

SUÇUN SINIRLARI

Limits of Crime

Prof. Dr. Sami SELÇUK¹

ÖZET

“Suç” kavramı, “sapma” ve/ya “ahlâka aykırı davranış” kavramlarıyla iç içedir. Ancak her sapma ve/ya ahlâka aykırı davranış elbette suç değildir. Buna karşılık her suç bir sapma ve ahlâka aykırı bir davranıştır, denilebilir. “Denilebilir” anlamından anlaşılacağı üzere konu suç hukukunda çetin tartışmalara yol açmıştır. Bu durum ilk bakışta doğal görülebilir. Ancak konu özellikle ahlâk açısından felsefi ya da hukuki bir tartışmadan ibaret değildir. Doğrudan doğruya suç normunun geçerliliğiyle, dolayısıyla uygulanabilirliğiyle ilgilidir. Bu nedenle de çok önemlidir.

Toplumsal yaşamın onamadığı her eylem suç değildir. Bir başka deyişle suç, onanmayan bu davranışların bir kesimiyle ilgilidir. Bu nedenle suçun sınırlarını çizmek gerekir. Bu sınırlar, suç, (dolayısıyla suç hukuku) kavramı ile sapma ve ahlâk kavramlarının ilişkilerine saptamayı zorunlu kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ahlâk, suç, sapma, toplumbilim, hukuk.

ABSTRACT

The concept of “crime” is intertwined with the concepts “deviance” and/or “unethical conduct”. However each “deviance” and/or “unethical conduct” is certainly not a crime. It can be said that each crime is a deviance and unethical conduct. As is understood from the expression “can be said”, the issue has caused polemics in criminal law. At first glance, this situation may occur naturally. But especially in matters of morality, the issue is not only in terms of philosophical or legal argument . It is directly concerned with the validity of norms, consequently is concerned with applicability. Therefore it is very crucial.

Not every action disapproved by the social life is a crime. In other words, crime is related to a part of the disapproved actions. Therefore boundaries of the crime need to be formed. These boundaries make it necessary to determine the relations of the concepts of crime (thus criminal law), deviance and morality.

Keywords: Morality, crime, deviation, sociology, law.

¹ Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. (Yargıtay Eski Başkanı)

A-SUÇ VE SAPMA İLİŞKİSİ

1-Genel olarak

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında özellikle toplumbilimcilerce geliştirilen, suçbilimcilerce de inceleme konusu yapılan, ABD’de sıkça başvuru alan çok kapsayıcı bir kavram geliştirilmiştir: ‘Sapma’(Devianz, déviance, deviance, deviation, deviación, devianza).

Bu durumuyla kuşkusuz sapma, yeni bir sözcüktür. Sözelimi, Fransızca sözlüklere 1960’lı yıllarda ilkin ruhbilimsel bir kavram olarak girmiş; daha sonraları hukuk, tarih, insanbilim (antropoloji), toplumbilim, ruhbilim, suçbilim sapma davranışını işlemiştir.

Daha önce de belirtildiği üzere, toplumsal yaşamın korunmasını ve sürekliliğini sağlayan “toplumsal denetim düzenekleri” sayesinde insanların ve insan gruplarının toplumsal normlara uyması büyük ölçüde başarılabilen, bir ölçüde de başarılammamaktadır. Çünkü her toplumda ağır yaptırımlara karşın toplumsal normları çiğneyen, bu suretle bir bakıma deyiş yerindeyse yoldan çıkan kişiler görülmektedir. Belli gruplarda yer alan kişiler üzerinde grubun baskısı kolaylıkla duyumsanır. Ancak belli grupların dışında kalanlar; din, töre, gelenek, görenek, ahlâk, hukuk, hatta moda kurallarıyla da toplumla bütünleşirler.

İşte bu tür kurallara uyulmadığı zaman sapmadan söz edilmektedir. Demek ki sapma, toplumca benimsenmiş ahlâksal, hukuksal, ruhsal, kültürel, sanatsal vb. değerler ışığında yaşayan her türden geçerli normlara, örneklere ve beklentilere uygun olağan davranışların, tutumların dışında ya da uzağında kalan ve toplumun en azından onamama ve kınama gibi bir tepkisine yol açan, düş kırıklığı yaratan bir davranıştır. Sapma (davranışı), kekemelik gibi bedensel, akıl hastalığı gibi ruhsal engellerden; özkıyım (intihar) gibi dinsel, ahlâksal, töresel, hukuksal davranışlardan suç(luluk)a dek uzanan kapsayıcı, kavrayıcı bir kavramdır. Böyle bir davranış, “sapma” ya da “sapmış davranış”; davranışı yapan da, “sapmış kişi”dir (comportement déviant, deviant behavior)². Bu yüzden sapmış kişi,

² Merle/Vitu, n. 9; Gassin, Criminologie, Paris, 1998, n. 58; İçli, Kriminoloji, Ankara, 2007, s. 22; Korkmaz/Kocabaş, Toplumsal Sapma, İstanbul, 2006, s. 50, 57. Kimi yazarlar, sapmanın yanı sıra, “toplumdan uzak oluşun/duruş”un, “dışlanmışlık”ın (marginalité) sonucu olarak toplum dışı (asocial) tutumlardan söz ederler. Bu son kavram uluslararası toplantılarda (1979 Karakas) da tartışılmıştır (Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 6; Ancel, La défense sociale nouvelle, Paris, 1981, s. 121, 267, 328, 329). Ayrıca insanlarca sergilenen, toplumsal olarak bir yaptırım olmayan, ancak “tuhaf, garip, eksantrik” ya da “özgün” (orijinal) diye nitelendirilen, bilinen alışkanlıklardan basit uzaklaşmayı anlatan ve “değişki” (variance) olarak Türkçeleştirilen davranışlar da vardır.

kurallarla uyumlu çoğunluğa karşı biridir³. Böylece sapma, bireyle toplum arasındaki çatışmayı açıklayan bir kavram olmaktadır⁴.

Kuşkusuz, iyi ya da kötü salt hukukun konusu değildir. Bu yüzden, sapma davranışları birçok alanda söz konusu olduğu gibi, zamana ve yere göre de değişmiştir. Sapma davranışları, sanatın, Madame Bovary gibi her şeyden önce edebiyatın, sinemanın konusu olmuştur.

2-Sapma Kuramları

Günümüzde sapma olgusu, “**sapma toplumbilimi**”nin konusudur. Bu dal, sapma davranışını iyi, kötü diye yargılamaz. Sapmanın sadece toplumbilimsel ve kültürel nedenlerini inceler⁵.

Özünde suçun bilinen, küresel, ekonomik, toplumbilimsel vb. açıklamaları “sapma” davranışları için de geçerlidir. Zira bütün suç kuramlarının odağında bedensel, biyolojik, ruhbilimsel özellikleriyle birey ve toplumsal çevre yer almaktadır⁶.

Yapısal kuramlar, Durkheim’ın özkıyım (intihar) olayında olduğu gibi sapmayı bir “kuralsızlık, kurala karşı çıkış” (anomie) olarak sergiler ve algılar. Nitekim Merton’a göre, sapma davranışının kaynağı, kuralsızlıktır. Yazar, toplumun bireye benimsettiği amaçlar ile kullanılmasına izin verdiği araçlar arasında uyumsuzluk bulunduğu kuralsızlık olgusunun var olduğunu belirtmektedir. Merton geniş anlamda uyum kavramı içinde uyumluluğun (conformity) yanı sıra yenilikçilik (innovation), biçimci törencilik (ritualism), geri çekilme (restreatism), başkaldırı (rebellion) tutumlarını ele alarak sorunu değerlendirmektedir. Merton bu davranışların sapma olup olmadıklarını ayrıntılarıyla irdelemektedir. Böylece kuralsızlık görüşü ve kuramı, güdülenmenin bağlayıcı bir örneği olarak ortaya çıkmaktadır⁷.

Toplumlar sürekli değişir. Bu değişimin sonucu olarak karşıt-kültürler ve alt-kültürler ortaya çıkar. Özellikle karşıt-kültürler, toplum değerleri ve normlarıyla çatışan, egemen-kültürle bağlantılı olmayan kültürlerdir.

Ayrıca Durkheim, Weber, Pareto ve Freud’dan esinlenen Parsons’un “eylem kuramı” içinde yer alan “anomalie” kavramı üzerinde de bu bağlamda durmak gerekir.

³ Picca, Georges, (Ebru Erbaş), Kriminoloji, İstanbul, 1992, s. 16.

⁴ Picca, s. 16.

⁵ 1930’lu yıllarda ABD’de boy veren bu bilim dalı, 1960’larda “etkileşim okulu”nun başlıca yazarları Edwin Lemert ve Howard S. Becker’le gelişmiştir. Bu yazarlardan Lemert akıl hastaları ve kekemeler, Becker dans müzisyenleriyle ilgilenmiştir (Gassin, n. 58).

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Korkmaz/Kocabaş, s. 96-129.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Korkmaz/Kocabaş, s. 136-140.

Yan-kültürler ise, sapmaya eğilimli kişilerin toplandıkları toplumsal dayanışma odaklarıdır. Bunlar bireyleri normlara karşı çıkmaya yöreklendirir. Yan-kültür odakları karşıt-kültür odakları kadar olmasa bile yine sapsalara yol açar. İşte yapısalcı görüşlerden yana olan T. Sellin, Grüger, W. Miller, Matza, Sykes, Cohen, Cloward, Ohlin gibi bir kesim yazar, sapma kavramını bu tür kültür çatışmalarıyla açıklamıştır⁸.

Öğretide toplumsal süreç kuramları başlığı altında toplanan kuramlar ise, insanları sapma ve suç davranışlarına iten etkenlere ağırlık vermektedir. Bunlardan E. H. Sutherland, Akers ve Saran, aykırılıkların birleşmesi ve toplumsal öğrenme kuramını geliştirmişlerdir. Bu yazarlardan özellikle suçbilimi çok etkileyen Sutherland, Fransız Yazarı Gabriel Tarde'nin (1843-1904) "öykünme" (taklit) görüşünden çok etkilenmiş, sapmanın ve suçun öğrenilen bir davranış olduğunu ileri sürmüştür. Akers'in geliştirip savunduğu, uyuşturucu kullananların yalın olarak ortaya koydukları davranışları "takviye görüşü" diye adlandıran yazarların da katıldıkları bu kuramlar, Saran ve Cressey tarafından eleştirilmiştir⁹.

ABD'de "*etkileşim okulu*" (école interactionniste) yazarları kişinin suç işlemesi biçimindeki "suçluluk" (délinquance) olgusunu sapma açısından irdelemişler ve bunun sapmanın yalın türlerinden biri olduğunu belirtmişlerdir. Böylece sapma toplumbilimi, sapmanın dışlanmışlık, çeşitlilik, farklılık, uygarlaşmama gibi durumların yanı sıra suç işleme davranışını da kapsadığını belirtince, suçluluk sıradanlaşmış; ceza yasası normuna saygı buyruğuna karşı çıkan ve hakkında yaptırım uygulanan bir davranış; toplumsal uyuma karşı çıkan sapmanın görünümülerinden biri olmuştur. Kimi sapsılara suç yaptırımı uygulanınca da, sıradanlaşmaya koşut olarak, suç işlemeye karşı toplumsal tepkinin gerçek bir dramlaştırılması boyutuna ulaşıldığı belirtilmiştir¹⁰.

Bu bağlamda, damgalama (stigmatisation) kuramını ilkin Tannenbaum, Erikson ve Kitsuse gibi yazarlar ileri sürmüşlerdir. Lemert, iki tür sapsmadan söz etmiştir. Normun çiğnendiği, ancak toplumun tepki sürecinde bir müdahalenin olmadığı "birincil/yalın sapma" (déviance primaire), uymacı/uygitsinci (konformist) davranış sergileyen kişinin davranışından farklı değildir. Gerçekten uymacılık/uygutsincilik (konformizm), toplum içinde en yaygın davranıştır. Çoğu insan, toplumun en belirgin amaçlarına, yöntemlerine, değerlerine uyar. Buna karşılık, "ikincil sapma" da

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Korkmaz/Kocabaş, s. 141-155.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Korkmaz/Kocabaş, s. 155-164.

¹⁰ Gassin, n. 58.

(*déviante secondaire*) toplumsal süreç toplumun denetimi ve müdahalesi ve davranışın normdan sapma olarak nitelendirilmesiyle sonuçlanır; suç olgusuna ulaşılır. “Damgalama”, etiketleme etkinliğiyle biter. İkincil sapmanın suç hukukundaki tekerrüre katkısı bulunduğu açıktır¹¹. Toplumun öbür üyeleri ve özellikle polis, yargı gibi cezalandırma örgütleri bu etkinliği yerine getirirler¹².

Lemert’ten esinlenen Becker de sapmış kişiler açısından benzer bir ayırım yapmıştır. “Yasayı çiğneme eyleminin öznesi” (lawbreakers) ve “mesleki suç öznesi” (criminal career, *carrière criminelle*). Bu ayırım, kuşkusuz bireyin toplumsal kimliğini etkileyen bir ayırmadır. Özellikle ilk öbekteki-ler, uyuşturucu madde kullanıcısı, fahişe gibi “sapmayı meslek edinmiş kişiler”dir. Suç hukukundaki suçu meslek edinmiş kişileri anımsatırlar. Toplumsal yaşamda karşılıklı etkileme sürecinde suç kariyeri yapan kişilerdir. Bu bağlamda Becker, sapma davranışlarının ve öznelerinin de bir tipolojisini yapmıştır. Birincisi, norma uyan, ama haksız yere suçlandı-ğından “görünüşte sapmış davranış” ve “görünüşte sapmış kişi”. İkinci-si, normu çiğneyen, tam anlamıyla “gerçek sapmış davranış” ve “gerçek sapmış kişi”. Üçüncüsü, norma uymayan ya da normu çiğnediği halde sapma olayı gizli kalmış “gizli sapmış davranış” ve “gizli sapmış kişi”¹³.

Dikkati çeken nokta, etkileşim okulu yazarlarının sapma terimini, suç iş-leme teriminden daha çok kullanmaları ve suç olayının özgül bir kesim olmamasıdır. Onlara göre, sapmada ilginç ve anlamlı olan şey, sapma davranışı değil, süreçtir. Bu süreçte toplum, kimi bireylere “sapmış dam-gası”nı, etiketini yapıştırmaktadır. Kimileri işte bu damgalamaya karşı çıkmaktadır. Aslında birincil sapmada, davranışların sapma dışı davranış-lardan nedenbilgisi (etiology, *étiologie*) açısından bir başkalığı yoktur. Buna karşılık, haklı ya da haksız sapmış bir davranışta bulunan kuşkulu kişiler arasında var olan iç içe geçmiş etkileşim ve gerçek ya da varsayı-lan bu davranışlara karşı çıkan kişiler, gruplar ya da polis, mahkemeler gibi kurumlar, “suç işlemiş kişiye özgü toplumsal konum” (statü) yarat-maktadırlar. Onlara mal edilmiş bu sapmış insanın yeni konumuna bağlı olarak bu bireylerin kişiliklerinin yeniden oluşturulmasına gidilir. Bu “kendinin yeniden tanımlanması”dır. İşte Lemert’in ikincil sapma,

¹¹ Gassin, n. 29, 59.

¹² Vérin, bunu birincil ve ikincil suçlama olarak kavramlaştırmıştır (Stéréotype du délinquant, R.S.C., 1970, s. 144-150).

¹³ Gassin, n. 59; Merton, Structure sociale, anomie et déviance, Derleyen: Szabo, Déviance et criminalité, Textes, Paris, 1970, s. 144 (s. 132-164).

Becker'in "mesleki suç" dediği ve tipolojisinin temelini oluşturan olgu budur¹⁴.

Bu görüşler, daha sonraları Erikson, Shoham, Nehri gibi yazarlar tarafından geliştirilmiştir. Bu kuramın belirgin özelliği, toplumsal sapmayı yaratan etkenin damgalama ve buna göre sınıflandırma, yani sapma davranışında bulunan kişi ile ona tepki gösterenler arasındaki etkilerden doğmasıdır¹⁵.

Nye, Recless, Hirschi gibi yazarlar ise, kimi ayrıntılarda ayrılmakla birlikte, son çözümlemede toplumsal denetim ve baskı kuramını ortaya koymuşlar; denetim ve baskının sapmayı, dolayısıyla suçu önlediğini; bunların zayıflamasıyla her iki davranışın da artma eğilimi sergilediğini ileri sürmüşlerdir¹⁶.

Damgalama kuramından sonra, Marx, Bonger, Dahrendorf, Vold, Turk, Quinney, Taylor, Walton, Young gibi yazarlar siyasal ve toplumsal eşitsizlik ve köklü çatışma kuramlarını ortaya atmışlar, özellikle Marksizm'in suç anlayışıyla Becker'in damgalama görüşünü harmanlamışlardır. Özellikle Quinney ve Chambsis, suçun ve sapmanın belirli koşulların sonucu olduğunu, kapitalizmin ürünü olduğunu ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla bu yazarlara göre sosyalist düzende sapma ve suç sona erecektir; kapitalist sınıf ve var olan düzen bunları yaratmaktadır; devlet ve suç hukuku da buna araç olmaktadır. Zira suç olarak tanımlanan davranışlar, kapitalist sınıfın yararına uygun olanlardır. Suç, suçlulara, hukukçulara, çilingirlere, sağlıkçılara, kısaca suçun varlığından yararlananlara iş yaratma aracıdır. Suç alt sınıflar içindir, üst sınıflar için değildir. Kuşkusuz sapma da öyledir¹⁷.

3-Sonuç ve Görüşümüz

Görülüyor ki, sapma, sapma toplumbiliminin, suçbilimin, suç hukukunun kesiştiği bir alandır. Bir başka deyişle sapma, norma aykırı bir davranışa vurgu yaptığından, suçbiliminin ve suç hukukunun da ilgilendiği bir konudur.

Kuşkusuz, toplumbilim ve suçbilim, sapmanın kurallara uyma ve uymama nedenlerini ve daha çok kimlerin sapsın davranışlara yeltendiklerini irdeler. Ancak, çoğulcu değerler dizgesine ve yapısına sahip bir toplum-

¹⁴ Gassin, n. 261.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Korkmaz/Kocabaş, s. 164-173.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Korkmaz/Kocabaş, s. 173-181.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Korkmaz/Kocabaş, s. 189-194.

da, kişilerin ya da kişi gruplarının birbirlerinin davranışlarını sapma olarak algılaması doğaldır. Dahası, sapma kavramı, çoğu kez suç kavramını da kapsadığından suç gibi görece bir kavramdır. Zira değerler, dönemlere ve toplumlara göre değişir. Ortak değerler ve/ya ortak yaşam kurallarıyla toplum üyelerini birbirine bağlayan “toplumsal bağlantı” (cohésion sociale) da elbette sürekli değişir. Kültür etkeninin bu konuda belirleyici olacağı açıktır. Sözgelimi, eşcinsellik sapma görülebileceği gibi, olağan da görülebilir; dün suçtu, bugünse sadece bir kimliktir¹⁸.

Suç ve sapma ayrımı, toplum karşıtı (antisocial) ya da toplum dışı (asocial) davranışların bütüncü bir çözümlenmesine de yaslanmaktadır. Her suç, sapmadır. Ancak özkıyım, erginler arası eşcinsellik gibi her sapma suç değildir¹⁹. Bu yüzden yasal bir yaptırıma bağlanmamıştır. Her suç da kimilerine göre sapma değildir. Sapmanın derecelenmesi, kültür anlayışıyla yakından ilgilidir. Eğer sapma toplumu sarsacak biçimde ise suça dönüşebilir. Sözgelimi, herkesin giydiği türden giysi giymemek suç değil, ama çokluk bir sapma olarak algılanır. Ancak hiç giysi giymeden çıplak sokağa çıkmak bir yasa normunun çiğnenmesi (TCY, m. 225) olabilmektedir²⁰.

Sapma olgusunun bu verileri, özellikle Lemert ve Becker’in ayrımları, suçbilimde sapma dolayısıyla “Kopernik devrimi” diye adlandırılan bir varsayıma yol açmıştır. Buna göre, “toplumsal denetime sevk eden sapma değildir. Toplumsal denetim sapmaya sevk etmektedir.” Zira sapma insan tarafından işlenen eylemin niteliği değildir. Daha çok başkaları tarafından, çiğneyen kişiye uygulanan normların ve yaptırımların bir sonucudur. Bir başka deyişle o kişinin iç dünyasıyla ilgili değil, dış dünyaya yansıyan ve kişiliğini belirleyen toplumsal işleviyle ilgilidir. Bunu da sapma davranışının kendisi değil, onun dışında kalan başka bir tepki ortaya koymaktadır²¹.

Damgalama sürecinin bitiminde toplumca konum olarak sapma sayıldığı andan itibaren açıktır ki, suç davranışı, onun dinamiği ve sapmış insanın kişiliği ve onun nedenbilgisi, her tür yarardan yoksundur. Sapma “kuşkulusu” ile “ötekiler” (resmî kurumlar ve resmî organlar) arasında hesaba katılan bir etkileşim süreci yaşanmaktadır. Amerikalı toplumbilimci Kai T. Erikson’ın deyişiyle aralarında ilginç “etkileşimler/buluşmalar” vardır.

¹⁸ İçli, s. 22, 23.

¹⁹ Karşı görüş: Moccia, Sergio, *Diritti dell’uomo et sistema penale*, Milano, 2003, s. 222.

²⁰ Merle/Vitu, n. 9; İçli, s. 23; Léauté, s. 8, 9.

²¹ Gassin, n. 17.

Bu etkileşimin düzeyleri de farklıdır: 1-Öbür disiplinlerin kurallarına oranla ceza yasalarının toplumsal tepki olarak (polis, savcılık vb.) uygulanması düzeyi. 2-Doğrudan çevrenin (işveren, aile vb.) ve genel çevrenin (yazılı ve görsel basın vb.) kişiler arasındaki etkileşim tepkilerinin düzeyi. 3-Özellikle ceza yasalarının davranışın toplumsal kurallarının hazırlanmasındaki düzeyi²².

Denilebilir ki sapma, olumsuz anlamda tarihsel, toplumsal ve estetik açıdan bir olgu; belirlenimcilikten kurtulma özgürlüğünü sağlayan bir yoldur.

Yukarıdan beri sergilenen görüşler sapma ve suç kavramlarının aralarındaki ayrımlara ve ilişkilere yeterince açıklık getirmektedir.

Fransızca “Petit Robert” sözlüğünde sapmanın üç koşulu bulunduğu belirtilmiştir: 1-Bir normun bulunması, 2-Bu normu çiğneyen bir davranış ve 3-Bu çiğnemeyi onamama, damgalama, iz bırakma sürecinin bulunması.

Normun kurumlaşmasına elbette gerek yoktur. Ahlâki, hukuki, kültürel, mesleksi normlar olabilir. Sapmayı bu normlar açıklığa kavuşturur.

8 Öte yandan sapma, dolayısıyla suç, toplum değerlerini ve bu değerleri gözeten normların çiğnenmesidir. Sapma, bir tür kaçıştır. Bir başka deyişle hem değerlerden hem de normlardan sıyrılma, kurtulmadır.

Ayrıca elbette toplum böyle bir davranışı onamayacak, kınayacak, sapan kişi üzerinde iz bırakacak, onu damgalayacaktır.

Bu üç koşul üzerinde durulduğunda sapma ile suç arasındaki ilişkiyi kurmak kolayca olanaklıdır. Özellikle bu ilk koşulda ortaya çıkmaktadır. Sapmanın varlığı için elbette normun mutlaka hukuk normu olmasına gerek yoktur. Yeter ki, toplumu oluşturan çeşitli toplumsal grupların benimsediği bir norm söz konusu olsun. Ancak, suçun varlığı için normun yazılı hukuk normu olması ve suç hukuku ile ilgili bir yaptırıma yol açması zorunludur. Çünkü “suç, yasal sınırlar içinde dolaşır” (Foucault). İnsan öldürme, hırsızlık, tehlikeli araç kullanma davranışlarının hem sapma, hem de suç olduğunda kuşku yoktur. Kaba davranış ise sadece sapmadır, suç değildir. Öte yandan sapma davranışları, zamandan zamana ve toplumdan topluma değişmektedir. Bir başka deyişle normların tarihi değişkenlik sergilemektedir. Çocuklara karşı bedensel yaptırım, dün bir hakkın

²² Gassin, n. 262.

kullanılması iken bugün sapmadır, suçtur. Zina dün suç ve sapma iken bugün sadece bir boşanma nedeni olup sapmadır, ancak suç değildir. Çocuk aldırma, bugün belki bir sapmadır, ancak her zaman suç değildir. Çevre suçları, yeni suç ve sapma türleridir. Kısaca suç ile sapma arasındaki ayırım, yazılı norm ve yaptırımda ortaya çıkmaktadır. Ancak sapma daha geniş bir kavramdır. Yukarıda belirtildiği üzere her suç sapmadır, ancak her sapma suç değildir.

Ancak unutmamak gerekir ki, kural koyan bir yasa, kuralı dolanma ve çiğneme adaylarını da önceden belirlemiş demektir.

Kimi yazarlar, “suçun sınırları” bağlamında cezalandırılmamış sapsmalara dikkati çekmiş, ceza yasalarının kataloguna alınmış kötüler içinde eşitliğe aykırı biçimde suçlanmış kişilerin olduğunu, toplumun saygı duyduklarına duyarsız kalmış derecelendirmeler yapıldığını ileri sürmüşlerdir. Sözelimi, hukuka uygun dolanlar ya da ikiyüzlü baskılarla başkasının mülkiyetine el koyan bireyler olduğundan söz edilmiştir. Üzüntü, kıskançlık, utanç ya da umutsuzluk yaratarak özkıyımları kışkırtanların, işkence yapanların var olduğu dile getirilmiştir. Sessiz kalarak suçsuz kişileri mahkûm olmalarına yol açan kötülerden söz edilmiştir. Özellikle “yenilik yapma/yaratma” (innovation) olgusu içinde düşünülebilecek olan ve kazanma, başarı dürtüsüyle sergilenen davranışların meşruluğu kuşku eğilimdeki bireylerce yapıldığı, bunun alt toplum katmanlarından ak yaka suçluluğuna dek uzandığı; toplumun ve uygarlığın bu kişilerden çelişik tutumlar beklediği ileri sürülmüştür. Sözelimi, toplum herkesin zengin, hatta baş/kral olmasını isterken, onları yasal yollarla da sınırlamakta, kuşatmaktadır. Yarışma düzeninin zayıf bireyleri toplum dışı (asosyal) ve inatçı kimseleri ise ak yaka suçluluğuna dek uzanan sapsmalara yönelttiği belirtilmiştir²³.

Suç(luluk) ile sapma arasındaki sınırı, kuşkusuz toplumun hoşgörüsü, katlanabilirlik eşiği belirlemektedir²⁴.

Bu kavramın ışığında ceza yaptırımının terk edilmesin savunan yazarlar da vardır. Onlara göre, ceza suçluyu topluma kazandırmamakta, tersine damgalamaktadır (Hulsman ve Bernat de Celis)²⁵.

²³ Joly, ileten: Merle/Vitu, n. 9; Merton, s. 149 ve Normandeu, Les “déviation en affaire” et les “crime en col blancs”, Derleyen; Szabo, s. 332-335.

²⁴ Picca, s. 62.

²⁵ Gassin, n. 695.

Dahası, sapmanın, bir bakıma suçun bir yandan bireylerin yönlendirilmesini, toplumsal yaşama güveni ve bağlılığı sarsarken, öte yandan da normların sınıflandırılmasına, çığneyenlere karşı dayanışmaya, toplumsal değişime ve ilerlemeye, cezalandırıldıklarında sapmayan kişilerde davranışlarının doğruluğuna olan inançlarını pekiştirmeye yaradığı ileri sürülmüştür²⁶.

B-SUÇ (HUKUKU) İLE AHLÂK İLİŞKİSİ

1-Genel Olarak Ahlâk

Hiç kuşkusuz, bir toplumda kişilerin uyması gerekli davranışlara ilişkin hukuk kurallarının saptanmasında adalet ilkeleri ile “*ahlâk kuralları*”nın önemli bir yeri vardır. Bu nedenle toplumsal nitelikteki bu kurallarla, özellikle ahlâk kurallarıyla hukuk kuralları arasındaki benzerlikleri, başkalıkları ve ilişkileri saptamak gerekir. Nitekim konu hukukçular ve ahlâkçılar tarafından tarihin her döneminde tartışılmıştır.

Ahlâkın çözümlemeci bir (ön)tanımı şöyle yapılabilir: Ahlâk²⁷, belli bir dönemde ve belli bir insan toplumunda bir toplumsal sınıf, bir grup, bir halk, bir ulus gibi bir kültür çevresinde oluşan, doğru/yanlış, iyi/kötü ölçütlerine/anlayışlarına göre bireylerce uyulmak gerektiğine inanılan, bireysel/toplumsal/evrensel vicdanda kaynağını bulan, çoğu kez birey doğmadan önce meydana gelen, toplumdan topluma ve dönemden döneme değişen, bireylerin davranışlarını yönlendiren kurallar bütünü ve ağıdır²⁸.

İnsan, başka insanlarla bu bütün, bu ağ, belli bir yaşam biçimi içinde, (ahlâksal) ilişkiler kurar.²⁹

Yukarıdaki (ön)tanımdan ahlâkın kimi yapısal özellikleri ve türleri kolaylıkla ortaya çıkarılabilir.

Her şeyden önce gün ışığına çıkan gerçek şudur: Ahlâk, insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen kurumlardan biridir. Bu ilişki ise, belirli bütün-

²⁶ Korkmaz/Kocabaş, s. 71-73.

²⁷ “Ahlâk” sözcüğü, Arapça huy, yaratılış, tabiat anlamlarına gelen “hulk” kökeninden gelmektedir.

²⁸ Benzer tanım için bkz: Özlem, Doğan, Etik, Ahlâk Felsefesi, İstanbul, 2004, s. 17.

²⁹ “Kuşkusuz ‘ahlâki davranış’, başkasını hesaba katan iradi bir davranıştır. Gerçekten hukuk gibi ahlâk da en az iki öznenin varlığını gerektirir. Kuşkusuz ‘özne’ye ulaşmak gerekiyorsa, özne karşılığının, karşı-öznenin en güçlü adımı vermek gerekir: Kötülük. Bu sözcük bizi dinsel bir görüşe ya da özne düşüncesinin büsbütün dışlandığı başka bir evren düşüncesine taşı gibi görünmektedir. Bu tepkiye iyyinin kötünden çok olmadığını (...) söyleyerek yanıt verebiliriz.” (Touraine, Alain, (Olcaç Kunal), Bugünün Dünyasını Anlamak İçin Yeni Bir Paradigma, İstanbul, 2007, s. 194).

lükte bir kişinin belirli bütünlükte bir başka kişiyle ya da en geniş anlamda yüz yüze geldiği ya da gelmediği insanlarla değer sorunlarına konu olan ve davranış biçiminde yaşanan bir ilişkidir³⁰. Başka insanlar ve toplum var olduğu için ahlâk vardır. Toplum içinde yaşayan her insan aynı zamanda “ahlâki insan”dır (homo moralis)³¹. Elbette bu ilişkilerde, tıpkı hukuk gibi, ahlâk da “olması gereken”³² insan davranışlarını düzenlemekte ve kodlamakta; hak ve ödevleri belirlemektedir.

Ahlâk, her dönemde başlıca üç sorunun yanıtını aramıştır: Neyi seçmeliyim ve iyi hangisidir? Nasıl davranmalıyım? Neyi irade etmeliyim, istemeliyim? (yani irade özgürlüğü)³³.

Ahlâk, doğal bilimler gibi nedensel yoruma değil, hukuk gibi, normatif yoruma tabidir.

Ahlâk kavramının yanı sıra bir kavram daha vardır: **Törebilim (etik, ethica)**. Törebilim kavramı, ahlâk kavramından farklıdır. Etik, bir erdemlilik, doğru davranış öğretisidir ve ahlâksal davranışların normatif ve çözümlenici bilimidir. Bilim olduğu ve felsefe disiplini içinde yer aldığı için de ahlâksal otorite ya da ahlâkın koyduğu kuralları irdeler ve değerlendirir³⁴. Bir başka deyişle, etik, ahlâkın felsefesidir ve felsefenin ana disiplinlerinden biridir. Uygulamalı ve kuramsal etik olarak incelenir³⁵. Ahlâk ise daha çok uygulama ile ilgilidir. Sözgelimi, dürüst olmak ahlâkın; buna karşılık, “toplumsal yarar”ın tanımı daha çok etiğin konusudur.

³⁰ Kuçuradi, Etik, Ankara, 1999, s. 3.

³¹ Özlem, Doğan, s. 16.

³² “Olan” (sein) ve “olması gereken” (sollen) kavramları ve ayrımı için bkz: Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, Felsefe Sözlüğü, Ankara, 2008, s. 1055-1057.

³³ Özlem, Doğan, s. 30.

³⁴ Kelsen, (Charles Eisenmann), Théorie pure du droit, Paris, 1962, s. 5, 80. Ancak, ‘etik’ teriminin anlamı ve içeriği açısından bugün de tartışma sürmektedir. Sözgelimi, Fransız düşünürü Badiou’ya göre, Hegel, etik ile ahlâk arasında ince bir ayırım yapmış, etik denince ilkenin dolaysız uygulanmasını, ahlâk denince de düşünsel eylemi amaçlamıştır. Oysa günümüzde etik terimi, karar etiğini öne çıkaran Hegel’den çok, usavurma etiğini öne çıkaran Kant’a daha yakındır ve insan hakları ile ilgilidir. Sözgelimi, Levinas, “öteki etiği” ya da “farklılık etiği” konularını işlemiştir. Teknik-bilimsel durumlarda (tıbbi etik, biyo-etik), toplumsal durumlarda (bir arada yaşama etiği), iletişimle ilgili durumlarda (iletişim etiği) etikten, “gerçekler etiği”nden, “etik tutarlılık”tan söz edilmektedir (Badiou, (Tuncay Birkan), Etik, İstanbul, 2004, s. 18 vd.). Ayrıca bakınız: Berkowitz (Ertürk Demirel), Nietzsche, Bir Ahlâk Karşıtının Etiği, İstanbul, 2003; MacIntyre (Muttalip Özcan), Erdem Peşinde, Ahlâk Teorisi Üzerine Bir Çalışma, İstanbul, 2001. Özellikle Shaftesbury, Mandeville, Hutcheson, Butler, Hartley, Tucker, Paley’in görüşleri için bakınız: Copleston, Felsefe Tarihi, cilt: 5, bölüm a, Hobbes/Locke, İstanbul, 1998, s. 178-206; Reichenbach, (Cemal Yıldırım), Bilimsel Felsefenin Doğuşu, İstanbul, 1981, s. 185 vd., 221..

³⁵ Cevzici, Paradigma Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 2005, s. 646. Hegel, etik ve ahlâk ayrımını yaparak “Sittlichkeit” sözcüğünü “ahlâklılık”; “Moralität” sözcüğünü de “etik” karşılığı olarak kullanmıştır (Özlem, Doğan, s. 23).

Unutulmamalıdır ki, her insanda iki temel korku vardır: “Dünyamızdaki geçerli ahlâk yasalarını çiğneyerek doğrudan dışlanma/reddedilme korkusu ve zarar verme potansiyelimizden duyduğumuz korku (...) suçluluk, başkalarını ve kendimizi denetim altına almanın bir yoludur. Bunun temelinde yer alan öykü de şudur: Biri, bir Tanrı’nın ya da bir grup insanın koyduğu bir kurala uyumak, bizim ya da kimi insanlar için o denli önemlidir ki, bilinçli ya da bilinçsiz olarak bu kuralı çiğnediğimiz zaman acı çekeriz. Duyduğumuz acı, kuralları çiğnemiş olmamızdan kaynaklanmasa idi (...) sözleşmelerin güvence verici dünyasının dışına düşmüş olacaktık. Sözgelimi, “Tanrı öldüyse her şey mubahtır” düşüncesi, sorun değildir. Tam tersine asıl sorun, “mubah görme kavramı”nın artık ortadan kalkmasıdır.”³⁶

Jeanette Colombel’e yaptığı açıklamada Sartre şöyle demektedir: “Bütün kötülük, ne denli özgür olursa olsun, ‘kendi-iç’in özerkliğinden geliyor. Ahlâkın oluşması için ‘öteki’yle karşı karşıya gelmek yetmez. Ancak ‘öteki’, öznenin ‘oluşturan özne’si olduğu zaman özgürlük kardeşliğe el-verebilir ve kardeşlik olabilirse ahlâk gerçekleşebilir.”³⁷

12 Hiç kuşkusuz evrensel açıdan yaklaşıldığında ahlâk olgusu, kozmolojik-teolojik (dinsel)-antropolojik temellere yaslanmaktadır³⁸.

Yukarıdaki (ön)tanımda dikkati çeken bir başka nokta da, “doğru, iyi, ilişki, değer, davranış” terimleridir. Bu terimlerin içerikleri, bireysel ve toplumsal açıdan, çoğu kez kişiden kişiye, toplumdan topluma, zamandan zamana değişip durur. Bu nedenle “etik”in ilk saptadığı nokta, “ahlâklar çokluğu” ve “ahlâk kurallarının göreliliği”dir³⁹. Eskimolarda erkeğin eşini ya da kızını konuğuna ikram etmesi, kimi tarihçilere göre eski İsparta’da kimi hırsızlık biçimleri ahlâksızlık (ve de suç) sayılmıyordu. Fahişelik, Herodotos’un bildirdiğine göre Mezopotamya’dan bu yana, Eski Yunan’da, Eski Mısır’da, Eski Hint’te kutsal bir görev olarak yürütül-
mekte, dinsel kurumlara gelir sağlamakta, insanların, bitkilerin, hayvanların ve toprağın verimliliğini artırmanın yolu olarak görülmekte idi⁴⁰.

³⁶ Adam, Phillips, (Özdem Arıkan), Flört Üzerine, İstanbul, 1997, s. 179, 180.

³⁷ Les temps modernes, n. 531-533, Témoins de Sartre, s. 888, iletlen: Bertholet, Denis, (Zühre ilkgelen), Sartre, İstanbul, 2009, s. 602.

³⁸ Özlem, Doğan, s. 24-30.

³⁹ Özlem, Doğan, s. 18.

⁴⁰ “Fahişelik, (...) ‘kutsal bir görev’ olarak ortaya çıkmıştır. Doğuda ve Mısırda bir Tanrı’ya adanan kimi tapınkların eklentilerinde oturan ‘kutsal fahişeler’ vardı. Yeni yıl şenliği sırasında büyük rahip ile büyük rahibe (genellikle kral ile kraliçe) tapınağın özel bir odasında ilişkiye girerek kutsal birleşmeyi gerçekleştirirlerdi. Babil’de Aştart tapınağının kutsal fahişeleri örgütlenmişlerdi. Başlarında bir rahibe vardı. Hammurabi yasalarına göre fahişelerin mülkiyet hakları evli

“Düello” ve “kan gütme dürtüsüyle insan öldürme” bir zamanlar ahlâka aykırı ve de suç değildi. Günümüzde ise her iki eylem de suçtur. Suç hukukunun söz konusu anlayışın değişmesinde katkısı bulunduğu yadsınmaz. Bu açıdan bakıldığında, ahlâk çokluğundan ve ahlâkların göreceliğinden söz edilebilir⁴¹.

Buna karşılık, kimi ahlâk kuralları ve davranışları vardır ki, hiçbir zaman ve hiçbir yerde hiç değişmemiştir. Nitekim aşağıda değinileceği üzere, Kant’ın (1724-1804) cezalandırma dâhil, “koşulsuz buyruk” kapsamında gördüğü kimi ahlâksal kurallar, sözgelimi Tevrat’ın ve Konfüçyüs’ün

kadınlara oranla daha genişti (Meydan-Larousse, IV, İstanbul, 1971, s. 488). “Tarihin babası Bodrumlu (Halikarnossos) Herodotos’un aktardığı üzere “kutsal fahişelik” ilk Mezopotamya kültürlerine kadar geri giden başlangıç döneminde ve MÖ 6. yüzyıldan itibaren Eski Yunan’da verimlilik inancına bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Rahipler ve rahibeler, toprağın verimliliğini harekete geçirmek üzere birleşmek durumundaydılar. Ama uygulamaya çabucak geliştirdi. Tanrılara kurban verme âdeti nakdi ödentilere dönüşürken, kutsal fahişelik de dinsel kurumlara gelir getiren bir yapıya ulaştı. Bu arada din dışı bir fahişelik de oluştu. Kutsal fahişeliğe bütün tarımsal kültürlerde rastlanmaktadır. Örneğin, Hint kayıtları MS 6. yüzyıldan itibaren bunlardan söz etmeye başlamıştır. Bunlara “devadasi” denmektedir (Hintçenin Tanrı anlamındaki deva, hizmet anlamındaki dasi sözcüklerinden Tanrı’nın hizmetkârı).. Goethe’nin “Tanrı ile Bayadere” adlı şiirinde ikinci sözcük Hintçe fahişe anlamına gelmektedir. Bunlar mensup oldukları tapınak adına cinsel ilişkiye girmekte ve eylemleri kutsal bir tapınma (ritüel) sayılmaktadır. Bu cinsel ilişkilerin, insanların, hayvanların ve toprağın verimliliğini artırdığı iddia edilmektedir. Ama asıl önemli, devadasi bu kutsal görevini para karşılığı yapmakta ve gelir, tapınağın hazinesine ait olmaktadır. Devadasi sayısı gittikçe artmıştır. Örneğin, Gazneli Mahmut 1026’da Samantha tapınağını yıktığında burada 350 devadasi bulunmaktaydı. Çinli gezgin Çao-Ju-Kua, 1226’da Gucerat’ta 4.000 tapınakta 20.000 devadasi olduğunu bildirmiş, Marco Polo da onu doğrulamıştır. Kutsal fahişelik kısa süre sonra din dışı fuhşa yol vermektedir. Sözgelimi, Eski Yunan’da MÖ 6. yüzyılda ortaya çıkan kadın bedeninin ticari mal haline gelmesi kısa sürede öyle boyuta ulaştı ki, ünlü Atinalı yasa koyucu ve bilge devlet adamı Solon (MÖ 640-558) ilk genelevleri açmak zorunda kaldı. “Dikterion” denilen bu evler devlete aitti. Her evde bir memur grubu işleri düzenlemekteydi. Kazançlar, “porniketos” adlı bir vergi aracılığıyla devlete aktarılırdı.” (Kılıçbay, Mehmet Ali, Pazar Sabahı, Ankara, 2006, s. 76-79). Sumer’in Aşk ve Bereket Tanrıçası İnanna’nın bir adı da “Gökyüzünün Fahişesi” idi ve fahişelerin de koruyucusu idi. Aynı Tanrıça’nın adı Akadlarda, Kenan’da Astarte, İbrancesi Aşeret, Aşere, Aştorah, Eski Yunan’da Afrodit, eski Roma’da Venüs’tür. Bu tanrıça, yere göğe egemendi. Onun hakkında kil tabletler üzerine yazılan şiirler, öyküler, zamanımıza ulaşmıştır. Sumer’in en saygın kadınları, kutsal evlenme törenlerinde yer almak için yarışmışlar, tapınaklarda kutsal fahişelik yapmışlardır. Kutsal fahişelik sokaklardaki fahişelikten farklıdır. Tanrıça İştâr da fahişeliğiyle övünmüştür. Tapınak fahişeliği zamanla bir meslek olmuştur. Onların Tanrı adına kendilerini gönüllü sunan ve bereket kültünün temsilcisi kadınlar oldukları belirtilmiştir. Tapınak fahişeliğine Gılgamış Destanında da değinilmiştir. MÖ 1600 yıllarında Asur Kralının çıkardığı Yasanın 40. maddesi, iyi görülmeyen sokak fahişelerinden ayrılmaları için evli ve dul kadınların ve tapınak fahişelerinin başlarını örtmelerini buyurmuş, başlarını örten sokak fahişelerinin ağır cezalar öngörmüştür (M. İ. Çığ, Bereket Kültü ve Mabet Fahişeliği, İstanbul, 2006, 27-29, 76-78; Kur’an, İncil ve Tevrat’ın Sumer’deki Kökeni, İstanbul, 2006, s. 29).

⁴¹ Özlem, Doğan, s. 18; Cevizci, Paradigma..., s. 39 vd. Ahlâk kurallarının tanrısal buyruklar ya da akıl tarafından bulunmuş değişmez gerçekler olduğuna dayanan kuramsal ve eleştirel ahlâk, akla aykırıdır. Burke’ün “çağların bilgeliği” ve “tanrısal parmak” deyişleri bunu doğrulamaktadır. Bu evrimci anlayışa Hegel de yaklaşmıştır. Cinsel ahlâk ise değişkendir (Hart, s. 70 vd.).

“kendine yapılmasını istemediğini şeyi başkasına yapmamalısın” (quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris) biçimindeki evrensel buyruğuyla buluşurlar⁴². Aynı biçimde ilk bakışta bireysel/toplumsal gibi görünen “dürüst ol” gibi kişisel, “yoksullara yardım et” gibi toplumsal ahlâkın “altın kural”ları⁴³ da tarihin her döneminde ve her yerde geçerli olmuştur; evrenselidir. Gerçekten acımasızlık, çıkarıcılık, bencillik, ikiyüzlülük her yerde ve her dönemde ahlâka aykırı, yanlış ve kötü; acıma, özveri, cömertlik, ilkelilik yine her yerde ve her dönemde ahlâka uygun, doğru ve iyi görülmüştür.

Tam bu noktada ahlâkın çeşitli türleri ortaya çıkmaktadır: Kuramsal (teorik) ahlâk, kılışsal (uygulamalı, pratik) ahlâk, değer ahlâkı, ödev ahlâkı, dinsel ahlâk, doğal ahlâk, bireysel ahlâk, toplumsal ahlâk, kapalı ahlâk/açık ahlâk, evrensel ahlâk⁴⁴.

⁴² Kant, (Fussier, Jean-Pierre), Critique de la raison pratique, Paris, 2003, s. 98-141; Kant, (İ. Kuçuradı/Ü. Gökberk/F. Akatlı), Pratik Akılın Eleştirisi, Ankara, 1999, s. 22, 37 vd., 130 vd.; Honer/Hunt/Okholm, (Hasan Ünder), Felsefeye Çağrı, İstanbul, 2003, s. 317 vd.; Heimsoeth, (Takiyettin Mengüşoğlu), Kant’ın Felsefesi, Ankara, 2007, s. 47-51,57-59, 122 vd.; Kant, (Nejat Bozkurt), Sevilmiş Yazılar, İstanbul, 2008, s. 57 vd.; Wood, Allen, (Aliye Kovancıoğlu), Kant, Ankara, 2009, s. 171-177; Türkbağ, Ahmet Ulvi, Kant, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 1994, s. 71-80; Özlem Doğan, Etik..., s. 68-78; Soccio, Douglas, J., (Kevser Kıvanç Karataş), Felsefeye Giriş, Hikmetin Yapıtaşları, İstanbul, 2010, I, s. 545 vd.; Horner/Westacott, (Ahmet Arslan), Felsefe Aracılığıyla Düşünme, Ankara, 2001, s. 157 vd. Challaye, Philosophie scientifique et philosophie morale, Paris, 1938, s. 309 vd.; Del Vecchio, (Sahir Erman), Hukuk Felsefesi Dersleri, İstanbul, 1952, s. 120-132, 464, 465; Akarsu, Ahlâk Öğretileri, İstanbul, 1982, s. 145 vd.; Hançerlioğlu, Başlangıcından Bugüne Erdem Açısından Düşünce Tarihi, İstanbul, 2003, s. 155 vd. ve Başlangıcından Bugüne Kadar Özgürlük Düşüncesi, İstanbul, 1966, s. 89 vd.; İzveren, Adil, Hukuk Felsefesi, Ankara, 1988, s. 91 vd.; Aral, Vecdi, Toplum ve Adaletli yaşam, İstanbul, 1988, s. 94 vd.; Gökberk, Macit, Felsefe Tarihi, İstanbul, 2008, s. 347-368; Işıktaç, Hukuk Felsefesi, İstanbul, 2004, s. 188 vd.; Özlem, s. 73; Solomon, (Ertuğ Altınay), Adalet Tutkusu, İstanbul, 2004, s. 248; Bauman, (Alev Türker), Postmodern Etik, İstanbul, 1998, s. 49, 65, 68, 125, 283; Yücel, Hukuk Felsefesi, Ankara, 2005, s. 101; Guyer, (Ali Kaftan), Kant’ın Ödevler Sistemi, Cogito, sayı: 41-42, Kış 2005, s. 277, 278, 287-291; Russell, (Muammer Sencer), Batı Felsefesi Tarihi, III, İstanbul, 2004, s. 298, 299; Heller, Agnes (Abdullah Yılmaz/Ertük Demirel/Koray Tütüncü), Bir Ahlâk Kuramı, İstanbul, 2006, s. 11, 13, 19, 32, 42, 51, 64, 66, 81-83, 86, 98, 110-115, 118, 119, 177, 195, 202, 222, 226-229, 243-245,251-257, 261-263,266, 267, 278, 289, 294, 327, 334-338, 343, 344, 350, 351, 395, 411, 417, 424, 430, 432, 438-440, 451, 454, 455, 461, 569, 581, 582, 599, 601, 603, 606, 608-610, 613, 616-637, 653, 669, 688, 693, 894, 698, 699, 704-706, 709-711, 714-716, 723, 726-728, 730-734, 753, 760, 761, 765, 773, 784-785, 791-792, 798-799, 812; Ancel, La défense sociale nouvelle, Paris, 1981, s. 65; Cevizci, Paradigma..., s. 652, 971; Schilling, (Nihal Öno), Toplumsal Düşünce Tarihi, İstanbul, 1971, s. 299.

⁴³ Altın kural (golden rule, règle d’or, regola aurea), ahlâk felsefesinde, birçok düşünürce temel ahlâki buyruk olarak belirlenen, hemen her dizgenin temelinde bulunan, olumlu ya da olumsuz biçimde sergilenen buyruktur. Sözelimi, “Başkasının sana yapmasını istediğini şeyi başkasına yap!” ya da “Sana yapılmasını istemediğini şeyi yapma!” gibi. (Cevizci, Paradigma felsefe sözlüğü, s. 86).

⁴⁴ Başka ayrımlar için bakınız: Cevizci, s. 7-9, 45, 46; Güriz, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2005, s. 15. Aral, kendi anlatımıyla ahlâkı üç başlıkta toplamakta ve incelemektedir: Egoizmi, hedonizmi,

Kuramsal ahlâk, ahlâkı temellendiren, insanın yaşamdan beklentilerini ve ödevlerin, yükümlülüklerin, iyi davranışların neler olduklarını irdeler. Kılğısal ahlâk ise, kuramsal ahlâkın özel durumlara uygulanmasıyla ilgilidir⁴⁵.

Değer ahlâkı, çatışan değerler arasında yeğleme yargısıyla; ödev ahlâkı ise, hangi davranışların yapılması ya da yapılmaması konusunda ilgilidir⁴⁶. Ahlâk, bir yüce gönüllülük anıdır. Ahlâklı insan kazanmadan davranan biridir. Ahlâk da kısaca nedensiz, karşılıksız yapılan bir şey, bir lütuftur⁴⁷.

Dinsel ahlâk, insanın doğaüstü varlık ya da varlıklarla olan ilişkilerinde söz konusu olan, doğal ahlâk ise eski kültürlerde yaygın bulunan ahlâktır. Bireysel (öznel) ahlâk, kişilerin benimsedikleri ve çoğu kez kendi özvarlıklarına (nefis) ilişkin alanla sınırlıdır. Bireylerin kendi özvarlıkları karşısındaki ödevleri ve davranışlarıyla ilgilidir. Ancak, bu kurallar, çokluk toplumdan soyutlanamazsa da, kimileyin toplumun değerleriyle çatışabilir de. Toplumsal (nesnel) ahlâk ise, insanların birbirleriyle ve toplumla ilgili davranış kurallarını kapsar, çeşitli alt ayrımları vardır. Bireysel ahlâk, bir bakıma toplumsal ahlâkın iç yansımasıdır. Zira, “İnsan yaşamayı seçmiş ise, o yaşam içinde kendi ahlâkını da oluşturmak zorundadır”; bu yüzden de “insan yaşamı boyunca kendisine özgü bir ahlâk üretir” (Albert Camus).

Bireysel ve toplumsal ahlâkın yetkinliği ancak uygarlaşmış bir kültürle sağlanabilir⁴⁸.

Kelsen’in, hukukun bir tür görece ahlâk olduğunu vurgulayan görüşünü⁴⁹, zaman ve yere göre değişen ve görece olan bireysel ve toplumsal ahlâk çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

Bergson’a (1859-1941) göre, iki tür ahlâk vardır: Kapalı ahlâk ve açık ahlâk. Kapalı ahlâk, kapalı toplumun ürünüdür. Kapalı toplum, geçmişe dönük kurallarla bağımlı, merkezden mekanik biçimde yönlendirilen, tu-

evdemonizmi, utilitarizmi, naturalizmi içeren nimetler ahlâkı; yetkinlik ahlâkını, kültür ahlâkını içeren amaç ahlâkı; formel ahlâk (Toplum ve Adaletli Yaşam, İstanbul, 1988, s. 97 vd.).

⁴⁵ Killioğlu, Ahlâk-Hukuk ilişkisi, İstanbul, 1988, s. 138 vd.

⁴⁶ Güriz, Hukuk Felsefesi, Ankara, 2005, s. 15. Ayrıca, ödevbilim, ödevbilgisi (deontoloji), meslekle ilgili ahlâk kuralları ile ilgilidir.

⁴⁷ Bauman, (Süha Sertabiboğlu), Modernite ve Holocaust, İstanbul, 2007, s. 287.

⁴⁸ Tarde, La philosophie pénale, Paris, 1890, s. 24; Cevizci, Paradigma..., s. 39, 40. Platoncu ahlâk anlayışı da toplumsallık ahlâkıdır (Timuçin, s. 154). Ayrıntılı bilgi için bkz: Erdem, Ahlâk Felsefesi, Konya, 2003, s. 14 vd, 135 vd.

⁴⁹ Kelsen, s. 86, 87.

tucu ve gelişmeye direnen bir toplumdur. Kapalı ahlâk da böyle bir toplumda toplum baskısından doğup özdevinim (otomatizm) biçiminde düşünülmeden uyulan, önyargılardan oluşan, bireysel olmayan, bireyleri göz önüne almayan, uymacı (konformist) katı ahlâktır. Açık ahlâk ise, önyargıları yıkan, yaşamın yaratıcılığını kışkırtan, toplumu geliştiren, bireyleri gözetken, esnek ve özgürlükçü ahlâktır. Sokrates gibi kimi toplum önderleri, kapalı ahlâkı sorgulayarak ve yıkarak bireyleri açık topluma ve ahlâka taşımaya çalışmışlardır. Toplum, açık topluma dönüştükçe bu ahlâk anlayışı egemen olur; kapalı ahlâk, yerini açık ahlâka bırakır; açık toplumda kapalı ahlâk yaşayamaz. Aynı doğrultuda iki tür din vardır: Durağan (statik) din, canlı (dinamik) din. Birincisi dogmalar ve söylencelerle donup kalmıştır. İkincisi, sevgiye dayanan ve gelişime açık dindir⁵⁰.

Buna karşılık, hemen her yerde ve her dönemde geçerli olan evrensel ahlâk anlayışı eski Yunan'dan bu yana felsefenin konusu olagelmıştır. Aydınlanma ile birlikte, dinsel ahlâk anlayışı yerini özgürlükçü ve akılcı ahlâk anlayışına bırakmıştır. Evrensel ahlâk anlayışında değişkenliğin ve göreceliğin yerini büyük ölçüde değişmezlik ve kesinlik almıştır. Bu konuda en yetkin görüşler, kuşkusuz, aşağıda değinileceği üzere, son dönemlerin en büyük düşünürü sayılan, Hume ve Rousseau'dan etkilenerek siyaset ve tanrıbilim konularında “bir insanın eylemlerinin başkasının iradesine bağlı olmasından daha korkunç hiçbir şey yoktur” diyebilecek oranda özgürlükçü⁵¹ olan Kant'ın (1724-1804) öğretisinde yansıtılmıştır. Esasen, ahlâk kurallarının çoğu, değişkenlikten çok birbirlerine benzerdir. Çünkü yalnızca sağduyu değil, vicdan da insanlarda ortaktır. Her ikisi de “iyi niyet” kavramı üzerinde yoğunlaşır.

Hiç kuşkusuz, Kant'tan önce de Eski Çin'de, Eski Hint'te, Eski Yunan'da da birçok düşünür, ahlâk, hatta ahlâk ile hukuk ilişkisi konularına değinmiştir. Esasen o günlerden bu yana yazarların bir bölümü, tıpkı hukuk gibi, ahlâkın da buyurduğunu, yasakladığını; yazılı hukukun da ahlâka sık sık yollama yaptığını, hukukta da geçerli olan âdil, doğru gibi kavramların aslında ahlâk kuralı olduğunu belirtmiştir⁵².

Ancak düşünürlerden hiçbiri ahlâka ve hukuka Kant gibi yaklaşmamıştır. Kant'tan önce, sözcelimi Pufendorf (1632-1694), ödevler üzerine bir ya-

⁵⁰ Bergson, (M. Karasan), *Ahlâk ile Dinin İki Kaynağı*, İstanbul, 1986; Cevizci, s. 7-9.

⁵¹ Russell, s. 291, 292.

⁵² Del Vecchio, s. 39; Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1935, s. 12; Hatemî, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul, 1976, s. 25 vd.; Kelsen, s. 82.

pıt yayımlamıştır. Kant öncesi düşünürler, genelde yarar düşüncesi bağlamında ahlâkı değerlendirmişlerdir. Ama ahlâkı, evrensel boyutta iyi niyet yörüngesine oturtan ve görelî (relativiste) ahlâkı aşarak bütün zamanlar ve yerler için geçerli evrenselci (universaliste) bir ahlâk anlayışını gerçekleştiren düşünür, hiç kuşkusuz Kant'tır. Hukuk ile ahlâkın ilişkisi onun sayesinde saydamlığa ve açılıma kavuşmuştur. Çünkü Kant'a göre, evrende değer üreten, dolayısıyla ahlâk yasaları kotaran ve bu arada özgürlüğü yaşayabilecek olan biricik varlık, etkin insandır⁵³. Kant, işte bu insan anlayışından ve “*ahlâksal akıl*”dan yola çıkar. Dış kaynaklı bir ahlâkı reddeder. Ona göre bütün ahlâksal kavramlar, akılda a priori temelle ve kaynaklara sahiptir. Tanrı'nın isteğine uyduğu için ya da kişisel çıkarı açısından ya da iyilikseverlik duygusunun baskısıyla bağış yapan biri erdemli/ahlâklı değildir. Kant, ahlâksal duruş ve davranışı, aşağıda değinileceği üzere, belirlenimci (determinist) bir yaklaşımla⁵⁴ “*kesin/koşulsuz buyruk*” açısından irdelemiş ve Ulpianus'tan esinlenerek ahlâksal ve hukuksal nitelikte üç ödeve değinmiştir: “Onurlu yaşa” (honeste vive), “kimseye zarar verme” (neminem laede), “herkese hakkını ver” (suum cuique tribue)⁵⁵.

Kant'a göre, insanı hayvandan ayıran niteliklerinden biri insanın bir “*amaç*” ortaya koyabilmesidir. O nedenle ahlâk da, hukuk da ortaya amaç koyabilen insanın ürünüdür. İşte bu amaca göre iki türlü “*buyruk*” biçimlenir: “*Koşullu olan/kesin olmayan buyruk*” (şartlı emir, cümle-i emriye-yi şartiye, impératif hypothétique) ve “*koşulsuz/kesin buyruk*” (salt buyruk, mutlak emir, impératif catégorique). Sözelimi, “sınavı başarmak istiyorsan, çalışmalısın” buyruğu, bir “*koşullu olan/kesin olmayan buyruk*”tur. Zira bir şeye ulaşmak için yapılması gerekeni, yani erişilmek istenen amaca bir araç olarak bir başka şeyi buyuruyor. Böylece ortaya bir başka şeye bağlı olan bir buyruk çıkıyor. Elbette koşullu buyruğa uyulması zorunlu değildir. Zira, koşullu olan/kesin olmayan buyruk, ahlâksal değer ve düzey açısından yalnızca bir öğütten ibarettir. O kadar.

Buna karşılık “*kesin/koşulsuz buyruk*”, evrensel ve uyulması zorunlu bir buyruktur. Ahlâk alanında çığır açan koşulsuz buyruk, kuşkusuz yalnızca

⁵³ Mengüşoğlu, Kant ve Scheler'de İnsan Problemi, İstanbul, 1969, s. 47-51.

⁵⁴ Tarde, s. 24.

⁵⁵ Villey, Philosophie du droit, 1978, n. 54; Işıktaç, Hukuk Felsefesi, İstanbul, 2004, s. 189, 195, 297, 456, 457; Topakkaya, Arslan, Kant'ın Ahlâk(i)liğin Metafizik Adlı Yapıtında Etiğin Temellendirilmesi, Doğu Batı, sayı: 4, 1999, s. 72; Ceylan, Yasin, Din ve Ahlâk, Doğu Batı, aynı sayı, s. 82. Gerçekten Romalı ünlü hukukçu Ulpianus hukuku şöyle tanımlamıştır: Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. DİKKAT Ayrıca bkz: dip not, n. 16'deki kaynaklar.

ahlâk değil, aynı zamanda bir hukuk ilkesidir de. Bu ilke şudur: “Dış dünyada ne yaparsan yap, bunu, evrensel ve herkesin benimsediği bir yasa olmasını isteyebileceğin ilkeye göre yap. Öyle yap ki, seçiminin özgürce yansıması/kullanımı, bu evrensel yasaya uygun olarak herkesin özgürlüğü ile birlikte bulunabilsin” ve “insan(ca)lık, ister senin ister bir başkasının kişiliğinde, yalnızca araç olmasın, aynı zamanda bir amaç olsun”. Ahlâk, adalet ve dayanışma arasında bağlantı kuran ve kendi kendine yasa koyma örneğini ve adalet sorunlarının yansızca değerlendirilebileceği görüşünü Rousseau’dan alan Kant’a göre, akıllı olan her varlık, genel amaçlar âleminde yasa koyan bir üyemişçesine davranmak zorundadır⁵⁶. Görülüyor ki, burada, ödevbilimsel (deontolojik), ödev gereği uyulması zorunlu ve tartışmasız bir “koşulsuz/kesin buyruk” söz konusudur ve, koşullu buyruğun tersine, hiçbir koşula bağlı değildir.

Görüldüğü üzere, kesin buyruğun zorunluluğu, evrenselliği, erişebileceğinden çok daha kesin anlamda evrensel olmasından kaynaklanır⁵⁷.

Özetle kesin buyruk, ahlâkın bütün buyruklarını şemsiyesi altında toplar.

Bir eylemi çıkar/yarar sağlamak gibi bir başka amaçla bağlantı kurmadan yalnızca kendisi için nesnel bir zorunluluk olarak buyuran, anlamı doğru-
18 dan doğruya sadece kendisinde olan bir buyruktur, bu. Koşulsuz buyruk, eylemin uyacağı ilke ve biçimi saptamaktadır. Öğüt değil, evrensel bir yasadır. Bu yüzden de uyulması zorunludur. Yani Kant’ın ahlâkı, bir ödev ahlâkıdır. Ödev, temelini ahlâk yasasına saygıda bulmakta; bu saygı da yine ahlâk tarafından belirlenmekte ve insana kendi değerini duymayı öğretmektedir. Bir eylemin ahlâksal olup olmadığı özel sonuçlarına göre değil, herkesin uyması gerekip gerekmediğine, yani evrensellik ölçütüne göre belirlenir. Ancak, insandan olması gerekeni yapmasını istiyorsak, insanın bunları yapabilecek özgürlüğe de sahip olması zorunludur.

Bu durumuyla ahlâk, bireysel bilincin yüceleşmesi, arınması, saflaşmasıdır. Kant’a göre “koşulsuz/kesin buyruk”, birey nereye giderse gitsin, bireyi gökyüzündeki yıldızlar gibi izler, görür, gözetir, gözaltında tutar. Bir başka deyişle insanın içini, iki şey doyurur: “Üzerindeki gökyüzü ve içindeki ahlâk yasası”. Gökyüzü insana duyulur dünyaya bağlılığını anımsatır ve karşısında kendisini bir hiç olarak duyacağı bir sonsuzluğu, uzayda ve zamandaki sınırsızlığı insanın gözünün önüne serer. Ahlâk yasası ise, insanın görülmeyen benliğinin, bir kişiliğinin kendisini duyular

⁵⁶ Habermas, (İlknur Aka), “Öteki” Olmak, “Öteki”yle Yaşamak, İstanbul, 2002, s. 210.

⁵⁷ Arslan, H./Yavuzcan, İ., Hakikat ve Yöntem, I, İstanbul, 2008, s. 45.

üstü bir dünyaya bağladığı bilincini uyandırır, insanda⁵⁸. Gerçi, Kant'ın zaman algılaması ve tasarımı, çizgisel ve ardışık biçimde birbirini izleyen “an”ların akışını, “şimdi”nin karşı konulamaz egemenliği altına soktuğu için eleştirilmiş⁵⁹ ise de, onun koşulsuz/kesin buyruğu, hiç kuşkusuz, bütün öbür ilkeleri türetebilen ve evrenselleştirme gücü olan temel bir ahlâk ilkesidir. Aslında koşulsuz/kesin buyruk düşüncesi, dünyanın birçok köşesinde geçerli geleneksel anlayışlarla da uyuşmaktadır. Hristiyan geleneğinin altın kuralı olan “başkalarına, onların sana nasıl davranmasını istersen öyle davran” ya da “sana yapılmasını istemediğin şeyi sen de başkalarına yapmamalısın” (quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris)⁶⁰ kuralı, Konfüçyüs'te, Taoculuk'ta, Yahudilik'te, İslam'da, Budacılık'ta ve daha birçok dinde ve felsefi düşüncede vardır. Duygudaşlık (empati) üzerine kurulmuştur⁶¹. Ancak bu altın kuralın Kant'ta akılcı bir temele oturtulduğu açıktır.

Daha sonraları Freud, ahlâkın ve dolayısıyla üstbenin (süperegonun) bizi hep gören bir baba simasının içselleştirilmesiyle oluştuğunu anlatmak için Kant'ın bu anlayışına başvurmak gereğinin duymuştur⁶².

Newton ve Rousseau'dan çok etkilenen Kant'ın “koşulsuz/kesin buyruğu” ve formülü, hiç kuşkusuz başka ilkeleri de içerdiği için eşsiz bir evrensel kuraldır. Ötekine asla bir araç olarak davranmamamız ve onu bir araç olarak kullanmamamız gerektiğini, tersine bir amaç olarak davranmamızın zorunlu bulunduğunu vurgulamaktadır. Gerçi Kant'tan önce onun birçok formülleri dile getirilmişti. Ancak koşulsuz/kesin buyruk, Kant başka hiçbir şey söylememiş olsaydı bile onu çağımız felsefesinin (belki de) en büyük dehası yapmaya yeterdi. Kant'ın ayak izleri bugün de sürmektedir⁶³. Sözgelimi, John Rawls (1920-2002), 1971'de yayımladığı

⁵⁸ Akarsu, s. 145.

⁵⁹ Žižek, (Şamil Can), Gıdıklanan Özne, Ankara, 2003, s. 64.

⁶⁰ Hobbes, (Semih Lim), Leviathan, İstanbul, 1993, s. 97.

⁶¹ Horner/Westacott, s. 158, 159.

⁶² Adorno, (O. Koçak/A. Doğukan), Minima Moralia, İstanbul, 1998, s. 186, 271.

⁶³ Heller, (A. Yılmaz, K. Tütüncü, E. Demirel), Bir Ahlâk Kuramı, İstanbul, 2006, s. 335, 338, 350. “Buyruklar, doğaları gereği, en sondur ve koşulsuzdur; konunun bu kadar az düşünülmesinin nedeni de bu olabilir. Buyruklar, gerekli oldukları için bize doğal görünür (...) Çocukluktan beri buyruklara alışmışızdır; buyruklar bizim eğitim dediğimiz şeyin önemli bir kesimini oluşturur (...) Bu yüzden buyruğun gerçekte ne olduğu sorusu hiç sorulmamıştır (...) Buyruklar, (konuştuğumuz) dilden de eskidir. Böyle olmasaydı, köpekler buyrukları anlamazdı. Hayvanlar, dili anlamaksızın kendilerinden istenenin ne olduğunu anlamaları için eğitilebilir.” (Canetti, [Gülşat Aygen], Kitle ve İktidar, İstanbul, 1998, s. 301, 302).

ve düşünce dünyasını çok etkileyen “Adalet Kuramı” adlı yapıtında Kant’ın ahlâk felsefesinden çok etkilenmiştir⁶⁴.

Güvenilir bir kılavuz bulmak için eğer bir genelleştirme ilkesine gereksinme varsa, Kant’ın koşulsuz/ kesin buyruğu, böyle bir kılavuzluk işlevini eksiksiz yerine getirmektedir⁶⁵.

Kant bir ampirik gerçekçidir. Gerçekliğin nesnel bilgisine elbette erişilebilir. Kopernik (1473-1543), vaktiyle şu anlayışı yıkmıştı: İnsan, Tanrı’nın en önemli yaratığıdır. Öyleyse yeryüzü, dünya evrenin odağıdır. Kant da, eleştirel felsefeye bir ödev yüklemiştir: Metafizik karmaşanın dinsel kaynaklarını dışlamak, yok etmek. İnsan bilgisi, yanıltıcı, erişilmez olan tanrısal sezgi ölçütüne göre değil, bütünüyle insana özgü öge ya da sözcüklerle anlaşılmalıdır. Özgür düşünme, insanların gittikçe daha özgürce davranabilmeleri için bir halkın zihniyetini yavaş yavaş etkileyen bir tohumdur. Özgür olmadığımız takdirde sorumlu olmayız. Ahlâkın temel çıkış noktası özgürlüktür. “Koşulsuz/ kesin buyruk”, özneyi davranışlarının temel ilkelerini (maksimlerini) evrenselleştirmeye çağırır. Nasıl Kopernik gezegenlerin ya da güneş sisteminin merkezine dünyayı değil, güneşi koymuşsa, Kant da bilgide insanları dış dünyaya uyduğu anlayışının yerine dış dünyanın, nesnelere insan zihninin yapısına uyduğu anlayışını geçirir. Bu yüzden felsefede buna Kant’ın Kopernik devrimi adı verilmiştir⁶⁶.

Kuşkusuz Kant’ın görüşleri de eleştirilmiştir.

Hegel, Kant’ın görüşünü bütünsellikten; Marx ve Engels, maddi temelden yoksun bulmuşlardır. Özellikle Marksist görüşe göre, kapitalist üretim biçimi, insanın sömürülmesine yaslandığı, insanı madde ve saygınlık arasında seçime zorladığı ve parçaladığı, kendine yabancılaştırdığı için evrensel ahlâka aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Nietzsche ve varoluşçular ise, ahlâktan bağımsız bir yaşam biçimi önermektedirler. Foucault’nun yargısı ise şudur: Toplumda yaygın olan ahlâk anlayışı, birey üzerindeki egemenliğini dolaylı yollardan güçlendirerek sürdürmektedir⁶⁷.

Her şeyden önce hukuk da, ahlâk da, toplumda kargaşayı önleyen davranış kurallarını içerir. Uygulama zorunluluğu, ahlâkın kendisi değil, so-

⁶⁴ Soccio, s. 560 vd.

⁶⁵ Heller, Agnes, (A. Yılmaz/K. Tütüncü/E. Demirel), Bir Ahlâk Kuramı, İstanbul, 2006, s. 115.

⁶⁶ West, David, (Ahmet Ceizci), Kıta Avrupa Felsefesine Giriş, İstanbul, 2008, s. 43, 47, 48, 51-53; Cevizci, Ahmet, Felsefe Tarihi, İstanbul, 2009, s. 714-717.

⁶⁷ Tanilli, Yaratıcı Aklın Sentezi, İstanbul, 1999, s. 236, 237.

nuçtur. Her ikisi de normlara yaslanır; olması gereken düşünceden yola çıkar; sınırlayıcı ve değişkendir, çeşitlidir. Bu nedenle hukuk ve ahlâk çokluğundan söz edilir⁶⁸.

2-Ahlâk ve hukuk arasındaki ilişki ve benzerlikler

Bütün bunları birlikte değerlendirdiğimiz zaman ortaya çıkan sonuç şudur: Toplum yaşamında ahlâksal seçimler/ yeğlemeler, toplumsal düzenin sürmesi ve yaşaması konusunda hukuka katkılar sağlamaktadır. Zira her şeyden önce yaygınlaşan kimi ahlâk kurallarının hukuk kurallarına dönüştükleri ve “hukuku geliştirdikleri”⁶⁹ bir gerçektir. Verilen sözü tutmak, ahlâka aykırı sözleşme yapmamak, muhtaç yakınlarla nafaka yükümlülüğü altında bulunmak, hem hukuk kuralı, hem de ahlâk kuralıdır.

Hukuk da ahlâka benzer katkılarda bulunur. Ahlâkın gelişimi de hukuktan etkilenmiştir. Ancak nedense bu sorunun yeterince araştırıldığı kuşkuludur. Ancak gözlemler, hukukun, yasamanın ve yargının ahlâkı etkilediğini doğrulamaktadır⁷⁰.

Kuşkusuz aralarında ortaklıklar, benzerlikler bulunmaktadır.

Birinci olarak, ahlâk ve hukuk, amaçta birleşmektedir. Her ikisi de adil ve barışçı bir toplum düzeni kurma amacını taşımaktadır.

İkinci olarak, her ikisinin de konusu özdeştir, yani davranış kurallarıdır; bu nedenle her ikisi de değer biçici (normatif) birer sistemdir. İkisi de değerleri konu edinir. Eğer bir yerde hukuki, ahlâki, etik değerler söz konusu ise değer yargıları da olacak demektir. Değerlerin ve değer yargılarının bilim içinde aranması yersizdir. Evrime karşı çıkanlar, doğal ayıklanma ile evrimin “güç haklıdır” ilkesine ulaştığını söylerler. Bu ilkenin de diktatörlere olanak sağladığını, “doğal ayıklanma yasası”na ve kısımlara gerekçe hazırladığını ileri sürerler. Ancak evrim kuramı böyle bir davranış için kural oluşturmaz. Sadece öbür bilimler gibi doğanın nasıl olduğunu saptar, nasıl olması gerektiğini (sollen) açıklamaz ve buyurmaz. Doğal olanın iyi olduğunu benimseyen görüşe felsefeciler, haklı olarak karşı çıkarlar ve buna “doğacı yanlış düşünme” (naturalistic fallacy) adını verirler⁷¹.

Üçüncü olarak, ahlâk da, hukuk da olması gerekeni öngörür. Suç huku-

⁶⁸ Özlem, Doğan, Etik..., s. 205 vd.

⁶⁹ Hart, H. L. A., (Erol Öz), Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk, Ankara, 200, s. 13.

⁷⁰ Hart, s. 13.

⁷¹ Futuyma, (Aykut Kence/Nihat Bozcuk), Evrim, Ankara, 2008, s. 13.

kundan örnek vermek gerekirse, hukuka uygunluk nedeni bulunan yasal savunma (meşru müdafaa) ile ahlâka ve hukuka aykırı olan ölç alma arasındaki sınırı belirlemede, değerler çatışması ahlâksal açıdan irdelenecektir. Üçüncü kişi adına yasal savunmanın temelinde toplumsal savunma kaygısının yanı sıra kuşkusuz dayanışma ahlâkı da bulunmaktadır⁷².

Dördüncü olarak, hukuk ile ahlâk arasında amaçlarda, konularda, içerikte sık sık örtüşme görülmektedir. İnsan öldürme, hırsızlık, eşlerin bağlılık borcu, yaşı ya da hastalığı nedeniyle kendisini yönetemeyecek birini terk, böyle birini görüp de yardım etmeme ya da ilgili makamlara bildirmeme (TCY, m. 97, 98) her ikisinin de konusudur. Hiç kimsenin özgürlüğünü başkasına devredememesi, ahlâka aykırı sözleşme yapamaması da hukukun ahlâka göndermede bulunarak onu temel aldığı göstermektedir. Bu açıdan hukuk ile ahlâk birbirlerine omuz verir. Barışa, adalete, hukuka saygı, hukukun ve ahlâkın ortak buyruğudur⁷³.

Bir yazarın dediği gibi hukukla ahlâk arasındaki bağlantı belki de şöyle özetlenebilir: “Ödev olan şey her zaman haktır; hak olmayan ödev değildir”⁷⁴.

22

Beşinci olarak, ahlâk ve hukuk, bir ölçüde yöntemde de birleşir. Zira her iki düzen de, buyruklar ve yasaklar önerirler. Ahlâksal ödev de, hukuksal yükümlülük de ertelenemez.

Altıncı olarak, her ikisi de, istenç (irade) özgürlüğünü ve seçenekler karşısında seçim yeteneğini benimser. Hukuk gibi, ahlâkın temel öğelerinden biri de başka insanları gözetme ve sorumluluğu üstlenme zorunluluğudur⁷⁵.

3-Ahlâk ve hukuk arasındaki ayrılıklar

Hukukla ahlâkın ayrıldıkları başlıca noktalara gelince, bunlar şöylece özetlenebilirler:

Birinci olarak, ahlâk içseldir ve bireyseldir. Ahlâk alanında bir iç (deruni) dünya etkinliği söz konusudur. Ahlâkın kaynağı, sadece nesnel yüce değerlerle sınırlıdır; özerk (autonome) iç iradenin ürünüdür, iç iradenin kural koymasıyla ilgilidir. Ahlâkın yasası kendi içindedir. Dış dünyaya yansımaya düşünceler bile, sözcüğü, biri için kötülük düşünme, ahlâk-

⁷² CGK, 9. 4. 1990, 1/113.

⁷³ Aral, Hukuk ve Ahlâk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1991, s. 82.

⁷⁴ Del Vecchio, s. 289.

⁷⁵ Cevizci, s. 35.

sal açıdan değerlendirilebilir. Bu hesaplaşmanın yargııcı, polisi bireysel vicdandır. Kişi tek başına bu davranışını ve düşüncesini değerlendirebilir. İkinci kişi açısından zorunlu değildir. Özü ve sözü, düşünce ve davranışı birbirine uymayan insanın kendisi ile tutarlı olmadığı belirtilir. Bir yok-sula acıdığı için parasal yardımda bulunmak ahlâka uygun, ancak bunu salt gösteriş için yapmak ahlâka aykırıdır.

Buna karşılık, hukukun kaynağı, doğa yasaları gibi, özerk değil, bunun tam tersi başka erkli (hétéronome) bir dış iradenin ürünüdür, yasası kendi dışındadır, kuralları dış yaptırımla donatılmıştır. Hukuk, dışa yansıyan eylemlerle ilgilidir. Ermiş Aquino’lu Cristiano Tomassius (Saint Thomas d’Aquin), hukuk ile adaleti bir bakıma özdeşleştirir ve onun genellikle benimsenen görüşüne göre hukuk da kuşkusuz ahlâksal bir erdemdir. Hukuk, yaşayan insanlar arasındaki ilişkileri düzenler (ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum) ve en az iki kişiyi gerektirir. Hukuk kamusaldır. Hukukun konusu, insan ruhunun tutkuları değil, dışa yansıyan eylemlerdir/ nesnelere (quae in usum hominis veniunt)⁷⁶. Özetle “Hukuk, ahlâk gibi iradenin oluşumunda salt manevi öğelere bağlı kalmayı ve sadece ahlâksal davranışı zorunluluk konumuna yükselten bu manevi öğeler üzerinde durmayı amaçlamaz. Daha çok, insana yükletilebilen davranışlarla ilgilenir”⁷⁷. Bu nedenle hukuk, nesnel biçimde formülleştirilmeye elverişlidir. Değerlendirme de bu formüllere göre yapılır. Hukukun iç dünyaya karşı kesinkes kayıtsız kalmadığı ileri sürülmüşse⁷⁸ de bu ilgi, ancak düşüncenin eylem olarak dış dünyaya yansımından sonradır. Yani hukuk, sadece dışa yansıyan eylemin iç etkenlerini ve manevi öğesini değerlendirebilir. Yeter ki, hukuk düzeni bu değerlendirmeyi öngörsün.

Ermiş Tomassius, hukukun/ adaletin “doğru akla/ doğru nedene” (per rationem rectam) erdemli biçimde uyulmasını buyurduğunu söyler ve bu doğru aklın üç biçiminden söz eder: Adil olmak (justum), dürüstlük (honestum) ve uyumluluk (decorum). Adil olmak, dışa yansımaya elverişlidir ve dış dünyaya (forum externum) aittir. Dürüstlük ve uyumluluk ise iç dünyaya (forum internum) aittir. Tomassius’un ahlâk için

⁷⁶ Baechler, *Démocraties*, Paris, 1985, s. 251.

⁷⁷ Honig, R., (M. Yavuz Abadan), *İllyet Nazariyesine Dair*, İHFM, 1936, s. 183. Tarde, ‘heteronom ahlâk’ ile küçümsenen ‘toplumsal ahlâk’ın amaçlandığı görüşündedir (s. 24).

⁷⁸ Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, 1961, s. 49.

“honestum”, hukuk için “justum” kavramlarını kullanması elbette düşündürücüdür⁷⁹.

Hobbes ise, günah, ahlâk ve hukuk kavramlarını adeta bütünleştirir. Düşünre göre, suç, yasanın yasakladığı bir şeyin sözle ya da davranışla yapılmasından ya da yasanın buyurduğu bir şeyin yapılmamasından kaynaklanır. Ancak her günah suç değildir. Çalmaya ya da öldürmeye niyet etmek, sözle ya da davranışla ortaya çıkmazsa suç değildir, ama günahdır (peccatum). Suç ise, algılamak anlamına gelen ve “cerno” sözcüğünden türetilen ve görünür olabilen davranıştır ve “crimen” diye adlandırılır⁸⁰. Bu görüşüyle düşünür, suçun çok önemli bir özelliğine de vurguda bulunmaktadır.

Kant, bu olguyu şöyle açıklamaktadır: İnsanın davranışları, iki evrede oluşur. Davranışı dış dünyaya yansıtmadan önceki evre, ahlâk alanını ilgilendirir. Bu evre, amaç ve güdü ile ilgilidir. Bir yükümlülüğü bize zorlayan, başkaları değil, özgür vicdanımızdır ve irademizdir. Dışarıdan, yasalarca verilen ödevler ise hukuk öğretisidir (ius). Bu yüzden ahlâk alanı özerktir (autonome, muhtar). İkinci evre, davranışın dış dünyaya yansıdığı evredir. Davranış dış dünyaya yansımakla hukuk alanına girilir ve zorlayıcı yaptırımların konusu olabilir. Ancak yükümlülüğü insana zorlayan güç, artık insanın dışında bir başka güçtür/ erktir. O nedenle hukuk, dış erkli, başka erklidir (hétéronome); “evrensel özgürlük yasasına göre, bir kişinin iradi eylemlerini, ötekilerin iradi eylemleriyle uzlaştıran koşulların bütünüdür”. Kant, evrensel hukuk/ meşruluk ilkesini de şöyle tanımlamaktadır: “Herhangi bir eylem ya da herkesin seçme özgürlüğü evrensel bir yasaya uygun olarak herkesin özgürlüğü ile birlikte bulunabiliyorsa hukuksaldır”. Bunun anlamı ise açıktır. Hukuk ile ahlâk evrensel düzlemde buluşmaktadır⁸¹.

İkinci olarak, yukarıda belirtildiği üzere, uzak amaçta birleşen hukuk ile ahlâk, yakın amaçta ayrılır. Ahlâkın yakın amacı, “iyi”yi gerçekleştir-

⁷⁹ Bobbio, Noberto, *Intoduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 1948, s. 145; Petrocelli, *Considerazioni sui rapporti fra diritto e morale*, Saggi di diritto penale, Padova, s. 179-182.

⁸⁰ Hobbes, *Leviathan...*, s. 206.

⁸¹ Işıktaç, s. 195-197; Hırş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 2001, s. 64; Guyer, s. 279, 289; Aral, s. 71-76. Kant’ın hukuk ve ahlâk öğretileri açısından şu değerlendirme yapılmıştır: “Onun hukuk öğretisi, biricik içsel hak olan ve bütün öbür hakların kendisinden kaynaklandığı özgürlük hakkına yalan söyleme hakkını da dâhil ederken, ahlâk öğretisi yalan söylemeyi hiçbir koşulda onaylamaz. Böylece Kant, ahlâksal olarak yansız olan bir hakka saygı göstermeyi, bu hak ahlâksız olma hakkı da olsa, mutlak ahlâksal bir ödev olarak geliştirmiştir.” (Hasner, *Immanuel Kant: “Ahlâk ve Politika İlişkisi”*, Kant Felsefesinin Politik Evreni, [çeviren ve derleyen: Hakan Çörekçioğlu], İstanbul, 2010, s. 95.

mektir. Hukukun yakın amacı ise, “adalet”e ulaşmaktır. İyi, kişisel/bireysel bir değerdir; adalet ise toplumsal bir değerdir. Ancak, “adalet” kavramının hukuk ve ahlâk ilişkisinde başat bir teğet noktası olduğu, hatta ahlâkla doğrudan ilişkili bulunduğu unutulmamalıdır. Sözelimi, yukarıda değinilen “herkese hakkını ver” (suum cuique tribune) kuralı, “*üleştirici adalet*”e ulaştırın ve hukukun konusunu yetkin biçimde özetleyen bir buyruktur. Bu durumuyla da söz konusu buyruk, hem ahlâkla ve hem de hukukla iç içedir. Çünkü, hem adaleti ve hem de eşitliği sağlamaya yöneliktir. Dahası *üleştirici* adaletin, yazılı hukuka dayalı hukukun biçimsel üstünlüğüne ve hukuka bağlı devlete değersel bir içerik kazandırdığı, böylelikle insanlığı hukukun özcü (maddi) üstünlüğüne ve özcü hukuka bağlı devlete ulaştırdığı kuşkusuzdur⁸².

Üçüncü olarak, hukuk kesin ve belirgin kurallar öngörür. Buna karşılık, bireyin ve toplumun vicdanında yer alan ahlâk kuralları herkesin algılandığı biçimde yorumlanabilen belirsiz kurallardır⁸³. Bu yüzden ahlâk kuralları açık biçimde yazılıp formüleştirmeye elverişsizdir. Hukuk kuralları ise tam tersine belirli olup açık biçimde yazılıp formüleştirebilir.

Dördüncü olarak, iki kurum arasında yaptırım başkalığı çok çarpıcıdır. Hukukta medeni, idari ve suça ilişkin yaptırımlar gündeme gelir ve devlet gücüyle yerine getirilir. Gerçekten dinin arkasında Tanrı’nın, hukukun arkasında devletin gücü vardır. Her ne kadar ilk ahlâk kuralları dine bağlı olarak ortaya çıkmışsa da, çağcıl ahlâkta yaptırımlar, pişmanlık, utanç ve vicdan azabı gibi bireysel duygular ya da kınama gibi toplumsal tepkilerdir. Ancak ahlâk kuralları, bir güce dayanılarak uygulanmaz⁸⁴.

Beşinci olarak, hukuk kuralları belli bir tarihte yürürlüğe girer ve kaldırılır. Oysa ahlâk kuralları için böyle bir durum söz konusu değildir. Uygulanma ve kalkmaları zaman içinde kendiliğinden olur. Çoğu ahlâk kuralları hukuktan önce var olmuştur. Bireyin yetiştirme aşamalarında aile, çevre ahlâkın öğretilmesinde başat işlev görürler. Ahlâk kuralları kuşaklara aktararak yaşarlar. Hukuk kuralları devlet, din kuralları Tanrı, Foucault’nun belirttiği gibi ahlâk kuralları çevreden, toplumun birey üzerindeki egemenliğinden güç alır.

⁸² Işıktaç, s. 457, 458, 463, 466; Baechler, s. 253, 259.

⁸³ Yörük, Hukuk Başlangıcı, İstanbul, 1961, s. 23.

⁸⁴ Manzini, Trattato di diritto penale italiano, I, Torino, 1981, n. 16; Stefani/Levasseur/Bouloc, Droit pénal général, Paris, 2000, n. 30.

Altıncı olarak, ahlâk hukuktan daha geniş bir alana sahiptir. Sözelimi, kıskançlık, tembellik ahlâka aykırıdır. Ancak, yaptırımları kınamadır, ceza değil. Yalan, ahlâka aykırıdır. Ancak her yalan hukukta yaptırıma bağlanmamıştır. Özellikle suç hukukunda “amaç-yalan” ile “araç-yalan” belli suçlara yol açtıklarında cezalandırılmıştır⁸⁵.

Yedinci olarak, Habermas’ın vurguladığı üzere, hukuki düzenlemeler, öznel haklar üzerine kurulmuştur. Bu haklar, kişilere kendi kabul ve önceliklerine göre uygun davranabilmeleri için yasal özgürlük alanı bırakır; kişileri ahlâki buyruklardan bağımsız tutar. Bu özgür alandaki davranışlarından dolayı kişiler, devlete hesap vermezler. Hukukun yasaklamadığı davranışların yapılması serbesttir. Özetle ahlâk, ödevleri, yerine getirilmesi gerekenleri söylerken, hukuk hakları öne çıkarmaktadır. Ahlâki haklar karşılıklı ödevlerden, hukuki ödevler ise öznel haklardan doğmaktadır. Haklar, yerine getirilmesi gereken ödevlerden üstün tutulmaktadır. Ahlâk alanı, toplumsal yer ve tarihsel zaman boyutu içinde sınırlanamadıkları için gerçek kişilere yaşadıkları yaşamın bütün alanlarında hitap etmektedir. Buna karşılık, belli bir yer ve zaman içinde yer alan hukuk; toplumu, üyelerinin bütünlüğü ve bütünlük içinde öznel hak sahibi statüsünü kabul etmeleri durumunda toplumu korumaktadır. Kişi hukuk kurallarına doğacak sonuca göre uymaktadır. Hukuk kuralları, yaptırımı bulunduğu ve de meşru oldukları için uyulan kurallardır. Kant da buna işaret etmiştir⁸⁶.

4-Ahlâk ve suç hukuku

Yukarıdaki yalan ile ilgili tümceyle birlikte söz, suç hukuku alanına gelmiş bulunmaktadır.

Şu bir gerçektir ki, hukukun hiçbir dalı, suç hukuku kadar ahlâkla ilişkili değildir⁸⁷. Özellikle ahlâk ve hukuk, buyruklar öngördüklerinde, dirsek temasının ötesine geçmekte, birbirlerine çok yaklaşmaktadır. Çünkü bu noktada öznenin seçim hakkına izin verilmemektedir. Bu nedenle birçok suçun kökeninde ahlâk vardır, suç hukuku ahlâktan esinlenmiştir⁸⁸. Hem cezalandırılması gereken eylemler, hem de cezanın özü açısından ahlâk,

⁸⁵ Taner, Ceza Hukuku, İstanbul, 1949, s. 7-9; Jeandier, Droit pénal général, Paris, 1988, n. 62; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 30; Mayaud, Le mensonge en droit pénal, Paris, 1979, n. 5 vd.

⁸⁶ Habermas, (Medeni Beyaztaş), Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, İstanbul, 2002, s. 148-150.

⁸⁷ Donnedieu de Vabres, Précis de droit criminel, Paris, 1946, n. 6.

⁸⁸ Jeandier, n. 62; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 30.

yasa koyucuya yol gösterir⁸⁹; suç politikası, ahlâk öğretisiyle güç kazanır⁹⁰. Hükümlülük kararı, aynı zamanda davranışla ilgili bir kınama yaransıdır. Bu nedenle mahkemenin gerekçesi ister istemez çoğu zaman ahlâka yollama yapar. Öte yandan cezalandırma da ahlâksal bir değerlendirme içeren kusurluluğa bağlıdır. Ahlâk ile suç hukuku ne denli başka olurlarsa olsunlar, bir manevi değer olan insanı konu edinmişlerdir⁹¹.

Ahlâkın hemen her dönemde suç hukukunun kültürel kaynakları arasında yer aldığı göz ardı edilemez. Zira tarihin ilk dönemlerinden bu yana özellikle toplumsal ahlâkın alanına giren ve insanların birbirleriyle ve toplumla ilgili davranışları sürgit cezalandırılmıştır. Bu arada ilk topluluklarda, oymaklarda (klan), ahlâk, din, töre ve hukuk kurallarının iç içe oldukları gözlenmektedir⁹². Ayrışma bir gelişmenin ürünüdür. Bunların bir bölümünün suç hukuku alanına girmeleri doğaldır. Ancak şu nokta unutulmamalıdır. Genelde ahlâk hukuktan, toplumsal ahlâk da suç hukukundan daha geniş bir alana sahiptir⁹³. Ayrıca, daha önce de belirtildiği üzere, hukuk ile ahlâk arasında amaçtaki ölçülü birlik, suç hukukunda ayrılığa daha yakındır. Son çözümlemede ahlâk, insanı yetkinleştirmeyi konu edinmektedir. Suç hukuku ise, toplumsal örgütlenmeye saldırıları konu edinmekte ve toplum düzenini sağlamayı, eski duruma getirmeyi amaçlamaktadır⁹⁴.

Ahlâk ile suç hukuku arasındaki ilişki açısından görüşleri şöylece özetlemek olanaklıdır:

a-İlişkinin varlığını yadsıyanlar

İnsanın düşündüğü gibi değil, duyumsadığı gibi davrandığını ileri süren pozitivist okul⁹⁵, irade özgürlüğünü yadsıdığı için, hukukun ahlâksal temeli bulunduğu görüşünü elbette benimsemez. Bu okula göre, hukuk yalnızca toplumsal savunma tekniğinin bir aracıdır⁹⁶. O kadar.

⁸⁹ Vidal/Magnol, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, Paris, 1935, n. 51.

⁹⁰ Carnevale, Diritto criminale, Roma, 1932, II, s. 191.

⁹¹ Merle/Vitu, n.10; Dana, Essai sur la notion d'infraction pénale, Paris, 1982, n. 17.

⁹² Paresce, Morale e costume, Enciclopedia del diritto, XXVII, Milano, 1977, s. 1vd. DİKKAT sayfaya bakılacak

⁹³ Taner, s. 7-9.

⁹⁴ Jeandidier, n. 62; Villey, n. 8; Rassat, Droit pénal, Paris, 1987, n. 65.

⁹⁵ Ferri, Sociologie criminelle, Paris, 1905, s. 324.

⁹⁶ Petrocelli, s. 182-183.

Bütün bu nedenlerle hukuka/ yasaya uygunluk ya da yasallık/hukuksallık (légalité) ile ahlâka uygunluk ya da ahlâksallık (moralité) aynı şey değildir⁹⁷

b-İlişkinin varlığını benimseyenler

Bu görüşleri savunan yazarlar, ilişkinin varlığını yadsıyanların görüşlerini irdeleyerek ve son çözümlenmede reddederek yola çıkarlar.

Hukuk ile ahlâk alanlarını birer daireye benzetirsek, bu anlayışta olanları üç öbekte toplamak olanaklıdır: Hukuk ile ahlâkı bütünleştiren, yani her iki daireyi örtüştüren görüş, hukuk ile ahlâkı kesişen iki alana/daireye benzeten görüş, hukuk ile ahlâkı iç içe iki alana/daireye benzeten görüş.

aa-Hukuk ile ahlâkı bütünleştiren ve örtüştüren anlayış

Bir zamanlar ibn Rüş (1126-1198), devletin ahlâki bir olgu olduğunu ileri sürmüştü. Düşünürü göre devlet, üç araç kullanarak bu ahlâkiliği yerine getirir: 1-Üleştirici adalet, 2-eğitim (öğrenim olmalı, S. S.), 3-zor(lama), yani hukuki olarak cezalandırma⁹⁸.

Bir kesim yazar, ahlâk ile suç hukuku kurallarını bütünleştirir, örtüştürür.

28 Bu yazarlardan özellikle insancı (ümanist) öğreti yandaşları (sözgelimi, Loquercio) ahlâk ile hukuk arasında yalnızca biçimsel, görünüşte ayrılık bulunduğunu ileri sürmekte⁹⁹, hukuk ile ahlâkı örtüştürmektedirler. Bunlara göre, ahlâksızlığa, adaletsizliğe boyun eğmeye alışmış insanlar yığına insan toplumu denemez. Öyleyse suç, yasadan önce de var olan bir olgudur. Çünkü bir eylem, suç sayılmadan önce ahlâk açısından da meşru bir eylem değildir. Bu açıdan ahlâk ile doğal hukuk arasında sıkı bir ilişki vardır. Suç, yasa koyucunun kafasından bir çırpıda çıkmaz. Bütün manevi değerlerin kaynağı, insanlığın değişmez içyapısında yer almıştır. Değerler kuşatılamaz, dondurulamaz; ama yaşar, devingendir, tarihsel süreçte göre öz değiştirir. Cezalandırmanın ahlâksal temelini oluşturur.

Lord Devlin'e göre, toplumun uyulmasını istediği davranış biçimleri ve ahlâk ilkeleri vardır. Bunlar çiğnendiği zaman toplum da sarsılır. Sözgelimi, zina yalnızca kişilere değil, evlilik kurumuna da zararlıdır; ahlâka da karşıttır. Yıkıcı ve/ya ahlâka karşıt davranışlar, hukuk tarafından bastırılmak gerekir. Çünkü ikisi de özel değil, toplumsal yaşamla ilgilidir.

⁹⁷ Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1991, s. 72.

⁹⁸ Black, Antony, (Sevda Coşkun/Hamit Çalışkan), Siyasal İslam Düşüncesi Tarihi, Peygamberden Bugüne, Ankara, 2010, s. 183.

⁹⁹ Manzini, I, n. 16.

Toplumun dağılmasını engellemek ve varlığını sürdürmek, ahlâkın hukuk tarafından desteklenmesine bağlıdır. Suç hukukunun işlevi, ahlâk ilkesini dayatmadır. Bu nedenle gizli cinsel ilişki gibi başkalarını tehdit etmeyen, ancak ahlâk dışı olan bir davranış, toplumun dayandığı yüce ahlâk ilkelelerini tehdit eder. Yurda ihanetten bir ayrımı yoktur, bunların. Bir davranışın ahlâka aykırı olması onun cezalandırılmasını haklı kılmaz görüşünü savunan J. S. Mill'i eleştiren suç hukuku tarihçisi James Fitzjames de Lord Devlin'in görüşünü paylaşmaktadır¹⁰⁰.

Gerçekten suç hukuku, Battaglini'nin deyişiyle, ahlâkın maddi kaynaklarından sayılan doğal hukuka açılan bir penceredir ve iki değişmez kaynağa sahiptir: Özcü (maddi) ya da akılcı ve biçimsel. Özcü ya da akılcı kaynaklar, suç normunun ahlâksal, kültürel ve siyasal bileşenleridir. Doğal hukuk ise ahlâkla bütünleşmiştir. Esasen kimi yazarlar doğal hukuk ile ahlâkı eşanlamda kullanmaktadırlar. O nedenle, ahlâksız bir hukuk düşünülemez. Ahlâk düzeni, hukuk düzeninin, dolayısıyla suç hukukunun çekirdeğidir. Ahlâksal içerikten yoksun kılınan bir suç normu, toplum savunmasını sağlayan sıradan ve mekanik bir araca indirgenmiş olur. Bi-reysel değerler anlam ve varlıklarını yitirebilir. Ancak, insanlık değerlerinin yitirilmesi olanaksızdır. Ahlâk açısından kınanılan ve dolayısıyla kötü davranışların çoğaldığı bir toplumda, “toplumsal düzen” ve “özgürlük” tükenmiş demektir. Hukuk, dolayısıyla suç hukuku ile ahlâk ayrılığı savı soyuttur. Ancak gerçeklerden uzaklaşıldığı takdirde böyle bir sav ileri sürülebilir. Sürülebilirse o zaman da bilim düş ile eşanlamlı olur. Hukuk ile ahlâkın ayrılığı savı dışlanmalıdır. Eğer hukuk kurallarıyla ahlâk kuralları arasında ayrılık gerçekleşirse bu, hukuk tekniğinin istenen başarıya ulaşmadığının kanıtı olacaktır. Suç hukuku ahlâksallaştırılmalıdır. Bettiol'un dediği gibi, “ahlâksallaştırma, insancılaştırma ile eşanlamlıdır (...) Ahlâksallaştırılan her şey, suç hukukunun insancılaştırılmasıyla sonuçlanır. Nazi cezacılarının sözünü ettikleri şey, ahlâksallaştırma değildi. Çünkü ulaşılan sonuç, bir soy bağınazlığı uğruna suç/ ceza kurumlarının yabancılaştırılması olmuştur. Öte yandan biyolojik ahlâk, gerçek ahlâkın yadsınmasıdır”. Bu yüzden “Nazi suç hukuku, suçlu iradeye karşı yönelik varsayılan bir toplumsal ahlâk peçelemesi altında **önleyici kolluk hukukundan** başka bir şey olamadı”. “İnsanlığa karşı işlenen en büyük suçları, tarihi durdurduklarını ileri sürerek övünen insanlar işlemişlerdir. Bükülmezlik/ donmuşluk, zekânın yerine geçemez”. İnsan, soyut ve so-

¹⁰⁰ Hart, H. L. A., (Erol Özşar), Hukuk, Özgürlük, Ahlâk, Ankara, 2000, s. 15, 16, 25, 37, 51-54, 56, 66; Özkorkut, Nevin, Ünal, Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, Ankara, 2009, s. 26.

mut anlam ayırımına gelmeyen tek varlıktır. “Doğanın gözünde insan, öbür yaratıklardan farklı değildir”. Bu, somut/ madde olarak insandır. Ancak, bu somut/ madde insanın yanı sıra bir de istenç (irade) ve akli ile attığı adımları denetleyen ve yönlendiren insan vardır. Uygarlık dediğimiz ve insanın insana eklediği değerlerden oluşan bütün, bu akıl ve istençe sahip insanın ürünüdür. Bu nedenle insanlık davası kazanılmak üzere dir. Çünkü beyin gücü ölümsüzdür ve sınırsızdır. İnsan, insanlık kavramı dışında yararsızdır. “Başkasına acı çektirene aynı acı çektirilmelidir” formülü, çıplak, matematik bir formüldür, (kısas anlayışıdır. S. S.), ahlâksal ve insancı temelden yoksundur. Bireye özgü ölç kavramı, bu nedenle hukuksal değildir. Suç hukukunun felsefe ile birlikte doğmasının nedeni budur. Çünkü suç hukuku, felsefenin kuramlar dışında bir uygulama gerçeği kazandığını en iyi kanıtlayan bilimdir. Tek çare, insanlık karşısında bütün insanları hakta ve sorumlulukta eşit gören, akla, insanlığa, insanlığın ortak vicdanına yaslanan bir ahlâk ve dolayısıyla böyle bir hukuk sistemini yaratmaktır. Ahlâk ile hukukun ayrı görünmeleri, birbirlerine yabancı oldukları anlamına gelmez. Ahlâk, kusurluluktan ve kınamadan; ceza, kefareten söz eder. Bu kavramları, ahlâksal içerikten soyutlayarak teknik bir anlama indirgeyen diyalektik-biçimsel bir oyuna başvurulamaz. Doğal hukukun yukarıda değinilen ve insanlık ahlâkını yansıtan “başkasına zarar verme” (neminem laedere) ve “herkese hakkını ver” (suum cuique tribure) yolundaki evrensel ilkelerin/buyrukların ahlâksal oldukları tartışılmaz bir gerçektir. Birincisi olumsuz anlatımlı, ikincisi olumlu anlatımlı birer buyruk olan bu ilkelerden “öldürmeyin, çalmayın...” gibi yasakları içeren “On Buyruk” ortaya çıkmıştır. Doğal hukukla bütünleşen bu buyruklar, binlerce yıl egemen ve Cicerone’nin deyişiyle “sonsuzca dek değişmez yasalar” (lex sempiterna et immutabilis) olmuştur.

30

Bu görüşleri savunan yazarlar, suç hukukunu ahlâkın bir kesimi yapan “en az ahlâk” anlayışının tümelci (totaliter) ideolojinin ürünü bulunduğunu ileri sürerler. Onlara göre, suç hukuku, ahlâkın bir kesimi ve en az ahlâk değil, belli bir dönemde dondurulmuş ahlâktır. Önemli olan ahlâksal düzenin korunmasıdır. Kötü istencin ölçütü de, eylemin ahlâk açısından yarattığı katlanılmaz tehlikedir. Öyleyse suç hukukunun işlevi, çok kapsamlı olarak toplumsal/ ahlâksal değerleri korumaktır. Bu değerlerin geçerliliği aslında korunmanın koşuludur. Bu nedenlerle toplumlar geliştikçe suç hukuku ahlâktan daha çok esinlenmelidir. Özellikle hemen her dönemde görülen “doğal suçlar”, temellerini, topluma karşıtlıktan değil, ahlâk kurallarına aykırılıkta bulur. Ahlâk kurallarına dayanmayan ya da bu

kurallara yaslandığı konusunda kuşku bulunan normlar, uygulamada yararlı olsalar bile, meşru değildirler. Bu tür normlar hiç yürürlüğe girmemeli, yürürlükte iseler kaldırılmalıdır. Ayrıca, suç hukuku, değerleri koruma hukukudur. Bir değeri korumayan ve sadece itaati sağlamaya yönelik suç normu, meşru olamaz; bu yüzden de düşünülemez. Çünkü böyle bir norm, laf olsun diye yasalaşmış, demokratik ve hukuksal toplumla bağdaşmayan simgesel bir normdur. Hukuksal gücün normatif meşruluğu, ancak bu gücün ahlâksal amacıyla sağlanabilir¹⁰¹.

Bu görüşte olan yazarlardan kimileri daha da ileri gitmişlerdir. Suç hukukunun, ahlâksal yaşamın bir dönemi/ anı/ evresi/ aşaması, bu dönemde/ anda/ evrede/ aşamada billurlaşmış/ belirlenmiş ahlâk demek olduğunu, “en az ahlâk” görüşünü savunanların belirttikleri gibi ahlâkın parçası olmadığını, zira ahlâkın parçalanamayacağını, hukuk ile ahlâk arasında nitelik ve nicelik değil, derece ayrımı bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Suç ve cezanın hukuksal birer kurum olduklarını anlamak için ahlâksal birer kurum olduklarını anlamak gerektiğini, ahlâksal bir varlık olarak algılanmadan önce suç ve cezanın hukuksal bir varlık olarak algılanamayacağını, hukuksal bir ihlalin öncelikle ahlâksal bir ihlal olduğunu, ahlâkla çatışan bir yasanın haksız bir yasa bulunduğunu, bu uyumsuzluğu yasa koyucunun gidermesi gerektiğini belirtmektedirler. Bu yazarlara göre, takrirli suçlar, başkalarına zarar vermekten kaçınmada gösterdikleri savsama nedeniyle ahlâka aykırıdır. Siyasal suçlar ise, ahlâksal niteliklerini bütünüyle yitirmez. Ahlâksal değerini yitirmedikçe politik düzene saygı gösterilir. Ahlâksal temeli yitirdiğinde ise, başkaldırı meşrudur/ ahlâksaldır. O halde, suç hukuku ile ahlâk arasındaki bağlantı çok sıkıdır. Öyle ki, suç hukuku, ahlâkın dışında kalınarak, ne yaratılabilir, ne uygulanabilir, ne de anlaşılabilir. Bu nedenlerle suç ve cezanın ahlâksal/ hukuksal anlayışı yerine doğacı anlayışı savunan pozitivist okul hukuku geriye götürücü, klasik okul ise hukukla ahlâkı birleştirdiği için ileri taşıyıcıdır¹⁰².

¹⁰¹ Erem, (Güncelleştirenler: A. Danışman/M. E. Artuk), Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara, 1997, s. 40-47, 680; Bettiol, (Luciano Pettoello Mantovani), Diritto penale, parte generale, Padova, 1986, s. 117-121; Bettiol, (Faruk Erem), Ceza Hukukunun İnsanileştirilmesi, Adalet Dergisi, 1949, s. 936 vd.; Battaglini, Diritto penale, parte generale, Padova, 1949, s.35-37, Valletta, ileten: Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara, 2003, s. 39; Mayer, Welzel, Hektor/Reinshagen, Hohmann, Arthur Kaufmann, ileten: Ünver, Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, s. 294, 450, 451e, 610, 615, 616, 746-753, 767.

¹⁰² Maggiore, Diritto penale, parte generale, Bologna, 1951.

Özetle hukukun özü ve kökeni ahlâktır¹⁰³, dolayısıyla suç hukuku, “ahlâksal güç, dışa yansımış yasa, akılcılık, insan özgürlüğünü belirleyen özgürlük demektir”¹⁰⁴.

bb-Hukuk ile ahlâkı kesişen iki daireye benzeten anlayış

Ahlâk ile hukuku birer daireye benzetenlerin çoğunluğu ahlâkın alanının ve dolayısıyla dairesinin daha büyük olduğunda birleşir.

Ancak bu yazarlardan bir bölümü, ahlâk ve hukuk kurallarının alanlarının ve dolayısıyla aralarındaki ilişkinin değişik kapsamda olduğunu ileri sürer. Hukuk kurallarının ahlâk kurallarının sadece önemli olanlarını, yani bir kesimini bünyesine almış olduğunu söyleyen bu yazarlar, Garçon’un kesişen daireler görüşüne¹⁰⁵ katılırlar. Dolayısıyla yukarıda değinilen hukukun ahlâkla örtüştüğü ya da “en az ahlâk” olduğu savlarını abartılı bulurlar. Onlara göre, elbette en başına buyruk ve en biçimsel suç hukuku bile ahlâkın çok küçük de olsa bir parçasını içerir. Ahlâk, suç hukukunun kültürel kaynaklarından biridir. Elbette, hukuk normları, ahlâkın yasakladığı kimi davranışlara da yanıt verirler. Bir bakıma işlenen kötülük karşılığı uygulanan bu türden normların ve yaptırımların artık bir ahlâk kuralını oluşturduklarını benimsemek gerekir. O zaman yasa koyucu, ahlâksal normu hukuk normuna dönüştürmüş olur. Elbette bu görüşte olan yazarlar, hukukun en az (asgari) ahlâk olduğu yolundaki görüşlere karşı çıkarlar¹⁰⁶.

Evrensel yasa şudur: Toplumsal gelişme ile birlikte ahlâkın desteklediği yeni değerler ortaya çıkar, desteklemediği eski değerler ise yitip giderler. Suç hukuku bunları gözetmek durumundadır. Zamanımızda genetik, bioetik ve ötanazi gibi konuların tartışılmasının temelinde ahlâk vardır¹⁰⁷. Cezanın adil olması, sorumluluk ve kusurluluk gibi konuların ahlâksal temelleri bulunduğu, suç hukukunun yaptırımlara bağladığı insan öldürme, cinsel özgürlüğe saldırı, hırsızlık, rüşvet gibi suçların ahlâk tarafından da kınandıkları yadsınamaz¹⁰⁸. Dahası, hukuk düzeni, bütünüyle ahlâksız ya da ahlâka karşıt ise doğuştan sakat demektir, sakatlığı yüzünden de ortak toplum yaşamında destek bulamaz.

¹⁰³ Maggiore, s. 16.

¹⁰⁴ Moro, *L’antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, s. 82.

¹⁰⁵ Jeandidier, n. 62; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992, s. 2.

¹⁰⁶ Kelsen, s. 89.

¹⁰⁷ Vinciguerra, *Diritto penale italiano*, I, Padova, 2000, s. 296.

¹⁰⁸ Petrocelli, s. 181-182; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Milano, 1993, s. 13; Antolisei, (Luigi Conti), *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, s. 11.

Ancak, bütün bunlar, her suçun ahlâkın kapsamına girdiği ya da “en az ahlâk”ı güvence altına aldığı anlamına gelmez. Esasen, belli bir grubun yasal ahlâkını yansıtan etik ve/ya ideolojik devletin ahlâkı ile çoğulculuğa yaslanan özgürlükçü devletin bütünleştirici ahlâkı arasındaki tarih boyunca süren çatışma da bunu kanıtlamaktadır ve suç hukukuna ışık tutmaktadır. Suç hukuku, ahlâk açısından önemsiz eylemleri suç olarak öngördüğü zaman ya da ayrıcalıklı cezalar sisteminin etik ve doğacı anlamda suçlulukta hukuken ve fiilen bir bağışıklık alanı yaratarak cezalandırılması gereken davranışları kovuşturmadığı zaman ahlâktan uzaklaşabilir. Tıpkı ahlâksal temelden yoksun tümelci (totaliter) sistemlerin etik açıdan ilişilemez özgürlüklerle ilgili davranışları (düşünce suçları gibi) suç olarak düzenlemesi ve devletle ilgili suçlulukta yaptıkları gibi. Çağımız suçbilimi, birinci tür suçluluğu “ak yaka suçları” kesimine sokmaktadır. İkinci tür suçluluğu ise insanlık; devlet gücünün biçimsel kalkını altında yasama, yürütme ve yargı erklerinin sözde kullanılması adına “siyasal baskı suçları” olarak adlandırmaktadır. Bu iki türdeki eylemlerin suç olarak benimsenmesi, ahlâk dışıdır. Ancak, kuşkusuz, “insan haklarının ve ödevlerinin ahlâksallığı” gözetildiğinde, suç normu ile ahlâk normu, “kişisel en az ahlâk”ın güvencesi olan bir suç hukukunun son ölküsü içinde, birbirlerine yaklaşırlar¹⁰⁹. Ancak taksirli, ekonomik ve siyasal suçların çoğu ahlâka karşı ve dolayısıyla ahlâkla ilgili değildir. Hatta ülkesi için casusluk yapan biri, hüküm giyse bile, bir kahramandır¹¹⁰.

Kuşkusuz ahlâkın genelde suç hukukundan daha geniş bir alana sahip olduğu anlayışı doğrudur. Ancak bu kesin değildir. Zira kimileyin hukuk, ahlâkın ilgilendiği alanlarda da yasaklar getirebilir, alanını genişletebilir. Bunlar arasında toplum düzenini sarsan eylemler bile vardır. Ekonomik suçlar ile yasak silah taşıma, özkıyım (intihar) özendirme, trafik kurallarına uymama eylemleri bunun en çarpıcı örnekleridir¹¹¹.

Bütün bunlar, etik ve doğacı anlamda suçluluk ile yasal suçluluk olgularının her zaman çakışmadığını göstermektedir. Bu nedenlerle hukuk kuralları, ahlâk kurallarının hepsini içselleştirmiş olamaz. Gerçek şudur: Ahlâk kurallarının birçoğu hem bir ahlâk kuralıdır, hem de bir hukuk kuralıdır. Ancak her hukuk kuralı mutlaka ahlâk kuralı değildir.

¹⁰⁹ Mantovani, *Diritto penale*, Milano, 2001, s. XXIX, XXX.

¹¹⁰ Antolisei, s. 12; Petrocelli, s. 182.

¹¹¹ Jeandidier, n.62; Vidal/Magnol, n. 51; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 30.

cc-Hukuk ile ahlâkı iç içe iki daireye benzeten anlayış

Dairelerin iç içe olduklarını ileri sürenler, küçük dairenin hukuk, büyük dairenin ahlâk olduğunu ve hukukun “en az ahlâk” (minimum ahlâk) bulunduğunu belirtirler.

Bu yazarlara göre, ahlâkla hukuk bire bir çakışmaz. Özellikle yazılı hukukun bütün kurallarının ahlâkla ilgili olduklarını ileri sürmek yanıltıcı olur. Toplumsal/ nesnel ahlâk kuralları bir ölçüde hukuk ile bütünleşebilir. Ancak, bireysel ahlâk kuralları çoğu kez bütünleşmez. Esasen hukukun bütün ahlâksal ve ahlâk dışı davranışlarla ilgili bulunduğu da ileri sürülemez. Hukuk çoğu kez ahlâkı bir araç olarak benimser. Hukuk, ahlâka karşıt her davranışı yasaklayamaz¹¹².

Suç hukuku kuralları ile ahlâk kuralları arasında sıkı bir bağ olduğunu ileri süren bu yazarlar, ilkin suçun her zaman ahlâka aykırı bir davranış bulunduğunu benimsemektedirler. Zira uygar bir toplumda, hukuk kurallarının ahlâka aykırı sözleşmeleri reddettiği bir düzende her şeyden önce ahlâka aykırı bir yasal düzenleme yapılamayacaktır. Bunun yanı sıra, insancı bir suç hukuku, ahlâkla bütünleşmek zorundadır. Ahlâk, suç hukuku normlarının oluşturulmasında bir değerlendirme ölçütüdür. Ahlâk insandaki iç dinginliği, hukuk ise dış dinginliği sağlar. Günümüzde suç hukuku, artık en az ahlâkı gerçekleştirme ve koruma öz görevini üstlenmiş, her iki alan birbirleriyle bütünleşmiştir. Suç hukuku, ahlâksallaştırıcı bir etkiye sahip olmuştur. Ahlâk, suç hukukunun kendi gelişimci dinamizminin en etkili güçlerinden biridir. Suç hukuku, daha enerjik yaptırımlarla toplumsal korumayı gerçekleştirir. Ancak kimi zaman, suç politikası erdemli olmayı abartılı olarak değerlendirebilir, en az ahlâkın sınırlarını zorlayabilir. Düelloyu önlemek için ceza yaptırımının yetmemesi bunun tipik örneğidir. Ahlâk ile hukuk arasındaki ilişkiler birleşimci (sentetik) açıdan ele alındığında, iki görüntü sunmaktadır. Birincisi, suç hukuku, ahlâkla bağlantı kurarak ve buyurucu kurallarla suçlar yaratarak ahlâk kurallarını hukuk kurallarına dönüştürmektedir. Bu etkili, katkı verici bir durumdur. İkincisi, suç hukuku, ahlâka aykırı davranışta direnenler karşısında en son kuralları getirerek ve yaptırıma bağlayarak onlarla başa çıkmaya çalışmaktadır. Bu ise eleyici bir durumdur. Bütün bunlar, suç hukukunun “en az ahlâk” olduğunu göstermektedir¹¹³.

¹¹² Manzini, Trattato di diritto penale italiano, I, Torino, 1981, n. 16.

¹¹³ Manzini, n. 16-21; Jellinek, iletlen: Önder, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, I, İstanbul, 1992, s. 3; Valetta, iletlen, Katoğlu, s. 68.

Bir tür “hukuksal ahlâkçılık” (legal moralism) olan bu anlayışın İngiliz yargıçları arasında yaygın bulunduğu belirtilmiştir¹¹⁴.

Hatta kimi yazarlara göre, hukuk ve ahlâk kurallarının iki daire gibi birbiriyle kesişerek her iki düzenin kurallarının birleştikleri durumların dışındada hukuk kurallarının ahlâk kuralları ile ilişkisinde en az ahlâk kurallarının varlığı gözlenebilir¹¹⁵.

5-Sonuç ve görüşümüz/geçerlilik sorunu

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, yazılı hukuk, özellikle suç hukuku ile ahlâk arasındaki bağlantıda karşımıza çıkan en önemli konu, ahlâka aykırı hukukun geçerlilik sorunudur. Bu, aslında hukukun ahlâk ile sınavıdır. Yazılı hukukun dışında hukuka algılama kapılarını kapatan anlayış açısından durum açıktır. Yöntemine uygun biçimde çıkarılan düzenlemeler uygulanacak ve onlara uyulacaktır. Çünkü “olması gereken hukuk”u (de lege ferenda) değil, “olan hukuk”u (de lege lata) yansıtan devletin hukukuna uyulmak gerekir. Kimi düşünürlere göre, bu da bir ahlâksal ödevdir. Sözgelimi, Milattan önce Sokrates (470-399), ondan 2200 yıl sonra Kant, yanlış/kötü olsalar bile devletin yasalarına uymanın ahlâksal bir ödev olduğunu vurgulamışlardır. 16. yüzyılda Montaigne (1533-1592), “yasalara doğru oldukları için değil, yasa oldukları için uyulmalıdır”¹¹⁶ derken aynı şeyi amaçlamıştır.

Ancak, gerçekte olay hiç de bu denli basit değildir. Aslında bu bağlantı sorunu, yazılı hukukun biçimiyle değil, içeriğiyle ilgili olarak ele alınırsa ve hukuk da öz olarak ahlâksal bir içerik sergiliyorsa, ahlâksal bir değere ulaşılacağından sorun çıkmaz. Dahası, hukukun ahlâkın bir kesimi olduğu savı doğrulanmış olur. Ne var ki, yazılı hukuk ahlâka karşıt olmadığı zaman bile sorun çıkabilmektedir. Sözgelimi, Habermas’ın dediği gibi, yöntemlere ilişkin (yazılı) hukuk düzeni ile ilkelere ilişkin ahlâksal temel arasında, birbirlerine yollamalar yapsalar ve birbirlerini denetleseler bile, yine de kimileyin bir ayrılık/gerilim ortaya çıkabilmektedir. Bu gerilimin tipik örneği, bireylerin yasalara direnmelerinin ve “sivil itaatsizlik” olgusunun demokrasilerde meşruluk/ ahlâksallık kazanmasında somut olarak görülmektedir¹¹⁷. Bu anlayış, haksız yasalara direnmeyi salık verir. Nite-

¹¹⁴ Hart, s. 17.

¹¹⁵ Jeandidier, n. 62; Önder, s. 3.

¹¹⁶ Essais, (texte établi et annoté par Robert Barral en collaboration avec Pierre Michel), France Loisirs, Seuil, Paris, 1967, s. 663.

¹¹⁷ Habermas, Droit et démocratie, Paris, 1997, s. 411 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz: Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, İstanbul, 1994; Habermas, (Hayrettin Ökçesiz), Sivil İtaatsizlik, İstanbul, 1995;

kim Sivil itaatsizliğin ustalarından David Thoreau, “Önüne geleni haksız yere hapseden bir yönetimde dürüst insanın gerçek yerinin cezaevi olduğunu” söylerken Mohandas Karamçand Gandhi, “Adil olmayan bir yasa, şiddetin/zorbalığın ta kendisidir. Böyle bir yasayı çiğnedi diye bir insanı tutuklamak da şiddettir” demektedir. Elbette her devlette cezaevleri olmalıdır. Vardır da. Ancak, “cezaevi, hukukun taşlarıyla örülmelidir.” (William Blake). Bununla birlikte sivil itaatsizlik, çağımız suç hukukunda en azından bugün için suçu hukuka uygun kılan bir neden değildir.

O halde âdil ve ahlâksal olmayan, ancak geçerliliğini ve yürürlüğünü devlet gücüyle sağlayan bir yazılı hukuk, işlevini nasıl yerine getirecektir? Gerçekten, eğer bir toplum düzeni/ hukuk, ahlâkın “yap” diye buyurduğu davranışları yasaklar ya da tersine ahlâkın yasakladığı davranışları “yap” diye buyurursa, o hâlâ hukuk mudur? Bunun yanıtı hayır olmak gerekir. Çünkü böyle bir hukuk, doğru, haklı ve âdil değildir.

Bu nedenle ahlâka aykırı hukuk normlarına uyulup uyulmaması konusunda iki görüş ortaya çıkmıştır. Yukarıda yansıtılan Sokrates’çi, Montaigne’ci anlayışa göre, bu tür yasalar yürürlükte ve geçerli olduklarına göre, elbette bağlayıcıdır. Bunlara uymak da bir ahlâksal yükümlülüktür. Elbette, olması gerekeni (sollen) amaçlayan yasalar da her zaman değişebilir. Ancak değişinceye dek yasalar çiğnenemez. Çünkü öznel değerlendirmelerle yazılı hukuka karşı çıkmak onanamaz. Nitekim, Cumhurbaşkanı Mitterand, Fransız Devriminin 200. yılında Fransız Yargıtayının yeni yargı yılına başlaması dolayısıyla yaptığı konuşmada şunları söylüyordu: “Yasayı uygulayınız. Yasa, başkalarını olduğu gibi sizleri de bağlar (...) Yasa ve adalet. Bu ikisi arasında sizler, birincisinin buyruğundasınız. İkincisinin ise güvencesisiniz. Sizin yapıtınız, yasa koyucusunun yapıtını tamamlamaktadır”.

İkinci görüşe göre ise hukuk, ahlâk ile uyumlu olmalıdır. Aksi takdirde ahlâk, hukuku yararsız ve etkisiz kılabilir¹¹⁸. Ahlâka aykırı hukuk, hukuk değildir. Ahlâksızlığa zorlayan hukuk ise hiç değildir. Çünkü meşru de-

Thoreau/Gandhi, (Hakan Arslan/Fatma Ünsal), Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş, İstanbul, 1997; Kamu Vicdanına Çağrı, Sivil İtaatsizlik, (derleyen ve çeviren: Yakup Coşar), İstanbul, 2001; Sivil İtaatsizlik, (Haz: Hayrettin Ökçesiz), İstanbul, 1999; Yıldız, Demokrasi Yolunda Sivil İtaatsizlik, İstanbul, 2001; Thoreau, (Sedat Çiftçi), Doğal Yaşam ve Başkaldırı, Sivil İtaatsizlik Makalesi ve Wolden Gölü, İstanbul, 2001; Aygün, Efendiliğin Reddi, Gandhi, Martin Luther King ve Doğrudan Eylem, İstanbul, 2001; Uyanık, İslam Siyaset Felsefesinde Sivil İtaatsizlik, İstanbul, 2001; Nişancı, Sivil İtaatsizlik, İstanbul, 2003; Bov/Luneau, (Işık Ergüden), Sivil İtaatsizliğe Çağrı, İstanbul, 2006; Thoreau, (Vedat Günyol), Haksız Yönetime Karşı, İstanbul, 1963.

¹¹⁸ Villey, Théorie du Code pénal, Paris, 1887, I, n. 8; Manzini, I, n. 19.

ğildir. Sözgelimi, Caligula'nın atına konsüllük verdiğiine ilişkin buyruğu geçerli olacak mıdır? Elbette olmayacaktır. Öyleyse, bu tür ahlâka aykırı hukuk geçerli ve yürürlükte olamaz, olmamalıdır.

1764'te Beccaria şöyle diyordu: “Gerçekten, *siyasal ahlâk (yani hukuk)*, eğer insanın vazgeçilemez duyguları üzerine yaslanmazsa, ondan sürekli olarak hiçbir hayır gelmez, hiçbir yarar umulmaz. Hangi türden olursa olsun, *bu esastan sapan bir yasa, her zaman sonuçta kendisini alt edecek bir direnişle karşılaşır (...)* zekâlara/ ruhlara egemen olan görüşler, yasa koyucunun ağır ağır ve dolaylı işleyen etkilerine/izlenimlerine uyar. Ama cepheden/doğrudan ve şiddetli olan etkilerine/ izlenimlerine karşı direnir, uymaz. Aynı nedenle, aynı biçimde, *kamunun esenliğine/ iyiliğine bile olsalar, yararsız ve boşuna oldukları için insanların gözünden düşmüş yasaları insanlar küçümsemeye başlarlar. Zira insanlar, bu yasaları, kamunun iyiliğini amaçlayan yasalar olmaktan daha çok, artık aşılması gereken birer engel olarak görmeye başlamışlardır.*”¹¹⁹ Gerçekten Beccaria'ya göre, “duygularımızın sınırlı olmaları yüzünden, insanlar, yasalara yabancı olan ve toplumun iyiliğine uzak duran nesnelere saygılı olmaya çok zorlandıkları takdirde, öyle olmayan, yani yasalara yabancı durmayan ve toplumun iyiliğine olan nesnelere de aynı oranda daha az saygı duyarlar.” Çünkü *yazılı hukuk, ahlâktan ayrılamaz ve ona aykırı olamaz; yazılı yasa ile ahlâkın birlikteliği zorunludur.* Bu görüşlerin doğal bileşkesi olarak öç alma, savaş ve güç kullanma haklarını/yetkilerini reddeder, Beccaria. Beccaria'ya göre ahlâk ile ters düşmeyen bir eylem suç olmamalıdır ¹²⁰. İki bin yıl önce Seneca'nın dedikleri bugün için de geçerlidir: “yazılı olmayan kimi yasalar, yazılı yasalardan üstündür.”

Nitekim İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesinde iktidara gelmek için zor kullanma ve suikastlar yapma, barışa ve insanlığa karşı suçlar, savaş suçları işledikleri gerekçesiyle yargılanan sanıkların, kendi yazılı hukuk kurallarına uydukları yolundaki savunmaları reddedilmiştir ¹²¹. Batı Almanya mahkemeleri, ki-

¹¹⁹ Beccaria, (Sami Selçuk), Suçlar ve Cezalar Hakkında, Ankara, 2004, s. 28, 166, 167.

¹²⁰ Selçuk, Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi, Ankara, İmge, 2004, s. 32.

¹²¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 177 (II) sayılı kararının (a) paragrafında “Uluslararası Hukuk Komisyonu”, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesinin tüzüğünde ve davanın yargılanma sürecinde uygulanacak olan aşağıdaki beş ilkeyi benimsemiş ve yargılama sırasında bu ilkelere uyulmuştur: 1-Uluslararası hukuka göre suç olarak benimsenen bir eylemde bulunan kişi, bundan sorumludur ve cezalandırılabilir. 2-Uluslararası hukuka göre suç olarak benimsenen bir eyleme karşı bir ceza öngörülme de, bu kişi uluslararası hukuk önünde işlediği suçun sorumluluğundan kurtulamaz. 3-Uluslararası hukuka göre suç olarak benimsenen bir eylemde bulunan kişinin, devlet başkanı ya da sorumlu hükümetin memuru olması, bu kişileri uluslara-

mi kararlarında Nazi yasalarının hem Bonn Anayasası ile kurulan hukuk düzenine ve hem de uygulandıkları dönemdeki hukuka aykırı olduklarına karar vermiştir, o bilinen yasalara göre değil. Bu yaklaşım doğrudur. Gerçekten, şu ya da bu yöntem ve becerilerle “iktidara gelmiş katillerin ahlâk açısından doğru bulacağı kitlesel ölçekteki (yabanıl) bir davranışı”¹²² haklı ve hukuka uygun bulmak olanaksızdır¹²³. Günümüzde zorunlu

rası hukuk önünde sorumluluktan kurtarmaz. 4-Bir kişinin üstünün ya da hükümetinin buyruğuna uygun davranması, ahlâkî olarak davranma iradesi her kişide var ve buna da her zaman bir olanak bulunduğundan, uluslararası hukuk önünde o kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. 5-Uluslararası hukuka göre suç işlediği ileri sürülen kişi, gerçeklere ve hukuka uygun olarak adil yargılanma hakkına sahiptir. Davanın süreci ve ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Heydecker/Leeb, (Almancadan çeviren: Max Roth), Le procès de Nuremberg, Paris, 1971.

¹²² Bauman, (Süha Sertabiboğlu), Modernite ve Holocaust, İstanbul, 2007, s. 265

¹²³ “Adolf Eichmann Davası”nda da aynı durum yaşanmıştır. Soykırım suçlusu Nazi Eichmann, 11 Mayıs 1960’ta Buenos Aires’te yakalanarak İsrail’e kaçırılmış, 11 Nisan 1961 ile 26 Haziran 1961 tarihleri arasında Kudüs Bölge Mahkemesince ara verilmeksizin yapılan ve ilk evrede yüz on dört, ikinci evrede 11-15 Aralık 1961 tarihleri arasında beş oturum süren duruşma sonunda ölüm cezasına hüküm giymiş; cezası 3 Mayıs 1961’de yerine getirilmiştir. Sanığın savunması ahlâk ve hukuk ilişkisi açısından dikkat çekicidir. Sanık ve avukatı savunmalarında Sovyet Rusya’ya saldırı ve özellikle Wansee Toplantısı sonrasında Hitler’in “son çözüm” olarak bütün Avrupa’da Yahudilerin öldürülmesini buyurduğunu, herkes gibi kendisinin de bu buyruğa ve bu yoldaki parlamentoda çıkarılan yasalara yazılı hukuka bağlı bir yurttaş olarak sadece uyduğunu, elinden başka bir şey gelmediğini, kendisinin eylemlerine egemen bulunmadığını, esasen bunlara hiç kimsenin karşı çıkamadığını, “sistemin bir dişlisi” ve “ölü yıkayıcısının elindeki ölü gibi itaatkâr” olduğunu, Tanrı içinde suçlu sayılsa bile yazılı hukuk karşısında suçlu olmadığını belirtmişlerdir. Bu yargılamayı başından sonuna dek izleyen ve bir de kitap yayımlayan ünlü düşünür Hannah Arendt (1906-1975), savunmanın en ilginç oturumlarından birinde sanık Eichmann’ın ileri sürdüğü şu savunmayı anlatmaktadır: “Eichman bir anda üstüne basa basa yaşamı boyunca Kant’ın ahlâk kurallarına ve özellikle de Kant’ın ödev/görev tanımına uygun yaşadığını ilan etti. İlk bakışta tam bir rezaletti, üstelik bu duruma akıl erdirmek neredeyse olanaksızdı. Zira Kant’ın ahlâk felsefesi insanın usavurma yetisiyle yakından ilişkilidir ve bu yeti de körü körüne uymayı olanaksız kılar. Soruşturmayı yürüten görevli pek üstelemedi. Ama Yargıç Raveh, belki meraktan belki Eichmann’ın suçlarıyla ilişkili olarak Kant’ın adını ağzına almaya cüret etmesine kızdıktan, sanığı sorgulamaya karar verdi. Eichmann, herkesin ağzını bir karış açık bırakarak, kesin (kategorik) buyruğun sözcüğü sözcüğüne doğru bir tanımını yaptı: ‘Kant hakkındaki sözlerimle, irademim ilkesinin her zaman genel yasaların ilkesi haline gelebilecek biçimde olması gerektiğini amaçlıyordum’ (sözgelimi, hırsızlık yapmak ya da insan öldürmek için böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü hırsızın ya da katilin başkalarına kendilerini soyma ya da öldürme hakkı veren bir yasal sistemde yaşamayı isteme makul olmaz). Sorgulama sürerken, Kant’ın ‘Pratik aklın Eleştirisi’ni okuduğunu da ekledi. Sözlerine, ‘Son çözüm’ü uygulamakla görevlendirildiği andan itibaren Kant’ın ilkelerine uygun yaşamayı bıraktığını, bunu bildiğini ve artık ‘kendi eylemlerinin efendisi’ olmadığını ve ‘hiçbir şeyi değiştiremeyeceğini’ düşünerek teselli bulmaya çalıştığını açıklarak sürdürdü.” Arendt, bu olayı şöyle değerlendirmektedir: “Mahkemede dikkati çekmeyi unuttuğu nokta, ‘devletin meşrulaştırdığı suçlar dönemi’ olarak adlandırdığı bu zaman diliminde Kant’ın formülünün artık uygulanamayacağını düşündüğü için onu bir yana bırakması, çarpıtarak şöyle okumaya başlamasıydı: Kendi eylemlerinin ilkesi, yasa koyucunun ya da bu toprakların hukukunun ilkesiyymiş gibi davran-ya da Hans Frank’ın ‘Nazi Almanya’sındaki kesin buyruk’ formülleştirmesinde olduğu ve Eichmann’ın da olasılıkla bildiği gibi, ‘Eylemlerinizden bilgi sahibi olsa Führer’in de onayacağı biçimde davranın’ (Die Technik des Staates, 1942, s. 15-16). Kuşkusuz Kant asla böyle bir şeyi amaçlamamıştı. Tam tersine Kant’a göre bir edimde bulunmaya başladığı andan itibaren her insan bir ya-

askerlik hizmetinin ahlâk ve inanç anlayışıyla bağdaşmadığını ileri sürerek bu hizmeti reddeden vicdani retçi davranış, yasalara aykırı, ancak ahlâki görülmektedir. Gerçi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, askerlik hizmetinin yerine bir başka hizmetin geçirilmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. maddesine aykırı bulmamıştır¹²⁴. Ancak eğilim bir hakkın çiğnendiği doğrultusundadır. Nitekim Birleşmiş Milletler, Nisan 2000 tarihinde, BM İnsan Hakları Komisyonunun 1987/77 sayılı kararının ışığında, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi doğrultusunda vicdani ret hakkını tanıdığını, kimi devletlerin bu tür tutumları benimsemesini sevinçle karşıladığını vurgulamış, vicdani ret eyleminin cezalandırılmamasını, en azından bu eylemlere özgürlüğü bağlayıcı cezanın uygulanmamasını salık vermiştir¹²⁵. Aynı doğrultuda, zorla kalma durumu gibi, bencilliği dışa yansıtan, kendisi özveride bulunmayıp olayla ilgisiz ve kusursuz kişilere zarar vermeyi hukuka uygun, ancak ahlâk açısından kötü gören kimi hukuksal düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu tür düzenlemelerin haklı olmadığı, hatta ahlâka aykırı olduğu ileri sürülmüştür¹²⁶. Kimi durumlarda yasaya aykırı buyruğa karşı çı-

sa koyucuydu: İnsan kendi 'pratik aklım' kullanarak hukukun ilkeleri olabilecek ve olması gereken ilkeleri bulmuştur. Ancak Eichmann'ın bilinçsiz çarpıtmasının, Kant'ın 'küçük insanın gündelik kullanımına uygun' yorumu olarak adlandırdığı şeyle uyumlu olduğu doğrudur. Bu gündelik kullanımda Kant'ın ruhundan geriye kalan tek şey, insanın yasalara uymaktan daha çoğunu yapması, uyma çağrısının ötesine geçmesi ve kendi özgür iradesini hukukun ardındaki ilkeyle – hukukun ortaya çıktığı kaynaktan – özdeşleştirmesi isteğiydi. Kant felsefesindeki bu kaynak pratik akıldır." (Arendt. (Özge Çelik), *Kötülüğün Sıradanlığı*, Adolf Eichmann Kudüs'te, İstanbul, 2009, s. 120 vd., özellikle s. 143, 144). Bir başka yazısında Arendt, devletin egemenliğinin tehlikeye düştüğü olağanüstü koşullarda, devletin örtülü biçimde yasal savunma (meşru müdafaa) kavramına başvurduğunu, ancak bu davada ileri sürüldüğü gibi bunun koşullarının bulunmadığını, suçun bir zorunluluk sonucu işlenmediğini, ayrıca bu tür ahlâk ve hukuk dışı buyruklara uyanların totaliter düzeni destekledikleri için sorumlu olacaklarını haklı olarak vurgulamaktadır (Arendt, *Diktatörlük Dönemlerinde Kişisel Sorumluluk*, Kamu Vicdanına Çağrı, Sivil İtaatsizlik, (derleyen ve çeviren: Yakup Coşar), İstanbul, 2001, s. 181-187). Nürnberg mahkemesi önünde sanıklardan Franz von Papen de kendisini ancak Tanrı'nın yargılayabileceğini söylemiştir (Heydecker/Leeb, s. 325).

¹²⁴ Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 2001, n. 79, 165. Ancak, Mahkeme, karar verirken o ülkenin iç hukukunda "vicdani ret" konusunda bir düzenleme olup olmadığını araştırmakta, dolaylı olarak böyle bir düzenlemenin olağanlığını vurgulamaktadır. Eğer, askerliğin reddi nedeniyle birkaç kez kişi cezalandırılmışsa, bunu amaçla orantısız ve onur kırıcı bir davranış (m. 3) olarak nitelendirmektedir (Thlimmenes/ Yunanistan, 6.4.2000; M. Ülke/Türkiye, 24.1.2006).

¹²⁵ Batiffol, *Philosophie du droit*, Paris, 1966, s. 126; Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, 1976, s. 20; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2003, s. 19; Işıktaç, s. 461, 462; Renucci, n. 79; Malinverni, Article 4, Hazırlayanlar: Pettiti/Decaux/Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, 1995, s. 186, 187.

¹²⁶ Toroslu, *Türk Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara, 1968, s. 41; BAKDemirbaş, *Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 280. Bu açıdan şu örnek ilginçtir: Fransız Devrimi sırasında iktidardaki Jakobenler, 1793'te Brissot ve suç ortağı kırk milletvekilini Devrim Mahkemesine verirler. Aralarında bulunan Condorcet, Bayan Vernet'nin evine sığınır. O sırada iktidar, suçlu-

kılamamaktadır. Yani, hukukun üstünlüğü bir yana itilmiş, üstünlerin hukukuna izin verilmiştir. Bu durum, hukuka uygundur. Ancak, demokratik ahlâka aykırıdır.

Halkın yargıya katılması ilkesinin jüriler aracılığıyla uygulandığı, bu nedenle yargı yetkisinin eylemli olarak halk adına kullanıldığı ve kararların gerçekten halk adına verildiği ülkelerde, jüriler, toplum ahlâkının ve sağduyusunun gerisine ya da bunlara ters düşen yasal normları uygulamamak için skandal yaratma pahasına aklanma (beraat) kararları vermekte ve yasama organını uyarmaktadır¹²⁷. Ancak, meslekten gelen yargıçların böyle bir uygulamaya yanaşmaları ödevbilimsel (deontolojik, ödev ahlâkına ilişkin) açıdan olanaksız görünmektedir. Bu nedenle jürinin bulunmadığı ülkelerde ahlâka ters düşen yasaların daha uzun ömürlü olacakları kolayca söylenebilir.

Bütün bunların bileşkesi alındığında, ahlâkın suç hukukunun kültürel kaynaklarından biri olduğu açıktır. Ahlâk da hukuk da değer biçici ölçütlere göre sonuçlara ulaşır ve olması gerekeni amaçlar. İkisi de normatif ve normolojik nitelikte birer disiplindir. Ahlâksız ve ahlâka aykırı hukuk olamaz. Siyasal suçlar, güdü açısından olumlu olsalar bile, yine suçtur ve ahlâktan bütünüyle soyutlanamaz. Eğer bu tür suçları ahlâka uygun görecek olursak, varsıldan çalıp yoksula veren kişiyi de ahlâklı bulmak zorundayız. Hangi ekonomik suç toplumsal ahlâkla çatışmaz ki? Özkıyım (intihar) özendirme, hiçbir toplumda onanmamıştır. Kınama yargısı tartışılabilir. Ancak suç olan, özkıyım özendirme eylemidir. Bu da her toplumda kınanması bir davranıştır. Bir insanın yetkisiz ve izinsiz silah taşıyarak toplumu kaygılandırmaya hakkı var mıdır? Özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve tehlikeli araç kullanan biri, masum insanların yaşamını ve malvarlıklarını tehlikeye düşüren, en azından başkalarının iradelerini alışılanın üzerinde özenli olmaya zorlayan biri değil midir? Bu davranışları hiçbir ahlâk anlayışı elbette onamaz, kınar. O nedenle suç hukuku dairesinin ahlâk dairesiyle iç içe oldukları, suç hukukunun ahlâkla bütünleştiği bilincinin toplumda oluşması gerektiği açıktır. Her suç hukuku kurallı ahlâksal olmalı, ahlâkla bütünleşmelidir.

“Yasanın yasaklamadığı şeyleri utanma yasaklar” demişti, Seneca. Ancak

ları saklayanlar hakkında ölüm cezası verileceğine ilişkin bir karar çıkarır. Condorcet, koruyucusu Bayan Vernet’yi zora sokmamak için gideceğini söyler. Ancak Bayan Vernet şu yanıtı verir: “Yasa dışı olabilirsiniz, Ancak İnsanlık dışı değilsiniz. O halde kalacaksınız”. Gerçi Condorcet evi terk etmiştir. Ama bu yanıt, ahlâka aykırı bir düzenlemenin kalıcı olmadığını göstermek bakımından çok önemlidir (Tanilli, Fransız Devriminden Portreler, İstanbul, 1999, s.147).

¹²⁷ Léauté, Criminologie et science pénitentiaire, Paris, 1972, s. 10.

her utanılması gereken davranış, yani ahlâk kuralı da elbette suç hukuku kuralına dönüştürülemez, dönüştürülerek toplum bunaltılamaz¹²⁸. Nitekim bu konu ilkin 1957de İngiltere’de eşcinsellik ve fuhuş üzerine kaleme alınan Wolfenden Raporu dolayısıyla tartışılmıştır. Rapora göre, suç hukukunun işlevi, ahlâka karşıt bütün eylemleri yaptırıma bağlamak değil, kamu düzenini, özellikle bedence ve akılca zayıfları ve/ya deneyimsizleri korumak, sömürü ve çürümeyi, zararlı eylemleri önlemek; ancak özel yaşama karışmamaktır. Hukukun işi olmayan alan, yani özel alan, ahlâk ve ahlâksızlık alanı olmalıdır¹²⁹. 1955’te Amerikan Hukuk Kurumunun hazırladığı Örnek Ceza Yasası’nda da aynı görüş benimsenmiş, yetişkinler arası rızaya dayalı ve gizli cinsel ilişkinin suç olmayacağı belirtilmiştir. İngiltere’de çıkan 1959 Müstehcen Yayınlar Yasası’na göre yargılanan Lawrence’ın Lady Chatterley’in Sevgilisi romanı aklanmış, buna karşılık fahişelerin adlarını, adreslerini, resimlerini ve etkinliklerini yayımlayan Shaw, 1961’de yargılanarak hüküm giymiş; temyiz mercii olan Yüksek Mahkeme, yani Lordlar Kamarası da bu hükmü yerinde bulmuştur. Yine 1959’da İngiltere’de çıkan Sokak Çocukları Yasası, cinsel ilişki önermeyi suç olarak öngörmüştür. İngiltere, Amerika’da esasen ahlâk ile suç arasındaki bağlantı ve tartışma, sürekli eşcinsellik, anal ve/ya oral ilişki, genelev işletme, hayvanla ilişki, kürtaj, çok eşlilik, özkıyım, ötanazi eylemleriyle ilgili olarak ortaya çıkmıştır¹³⁰.

Kanada’da 1969’da düzenlenen Ouimet Raporunda da aynı düşüncelere yer verilmiş, ceza adaletinin temel amacının suçlu dâhil herkesi zararlı ve tehlikeli eylemlere karşı korumak olduğu, büyük tehlike doğurmadıkça ve zorunlu olmadıkça suç hukukunun özgürlüklere el atamayacağı vurgulanmıştır. Böylece her iki raporda da toplum yaşamının devlet tarafından olabildiğince korunması ve ahlâk yasası üzerine kurulması gerektiği yolundaki Lord Devlin’in daha önce sergilenen görüşü benimsenmemiş, yararçı anlayışı savunan Hart’ın görüşü üstün tutulmuştur. Hart, suç hukukunun ve dolayısıyla cezanın ahlâksal ilkeleri dayatmadığını, ahlâkın ceza yaptırımıyla çok iyi öğretildiğini destekleyen kanıtların yetersiz olduğunu, hatta çoğu zaman suç hukukunun ahlâka başvurulmadan öğretildiğini, Lord Devlin’in görüşlerinin yerinde olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, Lord Devlin’in “cinsel ahlâksızlık yurda ihanet gibidir” sözünün vaktiyle Justinianus’un “eşcinsellik yer sarsıntısının nedenidir” sözüne benzediğini vurgulamaktadır. Hart, hayvanlara eziyet etmek, iki eşli-

¹²⁸ Taner, s. 8; Önder, s. 2.

¹²⁹ Hart, s. 23-25.

¹³⁰ Hart, s. 18-21, 33, 34.

lik, eşcinsellik¹³¹, kutsal değerlere saygısızlık (blasphemy), din ve ahlâka göre yasaktır. Oysa günümüzde bunların bir kesimi suç değildir. Eşcinsellik, herkese açık yerde yapılmadığı sürece suç değildir. Nitekim 1961 tarihli Özkıyım Yasası (The suicide act), bu konuda İngiliz hukuk tarihinde bir dönüm noktası olmuştur. Zira geleneksel Hıristiyan ahlâkı ve hukuku bu davranışı kınadığı ve cezalandırdığı halde, özkıyım davranışına ceza yaptırımını bu Yasa ile kaldırılmıştır. Aslında bir toplumun herhangi bir dönemdeki “ahlâksal statu quo”yu korumak üzere hukukun/cezanın araç olarak kullanılması, toplumsal kurumlara değerlerini kazandıran süreci yapmacık biçimde dondurmamak demektir¹³².

42 Bu nedenlerle çağcıl demokrasilerde, yetişkinler arasındaki eşcinsellik, piyango, gebeliği önleyici ilaç kullanma eylemleri suç sayılmamış; buna karşılık, çokeşlilik, çocuk düşürme, müstehcenlik, uyuşturucu madde kullanma suç hukukunun ahlâksal boyutunu doğrular biçimde suç sayılmıştır. Bütün bunların temelinde yatan pragmatik görüş şudur: Demokratik toplum çoğulcudur. Kimi azınlıkların ahlâksal kurallarını/değerlerini tanımaksızın çoğunluğun ahlâksal kurallarını/ değerlerini benimsemek olanaksızdır. O nedenle her ahlâka aykırı davranış suç olarak öngörülemez. Nitekim cinsel ahlâktan söz edildiğinde, genelde insanın iç dünyasını ilgilendiren ahlâktan çok, cinsel özgürlük bağlamında bir ahlâk amaçlanır. Zira suç hukuku, insanla ilgilidir, dinsel/mistik kavramların ardında sürüklenip gitmez, gidemez. İnsanla ilgili değerleri korurken elbette ahlâkın bütününe kucaklamaz. Ancak kucakladığında da ahlâka ters düşemez¹³³. Suç olarak öngörülen davranışlar ise, sağlıklı bir suç hukukunda esasen ahlâk ile bütünleşir, örtüşür. Bütünleşemeyenler, örtüşemeyenler ise, aslında ahlâka aykırı düzenlemelerdir ve suç hukukunun kapsamı dışındadır. Bu yüzden, *çağcıl, sağlıklı ve tutarlı bir suç hukuku, sözgelimi düşüncüyü suç normuna dönüştüren hiçbir düzenlemeye izin vermez, veremez. Bir sistem içinde böyle bir düzenleme varsa, özünde ahlâka aykırıdır; dolayısıyla suç hukukunun kapsamı dışındadır. Çünkü düşüncenin dış dünyaya yansıtılması dokunulamaz özgürlüklerden biridir; ahlâka ve dolayısıyla hukuka uygundur. Düşüncenin dış dünyaya yansıtılması özgürlüğünün kullanılmasının suça dönüştürülmesi ise ahlâka ve dolayısıyla hukuka aykırıdır*¹³⁴.

¹³¹ Kur'an'da Ankebut (28-35), Araf (80-84), Hud (74-83) ve Şuara (160-174) surelerinde “kadınları bırakıp şehvetle erkeklerle yaklaşan” Lut Kavmi için olumsuz anlatımlar kullanılmıştır.

¹³² Hart, s. 9, 39, 40, 46, 53, 56, 58, 59, 65-67, 72.

¹³³ Fortin/Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, 1982, s. 3, 4; Ünver, s. 794, 1026-1031.

¹³⁴ Benzer görüş: Mantovani, s. XXX.