu sürece tedbire ancak başka surette delil elde etme imkanı yoksa başvurulabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

cc-) Kişi Bakımından

Kanunda bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymanın kişi bakımından uygulamasına ilişkin istisnai düzenlemeler yer almamaktadır.

Avukatların şahsi bilgisayarlarına ilişkin ayrık bir düzenleme maddede yer almamaktadır. Ancak hüküm CMK m.130 ile birlikte değerlendirildiğinde, hükmün avukatların bürolarında yapılacak arama, el koymaya bakımından da uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

dd-) Kararı Verecek Mercii

Bu tedbirin uygulanabilmesine karar verme yetkisi sadece hakimde idi. Hüküm daha sonra değiştirilmiş hakim veya gecikmede sakınca bulunan hallerde C. Savcısı tarafından da karar verilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Arama ve el koymadan farklı olarak; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi savcının karar

verme yetkisi bulunmamaktadır. Hükmün bu yönüyle daha az güvenceli olduğu söylenebilir⁶⁷.

Öte yandan C savcısı tarafından verilen karar 24 saat içinde hakim onayına sunulur. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhal imha edilir.

ee-) Oranlılık İlkesi

Oranlılık ilkesini yansıtan bu şart gereği eğer söz konusu delillere klasik koruma tedbirleri ile ulaşılma imkanı var ise bu tedbire başvurulamayacaktır.

Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine **el konulabilmesi** için, ayrıca şifrenin çözülememesinden dolayı **sisteme girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi** gerekmektedir. Bu durum orantılılık ilkesinin de bir sonucudur. Ayrıca şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, el konulan cihazların gecikme olmaksızın iade edilmesi gerekliliği CMK m.134/2’de düzenlenmiştir. Bazı bilişim sistemlerine ait şifrelerin çözülmesi zaman alabilmektedir. Bu durumda kanun koyucu şifre içeren bilişim sistemlerinin yer aldığı araçlara el koyma yetkisi vermektedir.

e-) Tedbirin uygulanması

Tedbirin uygulanmasına ilişkin hususlar şu şekilde açıklanabilir:

Delil elde etme amacıyla yukarıda belirtilen tedbirlere başvurma sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesinin yapılacağı 3. fıkrada belirtilmiştir. Burada kullanılan başvuru sırasında ifadesini, incelemeye başlamadan önce şeklinde anlamak gerekir. Çünkü veriler üzerinde inceleme yaparken verilerin zarar görmesi, değişmesi veya yok olması mümkündür.

Dördüncü fıkrada şüphelinin istemi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verileceği ve bu hususun tutanağa geçirileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün bilgisayar ve programlarına el koyulan kişilerin olağan hayatlarına devam edebilmeleri bakımından ASLINDA FAYDALI BİR DÜZENLEMEDİR; ancak, bu düzenlemenin sakıncalı sonuçları da olabilir. Çünkü bilgisayarda yer alan veriler pekala müsadereye tabi yani bir suçun işlenmesinde kullanılan araçlar olması mümkündür. Bu düzenleme katile silahını geri vermekle eşdeğerdir. Bu nedenle özellikle suçta kullanılmasından şüphelenilen programların ayrı tutulması gerekmektedir.

Beşinci fıkrada ise, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyasının alınabileceği, kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu hususun tutanağa kaydedileceği düzenlenmektedir. Burada verilerin kâğıda yazdırılacağı düzenlenmekte elbette bu düzenlemede bir bilgisayar da yer alan verilerin milyonlarca sayfaya sığabilecek bilgiler içerdiği göz önünde tutulduğunda uygulaması zor durumlara sebebiyet

⁶⁷ Amerikan Hukuku’nda da yapılacak aramalarda hakim kararı aranmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi Grubbs v. US kararında arama kararının uygulanacağı zaman ve şüpheye değinmiştir. Somut olayda Grubbs çocuk pornografisi içeren bir video almıştır. Bunun haber alınması üzerine hakimden arama kararı alınmıştır. Ancak yüksek mahkeme söz konusu gönderi Grubbs’a ulaşmadan konutta arama yapılamayacağına karar vermiştir.

verebilir. Burada veriler ifadesinin suçla ilgili olan kısma ait veriler şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

f-) Denetim

Hükümde hukuka aykırı uygulamaya karşı hangi kanun yoluna başvurulabileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde genel hükümler çerçevesinde hareket edilmelidir. Bu anlamda itiraz kanun yoluna başvurulabileceği söylenmelidir. Bununla birlikte maddenin öngördüğü geçici el koymaya karşı itiraz yolunun açık olduğu da madde gerekçesinde belirtildiği söylenmelidir.

g-) Hukuka Aykırı Arama, Elkoyma Ve Kopyalamadan Kaynaklanabilecek Zararların Tazmini Sorunu

Hukukumuzda koruma tedbirlerinin uygulanmasından kaynaklanan zararların tazmini önemli bir meseledir. Özellikle AİHM kararlarına bakıldığında mahkemenin bu tür zararların tazminini zorunlu bulduğu görülür. CMK'dan önce sadece yakalama ve tutuklamaya hukuka aykırı olarak başvurulması halinde tazminat ödenmesi öngörülmüştü. Ancak CMK bu konuda bir yenilik getirmiştir. CMK m.141 hukuka aykırı olarak başvuru arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin de tazmin edileceğini öngörmektedir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılan arama, kopyalama ve elkoyma özel bir arama ve elkoyma şekli olduğuna göre hükümde açıkça zikredilmese de CMK m.141 çerçevesinde tazmin edilebilmelidir kanısındayız. _ _ _ _