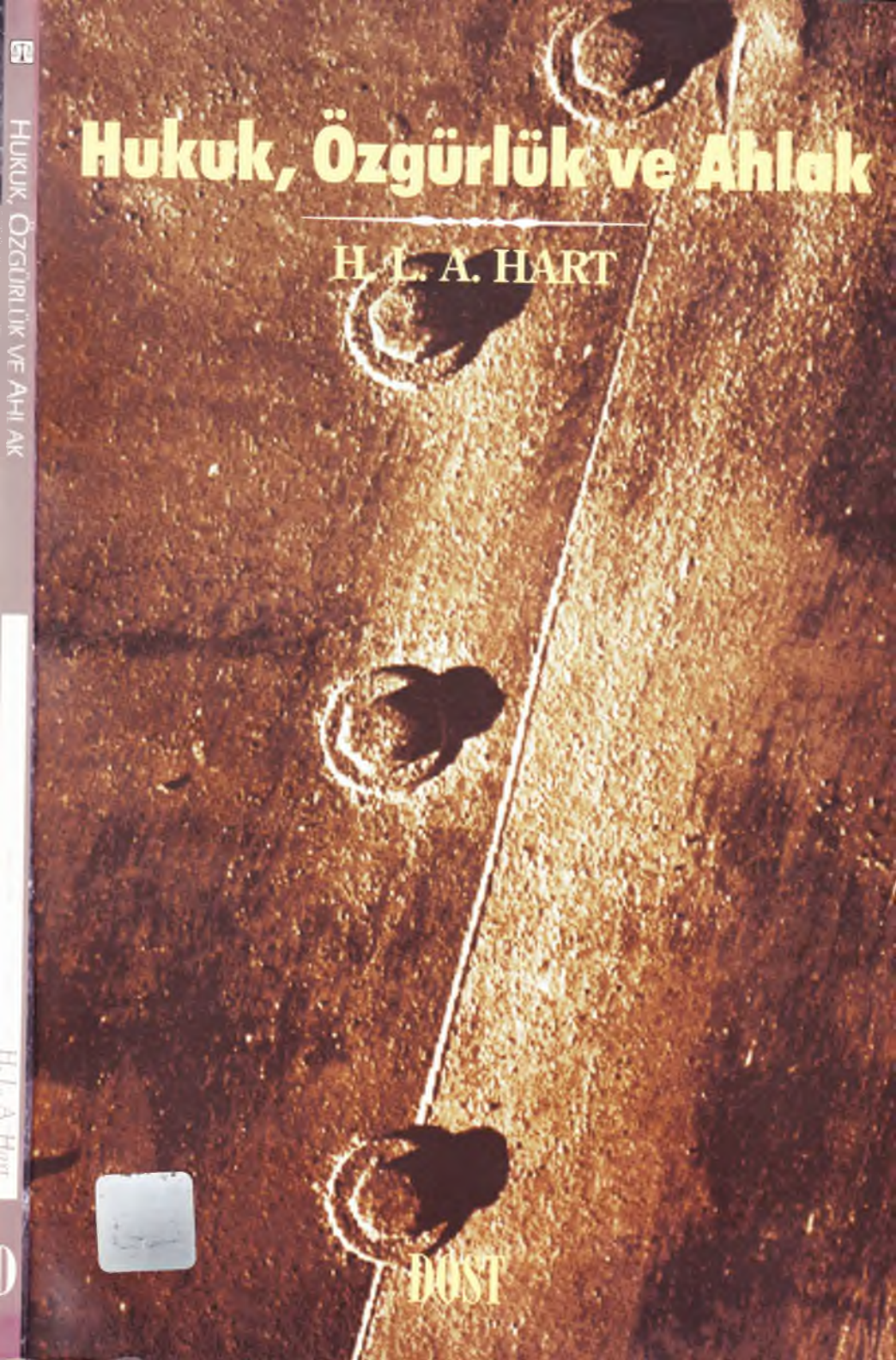

Hukuk, Özgürlük ve Ahlak
H. L. A. HART
DOST

Hukuk, Özgürlük ve Ahlak

H. L. A. Hart

Oxford Üniversitesi'nde Hukuk Felsefesi Profesörü olarak görev yaptı. Temel eseri olan *Concept of Law* (Hukuk Kavramı) adlı kitabı, yayımlandığı günden bu yana hukuk ve siyeset felsefesi alanındaki tartışmaların odak noktalarından birini oluşturur. Diğer kitapları şunlardır: *Causation in the Law* (A. M. Honoré ile birlikte), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*.

D

Hart, H. L. A.
Hukuk, Özgürlük ve Ahlak
ISBN 975-8457-06-3 / Türkçesi, Erol Öz / Dost Kitabevi Yayınları
Şubat 2000, Ankara, 84 sayfa.
Siyaset-Hukuk-Tarih-Seçilmiş Kaynakça-Dizin

HUKUK ÖZGÜRLÜK VE AHLAK

H. L. A. Hart

DOST
kitabevi

ISBN 975-8457-06-3

Law, Liberty and Morality
H. L. A. HART

© Board of Trustees of the Leland
Stanford Junior University, 1963

Bu kitabın Türkçe yayın hakları
Onk Ltd. Şti. aracılığıyla
Dost Kitabevi Yayınları'na aittir.
Birinci Baskı, Şubat 2000, Ankara

Yayın Koordinatörü, Ali Karabayram

İngilizceden çeviren, Erol Öz

Teknik Hazırlık, Mehmet Dirican - Dost İTB
Baskı ve Cilt, Pelin Ofset

Dost Kitabevi Yayınları
Karanfil Sokak, 29/4, Kızılay 06650, Ankara
Tel: (0312) 418 87 72 Fax: (0312) 419 93 97
raulman@domi.net.tr

İçindekiler

Önsöz 9

Yazar'ın Notu 11

1 Ahlakın Hukuki Dayatımı 13
KAMU AHLAKINI BOZMAYA YÖNELİK KOMPLO 17
FAHİŞELİK VE EŞCİNSELLİK 22
POZİTİF VE ELEŞTİREL AHLAK 26

2 Örneklerin Kullanımı ve Yanlış Kullanımı 33
ATAERKİLLİK VE AHLAKIN DAYATIMI 37
CEZANIN TAYİNİNDE AHLAKIN ETKİSİ 40
ALENİ OLMAYAN AHLAKSIZLIK VE ALENİ EDEPSİZLİK 43
ILIMLI VE UÇ TEZLER 51

3 Dayatım Türleri 55
KEFARET VE SUÇLAMA 61
AHLAKIN MUHAFAZASI VE AHLAKİ MUHAFAZAKÂRLIK 67
AHLAKİ POPÜLİZM VE DEMOKRASİ 74

Sonuç 79

Seçilmiş Kaynakça 81

Dizin 83

Önsöz

1961 tarihli İntihar Yasası (*The Suicide Act*), pek az insanın hayatını doğrudan doğruya etkileyebilmesine karşın, hukuk tarihimizde bir dönüm noktasıdır. Bu, en azından bir yüzyıldır, hem geleneksel Hıristiyan ahlakınca kınanan hem de hukuken cezalandırılabilir olan bir fiilden ceza hukuku yaptırımlarını tamamen kaldıran ilk yasadır. Birçokları, İntihar Yasası'nı başkaca reform önlemlerinin izleyebileceğini ve çocuk düşürmenin belli biçimlerinin, yetişkinler arasında rızaya dayalı, aleni olmayan eşcinsel ilişkinin ve ötenazinin belli biçimlerinin suç olmaktan çıkacağını ummaktadırlar; zira, intiharda olduğu gibi, cezanın doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak neden olduğu ıstırabın, bu fiillerin yol açacağı herhangi bir muhtemel zarardan daha ağır olduğunu düşünmektedirler. Fakat, Wolfenden Komitesi'nin tavsiyelerinin yazgısı, bu tür reformların muhtemelen yakın gelecekte oldukları

inancını desteklememektedir. Tarihimizin çok açık biçimde gösterdiği gibi, ceza yasası yapmak nispeten kolay, ortadan kaldırmaksa aşırı derecede zordur.

Reform yandaşları, kendilerini er ya da geç, ceza hukukunun asıl faaliyet alanı hakkında genel bir tartışmanın içine girmiş bulurlar. Geçen yıl Stanford Üniversitesi'nde verilen bu üç konferans da, bu tartışmaya küçük bir katkı niteliğindedir. Bu konferanslar, esas olarak, yüz yıldır nüfuzlu İngiliz yargıçların reform yanlısı argümanlar karşısında büyük bir kararlılıkla ifade ettikleri bir görüşün eleştirisiyle ilgilidir. Bu, başkaları açısından hiçbir zarara yol açmasa bile, kendi başına ahlaksızlığın cezalandırılmasında hukuka başvurulmasının yerinde olduğu görüşüdür. Eşcinsellik gibi geleneksel cinsel ahlaktan sapmalar, başkalarına zarar vermeyen suçların en bariz örneklerini oluştururlar ve bu yüzden bu tartışma için en iyi odak noktasıdırlar. Bu konferansların esas olarak bunlarla ilgili olması, hukuk sisteminde yapılacak diğer reformların daha az acil olduğu yolunda herhangi bir inançtan dolayı değil, bu nedenledir.

H. L. A. HART

Yazar'ın Notu

1963'te yazılan Önsöz'de ifade edilen, başkaca ceza hukuku reformu beklentileri ile ilgili görüşlerin çok kötümser olduğu 1967'de ortaya çıktı. 1967 tarihli Cinsel Suçlar Yasası (*The Sexual Offences Act*), belli istisnalarla birlikte, aleni olmayan eşcinsel fiillerin, taraflar buna rıza göstermişlerse ve yirmi bir yaşını doldurmuşlarsa, suç oluşturmayacağını düzenlemektedir. 1967 tarihli Kürtaj Yasası (*The Abortion Act*), iki tıp uzmanı, gebeliğin devamının annenin yaşamını ya da ruh sağlığını tehlikeye sokacağına (annenin çevresinin ne kadar hesaba katılabileceğinin saptanması sorunu) ya da doğması halinde çocuğun ciddi biçimde engelleneceği fiziksel ya da ruhsal anormalliklere maruz kalacağına dair ciddi bir tehlike bulunduğu görüşünde iseler, kayıtlı bir tıp uzmanının kürtaj yapmasına izin vermektedir.

H. L. A. HART
Mayıs 1969

1
Ahlakın Hukuki Dayatımı

Bu konferanslar, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye dair bir soruyla ilgilidir. Bilerek "bir soru" diyorum, çünkü hukuk ve ahlak birlikte ele alındığında, sık sık yaratılan tartışmanın harareti içerisinde, bunlar arasındaki ilişkiye dair tek bir soru değil, ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken birçok farklı soru bulunduğu genellikle gözden kaçırılmaktadır. Bu yüzden, bu sorulardan dördünü ayırt ederek ve burada ele alacak olduğum soruyu tanımlayarak başlayacağım.

Bunların ilki tarihsel ve nedensel bir sorudur: Hukukun gelişimi ahlak kurallarından etkilenmiş midir? Bu sorunun yanıtı açıkça "Evet"tir; ancak bu, tersi soruya da olumlu yanıt verilemeyeceği anlamına gelmez elbette: Ahlakın gelişimi hukuktan etkilenmiş midir? Bu sonuncu soru, layığıyla henüz pek az araştırılmıştır, fakat bugün, önceki soru hakkında hayranlık uyandıran birçok

Amerikan ve İngiliz çalışması mevcuttur. Bu çalışmalar, ahlakın, bazen yargılama süreci vasıtasıyla zımni ve yavaş bir biçimde, bazen de yasama yoluyla açıkça ve aniden, hukukun akışını belirlediği çeşitli yolları sergilemektedirler. Burada, bu tarihsel, nedensel soru hakkında, ona ve onun tersine verilebilecek olumlu yanıtın, hukuk ve ahlak kuralları arasındaki ilişkiler hakkındaki tamamen farklı diğer sorulara da olumlu yanıt verileceği anlamına gelmediği uyarısında bulunmak dışında bir şey söylemeyeceğim.

İkinci soruya, analitik ya da tanımlayıcı bir soru denilebilir. Hukukun ya da hukuk sisteminin doğru bir tanımında, ahlaka yapılan bazı göndermeler yer almalı mıdır? Ya da hukuk ve ahlak kurallarının sıklıkla örtüşmesi (şiddetin ve sahtekarlığın belli biçimlerine ilişkin ortak yasaklamaları gibi) ve bunların haklara, yükümlülüklere, ve ödevlere ilişkin ortak bir kelime dağarcığını paylaşmaları sadece rastlantısal bir olgu mudur? Bunlar hukuk felsefesinin uzun geçmişindeki ünlü sorulardır, fakat belki de bunlar, kendilerine harcanan zaman ve mürekkep miktarının çağrıştırdığı kadar önem taşımazlar. Bunların tartışılmasını, sonu gelmez kılmak ya da öyle göstermek konusunda iki husus birlikte rol oynamıştır. Bunların ilki, "pozitivizm" ve "tabii hukuk" gibi görkemli fakat belirsiz sözcüklerin kullanılması suretiyle konunun bulanıklaştırmış olmasıdır. Gösterişli, fakat genellikle belirsiz tartışmalarda, bayraklar sallanmış ve taraflar oluşturulmuştur. İkinci olarak, o gürültüde, bir hukuk tanımının doyuruculuğuna hükmetmek için kullanılacak ölçütler hakkında çok az şey söylenmiştir. Söz konusu tanım, sıradan insanın "hukuk" ya da "hukuk sistemi" ifadelerini kullandığında anlatmak istediği şeyi, eğer varsa, ortaya koymalı mıdır? Ya da daha çok, belli toplumsal fenomenleri diğerlerinden ayırarak, kuramsal amaçlar için yararlı ya da aydınlatıcı bir sınıflama sağlamayı mı hedeflemelidir?

Üçüncü bir soru, hukukun ahlaki eleştirisinin olanaklılığı ve biçimleri ile ilgilidir. Hukuk ahlaki eleştiriye açık mıdır? Ya da

bir kuralın geçerli bir hukuk kuralı olduğunun kabulü, onun, ahlaki standartlara ya da ilkelere gönderme yapılarak eleştirilmesine ya da kınanmasına engel olur mu? Buradaki dinleyicilerin muhtemelen pek azı, geçerli bir hukuk kuralı ile buna aykırı davranış gerektiren herhangi bir bağlayıcı ahlaki ilkenin çatışabileceği iddiasında bir çelişki görecektir. Günümüzde Kelsen[1], bunun sadece konuşmacının hem hukuka itaat etmeye hem de ahlaki ilkeyi izlemek suretiyle ona itaatsizlik etmeye olan farklı eğilimlerinin otobiyografik bir beyanı ya da psikolojik bir açıklaması olarak yorumlanmadıkça, bu tür bir iddiada mantıksal bir çelişki bulunacağını ileri sürmüştür.

Bu üçüncü soru içerisinde birçok yan sorular vardır. Çoğu kimsenin yapacağı gibi, hukukun ahlaki bir eleştirisinin olanaklılığını kabul etsek bile, tek başına ya da münhasıran hukuka ilişkin olan ahlaki eleştiri biçimlerinin bulunup bulunmadığını sorabiliriz. Adalete göre eleştiri, tüm ilişkili biçimleri tüketir mi? Ya da "iyi yasa", "adil yasa"dan farklı ve daha geniş bir şeyi mi ifade eder? Adalet, Bentham'ın düşünür göründüğü gibi, sadece fayda ya da refahın yeterli dağıtımına verilen bir isim midir, ya da bir şekilde bunlara indirgenebilir mi? Burada mesele, toplumsal kurumların ahlaki bir eleştirisi olarak faydacılığın elverişli olup olmadığıdır.

Dördüncü soru, bu konferansların konusunu oluşturur. Bu soru, ahlakın hukuki dayatımıyla (*enforcement*) ilgilidir ve birçok farklı biçimde ifade edilmiştir: Belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlaka aykırı olması, bu davranışı hukuk tarafından cezalandırılabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli midir? Kendi başına ahlakı dayatmak ahlaken caiz midir? Kendi başına ahlaksızlık suç olmalı mıdır?

John Stuart Mill yüz yıl önce *On Liberty* (*Özgürlük Üstüne*) adlı denemesinde bu soruya çok çarpıcı, olumsuz bir yanıt vermiş-

1) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, s.374-76, 407-10.

ti. İçerisinde bu yanıtı dile getirdiği ünlü cümlesi, denemesinin merkezi öğretisini ifade etmekteydi. "Uğrunda uygar bir toplumun herhangi bir üyesine iradesi dışında haklı olarak güç uygulanabilecek tek amaç, başkalarına gelecek zararı önlemektir"[2] demekteydi. Ve kapsam dışı bırakmak istediği birçok şeyi tanımlamak için, "Kendisinin fiziksel ya da ruhsal iyiliği yeterli bir haklı neden değildir. Öyle yapmak onun açısından daha iyi olacağı için, onu daha mutlu kılacağı için, başkalarına göre böyle yapmak iyi, hatta doğru olacağı için, yapmaya ya da kaçınmaya haklı olarak zorlanamaz"[3] diye eklemiştir.

Mill, bize, bu öğretinin sadece "yetileri olgunlaşmış" insanlara uygulanacağını söyler: Çocuklara ya da gelişmemiş toplumlara uygulanmayacaktır. Böyle olmasına karşın, iki farklı ve aslında bağdaşmaz gerekçeyle, birçok akademik eleştiriye konu olmuştur. Bazı eleştirmenler, Mill'in hukukun müdahale edebileceği ve edemeyeceği faaliyetler arasında çizmeye çalıştığı çizginin hayali olduğunu ileri sürmüşlerdir. "Hiç kimse bir ada değildir"; ve örgütlü bir toplumda hiç kimseye ya da onları yapan birey dışında hiç kimseye zarar vermeyen fiilleri tanımlamak imkânsızdır. Diğer eleştirmenler, fiiller arasında bu tür bir ayrımının yapılabileceğini kabul etmişler, fakat hukuki zorlamanın başkalarına zarar veren eylem sınıflarıyla sınırlanmasının sadece Mill'in ürettiği bir dogma olduğunda ısrar etmişlerdir. Bu eleştirmenlerin iddiasına göre, toplumsal ahlaka riayete zorlamak ve başkalarına zarar vermese bile bundan sapmaları cezalandırmak için iyi nedenler vardır.

Bu tartışmayı, esas olarak, cinsel ahlak bağlamında ele alacağım; bu alanda, kabul edilen standartlara göre ahlaka aykırı olan, ancak başkalarına zarar vermeyen fiillerin varlığı *prima facie* doğru görünmektedir. Fakat yanlış anlamayı önlemek için bir uyarıda bulunmak istiyorum; Mill'in söylediklerinin tümünü sa-

2) *On Liberty*, Bölüm I.
3) A.g.e., Bölüm I.

vunmak niyetinde değilim; zira ben şahsen bireye uygulanacak hukuki zorlamanın meşrulaştırılması için başkalarına verilecek zararın önlenmesinden başka gerekçeler olabileceğini düşünüyorum. Fakat, ahlakın dayatımı meselesinde Mill bana haklı gibi görünüyor. Sadece, bu dayatılan bir ahlak olduğu için, benimsenen ahlakının toplum tarafından hukuken dayatılmasının kendisini meşrulaştıracak hiçbir argümana ihtiyaç duymadığı elbette ileri sürülebilir. Fakat Mill'i eleştirenler, bu kaba iddianın ardına düşmediler. Doğrusu, ahlakın dayatımını meşrulaştırmak için birçok farklı argüman geliştirdiler; fakat bunların tümü, göstermeye çalışacağım gibi, olgulara ilişkin yersiz varsayımlara ya da eleştirel incelemeye tabi tutulduklarında ikna edicilikleri, büyük ölçüde ifadelerin çift anlamlılığına, belirsizliğine ya da yanlışlığına bağlı olarak (tümden yok olmasa da) azalan bazı değerlendirmelere dayanırlar.

KAMU AHLAKINI BOZMAYA YÖNELİK KOMPLO

Ceza hukuku, "sırf" ahlaka aykırılığı cezalandırmada kullanılmalı mıdır sorusu, İngiltere'de son bir kaç yılda yeniden pratik bir önem kazandı; zira, kanımca, *hukuki ahlakçılık* (*legal moralism*) olarak adlandırılabilecek olan akım yeniden hayat buldu. Yargıçlar, hem yargısal faaliyetlerinde hem de yargı dışı beyanlarında cinsel ahlakın dayatımının hukukun işi –bir yargıcın ileri sürdüğü gibi, vatana ihanetin bastırılması ile aynı ölçüde işi– olduğu fikrini ifade etmekte oldukça yol aldılar. Hukuki ahlakçılığın bu dirilişini neyin kışkırttığı açık değildir: Birçok etken işe karışmış olmalı ve bunlar arasında belki de, ahlaka aykırılığın herhangi bir biçimine bağlanmış yaptırımların genel olarak ağırlaştırılmasının, hepimizi çok rahatsız eden, suçtaki genel artışı karşılamanın bir yolu olabileceği fikri yer almıştır. Fakat, nedeni ne olursa olsun, bu yargısal fikir hareketi oldukça yol kat etti. Geçen yıl Lordlar

Kamarası, *Shaw* v. *Director of Public Prosecutions*[4] davasında, birçok kimsenin on sekizinci yüzyıla gömüldüğünü düşündüğü "kamu ahlakını bozmaya yönelik komplo"nun bir *common law* suçu olduğu anlayışını (ki bu, Star Chamber'ın yaratısıdır) gün ışığına çıkardı. Bu kararın bir sonucu olarak, artık İngiliz kovuşturma makamları, Lord Mansfield'ın Shaw davası yargıçlarından bazılarının atıfta bulunduğu 1774 tarihli kararıyla donanmış olarak, karmaşık sorunların üstesinden gelmeye çalışabilirler.

> *Contra bonos mores et decorum* olan her şeyi hukukumuzun ilkeleri yasaklar ve Kralın Divanı (*King's Court*) kamu ahlakının genel denetçisi ve koruyucusu olarak bunları önlemek ve cezalandırmakla yükümlüdür.[5]

Tabii ki, California ceza yasası, Birleşik Devletler'deki birçok eyalet gibi, suçlar listesinde kamu ahlakını zedelemeye yönelik komploya yer verir. Bu suçun tanınmasının İngiliz Lordlar Kamarası tarafından yeni bir gelişme olarak sunulduğunu duymak Amerikalılara ilginç gelebilir. Fakat Amerikalılar, İngilizlerin aksine, artık uygulanmayan cezai hükümler türünden birçok hukuki döküntünün yasaları arasında yer almasına alışıktırlar ve en azından California'da, kamu ahlakını bozmaya yönelik komployu bir suç yapan hükmün rahatlıkla ölü bir hüküm sayılabileceğinden eminim. Bu, şu an İngilizler için böyle değildir ve yasanın Lordlar Kamarası tarafından hem Shaw davasında gerçekleşen güncel kullanımı hem de onun için düşünülen bundan sonraki kullanımı, üzerinde durulmaya değerdir.

Shaw davasındaki olgular, sanık lehine sempati yaratacak türden değildi. Shaw'un yaptığı, fahişelerin adlarının ve adreslerinin, bazılarının çıplak fotoğraflarının ve faaliyetlerini nasıl yürüttük-

4) (1961) 2 A.E.R.446. (1962) A.C.223.
5) Jones v. Randall (1774). Lofft. s. 385.

lerine dair bilgilerin yer aldığı *Ladies Directory* adlı bir dergiyi yayıma hazırlamak ve yayımlamaktı. Bu yüzden, Shaw üç suçtan yargılandı ve suçlu bulundu: (1) müstehcen yayın yapmak, (2) *Ladies Directory*'de reklamlarının yayımlanması için para ödeyen fahişelerin kazançlarıyla geçinmek, (3) *Ladies Directory* vasıtasıyla kamu ahlakını bozmaya yönelik komplo kurmak.

Bunların tümü, sırf Shaw'un mahkûmiyetini ve hapsedilmesini sağlamak için kullanılan üç kollu ağır aksak bir makine gibi görünebilir; ancak İngiliz hukuku daima eksiksiz siyasaları tercih etmiştir. Lordlar Kamarası'ndaki yargıçlar, sadece kamu ahlakını bozmaya yönelik komplo suçunun ihdas edilmesine itiraz etmemekle kalmayıp, bir muhalif dışında (Lord Reid) bunun İngiliz hukukunda halihazırda bilinen bir suç olduğu yolundaki kovuşturma makamı iddiasını kabul ettiler ve bunun böyle olması gereken yararlı bir şey olduğunu vurguladılar. Gerçekten de, bunu vurgulamak amacıyla, siyaset alanına, İngiliz yargıçların nadiren yaptıkları küçük bir yolculuk yaptılar.

Yeniden hayata döndürülen ceza yasasına duyulan çağdaş gereksinimi göstermek için, yargıçlardan biri, eski bir Lord Chancellor (Lord Simonds), aşağıdaki dikkate değer açıklamayı yapmıştır:

> Star Chamber lağvedildikten çok sonra konuşan Lord Mansfield, King's Bench Divanı'nın halkın *custos morum*'u olduğunu ve *contra bonos mores* (*ahlaka ve adaba aykırı*) suçları denetleme görevi bulunduğunu söylediğinde, bugün benim ileri sürdüğüm gibi, *common law*'un yerini alacak herhangi bir yazılı hukuk kuralının ortaya çıkmamış olduğu durumlarda, Divan'ın kamu selametini zedeleyici nitelikteki bu suçları denetlemek için doğal bir yetkiye sahip olduğunu ileri sürmekteydi. Parlamento yeterli dikkati gösterdiğinde yasama faaliyetlerinde yavaş olmadığı için, bu tür olaylar nadir görülecektir. Fakat, insanoğlunun zayıflıklarının toplum düzenini bozabileceği tüm yolları kestirmek mümkün olmadığı için, boşluklar kalır ve daima kalacaktır. Tekil bir örneği ele alayım... Uzak ya da yakın bir tarihte, yetişkin erkekler

> arasında rızaya dayalı eşcinsel fiillerin suç olmaktan çıkacağını varsayalım. Bu tür davranışların, müstehcen olmasa bile, kitapçık ve ilanlarla alenen savunulması ve özendirilmesi bir suç oluşturmayacak mıdır? Ya da Parlamento bu davranışa el atana dek beklemek zorunda mıyız? Lordlarım, ben diyorum ki, *common law* bu tür olaylarda yetkisizse artık ona saygı göstermemeliyiz. Ancak, bence onun kollarında halen güç vardır ve Majesteleri'nin Yargıçlarına, Lord Mansfield'in kendilerine gösterdiği rolü oynamak düşmektedir.[6]

Kuşkusuz bu, barok tarzı İngiliz yargısal retoriğinin iyi bir örneğidir. Sonraki yargıçlar, bunun çoğunu *obiter dictum* olarak göz ardı edebilirler. Fakat, aşırı belirsiz ve gerçekten karanlık olan kamu ahlakını bozma kavramına Lordlar Kamarası'nın verdiği anlam, ahlaka aykırılığın cezalandırılması için çok güçlü bir silah oluşturmuştur. Zira, Lordlar Kamarası'nın, bu davada jüriye verdiği talimatların şeklinden, günlük anlamında "komplo" ya da "bozma" olarak anlaşılacak herhangi bir şeyi kanıtlama gereksiniminin, pratikte hiçbir sınır getirmediği açıktır. Bu etkili sözcükler, Lord Reid'in dediği gibi, "zayıflatılmış"tır ve tek kanıtlanması gereken, sanığın, jürinin fikrine göre, "bir başkasını ahlaken yoldan çıkmaya yöneltebilecek"[7] bir şey yapmayı ya da söylemeyi istemiş olmasıdır. Dahası, ne "kamu" kavramının ele alınmasına, ne de söz konusu ahlakın genellikle kabul edilen ahlak olması dışında herhangi bir anlamda "kamusal" olmasına gerek var.

İngiliz hukuk yazarları, bu muazzam genişlikteki common law suçu ile cinsel ahlaka ilişkin bazı özel suçları tanımlayan yasalar arasındaki ilişkiyi henüz çözmüş değiller. Ancak, kovuşturma makamlarının yasaların ya da yasal savunmaların getirdiği kayıtlamalardan sıyrılmak için, bu common law suçundan yararlanabi-

6) Shaw v. Director of Public Prosecutions (1961) 2 A.E.R. s. 452-53. (1962) A.C. s.268.

7) (1961) 2 A.E.R. s.461, 466. (1962) A.C. s.282.

lecekleri kesinlikle ileri sürülebilir. Bu yönde, geçen yıl İngiltere'de, hükümleri uyarınca D. H. Lawrence'ın *Lady Chatterley's Lover* (*Lady Chatterley'in Sevgilisi*) adlı eserinin yayıncılarına yönelik sonuçsuz kovuşturmanın dayandığı yasa,[8] bilim, edebiyat ve sanat ya da öğrenim yararlarının dikkate alınacağını ve eğer yayın bu gerekçelerle kamunun iyiliğine yönelik olmakla aklanırsa, yasa çerçevesinde herhangi bir suç işlenmiş olmayacağını öngörmektedir. Buna uygun olarak, bu davada bu niteliklere uygun kanıtlar toplandı. Yayımcılar ahlak kurallarını bozmaya yönelik komplo ile suçlanmış olsalardı, kitabın yazınsal ve sanatsal nitelikleri konuyla ilişkin olmayacaktı, ve kovuşturma makamı gayet başarılı olabilecekti. Aynı şekilde, Parlamento'nun geçenlerdeki yasama işleminde, bir sokak ya da kamusal alanda cinsel ilişki önermekten[9] ayrı olarak, fahişeliğin kendisini bir suç yapmaktan kaçınmış olmasına karşın, mahkemelerin Shaw davası öğretisine dayanarak Parlamento'nun yapmadığını yapabilmeleri mümkün görünüyor. Bu yönde bazı endişeler daha önce de dile getirilmiştir.[10]

Shaw davasında yargıçların, mahkemelerin *custos morum* ya da "kamusal geleneklerin genel denetçisi ve koruyucusu" olarak işlev görmesi fikrinin yeniden canlanışına verdikleri önem iki şeyden çıkartılabilir. Birincisi, bu yeniden canlanış, açıkça kasıtlı bir siyasa hareketidir; çünkü emsal alınan eski vakalar, katı İngiliz emsal öğretisi uyarınca bile, her iki yönde de karara açıkça izin vermekteydi. İkinci olarak, yargıçlar Mahkemelerin *custos morum* konumuna getirilmesine –ya da yeniden bu konuma getirilmesine– diğer değerleri feda ederek büyük bir bedel ödemeye istekli görünmüşlerdir. Özellikle feda ettikleri değer, hangi fiillerin suç

8) The Obscene Publications Act 1959 (1959 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasası).

9) The Street Offences Act 1959 (1959 tarihli Sokak Suçları Yasası).

10) *Manchester Guardian*, 31 Ocak 1962; Weisz v. Monahan hakkında yorum (1962) 2 W.L.R. 262. Ayrıca karş., R. v. Quinn (1961) 3 W.L.R. 611.

olduğunun ve hangilerinin olmadığının makul kesinlikle önceden bilinebilmesini sağlayan ve suçların mümkün olduğunca açık olarak tanımlanmasını gerektiren yasallık ilkesidir. Shaw davasının bir sonucu olarak, herhangi bir müşterek fiil, jüri tarafından *ex post facto* ahlaka aykırı bulunursa fiilen bir suçtur. Belki de, çağdaş Avrupa hukukunda bunun en yakın karşılığı, Nazi dönemi Alman yasalarında bulunan, herhangi bir fiilin "bir ceza yasasının temel kavramlarına ya da güçlü popüler duygulara"[11] göre cezayı hak ediyorsa cezalandırılabileceği görüşüdür. Bu yüzden, Mill, Shaw davasında ortaya konan hukukun, bireysel özgürlüğün yoğun ihlallerine yetki tanıması karşısında ürpertiye kapılırken, Bentham[12] hukukun belirliliğine ilişkin değerleri hiçe sayışı ve onun deyimiyle "ex post facto hukuk" etkisi karşısında dehşete kapılırdı.[13]

FAHİŞELİK VE EŞCİNSELLİK

Shaw davasında, başka ilgi çekici noktalar da var. Nedir *ahlak kurallarını* ya da bir *ahlakı* bozmak? Geçenlerde İngiltere'de hukukun ahlakı dayatımı tartışmalarını alevlendirmiş ve söz konusu ilkelerin netleştirilmesi çabalarını özendirmiş olan bir başka konuya değinmek için, bu noktanın değerlendirilmesini sonraya bırakacağım.

İngiltere'de uzun süre, gerek fahişeliğe ve gerekse eşcinselliğe ilişkin ceza hukuku normları konusunda büyük bir tatminsizlik

11) 28 Haziran 1935 tarihli Yasa.

12) *Principles of the Civil Code*, Kısım I, Bölüm 17 (I [Bowring ed.] *Works* 326.)

13) Shaw davası, bu nedenlerle eleştirilmiştir: Glanville Williams, "Conspiring to Corrupt," *The Listener*, 24 Ağustos 1961, s.275; Hall Williams, 24 *Mod. L.R.* 631 (1961): "yargısal saçmalık"; D. Searbone Davies, "The House of Lords and the Criminal Law," *J. Soc. Public Teachers of Law* (1961), s.105: "berbat bir iş." Bu A. L. Goodhart tarafından "ceza hukukunun gelişimine önemli bir katkı" olarak karşılanmıştır, 77 *Law. Q.R.* 567 (1961).

hissedilmiş, ve 1954'te Wolfenden Komitesi olarak tanınan komite hukukun durumunu değerlendirmekle görevlendirilmiştir. Bu komite, Eylül 1957'de raporunu[14] sunmuş ve hukuk sisteminde her iki konuda da bazı değişiklikler önermiştir. Eşcinsellik bağlamında, on ikiye bir çoğunlukla, yetişkinler arasında rızaya dayalı, aleni olmayan eşcinsel fiillerin artık suç olmaması gerektiği yolunda görüş bildirmiş; fahişelik bağlamında ise, oybirliği ile, bizzat fiilin yasadışı kılınmaması gerekse de, alenen cinsel ilişki önermenin sıradan vatandaşlara karşı rahatsız edici bir musibet olduğu gerekçesiyle, "bunu sokaklardan temizlemek için" yasama işlemi yapılması gerektiği yolunda tavsiyede bulunmuştur. Sonunda hükümet, Komite'nin fahişelikle ilgili tavsiyelerini hayata geçirecek yasama işlemini[15] yürürlüğe koymuş, fakat eşcinsellikle ilgili olanları koymamış ve münferit üyelerin, hukuku bu yönde değiştirecek yasama işleminin gerçekleştirilmesi için yaptıkları teşebbüsler şu ana kadar sonuç vermemiştir.

Burada bizi ilgilendiren husus, Wolfenden Komitesi'nin tavsiyelerinin yazgısından çok bunların desteklenmesinde kullanılan ilkelerdir. Bunlar, Mill'in *On Liberty* adlı denemesinde açıkladıklarıyla çarpıcı biçimde benzerlik göstermektedir. Komite Raporu'nun 13. bölümü şöyledir:

> Bize göre, [ceza hukukunun] işlevi kamu düzenini ve adabını korumak, vatandaşı rahatsız edici ve zararlı şeylerden korumak ve diğerlerinin zehirlemesine ve bozmasına karşı, özellikle genç, bedence ya da akılca zayıf ya da tecrübesiz oldukları için savunmasız olanlara yeterli korumayı sağlamaktır...

Ceza hukukunun pozitif işlevlerine ilişkin bu anlayış, Komite'nin fahişeliğin rahatsız edici biçimde alenen icrasını engelleyecek,

14) Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (CMD 247) 1957.

15) The Street Offences Act 1959.

fakat kendisini yasadışı kılmayacak yasama işleminin yapılması gerektiği yolundaki tavsiyesinde dayandığı temel gerekçeydi. Yetişkinler arasında rızaya dayalı, aleni olmayan eşcinsel fiillere karşı hukukun yumuşatılması gerektiği yolundaki tavsiyesi ise, tamamen Rapor'un 61. bölümündeki şu ilkeye dayandırılmıştır: "Kısa ve basitçe söylenirse, hukukun işi olmayan, özel bir ahlak ve ahlaksızlık alanı kalmalıdır."

İngiltere'deki bu gelişmelerin çok yakın karşılıklarının Amerika'da bulunması ilgi çekicidir. 1955'te Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*), taslak halindeki Model Ceza Yasası (*Model Penal Code*) ile birlikte, yetişkinler arasında aleni olmayan, karşılıklı rızaya dayalı ilişkilerin ceza hukukunun kapsamından çıkarılması yolunda bir tavsiye yayımladı. Bunun gerekçeleri, *inter alia*, "yetişkinler arasında rızaya dayalı, aleni olmayan atipik cinsel fiillerden, toplumun maddi çıkarlarına hiçbir zarar gelmemesi";[16] ve "başkalarına zarar vermediğinde, her bireyin, kişisel işlerinde devlet müdahalesinden masun kılındığı temel bir koruma alanına sahip olmasıydı."[17] Bu tavsiye, Enstitü'nün Danışma Komitesi tarafından onaylandı, fakat Konsey'de çoğunluk oyuyla reddedildi. Bu nedenle konu Enstitü'nün Mayıs 1955'te Washington'daki yıllık toplantısına gönderildi; ve eski Yargıç Learned Hand'in anlamlı konuşmasıyla desteklenen tavsiye, hararetli bir tartışmanın ardından, 35'e 24'lük bir çoğunlukla benimsendi.[18]

Tüm kuramsal eksikliklerine karşın, Mill'in ilkelerinin hukuk eleştirisinde halen çok canlı olduğu yukarıdakilerden çıkarılabilir belki de. Fakat, bu ilkelere, yüz yıl içerisinde iki kez *Common Law*'un iki üstadı tarafından karşı çıkıldı. Bunların ilki, Victoria döneminin büyük yargıcı ve Ceza Hukuku tarihçisi James Fitzjames

16) American Law Institute Model Penal Code, Tentative Draft No.4, s. 277.
17) American Law Institute Model Penal Code, Tentative Draft No.4, s. 278.
18) Tartışmanın özeti için bkz. *Time*, 30 May 1955, s. 13.

Stephen idi. Onun Mill eleştirisi, Mill'in *On Liberty* adlı denemesine doğrudan bir yanıt olarak yazdığı ciddi ve etkili kitabı *Liberty, Equality, Fraternity*'de[19] (*Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik*) yer alır. Kitabının havasından, Stephen'ın Mill'e karşı ezici argümanlar bulmuş olduğunu ve hukukun, ahlakı meşru olarak dayatabileceğini ya da, kendi söyleyişiyle, hukukun "büyük kötülüklere bir eziyet"[20] olması gerektiğini kanıtladığı düşüncesini taşıdığı anlaşılıyor. Yaklaşık bir yüzyıl sonra, Wolfenden Komitesi'nin raporunun yayımlanması üzerine, şu anda Lordlar Kamarası'nın bir üyesi ve ceza hukuku konusunda çok seçkin bir yazar olan Lord Devlin, *The Enforcement of Morals*[21] (*Ahlak Kurallarının Dayatımı*) adlı denemesinde Rapor'un "hukukun işi olmayan, özel bir ahlak ve ahlaksızlık alanı olmalıdır" şeklindeki iddiasını hedef almış ve buna karşı "kötülüklerin bastırılması, yıkıcı faaliyetlerin önlenmesi ile aynı derecede hukukun işidir" iddiasında bulunmuştur.

Bu iki hukuk yazarı arasında bir yüzyıl bulunmasına karşın, argümanlarının genel havasındaki ve bazen ayrıntısındaki benzerlikler çok büyüktür. Bu konferansların kalan kısmını bunların incelenmesine ayıracağım. Bunu yapıyorum çünkü, argümanları, bazı noktalarda yanlış olsalar da, hâlâ akılcı muhalefet övgüsünü hak ediyor. Bu argümanlar hayranlık uyandırıcı şekilde somut örneklerle donatılmışlıklarının yanı sıra, ceza hukuku alanında deneyimli, uzman ve bilgili hukukçuların saygın görüşlerini ifade etmektedirler. Onlarınki gibi görüşler, halen hem İngiltere'de ve hem de bu ülkede, özellikle hukukçular arasında yaygın olarak benimsenmektedir; belki de bunlar, her iki ülkede de Mill'in özgürlük öğretisinden daha popülerdirler.

19) 2. bası, London, 1874.
20) A.g.e., s. 162.
21) Oxford University Press, 1959.

Bu argümanların ayrıntılarını değerlendirmeden önce, ilgilendiğimiz sorunun farklı ama birbirleriyle ilişkili üç yönünü dikkate almamız gerektiğini düşünüyorum.

13. sayfadaki her üç formülde de sorunun ahlak *hakkında* bir soru olduğu açıktır, ancak bunun aynı zamanda bir ahlak sorusu olduğunu görmek önemlidir. Bu, ahlakın dayatımının ahlaken meşru olup olmadığı sorusudur; dolayısıyla ahlak soruya iki şekilde dahil olmaktadır. Sorunun bu yönünün önemi, gerçekte herhangi bir toplumda –kendi toplumumuzda ya da diğerlerinde– benimsenen ahlaka riayeti hukuki cezalandırma zoruyla uygulamanın, yaygın biçimde ahlaken çok doğru ve haklı sayıldığını göstermenin kesinlikle yeterli bir yanıt olmayacağında yatmaktadır. Bu soruyu ciddi biçimde ele alan biri, ahlaka aykırılığın başkalarına zarar verici olmadığının düşünüldüğü durumlarda bile genellikle paylaşılan ahlakın kendisinin hukuki dayatımını desteklediği bazı toplumların varlığını ispatlamak suretiyle Mill'in haksız çıkarılabileceğini düşünmeyecektir. Beyaz ve renkli ırktan kişiler arasındaki birleşmeleri ahlaka aykırı bularak kınayan ve bunu hukuken cezalandıran toplumların varlığı, sorumuzu halen tartışmaya açık bırakıyor. Mill'in eleştirmenleri, çeşitli durumlarda İngiliz hukukunun ahlaka aykırılığı –özellikle de cinsel konularda– görünüşte popüler ahlakın desteğiyle cezalandırmasına genellikle fazla önem atfetmişlerdir; fakat çoğunlukla, bunun tartışmanın bittiği yer değil, başladığı yer olduğunu kabul etmişlerdir. Aslında ileride, bazı hukuk yazarları tarafından, "sırf" ahlakın hukuki dayatımı olarak değerlendirdikleri örneklerle yapılan oyunların kimi zaman yanıltıcı olduğunu ileri süreceğim. Bu eleştirmenler iddialarını, hiçbir surette, sadece bu toplumsal olguların gösterilmesiyle kanıtlanmış olarak sunmuyorlar. Bunun yerine, ceza hukukunun bu yönde kullanımının ahlaken meşrulaştırı-

labilir olduğu yolundaki vargılarını, evrensel olarak kabul edilebilir olduklarına inandıkları ve gayet açık biçimde akılcı olduğunu ya da tartışmadan sonra öyle olduğunun görüleceğini düşündükleri ilkelere dayandırmaya çalışıyorlar.

Lord Devlin, söz konusu soruya verdiği olumlu yanıtını, her toplum açısından, örgütlü bir toplum olarak kendi varlığını korumak için gerekli önlemleri almanın izin verilebilir olduğu yolundaki genel ilkeye dayandırıyor[22] ve ahlaksızlığın –aleni olmayan cinsel ahlaksızlığın bile–, vatana ihanet gibi, bir toplumun varlığını tehlikeye sokan bir şey olduğunu düşünüyor. Elbette, çoğumuz, sadece ortaya atılan vatana ihanet benzetmesinden değil, bu genel ilkeden de kuşku duyabiliriz. Bir toplumun kendisini korumak üzere önlem almakta haklı olup olmadığının, hem bunun ne tür bir toplum olduğuna hem de alınacak önlemlerin neler olduğuna bağlı olması gerektiği ileri sürülebilir. Eğer bir toplum esas olarak ırksal ya da dini bir azınlığa acımasızca eziyet edilmesine adanmışsa, ya da alınacak önlemler korkunç işkenceler içeriyorsa, böyle bir toplumun, Lord Devlin'in deyimiyle, "dağılma"sının,[23] böyle bir toplumun varlığının korunmasından ahlaken daha iyi olacağı ve onu korumak için önlem alınmaması gerektiği ileri sürülebilir. Bununla birlikte Lord Devlin'in bir toplumun örgütlü varlığını korumak üzere gerekli önlemleri alabileceği ilkesi, gücünü kurumlarımızın bir parçası olmasından alan İngiliz popüler ahlakının bir maddesi olarak sunulmuyor. Onu, genel olarak toplumsal kurumların değerlendirilmesinde ve eleştirisinde kullanılacak olan, ussal olarak kabul edilebilir bir ilke olarak ortaya koyuyor. Ve şu kesinlikle açıktır ki, bir toplumun ahlakı dayatma "hak"kına sahip olup olmadığı ya da herhangi bir toplum için ahlakını hukuken dayatmanın ahlaken izin verilebilir olup olmadığı sorusunu ele alan herhangi biri, tartışmaya

22) *The Enforcement of Morals*, s. 13-14.
23) A.g.e., s. 14-15.

açık biçimde, eleştirel ahlakın bu türden bazı genel ilkelerine başvurmaya hazırlıklı olmalıdır.[24] Soruyu sorarken, genel ilkelerin ve olgulara ilişkin bilgilerin ışığında, herhangi bir toplumun kurumlarını eleştirmeye izin veren bir bakış açısının meşruluğunu varsayıyoruz.

Bu noktayı berraklaştırmak için, geçen yüzyılın faydacıları tarafından desteklenen "pozitif ahlak"ı, yani belli bir toplumsal grup tarafından fiilen benimsenen ve paylaşılan ahlakı, pozitif ahlak da dahil olmak üzere mevcut toplumsal kurumları eleştirmekte kullanılan genel ahlak ilkelerinden ayıran terminolojiyi kullanacağım. Bu tür genel ilkeleri "eleştirel ahlak" diye adlandırabiliriz ve sorumuzun pozitif ahlakın hukuki dayatımı hakkında bir eleştirel ahlak sorusu olduğunu söyleyebiliriz.

Sorumuzun dikkate değer ikinci bir yönü, tamamen bir *meşrulaştırma* sorusu olmasıdır. Bunu sorarken, en azından, şu genel eleştirel ilkenin yanında yer almış oluruz: Herhangi bir toplum tarafından hukuki zorlamaya başvurulması, sadece dengeleyici iyi bir şey uğruna hoş görülebilecek, *prima facie* itiraz edilesi bir şey olarak meşrulaştırma gerektirir. *Prima facie* itiraz, yanlışlık ya da kötülük söz konusu olmadığında, insanlar toplumsal uygulamalar için *meşrulaştırmalar* aramazlar ya da bunları meşru bulmazlar; buna karşın bu uygulamalara *açıklama* arayabilir ve getirebilirler ya da bunların değerini kanıtlamaya çalışabilirler.

Ahlakın hukuki dayatımında *prima facie* itiraz edilebilecek olan şeyin ne olduğunu tam olarak araştırmakta yarar var; çünkü hukuki dayatım kavramı genellikle tahmin edildiği kadar basit değildir. Bu kavramın farklı fakat birbiriyle ilişkili iki yönü vardır.

24) Lord Devlin, toplumun ahlaki konulardaki yargılarını dayatma *hakkı* olup olmadığı sorusunu sorduğu için, benzer bir bağlamda "hak"tan söz etmenin anlamsız olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Graham Huges, "Morals and the Criminal Law," 71 *Yale L.J.* (1962) s. 672. Lord Devlin bu soruya verdiği olumlu yanıtı desteklerken bazı genel eleştirel ilkelere başvurduğu için, bu eleştiri hatalıdır.

Birincisi saldırganın cezalandırılmasıdır. Bu, karakteristik olarak, onu hareket ya da mülkiyet ya da aileyle ya da arkadaşlarla birleşme özgürlüğünden yoksun bırakmayı ya da onun üzerinde fiziksel acı ve hatta ölüm cezası uygulanmasını gerektirir. Bunların tümü, özel meşrulaştırma olmaksızın başkalarına uygulanmalarının yanlış olacağı varsayılan şeylerdir ve bunlar gerçekten tüm gelişmiş toplumlarda hukuk ve ahlak tarafından böyle değerlendirilirler. Hukukçu gözüyle bakıldığında bunlar, eğer yaptırım olarak meşru değillerse, suç (*delict*) ya da haksız fiildir (*wrong*).

Hukuki dayatımın ikinci yönünün, hukuku asla çiğnememiş olan, fakat hukuki cezalandırma tehdidi ile itaate zorlananlar üzerinde etkisi vardır. Bundan kastedilen, fiziksel kayıtlamalardan çok, normalde siyasi düzenlemelere ilişkin tartışmalarda söz konusu olan özgürlük kayıtlamalarıdır. Bu tür kayıtlamaların, dikkat edilmelidir ki, çeşitli nedenlerle meşrulaştırılmaya muhtaç oldukları düşünülebilir. Serbest seçimin bireyler tarafından engellenilmeksizin yerine getirilmesi, bizatihi, müdahale edilmesi *prima facie* yanlış olan bir değer olarak ele alınabilir ya da bireyleri tecrübe edebilir –yaşamı bile– ve kendileri ve başkaları için değerli şeyler keşfedebilir kıldığı için değerli görülebilir. Fakat, bireysel özgürlüğe müdahale, daha basit ve faydacı nedenlerle meşrulaştırma gerektiren bir kötülük olarak değerlendirilebilir; çünkü bu, ceza korkusuyla arzuları engellenenlere özel bir ıstırap biçiminin –çoğu zaman çok şiddetli– uygulanmasıdır. Bir cinsel ahlak kuralını dayatan yasalar söz konusu olduğunda, bu, özel öneme sahiptir. Bunlar, aşırı derecede ıstırap yaratabilirler. Hem cinsel dürtülerin bastırılmasında ortaya çıkan güçlükler ve hem de bastırmanın sonuçları, "adi" suçlardan kaçınmada ortaya çıkanlardan çok farklıdır. Cinsel dürtülerin aksine, çalma ya da yaralama, hatta öldürme dürtüsü, ruhsal açıdan anormal olan küçük bir azınlığın söz konusu olduğu haller dışında, gürültük yaşamın yinelenen ve ihtiyaç duyulan bir parçası değildir. Bu suçları işleme

dürtüsüne direnmek, cinsel dürtülerin bastırılmasının aksine, bireyin duygusal yaşamının, mutluluğunun, ve kişiliğinin gelişmesini ya da uyumunu etkileyecek bir şey değildir.

Üçüncü olarak, pozitif ahlak ile eleştirel ahlak ilkeleri arasında halihazırda yapılmış olan ayrım, sorunun belli bir yanlış anlaşılmasına engel olmaya ve onun merkez noktasını netleştirmeye hizmet edebilir. Bazen, sorunun, kendi başına ahlakı dayatmanın ahlaken meşrulaştırılabilir olup olmadığı değil, sadece *hangi* ahlakın dayatılabileceği olduğu söylenir. Bu, başkalarına zarar verici faaliyetleri kınayan bir faydacı ahlak mıdır sadece? Ya da bu, belli faaliyetleri de zararlı olsun olmasın, kınayan bir ahlak mıdır? Sorunun bu şekilde algılanması, çağdaş tartışmanın ayırıcı özelliğini, belli bir oranda, yanlış aksettirmektedir. Hukukun sadece zararlı faaliyetleri cezalandırması gerektiğinde ısrar eden bir faydacı, bunu eleştirel bir ilke olarak kabul eder ve bunu yaparken, faydacı bir ahlakın, eleştirel ilkelerini uyguladığı toplumun pozitif ahlakı olarak halihazırda benimsenip benimsenmediği sorusuna karşı kayıtsızdır. Bu böyle kabul edilirse, faydacılara göre bu, onun dayatımının gerekçesi değildir. Belli bir topluma mesajını ulaştırmakta başarılı olursa, bu toplumun üyelerinin çeşitli şekillerde faydacılar gibi davranmaya zorlanacakları doğrudur; fakat bu olgular, faydacılar ve muhalifleri arasındaki önemli farkın sadece dayatılacak ahlakın kapsamı ile ilgili olduğu anlamına gelmez. Çünkü, Mill'e yönelik başlıca eleştirilerden anlaşılabileceği gibi, kendi başına ahlakı dayatmanın ahlaken izin verilebilir olduğunda ısrar eden faydacılık karşıtları, sırf belli davranış kuralları ve standartlarının bir toplumun pozitif ahlakı konumunda bulunmasının, hukuk tarafından dayatılmalarını meşrulaştıran gerekçe –ya da en azından gerekçenin bir parçası– olduğuna inanırlar. Kuşkusuz eski tartışmalarda muhalif konumlar farklıydı: Soru, devlet sadece maddi zarara neden olan fiilleri mi cezalandırabilir, yoksa Tabii Hukuk'un kutsal olduğuna inanılan emirlerine ya

da hükümlerine itaatsizlik oluşturan fiiller de cezalandırabilir mi şeklinde ortaya atılmış olmalı. Fakat, tartışmanın çağdaş biçiminde önemli olan, belli bir davranışın pozitif ahlak tarafından yasaklandığına ilişkin tarihsel gerçekliğe verilecek anlamdır. Faydacılar, bunun, dayatımını meşrulaştırmak için yeterli bir anlama sahip olduğunu reddeder; muhalifler ise sahip olduğunu ileri sürer. Bunlar, sadece dayatılacak ahlakın kapsamı üzerinde değil, daha temel ve muhakkak ki daha ilgi çekici bir konuda da ayrılan, farklı eleştirel ilkelerdir.

2
Örneklerin Kullanımı ve Yanlış Kullanımı

Hem İngiltere'de hem de Amerika'da ceza hukuku halen, bizatihi ahlakı dayatma girişimleri olarak nitelendirilebilecek olan kurallar içermektedir; genel olarak başka şahıslara zarar verici olarak değerlendirilecek hiçbir sonuç doğurmamalarına karşın pozitif ahlak tarafından ahlaka aykırı bulunarak kınanan fiilleri engellemek için. Örneklerin çoğu, cinsel ahlak kuralları alanından gelmektedir. İngiltere'de, erkekler arasındaki eşcinsel fiillerin çeşitli biçimlerine, evli olsalar bile farklı cinslerden kişiler arasında anal ya da oral ilişkiye, hayvanlarla cinsel ilişki kurulmasına, ensest ilişkiye, fahişelik kazancıyla geçinmeye, genelev işletmeye, ve ayrıca, Shaw davasından beri, özünde başkalarını (bir jürinin görüşüne göre) "ahlaken yoldan çıkma"ya yöneltme anlamında yorumlanan, kamu ahlakını bozmaya yönelik komploya karşı yasalar bu örnekler arasındadır. Bazıları bu listeye başkaca durumlar da ekleyebilecektir; kürtaja

karşı, ikieşlilik ya da çokeşliliğin hile içermeyen biçimlerine karşı, intihara ve ötenazi fiillerine karşı yasalar. Fakat, daha sonra ileri süreceğim gibi, bu son örneklerden bazılarının, kendi başına ahlakı dayatma girişimleri olarak değerlendirilmeleri, bazı önemli farkların ihmal edilmesine dayalı bir hatadır.

Amerika'da, çeşitli eyaletlerin ceza yasalarına bir göz atılması, İngilizler açısından çok şaşırtıcı bir şeyi açığa çıkarır. Çünkü, İngiliz hukuku uyarınca cezalandırılabilir olan bu tür suçlara ek olarak, karı-koca arasındaki "normal" ilişki ve tek başına kendi kendini tatmin fiilleri dışında, en az bir eyalet hukuku tarafından yasaklanmamış herhangi bir cinsel fiil yok gibidir. İngiltere'de Cromwell zamanından beri cezalandırılabilir olmayan zina, eyaletlerin büyük bir bölümünde suçtur; buna karşın eyaletlerin küçük bir bölümünde ise, bunun suç olması ancak aleni, herkesçe bilinmekte ya da sürekli olmasına bağlıdır. Evlilik dışı cinsel ilişki, İngiltere'de ya da uygar dünyanın çoğu ülkesinde bir suç değildir; oysa Amerikan eyaletlerinin sadece küçük bir azınlığı, evlilik dışı cinsel ilişkiyi belli koşullar altında cezalandırılabilir kılan yasalara sahip değildir ve bazı eyaletler tek bir fiili bile suç saymaktadırlar.[25] Bu yasal hükümlerin yanı sıra, bazı durumlarda, eyalet yasalarından daha kayıtlayıcı olan, belirsiz sayıda yerel düzenleme mevcuttur. Yasalardan daha kısıtlayıcı olmaları yüzünden geçerlilikleri kuşkulu olsa da, bu düzenlemeler uygulanmıştır. California'da ceza yasası fahişeliği ya da evlilik dışı cinsel ilişkiyi suç saymamaktadır; oysa Los Angeles'ta, genellikle "kaçamak" (*resorting*) olarak bilinen suça ilişkin yerel bir kararname uyarınca, yıllardır insanlar sadece evlilik dışı cinsel ilişki için bir oda kullandıklarının kanıtlanmasına dayanılarak mahkûm edilmişlerdir.[26]

25) Kısa bir özet için bkz., the American Law Institute, Model Penal Code, Tentative Draft No.4, s. 204-10.

26) Eyalet Yüksek Mahkemesi Aralık 1961'de kararnameyi eyalet yasalarına aykırı buldu ve iptal etti. Bkz., *Carol Lane*, Crim.No.6929,57 A.C.103, 18 *Cal.Rptr.*33. Bu, 28 Haziran 1962'de davanın yeniden görülmesi sonrasında onaylandı. 22 *Cal.Rptr.*857.

Kuşkusuz, cinsel ahlaksızlığa karşı söz konusu Amerikan yasama işlemlerinin bir çoğu ve belki de çoğunluğu, genellikle söylendiği gibi, ölü hükümlerdir. Fakat, mevcut durumda yasaların uygulamasına ilişkin olguları kanıtlamak çok güçtür. Birçok eyalette, bunların arasında California da var, yıllık suç istatistikleri cinsel suçlara ilişkin rakamları, genellikle, "Tecavüz" ve "Diğer cinsel suçlar" başlıkları haricinde ayırmıyorlar. Ancak, Boston'da 1954 gibi geç bir dönemde, cinsel yasaların "olağan" uygulama göreceği belirtilmiş ve 1948'de bu şehirde zina sebebiyle 248 tutuklama yapılmıştır.[27] Bence, hiç kimse bu durumu iç rahatlığı ile hafife almamalıdır; zira, genel olarak uygulanmayan ceza yasalarının varlığı, yetersiz yayımlanan istatistiklerle birlikte, polisin ve kovuşturma makamlarının ellerine çok güçlü ayrımcı yetkiler verir.

Mill'i eleştirenler, daima, sırf ahlaka aykırılığı cezalandıran yasaların fiilen var olduğuna işaret etmişlerdir; sanki bu, onun ceza hukukunun bu amaçla kullanılmaması gerektiği iddiası üzerinde bazı açılardan kuşku yaratırmış gibi... Taraftarları ise, eleştirmenlerin burada yanıltıcı uslamlamaları ya da konuyla ilgili olmayan hususlara dayanmaları dolayısıyla hatalı olduklarını belirtmişlerdir. Örneğin, John Morley, bu tür yasaların varlığını ortaya koymak için, Stephen'ın kitabında "çok sayıda aceleci muhakemeden yararlanıldığını" vurgulamıştır. Morley'e göre Stephen şu hususu gözden kaçırmaktadır; "belli türden yasaların fiilen var olması, Bay Mill'in, bu tür yasaların var olmamasının daha iyi olacağı yolundaki iddiasıyla alakasızdır."[28] Aslında, İngiliz ceza hukukunun fiili kapsamına başvuran Stephen (bir yer haricinde[29]) ve Lord Devlin, ne tartışmanın olandan olması gerekene kaymasından ne de konuyla alakasız hususlara dayanmaktan sorumludur. Stephen, Morley tarafından, örneklerini

27) American Law Institute, Model Penal Law, Tentative Draft No.4, s. 205, n.16.
28) *Liberty, Equality, Fraternity*, s. 166'daki dip notundan aktarılmıştır.
29) A.g.e., s. 171-72.

niçin tartışmayla ilgili saydığını göstermeye zorlandığında, "Mill'in, çoğu ulusların tecrübeyle ulaşmış oldukları pratik sonuçlarla ilgilendiğini göstermenin konuyla alakasız olmadığı" fikrini açıklamıştı. Lord Devlin de, az çok benzer biçimde, şunları söylemiştir:

> Argüman, bugün var olduğu şekliyle İngiliz hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu mudur, yoksa uyumsuz mudur? Bu, hiçbir surette kuşkuya son verici olmamasına karşın, onu sınamanın ilk yoludur. Hukuk alanında, eğer kuramsal açıdan zayıf iseler, temel kavramların bile altüst edilmesi özgürlüğü vardır. Ancak, argümanın mevcut hukuk çerçevesinde nasıl seyrettiğine bakmak iyi bir başlangıç noktasıdır.[30]

Bence her iki yazar da, belki de çok kolay anlaşılamayan bu uyarılarda, sadece ortak ve köklü kurumların muhtemelen usçu filozoflar için kolay görünür olmayan erdemlere sahip oldukları yolunda bir karine bulunduğu şeklindeki zararsız muhafazakâr ilkeye başvurmak niyetindedirler. Bununla birlikte, ceza hukukunun bu yazarlar tarafından uzun uzadıya tartışılan belli bazı kurallarını ya da ilkelerini incelediğimizde, bunların kullanımının hem yanlış hem de yanıltıcı oldukları açıktır. Bu örnekler cinsel ahlak kuralları alanından seçilmemişlerdir ve kesinlikle, kendilerini Mill'in yanında görmek ve ceza hukukunun fiilleri sadece pozitif ahlakı ihlal ettikleri için cezalandırmak üzere kullanılmasına karşı çıkmak isteyen birçokları, ceza hukukunun bu yazarlarca örneklenen belli kurallarını kaldırmakta tereddüt edebilirler ya da bunu reddedebilirler. Dolayısıyla, bunlar, sadece ahlakı dayatmak üzere düzenlenenler diye açıklanabilecek kurallar şeklinde doğru bir sınıflandırmaya tabi tutulurlarsa, ikna edicilikleri çok dikkat çekicidir. Aslında, bu belli kuralları kınayacak olan bir ilkenin doğru olup olmadığı konusunda, Stephen'ın sözleriyle, "kuşkulanmaya sevkedilebiliriz." Fakat, bence, bu yazarların söz

30) *The Enforcement of Morals*, s. 7.

konusu kuralları, bizatihi ahlakın dayatımı için hukukun kullanılması örnekleri olarak değerlendirmelerini tartışmak için iyi nedenler vardır. Bunları kaldırmakla ceza hukukunun bu amaçla kullanılabileceği ilkesini kabul etmek arasında seçim yapmak zorunda değiliz. Ancak, söz konusu örneklerin, bu yazarlarınkinden daha yakın bir incelemeye tabi tutulmaları gerekir; işte şimdi bu işe başlıyorum.

ATAERKİLLİK VE AHLAKIN DAYATIMI

Konuya Lord Devlin'in vurguladığı bir örnekle başlayacağım. Lord Devlin, tecavüz gibi belli istisnalar dışında, ceza hukukunun mağdurun rızasını hiçbir zaman bir savunma olarak kabul etmediğine dikkat çekmiştir.[31] Bu, cinayet ya da kasten müessir fiil suçlamasına karşı bir savunma teşkil etmez ve bu yüzden bir insanın yaşamını kendi isteği üzerine yok etmek olan ötenazi ve mağdurun isteğiyle öldürme fiilleri yine de cinayettir. Bu, pozitif ahlaka karşı işlenip hiç kimseye zarar vermeyen suçların hukuk tarafından cezalandırılmasına karşı çıkmalarına karşın bugün birçok kimsenin vazgeçmek istemeyeceği bir ceza hukuku kuralıdır. Lord Devlin bu tavırların bağdaşmaz olduğunu düşünür, çünkü tartışma konusu kural hakkında şunu ileri sürer: "Tek bir açıklama vardır" ve o da şudur; "toplumun gözetilmesine ihtiyaç duyduğu belli davranış standartları ya da ahlak ilkeleri vardır."[32] İnsan yaşamının kutsallığı ve doğal olarak (kural müessir fiillere uygulandığı için) kişinin fiziksel bütünlüğü bunlar arasında yer alır. Dolayısıyla Lord Devlin, bu kural ve diğer birçokları açısından, ceza hukukunun "işlev"inin "bir ahlak ilkesini dayatmaktan başka bir şey olmadığını"[33] ileri sürer.

31) A.g.e., s. 8.
32) A.g.e., s. 8.
33) A.g.e., s. 9.

Fakat, Lord Devlin'in "tek bir açıklama vardır" ifadesi gerçeği yansıtmadığından, bu argüman gerçekten de ikna edici değildir. Mağdurun rızasını, cinayet ve müessir fiil suçlamalarına karşı bir savunma olarak kabul etmeyen kurallara getirilebilecek en mükemmel açıklama, bunların bireyleri kendilerine karşı korumaya hizmet eden paternalizmin bir parçası olduklarıdır. Elbette, Mill, sadece pozitif ahlakı dayatmak için kullanılan yasalara karşı çıktığı kadar, hukuku, rıza gösteren bir mağduru bile bedensel zarardan korumak üzere kullanan paternalist siyasaya da karşı çıkmış olabilir; fakat, bu, söz konusu iki siyasanın özdeş olduğu anlamına gelmez. Aslında, Mill bunlar arasındaki farkı gayet iyi biliyordu: Zira, başkalarına zarar verilmesini önleme haricinde bireysel özgürlüğe müdahale edilmesini kınarken, zorlamanın kullanılması için sunulan *ayrı* ve elverişsiz gerekçe tiplerinden söz etmekteydi. "Onun açısından daha iyi olacağı için" ile "onu daha mutlu kılacağı için"i, "başkalarına göre doğru olacağı için"den ayırmaktaydı.[34]

Lord Devlin, ceza hukukunun mağdurun rızasına karşı tutumu konusunda, eğer hukuk bireyin korunması için varsa, o istemediğinde kendisini onun emrine sunmasını gerektiren hiçbir neden kalmayacağını söyler.[35] Fakat, paternalizm –insanların kendilerine karşı korunması– tamamen tutarlı bir siyasadır. Aslında, Mill'in zamanından beri bırakınız yapsınlar ilkesinin zayıflığı toplumsal tarihimizin gündelik konusu olduğu için ve bugün hem ceza hem de özel hukukumuz paternalizm örnekleri ile dolu olduğu için, yirminci yüzyılın ortasında bu konuda diretmek çok ilginç görünmektedir. Tıbbi reçeteler uyarınca olması haricinde, yetişkinlere bile, hap ya da uyuşturucu sağlamak ceza hukuku tarafından cezalandırılabilir durumdadır ve bu suçu yaratan hukuk hakkında "tek bir açıklama vardır", yani hukuk olası alıcıların kendilerine karşı korunmasıyla değil, sadece ahlaksızlığı dolayı-

34) *On Liberty*, Bölüm I.
35) *The Enforcement of Morals*, s. 8.

sıyla satıcının cezalandırılmasıyla ilgilidir demek çok dogmatik görünmektedir. Açıkça görüldüğü gibi, eğer paternalizm bu tür yasalar için makul bir açıklamaysa, bir müessir fiil suçlamasına karşı bir savunma olarak mağdurun rızasını reddeden kural konusunda da makul bir açıklamadır. Her iki durumda da, Lord Devlin'le birlikte, hukukun "işlev"inin "bir ahlak ilkesini dayatmaktan başka bir şey olmadığı" sonucuna varmak zorunda kalmayız.[36]

Mill, denemesinin 5. bölümünde paternalizme karşı çıkışlarını bugün bize fantastik gelen boyutlara taşımıştır. Hap satışı kayıtlamaları örneğine değinir ve bunları satıcınınkinden çok, olası alıcıların özgürlüğüne müdahaleler olarak eleştirir. Bu eleştiriye artık sıcak bakmıyorsak, bu kısmen, bireylerin kendi çıkarlarını en iyi bildikleri inancının zayıflamasından ve görünüşte özgür bir seçime ya da rızaya yüklenen önemi azaltan büyük bir etkenler dizisinden gittikçe daha çok haberdar olmamızdan kaynaklanmaktadır. Sonuçlar yeterince değerlendirilmeden ya da tartılmadan; sadece geçici arzuların peşinde; ya da muhakemenin bulanıklaştığı çeşitli açmazlarda; ya da iç psikolojik zorlamalar altında; ya da başkalarının, mahkemede kanıtlanması zor olan kurnazca baskıları altında, seçimler yapılabilir ya da rıza gösterilebilir. Mill'in paternalizmden aşırı korkusunun altında, belki de, bugün gerçeklerle örtüşmüyor gibi görünen, normal bir insanın özelliklerine ilişkin başka bir anlayış yatmaktadır. Gerçekten Mill onu, arzuları nispeten sabit, dışsal etkilerden yapay biçimde etkilenmeye uygun olmayan; ne istediğini ve neyin kendisine tatmin ya da mutluluk sağlayacağını bilen; ve yapabildiğinde bu şeylerin peşinden giden, bir Orta Çağ insanının psikolojisiyle donatmıştır.

Ceza hukukunun söz konusu kuralına ya da paternalizmin diğer örneklerine uygulanacak olduklarında, Mill'in ilkelerinde kesinlikle bir değişiklik yapılması gerekmektedir. Ancak, değiştirilen

36) Bu kuralların diğer olası açıklamaları için bkz., Hughes, "Morals and the Criminal Law," s. 670.

ilkeler, ceza hukukunun sırf pozitif ahlakı dayatmak için kullanımına itirazdan vazgeçmeyeceklerdir. Bunlar sadece, başkalarına zarar vermenin, mağdurlar kendilerine zarar verici fiile rıza gösterdiğinde ya da yardım ettiğinde bile, halen ceza hukukunu kullanmak suretiyle önlemek isteyebileceğimiz bir şey olduğunu öngöreceklerdir. Paternalizm ile benim hukuki ahlakçılık diye adlandırdığım şey arasındaki ayrımın ihmal edilmesi, daha genel bir yanılgının bir biçimi olarak önem taşır. Oldukça sık olarak, bir yasa eğer birisini bir başkasından korumak için konulmamışsa, ahlaki kötülüğü cezalandırmak için, ya da Lord Devlin'in sözleriyle "ahlaki bir ilkeyi dayatmak için" konulmuş olmasının, onun tek mantıksal temeli olabileceği düşünülür. Bu yüzden, sıklıkla, hayvanlara eziyeti cezalandıran yasaların bu şekilde açıklanmasında ısrar edilir. Fakat, hem söz konusu yasama işlemini telkin eden orijinal nedenlerin bir ifadesi olarak hem de gözetilmeye değer bir hedefin ifadesi olarak, burada, yasanın onlara işkence etmenin ahlaksızlığından çok, sadece hayvanlarınki de olsa, *ıstırap* ile ilgilendiğini söylemek kesinlikle anlaşılabilirdir.[37] Ceza hukukunun bu kullanımını destekleyen hiç kimse, aynı doğrultuda, hissedebilir herhangi bir varlığa hiçbir ıstırap vermeyen ahlaka aykırılık biçimlerini hukukun cezalandırabileceğini kabul etmeye kesinlikle mecbur değildir.

CEZANIN TAYİNİNDE AHLAKIN ETKİSİ

Şimdi, Stephen'ın, ceza hukukunun sadece "ahlaksızlığın (*vice*) ağır biçimlerine bir eziyet"[38] olması gerektiğini değil, gerçekten öyle de olduğunu ve sadece ıstırabı ya da zararı önlemenin bir aracı olmadığını gösterme çabası içerisinde yaptığı çok farklı ve

37) Lord Devlin, hayvanlara yönelik zalimliğe kısa göndermesinde bu hususu oldukça anlaşılmaz biçimde ihmal eder görünüyor, *The Enforcement of Morals*, s. 17.

38) *Liberty Equality, Fraternity*, s. 162.

belki daha da aydınlatıcı bir yanlışa dönüyorum. Stephen, "evrensel olarak kabul edilen ve cezanın miktarını belirlemekte kullanılan"[39] belli ilkelerin, durumun böyle olduğunu gösterdiğini ileri sürmüştür. Argümanı bundan ibarettir. Soru, bir suçlu ne şiddette cezalandırılmalıdır olduğunda, suça etkiyen ahlaki kötülük derecesinin hesaplanması daima gündeme gelir. Bu nedenle ahlaki sorumluluğu azaltan suça teşvikin gücü çoğu davada cezanın hafifletilmesi yönünde etkide bulunur; oysa, hukuki cezalandırmanın amacı sadece zarar verici fiilleri önlemek olsaydı, durum böyle olmazdı.

> Bir yargıç huzurunda iki suçlu; birisi, davanın koşullarından anlaşıldığına göre, cahil ve ayartılmış, diğeri ise mevki sahibi, eğitimli bir adam; ilk suçlu, her ikisinin de mahkûm oldukları suçu nispeten küçük bir teşvikle işlemiş olan ikinci suçlunun etkisiyle suça itilmiş. İngiliz kürsüsündeki her yargıcın, bunlar arasında bir ayrım yapacak olursa, ilk adama ikincisinden daha hafif bir ceza vereceğini söyleyebilirim.[40]

Elbette Stephen burada tam olarak ceza hukukunun yürütülmesinde, belki bugün Stephen'ın yazdığı dönemden daha az ittifakla da olsa, Mahkemeler tarafından sıklıkla başvurulan geleneksel görüşleri betimliyor. Kesinlikle, cinsel ahlakın hukuki dayatımına karşı çıkan birçok kimse, cezanın şiddetinin kötülüğün büyüklüğüne göre artması ve azalması gerektiğini kabul edebilir, hatta bunda ısrar edebilir. Fakat, Stephen, diğer birçokları gibi, bundan çok fazla anlam çıkarmıştır. Suçlar arasındaki ahlaki farklılık cezaların derecesine yansımalıdır ilkesine önem atfedilmesinin, söz konusu cezanın *amacı*nın "toplum için tehlikeli" fiilleri önlemenin yanı sıra "ahlaksızlığın ağır biçimlerine bir eziyet olmak"[41]

39) A.g.e., s. 162.
40) A.g.e., s. 163.
41) A.g.e., s. 162.

olduğunu gösterdiğini ileri sürmüştür. Eğer ceza hukukunun amacı, "doğruluğu özendirmek" ya da "ahlaksızlığı önlemek"[42] ise (ya da bunları içeriyorsa), "ahlaksızlığı, sadece belli kendini koruma için gerektiği kapsamda değil, genel olarak ahlaksızlığın kötü bir şey olduğu gerekçesiyle kontrol altına almalıdır"[43] diye düşünmüştür. Dolayısıyla, zararlı olmasalar bile toplum tarafından ahlaksız bulunarak kınanan fiilleri hukuken cezalandırılabilir kılabiliriz.

Kuşkusuz bu argüman, Stephen'ın "ne tür davranış meşru olarak cezalandırılabilir?" ve "farklı suçları hangi şiddette cezalandırmalıyız?" sorularının ayrı ve bağımsız sorular olduklarını görememesinden kaynaklanan bir *non sequitur*'dur. Ceza cetvellerinde gösterilen, suçların ciddiliğinin hukuki derecelenmesinin, mukayeseli kötülüklerine ilişkin genel hesaplarla çatışmamasını isteyişimizin birçok nedeni vardır. Bu nedenlerden biri, bu tür bir çatışmanın sıradan faydacı gerekçelerle arzu edilemez oluşudur: Bu ahlaki yargıları yanıltabilir ya da hukukun adını kötüye çıkarabilir veyahut da her ikisini birden yapabilir. Bir diğer neden, farklı suçlular arasında adalet ya da hakkaniyet ilkelerinin, ahlaken ayırt edilebilir suçlara farklı muamele edilmesini ve ahlaken benzer suçlara benzer muamele edilmesini gerektirmesidir. Cezanın önleme ya da iyileştirme gibi uzun vadeli hedefleriyle çatıştıklarında uygulanmalarında diretilmesinin giderek seyrekleştiği doğru olmakla birlikte, bu ilkeler halen yaygın biçimde kabul görmektedirler. Fakat, cezanın şiddetini suçların ahlaki ağırlığına uydurmak zorunda olduğumuzu kabul edenler, bu suretle, sırf ahlaksızlıktan ötürü cezalandırmanın meşru olduğu görüşüyle bağlı olmazlar. Çünkü, bu kimseler tam bir tutarlılık içinde, bir yandan, bir ceza *sistem*ine sahip olmanın tek meşruluk zemininin zararı önlemek olduğunda ve sadece zarar verici davranışın cezalandırılması gerektiğinde ısrar edebilir, ve öte yandan, bu tür dav-

42) A.g.e., s. 159.
43) A.g.e., s. 147-48.

ranışlar için cezanın *miktarı* (*quantum*) sorunu ortaya atıldığında farklı suçluların göreceli ahlaki kötülüklerini cezanın şiddeti açısından kısmi bir belirleyici durumuna getiren ilkelere uymamız gerektiğini kabul edebilirler.

Cezanın şiddetine karar vermede başvurulan ilkelerden, cezalandırma sisteminin hedeflerinin neler olduğu ya da ne tür davranışların meşru olarak cezalandırılabileceği yolunda sonuç çıkartamayacağımız genelde doğrudur. Zira, bu ilkelerin bazıları, örneğin, işkence ve zalimane cezalara yer verilmemesi, kendileriyle uzlaşmak istediğimiz başka değerleri temsil edebilir ve bunlarla uzlaşmamız, cezalandırmayı meşrulaştırırken izlediğimiz temel değerin kapsamını daraltabilir. Dolayısıyla, sadece zarar verici faaliyetleri cezalandırırken, farklı suçlular arasındaki ahlaki farklılıkları dikkate almanın (yukarıdaki farklı iki nedenden dolayı) doğru olduğunu düşünürsek, bu aynı zamanda zarar verici olmayan fiillerin cezalandırılmasının da doğru olduğunu düşünmek zorunda olduğumuzu göstermez. Bu sadece, ceza kuramı açısından, sonuçta ahlaken hoş görülebilir olan şeylerin kuramlarımızın başlangıçta gösterdiğinden daha karmaşık olma eğiliminde olduklarını gösterir. Toplumsal yaşamda, genellikle, diğerleriyle uzlaştırılma ihtiyacından ötürü sorunlu olmayan, tek bir değeri ya da tek bir ahlaki hedefi gözetemeyiz.

ALENİ OLMAYAN AHLAKSIZLIK VE ALENİ EDEPSİZLİK

Buraya kadar, değerlendirdiğimiz yazarlarca kullanılan iki örneğin incelenmesi, iki önemli ayrımı ortaya koymuştur: Paternalizm ile ahlakın dayatımı arasındaki ayrım ve cezalandırma eyleminin meşrulaştırılması ile onun miktarının meşrulaştırılması arasındaki ayrım. Üçüncü örneğimiz ise ikieşlilik suçudur. Bu, Stephen ya da Lord Devlin tarafından tartışılmaz, fakat çokeşliliğin cezalan-

dırılması, Dekan Rostow tarafından, eleştirmenlerine karşı Lord Devlin'i savunan denemesinde, ahlakın hukuki dayatımının bir örneği olarak gösterilmiştir.[44] Ancak, bu anlaşılması zor, karmaşık bir durumdur ve bunun incelenmesi ikieşliliğin cezalandırılmasının, kesin biçimde ahlakı dayatma girişimi olarak tasnif edilemeyeceğini gösterir. Buna ilişkin olarak ileride yer alan kısa tartışmada, bu durumda da, halihazırda tartışılmış olan iki tanesinde olduğu gibi, ceza hukukunun bu kuralını muhafaza etmek isteyenlerin, buna bağlı olarak, salt ahlaksızlığın cezalandırılması siyasasına bağlı olmadıklarını göstermeye çalışacağım; zira, bunun cezalandırılması başka mantıklı gerekçelerle desteklenebilir.

Common law yargı sitemlerinin çoğunda, evli bir kişinin, mevcut kocanın ya da karının yaşamı süresince bir başka şahıs ile, bu şahıs mevcut evliliği biliyor olsa bile, evlilik töreni yapması bir suçtur. Hile içermeyen ikieşliliğin cezalandırılması şu açıdan ilgi çekicidir. İngiltere'de ve bunun suç olduğu diğer birçok yargı sisteminde, tarafların cinsel birlikteliği suç oluşturmaz. Evli bir adam, bir başka kadınla –hatta birkaç başka kadınla– birlikte yaşamak isterse, bunu ceza hukuku açısından herhangi bir yaptırıma maruz kalmadan yapabilir. Ev kurabilir ve evliymiş gibi davranabilir: Birlikteliğini şampanya ve düğün pastası dağıtarak ve geçerli bir evliliğin olağan tüm toplumsal törenleri ile kutlayabilir. Bunların hiçbiri hukuka aykırı değildir; fakat, evlilik töreni yaparsa, hukuk sadece onun geçersizliğini ilan etmek için değil, ayrıca ikieşli kişiyi cezalandırmak için de devreye girer.

Hukuk, niçin cinsel beraberliğin ahlaka aykırılığına karışmayıp, bu noktada müdahale ediyor? Bu soruya çeşitli yanıtlar veril-

44) "The Enforcement of Morals," 174 *Cambridge L.J.* (1960) s. 190. Dekan Rostow çoğunlukla, "zevk için yapılmış ikieşlilik" yerine, "samimi dini inanca dayalı" çokeşliliği tartışır. (Retorik biçimde) şu soruyu sorar; "hukuk 'akıl' üzerine değil 'duygu' üzerine kurulu olsa bile, çokeşliliğin bir suç olarak kınanmasının meşru olduğu Birleşik Devletler'de, tekeşliliğin mevcut genel ahlakın çok temel bir teması olduğu sonucuna varmamalı mıyız ?"

di. Kimileri, ikieşliliğin hukuk tarafından cezalandırılmasındaki amacın, resmi kayıtları karışıklığa karşı korumak ya da gayri meşru çocukların meşru olarak sunulması planlarını engellemek olduğunu ileri sürdüler. Amerikan Hukuk Enstitüsü, Model Ceza Yasasına ilişkin açıklamasında, bunun ilk eşe aleni bir hakaret ve tahrik olması ve aynı zamanda, evlilik niteliğinde cinsel beraberliğin, özellikle "terk, desteksizlik ve boşanmaya yol açmaya"[45] uygun olması dolayısıyla, ikieşli zinanın (*bigamous adultery*), hile içermediğinde bile, ceza gerektirebileceğini öne sürer. Bunların, ceza hukukunun cezalandırmak suretiyle haklı olarak önlemek isteyebileceği, bireylere yönelik zararlar oldukları ileri sürülür.

Öne sürülen gerekçelerin en azından bazıları, inandırıcılıktan da öte niteliğe sahiptir. Vurguladıkları zararlar yeterince gerçek olabilir; yine de, birçok kimse, bu zararların sonuç doğurma ihtimalleri olmasa ya da bunlar ikieşliliği değil, örneğin yanlış beyanların resmi kayıtlara girmesine neden olmayı cezalandıran özel suçların oluşması için aransalar bile, ikieşliliğin cezalandırılması durumunun süreceğini düşünebilir. Belki de, mevcut hukukun bu muhtelif meşrulaştırılmalarını inandırıcı bulmayan, fakat mevcut hukuku yine de muhafaza etmek isteyen çoğu kimse, tekeşli evliliğe ve onun törenle kutsanması fiiline derin bir dini anlamın yüklendiği ülkelerde, ikieşlilik karşıtı hukukun, törene saygısızlık olan aleni bir fiile karşı dini duyguların korunması çabası olarak görülmesi gerektiğini ileri süreceklerdir. Önceki iki örnekte olduğu gibi, soru yine, ceza hukukunun bu amaçlarla kullanımının prensip olarak meşru olduğunu düşünenlerin, hukukun, kendi başına ahlaksızlığı cezalandırmak üzere kullanılabileceğini yadsıdıklarında tutarsız davranmış olup olmayacaklarıdır.

Ben, tavırların bu bileşiminde herhangi bir tutarsızlık olduğunu düşünmüyorum, ancak önemli bir ayrım daha yapılmasına ihtiyaç var. İki eşlilik durumunda, hukuk dini hassasiyeti aleni bir

45) Bkz., s. 220.

fiille sarsılmaktan korumak amacıyla müdahale ediyorsa, ikieşlinin ne dinsiz olarak, ne de ahlaksız olarak değil bir rahatsızlık kaynağı olarak cezalandırıldığını görmek önemlidir. Çünkü, hukuk o anda, onun çoğu ülkede tümden cezasız bırakılan, aleni olmayan davranışının ahlaka aykırılığıyla değil, aleni davranışının başkalarını rahatsız edici yönüyle ilgilenmektedir. Bu durumda, fiziksel zarara neden olan adi suçlarda olduğu gibi, muhtemelen etkilenecek olanların korunması, hukuk için, gözetilmesi kesinlikle anlaşılabilir bir hedeftir ve bu durumda kesinlikle, "ceza hukukunun işlevi, ahlaki bir ilkeyi dayatmaktan başka bir şey değildir" denilemez. Lord Devlin'in, savunucusu Dekan Rostow'un aksine, bu ayrımı göz önünde tutmuş göründüğüne dikkat edilmelidir; zira, Wolfenden Raporu'nda yer alan ilkelerin bizi reddetmeye zorlayacağı suçlara ilişkin olarak hazırladığı listede ikieşlilik yer almaz. Bu bir dikkatsizlik ürünü değildir, çünkü listede yer alan suçlar hakkında, özellikle "bunların tümü, aleni olmayarak ve başkaları rahatsız edilmeksizin işlenebilen fiillerdir"[46] demektedir.

Belki de, *On Liberty* adlı denemesinde ortaya konuldukları şekliyle Mill'in ilkelerinin dini duygulara rahatsızlık verici, aleni bir fiil olduğu gerekçesiyle ikieşliliğin herhangi bir hile içermediğinde de cezalandırılmasına izin verip vermeyeceği kuşkuludur. Çünkü, değerlendirmenin başkalarının "çıkarlar"ına olduğu gibi "duygular"ına da bağlı olabileceğini, ve duygulara yönelik bir rahatsızlığa yol açan bir fiilin, en azından ahlaki ayıplamayı hak ettiğini düşündüğü belli olmasına karşın, bunu, yorumlanması aşırı zor bir dille ileri sürer ve nitelendirir. Duygulara rahatsızlık vermekten ötürü ayıplama ve cezalandırmanın, ancak, en azından şu iki koşul yerine geldiğinde meşru olduğunu düşünmüş

46) *The Enforcement of Morals*, s. 9. Bununla birlikte Lord Devlin, Dekan Rostow'un savunmasını hararetle desteklemektedir. Bkz. "Law, Democracy, and Morality," 110 *University of Pennsylvania L. R.* (1962) s. 640.

görünmektedir: İlki, taraflar arasında var olan, bir yükümlülüğü bireylere "uygulanabilir" (*assignable*) kılan herhangi bir yakın birlik ya da özel ilişki; ve ikinci olarak, zararın "sadece rastlantısal" (merely contingent) ya da "kurucu" (*constructive*)[47] olmaması.

Bu koşulların çok kayıtlayıcı olan ilkini göz ardı edersek ve ikincisini duygulara saldırının hem ciddi hem de muhtemel olması gerektiği anlamında yorumlarsak, ikieşliliğin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorusu, duygulara verilen rahatsızlığın ciddiliğinin ve hukukun öngördüğü ve empoze ettiği ıstırap ve özgürlükten yoksun bırakılmanın (tabii ki, insanların üzerinde görüş ayrılığına düşebileceği) göreceli hesaplarına bağlı olacaktır. Bu hukuk kuralını destekleyenler, bu durumda hukukun çok küçük bir fedakârlık ya da ıstırap öngördüğünü kesinlikle ileri sürebilirler. Bu, geçerli bir evliliktekilerin benzeri olan diğer tüm esas ve şekillerden yararlanmasına izin verilen taraflara, hukuken tanınma görüntüsünün sadece bir unsurunu, kuşkusuz en inandırıcısı olmasına karşın, tanımayı reddeder. Bu nedenle durum, kişisel mutluluğun çok yakından ilgili olduğu güçlü içgüdülerin bastırılmasını gerektirebilen cinsel ahlakı dayatma girişimlerinden son derece farklıdır. Öte yandan, bu hukuk kuralına karşı olanlar, dinin giderek zayıfladığı bir çağda, ikieşli bir evliliğin aleni töreniyle rahatsız edilecek olmaları muhtemel olan dini duyguların artık çok yaygın ya da derin olmadıklarını ve bu tür evliliklerin hukuken geçersiz sayılmasının yeterli olduğunu, akla yatkın biçimde ileri sürebilirler.

İki eşlilik örneği, bir fiilin ahlaka aykırılığı ile onun aleni ve rahatsız edici bir hareket ya da rahatsızlık kaynağı olma yönünü birbirinden ayırma gereğini ortaya koyar. Bu genel öneme sahiptir; çünkü İngiliz hukuku, gelişimi sırasında sıklıkla, bu hafif davranışın eskiden sırf kabul edilen din ya da ahlak tarafından yasaklanmış olmasından ötürü cezalandırıldığı görüşüne ulaş-

47) *On Liberty*, Bölüm 4.

mıştır. Bu yüzden, Hıristiyan dininin gerçeklerinin herhangi bir inkârı kutsal değerlere saygısızlık (*blasphemy*) olarak bir zamanlar cezalandırılmaktaydı, oysa bugün, sadece, muhtemelen barışın bozulmasına neden olabilecek, rahatsız edici ya da küçük düşürücü bir tarzda yapıldığında cezalandırılabilmektedir. Kutsal değerlere saygısızlığın bu çağdaş biçimini destekleyenler, elbette ki, bu suretle duyguları hakaretten korunanların dinlerindeki inançla bağlı olmazlar. Gerçekten de bu kimseler, oldukça tutarlı biçimde, şu ya da bu dine uygunluğu dayatma amaçlı girişimlere karşı olabilirler.

Cinsel konularda, benzer bir çizgi, ahlaka aykırılığın cezalandırılmasını, edepsizliğin cezalandırılmasından genel olarak ayırır. Romalılar, ahlak kuralları ile ilgili olan Censor'un görev alanını, aleni edepsizlikle ilgili olan Aedile'ninkinden ayırmışlardı; fakat modern dönemde bu ayırıma belki de yeterli önem verilmedi.[48] Lord Simonds, Shaw davası sırasında Lordlar Kamarası'nda yaptığı konuşmasında bu hususla ilgilenmediğini belirtmeye özen göstermiştir.

> Rahatsız edici fiile ne ad verildiği pek az önem taşır. Bu, zatıâlilerinizden birisine kamu adabına karşı bir hakaret olarak görünürken, bu fiilin şehvetli arzuları kamçılamaya ilişkin açık niyetinde başarılı olabileceğini göz önünde tutan bir diğerinize, kamu ahlakının zedelenmesi olarak görünebilecektir.[49]

Fakat, söz konusu ayrım, aslında hem açık hem de önemlidir. Koca ve karı arasında cinsel ilişki ahlaka aykırı değildir; fakat aleni olarak cereyan ederse kamu adabına karşı bir hakarettir. Yetişkinler arasında rızaya dayalı, aleni olmayan eşcinsel ilişki genel olarak benimsenen ahlaka aykırıdır, fakat kamu adabına karşı bir hakaret değildir, buna karşın, aleni olarak cereyan ederse

48) Fakat bkz. "The Censor as Aedile," *Times Literary Suppl.*, 4 Ağustos 1961.
49) (1961) 2 A.E.R. s. 452.

her ikisi de söz konusu olacaktır. Fakat, aynı fiilin, aleni olarak yapıldığında hem ahlaka aykırı hem de kamu adabına karşı bir hakaret olarak değerlendirilebileceği gerçeği, bizim bu iki davranış biçimi arasındaki farkı ve cezalandırılmalarının meşruluk temeli olan farklı ilkeleri görmemize engel olmamalıdır. Fahişeliğe ilişkin son dönem İngiliz hukuku, bu farkı dikkate almaktadır. Fahişelik suç sayılmamış, fakat aleni olarak icrası, bunun sokaklardaki zoraki tanığı olan sıradan vatandaşları rahatsız edici bir şeyden korumak amacıyla cezalandırılması öngörülmüştür.

Kuşkusuz, aleni olarak yapılan ile aleni olmayarak yapılan arasındaki ayrıma ilişkin bu tartışmada fazla ileri gidildiği ileri sürülebilir. Zira, sadece ahlaka aykırı fiiller ya da bunların ticari ön hazırlıkları, zoraki görgü tanıklarını rahatsız ettiğinde değil, belli cinsel fiilleri ahlaka aykırı bularak şiddetle kınayanlar, başkalarının aleni olmayarak bunları yaptığını öğrendiğinde de duygulara saldırının söz konusu olacağı söylenebilir. Bu nedenle, aleni olmayarak yapılan ile aleni olarak yapılan arasındaki farkı dikkate almak anlamsızdır; ve bunu dikkate almadığımızda, insanları sırf ahlaka aykırılıktan ötürü cezalandırma ile onları başkalarının duygularını rahatsız edici davranıştan ötürü cezalandırma siyasaları, kavramsal olarak farklı olmalarına karşın, uygulamada farklılaşmayacaktır. Ahlaka aykırı bulunarak şiddetle kınanan her davranış, bu sayede cezalandırılabilir olacaktır.

Bu argümanın, ileride inceleyeceğim, mevcut bir toplumsal ahlakın muhafazasının bizatihi zorlamaya başvurmayı meşrulaştıran bir değer olduğu tezi ile karıştırılmaması önemlidir. Bu argüman, ahlakın hukuki dayatımını desteklemek için, ahlaki değerlere değil, bizzat Mill'e ait olan, zorlamanın başkalarına zarar verilmesini önlemek için meşru biçimde kullanılabileceği ilkesine dayanır. İlkenin bu şekilde kullanılmasına karşı çeşitli itirazlarda bulunulabilir. Başkalarının aleni olmayarak ahlaka yönelik saldırıda bulunduklarına ilişkin yalın düşüncenin neden olduğu üzün-

tünün, bu düşüncenin tam anlamıyla "hasta ettiği", nevrotik ya da aşırı hassas bir kaç kişide oluşacak zarar dışında herhangi bir "zarar" doğurmayacağı söylenebilir. Başkaları, bu üzüntünün normal insanlar açısından da bir zarar oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, bunun cinsel ahlakın hukuki dayatımının neden olduğu büyük ıstıraba oranla çok hafif kaldığını ileri sürebilirler.

Bu itirazlar tamamen etkisiz olmasalar da, ikincil öneme sahiptirler. Asıl itiraz kesinlikle şudur; bireysel özgürlüğü bir değer olarak tanıyan hiç kimse başkalarının yanlış olduğu düşünülen şekillerde hareket ettiğinin bilinmesinden kaynaklanan üzüntüye karşı korunacak herhangi bir hakkı tanıyamaz. Çünkü, zorlamanın insanları zarardan korumak için kullanılabileceği yolundaki faydacı ilkenin, onların üzüntünün bu biçiminden korunmalarını içerecek şekilde genişletilmesi o noktada duramayacaktır. Başkalarının yanlış yapıyor olduğu inancına bağlı üzüntü zarar teşkil ediyor ise, aynı zamanda başkalarının yapmalarını istemediğiniz şeyi yapıyor olduğu inancına bağlı üzüntü de öyledir. İnsanları üzüntünün bu biçimine neden oldukları için cezalandırmak, onları sadece, başkaları yaptıklarına karşı olduğu için cezalandırmaya eşdeğer olacaktır; ve faydacı ilkenin söz konusu genişlemesiyle aynı anda var olabilecek tek özgürlük, hiç kimsenin ciddi biçimde karşı çıkmadığı şeyleri yapma özgürlüğüdür. Bireysel özgürlüğün bir değer olarak tanınması, bireyin istediğini, başkaları onun ne yaptığını öğrendiklerinde üzülseler bile, –tabii ki, onu yasaklamak için başka geçerli nedenler olmadıkça–, yapabileceği ilkesinin kabulünü, bir minimum olarak, gerektirir. Bireysel özgürlüğü bir değer olarak kabul eden hiçbir toplumsal düzen, bunun yanında, bu şekilde neden olunan üzüntüden korunacak bir hakkı tanıyamaz.

Çoğu hukuk sisteminin tanıdığı şekliyle duyguların bazı aleni görüntülerin neden olduğu sarsıntı ya da rahatsızlıktan korunması başka bir konudur. Ayırım bazen ince bir ayırım olabilir. Duygulara yönelik sarsıntı ya da rahatsızlığın söz konusu olmayacağı

kutsal nesnelere ve törenlere saygısızlık gibi durumlarda, aleni görüntünün rahatsız ettiği kimseler belli dini ya da ahlaki inançlara sahip değillerse durum böyledir. Bununla birlikte, kendi inançlarının aleni görüntüden kolayca incinebilir kıldığı kimseleri korumak amacıyla cezalandırmaya başvurulması, suçluya, eğer yapabilirse, aynı şeyi aleni olmayarak yapma serbestisi tanır. Bu, insanları, sırf başkaları yaptıklarına karşı olduğu için cezalandırmakla aynı şey değildir.

ILIMLI VE UÇ TEZLER

Kesinlikle tartışmalı olan bu örneklerden, ahlakın hukuki dayatımını meşrulaştırmakta kullanılan pozitif gerekçelere döndüğümüzde, her ne kadar Mill'in eleştirmenleri, geçişi belli etmeden, birinden diğerine kaysalar da, bir ılımlı ve bir uç tezi birbirinden ayırmak önem taşımaktadır. Lord Devlin, denemesinin geneli itibarıyla, ılımlı tezi, Stephen ise uç tezi benimser görünüyor.

Ilımlı teze göre, ortak bir ahlak toplumun harcıdır; bu olmadan, toplum değil bireyler kümesi söz konusu olacaktır. "Kabul gören bir ahlak", Lord Devlin'in sözleriyle, "bir toplumun varlığı için, kabul gören bir hükümet kadar gereklidir"[50] ve ahlaka aykırı bir fiil, başkalarını zarara uğratamayacak ya da tehlikeye düşürmeyecek ya da yoldan çıkarmayacak ve de aleni olmayarak yapıldığında başkalarını sarsamayacak ya da rahatsız etmeyecek olsa bile, bu, sonucu değiştirmez. Çünkü, davranışı, onun ahlak normu üzerindeki etkilerinden yalıtılmış olarak görmemeliyiz: Bunu aklımızda tutarsak, "başkalarına karşı hiçbir tehdit" oluşturmayan birinin, buna rağmen ahlaka aykırı davranışı ile "toplumun dayandığı yüce ahlaki ilkelerden birini tehdit eder"[51] olabileceğini görebiliriz. Bu anlamda ahlaki ilkeye aykırılık "bir bütün olarak

50) *The Enforcement of Morals*, s. 13.
51) A.g.e., s. 8.

topluma karşı"[52] bir suçtur ve toplum, hukuku, varlığı için gerekli herhangi bir başka şeyi korumak için kullandığı gibi, ahlakını muhafaza etmek için de kullanabilir. İşte bu nedenle, "ahlaksızlığın bastırılması, yıkıcı faaliyetlerin bastırılması kadar hukukun işidir."[53]

Aksine uç tez, ortak ahlakı sadece düzenli hükümet gibi araçsal bir değer olarak görmez ve ahlaka aykırılığın cezalandırılmasını, vatana ihanetin cezalandırılması gibi, toplumu çözülmeden ve çökmeden korumak üzere alınmış bir önlem olarak meşrulaştırmaz. Bunun yerine, ahlaka aykırı fiiller hiç kimseye doğrudan ya da toplumun ahlaki çimentosunu zayıflatmak suretiyle dolaylı olarak zarar vermese bile, ahlakın dayatımı, bir değer olarak görülür. Kullanılan tüm argümanların bu tezlerden birine ya da ötekine dağıtılmasının mümkün olduğunu söylemiyorum, fakat bunların, çoğu argümanın kökünde yer alan temel eleştirel düşüncelerin ayırıcı niteliklerini yansıttığını ve arızi olarak "bizatihi ahlakı dayatma" ifadesinde yer alan bir belirsizliği sergilediklerini düşünüyorum. Belki de, iki tezi birbirinden ayırmanın en güvenli yolu, pozitif ahlakın herhangi bir ihlalinin zararlı olup olmadığını sorabileceğimiz iki düzlemin daima mevcut olduğunu görmektir. İlk olarak şunu sorabiliriz: Bu fiil, toplumun ortak ahlakının tepkisinden bağımsız olarak herhangi bir kimseye zarar verir mi? Ve ikinci olarak şu sorulabilir: Bu fiil, ortak ahlakı etkiler ve bu suretle toplumu zayıflatır mı? Ilımlı tez, fiilin cezalandırılmasını meşrulaştırmak için en azından ikinci düzlemde olumlu bir yanıta ihtiyaç duyar. Uç tezin ise her iki düzlemde de olumlu bir yanıta ihtiyacı yoktur.

Lord Devlin, ılımlı tezi savunuyor görünür. "Görünür" diyorum çünkü, her ne kadar ortak bir ahlakın toplumun varlığı için gerekli olduğu gerekçesiyle, toplumun bizatihi ahlakı dayatmaya hakkı olduğunu söylese de, onun açısından ahlaka aykırılığın toplumu

52) A.g.e., s. 8.
53) A.g.e., s. 15.

tehlikeye sokacağı ya da zayıflatacağı ifadesinin ampirik gerçeğin bir beyanı olup olmadığı hiçbir surette açık değildir. Bu kimi zaman, bir *a priori* varsayım, kimi zaman gerekli ve sıra dışı bir gerçeklik olarak görünür. Bunun böyle olduğunun en önemli göstergesi, "ahlaki bağların kaybedilmesinin genellikle parçalanmanın ilk aşaması olduğunu"[54] göstererek "tarih"e belli belirsiz bir göndermede bulunulması dışında, yetişkinlerin aleni olmasa da cinsel ahlaktan sapmalarının, vatana ihanet gibi, toplumun varlığını tehdit eden bir şey olduğunu göstermek için hiçbir kanıt gösterilmemesidir. Hiçbir saygın tarihçi bu tezi savunmamıştır ve aslında buna karşı birçok kanıt vardır. Olgulara ilişkin bir ifade olarak, İmparator Justinianus'un, eşcinsellik yer sarsıntılarının nedenidir[55] yolundaki beyanından daha fazla dikkate alınmayı hak etmemektedir. Lord Devlin'in buna inancında ve kanıt hususuna açıkça ilgisiz kalışında, yer yer, tartışılmamış bir varsayımın izleri görülebilir. Bu, tüm ahlakın –öldürme, çalma ve sahtekârlık gibi, başkalarına zarar verici fiilleri yasaklayan ahlak ile birlikte cinsel ahlak– yekpare bir kumaş oluşturduğu, bu nedenle herhangi bir bölümden sapanların muhtemelen ya da belki mecburen bütünden de sapacakları varsayımıdır. Tabii ki, toplumun, hukukun başkalarına zarar verici fiilleri yasaklamasını yansıtan ve tamamlayan bir ahlak olmaksızın var olamayacağı açıktır (ve bu, siyaset kuramının en eski kavramlarından birisidir). Fakat, yine de, geleneksel cinsel ahlaktan sapanların, diğer açılardan, topluma düşman oldukları yolundaki kuramı destekleyecek hiçbir kanıt yokken, bu kuramı çürütecek birçok kanıt vardır.

Ancak, yekpare bir kumaş olarak toplumsal ahlak kavramından daha ilginç bir husus, her ne kadar daha fazla ikna edici olmasa da, Lord Devlin'in düşüncesinin merkezinde yer alır görünüyor. Çünkü, ortak *bir* ahlak, bir toplumun varlığı için

54) A.g.e., s. 14-15.
55) *Novels*, 77 Cap. I ve 141.

gereklidir yolundaki kabul edilebilir önermeden, bir toplumun, tarihinin belli bir anında olduğu şekliyle, ahlakıyla özdeş[56] olduğu, bu nedenle ahlakındaki bir değişikliğin bir toplumun yıkımına eş olduğu yolundaki kabul edilemez önermeye yönelir görünüyor. İlk önerme, toplumun belli ortak ahlaki görüşlere sahip insanlar kümesi olarak, gayet akla yatkın bir biçimde tanımlanmasına bağlı, ampirik olmaktan çok, gerekli bir gerçeklik olarak da kabul edilebilir. Fakat ikinci önerme saçmadır. Tam anlamıyla ele alındığında, bizi belli bir toplumun ahlakının değişmiş olduğunu söylemekten alıkoyacak ve bunun yerine bizi bir toplumun ortadan kaybolmuş olduğunu ve bir diğerinin onun yerini aldığını söylemeye zorlayacaktır. Bir toplumun ortak ahlakından herhangi bir sapmanın onun varlığını tehdit edeceği, kanıt olmadan, ancak bir toplum için neyin varlığını sürdürmek anlamına geldiğine ilişkin bu saçma ölçüte dayanılarak ileri sürülebilir.

Lord Devlin'in aleni olmayan ahlaksızlık diye bir şey olabileceğini reddetmesini ve "aleni olmayarak" gerçekleştiğinde bile cinsel ahlaksızlığı vatana ihanet ile kıyaslamasını, sadece, bir toplumun bu şekilde ortak ahlakıyla zımnen özdeşleştirilmesinin destekleyeceği açıktır. Geleneksel cinsel ahlaktan sapmalar hukuk tarafından hoş görüldüğünde ve bilinir hale geldiğinde, geleneksel ahlakın izin veren bir yönde değişebileceğinin doğru olduğuna kuşku yoktur; ancak, eşcinsellik açısından, bunun hukuk tarafından cezalandırılabilir olmadığı Avrupa ülkelerinde durum böyle görünmemektedir. Fakat, geleneksel ahlak bu şekilde değişse bile, söz konusu toplum mahvolmuş ya da "yıkılmış" olmayacaktır. Bu tür bir gelişmeyi, yönetimin şiddet yoluyla devrilmesine değil, onun biçiminde, toplumun muhafazası ile olduğu gibi gelişmesiyle de bağdaşan barışçıl bir anayasal değişikliğe benzetebiliriz.

56) Bu önemli husus için bkz., Richard Wollheim, "Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin," *Encounter*, Kasım 1959, s. 34.

3
Dayatım Türleri

Son konferansta, ceza hukukunun ahlakı dayatmak için meşru olarak kullanılabileceği tezinin ılımlı ve uç biçimleri arasında ayrım yapmıştım. Ilımlı teze göre, açıkça başkalarına zarar veren (cinayet ya da müessir fiil gibi) suçlar ile yetişkinler arasında rızaya dayalı, aleni olmayan, hukuk tarafından yasaklanmış ahlaka aykırı fiiller arasında kesinlikle bir zıtlık vardır. Bu zıtlık, ilk bakışta, sonrakinin hukuk tarafından yasaklanması ve cezalandırılmasını, bizatihi ahlakın dayatımı olarak değerlendirişimizi destekler görünmektedir. Bununla birlikte, bu kurama göre, bir toplumun ahlakının onun varlığı için gerekli olduğu gerçeğini bir kez kabul ettiğimizde, ahlaka aykırı herhangi bir fiilin, alenen icra edilmese de, uzun erimde mutlaka zararlı olacağı açık hale gelir; çünkü "bu, toplumun dayandığı ahlaki ilkeleri tehdit eder" ve dolayısıyla toplumun varlığını tehlikeye sokar. Sonuç olarak, bu görüşe göre

ahlakın (muhafazası için gereksinildiği varsayılan) dayatımı, toplumun varlığı için gereklidir ve bu nedenle meşrudur.

Uç tezin birçok türü vardır ve savunucularının bunlardan hangisini önerdikleri her zaman belli değildir. Bazı türlere göre, ahlakın hukuki dayatımı sadece araçsal değer taşır: O, ahlakın muhafaza edilmesi için vazgeçilmez olmasına karşın, sadece bir araçtır, oysa ahlakın korunması, hukuki dayatımını meşrulaştıran, kendi içinde değerli bir amaçtır. Başka türlere göre, ahlakın hukuki dayatımında kendiliğinden değerli bir şey vardır. Uç tezin tüm türlerinde ortak olan, ılımlı tezin aksine, ahlakın dayatımını ya da onun muhafazasını, sadece toplumun varlığının korunmasındaki yararlı etkilerinden dolayı değerli saymamalarıdır.

Lord Devlin'in, az çok belirsiz bir biçimde, uç tezin bir biçimi ile ılımlı tez arasında kaldığı gözden kaçmayacaktır. Zira, bir toplumun ahlakının muhafazasının, onun varlığı için gerekli olduğu yolundaki çok önemli beyanını (vatana ihanetin bastırılması benzetmesi, bunu yapmak zorunda olduğumuzu akla getirdiği üzere) olgulara ilişkin bir beyan olarak yorumladığımızda, toplumun süregiden varlığı, bu sayede ahlakının muhafazasından ayrılabilir bir şey olur. Bu, aslında, ahlakın muhafazası için arzu edilebilir bir sonuçtur ve bu arzu edilebilir sonuç, ahlakın dayatımının onun muhafazası ile özdeş ya da onun muhafazası için gerekli olduğu varsayımına dayanarak ahlakın dayatımını meşrulaştırır. Böyle yorumlandığında, Lord Devlin ılımlı tezin bir savunucusudur ve argümanı faydacı bir argümandır. Buna yönelik itiraz, onun çok önemli beyanının kanıtla desteklenmediğidir; bu, olguların desteğinden yoksun bir faydacılıktır. Öte yandan, herhangi bir ahlaksızlık, aleni olmadığında bile, toplumun varlığını tehdit eder yolundaki beyanını, ampirik bir beyan olarak değil, (kanıt yokluğu bunu yapmak zorunda olduğumuzu akla getirdiği üzere) gerekli bir gerçeklik olarak yorumlarsak, toplumun süregiden varlığı, onun ahlakının muhafazasından farklı bir şey olmaz; onunla

özdeştir. Bu bakış açısından, ahlakın dayatımı, onun toplumu çözülmeden ya da çürümeden korumadaki değerli sonuçları ile meşrulaştırılmaz. Sırf, toplumun ahlakının muhafazası ile özdeş ya da bunun için gerekli olmasıyla meşrudur. Bu, son konferansta eleştirdiğim uç tezin, bir toplumun ahlakıyla zımnen özdeşleştirilmesi suretiyle gizlenen bir biçimidir.

Bence Stephen, uç tezin belli biçimlerinin, Lord Devlin'in ılımlı tez konusunda olduğundan daha tutarlı bir savunucusudur. Fakat, argümanı değerlendirmeden önce, herhangi bir davranış türünün hukuki dayatımına ilişkin, görünüşte basit görüşte yerleşik karmaşıklıkları anımsatmak önemlidir. Dayatımın iki yönünü halihazırda birbirinden ayırmıştık: İlki zorlamaya ilişkin olandır ve başlıca unsuru insanların hukukun emrettiğini ya da yasakladığını yapmalarını ya da yapmaktan kaçınmalarını hukuki cezalandırma tehdidi ile sağlamak şeklindedir; ikincisi ise, hukuku ihlal etmiş olanların fiilen cezalandırılmalarıdır. Hukuki "güç" kullanımını değerlendirirken, bu dayatım biçimlerinin yanı sıra gözden kaçırılmaması gereken başkaları da vardır. Bu yolla, hukuka itaatsizliği imkânsız kılan ya da güç koşullara bağlayan ve böylece onu cezalandırmak yerine önleyen tedbirler alınabilir. İngiltere'de bunun iyi bilinen bir örneği, 1857 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasası (*Obscene Publications Act*) ile görevlilere verilen, muzır yayınlara el koyma ve bunları imha etme yetkisidir; ve bazı yargı sistemlerinde, hukuk, genelev olarak kullanılan binaların fiziksel olarak kapatılmasına cevaz verir. Hukuki dayatımın bir başka ayırt edilebilir yönü, hukukun ihlaline gerçekten katılmış olanları ya da bunu yapma tehdidi oluşturanları vazgeçmeye ikna amacıyla baskı kullanımıdır. Kullanılan baskı araçlarının, cezalandırmada da kullanılması olgusu, aradaki farkı görmemize engel olmamalıdır. İngiltere'de ve Amerika'da, bu dayatım yönteminin en yaygın biçimi, bir mahkeme emrine uymayı reddedenlerin boyun eğene dek hapsedilmesi ve itaatsizlik sürdükçe gün

be gün artan para cezası uygulanan "son verme ve vazgeçme emirleri"dir. Bunlardan ilkinin genellikle, "mahkemeye itaatsizlik" için öngörülen bir ceza biçimi olarak sunulduğuna kuşku yoktur. Mahkemeye itaatin yanı sıra bir özür de, genellikle, itaatsizlik için hapsedilmenin sona erdirilmesini gerektirir, fakat bu aslen hukuka uygunluğu sağlamakla meşgul olanlara sunulan bir baskı biçimi olarak kullanılır.

Bu farklılıklar, söz konusu amaçlar bakımından önemlidir, çünkü ahlakın hukuki dayatımının, sonuçları itibarıyla değil, bir değer olarak kendi içinde meşru olduğu yolundaki uç tez, dayatımın farklı yönleri açısından ayrı ayrı değerlendirme gerektirebilir. Bunun yanı sıra, bu farklı yönlerin değerlendirilmesi, bizi, Lord Devlin tarafından kesinlikle ve Stephen tarafından da muhtemelen benimsenen, ahlakın dayatımı ile onun muhafazasının özdeş ya da en azından zorunlu olarak ilişkili olduğu varsayımını incelemeye zorlayacaktır.

Zorlama şeklinde dayatım. –Dayatımın ilk yönünü, yani tehditler yoluyla zorlamayı değerlendirdiğimizde, cezalandırma korkusu aracılığıyla, kişileri, başkalarına zarar verici faaliyetlerden kaçınmaya ikna etmek ile onları, benimsenen ahlaktan sapan, fakat hiç kimseye zarar vermeyen fiillerden kaçınmaya ikna etmek arasında çok büyük bir fark görülür. İlkine atfedilen değeri anlamak kolaydır; zira, insanların cinayetten ya da şiddetten ya da diğer zarar biçimlerinden korunması, motifleri ne olursa olsun, sayesinde başkalarının bu suçlardan kaçınmaya ikna olacağı iyi bir şey olarak kalır. Fakat, geleneksel cinsel ahlak ihmal edildiğinde genellikle söz konusu olduğu gibi, önlenecek hiçbir zarar ve korunacak hiçbir potansiyel mağdur bulunmadığında, sadece hukuk tarafından cezalandırılma korkusuyla sağlansa bile, uygunluğun (*conformity*), yol açtığı özgürlük kaybına ve ıstıraba karşın gözetilmeye layık bir değer olduğunun ileri sürülmesini anlamak güçtür. Salt uygun davranışa, motif ve sonuçlardan soyut olarak

değer atfedilmesi ahlakla değil, tabularla ilgilidir. Bu, namus ya da özveri ideallerine adanan yaşamlara değer veremeyeceğimiz anlamına gelmez. Gerçekten, sadece cinsel konularda değil, diğer davranış alanlarında da özdisiplin oluşturulması, bütün ahlak kuramlarında iyi bir yaşamın bir bileşeni olsa gerektir. Ancak, burada değerli olan şey, *gönüllü* sınırlamadır (*restraint*); ahlaki değer açısından oldukça boş görünen, zorlamaya boyun eğme değildir.

Hukuken dayatılan uygunluğun, bu nedenlerle kendi başına bir değer taşımamasına karşın, çoğunlukla gönüllü olarak uygulanan bir ahlakın öğretilmesinin ya da sürdürülmesinin bir aracı olarak vazgeçilmez olduğu, elbette ileri sürülebilir. "İnsanların cinayet yüzünden asılmaları olgusu, cinayetin çok korkunç bir suç olarak değerlendirilmesinin önemli bir nedenidir."[57] Hukuki cezalandırma tehdidinin ahlakın gönüllü uygulamasını yaratmak ya da sürdürmek için gerekli olduğu yolundaki bu kuramlarda, kendisiyle çelişir hiçbir şey yoktur. Fakat, bunlar, ampirik gerçeklerin desteğine ihtiyaç duyan kuramlardır ve ahlakın en iyi, hukuki cezalandırma korkusu ile öğretileceği görüşünü destekleyen çok az kanıt vardır. Birçok ahlak kuralı onsuz öğretilir ve sürdürülür. Ve ahlak onunla öğretildiğinde, cezalandırma korkusunun uygunluk için tek motif olarak kalması hususunda sürekli bir tehlike söz konusudur.

Cezalandırma şeklinde dayatım. –Hukuki dayatımın ikinci yönü, tehditte değil, cezalandırmanın suçlu üzerinde fiilen uygulamasında yerleşiktir. Cezalandırılan davranış zararlı olmadığında, bunun ne değeri olabileceğini sorarsak, en açık cevap, kefaretçi (*retributive*) bir ceza "kuramı"dır: Cezanın uygulanmasını meşrulaştıran şeyin, onun toplum ya da cezalandırılan kişi üzerinde

57) Report of the Royal Comission on Capital Punishment (Kraliyet Ölüm Cezası Komisyonu Raporu), (CMD 8932) s.61. Alıntı, Stephen'ın ölüm cezası hakkındaki makalesindendir: *Fraser's Magazine*, Haziran 1864, s. 761.

yararlı sonuçlara sahip olması değil, acının yapılan ahlaki kötülük için uygun ya da "yerinde" bir karşılık olması savı. Burada, bu ceza kuramının baştan sona incelenmesini üstlenmem mümkün değil, bu yüzden sadece belirgin bir noktaya dikkat çekmekle yetineceğim. Cezalandırmayı sonuçları itibarıyla değil, sırf bir suçun kötülüğünün gerektirdiği bir şey olarak meşrulaştırmaya çalışan bir kuramın en akla yatkın olduğu ve belki de tek anlaşılabilir olduğu durum, suçun başkalarına zarar verdiği ve hem yanlış yapan birisinin hem de bir mağdurun söz konusu olduğu hallerdir. Faydacı öğretinin en sadık izleyicileri bile, kimi zaman, başkalarına kasıtlı olarak ıstırap çektirenin, kendisine de ıstırap çektirilmesi gerektiğinin doğru ya da adil olduğu yolundaki basit iddiayı benimsemeye meyletmiş olmalıdırlar. Auschwitz ya da Buchenwald kayıtlarını okuyan herhangi birinin, bu ilkenin yoğun uygulamasını fark etmemiş olabileceğinden kuşkuluyum; belki de söz konusu suçluların cezalandırılmasını destekleyenlerin en düşüncelileri bile, cezalandırmanın ileriye dönük yararlı sonuçlara sahip olabileceği düşüncesi yerine, bu ilke tarafından harekete geçirilmişlerdir. Fakat, bu kefaret biçiminin gücü, kuşkusuz, bir suçlunun yanı sıra, bir mağdurun da bulunmasına bağlıdır; zira, bu durumda, cezayı, mağdurları ıstırap çekerken ya da ölmüşken, yanlış yapanın kurtulmasını önlemek için öngörülmüş bir önlem olarak kabul etmek mümkündür. Bunun yapılmasını gerektiren ilkeler, kesinlikle, mutluluk ve ıstırabın dağıtımında adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle –ahlakın diğer alanlarına yayılan ilkelerle–, benzerlik gösterirler. Ben kendi adıma bu analojinin yeterli olduğunu bile ileri süremem. Yine de bu, kesinlikle, kefaretçi kuramdan tümüyle vazgeçmemizi engelleyen bir şeydir. Fakat, bir mağdurun bulunmadığı, sadece ahlaki bir kuralın ihlalinin söz konusu olduğu hallerde, cezanın ahlaka aykırılığa uygun bir karşılık olarak yine de gerekli olduğu görüşü, bu destekten bile yoksundur. Bu hallerde kefaret, ahlakta iki siyah bir beyaz eder,

diğer bir deyişle ahlaksızlığın kötülüğüne onun cezası olarak eklenen ıstırabın kötülüğü bir ahlaki iyi oluşturur, şeklindeki mantıklı görünmeyen iddia dışında hiçbir şeye dayanmaz.

KEFARET VE SUÇLAMA

Stephen, Mill'in özgürlük öğretisini ahlak kuralları bağlamında değerlendirdiği bölümde, esas itibarıyla, ona göre Mill'in argümanlarını zayıflatan, insan doğası ve toplum hakkındaki yanlış varsayımların ve tutarsızlıkların belirlenmesi ve gösterilmesiyle ilgilenmiştir. Ceza hukukunun, sadece "toplum için tehlikeli faaliyetlere karşı" koruma amacıyla değil, "ahlaksızlığın ağır biçimlerine bir eziyet"[58] olarak da kullanılması gerektiği yolundaki iddiasını destekleyen pozitif gerekçeleri açıklamaya, nispeten az yer ayırmıştır. Argümanlarından, ahlakın hukuki dayatımının oluşturduğunu ya da güvenceye aldığını düşündüğü değerlerin tam bir dökümünü çıkarmak gerçekten de kolay değildir. Bu konulardaki düşüncesinin en belirgin –ve birçokları için en tatsız– yönü suçluya duyulan nefret ya da kinin ya da ondan öç alma arzusunun meşruluğu ya da "sıhhat"i[59] konusundaki genel ısrarıdır. Bu konudaki vurgusundan, Stephen'ın, ele aldığı somut olayda, kefaretçi kuramın basit ve gerçekten kaba bir biçimine bağlandığı sonucuna varmak kolaydır: Suçlunun cezalandırılması meşrudur, çünkü "nefret duygusu ve öç arzusu, insan doğasının bu tür olaylarda mutat bir kamusal ve hukuki usulle tatmin edilmesi gereken önemli unsurlarıdır."[60]

Stephen'ın, nefretin ve öç arzusunun meşruluğu konusundaki ısrarı, onun cezalandırmaya ilişkin görüşünün bütünü içerisinde kesinlikle merkezi bir yer tutar ve bu duygulara sonraki dönem

58) *Liberty, Equality, Fraternity*, s. 162.
59) A.g.e., s. 162, 165.
60) A.g.e., s. 162.

İngiliz yargıçları da aynı önemi vermişlerdir. Eski İngiltere Başyargıcı Lord Goddard, Lordlar Kamarası'nda ölüm cezası hakkındaki son müzakerede, "Ülkenin suçun öcünü almaya istekli olmaya mecbur olmasının, nasıl Hıristiyanlık dışı ya da övgüye değer olmayan bir şey olabileceğini anlamıyorum"[61] demiştir. Fakat, kefaretçi kuramın bu biçimini, öğretisinin bütünü olarak sunmak Stephen'a karşı haksızlık olacaktır; çünkü, onun argümanları içerisine yerleştirilmiş bir başka unsur daha vardır. Ben, bunu, birazdan göreceğimiz nedenlerle, suçlayıcı unsur olarak adlandıracağım. Bu unsur, Stephen tarafından, benimsediği kefaretçi kuram biçiminden ayrılmamışsa da, ayrı bir incelemeyi hak etmektedir, zira bugün bile İngiliz adliyesinin ayırıcı niteliği olan cezalandırmanın işlevi ve meşrulaştırılması kavramında geniş biçimde yer tutmakta ve birçok muhafazakâr İngiliz ve Amerikan hukukçusu tarafından paylaşılmaktadır.

Stephen'ın ahlakın hukuki dayatımı konusundaki görüşlerini anlamak için, Lord Devlin gibi onun da, öğretisinin uygulanacağı toplumun, dikkate değer bir derecede ahlaki dayanışma ile ayırt edildiğini ve ahlaki normlarının ihlalinden şiddetle rahatsız olduğunu varsaydığına dikkat etmek gerekir. Tıpkı Lord Devlin için, hukuk tarafından zorla uygulanacak ahlak, genel olarak paylaşılır olması anlamında "kamusal" ve "hoşgörüsüzlük, öfke ve tiksinti"[62] belirtileriyle tanımlanabilir olduğu gibi, Stephen için de, "toplumun ortak uygulamasında açığa çıkan kamu kanaatinin şiddetle ve açıkça kınamadığı herhangi bir şeyi cezalandıramazsınız... Cezalandırabilmek için ahlaki çoğunluk ezici olmalıdır."[63] Victoria dönemi ortaları İngiltere'sinde, Stephen'a göre sırf aşırı ahlaksız sayıldıkları için suç olarak kabul edilen "dikkate değer sayıda fiil" açısından, bu koşullar mevcuttu. Belki de, bir "ezici ahlaki

61) 198 H. L. Debates (5. Seri) 743 (1956).
62) *The Enforcement of Morals*, s.17: "Bunlar ahlaki yasanın arkasındaki güçlerdir."
63) *Liberty, Equality, Fraternity*, s. 173-74.

çoğunluk", onun sözünü ettiği ve suçlunun cezalandırılmasıyla giderilecek olan sağlıklı öç arzusunu fiilen beslemiştir. Fakat, bu koşulların çağdaş İngiltere'de, en azından cinsel ahlak söz konusu olduğunda, muhafaza edildiğini varsaymak sosyolojik açıdan tecrübesizlik olacaktır. Resmi cinsel ahlaka gösterilen yüzeysel saygının varlığı, bizi, başka durumlarda olduğu gibi, cinsel alanda da birtakım karşılıklı hoşgörülü ahlak anlayışları bulunmasının ve uygulamada ve inançta belli bir türdeşlik bulunduğunda bile, suçluların, nefret ya da kin ile değil, alaylı bir küçümseme ya da acıma ile karşılanmasının mümkün olduğunu göz ardı etmeye götürmemelidir.

Dolayısıyla, bir anlamda, Stephen'ın öğretisi ve Lord Devlin'in öğretisinin büyük kısmı, çağdaş toplumsal gerçekliğin *terra firma*'sı (*sağlam zemini*) üzerinde havada asılı kalır gibi görünebilir; İngiliz yargısının ayırıcı niteliğini ortaya koyduğu için ilgi çekici, fakat çağdaş topluma uygulanma kabiliyeti olmayan, iyi eklemlenmiş bir yapı olabilir. Fakat, zihnindeki, muhtemelen hayal ürünü toplum manzarasıyla, Stephen, cezalandırmanın işlevi kefaretçi olmaktan çok suçlayıcı olmakmış gibi; nefret ya da öç duygularının giderilmesinden çok suçlunun ahlaken kınanmasını vurgulu bir biçimde ifade etmek ve suçlu tarafından ihlal edilen ahlakı "onaylamak"mış gibi yazar. Bu görüş, *Liberty, Equality, Fraternity*'de, Stephen'ın, ceza hukukundan "öç arzusuna belirgin tatmin"in yanı sıra "kızgınlık duygusuna belirgin biçim"[64] veren diye söz ettiği pasajda yer alır. Aynı görüş, daha özenli ve açık olarak *A History of the Criminal Law of England* adlı eserinde açıklanmıştır:

> Mühür, sıcak balmumu için ne ise, hukukun hükmü de kamunun herhangi bir suça ilişkin ahlaki kanaati için odur. Hukukun hükmü, geçici bir kanaat olarak kalabilecek bir şeyi, kalıcı, nihai bir hükme dönüştürür... Kısacası, hukuk tarafından ceza uygulan-

64) A.g.e., s. 165.

> ması, ahlakın suçun işlenmesiyle uyanan ve ceza hukuku tarafından da yaptırıma bağlanan bu bölümünün, vicdandan ayrı olarak, ahlaki ya da popüler yaptırımını oluşturan nefrete kesin bir ifade, resmi bir onay ve meşruluk verir... İçerisinde bilinçli kızgınlığın ve haklı kınamanın ifade edildiği biçimler ve ceza adaletinin icrası, bu tür biçimlerin en vurgulu olanlarıdır; bunlar evliliğin diğerlerine [cinsel tutkulara] dayanması gibi, aynı ilişki içerisinde yer alan bir tutku setine dayanırlar.[65]

Bu kuramda, belirsiz birçok husus bulunduğuna kuşku yoktur; özellikle, Stephen, ifade ettiği duyguyu "meşrulaştıran" cezalandırmadan anlaşılmaz şekilde söz eder. Fakat, kuramın genel anlamı açıktır ve bu, sonraki dönem yargıçlarının tekrarladığı bir temadır. Nitekim, günümüzde, Kraliyet Ölüm Cezası Komisyonu'na yaptığı sunuşunda, Lord Denning şöyle demiştir:

> Ağır suçların cezalandırılması, bunlar için yurttaşların çoğunluğu tarafından duyulan tepkiyi uygun biçimde yansıtmalıdır. Cezalandırmanın amacını, caydırıcılık, iyileştiricilik ya da önleyicilikten ibaret olarak görmek bir hatadır. Herhangi bir cezanın nihai meşruluğu, onun caydırıcı olması değil, toplum tarafından bir suçun vurgulu biçimde suçlanmasıdır ve bu açıdan bakıldığında, bugün geçerli olan zihniyete göre herkes için en vurgulu suçlamayı, yani ölüm cezasını, gerektiren bazı suçlar vardır.[66]

Bunu savunan hukukçuların ününe rağmen, cezalandırmanın bu şekilde meşrulaştırılması, özellikle, başkalarına zarar vermeyen fiillere uygulandığında, garip bir fikir karışımına dayanır görünmektedir. Bu meşrulaştırma biçimi, ahlaki kınamanın yalın ifadesini insanların çekeceği ıstırap pahasına izlenecek bir değer olarak sunuyor ve ıstırabın etkisini yegane uygun ya da "vurgulu" ifade biçimi olarak ele alıyor. Fakat, bu gerçekten anlaşılabilir midir?

65) *A History of the Criminal Law of England*, II, 81-82.
66) Report of the Royal Commission on Capital Punishment, s. 53.

Sırf ahlaki kınamanın ifade edilmesi, kendi başına, bu bedelle izlenmeye değer bir şey midir? Zararın, ıstırabın ya da suçun tekrarlanmasının önlenmesi için bile değil, salt ahlaki kınamayı gösterme ya da vurgulu olarak ifade etme aracı olarak bir ahlaki norma karşı gelen suçluları cezalandırabileceğimiz düşüncesi, dini inancın bir ifadesi olarak insan kurban etmekle rahatsız edici bir biçimde benzerlik göstermektedir. Fakat, bu itirazı bir kenara bıraksak bile, bir diğeri çıkar karşımıza. Suçluların cezalandırılmasının, ahlaki kınamanın vurgulu biçimde ifade edilmesinin uygun bir yolu olduğu iddiası ile kastedilen nedir? Ahlaki kınamanın ifade edildiği normal yol, *sözcükler*le yapılandır ve eğer suçlama ihtiyaç duyulan şey ise, niçin uygun görmemenin resmi, aleni bir beyanının, bunun ifade edilmesinin en "uygun" ya da "vurgulu" aracı olmadığı hususu açık değildir. Niçin bir suçlama, cezalandırma biçimini almak zorundadır?

Bu kuramı savunanların "vurgulu" bir suçlama ve ahlaki kınamanın "uygun" ifadesi ile gerçekte kastettikleri şeyin, muhtemelen, ihlal edilmiş olan ahlaki norma saygıyı, suçlu ve başkaları açısından, aşılamada ve güçlendirmede etkili bir şey olduğunu düşünüyorum. Fakat, kuram bu suretle farklı bir nitelik kazanır; artık bu, ahlakın hukuki dayatımının, sonuçlarından bağımsız bir değer olduğu yolundaki kuram değildir; bu, ahlakın hukuki dayatımının, var olan bir ahlakı muhafaza ettiği için değerli olduğu şeklindeki bir kuram haline gelir. Kuşkusuz bu, uç tezin en akla yatkın biçimidir. Ancak, Stephen'ın kimi zaman yapar göründüğü gibi, sezgisel olarak açıkça görülebildiğini kabul ederek, eleştirel ahlakın herhangi bir genel ilkesini tartışmaksızın ya da böyle bir ilkeye dayanmaksızın kabul edilecek şekilde ele alınmadıkça, muhtelif temel eleştirilere açıktır.

Bu eleştirilerden ilki, daha önce sözünü ettiğimiz bir olguya ilişkindir: Hukuki dayatımın, mevcut bir toplumsal ahlakı muhafaza etmek üzere umulduğu şekilde işleyeceği varsayımı, kendisini

destekleyecek kanıtlara ihtiyaç duyar ve en azından cinsel ahlak bağlamında bulunabilecek kanıtların sayısı pek azdır. Kuşkusuz buradaki mesele oldukça karmaşıktır: Hukuki yasaklamanın, davranışın ahlaken yanlış olduğu kanaatini beslemekte oynadığı rolün eksiksiz bir araştırmasında, ahlaksızlığın çeşitli türleri birbirinden ayrılmalıdır. Bazıları, örneğin evlilik dışı cinsel ilişki gibi, ahlaken gayet içtenlikle kınanabilmelerine karşın, insanların çoğuna çekici gelir; başkaları, örneğin ensest ya da eşcinsellik gibi, çoğu insanın nefret ve tiksinti duyabileceği fiillerdir. Bu fiiller açısından, hukuki yasaklamanın, fiilin ahlaksız olduğu yolundaki genel anlayışı muhafaza etmede önemli bir etken olması şaşırtıcı olacaktır. Çünkü, bu durumlarda, Lord Devlin'in genel "hoşgörüsüzlük, öfke, ve tiksinti" dediği ve Stephen'ın "bir ezici ahlaki çoğunluk" dediği (ve sadece bunlar var olduğunda ahlaka aykırılığın hukuken cezalandırılmasının meşrulaştırılabilir olduğunu düşündükleri) şey mevcutsa, bu tür fiillerin ahlaken yanlış olduğu kanaatinin, çoğunluğun zihninde, içgüdüsel iğrenmeden ve bunların "doğaya aykırı" olduğu yolundaki güçlü duygudan ayrılamayacağına kuşku yoktur. Eşcinsellik hakkındaki görüşleri devlet tarafından cezalandırma yoluyla yansıtılmadığı takdirde ezici ahlaki çoğunluğun ahlaki anlayışının değişeceği ya da en azından değişebileceği ve bu güçlü içgüdüsel duyguları kaybedeceği görüşü fantastik görünmektedir. Ayrıca bu, yetişkinler arasında rızaya dayalı, aleni olmayan eşcinselliğin hukuken cezalandırılmadığı ülkelerin deneyimleriyle oldukça çelişiktir. Bu elbette, hukuk bu fiilleri yasakladığında, sadece cezalandırma korkusundan dolayı ya da Stephen'ın ifadesiyle, mevcut toplumsal ahlaka hukukun bahşettiği "resmi onayı"a, her ne kadar kendi içgüdülerini engellese de saygı gösterdikleri için, bunlardan kaçınan bazı kimseler bulunacağını yadsımak anlamına gelmez. Fakat, bu kimselerin bu nedenlerle kaçınmaları, bu fiillerin ahlaken yanlış olduğu yolundaki genel anlayışa hiçbir katkı sağlamaz.

Lord Devlin'in bir eleştirmeninin işaret ettiği gibi,[67] toplumsal ahlakın gerçek çözücüsü, hukukun onun kayıtlamalarını cezalandırma ile desteklememesi değil, serbest eleştirel tartışmadır. Bu –ya da bunun neden olduğu özeleştiri– salt içgüdüsel tiksintiyi, ahlaki kınamadan ayrılmaya zorlayan şeydir. Eğer günümüzde "ezici ahlaki çoğunluk" cinsel ahlaka ilişkin birçok konuda bölünmüş ya da tereddütlü ise, bunu hızlandıran başlıca etken, cinsel ahlakın serbestçe tartışılmasının, antropoloji ve psikolojinin bulguları ışığında, dikkat çekeceği meseleler olacaktır. Bu meseleler çok çeşitlidir: Birçok cinsel sapmanın zararsız niteliği, farklı toplumlardaki farklı cinsel ahlak anlayışlarının çeşitliliği, kayıtlayıcı cinsel ahlak ile zararlı baskı arasındaki ilişki, bunlar arasında yer alır. Genel geçer toplumsal ahlak üzerindeki etkileri dolayısıyla serbest tartışmanın yasaklanmasını bugün pek az kimse meşrulaştırılabilir görse de, Stephen, genel öğretisinin kendisini buna zorladığının bilincindeydi. Oldukça samimi olarak, buna ilkesel olarak bir itirazı olmadığını ortaya koymuş, fakat yazdığı dönemde bunun artık uygulanabilir olmadığını düşünmüştür.[68]

AHLAKIN MUHAFAZASI VE AHLAKİ MUHAFAZAKÂRLIK

Bu son değerlendirme, bizi, uç tezde gerçekten çok önemli yer tutan bir meseleye götürür. Stephen'ın toplum manzarasının ve bu toplumun ahlak mekanizmalarının, birçok kanıta karşı, gerçekçi olduğunu varsayalım: Cinsel konularda ezici bir çoğunluk tarafından desteklenen bir ahlaki kod gerçekten vardır ve yetişkinlerce aleni olmayarak bile ihlal edildiğinde bu çoğunluk şiddetle rahatsız olur; suçluların cezalandırılması, fiilin ahlaka aykırı olduğu kanaatini besler ve bunlar cezalandırılmazsa genel geçer toplumsal

67) Wollheim, "Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin," s. 40.
68) *Liberty, Equality, Fraternity*, Bölüm 2, özellikle s. 58, 81, 82-84.

ahlak, izin verici bir yönde değişecektir. Temel soru şudur: Bu değişimin önlenmesi ve bir toplumun ahlaki *status quo*'sunun muhafazasının, hukuki dayatımın insanlara verdiği ıstırabı dengelemeye yeterli olduğu iddiasını destekleyecek herhangi bir şey söylenebilir mi? Yoksa hiçbir şey söylenemez mi? Bu, tamamen boş bir sav mıdır? Yoksa burada, diğer değerli şeylerle birlikte, değerli olduğu söylenen şeye ilişkin eleştirel ilkelere mi dayanır?

Burada belli ayrımlara ihtiyaç vardır. Toplumsal ahlakın muhafazasının değeri hakkında, sürekli birbirine karıştırılma tehlikesi içinde bulunan üç önerme vardır. Bu önermelerden ilki, tüm toplumsal ahlak sistemleri, başka her ne içerirlerse içersinler, bireysel özgürlük, yaşam güvenliği ve kasten verilen zarardan koruma gibi evrensel değerler konusunda belli ölçüde önlem aldıkları için, toplumsal ahlak içerisinde, hukuki dayatımın müdahalede bulunduğu söz konusu aynı değerler pahasına bile muhafaza etmeye değer birçok şeyin daima bulunacağı gerçeğidir. Belki de, Lord Devlin'le aynı yönde, toplumsal ahlak bu şeyleri sakındığı ölçüde değerlidir, çünkü toplumun muhafazası için bunlara ihtiyaç duyulur demek yanıltıcıdır; aksine, belli bir toplumun muhafazası, diğer şeylerin yanı sıra, insanlar için bu evrensel değerlerin bir güvencesini oluşturduğu için değerlidir. Aslında, ahlakı içerisinde bu değerlerin hiçbir şekilde tanınmadığı bir insan toplumunun, ne ampirik ne de mantıki bir olasılık olduğu ve olsa bile, böyle bir toplumun, insanlar açısından hiçbir pratik değer taşımayacağı ileri sürülebilir. Ancak, bunu kabul ederken Lord Devlin'i toplumsal ahlakı yekpare bir kumaş olarak ve onun tüm hükümlerini, ahlakını oluşturduğu toplumun varlığı için gerekli olarak düşünürken yalnız bırakmadığımızın farkında olmalıyız. Mill'le aynı doğrultuda, bu temel evrensel değerlerin korunması gerekirse de, toplumun, genelgeçer ahlakı dışındaki alanlarda gerçekleşen bireysel sapmalara dayanabilmekle kalmayıp, onlardan faydalanabileceği gerçeğini görmeliyiz.

İkinci olarak, daha az tanıdık ve kesin terimlerle ifade edilmesi daha zor olan, bir toplumsal ahlak pratiğini niteleyen ruhun ya da zihniyetin çok büyük değer taşıyan bir şey olduğu ve her toplumda desteklenmesi ve muhafaza edilmesinin insanlar için gerçekten oldukça yaşamsal olduğu gerçeği vardır. Zira herhangi bir toplumsal ahlak pratiğinde, onun özel kurallarının ya da içeriğinin *maddi* değerlerinden ayrı olarak, mutlaka işe karışan, *biçimsel* denebilecek değerler vardır. Birey başkalarıyla ahlaki ilişkilerinde, davranışa ilişkin hususları gayri şahsi bir bakış açısından görür ve genel kuralları kendisine ve başkalarına tarafsız olarak uygular; başkalarının isteklerinden, beklentilerinden ve tepkilerinden haberdar edilir ve bunları dikkate alır; davranışını bir karşılıklı talepler sistemine uydurmada özdisiplini ve kontrolü kullanır. Bunlar evrensel erdemlerdir ve gerçekten spesifik olarak davranışa yönelik ahlaki tutumu oluştururlar. Bu erdemlerin belli bir toplumun ahlakına uyularak öğrenildiği doğrudur, fakat bunların değeri, orada erdem sayılmaları olgusundan kaynaklanmaz. İnsan yaşamının herhangi bir ortaklaşa biçiminin ve herhangi bir başarılı kişisel yaşamın yürütülmesi için bunların yaşamsal olduğunu görmek için, Hobbes'un bu erdemlerin tamamen yokluğunu tahayyül etme deneyini uygulamamız yeterlidir. İnsan doğasına ilişkin en temel olgulara ve insan yaşamının sürdürülebilmesi için gerekli koşullara asgari dikkati gösteren hiçbir eleştirel ahlak ilkesi onlardan vazgeçmeyi öneremez. Bu yüzden, ahlakın muhafazasıyla kastedilen, davranışa ve onun biçimsel değerlerine yönelik ahlaki tutumun muhafazası ise, bunun bir değer ifade ettiği kesinlikle doğrudur. Fakat, doğru olmasına karşın, aslında incelediğimiz konuyla alakalı değildir; zira bu anlamda ahlakın muhafazası, toplumun ahlaki kodunun, toplumun varlığının belli bir anındaki şekliyle, değişikliklerden sakınılmasıyla özdeş değildir ve bunu gerektirmez; ve *a fortiori* kurallarının hukuki dayatımını gerektirmez. Davranışa yönelik ahlaki tutum, genellikle, eleştiri-

ye, ihlale ve ahlaki kurumların en üst düzeyde gevşemesine karşı ayakta kalmıştır. Bir toplumun varlığında belli bir anda baskın olan ahlakı değişmez kılmak için hukuki cezalandırmanın kullanılması, muhtemelen başarılı olabilir, fakat başarılı olduğunda bile toplumsal ahlakın canlanan ruhunun ve biçimsel değerlerinin sürekliliğine hiçbir katkı sağlamaz ve bunlara büyük zararlar verebilir.

Çok açık biçimde bir değer ifade eden bu anlamda ahlakın korunmasını, salt ahlaki muhafazakârlıktan ayırmalıyız. Ahlaki muhafazakârlık, bir toplumsal ahlakın, içeriği ne olursa olsun, herhangi bir mevcut kuralının değişimden korunmasının bir değer taşıdığı ve hukuki dayatımını meşrulaştırdığı önermesine denk düşer. Tüm toplumsal ahlaka, teolojik sistemlerin ya da Doğal Hukuk öğretisinin bazı temel ilkelere tanıdığı statüyü tanıyabilirsek, bu önerme en azından anlaşılabilir olacaktır. Bu suretle, en azından, toplumsal ahlakın herhangi bir kuralının muhafazasının, hukuki dayatımını meşrulaştıran bir değer olduğu iddiasını desteklemek üzere bazı genel ilkeler ortaya atılacaktır; ileri sürülen bu değerin kaynağını gösterecek bazı şeyler söylenecektir. Bu genel ilkelerin söz konusu duruma uygulanması, bu suretle, tartışılacak ve müzakere edilecek bir şey olacak ve ahlaki muhafazakârlık toplumsal kurumların eleştirisinde kullanılan bir eleştirel ahlak biçimi olacaktır. Böylece, bu herhangi bir toplumsal ahlakın muhafaza edilmesinin, insan ıstırabı ve özgürlükten yoksun bırakma konusundaki bedelinden muhakkak daha ağır basacağını ileri süren –bu türden tüm genel ilkelerden koparıldığında olduğu gibi– kaba bir dogma olmayacaktır. Bu dogmatik biçimde, bu, pozitif ahlakı, fiilen herhangi bir ahlaki eleştirinin kapsamı dışına çıkartır.

Kuşkusuz, tüm toplumsal ahlak kurallarının ilahi emirler ya da akıl tarafından bulunmuş ebedi gerçekler konumunda oldukları yolundaki kurama dayalı bir eleştirel ahlak, açık nedenlerle bugün akla yatkın görünmeyecektir. Bunun en az akla yatkın olduğu

alan, belki de, çok açık olarak, muhtelif zevkler ve teamüller tarafından belirlenen cinsel ahlak alanıdır. Bununla birlikte, ahlakın hukuki dayatımını bu çizgilerde savunma girişimi, bunun meşru olduğu yolundaki tartışılmamış, basit bir iddiadan öte bir şeydir. Belli toplumların pozitif ahlakının ve âdetlerinin değerini, yararcı ve usçu eleştirmenlere karşı savunma konusunda en heyecanlı olanlar arasında yer alan Burke ve Hegel gibi büyük toplum kuramcılarının, bunların değerli şeyler oldukları yolundaki basit iddiayı asla yeterli bulmamaları dikkate alınmaya değerdir. Bunun yerine, görüşlerini desteklemek üzere, insan doğası ve tarih *kuramları* ortaya koymuşlardır. Burke'ün "çağların bilgeliği" ve "ilahi parmak" terimleriyle ifade bulan başlıca argümanı, temelde evrimci bir argümandır: Herhangi bir toplumun, tarihinin akışı içerisinde yavaş yavaş gelişen toplumsal kurumları, daima, o toplum üyelerinin büyük çoğunluğu için, bireylerin müdahale edebilecekleri ya da herhangi bir yasa yapıcının zorlayabileceği herhangi bir ideal toplumsal yaşam tasarısından daha doyurucu olması beklenen bir düzeni temsil eder. Hegel için, belli bir toplumun yerleşik kurumlarının değeri, kolaylıkla kavranabilir olmayan ve burada ayıracağım tek bir cümle içinde ifade edilmesi kesinlikle mümkün olmayan, ayrıntılı bir metafizik öğretiye dayanır. Özet olarak, bu öğreti, insan toplumları tarihinin, Mutlak Ruh'un kendisini ortaya koyduğu bir süreç olduğu ve bu gelişmenin her aşamasının ussal ve hatta mantıklı bir adım ve dolayısıyla değerli bir şey olduğudur.

Bu kuramsal arkaplan herhangi bir özel durumda tartışılır olabilirse de, ussal eleştiri, kabul ya da ret için oradadır; bu durum, toplumsal kurumların değeri iddiasını tamamen dogmatik olmaktan alıkoyar. İddia, onu desteklemek üzere ortaya konulan genel kuramlarla birlikte ayakta kalacak ya da yıkılacaktır. Ancak, Burke'ün usçu devrimciler ya da eleştirmenler karşısında yaptığı gibi, gelenek ve göreneğin evrimci bir savunusunun, toplumsal ahlakın hukuk tarafından dayatımına çok az destek sağladığı ha-

tırlanmalıdır. Burke'e göre, belki muhafazakâr da olsa bir Whig olduğu için, yerleşik kurumların değeri, bunların, insanların kendi yaşam koşullarına, bilinçsiz olduğundan kuşku duyulmasa da, serbest olarak uyum sağlamalarının sonucunda gelişmiş olmalarında yatar. Bir toplumun tarihinin herhangi bir anındaki ahlaki *status quo*'yu muhafaza etmek üzere zorlamanın kullanılması, toplumsal kurumlara değerlerini kazandıran süreci yapay olarak durdurmak olacaktır.

Ahlakı dayatmak üzere zorlamaya başvurulması ile gerçekte onu muhafaza etmek için kullandığımız, argüman, tavsiye ve öğüt gibi diğer yöntemler arasındaki bu ayrım, hem çok önemlidir hem de bu konuya ilişkin tartışmalarda fazlasıyla ihmal edilmiştir. Stephen, Mill'e karşı argümanlarında,[69] çoğu zaman bu diğer yöntemleri ve Mill'in bunlara yüklediği büyük önemi unutur ya da ihmal eder görünür. Zira, çok kere, Mill'in özgürlük öğretisi, insanların yurttaşlarının davranışları konusunda bu davranış başkalarına zarar vermiyorsa, asla herhangi bir kanaat belirtmemeleri gerektiği anlamına geliyormuş gibi davranır. Mill'in, bu tür davranışların iyi ya da kötü olduğuna karar vermede "devlet ya da kamu"nun "*bastırma ya da cezalandırma amaçları için*"[70] yetkilendirilmediğine inandığı doğrudur. Fakat, bu tür davranışlarla ya da onun temsil ettiği "yaşam tecrübeleriyle" ilgili olarak "başka hiçbir kimsenin bu davranışlar hakkında söyleyecek bir şeyinin olmadığı"[71] düşüncesinde olduğu doğru değildir. Ne de, toplumun "eğitimin bitip, mükemmel ahlaki kayıtsızlığın başladığı bir çizgi çizebileceğini"[72] düşünür. Stephen, bu temelsiz eleştirileri yaparken, sadece, Mill'i yanlış anlamış ve dolayısıyla yanlış sunmamış, aynı zamanda kendisinin ahlakı ve onu destekleyen süreçleri ne kadar

69) A.g.e., s. 126-42.
70) A.g.e., s. 137; *On Liberty*, Bölüm 5.
71) *Liberty Equality, Fraternity*, s. 141.
72) A.g.e., s. 170.

dar algıladığını göstermiştir. Zira, Mill'in denemesi boyunca ilgilendiği şey, ahlaki kayıtsızlığı savunmak değil, zorlamanın kullanımını kayıtlamaktır. Uygun görmediği zorlama ya da "baskı" içerisinde, sadece ahlakın hukuki dayatımına değil, aynı zamanda toplumsal baskının, ahlaki kınama ve riayet istemleri gibi somut biçimlerine de yer verdiği doğrudur. Fakat, onu desteklemek için zorlamayı kullanamadığımızda, sessiz ve kayıtsız kalmak zorunda olduğumuzu düşünmek, ahlaka ilişkin vahim bir yanlış anlaşılmadır. Mill, denemesinin 4. Bölüm'ünde, sahip bulunduğumuz ve kullanmak zorunda olduğumuz diğer kaynakları göstermek için büyük çaba harcar:

> Bu öğretiyi, insanların birbirlerinin yaşam sırasındaki davranışıyla hiçbir ilgileri olmadığını ve kendi çıkarları işin içine girmedikçe bir başkasının iyiliği ya da mutluluğu ile ilgilenmemeleri gerektiğini ileri süren bencil bir kayıtsızlık öğretisi sanmak büyük bir yanlış anlama olacaktır... İnsanlar, birbirlerine karşı, iyiyi kötüden ayırt etmek için yardım etme ve iyiyi seçmek ve kötüden kaçınmak için cesaret verme borcu altındadırlar.

Tartışma, tavsiye, argüman – bunların tümü, "son yargıyı" bireye bıraktıklarından dolayı, Mill'e göre özgürlüğün yeterince saygı gördüğü bir toplumda kullanılabilirler. Hatta, bir başkasına "yargısına yardımcı olmak üzere değerlendirmeler ve iradesini güçlendirmek üzere öğütler yöneltebiliriz."[73] Uç durumlarda, aksi yargımızla ya da beğenmeme ve küçümseme hislerimizle onu "uyarabiliriz." Onun arkadaşlığından kaçınabilir ve diğerlerini buna karşı uyarabiliriz. Birçok kimse, Mill'in burada, bunları "başkalarının aksi yargılarından kesinlikle ayrılmaz"[74] ve asla cezalandırma uğruna uygulanamaz şeyler saysa bile, tehlikeli bir biçimde zorlamaya izin verme noktasına yaklaştığını düşünebilir. Fakat, bu

73) *On Liberty*, Bölüm 4.
74) A.g.e., Bölüm 4.

yönde hata yapmışsa da, ahlak alanında bilinçli zorlama ile kayıtsızlık arasında seçim yapmak zorunda olmadığımız yolundaki önemli gerçeği kavradığı kesinlikle açıktır.

AHLAKİ POPÜLİZM VE DEMOKRASİ

Mill'in *On Liberty* adlı denemesi, Tocqueville'in *Democracy in America* (*Amerika'da Demokrasi*) adlı kitabı gibi, demokratik yönetimin getirilerine eşlik eden tehlikelerin anlaşılır biçimde değerlendirilmesi için güçlü bir zemindir. Bu yazarlara göre tehlikelerin en büyüğü, çoğunluğun, gücünü fiilen bir azınlığı bastırmak için kullanabileceği olgusu değil, demokratik fikirlerin yayılmasıyla, bunu yapmak zorunda olduklarının itiraz edilemez olduğunun düşünülmeye başlanabileceğiydi. Mill için, bu tehlikeler, herkesin ödeyeceği ve demokratik yönetimde büyük değer taşıyan bedelin bir parçasıydı. Bedelin kesinlikle ödenmeye değer olduğunu düşünmekteydi; fakat, demokrasi taraftarlarına, tehlikeyi ve teyakkuzda olunması ihtiyacını hatırlatmakla yatkından ilgilenmekteydi. "Hükümetin bireyler üzerindeki iktidarının sınırlanması, iktidar sahiplerinin topluma –yani toplumdaki en güçlü kesime– karşı gereğince sorumlu olmaları halinde de öneminden hiçbir şey yitirmez."[75] Mill bu tema üzerinde öylesine ısrarla durur ki, Morley'in dediği gibi, denemesi, bir anlamda, "bugüne dek yazılmış en aristokratik kitaplardan birisi"[76] dir. Mill'in öğretisi, kesinlikle, Stephen'ın, ahlaki konularda kamu kanaatinin önemine ve "kamunun ahlaki kanaatinin bir ifadesi" olarak cezalandırmanın işlevine yaptığı vurguyla taban tabana zıttır. Nitekim Morley, Stephen'ın bize Önsöz'ünde söylediği gibi,[77] Mill azınlığı

75) A.g.e., Bölüm 1.
76) *Liberty, Equality, Fraternity*'nin Önsözünden (s. xv) aktarılmıştır.
77) A.g.e., s. xvii.

çoğunluğa karşı korurken, Stephen'ın ilkelerinin onları çoğunluğun baskısına maruz bırakacağını söylemiştir.

Stephen, Morley'in suçlamasını reddetmiştir ve bu suçlama belki de yersizdir. Çünkü, Stephen'ın inkârını, "ezici ahlaki çoğunluk"un önemi üzerindeki ısrarıyla bağdaştırmak pek kolay olmasa da, karmaşık görüşünün zorlama ya da hukuki cezalandırma lehinde popüler bir istemin, salt popüler ya da çoğunluğun iddiası olduğu için meşru olduğu görüşüne indirgenmesi mümkün olmayabilir. Bununla birlikte, Mill'in böyle bir öğretinin demokrasiyle birlikte yayılabileceği korkusu kesinlikle yerindedir. Demokratik ilkelere bağlılığın, ahlaki popülizm olarak adlandırabileceğimiz, çoğunluğun herkesin nasıl yaşaması gerektiğini göstermeye ahlaki açıdan hakkı olduğu yolundaki görüşün kabulüne yol açacağına inanmak çok kolay görünüyor. Bu yine de demokrasi hakkında, bireysel özgürlüğü tehdit eden bir yanlış anlamadır ve bu konferansın kalan kısmını, bunun dayandığı yanılgının tanımlanmasına ayıracağım.[78]

Temel hata, siyasi iktidarı çoğunluğa emanet etmenin en iyi yol olduğu şeklindeki kabul edilebilir ilke ile çoğunluğun bu ikti-

78) Lord Devlin'in bu konudaki son makalesinde ("Law, Democracy, and Morality," *loc. cit.*) bu karışıklığın izleri vardır. Çünkü, bu makalede (s. 639) şunu ileri sürer: "Bir demokraside bir yasa koyucu, toplumunun ahlak kurallarının iyi ve doğru olduğunu varsayacaktır; bunu yapmaz ise, yönetimde aktif bir rol oynamamalıdır... Fakat, bunların iyilik ve doğruluğunu teyit etmek zorunda değildir. Onun görevi toplumunun temellerini muhafaza etmektir; onları kendi fikirlerine göre yeniden oluşturmak değildir." Fakat, başka bir yerde (s. 644) bir yasa koyucunun, "olması gerektiğini düşündüğü gibi, hukuk alanında ne kadar ileri gideceğini belirlemede çok geniş bir yetkiye sahip olduğunu" kabul etmektedir. Lord Devlin'in denemesindeki başlıca kaygısı, "filozofların görüşü"ne (*sic*) karşı, genel oya ilişkin bir husus olarak ahlaka hiçbir itirazın bulunmadığını (s. 642), ahlakın bir olgu sorunu olduğunu (s. 649), ve bir demokraside "eğitimli insanların, ahlaki konularda karar vermek için ayrı bir kategoriye konamayacağını" (s.643) kanıtlamaktır. Fakat, pozitif ahlak söz konusu olduğunda, pek az kimse bu iddiaları tartışacaktır. Soru şu şekilde kalmaktadır: Bunun hukuk tarafından dayatımını meşrulaştıran nedir? Bu konuda, Lord Devlin, yukarıda eleştirilen, eski argümanları ve vatana ihanet benzetmesi ile yetinir görünmektedir.

darla yaptıklarının eleştiri ötesi olduğu ve asla buna karşı konulmaması gerektiği yolundaki kabul edilemez ilkenin birbirinden ayırt edilememesidir. Bunlardan ilkini kabul etmeyen hiç kimse bir demokrat olamaz, fakat hiçbir demokratın ikincisini kabul etmesi gerekmez. Mill ve diğer birçokları, en iyi –ya da en az zararlı– yönetim biçimi olarak demokrasiye inanç ile demokratik bir yönetimin bile yapamayacağı birçok şey olduğu yolundaki güçlü kanaati birleştirmişlerdir. Düşüncelerin bu bileşimi doğru bir anlam uyandırır, çünkü bir demokrat, demokrasinin diğer yönetim biçimlerinden daha iyi olduğu inancıyla bağlı olmasına karşın, onun mükemmel, şaşmaz ya da asla karşı konulamaz olduğu inancıyla bağlı değildir. Bu son çıkarımı desteklemek için, siyasi iktidarın çoğunluğa emanet edilmesinin, seçkin bir sınıfa emanet edilmesinden daha iyi olduğu yolundaki basit iddiasının ötesine geçen başka bir önkabule ihtiyaç duyarız. Bu önkabul, *vox populi*'nin *vox Dei* ile özdeşleştirilmesinin laik (*secular*) ya da başka türden bir biçimi olmalıdır. Bu konferansta sıkça göndermede bulunulmuş olan bir biçim, ezici bir ahlaki çoğunlukça desteklenen pozitif ahlakın eleştiriden bağışık olduğudur.

Elbette, bireylerin haklarının, çoğunluğa karşı yazılı bir anayasa ile belli derecede korunduğu Birleşik Devletler gibi demokrasilerde ya da Parlamento'nun seçilmiş üyelerinin uzun süredir seçim bölgelerinin delegesi değil, temsilcisi olarak değerlendirildiği İngiltere'de bile, bu yanılgılara düşülmüş olması ve bu yanılgıların halen var olmaya devam etmeleri şaşırtıcı değildir. Zira, demokrasinin günlük işleyişinde, demokratik yönetim ilkesinin, çoğunluk daima haklıdır *anlamına geldiği* inancını cesaretlendirmesi muhtemel olan birçok etken vardır. En âlicenap siyasetçiler bile görevde kalmak isteyebilir ve çoğunluğun düşüncesinin doğru olduğuna dair esnek ya da edilgen bir tavır benimsemek, görevde kalmayı, görevinin, doğru olduğunu düşündüğü şeyi yapmak ve çoğunluğu kendisinin görevde kalması konusunda ikna edeme-

diği takdirde azlini kabul etmek olduğu yolundaki kurama sıkıca sarılmasından, daha kolay hale getirir. Fakat, seçilmiş yasa koyucular için bir itki olarak anlaşılabilir olan şeyler, benzer bir itki altında olmayanlar söz konusu olduğunda üzücü olabilir. Ahlakın dayatımı için başka hangi argümanlar söz konusu olursa olsun, popüler ahlakın bir "ezici çoğunluk" tarafından desteklendiği ya da yaygın "hoşgörüsüzlük, öfke, ve tiksinti"yle gözler önüne serildiği durumlarda bile, hiç kimse demokratik ilkelere bağlılığın kendisini popüler ahlakın bir azınlığa empoze edilmesinin meşru olduğunu kabul etmek zorunda bıraktığını düşünmemelidir.

Sonuç

Bu üç konferansın, ayrıntılı bir özeti gereksiz kılacak denli açık ve kısa olduğunu umarım. Bunun yerine, burada, izlemiş olduğum yönteme ilişkin bir kaç şey söyleyeceğim. Baştan beri, ahlakın dayatımının meşru olup olmadığı sorusunu ortaya atan ya da tartışmak isteyen herhangi bir kimsenin, herhangi bir toplumun mevcut kurumlarının, pozitif ahlak da dahil olmak üzere, eleştiriye açık olduğunu kabul edeceğini varsaydım. Bu yüzden, ahlakı dayatmanın meşrulaştırılabilir olduğu önermesi, tıpkı aksi yöndeki önerme gibi, desteklenmek üzere bazı genel ilkelere ihtiyaç duyan bir eleştirel ahlak tezidir. Bunun, sadece günlük uygulamalara ya da belli toplum ya da toplumların ahlakına işaret edilerek kanıtlanması ya da çürütülmesi mümkün değildir. Tezini ılımlı tez olarak adlandırdığım Lord Devlin bu görüşü kabul eder görünüyor, fakat ortaya koyduğu genel eleştirel ilkenin, yani bir toplu-

mun muhafazası için gereken önlemleri almak hakkına sahip olmasının, bu amaca uygun olmadığını ileri sürdüm. Bir toplumun muhafazasının, ahlakının dayatımını gerektirdiğini gösteren hiçbir kanıt yoktur. Lord Devlin'in görüşü bu eleştiriden ancak toplumun ne olduğuna dair karmaşık bir tanım sayesinde kurtulabilir görünüyor.

Yine baştan beri, bu soruyu tartışmaya açık gören herhangi bir kimsenin, buna bağlı olarak, bütün ahlak sistemlerinde merkezi bir yer tutan, insan ıstırabı ve özgürlüğün kısıtlanmasının kötü bir şey olduğu yolundaki eleştirel ilkeyi benimsediğini varsaydım; bu yüzden, ahlakın dayatımı meşrulaştırılmaya ihtiyaç duyar. Daha sonra, ahlakın dayatımının ya da değişime karşı muhafazasının, toplumun korunması konusundaki yararlı sonuçlarından bağımsız olarak değer ifade ettiği yolundaki daha aşırı tezin değişik türlerinin temelini oluşturan genel ilkeleri basitleştirmeye ve ifade belirsizliklerinden arındırmaya çalıştım. Bu ilkeler, aslında bizi, ahlakın tarihöncesine ait ve genel ruhuna oldukça aykırı görünen şeyleri, uğrunda insan özgürlüğünü kısıtlamak ve cezanın verdiği ıstırabı insanlara uygulamak zorunda olduğumuz değerler olarak görmeye davet eder. Bunlar arasında, sırf korku sayesinde sağlanan ahlaki kurallara dışsal uygunluk; öcü alınacak ya da adalet gerektirecek hiçbir mağdur bulunmasa bile, yanlış yapana yönelik nefret duygularının karşılanması ya da onun "kefaretçi" bir anlayışla cezalandırılması; ahlaki kınamanın simgesi ya da ifadesi olarak cezalara başvurulması; baskıcı ya da barbarca olsa bile, herhangi bir toplumsal ahlak sisteminin değişiklikten yalıtılması, yer alır. Kuşkusuz, bunların insan ıstırabına ve özgürlük kaybına değecek değerler olmadıklarını *kanıtlamış* değilim; bedel olarak önerilen şeyin ne olduğunu göstermiş olmak kâfi gelebilir.

Seçilmiş Kaynakça

GENEL

Anon. "The Censor as Aedile," *Times Literary Supplement*, 4 Ağustos 1961.

Devlin, Lord. *The Enforcement of Morals*. Maccabaean Lecture in Jurisprudence of the British Acedemy, 1959. Oxford: Oxford University Press, 1959.

–"Law, Democracy, and Morality," 110 *University of Pennsylvania Law Review* 635 (1962).

Hart, H. L. A. "Immorality and Treason," *The Listener*, 30 Temmuz 1959, s.162.

–"The Use and Abuse of the Criminal Law," 4 *Oxford Lawyer* 7 (1961).

Hughes, Graham. "Morals and the Criminal Law," 71 *Yale Law Journal* 662 (1962).

Mill, John Stuart. *On Liberty*. Londra, 1859.

Rostow, Eugene. "The Enforcement of Morals," *Cambridge Law Journal* 174 (1960).

Stephen, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Londra, 1873. 1874 tarihli ikinci basının önsözü Mill'i savunan Morley'e ("Mr. Mill's Doctrine of Liberty," *Fortnightly Review*, 1 Ağustos 1873) bir yanıttır.

–*A History of the Criminal Law of England*. Londra, 1883. Cilt II, Bölüm 17.

Wollheim, Richard. "Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin," *Encounter*, Kasım 1959, s.34.

HUKUKİ MATERYALLER

American Law Institute, Model Penal Code, Tentative Draft No. 4, 1955.

Davies, D. Seaborne. "The House of Lords and the Criminal Law," *Journal of the Society of Public Teachers of Law* (1961), s.104.

Goodhart, A. L. "The Shaw's Case: The Law and Public Morals," *77 Law Quarterly Review* 567 (1961).

Jones v. Randall (1774). Lofft. 383.

Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (CMD 247) 1957 (The Wolfenden Report)

Shaw v. Director of Public Prosecutions (1961) 2 A.E.R. 446 (1962) A.C. 220.

Williams, Glanville. "Conspiring to Corrupt," *The Listener*, 24 Ağustos 1961, s. 275.

Williams, J. E. Hall. "The Ladies Directory and Criminal Conspiracy," 24 *Modern Law Review* 631 (1961).

Dizin

Adalet 13, 40, 58, 72, 80.
Ahlak,
  değeri, 47, 57.
  eleştirel, 26, 28, 63, 67-68, 77.
  pozitif, 26, 28-29, 31, 34-36, 38, 50, 68-69, 73-74, 77.
  ve hukuk, 11, 13, 24, 26, 39, 42, 47-49, 54, 56, 59-60, 63, 69, 71.
Ahlakın dayatımı 15, 24, 35, 41, 50, 53-56, 75, 77-78.
Amerikan Hukuk Enstitüsü, Model Ceza Yasası 43.
Amerikan hukuku 22, 43, 60.

Bentham Jeremy, 13, 20.
Burke Edmund, 69, 70.

California 16, 32, 33.
Ceza (ayrıca bkz., Ahlakın dayatımı; Kefaret; Meşrulaştırma; Suçlama), 7-8, 13, 15-16, 20, 24, 27-28, 33-43, 56-59, 61-62.
  tayini, 38.
Cinsel ahlak (ayrıca bkz., Edepsizlik; Evlilik dışı cinsel ilişki; Eşcinsellik; İki eşlilik; Zina), 8, 14-15, 18, 25, 27, 31, 33-34, 39, 45, 48, 51-52, 56, 61, 64-65, 69.

Çokeşlilik (*polygamy*) 32, 42.

Demokrasi (ayrıca bkz. Çoğunluk görüşü) 72, 73, 74.

Denning Lord, 62.
Devlin Lord, 23, 25-26, 33-38, 42, 44, 49-52, 54-56, 60-61, 64-66, 73, 77-80.

Edepsizlik (*indecency*) 46.
Eşcinsellik (*homosexuality*) 8, 21, 51-52, 64.
Evlilik dışı cinsel ilişki (*fornication*) 32, 64.

Fahişelik (*prostitution*) 21, 31, 47.
Fayda (*utility*) 13, 26-29, 40, 48, 54, 58, 66.
Faydacılık (*utilitarianism*) 28, 54.

Goddard Lord, 60.

Hand Learned, 22.
Hayvanlara eziyet 38.
Hegel G. W. F., 69.

İki eşlilik (*bigamy*) 44, 45.
İlahi emirler 68.

Justinianus 51.

Kefaret (*retribution*) 58-61, 78.
Kelsen Hans, 13.
Komplo, kamu ahlakını bozmaya yönelik 15, 16, 17, 19, 31.
Kutsal değerlere saygısızlık (*blasphemy*) 46.

Lawrence D. H., 19.
Los Angeles 32.

Mağdurun rızası 35-37.
Mansfield Lord, 16-18.
Meşrulaştırma (*justification*) 13, 15, 26-27, 29, 49-50, 58, 62.
Mill J. S., 13-15, 20-24, 28, 33-34, 36-37, 44, 47, 49, 59, 66, 70-74, 79.
Morley J., 33, 72-73.
Müstehcenlik (*obscenity*) 17-19, 55.

Ölüm cezası 27, 57, 60, 62.
Özgürlük (*liberty*) 23, 27, 45, 48, 56, 59, 66, 68, 70, 78.

Paternalizm 35-38, 41.
Pozitivizm 12.

Reid Lord, 17, 18.
Rostow E. V., 42, 44, 80.

Shaw v. Director of Public Prosecutions 16, 18, 80.
Simonds Lord, 17, 46.
Stephen J. F., 23, 33-34, 38-41, 49, 55-57, 59-65, 70, 72-73, 80.
Suçlama (*denunciation*) 35-37, 59, 62-63, 73.

Tabii Hukuk 12, 28.
Tocqueville Alexis de, 72.

Wolfenden Komitesi Raporu 7, 21, 23.
Wollheim R., 52, 65, 80.

Zarar (*harm*) 8, 14, 22, 24, 28, 31, 35-36, 38-41, 47-48, 50-51, 53, 56, 58, 64, 70.
Zina (*adultery*) 32-33, 43.
Zorlama (*coercion*) 14-15, 26, 36-37, 47-48, 55-57, 70-73.

HUKUK, ÖZGÜRLÜK VE AHLAK

H. L. A. Hart

Türkçesi: Erol Öz

Hukuk, Özgürlük ve Ahlak ilk olarak 1963 yılında, yani yaklaşık kırk yıl kadar önce yayımlanmış olan, ancak önemini ve güncelliğini hâlâ koruyan bir eser. Eserin temel konusu, adından da anlaşılacağı gibi, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkidir. Hukuk, ahlak kurallarına uyulmasını sağlamaya çalışmalı mıdır? Bir fiil sırf ahlaka aykırı olduğu için cezalandırılmalı mıdır? Yoksa, fiilin zarar verdiği ya da tehlikeye soktuğu başka değerler söz konusu olmadıkça, hukuk ahlak kurallarına uyulup uyulmadığını denetlememeli midir? Bu soruların yanıtlanabilmesi için, genel ahlak anlayışı dışında hiçbir değere saldırı niteliği taşımayan fiiller üzerinde durulması gerekir. İşte bu noktada karşımıza cinsel ahlak alanı çıkar. Bu alandaki birtakım kısıtlama ve yasaklamaların ardında yatan tek neden, bazı fiillerin toplumun genel ahlak anlayışına aykırılık oluşturmasıdır. Kitapta da, bu husus göz önünde tutularak, yukarıdaki soruların yanıtları aranmaktadır. Okuduğunuzda, aradan geçen onlarca yılın bazı sorunların güncelliğini ortadan kaldıramadığını göreceksiniz. Ayrıca, cinsel özgürlüğün daima Türkiye'de olduğundan daha geniş sınırlara sahip olduğu düşünülen Batı ülkelerinde, Türk Hukuku'nun hiçbir zaman yasaklamadığı birtakım fiillere getirilen yasaklamaların ne denli uzun bir süreç içinde ortadan kaldırılabildiğine tanık olacaksınız. Son kırk yılın hukuk ve siyaset felsefesi alanlarına damgasını vurmuş olan H. L. A. Hart, daha da fazla gecikmeden okunulması gereken bir yazardır.

ISBN 975-8457-06-3

yasa/siyasa

hukuk, tarih, hakkabilim