

CEZA HUKUKUNDA MÜSTEHCENLİK KAVRAMI

Doç. Dr. Nevzat GÜRELLİ

§ I. GİRİŞ — 1. Etüdün konusu ve gayesi — 2. Konunun önemi — 3. Müstehcenlik kavramının taallük ettiği suçlar ve terminoloji. — § II. MÜSTEHCENLİK KAVRAMINI TÂYİN VE TAHDİT KONUSUNDA HUKUKİ KAYNAKLARIN SAĞLADIĞI BİLGİLER — 4. Mukayeseli Mevzuat — 5. Jürisprüdans — 6. Doktrin. — § III. MÜSTEHCENLİK KAVRAMINDA SOSYOLOJİK TEMELLERE İNMEK ZORUNLUĞU — 7. Mevcut kriterlerin yetersizliği — 8. İstihcanı tecrimdeki sosyolojik esas ve teklif ettiğimiz kriter — 9. Kriterin uygulanmasında nazara alınacak hususlar. — § IV. NETİCE — 10. Kriterin değerlendirilmesi. — § V. BİBLİYOGRAFYA.

§. I. GİRİŞ

1. Ceza Hukukunda müstehcenlik kavramı konusunu ele almak isteyişimizin sebebi, bu konuda esaslı bir yenilik getirmek ümidi olmayıp sadece konunun bilinen karmaşık mahiyetine ve önemine dikkati çekmekten ibarettir. Gerçekten, hukuk edebiyatında üzerinde en çok neşriyat yapılan konulardan biri olmakla beraber, müstehcenlik kavramı kaypaklıktan kurtarılıp elle tutulur bir belliliğe kavuşturulamamıştır. Buna rağmen, konuda hissedilen vuzuh ihtiyacı ve bunun şiddeti araştırmacıları sık sık bu vadide çabalar sarfetmeye sevk etmiştir.

Müstehcenlik kavramında hissedilen vuzuh ihtiyacı özellikle hak ve hürriyetlerin titizlikle kiskanıldığı ve korunmak istenildiği demokratik rejimlerin carî olduğu memleketlerde kendisini kuvvetle gösterir. Memleketimizde de bu ihtiyacın kuvvetle hissedildiğini beyan etmek mümkündür. Filhakika Anayasamızın 19. ve müteakip maddelerinde, düşünce ve inaç, bilim ve san'at, ve basım ve yayıma taallük eden hak ve hürriyetler düzenlenmiş ve teminat altına alınmıştır. Sözü edilen bu hürriyetler ancak yine Anayasada öngörülen mülâhazalarla ve derecelerde kısıtlanabilir. Anayasada yer alan mezkûr temel hürriyetlerin kısıtlanabilmesini mümkün kılan mülâhaza ve maksatlardan biri de genel ahlâktır. Genel ahlâkı korumak amacı ile konulan kısıtlayıcı hükümlerin en başta geleni hiç

şüphesiz müstehcen yayınları suç haline sokan hükümlerdir. Fakat müstehcenlik nerede başlar, nerede biter, bu husus kanunlar tarafından tam bir kesinlikle tesbit edilmiş değildir. Müstehcen neşriyat suçtur demekle yetinen bizimki gibi kanunlar bakımından mesele büsbütün aydınlatılmağa muhtaç olduğu gibi müstehcenliği tarife çalışan İtalyan Ceza Kanunu gibi kanunlar bakımından da mesele halledilmiş sayılamaz. Gerçekten İtalyan Ceza Kanununun 529. maddesi müstehcenlik konusunda şu hükmü ihtiva eylemektedir: «Ceza Kanunu bakımından, müşterek hisse göre ar ve hayayı rencide eden fi'il ve eşya müstehcen sayılır.

San'at ve bilim eserleri müstehcen sayılmazlar, meğer ki, inceleme ve tetebbu maksadı dışında, on sekiz yaşını doldurmamış olan küçüklere satışı arzedilsin, satılsın veya herhangi bir şekilde temin edilsin». Görülmektedir ki, İtalyan Ceza Kanunu müstehcenlik kavramını âdeta müteradifi ile tarife çalışmaktadır. Bu tarifte en esaslı unsur ar ve hayayı rencide etmek keyfiyetidir. Zaten bütün mesele ar ve haya duygularının ne zaman rencide edilmiş olacağını tayindedir.

Bu etüdümüzde, bir eserin müstehcen olup olmadığını tayine çalışırken gözönünde bulundurulması kabil ölçüleri inceleyip bunlar içersinde en uygun olanlarını tesbite gayret edeceğiz.

2. Çeşitli mahiyet arzeden eserlere müstehcenlik damgasını vurup onların meydana getirilmesinde ve halka sunulmasında rol alanları cezalandırmak toplum hayatında, belki ilk bakışta farkına varılamıyacak olan fakat aslında pek hayati bir önem taşımaktadır. Muhtelif sosyolojik ve teknolojik sebeplerden dolayı dinamizmi gittikçe artan çağdaş toplumlarda değer hükümlerinin sınırlarını çizmek dinamizmin arttığı nisbette güçleşmekte ve yanlış uygulamaların olumsuz etkileri, daha az dinamik bir durum arzeden geçmişin toplumlarına nazaran, çok daha büyük yankılar hâsıl eylemektedir.

Bilhassa İkinci Dünya Harbinden sonra, gerek harbin doğurduğu bir takım sosyal felâketler gerek ulaştırma ve haberleşme araçlarında kaydedilen ilerlemeler sebebiyle eskinin toplum disiplini yeni bir anlayışla tefsir edilmiş ve bunun neticesinde müsamaha hudutlarının çok genişlediği müşahede olunmuştur. Bu keyfiyeti aşağı yukarı bütün medenî ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de tesbit etmek mümkündür.

Meselenin özü, toplum halinde yaşayan fertlerin mutluluklarını sağlamak ve korumak amacını güden ferdi temel hak ve hürriyetlerle toplum düzeninin dengede bulundurulmasına taallük etmektedir. Filhakika, temel hak ve hürriyetlere saygı endişesi ile müstehcen neşriyatı serbest bırakırsak bu defa toplum düzeninin sarsılması tehlikesi ile karşılaşırız. Aksini yaparsak, yani, sırf toplum düzenini korumak amacı ile hareket edip müstehcen neşriyat konusunda mütaassıp ve katı ölçülerle tahditler koyarsak, bu defa temel hak ve hürriyetleri kısıtlamış oluruz. Problemin bu nezaketi konumuzun önemini teşkil etmektedir.

3. Müstehcenlik kavramı çeşitli suçların tekevvününde kurucu unsur olarak yer almaktadır. Bu suçların (TCK. nun 426, 427, 428), fikir ve duyguların yazı, resim, ses, tiyatro ve sinema vasıtası ile ifadesine taallük ettiğini görmekteyiz.

Müstehcenlik kavramı kanunumuzda (müstehcen ve hayasızca) tâbiri ile anlatılmıştır. Bu tâbirin birbirinden farklı iki anlama tekabül ettiği anlaşılmamalıdır. Müstehcen ve hayasızca kelimeleri aynı manâda ve bu manâyı kuvvetlendirmek için kullanılmış bulunmaktadır¹. Nitekim mehazda da sadece (osceno - müstehcen) terimi kullanılmıştır. Bundan sonra kanundaki (müstehcen ve hayasızca) tâbiri yerine müstehcen demekle yetineceğiz.

§ II. MÜSTEHCENLİK KAVRAMINI TAYİN VE TAHDİT KONUSUNDA HUKUKİ KAYNAKLARIN SAĞLADIĞI BİLGİLER

4. Mukayeseli mevzuat: Müstehcen neşriyat ve dolayısıyla müstehcenlik kavramı bakımından belli başlı yabancı kanunları gözden geçirirsek, İtalyan Ceza Kanunu dışında müstehcenlik kavramı için bir tarif vermeğe teşebbüs edeni göremeyiz. Gerçekten, Alman Ceza Kanununun müstehcen neşriyatı suç haline sokan ve cezalandıran 184. paragrafı sadece (unzüchtig - müstehcen) kelimesini kullanla yetinmekte, ayrıca bu kavramı tarif eylememektedir. İsviçre Ceza Kanunu aynı konudaki 204. maddesinde aynı kelimeyi kullanmakla iktifa etmiştir. Anglo - Sakson hukukunda da müstehcenlik kanunlar tarafından tarif edilmemiştir. Fransa'da müstehcen neşriyat konusunu düzenleyen ve Fransız Ceza Kanununun 283. ve müteakip maddeleri haline gelen 29 Temmuz 1939 tarihli kanun kuvvetindeki

1) DÖNMEZER: Ceza Hukuku Hususî Kısım, sh. 181

kararnamenin 119. ve müteakip maddeleri (contraire aux bonnes moeurs - umumî adabâ aykırı) tâbirini kullanmakla yetinmiş ve kavrama çok daha fazla bir elâstikiyet vermiş bulunmaktadır².

Giriş kısmının 1 no. sunda İtalyan Ceza Kanununun müstehcenliği tarif eden 529. maddesini nakletmiş ve bu tarifin, meselemize bir hal çaresi getirmemiş olduğunu işaret etmiştik. Gerçekten, maddedeki tarifin esas ölçüsü, ar ve hayayı rencide etmek keyfiyetidir ki, zaten aramakta olduğumuz husus bir eserin ne zaman ar ve hayayı rencide etmiş sayılacağı hususudur.

Türk mevzuatında halen müstehcenlik konusunda bir tarif bulunmamakla beraber, mülga 1931 tarihli ve 1881 sayılı Matbuat Kanununun 1. maddesi şu tarifi ihtiva etmekte idi: «Türk Ceza Kanununun 426 ve 427. maddeleri mucibince müstehcen sayılan maddeler halkın ar ve haya duygularını inciten ve ayıp sayılan şeylerdir.

Yukarıki tarifin şumulüne giren bir san'at veya ilim eseri, alâ-kadarlarının istifadesi için neşredilir, bu da eserin mevzu ve şeklile neşir vasıta ve mahallinin nevi ve cinsi arasındaki münasebet kriterleriyle anlaşılırsa müstehcen sayılmaz». Bu madde hakkında da İtalyan Ceza Kanununun 529. maddesi hakkında söylediklerimizi tekrar etmek mümkündür.

Bu kısa açıklamamız, bize, mukayeseli mevzuatın, konumuz bakımından fazla yardımcı olmadığını göstermiş bulunmaktadır.

5. Jürisprüdans : Konumuzu teşkil eden problemin çözümünü sağlamaya yarayacak Türk Mahkemesi kararları tesbit etmek imkânını bulamadık.

Yabancı memleket mahkemesi kararlarına gelince, bunlardan dikkate değer bulduklarımızı aşağıda naklediyoruz:

İsviçre Federal Mahkemesinin 1927 tarihli bir kararına göre, muhtevasına ve konuyu işleyiş tarzına nazaran, bir eser, ilim veya san'at gayesi gütmüyorsa ve cinsî edebi rencide edecek mahiyette ise, müstehcendir; hitap edilen kişilerin mensup oldukları çevre de aynı şekilde gözönünde bulundurulmalıdır³. Paris Mahkemesinin 7 Ocak 1958 tarihli bir kararına göre, umumî adâba aykırılık suçu ancak cinsî içgüdüleri tehyiç edecek mahiyetteki şehvî sahnelerde

2) Juris - Classeur Pénal, Art. 283

3) ESSEIVA: sh. 362

bulunabilir, yoksa sadık hisleri ve cebrü şiddet zevkini, içgüdüsünü okşayan sahnelerde değil ⁴.

İngiliz mahkemeleri ise, ruhları gayrı ahlâkî tesirlere açık olanları ifsad edebilecek mahiyetteki eserleri müstehcen saymaktadır. Ancak bu kabil eserler gerçek bir san'at, ilim veya diğer bir öğretim tarzı gayesini güdüyorsa müstehcen sayılmazlar; bu husus olayın hususiyetine, konunun şekline, yayının şartlarına ve failin mesleğine göre tayin edilir ⁵.

Amerika Birleşik Devletlerinde mahkemeler tarafından genellikle kabul edilen ve 1957 yılında cereyan eden (Roth - Alberts) davasında formüle edildiği için Roth testi diye anılan kriter şudur: «Bir bütün olarak ele alındığı zaman eserin hâkim konusu, çağdaş toplum telâkkilerine göre, vasat bir şahsın şehvî alâkasına hitap ediyor ve açık ifade tarzının geleneksel sınırlarını esasli surette aşıyorsa, o eser müstehcendir». Roth testi şöyle tenkit edilmektedir, sadece şehvî veya cinsî alâkaya hitap etmek veya bu kabil duyguları uyandırmak ölçü olarak alınamaz. Zira bu hisleri tahrik eden ve müstehcen sayılması mümkün olmayan birçok şeyler vardır. Güzel ve cazip bir kadının sadece görülmesi dahi bu neticeyi hâsıl edebilir ⁶.

Roth testi son zamanlarda şimdi nakledeceğimiz davâlar sebebiyle bazı değişikliklere uğramış bulunmaktadır. Eros isimli derginin nâşiri Ralph Ginzburg adı geçen dergiyi ve diğer iki müstehcen eseri posta ile satmaktan dolayı 5 sene hapse ve 28.000 dolar para cezasına mahkûm olmuş ve bu mahkûmiyet Amerikan Âli Mahkemesi tarafından tasdik olunmuştur. Âli Mahkeme aynı zamanda, sadizm ve mazohizme müteallik 140 küçük kitabı kapı kapı dolaşarak satmaktan New York Mahkemesi tarafından 3 seneye mahkûm olan Edward Mishkin'in bu mahkûmiyetini onaylamıştır. Buna mukabil Massachusetts Mahkemesinin yasakladığı 1749 tarihli Fanny Hill isimli eserin müstehcen olup olmadığının tartışılmasına açık kapı bırakmakla beraber Âli Mahkeme Massachusetts Mahkemesinin mahkûmiyet kararını bozmuştur.

Bir Eros broşüründe, Ginzburg gayet göze çarpan bir şekilde, «Amerika'nın Orta Batısında Fücür», «Shakespeare bir Homosek-

4) Juris - Classeur Pénal, Art. 283, P. 4

5) HARRIS: sh. 185, 186

6) Time (Atlantic Edition) July 10, 1964, vol. 84, No. 2, P. 55

süel mi idi?», «Bakkal Dükkânında Seks» başlıklı makaleler vaad ediyordu.

Eros dergisi Intercourse ve Blue Ball, Pa. da posta imtiyazı verilmediği için Middlesex, N. J. den postalanıyordu. (Bilindiği gibi Intercourse cinsî münasebet, Ball testis ve Middlesex orta seks manâlarını da taşımaktadır.).

Âli Mahkeme Eros'un arzediliş ve satış tarzının, muhtevastından kat'an nazar, onun müstehcen sayılmasını gerektireceği kanaatindedir.

Roth kriterine göre müstehcen eserin vasat şahısların şehvî duygularına, ilgilerine hitap etmesi gerekirdi. Mishkin eserlerinin sadece anormal şahıslarda böyle duygular uyandırabileceğini ileri sürerek kendisini müdafaa etmek istemiştir. Bu müdafaayı gözönünde tutarak, Âli Mahkeme, vasat şahıs ölçüsü yerine sadist veya mazohistlerin de dahil olabileceği muhtemel herhangi bir alıcı grubun vasat üyesi kavramını kabul edip uygulamıştır.

Fanny Hill'in İngiliz edebiyatına ait bir eser olduğu yolundaki müdafaaya karşı, Âli Mahkeme, «şayet bu eser diğer meziyetlerinden bahsedilmeden sadece behimî cazibesi yönünden ticarî olarak istismar edilirse bu eserin sosyal hiçbir kıymeti olmadığı iddiası hak kazanır.» demiştir.

Roth kriterine ilâve olarak Âli Mahkeme, bahsetmiş olduğumuz bu üç dava vesilesile, şu hususları da tesbit ve kabul etmiş bulunmaktadır.

a) Tereddüdü mucip ahvalde, eserin başkalarının kötü isteklerini tatmine hizmet eder şekilde sunulması eserin müstehcenliği hususunda bir delil olarak kabul edilebilir.

b) Sadece cinsî sapıklara hitap etmesi bir eserin müstehcen olmasına mani değildir.

c) Bir eserin sosyal bir değere sahip olması onun müstehcen sayılmasına engel olabilirdi, bu eserin başkalarının kötü isteklerini tatmine hizmet eder bir şekilde arzı onun müstehcen sayılmasını mümkün kılabilir⁷.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz kararlar alınırken Âli Mahkeme hâkimlerinden Potter Stewart'ın beyan etmiş olduğu şu mütalâa-

7) Bu kararlar için Bk.: Time (Atlantic Edition) April 1, 1966, Vol. 87, No. 13, sh. 44 - 45

sını zikre değer buluyoruz: «Anayasa incisini olduğu kadar kaba ifade hürriyetini de korumaktadır, keza bayağılığı zerafetten daha az himaye etmemektedir. Benim için kıymetsiz olan bir kitap komşuma bazı değerli şeyler nakledebilir. Anayasamızın bize sağladığı hür toplumda herkes buna bizzat kendisi karar verir.»⁸.

Yukarıda nakleyemiş olduğumuz kararların da ihtiva ettikleri ölçüler itibarile bazı aydınlatıcı kontribüsyonları olmakla beraber, problemin tamamile halline yeterli buldukları kanaatinde değiliz.

6. Doktrin : Müstehcenlik kavramının açıklanması suretile tatbikata ışık tutma konusunda en büyük görev doktrine düşmektedir. Doktrin kendine düşen bu görevi yerine getirmek için çabalar sarfetmiş ve sarfetmekte bulunmuştur. Her müellif kendisinden önce konu üzerinde söylenenleri incelemiş, tatminkâr bulduklarını benimseyip bunlara bazı ilâveler yapmağa çalışmıştır. Genel olarak kabul edilen husus, müstehcenlik kavramının sabit bir muhtevaya sahip olamayacağı ve bunun zaman ve mekâna göre değişeceğidir. Buna rağmen, toplumun belirli bir anda sahip olduğu ahlâkî değer yargılarını cinsî konularda çeşitli yollarla incitme niteliğine malik olan eserlerin müstehcen sayılması gerektiği ifade edilmektedir.

Kanaatımızca, konuya en fazla aydınlık getirecek çalışmalar doktrin alanında olmaktadır. Henüz, bütün tereddütleri yenecek, hissi olmaktan ziyade fikrî temellere dayanan ve herkesce kabul edilebilecek bir tarif veya ölçü bulmak imkânı görünürlerde mevcut değil ise de, müstehcenlik kavramı, doktrin çalışmaları ve ondan ilham alan mahkeme içtihatları sayesinde, zihinlerde daha belirli bir şekil almaya başlamıştır.

Bu söylediklerimizi teyid sadedinde aşağıya doktrinden örnekler naklediyoruz.

Dönmezer müstehcenlik konusunda şunları yazmaktadır⁹ : «Eser veya eşyanın heyeti umumiyesini dikkat nazarından geçirmek lâzımdır. Eğer bu nevi bir tetkik neticesinde, eser heyeti umumiyesi ile şehvet ve sefahat temayüllerini tahrik edecek, ar ve haya ve adâbı rencide edebilecek mahiyette telekki olunursa, o zaman müstehcen sayılmalıdır. Bu nevi bir tetkikte sübjektif ciheti, yani müel-

8) Time, aynı sayı ve sahife

9) DÖNMEZER: Ceza Hukuku Hususî Kısım, sh. 182 - 185

lif veya eşyayı yapanın gaye ve maksadını da nazara almak iktiza eder. Meselâ büyük resim üstadlarının, açık tasvirleri muhtevi tablolarının kopyaları sırf kazanç temini maksadı ile bir nâşir tarafından adî kâğıtlara bastırılarak, çok adette olmak üzere her isteyene satılırsa nâşirin müstehcen şeyleri satmaktan dolayı mahkûmiyetine karar verilebilir. 1931 Matbuat Kanununda bir eserin müstehcen sayılması için halkın ar ve haya duygularını incitip incitmemesi araştırılmakta idi. Buradaki (halkın ar ve haya duygusu) tâbirini (cinsiyete münasebetle, müşterek hayatın mutâd kaideleri heyeti umumiyesinden neş'et eden) vasatî edep duygusu manâsında anlamalıdır. Yani bu halin takdirinde normal bir ahlâkî telekki esas olarak alınmak icap eder; gerek bozulmuş veya ifsat edilmiş, gerek çok hassas bir telekki kıstas vazifesi göremez. Bu sebep dolayısıyledir ki, orta halli okuyucunun ar ve haya hissini tahribe müsait yazı müstehcendir. Müstehcen âmmeye arzı mûtad olmayan cinsiyeti tahrik edici şeydir. Yoksa, topluluk içinde yaşayan muayyen cemaatlerin, kendilerine mahsus edep ve iffet duygularına aykırı eserler ve şeyler müstehcen ve hayasız sayılmaz. Halkın ar ve haya duygusu, nisbî bir mefhum olup zamanlara göre mütehavvil bulunduğundan, bunu muayyen bir devrin ve mekânın ahlâkına göre tayin etmek icap eder.»

Çağlayan'ın (Müstehcen ve Hayasızca Neşriyat) başlıklı makalesinde konumuza ait şu satırları görmekteyiz¹⁰: «Bir eserin müstehcen ve hayasız olup olmadığı nasıl tayin ve takdir edilecektir? Burada mühim olan nokta suç mevzuunu teşkil eden eserin heyeti umumiyesile, kül halinde tetkik ve tahlile tâbi tutulması ve eserin sahibinin maksat ve gayesinin dikkat nazarına alınmasıdır. İstihcan mevzuunda kanaat beyan edilir ve hüküm verilirken; bir taraftan insanda yaradılıştaki mevcut olan cinsî hicap duygusunun zedelenmesi ve sarsılmamasına ve genç nesillerde bulunan cinsî arzu ve tecessüsün fena maksatlarla istismar edilmemesine dikkat olunmakla beraber, diğer taraftan eser sahibi olan san'atkârın veya ilim adamının fikir hürriyetine veya güzel san'at yaratmak hususundaki gayretlerinin inkişâf ve terâkkisine mani olmamak iktiza eder.»

Manzini ise, konumuzla ilgili olarak şunları söylemektedir¹¹: «Genellikle halkımıza has edep hissini rencide edecek ruhî tesirler

10) ÇAĞLAYAN: sh. 29, 30

11) MANZINI: sh. 395 ve müt., 426 ve müt.

uyandırmaya elverişli fiiller müstehcendir. Bu fiilleri ikiye ayırmak kabildir. Biri mutlak müstehcen fiiller diğeri nisbî müstehcen fiillerdir. Mutlak müstehcen olanlar mahiyetleri icabı meselâ cinsî mü-nasebet, kendiliklerinden müstehcendir. Nisbî müstehcen olanlar, manası değişik olarak anlaşılabilen fi'ilerdir, kendiliklerinden değil, ancak mevcut durum ve şartlarla birlikte mütalâa edildiği takdirde müstehcen olabilen fiillerdir. Meselâ öpüşmekte olduğu gibi. Bazı fiiller de mutlak surette müstehcen değildir; gerçek veya taklit edilmiş barsak sesleri gibi. Müstehcen eşya hakkında da aynı şeyleri söylemek mümkündür.»

İsviçreli müelliflerden Esseiva'ya göre, müstehcenlik nisbî bir kavramdır. Ticarî müstehcenle - «l'obsène commercial» müstehcen olmakla beraber edebiyat, ilim ve güzel san'atlara ait eserler arasında bir ayırım yapmak lâzımdır. Şayet bu ikinci kategori eserler tahdit edilip alâkahılara sunulacak şekilde yayınlanmamışsa eser sahibini değil sadece gerekli teçbirleri almamış bulunan nâşiri cezalandırmalıdır ¹².

Lener, İtalyan Ceza Kanununun müstehcenliği tarif eden 529. maddesinde bu tarife esas olan ar ve hayayı, edebi (il pudore) tarif ederken bunun hayat mücadelesinde bir zorunluk ve belli bir hedefe yönelmiş tabii bir kuvvet olduğunu ifade ediyor. Kanunî tarifte bulunan müşterek hissin (commune sentimento) ifadesine aynı manâyı vermek gerektiğini söyledikten sonra, ar ve haya hakkındaki müşterek hissin, cinsler arasındaki tabii cazibenin canlı ve işler halde bulunması için talep etmiş olduğundan daha fazla ve değişik bir şehvetle yüklü olan fiil ve eşya müstehcen sayılmalıdır, diyor ¹³.

Doktrin alanında yabancı kaynaklardan naklettiklerimiz ve et-mediklerimiz ¹⁴ Türk doktrininde mevcut olanlara problemin halli bakımından pek fazla bir şey katmamaktadır. Bu konuda orijinal sayılabilecek bir görüşü Amerikan literatüründe müşahede etmiş bulunuyoruz. Müstehcenlik konusunda mahkemelerde bilirkişi sı-

12) ESSEIVA: sh. 373

13) LENER: sh. 416

14) Juris - Classeur Pénal: Art. 283, sh. 4 ve müt.; VENDITTI: sh. 1 - 38; PALLADINO: sh. 3 - 25

fatile edindikleri tecrübelerin ilcası ile, müstehcenlik hususunda bir kriter bulmak ve bunu anlatmak için araştırmaya giriştiklerini ve yayınladıkları eseri vücuda getirdiklerini ifade eden ve her ikisi de klinisyen psikolog olan karı - koca Kronhausen'ler (Pornography and the Law - Müstehcenlik ve Hukuk) isimli kitaplarında konuya değişik bir açıdan bakabilmişlerdir. Eberhard Kronhausen ile Phyllis Kronhausen'nin müştereken yazdıkları kitapta konumuzla ilgili görüşlerin aşağıdaki şekilde özetlenebileceğini sanıyoruz.

Amerikan Âli Mahkemesinin istihcanı tarif eden içtihadı kendi başına, bir eserin müstehcen mahiyette olup olmadığını tayine yetmemektedir. Gerçekten bu konuda Amerikan Âli Mahkemesinin kabul ettiği ölçü şudur: Genel olarak cinsiyet mes'elelerini işleyen eserler Anayasanın himayesinden yoksun değildir, ancak asgarî sosyal bir değeri olmayan eserler bu himayenin dışında bırakılmıştır. Bu asgarî sosyal değerın mevcudiyeti nasıl takdir edilecektir? Bu hususta Âli Mahkemenin kabul ettiği formül şöyledir: Çağdaş toplum telâkkileri uygulandığı zaman eserin hâkim olan teması bir bütün olarak ele alındığı takdirde vasat bir şahsın şehvî ve behimî ilgisine hitap ediyorsa, o eser asgarî sosyal değerden yoksundur ve binnetice müstehcendir.

Amerikan Hukuk Enstitüsünün hazırladığı Model Ceza Kanunundaki ölçü de Âli Mahkemenin ölçüsüne paralel bir mahiyet taşımaktadır. Bu ölçüye göre, bir şeyin hâkim olan niteliği bir bütün olarak nazara alındığı takdirde şehvî ve behimî ilgiyi çekmek ise, o şey müstehcendir. Meselâ tarif ve tahlilinde sarahatın, açık ifadenin geleneksel sınırları esaslı bir surette aşıyorsa, çıplaklık, cinsiyet ve ifrazata karşı marazî ve ayıp bir alâka bu mahiyettedir.

Âli Mahkeme ve Amerikan Hukuk Enstitüsü, bir edebî eseri bir bütün olarak ele aldığınız zaman şayet eser, kısmı küllisi itibarile herkeste az veya çok mevcut olduğu anlaşılan bu dürtücü, ayıp ve marazî alâkaya hitap ediyorsa, müstehcendir, demek istiyorlar. Bu ölçüler uygulanmak istendiği zaman çağdaş toplum telâkkileriyle sarahatın geleneksel sınırlarını tayin etmek yine mahkemelerin çözmek durumunda kalacakları muammaları teşkil edecektir. Bu muammalar özellikle sınır vak'alarında önem kazanacaklardır. Herkesin müstehcen olduğunda ittifak edebileceği, tereddüt göstermiyeceği eserler karşısında kalındığı zaman mesele çıkmıyacaktır. Mesele fikirlerin, reylerin tahalüf ettiği eserler hakkında bir karar vermeğe

yarayacak ölçüyü bulmaktır. Bu ölçü, herkesin müstehcen olarak kabul edeceği «mutlak istihcan - Hard core obscenity or pornography» ihtiva eden eserlerin karakteristiklikleri olmak gerekir. Bu karakteristikleri bulamadığımız ve erotik realizm sahasında kalan eserleri bu suretle müstehcen eserlerden tefrik etmek kabil olacaktır. Bu karakteristikleri eser sahibinin maksadı, eserin muhtevası ve hâsıl eylediği tesirler bakımlarından mütalâa etmek iktiza eder.

Müstehcen eserler okuyucu üzerinde erotik psikolojik tenbihler (aphrodisiac) hâsıl etmek maksadile kaleme alındığı için, devamlı surette erotik sahneler ihtiva ederler. Erotik olmayan kısımlar eserde kabili ihmal bir kısım teşkil eder. Erotik sahneler de git-tikçe artan ve bir zirveye varan bir seyir takip ederler. Bu tesiri hâsıl etmek üzere müstehcen eserlerde şu hususları müşahede etmek kabildir: Baştan çıkarma olayları (baştan çıkarılanlar, iğfal edilenler kuvvetli bir mukavemet göstermezler); bikrin izalesi; fü-cur; müsaadekâr ve baştan çıkarıcı ebeveyn tipleri; mukaddes sayılan şeylerin cinsiyete âlet edilmesi; ayıp sayılan kelimeler; üstün cinsî kudrete sahip erkekler; nemfomanyak kadınlar; cinsiyet sembolü olarak zenciler ve asyalılar; homoseksüellik ve kırbaçlama. Bu sayılanların hepsinin bulunması şart değildir; ancak bunlardan biri veya birkaçının esere damgasını vurmuş olması, baştan aşağı esere hâkim olması lâzımdır.

Bir eser ne zaman, nerede hangi dille ve uslûpla ve hangi tertiple yazılmış olursa olsun yukarıdaki karakteristiklere sahip ise, müstehcen sayılır. Bu karakteristikleri ihtiva etmeyen ve hayatın bir veçhesini ve parçasını anlamak maksadını güden, fakat bu cümleden olarak cinsî konuları işleyen eserler müstehcen sayılamazlar. Erotik realizm sahası içinde mütalâası gereken bu kabil eserlerin okuyucular üzerinde erotik tesirler hâsıl etmeleri onların müstehcen sayılmasını gerektirmez. Hayat olaylarının anlatılması insanlarda nasıl hüznün, keder hisleri uyandırır, onları ağlatır ve bazen de komik tesirler yüzünden güldürürse, yine hayatın en önemli bir parçasını teşkil eden cinsî olayların anlatılması da okuyucular üzerinde bazı erotik tesirler icra edebilirler.

Müstehcenlik kavramı hususundaki görüş ve ileri sürdükleri ölçülerini özetleyerek arzetmeğe çalıştığımız Kronhausen'lar dünyada muhtelif devir ve dillerde müstehcen eserlere örnek olmuş kitapları inceleyip analiz etmek suretile, tâbir caiz ise, tüme varım metodu

ile mezkûr esasları tesbit etmiş olduklarını beyan etmektedirler. Daha ileride tafsilâtı ile arzitmeye çalışacağımız gibi, Kronhausen'lerin ölçüsünü yüzde yüz tatminkâr bulmamakla beraber, meseleye oldukça orijinal bir yaklaşım teşkil eylediğini kabul ediyoruz.

§ III. MÜSTEHCENLİK KAVRAMINDA SOSYOLOJİK TEMELLERE İNMEK ZORUNLUĞU

7. Müstehcen neşriyatı yasak eden çağdaş mevzuat, müstehcenliği ister tarif eden formül ihtiva etsin, ister etmesin bir eserin müstehcen sayılıp sayılmayacağı hususunu şimdiye kadar iza-hına çalıştığımız sebepler yüzünden hâkimin takdirine terketmiş bulunmaktadır. Herkesce kabul edildiği üzere müstehcenlik kavramının sınırları zamana ve mekâna göre değişmektedir ve değişecektir. Ancak bu sınırları tayin ederken gözönünde tutulacak ölçü ve esas ne olacaktır sualine de bir cevap verilmiş olduğunu sanmıyoruz. Gerek mahkeme kararlarının gerek doktrinin ileri sürdükleri ölçülerde daima bir açık nokta kalmaktadır. Kronhausen'ların ölçüsü bunlar arasında en sağlamı gibi gözükmektedir. Bununla beraber bu ölçü de tamamen tatminkâr sayılamaz. Gerçekten, Kronhausen'lar Henry Miller, Frank Harris ve Casanova'nın eserlerini erotik realizm çerçevesi içersinde mütalâa etmektedirler¹⁵. Halbuki bu eserleri gerek İngiltere'de gerek Amerika Birleşik Devletlerinde müstehcen sayan mahkeme kararları mevcuttur. Nitekim bu kitapların Fransa'da basılan ingilizce nüshaları üzerinde Birleşik Âmerika Devletleri ve İngiltere'de satılamıyacaklarına dair kayıt vardır.

Bu da gösteriyor ki Kronhausen'ların ilk bakışta makul ve tatminkâr görünen ölçüleri her zaman tatminkâr olamamaktadır.

8. Bizce bu konuda kullanılacak ölçünün, istihcanın tecrimine saik olan âmilden inbias etmesi lâzımgelir. İstihcana karşı tarihin her devrinde her yerde aynı reaksiyon gösterilmemiştir. Hatta eski çağlarda bugün müstehcen olduğundan şüphe etmediğimiz hareketlerin makbul sayıldığını dahi görmekteyiz. Meselâ Doğuda (phallum) muazzam erkeklik organı şeklindeki semboller dinî merasimlerde şanlı, şerefle taşınmakta ve aynı sembol Mısır'da Hindistan'da Sicilya'da ve Capua ve Pompei gibi İtalyanın Güney kısımlarında bir saygı ve ibadet konusu teşkil etmekte idi. Keza Babil'de kadınlar mabetlerde alenen fuhuş icrâ etmekte idiler. Likürg kanunları, de-

15) KRONHAUSEN: sh. 29.

vamlı görülmeleri hisleri frenler mülâhazasile cinsiyet uzuvlarının alenen teşhirine müsaade etmekte idi ¹⁶. Bu kadar radikal olmamakla beraber, son zamanlarda özellikle İkinci Dünya savaşından sonra cinsî konularda Batı ülkelerinin ve memleketimizin müsamaha derecesindeki değişiklik herhalde azımsanmayacak bir ölçüde vuku bulmuştur. Bu değişiklikler muvacehesinde bir eserin müstehcen sayılıp sayılmayacağını tayin ederken uygulanacak hukuk kaidesi aynı olsa bile neticeler çok farklı bulunacaktır. Bu farklılığı aynı devirde muhtelif memleketler arasında hatta paradoksal bir tarzda müşahede etmek de kabil olmaktadır. 18. Yüzyıl İspanyol ressamlarından Francisco Goya'nın meşhur Maya isimli çıplak kadını tasvir eden tablosunun röprodüksiyonlarının posta ile nakli Amerika Birleşik Devletlerinde son zamanlarda men edilmiş bir diğer deyimle müstehcen sayılmıştır. Buna mukabil Hristiyanlığın taassubu ile tanınmış Katolik mezhebinin hâkim olduğu İspanya'da hükûmet bu tabloyu posta pullarına basmakta tereddüt etmemiştir ¹⁷. Tabiatile burada İspanya hükûmetinin turist celbi hususundaki maksat, saik ve endişesini müşahede etmemek mümkün olamaz. Ancak bu da bizim hareket noktamızın doğruluğunu göstermektedir. Goya'nın Maya tablosu hakkında İspanya ve Amerika Birleşik Devletleri hükûmetlerinin görüşlerinin ortak bir ölçüye istinad etmediği ortadadır. Fakat bu iki farklı ölçü arasında bir bakımdan ortak bulunan bir noktayı tesbit etmek kabildir, o da bu ölçülerin aynı kaynaktan yani toplum çıkarından doğmuş olmalarıdır. Farklı toplumların çıkarları farklı olabileceğinden bu iki ölçü de tabiatile farklı olabilecektir, nitekim misâlimizde böyle olmuştur. Bu mülâhazamız doğru ise, müstehcenlik kavramını tayin edecek ölçünün inbias edebileceği aşağı yukarı bütün toplumlara ortak genel bir çıkar konusu bulmak gerekmektedir. Biz böyle bir konunun bulunabileceğine inanıyoruz. Ancak müşterek menba teşkil edecek mahiyetteki bu konuyu tesbit etmek sırf hukukî metodlarla mümkün olamaz. Problemin mahiyeti bizi sosyolojik temellere inmek ve sosyoloji alanına girmek mecbu-

16) MAZZANTI: sh. 17; Musa ve İsa dinlerinin yayılıp kökleşmesinden önceki erkeklik organına tapma sistemleri adı geçen dinler ve bu dinlerin hâkim bulunduğu devletler tarafından takbih ve mahkûm edilmeğe başlandıktan sonra dahi bunların kalıntılarına rastlamak kabil olmuş ve eski mabetlerdeki erkek uzvu şeklindeki sütunlar kliselerin sivri çatıları ve kadınlık uzvunu temsil eden şekiller ise kliselerdeki oval pencereler haline inkılâp etmişlerdir. (KRONHAUSEN: s. 221, 222).

17) KRONHAUSEN: sh. 17, 18

riyetinde bırakmaktadır. Öyle zannediyoruz ki, Kronhausen'ların oldukça tutarlı bir ölçü bulabilmiş olmaları bu yolu takip etmiş bulunmalarının bir neticesidir.

Çağdaş medeniyete mensup toplumların mevcudiyetlerini muhafaza ve devam ettirmek için dayandıkları temel sosyal müessese ailedir. Aile fertlerin en aslî ve zarurî maddî ve manevî ihtiyaçlarının karşılanması gibi fonksiyonların yanında toplum bakımından özellikle en fazla önem arzeden çocuk yetiştirilmesi görevini de ifa etmektedir. Bu sözlerimizle bütün toplumlarda aynı aile tipinin mevcut olduğunu ve ailenin aynı fonksiyonları gördüğünü söylemek istemiyoruz. Değişik tipte ve değişik sosyal görevde de olsa ailenin toplum için hayatî bir fonksiyonu bulunduğu bir gerçektir. Bugün kollektivist bir ekonomik düzeni kabul eden toplumlar dahi aileden vazgeçememişlerdir; ailenin bütün fonksiyonları henüz hiçbir toplum tarafından tamamen başka müesseselere nakledilmiş değildir¹⁸. Demek oluyor ki, aile müessesesinin korunmasında toplumların hayatî çıkarları mevcuttur. Aile müessesesinin korunması ise, cinsiyete taallük eden münasebetlerin başıboş ve münhasıran bir zevk vasıtası olmamasına, sorumlulukları gerektiren ve zaptu rapt altına alınmasına ve sınırlayıcı kaideler içinde mütalâası gereken bir münasebetler manzumesi olmasına bağlıdır. Bu disiplini bozacak her hareket aile müessesesine bir darbe ve dolayısıyla toplumun varlığı için bir tehlike teşkil eder. Bu disiplinin sertliği aile müessesesinin o toplumdaki fonksiyonunun önem derecesi ile orantılıdır. Aile müessesesine fazla bel bağlayan toplumlar bu konuda fazla hassas olacaklar, aile müessesesinin fonksiyonunun asgariye inmiş bulunduğu toplumlarda bu disiplin de sıkı olmayacaktır. Aynı zamanda o toplumda mevcut kültürün nitelikleri bu disiplinin mahiyeti üzerinde müessir olacaktır.

Cinsiyete taallük eden konulardaki disiplinin, toplumda mevcut başka mahiyetteki disiplinlerle de alâkalı bulunması tabîî karşılanmalıdır. Aile müessesesini korumak endişesi dışında, fertleri otoriter kaidelere riayet eder bir halde tutmak için de toplum cinsî konuları zaptu rap altına almak ihtiyacını duyabilir. Aile müessesesinin fonksiyonunun nisbeten az olması gereken sosyalist fakat

18) Ailenin sosyolojik mahiyeti hakkında Bk.: DÖNMEZER: Sosyoloji Dersleri, sh. 107 ve müt.

ayni zamanda totaliter ülkelerde bu manzarayı görmek kabildir zannediyoruz.

Totaliter rejimi ayakta tutmak mülâhazası dışında, cinsiyete taallûk eden konulardaki disiplinin başlıca mevcudiyet sebebinin aile müessesesini korumak olduğu kanısındayız. Müstehcenlik kavramı da bu kadro içerisinde mütalâa edilmek lâzımdır; yani, müstehcen neşriyatı suç haline koymakla güdülen gaye sözü geçen disiplini tesis etmek ve binnetice aile müessesesini korumaktır. Başka bir deyimle, bazı eserlerin müstehcen sayılıp yayılmasına mani olmak ve tesirlerini önlemek ihtiyacını doğuran âmil aile müessesesini korumak ihtiyacı ve maksadı olmaktadır. Tabiatile bu yasağın sınırları da gerek aile müessesesinin korunmasındaki ihtiyacın şiddetine gerek bu yasaklamanın çatışma halinde bulunduğu diğer değerlere o toplum tarafından verilen kıymete göre değişecektir. Ancak müstehcenlik kavramını tayin eden esas ölçü her zaman aile müessesesini korumak zorunluğu olacaktır. Bir diğer söyleyişle, bir eserin müstehcen olup olmadığına karar verilirken nazara alınması gereken husus şu olmalıdır: Söz konusu eser yine söz konusu olan tarzda yayıldığı zaman hâsıl edeceği tesir aile müessesesini yıkıcı mahiyette neticeler meydana getirir mi, getirmezmi? Müstehcen sayılıp yasak edilmek istenen eserler, fertler üzerinde cinsî konularda sorumluluk duygusundan uzak bir başıboşluk duygusunun husule gelmesine yardım eden eserlerdir. Fertlerde cinsî konulardaki disiplin sübjektif olarak ar ve haya duyguları şeklinde tezahür eder. Onun için ar ve haya duygularını rencide eden eserlere müstehcen diyoruz. Fakat bu sübjektif duyguların tesbit edilip ölçülmesi fevkalâde zor ve hatta imkânsız olduğundan daha ziyade objektif mahiyet arzeden bir ölçü bulmak ihtiyacını duyduk. Bu da aile müessesesinin korunması şeklinde ifade edebileceğimiz ölçüdür. Bu ölçü, ar ve haya duygularının rencide edilmesi şeklinde ifade olunan sübjektif ölçünün adeta objektif yüzünü teşkil etmektedir.

9. Bir eserin müstehcen olup olmadığını tayin işi, kanaatimizce, yukarıda arz ve izahına çalıştığımız sebepler yüzünden hukukî bir ihtisas işi değildir. Bundan dolayı bu işin bilirkişilere gördürülmesinde isabet vardır. İleri sürdüğümüz ölçü, bilirkişiye belki belirli bir derecede yardımcı olabilecektir. Ancak bir eserin müstehcen olup olmadığını tayin hususunda bilirkişinin, söz konusu eserin yine söz konusu surette yayılması ile hâsıl olacak tesirlerin aile müessesesi için zararlı neticeler tevliid edebilip edemeyeceği şeklinde ifa-

de olunan ölçüyü kullanırken ne gibi hususlara dikkat etmesi gerektiğini de açıklamakta fayda görüyoruz.

İleri sürmüş olduğumuz ölçünün uygulanmasında dahi Kronhausen'ların teklif etmiş olduğu şu hususların gözönünde bulundurulması gerekir. Gerçekten, eser sahibinin maksadı, eserin muhtevası ve icrâ eylediği tesir nazara alınmak suretile bir neticeye varmak iktiza eder. Bu üç unsur arasındaki sıkı bağlantıya ayrıca dikkati çekmeyi zait addediyoruz.

a) Esere sahibinin maksadı : Bir eserin müstehcen sayılabilmesi için eser sahibinin o eseri aile müessesesini ayakta tutan ve koruyan cinsî konulardaki disiplini gevşetecek mahiyette tesirler hâsıl etmek maksadile meydana getirmiş olması ve bu maksadın gerek eserin kendisinden gerek arzediliş şeklinde anlaşılması lâzımdır.

Bir eserin müstehcenliğin unsur olarak rol oynadığı bir suç meydana getirebilmesi için, mücerret ve mutlak olarak eseri meydana getireni değil aynı zamanda o suçun failinin maksadına da bakmak gerekir. Bu suretle eser sahibinin maksadı ile failin maksadının her zaman tetabuk etmeyeceğini belirtmek istiyoruz. Mesele Tıp Fakültesindeki dersler için hazırlanmış resim ve filmlerin herkesin görebileceği şekilde teşhiri suç teşkil edebilir.

b) Eserin muhtevası : En ziyade dikkati çekecek kısmın eserin muhtevası olacağı şüphesizdir. Çağdaş hukuk düzenlerinde ilim ve san'at eserlerinin müstehcen sayılmıyacağı hususunda tam bir ittifak mevcuttur. Bu husus bazen 1881 sayılı mülga Matbuat Kanunumuzda ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi mevzuat tarafından tasrih olunmuş ve bazen de doktrin ve mahkeme içtihatları tarafından tesbit edilmiş bulunmaktadır. Gerçekten ilim ve San'at eserlerinin bünyeleri, mahiyetleri ve meydana getiriliş maksatları müstehcenlikle bağdaşamaz. Zira, aile müessesesini ayakta tutan cinsî konulardaki disiplini gevşetecek tesirler icrâ etmek maksadile vücuda getirilen eserler ilim ve san'at eseri olamayacağı gibi, ilim ve san'at eserleri, gayelerinden sapılmadıkça, bu kabül tesirler hasıl edebilecek niteliğe hiçbir zaman sahip olamazlar.

Yukarıda söylediğimiz gibi bir eserin ilim veya san'at eseri olması, eser sahibinin maksadı başlığı altında belirttiğimiz veçhile onun hiçbir zaman müstehcenliğin unsur olduğu suçları meydana getiremeyeceği manâsına gelmez. Bu gibi eserlerin cinsiyet konusun-

daki disiplini esaslı surette gevşetecek ve binnetice aile müessesesinin varlığına bir tehlike teşkil edecek mahiyette tesirler hâsıl etmek maksadile kullanılması mümkündür. Seksoloji başlığı ile yayınlanan eserlerin bir çoğunda bunu müşahede etmek kabildir. Yine meselâ tarihî ilmî bir eser diye Pompei'deki evlerin duvarlarındaki cinsî münasebet tablolarını bir albüm halinde umuma arz etmek aynı şekilde müstehecen neşriyat suçunu teşkil eder. Ressamlar ve san'atkârlar için hazırlanmış çıplak kadın fotoğraflarından ibaret model albümünün bu işle ilgisi bulunmayanların özellikle gençlerin cinsiyet konusundaki tecessüslerini tahrik ve istismar amacı ile faraza ucuz bir şekilde alenen satışa arzı suç teşkil edebilir.

Eserin muhtevası incelenirken heyeti umumiyesinin nazara alınması gerektiği hususunda da oybirliği mevcuttur. Ancak eserin heyeti umumiyesine tesir edecek şiddetteki pasajlar da eserin tamamına sarî bir intiba yaratacaklarından, eserin müstehecen sayılmasına âmil olabilirler.

Bu arada çıplaklık konusuna da temas etmeliğimiz faydalı olur sanıyoruz. Mücerret çıplaklık çağdaş medeni toplumlarda müstehecen sayılmamaktadır. Bu hususta da müellifler ve mahkeme içtihatları hemen hemen hemfikir bulunmaktadır. Ancak çıplaklık şehvî hisleri kamçılacak pozlarla müterafık ise, bu suretle cinsiyet konusundaki disipline bir aykırılık bahis konusu olabilir.

c) Eserin icrâ edeceği tesir: Müstehcenliğin unsurunu teşkil ettiği suçların ihdasına âmil olan yegâne husus belki bu kabil eserlerin fertlerin üzerinde hâsıl edecekleri tesirler ve dolayısıyla toplum bakımından husule gelebilecek zararlı neticelerdir. İleri sürdüğümüz ölçü muvacehesinde müstehecen sayılması gereken eserlerin husule getirdikleri tesirleri incelerken tasavvur etmemiz veya kendimize sormamız gereken husus şu olmalıdır: bu kabil eserlerin yayılması serbest bırakıldığı takdirde, fertlerde mevcut ve aile müessesesinin ayakta durmasını sağlayan değer yargıları zaafa uğrar mı, uğramaz mı? Daha önce de arzetmiş olduğumuz veçhile bu değer yargılarının sübjektif tezahür şekillerini ar ve hya duyguları olarak ifade ediyoruz. Fakat bu sübjektif kavramı mümkün olduğu kadar objektif bir hale getirmekle objektif kalıplar içersinde düşünmek istersek, bunu aile müessesesi için mevcudiyeti zarurî olan asgarî cinsî disiplin olarak tasavvur etmemiz gerekecektir. Cinsî bakımdan fertleri disiplinsizliğe, bir başıboşluğa götürebilecek tesirler müs-

tehcen eserlerde aranacak tesirlerdir. Burada karşımıza bir başka sual çıkacaktır. O da, müstehcen sayılan eserlerin herkeste aynı tesirleri uyandırmasının şart olup olmadığıdır. Herkeste aynı tesislerin meydana gelmesine imkân olmadığı meydandadır. Öyle ise, burada bir fiksiyon yapmak zarureti vardır. Bahis konusu tesirlerin bir toplumda mevcut fert adedince farklılık arzedebileceği söylenebilir. Ancak sosyolojik mefhumların yardımı ile bir formül bulmamız kabil olur. O da, bir toplumdaki grupları ve kültürlerini nazara almak suretile bir tip tasavvur etmektir. Gerçekten alt gruplara hâkim olan alt kültürleri esas almamıza imkân yoktur. Bu kültürler birbirine tamamen zıt manzaralar arzedebilirler. Bazılarında cinsî disiplin pek sıkı, diğer bazılarında ise pek gevşek olabilir. Bu itibarla belirli bir topluma hâkim olduğu düşünülen ifrat, tefrit ve sapmalardan masun genel kültürü esas almak ve bu kültüre sahip bir tip tasavvur etmek lâzım gelecektir. Literatürde umumiyetle bu tip (vasat bir şahıs) olarak isimlendirilir. Alt ve mahallî kültürleri nazara almayacağımıza göre bir eser Konya'nın bir ilçesinde müstehcen sayılıyorsa, İstanbul'da da aynı mahiyette sayılması gerekecektir. Türk toplumuna hâkim olduğu düşünülen genel kültüre sahip bir fert üzerindeki tesirin ne olabileceği tahmin edilmeğe çalışılacaktır. Burada da sübjektif unsurların ister istemez işe karışacağını kabul etmek zorunlu olmaktadır. Toplum yapısının karmaşıklığından doğan bu zorunluğu kabulden başka bir çare göremiyoruz. Bununla beraber bazı yardımcı vasıtalara müracaat etmek imkânı hiç yok değildir. Meselâ daha önce hakkında dava açılmış olup ta müstehcen mahiyette olmadığı hükme bağlanmış eserler, tesirlerin ölçüsü hususunda mukayeseye imkân verebilirler. Lâkin böyle olmayıp ta piyasada tedavül eden fakat kovuşturmaya uğramamış bulunan eserleri mikyas olarak kullanmak doğru değildir; çünkü bu eserlerin takip edilmemiş olmaları onların müstehcen sayılmıyacakları hususunda kesin bir delil teşkil etmez.

§ IV. NETİCE

10. Ceza Hukukundaki müstehcenlik kavramı konusunda mukayeseli mevzuatta, mahkeme içtihatlarında ve doktrinde tesbit edebildiğimiz kıstasları gözden geçirdikten sonra bunların hemen daima bir toplumda mevcut telâkkilere göre ar ve haya duygularını incitme keyfiyetini esas aldıklarını görmüş bulunuyoruz. Bu sübjektif esas, konuya büyük bir kaypaklık vermekte ve ifade hürriyeti-

nin kısıtlanmasına engel olacak bir garanti teşkil etmemektedir. İncelemiş bulunduğumuz ölçüler arasında Kronhausen'ların teklif ettikleri ölçüyü diğerlerinden farklı ve daha objektif mahiyette bulunduğumuzu söylemiş fakat bu ölçünün de tamamen tatminkâr olmadığını ilâve eylemiştik.

Konuya yardımcı bir unsur ekleyebilmek endişesile biz de diğerlerinden daha objektif bir niteliğe sahip olduğuna inandığımız bir kriter teklif etmiş bulunuyoruz. İleri sürdüğümüz kriterin sübjektif unsurlardan tamamen müstağni bulunmadığına zaten açıklamalarımız sırasında işaret etmiştik. Bu kıstasın matematik bir kesinliğe ve itirazı gayri mümkün bir tarzda herkesi tatmin edecek bir ihataya sahip bulunduğunu söyleyecek değiliz; bununla beraber bir eserin müstehcen olup olmadığına karar verirken yardımcı direktif rolü oynayabileceği kanısındayız.

§ V. BİBLİYOGRAFYA

- ÇAĞLAYAN M. Muhtar : Müstehçen ve Hayasızca Neşriyat; İdare Dergisi, 1954, 1955, Sayı 231, 232, sh. 23 - 38
- DÖNMEZER Sulhi : Ceza Hukuku Hususî Kısım - Umumî Adap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler; İstanbul, 1961
- DÖNMEZER Sulhi : Sosyoloji Dersleri; İstanbul, 1966
- ESSEIVA François : Quelques Considérations sur les publications obscènes et les publications immorales; Revue Pénal Suisse, 1962, Tome 78, P. 361-376
- HARRIS'S Criminal Law ; edited by Palmer and Palmer, 20 the edition; Law; London, 1960
- HARRIS Frank : My Life and Loves; Paris, 1959
- JURIS CLASSEUR
PENAL ; Edition Techniques, S. A., Paris
- KRONHAUSEN (Eberhard and Pyllis) : Pornography and the Law; New York, 1959
- LENER Raffaele : Il Corcentto di «osceno» nella legge penale; Archivio Penale, Novembre - Dicembre 1950, Roma, P. 415 - 422
- MANZINI Vincenzo : Trattato di Diritto Penale Italiano; 1951 Torino, volume Settimo
- MAZZANTI Manlio : L'Osceno E il Diritto Penale; Milano, 1962
- MILLER Henri : The Rosy Crucifixion, Book one, Sexus, Paris, 1962
- PALLADINO Alfonso : La Tutela Penale del Pudore e Studi Giuridici Vari, Milano, 1960
- VENDITTI Rodolfo : La Tutela Penale del Pudore E della Pubblica Decenza; Milano, 1962