



# MÜSTEHCENLİK SUÇUNUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI BAKIMINDAN EDEBİ ESERLER\*

Faruk Y. TURINAY\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0003-2427-2062>

**DOI:** 10.30915/abd.700061

**Makalenin Geldiği Tarih:** 15.05.2019 **Kabul Tarihi:** 03.07.2019

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Dr. / Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.



## ÖZ

Müstehcenlik, ceza hukuku açısından tanımlanması güç bir kavramdır. Nitekim müstehcenlik suçunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde müstehcenliğin tanımına yer verilmemektedir. Bununla beraber söz konusu madde kapsamında cezalandırılan fiiller oldukça çeşitlilik arz etmektedir. “Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek ya da bunların içeriğini göstermek, okumak, okutmak veya dinletmek” ya da “şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üretmek, ülkeye sokmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, başkalarının kullanımına sunmak veya bulundurmak” bunlardan sadece bazılarıdır. Öte yandan maddenin son fıkrasına göre bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacaktır. Dolayısıyla bir eserin edebi değer taşıması halinde müstehcenlik suçu bakımından hukuka uygunluk halinin varlığından söz edilebilecektir. Bu çalışmada müstehcenlik suçunun hukuka uygunluk hallerinden biri olarak edebi eserlere ilişkin hukuki sorunlar ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** müstehcenlik, müstehcenlik suçu, edebi değer, hukuka aykırılık, edebi eser.

LITERARY WORKS IN TERMS OF  
THE ELEMENT OF ILLEGALITY OF  
THE CRIME OF OBSCENITY

ABSTRACT

Obscenity is a concept which is hardly defined in terms of the criminal law. In fact, there is no definition in the article 226 of the Turkish Penal Code No. 5237 which regulates the crime of obscenity. Nevertheless a diverse range of acts are punished in pursuance of the Article 226. “To give to a child obscene written or audio-visual material; or to read or induce another to read such material to a child or to make a child watch or listen to such material” or “to produce, to convey into the country, to offer for sale, to sell, transport, store or offer for the use of others written or audio-visual materials of sexual acts performed with the use of force, animals, a human corpse, or in any other unnatural manner” are only some of these. On the other hand, according to the last paragraph of the article, the provisions of this article may not be applicable for the scientific works; and also excluding third paragraph, the works which have artistic or literary value provided that children should be avoided to reach such material. Hence in the case of a work with literary value, it can be argued that a justification status comes into being as to the crime of obscenity. In this study, as a justification of the crime of obscenity, the legal problems concerning literary works are examined.

**Keywords:** obscenity, crime of obscenity, literary value, illegality, literary work.

## GİRİŞ

Müstehcenlik suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde düzenlenmektedir. Kodifikasyon biçimi bakımından dağınık olan ve çok çeşitli fiilleri tek başlık altında suç olarak düzenleyen maddede çocukların müstehcen içerikten korunmasına ilişkin hükümler olduğu gibi, “insanlık onuruna aykırı” olarak nitelendirilebilecek “hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde yapılan cinsel davranışlara ilişkin” hükümlerin yanı sıra belli bir kategori kapsamında değerlendirilmesi güç olan “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin” hükümler de bulunmaktadır. Maddenin son fıkrasında 226. madde hükümlerinin bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Çalışmamızın konusu, edebi eserler bakımından müstehcenlik suçuna ilişkin sorunları kapsamaktadır.

226. maddenin son fıkrasının lafzından anlaşıldığı üzere edebi değeri olan eserlerde madde hükümlerinin uygulanmaması kuralı her koşulda geçerli değildir. Kanun koyucu bu konuda iki istisna öngörmüştür: üçüncü fıkra hükmü ve çocukların söz konusu eserlere ulaşmasının engellenmesi. Bu itibarla, maddenin son fıkrasında edebi değer taşıyan eserlere ilişkin hükümde yer alan “üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” ibaresi istisnanın istisnasını yaratmaktadır.

Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde düzenlenen “müstehcenlik suçu” hakkındaki tüm tartışmalara gerekmediği sürece yer verilmeyecek, söz konusu maddenin son fıkrasında yer verilen “edebi değeri olan eserler”, suç bakımından incelenecektir. Bununla beraber “edebi değeri olan eserler” e ilişkin hüküm, istisnai hükümler dışında maddenin tümü bakımından geçerli olduğundan yeri geldikçe müstehcenlik suçunun genel mahiyetine ilişkin sorunlara değinilecektir. İstisnai bir düzenleme olarak eserin edebi değer taşıması kriterinin incelenmesi, görülecektir ki, müstehcenlik suçunun mahiyetini, gerekliliğini, kapsamını aydınlatmak bakımından önemli bir bakış açısı sağlamaktadır.

## I. KAVRAM

### A. Genel Ahlak

5237 sayılı Kanun'un 226. maddesinde düzenlenen suç, topluma karşı suçlar kapsamındaki “genel ahlaka karşı suçlar” arasındadır. İncelememize konu olan hükme yer veren yedinci fıkradaki “edebi değeri olan eser”in varlığı ise müstehcenlik suçunun kanun koyucu tarafından yaratılan hukuka uygunluk hallerinden biri ve istisnasıdır. Dolayısıyla kanun koyucunun “edebi değeri olan eser”leri müstehcen içerikli olsa bile “genel ahlak” bakımından suç olarak düzenleyecek ölçüde sakıncalı bulmadığı açıktır. Bu noktada “genel ahlak” kavramına da temas etmekte yarar vardır.

Ceza hukuku açısından genel ahlak, İtalyancada “*moralità pubblica*” ve “*il buon costume*”, Fransızcada ise “*mœurs*” ya da “*bonnes mœurs*” ve “*moralité publique*” terimleriyle ifade edilmekte olup Türkçede 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bu kavram yerine “*adab-ı umumiye*” ya da “*umumi adab*” terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.<sup>[1]</sup>

*Antolisei*'ye göre, geniş bir anlamda anlaşılmaması gereken genel ahlak, toplumun etik bilincini ifade etmektedir.<sup>[2]</sup> Ancak söz konusu ahlaki bilinç, salt cinsel eksenli bir ahlakı esas almayıp kasten öldürmeden hırsızlığa kadar çok çeşitli suçların işlenmesi sonucu zedelendiği kabul edilen genel ve etik bir bilinçtir.<sup>[3]</sup> *Antolisei*'nin tanımladığı çerçevede kabul edilmesi halinde sakıncalı görünmeyen kavramın yine de geniş yorumlanmaya elverişli bir yapıda olduğunu belirtmek gerekir.

*Mayer*'e göre, ceza hukuku genel ahlakı ancak kamu düzenini gerçekten ilgilendirdiği durumlarda düzenleyebilir.<sup>[4]</sup> Bu yaklaşım *Antolisei*'nin genel

[1] İtalyan Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının dokuzuncu başlığı “*Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*”dir. Buna karşılık Fransız Ceza Kanunu, genel ahlak terimine hiçbir bağlamda yer vermemektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının sekizinci babı ise “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” başlığını taşımaktadır.

[2] Francesco *Antolisei*, *Manuale di Diritto Penale: Parte Speciale – I*, quindicesima edizione integrata e aggiornata a cura di C. F. Grosso, Milano: Giuffrè Editore, 2008, s. 548.

[3] *Ibid.*

[4] Danièle Mayer, “*Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs*”, *Les bonnes mœurs*, présentation par Jacques Chevallier, Paris: Presses Universitaires de France, 1994, s. 56.

ahlakı çok çeşitli suçları ve esas olarak kamu düzenini ilgilendiren bir değer olarak gören yaklaşımıyla bağdaşmaktadır.

Hukuk ile ahlak arasındaki sınırı tespit etmek kolay olmayıp kanun koyucunun bu konuda özen göstermemesi halinde ceza kanununun etkinliğinin sarsılması ihtimali de vardır.<sup>[5]</sup> “Geniş anlamda genel ahlak” bakımından, her bir ferdin yaşam tarzı ile toplumun genelinin benimsediği tutumun karşılaştırılması sorunundan kaçınmak ise mümkün değildir.<sup>[6]</sup> Bu nedenle, kişiye, yere, zamana göre değişken bir kavram olan genel ahlakın hukuki niteliği tartışmalıdır.<sup>[7]</sup> Keza “genel ahlakın suçla korunan hukuki değer olarak esas alınması ceza hukukunun çağdaş gelişimine uygun değildir”.<sup>[8]</sup> Dolayısıyla ceza hukukunun genel ahlaka “kayıtsız” kalması, modern hukuk anlayışına daha uygun olacaktır.<sup>[9]</sup> Örneğin bu doğrultuda eski Fransız Ceza Kanunu’nda “genel ahlaka tecavüz” (*l’outrage aux bonnes moeurs*) yaptırıma bağlanmışken, yeni Fransız Ceza Kanunu’nda bu tutum terk edilmiş, ilgili suç (m. 227-24) genel ahlaka aykırılık oluşturan pornografi dışında, insan onurunu ağır şekilde zedeleyici ya da çocukları fiziksel açıdan tehlikeye sokacak eylemlere katılmaya teşvik edici içerikleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir.<sup>[10]</sup>

Anayasa Mahkemesi, genel ahlakı toplumun önemli bir kesiminin belli bir zamanda benimsediği ve kapsamı “kolayca anlaşılan” ahlak kurallarının bütünü olarak değerlendirmektedir.<sup>[11]</sup> Ancak genel ahlaka karşı suçlar arasında karmaşıklığı ve kapsamının belirsizliği ile temayüz eden müstehcenlik suçunun ve müstehcenlik kavramına ilişkin tartışmaların varlığı,

[5] Sulhi Dönmezer, *Umumi Adap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 25.

[6] Mayer, *op.cit.*, s. 56.

[7] Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız-İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 870-871.

[8] *Ibid.*, s. 871. Özbek, müstehcenlik suçuyla korunan hukuki değer yalnızca genel ahlak olmadığını, aynı zamanda çocuğun (bedensel ve zihinsel tamlığı gibi) maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme hakkını ve bireylerin cinsel yaşamı ile özel hayatının gizliliğini bu kapsama dahil etmektedir. Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, s. 39.

[9] Mayer, *op.cit.*, s. 57 vd.

[10] Jean Languier-Philippe Conte-Stéphanie Fournier, *Droit pénal spécial*, 15e édition, Paris: Éditions Dalloz, 2013, s. 279.

[11] Anayasa Mahkemesi, E. 1963/128, K. 1964/8, 28.01.1964, Özbek, *op.cit.*, s. 40.

genel ahlakın “kolayca anlaşılır” bir tanımının olmadığına işaret etmektedir. Genel ahlakın birçok ahlak anlayışının arkasında yatan duygu ve düşüncelerin bütünü olarak tanımlanması karşısında kavramın belirsizliği daha çok anlaşılmaktadır.<sup>[12]</sup>

Muğlak bir kavram olan “genel ahlak” terimi, Türk hukukunda, 5237 sayılı Kanun’da 1. maddede ceza kanunun amacı kapsamında gösterilen değerler arasında yer almamasına karşılık eşya müsaderesine ilişkin 54. maddede “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya ... veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir” hükmünde hukuken korunan bir değer olarak bulunmaktadır. Bunun dışında terime, sadece, söz konusu suçun düzenlendiği yedinci bölümün başlığında yer verildiği görülmektedir.

Genel ahlak bakımından son olarak belirtmek gerekir ki “genel ahlaka aykırılık” oluşturan suçlara yol açan fiiller arasında müstehcen yayın yapma fiili, gerek fiilin eskiliği gerekse yarattığı etkinin genişliği dolayısıyla ön planda gelmektedir.<sup>[13]</sup> Matbaanın icadından bu yana müstehcenliği önlemek amacıyla başvuru ilk yol sansür veya yayımlanmadan önce kontrol olagelmışken sonradan bağımsız bir suç olarak düzenleme eğilimi ağır basmıştır.<sup>[14]</sup>

## B. Müstehcen ve Müstehcenlik

### 1. Genel Olarak

“Müstehcen”, sadece hukuk metinlerinde değil, günlük dilde de kullanılan bir kelimedir. Günlük dilde ise genellikle görsel, işitsel ya da yazılı olarak algılanabilecek bir içerik ya da olguyu ahlaki açıdan kınayıcı şekilde nitelemek maksadıyla kullanılır.

Etimolojik açıdan incelendiğinde müstehcen kelimesinin Arapça h-c-n köküne dayanan ve “ayıp, çirkin sayılan” anlamındaki “mustahcan” sözcüğünün Türkçeye geçmesiyle kullanıma girdiği, yine aynı kökten türeyen

[12] Gülriz Uygur, “Genel Ahlakın Vazgeçilmezliği (mi?)”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2018, s. 13.

[13] Dönmezer, *op.cit.*, s. 170-171.

[14] *Ibid.*, s. 172. Müstehcenliğin ceza hukuku bakımından algılanış biçimi bakımından Anglo-Sakson ülkelerinin yaklaşımı dikkat çekicidir. Kıta Avrupası ülkelerinde müstehcenlik – en azından geçmiş dönemlerde- bağımsız bir suç olarak düzenlenirken Anglo-Sakson ülkelerinde bir tür “hakaret” fiili olarak değerlendirilmektedir. *Ibid.*



“hecin” sözcüğünün de “soysuz<sup>[15]</sup>, melez” anlamına geldiği görülmektedir.<sup>[16]</sup> Kelime, tespit edilen en eski kaynak olarak, Franciszek Meniński’nin *Thesaurus Linguarum Orientalium Turcicae, Arabicae, Persicae* kitabında kullanılmıştır<sup>[17]</sup>. Müstehcenle eş anlamlı “obscene” sözcüğü ise Latince “çamurlu, bulanık, kirli” anlamındaki *obscaenus* (obs: yakın, caenum: çamur) kelimesinden kökenlenmektedir.<sup>[18]</sup> Yine bu kelimenin kökeni olan Latince “obscaenitas”, uğursuzluk, kirlilik, ahlaksızlık, uygunsuzluk, açık saçıklık anlamına gelmektedir.<sup>[19]</sup> Etimoloji bakımından müstehcenliğin kirlilik ve çirkinliği çağrıştıran, kınanacak çok çeşitli davranışları kapsayan bir mahiyette olduğu söylenebilir.

Sözlüklerde müstehcen sözcüğü, “edebî aykırı”, “yakışsız”, “açık saçık”,<sup>[20]</sup> “istihcan edilmiş”, “edepsizce (olan)”<sup>[21]</sup> olarak tarif edilmektedir. Müstehcenlik, “soykırımın ya da savaşın müstehcenliği” gibi “insanı şok eden, sarsan” anlamıyla çok çeşitli bağlamlarda kullanılan bir kavram olmakla beraber müstehcenliğin birincil anlamı cinsellik bağlamında olup cinsel bir karakterin sergilediği ya da sarf ettiği, rahatsız edici ya da iğrendirici nitelikte eylemler, sözler ve görüntüleri kapsamaktadır.<sup>[22]</sup> Bu yüzden uygulamada müstehcenliğin cinsel tabunun bir boyutu olduğu yönünde görüşlere rastlanmaktadır.<sup>[23]</sup>

[15] Hasan Gerçekler, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 4569.

[16] Sevan Nişanyan, Nişanyan Sözlük, Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, <http://www.nisanyansozluk.com/?k=m%C3%BCstehcen&view=annotated>, erişim tarihi: 05.09.2018.

[17] *Ibid.*

[18] Walter W. Skeat, *An Etymological Dictionary of the English Language*, New York: Dover Publications, 2013, s. 779.

[19] Colin Crowder, “Obscenity”, Eds. Paul Barry Clarke-Andrew Linzey, *Dictionary of Ethics, Theology and Society*, London and New York: Routledge, 2013, s. 619.

[20] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&xarama=kelime&guid=TDK.GTS.5b8fc918a04803.86994193](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&xarama=kelime&guid=TDK.GTS.5b8fc918a04803.86994193), erişim tarihi: 05.09.2018.

[21] Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 20. Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2003, s. 748.

[22] Crowder, “Obscenity”, *op.cit.*, s. 619.

[23] *Ibid.*

Müstehcenliğin genel tanımı ışığında ceza hukuku bağlamında müstehcenlik kavramına bakıldığında, insanları rahatsız eden cinsel içerikli davranışların kişiden kişiye değiştiği göz önünde bulundurulursa, müstehcenliğin kanuni tanımının yapılmasındaki güçlük anlaşılacaktır. Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcı Potter Stewart'ın, Mahkeme'nin 1964 tarihli *Jacobellis v. Ohio* davasında kayda geçen (müstehcenliğin tanımını) “belki anlaşılır şekilde yapmayı başaramam, fakat onu gördüğümde anlarım” şeklindeki ifadesi, söz konusu kavrama yönelik tanım sorununu dikkat çekici biçimde yansıtmaktadır.<sup>[24]</sup>

Doktrinde bir görüşe göre, müstehcenlik, “toplumda egemen olan değer ölçüleri nazara alındığında, fertlerin ar ve haya duygularını incitici nitelikte edep ve ahlak dışı söz ve/veya davranışlar”dır.<sup>[25]</sup> Yalkut'a göre, toplumda ahlaki çöküntüye yol açan, halkın utanma duygusunu inciten davranışlar müstehcen olmakla birlikte mutlak ve nispi müstehcenlik şeklinde iki ayrı olgudan söz edilebilir.<sup>[26]</sup> Erem ve Toroslu, müstehcenliğin, bir davranışın ortak utanma duygularını ya da bir başka deyişle toplumun geneline hakim olan ar ve haya hissini rencide edip etmemesi kıstasıyla tanımlanabileceği kanaatinde dir.<sup>[27]</sup> Donay ise müstehcenliğin cinsellikle kavramsal bağlantısına vurgu yapmakta, genel mahiyette utanma duygusunun rencide edilmesinden söz etmektedir.<sup>[28]</sup> Özbek'e göre, cinsel arzuları tahrik ancak istismara yönelik olduğu takdirde müstehcenlik sayılabilecek olup<sup>[29]</sup> “5237 sayılı TCK anlamında müstehcenlik, pornografi olarak anlaşılmalı ve cezalandırılan şey sadece pornografi olmalıdır”.<sup>[30]</sup> Erem'e göre, ahlaksız davranışların hepsi

[24] *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964), J. Stewart, concurring opinion, Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage, second edition*, New York: Oxford University Press, 2001, s. 610.

[25] Çetin Arslan-Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004, s. 935.

[26] Necdet Yalkut, “Türk ve İtalyan Hukukunda Müstehcen”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 3-4, 1976, s. 279.

[27] Faruk Erem-Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 385.

[28] Süheyl Donay, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 1968, s. 136.

[29] Özbek, *op.cit.*, s. 46.

[30] *Ibid.*, s. 50.

değil, ancak bir bölümü müstehcenlik kapsamında değerlendirilebilir.<sup>[31]</sup> Yarsuvat, yer ve zamana göre ahlaki kaidelerin değişebileceğini belirterek;<sup>[32]</sup> Parlar, müstehcen olanın belirlenmesinde fiilin işlendiği zamanda toplumun ahlaki, sosyolojik koşullarının dikkate alınması gerektiği görüşünü ortaya koyarak,<sup>[33]</sup> Marakoğlu ise müstehcenliğin “bir bireyin yaşamının değişik dönemlerdeki algısına göre” bile değişebileceğini ifade ederek<sup>[34]</sup> kavramın nispiğini teyit etmektedir. Bakıcı da müstehcenlik kavramının sadece toplumdaki topluma değil, belli bir toplumun yaşadığı dönemden döneme değiştiğinin altını çizmektedir.<sup>[35]</sup> Özellikle son değinilen görüş, müstehcenliğin ceza hukukunun belirlilik ilkesiyle bağdaşmayan değişken niteliğini gözler önüne sermektedir.

Müstehcenliğin ceza kanununda düzenlenmesinde iki eğilim ön plana çıkmaktadır: müstehcenliğin tanımının doğrudan kanunda yapılması ve müstehcenlik kapsamında cezalandırılacak fiillerin kanunda düzenlenip müstehcenlik kavramının sınırlarının çizilmesinin hâkime bırakılması.<sup>[36]</sup> İlk eğilime örnek olarak İtalyan Ceza Kanunu gösterilebilecek olup Kanun’un “müstehcen fiiller ve eşyalar: kavram” başlıklı 529. maddesinde müstehcenlik, “ceza kanununun uygulanmasında, ortak duygular açısından edebe zarar veren fiiller ve eşyalar müstehcen sayılır” hükmüyle tanımlanmıştır.<sup>[37]</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, bu bakımdan ikinci eğilimin görüldüğü

[31] Faruk Erem, “Müstehcenlik”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1984, s. 103.

[32] Duygun Yarsuvat, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1977, s. 669.

[33] Ali Parlar, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt II, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015, s. 2478.

[34] A. Ozan Marakoğlu, *Edepsiz Kitaplar: Edebiyat Eserleri ve Müstehcenlik Suçu Bağlamında Bir Hukuk Eleştirisi*, Ankara: Liberte Yayınları, 2014, s. 112.

[35] Sedat Bakıcı, *Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 1994, s. 330.

[36] Dönmezer, *op.cit.*, s. 181.

[37] Codice Penale Italiano, “Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore.” İtalyan Anayasa Mahkemesi, 191 sayılı ve 10-16 Aralık 1970 tarihli kararıyla bu hükmün İtalyan Anayasası’nın 25. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olmadığına karar vermiştir. *Gazz. Uff.* 23 dicembre 1970, n. 324, <http://www.ipsoa.it/codici/cp/12/t9>, erişim tarihi: 06.11.2018.

kanunlardandır.<sup>[38]</sup> Fransız Ceza Kanunu gibi düzenlemelerde ise teknik olarak “müstehcenlik suçu” hiç düzenlenmemiştir; örneğin bu Kanun’da suç kapsamına alınan konuya ilişkin fiiller “şiddet, terörizmi teşvik ya da pornografi içeren veya insan onurunu ağır şekilde zedeleyici ya da çocukları fiziksel açıdan tehlikeye sokacak eylemlere katılmaya teşvik edici içerikleri üretme, nakletme, yayma fiilleri” (m. 227-24)<sup>[39]</sup> ile çocuk pornografisidir (m. 227-23).

Dolaylı bir hukuki tanıma ulaşmak amacıyla, açık bir müstehcenlik tanımına yer vermeyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun müstehcenlik suçuna ilişkin 226. maddesi incelendiğinde çocuklara müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek ya da bunların içeriğini göstermek, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlamak, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak, şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üretmek gibi çok çeşitli fiillerin yaptırım altına alındığı görülmektedir. Ne var ki sözü edilen çeşitli fiillerin pek çoğunda “müstehcen” tanımı yapılmaksızın fiile konu olan içeriğin sıfatı olarak kullanılmakta, dolaylı da olsa net bir tanımı çıkarsamak mümkün olmamaktadır. Madde içeriğinden çıkarılamayan kanuni tanım, ancak müstehcenlik suçunun yer aldığı bölüm olan “genel ahlaka karşı suçlar” ifadesinden yararlanılarak yapılabilecektir. Kavramın genel tanımı da göz önüne alınırsa,

[38] Müstehcenlik tanımı bakımından Türk kanunları incelendiğinde 1881 sayılı ve 1931 tarihli mülga Matbuat Kanunu’nun 31. maddesinde “Türk Ceza Kanunu’nun 423 ve 427. maddeleri mucibince müstehcen sayılan maddeler halkın ar ve haya duygularını inciten ve ayıp sayılan şeylerdir. Yukarıki tarifin şümülüne giren bir san’at veya ilim eseri, alâkadarlarının istifadesi için neşredilir, bu da eserin mevzu ve şekli ile neşir vasıta ve mahallinin nevi ve cinsi arasındaki münasebet karinelerde anlaşılırsa müstehcen sayılmaz.” şeklinde bir tanımlayıcı hüküm vardır. Buna benzer bir madde ne mülga 5680 sayılı ve 15 Temmuz 1950 tarihli Basın Kanunu’nda, ne de yürürlükteki 5187 sayılı ve 9 Haziran 2004 tarihli Basın Kanunu’nda bulunmaktadır.

[39] Code Pénal Français, “Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu’en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d’un tel message, est puni de trois ans d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende lorsque ce message est susceptible d’être vu ou perçu par un mineur”, <http://codes.droit.org/CodV3/penal.pdf>, erişim tarihi: 06.11.2018.

müstehcenlik suçunun ceza hukuku bakımından tanımı “genel ahlaka karşı işlenen, rahatsız edici veya iğrendirici nitelikte davranışlar” şeklinde yapılabilecektir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, bu tanımda bile en ayırt edici unsur olan “rahatsız edici veya iğrendirici nitelik”, 226. maddeden ancak çok dolaylı biçimde çıkarılabilmektedir.

Müstehcenlik suçunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 226. maddesinde müstehcenlik tanımına yer verilmediği gibi doktrin bir kenara bırakılırsa Türk hukukunda da kavramın herkesçe kabul gören bir tanımı yapılmamıştır. Kanun koyucunun tanım yapmama tercihinin ötesinde, müstehcenliğin kınayıcı nitelikte ahlaki bir kavram olmasının da kavramın tanımının yapılmasını zorlaştırdığı izahtan varestedir. Kanaatimizce ceza kanununda müstehcenlik suçuna yer verildiği halde, müstehcenliğin yine bu kanun tarafından tanımının yapılmamış olması belirlilik (*lex certa*) ilkesi açısından suçta ve cezada kanunilik prensibine aykırılık oluşturmaktadır.<sup>[40]</sup>

## 2. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

### a) Erotizm ve Müstehcenlik

Günlük dilde erotizm ile müstehcenliğin kimi zaman birbirinin alternatifi olarak kullanıldığı, müstehcen olan bir içeriğin erotik olarak da nitelendirildiği görülmektedir. Erotik kelimesinin kökeni Eski Yunan aşk tanrısı ya da sembolü Eros ve bundan türeyen Yunanca “aşktan kaynaklanan, aşka dair” anlamına gelen “erotikos”dan Fransızcaya geçen “érotique” sözcüğüdür.<sup>[41]</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğü, kelimeyi, “cinsel duygular veya onlara bağlı

[40] Özbek müstehcenliğin tanımının yapılmamasını doğru bulmaktadır. Yazara göre “kavramın içeriğinin belirlenmesinin eskiden olduğu gibi yine öğreti ve mahkeme kararlarına bırakılması yerinde olmuştur”. Özbek, *op.cit.*, s. 45. Öte yandan Özbek’e göre 5237 sayılı Kanun’da müstehcenlikten “ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme” getirmekten kaçınılmış olması bir vakıadır. Madde gerekçesiyle birlikte göz önüne alınırsa kanunilik ilkesi bakımından aykırılık oluşturur. Özbek, *op.cit.*, s. 49. Özbek, yine yakın bir bağlam içerisinde 765 sayılı Kanun’daki müstehcenlik düzenlemesindeki “halkın ar ve haya duygularını inciten” ifadesinin belirlilik ilkesine ve kanunilik prensibine aykırı olduğunu belirtmekte, örf ve adet kurallarıyla suç ve ceza yaratılamayacağı ilkesine m. 226 bakımından vurgu yapmaktadır Özbek, *op.cit.*, s. 46, s. 49.

[41] Skeat, *op.cit.*, s. 199.

olan duyumların uyandırdığı duygu ve coşkularla ilgili olan, kösnül, şehvani, şehevî, erosal” şeklinde tanımlamaktadır.<sup>[42]</sup>

Hukuki açıdan “erotik olan” ile “müstehcen olan”ın ayırımını yapmak kolay değildir. örneğin Belçika’da, yürürlükteki hukuk bakımından olmasa da XX. yüzyılın başında verilmiş yargı kararlarına, “sadece erotik ya da kışkırtıcı” olan içerik ile “müstehcen olup genel ahlaka yönelik ağır bir ihlal oluşturan” içerik arasındaki ayırımın yapılması hususundaki zorluğun yansımış olması dikkat çekicidir.<sup>[43]</sup> Türk hukukunda ise Yargıtay, “*Müstehcenlik konusunu inceleyen, “porno – (obsen-müstehcen) ve erotik” kavramlarını birlikte değerlendirmek gerekir. ... 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. ... Bu durumda kitap tümü ile ele alındığında, cinsellik-seks olayı, pornografik veya müstehcem değil erotik bir bütünlük taşımaktadır.*” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.<sup>[44]</sup> Bu bağlamda Yargıtay’ın erotizmi müstehcenlikten ayıran özelliği “sanatsal nitelik” olarak gördüğü söylenebilecektir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki “modern ceza hukukunda erotizm cezalandırılmamaktadır.”<sup>[45]</sup>

Kanaatimizce erotizm Yargıtay’ın da dolaylı olarak işaret ettiği üzere sanatsal nitelik bakımından müstehcenlikten ayrılabilir. Zira müstehcenlikte “rahatsız edici” ve “kınayıcı” nitelik ön plandadır. Ancak erotizm-müstehcenlik ayırımının yapılması her zaman mümkün olmayacağı gibi bu ayırımın yapılmasının mümkün olduğu hallerde de müstehcenliğin hukuken daha net olduğu ve müstehcenlik suçu bakımından da kanunilik ilkesine uygunluğun söz konusu olduğu söylenemeyecektir. Asıl sorun, teknik bir olgu olan “pornografi” yerine ahlaki bir yargı içeren “müstehcenliğin” ceza kanununda düzenlenmiş olmasıdır.

[42] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b97c8682b42e9.91106429](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b97c8682b42e9.91106429), erişim tarihi: 11.09.2018.

[43] Liège, 29 octobre 1901, 1902-II; Corr. Bruxelles, 10 novembre 1908, *Journal des Tribunaux*, 1908, col. 1347, Michel van de Kerchove, *Le droit sans peines: aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1987, s. 224.

[44] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 1985/872, K. 1985/1682, Karar tarihi: 03.04.1985, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-1985-872.htm&kw=erotik#fm>, erişim tarihi: 11.09.2018.

[45] Özbek, *op.cit.*, s. 199.

## b) Pornografi ve Müstehcenlik

Pornografi ile müstehcenlik kavramları analiz edilirken birbirleriyle karşılaştırılması kaçınılmaz olan iki kavram olmakla beraber, hukuken tanımlanarak ayırt edilmelerinde giderek artan bir zorluk yaşandığı söylenebilir.<sup>[46]</sup> İlk bakışta, pornografi müstehcenliğe göre nispeten daha tanımlanabilir bir kavram olarak görünmektedir.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, pornografiyi pornoyla eş anlamlı olarak “amacı cinsel dürtülere yönelik olan, ahlaki değerlere aykırı düşen yayın, resim vb.” içerik olarak tarif etmektedir.<sup>[47]</sup> Kanaatimizce bu tanım yeterince daraltılmamış, teknik olarak kullanılmaya elverişli olmayan bir tanımdır. Hatta bu tanımın pornografinin değil, müstehcenliğin tanımı olduğu dahi söylenebilir.

Pornografinin insanı cinsel objeye indirmediği, cinsel eylemi dolaylı değil doğrudan, sanatsal bir bakış açısı olmaksızın, abartılı, kaba ve rahatsız edici biçimde yansıttığı, cinsel olarak uyarılmayı hedeflemesi itibarıyla provokasyon içerdiği, cinselliği vahşileştirdiği; fakat bütün bu özelliklere rağmen net bir tanımının yapılamayacağı şeklinde açıklamalara da rastlanmaktadır.<sup>[48]</sup>

Larguier, Conte ve Fournier’ye göre genel ahlaka kıyasla çok daha dar bir anlama sahip olan ve yeni Fransız Ceza Kanunu’nun yaptırıma bağladığı “pornografi” kavramı, edebe aykırı içerikle ortaya çıkan davranışların yanı sıra, sadece çıplaklık ya da erotizm kategorisinde değerlendirilebilecek bazı fiilleri de dışlamaktadır.<sup>[49]</sup> Yine de pornografi ile erotizm ayrımı tartışmalıdır.<sup>[50]</sup> Özellikle de sanat, müstehcenlik, liberalizm, ahlakçılık gibi kavramlar göz önünde bulundurulursa bu ayrımı yapmak iyice zorlaşır.<sup>[51]</sup>

[46] Ian Hunter-David Saunders-Dugald Williamson, *On Pornography: Literature, Sexuality and Obscenity Law*, London: Macmillan, 1993, s. 3-4.

[47] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b98fdb7092dd9.15019415](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b98fdb7092dd9.15019415), erişim tarihi: 11.09.2018.

[48] Özbek, *op.cit.*, s. 19-20.

[49] Larguier-Conte-Fournier, *Droit pénal spécial, op.cit.*, s. 279.

[50] *Ibid.*

[51] *Ibid.*

Öte yandan Yargıtay'ca yapılan tanım ve müstehcenlikle mukayesesi belirsizdir: “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, müstehcen, çok değişik tanımlar yapılmış olmakla beraber Kanunumuzdaki tanımı ile halkın ar ve haya duygularını incitecek (söz, yazı, vs.) anlamına gelmektedir. Bu tanıma göre müstehcen kavramı topluma, kişiye, çevreye göre nomatifsayılmalıdır. Bunun bir sınırı bulunduğu da kuşkusuzdur.”<sup>[52]</sup> Kabul edilecektir ki, “makul olmayan bir biçimde şehvet duygularının tahrik edilmesi” şeklindeki bir tarifin ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesiyle bağdaştığı söylenemeyecektir. Bu bağlamda, daha önce de belirtildiği gibi Özbek, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen müstehcenlik suçu bakımından müstehcenliğin, pornografi olarak anlaşılması gerektiğini, ancak pornografinin cezalandırmaya konu olabileceğini ifade etmektedir<sup>[53]</sup>.

### c) Cinsel İstismar ve Müstehcenlik

Cinsel istismar, kısaca, belli bir mağdur grubuna karşı cinsel davranışlar şeklinde tezahür eden yararlanma veya kötüye kullanma olarak tanımlanabilir.<sup>[54]</sup> Cinsel istismar, aynı zamanda, “çocuk istismarı”nın (fiziksel ve duygusal istismar ile ihmalin yanı sıra) bir parçası olup “psikososyal gelişimini tamamlamamış ve yaşı küçük olan bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel stimulasyon için kullanılması” şeklinde tarif edilmektedir.<sup>[55]</sup> Teşhircilikten pornografiye kadar pek çok davranışın cinsel istismar kapsamında değerlendirilmesi söz konusudur.<sup>[56]</sup> Eklemek gerekir ki cinsel istismar çoğu zaman “çocukların cinsel istismarı” anlamında kullanılan bir kavramdır.

Çeşitli müstehcenlik tanımlarında ise “istismar” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca, müstehcenlik ile cinsel istismarın ortak yönünün, kavramlara konu olan davranışların “cinsel nitelik” taşıması oluşu ilk bakışta

[52] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 1985/872, K. 1985/1682, Karar tarihi: 03.04.1985, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-1985-872.htm&kw=erotik#fm>, erişim tarihi: 11.09.2018.

[53] Özbek, *op.cit.*, s. 50.

[54] Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul: Der Yayınları, 2014, s. 13.

[55] Oğuz Polat, *Klinik Adli Tıp: Adli Tıp Uygulamaları*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2007, s. 125-126.

[56] *Ibid.*, s. 126.



anlaşılan hususlardandır. Bununla beraber teknik anlamda cinsel istismarın, özellikle de çocukların cinsel istismarının müstehcenlikten farklı olduğunu vurgulamak gerekir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "çocukların cinsel istismarı" suçunu düzenleyen 103. maddesi incelendiğinde kanun koyucunun "cinsel istismar" tanımının "on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ile diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışları kapsadığı görülmektedir (m. 103/1-a, 1-b). Söz konusu tanımda cinsel istismarın "her türlü cinsel davranış" anlamına geldiği açıktır.

5237 sayılı Kanun'un müstehcenlik suçuna ilişkin hükümleri değerlendirildiğinde, özellikle m. 226/1-a ve b'de düzenlenen, bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek, bunların içeriğini göstermek, okumak, okutmak, dinletmek; bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen göstermek, görülebilecek şekilde sergilemek, okumak, okutmak, söylemek, söyletmek davranışları ile m. 226/3'te düzenlenen ve "çocuk pornografisi" olarak nitelenebilecek, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanmak fiilinin cinsel istismar kavramına daha yakın olduğu ve koşulları oluşmuşsa cinsel istismar kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir.<sup>[57]</sup> Yine belirtmek gerekir ki çocukları cinsel içerikli görüntü, ses veya metinlere maruz bırakmak fiillerinin müstehcenlikten çok çocukların cinsel dokunulmazlığına aykırı davranış niteliği taşıdığı, bu sebeple "genel ahlaka karşı suçlar"dan ziyade "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" kapsamında düzenlenmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir.<sup>[58]</sup>

Müstehcenlik (m. 226) ile çocukların cinsel istismarı (m. 103) fiillerinin her ikisi de suçtur. Yukarıda belirtildiği gibi her ikisi de cinsel nitelik taşıyan belli davranışları kapsamaktadır. Her iki kavramın da toplumsal değerlere, genel ahlaka karşı bir ihlal niteliği taşıdığı söylenebilir. Ancak çocukların cinsel istismarında genel ahlaka aykırılığa göre çok daha ağır basan değerler,

[57] Kartal, *op.cit.*, s. 32.

[58] *Ibid.*, s. 33.

çocukların maddi ve manevi varlığı ve bütünlüğü ile cinsel dokunulmazlık değerleridir.

### C. “Edebi Değeri Olan Eser” veya “Edebi Eser”

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinin son fıkrası, müstehcenlik suçuna ilişkin söz konusu maddedeki düzenlemenin konusu bakımından (üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla) iki istisna öngörmüş olup bunlardan biri suça konu olan eserin “edebi değeri olan eser” olmasıdır. Kanun koyucunun “edebi eser” yerine “edebi değeri olan eser” terimini kullanmayı tercih etmesi, müstehcenlik suçunun söz konusu hukuka uygunluk halinin edebiyat açısından daraltılmasına yönelik bir tutum olarak görülebilirse de bu düşüncüyü temellendirmek mümkün görünmemektedir. Ancak kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapma ihtiyacı duyması, uygulamada edebi eserlerin müstehcenlik suçu kapsamında değerlendirilmesi tehlikesinin varlığına işaret eden bir durum olarak görülebilecektir.<sup>[59]</sup> Çünkü sadece hukuken değil uygulama bakımından da ifade özgürlüğünün güvence altında olduğu bir hukuk düzeninde edebi eserlerin suç kapsamı dışında tutulması için kanun koyucunun özel olarak düzenleme yapmasının gereksiz olduğu söylenebilir.<sup>[60]</sup>

Değinen ön sorunların ardından “Edebi değeri olan eser” terimini ele almak için “edebiyat” ve “edebi” sözcüklerinin anlamını incelemek gerekecektir.

“Edebiyat” *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*'nde “olay, düşünce, duygu ve hayallerin dil aracılığıyla sözlü veya yazılı olarak biçimlendirilmesi sanatı, yazın”<sup>[61]</sup> ve daha teknik açıdan “sanatça, yani insanda estetik duyguyu heyecana getirecek değerde meydana getirilmiş şiir, sahne eseri, hikâye, roman, söylev gibi nazım veya nesir halindeki eserlerin hepsi.” şeklinde tarif edilmektedir.<sup>[62]</sup> *Edebiyat Terimleri Sözlüğü*'nde ise edebiyat “geniş anlamında söz ve yazı sanatlarının, bu sanatlarla ilgili bütün eserlerin toplu adı” ve “edebi değerde olabilen, estetik duygularımızı etkileyebilen her

[59] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 36.

[60] *Ibid.*

[61] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b9b91738dfa60.20892996](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b9b91738dfa60.20892996), erişim tarihi: 14.09.2018.

[62] *Ibid.*

tür ve biçimdeki eserler”<sup>[63]</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlarda ön plana çıkan unsurlar “sanatsallık” ve “estetik” ve “edebi değer”dir. Ancak vurgulamak etmek gerekir ki, bir eseri “sanatsal” ya da “estetik” hale getiren, anlatımın “süslü”, “incelikli” olması değildir; “süslü anlatım” (*préciosité*, Türkçede buna “tasannu” diyebiliriz), edebiyat bilminde belli bir sosyal döneme özgü bir akımdan ibaret olup bu tarzın çoğu zaman eleştirilenlerin tenkidine konu olduğu bilinmektedir.<sup>[64]</sup> Fuat Köprülü ve Abdülkadir Gölpinarlı gibi seçkin edebiyat eleştirilenleri gerçek edebiyatın “tasannu” (süslü anlatım) ile değil, “zarif”, “hayal-engiz” (hayal gücünü tetikleyen) “buluşlar” sayesinde suretiyle ortaya çıktığı görüşündedir.<sup>[65]</sup>

“Edebî” sözcüğüne ilişkin tanımlar ise genellikle edebiyat tanımlarına göndermede bulunmakta olup daha kısa ve belirsizdir: “edebiyatla ilgili, edebiyata ilişkin, yazınsal”,<sup>[66]</sup> “edebiyat bakımından değeri olan”.<sup>[67]</sup> Dikkat edilirse, söz konusu kelimelere ilişkin tanımların bir yerden sonra kendini tekrar ettiği, dolayısıyla kelimenin anlamını açıklığa kavuşturmak konusunda yetersiz olduğu görülecektir. Fakat burada sorun, sözlüklerin ve sözlük yazarlarının yetersizliği değil, söz konusu terimlerin özellikle ceza hukukuna dayanak oluşturacak biçimde objektif olarak tanımlanmaya elverişli olmamasıdır.

Gerçekten “edebi değeri olan eser” veya “edebi eser” kavramlarının anlamı dönemden döneme farklılık arz etmektedir. Edebiyat tarihinde Stendhal, Herman Melville, Marcel Proust, Friedrich Hölderlin gibi pek çok yazar,

[63] L. Sami Akalın, *Edebiyat Terimleri Sözlüğü*, 3. Baskı, İstanbul: Varlık Yayınevi, 1972, s. 59.

[64] Marcel Braunschvig, *Notre littérature: étudiée dans les textes*, Paris: Librairie Armand Colin, 1948, s. 403 vd. Hatta süslü anlatımın edebi açıdan olumlu olarak değerlendirilmesinin genel değil, istisnai bir durum olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Braunschvig, *op.cit.*, s. 403.

[65] Halil İncalcık, *Has-bağçede Aş u Tarab: Nedimler Şâirler Mutribler*, 4. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018, s. 383; “Tezkirecilerin (*biyografi yazarlarının*) belirttiği gibi, aranan şiir (*edebiyat*) edebi sanatların uygulandığı masnu’ şiirlerdir (*eserlerdir*). Ama tasannu’, sırf tasannu’da kalmamalı; lâtif, nâzık, zârif... olmalı, garâbete kaçmamalı, hayal gücüyle bulunmuş yeni buluşlarla ‘tâze’ olup taklid olmamalı.” İncalcık, s. 384.

[66] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&çarama=kelime&çguid=TDK.GTS.5b9b91738dfa60.20892996](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&çarama=kelime&çguid=TDK.GTS.5b9b91738dfa60.20892996), erişim tarihi: 14.09.2018.

[67] Akalın, *op.cit.*, s. 58.

yaşadıkları dönemde yeterince “edebi” bulunmamış, ancak eserleri sonradan dünya klasikleri arasında yerini almıştır.

Yine, tarihin çeşitli devirlerine yayılan geniş bir yelpazede, yayımlandığı dönemde müstehcenlik ya da ahlaksızlık gerekçesiyle haklarında dava açılan, takibata uğrayan ya da sansürlenmiş Ovidius (*Aşk Sanatı*), Giovanni Boccaccio (*Decameron*), James Joyce (*Ulysses*), Ernest Hemingway (*Silahlara Veda*), D. H. Lawrence (*Oğullar ve Sevgililer*), Scott Fitzgerald (*Muhteşem Gatsby*), J. D. Salinger (*Çavdar Tarlasında Çocuklar*), Aldous Huxley (*Cesur Yeni Dünya*), Henry Fielding (*Tom Jones*), William Faulkner (*Döşegimde Ölürken*), Gustave Flaubert (*Madame Bovary*), Walt Whitman (*Çimen Yaprakları*), Charles Baudelaire (*Elem Çiçekleri*), Henry Miller (*Yengeç Dönencesi*), Vladimir Nabokov (*Lolita*)<sup>[68]</sup> gibi pek çok müellifin eserleri de sonraki dönemlerde klasik veya modern klasik edebiyatın doğal birer parçası olarak kabul edilmiştir. Türk yazarlardan ise Hüseyin Rahmi Gürpınar, Melih Cevdet Anday, Çetin Altan, Can Yücel, Nedim Gürsel, Rıfat Ilgaz gibi isimlerin eserleri aynı akıbete uğramıştır.<sup>[69]</sup>

Kanaatimizce edebiyat ve edebi eser kavramlarına ilişkin tanımların ceza hukuku ve müstehcenlik suçunun hukuka aykırılık unsuru bakımından yararlı, belirleyici ve aydınlatıcı olduğunu söylemek güçtür. Öte yandan “edebi eser” ile kanun koyucunun tercih ettiği “edebi değeri olan eser” ibaresi arasında dikkate değer bir farkın olduğu söylenemeyecektir. Ayrıca “edebi değeri olan eser” terimini “seçkin ya da yüksek edebiyat eseri” olarak değerlendirmek de doğru değildir. Kanun koyucu, “genel anlamıyla” edebi olarak görülebilecek eserleri müstehcenlik suçu kapsamı dışında tutmak amacıyla m. 220/7’de bu tür eserlerle ilgili düzenleme yapmıştır. Mutlaka bir tanım yapmak gerekirse, hangi edebi türde olursa olsun, okuyucusuna çeşitli duygu ve düşünceleri asgari bir estetik tutumla aktaran her eser edebi eser olarak değerlendirilebilir.

[68] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 37-38.

[69] *Ibid.*, s. 38.

## II. HUKUKA UYGUNLUK HÂLİ OLARAK ESERİN “EDEBİ DEĞER” TAŞIMASI

### A. Edebi Eser Üretme ve Yayma Hakkı

Anayasa'nın “bilim ve sanat hürriyeti” başlıklı 27. maddesinin ilk fıkrasına göre herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Fıkra kapsamındaki “sanat” terimi kuşkusuz edebiyat eserlerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla edebi eser üretme ve yayma hakkı anayasal bir haktır.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise hakkın sınırlanmasına ilişkindir. Buna göre yayma hakkı, Anayasanın 1., 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz (m. 27/2). Görüldüğü gibi sınırlandırma gerekçeleri arasında çocukların ya da gençlerin korunması düzenlenmemiş olup Türk Anayasası'nın en azından Alman Anayasası'na göre bu açıdan daha özgürlükçü olduğu yönünde görüşlere rastlanmaktadır.<sup>[70]</sup>

Öte yandan belirtmek gerekir ki sanat (edebiyat) eseri üretme ve yayma hakkının Anayasa'nın ilk üç maddesindeki ilkelerle doğrudan sınırlanabilecek bir mahiyette olduğunu söylemek güçtür. Üstelik m. 27/2, ilk üç maddeye aykırılığı değil, bu hükümlerin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılması yasağını öngörmektedir ki edebi eser üretmek ve yaymak suretiyle ilk üç maddedeki hükümlerin değiştirilmesinin mümkün olmadığı izahtan varestedir. Ayrıca, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırlarını gösteren 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın *yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak* ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Edebi eser üretme hakkının ilk üç maddedeki hükümleri değiştirmeye yönelik kullanılamayacağı açıkken ve bunun dışında da “ilgili madde” olan m. 27'de başkaca bir sınırlama sebebi olmadığına göre, ilaveten genel sınırlandırma sebepleri (m. 13) arasında da edebiyat (sanat) özgürlüğü / müstehcenlik meselesine ilişkin bir sebep olmadığı<sup>[71]</sup> görülmekteyken edebi eser üretme ve yayma hakkına yönelik sınırlamalar anayasaya uygunluk bakımından problemlili görünmektedir.

[70] Özbek, *op.cit.*, s. 91.

[71] *Ibid.* Özbek yine de sanat özgürlüğünün insan haysiyeti değeriyle sınırlandırılabilceği görüşündedir. *Ibid.*

Anayasamızın edebiyat ve sanat eseri üretme ve yayma hakkına yaklaşımı sadece hak tanıma şeklinde değil, devlete sosyal bir görev yüklenme boyutlarını da kapsayacak şekildedir. Anayasa'nın “sanatın ve sanatçının korunması” başlığını taşıyan 64. maddesine göre, Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korumakla yükümlü olup sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri almak durumundadır.

## B. Düzenlemenin Mahiyeti

5237 sayılı Kanun'un müstehcenlik suçunu düzenleyen 226. maddesinin son fıkrasında bu madde hükümlerinin bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı hükme bağlanmaktadır.

İtalyan Ceza Kanunu'nda müstehcenliğin tanımının yapıldığı 529. maddenin ikinci fıkrasında on sekiz yaşından küçüklere satışı sunulmamak, satılmamak ya da herhangi bir şekilde temin edilmemek kaydıyla bilim ve sanat eserlerinin müstehcen sayılmayacağı düzenlenmiştir.<sup>[72]</sup> İtalyan kanun koyucunun edebiyat bir sanat dalı olduğu için ayrıca “edebiyat eseri” terimini kullanma ihtiyacı duymadığı açıktır.<sup>[73]</sup>

Fransız Ceza Kanunu gibi diğer pek çok çağdaş ulusal düzenlemede ise “müstehcenlik” suçu yer almadığı için edebi eserler bakımından böyle bir düzenleme yapılması da söz konusu değildir.

Türk mevzuatı bakımından, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 426. maddesi ile devamındaki maddeler, 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesindeki suçu düzenlemekte olup 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde kamuoyunda “7. uyum paketi” olarak adlandırılan 30 Temmuz 2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanun'un<sup>[74]</sup> 3. maddesiyle sözü edilen 426. maddeye bir fıkra eklenmişti. Bu fıkraya göre “bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır”. Türk doktrininde bilimsel, edebi

[72] Codice Penale Italiano, “Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto”, <http://www.ipsoa.it/codici/cp/l2/t9>, erişim tarihi: 08.10.2018.

[73] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 68.

[74] Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun numarası: 4963, Kabul tarihi: 30.07.2003, Resmi Gazete, Sayı: 25192, Tarih: 07.08.2003.

ve sanatsal eserler bakımından müstehcenlik suçunda kanunla bir hukuka uygunluk halinin düzenlenmesi daha önce de önerilmekteydi.<sup>[75]</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na 2003 yılında dahil edilen söz konusu düzenlemeyi bu önerilerin gerçekleştirilmesi olarak değerlendirmek mümkündür.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 3266 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler, müstehcenlik suçunu düzenleyen 426. maddeye müstehcenlik tanımının eklenmesini de içermektedir.<sup>[76]</sup> Kanundaki tanıma göre “halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı davranışlar” müstehcendir. Bakıcı'ya göre 765 sayılı Kanun, müstehcenlikten söz edilebilmesi için hem failin saikini esas alan subjektif kriteri, hem de eseri okuyan, dinleyen, izleyen kişinin algısını esas alan objektif kriteri kümülatif olarak gerektirmektedir.<sup>[77]</sup>

Türk mevzuatında müstehcenliği ve bu olgunun edebi eserler açısından arz ettiği niteliği düzenleyen bir hükme yer veren 1881 sayılı ve 1931 tarihli mülga Matbuat Kanunu'nun 31. maddesine göre “Türk Ceza Kanunu'nun 423 ve 427. maddeleri mucibince müstehcen sayılan maddeler halkın ar ve haya duygularını inciten ve ayıp sayılan şeylerdir. Yukarıki tarifi şümülüne giren bir san'at veya ilim eseri, alâkadarlarının istifadesi için neşredilir, bu da eserin mevzu ve şekli ile neşir vasıta ve mahallinin nevi ve cinsi arasındaki münasebet karinelerde anlaşılırsa müstehcen sayılmaz”. Söz konusu düzenlemede “ayıp” gibi ahlaken kınama içeren bir sözcüğe yer verilmesi dikkat çekmektedir. Ayrıca edebi eserler bakımından istisna getirildiği görülmektedir. İstisnanın kriteri, eserin ilgililerin yararlanması amacıyla yayımlanması olup bu olgu eserin konusu ve biçimi ile yayımlanma aracı ve yerinin türü arasındaki ilişkinin mahiyetinin saptanmasıyla anlaşılacaktır. “İlgililerin yararlanması amacıyla yayımlanması” kriterinin ne anlama geldiğini tespit etmek güçtür. Hangi eser ilgililerin yararlanması amacı dışında yayımlanabilir? Bu kıstas, “gizlice yayımlamak” deyişi kadar oksimoron bir ifadeyi içermektedir. Kuşkusuz, eseri yayımlama faaliyeti bizatihi ilgililerin yararlanmasına sunulmasını doğal olarak bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla bu kriteri sınırlandıran “eserin konusu ve biçimi ile yayımlanma aracı ve yerinin türü arasındaki ilişki” de açıklaması öngörülen olgunun belirsizliği

[75] Erem, “Müstehcenlik”, *op.cit.*, s. 105.

[76] Bakıcı, *op.cit.*, s. 330.

[77] *Ibid.*

sebebiyle işlevsizdir.<sup>[78]</sup> Bu konuda genel olarak düzenlemeyi isabetli bulan Dönmezer, edebi eserlerin “herkesi” ilgilendirdiğini vurgulama ihtiyacı duymuştur.<sup>[79]</sup> Bizce de özellikle edebi eserler bakımından belli bir kesimin hedef alınmasından söz edilemez. Söz konusu düzenleme bağlamında ek olarak not etmek gerekir ki mülga 5680 sayılı ve 15 Temmuz 1950 tarihli Basın Kanunu’nda da yürürlükteki 5187 sayılı ve 9 Haziran 2004 tarihli Basın Kanunu’nda da benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda müstehcenliğin tanımına yer verilmediğini vurgulamak gerekir. Diğer taraftan, 765 sayılı Kanun’daki durumun aksine “edebi değeri olan eserler”e ilişkin düzenleme 5237 sayılı Kanun’un kabul edildiği ilk halinde de mevcut olup sonradan değişikliğe uğramamıştır. Bununla beraber 5237 sayılı Kanun’un Adalet Bakanlığı’nın kabul ettiği maddeler kapsamında ilgili maddenin gerekçesinde yedinci fıkrada düzenlenen bu hükme ilişkin bir bilgi bulunmamakta, buradaki gerekçede son fıkra olarak incelememize konu yedinci fıkra değil, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine ilişkin altıncı fıkra gösterilmektedir.<sup>[80]</sup> “Edebi değeri olan eserler”e ilişkin düzenlemeyi içeren yedinci fıkra, Adalet Komisyonu’nun kabul ettiği metinde yer almaktadır.<sup>[81]</sup> Bu bilgilerden hareketle söz konusu fıkranın Adalet Komisyonu tarafından tasarı metnine eklendiği anlaşılmaktadır.

### C. Edebi Eserlerin Müstehcenlik Suçu Bakımından Hukuki Niteliği

Suçun hukuka aykırılık unsuru, suç konusu fiilin genel olarak hukuk düzenine aykırılığı, suç konusu fiili hukuka uygun hale getiren bir kanun hükmünün bulunmaması anlamına geldiğine göre, m. 226/son hükmünün müstehcenlik suçu kapsamındaki bir fiili hukuka uygun hale getirmesi dolayısıyla edebi değeri olan eserler söz konusu suç için hukuka uygunluk hali

[78] Aksi yönde bkz: Dönmezer, *op.cit.*, s. 184 vd.

[79] Dönmezer, *op.cit.*, s. 184, 28 numaralı dipnot. “Edebi eserlerle herkes alâkalanabilir ve hatta diyebiliriz ki edebi eserlerle yalnızca alâkadar olması icabeden bir zümre de yoktur.” *Ibid.*

[80] Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, 12.05.2003, s. 624, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, erişim tarihi: 07.10.2018.

[81] Türk Ceza Kanunu Tasarısı, s. 623, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, erişim tarihi: 07.10.2018.



teşkil etmektedir. Müstehcenlik suçu bakımından edebi eserlerin hukuki niteliği konusunda doktrindeki görüşler de bu doğrultudadır.<sup>[82]</sup>

Ancak edebi eserlerin müstehcenlik suçunun hukuka uygunluk hali kapsamında değerlendirilmesi, salt m. 226/7’de yer alan düzenlemeye dayanmaktadır. Kanun koyucu böyle bir hukuka uygunluk hali öngörmeseydi de edebi eserler yukarıdaki başlıkta belirtildiği gibi Anayasa’nın 27. maddesine dayanan edebi eser üretme ve yayma hakkı kapsamında değerlendirilmek durumunda olup 5237 sayılı Kanun’un m. 26/1 hükmünde düzenlenen “hakkın kullanılması” kapsamında zaten bir hukuka uygunluk hali teşkil etmekteydi.<sup>[83]</sup> Bilindiği üzere, hukuka uygunluk halleri kanunlarda açıkça öngörülenlerle sınırlı değildir.<sup>[84]</sup> 5237 sayılı Kanun’un 226/7 hükmü ile edebi eserlerin müstehcenlik suçunun hukuka uygunluk hali olarak görülüp görülmemesine ilişkin tartışma tümüyle ortadan kaldırılmış bulunmaktadır.<sup>[85]</sup> Fakat bu konudaki asıl sorun neyin “edebi değeri olan eser” niteliği taşıyıp taşımadığı meselesidir.

Belirtmek gerekir ki kanun koyucu müstehcenlik suçunun hukuka uygunluk halinin kapsamı bakımından bilimsel eserler ile sanatsal ve edebi değer taşıyan eserler arasında ayırım yapmıştır.<sup>[86]</sup> Bilimsel eserler bakımından hukuka uygunluk hali suç kapsamındaki her fiilde ve koşulda, mutlak surette geçerli iken, sanatsal ve edebi değeri olan eserlerde hukuka uygunluk, ancak “üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” geçerlidir. Bu çerçevede bilimsel eserler cinsel içerikli olsalar bile müstehcen sayılmayacaktır.

Kanun koyucunun bilimsel ve edebi eserler arasında ayırım yapması doğru olmamıştır. Bilimsel ve edebi eser türlerinin her ikisi de toplumun belli bir kesimine hitap eder. Anayasal koruma (m. 27) da her ikisi için eşit düzeydedir. Diğer yandan edebi eserlerin “çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” hukuka uygunluk hali sayılması çelişkili olup “bilimsel

[82] Erem, *op.cit.*, s. 105; Özbek, *op.cit.*, s. 74; Gökhan Taneri, “Müstehcenlik Suçu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2018, s. 603-605.

[83] Özbek, *op.cit.*, s. 74, s. 90.

[84] Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 1986, s. 30-31.

[85] Özbek, *op.cit.*, s. 74.

[86] Erdal Baytemir, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 654.

eserlerdeki müstehcenliğin çocuklara zararlı olmadığı, buna karşılık edebi eserlerdeki müstehcenliğin ise zarar verdiği” gibi makul olmayan bir sonuç çıkarılmasına elverişlidir.<sup>[87]</sup> Dahası, kanun koyucunun bu hatalı ayrımı, edebi eserlerin çocuklara hitap etmediği gibi yanlış bir varsayıma da yol açmaktadır.<sup>[88]</sup> Öte yandan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 1/B maddesinde “sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlanan “eser” kavramı, söz konusu Kanun’da fikir ve sanat eserlerinin, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar, sinema eserleri ile işleme ve derleme türlerinden ibaret olduğunun düzenlenmesinin yanı sıra Türkiye’nin de tarafı olduğu Edebi ve Sanatsal Eserlerin Korunmasına Dair Bern Konvansiyonu’nda edebi ve sanatsal eser kavramlarının kapsayıcı ve bütüncül biçimde tanımlanması karşısında bilimsel-edebi eser ayrımının isabetli olduğunu savunmak güçtür.<sup>[89]</sup>

Öte yandan gerçek bilimsel eserler ile sözde bilimsel eserler arasında ayırım yapılması gerektiği yönünde görüşler vardır.<sup>[90]</sup> Aşağıda inceleneceği üzere, “edebi değeri olan” eserler bakımından söz konusu sözde-gerçek ayrımına gerek yazarın niyeti gerekse metnin içeriği bakımından çok daha yaygın şekilde rastlanmaktadır.

#### D. Doktrindeki Görüşler

Eserin edebi değere (bazı yazarlara göre müstehcen olmama özelliğine) sahip olup olmadığı konusunda doktrinde çeşitli, ancak bir noktadan sonra birbiriyi kısmen örtüşen görüşler ileri sürülmüştür.

Sorunun çözümünün kolay olmadığı gerçeğini teslim eden Dönmezer’e göre, dikkate alınması gereken iki kıstas söz konusudur: eserin genel yapısı, müellifin maksadı.<sup>[91]</sup> Eserin bir bölümünde müstehcen sayılabilecek unsurların, konunun gerekli kıldığı az ya da çok ahlaka aykırı pasajların olması değil, bir bütün olarak eserin şehvet eğilimini kışkırtacak, utanma ve ahlak

[87] Özbek, *op.cit.*, s. 93.

[88] *Ibid.*

[89] Tahir Hami Topaç-Caner Gürühan-Aydın Aygün, “Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Değer Taşıyan Eserlerde Müstehcenliğin İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı:25, 2016, s. 159.

[90] Baytemir, *op.cit.*, s. 654.

[91] Dönmezer, *op.cit.*, s. 182-185.

duygusunu rencide edebilecek nitelikte olması eseri “müstehten” olarak niteleyebilmek bakımından zorunludur.<sup>[92]</sup> Yazarın bu değerlendirmesinde müstehtenliğe hukuki bir çerçeve getirme, onu sınırlama çabası, söz konusu olguyu toplumsal ve ağır bir ihlal olarak ele alma eğilimi dikkat çekmektedir. Yine de yazarın kullandığı “fakat bazan bir tek pasaj, hatta eserin serlevhası, böyle bir incelemeğe mahal olmaksızın esere müstehten vasfının izafesi için kâfi gelebilir”<sup>[93]</sup> cümlesiyle kendi içinde bir çelişkiye düştüğü aşıkardır. Dönmezer’e göre belli bir zaman ve yerde, orta düzeydeki bir okurun ar ve haya duygusuna zarar vermeye elverişli metinlerin o döneme göre müstehten olduğu söylenebilecektir.<sup>[94]</sup> Müellifin amacına ilişkin kıstas bakımından ise Dönmezer, Flaubert’in davaya konu olan romanı Madame Bovary’ye ilişkin beraat kararına yansıyan, Flaubert’in ciddi ve psikolojik bir eser yaratmayı amaçladığı, ahlaka aykırı pasajları sırf şehvetperestliği teşvik etmek için yazmadığı şeklindeki gerekçesini örnek göstermektedir.<sup>[95]</sup> Bu noktada Flaubert’in yaşadığı dönemdeki ceza hukuku anlayışıyla çağdaş ceza hukuku anlayışı arasında büyük farkın olduğu, üstelik o koşullarda bile yazarın beraat etmiş olduğu olgusunu vurgulamak gerekecektir. Nitekim sonradan “klasik edebi eser” olduğu anlaşılan eserleri yazan pek çok yazarın kendi dönemlerinde müstehtenlik suçundan mahkum olduğu malumdur.

Edebi eserin cinsel konularda bile müstehten sayılmayacağını savunan Erem, cinsel davranışın gerçekçi bir yaklaşımla olduğu gibi anlatılmasını eserin edebi niteliğini kaldıran bir özellik olarak görmekte, konu özgürlüğünün müstehtenliği mazur gösteremeyeceğinin altını çizmektedir.<sup>[96]</sup> Yazar, sanat amacının yokluğu ile istismarın varlığını da müstehtenliğin kriteri olarak değerlendirmektedir.<sup>[97]</sup>

Gürelli, aile kurumunun toplumsal değerine, müstehtenlik teşkil eden içeriğin aile müessesesine zararı verip vermemesine dikkat çekmektedir.<sup>[98]</sup> Yazar böylece suçla korunan hukuki değeri somutlaştıran bir sosyolojik kurum ola-

[92] *Ibid.*, s. 182-183.

[93] *Ibid.*, s. 183.

[94] *Ibid.*, s. 186.

[95] *Ibid.*, s. 184.

[96] Erem, “Müstehtenlik”, *op.cit.*, s. 104.

[97] *Ibid.*

[98] Nevzat Gürelli, “Ceza Hukukunda Müstehtenlik Kavramı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966, s. 582-583.

rak aileyi ön plana çıkarmaktadır. Yazar ayrıca eser sahibinin maksadı, eserin muhtevası ve eserin icra edeceği tesir şeklinde üç kriter öngörmektedir.<sup>[99]</sup> Bu kriterlere bakıldığında, yayımlanan bir eserin yayımlanmasından önceki (saik) ve sonraki (toplumsal etki) durumların vurgulanmasının subjektif, eserin içeriği ise objektif bir değerlendirmeyi gerektirdiği söylenebilir.

Müstehcenlik-edebilik/sanatsallık sorununa ilişkin olarak Karadayı, sanatsallık tanımı yapan pek az yazardan biridir. Yazara göre sanat, geçici ya da güncel değil, sürekli ve genel nitelikte olup ciddi, objektif, ulusal ya da evrensel bir yaratı olma özelliğine sahiptir.<sup>[100]</sup> Dar ya da bütüncül olmayan bir bakış açısıyla bu tür eserlerin anlaşılması mümkün olmadığı gibi müstehcenlik kapsamında görülmesi de temel hak ve hürriyetler, demokrasi, uygarlık açısından gerilemeye yol açacak bir olgudur.<sup>[101]</sup> Karadayı'nın müstehcenlik-edebilik/sanatsallık sorununa yaklaşımının daha somut ve deskriptif olduğu, bilhassa bu görüşlerin ileri sürüldüğü dönem göz önünde bulundurulursa da ilerici ve özgürlükçü olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.

Önder'e göre, biri eseri meydana getiren fail bakımından, biri de eserin içeriği ve mahiyeti bakımından olmak üzere iki kıstas kullanılabilir.<sup>[102]</sup> Failin cinsel duyguları kışkırtmayı maksat edinmesi öznel kıstası sağlarken eserin içeriği ve mahiyetinin ortalama bir insanın utanma duygusunu rencide etmesi nesnel kıstası sağlamaktadır.<sup>[103]</sup> Yazara göre müstehcenlik ve sanat değeri birbirini dışlayan kavramlar olup müstehcen olan eser, sanat (edebiyat) eseri olamaz.<sup>[104]</sup>

Bilimsel ve sanatsal eserlerin (edebî eserler, “sanatsal” kategorisi içinde değerlendirilebilir) müstehcen sayılamayacağı kanaatinde olan Soyaslan, müstehcenlik ile sanatsallık (edebîlik) olgularının aynı eserde bulunamayacağı kanaatinde dir.<sup>[105]</sup> Yazarın yaklaşımından, sanatsal (edebî) eserlerin maksat-

[99] *Ibid.*, s. 584-585.

[100] İsmet Kemal Karadayı, “Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 5, 1974, s. 891.

[101] *Ibid.*

[102] Ayhan Önder, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 1991, s. 390 vd.

[103] *Ibid.*

[104] *Ibid.*, s. 391.

[105] Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 569.

larının haricinde kullanılması sonucunda müstehcenlik özelliği kazandıkları, dolayısıyla sanatsal niteliklerini yitirdikleri sonucu çıkarılabilecektir.<sup>[106]</sup>

Baytemir'in müstehcenliğin saptanmasında eserin içeriğini ön plana çıkardığı gözlemlenmektedir. Yazara göre, "cinsel bir davranışı, olduğu gibi anlatmakta o anlatılanla gerçek arasında tam bir uygunluk bulunsa dahi 'edebi eser' niteliği yoktur. Sanatta 'konu özgürlüğü' müstehcen olmayı gerektirmez".<sup>[107]</sup> Baytemir'in burada edebi akımların en yaygınlarından olan gerçekçiliği tümüyle edebiyat alanının dışına çıkaracak mahiyette bir görüş ileri sürdüğü görülmektedir. Öte yandan, yazar, bir eserin edebi niteliğe sahip olup olmadığının belirlenmesinde -Dönmezer'e paralel olarak- eserin tamamının göz önünde tutulmasını ve -Önder'in öznel kıstası doğrultusunda- eser sahibinin okuyucuya vermek istediği fikrin tam olarak tespit edilmesini önermektedir.<sup>[108]</sup> Baytemir'e göre "bu belirlemede, sanat adamlarının yanlış ve ahlaka aykırı toplumsal eğilimlerin anlamsızlığını teşhir suretiyle eleştirmelerinin görevlerinin zorunlu gereklerinden olduğu gerçeği de göz ardı edilmemelidir". Baytemir'in burada ileri sürdüğü görüş, "sanat adamları"na yerine getirilmesi zorunlu olan ahlaki bir görev yüklenmesini peşin olarak kabul etmektedir. Bu görüşün müstehcenliğin sınırlarını ne kadar genişletme eğiliminde olduğu açıkça görülmektedir.

Eserin içeriğini kriter olarak esas alan Bakıcı'nın değerlendirmesinde bilimsel ve sanatsal eserleri bir arada ele alındığı, ayrıca edebi eserler için kriterlerin belirtilmediği görülmektedir.<sup>[109]</sup> Söz konusu çerçevede "cinsel organların ön plana çıkarılması, ..., cinselliğe değer verilmesi, ar ve haya duygularını incitmesi ve eserin estetik bir yanının bulunmaması hallerinde müstehcenlikten bahsedilebileceği" ileri sürülmektedir.<sup>[110]</sup> Yazarın ifadelerinden bu hallerin her birinde müstehcenliğin söz konusu olduğu anlaşılmakta olup örneğin "cinselliğe değer verilmesi" halinin tek başına hukuki bir kriter oluşturabileceği oldukça kuşkuludur.

Ceza hukuku bakımından müstehcenliğin pornografi olarak anlaşılması gerektiğini düşünen Özbek'e göre eserin "objektif açıdan bir bütün olarak

[106] *Ibid.*

[107] Baytemir, *op.cit.*, s. 654.

[108] *Ibid.*, s. 655.

[109] Bakıcı, *op.cit.*, s. 330.

[110] *Ibid.*

önemli ölçüde cinsel dürtüleri tahriki amaçlıyor” olması, “cinselliği mutlak hale getirmiş olması”, sanatsal kaygıdan uzak şekilde cinsel nesneleştirmenin söz konusu olması, eseri “pornografik” ve yine yazara göre bu nedenle “müstehcen” hale getirmektedir.<sup>[111]</sup> Müstehcenlik-pornografi ayrımı bakımından da her pornografik içeriğin müstehcen olduğu, ancak bunun aksinden söz edilemeyeceği, bu itibarla müstehcenliğin kavramsal olarak pornografiden daha kapsamlı olduğu yazarın ileri sürdüğü görüşler arasındadır.<sup>[112]</sup> Özbek, müstehcenliğin (pornografinin) sanat eserinde bulunabileceğini, sanat ile müstehcenlik arasında keskin bir tasnif yapmanın mümkün olmadığını, 5237 sayılı Kanun’un m. 226/7 hükmünün de bu olguyu teyit ettiğini, “çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” hükmüne göre ise müstehcen eserin sanat olabileceği ancak bu noktada çocukların korunması değerinin sanat özgürlüğüne üstün sayıldığını, dolayısıyla zor “ve bazen katlanılmaz” olsa da mahkemelerce çözülmesi gereken asıl sorunun kavramların tanımında değil, değerler çatışmasının nasıl çözümleneceğinde ve sanat özgürlüğünün kapsamının saptanmasında olduğunu, “şüpheden sanat yararlanır” ifadesiyle de sanat kavramının ise geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır.<sup>[113]</sup> Yazara göre edebi-sanatsal eser/müstehcenlik sorununda çatışan değerler arasında genel ahlak yoktur, çatışma sanat özgürlüğü ile “çocuklar ve bireylerin özel hayatı ve cinsel özgürlüğü” arasındadır.<sup>[114]</sup>

## E. Eserin “Edebi Değer” ve “Müstehcenlik” Niteliği Bakımından Bilirkişilik Sorunu

### 1. Genel Olarak

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “bilirkişinin atanması” başlığını taşıyan 63. maddesine göre, “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir”. Hükmün devamındaki 3 Kasım 2016 tarihli ve 6754 sayılı Kanun’un 42. maddesiyle değişik cümlede ise “genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda

[111] Özbek, *op.cit.*, s. 20-21.

[112] *Ibid.*, s. 21.

[113] *Ibid.*, s. 88-89, s. 92-93.

[114] *Ibid.*, s.92.

bilirkişiyeye başvurulama”yacağı ayrıca düzenlenmiştir. Kanuni düzenleme çerçevesinde eserin edebi değerinin saptanması ve müstehcenliği meselesinde ilk akla gelen sorun, bir eserin edebi değer taşıyıp taşımadığının hâkimin genel bilgisi ya da deneyimiyle veya hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenip çözülemeyeceğidir. Bununla beraber sorun burada sona ermemektedir; çünkü eserin öncelikle müstehcenliğinin saptanması gerekmektedir<sup>[115]</sup> ki daha sonra Türk Ceza Kanunu’nun m. 226/7’deki edebi değer taşıyıp taşımadığı saptanarak hukuka uygunluk hali olup olmadığı belirlensin. Bir başka deyişle, eser “müstehcen” değilse, onun “edebi değer” taşıyıp taşımadığının bir önemi yoktur. Eserin ancak müstehcen olduğu saptandıktan sonra edebi nitelikte olup olmadığı araştırılmalıdır. Bütün bu sorunlara karşılık, müstehcenlik ile edebi değer taşıma olgularının birbirini dışlayıp dışlamadığı, yukarıda da tartışıldığı gibi, önemli bir başka mesele olup sorunu daha da karmaşık hale getirmektedir.

5271 sayılı Kanun’un m. 63/2 hükmü uyarınca hâkim veya mahkeme, bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması konusunda takdir yetkisine sahiptir. 1117 sayılı Kanun uyarınca her ne kadar Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu resmi bilirkişi olarak görevli olsa da hâkim ya da mahkeme gerekçesini gösterdiği sürece Kurul’un yanı sıra bir ya da birden fazla bilirkişi tayin edebilecektir. Yargıtay’a göre de hukuki durum bu şekildedir.<sup>[116]</sup>

Uygulamada bir eserin müstehcen olup olmadığının / edebi değer taşıyıp taşımadığının saptanmasında (uygulamada bu iki sorun yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz gibi iki ayrı sorun olmasına rağmen aynı sorunmuşçasına ele alınmaktadır)<sup>[117]</sup> mahkemenin kendi kanaatiyle yetinmediği ve bilirkişiyeye müracaat ettiği bir vakıadır. Hatta bilirkişiyeye başvurulmaksızın mahkemenin karar vermesinin Yargıtay’ca bozma sebebi yapılmış olduğu bilinmektedir.<sup>[118]</sup>

[115] Osman Yaşar-Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 6373.

[116] Yaşar-Gökcan-Artuç, *op.cit.*, s. 6378.

[117] Örneğin “...suça konu kitabın edebi değere sahip olup olmadığı ve müstehcen olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda ek rapor alındıktan sonra...” Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 502, K. 6242, 30.04.2004, Özbek, *op.cit.*, s. 101.

[118] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 13411, K. 577, 20.01.1953, Dönmezer, *op.cit.*, s. 195; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 575, K. 170, 18.03.2004, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 7362, K. 7909, 20.12.2004, Özbek, *op.cit.*, s. 76-77.

Dahası, bilirkişilik müessesesi Yargıtay tarafından o kadar önemsenmektedir ki eski tarihli bir kararda bilirkişinin müstehcen olduğuna kanaat getirdiği bir eser hakkında verilen beraat kararının da Yüksek Mahkeme tarafından bozulduğu görülmektedir.<sup>[119]</sup> Yargıtay'ın yakın tarihli *Genç Bir Don Juan'ın Maceraları* (Guillaume Apollinaire) kitabına ilişkin kararındaki değerlendirmeler daha da dikkat çekicidir. Bu kararda “*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 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, sanıkların 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 bulunmuştur.<sup>[120]</sup> Yargıtay, sırasıyla soruşturma evresinde atanmış bilirkişiden ve kovuşturma evresinde resmi bilirkişiden (Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu) alınan kitabın edebi değerinin yokluğu yönündeki bilirkişi raporunu esas almayan yerel mahkemenin tutumunu olumsuz olarak değerlendirirken kitabın edebi değer varlığı kanaatinde bulunan bilirkişi raporuna itibar edilmesini ise bozma sebebi olarak görmektedir. Buradan hareketle, daha önceki Yargıtay kararlarında görülen bilirkişinin müstehcen olduğuna kanaat getirdiği eser hakkında verilen beraat kararını bozma eğiliminin sürdürüldüğü söylenebilecektir. Bilirkişi raporlarından ise varılmak istenen hükme göre tercih yapıldığı, ancak içeriğinin tartışılmadığı gözden kaçmamaktadır.

Yargıtay'ın müstehcenlik suçunda edebi (yazılı) eserlerin aksine, görsel (sanatsal, örneğin film gibi) eserlerde hâkimin bizzat incelemesini yeterli ya da mümkün görmesi<sup>[121]</sup> dikkat çekicidir. Buradan Yüksek Mahkeme'nin

[119] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 4923, K. 4911, 09.05.1952, Dönmezer, *op.cit.*, s. 196.

[120] Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2012/13056, K. 2013/1527, 19.02.2013, <https://www.eralp.av.tr/t-c-yargitay-14-ceza-dairesi-e-201213056-k-20131527-t-19-2-2013/>, erişim tarihi: 11.11.2018.

[121] “... veya bizzat izlemek suretiyle bir kanaate varılmadan...”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 499, K. 5424, 07.07.2004, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2002/8817, K. 2003/6087, 06.11.2003, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 8559, K. 8383, 12.12.2002, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2002/3875, K. 2003/2172, 21.04.2003, Özbek, *op.cit.*, s. 101.



roman, öykü gibi bir edebi eseri, bir filme göre daha özel, daha teknik ve maddi içerikli bir sorunun konusu olarak gördüğü sonucu da çıkarılabilir. Neticede Yargıtay'ın genel olarak bir eserin edebi değerinin ya da müstehcenliğin saptanması sorununu, hâkimin genel bilgisi ya da deneyimiyle veya hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözülemeyecek, uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir sorun olarak gördüğü söylenebilir.

Müstehcenlik suçu bakımından bir eserin edebi değer taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde bilirkişiye başvurma konusunda olumlu, olumsuz ve eserin türüne ya da mahiyetine ilişkin ayırım yapılmasını savunan görüşler olduğundan bahsedilebilir.

Bilirkişiye başvurulmasında olumlu yaklaşıma sahip *Gürelli*'ye göre, bir eserin müstehcen olup olmadığının tespit edilmesi hukuki bir uzmanlık işi değil, teknik bir iştir.<sup>[122]</sup> Müstehcenlik olgusunun toplumdan topluma değişkenliği, çok boyutlu olması, değerlendirmeye konu eserin bilirkişilerce ele alınmasını gerekli kılmaktadır.<sup>[123]</sup>

*Dönmezer*'e göre bir eserin müstehcenliği hususunda en ehliyetli merci mahkeme olup ondan daha çok halkın ar ve haya duygularını rencide eden şeyleri bilen, toplumsal gelenek ve görenekleri, düşünce akımlarını her gün denetleme durumundaki bir kişi olarak tanıyan başka bir kişi düşünülemez.<sup>[124]</sup> Ayrıca müstehcenlik sorununun maddi değil, hukuki bir mesele olması sebebiyle de bilirkişiye başvurulması doğru değildir.<sup>[125]</sup>

*Önder*, bir eserin müstehcen olup olmadığını takdir etme görevinin hâkime ait olduğunu belirtmektedir.<sup>[126]</sup> Hâkim, müstehcenlik olgusunu somut olayı değerlendirerek tespit edecektir.<sup>[127]</sup> Hâkimin, fiilin işlendiği sırada toplumun sosyo-kültürel yapısını dikkate alması ise tabiidir.

*Özbek*'e göre suç tanımında yer alan müstehcenlik, “normatif, değerlendirilebilir nitelik taşıyan bir terim” olup bu değerlendirme bizzat “hâkim tarafından yapılmalıdır.”<sup>[128]</sup> Sorun genellikle her ne kadar incelemeye konu

[122] Gürelli, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, *op.cit.*, s. 583.

[123] *Ibid.*

[124] Dönmezer, *op.cit.*, s. 196.

[125] *Ibid.*

[126] Önder, *op.cit.*, s. 390 vd.

[127] Timuçin Köprülü, “Müstehcenlik”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2008, s. 29.

[128] Özbek, *op.cit.*, s. 101-102.

m. 226/7-hukuka aykırılık unsuru açısından davaya konu olsa da eserin müstehcen ya da sanatsal/bilimsel eser olduğunu tespit etme görevi mahkemeye aittir.<sup>[129]</sup>

Sanatsal (edebi) eserin müstehcen olup olmadığının belirlenmesinde kural olarak en yetkin kişinin toplumu, bireyi pek çok açıdan tanıyan yargıç ya da savcı olduğunu savunan Karadayı, bazı eserler açısından ise bilirkişiye müracaat edilebileceği kanısındadır.<sup>[130]</sup>

*Marakoğlu*, müstehcenliğin bizzat yargıç tarafından saptanması yerine bilirkişiye başvurulmasını, özgün bir yaklaşımla, müstehcenlik suçunun yarattığı tehlike bakımından ele alarak şu soruyu sormaktadır: “Eğer müstehcen içerik, yargıcın veya ortalama bir kimsenin bakışıyla tespit edilemeyip ayrıca özel bir uzman görüşünü gerektirir nitelikte karmaşık müstehcen olduğu iddia edilen bir şeyin açıkça topluma tehlike oluşturduğu nasıl söylenebilir?”<sup>[131]</sup>

*Bakıcı* ise ancak “sanat eserleri” bakımından bilirkişiye başvurulabileceğini, bunun dışındaki “resim, film ve eserlerin müstehcen olup olmadığının tespiti”nin hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi birikimiyle mümkün olduğunu, “özel ya da teknik bir bilgi”yi gerekli kılmadığını belirtmektedir.<sup>[132]</sup> Yazarın yaptığı bu ayırmada edebi eserin bilirkişiye başvurulmasına gerek olmayan ikinci kategorideki eserler kapsamında olduğu söylenebilecektir. Yazar, ayrıca, eserin hakim ya da bilirkişi tarafından ama her halükârda incelenmesinin icap ettiğini, sanığın beyanıyla yetinilmesinin mümkün olmadığını eklemektedir.<sup>[133]</sup>

*Yalkut*'un da eserin niteliğiyle ilgili bir ayırma giderek konuyu değerlendirdiği gözlemlenmektedir. Yazara göre, eserde müstehcenlik olgusu herkes tarafından görülebilecek şekilde, apaçık biçimde saptanabiliyorsa bilirkişiye başvurmak gereksizken, nispi (kesin olmayan) müstehcenlik halinde bilirkişiye başvurulması mümkündür.<sup>[134]</sup> Fakat her koşulda mahkeme, takdir

[129] *Ibid.*, s. 102.

[130] Karadayı, *op.cit.*, s. 893.

[131] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 92.

[132] Bakıcı, *op.cit.*, s. 333.

[133] *Ibid.*

[134] Yalkut, *op.cit.*, s. 284.

yetkisini nesnel ölçütler çerçevesinde kullanarak sorunu çözmeli, eserin niteliğini belirlemelidir.<sup>[135]</sup>

## 2. Resmi Bilirkişi: Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu

### a) Kurulun Yapısı, Niteliği, Görevleri ve Alınacak Tedbirlerin Kapsamı

21 Haziran 1927 tarihli ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu ile kurulan Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu, m. 2/3 uyarınca müstehcenlik suçuyla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlendirilmiştir.

Esasen 1117 sayılı Kanun, on sekiz yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde zararlı tesir yapacağı anlaşılan süreli yayınlar ile süreli yayın tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin tabi tutulacağı sınırlamaları (m. 1) ve bu sınırların belirlenmesi usulünü düzenlemektedir. Süreli yayınlar ile süreli yayın tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin 1. maddede belirtilen sınırlamaya tabi tutulabilmesi için Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde oluşturulan yetkili kurulun, söz konusu eserlerin on sekiz yaşından küçükler için zararlı olduğuna dair karar vermesinin gerekli kılınması (m. 2/1) sonucunda Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu teşkil edilmiştir. 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 38. maddesiyle değişik m. 2/4 uyarınca Kurul, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanının belirleyeceği biri başkan olmak üzere Bakanlığın beş birim amirinden teşekkül etmektedir. 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Kurul'un üye yapısının hem alan hem de sayı bakımından daraltıldığı ve bu doğrultuda Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesine dâhil edildiği gözlemlenmektedir.<sup>[136]</sup>

[135] *Ibid.*

[136] Kurul, 02/07/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nın 38. maddesiyle yapılan düzenleme öncesinde Başbakanlık bünyesinde oluşturulmuş olup "Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu" adını taşımaktaydı. Bu dönemde kurul üyelerinin sayısı on bir olup Kurul, Başbakanlık tarafından en az 15 yıl kamu hizmeti yapmış kişiler arasından seçilecek bir üyenin yanı sıra Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Yüksek Öğretim Kurulu, Diyanet İşleri Başkanlığı, Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nca seçilecek birer üyeden teşekkül etmekteydi.

Kurul, basılmış eserlerin küçükler için zararlı olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'ndaki genel amaç ve temel ilkeleri gözönünde bulundurmak zorundadır (m. 2/2). Salt çoğunlukla karar alan (m. 2/6) Kurul tarafından gerekli görülen hallerde sürekli veya geçici olarak görev yapmak üzere özel ihtisas komisyonları kurulabilir. Kurulun, bu komisyonlarda görev yapmasını uygun göreceği kamu personeli ilgili kamu kurumunun muvafakati alınarak Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığınca görevlendirilir (m. 2/9).

Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun faaliyet biçimi hem re'sen, hem de talep üzerine gerçekleşebilmektedir. Kurul, 1117 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre on sekiz yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde zararlı tesir yapacağı anlaşılan süreli yayınlar ile bu kapsama girmeyen eserleri re'sen inceleyebileceği gibi, resmi makamların, amaçları arasında çocuk ve gençlerin korunmasına yer veren derneklerin, kadın ve basın dernek ve kuruluşlarının başvurularını da inceleyerek karara bağlamaktadır.

Çocukları zararlı yayınlardan korumak amacıyla Kurul'un yerine getirdiği görevler ile alınması öngörülen tedbirler, Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, Kurul tarafından incelenerek küçükler için zararlı olduğuna karar verilmiş basılmış (bir aydan daha sık periyotlu süreli yayınlar ile sinema ve her türlü film afişleri, ilanlar, fotoğraflar, kabartma ve her türlü posterler, kartpostallar, takvimler hariç) eserlerin sahiplerine, sorumlu müdürlerine ve telif hakkı sahiplerine, eserin bu niteliğe sahip olduğu kurulca tebliğ edilmek durumundadır (m. 4/1). Tebligat yapılan bu kişiler, ellerinde mevcut eserlerin ön kapaklarına "küçükler için zararlıdır" damga veya işaretini herkesin kolayca görüp okuyabileceği şekil ve büyüklükte basması mecburidir (m. 4/2-3). Damgalanan söz konusu eserlerin tüketici ulaştırılması da sınırlanmış olup açık sergilerde ve seyyar müvezziler tarafından satılması, dükkanlarda, cemakanlarda ve benzeri yerlerde teşhir edilmesi, bir yerden bir yere teşhir maksadıyla açık bir surette nakledilmesi ve dağıtıcılar tarafından bunlar için sipariş kabul edilmesi, gazeteler, mecmualar, duvar ve el ilanları, radyo ve TV ile veya diğer suretlerle ilan edilmesi, satışı için reklam ve propaganda yapılması ve nihayet para karşılığında veya parasız küçüklere gösterilmesi, verilmesi ile okul ve benzeri yerlere sokulması yasaklanmıştır

---

1117 sayılı Kanun'un daha eski halinde ise söz konusu komisyonun Maarif Vekaleti (Milli Eğitim Bakanlığı) bünyesinde teşekkül etmesinin öngörüldüğü bilinmektedir. Dönmezer, *op.cit.*, s. 197.

(m. 4/4). Çocuklara zararlı olduğuna karar verilen eserler, ancak on sekiz yaşından büyük olanlara içi görülmeyen zarf veya poşet içinde satılabilecek, bu zarf ve poşetlerin üzerinde eserin ismi ile “Küçüklere zararlıdır” ibaresinden başka hiç bir yazı ve resim bulunmayacaktır (m. 4/5).

Kanun, çocukların zararlı yayınlardan korunması hususunda sadece zorlayıcı tedbirler değil, aynı zamanda otokontrol olarak nitelenebilecek bazı önlemleri de öngörmektedir: Buna göre, “haklarında Kurulun her hangi bir kararı bulunmadığı halde, basılmış eserlerinin konusu veya ihtiva ettiği yazı ve resimler sebebiyle küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı kanaatinde olan eser sahipleri kendiliklerinden, eserin üzerine ‘küçüklere zararlıdır’ damga veya işaretini basarak içi görünmeyen zarf veya poşet içinde satışa arz edilebilirler”. Eser sahibinin kendi eserine re’sen tedbir uyguladığı bu durumda, söz konusu 4. maddenin ilgili fıkralarındaki hükümler uygulanacaktır (m. 4/8).

Kanun’un 7. maddesinde öngülen tedbirlere aykırı sayılan davranışlar için öngörülen yaptırımlar düzenlenmektedir. Yayımlanan süreli ve süresiz yayınların Kurul tarafından re’sen incelenebilmesini kolaylaştırmak amacıyla da ikişer nüshanın Kurul’a gönderilmesi zorunlu tutulmuştur (m. 8). 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 10. maddesinde de basımcının, bastığı her türlü yayının imzalı iki nüshasını, dağıtım veya yayımın yapıldığı günde, mahallin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etme yükümlülüğü düzenlenmiş olduğu, iki düzenlemenin bir ölçüde paralellik arz ettiği söylenebilir.

### **b) 1117 sayılı Kanun Bakımından Eserin Niteliği**

1117 sayılı Kanun’un makalemizin konusu bakımından en çok önem arz eden hükümlerinden biri de 6. maddesi olup hükme göre “fikri, içtimai, ilmi ve bedii kıymeti haiz olan eserler bu kanunun şumulünden hariçtir”.

Öncelikle belirtmek gerekir ki hükümde doğrudan “edebi değer taşıma” kriteri geçmemekle birlikte bu niteliği kapsayan “bedii” (estetik) terimine yer verilmiştir.

İkinci olarak, bu hüküm ile 5237 sayılı Kanun’un 226. maddesinin son fıkrasındaki hüküm karşılaştırıldığında bu hükmün ilgili eserlere tanıdığı istisnai durumun, hem eserin niteliklerinin kapsamı, hem de 5237 sayılı Kanun’da yer verilen, “istisnanın istisnası” olan “...üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” benzeri bir hükme yer

vermemesi açısından daha özgürlükçü olduğu açıktır. 5237 sayılı Kanun'da sadece “bilimsel” ve “sanatsal / edebi değeri olan” eserler müstesna iken, 1117 sayılı Kanun'da ilmi (bilimsel) ve bedii (estetik değeri olan sanatsal ve edebi) eserlerin yanı sıra fikri (düşünsel) ve içtimai (toplumsal) eserler de istisna kapsamındadır. Her iki eser türünün de çok geniş bir içeriğe sahip olduğu göz önünde bulundurulursa, iki hüküm arasındaki fark daha rahat anlaşılacaktır.

Diğer taraftan, 1117 sayılı Kanun'la teşkil edilen Kurul'un ve çocuklara zararlı eserlere ilişkin alınacak “tedbirlerin” idari nitelikte olduğu, buna karşılık 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen müstehcenliğe ilişkin fiillerin “suç” niteliği taşıdığını, bu doğrultuda 1117 sayılı Kanun'daki istisnai düzenlemenin idari nitelikte bir istisna, 5237 sayılı Kanun'daki söz konusu istisnanın ise müstehcenlik suçuna ilişkin olarak yaratılan bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu vurgulamak gerekir. Çelişki de bu noktada başlamaktadır. Şöyle ki idari mahiyetteki istisnanın kapsamı daha genişken ceza hukukunu ilgilendiren istisna (hukuka uygunluk sebebi) daha dar kapsamlıdır. Halbuki kanun koyucunun kural ihlallerine yönelik tutumu açısından ceza hukukunun en önemli özelliklerinden biri “ultima ratio” (son çare) olmasıdır.<sup>[137]</sup> Kanaatimizce, bu sebeple müstehcenlik suçu bakımından eserin niteliğine ilişkin olarak ayrıca bir hukuka uygunluk hali yaratılacaksa, bunun idari tedbirler için öngörülen istisnadan daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmesi gerekirdi.

### **c) Eserin Niteliğinin Belirlenmesi Gerekliliği Karşısında Kurul'un Yetkisi ve Yetkinliği**

Davaya konu olan eserin edebi niteliğinin belirlenmesi, bilirkişilik sorununa ilişkin görüşümüzü ortaya koyduğumuz bölümde de belirtildiği gibi yüksek düzeyde uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi, bu bağlamda edebiyat alanında yetkinliği gerektiren bir konudur. Üstelik bu yetkinlik, kavramlar bahsindeki edebi değer taşıyan esere ilişkin bölümde vurguladığımız üzere bir romanın, öykü kitabının ya da başka türde bir eserin “edebilik” gibi aynı çağda yaşayan en yetkin kişilerce bile tespit edilmesi güç olan bir kriter açısından incelenmesini gerektirdiği için çok daha güç elde edilebilecek bir yetkinliktir.

[137] Uğur Alacakaptan, “Öteki Ceza Hukuku”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Cilt I, Ankara: Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi-Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2008, s. 397 vd.

Buna karşılık, 1117 sayılı Kanun'un m. 2/3 hükmüne göre Küçükleri Mızır Neşriyattan Koruma Kurulu, söz konusu Kanunla kendisine verilen görevlere ilaveten, Türk Ceza Kanununun 426. maddesinde tanımlanan suçla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlidir. Resmi bilirkişi olarak görevlendirilen Kurul, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 38. maddesiyle değişik m. 2/4 uyarınca Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanının belirleyeceği biri başkan olmak üzere Bakanlığın beş birim amirinden oluşmakta, üstelik Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde faaliyet göstermektedir. Bu çerçevede Kurul üyelerinin belirlenmesinde edebi alanda yetkinlikle ilgili hiçbir kriter bulunmadığı gibi Kurul üyeleri tamamen Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bürokratlarından oluştuğu görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki Kurul'un önceki yapısında Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından, güzel sanatlar dalında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye"nin yanı sıra "Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler Cemiyetlerinin tesbit edecekleri birer basın mensubu aday arasından Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünce kura ile tesbit edilecek bir üye"nin bulunmaktayken değişiklik sonrası Kurul'un bürokratik niteliği daha belirgin hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi Kurul'un önceki yapısının anayasaya uygun olduğuna hükmetmiştir.<sup>[138]</sup> Mahkeme'nin ilgili kararı incelendiğinde Kurul'un tümüyle bürokratik olmadığını vurgulandığı, Kurul'un önceki durumundaki yapısının Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine ilişkin olarak 2. maddesi, "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesi, "düşünce ve kanaat hürriyeti" başlığı altındaki 25. maddesi, "Mahkemelerin bağımsızlığı"na ilişkin 138. maddesi ile "Hakimlik ve savcılık mesleği"ne ilişkin 140. maddesine aykırı bulunmadığı, da bu bağlamda not edilebilir.<sup>[139]</sup>

[138] Cumhur Şahin, "Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik", *Bilirkişilik Sempozyumu (9-10 Kasım 2001)*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2001, s. 208.

[139] Anayasa Mahkemesi, E. 1986/12, K. 1987/4, 11.02.1987, Resmi Gazete, Tarih: 21.11.1987, Sayı: 19641, "Kurulu oluşturan üyelerin hemen hepsinin memur statüsünde bulunmaları, bir güvenceye sahip olmamaları, sürekli olarak siyasal iktidarın güdümünde ve baskısı altında kalmalarının kaçınılmazlığı nedeniyle yansız karar veremeyecekleri, bu durumun ise düşünce ve kanaat özgürlüğünü olduğu kadar, kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını da ihlal eder nitelik taşıdığı savı ile Yasanın 1. maddesinin ve 2. maddesinin anılan bölümleri ile birlikte Anayasa'nın 17. ve 25. maddelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Hemen işaret etmek gerekir ki Kurul üyelerinin tümü memur statüsünde değildir. Yasanın 2. maddesinin dördüncü

Aynı kararda karşıoy sahibi olan bir yargıcın 1117 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 3266 sayılı Kanun'un kabulü sürecindeki Adalet Bakanı'nın demecinden yaptığı alıntıda, muzır yayınlar ile müstehcen yayınların birbirinden farklı olduğu, bir eserin müstehcenliğine karar verecek olanın Kurul değil, hâkim olduğu yönündeki açıklamalar dikkat çekicidir.<sup>[140]</sup>

fıkrasının (g) bendinde “Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından, güzel sanatlar dalında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye” ile aynı fıkranın (j) bendinde “Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler Cemiyetlerinin tesbit edecekleri birer basın mensubu aday arasından Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğüne kura ile tesbit edilecek bir üye...” memur statüsünde düşünülemez. Bununla beraber, çeşitli Bakanlıklara ve idari kuruluşlara mensup ve Bakanlıklar ve kuruluşlar tarafından seçilen 11 kişiden oluşan Kurul'un büyük çoğunluğunun memur statüsünde bulunması itibarıyla siyasal iktidarların etki alanı içinde buldukları varsayılsa bile, bu durum, Kurul'un siyasal iktidarların anlayış ve isteklerine göre karar vereceğini göstermez. Herşeyden önce; bu bir uygulama sorunudur. Yasaya göre Başbakanın ya da diğer siyasal makam ya da organın Kurul'a emir ya da talimat vermek, Kurul kararlarını değiştirmek gibi yasal yetkileri bulunmamaktadır. ... Üyelerinden her birinin bir uzmanlık dalından geldiği belli olan Kurul'a resmi bilirkişilik görevinin verilmesindeki asıl amacın, müstehcenlik konusundaki görüşlere istikrar getirerek Mahkemelerin daha isabetli ve daha sağlıklı kararlar vermelerine katkıda bulunmak olduğu anlaşılmaktadır. Şu halde, Kurul'un, resmi bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmesinin ve verdiği raporların, mahkemece yeterli görüldüğünde hükme dayanak yapılmasının, toplumda yerleşmiş adalete duygusunu sarsıcı hiçbir yönü yoktur. Kaldı ki, usul yasaları mahkemenin, verilen raporu yeterli bulmaması halinde, başka bir bilirkişiyeye müracaat etmek yetkisini saklı tutmaktadır ve 3266 sayılı Yasada bunu engelleyen bir hüküm yer almamaktadır. Sorunun ağırlıklı özü de burada toplanmaktadır. Açıklanan nedenlerle, Yasanın 2. maddesindeki, Kurul'a resmi bilirkişilik görevi veren hükmün, dava dilekçesinde yer alan Anayasa'nın 2. maddesindeki “Hukuk Devleti”, 138. maddesindeki “Mahkemelerin bağımsızlığı” ve 140. maddesindeki “Hakimlik ve savcılık mesleği” ne ilişkin ilkelere aykırılığı söz konusu olamaz.”, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6943a9d-57a5-4713-8b98-953015d6cfb0?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 11.11.2018.

[140] “Getirilen kanunun amacı; kanun dışı kazanç yollarına sapma eğilimleri uyandırıcı, maceraperestliğe ve tembelliğe yol açıcı, korku ve dehşet hisleri uyandırıcı, ruh ve beden sağlığı üzerinde zararlı etkiler yaparak dengesiz şahsiyet teşekkülüne sebep olucu, kanun dışı yollarla hak aramayı telkin edici, suçluları kahramanlaştırarak bu yolda özendirici etkilerde bulunucu, milli duyguları, örf, adet ve inançları zayıflatıcı veya yok edici, halkın ar ve haya duygularını incitici veya cinsi arzularını tahrik ve istismar edici gibi birçok amacı hedef alan muzır neşriyatı önlemektir. Muzır neşriyatla, müstehcen neşriyat birbirinden farklıdır. Kanunun muzır neşriyatla ilgili olarak getirdiği bir yasaklama yoktur, isteyen muzır neşriyat yapar; ancak belli kalıplar, belli ölçüler içinde yapar bunu. Dilediğince, lalettayin yapamaz hükmünü getirmektedir. Müstehcenlik ise, Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri içinde müeyyide altına



Yürürlükteki düzenlemeler çerçevesinde Kurul üyeleri arasında edebiyat alanında yetkin (örneğin edebiyat doktoru ya da profesörü ya da tanınmış ulusal veya uluslararası edebiyat ödülleri birini almış müellifler gibi) kişilerin bulunmaması müstehcenlik suçunda edebi ve resmi bilirkişilik görevinin ifası bakımından başlı başına bir sorundur. Kurul'un güzel sanatlar dalında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye ile basın mensubu bir üyenin bulunduğu eski hali bile edebi yetkinlik açısından eleştirilmekteyken,<sup>[141]</sup> mevcut halinde tümüyle Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bürokratlarından oluşan yapısının yetkinlik bakımından evleviyetle problemli olduğu aşıkardır. Kurul'un bünyesinde yer aldığı Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının edebiyat alanıyla bir ilgisinin bulunmaması da sorunun bir başka boyutudur. Bu tablo karşısında esasen çocukların korunmasına ilişkin idari tedbirleri almakla görevli bürokratik bir organ olan Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun bu görevine ek olarak eserin edebi değer taşıması kıstasına ilişkin olarak müstehcenlik suçuyla ilgili resmi bilirkişi olarak görevlendirilmiş olmasının isabetli olmadığını söylemek gerekir.

#### **d) Kurulun Konuya İlişkin Kararlarının Mahiyeti**

Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun asıl görevi, adından da anlaşılacağı üzere idari nitelikte olup Kurul'un yapısı da idari/bürokratik mahiyettedir. Bu mahiyetteki Kurul'un aynı zamanda 1117 sayılı Kanun'la resmi bilirkişi olarak görevlendirilmesi sonucunda bu sıfatla vereceği kararlarda Kurul'un idari vasfının etkisinin olmadığı söylenemez. Nitekim bir örnek olması açısından Kurul'un 2012 yılının ilk üç ayında bilirkişi olarak incelediği kırk bir dosyadan kırkının "aşırı müstehcen" olarak nitelendirdiği görülmektedir.<sup>[142]</sup>

---

alınmıştır. Neyin müstehcen olduğu, neyin olmadığı resim mi müstehcendir, kitap mı müstehcendir, heykel mi müstehcendir; onu tayin ve takdir yetkisi bağımsız Türk hakimine aittir. Kurula ait değildir." Bu konuşmanın da ortaya koyduğu gibi yasa tamamen küçükleri korumak amacım taşımakta olup, bütün toplumun korunması gibi bir erek söz konusu değildir." [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6943a9d-57a5-4713-8b98-953015d6cfb0?excludeGerekce=True&word\\_sOnly=False](http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6943a9d-57a5-4713-8b98-953015d6cfb0?excludeGerekce=True&word_sOnly=False), erişim tarihi: 11.11.2018.

[141] Ahmet Gök, "Edebi ve Sanatsal Eserlerin Özgürlük Mücadelesi", s. 3, [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_de5144e36374403b9c2e29af01b37f21.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_de5144e36374403b9c2e29af01b37f21.pdf), erişim tarihi: 11.11.2018.

[142] *Ibid.*, s. 6.

Marakoğlu'nun 2000 ile 2008 yılları arasında Kurul'un resmi bilirkişi sıfatıyla "edebiyat eseri" kapsamındaki kitaplara ilişkin olarak hazırladığı raporlara dair yaptığı bir araştırma, Kurul'un müstehcenlik ve edebi nitelik olgusuna yaklaşımını anlamak bakımından incelenmeye değerdir. Genel bir bakışla söz konusu zaman diliminde Kurul tarafından incelenen ve yarısından fazlası kurmaca (roman ya da öykü) türünde olan 33 kitaptan 6'sının müstehcen olmadığı, 27'sinin müstehcen olduğu yönünde bilirkişi raporu hazırlanmış, bu raporların 2'si oyçokluğuyla 31'i ise oybirliğiyle karara bağlanmıştır.<sup>[143]</sup>

Raporlarda belirli bazı ifadelerin kalıp olarak aynen kullanıldığı görül-  
mekte olup örneğin raporların yarısından fazlasında (19)<sup>[144]</sup> "... *insanlar ilkel hayatlarından bugüne kadar dünyanın her yerinde ve her toplumunda cinsi uzuv bölgesini kapalı tutmayı ve cinsi münasebetin gizliliğini vazgeçilmez kural olarak uygulaya gelmişlerdir. Bu, toplumumuzda da böyledir. Toplumumuzun ahlak anlayışı ve kuralları ile örf ve âdetleri cinsi münasebetin aşikârlığını kabul etmez.*" ifadeleri aynen yer almaktadır.<sup>[145]</sup> Bu ifadelerdeki pek çok sorundan biri, çıplaklığın müstehcenlik olarak algılanmış olmasıdır ki gerek Yargıtay gerekse doktrindeki çoğunluk bu olgunun tek başına bir eserin müstehcenliğini ortaya koymadığı görüşündedir; bir diğer önemli sorun ise rapora konu olan çalışmanın, gerçek yaşamdan bir kayıt, hatta görsel bir eser değil, kâğıda basılmış cümlelerden oluşan yazılı bir eser olması olup yazılı bir eserde, raporda belirtildiği gibi "*cinsi münasebetin aşikârlığı*"nın gerçek olarak gösterilmesinin teknik olarak mümkün olmasıdır.<sup>[146]</sup> Yazılı bir metindeki "hikâye" ile gerçek hayattaki bir "olay"ın somut ve maddi anlamda aynı mahiyette olduğu kuşkusuz kabul edilemez. Keza söz konusu on dokuz raporda "*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*

[143] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 98.

[144] Örnek olarak Kurul'un Kadın Argosu Sözlüğü adlı eser hakkındaki bilirkişi raporu incelenebilir. Dosya No: 34 Rapor No: 2002/233 Rapor Tarihi: 23.12.2002, Rapor metni için bkz: <https://www.metiskitap.com/Catalog/Text/70278>, erişim tarihi: 13.11.2018.

[145] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 99.

[146] *Ibid.*, s. 99-100.

niteliktedir. Söz konusu kitapta yayınlanan yazıların bu toplumsal görev ve sorumluluk ile bağdaştırılması mümkün değildir.” ibareleri yer almaktadır.<sup>[147]</sup> Halbuki edebi eserler yazan müellifin toplumu belli bir konuda aydınlatma görevinin olduğu yönündeki görüş tümüyle varsayımsal<sup>[148]</sup> ve hukuki dayanaktan yoksundur; böyle bir yükümlülük ne Anayasa’da ne de kanunlarda yer almamaktadır. Söz konusu raporlarda belli ifadelerin aynen kullanılması ise incelemeye konu her bir eser için yeterince özgün tetkik yapılmadığına işaret etmesi itibariyle eleştiriye açıktır.

Kurul’un edebiyat alanında uzman olmayan kişilerden oluşmasının (bu durum, Kurul’un son değişiklik sonucu aldığı yapısında daha belirgindir) yaratabileceği sakıncaların en çarpıcı örneği, 2002 tarihli Kurul raporunda görülmekte olup bu raporda 2004 yılı Nobel Edebiyat Ödülü sahibi Avusturyalı yazar Elfriede Jelinek’in<sup>[149]</sup> *Piyanist* adlı romanının “estetik yapıdan uzak olduğu; zaman zaman argo ve amiyane tabirlere rastlandığı, bayağı ve ustaliksız anlatım tarzlarına başvurulduğu yönündeki değerlendirmelerin yapılmasından iki yıl sonra yazarın dünya çapında en büyük edebiyat ödülü kabul edilen Nobel ödülünü alması, Kurul’un edebi yetkinliğini yansıtmaması açısından dikkat çekicidir.<sup>[150]</sup>

Raporlarda incelenen kitaplardan bazı alıntılar yapılarak eserin müstehcen olduğu ya da edebi değer taşımadığı yönündeki değerlendirmeler, eserin bütününe ele alınması gerekliliği karşısında isabetli görünmediği gibi; bu raporlarda kurgusal kişilerle yazarın gerçek kişiliğinin karıştırılması, hukukça korunmayan toplumsal bazı özelliklere hukuki işlev, yazara da hukuki temeli olmayan toplumsal bir görev yüklenmesi, edebiyatın sadece “sanatlı”, “şairâne” bir ifade kalıbı olarak görülerek günlük hayata ilişkin argo dil, toplumla çatışan birey gibi olgulara yer verilmesinin edebiyat-dışı sayılması, nesnel ve ayrıntılı araştırmaya dayalı tespitler yerine öznel

[147] *Ibid.*, s. 100-101.

[148] *Ibid.*, s. 101.

[149] The Swedish Academy, The Nobel Prize in Literature 2004, <https://www.nobelprize.org/prizes/literature/2004/summary/>, erişim tarihi: 13.11.2018. Nobel Komitesi, Jelinek’e ödülü, “romanlarında ve oyunlarındaki seslerin ve yankıların müzikal akışı ve fevkalade bir dil çabasıyla toplumsal klişelerin saçmalığını ve onların boyun eğdirici gücünü gözler önüne serdiği” için verdiğini açıklamıştır.

[150] Marakoğlu, *op. cit.*, s. 102.

düşüncelere, varsayımlara dayalı ifadeler kullanılması gibi sorunlar<sup>[151]</sup> bilirkişi olarak Kurul'un 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca "uzmanlık, özel ve teknik bilgi" bakımından yeterli olmadığı izlenimini oluşturmaktadır.<sup>[152]</sup>

Sonuç olarak, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun 5237 sayılı Kanun'un m. 226/7 hükmü kapsamında eserin edebi değer taşıyıp taşımadığı ve müstehcen olup olmadığı konusundaki raporları, gerek Kurul'un bürokratik-idari niteliği, asıl faaliyetini oluşturan küçükleri korumaya yönelik idari tedbirlere ilişkin görevleriyle bağlantılı yapısı, gerekse müstehcenlik ve edebiyat alanında yetkin kişilerden oluşmamış olmasının etkisiyle isabetli hukuki kriterler elde etmek için elverişli mahiyette değildir.

[151] *Ibid.*, s. 104 vd.

[152] William Burroughs'un *Yumuşak Makine* adlı romanı dolayısıyla açılan davada Kurul'un verdiği bilirkişi raporundaki eleştiriye oldukça açık nitelermeleri tenkit eden yayıncının açıklamaları bu açıdan dikkate şayandır: "140 sayfalık kitabın yirmi ayrı sayfasından bazen bir cümle bazen birkaç paragraf alarak "işte bu yazılanlardan dolayı müstehcendir" sonucuna ulaşmak bir edebiyat metnine yapılmış koskoca bir haksızlıktır. Tüm dünyanın okuyup bir öncü yazar olarak kabul ettiği William Burroughs'u Başbakanlığa bağlı edebiyatçı, estet, eleştirmen, çevirmen gibi sıfatlardan yoksun bir kurulun incelemeye kalkması böyle "ucube" bir durumu ortaya çıkarmıştır. Çünkü edebiyat ve karşı-edebiyat metinlerinin hiçbirinde kurulun yazdığı üzere; "konu bütünlüğü", "anlatım bütünlüğüne riayet" aranmayacağı gibi, "tarihi mitolojik unsurların yaşam tarzlarından örnekler vererek kişisel ve objektif olmayan gerçek dışı yorumlarda bulunmak" ve "argo ve amiyane tabirlerle kopuk anlatım tarzının benimsenmesi" de bir suç teşkil etmez. Bu kurallar ancak resmi yazışmalarda, raporlarda ya da ders kitaplarında dikkate alınabilecek genel kurallardır. Oysa sanat ve edebiyat kavramları bu kalıpların hiçbirine oturtulamaz, böyle yapmayan yazar bir soruşturma konusu haline getirilemez. Kimsenin mitolojik unsurlara dair objektif bir yorumda bulunmak gibi bir zorunluluğu yoktur. "Mezkûr kitabın bu haliyle edebi eser niteliği taşımadığı, okuyucu haznesine ilave katkısının olmayacağı, kriminolojik açıdan da kitapta, insanın bayağı, adi, zayıf yönlerinin işlenmesinin okuyucu üzerinde suça izin verici tavırları geliştirmektedir." Ayrıca hiçbir yazarın insanın her koşulda güzel yönlerini göstermek gibi bir mecburiyeti olmadığı gibi, okuyucu haznesine katkısının ne olacağı ve edebi nitelik taşıyıp taşımadığının ölçütü de resmi bir devlet kurumu değildir, kitabın okurudur." Sel Yayıncılık, Savcılık İfadesi, <http://www.selyayincilik.com/duyuru/ama-sayin-willam-burroughs-yazmayin-oyle-burasi-turkiye-15>, erişim tarihi: 17.11.2018.

### 3. Bilirkişilik Sorununa İlişkin Görüşümüz

Kanımızca eserin müstehcen olup olmaması ile edebi değer taşıyıp taşıması sorunları birbirine karıştırılmalıdır. Eserin müstehcen olup olmaması, suçun maddi unsurunun oluşup oluşmadığına ilişkin bir sorun iken, eserin edebi niteliğe sahip olup olmaması suçun hukuka aykırılık unsurunun (m. 226/7) oluşup oluşmamasına ilişkindir. Buradan da kanun koyucunun m. 226/7'deki düzenlemesinden (doktrindeki bazı yazarların da savunduğu şekilde) müstehcenlik ile edebiliğin birbirini dışlamayan kavramlar olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Bilirkişilik sorununun ise 5271 sayılı Kanun'un 63. maddesi çerçevesinde ve belirttiğimiz gibi müstehcenlik ile edebilik iki ayrı sorun açısından ayrı ayrı çözülmesi gerektiği açıktır. Bir eserin müstehcen olup olmadığının hâkimin genel bilgisi, deneyimi, mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözülebilecek bir sorun olduğu, uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektirmediğini söylemek mümkündür. Hâkim müstehcenlik gibi toplumsal yönleri olan, genel ahlakla ilintili bir olguyu saptamak konusunda bilgi, deneyim açısından yeterince donanımlı olduğu gibi ceza kanununda düzenlenen bir suçun tanımında yer alan “müstehcenlik” teriminin anlamını belirlemek açısından da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle donanımlıdır. Ceza hâkiminin yaygın bir kavram olan “müstehcenliğin” saptanmasını bilirkişiye bırakması, kendi asli görevini bir başka merciye bırakması olarak değerlendirilebilir. Eserin edebi nitelikte olup olmaması (hukuka aykırılık unsuru bağlamında) ise bize göre uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir konudur. Hâkimden edebiyat alanındaki son gelişmeleri, örneğin büyümlü gerçekçilik, yeni realizm, bilinç akışı gibi akımları, üslupları roman, öykü, şiir gibi türlerin edebi değerini bilmesi, ulusal ve uluslararası edebiyat standartlarındaki edebi önemini tespit edebilmesi beklenemez. Bu yüzden, uzmanlık, özel ve teknik bilgi gerektiren eserin edebi niteliği hususunda hâkim mutlaka bir ya da birkaç yetkin bilirkişiden yararlanmalıdır. Ancak bu noktada bilirkişinin uzmanlık yeteneğinin, edebiyat alanındaki özel ve teknik bilgi düzeyinin fevkalade önem taşıdığına altını çizmek isteriz. Hâkimin tayin edeceği bilirkişi ulusal ya da uluslararası alanda edebi açıdan donanımlı kişiler arasından seçilmeli, müstehcenlik suçunda edebi nitelik açısından yapılacak bilirkişilik meselesi aşağıda incelenecek Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu örneğinde gerçekleştiği gibi salt resmi, bürokratik bir sorun olarak görülmemelidir.

## F. Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi incelemeye konu olan sorunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesine uygunluk sorunu olarak ele almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama sebepleri arasında yer alan “demokratik bir toplumda ... ahlakın korunması” edebi eserlere yönelik hak sınırlamaları bakımından incelemenin merkezini oluşturmaktadır. Örneğin *Handyside v. İngiltere* davasında,<sup>[153]</sup> 1971 yılında yayımlanan *Küçük Kırmızı Ders Kitabı* adlı kitabı konu alan takibat ve tedbir şeklinde hak müdahaleleri bakımından, Mahkeme, 10. maddenin ikinci fıkrası bağlamında kamu mercilerinin bir müdahalenin söz konusu olduğunu, ifade özgürlüğünün devlet ya da toplumun büyük bir kesimine yadırgatıcı, rahatsız edici, sarsıcı gelen düşünce ve yayınları da kapsadığını, sınırlamanın demokratik toplum için gerekli ve orantılı olması gerektiğini, buna karşılık ifade hürriyetini kullanan her bireyin de yükümlülükleri olduğunu, bu bilgiler ışığında İngiliz Müstehcen Yayınlar Kanunu uyarınca yapılan müdahalenin genel ahlakı korumaya yönelik olması dolayısıyla Sözleşme'ye aykırılık oluşturmadığını belirtmiştir.<sup>[154]</sup> Kanaatimizce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önemli bir içtihadı olarak görülen ve başta Mahkeme tarafından olmak üzere geniş ölçüde atıf yapılan<sup>[155]</sup> *Handyside* kararından edebi eserin niteliği ile müstehcenliği arasındaki ilişki konusunda bir çıkarım yapmak mümkün olmadığı gibi kararda genel ahlakın ne olduğu ve davaya konu eserin niteliğiyle bağlantısı konusunda kaydadeğer bir analize de rastlanmamaktadır. 2010 tarihli *Akdaş v. Türkiye* davasında ise Hades Yayınları'nın editörü olan davacı Rahmi Akdaş'ın 1999 yılında Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in *On Bir Bin Kırbaç* (*Les onze mille verges*) adlı erotik romanını yayımlaması üzerine müstehcenlik suçundan ağır para cezasına mahkum edilmesi incelemeye konu edilmiş olup Mahkeme “bir müdahalenin varlığı, bu müdahalenin kanun tarafından öngörülebilirliği ve somut olayda izlenen amacın meşruluğu yani ahlakın korunması konusunda, taraflar arasında tartışma olmadığı”ni tespit etmiş, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası bakımından ise sanat

[153] *Handyside v. the United Kingdom*, 5493/72, 7 December 1976, Bkz: <https://swarb.co.uk/handyside-v-the-united-kingdom-echr-7-dec-1976/>, erişim tarihi: 10.11.2018.

[154] Özbek, *op.cit.*, s. 78-79.

[155] *Handyside* kararına atıf yapılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından bazıları için bkz: <https://swarb.co.uk/handyside-v-the-united-kingdom-echr-7-dec-1976/>, erişim tarihi: 10.11.2018.

özgürlüğü ile ahlakın korunması dengesi bakımından *Vereinigung Bildender Künstler v. Avusturya, Müller ve diğerleri v. İsviçre* kararlarını hatırlatarak ifade özgürlüğünün görev ve sorumluluk da gerektirdiğini, davaya konu esere ilişkin olarak tatbik edilmiş olan 765 sayılı Kanun'un 426. maddesinin amacının ahlakın korunması olduğunu, ahlakın ise değişken bir kavram olduğunu, davaya konu romanın ilk kez yayımlanmasının üzerinden çok uzun zaman geçtiğini, çok sayıda ülkede ve muhtelif dillerde yayımlandığını ve son olarak "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" olunmasının 10. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir.<sup>[156]</sup> Bu kararda, davaya konu olan kitabın "Avrupa Edebiyatı" klasiklerinden biri olmasının rol oynadığı açıktır. İfade özgürlüğü ve "Demokratik toplumun gerekleri" kriteri ile "Avrupa edebi mirası" (*patrimoine littéraire européen*) olgusunun ilişkilendirilmesini hukuki, tutarlı bir temele oturtmak ise olanaklı görünmemektedir. Türk edebiyatı ya da herhangi bir ulusal edebiyat bakımından kıymet taşıyan ve tek bir dilde yayımlanan, tek baskı yapan bir eserin müstehcenlik suçuna konu edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olabileceği imasını bünyesinde barındırdığı için kararın gerekçesini tasvip etmek mümkün değildir.

Alman yargı mercileri müstehcenlik-edebilik konusuna diğer yargı organlarına göre daha geniş ölçüde katkıda bulunmuştur. Federal Yüksek İdare Mahkemesi, *Postacı Kapıyı İki Kez Çalar* adlı romana ilişkin 1966 tarihli kararında sanatın korunması ve gençlerin korunması olarak korunması ve gerektiğinde aralarında tercih yapılması gereken iki ayrı hukuki değer olduğunu, bir sanat eserinin varlığı açıksa sanatın korunmasının gençlerin korunmasından daha önemli olduğunu, eserin sanatsal niteliğinin hem sanatsal bir yaratım çabasının varlığı hem de içeriğinin ("eğlencelik, basit bir çalışma" olup olmadığı) esas alınarak belirlenebileceğini, inceleme sonucunda eserin sanat eseri olduğu açıksa pornografik olsa bile sanatın korunması değerinin gençlerin korunmasına üstün geldiğini belirterek korunan hukuki değerler arasında özgürlükçü bir ayrıma dayanan bir hukuki muhakeme ortaya koymuştur.<sup>[157]</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin

[156] Akdaş v. Türkiye, 41056/04, 16.02.2010, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22site%22:%7B%22001-161487%22%7D%7D>}, erişim tarihi: 17.11.2018.

[157] Özbek, *op.cit.*, s. 82-83.

Gençler İçin Tehlikeli Neşriyatın Yayılması Hakkında Kanun'un anayasaya uygunluğunu denetlediği 1971 tarihli Mephisto kararında, sanat eserinin öncelikle sanatçının şahsiyetinin dışavurumu ve duygularının, düşüncelerinin bir yöntemle yaratıcı şekilde ifade edilmesi olduğu biçiminde bir tanıma yer verilmiş; eserin yaratılmasıyla dış dünyaya sunulmasının sanat özgürlüğünün ayrılmaz parçaları olduğu, sanat eserinde ne kadar gerçek yaşamdan ilham alınırsa alınsın sanatsal biçimin ön planda olduğu, Alman Anayasası'ndaki açık hüküm uyarınca *anayasadaki kayıtlamalar dışında sanatsal özgürlüğün sınırsız bir özgürlük olduğu*, sanat özgürlüğünün bir başka anayasal değer olan kişiliği özgürce geliştirme hakkıyla çatışabileceği ortaya konulmuştur.<sup>[158]</sup> Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin 1972 tarihli *Fortsetzungsroman Die Sünde der Söhne* kararında Mephisto kararına göre gerilediği söylenebilecek bir özgürlük anlayışıyla sanat özgürlüğünün mutlak anlamda sınırsız olmadığı, insan onuruyla kayıtlanmış olduğu, sanat eserinin "sanata hizmet eden, belli bir sanatsal düzeye sahip eser" olarak tanımlanabileceği, bunların ötesinde sanat eserinin toplum için sahip olduğu işleve önem verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>[159]</sup> Kuşkusuz, bu kararda Mahkeme'nin sanat eseri tanımı sanata hizmet etme, belli bir düzeyde sanatsal olma gibi objektif olmayan, totolojik mahiyette olduğu gibi sanata ve sanatçıya toplumsal bir işlev yüklemesi ve onları özgül değerini yok sayarak araçsallaştırması kabul edilemez bir totaliter tavrın yansıması olarak değerlendirilebilir. Öte yandan aynı mercinin 1987 tarihli *Josephine Mutzenbacher* kararında pornografik yayınlardan gençlerin korunması bakımından düşük tehlikeli yayın-yüksek tehlikeli yayın ayırımının yapılarak ilkinde sanat özgürlüğünün ikincisinde ise gençlerin korunması değerinin tercih edilmesi gerektiği ileri sürülürken Federal Yüksek Mahkeme'nin 1990 tarihli *Opus pistorum* kararında pornografi ile sanat olgularının birbirini dışlamadığı, pornografik bir eserin pekala sanat eseri olabileceği, sanat terimini içeriksel değil, biçimsel kriter çerçevesinde geniş yorumlamak gerektiği, yukarıda değinilen Mephisto kararının bu açıdan eleştiriye açık olduğu, gençlerin korunması ile sanatın korunması değerlerinin anayasal açıdan eşit değerde olduğu, *Fortsetzungsroman Die Sünde der Söhne* kararındaki sanatsal düzey belirleme çabasının isabetsizliği vurgulanmıştır.<sup>[160]</sup> Bir değerlendirme yapmak gerekirse, gerek çatışan

---

[158] *Ibid.*, s. 83-85.

[159] *Ibid.*, s. 85-86.

[160] *Ibid.*, s. 86-87.



anayasal değerlere ilişkin, gerekse önceki Alman mahkeme içtihatlarındaki çelişkili ve yasaklayıcı ifadelerle ilişkin eleştirel yaklaşımından dolayı *Opus pistorum* kararının diğer kararlardan daha önemli ve kaydadeğer olduğu söylenebilecektir. Nihayet Federal Anayasa Mahkemesi'nin incelemeye konu soruna ilişkin 1990 tarihli kararında pornografik bir edebi eserin (romanın) sanatsal olabileceğinin belirtilmesi<sup>[161]</sup> dolayısıyla bu kararın Alman içtihatlarındaki (*Opus pistorum* gibi) özgürlükçü kararlar arasında değerlendirmek mümkündür.

Amerikan hukukunda öznel ve ahlaki nitelemelerden ibaret Hicklin kriterlerinin esas alındığı *Bennett* davası bir kenara bırakılırsa; 1889 tarihli *Clarke* davasında eserin niteliği, korunmak istenen toplum ya da toplumun parçası, eserin geneline hakim olan yapı ve eserin yazılma amacı kıstaslarına yer verilmiş, incelemeye konu eserin Kitab-ı Mukaddes ile İngiliz şairi Shakespeare ve Romalı yazar ve tarihçi Suetonius'un eserleriyle mukayese edilmesi önerilmiştir.<sup>[162]</sup> Kuşkusuz Türk hukukundaki müstehcenlik suçuna ilişkin uygulama ve bilirkişi raporlarının içeriği düşünüldüğünde, söz konusu eserlerin ya da onlara benzer nitelikli eserlerin edebiliğinin ve müstehcenliğinin resmi bilirkişi olan Kurul tarafından mukayese yöntemiyle dikkate alınmasının umulması iyimserlik olarak görülebilir. 1957 tarihli *Roth* davasında yargıç Brennan'ın dahil olduğu çoğunluk görüşü ifade ve basın özgürlüğünün sınırsız olmadığını savunurken, karşı oy kullanan yargıç Black ve Douglas bu özgürlüğün mutlak güvence altında olduğunu ileri sürmüştür; daha önemlisi Brennan müstehcenlikle cinselliğin eş anlamlı olmadığını, edebi eserlerde cinselliğe yer verilmesinin anayasal korumayı ortadan kaldırmayacağını, müstehcenliğin "ortalama ve normal bir kişi için çağdaş toplumsal ölçülere göre söz konusu eser bir bütün olarak ele alındığında eserin baskın konusunun şehvet duygularına hitap etmesi" şeklindeki kriterle saptanması gerektiğini öne sürmüştür.<sup>[163]</sup> *Miller v. California* davasında Yüksek Mahkeme, müstehcenliğin "ortalama bir kişi", "çağdaş toplumsal ölçüler", "materyalin bir bütün olarak ele alınması" kıstaslarının yanı sıra "şehvet duygularına hitap etmesi", "uygulanacak hukuka ... aykırı olarak cinsel davranışları açıkça" mütecaviz surette tasvir etmesi ve materyalin bir

[161] *Ibid.*, s. 87-88.

[162] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 74-77.

[163] *Ibid.*, s. 79-80.

bütün olarak “ciddi anlamda edebi, sanatsal... değerden yoksun olması” kriterleriyle saptanmasının icap ettiğine kanaat getirmiştir (*Miller Testi*).<sup>[164]</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi 765 sayılı Kanun döneminde müstehcenlik-edebilik/sanatsallık ilişkisini konu olan bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme’ye göre “kesin olarak denilebilir ki, müstehcen yayınların sanat ve kültür yaşamıyla hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Aksine, müstehcende kamu yararına, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırılık ve tecavüz hali vardır. Cezaî önlem ve yaptırım, kamu düzeni ve yararı için kuşkusuz, zorunludur” şeklinde bir içtihat ortaya koymuştur.<sup>[165]</sup> Müstehcenliğin hukuki sınırlarını çizmek bakımından bu ifadeler yeterli görünmemektedir. Ayrıca Mahkeme’nin bu kanaatlerle müstehcenliğin sanat ve edebiyat eserleri bakımından değerlendirilmesi hususunda özgürlükçü denilebilecek bir bakış açısını mı yansıttığı, yoksa müstehcenlik ile “sanat ve kültür yaşamı” arasında ayırımın kolaylıkla yapılabileceğini mi savunduğu da belirsizlikle malul olup metinden anlaşılmamaktadır. Fakat şurası açıktır ki Mahkeme, müstehcen olan eserin edebi (sanatsal) olmayacağı, edebi (sanatsal) eserin de müstehcen olamayacağı şeklinde bir kanaate sahip olup bu kanaatin doktrindeki (yukarıda görüşlerine yer verilen) bazı yazarlarca da paylaşıldığı görülmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi müstehcenliğin karmaşık ve muğlak bir kavram olduğunu kabul etmekte, ayrıca eserin niteliğinin bütüncül ve hassas bir yaklaşımla ele alınmasının gerekli olduğuna işaret etmektedir. Mahkeme bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararda, “*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 ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı unutulmamalıdır... 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*

[164] *Ibid.*, s. 83.

[165] Anayasa Mahkemesi, E. 1986/12, K. 1987/4, Karar Tarihi: 11.02.1987, Resmi Gazete, Tarih: 21.11.1987, Sayı: 19641, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6943a9d-57a5-4713-8b98-953015d6cfb0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 10.09.2018.

*sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. 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”*<sup>[166]</sup> şeklinde bu yöndeki kanaatini ortaya koymuştur. Konumuz açısından Türk Anayasa Mahkemesi’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre nispeten önemli sayılabilecek bir katkıda bulunduğu söylenebilir.

Türk Yargıtayı, genel olarak bakıldığında edebi eserin niteliğinin belirlenmesine ciddi ölçüde katkıda bulunabilecek bir içtihat geliştirmemiş olup bu hususun ancak bilirkişi tarafından tespit edilebileceği kanaatindedir.<sup>[167]</sup> Üstelik müstehcenlik suçu bakımından davaya konu olan eserin edebi nitelik taşıyıp taşımadığı hususunda mahkemenin bilirkişinin raporunda varılan kanaatin mahkeme tarafından zorunlu olarak dikkate alınması gerektiği, dolayısıyla meselenin hukuki değil maddi, teknik bir sorun olduğu yönünde tutum takındığı bir kararı da bulunmaktadır.<sup>[168]</sup>

Edebi eser-müstehcenlik ilişkisi bir kenara bırakılıp sadece müstehcenlik kavramına bakıldığında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 1996 tarihli kararından söz edilebilir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, müstehcenliğin değişken bir kavram olduğunu belirterek “eylemin işlendiği dönemin toplumsal ve kültürel düzeyi” ile failin “cinsel duyguları tahrik gayesi” (subjektif kıstas) ve

[166] Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Başvuru Numarası: 2014/20168, Karar Tarihi: 26.10.2017, Resmi Gazete Tarihi: 28 Aralık 2017, Resmi Gazete Sayısı: 30284, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2017-20168.htm&kw=pornografi#fm>, erişim tarihi: 12.09.2018.

[167] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 13411, K. 577, 20.01.1953, Dönmezer, *op.cit.*, s. 195; “... suça konu kitabın edebi değere sahip olup olmadığı, müstehcen olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda ek rapor alındıktan sonra sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan araştırmayla yazılı biçimde hüküm kurulması...” Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 575, K. 170, 18.03.2004, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 7362, K. 7909, 20.12.2004, Özbek, *op.cit.*, s. 76-77.

[168] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 4923, K. 4911, 09.05.1952, Dönmezer, *op.cit.*, s. 196.

incelemeye konu eseri okuyan (ya da dinleyen, izleyen) kişinin görüşünün (objektif kıstas) dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>[169]</sup>

Hukuk ile ahlakın birbirinden net biçimde ayrılmadığı hukuk düzenlerinde ceza kanununun ahlaki yargı içeren düzenlemelere yer vermesi konuya ilişkin hukuki sorunun yalnızca bir parçası olup sorunun daha önemli boyutu yüksek mahkeme kararlarında somutlaşmaktadır<sup>[170]</sup>. Bu noktada Kanun'un 226. maddesinde yer verilen “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişkiler” ifadesinin<sup>[171]</sup> kapsamı ve yüksek mahkemelerce yorumlanma biçimi ön plana çıkmaktadır<sup>[172]</sup>.

Kanun'da yer verilen “doğal olmayan yoldan” ifadesinin, Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 12., 17., 20. ve 42. maddelerine aykırılığı ileri sürülmesi üzerine somut norm denetimi yoluyla uyumsuzluğu inceleyen Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemenin, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ibaresinin muğlak olduğu, oral ya da anal ilişkinin yasaklar kapsamına alınarak cezai müeyyideye bağlandığına ilişkin gelişmiş toplumlarda herhangi bir yasağa rastlanılmadığı, iki yetişkin karşı cinsin rıza ve istemleri dahilinde oral ve anal ilişki yaşamamaları suç teşkil etmemesine karşılık buna ilişkin görüntülerin bir gösteri aracında bireysel olarak seyredilmesinin suç teşkil etmesinin çelişkili olduğu yönündeki gerekçesine rağmen “*doğal olmayan yol*” ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdans topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir ise de kanun metni bir bütün

[169] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 5-27, K. 45, 19.03.1996, Marakoğlu, *op.cit.*, s. 85-86.

[170] S. Sinan Kocaoğlu, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (TCK m. 102-105), Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 74.

[171] Bu konuda bkz: Ersan Şen, “TCK m. 226/4'ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, [http://sen.av.tr/tr/makale-detay/139/tck\\_m.226/4%E2%80%99%C3%BCn\\_anayasaya\\_ayk%C4%B1r%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1\\_sorunu.html](http://sen.av.tr/tr/makale-detay/139/tck_m.226/4%E2%80%99%C3%BCn_anayasaya_ayk%C4%B1r%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1_sorunu.html); Ezgi Cankurt, “Cinsel Yönelime İlişkin Yaşam Tarzına Müdahalenin TCK Bakımından Değerlendirilmesi”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 6, Aralık 2017, s. 132-133; Mehmet Nihat Kanbur, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) Cilt: 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 4159, 4165, 4167; Turan Yıldırım, “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2018, s. 469.

[172] Kocaoğlu, *op.cit.*, s. 74.

olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizzatı kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. “Doğal olmayan yol” kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın “belirlilik” ve “kanunilik” ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” şeklinde ifade ettiği gerekçeye dayanıp ceza hükmünün öngördüğü yasağın “toplumun genel ahlakının korunması ve dolayısıyla kamu yararı amacıyla yönelik olduğu” nu belirterek iptal talebini oyçokluğuyla reddetmiştir<sup>[173]</sup>.

Karşı oy gerekçelerinde iptale konu olan ibarenin belirsizliği, “tanımlanması neredeyse imkansız” olduğu, üstelik uygulamada “anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki” ihtiva eden ürünlerin Yargıtay’ca “doğal olmayan yoldan” yapılan cinsel davranışın kapsamında görülerek hüküm kurulduğu<sup>[174]</sup>, oysa “cebir, şiddet içermeyen ve rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte ‘özel hayatın gizliliği’ koruması altında olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik kararları ile ortaya” konulduğu, uygulamanın aksi yönünde olmasının iptale konu ibarenin muğlaklığını, özel hayatın gizliliği, belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırı olduğunu kanıtladığı, “toplumun ahlaki standartlarına uygun”luk kıstasının kullanılmasının “demokrasi ilkesine aykırı”, “kişi özgürlüğüne yapılan ölçüsüz ve ağır bir müdahale” olduğu vurgulanmaktadır<sup>[175]</sup>.

Mahkeme kararına yansıyan tartışmalarda görüldüğü üzere “doğal olmayan yoldan” ifadesinin tıpkı müstehcenlik gibi hukuken muğlak, kişiden

[173] Anayasa Mahkemesi, E. 2014/18, K. 2015/35, 01.04.2015, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGercek=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 22.09.2019.

[174] Anayasa Mahkemesi’nin varlığını vurguladığı uygulamaya örnek bir karar için bkz: Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2013/2042, K. 2015/131, 13.01.2015, Kocaoğlu, *op.cit.*, s. 75.

[175] Anayasa Mahkemesi, E. 2014/18, K. 2015/35, 01.04.2015, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGercek=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 22.09.2019.

kişiye, toplumdan topluma<sup>[176]</sup> değişen nitelikte olduğu açıktır. Çağdaş ceza hukukundaki eğilim dikkate alınırsa Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında ve benzeri nitelikte genel ahlaka vurgu yapan kararlarda bu kavramın ancak "hukuk uygulayıcılarının kendi ahlak anlayışlarını" yansıttığı söylenebilir<sup>[177]</sup>.

Gerçekten "doğal cinsel ilişki" ve kanunda yer verilen "doğal olmayan cinsel ilişki" nedir? Ceza yaptırımını karşısında bir cinsel davranışın doğal olup olmadığı hangi kriterlere göre belirlenecektir? Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluk görüşünün belirttiği gibi mahkeme ya da hukuk doktrinine mensup yazarlar bir davranışın doğal olup olmadığına ne şekilde kanaat getirecektir? Yine aynı görüşün ileri sürdüğü üzere doğal olmayan cinsel davranışın "*şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar*" ile ağırlık açısından karşılaştırılarak kapsamının saptanması nasıl mümkün olabilir? Bir davranışın çok somut bir niteliğini ifade eden "doğallık" unsuru, kararda belirtildiği şekilde "*demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulun*" ma kıstasıyla nasıl açığa kavuşturulabilir? Bu soruları bireysel ahlaki tercihleri ifade etmeksizin hukuki akıl yürütme sınırları içinde kalarak tutarlı biçimde yanıtlamak mümkün değildir.

İnsan davranışlarının doğallığı ya da bir başka deyişle insan doğası temelde yeme-içme ve cinsel hayat gibi fizyolojik ihtiyaçlar üzerinden tanımlanmaktadır<sup>[178]</sup>. Dolayısıyla prensipte doğal (doğaya uygun) olanın genel olarak "cinsel davranış" olduğu söylenebilir. Bu çerçevede cinsel davranışlar yeniden aynı "doğal olma" kriteriyle tasnif edilmeye çalışıldığında birer toplumsal kurallar bütünü olan din, ahlak ve hukuk kurumları akla gelmektedir. Hukukun din ve ahlak kurallarından ayrı bir kurallar bütünü olduğu ise açıktır. Bu noktada doğal cinsel davranışın "çoğunluğun cinsel uygulaması" olduğu yönünde bir görüşün de bulunduğu söylenebilir<sup>[179]</sup>. Fakat ceza hukukunun toplumun çoğunluğunun hangi cinsel davranışları tercih ettiğini araştırması ve bunu doğal cinsel davranışı belirlerken kriter olarak esas alması, takdir edileceği gibi abesle iştigaldir.

[176] Bu konuda Afrika ile Avrupa ülkelerindeki doğal cinsel davranış algısının ne denli farklı olduğuna işaret eden bir örnek için bkz: Kocaoğlu, *op.cit.*, s. 82.

[177] Kocaoğlu, *op.cit.*, s. 75.

[178] *Ibid.*, s. 80.

[179] *Ibid.*, s. 81.

Öte yandan kavramsal arka plan ve gelişim çizgisi incelendiğinde doğal-doğal olmayan cinsel ilişki ayrımının Batı Hristiyan dünyasının değerler sisteminin bir parçası olmasının yanı sıra semavi din geleneğinin ve Türk ceza mevzuatının Batı hukuk geleneğinden resepsiyon yoluyla oluşturulmasının da etkisiyle Türk yargı uygulamasının ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bir parçası haline geldiği söylenebilir<sup>[180]</sup>. Zaten muğlak bir düzenleme mahiyetindeki müstehcenlik suçuna ilişkin maddede doğal olmayan cinsel ilişki gibi üreme amacı dışındaki tüm cinsel davranışları doğal olmayan kategorisine dahil etme potansiyeli taşıyan böyle bir ifadeye yer verilmesi eleştirilmektedir<sup>[181]</sup>.

Yargıtay içtihatlarında (5. ve 14. Ceza Dairesi) doğal olmayan cinsel ilişkinin, genel olarak incelendiğinde heteroseksüel cinsellik dışındaki tüm cinsel davranışlar şeklinde değerlendirildiği gözlemlenmektedir<sup>[182]</sup>. Kararlarda, doğal olmayan cinsel ilişki kapsamındaki tüm davranış türleri belirtilmese de anal, oral, grup, lezbiyen ilişkilerin bu kapsamda değerlendirildiği not edilebilir<sup>[183]</sup>.

“Doğal olmayan cinsel ilişki” kavramına da yer veren, Yargıtay’ın 2013 tarihli *Genç Bir Don Juan’ın Maceraları* (Guillaume Apollinaire) kitabına<sup>[184]</sup> ilişkin kararında olumsuz yöndeki atanmış ve resmi bilirkişi raporlarıyla yetinmeyen, başka bir bilirkişi tayin eden ve Yargıtay’ın nitelendirmesiyle “genel ve soyut ifadeler kullanılarak hazırlanan” ve eserin edebi değer taşıdığı yönündeki üçüncü bilirkişi raporunu esas alarak beraat kararı veren ilk derece mahkemesinin kararı bozmaya konu olmuştur. Yargıtay, “*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*

[180] *Ibid.*

[181] Selda Taner-Merve Sarı, “Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?”, [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf), erişim tarihi: 23.09.2019.

[182] Kadir Eryılmaz, “Türkiye Yargısının Ahlakla İmtihanı: ‘Doğal Olmayan’ İlişki”, *Hukuk Kuramı*, Cilt: 2, Sayı: 5, Eylül-Ekim 2015, s. 16.

[183] *Ibid.*, s. 17.

[184] Kitabın Türkçe çevirisi için bkz: Guillaume Apollinaire, *Genç Bir Don Juan’ın Anıları*, İstanbul: Mitra Yayınları, 2013.

*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 kurgulan*” dığına kanaat getirmiştir.<sup>[185]</sup>

Yargıtay kararında sözü edilen, eseri edebi nitelikten yoksun bulan ve yerel mahkemenin dikkate almadığı belirtilen bilirkişi raporlarından birinde eserin “bir ailenin birlikte okuyup incelemeyeceği”nden<sup>[186]</sup> söz edilmektedir. Yazılı bir eserin genellikle belli bir okur tarafından tek başına “okuyup incelendiği”, okuma eyleminin kolektif değil bireysel bir eylem olduğu göz önünde bulundurulursa bu tespit ilginç görünmektedir. Kararda eserin edebi değerine ilişkin değerlendirmelere bakıldığında “hiçbir olay örgüsüne yer verilmemesi”, “sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadeler”, “bayağı bir dil kullanılması” ve nihayet “hiçbir sanatsal ve edebi değer katılmadan kurgulanmış” olması şeklinde kriterler görülmektedir. Fakat bu kriterler Yargıtay’ın eserde edebi nitelik olduğu yönünde görüş beyan eden bilirkişi raporu için ifade ettiği gibi “genel ve soyut” görünmektedir. Gerek bu bağlamda gerekse bilirkişinin yetkinliği meselesi açısından Yargıtay’ın Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu raporunu özel ve somut nitelikte görürken Galatasaray Üniversitesi’nde Fransız dili ve edebiyatı uzmanlarınca hazırlanan<sup>[187]</sup> Fransızca özgün metne bilirkişi raporunu genel ve soyut olarak nitelendirmiş olması dikkate şayandır.<sup>[188]</sup> Bir eserde dilin “basit, sıradan olması” edebi açıdan o eseri niteliksiz hale getirmeyecektir. “Bayağı bir dil kullanılması” ise öznel bir kıstas görünümünde olup kişisel duyarlılığa göre değişken mahiyettedir. “Hiçbir olay örgüsüne yer verilmemesi” ise nesnel olmakla birlikte modern edebi akımlar ve Apollinaire’in XX. yüzyıl yazarı olması dikkate alındığında ancak eseri inceleyen modern Fransız edebiyatı alanında yetkin bir bilirkişi tarafından kolaylıkla tespit edilebilecek bir kıstastır. Doğal olmayan cinsel ilişki bağlamında ise ne anlama geldiği anlaşılmayan “ters lezbiyen” ifadesine yer verilmesi dikkat çekicidir. Ayrıca Yargıtay’ın bu kararında kitabın kurgusal başkahramanının yaşının 18’den

[185] Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2012/13056, K. 2013/1527, 19.02.2013, <https://www.eralp.av.tr/t-c-yargitay-14-ceza-dairesi-e-201213056-k-20131527-t-19-2-2013/>, erişim tarihi: 11.11.2018.

[186] Cemal Bâli Akal, *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu*, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2014, s. 122.

[187] *Ibid.*

[188] Gök, “Edebi ve Sanatsal Eserlerin Özgürlük Mücadelesi”, *op.cit.*, s. 5.



küçük olmasıyla m. 226'da düzenlenen çocukların müstehcen ürünlerin imalinde kullanılması arasında bağlantı kurması ise kurgu ile gerçeğin, soyut yaratı ile somut olgunun karıştırıldığını göstermektedir.<sup>[189]</sup> Türk Yargıtay'ının edebi eser-müstehcenlik ilişkisinin yeterince tartışılmaması nedeniyle burada incelenmesine ihtiyaç duyulmayan konuya ilişkin diğer kararlarında ise yukarıdaki kararda olduğu gibi bilirkişi raporuna gönderme yapan ya da oradaki ifadeleri tekrar eden bir içerikle karşılaşıldığını, bilirkişi raporlarının eleştiriye açık mahiyetinin çalışmamızın ilgili bölümünde değerlendirildiğini, bu nedenle sorunun çözümü bakımından Yargıtay kararlarının katkısının olmadığını not etmek gerekir.<sup>[190]</sup>

Apollinaire'in söz konusu eserinin yoğun ölçüde cinsel içerikli olduğu açıktır. Ancak bu kitabın edebi niteliğinin olmadığını değil, müstehcen olduğunu gösterir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bir eserin müstehcenliği ile edebi niteliği iki ayrı sorundur. Ancak mahkemenin tayin edeceği bilirkişinin Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu yerine hukukçu akademisyen olması şeklindeki öneri<sup>[191]</sup> de sorunu çözmeyecektir.<sup>[192]</sup> Eserin gerçek edebi niteliğini ise hukuk alanında değil, edebiyat alanında yetkin bir bilirkişi tespit edebilecektir. Mahkeme de bu tespite göre m. 226/7 çerçevesinde eserin hukuka uygunluk hali kapsamında olup olmadığına hükmedebilecektir.

[189] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 41.

[190] Örneğin *Görgülü ve Bilgili Bir Burjuva Kadınının Mektupları* adlı kitaba ilişkin Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin E. 2012/13054, K. 2013/388 sayılı 22.01.2013 tarihli kararı. Topaç-Gürühan-Aygün, *op.cit.*, s. 157.

[191] Yaşar-Gökcan-Artuç, *op.cit.*, s. 6378.

[192] Gök, "Edebi ve Sanatsal Eserlerin Özgürlük Mücadelesi", *op.cit.*, s. 6.

## SONUÇ

Müstehcenlik suçunda incelemeye konu olan eserin edebi değer taşımasının söz konusu suçun hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bununla beraber eserin edebi niteliğinin incelenmesinden önce müstehcen olduğunun saptanması gerekir. Suçun kanuni tanımında yer alan ve hâkimin genel bilgisi, deneyimi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgisiyle çözülebilir bir olgu olan müstehcenlik olgusunun, bir eserde bulunup bulunmadığının tespiti, bilirkişi tarafından değil, bizzat mahkeme tarafından gerçekleştirilmelidir. Bu tespit neticesinde eserin müstehcen olduğu ortaya çıktığı takdirde çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir sorun olan eserin edebi değer taşıyıp taşımadığı sorunu da edebiyat alanında yetkin, edebiyat uzmanları ya da bu alanda ulusal ya da uluslararası düzeyde ödül sahibi olan müellifler arasından seçilecek bilirkişiler tarafından çözülmelidir.

Dönmezer sanatsal/edebi eserler ve müstehcenlik bağlamında, “sanat eserlerinde müstehcen ile sanatın birbirinden tefriki bazen o merteye müşkül olur ki, Amerikan yazarlarından Miller’in eserlerini bazıları en aşağı ve müteceviz müstehcenlik nümuneleri saydıkları halde, edebi çevreler mensupları aynı eserleri samimi bir sanat ifadesi olarak telakki etmişlerdir” demektedir. Gerçekten “edebi değer taşıma” kriteri, edebiyat tarihinin klasikleşmiş müelliflere ilişkin sunduğu sayısız örnek göz önünde bulundurulursa, mahkemenin tayin edeceği bir bilirkişi ya da bürokratlardan oluşan bir komisyon tarafından tespit edilemeyecek kadar karmaşık ve sofistikedir. Dahası edebi kalıcılığın, aynı çağda yaşayan ve edebiyat alanında en eğitimli, bilgili, evrensel nitelikte entelektüeller tarafından bile saptanması kolay değildir.

Mevcut düzenlemeler yürürlükte kalmaya devam ettiği takdirde Özbek’in belirttiği, cinsel arzuları tahrik niteliğindeki eylemlerin ancak istismara yönelik olduğu takdirde müstehcenlik sayılabileceği,<sup>[193]</sup> müstehcenliğin, tanımlanması mümkün ve daha somut olan, tespit içeren<sup>[194]</sup> “pornografik” anlamıyla sınırlı olarak anlaşılması gerektiği kıstasları edebi eserlerin müstehcenlik suçu bakımından değerlendirilmesinde kullanılabilir. Edebi eserin amacının edebi bir metin yaratmak olduğu göz önünde bulundurulursa,

[193] Özbek, *op.cit.*, s. 46.

[194] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 116.

edebi eserlerde cinsel içerikli bölümlerin istismara yönelmediği, edebi bir metin oluşturmakta araç olarak kullanıldığı varsayılabilir.

Müstehcenliğin hukuken temel alınmaya elverişli bir tanımının yapılması güçtür. Nitekim 5237 sayılı Kanun'da bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Müstehcenliğin dar anlamda, “hiçbir estetik veya bilimsel boyutu olmayan pornografik olgu” olarak tarif edilmesi düşünülebilecektir. Edebiyat ya da “edebi değer taşıma” ise kanaatimizce, seçkin ya da klasik edebiyat anlamında evrensel düzeyde, özgün, yaratıcı ve kalıcı metinler kaleme alma sanatı olarak tanımlanabilirse de Türk Ceza Kanunu bağlamında edebi değer taşıyan eseri, “asgari bir estetik tutumla, okuyucusuna çeşitli duygu ve düşünceleri aktaran her türlü eser” olarak tanımlamak gerekmektedir.

Edebilik ve müstehcenlik, çalışmamızda açıklanan sebeplerden dolayı hukuken birbirinden bağımsız iki ayrı olgu olup bunların mevcudiyetinin ayrı ayrı saptanması gerekir. Bu doğrultuda müstehcenlik suçunu düzenleyen maddenin sistematigi ve burada düzenlenen suçun yapısı ile kanunla belirlenmiş hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ilişki göz önünde bulundurulursa, müstehcenlik suçu bakımından ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu olan eserlerin “müstehcenlik” niteliğinin yargı mensubu tarafından; sonraki aşamada, eserin bu niteliğe sahip olduğu tespit edildiği takdirde, “edebi” niteliğinin ise edebiyat alanında yetkin bilirkişiler tarafından saptanmasının gerekli olduğunu hatırlatmakta yarar vardır.

5237 sayılı Kanun'un m. 226/7 hükmünde düzenlenen hukuka uygunluk hali bakımından bilimsel eserler ile edebi eserler arasında ayırım yapıldığı; edebi eserler bakımından hem daha sınırlı, hem de “değer taşıma” gibi ek bir ibareye yer veren bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızda belirttiğimiz, iki tür arasında ayırım yapılmasının gereksiz olduğunu ortaya koyan nedenler ile eserin edebi olmasının hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durum olduğu açık olsa da maddedeki bu hükmü çıkarmanın belirsizliklere yol açma ihtimali dolayısıyla ilgili hükmün şu şekilde düzenlenmesini öneriyoruz:

*“Bu madde hükümleri, bilimsel, sanatsal ve edebi eserler hakkında uygulanmaz.”*

Müstehcenlik suçu bakımından edebi eserler meselesiyle ilgili belki de gözden en çok kaçan durum, suçun düzenlenme amacı ile edebi eserlerin içeriği arasındaki giderek zayıflamakta olan alakadır. Müstehcen içeriği

ulaşmak isteyen çocuk ya da erişkin herhangi bir kişinin, görüntülü pek çok içeriğe çok daha kolay ve hızlı bir biçimde ulaşma imkanı varken bunu tercih etmeyip “müsteahcen içeriğe”, bir kitap alıp okuyarak ulaşacağını varsaymak pek de makul değildir. Bu itibarla müsteahcenlik olgusu bakımından iletişim ve kayıt teknolojisinin gelişmesi karşısında basılı eserlerin içeriklerinin ceza hukuku bakımından eski önemini koruduğu söylenemeyecektir.

**KAYNAKÇA**

Akal Cemal Bâli, *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu*, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2014.

Akalın L. Sami, *Edebiyat Terimleri Sözlüğü*, 3. Baskı, İstanbul: Varlık Yayınevi, 1972.

Alacakaptan Uğur, “Öteki Ceza Hukuku”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Cilt I, Ankara: Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi–Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2008, ss. 366-405.

Anayasa Mahkemesi, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

Antolisei Francesco, *Manuale di Diritto Penale: Parte Speciale – I*, quindicesima edizione integrata e aggiornata a cura di C. F. Grosso, Milano: Giuffrè Editore, 2008.

Arslan Çetin-Azizağaoğlu Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>.

Bakıcı Sedat, *Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 1994.

Baytemir Erdal, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakı Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

Braunschvig Marcel, *Notre littérature: étudiée dans les textes*, Paris: Librairie Armand Colin, 1948.

Code Pénal Français, <http://codes.droit.org/CodV3/penal.pdf>.

Codice Penale Italiano, <http://www.ipsoa.it/codici/cp/l2/t9>.

Crowder Colin, “Obscenity”, Eds. Paul Barry Clarke-Andrew Linzey, *Dictionary of Ethics, Theology and Society*, London and New York: Routledge, 2013, ss. 619-623.

Devellioğlu Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 20. Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2003.

Donay Süheyl, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 1968, ss. 129-145.

Dönmezer Sulhi, *Umumi Adap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.

Dönmezer Sulhi-Erman Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 1986.

Eralp Özgür (aktaran), Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2012/13056, K. 2013/1527, 19.02.2013, <https://www.eralp.av.tr/t-c-yargitay-14-ceza-dairesi-e-201213056-k-20131527-t-19-2-2013/>.

Erem Faruk, “Müstehcenlik”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1984, ss. 102-106.

Erem Faruk-Toroslu Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.

Eryılmaz Kadir, “Türkiye Yargısının Ahlâkla İmtihani: ‘Doğal Olmayan’ İlişki”, *Hukuk Kuramı*, Cilt: 2, Sayı: 5, Eylül-Ekim 2015, ss. 11-19.

Garner Bryan A., *A Dictionary of Modern Legal Usage, second edition*, New York: Oxford University Press, 2001.

Gerçeker Hasan, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.

Gök Ahmet, “Edebi ve Sanatsal Eserlerin Özgürlük Mücadelesi”, [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_de5144e36374403b9c2e29af01b37f21.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_de5144e36374403b9c2e29af01b37f21.pdf).

Gürelli Nevzat, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966, ss. 569-587.

Hunter Ian-Saunders David-Williamson Dugald, *On Pornography: Literature, Sexuality and Obscenity Law*, London: Macmillan, 1993.

İnalcık Halil, *Has-bağçede ‘Ays u Tarab: Nedimler Şâirler Mutrîbler*, 4. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018.

Karadayı İsmet Kemal, “Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 5, 1974, ss. 889-894.

Kartal Pınar Memiş, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul: Der Yayınları, 2014.

Kazancı İctihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

Kerchove Michel van de, *Le droit sans peines: aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1987.

Kocaoğlu S. Sinan, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Köprülü Timuçin, “Müstehcenlik”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2008, ss. 28-31.

Larguier Jean–Conte Philippe–Fournier Stéphanie, *Droit pénal spécial*, 15e édition, Paris: Éditions Dalloz, 2013.

Marakoğlu A. Ozan, *Edepsiz Kitaplar: Edebiyat Eserleri ve Müstehcenlik Suçu Bağlamında Bir Hukuk Eleştirisi*, Ankara: Liberte Yayınları, 2014.

Mayer Danièle, “Le Droit Pénal Promoteur de la Liberté des Moeurs”, *Les bonnes moeurs*, présentation par Jacques Chevallier, Paris: Presses Universitaires de France, 1994, ss. 55-60.

Nişanyan Sevan, Nişanyan Sözlük, Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, <http://www.nisanyansozluk.com/?k=m%C3%BCstehcen&view=annotated>.

Önder Ayhan, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 1991.

Özbek Veli Özer, *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.

Özbek Veli Özer-Doğan Koray-Bacaksız Pınar-Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Parlar Ali, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt II, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.

Polat Oğuz, *Klinik Adli Tıp: Adli Tıp Uygulamaları*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.

Sel Yayıncılık, Savcılık İfadesi, <http://www.selyayincilik.com/duyuru/ama-sayin-willam-burroughs-yazmayin-oyle-burasi-turkiye-15>.

Skeat, Walter W., *An Etymological Dictionary of the English Language*, New York: Dover Publications, 2013.

Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Şahin Cumhuri, “Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik”, *Bilirkişilik Sempozyumu (9-10 Kasım 2001)*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2001, ss. 190-236.

Taner Selda – Sarı Merve, “Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?”, [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf)

Taneri Gökhan, “Müstehcenlik Suçu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2018, ss. 561-624.

The Swedish Academy, The Nobel Prize in Literature 2004, <https://www.nobelprize.org/prizes/literature/2004/summary/>.

Topaç Tahir Hami-Gürühan Caner-Aygün Aydın, “Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Değer Taşıyan Eserlerde Müstehcenliğin İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı:25, 2016, s. 153-168.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, 12.05.2003, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>.

Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&view=bts](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts).

Uygur Gülriz, “Genel Ahlâkın Vazgeçilmezliği (mi?)”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2018, ss. 12-14.

Yalkut Necdet, “Türk ve İtalyan Hukukunda Müstehcen”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 3-4, 1976, ss. 279-286.

Yarsuvat Duygun, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1977, ss. 647-715.

Yaşar Osman-Gökcan Hasan Tahsin-Artuç Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.