

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

MÜSTEHCENLİK SUÇU

GİRİŞ

Müstehcenlik suçu temelde ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirmesi sebebiyle özellikle Batı ülkelerinde ciddi hukuki tartışmalara sebep olmuş olmakla birlikte bugün halen varlığını sürdürmektedir. Ancak ülkemizde Türk Ceza Kanunu'nun ("TCK") ve bazı Yargıtay kararlarının etkisiyle ifade özgürlüğünü ciddi anlamda kısıtlayıcı etkisi bulunan müstehcenlik suçu Amerikan ve İngiliz hukuklarında çok daha dar anlamda ele alınmaktadır.

Bu makalemizde Türk hukukundaki müstehcenlik suçu ile A.B.D. ve Birleşik Krallık yasaları ve içtihatlarına göre müstehcenliği mukayese ederek konuya yeni bir perspektif sağlamaya çalışacağız.

Amerikan Hukukunda Müstehcenlik

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Amerikan Hukuku'nda "müstehcen" (*obscene*), "uygunsuz" (*indecent*) ve "çocuklara zararlı" (*harmful to minors*) terimlerinin aslında farklı kavramları ifade ettiği büyük ölçüde üzerinde mutabık kalınmış bir husustur.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ("SCOTUS") bir kararında¹ "cinsel açıdan ilgi doğurma"²nin müstehcenlik kavramının bir unsuru olduğunu, uygunsuz kavramının ise toplum nezdinde kabul görmüş ahlak normlarına aykırılığı ifade ettiğini ileri sürmüştür. Toplumsal ahlak normları ise cinsellikle sınırlı olmayıp tepki doğurabilecek her türlü içeriği kapsayan normlardır. Bu sebeple SCOTUS'un tanımıyla 'uygunsuz' kelimesinin 'müstehcen'den daha geniş olduğunun ve müstehcenliği de içine alan bir üst küme olduğunun kabulü gerekmektedir.

Benzer şekilde "çocuklara zararlı" terimi ise 'müstehcen'e benzer olarak cinsellikle ilgili³ olmakla birlikte SCOTUS'un da bazı kararlarında⁴ vurguladığı üzere içeriğin çocuklara zararlı kabul edilebilmesi için yetişkinler açısından zararlı olmasına gerek olmadığı, çocuk tarafından olumsuz algılanmasının yeterli olduğu kabul görmüştür. Dolayısıyla müstehcenlik, "çocuklara zararlı" içeriklerden de dar bir alanı kapsamaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki, çocuklara zararlı içeriklerin yetişkinlere yönelik yayılması veya yayınlanması Amerikan Anayasası'nın Ek 1. maddesi kapsamında ifade özgürlüğü çerçevesinde kabul görmeye birlikte, müstehcen içerikler ifade özgürlüğü kapsamında korunmazlar⁵.

¹ *Federal Commns Comm'n v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

² İngilizce aslı *Prurient Appeal* veya *Prurient Interest*.

³ *Bkz. Child Online Protection Act*, 47 U.S.C. § 231 v.d. hükümler.

⁴ *Bkz. Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629, 88 (1968); *Bkz. Sable Commns of Cal., In. v. Federal Commns Comm'n*, 492 U.S. 115, 126 (1989).

⁵ *Bkz. Miller v. California*: "Bu Mahkeme tarafından kategorik olarak müstehcen materyallerin Birinci Tadili kapsamında korunmadığı kabul edilmiştir." (...*This much has been categorically settled by the Court, that obscene material is unprotected by the First Amendment...*) 413 U.S. 15 (1973).

Amerikan Hukuku'nda ifade özgürlüğünün sınırlarının genişliği dikkate alındı, müstehcenliğin bu korumadan yararlanmaması, aslında müstehcenlik kavramının da Amerikan hukukunda ne kadar dar yorumlandığını ortaya koymaktadır.

SCOTUS meşhur *Miller v. California*⁶ kararında müstehcen içeriklerin nasıl tespit edileceği ile ilgili kriterleri belirlemiştir. Buna göre bir eserin 'müstehcen' sayılması için aşağıdaki kriterlerinin **tamamının bir arada** gerçekleşmesi gerekir.

- a) Eserin, tamamı dikkate alındığında, ilgili toplumun standartlarına göre ortalama bir insanın cinsel anlamda ilgisini çebedecek nitelikte olması,
- b) Eserin, ilgili eyalet yasaları kapsamında cinsel eylem olarak tanımlanan eylemleri, kesin surette rahatsız edici bir şekilde tanımlaması veya göstermesi,
- c) Eserin, tamamı dikkate alındığında, ciddi bir edebi, sanatsal, siyasi veya bilimsel değerinin olmaması.

Burada belirtmek gerekir ki içeriğin yaratıcısının amacı önem taşımamaktadır. Örnek vermek gerekirse toplumsal alanda protesto amaçlı olarak tamamen çıplak kalacak şekilde soyunmak, amacı ne olursa olsun yasaklanmış bir eylem olduğu gibi⁷, müstehcen içeriği yaratanın amacı da suçun oluşumuna etki etmemektedir.

SCOTUS'un *John Ashcroft, Attorney General v. American Civil Liberties Union, et al* kararına bakılırsa, burada içeriğin cinsel açıdan ilgi doğurabilmesi için belirli bir ölçüde erotik olmasının zorunlu olduğu vurgulanmıştır⁸. Ancak bunu belirlemenin zorluğu karşısında bazı SCOTUS yargıçları 'cinsel açıdan ilgi doğurma' kavramının kararı verecek yargıcın karakteri ve yönelimleri ile yoğun şekilde ilintili olduğunu ve bu sebeple sübjektif olduğunu belirterek bu açıdan bazı kararlara itiraz etmişlerdir⁹.

Erotik bir içeriğin de her zaman rahatsız edici seviyede olmayacağı da yine Amerikan içtihatlarında kabul görmüştür. İçeriğin rahatsız ediciliği başta da belirttiğimiz üzere yetişkinler nezdinde bir rahatsız ediciliktir. Yoksa içeriğin çocukları etkilemesi gibi bir kriter müstehcenlik suçunun oluşumunda dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla belirli düzeydeki erotik içerikler ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. SCOTUS çıplaklığın ve bir miktar cinselliğin bulunduğu bir filme ilişkin *Jenkins* davasında, filmin Miller testi bakımından "kesin surette rahatsız edici" olmadığını, zira kameranın cinsellik içeren sahnelerde oyuncuların vücutlarına odaklanmadığını ve oyuncuların cinsel organlarının filmde gözükmediğini vurgulamıştır¹⁰.

Yine 2011 yılında bir kararda¹¹ SCOTUS – biraz da şairane bir biçimde- erotik içeriklerin kültürümüzün bir parçası olduğunu ve müstehcen olmadıklarını şu sözlerle ifade etmiştir:

“...Her bir Homeros için bir Titian vardır. Her bir Dante için bir Ovid.”

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, her bir Amerikan eyaletinin yasalarında "cinsel eylemler" in ne olduğu ayrıca tanımlanmıştır. Örneğin Florida, New Hampshire ve Minnesota eyaletlerinin yasalarına göre müstehcen eserdeki cinsel eylemin "simüle edilmiş" yani "taklit"

⁶ *Bkz. Miller*, 413 U.S. 15

⁷ *Miller*, 413 U.S. 15; paragraf 25.

⁸ *Ashcroft*, 535 U.S. 564; paragraf 579.

⁹ *Ginzburg*, 383 U.S. 463; paragraf 479.

¹⁰ *Jenkins*, 418 U.S. 153

¹¹ *Brown*, 564 U.S. 786

olması da yeterli olup bu sebeple özellikle filmlerde oyuncular gerçekten cinsel ilişki yaşamaları dahi eserin müstehcenlik suçunu oluşturması mümkündür.

Eserin içeriğinin ciddi bir edebi, sanatsal, siyasi veya bilimsel değerinin olup olmadığı ise içeriği gören, duyan veya okuyan ilgili topluluktan bağımsız olarak olabildiğince objektif olarak ve ulusal seviyedeki kriterlere göre belirlenmektedir¹². Bu son kritere müstehcenlikten istisna tutulan yalnızca dört değer belirlendiği ve örneğin ‘eğlence’ gibi değerlerin kapsam dışı bırakılmış olması sebebiyle pek çok eleştiri getirilmiştir.

İngiliz Hukukunda Müstehcenlik

İngiltere ve Galler’de yürürlükte bulunan 1959 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasası uyarınca ise müstehcenlik çok daha farklı tanımlanmıştır. Buna göre “bir yayın, bütünü dikkate alındığında, yayının içerisinde bulunan materyali okuyan, gören ya da duyanları bozmaya ve yozlaştırmaya müsait nitelikte ise söz konusu yayın müstehcendir”. Dikkat etmek gerekirse İngiliz hukukunda müstehcenlik ve cinsellik arasında doğrudan bir bağlantı kurulmamıştır.

Burada kişinin daha önceden yozlaşmış bir birey olup olmadığına veya genç veya yaşlı olmasının önemi yoktur. Lordlar Kamarası¹³ *Director of Public Prosecutions v. Whyte* kararında yasanın amacının “*masumları bozulmaktan korumak, daha az masumların ileri seviye bozulmalarını engellemek ve bağımlıları ise bağımlılıklarını beslemekten men etmek*” olduğunu vurgulamıştır.

Yine burada belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda olduğu gibi İngiliz hukukunda da yayını yapan kişinin niyetinin müstehcenliğin oluşumunda önemi bulunmamaktadır¹⁴.

Ancak burada Amerikan hukukundan farklı olarak toplum standartları değil, yayını görme, duyma ve okuma ihtimali yüksek olan kişilere dikkat edilmektedir. Dolayısıyla bir yayının spesifik bir gruba yönelik çıkarılması durumunda o grubun yayından etkilenip etkilenmeyeceği dikkate alınmalıdır¹⁵.

İngiliz hukukunda müstehcenliğe ilişkin yasaların reşit ve reşit olmayan izleyici ve dinleyiciler bakımından ayırım yapmıyor oluşu sebebiyle çocuklar tarafından izlenilebilen, dinlenilebilen ve okunan yayınların kolaylıkla müstehcen yayın kategorisine girmesine sebebiyet verebilmektedir¹⁶.

Amerikan hukukundaki “kurtarıcı değer” teorisinin bir benzeri İngiliz hukukunda “kamusal yarar” savunması şeklinde yer bulmuştur. Müstehcen Yayınlar Yasası, materyalin “*bilimsel, edebi, sanatsal ve eğitsel yahut genel önemi haiz diğer konularda faydası*” olması halinde suç oluşmayacağını belirtmiştir.

¹² *Reno*, 521 U.S 844; paragraph 873.

¹³ Lordlar Kamarası 2009 yılına değin Birleşik Krallık’taki en yüksek hukuk ve ceza davaları temyiz mercii idi. 2009 yılından bu yana Lordlar Kamarası’nın temyiz görevi İngiliz Yüksek Mahkemesi’ne devredilmiştir.

¹⁴ Walden, Ian; ‘Computer Crimes and Digital Investigations’, s. 132

¹⁵ Davidow, Robert P.; O’Boyle, Michael; ‘Obscenity Laws in England and the United States: A Comparative Analysis’, s. 259

¹⁶ Walden, Ian; ‘Computer Crimes and Digital Investigations’, s. 132

İngiliz hukukundaki suçtan müstesna içeriğin Miller testindeki gibi sadece dört kurtarıcı değerle sınırlı tutulmaması bu anlamda İngiliz hukukunu daha özgürlükçü kılmaktadır. Ancak genel bir değerlendirme yapılacak olursa İngiliz hukukunda izleyicinin sadece yetişkinleri kapsamaması müstehcenlik suçunun kapsamını son tahlilde daha geniş bırakmaktadır.

Mevzuat ve içtihadın ne söylediği bir yana Birleşik Krallık'ta müstehcen olan içeriklere ilişkin adli soruşturma yapıldığı oldukça nadirdir¹⁷. Bununla beraber 2008 yılında çıkarılan Ceza Adaleti ve Göç Yasası içerisinde yer alan "ekstrem pornografi"¹⁸ tanımına uyan içeriklerin yayınlanması ve hatta bulundurulması suç olmakla bunlara karşı soruşturma ve kovuşturma sıklıkla yapılmaktadır.

Türk Hukukunda Müstehcenlik

TCK'de müstehcenliğin tanımına yer verilmemesi bu kavramın tanımını ve sınırlarını belirlemeyi içtihat ve doktrine bırakmıştır. Zira madde metni müstehcen ürünlere ilişkin veya bunları kullanarak yapılan hangi eylemlerin suç olacağını belirlemekle yetinmektedir. Ancak maddenin 4. fıkrası dolaylı da olsa konuya ilişkin bilgi ihtiva etmektedir.

Maddenin 4. fıkrası "şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar"ı içeren özel bir tür müstehcen içerikten bahsetmektedir. 4. fıkradaki suçun cezası birinci fıkradaki suçtan ağır tutulmuş olmakla, 4. fıkrada suçun nitelikli bir halinin düzenlendiğini çıkarmak mümkündür. Bu bize 4. fıkranın "ağır müstehcenlik" suçunu anlattığını ve sadece "müstehcenlik" suçunun buradan hareketle yorumlanabileceği bilgisini vermektedir.

4. fıkrada geçen müstehcenlik suçunun İngiliz hukukunda yer alan "ekstrem pornografi" suçu ile benzer ve aynı amaca yönelik olduğu kanaatindeyiz. Dolayısı ile sadece mevzuata bakarak ve linguistik veya amaçsal bir yorum yapmaksızın da müstehcenlik suçunun cinsel içeriklerin yayılmasıyla ilgili olduğu ortaya çıkmaktadır.

Yine maddenin 1. fıkrasından, müstehcen içeriğin tespit edilmesinde yetişkinlerin algısının dikkate alınacağı ve dolayısıyla "çocuklara zararlı" içerikten farklı bir içerik kategorisi olduğunu anlamak mümkündür. Zira müstehcen içerik çocuklara gösterilmese dahi müstehcen olma sıfatını yitirmemektedir. Kaldı ki çocukların bu içeriklere erişiminin önlenmesi amacıyla çıkarılan 1927 tarihli Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu halen yürürlüktedir. Buradaki ayırım bakımından Amerikan hukukuyla ciddi bir benzerlik olduğu göze çarpmaktadır.

Öte yandan maddenin 7. fıkrası müstehcenlik suçunun bilimsel eserlere ve çocukların üretimde kullanılmaması kaydıyla sanatsal ve edebi değeri olan eserlere uygulanmayacağı hükmünü haizdir.

Türk hukukunda müstehcenliğin istisnalarının Amerikan ve İngiliz yasalarından daha sınırlı olduğu açıkça görülmektedir. Zira bu ülkelerde siyasi içeriklere tanınan istisna Türk hukukunda

¹⁷ Walden, Ian; 'Computer Crimes and Digital Investigations', s. 108

¹⁸ Ekstrem pornografi yasa içerisinde "hayati tehlike yaratan veya tarafların cinsel organlarını ve cinsel bölgelerini yaralayan veya yaralama ihtimali olan, insan cesediyle yahut canlı veya ölü hayvanlarla yapılan cinsel eylemleri barındıran pornografik içerikler" olarak tanımlanmıştır.

yer bulamadığı gibi, Türk hukukunda da istisnalar Amerikan içtihatlarında olduğu üzere sınırlı sayıda tutulmuştur.

Öte yandan sadece erotik nitelikte olan ve fakat pornografi veya 226/4'te yer alan ekstrem pornografi niteliği taşımayan içeriklerin durumu konusunda Yargıtay ve son dönem Anayasa Mahkemesi kararlarına bakmak gerekmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2014/603 E., 2015/66 K. sayılı kararında 226. maddeye ilişkin şu yorumlara yer verilmiştir: *“Maddede pornografi ve çocuk pornografisi terimlerine yer verilmemişse de müstehcenlik suçu içerisinde düzenlenmiştir. Müstehcenlik kavramı daha geniş ve pornografi kavramını da içerisine alan bir anlama sahiptir.”*

Türk hukukundaki esas sıkıntı işte tam da bu noktada, müstehcenliğin pornografiyi içine alan **ve fakat ondan daha geniş** bir anlama sahip olduğu yönündeki tespitle başlamaktadır. Zira bir kavramın bir başka kavramdan büyük olduğunu tespit etmek, hele ki Ceza Hukuku söz konusuysa, onu tanımlamak için yetersizdir.

Öte yandan daha eski bir Yargıtay kararı olan 03.04.1985 tarihli 8. Ceza Dairesi'nin 872/1682 sayılı ilamına bakacak olursak burada çok daha derinlemesine bir analiz yapıldığını görüyoruz:

“Müstehcenlik konusunu işlerken, “porno ve erotik” kavramlarını birlikte değerlendirmek gerekir. Eski Yunanca (porne-fahişe) sözcüğünden türeyen porno ve bu konuda yapılan yayınları belirleyen pornografi aşırı, çok şiddetli, makul olmayan bir biçimde şehvet duygularının tahrik edilmesi anlamına gelirken, müstehcenliğin çok değişik tanımları yapılmış olmakla birlikte Kanunumuzdaki tanımı ile halkın ar ve haya duygularını incitecek topluma, kişiye, çevreye göre normatif sayılmalıdır. Bunun bir sınırı olduğu da kuşkusuzdur. Erotik sözcüğü ise, sevginin cinsel yönünü ve cinsel aşkı anlatması açısından edebiyat, resim, tiyatro, fotoğraf, film gibi her türlü sanat dalının bir türü olarak kabul edilmiştir. Kitap bir bütün olarak değerlendirildiğinde cinsellik, pornografik veya müstehcen değil erotik bir bütünlük taşımaktadır.”

İki karar birlikte değerlendirildiğinde görülebilir ki Yargıtay geçmiş tarihlerde erotik içeriği müstehcenliğin sınırları dışında tutarken, günümüzde bu sınırı belirsizleştirmiş durumdadır. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin (“AYM”) ise bireysel başvurularla önüne gelen müstehcenlikle ilgili davalara karşı daha liberal bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.

AYM, BB 44/17 numaralı bireysel başvuru kararında konuyu değerlendirirken, T.C. Anayasası'nın 27. maddesinin sanatın serbestçe açıklanması ve yayımlanması özgürlüğünü tanıdığını ancak genel ahlakın korunması sebebiyle ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini vurguladıktan sonra olaya konu eserin entelektüel ve sanatsal niteliğine rağmen açık ve ayrıntılı bir tarzda cinsel ilişki tasvirinde bulunması sebebiyle toplumun tümüne uygun olmadığını tespit etmiş ve bu durumda “bazı grupların özellikle de reşit olmayanların bu yayına erişimini önlemek için” önleyici tedbirler alınmasının uygun bir tedbir olacağına karar kılmış ancak müstehcenlik suçunun oluşmadığına hükmetmiştir. Dolayısıyla AYM açıkça cinsel ilişkiyi rahatsız edici bir biçimde tarif etse dahi bir edebi değeri olan bir eserin müstehcen olamayacağı konusunda net bir görüş ortaya koymuş durumdadır.

Ancak edebiyat, sanat ve bilim eseri olmayan içerikler bakımından bir içerik erotik seviyede dahi kalsa içeriğin müstehcen sayılıp sayılmayacağı bakımından hukuki belirsizlik sürmektedir. Zira bir içerik yalnızca erişkinler tarafından görülebilse dahi bu erotik içeriği görmek istemeyen

çok sayıda yetişkin olacağı ortadadır. Hal böyleyken A.B.D. ve Birleşik Krallık'ta da tartışılan "hedef kitle" analizinin yapılması gerekmektedir. Bu tarz erotik içeriklerin, sanatsal ve edebi değeri hiç olmasa veyahut bu değer düşük derecede olsa dahi yayını/eseri görmek, okumak veya dinlemek isteyen erişkinler bakımından yasaklanmasında toplumsal fayda olup olmadığı şüphelidir. Kanaatimizce yayın/eser içeriğinin pornografik olmadığı, yapımında çocukların kullanılmadığı durumlar bakımından tüm bireyler açısından bir kesin yasak getirilmesinde yeterince toplumsal fayda bulunmamaktadır. Dolayısıyla sanatsal/edebi değeri olmayan veya bu değeri düşük olsa dahi pornografik olmayan yayınlar/eserler bakımından bu suçun oluşumunun yayının/eserin sunuluş tarzı ve ulaştığı kitle bakımından karara bağlanması faydalı olacaktır.

SONUÇ

Anglo-Amerikan yasaları ile ülkemiz müstehcenlik yasalarının karşılaştırılması durumunda ortaya çok ciddi farklar çıkmasa dahi, müstehcenlik gibi çoğu zaman yargıcın sübjektif algıları ve atanan bilirkişinin dünya görüşü ile şekillenen bir suçta, farklı kültürler arasında uygulamada önemli farkların ortaya çıkması pek tabiidir. Ancak her suç gibi müstehcenlik suçunun da TCK madde 2'de yer alan kanunilik ilkesi çerçevesinde net bir çerçeveye oturtulması gerekmektedir.

Av. Önder Kutay Şeker, LL.M.