

Sosyal Medyada Paylaşılan Çocuklara Ait Görüntülerin Müstehcenlik Suçları (TCK m. 226/3 ve 226/5) Bağlamında Değerlendirilmesi

The Evaluation of Posted Children's Images on Social Media in the Context of Obscenity Crimes (TCC art. 226/3 and 226/5)

Neslihan CAN* 

ÖZ

Bilgi ve iletişim olanaklarının yaygınlaşması ile birlikte çocuklar, akranları ve farklı yaş gruplarından insanlarla etkileşime kolaylıkla geçebilmekte ve özellikle sosyal medyada fotoğraf ve videolar olmak üzere hem kendilerine ait hem de başkalarına ait müstehcen olabilecek özel hayat kapsamında kalan görüntülerini yayabilmektedirler. Bu kolaylıkla birlikte sosyal medyada gerek fail gerekse de mağdur olarak sanal zorbalık, sanal cinsel istismar, tehdit, şantaj, hakaret, özel hayatın gizliliğinin ihlali, müstehcenlik gibi ceza hukukunun muhtevastındaki fiillerle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu çalışmanın amacı; sosyal medyada çocuklara ait müstehcen görüntülerin kaydedilmesi, ele geçirilmesi, bulundurulması ve yayılması fiillerinin Türk ceza Hukukundaki karşılığını tespit etmektir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için de öncelikle müstehcenlik kavramının ne olduğu, müstehcenlik ve çocuk pornografisi arasındaki ayrımın ne olduğu ve hangi durumda müstehcen içeriğin ceza hukukunun müdahalesini gerektirdiği ele alınacaktır. Ayrıca Türk Ceza Kanununun (TCK), sosyal medya ile daha geniş kitlelere ulaşabilen çocuk pornografisi ile mücadelede yeterli olup olmadığı değerlendirilecektir. Çalışmada, özellikle Türk hukukunda çocuk pornografisinin sınırlarını çizmek bakımından hukuk dogmatığı yönteminden yararlanılacaktır. İfade özgürlüğü perspektifinden çocuk pornografisine ilişkin yasaklar, Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında detaylıca değerlendirildiğinden müstehcenliğin muhtevastının belirlenmesi için Amerikan Yüksek Mahkeme ve Yargıtay kararlarına da karşılaştırmalı olarak temas edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk pornografisi, Temsili çocuk görüntüsü, Siber Suçlar Sözleşmesi, Sosyal medya, Müstehcenlik.

ABSTRACT

As information and communication tools become more widely available, they allow children to interact with their peers and adults of various ages. They have more opportunities to share photos and videos of themselves and others on social media, including obscene ones belonging to their private sphere. This leads them to face up to criminal proceedings as sometimes victims or perpetrators of cyberbullying, online grooming, threats, blackmail, defamation, violation of privacy and obscenity. This study aims at detecting the counterparts of the acts such as saving, obtaining, possessing, and disseminating obscene images of children on social media under Turkish criminal law. To fulfill this goal, the study firstly questions what obscenity means, how the obscene material might be subject to criminal law acts, and how to distinguish between obscenity and child pornography. Besides, it further evaluates whether the Turkish Criminal Code sanctions on this issue are sufficient or not, as social media enables child pornography to spread widely. The study takes a formal-dogmatic approach to defining child pornography in Turkish criminal law. Since the prohibitions on child pornography are scrutinized in depth by the US Supreme Court in terms of free expression, the study compares cases from Supreme Court and the Turkish Court of Cassation to determine the content of obscenity.

Keywords: Child pornography, Virtual child images, Convention on Cybercrime, Social media, Obscenity.

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi; Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0002-6990-8274.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Neslihan CAN

E-posta/E-mail: neslihan.can@erdogan.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 13.03.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 17.05.2023

GİRİŞ

“Hayatımın her gününü birinin benim fotoğraflarımı göreceği, beni tanıyacağı, tekrar ve tekrar rezil olacağıma dair sürekli bir korkuyla yaşıyorum. Birinin bana, sadece küçük bir kız çocuğuyken kamera önünde istismar edilen bana, baktığımı bilmek beni çok yaralıyor.”¹

Günümüzde dijital teknolojiler akıllı telefon, tablet ve dizüstü bilgisayarlar aracılığıyla kullanılmakta ve bu yolla toplumsal ilişkiler tesis edilmektedir. Bu ilişkileri mümkün kılan bir araç olarak sosyal medya uygulamaları², gerçek hayatta birbirini hiç görmemiş insanlar arasında cinsel içerikli, müstehcen, çıplak ya da yarı çıplak fotoğraflar gönderme veya alma yani *sexting* yoluyla sanal bir cinsel ilişki tesis edebilmektedir³. ABD’de yürütülen Ulusal Genç Çevrimiçi Mağduriyet çalışması da *sexting* ve pornografinin⁴ ne denli yaygın olduğunu teyit etmektedir. Söz konusu çalışmada, kendileri ile mülakat yapılan savcılar, *sexting* ile ilgili savcısı oldukları ceza davalarının yüzde altmış ikisinde sanık olarak en az bir gencin bulunduğunu, bu davaların yüzde seksen dördünde de suça sürüklenen çocukların çocuk pornografisi üretimi suçundan yargılandıklarını belirtmiştir⁵.

Sosyal medya ile beraber müstehcenlik; *sexting*, intikam pornosu ve sanal zorbalık pek çok olayda iç içe geçmiş durumdadır. Bu nedenle öncelikle bu kavramların açıklanmasında fayda vardır. *Sexting* (cinsel içerikli mesajlaşma); özellikle gençlere hasredilen bir kavram olarak, kişinin kendisinin veya ekran grubundan bir başkasının müstehcen fotoğrafını çekmesi ve iletmesi anlamına gelmektedir⁶. *Pew Survey* isimli anket uyarınca *sexting*; aralarında duygusal ilişki bulunan iki kişinin birbirine, geçmişte aralarında duygusal ilişki bulunan taraflardan birinin ilişki sona erdiğinde bir başkasına veya aralarında duygusal bir ilişki olmaksızın bir ilişki başlatmak amacıyla birinin bir diğerine müstehcen içerikli fotoğraf göndermesi gibi üç farklı biçimde gerçekleşmektedir⁷. İntikam pornosu, Birleşik Krallık Ceza Adaleti ve Mahkemeler Kanununda (*Criminal Justice and Courts Act*) suç olarak düzenlenmiş olup “fotoğraf veya videoda görünen kişinin rızasız olmaksızın ve bu kişiye ıstırap çektirmek amacıyla mahrem

- 1 Söz konusu beyan, dört yaşından dokuz yaşına kadar amcası tarafından çocuk pornografisinde görüntüleri kullanılmak üzere cinsel istismar edilmiş Amy takma isimli kıza aittir. Bkz. Paul C. Cassell vd., ‘Not Just ‘Kiddie Porn’: The Significant Harms from Child Pornography Possession’ Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 191.
- 2 Christian Fuchs, ‘Social Media and the Public Sphere’ (2014) 12 (1) *TripleC* 66.
- 3 Shaheen Shariff ve Ashley DeMartini, ‘Defining the Legal Lines: eGirls and Intimate Images’ Jane Bailey ve Valerie Steeves (Ed.) *eGirls, eCitizens* (University of Ottawa Press, 2015) 285; April Gile Thomas ve Elizabeth Cauffman, ‘Youth Sexting as Child Pornography? Developmental Science Supports Less Harsh Sanctions for Juvenile Sexters’ (2014) 17 (4) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 632.
- 4 ABD’de sexting kapsamında gerçekleşen müstehcen görüntü gönderme fiilleri, genel itibarıyla çocuk pornografisi olarak cezalandırılrsa da bazı eyaletlerde bu durumlar için ayrı bir yaptırım kategorisi oluşturulmuştur. Örneğin Illinois eyaletinde reşit olmayan bir kişinin uygunsuz görsel tasvirlerinin elektronik olarak yayılması danışmanlık alma veya kamu hizmetine yararlı bir işte çalışma ile yaptırma bağlanmıştır. Utah’ta da pornografik ürün göndermekten mahkûm olan on altı ve on yedi yaşındaki çocukların fiili A derece, on altı yaşından küçük olanların fiili ise B derece kabahat olarak tasnif edilmiştir. Çocuğun bu fiili tekrarlaması halinde ise çocuk, üçüncü derece suç ile yargılanacak ve en az bin dolar para ve on dört gün hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bkz. Thomas ve Cauffman (n 3) 636.
- 5 Wendy Walsh vd, ‘Challenges in Investigations and Prosecutions of Child Pornography Crimes’ Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 229.
- 6 Kelly Tallon, ‘Addressing Sexting in Schools’ (2010) 30 *Child Legal Rights Journal* 1.
- 7 ibid.

cinsel fotoğraf veya videosunun yayılması” olarak tanımlanmıştır⁸. Sanal zorbalık ise bir kişi veya kişi grubundan sosyal medya ve elektronik ortamdaki iletişim vasıtasıyla temadi eden şekilde uzun süreye yayılan ve mağdurun kırılğanlaştırılarak ruh sağlığının bozulmasına neden olan mağdur tarafından karşı koyulamayan saldırgan ve kasıtlı bir fiildir⁹. ABD’de basına yansımış bir olayda on üç yaşında bir kız çocuğu olan H.W. göğüslerinin fotoğrafını erkek arkadaşına göndermiş ve arkadaşıda bu görüntüleri sınıflarında bulunan diğer çocuklara göndermiştir. Bunun üzerine H.W. fotoğrafları gören çocuklar tarafından taciz ve zorbalığa maruz kalmış, ardından da intihar etmiştir¹⁰. Hem durumun çocuklar üzerinde intihara varan etkisi hem de sosyal medya ile beraber bireyin özel hayat alanında kabul edilen aile, çıplaklık ve cinsellik gibi konuların bir anda kamusal alana kayması ile özel alan-kamusal alan¹¹ ve bunların gerektirdiği koruma arasında ayırım yapmak zorlaşmaktadır. Ancak mesele, çocuğun cinsel sömürüye konu edilmesi olduğunda özel hayat korumasından yararlanabilecek cinsellik veya çıplaklık alanı ceza hukukunun müdahalesine konu olmaktadır¹². Zira çocuğun müstehcen görüntülerinin konu olduğu çeşitli fiillerin suç haline getirilmesinin sebebi, bu türden ürünlerin ve çevrimiçi uygulamaların, pedofiller arasında fikir, fantezi ve tavsiye alışverişine neden olabileceği ve çocuklara yönelik cinsel suçlar konusunda potansiyel failleri cesaretlendirebilir olabileceğine dair endişedir¹³.

TCK’da da çocuğun sömürüden korunması için çocuk pornografisi, bu ad altında olmasa da müstehcenlik suçu kenar başlığıyla¹⁴ TCK m. 226/3’te üretilmesi, bulundurulması ve dağıtımı gibi çeşitli fiillerle ve TCK m. 226/5’te de yayılması yasak olan bir suç haline getirilmiştir. Bu çalışmada sosyal medya üzerinden çocuğa ait müstehcen görüntülerin elde edilmesi aşamasından yayılmasına kadarki aşamada gerçekleşen fiillerin TCK bağlamında hangi suçları gündeme getireceği Yargıtay kararları ışığında ceza hukuku genel hükümler bağlamında kullanılan suç sistematığı yöntemi uygulanmak suretiyle incelenecektir.

8 Can Yavuz, *Cinsel İçerikli Görüntülerin Rıza Dışı Paylaşımı İntikam Pornosu* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021) 12.

9 Neslihan Can, ‘Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı’ (2022) 13 (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 118.

10 Thomas ve Cauffmann (n 3) 640; Tallon (n 6) 2; Söz konusu olay için bkz. Randi Kaye, ‘How A Cell Phone Picture Led to Girl’s Suicide’ (CNN, 7 Ekim 2010) <<http://edition.cnn.com/2010/LIVING/10/07/hope.witsells.story/index.html>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2023.

11 *Habermas*’ın meşhur hayat alanları teorisine göre her birey kamusal, özel ve giz alanına sahiptir. Kamusal alan toplumun eleştirel kamusal tartışma ortamına katılabileceği ve herkese açık olan alandır. Dergi, gazete, televizyon gibi araçlar da kamusal alanın medyasıdır. Söz gelimi ticari ve siyasi faaliyetler kamusal alana ait kabul edilirken aile hayatı ve cinsellik gibi bireyin sınırlı bir çevre ile paylaştığı özel alanı dâhilindedir. Giz alanı ise bireyin hiç kimse tarafından bilinmesini istemediği alanıdır. Liberal anlayışa göre de özellikle özel alan ve giz alanı devletin müdahalesinin minimal düzeyde olması gereken alanlardır. Bkz. Jürgen Habermas, ‘The Public Sphere’ (1974) (3) *New German Critique* 49, 53; Fuchs (n 2) 60, 89; Louise Marie Roth, ‘The Right to Privacy Is Political: Power, the Boundary between Public and Private, and Sexual Harassment’ (1999) 24 (1) *Law & Social Inquiry* 49.

12 Amy Adler, ‘The Perverse Law of Child Pornography’ (2001) 101 (2) *Columbia Law Review* 210; İfade özgürlüğü karşısında çocuk pornografisinin ABD Yüksek Mahkeme kararlarındaki tarihsel serüveni için bkz. Carissa Byrne Hessick, ‘The Expansion of Child Pornography’ (2018) 21 (3) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 324 vd.

13 Bkz. Explanatory Report ETS 185 Cybercrime (Convention) 15 <<https://rm.coe.int/16800cce5b>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023; Adler (n 12) 216; Füsün Sokullu Akıncı, ‘Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi’ (2001) 59 (1-2) *İÜHFİM* 31.

14 Bizatihi çocuk pornografisinin değil de müstehcenliğin de ayrıca cezalandırılmış olmasının Türk Ceza Hukuku Reformu ile hedeflenen birey ve birey özgürlüğü yaklaşımı ile bağdaşır olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Veli Özer Özbek vd, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022) 885.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

TCK m. 226'da birden fazla farklı suç müstehcenlik üst başlığı altında düzenlenmiş olup, her bir suç bağlamında korunan hukuki değerler esas olarak "kamu ahlakı" üst başlığıyla formüle edilmiştir¹⁵. Örneğin maddenin birinci fıkrası ve dördüncü fıkrası birbirinden farklı değerleri korumaktadır. Birinci fıkra, müstehcen ve zararlı yayınların çocuklardan uzak tutulması suretiyle çocukların ruh sağlığını ve buna ilaveten yetişkinlere ait müstehcen görüntülerin belirli koşullar haricinde aleni olarak kamusal alana yayılmasını önleyerek kamu ahlakını korumaktadır¹⁶. Maddenin dördüncü fıkrasında ise insan cinselliğinin araçsallaştırılması suretiyle doğal olmayan yoldan, hayvanlarla veya ölmüş insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara konu içeriğin üretimi ve yayılması suç olarak düzenlenerek insan onuru korunmaktadır.

TCK m. 226/3 bakımından ise korunan hukuki değer ne olduğu tartışmalıdır. İlk görüş uyarınca bu suçla çocuğun yararının korunması amaçlanmaktadır. Zira çocuk pornografisiyle hem çocuk üzerinde pornografi normalleştirilerek çocuğun pedagojik gelişimi olumsuz etkilenmekte hem de bu görüntülerin yayılmasıyla pedofillerin artma riski bulunmaktadır¹⁷. Hatta fuhşa sürüklenen çocukların cinsel sömürde kullanılmalarının da fuhşu normalleştirmek ve çocuğun direncini kırmak üzere pornografik içeriklerde kullanılmasıyla başladığı ileri sürülmüştür¹⁸. İkinci görüşe göre ise korunan hukuki değer görüntüdeki çocuğun müstehcenliğe dair korunması değil, çocuk pornografisinin normalleştirilmesinin önlenmesidir¹⁹. İkinci görüşün bu noktada argümanına göre, ortada bir insan olmaksızın temsili çocuk görüntüsüyle de çocuk pornografisi üretilebildiğinden bu suçla korunan çocuk olamayacaktır. Ancak ilk görüş uyarınca ve Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesinin Açıklayıcı Raporu uyarınca; çocuk pornografisinde kullanılan reşit görünmeyen bir kimse veya temsili çocuk görüntüsü olsa dahi çocuklar korunmaktadır. Zira çocuk pornografisi suç haline getirilerek; failerin çocukları pornografik fiillere katılmaya teşvik etme veya baştan çıkarmak için kullanabileceği davranışlara karşı koruma amaçlanmaktadır²⁰.

Bu muhtevada karşılaştırma yapabilmek adına ABD hukukunun da konuyla ilgili yaklaşımı ele alınmalıdır. Yasama organı olan Kongre, çocuk pornografisi bulundurma ve izlemenin cezalandırılması

15 Nitekim Özbek, tek bir madde ile farklı hukuki değerlerin kül halinde korunmaya çalışılmasının da kanun yapma tekniğine uygun olmadığını vurgulamıştır. Bkz. Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009) 27; Bunun yanında söz konusu maddeyle korunan hukuki değer kamusal ahlakı olmasının örf ve âdete dayalı cezalandırma yapılamayacağı, yani kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Özbek vd (n 14) 889; Ersan Şen, 'TCK m.226/4'ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu' <<https://sen.av.tr/tr/makale/tck-m-226-4-un-anayasaya-aykirligli-sorunu>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

16 Ali Kemal Yıldız, 'Müstehcenlik' *Özel Ceza Hukuku, C. VII: Genel Ahlak Karşı Suçlar-Aile Düzenine Karşı Suçlar* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020) 55.

17 Özbek (n 15) 118-119.

18 R. Barri Flowers, 'The Sex Trade Industry's Worldwide Exploitation of Children' (2001) (575) *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 151; Adler (n 12) 243; Hessick (n 12) 325.

19 Yıldız (n 16) 73-74.

20 Explanatory Report ETS 185 Cybercrime (Convention) (n 17) 16; bkz. Sokullu Akıncı (n 13) 33.

halinde pornografiye olan talebin azalması ile bağlantılı olarak çocuk pornografisi üretiminin azalacağını belirtmiştir²¹. Bu anlayışın rasyosu piyasa arz-talebidir, ancak doktrinde konunun iktisadi bir yaklaşımla izahının çocuk pornografisi özelinde geçerli olmadığı savunulmuştur. Şöyle ki çocuk pornografisi piyasası meşru ticari bir pazar olarak faaliyet göstermemektedir. Ayrıca pornografik içerik üreten ve yayan çoğu kimse bir kazanç elde etmek için değil, bireysel olarak söz konusu “piyasada” bir yer edinmek fikri ile hareket etmektedir. Nitekim çocuk pornografisi bulunduranların yakalanması veya yargılanmasının pornografik ürün üretimini azalttığına dair ampirik bir sonuç da ortaya koyulmamıştır²².

ABD Yüksek Mahkemesi ise çocuk pornografisine karşı kilometre taşı olan *Ferber v. New York* kararında çocuğun pornografik materyallerde kullanımının hem çocuğa hem de toplumun tamamına ağır zararları olduğunu belirtmiştir²³. Yüksek Mahkemeye göre pornografide kullanılmak suretiyle sömürülmüş çocuklar, yaşamının ilerleyen döneminde sağlıklı ve şefkate dayalı bir ilişki geliştirme yeteneğinden yoksun kalmakta, cinsel işlev bozuklukları yaşamakta ve yetişkinliğinde çocuk istismarcısı olma eğilimi peyda olabilmektedir. Bu nedenlerle de çocuk pornografisi, cinsel istismar veya fuhuştan daha büyük bir risk barındırmaktadır, zira çocuğun pornografik görüntülerinin kaydedildiğini bilmesi, bu görüntülerin ileriki yıllarda pornografi sektöründe dolaşımında olacağına dair devamlı bir endişe içinde yaşamasına neden olmaktadır. Öyle ki çocuğun yer aldığı pornografik video ya da diğer görüntülerin yer aldığı ürünlerin üretimi çocuğun hayat boyu yaşayacağı travmanın yalnızca ilk safhasını teşkil etmektedir²⁴.

TCK m. 226/3'te korunan hukuki değerın ne olduğu ve kime ait olduğu, maddedeki fiillere rıza göstermenin hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmediğini belirlemek için önemlidir. Kanaatimizce

- 21 Cassell vd (n 1) 189; Çocuk pornografisi bulundurmanın cezalandırılmasının ardında yatan nedenler şu üç başlıkta ele alınmıştır: İlki, çocuk pornografisi bulundurmanın cezalandırılmasıyla bu görüntülerin üretimi nihai olarak azalacaktır. İkincisi çocuk pornografisi bulunduranlar çocuk istismarı için ciddi bir risk teşkil etmektedirler ve yakalanmaları ve yargılanmaları çocuğun korunmasına hizmet edecektir ve son olarak çocuk pornografisi bulundurmak çocuğun istismarı teşkil eden diğer suçlardan daha ciddi ve vahim olduğundan bu fiillerin muhakemesinde adli makamların elindeki kaynakların artırılmasına odaklanılmalıdır. Bkz. Carissa Byrne Hessick, 'Questioning the Modern Criminal Justice Focus on Child Pornography Possession' Carissa Byrne Hessick (Ed.), *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 151-152; Türk doktrininde de çocuk pornografisinin üretimden yayılmaya kadarki tüm aşamaların suç olarak düzenlenmesiyle çocuk pornografisinin azalacağına ilişkin görüş için bkz. Sokullu Akıncı (n 13) 32.
- 22 Hessick (n 21) 152; Söz konusu argüman Anglosakson mahkeme kararlarında sıklıkla kendisine yer bulmaktadır. Örneğin Kraliyet Mahkemesi bir öğretmenin çocuklara ait hayâsızca fotoğraflarının internette indirilmesine ilişkin mahkûm edilmiş ve Yargıç *Michael Heath* gerekçesinde "Böylesi materyallerin indirilmesi çocukların istismar edilmesini teşvik etmektedir" ifadesine yer vermiştir. Bir iş insanının çocuklara ait hayâsızca fotoğrafların üretildiği görüntüleri indirmesi dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmünde de Yargıç *Evans* "Sanık gibi kişiler olmadığında çocukların fiziksel ve cinsel istismar edildiği görüntülerin üretimi daha az teşvik edilecektir." gerekçesine yer vermiştir. Bkz. Susan Ost, 'Children at Risk: Legal and Societal Perceptions of the Potential Threat That the Possession of Child Pornography Poses to Society' (2002) 29 (3) *Journal of Law and Society* 452.
- 23 Karar için bkz <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep458/usrep458747/usrep458747.pdf>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2023; Amy Adler, 'The 'Dost Test' in Child Pornography Law: Trial by Rorschach Test' Carissa Byrne Hessick (Ed), *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 83; Genevieve Lakier, 'The Invention of Low-Value Speech' (488) *Public Law and Legal Theory Working* (The Law School University of Chicago, 2014) 47.
- 24 *New York v. Ferber* Case, Akt. Cassell vd (n 1) 190-191; Adler (n 12) 216; Tallon (n 6) 2 vd; Özellikle görüntüleri intikam pornosuna konu olan kişilerin iş bulamama, sağlık, ısrarlı takip ve mağdur suçlayıcılık kapsamında ikincil mağduriyetlerine dair bkz. Yavuz (n 8) 55 vd.

bunun için çocuk pornografisinin yasaklanmasının ardında yatan nedeni irdelemek gerekir. Çocuk pornografinin yasak olmasının ardında; pornografi sektöründe kullanılan çocuğun fiziksel ve cinsel olarak istismar edilebilmesi ve çocuk pornografisiyle toplumun genel ahlakının yozlaşacağı anlayışı yer almaktadır²⁵. TCK bağlamında çocuğun fiziksel istismardan veya cinsel istismardan korunması için vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ihdas edilmiştir ve bunlarda korunan hukuki değer bireye aittir. Çocuk pornografisiyle yozlaşacağına inanılan toplum ahlakı ise belirli bir bireye ait değer olmayıp kamu düzeninin unsurlarındandır ve kamuyu oluşturan herkese aittir. Dolayısıyla üzerinde belirli bir bireyin tasarrufta bulunma veya yasaklanan fiillere rıza gösterme imkânı kamu ahlakı bakımından mümkün değildir. Bu nedenlerle de TCK m 226/3 ile korunan hukuki değer bireysel olarak çocuğa ait cinsel dokunulmazlık veya ruh sağlığı değil, kamu ahlakıdır.

B. ÇATIŞAN HUKUKİ DEĞERLER

1. Çocuk Pornografisi ile Mücadele vs. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal

Çocuğun müstehcen görüntülerinin özel ya da kamusal hayatın neresinde olduğunu tespit için özel hayatın sınırının da tespiti gerekmektedir. Bireyin belirli sayıda kimse ile paylaştığı ve bunun dışındaki kimselerce bilinmesini ve ulaşılabilir olmasını istemediği alan özel alandır²⁶. Cinsellik, aile hayatı, hastalık ve ölüm olayları özel hayat kapsamındadır²⁷.

ABD Yüksek Mahkemesinin *A.H. v. Florida* kararına konu olayda, on altı yaşındaki A.H., on yedi yaşındaki erkek arkadaşı J.G.W. ile cinsel ilişki sırasındaki görüntülerini erkek arkadaşının da rızasıyla kayda almış ve görüntüler hiçbir zaman üçüncü kişilere gönderilmemiştir. Ancak her ikisi de birbirlerinin görüntülerini kaydedip bilgisayarlarına depoladıklarından çocuk pornografisi suçundan mahkûm edilmiştir. A.H. Yüksek Mahkemeye başvurusunda, mahkûmiyetle cinsel davranışta bulunma ve özel hayatının korunması hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü de mahkeme sanıkların mahremiyet konusunda haklı beklentisinin bulunmadığı sonucuna varmıştır. Zira görüntüler, kendileri haricinde kimseyle paylaşılmamışsa da daha sonraki bir zamanda bu görüntülerin başkalarıyla paylaşılması mümkündür²⁸. Yargıtay da ABD Yüksek Mahkemesiyle benzer yaklaşımda olup çocukla gerçekleşen cinsel ilişki sırasında, bu cinsel ilişki suç teşkil etsin veya etmesin, yapılan görüntü kaydını TCK m. 226/3-c. 1 kapsamında müstehcen ürün üretimi olarak değerlendirmektedir.

2. Çocuk Pornografisi ile Mücadele vs. İfade Özgürlüğü

Mutlak bir mahiyeti olmayan ifade özgürlüğünün sınırlamaya konu olduğu hallerden biri de çocuk pornografisidir. Tüm ifadelerin ABD Anayasası Birinci Tadilinde teminat altına alınan

25 Ost (n 22) 437.

26 Fuchs (n 2) 74.

27 Behiye Eker Kazancı, 'Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması' (2007) 9 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145.

28 Thomas ve Cauffmann (n 3) 638.

ifade özgürlüğü korumasından yararlanıp yararlanamayacağı ABD Yüksek Mahkemesi tarafından tartışılmıştır²⁹. Mahkeme içtihatlarından doğan bir kavramsallaştırma ile de ifade özgürlüğünden yararlanamayacak veya daha sınırlı yararlanabilecek bir “*düşük değerde ifadeler (low-value speech)*” kategorisi bulunmaktadır. Bunun nedeni ise ticari reklamlar, karalamalar, müstehcenlik, dini değerleri aşağılayıcı sözler ve saldırgan içerikli ifadelerle eksik değerde olan ifadenin muhtevası dikkate alınmak suretiyle, bu ifadenin toplumsal değerinin olmayışı veya az olmasıdır. Toplumsal değer barındırmayan bu ifadeler ne kamusal tartışmaya katkı sunmakta ne de hoşla gitmeyecek olsa da bir fikir veya siyasi bakış açısı ortaya koymaktadır. Bunun yanında muhataplarında dikkate değer bir bilişsel etkisi de bulunmamaktadır. Bu kategori, ifadelerin serbest olmasını öngören sistem içerisinde dahi çok uzun zamandır hukuka aykırı olarak tavsif edilmiştir. Bu kategori içinde kendine yer bulan müstehcenlik de tıpkı kategorideki diğerleri gibi doğası itibarıyla politik bir fikir barındırmayan ve cinselliğin ön planda olduğu içeriklerdir. Bir fikirden farklı olarak da cinsellik ve cinsel ilişkinin iğrendirici bir tasvirini ortaya koymaktadır. Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğüne ilişkin bu kategorisi özü itibarıyla faydacı felsefi düşüncenin hukuk uygulamasına yansımalarıdır³⁰. Zira ifade özgürlüğü kamusal tartışmaya katkı sunmaya yarayan ve bu sayede gerek birey gerek toplumsal düzeyde gelişmeyi mümkün kılmalıyken³¹, müstehcenliğin böyle bir hedefi olmayıp yalnızca cinsel dürtüleri tetiklemekte ve bireyleri tahrik etmeyi hedeflemektedir. Bu nedenlerle ifade özgürlüğü korumasına layık olmayan müstehcenlik, 1860 ABD toplumundaki müstehcenlik karşıtı hareketlerin de etkisiyle eyaletler nezdinde ceza hukuku düzenlemelerine konu olmuştur³².

Her ne kadar müstehcenlik ve dolayısıyla çocuk pornografisi ifade özgürlüğü korumasından yararlanamayacaksa da buna dair hukuki düzenlemenin belirli olması gerekmektedir. Örneğin ABD hukukunda 1996 tarihli Çocuk Pornografisinin Önlenmesi Kanunuyla (*Child Pornography Prevention Act-CPPA*) temsili çocuk pornografisi yasaklanmışsa da Yüksek Mahkeme söz konusu hükmün ifade özgürlüğünü ihlal edecek şekilde belirsiz olması sebebiyle maddeyi ilga etmiştir. 2003 tarihinde ise CPPA’da değişiklik yapılmış ve “reşit görünmeyen bir kişinin cinsel eylemde bulunduğuna dair tasvir” yerine, “cinsel davranışta bulunan reşit olmayan birine ait olan veya bundan neredeyse ayırt edilemez görünen bilgisayar görüntüsü veya bilgisayar tarafından oluşturulmuş görüntü” ifadesi tercih edilerek çocuk pornografisinin kapsamı daraltılmıştır³³.

29 Bkz. *Roth v. United States*, No. 582. Argued April 22, 1957 Decided June 24, 1957 <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep354/usrep354476/usrep354476.pdf?loclcr=bloglaw>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023; ABD’de ifade özgürlüğünün liberal perspektiften hakikat ile temellendirilmesi sürecine dair bkz. Tolga Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-1* (İstanbul, Tekin Yayınevi, 2020) 49 vd.

30 İfade özgürlüğü korumasından yararlanamayan bu kategoriye dair detaylı bilgi için bkz. Lakier (n 23) 2 vd; İfade özgürlüğü karşısında çocuk pornografisinin ABD Yüksek Mahkeme kararlarındaki tarihsel serüveni için bkz. Hessick (n 12) 324 vd.

31 Söz konusu yaklaşımımız ifade özgürlüğünün hakikat temeline dayanmaktadır. Hakikat temelinde ifade özgürlüğünün pornografi ve nefret söylemleri karşısında tutumu için bkz. Şirin (n 29) 82 vd.

32 Bkz. Geoffrey R. Stone, ‘Sex, Violence, and the First Amendment’ (2007) (74) *The University of Chicago Law Review Special Issue: Commemorating Twenty-Five Years of Judge Richard A. Posner 1863-1865*.

33 Sanette Nel, ‘Child Pornography and The Internet-A Comparative Perspective’ (2008) 41 (2) *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 226, dn. 31; Hessick (n 12) 325.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Fail

Müstehcenlik suçları bakımından kanun koyucu özel bir faillik vasfı aramamış olup herkes bu suçların faili olabilmektedir. TCK m. 20/2 uyarınca tüzel kişilerin bir suçun faili olabilmesi mümkün değilse de cinselliğin metalaştırılıp bir tüzel kişilik bünyesinde kâr getirir bir yol olmasını önlemek için kanun koyucu TCK m. 226/6 ile tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanmasına imkân tanımıştır. Bu düzenlemeden hareketle özellikle çalışma konusu kapsamında çocukların modellik ve film/dizi ajansları bünyesinde çocuk oyuncu ya da manken olarak yer alıp da müstehcen görüntülerinin elde edilmesi halinde müstehcenlik suçu oluştuğunda ajansın varsa tüzel kişiliği veya yayın şirketi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Bu tedbirler müsadere ve faaliyet izninin iptalidir³⁴. Pornografik içerik üretiminde kullanılan kamera, ışık gibi prodüksiyon malzemeleri suçun işlenmesinde kullanılan eşya olarak eşya müsaderesine konu olacağı gibi meydana gelen CD, fotoğraf, film gibi ürün de suçtan meydana gelen eşya olarak eşya müsaderesine konu olacaktır. Hatta cezalandırılabilirliğin alanına girmemişse de herhangi bir şekilde ele geçirilen ve bulunan çocuk pornografisi içeriği de TCK m. 54/4 kapsamında üretimi ve bulundurulması yasak eşya olarak eşya müsaderesinin konusu olacaktır.

2. Mağdur

Ceza hukuku teorisi uyarınca mağdur korunan hukuki değer sahibi kişi olduğundan çocuk pornografisinin mağdurunun kim olduğunun tespiti suçla korunan hukuki değerdeki tartışmalı durumun neticesi olarak tartışmalıdır. Mağdurun belirlenmesi, pornografik içerikte yer alan çocuğun bizzat ürünü üretmesi halinde fail ve mağdur sıfatı birleşmeyeceğinden önemlidir. Nitekim doktrinde bir görüşe göre TCK m. 226/3 ile mağdur aynı zamanda toplumu oluşturan herkes olduğundan çocuğun da bu suçun faili olabileceği ileri sürülmüştür³⁵. Yani TCK m. 226/3'te her ne kadar müstehcen üründe çocuk yer almışsa da, suçta yalnızca somut bir mağdur olarak çocuk değil, toplumu oluşturan herkes mağdurdur. Diğer görüşe göre ise müstehcenlik suçlarıyla toplumu oluşturan herkes mağdur olmakla beraber özellikle TCK m. 226/1 bent a ve b'de ayrıca mağdur kendisine müstehcen görüntü gösterilen, verilen, okutulan, dinletilen çocuklar, yani somut bireylerdir³⁶.

34 Söz konusu güvenlik tedbirlerine dair detaylı bilgi için bkz. Özbek (n 15) 98 vd; Nur Centel 'Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu – Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3319 vd; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022) 669 vd.

35 Özbek (n 15) 124.

36 Özbek (n 15) 55; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 5. Cilt (M. 197-254) (Ankara, Adalet Yayınevi, 2021) 7525; TCK m. 226/3 bakımından çocuğu suçun mağduru olarak tasnif eden görüş için bkz. Gökhan Taneri, 'Müstehcenlik Suçu' (2018) 13 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 590.

Kanaatimizce Türk hukukunda çocuk pornografisi suçu ile korunan hukuki değer kamu ahlakı olduğundan bu noktada belirli bir kişi değil, toplumu oluşturan herkes mağdurdur. Bu sonuca maddenin lafzından hareketle de varılabilir. Zira TCK m. 226/1'de “bir çocuğa” ifadesi kullanılmışken maddede yer alan diğer suçlarda “çocuklar” şeklinde belirli bir kimseye vurgu yapmayan ifadeler kullanılmıştır³⁷. Çocuk pornografisi bakımından pornografik içerikte kullanılan çocuk bireysel olarak suçun mağduru değilse de elbette ki çocuğun içerikteki cinsel davranışa rıza gösterme ehliyeti ve rızasının bulunup bulunmamasına göre cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçlarının mağduru olabilir³⁸.

3. Suçun Konusu

TCK'da kamu ahlakı üzerinde bir bozulma, yani bir zarar veya somut bir zarar tehlikesi meydana gelmeden önce müstehcenlik ve bu kapsamda çocuk pornografisi bir soyut tehlike suçu olarak düzenlenmek suretiyle cezalandırılmak istenmiştir³⁹. Çocuk pornografisinin konusu, içeriğinde çocuğun kullanıldığı müstehcen üründür ve bu ürünün maddesel bir varlık göstermesi gerekmiyip elektronik ortamda bulunması da yeterlidir⁴⁰. TCK m. 226/3 uyarınca müstehcen üründe çocuğun kullanılması gerekmektedir, çocuktan anlaşılacak olansa TCK m. 6 uyarınca on sekiz yaşını doldurmamış kişilerdir. Her ne kadar Siber Suçlar Sözleşmesinde taraf devletlerin çocuk pornografisini cezalandırırken çocuk kavramının on altıdan daha küçük olmamak üzere bir yaşta düzenlemelerine imkân tanınmışsa da Türk hukukunda çocuk ifadesi tercih edildiğinden genel hükümlerden ayrılmak mümkün değildir⁴¹.

Bu muhtevada evlilik ile reşit olan çocuğun suçun konusu olup olmayacağı da değerlendirilmelidir. Doktrinde TCK m. 226 bağlamında bu kişilerin çocuk sayılmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁴². Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir, şöyle ki failin müstehcen görüntüde kullanılan kişinin evlilikle reşit kılınıp kılınmadığını veya hangi ülke hukukuna göre reşit kılınmış olduğunu bilebilmesi mümkün değildir. Ayrıca evlilikle veya sair şekilde reşit kılınmış çocuğun suça konu olamayacağı kabul edilirse örneğin Türk hukukundan çok daha erken bir yaşta evlenmenin mümkün olduğu bir ülkeden temin edilmiş bir çocuk pornografisi görüntüsünü bulunduran failin görüntüdeki çocuk reşit olmamış olsa dahi çocuğun reşit olduğunu zannettiği ve suçun konusunda hataya düştüğü savunmasını yapması olasıdır. Bu halde de söz konusu savunmayla kastı kaldıran hatadan

37 Bu hususu suçun konusu olarak ele alan bkz. Taneri (n 36) 598. Yazara göre TCK m. 226/1'de suçun konusu “çocuğa müstehcenlik” iken m. 226/3'te “çocuğun müstehcenliğidir”.

38 Aynı yönde Yıldız (n 16) 57; Aksi yönde m. 226/3-c. 1'de mağdurun çocuk olduğuna dair bkz. Gökcan ve Artuç (n 36) 7525.

39 Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt IV*, (3.bs, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985) 220.

40 İzzet Özgenç, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi’ (2020) 24 (2) AHBVÜHFD 273.

41 Örneğin Birleşik Krallıkta Çocuğun Korunması Kanununda çocuk on altı yaşın altındakiler, pornografik görsel ise hayâsızca fotoğraf, film ve filmdeki hayâsızca bir fotoğraf olarak tanımlanmıştır. Bkz. Ost (n 22) 440.

42 Bkz. Özbek (n 19) 55; Gökcan ve Artuç (n 36) 7525; Ancak Özbek, eserinin ilerleyen bölümlerinde TCK m. 226/3'teki çocuk pornografisi suçu bağlamında mağdurun henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olduğunu belirtmiştir. Bkz. Özbek (n 15) 122.

yararlanan faillere cezadan bağışıklık sağlanabilecektir. Bunun yanında doktrinde yazarların reşit kılınmış çocuk bakımından aksi kanaatte olması, TCK m. 226/1'deki suçlarda mağduru somut bir kimse olarak değerlendirmeleri dolayısıyladır⁴³. Nitekim bu noktada yazarlar, verdikleri örnekte⁴⁴ de söz gelimi evlilikle reşit kılınmış eşine müstehcen dergi veren eşin durumunun TCK m. 226/1 bent 1 kapsamında suç olmasını mantıklı bulmamaktadırlar. Oysa burada maddenin lafzı itibarıyla evlilikle reşit kılınmış kimse de bu suçun konusu olabilir, ancak burada eşine dergi veren failin cezalandırılmamasının sebebi, eşlerin birbirine karşı Türk Medeni Kanunu m. 185 kapsamındaki hak ve yükümlülüğünü yerine getirmesindedir. Yani hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni mevcuttur, bunun yanında eşin bu fiilinin cezalandırılması demek özel hayatına orantısız müdahale etmek manasına gelecektir. Ezcümle TCK m. 226/3'teki suçlarla korunan hukuki değerlerden biri de çocukların cinsel sömürüye araç olmasının önlenmesi olduğuna göre bu noktada suçun konusu evli veya değil çocuk yani on sekiz yaşını doldurmamış kişi olacaktır.

Çocuk pornografisinde yalnızca gerçek bir çocuğun kullanılması gerekmez, zira Siber Suçlar Sözleşmesiyle uyumlu olmak adına 24.03.2016 tarihli 6698 sayılı Kanun ile çocuk pornografisinde suçun kapsamı genişletilmiş ve çocuk gibi görünen kimseler veya temsili çocuk görüntülerinin de suça konu olabileceği eklenmiştir. Çocuk gibi görünen kimse, gerçekte çocuk olmasa da içerikte tasvir ve sunum itibarıyla on sekiz yaşını doldurmamış görünen kimsedir. Temsili çocuk görüntüsü (*virtual child pornography/ pseudo-photograph/computer-generated images*)⁴⁵ ise gerçek olmayan, bilgisayar ortamında yaratılmış çocuk pornografisi içeriğidir. Yani müstehcen bir anime, karikatür veya çizgi filmdeki çocuk tasviri çocuk pornografisine sübut verebilmektedir. Çocuk pornografisi olan bir içerikte gerçek bir insan bulunmasa dahi niçin failin cezalandırıldığıının ele alınmasında fayda vardır. Bu nedenlerden ilki uluslararası sözleşmelerle uyumlu olmak ve yükümlülükleri yerine getirme isteğidir, zira hem Siber Suçlar Sözleşmesi hem de Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi) devletlere sanal çocuk pornografisini cezalandırma yükümlülüğü getirmiştir. Yükümlülük olmanın yanında başka bir neden, özellikle pedofillerin çocukları kendileriyle cinsel ilişkiye girme konusunda bu sanal görüntüleri kullanmak suretiyle "avlayabilme" ihtimallerini bertaraf etme isteğidir⁴⁶. Sanal çocuk pornografisinin cezalandırılması gerekliliğine ilişkin bir diğer argüman ise sanal çocuk pornografisinin gerçek çocuk pornografisinden ayırt edilemez olduğu iddiasıyla neredeyse hiçbir failin gerçek çocuk pornografisi bulundurmaktan cezalandırılmayacak olmasına yönelik endişedir. Şöyle ki mevzuat uyarınca sanal görüntüler çocuk pornografisi suçuna konu olmazsa sanıklar, haklarındaki çocuk pornografisi bulundurma fiili için pornografik görüntünün gerçek bir çocuk olmadığını veya gerçek bir çocuk olduğu noktasında hataya düştüğünü iddia ederek mahkûm olmalarını engelleyebileceklerdir⁴⁷.

43 Çocuğu suçun mağduru olarak değerlendirse de evlilikle reşit kılınmış çocuğun da suçun mağduru olabileceğine dair bkz. Taneri (n 36) 590-591.

44 Bkz. Gökcan ve Artuç (n 36) 7525.

45 Adler (n 12) 244; Nel (n 33) 226.

46 Michael Veber, 'Virtual Child Pornography' (2004) 18 (1) Public Affairs Quarterly 76.

47 ibid 77.

Belirtelim ki temsili çocuk görüntülerinin çocuk pornografisine konu olup olamayacağı ABD Yüksek Mahkemesi tarafından da *Ashcroft v. Free Speech Coalition* davasında ele alınmıştır. Mahkeme, CPPA kapsamında bilgisayar ortamında hazırlanmış çocuk tasvirlerinin, gerçek bir çocuk kullanılıp istismar edilmediği için çocuk pornografisine konu olamayacağı sonucuna varmıştır. Ancak söz konusu temsili görüntüler yine de çocuk pornografisinden ayrı bir suç olan müstehcenliğe konu olabilecektir, zira çocuk istismarı olarak tarif edilen çocuk pornografisi yazılı şekilde de gerçekleşebilmektedir⁴⁸.

Temsili çocuk görüntüsü haricinde “*morphing image*” denilen biçimi değiştirilmiş görüntülerin çocuk pornografisine konu olup olamayacağı değerlendirilmelidir. Biçim değiştirme (morflama) işleminde, orijinal görüntü tamamen veya büyük ölçüde farklı görünecek şekilde düzenlenir. Bu işlemin sanal ortamda görünümü çoğu zaman; failerin Facebook gibi web sitelerinden kişilerin fotoğraflarını indirmesi ve ardından, bu kişilerin cinsel ilişkiye düşkün olduklarını göstermek için uygunsuz bir durumdaki başka bir görüntüye dönüştürmesi yoluyla olmaktadır. Sonraki adımda da failer, biçim değiştirmiş görüntüleri yayma ve görüntüsü kullanılanların toplumdaki statüsünü baltalama tehdidi yoluyla mağdurlara şantaj yapmaktadırlar⁴⁹. Biçim değiştirmiş müstehcen çocuk görüntülerinin üretiminde bir çocuk istismar edilmemişse de temsili çocuk görüntüsünden farklı olarak kimliği tespit edilebilir gerçek bir çocuğun görüntüsü mevcuttur^{50 51}. Kanaatimizce biçimi değiştirilmiş görüntü de belirli bir kişiyi tanımlanabilir kılması hasebiyle kişinin kendi görüntüsü üzerinde kişilik hakkı için ceza hukuku korumasından yararlanmalıdır⁵². Bu sebeple de biçimi değiştirilerek müstehcen bir hale getirilen çocuğa ait görüntü de çocuk pornografisine konu olabilir.

a. Müstehcenlik Kavramının Muhtevasının Belirlenmesi

Çocuğa ait görüntünün müstehcen olmasından ne anlaşılmalıdır? Kamuya açık bir reklamda kullanılan ve kadın çıplaklığını temsil eden bir görüntü müstehcen midir?⁵³ Estetik ve sanatsal bir terim olarak müstehcenlik; geleneksel (*conventional*), Dionysosçu (*dionysian*) ve sapkın (*perverse*) müstehcenlik olmak üzere tasnif edilmiştir. Geleneksel müstehcenlik, toplumda yerleşik cinsel kalıp ve uygulamalara saldıran herhangi bir ürünün niteliğidir ve özünde cinsel olarak ana akımdan farklı olanı sunmaktır⁵⁴. Dionysosçu müstehcenlik ise toplumun aşırı cinsellik olarak nitelendirdiği

48 Bkz. Adler (n 23) 84.

49 Rajat Misra, 'Cyber Crime Against Women' (2013) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2486125>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2023 5.

50 *Sokullu Akıncı*'ya göre gerçek insan görüntüleri üzerinde oynanması yoluyla elde edilen değiştirilmiş görüntüler de Siber Suçlar Sözleşmesi m. 9/2-c kapsamındadır. Bkz. *Sokullu Akıncı* (n 13) 33.

51 Adler (n 23) 85; Belirtilmelidir ki bazı hallerde birden çok çocuğun görüntüleri birleştirilip biçim değiştirilerek tek bir çocuk görüntüsü ortaya çıkarılabilmektedir. Bkz. Özge Duman, 'Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)' (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019) 113; Eğer bu suçun mağduru, çocuk pornografisi üretiminde kullanılan çocuk kabul edilirse bu durumda bir fiille birden çok çocuk mağdur olduğu için failin aynı neviden fikri içtima uyarınca cezalandırılması gerekecektir.

52 Kişinin görüntüsü üzerindeki hakkının yalnızca video veya resim dâhilinde bir formatta değil; karikatür, animasyon, fotomontajında da mevcut olduğuna dair bkz. Eker Kazancı (n 27)134.

53 Özellikle Batı kültüründe kadınların tipik olarak daha az mahremiyeti, kadın bedenine ve benliğine daha fazla erişim sağlanmasının beklenmesi ve kadınlar açısından bir kendini ifşa etme normu sosyal etkileşimin bir parçası olmuştur. Bkz. Roth (n 11) 65.

54 Abraham Kaplan, 'Obscenity as an Esthetic Category' (1955) 20 (4) *Law and Contemporary Problems* 551.

hayattan alınan coşkulu zevkin ifadesidir⁵⁵. Nitelik itibarıyla bu iki tür müstehcenliğin dışında olan sapkın müstehcenlik ise ne geleneksel müstehcenliğin aksine kabul edilmiş standartlara bir saldırıdır ne de Dionysosçu müstehcenlik gibi kısıtlamalara rağmen bir dürtünün teşvik edilmesidir. Sapkın müstehcenlik, bizatihi kabul edilmiş standartları belirleyen bir norma aykırılık ve cinselliği iğrenç, tiksindirici şekilde sunumdur⁵⁶.

Hukuk dogmatğine konu bir kavram olarak müstehcenlik ise öncelikle erotizmden ayrılmaya çalışılmıştır, ardından pornografi ile arasında olan fark ortaya konulmak istenmiştir. Erotizm veya erotik ürün, sanatsal ve estetik bir değer ihtiva eden ve muhatabına bunu sunan ifade çeşididir ve bu haliyle ceza hukukunda yasaklanmış bir durum değildir. Örneğin tek başına estetik ve sanatsal değeri olan bir çıplaklık, üründe kullanılan kişiyi metalaştırmıyor ve hayvani bir cinsel dürtü uyandırmıyorsa bu durumda müstehcenlik suçuna konu olmayacaktır⁵⁷. Nitekim doktrinde de müstehcen olan bir içeriğin her zaman pornografik olmadığı, ancak pornografik olan şeyin her zaman için müstehcen olduğu belirtilmiştir⁵⁸. Söz gelimi bir içerikte yalnızca cinsel ilişkinin bulunması o içeriğe doğrudan pornografik vasfını kazandırmamaktadır⁵⁹. Bir ürünün pornografik olarak nitelendirilebilmesi için insan cinselliğini hayvanileştirmesi, cinsel arzuyu mutlaklaştırması, insanı cinsel şehvetin yöneleceği bir obje durumunu getirmesi ve cinselliği sunuş itibarıyla ağır, abartılı, estetik bir anlam olmaksızın salt kaba bir duruma sokması gerekmektedir⁶⁰.

Müstehcenlik, Türk hukuk düzenlemelerinde de gerek 765 sayılı TCK gerekse de 5237 sayılı TCK'da kendine yer bulmuştur. 765 sayılı TCK m. 426/1'de müstehcen ve hayâsızca eşyalara dair vasıflandırma "*Halkın ar ve hayâ duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlâka aykırılık*" olarak yapılmışken 5237 sayılı TCK'da herhangi bir müstehcenlik tanımı veya vasıflandırması yer almamıştır. Bunun yerine TCK m. 226'nın ilk beş fıkrasında konusu "*müstehcen yazı, söz, görüntü içeren ürün*" yahut "*müstehcen görüntü, yazı veya söz*" şeklindeki fiiller farklı cezai müeyyidelerle karşılanmıştır. Madde gerekçesinde ise müstehcenliğin normatif bir kavram olduğu, toplumda hâkim değer ölçülerince ve 225. maddedeki hayâsızca hareketler kavramına yönelik açıklamalar ışığında ele alınması gerektiği belirtilmiştir⁶¹. Hayâsızca hareketlere dair madde gerekçesinde ise "*toplumun sahip olduğu ortak edep (ar ve hayâ) duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlak temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketlerin*" bu mahiyette olduğu belirtilmiştir⁶². Türk doktrininde de müstehcenliğin sınırının belirlenmesinde istismarın varlığının da dikkate alınması gerektiği, yani toplumda hâkim olan ortak ar ve edep duygusunu incitir şekilde cinsel arzuları tatmine yönelen ve cinselliği tahrik ve istismar eden görüntü, yazı ve sesin müstehcen olduğu ileri sürülmüştür⁶³.

55 İbid 554.

56 İbid 556.

57 Aynı yönde bkz. Yıldız (n 16) 61; Gökcan ve Artuç (n 36) 7527; Duman (n 51) 5; Detaylı bilgi için bkz. Özbek (n 15) 19 vd.

58 Taneri (n 36) 565; Kaplan (n 54) 549.

59 Şirin (n 29) 105.

60 Taneri (n 36) 565-566.

61 Bkz. Mehmet Emin Artuk vd, *Gerekçeli Ceza Kanunları* (23. bs, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021) 272.

62 Bkz. İbid 270.

63 Bkz. Yıldız (n 16) 59; Özbek (n 15) 18.

ABD hukukunda ise müstehcenlik, öncelikle ifade özgürlüğünden yararlanıp yararlanmayacağına dair Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında kendine yer bulmuştur. Müstehcenlik ve ifade özgürlüğü kesişiminde önde gelen *Roth v. United States*⁶⁴ davasında Yüksek Mahkeme, daha önemli menfaatlerin bulunduğu sınırlı bir alana tecavüz edenler hariç; en ufak toplumsal öneme sahip, alışılmışın dışında ve aykırı hatta toplumda hâkim olan iklime karşı nefret içeren fikirlerin dahi ifade özgürlüğü korumasından yararlanacağını belirtmiştir. Ancak Mahkemeye göre, Birinci Tadilin zımni tarihi de gözetildiğinde tamamiyle toplumsal önemden yoksun olan müstehcenlik bu korumanın dışında kalacaktır. Ayrıca Mahkeme, bir ürünün müstehcen nitelikte kabul edilmesi için gereken şartları da bu kararıyla ortaya koymuştur. Buna göre ürün; bütün olarak oluşturulma amacı veya baskın etkisi gözetildiğinde özünde cinsel arzuları uyandırıyor ve sıradan, ortalama bir insan üzerinde bu etkinin doğma ihtimali, ürünün sanatsal veya diğer amaçlara dayalı olarak bulundurulmasından daha baskınsa bu durumda müstehcendir⁶⁵. Mahkeme müstehcenlik tanımına dair bu kriterlerini *Memoirs v. Massachusetts*⁶⁶ kararında farklı ifadelerle yeniden ortaya koymuştur. Buna göre bir ürün; bir bütün olarak ele alındığında baskın teması cinsel ilişkiye dair şehvet düşkünlüğüyse, cinsel konuların tasviriyle ilgili çağdaş toplum standartlarını ihlal ettiğinden dolayı aşırı şekilde saldırgansa ve ürün toplumsal değerden yoksunsa müstehcendir⁶⁷. Mahkeme, 1973 tarihli *Miller v. California* içtihadında ise ürünün toplumsal değerden yoksun olmasını değerlendirmemiş ve yerele göre değişebilir olan toplumsal normlar temelinde müstehcenlik vasıflandırmasını eyaletlere bırakmıştır⁶⁸.

Konuyla ilgili uluslararası hukuk düzenlemeleri ışığında bir görüntü ve sair materyale hangi içeriğin müstehcenlik vasfı verdiği de değerlendirilmelidir. Örneğin Siber Suçlar Sözleşmesi m. 9/2'de cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan kişinin görüntüleri, reşit görünmeyen kişinin görüntüleri ve reşit olmayan bir kişiyi temsil eden görüntüler “pornografik ürün” olarak nitelendirilmiştir. BM Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol m. 2/1-c'de 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*” olarak tanımlanmıştır⁶⁹. Yine Lanzarote Sözleşmesi de paralel bir çocuk pornografisi tanımı benimsemiştir⁷⁰.

64 *Roth v. United States*, No. 582. Argued April 22, 1957.-Decided June 24, 1957, karar için bkz. <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep354/usrep354476/usrep354476.pdf?loclr=bloglaw>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.

65 Thomas R. Mulray, ‘Obscenity, Pornography and Censorship’ (1963) 49 (9) American Bar Association Journal 869.

66 *Memoirs v. Massachusetts*, No. 368, Argued December 7-8, 1965-Decided March 21, 1966, karar için bkz. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/413/>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.

67 Thomas ve Cauffmann (n 3) 633-634; Oldukça subjektif bir yapısı olan şehvet düşkünlüğünden ne anlaşılması gerektiği de ele alınmalıdır. Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan Model Ceza Kanunu uyarınca özü itibarıyla örf adet uyarınca kabul edilenin sınırları ötesinde çirkin ve marazi bir şekilde çıplaklık, cinsel ilişki, ekskresyona düşkünlüktür. Bkz. Mulray (n 65) 870.

68 *Miller v. California*, No. 70-73, Argued January 18-19, 1972, Reargued November 7, 1972, Decided June 21, 1973, karar için bkz. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/>> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023; Thomas ve Cauffmann (n 3) 634. Miller kararından çıkarılabilecek müstehcenlik kriterleri; ürünün yerel toplum standartları uyarınca ortalama bir insan tarafından bütünü itibarıyla şehvet arzusuna hitap etmesi, ürünün açıkça rahatsız edici bir biçimde cinsel davranışları tasvir etmesi ve yine bütün olarak ciddi edebi, sanatsal, politik ve bilimsel değerden yoksun olmasıdır. Bkz. Şirin (n 29) 109.

69 <https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarinadairsozlesmeyeek.pdf> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.

70 Bkz. m. 20/2 “çocuk pornografisi”, çocuğu gerçek veya temsili açık bir cinsel davranış içinde görsel olarak gösteren

Çocuk pornografisi; bir çocuğun, başka çocuklarla, yetişkinlerle, hayvanlarla veya yabancı objelerle cinsel eylemlerde bulunduğunu tasvir eden fotoğraf, dergi, video kaydı, ses kaydı, hareketli fotoğraflar, internet sitelerindeki görüntü şeklindeki içeriklerdir⁷¹. Uluslararası sözleşmeler; devletlere çocuk pornografisini suç olarak düzenleme yükümlülüğü yüklemişse de buna ilişkin bir tanım yapılmamış, bunun yerine nelerin çocuk pornografisi olduğu sayılmıştır. Genel itibarıyla çocuk pornografisi video ya da fotoğraf şeklinde görsel içeriğe sahip basit (*softcore*) veya aşırı (*hardcore*) formu olabilen, içeriğinde çocuğun yer aldığı üründür. Basit formunda tahrik edici pozlar, çıplak çocuk görüntüleri veya çocuğun genital bölgesi yer alırken, bu görsellerde çocuk tek başına olabileceği gibi bir yetişkin ya da çocukla cinsel eylemler gerçekleştirebilir. Aşırı formunda ise bazı durumlarda ölüme yol açabilecek kadar çocuğa fiziksel zarar da verebilecek sadist cinsel eylemler yer almaktadır⁷².

Çocuk pornografisi, basit bir tanımla, içeriğinde çocuğun yer aldığı müstehcen üründür. Doktrinde çocuk pornografisi yerine, “çocuk istismarı materyali”, “çocuğun cinsel istismarı materyali”, “belgelenmiş çocuğun cinsel istismarı” ve “temsili çocuk istismarı” gibi kavramların ikamesi önerilmiştir⁷³. TCK’da çocuk pornografisi gibi bir kavram bulunmamakta ise de TCK m. 226/3’te çocuk pornografisinin yasaklandığı anlaşılmaktadır⁷⁴.

ABD federal hukukuna göre ise çocuk pornografisi, çocuğun cinsel ilişki, hayvanlarla cinsel ilişki, mastürbasyon, sado-mazoşist ilişki, cinsel organlarının veya kasık bölgesinin şehvetli bir şekilde sergilenmesi şeklindeki cinsel içerikli bir fiilde kullanımı olarak tanımlanmıştır⁷⁵. Güncel bir örnek olarak New Jersey eyaleti çocuk pornografisi düzenlemesi bu meyanda ele alınabilir. Öncelikle belirtilmelidir ki 2017 yılında yeni bir düzenleme yapılarak çocuk pornografisi kapsamı New Jersey’de genişletilmiştir. Bu değişiklik öncesi çocuk pornografisi, pek çok eyaletteki gibi çocuğun yasaklanmış cinsel eylemlerde⁷⁶ bulunmasının tasviri iken, değişiklikle beraber cinsel eylemlerin ayrıca çocuğun cinselliği teşvik eden şekilde davrandığını sunan görüntüler de çocuk pornografisi olarak tanımlanmaktadır. Kanun, çocuğun cinselliği teşvik eder şekilde davrandığını sunan görüntünün ne olduğunu da belirtmiştir. Buna göre şu bentlerde yer alan tasvirler çocuk pornografisidir:

a. kanunun yasakladığı cinsel eylemler manasında, çocuğun tamamen veya anlaşılabilir bir şekilde kapatılmış mahrem bölgelerini pozla, kompozisyonla, biçim veya canlandırılmış şehvet uyandıran ayrıntılar yoluyla çocuk üzerinde şehvet düşkünlüğünü toplamaya yetecek kadar şehveti ifade eden tasvirler, veya

herhangi bir materyal veya çocuğun cinsel organlarının esas itibarıyla cinsel amaçlarla gösterilmesi”. <<https://rm.coe.int/168046e1de>> Erişim Tarihi 01 Şubat 2023.

71 Flowers (n 18) 151.

72 Ost (n 22) 439; Aşırı (hardcore) formda pornografinin ne olduğuna ilişkin net bir kriter bulunmasa da ürünü oluşturanın muhatabına içeriğin konu ve temasını bir kenara bırakarak yalnızca pornografiyi bulmak üzere odaklanmasını veya muhatabında cinsel ilişki veya cinsel diğer eylemlere dair kışkırtıcı ve çarpıcı düşünce uyandırmayı amaçladığı içeriktir. Bkz. Mulray (n 65) 874.

73 Cassell vd (n 1) 189.

74 Bkz. Yıldız (n 16) 70; Duman (n 51) 117; Özgenç (n 40) 253.

75 Adler (n 23) 85-86.

76 Yasaklanmış cinsel eylemlerden anlaşılması gereken cinsel birleşme, anal ilişki, mastürbasyon, hayvanlarla cinsel ilişki, sadizm, mazoşizm, oral seks, cinsel uyarılma için çıplaklık, penetrasyondur. Bkz. N.J. Stat. Ann. § 2C:24-4(b)(1). Akt. Hessick (n 12) 328, dn. 39.

- b. kanunun yasakladığı cinsel eylemler manasında, çocuğun mahrem bölgeleri ile temas halinde olan pozla, kompozisyonla, biçim veya canlandırılmış şehvet uyandıran ayrıntılar yoluyla çocuk üzerinde şehvet düşkünlüğünü toplamaya yetecek kadar şehveti ifade eden tasvirler, veya
- c. muhatabında cinsel uyarılma ve cinsel haz uyandırmayı amaçlayan önemli edebi, sanatsal, politik veya siyasi değeri olmayan herhangi bir çocuk tasviri⁷⁷.

b. Çocuk Pornografisinde İçerik Değerlendirilirken Model Ajan⁷⁸ Kim Olacaktır?

Müstehcenlik ve çocuk pornografisi içeren ürünün cinselliği teşvik etmesi, ar ve hayâ duygularıyla bağdaşmaması veya şehveti tasvir etmesi gerektiği çeşitli ceza hukuku düzenlemelerinde ve doktrinde ortaya konulmuştur. Peki çocuğun içeriğinde yer aldığı bir ürünün “şehvetli” ve “haya” ile bağdaşır olup olmadığı, kimin bakış açısından değerlendirilecektir? Müstehcenlik vasıflandırması yapılırken ürün haricinde ürünü meydana getiren failin amacı da gözetilerek harici bir değerlendirme mi yoksa yalnızca bizatihi ürünle sınırlı bir değerlendirme mi yapılacaktır?

Örneğin Yargıtay, komşusunun banyosuna ait soba borusuna cep telefonu koyup banyo yapan on bir yaşındaki çocuğun çıplak görüntülerini telefonuna kaydeden sanığın fiilinin özel hayatın gizliliğinin ihlali olmanın yanı sıra çocuk pornografisi içeren ürün üretme olduğu kanaatinde⁷⁹. Başka bir kararında ise Yargıtay, on üç yaşındaki mağdurun üzerinde alt ve üst iç çamaşırları bulunan yarı çıplak fotoğrafın Facebook’tan yayınlanması fiilinin m. 226/5 değil, görüntülerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (m. 134/2) kapsamında olduğunu belirtmiştir⁸⁰.

Banyo yapmakta olan bir çocuğun görüntüsünün pornografik olup olmadığı ABD Temyiz Mahkemesi 10. Dairesi tarafından da ele alınmıştır ve mahkeme, banyoyu cinsel aktivite ile ilişkilendirilen bir yer kabul ettiği için görüntünün pornografik olduğu sonucuna varmıştır. Ancak bu kararın aksine Oklahoma Bölge Mahkemesi banyonun kesin olarak cinsel aktivite ile ilişkilendirilen bir yer olmadığı kanaatinde⁸¹. Temyiz Mahkemesi 8. Dairesi ise failin gizlice bir çocuğun kıyafetini değiştirme anını kaydettiği videoyu değerlendirirken video bir cinsel aktivite içermese de sanığın bu görüntüyü kendi çocuk pornografisi arşivine koymasını gözeterek çocuk pornografisi suçu olduğu sonucuna varmıştır⁸².

77 ibid 328-329.

78 Anglosakson hukukunda “reasonable person standard” olarak isimlendirilen bu ölçütün, Türk Ceza Hukuku literatüründe özellikle taksirli suçlarda öngörüsüne sıklıkla başvuru model ajan kavramıyla ifade edilmesinin uygun olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu standarda, 1837 yılında meşhur İngiliz mahkemesinin *Vaughn v. Menlove* davasında başvurulmuştur. Olayda, bir çiftçinin komşusunun kulübesinin yakınına yığıldığı samanlar alev almış ve kulübe yanmıştır. Fail, samanların kulübenin yanmasına neden olabileceğini düşünmediğini ve bu sebeple sorumlu olmaması gerektiğini ileri sürmüştü de mahkeme faili bu standarda tabi tutarak fiilinin objektif olarak makul olmadığı sonucuna varmıştır. Anglosakson mahkemeleri bu standarda göre değerlendirme yaparken herkesi aynı “model ajan” olarak değil, örneğin gözleri görmeyen bir kişinin gören bir kişiye göre değil, nesnel makul bir görmeyen kişi olarak ele almaktadır. Söz konusu standarda dair bkz. Legal Information Institute, “reasonable person” <https://www.law.cornell.edu/wex/reasonable_person 14.05.2023> Erişim Tarihi 13 Mayıs 2023.

79 Bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2018/4868, K. 2018/11056, KT. 21.11.2018

80 Yargıtay 12. CD, E. 2020/12489, K. 2021/4327, KT. 26.5.2021.

81 Akt. bkz. Adler (n 23) 89.

82 ibid 93.

Türk doktrinde müstehcenlik değerlendirmesi yapılırken objektif ve sübjektif kıstaslar ortaya konulmuştur. Yani model ajan olarak toplumdaki ortalama bir kimse esas alınmak suretiyle görüntü, yazı veya ses bu kimsenin ar ve edep duygularını incitecek ise müstehcenliğin objektif kıstası sağlanmıştır. Ayrıca üründe salt cinsel uzvun görünmesi, kadın veya erkeğin çıplak olması veya cinsel ilişki görüntülerinin müstehcen olmadığı ileri sürülmüştür⁸³. Zira savunulan görüşe göre bu ürün estetik kaygılardan uzak, tiksindirici boyutta olmalıdır⁸⁴. Sübjektif kıstasa göre ise bu ürünü oluşturan kişinin cinsel arzuları tahrik etme ve uyandırma saikinin bulunup bulunmadığı gözetilmektedir⁸⁵.

Peki çocuğun görüntüsü ile tahrik edilen cinsel duygular kime ait olmalıdır? Model ajan kim olacaktır? Örneğin sahilde mayo ile güneşlenen bir çocuk görüntüsü bir pedofil bakımından şehvetli bulunabilirse de çocuğun görüntüsünü kaydeden kimse TCK m. 226/3-c. 1 bakımından çocuğun kullanıldığı bir görüntünün üretiminden cezalandırılacak mıdır? Bu konu, ABD yargısı tarafından da objektif ve sübjektif değerlendirmeye konu olmaktadır. Sübjektif değerlendirmeye yol açan mesele “görüntü, izleyicide cinsel bir tepki uyandırmayı amaçlamış mıdır?” sorusudur, zira bu sorunun cevabı ortalama bir izleyici için pedofilden farklı olacaktır. ABD Temyiz Mahkemesinin 9. Dairesi, fotoğrafçının şehvet düşkünlüğünü ve “kendisinden veya benzer düşünen pedofillerden oluşan bir izleyici kitlesini” ele alarak bu değerlendirmenin yapılması gerektiği kanaatinde⁸⁶. Objektif standart uyarınca ise ele alınacak mesele; görüntünün cinsel dürtülere hitap edip etmediği veya bunu amaçlayıp amaçlamadığı değil, görüntüdeki çocuğun cinsel bir karaktere sahip olup olmadığıdır. Temyiz Mahkemesinin 1. Dairesi pedofil bir kimse model ajan olduğu takdirde bir market zincir kataloğunda yer alan çocuğun görüntüsünün dahi pornografik olacağını belirtmiştir⁸⁷. Bir görüntünün müstehcen olup olmadığını değerlendirirken mahkemelerin “pedofil bakışına (pedophilic gaze)” bürünerek yargılama yapması beklenemeyeceğinden Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla bu hususu tespate çalışmıştır.

ABD Yüksek Mahkemesinin *United States v. Dost*⁸⁸ kararında çocuğun yer aldığı görüntünün şehvetli olmasından ne anlaşılacağına dair altı kriter ortaya konulmuş ve doktrinde *Dost ölçütü* olarak yerleşmiştir. Buna göre şu altı sorunun cevaplanması gerekmektedir:

1. Görselin odak noktası çocuğun cinsel organ veya kasık bölgesi midir?
2. Görselin kurgusu cinsel olarak müstehcen midir? Genellikle cinsel aktivite ile ilişkilendirilen bir yer veya poz söz konusu mudur?

83 Erem (n 39) 222.

84 Yıldız (n 16) 59-60.

85 İbid 60.

86 Adler (n 23) 91.

87 İbid; Çocuk istismar ve sömürüsü kapsamında elde edilen görüntüler Avrupa ve Birleşik Krallı tipolojilerinde müstehcen değerlendirilmesi yapılırken farklı sonuçlara yol açabilmektedir. Örneğin Avrupa'nın COPINE (Combating Pedophile Information Networks in Europe/Avrupa'da Pedofili ile Mücadele Bilgi Ağları) tipolojisinde erotik olmasa da mayolu çocuk veya oyun oynayan çocuk görüntüleri de müstehcen olarak yer almaktayken, Birleşik Krallık'ın SAP (Sentencing Advisory Panel/ Cezalandırma Danışma Kurulu) tipolojisinde bunlar müstehcen değildir. Oysa pedofil bakışıyla bunların da müstehcen olma potansiyeli mevcuttur. Bkz. Can (n 9) 131-132.

88 Karar için bkz. <https://scholar.google.com/scholar_case?case=948.204.7682589425170&hl=en&as_sdt=100.000.00000002&as_vis=1> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.

3. Çocuğun yaşı gözetildiğinde, görüntüdeki çocuk doğal olmayan bir pozda veya uygun olmayan bir kıyafette midir?
4. Çocuk tamamen veya kısmen giyinik veya çıplak mıdır?
5. Görsel, cinsel aktivitede bulunma noktasında çekingenlik veya istek gösteriyor mudur?
6. Görsel, muhatabında cinsel bir tepki uyandırmak için tasarlanmış mıdır?⁸⁹

Yüksek Mahkemeye göre çocuğun yer aldığı içeriğin “şehvetli” olmak suretiyle pornografik kabul edilebilmesi için tüm bu kriterlerin kümülatif bir şekilde karşılanması da gerekmemektedir⁹⁰. *United States v. Knox*⁹¹ davasında ABD Temyiz Mahkemesi Üçüncü Dairesi, bir görselin çocuk pornografisi olarak kabul edilebilmesi için çocuğun çıplak olmasının da gerekmediğini belirtmiştir. Söz konusu karar Başsavcılık tarafından Yüksek Mahkemeye taşınmış ve Yüksek Mahkeme, Dairenin “şehvet” değerlendirmesinde çok ileri gittiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Ancak Daire, doğrudan çıplak olmasa da en azından cinsel organın ayırt edilebilir olması durumunda “şehvetli” olma kriteri bakımından ürünün pornografik olacağından ısrarcı olmuştur⁹².

Yargıtay uygulamasına göre ise müstehcen üründen anlaşılması gereken; müstehcenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, ses kaydı, çizgi filmidir⁹³. Müstehcenliğe ilişkin ölçütler ise ürünün “*cinsel arzuları tahrik ve istismar etmesi*” ve “*toplumun sahip olduğu ortak edep duyguları ile yerleşik edep kurallarını incitici nitelikte*” olmasıdır⁹⁴. Anlaşılacağı üzere toplumsal değer yargılarına göre dinamik bir tanıımı olacağı düşünülen⁹⁵ müstehcenliğin ne olduğu bir yazılı hukuk kuralıyla düzenlenmemiştir⁹⁶. Yazılı olarak neyin müstehcen olduğu açıkça düzenlenmemişse de bu vasıflandırmada dikkate alınacak şüphesiz bireysel bir ahlak anlayışı olmayacaktır⁹⁷ ki bu husus suçu “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” kenar başlığı ile düzenlenen kanunun sistematiğinden de çıkarılabilir.

89 Adler (n 23) 87; Hessick (n 12) 330.

90 Adler (n 23) 88. Ancak bu kriterlerin kaçının karşılanması gerektiği noktasında da ABD mahkemeleri arasında bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Mahkemeler altısının birden karşılanmasını aramasa da en az kaçının aranması gerektiği net değildir. Örneğin ABD Temyiz Mahkemesi 10. Dairesi jürinin altı kriterden yalnızca birinin karşılanmasını yeterli bulurken, 3. Daire en azından iki kriterin olayda bulunmasını aramaktadır.

91 *United States v. Knox*, No. 977, Argued Aug. 17, 1992. Decided Oct. 15, 1992, <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/977/815/305694/>> Erişim Tarihi 4 Şubat 2023.

92 Adler (n 12) 240.

93 Yargıtay 18. CD, E. 2019/7009, K. 2019/14159, K.T. 10.10.2019.

94 Örneğin bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2014/19535, K. 2015/4333, K.T. 09.03.2015; Yargıtay 12. CD, E. 2014/19480, K. 2015/5315, K.T. 30.03.2015.

95 Erem (n 39) 219.

96 ABD’de de Kongre tarafından neyin müstehcen olduğu veya müstehcenliğin ne olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Yazarlar tarafından çocuk pornografisine ilişkin federal ceza kanunları da oldukça muğlak ve belirsiz bulunmakta ve çerçeveyi tamamlama uygulamacı olan mahkemelere bırakılmaktadır. Bkz. Y.Y, ‘Child Pornography, the Internet, and the Challenge of Updating Statutory Terms’ (2009) 122 (8) *Harvard Law Review* 2206.

97 Erem (n 39) 220; AY ve AİHS’de birtakım hak ve özgürlüklerin sınırlandırma nedeni olarak genel ahlakın da sayılması dolayısıyla burada dikkate alınacak ahlak anlayışının genel ahlak olduğuna dair bkz. Duman (n 51) 21; Müstehcenlik kriteri olarak “toplumun ar ve hayâ duygularından” neyin anlaşılması gerektiği Birleşik Krallık İstinaf Mahkemesinin *R v. Graham Kerr* davasında ortaya konulmuştur. Buna göre çocuğu toplumda standart kabul edilmiş edep kuralları gözetildiğinde ortalama insan bakımından hayâsızca bulunan fotoğraflar Çocuğun Korunması Kanunu (Protection of Children Act) uyarınca hayâsızcadır. Bkz. Ost (n 22) 440.

Ayrıca Türk doktrininde nelerin müstehcen olmadığı ortaya konularak müstehcenlik kavramının içeriği yanlış değerlendirmelerden uzaklaştırılmaya çalışılmıştır. Buna göre zamanın ruhuna göre olan çıplaklık ve bilimsel veya sanatsal değeri olan cinsellik kompozisyonunun müstehcenlik suçuna konu olmayacağı ileri sürülmüştür⁹⁸. Bir ürünün normatif bir kavram olarak müstehcen olup olmadığına karar verecek olan şüphesiz yargılamayı yürüten mahkemedir. Mahkeme, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu m. 2 uyarınca müstehcenlik suçuna ilişkin resmi bilirkişi olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kuruluna görüşünü almak üzere başvurabilir. Ancak mahkemelerin bilimsel veya sanatsal eserler dahilindeki ürünler söz konusu olduğunda bilirkişi incelemesine başvurması, bunun dışındaki ürünler için hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel hukuki bilgiyle ürünün müstehcen olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir⁹⁹.

c. Kanaatimiz

Kanaatimizde bir ürünün müstehcen olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken model ajan olarak pedofil birey ele alınırsa, ceza muhakemesine konu edilen; müstehcen ürün olmaktan çıkıp pedofilik zihin okumaya dönecektir. Model ajan olarak pedofil bireyin kabul edilmesi gayet sıradan olan çocuk görüntülerinin dahi pornografik bulunmasına ve ceza hukukunun belirlilikten ayrılmasına zemin oluşturabilir. Oysa ceza hukuku muhakkak genel ahlakı da korumak hedefindeyse bu kavramın içeriği belirlenirken keyfilikten uzak durulmalı, belirli bir grubun kişisel düşüncelerine dayalı olmamalı, kavram temel ceza hukuku ilkeleri ve hukukun genel ilkelerine aykırı okunmamalı ve hak sınırlama rejimi uyarınca demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük gözetilmelidir¹⁰⁰. Örneğin yukarıda ele alınan New Jersey eyaleti mevzuatındaki çocuk pornografisi düzenlemesinin ilk iki bendi objektif anlamda pornografik içerik tavsifi yapmıştır. Düzenlemenin c bendindeki hüküm ise muhatapta uyandırabilecek cinsel tepki gözetilerek yani sübjektif yaklaşım uyarınca çocuk pornografisi tavsifi yapmıştır. Doktrinde de bu sübjektif duruma neden olan bendin çok geniş ve göreceli olması sebebiyle eleştirildiği anlaşılmaktadır¹⁰¹.

Model ajan olarak pedofil bireyin esas alınması, bazı pedofillerin sıradan ve “masum” olan çocuk tercihleri¹⁰² de gözetildiğinde ifade özgürlüğü üzerinden problematik bir duruma yol açabilmektedir. Zira bir pedofilde şehvet uyandırma da “sıradan” bir çocuk görüntüsünü kaydeden kişinin çocuk pornografisi üretiminden mahkûm edilmesi, hem mahkûmun hem de toplumun geri kalanının ifade özgürlüğüne ket vuracaktır. Hatta salt bu görüntüleri yayınlayanlar hakkında ceza soruşturması yürütülmesi dahi sanatsal ifade özgürlüğü ve ticari ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki oluşturabilecektir. Örneğin ticari ifade özgürlüğü bağlamında

98 Gökcan ve Artuç (n 36) 7528-7529.

99 Gökcan ve Artuç (n 36) 7530; Duman (n 51) 13.

100 Özbek vd. (n 14) 887.

101 Eleştiri için bkz. Hessick (n 12) 329.

102 Adler (n 12) 260; Durumun vehameti ve pedofil bireyin model olmasının sakıncaları için şu örnek de yetecektir. Üyelerinin çoğu cezaevinde olan bir pedofil derneği, Kuzey Amerikalı Oğlancılar Derneği, (North American Man Boy Love Association/NAMBLA [dernek isminin Türkçeye çevirisi yazara aittir]) ile yapılan bir araştırmada kendileri ile mülakat yapılan üyelerden bir kısmı Disney Channel veya gün ortasında yayınlanan filmlerdeki çocukları görmeyi de erotik olarak kışkırtıcı bulduklarını ifade etmiştir. Akt. Adler (n 12) 260.

1999 yılında ABD kamuoyunda oldukça ses getiren bir örneğe de bu meyanda değinmekte fayda vardır. *Calvin Klein* isimli dünyaca ünlü marka, çocuk iç çamaşır koleksiyonu için reklam panolarında yer alan dört-beş yaşlarında iki erkek çocuğun kanepede zıplarken fotoğrafını siyah-beyaz biçimde kullanır. Slogan olarak da “Çocuklar gülümsüyor, gülüyor ve kendileri oluyor” yazar. Ancak gerek medyada gerekse de kamusal figürler nezdinde reklam “kışkırtıcı” ve “pornografik” olarak nitelendirilir. Pornografiye Karşı Uluslararası Merkez (*International Center for Pornography*) tarafından ise “anneleri tarafından çekilebilecek tesadüfen reklama konu olmuş masum ve sıradan bir fotoğraf” olarak değerlendirilmiştir¹⁰³. Sanatsal ifade özgürlüğü bakımından da ünlü fotoğrafçı Tiernet Gearon’un Londra Sanat Galerisindeki sergisinden bir örnek vermek gerekir. Sanatçının sergi açılışının ardından sergide sunulan kumsaldaki çıplak çocuk ve karda idrarını yapan çocuk fotoğrafı kamuoyu tarafından ciddi eleştirilere uğramıştır. Basında çocukların herhangi bir fotoğrafının kullanılmasının toplumun ahlaki standartları için bir tehdit olduğu konusunda itirazlar yankılanmıştır. Ancak dönemin Kültür Bakanı tarafından sergiye sansür uygulanmaması konusunda uyarılar yapılmıştır. Kraliyet Kovuşturma Hizmetleri de galeri ve sanatçı hakkında çocukların hayâsızca fotoğraflarının ifşası hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermiştir, gerekçe ise serginin toplum ahlaki üzerinde herhangi bir zarara yol açmamasıdır¹⁰⁴.

ABD Yüksek Mahkemesi’nin kararlarından türetilmiş *Dost kriterleri* de ürünün müstehcen olup olmadığına gereken cevabı verememektedir, zira sübjektiftir. Söz gelimi sahil gibi bir kamusal alanda gömleği açık bir çocuk görüntüsünün de çocuğun yaşı gözetildiğinde “uygun olmayan bir kıyafette” bulunması mümkün olabilecektir¹⁰⁵. Bir ürünün müstehcen olup olmadığı değerlendirilirken; pedofil bakışıyla ürün pornografik olarak nitelendirilecek, ortalama bir insanın bakışıyla ise müstehcen bulunmayacaktır. Bu sonuç da suçta ve cezada kanunilik ve alt ilkesi belirlilik bakımından niyaz edilen ceza hukuku güvencesini temin edemeyecektir.

Günümüzde internet çağının çocuklar üzerinde bir getirisi olarak, müstehcenlik ve çocuk pornografisi kavramlarının tanımlanması ve çerçevesinin belirlenmesi gitgide zorlaşmaktadır. Bu zorluğu aşabilmek adına kanaatimizce ürünün fail tarafından ortaya konulma amacı ve bu amacın dış dünyaya yansıtılması müstehcenlik ve çocuk pornografisinin tespitinde dikkate alınmalıdır. Örneğin sanatsal fotoğraf çekimi gibi estetik bir kompozisyon içinde çıplak bir çocuğun yer alması müstehcen değildir Yani pedofil bireyler gözetilerek söz konusu kompozisyon içinde kişinin cinsel dürtülerinin uyanabilir olması pedofil kişi model ajan kapsamında olmadığından müstehcenlik suçu gündeme gelmeyecektir. Zira muhatabında cinsel tepki uyandırmak için tasarlama kriteri ele alınırken cinsel uyarılma ve tahrik pedofil bireyler uyarınca değil, tahrikin objektif mahiyeti uyarınca ele alınmalıdır. Cinsel uyarılma ve tahrikin istismara yönelik olması hali dışında müstehcen olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir¹⁰⁶. Bu kriterin varlığını ispatlama noktasında mahkemeler sanığın iştiğal ettiği işi de gözetebilirler¹⁰⁷.

103 Adler (n 12) 256-257.

104 Ost (n 22) 445.

105 Adler (n 23) 88.

106 Özbek vd (n 14) 888.

107 Hollanda Ceza Kanunu m. 240b/3’te çocuk pornografisi suçunun bu işi meslek veya alışkanlık haline getiren kişiler tarafından işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bkz. Özbek (n 15) 36.

4. Fiil

Müstehcen görüntüden neyin anlaşılması gerektiği tespit edildiğine göre çocuğun müstehcen görüntülerinin sosyal medyada paylaşılmasının hangi suçlara konu olduğunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle kişinin görüntülerinin özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134), kaydedilmesi, yayılması, ele geçirilmesi kişisel verilerin kaydı (TCK m. 135), kişisel verilerin elde edilmesi ve yayılması (TCK m. 136) suçlarını, müstehcen ürünlerin bulundurulması veya yayınlanması gözetildiğinde müstehcenlik suçlarını (TCK m. 226/3 ve 5) gündeme getirebilir.

Müstehcen görüntü mahiyeti itibarıyla kişisel veri değil, özel hüküm olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun konusunu oluşturmaktadır, zira müstehcen görüntü kişinin herkesle paylaşılmasını istemeyeceği ve özel hayat kapsamında kalan bir veridir¹⁰⁸. Bu görüntü de müstehcenlik ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarına konu olabilecektir. Konuyla ilgili yargı uygulamasından örnek verilmesi gerekirse mağdurun göğüs bölgesi çıplak olan üst bedenine ait görüntü¹⁰⁹ veya on dört yaşındaki mağdurun çıplak ve cinsel organının görüldüğü fotoğraf¹¹⁰ müstehcen olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca Yargıtay içtihatlarına göre; içeriğinde çocuğun kullanıldığı üründe çocuğun cinsel ilişkide bulunması, cinsel arzuları tahrik edecek şekilde cinsel organlarını göstermesi ve hatta iki çocuğun müstehcen sayılır şekilde birbirlerine sarılmaları da m. 226/3'teki müstehcenlik suçuna konu olabilecektir¹¹¹.

Çalışma konusu itibarıyla fiil bahsinde yalnızca maddenin üçüncü ve beşinci fıkrasındaki yani çocuk pornografisinin konu olduğu suç tipleri ele alınacaksa¹¹² da beşinci fıkranın ayrı bir suç mu yoksa üçüncü fıkradaki suçların nitelikli hali mi olduğu değerlendirilmelidir. TCK m. 226'nın ilk beş fıkrasında seçimlik hareketli ayrı suçlar düzenlenmekte, hatta üçüncü fıkrada iki ayrı suç tipi yer almaktadır¹¹³, nitekim madde gerekçesi de bu hususa işaret etmektedir. Doktrinde başka bir görüşe göre ise ikinci ve beşinci fıkralar ayrı bir suç olmayıp müstehcenlik suçunun nitelikli halleridir¹¹⁴. Zira TCK'nın çeşitli maddelerinde fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli haldir ve müstehcenlik suçu için de bu ayırmadan sapmaya gerek bulunmamaktadır. Kanaatimizce beşinci fıkra madde gerekçesinin vurguladığı gibi ayrı bir suçtur ve bu tespitin pratik sonucu içtima bahsinde kendisini gösterecektir.

108 Aynı doğrultuda Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2014/11530, K. 2015/584, K.T. 19.1.2015.

109 Yargıtay 12. CD, E. 2020/629, K. 2021/17, K.T. 11.1.2021.

110 Yargıtay 12. CD, E. 2021/1557, K. 2021/5658, K.T. 07.07.2021.

111 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015.

112 Belirtelim ki maddenin ikinci fıkrasında müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlamak veya yayınlanmasına aracılık etme fiilleri cezalandırılmaktadır. Söz konusu yayınlama fiili beşinci fıkrada da zikredildiği için iki fıkra arasındaki farkın tespiti gerekmektedir. İkinci fıkra uyarınca müstehcen görüntünün sahibinin çocuk ya da yetişkine ait olması gerektiği belirtilmemişse de beşinci fıkrada münhasıran çocuğa vurgu yapıldığından, ikinci fıkradaki suçun konusu olan müstehcen görüntü, yazı ya da sözün sahibi çocuk olmayacaktır. Bu sebeple de söz konusu fıkra çalışma kapsamında bırakılmıştır.

113 Yıldız (n 16) 52; Özbek (n 15) 26; Özgenç (n 40) 279-280; Bkz. Yargıtay 4. CD, E. 2020/15644, K. 2021/9009, K.T. 11.03.2021; Kanun koyucunun TCK m. 226/5'i ayrı bir suç tipi olarak düzenlemesinin esin kaynağı olarak Alman Ceza Kanununda çocuk pornografisinin basın ve yayın yoluyla işlenmesinin ayrı düzenlenmesi olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Özbek (n 15) 165.

114 Duman (n 51) 84.

a. Çocuk Pornografisi Üretimi

TCK m. 226/3-c. 1’de çocuk pornografisi suçunun gündeme gelebilmesi için çocuğun müstehcen görüntülerin üretiminde kullanılması gerekmektedir¹¹⁵. TDK uyarınca üretmek sırasıyla; “aynı türden canlıları çoğaltmak”, “ekonomik bir etkinlik sonucu ürün elde etmek” ve “oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek” anlamlarını taşımaktadır¹¹⁶. Üretimde kullanılmak; çocuğun müstehcen ürün üretim zincirinin herhangi bir halkasında bulunması değil, ürünün içeriğinde müstehcen bir şekilde yer almasıdır. Yargıtay kararları uyarınca üretmekten anlaşılması gereken, söz gelimi çocuğun müstehcen görüntülerinin bir dergide yayımlanması gibi bir yapım sonucu ürün meydana getirmektir¹¹⁷. Söz konusu suç; hareketin şekline göre icrai, sayısına göre tek hareketli ve icrasına göre ise ani bir suçtur.

TCK m. 226/3-c. 1’deki suç tipinin Yargıtay kararlarındaki en sık görünümüne, failin özel bir yazılım vasıtasıyla sosyal medyada konuştuğu çocuğun müstehcen bir durumda olduğu sırada görüntülerini bilgisayara kaydedilmesi örnek olarak verilebilir¹¹⁸. Yargıtay’a göre resim, ses, yazı içeriğinde çocuğun müstehcen görüntüsünün bulunması m. 226/3-c. 1’deki suçun oluşumu için yeterlidir¹¹⁹. Müstehcen görüntüyü faille gönderen bizzat mağdursa ve fail bu görüntüyü sosyal medyada paylaşmışsa bu noktada TCK m. 226/3-c. 1 değil, m. 226/5 oluşacaktır, zira görüntüyü üreten fail değildir¹²⁰.

Çocuğun müstehcen görüntünün üretiminde kullanılmış olması için cinsel istismarın gerekip gerekmediği de ele alınmalıdır¹²¹. TCK m. 226/3’te Alman CK m. 184b’deki gibi fiilin ayrıca cinsel istismar niteliği taşıması gerektiği belirtilmediğinden kullanmanın cinsel istismarı da aşan daha geniş bir kavram olduğu kabul edilmiştir¹²². Bu muhtevada görüntüde yalnızca mastürbasyon yapan bir çocuğun bulunması da çocuk pornografisidir, zira görüntüdeki cinsel davranış bizzat çocuk tarafından da gerçekleştiriliyor olabilir. Ancak TCK m. 226/3’ün lafzı itibarıyla çocuğun bu davranışa başkası tarafından yönlendirilmiş olması gerekmektedir¹²³. Nitekim maddede failin çocuğu kullanan bir kişi olması gerektiği ifade edildiğinden çocuğun kendisine ait müstehcen görüntüleri kaydetmesi “çocuğun pornografik ürün üretiminde kullanılması” olmayacaktır. Bu hal çocuğun hile, hata, tehdit veya sair bir yolla kendine ait müstehcen bir görüntüyü kaydetmesini sağlayan kişinin; bağıllık kuralına konu bir fiili bulunmadığından şerik olarak sorumlu tutulmasına engel olsa da; şartları varsa TCK m. 28/1-c. 2 yollamasıyla dolaylı fail veya hataya düşürme yoluyla dolaylı fail olmasına engel değildir.

115 Tarafımızca “çocuk pornografisi üretimi” olarak ifade edilen TCK m. 226/3-c. 1’deki suç tipi için ağır (nitelikli) müstehcenlik ve “müstehcen ürün üretiminde çocukların, temsili çocuk görüntülerinin ya da çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması suçu” ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. Duman (n 51) 85.

116 <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 7 Ocak 2023.

117 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015.

118 Yargıtay 18. CD, E. 2015/32348, K. 2017/9727, K.T. 27.09.2017.

119 Yargıtay 18. CD, E. 2015/29886, K. 2017/2091, K.T. 22.02.2017.

120 Örneğin bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2020/629, K. 2021/17, K.T. 11.1.2021.

121 Bu durum yabancı literatürde “dual offender”, yani hem çocuğu istismar eden hem de çocuk pornografisine erişenin aynı kişi olması durumunu belirtmektedir. Bkz. Walsh vd (n 5) 220.

122 Özbek (n 15) 126.

123 Özbek (n 15) 127.

Çocukla cinsel ilişkiye giren failin çocuğun rızasıyla görüntüyü kendisi için veya sınırlı sayıda insanla paylaşmak üzere kayda almasının “üretim” fiilini karşılayıp karşılamadığı incelenmelidir. Doktrinde ve Yargıtay uygulamasında çocuk pornografisi suçunun oluşması için mağdurun rızasının bulunup bulunmaması veya failin ürünü kişisel kullanımı için veya ticari amaçla oluşturup oluşturumaması önemli değildir¹²⁴. Bu durum mahkemece cezanın belirlenmesi (TCK m 61) aşamasında nazara alınabilir. Oysa doktrinde de işaret edildiği üzere¹²⁵, söz gelimi rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye giren on altı yaşındaki bir çocuğun görüntüsünün bulunduğu cinsel birliktelik mağdur çocuk şikâyetçi olmadığında cezalandırılmayacaktır. Ancak fail, söz konusu cinsel ilişki anındaki kayıtlarla elde edilen telefondaki görüntü sebebiyle TCK m. 104’ten daha ağır bir ceza ile yani beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ve adli para cezasıyla cezalandırılabilir. Böylesine bir çelişkiye mahal vermemek adına da söz konusu fıkradaki çocuk pornografisi suçunun oluşması için görüntünün profesyonel çekim olup olmadığının ve görüntüde yer alanların para alıp almadığının da gözetilmesi gerektiği önerilmiştir¹²⁶.

Kanaatimizce kanun koyucunun bu suçta hapis cezasına ek olarak adli para cezası da öngörmesi, bu suçta ekonomik bir karakter görmesi ve çocuğa ait müstehcen görüntülerin ticari malzeme olmasını önlemek istemesindedir. Oysa görüntüdeki çocuğun, cinsel davranışa, rıza verme ehliyetinin bulunması kaydıyla, rıza gösterip de kişisel amaçlı kayıt yapması veya kayda izin vermesi bu amaçla bağdaşmamaktadır. Nitekim kaydı yapanın bizzat reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru çocuk olması halinde, çocuk pornografisi ile korunan hukuki değeri de gözettiğimizde kaydı partnerine gönderen mağdur çocuk bir anda TCK m. 226/3-c.2’deki suçun faili olacaktır. Ancak ceza hukuku yoluyla yasaklanmaya çalışılan çocuk pornografisi, esasında fail dışındaki bir kimse/kimselerin hak ve özgürlüklerini korumak üzere ihdas edilmiştir. Bu noktada çocuğun korunması hedefleniyorsa bu koruma TCK m. 104 ve 134 ile sağlanabilmektedir, ayrıca 226/3-c. 1 uyarınca cezalandırma yapmak ceza hukukunun gerektirdiği korumanın çok ötesindedir. Bunun yanında özel hayatı üzerinde tasarrufta bulunma ehliyetine sahip bir çocuğun rızası ile cinsel eylemlerde bulunduğu bir anı kaydetmesi veya kaydettirmesi sonucunda ceza yaptırımı ile karşı karşıya kalması özel alana ait bireylerin yaşam biçimine de müdahale etmek anlamına gelecektir¹²⁷. Nihai olarak on beş yaşını tamamlamış ve özel hayatı üzerinde tasarrufta bulunma ehliyeti bulunan çocuğun, rızası ile gerçekleşen cinsel eylemlerde bulunduğu görüntüsünün rızaya dayalı olarak kaydedilmesi ve kişisel kullanım için bulundurulmasının TCK m. 226/3’ü oluşturmadığı kanaatindeyiz. Örneğin Kanada Ceza Kanunu m. 163.1 uyarınca yayma amacı ile çocuk pornografisi üretme, bastırma, yayımlama veya bulundurma fiilleri ve çocuk pornografisini ithal etme, dağıtma, satma veya dağıtma amacıyla

124 Bkz. Gökcan ve Artuç (n 36) 7540; Özbek (n 15) 126; Özgenç (n 40) 273.

125 Bkz. Yıldız (n 16) 72; Belirtilmelidir ki ABD’de çocuk pornografisine dair federal düzeydeki düzenlemeler uyarınca çocuk pornografisi içeren görüntülerin indirilmesinin cezası en az beş yıl hapis, çocuğun yer aldığı müstehkih görüntülerin indirilmesi veya çok sayıda görüntüyü bulundurmanın cezası on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası olmaktadır. Bkz. Walsh vd (n 5) 227; Hatta çocuk pornografisiyle daha etkili mücadele etmek adına cezalar geçmişe göre artmaktadır. Örneğin 1995 yılında Montana eyaletinde çocuk pornografisi bulundurmanın cezasının üst sınırı altı ay hapis cezası iken on yıl hapis cezasına çıkarılmıştır. 2003 yılında Georgia eyaleti, çocuk pornografisi bulundurma kabahatini suç olarak değiştirmiş ve cezasını beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası olarak belirlemiştir. Bkz. Hessick (n 21) 149.

126 Yıldız (n 16) 72.

127 Söz konusu tespiti m. 226/4’teki “doğal olmayan ilişki” bakımından değerlendirmesi için bkz. Şen (n 15).

bulundurma cezalandırılmaktadır. Türk hukukunda da bulundurma ve üretmek fiillerinin “yayma” ve “satma veya dağıtma” amacına matuf olmak kaydıyla cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz¹²⁸. Nitekim bazı yazarlar tarafından da rıza vermeye ehil küçükler arasında gerçekleşen cinsel içerikli yazışmalarda müstehcen görüntülerin bulunmasının, bu yazışmalarda elde edilen görüntülerin yazışmanın muhatabı dışındaki üçüncü kişilere gönderilmesinden farklı sonuç bağlanması gerektiği savunulmuştur¹²⁹.

b. Çocuk Pornografisinin Konu Olduğu Çeşitli Fiiller

Failin cinsel ilişkiye girdiği çocukla olan görüntülerini kaydedip bir depolanabilir belleğe aktararak arkadaşına verdiğini düşünelim. Bu durumda failin sorumluluğunu belirlemek için seçimlik hareketli bir suç olan TCK m. 226/3-c. 2'yi ele almak gerekmektedir. Bu bentte çocuk pornografisi içeriklerinin bulundurulması ve dağıtımı söz konusu olmaktadır. Zira maddede; çocuğa, çocuk gibi görünen kişilere veya çocuk temsillerine ait görüntü, ses ya da yazıların olduğu müstehcen ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satışı, nakli, depolanması, ihracı, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması seçimlik hareketli ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla failin aynı müstehcen görüntüyü ihraç etmesi, ardından da başkalarının kullanımına sunması halinde tek bir suç söz konusu olduğundan fail yalnızca TCK m. 226/3-c. 2 uyarınca cezalandırılacak, olayda birden fazla seçimlik hareketin gerçekleşmesi cezanın belirlenmesi aşamasında alt sınırdan uzaklaşma nedeni olarak ele alınabilecektir. Söz konusu suç; hareketin şekline göre icrai, icranın şekline göre ise bulundurma ve depolama fiilleri mütemadi olmak üzere diğer seçimlik hareketleri ani olan bir suçtur.

Çalışmada sosyal medya bağlamında çocuklara ait müstehcen ürünler ele alındığından burada her bir seçimlik hareket değil, yalnız sosyal medya ile ilişkilendirilebilir olanlar ele alınacaktır. Öncelikle bir internet platformuna neyin “sosyal medya” vasfını kazandırdığının tespiti uygun olacaktır. Bir internet platformunun “sosyal” vasfını kazanabilmesi için bilişsellik, iletişim ve işbirliğine zemin hazırlar mahiyette olması gerekmektedir¹³⁰. Sosyal medya, Milenyumun ilk yıllarından itibaren “trend” bir kavram, aynı zamanda da Facebook, Twitter, YouTube, Wikipedia, LinkedIn, Tumblr, Pinterest, Instagram ve diğer sosyal arkadaşlık siteleri ile blog platformlarında kullanıcı ve yatırımcıları etkilemeyi gaye edinen bir pazarlama yolu olmuştur¹³¹. Sosyal medya; senkron ya da asenkron bir şekilde etkileşim halinde bulunan kullanıcılar tarafından oluşturulan içeriğin üretildiği, depolandığı ve dağıtıldığı çevrimiçi sistemlerdir. Bu etkileşim yapılandırılmış, yarı-yapılandırılmış veya yapılandırılmamış olmak üzere üç şekilde sağlanabilmektedir. Etkileşim, yapılandırılmış yani Ekşi Sözlük'teki gibi bir blogda ileti biçiminde cevaplar, yarı-yapılandırılmış yani Facebook'taki gibi arkadaşlar arasında tartışma ya da Twitter gibi konu başlıklarının belirli bir kimseye ait olmadığı ve belirsiz sayıda kullanıcı tarafından hashtag açmak suretiyle içeriğin çoğaltılabildiği yapılandırılmamış platformlarda gerçekleşebilir¹³². Sosyal medyada paylaşılan

128 Nel (n 33) 224.

129 Thomas ve Cauffmann (n 3) 637.

130 Fuchs (n 2) 58.

131 ibid.

132 Peter John Chen, *Australian Politics in a Digital Age* (Anu Press, 2013) 74-75.

bir fotoğraf, video veya ses kaydının TCK m. 6/1-g kapsamında yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan bir yayın ve sosyal medyanın da basın ve yayın yolu kanalı olup olmadığı ele alınmalıdır. Zira çalışma konusu bakımından çocuk pornografisi içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi ya da çocukların görmesi, dinlemesini, okumasını sağlama TCK m. 226/5'te, çocuk pornografisi üretimi suçundan farklı olarak, çocuk pornografisi olan ürünün yayımlanması veya çocuklara erişiminin sağlanması olarak ayrıca düzenlenmiştir¹³³.

Yargıtay¹³⁴ sosyal medya üzerinden çocuk pornografisi içeriği paylaşımının belirli sayıda kişiye ulaşma imkânının bulunup bulunmamasına göre TCK m. 226/5'teki hangi fiilin sübut bulduğuna kanaat getirmektedir. Yayma fiili, örneğin herkese açık bir sosyal medya hesabı üzerinden (public account) paylaşım yapmak suretiyle gerçekleşmiş ise bu durumda ürünün belirsiz sayıda kişiye ulaşma imkânı söz konusudur ve çocuk pornografisi içeriği basın ve yayın yoluyla yayınlanmıştır. Ancak çocuk pornografisi içeriği gizli bir sosyal medya hesabı (private account) üzerinden yalnızca takipçiler ile paylaşılmışsa bu durumda TCK m. 226/3-c. 2 anlamında "başkalarının kullanımına sunma" ve eğer takipçiler arasında çocuklar varsa TCK m. 226/5 anlamında "çocukların görmesini sağlama" suçları oluşacak, failin sorumluluğu TCK m. 44 uyarınca belirlenecektir. Bir başka ihtimal olarak fail, sosyal medya hesabının sunduğu özel doğrudan mesajlaşma (direct message) hizmeti ile belirli sayıda kişiler ile çocuk pornografisi içeriği paylaştığında yine suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi sübut bulmayacaktır. Ezcümle sosyal medya üzerinden gerçekleşen bir çocuk pornografisi içeriğinin paylaşımının TCK bağlamında suçun basın ve yayın yoluyla gerçekleşmiş olabilmesi için potansiyel muhatabının belirsiz sayıda kişi olması gerekmektedir.

Sosyal medya platformlarıyla iletişimde ülke sınırı bariyerinin bulunmadığı nazara alındığında sosyal medya hesabı üzerinden yabancı bir ülkedeki görüntünün Türkiye'deki sosyal medya kullanıcıları ile paylaşılmasının çocuk pornografisi ithali olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Yargıtay tarafından ülkeye sokmadan ithal etmek anlaşılmaktadır ve ürünün ülkeye ne yollarla sokulduğunun bir önemi bulunmamaktadır¹³⁵. Yabancı bir ülkede bulunan bir çocukla sosyal medya üzerinden tanışıp çocuğun kendisine müstehcen görüntülerini göndermesini sağlayan fail, bu görüntüleri kendi sosyal medya hesabından paylaştığında müstehcen görüntüyü ülkeye sokmuş mu olacaktır? Suça konu olan müstehcen görüntüdeki çocuğun yabancı ülkede bulunması nedeniyle Türkiye'de bu görüntüleri paylaşan fail hükümde yer alan "ülkeye sokma" fiilini mi gerçekleştirmiştir? Kanaatimizce Yargıtay ürünün ülkeye ne şekilde sokulduğunun önemli olmadığını belirtmişse de ülkeye sokmadan anlaşılması gereken, fiziksel olarak müstehcen görüntü içeren ürünün ülke sınırından geçerek Türkiye'ye varmasıdır¹³⁶. Ancak görüntü internet üzerinden faile ulaştırıldığında, maddesel olarak ürünün bir yer değişiminden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Failin bu müstehcen görüntüleri umuma açık olarak sosyal medya üzerinden paylaşımı şeklindeki fiili ise basın ve yayın yoluyla bu ürünün içeriğinin yayılmasına sübut vermektedir.

133 Özgenç (n 40) 280; Sosyal medya ve müstehcenliğe dair ayrıca bkz. Ramazan Özkepir vd, *Sosyal Medya ve Basın Hukuku* (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2022) 360 vd.

134 Bkz. Yargıtay 18. CD, E. 2017/1867, K. 2017/6815, 31.05.2017; Yargıtay 4. CD, E. 2020/15644, K. 2021/9009, K.T. 11.03.2021; Aynı yönde bkz. Duman (n 51) 141.

135 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015.

136 Aksi yönde bkz. Yıldız (n 16) 75; Gökcan ve Artuç (n 36) 7541.

Çocuk pornografisi içeren ürünün bulundurulması ürünün failin zilyetliğinde olmasıdır. Yargıtay müstehcen görüntü içeren ürünün bulundurulması için sistematik şekilde ürünü bulundurma veya depo etmeyi aramaktadır¹³⁷. Fail; çocuğun kullanıldığı müstehcen görüntüyü kendisi için saklamış, depo etmiş veya kaydetmişse görüntü üzerinde zilyet olduğundan TCK m. 226/3-c. 2'deki bulundurma seçimlik hareketinden sorumlu olacaktır. Ayrıca Yargıtay ülkeye sokma fiili için failde ticari bir saikin bulunmasını ararken, başkalarının kullanımına sunma veya bulundurma fiili için böyle bir saik aramamaktadır¹³⁸. Ticari saikin ispatı için müstehcen ürünün adedi belirleyici olacaktır. Nitekim ABD hukukunda da bu hususa dikkat edilmektedir, zira sanıklar spam mailler dolayısıyla pornografik içeriğin otomatik olarak bilgisayarlarına indiği ve kastının bulunmadığı savunmasında bulunabilmektedir. Bu nedenle de mahkemeler şu hususları gözetmektedir: Öncelikle sanıkta bulunan çocuk pornografisi içeriği üçten az olmalıdır. Sanık derhal ve iyi niyetle kolluk makamları hariç bir başkasının söz konusu görüntülere veya bunların bir kopyasına erişmesine veya muhafaza etmesine izin vermemiş olmalıdır. Son olarak sanık söz konusu görüntülerin yok edilmesi için atılması gereken tüm adımları yerine getirmiş olmalı veya durumu kolluk makamlarına haber vermiş olmalı ve makamların bu görüntülere erişmesini temin etmelidir¹³⁹.

Çocuk pornografisi içeren ürünün depolanması ise depolama iradesinin bulunarak bu ürünlerin saklanmasıdır. Bu iradenin var olup olmadığının tespiti için de görüntülerin temin edildikten sonra ne kadar süre ile tutulduğu, görüntü sayısı, silinen görüntünün tekrar elde edilebilmesi için bir sınıflandırma veya uygulama bulunup bulunmadığını araştırmaktadır¹⁴⁰. Depolama ve bulundurma arasındaki ayrım, depolamanın bir veri depolama işlevine sahip araçta ürünün bulundurulmasıdır¹⁴¹.

Başkalarının kullanımına sunma ise ürünün mülkiyeti failde bulunmak kaydıyla bir başka kimseye ivazlı veya ivazsız bir şekilde söz gelimi ödünç olarak veya kiralarak zilyetliğinin geçirilmesidir¹⁴². Başkalarının kullanımına sunma internet uygulamaları vasıtasıyla da gerçekleştirilebilir. Görüntünün internet üzerinden umuma değil de belirli bir veya birkaç kişiye gönderilmesi halinde başkalarının kullanımına sunma fiili gerçekleşmiş olacaktır¹⁴³.

B. MANEVİ UNSUR

TCK m. 226'da saik, amaç veya suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğine dair özel bir ibare bulunmadığından maddedeki müstehcenlik suçları olası kastla da işlenebilir. Failin kastı suçun tüm

137 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015.

138 YCGK, E. 2014/603, K. 2015/66, 24.03.2015; Yargıtay 18. CD, E. 2015/29886, K. 2017/2091, K.T. 22.02.2017; Birleşik Krallık İstinaf Mahkemesinin *R. v. Toomer* kararında, Çocuğun Korunması Kanununda nitelikli hal olarak düzenlenmemişse de cezanın alt ve üst sınırlar arasında tayininde cinsel sömürünün ticari amaçla gerçekleşip gerçekleşmemesi, ürünün mahiyeti ve sanığın karakteri dikkate alınmıştır. Bkz. Ost (n 22) 440.

139 Nel (n 33) 228.

140 Duman (n 51) 123. Karar için bkz. Yargıtay 18. CD., E. 2016/9048, K.2018/11261, K.T. 18.09.2018,

141 Duman (n 51) 125.

142 İbid 126.

143 Gökcan ve Artuç (n 36) 7544; Müstehcen görüntüye gayri muayyen sayıda kişinin ulaşma imkânı olmadığından bu halde m. 226/5 oluşmayacaktır. Bkz. Taneri (n 36) 601.

maddi unsurları gibi müstehcen içerikte yer alan kişinin veya temsili görüntünün çocuk olduğunu da kapsamalır¹⁴⁴. Örneğin yetişkin pornografi filmi üretmek için filmde yetişkin zannedilerek oynatılan kişi aslında on sekiz yaşını doldurmamış bir kimse olmasına rağmen yaşını saklamışsa, söz konusu müstehcen filmi üreten failin kastının suçun konusunu kapsayıp kapsamadığını değerlendirmek gerekir. Doktrinde “iradi körlük”¹⁴⁵ olarak isimlendirilen bu halde fail, filmde oynamak isteyen kişinin çocuk olmasını olasılık dahilinde görmüş ve buna rağmen kimlik sorma, yaşını öğrenme gibi herhangi bir araştırmaya girmeksizin bu riski üstelenmişse TCK m. 226/3-c. 1 bakımından olası kastı mevcuttur. Elbette bu noktada para kazanma ya da sair bir saikle yaşını saklayarak ya da sahte bir kimlik kullanarak bir yetişkin filminde yer alan çocuğun durumunu ayrı değerlendirmek gerekir. Bu durumda içeriği üreten failin, filmde kullanılanın bir çocuk olduğunu bilmediğinden suçun konusunda hata dolayısıyla kastı kalkacaktır, ancak pornografik içerikte yer alan çocuk hataya düşürme yoluyla TCK m. 226/3-c. 1’in dolaylı faili olabilecektir.

Çocuk pornografisine ilişkin ABD federal hukukunda da suçun manevi unsuru Türk ceza Hukuku ile aynı olup pornografik ürünün üretimi, bulundurulması ve ticaretine dair fiillerin kasten (“knowingly”) işlenebileceği düzenlenmiştir¹⁴⁶. Ancak Siber Suçlar Sözleşmesi m. 9, taraf devletlere çocuk pornografisini yasaklama ve cezai yaptırım ile karşılama yükümlülüğü getirirken farklı bir manevi unsur öngörmüştür. Sözleşmeye göre bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtmak amacıyla çocuk pornografisi üretme fiili cezalandırılacaktır, yani bilgisayar sistemi üzerinden dağıtma amacı aranmıştır¹⁴⁷. Oysa TCK m. 226/3-c. 1’deki suç olası kastla da işlenebilen ve suçun oluşumu için herhangi bir saik veya amacın aranmadığı bir suç tipidir. Oysa çocuk pornografisi üretimi ve dağıtımına dair kanun koyucunun bu suç tiplerini ihdas amacını gözeterek bir manevi unsur tayini isabetli olabilirdi. Zira TCK’daki çocuk pornografisine dair suçların her biri bakımından kanun koyucu, hapis cezasının yanında beş bin güne kadar adli para cezası öngörmüştür. Kanaatimizce bu muhtevada kanun koyucunun, adli para cezasını TCK m.52’den ayrılarak beş bin güne kadar tayin etmesi suçun ekonomik karakterine yaptığı bir vurgudur. Bu yüzdendir ki çocuk pornografisi üretimi bakımından kanun koyucunun manevi unsur olarak “ticari amaçla” veya “yayma amacıyla” içeriğin üretilmesi şeklinde bir ibare ilave etmesi uygun olacaktır. Bunun yanında spam e-postalar, virüsler ve internetin dehlizlerindeki birtakım sorunlar gözetildiğinde elektronik cihazlara kolaylıkla sirayet edebilen çocuk pornografisinin konu olduğu diğer fiiller bakımından suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğine dair “içerikte yer alanın çocuk, temsili çocuk görüntüsü veya çocuk gibi görünen kimse olduğunu bilerek” şeklinde bir hükmün bulunması isabetli olurdu.

144 Örneğin Kanada ceza hukukunda çocuk pornografisine ilişkin suçlarda failin kastının görüntüde kullanılan çocuğun on sekiz yaşında veya daha büyük olduğuna dair iddiası çocuğun yaşının doğrusunu öğrenmek için makul olan tüm adımları atıp atmadığının mahkemece analizini gerektirmektedir. Bkz. Nel (n 33) 225.

145 Bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi 2019) 237-238.

146 Bkz. 2002 tarihli Çocuk Müstehcenliğini ve Pornografisini Önleme Kanunu (Child Obscenity and Pornography Prevention Act); Y.Y (n 96) 2209.

147 Bkz. Explanatory Report ETS 185 Cybercrime (Convention) (n 17) 17.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

1. İlgilinin Rızası

Çocuğa ait müstehcen görüntünün fail tarafından çocuğun rızasına dayalı olarak elde edilmesi halinde, hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası kapsamında ele alınması gerekmektedir. Çocuğun görüntüsünün kaydedildiğinin farkında olup olmaması özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bağlamında belirleyici olacaktır, zira kişinin rızası olmaksızın müstehcen görüntüsünün söz gelimi bir başkasına gösterilmesi, kaydedilmesi veya yayılması biçimindeki ihlal fiilleri TCK m. 134'e sübut verecektir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu serbest hareketli bir suçtur, ancak suçun görüntünün kaydı suretiyle gerçekleşmesi fiilden kaynaklı daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli haldir. Çocuğun görüntülerinin kaydına rıza göstermesi halinde ise özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşmayacaktır, zira ergin olmasa da çocuğun görüntüsü yani kişilik hakkı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunması caizdir. Ancak çocuğun, görüntülerinin kayda alınmasının mahiyetini anlayabilen yani bu noktada ayırt etme gücü bulunan bir kişi olması gerekmektedir.

Yargıtay ise ayırt etme gücünün bulunup bulunmamasından ziyade, cinsel istismar suçu için bir kriter olan on beş yaşını tamamlamış olmayı özel hayatın gizliliğini ihlal suçu için de uygulamaktadır¹⁴⁸. On beş yaşını tamamlamamış çocuğun, görüntülerinin kaydına rıza¹⁴⁹ gösterdiği kişinin bizzat onu cinsel istismar eden kişi olması çocuğun özel hayatının gizliliği üzerinde tasarrufta bulunabilmesine imkân tanımamaktadır. Zira hem TCK m. 103 hem de m. 134 bağlamında gerçekleşen tipik fiile çocuğun rıza göstermesi mümkün değildir, bu nedenle de failin cinsel istismar fiilini gerçekleştirirken zaten çocuğun bedenini göstermeye rızasının olduğu iddiası isabetli olmayacaktır.

Rıza vermeye ehil bir çocuğun rızaya dayalı olarak özel hayatına ilişkin görüntüleri faille paylaşması halinde TCK m. 134/1 oluşmuyorsa da failin bu görüntüleri çocuğun rızası hilafına ifşa etmesi ile m. 134/2 oluşmaktadır. Yani çocuğun özel hayatına ilişkin görüntü kapsamında gösterdiği rıza kül halinde o görüntülerin herhangi bir suça konu edilebilmesi için değil, yalnızca somut olay kapsamındaki fiile ilişkindir¹⁵⁰. Ayrıca ifşa edilen görüntülerin bir başkası tarafından basın-yayın yoluyla yayımlanması halinde bu da m. 134/2'ye vücut verecektir. Görüntüyü ifşa eden failin ifşasını

148 YCGK, E. 2013/14-551, K. 2014/311, K.T. 10.6.2014; Yargıtay'ın özel hayat üzerinde ilgilinin rızasını cinsel suçlar konusundaki yaş kriterinden hareketle belirlemeye çalışmasının ve on beş yaşını tamamlamış çocuğun özel hayatı üzerinde rızası ile gerçekleşen fiillerin hukuka uygun olduğu tespitinin isabetli olmadığına dair bkz. Özgenç (n 43) 263.

149 Belirtilmelidir ki Yargıtay'ın m. 134 bağlamında rızayı "hukuka uygunluk nedeni" olan rıza bağlamında değerlendirmektedir. Oysa kanaatimizce özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda açık bir şekilde maddede yer almasa da ihlal, bizatihi bünyesinde rızaya aykırılığı taşımaktadır ve bu; rızanın hukuka uygunluk nedeni olan rıza değil, tipikliği kaldıran rıza olduğu manasına gelmektedir. Aynı yönde bkz. Özgenç (n 40) 275.

150 Eker Kazancı (n 27) 153; Fail, mağdura ait müstehcen görüntüleri rızaya dayalı bir biçimde elde etmişse de sonrasında intikam amaçlı bu görüntüleri sosyal medyada yayabilmektedir. İntikam pornosu ABD basınına ve yargı kararlarına da yansımıştır. P.A. isimli 18 yaşındaki erkek fail, kavgalı olduğu on altı yaşındaki eski kız arkadaşının çıplak fotoğraflarını yüzlerce farklı kişiye gönderdiğinden çocuk pornografisinden mahkûm olmuş ve cinsel suç mahkûmları siciline de kaydedilmiştir. Bkz. Vicki Mabrey ve David Perozzi, 'Sexting': Should Child Pornography Laws Apply? <<https://abcnews.go.com/Nightline/phillip-alpert-sexting-teen-child-porn/story?id=10252790>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2023; Bu durum intikam pornosu veya cinselleştirilmiş sanal zorbalık gibi isimlerle anılmakta ve bunun temelinde de cinsiyetçilik ve kadın düşmanlığının yer aldığı ileri sürülmüştür. Bkz. Shariff ve DeMartini (n 3) 283.

bizatihi basın-yayın yoluyla gerçekleştirmesi veya öncelikle bir kişiye görüntüyü ifşa edip ardından sosyal medyada da paylaşması halinde cezalandırılmayan sonraki hareket olarak değerlendirilmeli ve fail tek bir kez özel hayatın gizliliğini ihlal (m. 134/2) suçundan cezalandırılmalıdır. Ancak görüntüyü ifşa eden kişiden farklı bir kişinin görüntüyü sosyal medyadan yayımlaması halinde, yani ifşanın ifşası durumunda bu ikinci ifşayı yapan kişi de m. 134/2-c. 2'nin açık hükmü uyarınca cezalandırılmalı, görüntünün hâlihazırda zaten ifşa edildiği savunmasından yararlanmamalıdır.

TCK m. 226/3 veya m. 226/5'te müstehcen içerikteki çocuğun rızasının olup olmadığını yukarıda değerlendirdik¹⁵¹. Kanun koyucu yaşına veya rızasının varlığına bakılmaksızın çocuğun, çocuk pornografisinde kullanılmasına cevaz vermemiştir¹⁵². Örneğin Yargıtay kararına konu bir olayda on dört yaşındaki kız çocuğu mağdur, internette tanışıp arkadaş olduğu on yedi yaşındaki faille kendi rızasıyla yarı çıplak ve sutyensiz olan fotoğraflarını göndermiş ve kendi Facebook şifresini de faille paylaşmıştır. Bir süre sonra mağdurla arası bozulan fail, mağdura ait bahsi geçen görüntüleri, şifresini bildiği mağdurun Facebook hesabından paylaşmıştır. Yargıtay söz konusu olayda hem TCK m. 134/2 hem de m. 226/5'in oluştuğunu ve farklı neviden fikri içtima kuralı uyarınca failin yalnızca m. 226/5'ten cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır¹⁵³. En nihayetinde Yargıtay'a göre mağdurun on beş yaşını tamamlamamış bir çocuk olması durumunda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bağlamında ve yaşı dikkate alınmaksızın müstehcenlik suçları bağlamında ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olmayacaktır.

2. Hakkın Kullanılması

Ebeveyn tarafından çocuğa ait görüntülerin sosyal medyadan paylaşılmasının velayet hakkı kapsamında kaldığını belirtmek gerekir. Örneğin Alman CK m. 184b'de çocuk pornografisi fiilinin cinsel istismar biçiminde olması arandığından örneğin çocuğuna banyo yaptıran ebeveynin bunu kayda alması hali salt çocuk çıplak bir şekilde görüntüde yer aldığından pornografi olarak nitelendirilmemektedir¹⁵⁴. Ancak velayet hakkının sınırlarının aşılması ve ebeveynin bu noktada kaydettiği ya da paylaştığı çocuğa ait görüntünün yukarıda muhtevası çizilen müstehcenlik kapsamında kalması halinde elbette ebeveyn de çocuk pornografisine ilişkin suçlardan mahkûm olabilecektir. ABD Yüksek Mahkemesi, *People v. Pinkoski* kararında altı yaşındaki kızına zincirleme şekilde kötü muamele eden annenin kızını cinsel bir gösteride kullanma, cinsel gösteriye teşvik etme ile cinsel gösteri görüntüsünü bulundurma fiillerini birinci derece cinsel istismar ve birtakım fotoğraflarla çocuğun üstün yararını tehlikeye sokma kapsamında ele almıştır. Söz konusu fotoğraflarda kızın göbeği, göğsü ve poposu çıplak bir şekildedir, ayrıca şortu ve gömleği aşağı indirilmişken vücudunun ön tarafı görünmektedir. Mahkeme, çocuk fotoğraflarda çıplak olsa da kaba bir şekilde müstehcen bir cinsel organ gösteriminin söz konusu olmaması sebebiyle görüntüleri pornografik olarak nitelendirmemiştir¹⁵⁵.

151 Bkz. "Fiil" bahsinde "Çocuk Pornografisinin Üretilmesi" alt başlığı.

152 Özgenç (n 40) 253.

153 Yargıtay 12. CD, E. 2014/19535, K. 2015/4333, K.T. 09.03.2015.

154 Özбек (n 15) 126 dn. 31.

155 Thomas ve Cauffmann (n 3) 637.

Hakkın kullanılmasına dair bir diğer hukuka uygunluk sebebi bizzat müstehcenlik suçuna dair maddede düzenlenmiştir. AY m. 28'in bir görünümü olarak TCK m. 226/7'de bilimsel eserler bakımından külli olarak, sanatsal ve edebi eserler bakımından ise çocuk pornografisi üretimi ve ticareti hariç tutularak ve çocuklara erişimin sınırlandırılması kaydıyla müstehcenliğin bilim ve sanat hürriyeti kapsamında olabileceği hükme bağlanmıştır. Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda olmamak üzere TCK'nın genel hükümler kısmında zikredilmişse de özel hükümlerde bir hukuka uygunluk nedenine özel olarak yer verilmesi gereksiz bulunabilir¹⁵⁶. Ancak söz konusu hükmün, tıpkı TCK m. 128, TCK m. 218/1-c. 2, TCK m. 285/6 veya TCK m. 301/3 gibi kanun koyucunun bir hakkın kullanılmasının suç olamayacağını uygulamacıya hatırlatmak için gerekli olduğu kanaatindeyiz.

III. KUSURLULUK

TCK genel hükümler kısmında sayılan kusurluluğu kaldıran veya etkileyen hallerin müstehcenlik suçları bakımından da şartları varsa uygulanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak hususi olarak sosyal medya üzerinden tanışan çocukların kendi aralarında cinsel içerikli yazışma yapması ve muhatabının telkin veya teşvikiyle kendine ait müstehcen görüntüyü muhatabıyla paylaşması halinin kusurluluk bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle çocuğun rızası ile gerçekleşen bir cinsel ilişkinin kaydedilmesinin görüntüyü kaydeden bakımından TCK m. 226/3-c.1, görüntünün kaydedilmesini isteyen çocuk bakımından ise bu suça azmettirme olması TCK m. 30/4 bağlamında hata hükümlerini gündeme getirecektir. Buradaki kaçınılmazlık değerlendirmesi de kişinin eğitim durumu, sosyal durumu gibi şahsi durumunun gözetilmesini gerektirmektedir. Örneğin sosyal medyayı sıklıkla kullanan ortalama bir insanın müstehcen bir görüntüyü paylaşmanın hukuka aykırı olduğunu bilmediğine dair iddiasının hayatın olağan akışı ile bağdaşır olması gerekmektedir.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Suçun özel görünüş biçimlerinden teşebbüs ve iştirak bakımından ceza hukuku genel hükümlerden ayrı hususi olarak bir açıklama yapma gereği bulunmadığından bu başlık altında yalnızca tartışmalı olan içtima meselesine temas edilecektir. Örneğin failin sosyal medya üzerinden görüştüğü ve tehdit ederek on yedi yaşındaki mağdurun çıplak fotoğraflarını cep telefonuna kaydettiği olayda failin sorumluluğu nasıl tespit edilmelidir? Fotoğrafın çekilmesi, TCK m. 226/3-c. 1 kapsamında çocuk pornografisi üretimi ve bilgisayar ya da cep telefonunda tutulması ayrıca TCK m. 226/3-c. 2 kapsamında çocuk pornografisi bulundurmak olarak mı değerlendirilecektir?

Yargıtay bahsi geçen olayda hem TCK m. 134 hem de m. 226/3-c. 1'in işlendiğini ve farklı neviden fikri içtima kuralının uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır¹⁵⁷. Oysa farklı neviden fikri

156 765 sayılı Kanunda müstehcenlik suçuna ilişkin düzenlemenin ilk halinde bilim ve sanat hürriyetine dair bir vurgu yer almamaktaydı. 2003 yılında 4693 sayılı Kanun ile m. 426'ya "Bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır" hükmü eklenmiştir. Söz konusu eklemenin İtalyan Ceza Kanunu m. 529'da bilim ve sanat eserlerinin müstehcen sayılmayacağına dair hükmün kanun koyucuyu etkilediği kanaatindeyiz. İtalyan Ceza Kanunundaki hüküm için bkz. Erem (n 39) 223.

157 Yargıtay, 8. CD, E. 2018/5145, K. 2018/9639, K.T. 20.9.2018; Banyo yapan çocuğun görüntülerini gizlice kaydeden sanığın fiilinin TCK m. 134/1 ve m. 226/3-c. 1'i oluşturduğuna dair bir başka karar için bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2018/4868, K. 2018/11056, K.T. 21.11.2018.

içtima için failin tek bir fiille birden fazla farklı suç işlemesi gerekmekte iken TCK m. 226/3'teki çocuk pornografisi üretme ve bulundurma tek bir fiil değil, ayrı fiillerdir. Bu noktada çocuk pornografisi üretmenin ardından bulundurma fiilinin cezalandırılmayan sonraki hareket yahut çocuk pornografisi üretmenin bulundurmaktan önce gelen cezalandırılmayan önceki hareket olup olamayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir. Belirtelim ki görünüşte içtimanın birer görünümü olarak cezalandırılmayan önceki hareket tüketen-tüketilen norm ilişkisinin bir sonucudur. Bunun uygulanabilme şartları ise; tipik ve hukuka aykırı birden fazla hareketin bulunması, her iki hareketin de aynı konu, aynı mağdur ve aynı veya benzer mahiyetteki hukuki değeri ihlal etmesi, ilk hareketten diğerine geçişte haksızlıkların nicelik veya nitelik itibarıyla artırılmış olması ve son olarak failin sonraki hareketinin cezalandırılabilir olması gerekmektedir¹⁵⁸. Çocuk pornografisi nezdinde, failin çocuğu cinsel içerikli bir filmde kullanarak çekim yapması ve ardından da bu filmi bilgisayarında saklaması örneğinde cezalandırılmayan önceki hareketten söz edilemeyecektir. Zira müstehcen film üretimi için çocuğu kullanan kişinin TCK m. 226/3-c. 1'de ihlal ettiği hukuki değer ile bu filmi bulundurma ile ihlal ettiği hukuki değer aynı olsa da müstehcen görüntü üretmenin haksızlık içeriği, müstehcen ürün bulundurmanın haksızlık içeriğinden fazladır. Nitekim kanun koyucunun birinci cümledeki üretme suçu için öngördüğü yaptırım, ikinci cümledeki müstehcenlik suçu için öngördüğü yaptırımdan daha ağırdır. Oysa çocuk pornografisi bulundurmanın haksızlık içeriği, üretmeden daha ağır olsaydı kanun koyucu bulundurmayı üretmeden daha ağır bir yaptırımla karşılardı. Söz konusu örnekte failin ürettiği çocuk pornografisi içeriğini sosyal medyada paylaşması halinde ise TCK m. 226/3-c. 1'in m. 226/5 bakımından cezalandırılmayan önceki hareket olup olmadığı da incelenmelidir. Kanaatimizce bu hususta da haksızlık içeriği ikinci hareketle artırılmadığından, her ne kadar hapis cezasının alt sınırı m. 226/3-c. 1'e göre bir yıl daha fazlaysa da, bu suçun m. 226/5 karşısında cezalandırılmayan önceki hareket olduğundan söz edilemeyecektir. Zira her iki suç tipiyle de aynı hukuki değer korunmakta ve haksızlık artırılmamaktadır ve cezalandırılmayan önceki hareketle hedeflenen daha ağırın cezalandırılmasıyla diğerinin cezalandırılma amacının ve toplumsal değerinin bulunmaması söz konusu olmamaktadır¹⁵⁹.

Çocuk pornografisi üretmenin; failin TCK m. 226/3-c. 2'de yer alan fiillerden birini veya birkaçını işlemesi halinde sonraki fiillerinden dolayı cezalandırılmamasının mümkün olup olmadığı da tüketen-tüketilen norm ilişkisi bağlamında ele alınmalıdır. Cezalandırılmayan sonraki hareketin şartları ise sonraki fiille ilk fiilden başka bir hukuki değer ihlal edilmemesi ve mevcut zararın artırılmamış olmasıdır¹⁶⁰. Kanaatimizce görünüşte içtima nezdinde arz edilen örnek olayda çocuk pornografisi üretmenin ardından bu görüntünün söz gelimi satışa arz edilmesi veya sosyal medyada paylaşılması failin aynı olması kaydıyla cezalandırılmayan sonraki harekettir. Zira TCK m. 226/3-c. 1 ve c. 2'deki suçlarla aynı hukuki değer olarak kamu ahlakı korunmaktadır. Her ne kadar çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünün ihraç edilmesiyle daha fazla kişinin çocuğu göreceği mümkün olsa da burada mevcut zararın artırıldığı söylenemez, zira zarar suçun konusu, korunan hukuki değer veya

158 Erkan Sarıtaş, 'Cezalandırılmayan Önceki Hareketler' (2022) 80 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 629 vd.; Kayhan İçel, *Suçların İçtimaı* (İstanbul, Sermet Matbaası, 1972) 179 vd.

159 Sarıtaş (n 158) 635; Aynı durum cezalandırılmayan sonraki hareket için de geçerlidir. Bkz. İçel (n 158) 196.

160 İçel (n 158) 180, 197.

mağdur nezdinde değerlendirildiğinde aynıdır. Müstehcen görüntü içeriğinde kullanılan çocuğun özel hayat kapsamında maruz kaldığı zarar, müstehcenliğin yanında bireye ait değerleri koruyan cinsel suçlar veya özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında failin bu suçlardan cezalandırılması suretiyle göz önünde bulundurulmaktadır. Bu nedenle de failinin aynı olması kaydıyla TCK m. 226/3-c. 1'deki suçun ardından işlenen m. 226/3-c. 2 veya TCK m. 226/5 cezalandırılmayan sonraki hareket olarak ele alınmalıdır. Bu bahiste şunu da ele almakta fayda vardır ki aynı fail tarafından işlenen ikinci suç her ne kadar cezalandırılmayan sonraki hareket olarak değerlendirilirse de ilk fiile bir iştiraki olmaksızın ikinci fiile iştirak eden kişi cezalandırılacaktır. Zira cezalandırılmayan sonraki fiil bağımsız bir fiil teşkil etmektedir¹⁶¹.

1. Zincirleme Suç

Fail, çocuğa ait müstehcen görüntüleri farklı zamanlarda sosyal medyada paylaştığında veya aynı anda farklı sosyal medya platformlarında paylaştığında zincirleme suç hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk senaryoda elbette aynı mağdura, yani TCK m. 226/5 nezdinde toplumu oluşturan herkese karşı farklı zamanda aynı suç işlenmekte olup zincirleme suç hükmü uygulanacaktır. Belirtelim ki failin birinci günkü sosyal medyadaki çocuk pornografisi paylaşımında A isimli çocuk kullanılmışken, ikinci günkü paylaşımında B isimli çocuğun olması halinde mağdur farklı olmayacaktır ve bu durum zincirleme suçun oluşumuna engel değildir.

Yargıtay'ın zincirleme suçta hukuki kesinti olarak ele aldığı iddianamenin düzenlenmesi müstehcenlik suçları bakımından da aynen geçerlidir. Aralarında birer yıl bulunan iki farklı aramada sanığın dükkânında TCK m. 226/4'e konu müstehcen ürün ele geçirilmiştir ve aradaki bir yılda ilk suç için henüz iddianame düzenlenmediğinden Yargıtay zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁶².

Yargıtay TCK m. 226/4 kapsamındaki müstehcen görüntüleri basın ve yayın yoluyla çocukların görmesini sağlama fiiline ilişkin olayda farklı tarihlerde görüntüyü gören her bir çocuğu suçun mağduru olarak kabul etmiş ve mağdur sayısınca suçun oluştuğu sonucuna varmıştır. Bunun yanında kararda çocukların aynı ortamda bulunması halinde tek bir fiille aynı neviden fikri içtima hükmü uyarınca failin cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir¹⁶³. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu yaklaşımı hatalıdır, zira öncelikle TCK m. 226'daki suçların mağduru belirli bir kimse olmayıp toplumu oluşturan herkestdir. Söz konusu olayda da çocuğa müstehcen ürün gösteren kişinin fiili ile görüntü gösterdiği veya sosyal medya üzerinden gönderdiği her bir çocuğa karşı cinsel taciz suçu sübut bulmuştur. Ancak müstehcenlik suçu bakımından suçun konusu müstehcen görüntü aynı olduğu için tek bir konu üzerinde farklı zamanlarda aynı suç işlenmiştir. Bu halde de farklı tarihlerde farklı çocuklara gönderilen müstehcen görüntüler, cinsel tacizin yanında TCK m. 226/5'in zincirleme suç biçiminde işlenmesidir, yani Yargıtay'ın bu noktada gerçek içtima uyarınca failin mağdur çocuk

161 ibid 202.

162 Yargıtay 9. CD, E. 2021/26565, K. 2022/4785, KT. 24.5.2022; Benzer yönde Yargıtay 4. CD, E. 2021/30775, K. 2021/27682, KT. 25.11.2021.

163 Yargıtay 4. CD, E. 2020/12616, K. 2020/21476, KT. 24.12.2020.

sayısınca müstehcenlik suçu oluştuğuna ilişkin kararı isabetli değildir. Nitekim bu suçun mağduru çocuk değil, toplumu oluşturan herkestir. Yargıtay'ın müstehcen görüntüyü aynı anda aynı ortamda birden fazla çocuk gördüğünde aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği görüşü de hatalıdır. Zira bu halde tek bir fiil olarak müstehcen görüntü gösterme, tek bir konu olarak müstehcen ürün, tek bir mağdur olarak toplumu oluşturan herkes ve tek bir suç olarak TCK m. 226/5'teki suç mevcuttur.

2. Farklı Neviden Fikri İçtima

Failin cinsel arzularını tatmin amacı ile mağdurun müstehcen bir duruma gelmesini sağlaması cinsel istismar veya cinsel taciz suçlarının sübutu bakımından da değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu muhtevada bir örnek verilecek olursa; fail kendisini karşı cinsten bir kimliğe büründürerek on yaşındaki mağduru kandırması, çocuğun cinsel organları görünecek şekilde soyunmasını sağlamış ve sonra da bu görüntüleri kişisel bilgisayarında kaydedip Facebook üzerinden yayınlamıştır. Yargıtay söz konusu olayda hem cinsel taciz, hem özel hayatın gizliliğini ihlal hem de TCK m. 226/5'in oluştuğu sonucuna varmıştır ve farklı neviden fikri içtima kuralını uygulamıştır¹⁶⁴.

Öncelikle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun müstehcenlik suçu karşısındaki durumu değerlendirilmelidir. Doktrinde, TCK m. 134/2'nin müstehcenlik suçu karşısında genel norm olduğu ve genel-özel norm ilişkisi sebebiyle failin yalnızca müstehcenlik suçundan mahkûm edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁵. Yargıtay ise bazı hallerde hem müstehcenlik hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluştuğunu ve farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiğini kabul ederken, bazı hallerde ise sadece müstehcenlik suçunu değerlendirmektedir. Örneğin bir kararında, on dört yaşındaki zihinsel engelli mağdurun, fail tarafından yönlendirilerek tamamen soyunması ve cinsel organı görünen fotoğraflarının failin cep telefonuna kaydedilmesi fiilini¹⁶⁶ sadece müstehcenlik suçu olarak değerlendirmiştir. Başka bir kararında ise on dört yaşındaki mağdurun görüntülerini cep telefonuna kaydeden sanığın fiilini hem cinsel taciz, hem özel hayatın gizliliğini ihlal hem de TCK m. 226/3 kapsamında değerlendirerek farklı neviden fikri içtima hükmünü uygulamıştır¹⁶⁷.

164 Yargıtay 12. CD, E. 2014/19480, K. 2015/5315, K.T. 30.03.2015.

165 Özgenç (n 40) 275-276; Orijinal hali müstehcen olmayıp da üzerinde işlem yapılmak suretiyle örneğin *deep fake* uygulamasıyla müstehcen bir hale büründürülen görüntünün, sahibinin özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği söylenemeyecektir. Zira burada gerçek anlamda kişinin özel hayatında söz konusu müstehcen görüntü bulunmamaktadır. Bkz. Eker Kazancı (n 27) 153; *Deep fake* uygulamasının *deepnude* adlı bir versiyonu geliştirilmiş ve uygulamaya kişinin giyinik fotoğrafı yüklenerek çıplak hali elde edilebilmektedir. Uygulama kapatılmış olsa da benzer uygulamaların türetilmesi zor olmayacaktır. *Deepnude*'a ilişkin değerlendirme için bkz. Yavuz (n 8) 44; Belirtelim ki *Aschcroft* davasında ABD Yüksek Mahkemesi temsili çocuk görüntülerinin çocuk pornografisi kapsamında olup olmadığını değerlendirmişse de biçimi değiştirilmiş görüntüler bakımından bir değerlendirme yapmamıştır. Buna rağmen biçimi değiştirilmiş görüntülerin gerçek bir çocuğun menfaatinin kapsamına aldığını ve *Ferber* davasındaki gerçek çocuk görüntülerine daha yakın olduğunu belirtmiştir. Bkz. Hessick (n 12) 326.

166 Yargıtay 12. CD, E. 2020/12489, K. 2021/4327, K.T. 26.5.2021.

167 YCGK, E. 2014/14-603, K. 2015/66, KT. 24.03.2015; Bu halde TCK m. 105'in olmadığına dair bkz. Yargıtay 14. CD, E. 2015/4690, K. 2019/9925, KT. 21.5.2019; Yargıtay 14. CD, E. 2014/9227, K. 2017/4650, KT. 11.10.2017; Failin istemesi üzerine çıplak görüntüyü on beş yaşın altındaki mağdurun gönderdiği halde durum için bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2019/3737, K. 2020/843, K.T. 22.1.2020.

Benzer bir başka olayda da sanık, arkadaşlık ettiği on beş yaşındaki mağdur kız çocuk ile MSN üzerinden görüntülü konuştuğu sırada mağdurun üzerini çıkarmasını istemiş ve mağdurun üst bedeni çıplak olduğu sırada gizlice görüntüyü bilgisayarına kaydetmiştir. Mağdurun sanıkla arkadaşlığını bitirmesi üzerine sanık söz konusu fotoğrafları mağdura ait Facebook hesabından yayınlamıştır. Yargıtay bu olayda mağdurun rızasız olmaksızın görüntülerin kaydedilmesi fiilinin hem 226/3-c. 1 hem de 134/1'i oluşturduğu ve bu suçlar arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Sanığın bu görüntüleri ifşası ise ayrıca TCK m. 226/5'teki suça sübut vermiş ve failin hem TCK m. 226/3-c. 1 hem de m. 226/5'ten ayrıca cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır¹⁶⁸. Kanaatimizce de TCK m. 226/3 ve 5'te farklı fiiller ayrı suçlara sübut verdiğinden failin gerçek içtima hükmü uyarınca cezalandırılması isabetlidir¹⁶⁹.

Ancak Yargıtay içtihatlarının bu noktada yeknesak olduğu söylenemez. Örneğin Yargıtay bir kararında, içeriğinde çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünü bulunduran ve basın veya yayın yoluyla yayan kişinin aynı kişi olması halinde hem TCK m. 226/3-c. 1 hem de m. 226/5'in oluştuğunu ancak tek bir fiil olması sebebiyle farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindedir¹⁷⁰. Oysa burada bulundurma ayrı bir tipik fiil, yayma ise ayrı bir tipik fiildir. Dolayısıyla farklı neviden fikri içtimadan bahsedilemez. Olsa olsa burada cezalandırılmayan önceki hareket-sonraki hareket değerlendirilmesi yapmak gerekir. Burada da sonradan gerçekleşen hareket haksızlık içeriğini artırdığı için cezalandırılmayan sonraki harekete gidilemez. Cezalandırılmayan önceki hareket değerlendirmesi yapılmalıdır.

Doktrinde müstehcenlik ile beraber farklı suçların oluşmasının da mümkün olduğu ve bu halde failin gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir¹⁷¹. Bu sava ilişkin de bir kimsenin müstehcen görüntülerinin kaydedilerek ardından yayılacağı tehdidi ile o kişiden menfaat temini fiili örnek gösterilmiştir. Söz konusu örnek uyarınca failin hem müstehcenlik, hem özel hayatın gizliliği hem de şantaj suçunu işlediği ve bu sebeple gerçek içtima uyarınca ayrı cezalandırılmalıdır. Belirtelim ki bu olayda fail üç suç için de ayrı ayrı cezalandırılmayacaktır, zira mağdurun müstehcen görüntüsünün telefonuna kaydetmesi hem m. 134/2 hem de 226/3-c. 1'i oluşturmaktadır ve m. 44 uyarınca fail yalnızca m. 226/3-c. 1'den cezalandırılacaktır. Bu görüntüleri yayacağına ilişkin tehdidi ise ayrı bir fiil olup m. 107/2'ye sübut vermektedir ve görüntüyü kaydetme ile yayma tehdidi ayrı fiiller olduğundan fail hakkında gerçek içtima uygulanarak hem TCK m. 226/3-c. 1 hem de 107/2'den ceza verilmesi gerekmektedir.

İçeriğinde çocuğun kullanıldığı pornografik materyalde çocukla cinsel ilişki şiddet kullanma yoluyla veya hayvanlarla yani TCK m. 226/4 kapsamındaki bir fiille birlikte de gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda TCK m. 226/3 ve 226/4 arasında bir içtima değerlendirmesi yapmak gerekebilir. TCK m. 226/3-c. 1, c. 2 ve m. 226/4 birbirinden farklı suçlardır. Örneğin on iki yaşındaki bir çocuğa şiddet uygulanarak bir yetişkinle cinsel ilişkiye girmesi sağlanıp bu görüntüler kaydedildiğinde ve

168 Yargıtay 12. CD, E. 2021/5277, K. 2021/6888, K.T. 13.10.2021.

169 Aynı yönde bkz. Yıldız (n 16) 78; Gökcan ve Artuç (n 36) 7552.

170 Yargıtay 4. CD, E. 2020/15644, K. 2021/9009, K.T. 11.03.2021.

171 Taneri (n 36) 581.

bir depolanabilir belleğe yüklendiğinde birden çok suç gündeme gelecektir. Öncelikle çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel ilişki fiili TCK m. 103/2 ve 103/4'ten cezalandırmayı gerektirir, çocuk üzerinde cebir kullanılarak bu görüntünün üretilmesi ise hem m. 226/3-c. 1 bağlamında çocuk pornografisi üretmek hem de m. 226/4 bağlamında şiddet kullanılarak¹⁷² cinsel davranışa ilişkin görüntü üretmek suçlarını oluşturacaktır. Ardından bu görüntülerin bir bellekte saklanması ise m. 226/3-c. 2 uyarınca çocuk pornografisi bulundurma suçuna sübut verecektir. Bu noktada da failin gerçek içtima uyarınca cinsel ilişki dolayısıyla TCK m. 103/2 ve 4, çocuk pornografisi ürünü oluşturma dolayısıyla m. 226/3-c. 1 ve bu ürünü bulundurma dolayısıyla da m. 226/3-c. 2'den cezalandırılması gerekmektedir.

V. YAPTIRIM VE MUHAKEME

TCK m. 226/3-c. 1'de düzenlenen çocuk pornografisi üretimi suçu bakımından kanun koyucu kümülatif bir yaptırım modeli benimseyerek beş yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörmüştür. Fıkranın devamında düzenlenen çocuk pornografisinin konu olduğu çeşitli fiiller bakımından da adli para cezasına esas gün sayısı aynı olmakla beraber hapis cezasının alt ve üst sınırı daha kısa olup iki yıldan beş yıla kadardır. TCK m. 226/5'te düzenlenen çocuk pornografisinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması ve yayınlanmasına aracılık edilmesinin yaptırımında da adli para cezasının maksimum gün sayısı beş bin gün olup hapis cezası ise altı yıldan on yıla kadardır.

Zamanaşımı bakımından çocuğun pornografik içeriğe konu olduğunu bilmemesi halini özel olarak değerlendirmek gerekir. Zira bazı durumlarda çocuk, müstehcen görüntülerinin sosyal medyada paylaşılma suretiyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini bilmeyebilir. Bu halde yayılma fiilini öğrendiği tarihten itibaren altı aylık süre içerisinde şikâyet hakkından yararlanabileceksede de bu hakkın TCK m. 134'ün zamanaşımı süresi içerisinde kullanılması gerekmektedir. Sanal âlemde unutulmanın güçlüğü karşısında zamanaşımı süresi dolduktan sonraki bir tarihte kendisine karşı işlenen fiilden haberdar olan mağdur için ise TCK m. 66/6'nın zamanaşımına dair özel hükmü ele alınmalıdır. İlgili hüküm uyarınca üstsoy veya üzerinde hüküm veya nüfuz sahibi olan fail tarafından çocuğa karşı suç işlendiğinde zamanaşımı süresi çocuğun on sekiz yaşını doldurduğu, yani on dokuz yaşından gün aldığı tarihten itibaren başlayacaktır.

Müstehcenlik ile birlikte özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da işlenmişse özel hayatın gizliliğini ihlal suçu şikâyete tabi olduğundan TCK m. 73 kapsamında süreç işletilmelidir. Şikâyet hakkını çocuk yerine veli veya vasinin kullanıp kullanamayacağı da değerlendirilmelidir. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip bir kişi olması halinde şikâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, şikâyetin çocuk tarafından yapılması gerekir. Yargıtay bu noktada çocuğun şikâyet hakkını bizzat kullanıp kullanamayacağını on beş yaş ve ayırt etme gücünün varlığı uyarınca tespit etmektedir. On beş yaşını tamamlamış ve ayırt etme gücüne sahip çocuk şikâyet hakkının sahibi iken bu iki şarttan birinin sağlanamaması halinde çocuğun üstün yararı ve özel hayatının korunması için veli ya da vasi

172 Şiddet kullanılarak cinsel davranışta bulunmak ve buna dair görüntü üretmek "şiddet kullanma" bakımından hem cinsel istismar suçunun nitelikli hali dolayısıyla hem de m. 226/4 bakımından suçun bir unsuru olacaktır. Bu durum ise bir hususun çifte değerlendirmeye konu teşkil etmesi demektir. Bu olayda m. 226/4 farklı neviden fikri içtima nedeniyle çifte değerlendirme yasağına aykırılık oluşturmamışsa da bu yasağın vurgulanmasında fayda vardır.

tarafından şikâyet hakkı kullanılacaktır. Veli ya da vasinin bizatihi suçun faili olması durumunda ise çocuk için bir kayyım tayin edilerek kayyım tarafından şikâyetin yapılması gerekecektir¹⁷³.

Farklı neviden fikri içtima kapsamındaki suçlardan biri uzlaştırmaya tabi diğeri ise uzlaştırmaya tabi değilse örneğin on beş yaşını tamamlamış çocuğun rızasına aykırı olan çıplak görüntülerinin kaydedilmesinde TCK m. 134/1-c. 2 şikâyete tabi olduğundan uzlaştırma kapsamında kalırken, TCK m. 105 ve 226/3 bu kapsamda değildir. CMK m. 253/3-c. 2'de uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmesi halinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak söz konusu hükümle kast edilen söz gelimi konutta hırsızlık suçunu işleyen failin hem konut dokunulmazlığını ihlal hem de hırsızlık suçunu işlemesidir ki burada TCK m. 142/4 hükmü gereği farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmamaktadır. Çalışma konusu olan olayda ise tek bir fiille birden çok suç oluşmaktadır. Farklı neviden fikri içtima kuralı, her bir suç bağımsızlığını korurken cezalandırma aşamasında dikkate alınmakta ve faile bunlardan en ağırının cezası olan bu anlamda tek bir ceza verilmektedir. Nitekim Yargıtay da failin çıplak görüntüyü cep telefonuyla kaydetmesi fiilinin bu üç suçu oluşturduğu, failin müstehcenlikten cezalandırılması ancak özel hayatın gizliliğini ihlal suçu dolayısıyla hakkında uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁴.

SONUÇ

Çocukların müstehcen görüntüleri, sexting, intikam pornosu ve sanal zorbalık amaçlarıyla failer tarafından sosyal medyada yayınlanmakta veya yayınlanmasa bile failin bulundurduğu süre boyunca çocuk üzerinde yayılabileceği korkusunu doğurmaktadır. Bu çalışmada da Türk ceza Hukukunda bu fiillerden TCK m. 226/3 ve 226/5'e konu olanları ele alınmıştır. Yargıtay uygulaması ve doktrinde özellikle bu suçlarla korunan hukuki değer ve mağdurun kim olduğu soruları çocuk pornografisinin suç haline getirilmesinin arkasında yer alan rasyoya uygun cevaplanmadığından bu suçtan mahkûmiyetlerde bir enflasyon söz konusu olmaktadır. Örneğin on beş yaşını tamamlamış ve ayırt etme gücü bulunan bir çocuk rızasıyla bir kimseyle cinsel eylemlerde ve hatta cinsel ilişkide bulunduğu yine rızası üzerine partnerinin herhangi bir kimseye göndermeksizin salt kendisi için kaydettiği görüntü dolayısıyla TCK m. 226/3-c. 1 ve kaydı muhafaza ettiğinde de TCK m. 226/3-c. 2 dolayısıyla cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Yani cinsel ilişkide bulunma fiili için TCK m. 104'teki şikâyet şartı olmadığında fail bireysel bir hukuki değer ihlali için cezalandırılmazken, görüntüyü çocuğun rızasıyla kaydetmesi dolayısıyla toplumsal bir hukuki değer ihlali ile cezalandırılmaktadır. Oysa söz konusu müstehcen ürün topluma yansımamış, toplum ahlakını bozma riski barındırmamış ve görüntüde yer alan çocuk da istismar edilmemiş veya cinsel sömürüye konu olmamıştır. Çocuğun cinsel ilişki içinde olduğu görüntünün kaydı sosyal medyada yayılmasa bile gelecekte yayılabileceğine ilişkin endişe, Yargıtay'ın ve doktrinin tutumunda etkili olabilir. Ancak belirtmelidir ki bu bakış açısı hazırlık hareketlerinin cezalandırılması manasına gelmektedir. Uygulamacıya önerimiz, böylesine örneklerde TCK m. 30/4 yasak hatası değerlendirmesi yapmaktan

173 Bkz. Yargıtay 2. CD. 20.12.2005/24169-30095.

174 Yargıtay 12. CD, E. 2020/2239, K. 2020/5688, K.T. 04.11.2020.

imtina etmemeleridir. Bu noktada ayrıca kanun koyucuya önerimiz çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünün “yayıma amacı” ve “ticari amaca” matuf olarak üretilmesinin veya “çocuk pornografisi üretimi ve dağıtımını meslek haline getirmiş kişiler tarafından işlenmesini” nitelikli hal olarak düzenlemesidir.

Bu çalışmada çocuk pornografisi üretme, bulundurma, dağıtım, basın ve yayın yoluyla yayılması gibi TCK m. 226/3 ve 5'teki suçların çözümlenmesi suç sistematığına göre yapılmıştır. Buna göre bu suçlarla korunan hukuki değer maddenin sistematik yorumu ile kamu ahlakıdır ve mağduru da belirli bir çocuk değil, toplumu oluşturan herkeştir. Buna göre de doktrin ve uygulamanın müstehcen içerikte kullanılan çocuğu bu suçların mağduru olarak ele alan yaklaşımı yerine, bir birey olarak çocuğa TCK'nın “Kişilere Karşı Suçlarıyla” koruma sağlanması gerektiği kabul edilmelidir. Zira çalışma konusu müstehcenlik suçları özelinde korunan hukuki değer kamu ahlakı ve birey bazında değil, genel olarak çocukların cinsel sömürüye konu olmasının önlenmesidir.

Çalışmada bir ürüne müstehcenlik vasfını veren ne olduğu da değerlendirilmiştir. Kanaatimize göre bu sorunun cevabı, muhatabında cinsel tepki uyandırmak için tasarlanmış olmasıdır. Ürünün fail tarafından ortaya konulma amacı ve bu amacın dış dünyaya yansıtılması mahkemelerde dikkate alınmalıdır. Burada muhatap belirlenirken de ortalama bir insan bakış açısına başvurulmalı, pedofilik zihin okumaya mahal verir bir yaklaşım söz konusu olmamalıdır. Zira aksi durum sanat galerisinde sunulan kumsaldaki çocuk fotoğrafının dahi müstehcen olabileceği sonucunu doğurur ve bu durum ürünü oluşturan kimsenin ve toplumun geri kalanının ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurur.

KAYNAKÇA

- Adler A, ‘The “Dost Test” in Child Pornography Law: Trial by Rorschach Test’ Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 81-108.
- Adler A, ‘The Perverse Law of Child Pornography’ (2001) 101 (2) *Columbia Law Review* 209-273.
- Artuk ME vd, *Gereğeli Ceza Kanunları* (23. bs, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021).
- Can N, ‘Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı’ (2022) 17 (50) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 115-138.
- Cassell PC vd, ‘Not Just ‘Kiddie Porn’: The Significant Harms from Child Pornography Possession’ Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 187-212.
- Centel N, ‘Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu – Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması’ (2016) 65 (4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3313-3326.
- Chen PJ, *Australian Politics in a Digital Age* (Anu Press, 2013).
- Duman Ö, ‘Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)’ (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019).
- Eker Kazancı B, ‘Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması’ (2007) 9 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 131-164.
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt IV*, (3.bs, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985).
- Flowers RB, ‘The Sex Trade Industry’s Worldwide Exploitation of Children’ (2001) (575) *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 147-157.
- Fuchs C, ‘Social Media and the Public Sphere’ (2014) 12 (1) *TripleC* 57-101.

- Gökcan HT ve M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 5. Cilt (M. 197-254) (Ankara, Adalet Yayınevi, 2021).
- Habermas J, 'The Public Sphere' (1974) (3) *New German Critique* 49-55.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi 2019).
- Hessick CB, 'Questioning the Modern Criminal Justice Focus on Child Pornography Possession' Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 147-164.
- Hessick CB, 'The Expansion of Child Pornography' (2018) 21 (3) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 321-344.
- İçel K, *Suçların İctimai* (İstanbul, Sermet Matbaası, 1972).
- Kaplan A, 'Obscenity as an Esthetic Category' (1955) 20 (4) *Law and Contemporary Problems* 544-559.
- Kaye R, 'How A Cell Phone Picture Led to Girl's Suicide' (CNN, 7 Ekim 2010) <<http://edition.cnn.com/2010/LIVING/10/07/hope.witsells.story/index.html>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2023.
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Lakier G, 'The Invention of Low-Value Speech' (2014) (488) *Public Law and Legal Theory Working Papers* (The Law School University of Chicago, 2014).
- Misra R, 'Cyber Crime Against Women' (2013) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2486125>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2023.
- Mulray TR, 'Obscenity, Pornography and Censorship' (1963) 49 (9) *American Bar Association Journal* 869-875.
- Nel S, 'Child Pornography and The Internet-A Comparative Perspective' (2008) 41 (2) *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 221-244.
- Ost S, 'Children at Risk: Legal and Societal Perceptions of the Potential Threat That the Possession of Child Pornography Poses to Society' (2002) 29 (3) *Journal of Law and Society* 436-460.
- Özbek VÖ vd, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Özbek VÖ, *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009).
- Özgenç İ, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi' (2020) 24 (2) *AHBVÜHFD* 251-288.
- Özkepir R vd, *Sosyal Medya ve Basın Hukuku* (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Roth LM, 'The Right to Privacy Is Political: Power, the Boundary between Public and Private, and Sexual Harassment' (1999) 24 (1) *Law & Social Inquiry* 45-71.
- Sarıtaş E, 'Cezalandırılmayan Önceki Hareketler' (2022) 80 (2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 615-654.
- Shariff S ve DeMartini A, 'Defining the Legal Lines: eGirls and Intimate Images' Jane Bailey ve Valerie Steeves (Ed.) *eGirls, eCitizens* (University of Ottawa Press, 2015) 281-305.
- Sokullu Akıncı F, 'Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi' (2001) 59 (1-2) *İÜHFM* 11-38.
- Stone GR, 'Sex, Violence, and the First Amendment' (2007) (74) *The University of Chicago Law Review Special Issue: Commemorating Twenty-Five Years of Judge Richard A. Posner 1857-1871*.
- Şen E, 'TCK m.226/4'ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu' <<https://sen.av.tr/tr/makale/tck-m-226-4-un-anayasaya-aykirligi-sorunu>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.
- Şirin T, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-1* (İstanbul, Tekin Yayınevi, 2020).
- Taneri G, 'Müstehcenlik Suçu' (2018) 13 (1) *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 561-624.
- Tallon K, 'Addressing Sexting in Schools' (2010) 30 *Child Legal Rights Journal* 1-18.

- Thomas AG ve Cauffmann E, 'Youth Sexting as Child Pornography? Developmental Science Supports Less Harsh Sanctions for Juvenile Sexters' (2014) 17 (4) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 631-651.
- Veber M, 'Virtual Child Pornography' (2004) 18 (1) *Public Affairs Quarterly* 75-90.
- Walsh W vd, 'Challenges in Investigations and Prosecutions of Child Pornography Crimes' Carissa Byrne Hessick (Ed.) *Refining Child Pornography Law* (University of Michigan Press, 2016) 215-234.
- Yavuz C, *Cinsel İçerikli Görüntülerin Rıza Dışı Paylaşımı İntikam Pornosu* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021).
- Yıldız AK, 'Müstehcenlik' Özel Ceza Hukuku, C. VII: Genel Ahlaka Karşı Suçlar-Aile Düzenine Karşı Suçlar (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020).
- Y.Y, 'Child Pornography, the Internet, and the Challenge of Updating Statutory Terms' (2009) 122 (8) *Harvard Law Review* 2206-2227.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

- <https://abcnews.go.com/Nightline/phillip-alpert-sexting-teen-child-porn/story?id=10252790> 17.02.2023.
- https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarinadairsozlesmeyeek.pdf 01.02.2023
- <http://edition.cnn.com/2010/LIVING/10/07/hope.witsells.story/index.html> 17.02.2023.
- " <https://www.law.cornell.edu/wex/reasonable_person 14.05.2023> 13 Mayıs 2023.
- <https://rm.coe.int/16800cce5b> 05.02.2023.
- <https://sozluk.gov.tr/> 07.02.2023.
- <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep354/usrep354476/usrep354476.pdf?loclr=bloglaw> 05.02.2023.