

## TÜRKİYE YARGISININ AHLÂKLA İMTİHANI: "DOĞAL OLMAYAN" İLİŞKİ

Kadir Eryılmaz\*

---

\* Araştırma Görevlisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

## 1. Giriş

Anayasa Mahkemesi'nin son dönemde, Türk Ceza Kanunu'nun müstehcenlikle ilgili 226. maddesine ilişkin olarak verdiği karar, medyaya "devletin resmi ilişki biçimi belirlendi" şeklindeki haberlerle yansıdı.<sup>1</sup> Karar, anılan maddede geçen "doğal olmayan ilişki" kavramının anayasaya uygun olduğunu belirterek kaldırılmasının gereksiz olduğundan bahsediyordu. Olay üzerine tartışmalarda genellikle Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının ne anlama geldiğinden bahsediliyor, ancak bunun ilk derece mahkemeleri ve yüksek yargı tarafından uzunca bir süredir uygulanan bir pratik olduğu es geçiliyordu. Diğer yandan konu üzerine yazılıp çizilenlere bakıldığında karara karşı eleştirilere şahit olunabilmekte, fakat bunu kuramsal bir çerçeveden açıklayan az sayıda yazı bulunmaktaydı.

Karara konu olan ibarenin konunun heteroseksüalitenin dayatılması bağlamında, toplumsal cinsiyet çalışmaları gibi alanlar üzerinden değerlendirilmesi mümkündür. Ancak biz, sorunun bu boyutunu dışlamadan bir başka konuya odaklanacağız. Anayasa Mahkemesi'nin bahis konusu kararını ve Yargıtay'ın artık bir rutin haline gelmiş, yani örtük bir içtihat olarak sayabileceğimiz yorumunu ele alacak; bunu Hart ve Devlin tarafından tartışma konusu yapılan, hukuk ve ahlâk arasındaki ilişkiye dikkat çekerek incelemeye çalışacağız.

Bunun yanında genel ahlâktan bahsederken, belli bir zaman içerisinde geçerli olan değer yargıları tarafından içi doldurulan "doğal" gibi bir kavramın özcü potansiyelini de not düşeceğiz. Ayrıca ahlâkın, oldukça değişken bir yapı arz etmesine rağmen hukuk alanına alınırken nasıl donuklaştırıldığına işaret edeceğiz. Bunun için öncelikle, tanımlama sorununu aşmak adına genel ahlâk kavramını açıklayalım.

## 2. Sorunun Kökeni: Genel Ahlâk

Kanunların içerikleri incelendiğinde, yasa koyucuların gündelik hayatta oluşabilecek her durumu öngörüp bunlara karşı önlem almasının imkânsızlığı görülebilir.

Karşılaşılabilecek ihtimaller, bazı durumlarda bilinçli bir şekilde hukuk alanına dâhil edilmezken bazen de boş yani uygulayıcıların yorumlarına bırakılmıştır. Ancak yasalaştırma sürecinde boşlukların, belirsiz ve taraflı ifadelerin tercih edilmesi toplumun bir kesiminin kendi yaşam tarzını dayatması tehlikesini doğurabilir (Bulut, 2000: 32). Söz konusu durumun önemli bir örneği, kamu düzeni kadar sık karşılaşılabileceğimiz "genel ahlâk" kavramıdır.

Genel ahlâka ilişkin olarak değerlendirilen normlara bakıldığında, nelerin bu kavramın kapsamına dâhil olacağı konusunda kesin bir yorum yapmak mümkün değildir. Yani genel ahlâktan neyin kastedildiği, bu kavram içeriklendirilirken temel olarak alınması gereken unsurun ne olduğu tartışılan konular arasındadır. Ahlâk kavramı basitçe, kişiler arası ilişkilerde davranışlara ilişkin geçerli bir grupta, belirli bir zamanda ya da genel olarak geçerli olan, olması istenen, çeşitli değer yargıları sistemleri olarak tanımlanabilir. Yani ahlâk olgusu zamana ve yere göre değişiklik gösteren değer yargıları ve davranış kuralları ile pek değişiklik göstermeyen değer yargıları ve davranış kurallarından oluşur (Kuçuradi, 2009: 31, 33).

Burada değer yargıları ve değerler arasında bir ayrım yapılması gerekir. Değer yargıları, bilgi temelli olmadıkları için değişken olup olmalarına bakılmaksızın eylemlerin değerinin bilgisine dair yol gösterici olamaz, aksine ezbere yapılan bir akıl yürütmeye sebep olur (Kuçuradi, 2009: 38). Diğer bir ifadeyle, yalnızca o değer yargısını paylaşanlara yönelik bir mutabakat zemini kurar. Yani bir toplumdaki paylaşılan ortak kanı, ne kadar fazla kişi tarafından benimsendiğine bakılmaksızın değer yargısı olma niteliği taşıyabilir. Dolayısıyla değerleri merkeze alan bir görüş için yeterli bir argüman sağlamaz. Dolayısıyla incelediğimiz madde bağlamında tartıştığımız genel ahlâk kavramının, genel ahlâkın varlığı üzerine uzlaşmış topluluğun değer yargılarına işaret ettiğini söyleyebiliriz.

Bunun yanında genel ahlâkın ortaya çıkabilmesi için toplumun tümünün ortak bir görüş beyan etmesi zorunlu değildir. Zira genel ahlâk, toplumun tamamının üzerinde

<sup>1</sup> Bkz. <http://www.milliyet.com.tr/anayasa-mahakemesi-nin-cinsel-gundem-2047084/> (Son Erişim Tarihi: 20.10.2015); <http://bianet.org/bianet/yasam/163936-dogal-olmayan-iliski> -

goruntulerine -ceza - anayasa-ya-uygunmus (Son Erişim Tarihi: 20.10.2015)

uzlaştığı bir olgu değildir. Çünkü genel ahlâkı oluşturan, toplumdaki topluma değişen, göreceli ve rastlantısal olabilen değer yargılarıdır (Aydın, 2015: 4). Bu noktada Kuçuradi'nin (2009) yaptığı, etik ve ahlâk arasındaki ayrımı değinebiliriz. Kuçuradi'ye göre etik, kendine "iyi"nin veya "iyi olanın" kaynaklarını konu edindiği, yani bir değer veya değerler bilgisinden hareket ettiği için genel ahlâktan tamamen farklı bir kavramı ifade eder. Dolayısıyla genel ahlâkı tanımlamak, soruna yönelik bir çözümleme yapmaya ışık tutabilir.

Genel ahlâk kavramı, tanım olarak ahlâka benzese de belirlendiği kitle bakımından farklılık gösterir. Bu kavram, davranışlara dair, olması gereken kurallar belirleyerek inanılan yargıları korumaya hizmet eder. Ancak ahlâk kavramı; kanun koyucular, yargı mensupları gibi otorite olarak görülen çeşitli hukuki aktörler tarafından hukuk alanının içine alınmadıkça uygulanmaz. Bundan hareketle başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere genel ahlâkın Türkiye'deki yargısal alanda tanındığını söyleyebiliriz. Mahkeme bir kararında, genel ahlâkı; *"Belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam"* olarak tanımlayarak bu kavramı tanıdığını belirtmiştir.<sup>2</sup> Mahkemenin tanımı incelendiğinde hangi değerlerin genel ahlâkın içinde olacağına dair kesin bir belirleme yapılmış olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla genel ahlâkın yorumlanmasında, mevcut dosyaya bakan hâkimin değer yargılarının büyük rolünün olduğu söylenebilir.

Genel ahlâk gibi soyut bir kavram söz konusu olduğunda, bu kavramın ceza normlarıyla nasıl bir ilişki içinde olacağı, devletin fiziksel ve simgesel şiddet tekeline yansıtan cezalandırma yetkisini elinde bulundurması dolayısıyla önem taşımaktadır. Zira egemen grubun ahlâk anlayışının "normalleştirilmesinde" ve ezilen gruba dayatılmasında genel ahlâk, kamu düzeni gibi muğlak kavramların önemli bir rol oynadığı görülebilir. Buradaki kavramların rolünü açıklamak için ahlâkın hukuk ile olan ilişkisine dair, iki temel hat üzerinden devam eden tartışmalara geçebiliriz.

### 3. Ahlâk Mı, Hukuk Mu?

Genel ahlâkla hukuk arasındaki bağlantıya ilişkin, H.L.A Hart ve Patrick A. Devlin arasında geçen meşhur polemik teorik bir çerçeve olarak alan bir değerlendirme yapmaya çalışırsak, karşımıza iki temel görüş çıkacaktır. Bunlardan ilki Türkiye'deki yasalara faaliyetleri sırasında görüşleri oldukça taraftar bulan Devlin'in görüşüdür. Devlin'in esas sorunsalı, hukuk alanı ve ahlâk alanı arasında nasıl bir ilişki olduğu ve hukukun ahlâka ait olarak görülen konularda söz söyleme hakkına sahip olup olmadığı konusundadır (Uzun, 2005: 7).

Devlin, bu tartışmada ahlâka özel bir önem atfeder ve hukukun karışmayacağı, özel bir ahlâk veya ahlâksızlık alanının olmadığını söyler. Ona göre tartışmanın odak noktası, belli bir kişiye zarar verme kriteri olmamalıdır, yani bazı fiillerin işlenmiş olması kimseye zarar vermese dahi toplumun ahlâk anlayışına zararlıdır. Daha açık bir ifadeyle, toplumu bir arada tutulan asıl unsur, görünmez bir bağ olarak tarif edebileceğimiz ahlâktır. Devlin burada bu bağların korunabilmesi için devlete, toplumun devamını sağlayacak ortak ahlâkı korumaya yönelik önlemleri alma ödevi yükler. Dolayısıyla toplumu koruma amacıyla, harç gibi bireyleri bir arada tutmayı sağlayan ahlâk kurallarını korumak da devlete düşen bir görevdir. Bireylere düşen ise toplumu oluşturan bir parça olmaktan doğan, ortak ahlâka uyma edimini gerçekleştirme şeklinde cisimleşen bedeli ödemektir (Uzun, 2005: 11).

Devlete yüklenen bu düzenleme görevi aynı zamanda kendini tehdit eden görüşlere karşı kendini koruma amacıyla bir çeşit meşru müdafaa hakkı doğmasına neden olur. Burada bahsedilen devlet ve toplum arasındaki çakışma, meşru müdafaa üzerinden gerçekleşir. Daha açık bir ifadeyle Devlin, eğer devletin kendini ortadan kaldırmak isteyen yıkıcı faaliyetleri yasaklayıp onlara yönelik önlem alıyorsa aynısı toplum için de mümkün olduğunu söyler (Devlin, 1975:13). Yani toplum da tıpkı devlet gibi kendini yıkmaya çalışan faaliyetlere karşı bir savunma mekanizması geliştirme hakkına sahiptir. Bu

<sup>2</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1963/128 K. 1964/8 numaralı kararı.

nedenle Devlin'e göre, hukukun ahlâkı dayatması meşrudur (Aydın, 2015: 2)

"Toplumun refahı için kurulu bir ahlâk da, iyi kurulmuş, bir devlet kadar gereklidir. Toplumlar dışarıdan ziyade daha çok iç baskılarla çökerler. Ortak ahlâkın var olmadığı durumda dağılma ortaya çıkar. Tarih gösterir ki ahlâk bağlarının gevşemesi, dağılmanın ilk aşamasıdır. Bu nedenle toplum aynı devletini ve diğer hayati kurumlarını korurken kullandığı yolları, toplumun ahlâkını korumak için de kullanabilir." (Devlin, 1975:13)

Bunun sonucu olarak Devlin ceza hukukunu, ahlâki değerlerin korunması açısından bir araç olarak öngörmekten de öte, ahlâki kuralların bir yansıması olarak değerlendirir.<sup>3</sup> Bu görüşünü savunmak için Devlin, "...ceza hukuku, ahlâk ilkesi üzerine bina edilmiştir. Pek çok suçta işlevi, ahlâki bir ilkeye hukukî zorlama kazandırmaktan başka bir şey değildir" diyerek ifade eder. (Bayles'ten aktaran Uzun, 2005: 7)

Karşıt görüş ise Hart'ın öncülüğünü yaptığı liberal anlayıştır. Hart, Devlin'in iddialarına karşı, belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlâka aykırı olması, bu davranışı hukuk tarafından cezalandırılabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli olup olmadığını tartışır (Hart, 2011:15). Yani ahlâksız davranışın kendinde bir suç olarak görülüp görülemeyeceği sorununun inceler.

Hart'a göre, sorunun cevabı olumsuz olacaktır. Bir davranışın ortak standartlara göre ahlâka aykırı olması, bu davranışı hukuk tarafından cezalandırmaya yetmez. Hart, cezalandırmadan bahsedebilmek için bir başkasına zarar verme veya böyle bir tehdidin mümkün olması gerektiğinden bahseder. Bu bakımdan Mill'den etkilenerek (Koloş, 2014: 2) ceza hukukunun ancak başkasına zarar veren davranışları suç sayarak bir cezalandırma sistemi öngörebileceğini, yani ahlâkın dikkate alınamayacağını belirtir. Hart'ın ifadesiyle Devlin'in pozisyonu "*kötülüklerin*

*bastırılması, yıkıcı faaliyetlerin önlenmesi ile aynı derecede hukukun işidir*" şeklindedir (Hart, 2011:25).

Hart, ayrıca ahlâkın göreceli ve değişebilir niteliğini ileri sürerek toplumun bozulduğu iddiasına itiraz eder. Hart'a göre geleneksel cinsel ahlâktan sapanların topluma düşman olduklarına dair bir kanıt yoktur (Hart, 2011: 53). Dolayısıyla toplumun var oluşu her durumda belirli bir tarihteki ahlâk anlayışına işaret etmez (Hart, 2011: 54). Yani geleneksel ahlâk değişse bile bu toplumun mahvolması ve yıkılması değil daha çok toplumun muhafazası ve gelişmesiyle ilişkili olan bir anayasal değişiklik gibidir. Bu yüzden ahlâk kurallarının dayatılması, potansiyel hak ihlalleri tehlikesini içerir (Aydın, 2015: 3).

Liberal görüşe göre, ahlâksız bir eylem ancak zarar prensibi kapsamında cezalandırılabilir. Burada zararlı eylemin aynı zamanda ahlâksız olması, rastlantısal bir nitelik taşıdığından ahlâka aykırılık ile zarar arasında bir ilişki şart değildir. Hart'ın temel pozisyonu, Devlin'in iddiası olan geleneksel ahlâktan sapmaların topluma zarar vereceği iddiasının temelsiz olduğudur. Aslında, ahlâksızlığın topluma zarar verdiğini iddia etmek çok kolay ama bunu gösterebilmek, kanıtlayabilmek kolay değildir (Aydın, 2015: 3).

Temel hatlarını kısaca açıkladığımız bu tartışma, aslında İngiltere'de gerçekleşen bir yasalştırma çalışması<sup>4</sup> sonrasında ortaya çıkmasına rağmen, içerdiği ana sorun evrensel olduğu için birçok farklı konuya katkı yapması mümkün olmuştur. Özellikle Türkiye'de genel ahlâk kavramının ceza normlarında kendine sıklıkla yer bulduğunu göz önünde bulundurursak sorunu bu tartışma bağlamında anlamlandırabiliriz. Bu açıdan genel ahlâka ilişkin ifadelerin, yasaklar alanının çevresini aşırı genişlettiği için kanunilik ilkesini zedeleyebileceğini ifade edebiliriz. Ayrıca bu, hukuk uygulayıcılarının kendi ahlâk anlayışlarını dayatmalarının da önünü açar. Bundan

<sup>3</sup> Devlin buradaki argümanını temellendirmek için döneminde geçerli ceza kanununda bulunan; ötenazi, intihar, düello, kürtaj ve ensest gibi bazı örnekler verir. Ona göre bu tarz suçlarda başkasını aldatmak, kullanmak veya zarara uğratmak gerekli değildir. Ancak zamansal değişime göz attığımızda sayılan suçların ceza hukukunun alanından çıktığını görmekteyiz. Öyleyse ahlak anlayışında meydana gelen değişime rağmen toplumun çökmemesi de Devlin'in argümanını çürüten bir başka nokta olarak karşımıza çıkıyor.

<sup>4</sup> Bahsedilen yasalştırma çalışması, Sir John Wolfenden başkanlığındaki "Eşcinsellik Suçları ve Fahşelik Hakkında Komite" adındaki komisyonun 1957'de sunduğu Wolfenden Raporu üzerine gerçekleşmiştir. Komisyonun görevi, İngiltere'de fahişeliğe ve eşcinselliğe ilişkin ceza hukuku normları konusunda değerlendirilme yapmaktır.

hareketle, genel ahlâk kavramının kendine en somut biçimde yer bulduğu durumlardan birini oluşturan “doğal olmayan” ilişki ibaresinin düzenlendiği (225 ve) 226/4. maddeyi yargısal pratiklere de değinerek açıklamaya çalışacağız.

#### 4. Müphem Bir Kavram

Genel ahlâkın zamana ve topluma göre, hatta aynı toplum içerisinde farklı gruplar ve/veya bölgeler arasında bile değişkenlik arz eden, yoruma açık, sübjektif ve göreceli bir kavram olduğunu belirtmiştik. Uygulamaya bakıldığında ise genel ahlâk kavramından çoğunlukla cinsel pratiklerin anlaşıldığı görülmektedir. Hukuksal alandan bahsettiğimiz bir yazıda iktidar alanından bağımsız bir değerlendirme yapmak, elbette eksik bir analize yol açabilir. Burada iktidarın, Foucault'nun (2010) ifade ettiği gibi, yasaklamak ve baskı altında tutmaktan, çok eylemin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğini tariflemek ve bunu dayatmak biçiminde işlediğini akılda tutmak gerekir. Dolayısıyla cinselliğin düzenlendiği durumlarda genellikle “yasaklamak” yerine bunun “nasıl yaşanması” gerektiğine ilişkin bir mekanizmayla karşılaşmaktayız. İktidarın bu pozitif halinin, alana doğal ilişki gibi “belirsiz ifadeler” şeklinde yansıdığını söyleyebiliriz.

Burada bahsettiğimiz, her bir birey tarafından farklı bir şekilde yorumlanabilecek, belirsiz ifadelerden olan “doğal ilişki” gibi kavramlar hukukta kendine yer bulduğunda bunların ne üzerinden tanımlanacağı çoğunlukla tartışmaya yol açabilir. Kişiler kendi dünya görüşlerine göre yorum yaparken ahlâk, din gibi sistemlerden yararlanmayı seçebilirler. Ancak bu durumda da bu tarz normatif sistemlerin hukukla nasıl bir ilişki içerisinde olduğu sorusu akla gelebilir.

Daha önce de vurguladığımız gibi, ahlâk ile hukuk özdeş olmadığından belli noktalarda kesişmeleri, belli noktalarda ayrılmaları normal bir durumdur. Bu kesişme alanının ne kadar geniş olacağı, özgürlükler alanına ilişkin olduğundan

özel bir önem taşır. Genel ahlâkı koruma iddiası taşıyan yasa koyucunun, sübjektif, göreceli ahlâk kavramıyla kişi hak ve özgürlüklerini sınırlandırabilmesi ceza hukukunu aracı kılarak gerçekleşir. Dolayısıyla devletin burada aldığı konum aynı zamanda hak temelli yaklaşıma karşı bakış açısını da ele verir.

Açıklamalarımızdan hareketle konuyu somutlaştırmak adına ilk olarak madde metnine ve gerekçesine göz atabiliriz.

*MADDE 226. - (4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.<sup>5</sup>*

Anılan madde ve gerekçesi birlikte incelendiğinde, toplumda şu anda geçerli olan, ahlâka ilişkin değer yargılarının kusursuz olduğu ön kabulü üzerinden temellendiğinden ve devletin mevcut ahlâk anlayışını dondurarak ideal olarak gördüğü toplum yapısını korunma amacıyla hareket ettiğinden bahsedebiliriz.<sup>6</sup> Bu bakımdan maddeler, ahlâkın göreceli olduğu argümanını tanınamaktadır. Tüm bu sayılanlar birlikte değerlendirildiğinde Türkiye'deki yasa koyucunun, kişinin kendinden bile korunması gerektiğini savunan yasal paternalizm düşüncesinden hareket ettiği söylenebilir.

226. madde açısından gerekçenin, daha çok madde içeriğinin tekrarı olduğu görülebilir. Yalnızca ilk paragrafta müstehcenlik kavramı, genel ahlâk çerçevesinde açıklanıp diğer fıkralar aynen tekrar edilmiştir. Ayrıca uygulamada sorun çıkaran asıl kavram olan “doğal olmayan ilişki” gibi ifadeler tanımlanmamıştır. Aslında 225 ve 226. madde birlikte ele alınırsa ilginç bir şekilde Devlin'in görüşlerinin birebir uygulandığı dikkati çeker. Gerekçede “çocukların korunması”, “halkın ar ve hayâ duyguları”, “topluma

<sup>5</sup> Gerekçede maddenin dördüncü fıkrasına göre; şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışı arzı, satışı, nakli, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya bulundurulması fiilleri suç oluşturacağı tekrar edilmiştir.

<sup>6</sup> Paralel bir şekilde 225. maddenin gerekçesi, maddenin kendisinden geniş bir yasaklama alanı çizmektedir. Diğer bir ifadeyle maddede tüm ahlâka aykırı davranışların cezalandırılması gerektiğine, kanunda belirtilen iki fiilin örnek olarak sayıldığına dair bir izlenim doğmaktadır.

egemen olan değer ve ölçütler” gibi ifadeler, kanunun ve gerekçenin Devlin tarafından kaleme alındığı izlenimini vermektedir.

Kanunda sayılanlar gibi açıkça öngörülen davranışlar olduğu kadar hiç öngörülmemiş veya uygulamacıların açıklamalarına bırakılmış durumlar da vardır. Bunlardan en önemlisi 226. maddenin 4. fıkrasında geçen “doğal olmayan yoldan” ilişki kavramıdır. Maddede önce sayma yoluyla hangi davranışların tasvip edilmediğiyle başlanıp muğlak bir kavramla devam edilmiştir ki, bu da kanunilik ilkesine aykırı bir nitelik taşır.

Sayılan ilişki çeşitlerine bakıldığında pedofili, nekrofil gibi nesnesi rıza belirtemeyecek kişilerin dâhil olduğu ilişki biçimlerinin yasaklanması aslında hak temelli yaklaşıma da uygundur. Ancak arada rıza belirtebilecek yeterliliğe sahip, iki veya daha fazla bireyin kendi aralarındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğini belirlemek paternalizmin en görünür yansımalarından biridir.

Söz konusu doğal olmayan ilişkiler belirlenirken devletin rızayı veya kişinin vücudu üzerindeki hakkını değil toplumun geneline hitap eden, dokunulmaz olanı korumaya yönelik hareket ettiği gözlemlenebilir. Bu durum maddenin gerekçesine: “[...]Böylece, halkın ar ve hayâ duygularının, toplumun ortak edep ve ahlâk temizliğinin korunması amaçlanmıştır. Bu suretle toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve hayâ duyguları, edep töreleri korunmakta ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketler yasaklanmaktadır” ifadesiyle yansımıştır. Bu tarz muğlak bir kavramın kapsamının belirlenmesindeki görevi tekil yargısal aktörlerin değerlendirmelerine bırakılmasının<sup>7</sup> çoğunlukçu bir anlayışa hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

Yargı uygulamalarına bakıldığında ise durumun paralel bir şekilde değer yargılarına bağlı olduğuna tanık olunabilir.

Hangi tür cinsel ilişkilerin doğal, hangilerinin doğal olmayan kapsamına alınacağı yasama ile ilgili belgelerden ziyade anlamını, gerek ilk derece gerekse yüksek mahkeme uygulamalarında bulmaktadır. TCK 226/4. madde kapsamında dava konusu olup temyiz edilen olaylar, Yargıtay tarafından genellikle görev yönünden bozulmaktadır. Davaya konu eylemler ilk derece mahkemeleri tarafından, Yargıtay'ın anlayışına aykırı olarak “doğal” kabul edilip az ceza verilmişse Mahkeme bunları görevsizlik yönünden bozma eğilimindedir.<sup>8</sup>

Bunu konu eden bir olaydaki temel örüntü kendini aslında uygulanan hukukta göstermektedir. Buna göre bir bireyin pornografik içerik taşıyan materyalleri satması sebebiyle hakkında açılan davada incelediğimiz olaylar üzerinden şu ihtimaller ortaya çıkmaktadır. Söz gelimi olaydaki suç, birinci fıkra gereği sulh ceza mahkemesinde görülecektir. Ancak inceleme aşamasında ele geçirilen CD'lerin eşcinsel ilişki barındıran içeriğe sahip olması durumunda ise mahkemenin bunu, dördüncü fıkra kapsamında doğal olup olmaması yönünden tartışması gündeme gelecektir. Bu durumda iki farklı ihtimal söz konusu olur. İlk olasılık, sulh mahkemesinin ilişkiyi doğal olarak kabul edip davayı görmeye devam etmesiyken, ikinci olasılık görevsizlik kararı verip dosyayı asliye ceza mahkemesine göndermesidir. Doğal olarak ilk derece mahkemesi yargıcı verdiği kararın bozulmasının istemeyeceğinden bu konudaki Yargıtay içtihatlarına göre hareket edecektir.

Yargıtay'ın 5. ve 14. ceza dairelerinin vermiş olduğu birçok kararda ise doğal olmayan ilişkinin ne olduğu açık açık tanımlanmasa da üstü kapalı bir sayım gerçekleşmiştir. Şu ana kadar dava konusu olan durumlara bakıldığında Yargıtay'ın anılan dairelerinin heteroseksüel cinsellik dışındaki tüm türleri “doğal olmayan” kategorisinde değerlendirdiğini söyleyebiliriz. Temyize konu olmuş davalar bakımından Yargıtay'ın tutumunu göstermesi

<sup>7</sup> Bahsettiğimiz bu boşluğun doldurulması konusunda davaya bakan hâkimin değer yargılarından başka güvenebileceğimiz bir kriterin bırakılmaması, verilebilecek kararın belirsizliği açısından Amerikan hukuki realistlerinden Jerome Frank'e atfedilen, “hâkimin kahvaltıda ne yediği bile verdiği kararı etkiler” şeklindeki karikatürize edilmiş ifadeyi hatırlatıyor.

<sup>8</sup> Burada dava sürecine ilişkin olarak karşımıza çıkan uygulamadan bahsetmek açıklayıcı olabilir. Davaya konu edilen eylem, 226. Maddenin ilk fıkrasına ilişkin bir içerikteyse dava sulh ceza

mahkemesinin, doğal olmayan ilişkinin bulunduğu 4. Fıkraya ilişkinse asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Dolayısıyla burada Yargıtay'ın tutumunu “bu eylem doğal ilişki kapsamındadır” gibi bir betimleyici bir karşı çıkış olarak değil, davanın yanlış yerde görülmesinden dolayı usule ilişkin bir sakatlık olduğuna dair bir yargı olarak görmekteyiz. Yani burada maddede geçen kavramın içeriğine yönelik bir itiraz vardır, ancak bu itiraz direkt bir müdahale biçiminden ziyade dolaylı olarak, örtük bir biçimde zuhur etmektedir.

açısından birkaç örnek açıklayıcı olabilir. Söz gelimi, Yargıtay'ın 14. ceza dairesinin E. 2011/8283 sayılı kararında anal/oral yoldan yapılan cinsel ilişkiyi doğal olmayan ilişki sayılıp kararı veren sulh ceza mahkemesinin verdiği karar bozulmuştur.

5. Ceza Dairesi de 14. Daire ile benzer bir bakış açısına sahiptir. Daire, E. 2008/14636 sayılı kararında birçok farklı ilişki türü doğal olmayan kategorisine alınmıştır. Bunların arasında lezbiyen ilişki, grup seks ve 14. dairedekine benzer şekilde anal/oral seks de vardır. Yine 5. Dairenin verdiği bir başka kararda (E. 2008/11111) bu fiiller hakkında benzer karar verilmiştir. Belirtilmelidir ki yukarıda verilen kararlar bu konu hakkında verilmiş kararlardan sadece birkaçıdır. Yargıtay'ın doğal olmayan ilişki yorumu aslında sansasyonel ve ayrıksı bir karar olmaktan ziyade yaptırım gücüne sahip, örtük bir içtihat niteliği taşımaktadır. Aynı şekilde 14. Dairenin E. 2012/13056, 5. Dairenin E. 2007/14274 ve E.2008/5396, 2. Dairenin verdiği E. 1992/8579 sayılı kararlar gibi doğal olmayan ilişki kavramının incelendiği başka olaylar da bulunmaktadır.<sup>9</sup>

Dolayısıyla Yargıtay'ın karar vermeye ilişkin bu temayülü, yargısal alandaki aktörlerin pratiklerine etki ederek belirli karar verme örüntüleri oluşturmaktadır. Bu durum, salt belirsiz bir kavramı anlamlandırma faaliyeti olduğu kadar, aynı zamanda oyunun kurallarını da belirleyen bir etki de yaratır. Yani alana yeni girmiş veya alanda yeterli sembolik, hukuksal sermaye biriktirememiş yargısal aktörler, tahmin edilebileceği gibi uyma, takip etme stratejisini izleyerek alandaki sabit fikirden beslenen tavrın sürekli bir biçimde yeniden üretimine katkıda bulunurlar.<sup>10</sup> Bu da genel ahlâk

tartışmalarında sonu gelmeyen bir kısır döngüye yol açmaktadır.

Bu tarz davalarda karşı karşıya kaldığımız bir başka kalıp pratik ise bilirkişi olarak "Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu"nun<sup>11</sup> atanmasıdır. Kurulun görevi, aslında bir olayda veya durumda sadece müstehcenlik olup olmadığını belirlemektir. Görevleri arasında doğal olmayan cinsel davranışların ne olduğunu tespit etmek yoktur.

Tüm bunlara ek olarak Yargıtay "doğal" kavramını özcü bir biçimde kullanarak kavram hatası yaptığını söyleyebiliriz. Mahkeme'nin doğallık argümanı, "doğal olmayan" olarak gördüğü (eşcinsellik vb.) davranışların aslında doğada var olması ve gözlemlenebilmesiyle çürümektedir. Öte yandan Mahkeme'nin kullanabileceği alternatif kavram, olsa olsa normal olmayan davranışlar ifadesidir.<sup>12</sup> Ancak burada da Yargıtay, yetişkin bireylerin rızaya dayalı olarak gerçekleştirdiği cinsel davranışları bu kategoride değerlendiremez. Zira eşcinsellik, grup seks gibi toplumun çoğunluğu ve genel ahlâk tarafından hoşgörülmeven davranışlar, eylemi gerçekleştiren kişiler için zarara yol açmazlar ya da konuları rıza belirtemeyecek kişiler değildir. Dolayısıyla doğal yerine "anormal" kategorisini ikame etmek de sorunu çözemez.

Bu konudaki ilk ve üst derece mahkemeler tarafından gerçekleştirilen yargısal karar vermeye ilişkin kalıp pratikleri yukarıda anlatıldığı şekilde olmakla birlikte, bunun istisnasız, her bir tekil durum için geçerli olduğunu söylemek doğru olmaz. Nitekim doğal olmayan ilişki kavramının taşıdığı belirsizliğin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısındaki yerel bir mahkeme iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi ise E.

<sup>9</sup> Bu durumun her zaman anlatılan şekilde işlemediğini de belirtmek gerekiyor. Örneğin, İstanbul'da Asliye Ceza Mahkemesi'nde görülen bir davada, dosya uzman bilirkişiye gitmiş, bilirkişi, doğal olmayan cinsel davranışların ne olduğunu uluslararası literatüre atıf yaparak açıklamıştır. Raporda, literatürde cinsel sapma olarak kabul edilen birtakım "rahatsız edici" cinsel davranış çeşidine yer verilmiştir. Bunlar; cinsel organları teşhir, eşyalara uygulanan cinsel davranışlar, acı çekerek veya çektirerek yapılan cinsel davranışlar, kamuya açık alanda kendini tatmin etme hareketleri, çocukla ve hayvanlarla yapılan cinsel davranışlardır. Burada görülebileceği gibi ortak olan nokta, cinsel arzuya konu olan nesnelere rıza belirtemeyecek olmalarıdır.

<sup>10</sup> Alanların, farklı niteliklerde olan, ittifak, dayanışma, gerilim ya da mücadele barındıran ilişkiler ağıyla oluştuğunu akıldan tutarsak yargısal alanda da belli stratejilerin öne çıkacağını söyleyebiliriz.

Yargısal alandaki bir aktörün özgül sermayesinin niceliksel oranı ve niteliksel dağılımı geliştireceği pratikleri kaçınılmaz olarak etkileyecektir.

<sup>11</sup> Kurul 2 bürokrat, 1 hâkim veya savcı, 2 eğitimci, 1 doktor, 1 güzel sanatlar uzmanı, 1 akademisyen, 1 gazeteci ve 1 diyanetçiden oluşmaktadır. Görüldüğü üzere psikolog veya psikiyatrist yoktur. Bkz. <http://www.sabitifikir.com/dosyalar/10-soruda-muzir-kurul> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2015)

<sup>12</sup> Normalin neye göre belirleneceği ve normal olarak görülmeyen davranışların yasaklamanın konusu olup olmayacağı tamamen farklı bir tartışmanın konusu olduğundan bunu burada tartışmayacağız.

2014/118, K. 2015/35 sayılı kararında<sup>13</sup>, doğal olmayan ibaresinin aslında suçu işlemek için yapılması gereken seçimlik hareketleri tanımladığını söyleyerek iptal istemini reddetmiştir.<sup>14</sup> Bunun yerine maddede geçen, depolama fiilinden ne anlaşılması gerektiğini tartışmıştır.

Burada mahkemenin iptal isteminin reddine ilişkin kararı üzerine iki farklı ihtimal akla gelebilir. İlki; mahkemenin burada genel ahlâkı (ve elbette ki kamu düzenini) koruduğuna inanılan müstehcenlikle ilgili maddesindeki uygulamanın doğru olduğunu, yani gerçekten heteroseksüel olmayan tüm cinsel pratikleri doğal olmayan sayıp bu yorumu desteklediğini belirmesidir. Kararda genel ahlâka yapılan vurgu ve genel ahlâkın hukukta sınırlama olabileceğine ilişkin açık kabul bu ihtimali güçlendirmektedir. Diğer bir ifadeyle cezalandırma alanında genel ahlâkın bulunması, Mahkeme için bir sorun teşkil edememekte.

Diğer taraftan mahkemenin söz ettiği başka bir nokta ise diğer bir ihtimali açığa çıkarıyor. Mahkeme, doğal olmayan yol ibaresinin her bir tekil durumun kanunda sayılmasının imkânsızlığından dolayı getirilen bir ifade olduğu ve bunun ancak kendi başına suç olan cinsel pratikleri (pedofili vb.) açıklamak için kullanılması gereken genel bir kavram olduğunu ifade ediyor. Öyleyse doğal olmayan yol ifadesi, maddede kendinden önce gelen “*şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde*” ifadesini tanımlamaktan başka bir fonksiyona sahip olmamalıdır.<sup>15</sup> Buradan anlaşılabilirliği gibi kararda hem net bir sonuca ulaşılamamış, hem de aynı hüküm için on yıl boyunca başka bir iptal başvurusu yapılamayacağından yorumlama işi yine uygulamaya bırakılmıştır. Bunun da bir başka kısır döngüye yol açtığını söyleyebiliriz.

## 5. Sonuç

Türk Ceza Kanunu’nun müstehcenliği düzenleyen maddesinde geçen “doğal olmayan ilişki” bağlamında ele aldığımız konunun yalnızca bir yasama faaliyetinden kaynaklanan bilinçsiz bir boşluk, es geçilen bir alan olmadığı yargısına varabiliriz. Burada değerlendirmemizi yaparken yasalaştırma ile yargılama faaliyetlerindeki eş mantıklılığa dikkat çekmeye çalıştık. Bahsettiğimiz durumun, her iki kurum açısından bir yönüyle zımnî bir suç ortaklığı çerçevesinde gerçekleştiğini ifade edebiliriz. Zira anılan belirsiz ifadeler, hem norm alanında hem de uygulama alanında benzer şekilde işliyor. Bireysel pratiklerin nasıl yaşanması gerektiğine dair bazen yasaklama, bazen de tembihleme şeklinde çeşitli yüzlerini gösteren iktidar, söylemi “doğal olmayan” üzerinden kurup belirsiz bir alan oluşturuyor.

Bahsettiğimiz bu boşluk olma durumu ise iki şekilde giderilme ihtimalini içeriyor. İşte burada kurama yansıyan iki ana hatla karşılaşıyoruz. Hart ve Devlin tarafından temsil edilen, yukarıda açıkladığımız iki zıt noktada, hem yasa koyucunun hem de yargısal aktörlerin bireyi kendi davranışlarından dolayı kendine karşı korumayı savunan yasal paternalizmi temsil eden Devlin’e daha yakın olduğu görülüyor. Bunun yanında sözünü ettiğimiz bu boşluğu doldururken karşımıza çıkan karar verme örüntülerinde, Hart’ın bahsettiği hukukun konusu olmayan özel bir ahlâk veya ahlâksızlık alanı olduğu fikrinin de kabul edilmediği de dikkati çeken başka bir nokta olarak öne çıkıyor.

<sup>13</sup> Karar metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150418-10.pdf> (Son Erişim Tarihi: 17.10.2015)

<sup>14</sup> Bununla birlikte, sayma yoluyla getirilen fiillerden sonra gelen “veya” bağlacı, bunları kapsayan bir üst başlık değil başka bir fiili ifade ettiği yönünde bir izlenim doğuruyor.

<sup>15</sup> Her ne kadar ikinci yorum akla daha yakın gelse de gerekçe içerisindeki çelişkili ifadeler mahkemenin kast ettiğinin bu ihtimal

olduğu konusunda şüpheye yol açıyor. Örneğin; Mahkeme, doğal olmayandan anlaşılması gerekenin, kendinde suç olan eylem olması gerektiğini söyledikten sonra genel ahlak konusundaki argümanını sağlamlaştırmak için AİHM’in de bir davada (Müller ve Diğerleri/İsviçre) kendi başına bir suç oluşturmayan eşcinsel ilişkiyi içeren bir materyali müstehcen bulduğunu örnek vererek kendiyi çelişiyor.



## KAYNAKÇA

- Aydın, M. B. (2015) Kurgu Eserler, Çocuk Pornografisi ve Cezalandırma, [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_844745e77a5947ecae017baadf884c65.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_844745e77a5947ecae017baadf884c65.pdf) (Son Erişim Tarihi: 15.10.2015)
- Bulut, N. (2000), "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlâk", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, , ss. 29-42.
- Devlin, P. (1975). Enforcement of Morals. USA: Oxford University Press.
- Foucault M. (2010). Cinselliğin Tarihi. (Çev. H. U. Tanrıöver), İstanbul: Ayrıntı Yay.
- Hart, H.L.A. (2001). Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk, (Çev.:E. Öz), Ankara: Dost Kitabevi Yay.
- Koloş U. (2014). Hart - Devlin Tartışması. <http://yenihukuk.blogspot.com.tr/> (Son Erişim Tarihi: 12.10.2015)
- Kuçuradi, İ. (2009). Uludağ Konuşmaları, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yay.
- Uzun, E. (2005). "Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması", Eskişehir Barosu Dergisi, S. 6, Şubat 2005, ss. 152-171.
- <http://www.milliyet.com.tr/anayasa-mahakemesi-nin-cinsel-gundem-2047084/> (Son Erişim Tarihi: 20.10.2015)
- <http://bianet.org/bianet/yasam/163936-dogal-olmayan-iliski-goruntulerine-ceza-anayasaya-uygunmus> (Son Erişim Tarihi: 20.10.2015)
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150418-10.pdf> (Son Erişim Tarihi: 17.10.2015)
- <http://www.sabitfikir.com/dosyalar/10-soruda-muzir-kurul> (Son Erişim Tarihi: 25.10.2015)