

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

İRFAN SANCI BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2014/20168
Karar Tarihi : 26/10/2017

Başkan : Engin YILDIRIM
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Raportör : Yunus HEPER
Başvurucu : İrfan SANCI
Vekili : Av. Adem SAKAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; yayımladığı kitabın müstehcen içeriğe sahip olduğu iddiasıyla yargılanan başvurunun, hakkındaki davanın ertelenerek denetim altına alınmasının ifade özgürlüğü ve bilim ve sanat özgürlüğü ile makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/12/2014 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
8. Başvurucu; sosyal bilimler alanında telif ve tercüme, önemli kitaplar yayımlayan Sel Yayıncılığın müdürü ve ortaklarından biridir.
9. Adı geçen Yayınevi 2011 yılının Ocak ayında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) vatandaşı, roman ve deneme yazarı William S. Burroughs'un "Yumuşak Makine" isimli romanını basmıştır.

10. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Bürosu söz konusu kitabı incelemeye almıştır. İnceleme sonucunda adı geçen kitabın yirmi ayrı yerinde detaylı bir biçimde eş cinsel ilişkilere yer verildiği, kitap üzerinde çocukların korunması için bir uyarının yer almadığı değerlendirilerek kitap, görüş alınmak üzere Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu Başkanlığına (Koruma Kurulu) gönderilmiştir.

11. 21/6/1927 tarihli ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu uyarınca oluşturulan Koruma Kurulunun görevi aynı Kanun'un 1. maddesinde belirtilmiştir. Kurala göre Koruma Kurulu, basılı eserlerin on sekiz yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde olumsuz tesir yapıp yapmayacağını değerlendirmektedir (bkz. § 20). Koruma Kurulu, çoğu çeşitli kamu kurumlarından seçilen kamu görevlisi on bir üyeden teşekkül etmektedir (bkz. § 21). Başvuruya konu "Yumuşak Makine" isimli romana ilişkin olarak Koruma Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucu hazırlanan 30/3/2011 tarihli raporun ilgili kısmı şöyledir:

"... b) Türk Ceza Kanununun 3/2/1986 tarihli ve 3266 sayılı Kanunla değişik 426, 427 ve 428 inci maddelerinde müstehcenlik suçu müeyyide altına alınmıştır. Müstehcenlik suçunda maddi unsurların teşekkülü için ön şart bu fiillerin halkın, ar ve haya duygularını incitmesi veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olmasıdır.

Görüldüğü gibi ön şart iki hususu kapsamaktadır. Birincisi halkın ar ve haya duygularını inciten nitelikte olmasıdır. Bu nitelik başlı başına yeterlidir. İkinci husus ise, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı nitelik taşımasıdır. Bu ikinci halde fiilin cinsel arzuları tahrik etmesi ve hem de bunun istismar edilmesi birlikte aranacaktır. Buradaki istismardan maksat, insanlardaki cinsi tecessüsü genel ahlaka aykırı şekilde davet edip, bundan bir menfaat amacı gütmektir.

Halkın ar ve haya duygularını, ortalama edep duygusu olarak anlamak ve bu halin takdirinde normal bir ahlak görüşünü esas almak gerekir. Müstehcen şeyin başta gelen vasfı, başkası üzerinde cinsi tahrik ve istismara yönelik olmasıdır...

İnceleme bölümünde de belirtildiği gibi yazar hiçbir değer sistemini dikkate almayan, disiplinsiz anti sosyal bir seks bağımlısı tipi ile şahsileştirdiği "yumuşak makine" isimli kitapta bir konu bütünlüğü olmadığı, gelişigüzel kaleme alınarak anlatım bütünlüğüne de riayet edilmediği, genelde argo ve amiyane tabirlerle kopuk anlatım tarzının benimsendiği, özellikle erkek erkeğe cinsel ilişkilerin zaman ve yer tasviriyile ar ve haya duygularını rencide edecek ölçüde anlatıldığı, zaman zaman tarihi mitolojik unsurların yaşam tarzlarından örnekler verilerek kişisel ve objektif olmayan gerçek dışı yorumlarda bulunduğu anlaşılmaktadır.

Mezkur kitabın bu haliyle edebi eser niteliği taşımadığı, okuyucu haznesine ilave katkısının olmayacağı (anlaşılmakta), kriminolojik açıdan da kitapta insanın bayağı, basit, adi ve zayıf yönlerinin işlenmesinin okuyucu üzerinde suça izin verici tavırları geliştirmektedir.

Bu nedenle; kitaptaki yazıların normal sınırlar içinde kaldığını ve toplumun sosyal normlarıyla çatışmadığını iddia etmek mümkün değildir. Zira insanlar ilkel hayatlarından bugüne kadar dünyanın her yerinde ve her toplumda cinsi uzuv bölgesini kapalı tutmayı ve cinsi münasebetlerin

gizliliğini vazgeçilmez kural olarak uygulamaya gelmişlerdir. Bu, toplumumuzda da böyledir. Toplumumuzun ahlak anlayışı ve kuralları ile örf ve adetleri cinsi münasebetlerin aşikarlığını kabul etmez. Toplumlar varlıklarını koruyabilmek ve toplum düzenini sağlayabilmek amacıyla sosyal normları oluşturmuşlardır. Basın yayın araç ve organları bizzat bu normlara uymak zorunda oldukları gibi, toplumu bu konuda yönlendirme, ikaz etme, hatırlatma görev ve sorumluluğu ile de yükümlüdürler. Bu görev ve sorumluluk toplumsal niteliktedir. Söz konusu kitapta yayınlanan yazıların bu toplumsal görev ve sorumluluk ile bağdaştırılması mümkün değildir. Kitapta asıl ağırlığın cinselliğe yöneltilmiş olduğu, kitabın toplumun ahlak yapısıyla bağdaşmadığı ve halkın ar ve haya duygularını incittiği, genel ahlaka aykırı olduğu müşahade edilmektedir.

Ayrıca; müstehcen nitelikli bir kitabın öncelikle muzır olacağı muhakkaktır. Ancak bir aydan uzun süreli yayımlar kategorisinde değerlendirildiğinden 1117 sayılı Yasaya 3445 sayılı Kanunla ilave edilen Ek-2 inci madde kapsamına girmediği kanaatine varılmıştır...

İncelenen ve değerlendirilen "Yumuşak Makine" isimli kitapta yer alan yazıların; halkın ar ve haya duygularını incittiği, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olduğu, Türk Ceza Kanununun 226 ncı maddesini ihlal ettiği, dolayısıyla müstehcen bulunduğu; kitabın süresiz yayın olması nedeniyle 1117 sayılı Yasaya 3445 sayılı Kanunla ilave edilen Ek-2 inci madde kapsamına girmediği oy birliği ile mütalaa edilmiştir."

12. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 27/4/2011 tarihli iddianamesiyle, müstehcen yayımların yayımlanmasına aracılık etmek suçundan başvuru ve kitabın tercüme edeni hakkında kamu davası açılmıştır. Savcı, iddianamede oldukça ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur. İlk olarak savcı "Beat Kuşağı" olarak anılan edebî akımı analiz etmiş ve bu kuşağın İkinci Dünya Savaşı sonrası 1950'lerde ABD'de ortaya çıkan ve daha çok San Francisco, California ve New York kentlerindeki bohem sanatçı toplulukları çevresinde gelişen toplumsal ve edebî hareketin üyelerinin kendilerine "Beat" adını verdiklerine değinmiştir. İddianamede "Beatnik" adı yakıştırılan hareket yanlılarının geleneksel ya da "eski kafalı" dedikleri topluma duydukları yabancılığı sergilerken politikadan uzak kalarak toplumsal sorunlarla ilgilenmedikleri, uyuşturucu, caz müziği, cinsellik ya da Zen Budacılık yoluyla yoğun bir duyumsal uyanışa vararak kişisel kurtuluşu, arınmayı ve aydınlanmayı savdukları ifade edilmiştir. İddianamede; yazar William S. Burroughs'un bu kuşağın önde gelen üyelerinden biri olduğu, başvuruya konu kitabın da yazarın mensubu olduğu ve her türlü özgürlüğü savunan akımın düşüncelerinin bir sonucu olarak birçok tabuyu yıkmayı ve sonsuz bir özgürlüğü amaçladığı vurgulanmıştır.

13. İddianamede daha sonra başvuruya konu kitap hakkında değerlendirmelere yer verilmiş ve erotizmin suç olarak kabul edilemeyeceği, buna karşılık cinselliğin detaylarına, ilişkinin ayrıntılarına ve cinsel organlara yönelik anlatımların suç olarak kabul edildiği iddia edilmiştir. Savcıya göre toplumumuzun ahlaki standartlarının başka ülkelerden farklılık göstermesi ve toplumun genel ahlak yapısının korunması için bazı davranışların suç olarak tanzim edilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Ayrıca kanun koyucu; çocukların bedensel, zihinsel, ahlaki ve ruhsal yapılarının korunmasını da amaçlamıştır. İddianameye göre başvuruya konu romanın birçok yerinde cinsel organlara ve yaşanan eş cinsel ilişkilerin detaylarına yer verilerek

erotizmden uzaklaşmıştır. İddianamede som olarak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinin (7) numaralı fıkrasına göre çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla sanatsal ve edebî değeri olan eserler hakkında müstehcenlik suçundan soruşturma ve kovuşturma açılmayacağı belirtilmiş ancak başvuruya konu kitapta çocukları koruyucu hiçbir önlemin alınmadığı ifade edilmiştir. Eser sahibi sifası ile kitabı tercüme eden kişinin ve kitabı yayımlayan başvurunun cezalandırılması talep edilmiştir.

14. Kitabı tercüme eden kişi savunmasında William S. Burroghs'un dünyada çok bilinen ve çok satan popüler bir yazar olduğunu, kitapta yer alan ve ahlaka aykırı gibi görünen kısımların tabuları yıkmak için kullanıldığını, kitaba salt ahlsal gözle bakılmasının doğru olmadığını ifade etmiştir.

15. Başvurucu ise savunmasında kitabın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini, birkaç cümle ya da paragrafı seçerek esere müstehcen denilemeyeceğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan ve "Beat Kuşağı" olarak adlandırılan bir akımın öncüsünü olan yazar; her türlü baskıya ve kurala karşı çıkan, direnen bir akımın öncülerindendir ve bugüne değin birçok yazarı, müzisyeni, sinemacıyı ve sanatçıyı etkilemiştir. Başvurucu, söz konusu eserin edebiyat çevrelerinde kabul edilen "kes-yapıştır" (cut-up) tekniği ile yazıldığını ve bu nedenle kalıpların dışında bir yazar ve eserinden anlam bütünlüğü beklemenin mümkün olmadığını, elli yıl önce yazılan bir eserde kelime avına çıkmamanın yerinde olmadığını ifade etmiştir.

16. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesindeki yargılama sırasında biri ceza hukuku öğretim üyesi diğer ikisi İngiliz dili ve edebiyatı öğretim üyesi olmak üzere üç öğretim üyesi (Bilirkişi Heyeti) bilirkişi raporu hazırlamıştır. 25/6/2012 tarihli Bilirkişi Heyeti raporunun ilgili kısımları şöyledir:

"... Görüldüğü üzere, TCK 226'da müstehcenlik başlığı altında aslında, müstehcen ürünleri yayma suçu, çocuk pornografisi ve sado mazoşist pornografi veya hayvan pornografisi olmak üzere 3 ayrı suç kategorisi belirlenmiş olup müstehcen eserlerin basın yayın yolu ile yayılması fiili hem TCK 226/2'de hem de TCK 226/5'te ayrı ayrı düzenlenmiştir. Müstehcen ürünlerin basın yayın yoluyla yayılması fiiline ilişkin böyle ikili bir ayırımı gidilmesinin nedeni, müstehcenlik suçlarının gösterdiği özelliğidir. Gerçekten yukarıda belirttiğimiz üzere, kanun koyucu müstehcen ürünleri yayma suçu ile bu ürünlerde çocukların ve sado-mazoşizmin veya hayvanların kullanılmasını birbirinden ayırmış ve ilk grubu basit müstehcenlik, ikinci grubu ise nitelikli müstehcenlik olarak belirlemiştir... İnceleme konumuzu oluşturan "Yumuşak Makine" isimli kitap içerik olarak, 'nitelikli müstehcenlik' olarak isimlendirilen çocuk pornografisi veya sado-mazoşist hayvan pornografisi gibi fiiller kapsamında yer almadığı için, bu kitabın yayınlanması fiilini, basit müstehcenliğin basın yayın yoluyla yayılması (TCK md. 226/2) fiili kapsamında irdelemek gerekmektedir..."

TCK 226/7, müstehcenlik suçuna özgü bir genel hukuka uygunluk nedeni getirmiş olup, buna göre, bilimsel eserlerle, -çocuk pornografisi dışındaki- sanatsal ve edebi eserler müstehcenlik suçu kapsamına girmezler. Bu anlamda, buradaki hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulabilmesinin temel koşulu, bir eserin ne zaman bilimsel, edebi ve/veya sanatsal değeri olduğunun net bir biçimde ortaya konulmasıdır..."

İçeriği müstehcen olduğu gerekçesiyle, dava konusu olan "Yumuşak Makine" (Soft Machine) adlı roman, dünyada "Beat Kuşağı" olarak bilinen Amerikan edebiyat akımının öncülerinden William S. Burroughs'un önemli bir edebi eseridir. Roman birçok dile çevrilmiştir ve üniversitelerde Amerikan Kültürü ve Edebiyatı Anabilim Dalında okunur... Savaşa, şiddete, maddiyatçılığa ve baskıcı rejim ile düşünce sistemlerine karşı olan özgürlükçü Beat Kuşağı sadece Amerika'yı değil, neredeyse tüm dünyayı etkilemiştir.

Ünlü Amerikan romancı Norman Mailer, Burroughs'un romanlarını okuduktan sonra yazarı bir dahi olarak tanımlamış; diğer bir ünlü Amerikan romancı Jack Kerouac ise Burroughs'u İngiliz edebiyatında köklü bir yeri olan Jonathan Swift'ten sonra gelen en büyük hicivci olarak nitelemiştir. Burroughs'un romanlarının edebi gelenekten salt toplumsal eleştiri içerikli olmaları değildir. Kullandığı anlatım tekniği de büyük yankılar uyandırmıştır. Okuru Savaş sonrası dünyaya yabancılaştırmak ve içi boşalmış düşünce kalıplarından özgür kılmak amacıyla anlatım bütünlüğünü bozan "cut-up" (kes-yapıştır veya harmanla) adı verilen (post)-modern tekniği kullanmıştır. 1983 yılında saygın Amerikan Sanat ve Edebiyat Akademisi'ne ("American Academy of Arts and Letters") üye olarak, kabul edilmesi, Amerikan edebiyatındaki önemli yerine işaret ederken, 1984 yılında da Fransa'nın prestijli Sanat ve Edebiyat Birliği'ne ("Ordre des Arts et des Lettres") kabul edilmesi, uluslararası öneminin ve ününün bir göstergesidir.

Burroughs'un Yumuşak Makine adlı romanı Nova Üçlemesinin ilkidir. Diğer iki roman Patlamış Bilet (The Ticket That Exploded) ve Nova Ekspresidir (Nova Express). Yumuşak Makinede kes-yapıştır tekniği ile sıkça kullanılan cinsellik ögesi toplumsal eleştiri için birer araç olarak hizmet eder. "Kes-yapıştır" terimi bir metni veya birkaç metni parçalara bölüp sonra da parçaları yeni bir metin oluşturmak üzere harmanlamak için kullanılır. Ortaya çıkan yapıt bir tür kolajdır. 20. ve 21. yüzyıl şiir, resim, tiyatro ve sinema gibi alanlarda da kullanılan bu veya benzer teknik bir yandan paramparça olmuş savaş sonrası dünyayı anlatmak için seçilmiştir. Öte yandan, yazar anlatım bütünselliğini bozarak ve alt kültüre ait dili kullanarak zorlu bir okuma sürecinden geçen okuru geleneksel düşünce kalıplarına yabancılaştırıp düşüncelerini özgür kılmayı da hedeflemiştir. Burroughs, metnin veya metinlerin parçalanmasıyla farklı düşüncelerin özgür kalacağını düşünür. Ayrıca farklı harmanlanan metinler ile sözcüklerden toplumu iyileştiren yeni anlamların çıkabileceğine inanır...

Romandaki cinsellik ögesi Burroughs'un toplumsal eleştirisine hizmet eden bir başka önemli araçtır. Yazarın bu ögeyi okurun cinsel dürtülerini tahrik etmek amacıyla kullanıp kullanmadığını anlamak için cinsel eylemlerin dile getirildiği bölümlerin konu bütünlüğü içinde değerlendirilmesi gerekir. Romanda anlatılan dünyanın tükenmişliğine bakıldığında cinsellik, yenilenen yaşam enerjisini, makineleşmeye son veren duyumsal bir uyanış aracı, savaş ve nefretin kol gezdiği bir toplumda sevgi ve birliği simgeleyebilir. Burroughs'un gerçeküstü sanatçılar gibi farklı bir boyut, gerçeklik ve toplum arayışı içinde olduğu gerçeğini göz önünde bulundurduğumuzda, maddiyatçı dünyadan tinsel boyuta geçmeyi veya bir tür aşkınlığı mümkün kılan bir araç olarak da görülebilir. Pagan kültürlerde dini ayinlerde insanların cinsel ilişki

esnasında gündelik yaşamın sınırlarının ötesine geçip tanı/tanrıçayla birleştiklerine inanılırdı. Ancak Burroughs cinselliğin iyileştirici potansiyelini çağrıştırmakla beraber çoğu zaman iğrenç olarak betimlenen cinsel ilişkinin çürümüş bir düzenin parçası olduğuna işaret eder. Burroughs *Naked Lunch* adlı romanını savunduğu bir mektupta şöyle der: 'Semptomlar iğrenç olsa bile bir doktor bir hastalığın belirtileri ve semptomlarını betimlediği için eleştirilmez. Kanımca yazarın da bu özgürlüğü kullanma hakkı vardır.' Romanda sıkça anlatılan cinsel ilişki, çoğu zaman kara mizah anlayışıyla okuru önce şoke eder, bir süre sonra da monoton, sıkıcı ve bezdirici bir hal alır. Burroughs, cinsel faaliyetleri bilinçli olarak karakterlerin cinsel organlarına indirgendikleri, gayri insani, sevgi ve estetikten yoksun, mekanik ve monoton bir eylem olarak sunar. ilişkinin ayrıntılarını kısa ve öz olarak sıraya dizer. Romanda cinselliği anlatış biçimi, insanın ne denli makineleştigiğine işaret eder. Aynı zamanda gizli ajan karakterinin farklı zaman dilimlerinde karşılaştığı birçok kapitalist toplumun anlatıldığı göz önünde bulundurulduğunda, yazarın maddiyatçı insanların cinselliği de bir tüketim nesnesine indirgediklerine dikkat çektiği söylenebilir. Bunun da ötesinde, cinsel ilişkiyi bir sömürü ve hakimiyet kurma aracı olarak gösterir. Maya rahiplerinin zalim hükümdarlıklarına son vermek isteyen gizli ajan bir rahiple cinsel ilişkiye girer. Amacı iğrenç olarak betimlenen bedensel birleşme esnasında zihnini ve Maya kontrol sistemini de ele geçirmektir (Bkz. s.73-74). 'kendimi rahiplerden birine fahişe gibi sundum (Hayatımda katlandığım en iğrenç şeydi)- ... rahibin bedenini ele geçirdim, gizyazıların saklandığı ilacı kullandım, gizyazıların saklandığı odaya girdim ve kitapların fotoğrafını çektim. Şimdi kontrol makinasının ses ve imaj bantlarıyla donanmış olduğumdan makineyi sökebilecek durumdayım.' Aynı amaçla bir köleyle ilişkiye girer; birleşme esnasında kölenin zihnine Maya rahiplerini öldürme ve kitaplarını yok etme emrini yerleştirir. Dolayısıyla cinsellik politik alanda başkasını buyruğu altına almak, kontrol etmek ve kendi amacı doğrultusunda yönlendirmek için kullanılan bir araç olarak gösterilir.

Sonuç olarak Burroughs'un *Yumuşak Makine* adlı romanı bir edebiyat eseridir. Ünü Amerika'nın sınırlarını aşan yazarın okurun cinsel dürtülerini harekete geçirmek yerine toplumsal eleştiride bulunduğu, cinsellik ögesi ile edebiyat dünyasında büyük yankı uyandıran yenilikçi anlatım tekniği de bu amaca hizmet etmektedir...

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde; inceleme konumuzu oluşturan William S. Burroughs'a ait *Yumuşak Makine* isimli roman, bir edebiyat eseri olma Özelliği nedeniyle TCK'nın 226/7'de müstehcenlik suçları için düzenmiş olan genel hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gereken bir eserdir..."

17. Yukarıda zikredilen rapor düzenlendikten sonra 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi, zikredilen Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca kovuşturmanın ertelenmesine ve başvuru hakkında üç yıl denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kararı "Yargıtaya temyiz yolu açık olmak üzere"

vermiştir. Başvurucunun kararı temyiz etmesi üzerine Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 16/9/2014 tarihli ilamıyla, ilk derece mahkemesi kararının temyiz kabiliyeti olmadığı gerekçesiyle dosyanın mahalline iadesine karar verilmiştir. Başvurucunun yapmış olduğu itiraz, İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/11/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Nihai karar, başvurucuya 27/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu 25/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

19. 5237 sayılı Kanun'un "Müstehcenlik" kenar başlıklı 226. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

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

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

c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,

d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,

e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,

f) Bu ürünlerin reklamını yapan,

Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

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

(5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır...

(7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz."

20. 1117 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

"18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur."

21. 1117 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Mevkute veya mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin 1 inci maddede belirtilen sınırlamaya tabi tutulabilmesi için Başbakanlık bünyesinde oluşturulan yetkili kurulun, söz konusu eserlerin 18 yaşından küçükler için muzır olduğu hakkında bir karar vermesi gereklidir..."

Kurul, basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunundaki genel amaç ve temel ilkeleri gözönünde bulundurmak zorundadır.

Kurul, bu Kanunla kendisine verilen görevlere ilaveten, Türk Ceza Kanununun 426, 427 ve 428 inci maddelerinde tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlidir.

Kurul;

a) (Mülga: 14/7/2004 – 5218/2 md.)

b) Başbakanlık tarafından en az onbeş yıl kamu hizmeti yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye,

c) Adalet Bakanlığı tarafından idari nitelikte görevlerde bulunan hakim ve Cumhuriyet savcılarını arasından seçilecek bir üye,

d) İçişleri Bakanlığı tarafından üst kademe yöneticileri arasından seçilecek bir üye,

e) Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından, Talim ve Terbiye Kurulu üyeleri arasından seçilecek iki üye,

f) Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tıp dalından seçilecek bir üye,

g) Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından, güzel sanatlar dalında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye,

h) Yüksek Öğretim Kurulunun, sosyal bilimler dalında akademik kariyer yapmış ve en az doktor unvanını almış üniversite öğretim elemanları arasından seçeceği bir üye,

i) Diyanet İşleri Başkanı tarafından Din İşleri Yüksek Kurulu üyeleri arasından seçilecek bir üye,

j) Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler cemiyetlerinin tespit edecekleri birer basın mensubu aday arasından Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğüne kura ile tespit edilecek bir üye,

k) Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca en az daire başkanı düzeyinde seçilecek bir üye,

Olmak üzere on bir üyeden teşekkül eder.

Kurul Başkanı, bu üyeler arasından Başbakanlık tarafından seçilir. Üyelerin görev süresi 3 yıldır...

Kurulun sekreteryaya hizmetleri Başbakanlık tarafından yerine getirilir..."

22. 1117 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

...[K]urulca tetkik edilerek küçükler için muzır olduğuna karar verilmiş basılmış eserlerin sahiplerine, sorumlu müdürlerine ve telif hakkı sahiplerine, basılmış eserlerin küçüklerin maneviyatına muzır olduğu kurulca tebliğ edilir. Tebligat, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Kurul bu kararı ilgililere derhal duyurmak için gerekli tedbirleri alır.

Tebligat üzerine eser sahipleri, telif hakkı sahipleri ve sorumlu müdürler, ellerinde mevcut eserlerin ön kapaklarına "Küçüklere zararlıdır" damga veya işaretini basmak zorundadırlar.

"Küçüklere zararlıdır" ibaresinin herkesin kolayca görüp okuyabileceği şekil ve büyüklükte yazılması zorunludur.

Bu suretle damgalanan eserler;

a) Açık sergilerde ve seyyar müvezziler tarafından satılamaz.

b) Dükkanlarda, cemakanlarda ve benzeri yerlerde teşhir edilemez.

c) Bir yerden bir yere teşhir maksadıyla açık bir surette nakledilemez ve müvezziler tarafından bunlar için sipariş kabul olunamaz.

d) Gazeteler, mecmualar, duvar ve el ilanları, radyo ve TV ile veya diğer suretlerle ilan edilemez, satışı için reklam ve propaganda yapılamaz.

e) Para mukabili veya parasız küçüklere gösterilemez, verilemez ve hiçbir suretle okul ve benzeri yerlere sokulamaz.

Bu tür eserler, ancak 18 yaşından büyük olanlara içi görülmeyen zarf veya poşet içinde satılabilir. Bu zarf ve poşetlerin üzerinde eserin ismi ile "Küçüklere zararlıdır" ibaresinden başka hiç bir yazı ve resim bulunamaz. Kurul kararının tebliğinden önce dağıtım yapılmış olan bu kabil basılmış eserleri satış için ellerinde bulunduranlar da, Kurul kararlarının ilgililere duyurulma tarihinden itibaren, bu maddedeki sınırlamalara uymak zorundadırlar..".

23. 1117 sayılı Kanun'un 6. maddesi şöyledir:

"Fikri, içtimai, ilmi ve bedii kıymeti haiz olan eserler bu kanunun şumulünden hariçtir."

24. 1117 sayılı Kanun'un 7. maddesi şöyledir:

"Kanunun 4 üncü maddesinin;

a) Birinci ve ikinci fıkrasına göre; kendilerine tebligat yapıldığı halde eserlerini damgasız olarak yayımlayan eserin sahipleri, sorumlu müdürleri ve telif hakkı sahipleri,

b) Dördüncü fıkrasına aykırı olarak, sınırlamaya tabi olan damgalı veya damgasız basılmış eserleri, fikranın bentlerinde belirtilen şekillerde satan, teşhir eden, nakleden, sipariş kabul eden, ilan eden, gösteren, veren ve okullara sokanlar,

c) Beşinci ve sekizinci fıkralarına aykırı şekilde, zarf veya poşete koymadan veya beşinci fıkrada zikredilen evsafa aykırı zarf veya poşet içinde satanlar. İki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Suçun tekrerrü halinde cezanın azami haddi uygulanır."

25. 1117 sayılı Kanun'un ek 2. maddesi şöyledir:

"Bir aydan az süreli mevkuteler ile eklerinde, sinema ve her türlü film afişlerinde, ilanlarda, fotoğraflarda, kabartma ve her türlü posterlerde, kartpostallarda ve takvimlerde 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak nitelikte yayın yapılamaz. Aksine davranan mevkute sahipleri ve bunların sorumlu müdürleri hakkında [mülga 13/03/1926 tarihli ve 765 sayılı] Türk Ceza Kanununun 426 ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki; sinema ve her türlü film afişlerini, ilanları, fotoğrafları, kabartma ve her türlü posterleri, kartpostalları, takvimleri basan, çoğaltan, satan ve alenen kullananlar hakkında Türk Ceza Kanununun 426 ncı maddesinin birinci fıkrasındaki ceza hükümleri uygulanır."

26. 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine, karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümlerle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur."

27. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 26/2/2013 tarihli ilamı şöyledir:

"Suça konu kitapta hiçbir olay örgüsü içermeyen, sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan, insanları cinsel ilişkiden soğutacak şekilde cinsel ilişkiler bayağı ve adi bir dil kullanılarak anlatıldığı, tiksinti ve mide bulandırıcı ifadelerle yer verildiği, anlatımların toplumun ar ve haya duygularına aykırı ve cinsel arzuları tahrik ve istismar edecek mahiyette bulunduğu, eserdeki ifadeler müstehcen nitelikte olup hiçbir sanatsal ve edebi değeri bulunmadığı, soruşturma aşamasında iki kişilik bilirkişi heyetinden alınan 28.04.2009 tarihli ve yargılama aşamasında Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu tarafından düzenlenen 11.08.2010 tarihli raporların da bu yönde olduğu, yargılama aşamasında üç kişilik bilirkişi heyetinden alınan 12.03.2010 havale tarihli raporun ise genel ve soyut ifadeler kullanılarak hazırlandığı, kitabın edebi eser olduğuna ilişkin yetersiz ve maddi gerçeğe uymayan anlatımlar içerdiğinin anlaşılması karşısında, atılı suçun yasal unsurları olduğu gözetilmeden yazılı gerekçeyle beraat karar verilmesi..." (Yargıtay 14. CD, E.2012/13055, K.2013/1873, 26/2/2013).

28. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 19/2/2013 tarihli ilamı şöyledir:

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü, kamu makamlarının bir müdahalesi ile karşılaşmadan kişilerin düşünce ve eserlerinin başkalarına ulaştırılmasını kapsar ise de, bu maddenin 2. fıkrası özgürlüklerin kullanılması sırasında bir sorumluluk duygusuyla hareket edilmesinin gereğini ve suçun ya da düzensizliğin önlenmesi ile genel sağlık ve ahlakın korunması amacıyla hukukun öngördüğü yasak ve yaptırımlara tâbi tutulabileceğini belirtmektedir.

TCK'nın 226/3-4 madde ve fıkralarındaki hükümlerle, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yasaklanmış, hayvanlarla ya da doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar içeren yazılı, görsel ve sesli ürünlerin üretimi, satışı arz edilmesi, nakledilmesi, depolanması ve bulundurulması da yaptırıma bağlanmıştır.

Yargılamaya konu edilen kitapta hiçbir olay örgüsüne yer verilmeden sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadelerle ters lezbiyen, doğal olmayan ve hayvanlarla yapılan cinsel ilişkilerin, çocuklar kullanılmak suretiyle bayağı bir dil kullanılarak anlatılması, ifadelerin toplumun ar ve haya duygularını incitici, cinsel arzuları tahrik ve istismar edecek şekilde, aynı zamanda kişilerin dışkılamaları dahi tiksinti verecek şekilde ifade edilmek suretiyle hiçbir sanatsal ve edebi değer katılmadan kurgulanmıştır.

Anneye, teyzeye, kardeşe, aynı cinsde, hayvanlara yönelik cinsel sapkınlık düzeyine varan ifadeler içeren kitabın fransızcadan tercümesi ve yayınlanmasının demokratik bir toplumda çoğulculuğun, hoşgörünün, açık fikirliliğin gereği olan ifade özgürlüğü kapsamında kalan eylemler olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

AİHM'nin 07.12.1976 tarih ve 25 sıra nolu Hanyside-Birleşik Krallık kararında da müstehcenlik ve pornografik ifadeler içeren yayın sınırlarının nereye kadar uzanabileceği ve demokratik bir toplumda, genel ahlakın ve sağlığın korunmasına, suçların ve düzensizliğin önlenmesine ilişkin meşru bir amaca yönelik olarak yaptırımlarla kısıtlanabileceği ve bu kısıtlamanın AİHS'nin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelmeyeceğinin açıkça belirtilmesi karşısında;

Soruşturma aşamasında iki kişilik bilirkişi heyetinden alınan 28.04.2009 tarihli ve yargılama aşamasında Başbakanlık Küçükleri Muzır Nesriyattan Koruma Kurulu tarafından düzenlenen 11.08.2010 tarihli raporlarda belirtilen, yargılamaya konu kitabın hiçbir sanatsal ve edebi değerinin bulunmadığı biçimindeki değerlendirmelere hangi nedenlerle itibar edilmediği açıklanmadan, 12.03.2010 tarihli genel ve soyut ifadeler kullanılarak hazırlanan bilirkişi raporuna itibar edilerek, samıkların eylemlerin TCK'nın 37. maddesi göndermesiyle 226/5. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı maddenin 7. fıkrası uyarınca kitabın sanatsal ve edebi değeri olduğu gerekçesiyle beraatlere hükümlenmesi,..Kanuna aykırı[dır]" (Yargıtay 14. CD, E.2012/13056, K.2013/1527, 19/2/2013).

B. Uluslararası Hukuk

29. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesi şöyledir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar...

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda (...) ahlakın (...) korunması (...) için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

30. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan biridir. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. AİHM'e göre 10. maddenin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız ya da ilgisiz kabul edilen "bilgi" ve "fikirler" için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (Benzer kararlar için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

31. AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan ahlakın niteliği konusunda bir ülke içinde dahi çeşitlilik olabileceğine, bu nedenle ahlakın gereklilikleri konusunda bir Avrupa konsensüsü bulunmadığına dikkat çekmiştir. AİHM, kendi toplumları ile doğrudan ilişki içinde olan kamusal makamların mahallî düzeyde ahlakın gerekliliklerini değerlendirirken uluslararası hâkimlerden daha iyi bir konumda olduklarını belirtmiştir (*Müller ve diğ. /İsviçre*, B. No: 10737/84, 24/05/1988, § 36).

32. AİHM, bu tutumunu *Handyside/Birleşik Krallık* (B. No: 5493/72, 07/12/1976, § 48) kararında şu şekilde özetlemiştir:

"Sözleşmeciler Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklerine yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle (vital forces) doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki 'gerekli' (necessary) sıfatının, bir yandan 'zorunlu' (indispensable) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını (krş. md.2(2)'deki "mutlaka gerekli", md.6(1)'deki "kesinlikle gerekli" ifadeleri ve md.15(1)'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi, öte yandan 'kabuledilebilir', 'olağan' (krş. md.4(3)), 'yararlı' (krş. Birinci Protokolün 1. maddesi,

Fransızca metin), 'makul' (krş. md.5(3) ve md.6(1)) veya 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır. Bununla beraber, bu bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının (pressing social need) varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır."

33. AİHM yukarıda zikredilen *Handyside/Birleşik Krallık* kararında; müstehcen olduğu iddia edilen bir kitabın toplatılması, müsaderesi ve imhasını ahlakın korunmasına uygun kabul etmiştir. AİHM, bu karara varırken ergenlik çağındaki çocukların korunması gerekliliğini esas almıştır. AİHM, bu konuda şu değerlendirmeleri yapmıştır:

"Quarter Sessions mahkemesinin de kabul ettiği gibi, kitap genellikle doğru ve çoğu kez kullanışlı olan, tamamıyla olaylara dayalı bilgileri kapsamaktadır. Ancak kitapta, özellikle öğrenciler hakkındaki kısmın (bk. yukarıda parag. 32) cinsellikle ilgili bölümünde ve "Kendi Başınıza" başlıklı pasajda, gelişmelerinin çok önemli bir aşamasında bulunan gençlerin zararlı olgunluk faaliyetlerine alışmaya ve hatta bazı suçları işlemeye teşvik edildikleri biçiminde yorumlayabilecekleri cümlelere ve paragraflara yer verilmektedir. Bu çerçevede Birleşik Krallık'ta ahlak ve eğitim konusunda görüşlerin çeşitlenmesine ve sürekli gelişmesine rağmen, yetkili İngiliz yargıçları takdir haklarını kullanırken, Ders Kitabı'nın o sırada onu okuyacak çocukların ve büyüme çağındaki gençlerin bir çoğunun ahlaki değerleri üzerinde zararlı etkileri olacağını düşünmekte haklılardır." (*Handyside/Birleşik Krallık*, § 52).

34. Yukarıda zikredilen ve insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkinin gösterildiği üç resmin sergilenmesi ve sergiye katılan diğer ressamın da bu resimleri halka gösterme imkânı vermeleri nedeniyle her bir başvurucaya 300 frank para cezası verilmesi ve resimlere el konulmasına ilişkin *Müller ve diğerleri/İsviçre* davasında AİHM, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu resimlerde, özellikle insanlar ve hayvanlar arasında cinsel ilişkilerin kaba bir tarzda gösterildiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca bu resimlerin serginin amacına uygun olarak sergi yerinde spontane bir şekilde yapıldığına, sergiyi düzenleyenlerin bir giriş ücreti veya yaş sınırı koymadıkları için de herkesin görebilmesine açık tutulduğuna işaret etmiştir. Mahkemeye göre resimler, sınırsız olarak herkese açık ve herkesin ilgisini çekecek surette sergilenmiştir. Resimlerin orijinallerini inceleyen AİHM, İsviçre mahkemelerinin cinselliğin en kaba biçimlerine vurgu yapan bu resimlerin "olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde muhalif" olduğu görüşüne varmalarında makul olmayan bir durumun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. AİHM'e göre Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasının kendilerine bıraktığı takdir alanı gözönünde tutulduğunda İsviçre mahkemelerinin ahlakı korumak için başvuruçulara müstehcen materyal yayımladıkları gerekçesiyle para cezası verilmesini "gerekli" görmekte haklı olduğu kanaatine ulaşmıştır (*Müller ve diğerleri/İsviçre*, §§ 35, 36).

35. Belirtilmesi gereken diğer bir karar ise *Akdaş/Türkiye* (B. No: 41056/04, 16/02/2010) kararıdır. Başvuran, bir yayınevinin editörüdür. Başvuran 1999 yılında, Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in "Les Onze Mille Verges" isimli erotik romanının "On Bir Bin Kırbaç" başlığıyla Türkçeye çevrilmiş hâlini yayımlamıştır. Roman açık saçık cinsel münasebet sahnelerini sadomazoşizm, vampirizm ve pedofili

vb. çeşitli yöntemlerle betimlemektedir. Başvuran, ağır para cezası ile cezalandırılmış; kitabın toplatılmasına ve imhasına karar verilmiştir. AİHM; yayıncıların da görev ve sorumlulukları olduğunu hatırlattıktan sonra eserin Fransa'da ilk yayın yılı olan 1907 yılından beri yüz yıllık bir zaman geçtiğini, birçok ülkede farklı dillere çevrilerek yayımlandığını, prestijli "La Pléiade" listesi içinde yer aldığını belirtmiştir. AİHM, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin kültürel, tarihi ve dini farklılıkları olduğu kabulünün Avrupa edebî mirasının bir parçası olan esere halkın kendi dilinde ulaşmasına engel teşkil edemeyeceğini, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda orantılı olmadığını ve toplumsal ihtiyaçları karşılamadığını belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın ilgili kısımları şu şekildedir:

"24. Mahkeme, bir müdahalenin varlığı, bu müdahalenin kanun tarafından öngörülebilirliği ve somut olayda izlenen amacın meşruluğu yani ahlakın korunması konusunda, taraflar arasında tartışma olmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme, bu tespiti kabul etmektedir. Şu halde, başvuranın mahkûm edilmesinin ve kitabın bütün baskılarına el konulmasına yönelik tedbirin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında, demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olup olmadığını tespit edilmesi gerekmektedir.

25. Mahkeme; öncelikle, ifade özgürlüğü konusundaki, özellikle sanat eserlerinin yayımlanması özgürlüğü ile ahlaki korumak amacıyla bu özgürlüğe getirilmesi gereken sınırlamalar konusundaki yerleşik içtihadını hatırlatmaktadır (bkz. diğerlerinin yanı sıra, Vereinigung Bildender Künstler (Avusturya Plastik Sanatçılar Birliği) / Avusturya, no. 68354/01, § 26, AİHM 2007-II ve Müller ve diğerleri / İsviçre, 24 Mayıs 1988, §§ 32-33, seri A no. 133).

26. Mahkeme, sanatçı ve sanatçının eserlerini sunanların/yayımlayanların, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlamalardan muaf olmadıklarını tekrar ifade etmektedir. İfade özgürlüğünden yararlanan her kim olursa olsun, esasen, bu fıkra da belirtildiği gibi, "görev ve sorumluluk" da üstlenirler; bu görev ve sorumluluğun kapsamı, duruma ve kullanılan yönteme bağlı olup, Mahkeme, bir cezanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını denetlerken, meselenin bu yönünü görmezlikten gelemez.

27. Somut olayda, başvuranın olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan Türk Ceza Kanununun 426. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak mahkûm edilmesiyle ahlakın korunmasının amaçlandığını tespit ederek, Mahkeme bugün de tıpkı Müller kararını (yukarıda anılan, § 35) verdiği tarihte olduğu gibi Sözleşmecî Devletlerin hukuksal ve sosyal düzenlerinde bu bağlamda tek tip bir nosyonun gereksiz yere arandığını yinelemektedir. Ahlakın gerekleri konusundaki görüşler, zamana ve yere göre değişmektedir ve Devletten, ülkelerindeki kültürel, dini, medeni ya da felsefi farklı toplulukların varlığını göz önünde bulundurması talep edilmektedir. Devlet yetkilileri, ülkelerindeki yaşamsal güçlerle doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları sayesinde, bu gereklerin tam içeriğinin yanında bu gerekleri karşılamayı amaçlayan bir "sınırlama" veya "cezanın" "gerekliliği" hakkında görüş bildirebilmek için, genellikle uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumdadırlar.

28. *Mahkeme*, mevcut davada, dünya çapında tanınmış bir yazar Guillaume Apollinaire'in eserinin söz konusu olduğunu gözlemlemektedir. *Les onze mille verges* başlıklı bu erotik roman, 1907 yılında Fransa'da ilk yayımlandığında çok açık saçık olduğu yargısıyla erotik içeriği nedeniyle olay yaratmıştır. Metin, daha sonra baskı ve internet üzerinde de birçok dilde yayımlanmış ve 1993 yılında "La Pléiade" koleksiyonuna dâhil edilmiştir.

29. *Mahkeme*, Avrupa hukuk alanında ahlaki kavramlara ilişkin nitelikleri göz önünde bulundurarak, konuyla ilgili olarak Devletlere, belli bir takdir yetkisi vermektedir. *Mahkeme*, mevcut davada, eserin Fransa'da ilk defa yayımlanmasından bu yana bir asırdan fazla bir süre geçmesini, çok sayıda ülkede çeşitli dillerde yayımlanmasını ve ayrıca Türkiye'de el konulmasından onlarca yıl önce "La Pléiade" a dâhil edilerek tasdik edilmesini göz ardı edemez.

30. *Mahkeme*, bu takdir yetkisinin kapsamının, başka bir ifadeyle Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin kültürel, tarihi ve dini özelliklerine verilen önemin/değerin Avrupa Edebiyatı mirasında yer alan bir esere halkın belli bir dilde, mevcut durumda Türkçe olarak erişimine engel olmaya kadar gidemeyeceği kanaatine varmaktadır.

31. Bu unsurlar, *Mahkeme*'nin, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan mevzuatın uygulanmasının, zorunlu sosyal bir ihtiyaca yanıt vermeyi amaçlamadığı sonucuna ulaşması için yeterlidir. Öte yandan, başvuranın mağdur olması neden olan ve eserin tüm baskılarına el konulmasına ve ağır para cezasından ibaret olan müdahalenin, hedeflenen meşru amaçla orantılı olduğu kabul edilemez. Dolayısıyla, bu müdahale, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında, demokratik bir toplumda gerekli değildir.

32. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

36. Mahkemenin 26/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. İfade Özgürlüğünün İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

37. Başvurucu, başvuruya konu kitabın bir sanat eseri olduğunu, hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken üç yıl denetime tabi tutulmasının ifade özgürlüğü ile çalışma özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştü; yeniden yargılama ve tazminat talebinde bulunmuştur.

2. Değerlendirme

38. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... Kamu düzeni[nin] ... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

39. Anayasa'nın "Bilim ve sanat hürriyeti" kenar başlıklı 27. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir."

40. Anayasa'nın "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez..."

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır..."

Sürelili veya süresiz yayınlar, ... genel ahlâkın korunması... bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir..."

41. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun şikâyetlerinin ifade özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, basın özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

42. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan ifade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

43. Başvurucu, yayımladığı kitabın müstehcen içeriğe sahip olduğu iddiasıyla yargılanmış; hakkındaki dava bir hükme bağlanmayarak ertelenmiş ve başvuru üç yıl denetim altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, daha önce yayımladığı kitaplardan dolayı hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesiyle yayınevi sahibi başvurucağının ifade, sanat ve basın özgürlüklerine müdahale edildiği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi, kovuşturmanın ertelenmesi kararı ile yayınevi sahibi üzerinde kovuşturma tehdidinin devam ettiğini tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, yaptırma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde caydırıcı etkisinin bulunduğu işaret etmiş ve sonunda kişinin isnat edilen suçlardan aklanma ihtimali bulursa bile bu etki altında ilerde düşüncelerini açıklamaktan veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, yayımladığı kitaplar nedeniyle henüz mahkûm edilmemiş olsa bile ertelenen kovuşturmanın gelecekte yeniden başlayabilme olasılığının başvurucağında stres ve cezalandırılma endişesini devam ettireceği kanaatine varılarak başvurucağının ifade, sanat ve basın özgürlüklerine müdahalede bulunduğu kabul edilmiştir (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§ 69-79; sonraki bir karar için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No: 2013/568, 24/6/2015, §§ 46-49).

44. Mevcut başvurudaki koşullar ile anılan Anayasa Mahkemesi içtihatlarına konu başvurulardaki koşullar arasında esaslı bir farklılık bulunmamaktadır. O hâlde zikredilen Anayasa Mahkemesi içtihadında konulan ilkeler gözetildiğinde mevcut başvuruda, başvuru hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen söz konusu kitabın sanat eseri olmadığını ifade eden ve Yargıtay içtihatlarına göre gözönünde bulundurulması gereken resmî bir raporun varlığının, başvurucaunun yaklaşık dört yıl süren soruşturma ve kovuşturmadan doğrudan etkilendiğinin, yayıncı olması nedeniyle ilerde de soruşturma ve kovuşturmayaya maruz kalma riskinin bulunduğu dikkate alınması gerekir. Bu sebeplerle başvuru hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek üç yıl denetim altına alınmasını başvurucaunun ifade, sanat ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale olduğunun kabul edilmesi gerekir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

45. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasamızın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

46. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın somut başvuruya ilişkin olarak Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülmeye, 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

47. İlk olarak başvuruya konu olayda hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirlemenin veya gelecekte hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını öngörmenin Anayasa Mahkemesinin görevi olmadığı ifade edilmelidir. Çocukların müstehcen yayınlardan korunmasına ilişkin hükümler 1117 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Adı geçen Kanun'un 7. maddesinde ise edebî eserlerin 1117 sayılı Kanun kapsamında olmadığı hükmüne bağlanmıştır. 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesinin (7) numaralı fıkrasında ise edebî eser olduğu değerlendirilen yayınların çocuklara ulaşmasının engellenmesi koşuluyla müstehcenlik suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiş fakat "çocuklara ulaşmasının engellenmesi"nin usulüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla 226. maddenin (7) numaralı fıkrasının öngörülebilirliğine ilişkin bir tereddüt oluşsa bile bu tereddüdün mahkeme içtihatları ile giderilmesinin mümkün olduğu değerlendirildiğinden bu mesele üzerinde daha fazla değerlendirme yapılması gerekli görülmemiştir. Öte yandan kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin kararın dayanağı olan 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesi ile 3713 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin "kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

48. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlama sebepleri arasında "genel ahlakın korunması" sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 28. maddesinin yedinci fıkrasında, genel ahlakın korunması

açısından gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanun tarafından açıkça yetkili kılınan mercinin emri üzerine süreli veya süresiz bir yayına el konulabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa, ifade özgürlüğünün özel bir türü olan basın özgürlüğü alanında "genel ahlakın korunması" sebebinin meşru bir sınırlama sebebi olarak kabul etmiştir. Bu mülahaza ile başvuruçunun cezalandırılmasına ilişkin kararın genel ahlakın korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Uygunluk ve Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

49. Kitap basım ve yayımının -basımın temel işlevini yerine getirdiği sürece- ifade özgürlüğü ve onun özel güvencelere bağlanmış şekli olan basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda tereddüt yoktur (*Fatih Taş*, §§ 58-61). Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu ifade etmiştir (*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 69; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 34-36). İfade özgürlüğünün özel bir türü olan bilim ve sanat özgürlüğü de Anayasa'nın 27. maddesinde özel olarak korunmuştur.

50. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir.

51. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun*, §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72). Bu sebeple hükmedilen tedbirin kamunun maruz kaldığı düşünülen zararla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir.

52. Somut olayda müstehcen ifadelerin yer aldığı başvuruya konu kitabı yayımlaması nedeniyle başvuru hakkında ceza davası açılmıştır. Cumhuriyet savcısı iddianamede eserin edebî niteliğini kabul etmiştir (bkz. §§ 11, 12). İlk derece mahkemesince hazırlatılan bilirkişi raporunda söz konusu kitabın edebî bir eser olduğuna ilişkin oldukça ayrıntılı değerlendirmeler yer almıştır (bkz. § 15). Anayasa Mahkemesi eserin edebî olup olmadığı yönünde ayrıca bir değerlendirme yapmayı gerekli görmemektedir. 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesinin (7) numaralı fıkrasında edebî eserler hakkında çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin alınması koşuluyla müstehcenlik suçundan mahkûmiyet kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla

Anayasa Mahkemesinin önündeki mesele, daha ziyade başvuruçunun çocukların korunmasına ilişkin herhangi bir tedbir almadan kitabı basması ve yayımlaması nedeniyle yargılanması ile hakkında üç yıllık denetim kararı verilmesi yönündeki yerel mahkeme kararının Anayasa'nın 26. maddesindeki ifade özgürlüğü, 27. maddesindeki bilim ve sanat özgürlüğü ve 28. maddesindeki basın özgürlüğüne aykırı olup olmadığı hususuyla ilgilidir.

53. Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğü garanti etmemektedir. İfade özgürlüğü Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ve genel ahlakın korunmasına ilişkin olarak da 28. maddenin beşinci fıkrasında (bkz. § 21) yer alan ve tam olarak uyulması gereken bazı istisnalara tabidir. Söz konusu istisnaların her somut olayda ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Bunlardan başka Anayasa'nın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" kenar başlıklı 41. maddesinde "*Devlet... çocukların korunması... sağlamak için gerekli tedbirleri alır... Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.*" denilerek çocukların korunmasına ilişkin her türlü tedbirin alınmasından ve çocukların istismar ile her türlü şiddete karşı korunmasından devlet sorumlu tutulmuştur.

54. Bununla beraber "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" biçimindeki Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrası kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken sahip oldukları ödev ve sorumluluklara gönderme yapar. Diğer basın aracı yöneticileri ve basın mensupları gibi yayıncularının sorumlu kişileri de ifade özgürlüğünü kullanmaları sırasında uymaları gereken bazı "görev ve sorumluluklara" sahiptir (Basının görev ve sorumluluklarına ilişkin bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 22/2/2016, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35; *Fatih Taş*, § 67). Söz konusu sorumlulukların kapsamı, başvuruçunun koşullarına ve ifade özgürlüğünü kullandığı vasıtalara göre değişir. Anayasa Mahkemesi, bir cezanın "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelerken meselenin bu yönünü görmezlikten gelmeyecektir.

55. Basının kendisi için konulmuş sınırlamalara uyması gerekli olmasına rağmen başvuruya konu romanın basılmasında olduğu gibi sanatın serbestçe açıklanması ve yayımlanması özgürlüğü Anayasa'nın 27. maddesinde özel olarak korunmuştur. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesi ve daha özel olarak da 27. maddesi, bilgi ve fikir edinme ve düşünceleri yayma kapsamında sanatsal ifade özgürlüğünü de içerir ve bu anayasal güvenceler her tür kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikrin açıklanmasına, yayılmasına, değiş ve tokuşuna katılma fırsatı yaratır. Mevcut başvuruya konu kitap gibi edebî eserleri yaratan, basan ve yayımlayan kişiler fikir ve görüşlerin yayılmasına önemli bir katkıda bulunmaktadır, dolayısıyla da sanatsal eserler demokratik bir toplum için büyük önem taşır. Bu nedenle devlet, sanat eserini yaratan kişilerin ifade özgürlüklerine gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranmalıdır (*Fatih Taş*, § 104).

56. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, önceki kararlarında açıklanan ve yayılan bir düşüncenin içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından "değerli-değersiz" veya "yararlı-yararsız" biçiminde ayrıştırılmasının subjektif unsurlar ihtiva edeceği için bu özgürlüğün keyfi biçimde sınırlandırılması tehlikesini doğurabileceğine dikkat çekmiştir. İfade özgürlüğünün başkaları açısından "değersiz" veya "yararsız" görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içerdiği akıldan çıkarılmamalıdır (*Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, § 42; *Önder Balıkcı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 40)

57. Öte yandan söz konusu kitabın kurgusal bir roman olduğu ve özgün tarzı gözetildiğinde Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerinin yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil bunların ifade edilmiş biçimlerini de koruma altına aldığı unutulmamalıdır (Kıyaslamak için bkz. *Fatih Taş*, § 105). Bir eserin sanatsal veya edebî değerinin bulunup bulunmadığının değerlendirmesinde yargı yerlerinin tam bir serbestiye sahip olduğu kabul edilemez. Yargı organlarının ifade özgürlüğü alanında yapacakları değerlendirmelerde ifadeler bağlamlarından koparılmadan incelenmelidir. Aksi bir tutum Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir.

58. Özellikle karmaşık ve muğlak bir olgu olan müstehcenlik söz konusu olduğunda -bu bütüncül yaklaşım ilkesinin bir gereği olarak- yargı erklerinin yapacakları değerlendirmelerde sanat alanının veya eserin özelliklerine, müstehcen olduğu değerlendirilen kısımların ifade edildiği bağlama, yazarın kimliğine, yazılma zamanına, amacına, hitap ettiği kişilerin kimliklerine ve onların estetik anlayışlarına, eserin muhtemel etkilerine ve eserdeki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır (Terör propagandası olduğu iddia edilen bir gazete makalesi için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, § 64; itibara zarar veren iddialar bulunduğu ileri sürülen bir kitap için bkz. *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, §§ 63, 66, 67; aynı suçlamanın yer aldığı bir gazete makalesi için bkz. *Tansel Çölaşan*, § 62; bir elektronik iletideki sözlerin olayların bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin karar için bkz. *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 52).

59. Son olarak müstehcenlik suçu nedeniyle kanunda öngörülen yüksek cezalara rağmen kanunda bilimsel eserler bakımından mutlak biçimde, sanatsal veya edebî değeri bulunan eserler hakkında ise belli koşulların oluşması hâlinde sanığın cezalandırılmama ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla müstehcen olduğu iddia edilen eserin bu kapsamda bulunup bulunmadığı, bilimsel eserlerle sanatsal ve edebî değeri bulunan eserler arasındaki ayırım son derece önemli hâle gelmektedir. Yine sanatsal ve edebî değeri bulunan eserlerin çocuklara ulaşımının ne şekilde engelleneceği ve bunun nasıl denetleneceği konuları da ifade, sanat ve basın özgürlüğüne müdahalede bulunan kamu gücünü kullanan organların üzerinde durmaları gereken hususlardır.

60. Bundan sonra Anayasa Mahkemesinin yapması gereken; başvuruya konu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak, ifade özgürlüğüne getirilen müdahalenin “ölçülü” olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için derece mahkemelerince gösterilen gerekçelerin inandırıcı, bir başka deyişle “ilgili ve yeterli” olup olmadığını belirlemektir (*Nilgün Halloran*, § 39; *Bekir Coşkun*, §§ 24, 58; *Tansel Çölaşan*, § 52). Anayasa Mahkemesi bunu yaparken kamu gücünü kullanan organların ve derece mahkemelerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesince ortaya konulan ilkelerle uyumlu olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde takdir ederek karar verdiklerine ikna olmalıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerince yapılan değerlendirmeleri ve kabul edilen gerekçeyi gözönünde bulunduracaktır.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

61. İlk olarak başvuruya konu dava, Koruma Kurulu raporuna dayanılarak açılmıştır. Alınılanan Yargıtay ilamları da incelendiğinde söz konusu Kurul raporlarının müstehcenlik davalarında önemli bir etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§ 27,

28). 1117 sayılı Kanun'un 6. maddesi düşünsel, toplumsal, bilimsel, estetik değeri olan sanat eserlerini 1117 sayılı Kanun kapsamı dıŐına çıkartarak kurulun denetim yetkisini kısıtlamıŐ olma­la beraber Kanun'da hangi eserlerin düşünsel, toplumsal, bilimsel ya da estetik değere sahip olacağı hususunda bir belirleme yapmamıŐtır. Eserlerin esas niteliğini saptayacak ve eserin nevine göre değişen uzmanlar tarafından yapılan ön incelemeden geçmeksizin incelemenin bürokratların çoğunlukta olduğu on bir üyeli kurulca yapılması aslında düşünsel, toplumsal ya da sanat eseri olarak değerlendirilmesi gereken ilgili eser hakkında bu nitelikleri haiz olmadığı yönünde raporlar verilmesine neden olmaktadır. Bu Şekilde içinde pedagoğ ve cinsel sağlık uzmanı dahi olmayan kiŐilerden oluşan kurulca 1117 sayılı Kanun kapsamına alınan eserler hakkında genel ve soyut ifadelerle hazırlanmıŐ kararlarla muzır neŐriyat kararı verilmesi, ifade, sanat ve basın özgürlükleri açısından olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir.

62. Mevcut olayda hem Koruma Kurulu hem İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı hem de Bilirkişi Heyeti söz konusu kitapta özellikle erkekler arası cinsel ilişkilerin açık ve ayrıntılı bir tarzda tasvir edildiğini kabul etmiş fakat gerek İstanbul Başsavcılığı gerekse Bilirkişi Heyeti kitabın bir edebı eser olduğunu ifade etmiştir (bkz. ŐŐ 11, 12, 15). Bu sonucun ötesinde ihtilaf konusu yayını bizzat inceleyen Anayasa Mahkemesi, kitabı bir bütün olarak deęerlendirmiŐ ve kitabın edebı değeri bulunduğu yönündeki İstanbul Başsavcılığının iddianamede dile getirdiği görüşler ile Bilirkişi Heyetinin hazırladığı raporda dile getirilen görüŐlere katılmamak için bir sebep görmemiŐtir.

63. Başvuruya konu kitapta kişilerin sakınmalarına zaman bıraktıran resim veya çizim gibi tasvirlerle yer verilmemiştir. Yazarın oldukça karmaşık anlatım tarzı da gözetildiğinde küçüklerin başvuruya konu kitabın içeriğine maruz kalmaları oldukça düŐük bir ihtimaldir. Kitap herkese açık olarak satılmakla birlikte herkesin ilgisini çekebilecek surette de basılmamıŐtır.

64. Bununla birlikte başvuru konusu kitabın entelektüel ve sanatsal niteliğine rağmen toplumun tümüne uygun olmadığı ve zikredilen meseleler hakkında bilgi sahibi olmayanların duyarlılığını zedeleyecek ve onları incitecek nitelikte olduğunun değerlendirilebileceği kanısına varılmıştır. Konusu ve anlatımının niteliği dikkate alındığında söz konusu roman, toplumun belirli bir zümresini hedefleyen spesifik bir yayın olarak değerlendirilmiştir. Yayının nispeten dar bir toplumsal kesimi ilgilendiren edebı bir yayın olduğu ve mstehtecen içeriği gözetildiğinde bazı grupların özellikle de reşit olmayanların bu yayına eriŐimini önlemek için -on sekiz yaşından küçüklere zararlı olduğunu ifade eden bir ibare veya işaret konulması gibi- alınacak önleyici tedbirlerin zorunlu bir sosyal ihtiyaa karşılık gelebileceğini kabul etmek gerekir.

65. Dolayısıyla somut olayda eserin sanatsal ve edebı niteliği belirlendikten sonra derece mahkemelerince yapılması gereken değerlendirme, çocukların korunması için bir tedbir alınmasının gerekip gerekmediği ve alınan tedbirin uygun olup olmadığına yönelik olmalıdır. Oysa somut olayda gerek Koruma Kurulu ve Bilirkişi Heyeti raporlarında gerekse İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının iddianamesinde ve daha önceki benzer davalara ilişkin Yargıtay ilamlarında çocukların korunmasına ilişkin meseleye hiç eğilmeden yalnızca eserin sanatsal ve edebı niteliğine odaklanılmaktadır.

66. Somut olayda derece mahkemelerinin kararlarından hareketle başvuruya konu kitabın ne sebeple çocukların ahlakının korunmasına ilişkin hükümlere zarar verdiğini belirlemek mümkün olmamaktadır. Gerçekte ilk derece mahkemesi kararı, başvuruya konu kitabın içeriğinin çocukların korunması ilkesine uygunluğunu ayrıntılı

şekilde incelemeye özen gösterdiğinin düşünülmesini sağlayacak herhangi bir unsur içermemektedir. İlk derece mahkemesi herhangi bir gerekçeye yer vermeden kovuşturmanın ertelenmesine ve başvurunun üç yıl boyunca denetim altına alınmasına karar vermiştir. Anılan karara karşı başvuru tarafından yapılan itirazı reddeden Asliye Ceza Mahkemesinin kararı da bu bağlamda herhangi bir ayrıntı veya gerekçe içermemektedir. Dolayısıyla verilen kararlar gerekçelendirilmediğinden başvuranın ifade özgürlüğünü sınırlamadan önce dikkate alınması gereken kriterlerin gerektiği gibi incelendiği kabul edilemeyecektir.

67. Bu nedenlerle içinde müstehcen unsurlar bulunduğu tespit edilen ancak bilimsel, sanatsal veya edebî değeri olduğu ileri sürülen eserlere ilişkin uyuşmazlıklarda önce kamu gücünü kullanan organlar ve daha sonra da derece mahkemelerinin, ihtilafa konu eserlerin bilimsel, sanatsal ve edebî değerini tespit etmesi gerekir. Söz konusu eserlerin bu nitelikleri haiz olduğu kabul edildiği takdirde bilimsel olduğu değerlendirilen eserler dışındaki sanatsal ve edebî eserlerin gösterilmesi, yayımlanması, dağıtılması ve başkalarına verilmesi sırasında çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin alınıp alınmadığı, tedbir alınmış ise bu tedbirlerin ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve değerlendirmenin sonucuna göre karar verilmelidir. Mevcut başvuruda başvuruya konu kitabın ne edebî nitelikte bir eser olup olmadığı ne de çocukların korunmasına ilişkin bir tedbir alınması gerekip gerekmediği değerlendirilmiştir. Mahkemelerin gerekçeleri ilgili ve yeterli değildir.

68. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade, sanat ile basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

M. Emin KUZ bu düşünceye katılmamıştır.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

69. Başvurucu, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

70. Anayasa'nın 36. ve 141. maddeleri bağlamında bir suç isnadına dayalı yargılamaların makul sürede karara bağlanması gerektiğine dair temel ilkeler Anayasa Mahkemesince daha önce incelenmiş ve bu konuda kararlar verilmiştir (*B.E.*, B. No: 2012/625, 9/1/2014; *Ersin Ceyhan*, B. No: 2013/695, 9/1/2014). Başvuru konusu olayda bu ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

71. Ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken sürenin başlangıcı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi birtakım tedbirlerin uygulanması ya da kamu davasının açılması anıdır (*Ersin Ceyhan*, § 35). Somut başvuru açısından sürenin başlangıcının, başvuru hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca kamu davasının açıldığı 27/4/2011, sürenin sonunun ise suç isnadının nihai olarak karara bağlandığı 14/11/2014 olduğu anlaşılmıştır.

72. Başvuruya konu yargılama süreci incelendiğinde davanın iki dereceli bir yargılama sistemindeki toplam 3 yıl 9 aylık yargılama süresi dikkate alındığında başvurunun haklarını ihlal edecek bir gecikmenin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

73. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

74. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...”

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

75. Başvurucu 20.000 TL tazminat talebinde bulunmuştur.

76. Başvurucunun ifade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

77. Başvurucunun ifade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2011/228) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

78. Başvurucunun ifade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 3.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

79. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. İfade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA** M. Emin KUZ'un karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

2. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın **açıkça dayanaktan yoksun olması** nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA** **OYBİRLİĞİYLE**,

B. Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile onun özel birer türü olan bilim ve sanat özgürlüğü ve basın özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE** M. Emin KUZ'un karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

C. Kararın bir örneğinin ifade, bilim ve sanat ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2011/228) **GÖNDERİLMESİNE**,

D. Kararın bir örneğinin Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu Başkanlığına **GÖNDERİLMESİNE**,

E. Başvurucuya net 3.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

F. 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/10/2017 tarihinde karar verildi.

Başkan
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Başvuru Numarası : 2014/20168

Karar Tarihi : 26/10/2017

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvurucunun, hakkındaki davanın ertelenerek denetim altına alınmasının ifade özgürlüğü ile çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin bireysel başvurusu ifade özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek kabul edilebilir bulunmuş ve bu özgürlüklerin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Somut olayda, başvuru hakkında kamu davası açılmış ve İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi 5/7/2012 tarihli duruşmada 6352 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi uyarınca kovuşturmanın ertelenmesine karar vermiştir. Başvurucunun bu kararı temyiz etmesi üzerine Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 16/9/2014 tarihli kararıyla kovuşturmanın ertelenmesi kararının temyiz kabiliyeti olmadığı gerekçesiyle dosyanın iadesine ve İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/11/2014 tarihli kararıyla itirazın reddine karar verilmiştir (§ 17).

Başvuruya konu kararın itirazın reddi kararıyla kesinleştiği dikkate alınarak ve önceki kararlarımıza da uygun olarak başvurunun Mahkememizin zaman bakımından yetkisi kapsamında görüldüğü anlaşılmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere başvuru, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıç tarihi olan 23/9/2012'den önce verilen ve temyizi kabil olmayan kovuşturmanın ertelenmesi kararına karşı yanlış kanun yoluna başvurarak temyiz talebinde bulunmuş; anılan kararın temyiz kabiliyetinin olmadığına ilişkin kararın zaman bakımından yetkimizin başlamasından yaklaşık iki yıl sonra 16/9/2014 tarihinde, itirazın reddi kararının da 14/11/2014 tarihinde verilmesi sebebiyle bireysel başvuruda bulunabilmiştir.

Bu itibarla çoğunluğun kabul edilebilirlik kararı, esasen ilk derece mahkemesinin kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin 5/7/2012 tarihli kararına karşı doğru kanun yolu olan itiraz yoluna başvurulsaydı muhtemelen 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşebilecek ve Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi dışında kalacak mezkûr kararın, yanlış kanun yoluna gidilmesi sayesinde bireysel başvuruya konu edilebildiği anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle çoğunluğun yorumu, avukatla temsil edilen ve aldığı hukukî yardımla doğru kanun yolunu bilecek durumda olan başvurunun yanlış kanun yoluna başvurusunun, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması anlamında, o tarihlerde doğru kanun yoluna başvuranlara, yani itiraz kanun yoluna müracaat edenlere göre (uygulamada itiraz kanun yolu başvurularının temyize nazaran çok daha kısa sürede sonuçlandığı da dikkate alındığında) avantaj sağlayacak bir sonuç doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında, yanlış kanun yollarına başvurulmasının başvurucaya bireysel başvuru bakımından, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi veya başvuru süresi itibariyle bir hak doğurmayacağı belirtilmiştir.

İncelenen başvuruda başvurunun kovuşturmanın ertelenmesi kararına karşı temyiz talebinde bulunmasının, ilk derece mahkemesinin 5/7/2012 tarihli kararında temyiz yolunun açık olduğunun belirtilmesinden kaynaklandığı, dolayısıyla başvurunun kanun yolu bakımından yanıltıldığı ileri sürülebilirse de, başvurunun avukatla temsil edildiği, başvuru yapılacak kanun yolu konusunda Kanundaki açık hüküm sebebiyle önceden bilinemeyecek şekilde hukukî bir belirsizlik de bulunmadığı (benzer bir değerlendirme için bkz. Hüseyin Günel, B. No: 2013/2491, 17/7/2014, §§ 47-49) ve ilk derece mahkemesinin yanlış yönlendirmesinin nihai olarak itiraz incelemesinin yapılamaması sonucunu da doğurmadığı dikkate alındığında, çoğunluğun bu konudaki genişletici yorumuna katılmak mümkün görünmemektedir.

Bu sebeplerle, başvurunun zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun kabul edilebilirlik kararına katılmıyorum.

Diğer taraftan, başvurunun esasına ilişkin incelemede yapılan değerlendirmelerin bir bölümüne ve bunlara bağlı olarak çoğunluğun ulaştığı ihlal sonucuna da aşağıdaki sebeplerle katılmıyorum.

Somut olayda ilk derece mahkemesi, konunun uzmanı olan öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi heyetine hazırlattığı 25/6/2012 tarihli rapordan yaklaşık bir hafta sonra yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi uyarınca 5/7/2012 tarihinde kovuşturmanın ertelenmesine karar vermiştir.

Anılan raporda, inceleme konusu romanın “bir edebiyat eseri olma özelliği nedeniyle” Türk Ceza Kanununun 226. maddesinin (7) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gereken bir eser olduğunun belirtilmesine rağmen, yukarıda da belirtildiği gibi 6352 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ve geçici 1. maddenin açık hükmü karşısında mahkemece davanın esası hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadan kovuşturmanın ertelenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Türk Ceza Kanununun 226. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, bu madde hükümlerinin edebî değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı hükme bağlanmaktadır. Bilirkişi raporunda, söz konusu romanın edebiyat eseri olması nedeniyle, belirtilen fıkra müstehcenlik suçları için düzenlenmiş olan hukuka

uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gereken bir eser olduğunun belirttiği dikkate alındığında, 6352 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş olmasaydı bu yönde bir karar verilmesi kuvvetle muhtemel olmasına rağmen, çoğunluğun ihlal kararında başvuru konusu romana ilişkin olarak Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulunun raporunda, iddianamede ve bilirkişi raporunda yer verilen tespitlerden hareketle değerlendirilmeler yapılmaktadır.

Oysa kararda da belirtildiği gibi ilk derece mahkemesinin verdiği bir mahkûmiyet kararı veya söz konusu romanla ya da buna ilişkin bilirkişi raporuyla ilgili olarak henüz ortaya çıkmış bir değerlendirmesi veya tespiti bulunmamaktadır.

Bilindiği gibi, bir kişi hakkında iddianame düzenlenerek ceza davası açılması o kişinin suçlu bulunduğu anlamına gelmeyeceği gibi Cumhuriyet savcısının ceza davası açarken yaptığı yorum ve değerlendirmelerin denetimi de Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında değildir (Mustafa Ersen Erkal, B. No: 2013/4770, 16/4/2015, § 20).

Diğer taraftan, kovuşturmanın ertelenmesi kararı uyuşmazlığın esasını çözmeyen ve kişinin suç işleyip işlemediğiyle ilişkili olmayan, Kanunda öngörülen sürenin dolmasıyla kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran, usule ilişkin bir karardır (Mustafa Ersen Erkal, § 31).

Mahkememiz incelenen başvuruya benzer bireysel başvurularda daha önce ihlal kararları vermişse de, ifade hürriyetinin ihlal edildiği yönündeki söz konusu kararlar, ilk derece mahkemelerinin verdiği mahkûmiyet kararlarının temyiz incelemesi sırasında 6352 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi sebebiyle verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararları üzerine yapılan başvurularda ve ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararlarındaki değerlendirmeler üzerinden inceleme yapılarak verilmiştir. Bir başka anlatımla, önceki kararlarımızda, ilk derece mahkemelerinin kovuşturmanın ertelenmesi kararlarından önce verdikleri, ancak temyiz aşamasında 6352 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi sebebiyle kovuşturma ertelendiği için kesinleşmeyen ve infaz edilmeyen kararları üzerinden değerlendirme yapılarak, başvuru sahiplerinin kesinleşmeyen mahkûmiyet kararları sebebiyle ortaya çıkan mahkûmi edilme ihtimalinin, üç yıllık denetim süresi boyunca ifade hürriyetini sınırlayacağı belirtilmiş ve ihlal sonucuna varılmıştır.

Somut başvuruda ise henüz bir mahkûmiyet kararı veya ilk derece mahkemesinin önündeki kamu davasının esasına ilişkin olarak ortaya çıkmış bir iradesi söz konusu değildir. Bu itibarla, kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesi sebebiyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği yönündeki önceki kararlarımızdan farklı olarak, Bölümümüzün çoğunluğunu somut başvuruda ihlal sonucuna götüren değerlendirmeler başvuru konusu yargı kararına değil, yukarıda sözü edilen ve derece mahkemelerince hakkında henüz bir değerlendirme yapılmayan Koruma Kurulu raporunda, iddianamede ve bilirkişi raporunda yer verilen tespitlere dayanmaktadır.

Bu itibarla, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük incelemesi bakımından daha önceki kararlarımızda benimsenen ve bu kararda da tekrarlanan genel ilkelere katılmakla birlikte, çoğunluğun “İlkelerin Olaya Uygulanması” başlığı altında Cumhuriyet savcılığının iddianamesi ile Koruma Kurulunun ve bilirkişi heyetinin raporları üzerinden yapılan tespitlerine ve derece mahkemelerince yapılması gereken değerlendirmelere ilişkin görüşlerine; ayrıca yukarıda da aktarılan kararımızda belirtildiği üzere, kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesinin, 6352 sayılı Kanunun “yargı hizmetlerinin hızlandırılması, ifade özgürlüğünün genişletilmesi ve bu kapsamda basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin davaların sonlandırılması amacına matuf olduğu” (Mustafa Ersen Erkal, § 29) dikkate alındığında ihlal kararına katılmaya imkân bulunmamaktadır.

Bu sebeplerle başvurunun kabul edilebilir bulunarak esasına geçilmesi ve ihlal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ