

## Kurgu Eserler, Çocuk Pornografisi ve Cezalandırma

Murat Burak AYDIN\*

**Özet:** Türk Ceza Kanununun 226. maddesi, müstehcen görüntü, yazı veya söz içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanımının cezalandırılacağını öngörmüştür. Peki ya anime, çizgi film, kurgu kitap gibi eserler çocuk pornografisi kapsamında cezalandırılabilir mi? Bunun yapılabileceği kabul edilirse, cezalandırma nasıl gerekçelendirilecektir? Bu gerekçelendirmenin, 226. maddedeki gibi -gerekşesinden anladığımız üzere- ahlaktan değil ama hakkı koruma düşüncesinden hareket edilerek yapılacağı iddia edilebilir. Ancak bunun için öncelikle, içerisinde çocukların bulunduğu kurgu eserlerin bir hak ihlaline sebep olup olamayacağı tartışılmalıdır. Kurgu eserlere dair 226. madde kapsamındaki “Müstehcenlik” üzerinden verilmiş az sayıda yargı kararı vardır. Ancak bunlarda da kurgu çocuk pornografisinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışmasının yapılması bir yana, doğrudan ahlak üzerinden gidilerek hüküm verilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri’nde ise sansürün bu boyutu mahkemelerde daha canlı tartışmalara konu olmuştur. Bu çalışmanın temel amacı kurgu eserlerin çocuk pornografisi kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağını liberal görüş, feminist görüş ve uluslararası metinler çerçevesinde tartışmak ve mahkeme kararlarında genel ahlaka aykırılıktan öte bir gerekçenin bulunup bulunmadığını araştırmaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Pornografi, sansür, ahlak, kurgu eserler.

### 1. GİRİŞ

Hukukun pornografiye müdahalesi bazı fikirlerle temellendirilmiştir. Çocuk pornografisi için de benzer ama ek bazı sebepler ortaya konulabilir. Pornografiye karşı ileri sürülebilecek en temel üç görüş liberal görüş, feminist görüş ve ahlak temelli görüştür. Bu görüşler ve hukukla ilişkileri aşağıda tartışılacaktır. Ancak esas sorun, yani bu çalışmanın konusu, içerisinde çocuğun yer aldığı sanal pornografik eserlerin yasaklanması için aynı argümanlar geçerli olabilecek midir? İçerisinde bir çocuğun yer aldığı bir sanal pornografi veya yazılı eser için hem fikirsel hem de yasal bir temel var mı? Eğer sanal pornografi cezalandırılmıyorsa çocuk çizgi pornografisi, yetişkin çizgi pornografisinden daha mı ağır cezalandırılmalıdır? Bunun için mevcut yasa maddeleri yeterli midir?

Türk Ceza Kanunu’nun pornografik eserleri ilgilendiren 226. maddesi bu sorulara sistemli bir cevap verebilecek kapasitede değildir. Sistemli bir cevap veremez çünkü anlatılacağı üzere gevşek bir temellendirmeden, yani ahlaktan hareket etmektedir. Bu konuya ilişkin yayınlanmış sayılı miktarda mahkeme kararında da hiç ama hiç kurgu ve gerçek eser üzerine bir tartışmaya girilmemiştir. Yargı kararları böyle olduğu gibi müstehcenlikle ilgili yasa maddesi de böyle bir ayırım yapmamaktadır. ABD mahkemeleri ve hukukları ise bu meselelere daha fazla yer vermiştir.

---

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

Ceza kanunu müstehcen eserleri üretmeyi ve dağıtmayı cezalandırmaktadır, bu eserlerin üretiminde çocuklar kullanılmışsa daha ağır cezalandırmaktadır. Ancak mevcut yasa maddesi, müstehcen eserlerin üretiminde sanal çocukların kullanılması durumunda tartışmalı sonuçlara sebep olmaktadır. Özetle, kurgu pornografik eserlerin ve özellikle içerisinde çocukların yer aldığı kurgu pornografik eserlerin yasaklanması hem fikri hem de yasal bakımdan problemlili bir konudur. Bu çalışma şimdi bu problemi aydınlatmaya çalışacaktır.

## **2. AHLAK VE HUKUK TARTIŞMASI**

Ahlakın hukukla dayatımı tartışılmalı bir konu olmuştur. Hukukumuzdaki mevcut müstehcenlik düzenlemesi de bu nedenle sorunludur. Tartışmanın iki karşıt görüşü liberal görüş ve muhafazakar görüştür. Bu kısımda her iki görüşün argümanları aktarılmaya çalışılıp tartışma özetlenecektir. Ardından hukukumuzda ahlakın hukuken dayatımı incelenecektir.

Muhafazakar görüşün temsilcisi Lord Devlin'in temel argümanı, toplumu bir arada tutan şeyin ahlak olduğu ve bu ahlaktan sapanların topluma zarar verdikleri ve bu nedenle toplumun kendini savunma hakkı olduğudur. Ona göre, kralın düşmanlarına ve iç ayaklanmalara karşı yönelmiş vatan hainliği yasasının gerekçesi; toplumun varlığı için kurulu bir devletin gerekli olması ve bu nedenle devletin yıkımına ve alaşağı edilmesine karşı bir güvence oluşturmasıdır (Devlin, 1975:13). Devlin bu akıl yürütmeyi toplumun ahlakı için de kullanır:

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

Yani Devlin'in pozisyonu kısaca, ahlakın toplumu oluşturan şey olduğu, toplumun onsuz dağılacığı, bu nedenle toplumun aynı vatan hainliğinde olduğu gibi kendisini meşru müdafaa hakkı olduğu yönündedir. Bu nedenle, ona göre, hukukun ahlakı dayatması meşrudur. Hart'ın ifadesiyle Devlin'in pozisyonu “kötülüklerin bastırılması, yıkıcı faaliyetlerin önlenmesi ile aynı derecede hukukun işidir” şeklindedir.(Hart, 2011:25) Aslında Devlin'in argümanı akla ilk gelen türden bir argümandır. Ahlaksızlık topluma zarar verir, o zaman ahlakı yasayla korumak meşrudur. Korunmazsa toplum çökecektir.

Bu muhafazakar görüş karşısında Hart bir dizi konferansla bu görüşü eleştiriye girişir. Sorduğu temel soru “belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlaka aykırı olması, bu davranışı, hukuk tarafından cezalandırabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli midir?” (Hart, 2011:15) sorusudur. Hart bu soruya, liberal görüşün dayandığı en temel fikir olan Mill'in zarar prensibine göre cevap verir. Buna göre birisini, onun rızası dışında

cezalandırabilmenin tek koşulu ortaya çıkacak bir zararı önlemektir (Mill, 1999:13). Hukuki zorlama yapabilmek için zarar dışında başka şartların da var olabileceğini kabul eden Hart, ahlakın dayatımı konusunda Mill'i haklı bulur. Yani ona göre, ahlakın hukuken dayatımı ancak ve ancak "uygar bir toplumda kendi rızasına aykırı olarak haklı bir biçimde cezalandırabilmenin tek koşulu başkalarına gelecek zararı önlemek" (Mill, 1999:13) ilkesi dahilinde mümkün olabilir. "Kendi fiziksel veya ahlaki iyiliği yeterli bir sebep değildir" (Mill, 1999:13). Ayrıca, zorlamayı ve kişiye kötülüğe uğratmayı gerekçelendiren zararın yapısına ilişkin olarak da yapılmasını istemediğimiz davranışın bir başkasına zarar vereceği hesaplanmış (saptanmış) olmalıdır (Mill, 1999:13). Yani cezalandırmayı meşru kılacak zarar da önyargıya dayanmayıp kesin olmalıdır.

Hart'a göre geleneksel cinsel ahlaktan sapanların topluma düşman olduklarına vereceklerine dair bir gösterge yoktur (Hart, 2011:53). Bu tür bir iddia ezbere değerlendirmedir. Ayrıca Hart, ahlakın değişkenliğine de değinmiştir. Ortak bir ahlak, toplumun varlığı için gereklidir önermesi Hart'a göre kabul edilebilir (Hart, toplumun, hukukun zarar verici fiilleri yasaklamasını yansıtan ve tamamlayan bir ahlak olmaksızın var olamayacağını kabul eder.) bir önermeyken toplumun belirli bir tarihteki ahlakıyla özdeş olduğu ve bu ahlakındaki değişimin toplumun yıkımı anlamına gelmesi önermesini kabul edilemez bulur (Hart, 2011:54). Yani ona göre geleneksel ahlak değişse bile bu toplumun mahvolması ve yıkılması değil daha çok toplumun muhafazası ve gelişmesiyle ilişkili olan bir anayasal değişiklik gibidir (Hart, 2011:54).

Yani Hart kısaca, ahlakın hukuken dayatılamayacağını çünkü bu tür ahlaka aykırı eylemlerin toplumu zayıflattığına ya da yıktığına dair Devlin'in görüşünü destekleyecek bir kanıt olmadığıdır. Fakat liberal görüş uyarınca, ahlaksız bir eylem ancak zarar prensibi kapsamında cezalandırılabilir. Burada zararlı eylemin aynı zamanda ahlaksız olması rastlantısaldır. Yani eylemin ahlaka aykırı olması ile zarara sebep olması arasında bir ilişki yoktur. Hart'ın temel pozisyonu, Devlin'in iddiası olan geleneksel ahlaktan sapmaların topluma zarar vereceği iddiasının temelsiz olduğudur. Aslında, ahlaksızlığın topluma zarar verdiğini iddia etmek çok kolay ama bunu gösterebilmek, kanıtlayabilmek kolay değildir.

Muhafazakar görüşün pornografyi yasaklamak için kullanacağı argüman, pornografinin topluma zarar verdiği veya pornografinin müstehcen, ayıp veya günah oluşudur. Liberal görüş ise pornografinin cezalandırılmasını ancak ve ancak pornografinin ve çocuk pornografinin gerçek bir zarara sebep olduğunun kanıtlanabilmesi durumunda kabul edecektir.

"Müstehcen" ifadesi ahlaki bir yargı ve kınama içeren bir sözcüktür (Marakoğlu, 2014:24). "Çirkin sayılan", "ayıp", "utanç verici" anlamlarına gelen Arapça *mustahcan* kelimesinden dilimizi geçmiştir (Nişanyan: "Müstehcen"). Günlük kullanımda da

müstehcen durumlar “utanç verici” ve “ayıp” olarak kabul edilirler. Bu nedenle “müstehcen” ifadesi bir değer yargısından ibarettir. Bu değer yargıları da yere ve zamana göre değişmektedir. Yani müstehcenlik ahlak temelli bir kavramdır.

Ahlak olgusu zamana ve yere göre değişiklik gösteren değer yargıları ve davranış kuralları ile pek değişiklik göstermeyen değer yargıları ve davranış kurallarından oluşur (Kuçuradi, 2009:33). İster değişken olan ister değişken olmayan değer yargıları eylemlerin ve kişilerin değerinin bilgisini edinmeyi sağlamaz; ezbere değerlendirmelere götürür (Kuçuradi, 2009:38). Değer yargıları, sadece, eylemi veya kişiyi değerlendirenlerin kendilerinin benimsemiş olduğu değer yargılarını açık ederler (Kuçuradi, 2009:39). Yani değer yargıları bilgi temelli değildir. Sadece o değer yargısına sahip olanın görüşünü ifade eder. Örneğin bir topluluğun %99'u “sokakta öpüşmek kötüdür” değer yargısını benimsemiş olsa bile bu ifade, “sokakta öpüşmenin” ve öpüşenlerin değerine dair bir bilgi vermez, sadece tek tek %99'u oluşturan kişilerin bu eylem hakkındaki görüşünü belirtir. Benzer bir biçimde, müstehcenliğin değer yargılarıyla alakalı bir durum olduğu görüldüğünde, aslında bilgi temelli olmadığı anlaşılır. Bir eserin müstehcen bulunması onun kendisinin değerini değil onu müstehcen bulanların değer yargısını ifade eder. Hukukta da, ahlakın bu yapısı nedeniyle, değer yargılarından hareket etmek yerine bilgi temelinden hareket edilmelidir. Aksi durumda büyük değer harcama durumları ortaya çıkacaktır.

Bu nedenlerle ahlaktan hareket ederek kitap yasaklamak veya insan mahkum etmek yargıların veya yasa koyucuların keyfi hareket ettiklerine, ezbere değerlendirmeler yaptıklarına ve ya kendi ya da yasa koyucuların değer yargıları ile hüküm verdiklerine işaret eder.

### **3.KURGUSAL ÇOCUK PORNOGRAFİSİ**

Kurgusal çocuk pornografisi ile ifade edilmek istenen içerisinde sonradan oluşturulan, gerçek hayatla ilgisi olmayan çocuk karakterlerin yer aldığı pornografik ürünlerdir. Bu tür ürünlerin yasaklanması çocuk pornografisinde olduğu gibi çocukların doğrudan cinsel istismarının engellenmesine dayandırılmaz. Çünkü içerisinde istismar edilen gerçek bir çocuk yoktur. Ancak az önce aktarılan liberal ve muhafazakar görüş ile az sonra aktarılacak olan feminist görüş çocuk pornografisi için de uyarlanabilir.

Ahlaki temel alan görüş, müstehcenlikten hareket ederek pornografik ürünleri yasaklanabilir bulurken çocuk pornografisini hayli hayli müstehcen ve yasaklanabilir bulacaktır. Bu görüş zarardan veya hak koruma temelinden hareket etmek yerine, değer yargılarından yola çıktığı için kurgusal eserlerin de yasaklanmasına onay verebilir. Pornografik bir eser içinde kurgusal çocuk karakterler bulunsa bile halen “ayıp” ve “müstehcen” olarak nitelendirilebilecektir.

Liberal görüşün temel pozisyonu olan zarar ilkesi de kurgusal çocuk pornografisine uygulanabilir. Liberal görüş, “pornografi tüketiminin cinsel suçları artırdığını gösteren

güvenilir delilin” varlığı halinde pornografiyi yasaklamayı kabul edecektir (West, 2013). Ancak bu tür bir delilin varlığı tartışmalıdır. İkisi arasındaki ilişkiyi kanıtlayan çalışmalar olduğu gibi, ilişki olmadığını kanıtlayan çalışmalar da vardır. Bu nedenle bu ilişkiyi tek yönlü olarak ele almak gereksiz bir çıkmaza yol açacaktır. Bunun yerine sigara örneğindeki gibi, pornografinin cinsel suçlara sebep olan tek etmen olmadığı (aynı sigaranın akciğer kanserinde tek etmen olmadığı gibi), her pornografi tüketicisinin tecavüze yönelmediği (aynı her sigara içenin akciğer kanseri olmadığı gibi) ancak pornografinin de aynı sigara gibi doğrudan bir sebep sonuç ilişkisi kurulmasa da cinsel suçlar üzerinde etkisi olduğunu düşünmek makul olacaktır. (West, 2013) Ancak bu tartışmalı ortamda liberal görüşün katı zarar prensibi kolay kolay uygulanmayacaktır. Durum böyleyken kurgusal çocuk pornografisinin bir zarara sebep olup olmadığı bu çerçevede içinde sonuçlandırılması daha zor bir konudur. Çünkü içerisinde gerçek karakterlerin yer almadığı hatta bazen insan görünümünden çok farklı karakterlerin yer alabileceği kurgusal çocuk pornografisinin konvansiyonel yetişkin pornografisi gibi zararlı olacağı iddiası ayrıca kanıtlanmalıdır. Bu da yetişkin pornografisinden daha tartışmalı olacaktır.

Diğer bir görüş olan feminist görüşün pornografiye yönelik argümanları da çocuk pornografisi için sürdürülebilir. Feminist görüş, liberal görüşü çıkmaza götüren nedensellik bağına karşı çıkar. Feminist görüşün pornografiye yaklaşımında temel nokta, pornografinin “kadına bir insan olarak muamele etmeyen ve kadına karşı şiddeti öven cinsiyetçi görüşleri ve tutumları kuvvetlendirici” rolüdür (Hoffman, 1985:498). Benzer bir ifadeyle bu görüş, pornografiye, kadınların erkeklere boyun eğmesi açısından yaklaşır (Mackinnon, 2003:228). Yani bu görüş, esas olarak, bir zarar veya ahlaksızlık aramak yerine kadının konumunu pornografi nedeniyle sarsılması ile ilgilidir. Aynı şekilde bu görüş, bağlam gözetmeyen liberal görüşün zarar anlayışını ve pornografinin araba kazalarındaki gibi bir zarara neden olması gerektiği beklentisini eleştirir (Mackinnon, 2003:239).

Feminist görüş kurgusal pornografi için de sürdürülebilir. Çünkü kadının erkek karşısında ikincil bir konuma itilmesi veya ona şiddet gösterilmesinin kuvvetlendirilmesi kurgusal eserler ve gerçekle bağlantısı olmayan sanal çocuk karakterler üzerinden de gerçekleştirilebilecektir. Kurgusal pornografide karakter kurgusal da olsa bir kadın olabilir ve erkek karşısında ikincil konuma itilmesi veya şiddet görmesi halen mümkündür. “Feminist eleştiri, pornografinin genel olarak kadının statüsüne zarar veren cinsiyet ilişkilerini sürdürmeye yarayan ideolojik boyutuna yönelik olduğu gibi pornografik materyaller ile kutsanan ve cesaretlendirilen şiddetin kurbanı olan kadınlara kişi olarak da odaklanır” (Hoffman, 1985:499). Yani kurgusal çocuk pornografisi de olsa kadının statüsüne zarar veren ürünler bu görüşün odağındadır.

### 3.1. Ülkemizde Yasal Durum

Türk Ceza Kanunu'nun Genel Ahlaka Karşı Suçlar başlığı altında yer alan müstehcenlik suçu bu konuyu düzenlemiştir. Ancak, maddenin üçüncü fıkrasındaki "Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi" ifadesi sanal çocukları kapsamıyor görünmektedir. Çünkü gerçek pornografik eserlerde kullanılan şeyler kameralar, erkekler, kadınlar ve çocuklarken kurgu eserlerde fikirler, kalem, kağıt ve belki bilgisayar kullanılır yani ikincisinin üretiminde çocuklar kullanılmaz.

Yasanın gerekçesi de kullanılan ifadeyi doğrular nitelikte değer yargılarından hareket etmektedir. Madde gerekçesi müstehcenliğin nasıl tanımlanacağını şöyle ifade etmiştir: "müstehcenlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde, toplumda egemen olan değer ölçüleri ve yukarıdaki madde gerekçesinde hayasızca hareketler kavramına yönelik olarak yapılan açıklamalar, göz önünde bulundurulmalıdır." Bu gerekçe, maddenin tam olarak az önce gösterilen ahlaktan ve değer yargılarından hareketle formüle edildiğinin kanıtıdır.

Yasada *kullanılmayan* "pornografi" ifadesi ise bu tür değer yargıları içermez. Pornografi, "fahişeliğe ilişkin yazı veya yayın"ları (Nişanyan: "porno") "yazma, çizme, kaydetme" (Nişanyan: "grafi") anlamına gelir. Bu kavram teknik bir ifadedir. Ancak yasada müstehcenlik yerine pornografi kavramına yer verilse bile yargıçlar yine de kolayca ahlaktan hareket edip müstehcen buldukları eserleri pornografi adı altında cezalandırabilirler.

Maddenin çocuklara yönelik üçüncü fıkrası birinci fıkraya göre daha ağır bir ceza öngörmüştür. Bunun iki sebebi olabilir ya çocuk istismarı daha ağır cezalandırılmak istenmiş ya da içerisinde çocukların kullanıldığı müstehcen ürünler daha büyük ahlaksızlık olarak görülmüş bu nedenle daha ağır cezalandırılmıştır. İlk durumun varlığı kabul edilirse, sanal çocuk pornografisi cezalandırılmaz. Çünkü istismar edilen bir çocuk yoktur. İkinci durum, yani ahlaki sebeplerin varlığı kabul edilirse, ahlakın gevşek zemini nedeniyle, sanal da olsa çocuk pornografisi daha büyük ahlaksızlıktır ve bu nedenle daha ağır cezalandırılmalıdır denilebilir. Maddenin gerekçesinden, lafzından ve başlığından daha çok ikinci durumun geçerli olduğu izlenimi rahatlıkla edinilebilir.

Ancak yine de maddenin üçüncü fıkrası lafzen, içerisinde sanal çocukların bulunduğu müstehcen eserlerin cezalandırılması için uygun değildir. Mevcut yasa altında, içerisinde sanal bir çocuğun yer aldığı müstehcen bir eser nedeniyle cezalandırma sadece genel müstehcenlik hükmüne yani birinci fıkraya göre yapılabilir. Maddenin bu haline başvuru ise ancak ahlaki bir görüşle temellendirilebilecektir.

TCK'da yasal durum:

	<b>SANAL</b>	<b>GERÇEK</b>
Yetişkin	Müstehcenlik 226/2 (6 Ay - 3 Yıl)	Müstehcenlik 226/2 (6 Ay – 3 Yıl)
Çocuk	<b>Uygulanabilir hüküm yok.</b>	Müstehcenlik 226/3 (5 – 10 Yıl)

Yani demek ki, sanal çocuk pornografisini mevcut yasal düzenleme altında cezalandırabilmenin tek yolu yargıcın ahlaki bir gerekçe geliştirmesi ve genel müstehcenlik hükmüne (226/2) başvurmasıdır. Çünkü yasanın yasakladığı şey ahlaksızlıktır. Elbette yargıç feminist görüşün argümanlarına da başvurabilir. Ama bu durumda maddenin kapsamının dışında çıkacaktır. Çünkü maddenin temeli ahlaktır. Madde, yargıcı, kurgusal çocuk pornografisi için ahlak temelli bir argüman geliştirmeye itmektedir. Ama bu son ifadeden, yargıçların, madde böyle olmasaydı ahlaki argümana başvurmayacakları anlamı çıkarılmamalıdır.

Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası belgelerde de bu durum ele alınmıştır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'de çocuk pornografisi “*çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan bu belgedeki çocuk pornografisi tanımı da gerçek ve sanal ayrımına cevap verecek nitelikte değildir. Çünkü maddenin ifade şekli gerçek çocukların görüntülerinin taklidini kapsar görünürken tamamen hayal ürünü olan sanal çocukları kapsamamaktadır.

### 3.2. ABD'de Durum

ABD'de *Roth v. United States (1957)* davası ile müstehcenliğin “toplumun o günkü standartları ile değerlendirilerek ve materyal bir bütün olarak ele alındığında, baskın olan temanın ortalama bir insanı şehvete çağırıda bulunup bulunmadığına ve sosyal öneme sahip fikirler taşıyıp taşımadığına” göre tanımlanması gerektiği ve müstehcenliğin anayasada sağlanan ifade özgürlüğü koruması altında olmadığına karar verilmiştir.

Bu davayı takiben *Miller v. California (1973)* ile önceki müstehcenlik tanımı üzerinde değişiklikler olmuştur. Bu karara göre, müstehcenlik testi, “toplumun standartlarına göre makul bir insanı şehvete çağırıp çağırmadığı, eserin açıkça saldırgan bir biçimde eyalet hukukunun özel olarak belirlediği cinsel davranışları içerip içermediği ve eser bir bütün olarak ele alındığında edebi, sanatsal, siyasal veya bilimsel bir değer taşıyıp taşımadığı” biçimini almıştır. Bu kararlar aynı şekilde müstehcenliğin ifade özgürlüğü kapsamında olmadığına karar verilmiştir. Bir önceki tanımdan farkı, ikinci tanımın, edebi, sanatsal, siyasal veya bilimsel değer taşıyan eserleri hariç tutması ve cinsel

davranışların belirlenmesini eyalet yasalarına bırakmasıdır. Diğer fark ise her iki kararda da ortak “toplum standartları” ifadesi Roth kararı ile ulusal düzeyde uygulanırken, Miller kararı ile yerel toplum standartları düzeyinde uygulanmıştır. (Staal, 1998:738 ve 742)

*New York v. Ferber (1982)* kararı ile çocuk pornografisinin müstehcen olmasa dahi beş sebepten ötürü yasaklanabileceği sonucuna varmıştır:

- 1) Çocukların pornografik öznesi olarak kullanılmaları, çocuğun fiziksel, duygusal ve ruhsal sağlığına zararlı olduğunun ilan edilmesi birinci anayasa değişikliğine aykırı değildir.
- 2) Miller kararında verilen müstehcenlik tanımı çocuk pornografisi sorununu çözmeye elverişli değildir.
- 3) Çocuk pornografisinin pazarlanması ve satışı, çocuk pornografisinin üretimi için ekonomik bir motivasyon sağlamaktadır.
- 4) Çocukların kaba ve saldırgan cinsel eylemler içerisinde olduğu canlı performanslar ve bunların fotografik çoğaltımı aşırı derecede az değer taşır. (Yani sanatsal veya bilimsel bir değeri yoktur.)
- 5) Çocuk pornografisinin birinci anayasa değişikliği koruması altında olmaması mahkemenin önceki içtihadı ile uyumludur.

Bu kararın önemi doğrudan çocuk pornografisi ile ilgili olması, bununla ilgili düzenlemelerde müstehcenlik şartı aranmamasının anayasaya aykırı olmayacağını ilan etmesi ve çocuğun göreceği zarara değinmiş olmasındandır.

Konuya dair dönemin içtihatlarına paralel olarak 1996 yılında yürürlüğe giren Child Pornography Prevention Act (CCPA) ile açıkça bir cinsel eylem içerisindeki bir çocuğa ait veya *çocuğa aitmiş gibi görünen* elektronik, mekanik veya diğer yollarla oluşturulmuş fotoğraf, film, video, resim, bilgisayar ile oluşturulmuş fotoğraf veya resimler çocuk pornografisi tanımına dahil edilmiştir (Sternberg, 2001:2796). Bu yasadaki *çocuğa aitmiş gibi görünen* ifadesi sanal çocukların yer aldığı pornografik eserler konusunu çözmek için getirilmiştir (Sternberg, 2001:2797). Bu düzenlemeye göre artık içinde gerçek bir çocuk kullanılsa bile gerçek bir çocuğa aitmiş gibi görünen karakterlerin varlığı (diğer şartların da var olması halinde) cezalandırma için yeterli olacaktır.

Bu yasanın anayasal denetimi *Ashcroft v. Free Speech Coalition (2002)* davası ile yapılmıştır. Bu davada mahkeme, yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olduğunu çünkü sanal çocuk pornografisinin gerçek bir çocuğun cinsel istismarı olmadığını, böyle bir yasağın çok geniş ve anayasa tarafından korunmadığını belirtmiş ve sanal çocuk pornografisinin pedofilleri çocuk istismarına yönlendirdiği görüşünü reddetmiştir (Cisneros, 2002:1-2).

Son olarak, CCPA'nın anayasaya aykırı ilan edilmesinden sonra PROTECT (Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today)



Act isimli yasa yürürlüğe konmuştur. Bu yasa ile sanal çocuk pornografisinin tanımı “açıkça bir cinsel eylem içerisindeki gerçekten *bir çocuğa ait olan veya bundan ayırt edilemez olan* elektronik, mekanik veya diğer yollarla oluşturulmuş fotoğraf, film, video, resim, bilgisayar ile oluşturulmuş fotoğraf veya resimler” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece yasanın kapsamı daraltılmıştır çünkü bir çocuğa ait görüntü ile suçlanan görüntü arasında tartışmaya kapalı bir benzerlik aranmaktadır (Yamada, 2012: 235).

Sonuç olarak ABD’de de bu tür yayınlar genellikle müstehcenliğe dayanarak ve ahlaka dayandırılan temeller ile yasaklanıyor gibi görünse de arka planında hak temelli tartışmalar da vardır. Ancak mahkemeler ve yasa koyucular en azından kurgusal ve sanal olan ve olmayan arasındaki ayrımı da sorunsallaştırmaktadır. Bu iki kategori için farklı kriterler ve yaptırımlar geliştirilmiştir. Yasa koyucunun aşmaya çalıştığı ve anayasal denetime takılan bu durum mahkemelerde geçerli bir savunma olarak da kullanılmaktadır. Ülkemiz ceza yasasında böyle bir ayrımın olmamasına paralel olarak mahkemelerin verdiği kararlar doğrudan ahlaktan hareket edip bu tür bir tartışmaya hiç girmemektedir. Bu ayrımın ne savunma tarafından ne de hakim tarafından ortaya konmadığı bir ortamda yasa koyucunun bu ayrımı kendiliğinden görmesini beklemek iyimserlik olacaktır. Ayrıca mevcut yasa tamamen ahlak temelli, kaba ve geniş bir düzenlemeyken birden böyle ince bir ayrımı düzenlemesini beklemek pek mümkün değildir. Daha makul ve olası bir yol ise bu konuda süregelen bir yargısal tartışma sonucunda yasa koyucunun bu ayrımı düzenlemesidir.

#### **4.SONUÇ**

Yukarıda gösterilmeye çalışıldığı üzere kurgusal çocuk pornografisinin yasaklanması meselesi yasal zeminde açıklığa kavuşturulmalıdır. Çünkü en başta, bunların içinde doğrudan zarar görecektir çocuklar yoktur. Eğer bir zarardan bahsedilecekse bu sanal çocuk pornografisini izleyenlerin bundan etkilenip başkalarına vereceği zarardır ki böyle bir zararın varlığı da liberal görüşçe şüpheyle karşılanmaktadır. Bu tür bir zarardan yola çıkmayan feminist görüş ise sanal dahi olsa çocuk pornografisine karşı argüman geliştirebilecektir. Çünkü bu görüş gerçek bir kişi olarak kadına odaklandığı gibi kadının konumunu da göz önünde tutmaktadır. Ahlak temelli muhafazakar görüş de sanal çocuk pornografisinin yasaklanmasını destekleyebilecektir. Bunu topluma zarar vermesine veya zarar vermese bile kendi başına ayıp ve ahlaksız olmasına dayandıracaktır. Ancak kendi başına ahlak, ezbere değerlendirmeler nedeniyle değer harcamalara sebep olurken bu değer yargılarının hukuka taşınması daha büyük hak kayıplarına neden olacaktır. Bu nedenle böyle bir temellendirmeye hukukta yer yoktur. Hal böyle olunca, eğer sanal çocuk pornografisi yasaklanmak isteniyorsa, bunun formülasyonunun en makul görünen yolu feminist argümana başvurmaktır.

#### **KAYNAKÇA**

Cisneros, D. (2002). Virtual Child Pornography on the Internet: A “Virtual” Victim? *Duke Law & Technology Review*. 1. 1-8.

- Devlin, P. (1975). *Enforcement Of Morals*. USA: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2011). *Hukuk Özgürlük ve Ahlak*. Ankara: Dost.
- Hoffman, E. (1985). Feminism, Pornography, and Law. *University Of Pennsylvania Law Review*. Vol 133 / 2. 497-534.
- Kuçuradi, İ. (2009). Uludağ Konuşmaları. İçinde: *Ahlak ve Kavramları*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.
- Mackinnon, C. A. (2003). *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*. İstanbul: Metis.
- Marakoğlu, A. O. (2014). *Edepsiz Kitaplar*. Ankara: Liberte Yayınları.
- Mill, J. S. (1999). *On Liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1869; Bartleby.com, 1999. [www.bartleby.com/130/](http://www.bartleby.com/130/) [Erişim Tarihi: 28.10.2014].
- Nişanyan, S. Nişanyan Sözlük. <http://www.nisanyansozluk.com/>
- Staal, L.(1988). First Amendment--The Objective Standard for Social Value in Obscenity Cases. *The Journal Of Criminal Law And Criminology*. Vol 78 / 4.
- Sternberg, S. (2001). The Child Pornography Prevention Act of 1996 and the First Amendment: Virtual Antitheses. *Fordham Law Review*. Vol. 69 / 6. 2783-2824.
- West, Caroline. (2013). Pornography and Censorship, İçinde: Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/pornography-censorship> [Erişim Tarihi: 30.10.2014]
- Yamada, B. (2012). Pornoshopped: Why California Should Adopt the Federal Standard for Child Pornography. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*. Vol. 32 / 2. 229-256
- Mahkeme Kararları*
- Roth v. United States (1957). <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/354/476> [Erişim Tarihi: 28.10.2014]
- Miller v. California (1973). <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/413/15> [Erişim Tarihi: 28.10.2014]
- New York v. Ferber (1982). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/458/747/case.html> [Erişim Tarihi: 28.10.2014]
- Ashcroft v. Free Speech Coalition (2002). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/535/234/case.html> [Erişim Tarihi: 28.10.2014]