

HART - DEVLIN TARTIŞMASINDA OLMAYAN ARGÜMANLAR

Missing Arguments in Hart-Devlin Debate

*Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN**

Öz

Ahlakın hukuk tarafından meşru bir şekilde hangi gerekçelerle dayatılabileceği meselesi oldukça geniş kapsamlı ve önemli bir meseledir. Hart-Devlin tartışması bu konuda bir referans noktasıdır. Bu tartışmada Lord Devlin, eşcinsel ilişkilerin, toplumsal değerlere aykırılık gerekçesi ile hukuk tarafından meşru bir şekilde yasaklanabileceğini savunmuştur. Devlin'e göre hukukun toplumsal değerleri muhafaza işlevini sağlamaması halinde toplumsal çözülmeye kapı açılır. H. L. A. Hart ise hukukun kişilerin başkalarına veya kendilerine zararı olmayan rızaya dayalı ilişkilerine karışmasının doğru olmadığını ve hukukun toplumdaki çoğunluğun değerlerini yansıtmamasının toplumsal çözülmeye sebep olmayacağını savunmuştur. Hart-Devlin tartışması birçok açıdan aydınlatıcı olsa da bu konu hakkında bu tartışmada öne sürülen argümanlardan fazlası vardır. Aristoteles, Aquinas, Finnis, George, Feinberg, Rawls, Dworkin ve Raz gibi pek çok düşünürün konu hakkında farklı görüşleri mevcuttur. Tüm bu farklı

* Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, Telefon: 05335230457, Email: arikan@tau.edu.tr, ORCID®: 0000-0002-4264-706X.

yaklaşımların incelenmesi, konunun basit formüller ile çözülemeyeceğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Ahlakın Dayatılması, Hart-Devlin Tartışması, Mükemmeliyetçilik, Anti- Mükemmeliyetçilik, Liberalizm

Abstract

The question of on what grounds can morality be legitimately enforced by law is a very broad and important issue. Hart-Devlin debate is a reference point in this topic. In this debate, Lord Devlin defends that homosexual conduct can be legitimately prohibited by law on the grounds of contrariety against social values. According to Devlin, in case law does not fulfil its function to conserve social values, it opens the door to social disintegration. H. L. A. Hart, on the other hand, argued that it is not right to interfere in the consensual relationships of individuals that do not harm others or themselves, and that the law not reflecting the values of the majority in society will not cause social disintegration. Although the Hart-Devlin debate is enlightening in many respects, there is more to this subject than the arguments put forward in this debate. Many thinkers such as Aristotle, Aquinas, Finnis, George, Feinberg, Rawls, Dworkin and Raz have different views on the subject. The examination of all these different approaches shows that the issue cannot be solved with simple formulas.

Keywords: Enforcement of Morality, Hart-Devlin Debate, Perfectionism, Anti- Perfectionism, Liberalism

Giriş

Hukukun içeriğinin ve sınırlarının ne olması gerektiği oldukça eski bir tartışmadır. Her ne kadar hukukun toplumsal hayatın düzenlenmesi konusundaki asli rolü inkâr edilemese de *her* konuda hukukun müdahalesi hoş karşılanmaz. Bu itirazların yükseldiği önemli bir başlık, ahlakın hukuk eliyle insanlara dayatılması meselesidir. Hukukun; rızanın olmadığı hallerde somut ve açık zararları önlemek için cebri araçlara başvurusu doğal karşılanırsa da, bu tipte zararların gerçekleşmediği haller kuşku ile karşılanır. Örneğin hukukun cinayeti, tecavüzü, hırsızlığı önlemesi ve cezalandırması normaldir. Ancak rızaya dayalı cinsel ilişkilere, televizyon programlarına, kişilerin kendi sağlıklarına ilişkin

kararlarına müdahale etmesi başka bir düzlemedir. Bu münazarada bir tarafta “hukuk ahlaka karışamaz” çizgisi varken, diğer taraftan “toplumun değerleri korunmalıdır” talebi gelir.

Bu çalışmada ahlakın hukuk tarafından dayatılması konusu ele alınacaktır. Hukuk felsefesi literatüründe bu konuyu temsil etmesi açısından bir dönüm noktası kabul edilen Hart-Devlin tartışmasındaki argümanlar sunulduktan sonra bu tartışmada değinilmeyen ancak önem arz eden diğer argümanlar incelenecektir. Bu çalışmanın temel amacı söz konusu tartışmalarda ele alınan konulara doğrudan nihai cevaplar getirmek değildir. Bunun yerine tartışmanın temas ettiği sorunların, soruların aydınlatılmasına ve basit cevapların yetersizliğinin gösterilmesine öncelik verilecektir. Çalışmanın sonunda ahlakçı yasalar hakkında belli değerlendirmeler yapılacak olmakla beraber her bir ahlakçı yasanın toplumsal koşullar da dikkate alınacak şekilde ayrı ve özel olarak değerlendirilmeye tutulması gerektiğinden bu kişisel değerlendirmeler genel ilkeler seviyesinde sunulacaktır. Çalışmada Hart-Devlin tartışmasının konusu olan eşcinsel ilişkiler meselesine odaklanılmayacak, bunun yerine hukukun ahlaki bir tutum aldığı konulara genel olarak bakılacaktır.

İlk başlıkta Hart-Devlin tartışmasının ana hatları sunulacak ve tarafların verdiği argümanların değerlendirmesi yapılacaktır. İkinci başlıkta, hukukun ahlaki dayatması lehine kullanılabilir alternatif argümanlara bakılacaktır. Üçüncü başlıkta ise, hukukun ahlaki dayatmasına karşı kullanılabilir alternatif argümanlar incelenecektir.

I. Hart-Devlin Tartışması

1950’lerde eşcinsel ilişkilerin cezai soruşturmalara git gide artan sayılarıyla konu olması, İngiliz Parlamentosunu bu konunun değerlendirilmesi için 1954’te Sir John Wolfenden başkanlığında bir komisyon kurmaya yöneltmiştir. Bu komisyon üç yıl boyunca, dini liderler, polisler, hâkimler, psikiyatrlar, kamu çalışanları ve eşcinseller ile görüşmeler yapmış 1957’de bu ilişkilerin belli şartların sağlanması halinde ceza konusu olmaktan çıkartılması önerisinde bulunmuştur. Bu şartlar, kişilerin 21 yaşından büyük olması, rıza vermesi, silahlı kuvvetler mensubu olmaması ve ilişkinin özel alanda gerçekleştirilmesidir. Uzun tartışmalardan sonra 1967’de İngiliz parlamentosu Wolfenden raporu doğrultusunda eşcinsel ilişkileri suç olmaktan çıkartmıştır. Yaş şartı 1994’teki

değişiklik ile 18'e, 2000'deki değişiklik ile de 16'ya indirilmiştir ki bu, heteroseksüel ilişkiler için aranan yaş şartı ile denktir.¹

Bu süreçte bir yüksek mahkeme yargıcı olan Lord Devlin 1959'da verdiği bir konferansta “kişisel ahlak alanı, hukukun işi değildir” yaklaşımını benimseyen Wolfenden raporunu *Ahlakın Dayatılması (Enforcements of Morals)* yazısında eleştirmiştir. Diğer taraftan reform yanlısı bir hukuk felsefecisi olan H. L. A. Hart, Devlin'in argümanlarını eleştiren eserler kaleme almıştır. Bu çalışmalarını da 1963'te *Law, Liberty, and Morality (Hukuk, Özgürlük ve Ahlak)* kitabında bir araya getirmiştir. Bu iki düşünür arasındaki tartışma, yasaların ahlakı dayatmadaki rolü konusunda bir referans noktası olmuştur.

A. Lord Devlin

Devlin bu tartışmada ahlakı toplumu bir arada tutan bir bağ olarak görür. Toplumun devamı, onu bir arada tutan ahlakın devamına bağlıdır. Toplumdaki bireyler de bu toplumda yaşadıklarına ve bundan faydalandıklarına göre bu bağları muhafaza etme ödevi altındadırlar. Kişilerin kendi ahlaki görüşleri, toplumdan farklı olabilir ancak toplumun benimsediği ahlaka karşı gelmemelidirler. Devlet de bu bağlamda toplumu bir arada tutan bağları muhafaza etmek ve toplumun dağılmasını önlemek için toplum ahlakına aykırı davrananlara müdahale edebilir. Devlin'e göre özel alan ile kamusal arasında akılcı bir çizgi çekilemez. Zaten Wolfenden raporu da meselenin asıl odağının söz konusu eylemin yatak odasında gerçekleşip gerçekleşmediğinde değil, bu eylemin rıza göstermeyen diğer kişilere zarar verip vermediği sorusu olduğunu belirtmiştir. Kişilerin özel alanları olan yatak odalarında bomba imal etmeleri zararlıdır, ama kamusal bir alan olan parkta el ele tutuşmaları ise zararsızdır². Öte yandan Devlin, raporun “zarar” kavramını eksik bir şekilde yorumladığı görüşündedir. Devlin'e göre tarafların cinsel ilişkiye girmesi üçüncü kişilere doğrudan bir etkide bulunmasa da, süreç içerisinde kişilerin içinde yaşadıkları toplumun dağılması bir zarar teşkil eder. Devlin, üçüncü kişilere doğrudan etkisi olmasa dahi pek çok eylemin hukuk tarafından yasaklandığını ve buna karşı gelenlerin cezalandırıldığını öne sürer: hayvanlara eziyet, kürtaj, ötenazi, düello, ensest gibi. Adam öldürme, yaralama, cinsel saldırı gibi suçlarda tarafların rızası olsa dahi bu ey-

¹ Claude J. Summers, “Wolfenden Report”, *Glbqtarchive*, 2004, http://www.glbqtarchive.com/ssh/wolfenden_report_S.pdf, Son erişim tarihi: 15.7.2020.

² Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford: Clarendon Press, 1993, s. 49, n. 4.

lemler suç olarak sınıflandırılır. Devlin'e göre eylemlerin ihlal ettiği ahlaki normlar toplumu bir arada tuttuğu için muhafaza etmeye değerdir ve hukukun bunları koruması için haklı gerekçeler mevcuttur.³

Devlin, eşcinselliğin “kötü” olduğuna dair bir doğruluk iddiasında olmadığını açıkça ifade eder. Devlin'e göre ahlaki yargılar kişiden kişiye göre değişir ve bunlar arasında nesnel bir doğruluk iddiasında bulunmak mümkün değildir. Öte yandan Devlin, toplumun genelinin belli ahlaki yargıları benimsediğinin nesnel bir şekilde tespit edilebileceğini belirtir. Görüleceği üzere Devlin, söz konusu ahlaki normun objektif manada iyi veya kötü olmasına dayanarak hukukun bunu dayatmasını savunmaz, *toplumun* bu normu iyi bulmasına dayanarak hukukun bunu korumasını ve zorlamasını savunur. Devlin'e göre hukukun toplumun değerlerini koruması ve yansıtmasının gerekçesi, bu toplumsal değerlerin *değerli* olması *değil*, bu değerlerin *toplumun* değerleri olmasıdır. Bu sayede Devlin, ahlaki iyiler ve kötülere ilişkin yargılara başvurmaksızın nesnel olgulara dayanan bir argüman geliştirmiş olur. Hatta Devlin, savunduğu yaklaşımın çıkarımlarının toplumdaki topluma değişeceğini de ifade eder. Örneğin çok eşliliğin yasaklanması, çok eşliliği gayriahlaki bulan toplumlarda meşru iken (her ne kadar çok eşli evlilikler, tek eşli veya bekâr kişilere doğrudan bir zarar vermese dahi), çok eşliliğin ahlaki görüldüğü toplumlarda meşru değildir. Bu toplumlarda çok eşlilik serbest bırakılmalı ve hatta desteklenmelidir.⁴

B. H. L. A. Hart

Hart ise reformu destekleyerek Devlin'in argümanının hatalı olduğunu iddia etmiştir. Hart'a göre devletin kişilerin eylemlerine karışmasının esas gerekçesi üçüncü kişilerde yaratabileceği zararı engellemektir. John Stuart Mill'in “zarar ilkesi” olarak ifade ettiği bu argümana göre devletin kişilerin ahlaklarına müdahale etmesi, başkalarına zarar söz konusu olmadıkça meşru değildir⁵. Hart, Mill'den farklı olarak devletin kişilerin *kendilerine* verebilecekleri zararları önleme konusunda da meşru olabileceğini kabul eder. Örneğin Mill'e göre devlet bireylerin kullanacakları ilaçları bir reçete sistemi ile düzenleme veya yasak-

³ Patrick Devlin, “The Enforcement of Morals”, **Maccabaeen Lecture in Jurisprudence - Proceedings of the British Academy**, Cilt: 45, 1959, ss. 137-142.

⁴ Patrick Devlin, **The Enforcement of Morals**, Oxford: Oxford University Press, 1965, ss. 10-17; Patrick Devlin, “Law, Democracy, and Morality”, **University of Pennsylvania Law Review**, Cilt: 110, Sayı: 5, 1962, ss. 638-640.

⁵ John Stuart Mill, **On Liberty**, Güncel Baskı, Harmondsworth: Penguin Books, 1859/1985, s. 68.

lama konusunda müdahalede bulunmamalıdır çünkü bunlar bireylerin kendilerine dair kararlardır. Hart ise bunu “fantastik” olarak niteler ve makul bulmaz. Ancak Hart, üçüncü kişilere zarar ve paternalist gerekçelerin dışında devletin kişilerin hayatına müdahale etmesini haksız bulur.⁶

Hart, ahlakın dayatılmasındaki haksızlığın iki zarardan kaynaklandığına işaret eder. Bunlardan birincisi, iyi bir gerekçe olmaksızın iddia edilen ahlaksızlığı yapanın cezalandırılmasıdır. Bu kişi kendisine verilen ceza yüzünden dolaşım özgürlüğünden, sosyal yaşantısından veya mülkiyetinden mahrum kalır. İkinci zarar ise, kişinin bu dayatma yüzünden kendini bastırmasından kaynaklanır. Bireyin iyi bir gerekçe olmaksızın cinsel dürtülerini bastırması o kişi açısından oldukça ıstıraplı olabilir. Hart, hukukun yukarıda sayılan gerekçelere (üçüncü kişilere zarar ve paternalizm) dayanarak insan davranışlarına müdahale etmesini kabul eder ancak bu gerekçeler olmaksızın ahlakın dayatılmasını yarattığı zararlardan dolayı meşru bulmaz.⁷

Hart bu açıklamalarından sonra ahlakın dayatılması için Devlin’in sunduğu gerekçelerin haklılığını değerlendirir. Hart, Devlin’in argümanında iddia edilen sonuçların ampirik bir temele dayanmadığını söyler. Devlin, toplumların ahlaki normlarının değişmesi halinde bu toplumların çözüleceğini iddia etmişti. Hart ise bunun gözlemlenmediğini ifade eder. Pekâlâ, her toplumda belli ahlaki değişimler, dönüşümler gerçekleşir. Ama bu toplumların dağıldığı, toplum düzeninin ortadan kalktığı söylenemez. Bir toplum belli ahlaki değerlerini bırakıp başka ahlaki değerleri benimsediğinde o toplum farklılaşır ama ortadan kalkmaz. Bu durum bir toplumun barışçıl bir şekilde anayasasını veya daha basit bir şekilde yasalarını değiştirmesi gibidir.⁸

Hart’a göre eğer yeni ahlaki normların “kötü”, eski ahlaki normların ise “iyi” olduğuna ilişkin bir iddia yoksa ki Devlin bunu iddia etmemişti, o zaman bu ahlaki normların farklılaşmasından endişe duyulacak bir durum yoktur⁹. Belli bir ahlakın sırf var olması, onun iyi ve muhafaza edilmeye değer olduğunu göstermez. Pekâlâ, toplumdaki birçok grup farklı ırktan kişilerin ilişki kurması-

⁶ H. L. A. Hart, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Çev: Erol Öz, İstanbul: Işık Yayınları, 2020, ss. 15-17 ve ss. 40-42.

⁷ **Ibid.**, ss. 30-31.

⁸ **Ibid.**, ss. 57-59.

⁹ H. L. A. Hart, “Social Solidarity and the Enforcement of Morals”, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press, 1983, s. 250.

nı da gayrı ahlaki buluyor olabilir. Böyle bir ahlaki tutumun var olması, o tutumun hukuk tarafından korunmaya değer olduğuna ilişkin bir gerekçe teşkil etmez.¹⁰

Hart, Devlin'in ileri sürdüğü analogilerin devletin ahlaki dayatması olarak yorumlanmadan da açıklanabileceğini söyler. Örneğin çeşitli suçlarda mağdurun rızasının suçu ortadan kaldırmaması, paternalizm ile açıklanabilir. Hukuk sistemi kişinin kendisine verilecek zararı önlemeyi hedeflemektedir. Başka yasaklarda ise esasında yine üçüncü kişileri farklı statülerde koruma gayesi mevcuttur. Örneğin hayvanlara eziyet etmenin yasak olmasındaki temel gerekçe hayvanların ıstırabıdır, insanların ahlaksızlığı değil. Benzer bir durum kürtaj ve ensest için de geçerlidir. Hukuk bu durumlarda ceninin varlığını veya sağlığını korumak için müdahalede bulunur. Hart, iddia edilen ahlaksızlıkların kamuya açık olması durumunda makul bir şekilde yasaklanabileceğini kabul eder. Örneğin aleni cinsellik veya dine küfür durumlarında hukukun müdahalesi meşrudur. Ancak bu durumlarda da temel gerekçe, bu eylemleri izleyen veya ifadeleri duyanlardaki rahatsızlıktır. Bu kişiler eğer ellerinde olmadan rahatsız olacakları bir görüntüye veya ifadeye maruz kalıyorlar ise bu kişilerin korunması için bu görüntü veya ifadelerin engellenmesi makuldür. Ancak bu eylem ve ifadelerin kişilerin kendi özel alanlarında gerçekleşmesi durumunda üçüncü kişilerin rahatsız olması için bir sebep kalmaz. Bu sebep olmaksızın da ahlakın dayatılması meşrulaştırılmaz.¹¹

Bu tartışmanın kazananının Hart olduğu söylenebilir. Bunun iki sebebi vardır. Birincisi, Devlin'in değer tartışmalarına girmeyerek argümanını kısırlaştırmasıdır. Ahlakın dayatılmasına ilişkin iyi bir gerekçe söz konusu eylemin "kötü" olmasıdır. Devlin ise ele aldığı meselenin maddi boyutuna eğilmemektedir. İkinci olarak, Devlin her ne kadar değer yargılarına başvurmadığı için mütevazı bir başlangıç noktasından hareket etse de iddia ettiği sonuçlar fazlasıyla abartılı olmuştur. Hart da bu durumda bahis konusu ahlakın kötü olmadığını göstermeye bile ihtiyaç duymamış, bu müdahalenin yaratacağı somut zararların, müdahalenin olmaması halinde iddia edilen afaki zararlardan daha büyük olduğunu göstermesi yeterli olmuştur. Öte yandan hukukun ahlaki dayatması konusundaki argümanlar Devlin'in veya Hart'ın argümanları ile sınırlı değildir. Aşa-

¹⁰ Hart, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak...**, ss. 27-29.

¹¹ Ertuğrul Uzun, "Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması", **H. L. A. Hart ve Hukuk- Ahlak Ayrımı**, 2. Baskı, Editör: Sercan Gürler, İstanbul: Tekin Yayınları, 2017, ss. 90-94.

ğıda alternatif argümanları ele alarak bu konunun farklı boyutlarını inceleyeceğiz.

II. Hukukun Ahlakı Dayatması Lehine Alternatif Argümanlar

Devlin her ne kadar bu tartışmada zayıf kalsa da savunduğu pozisyonunun dayanabileceği gerekçelendirmeler onun argümanları ile sınırlı değildir. Aristoteles, Thomas Aquinas, John Finnis ve Robert George'un konuya dair önemli analizleri mevcuttur. Bu alternatif argümanları doğrudan Hart-Devlin tartışmasının somut konusu olan eşcinsel ilişkiler için değil, bu tartışmanın esas teması olan "hukukun ahlakı dayatmadaki rolü" çerçevesinde inceleyeceğiz.

A. Aristoteles

Klasik antik dönem felsefesinin en önemli düşünürlerinden Aristoteles, devletin ahlakı dayatmasını paternalist gerekçelere dayandırır. Düşünür, devleti yalnızca vatandaşların menfaatlerini saldırganlardan koruyan bir araç olarak görmez. Haksızlıkların önlenmesi toplumsal düzenin varlığı için gerekli olsa da, bu yeterli değildir. Siyasi bir toplum aynı zamanda insanların mükemmel, erdemli bir hayat yaşaması için oluşturulmuş bir yapıdır.¹² Aristoteles'e göre her ne kadar bilge insanlar aklın yoluyla ikna edilerek erdemli yaşam tercihlerine yönlense de her insan böyle değildir. Karakterleri zayıf olan insanlar akıl yerine tutkuları doğrultusunda tercihlerde bulunurlar¹³. Devlet işte bu kişileri cebir kullanarak zaafa yönlendirmelerini engellemelidir. Bu tip yasalara birçok örnek verilebilir: içki, sigara ve uyuşturuculara dair kısıtlamalar getirilmesi, fuhşun önlenmesi, düellolara izin verilmemesi gibi. Aristotelesçi bir bakış açısı bu durumlarda kişilerin belli duyguların etkisi ile kendilerini erdemli hayattan uzaklaştıran irrasyonel kararlar aldığını iddia edecektir. Örneğin hayatının önemli bir kısmını basit hazları tecrübe etmek için veya üzüntülerini unutmak için uyuşturucular ile geçiren, cinsel iştahını doydurmak için fuhşa yönelen, intikam arzusundan dolayı düelloya girişen, para kazanma isteği ile salt bir cinsel obje olarak kullanılmayı kabul eden bir kişinin hayatının tam manasıyla *iyi* olarak nitelenmesi zordur. Bu faaliyetlere karşı cebirin kullanılması, kişileri bu faaliyetlere yönelten tutkularına karşı dengeleyici bir kuvvet teşkil edecektir. *Ahlaki pater-*

¹² Aristoteles, **Politika**, 2. Baskı, Çeviren: Özgüç Orhan, İstanbul: Pinhan Yayınları, 2020, 3. Kitap, 5. Paragraf, 1280b.

¹³ Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, 2. Baskı, Çeviren: Saffet Babür, Ankara: Bilgesu Yayıncılık, 2009, 10. Kitap, 9. Paragraf, 1179b-1180a.

nalizm, fiziksel paternalizme benzer ancak daha geniş kapsamlıdır. Fiziksel paternalizmde, kişilerin sağlıklarına ve güvenliklerine ilişkin müdahalelerde bulunulurken (örneğin kişilerin kanser olmamaları için sigaraya caydırıcı vergiler konulması gibi), ahlaki paternalizmde kişilerin karakterlerini yozlaşmadan korumak ve mükemmelleştirmek için müdahalelerde bulunulur¹⁴. Bu yaklaşımda belli yaşam tarzları ve tercihleri iyi ve erdemli, bunlara aykırı olanlar ise kötü ve zaaf içindedir. Belli tercihler arasında olumlu veya olumsuz değer yargılarında bulunmasından dolayı bu anlayış *mükemmeliyetçi* (*perfectionist*) olarak isimlendirilir¹⁵¹⁶.

Aristoteles'in yaklaşımı, Devlin'ininkinden farklıdır. Devlin'in argümanının içeriği söz konusu değerlerin *toplumsal* niteliği çevresinde gelişirken, Aristoteles'in argümanı müdahalenin hedef aldığı eylemlerin *kötü*, amaçlanan sonucun ise *iyi* olduğu iddiasına dayanır. Bu sebeple mükemmeliyetçi bir argümanda söz konusu müdahalenin temsil ettiği değer toplum tarafından benimseniyor olmasının bir ağırlığı yoktur. Hatta toplumun çoğunluğu söz konusu değerleri benimsemiyor da olabilir. Toplumdaki bilge insanların sayısı, karakteri zayıf olanlardan daha az olabilir. Mükemmeliyetçi yaklaşıma göre asıl önemli olan neyin iyi veya kötü olduğudur, çoğunluğun bu konudaki görüşü değil. Bu sebeple mükemmeliyetçi bir argümanın geliştirilebilmesi için söz konusu eylem hakkında değer yargılarında bulunulması gerekir. Örneğin eşcinsellik hakkında ahlakçı bir yasa çıkartılacak ise sadece toplumun eşcinsellik hakkında olumsuz bir algısını olduğunu göstermek (Devlin'in stratejisi buydu) yeterli olmaz, eşcinselliğin erdemli olmadığına ilişkin gerekçeler sunulmalıdır. Başka bir örnek ele alırsak, çekeşliliğe karşı çıkartılacak bir yasanın meşruluğu, bu pratiğin toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmesi veya benimsenmemesinden bağımsız olarak erdemli bir hayata ters olması ile açıklanmalıdır. Devlin ile Aristoteles arasındaki bir diğer farklılık argümanlarının hedefidir. Devlin *toplumun* bütünlüğünü korumayı hedeflerken, Aristoteles ahlakçı yasa ile *kısıtlanan kişinin* iyisini koruduğu iddiasındadır. Bu sebeple paternalist bir ahlakçı yasanın meşru olabilmesi için kişinin iyiliğini ön planda tutması ve bunu gerekçelen-

¹⁴ Gerald Dworkin, "Paternalism", **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

¹⁵ Steven Wall, "Perfectionism in Moral and Political Philosophy", **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/#PerPlu>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

¹⁶ Hart da bu argümanın ileri sürülebileceğini belirtmiş ancak Devlin ile tartışmasında buna başvurulmadığı için derinlemesine incelemeye gerek duymamıştır. Hart, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", s. 248.

dirmesi gereklidir. Sadece toplumun bundan tatmin olacağını iddia etmek yeterli olmaz.

B. Thomas Aquinas

Ortaçağ Katolik felsefesinin önde gelen filozofu Thomas Aquinas, devletin ahlaki dayatmasını *genel ahlakının* (*public morality*) korunmasına dayandırır. Aquinas, Aristoteles ile mükemmeliyetçilik açısından aynı görüştedir. Aquinas'a göre de erdemli olan ve olmayan yaşam tarzları ve tercihleri vardır. Ancak Aquinas, paternalizmi kabul etmez çünkü bu durumda kişinin başkalarına zararı olmadığı için adalete aykırı bir durum yoktur. Devlet ancak kamunun ve diğerlerinin haklarını korumak için etiği cebren uygulayabilir, kişinin kendisini ilgilendiren meselelerde devletin bu hakkı yoktur. Kişilerin erdemli olmayan bir hayat yaşamaları Aquinas'a göre yine kötüdür ama devlet buna paternalist temelde karışamaz. Aquinas açısından bu tip kötülüklerin yargılayıcısı Tanrı'dır, devlet değil. Ancak kişilerin yaşam tarzının veya tercihlerinin *başkalarını* yozlaştırma ihtimali söz konusu olduğunda işte o zaman devletin genel ahlaki koruma hakkı ortaya çıkar. Bu müdahalenin gerekçesi Devlin'in ifade ettiği gibi toplumun dağılmasını engellemek değil, kişilerin erdemli bir hayata erişebilme için gerekli şartları sağlamaktır.¹⁷

Aquinas, paternalist müdahalelerde pratik bir sorunun da olduğunu kabul eder. Ahlakçı bir yasa kişinin gayri ahlaki eylemleri gerçekleştirmesine engel olsa dahi karakterini ahlaki hale getiremez. Çünkü karakter kişinin iç dünyasına ilişkin bir unsurdur, hukuk ise ancak dış eylemleri şekillendirebilir. Bu cebri müdahaleler, serbestlikleri kısıtlanan kişilerin tepkisine de sebep olacağından bu kişileri erdemlerden daha da uzaklaştırabilir. Hukuk, insanları ahlaki yapamaz, sadece ahlaki olabilmeleri için gerekli koşulları sağlayabilir. Bu nedenlerden dolayı devlet ahlak konularında özel alanlara karışmaktan imtina etmelidir. Hıristiyan bir filozof olan Aquinas, aynı mantığın dinin dayatılması meselesinde de geçerli olduğunu söyler. Aquinas'a göre en üstün iyi, insanların cennete gitmesidir ve bunun için de insanların Hıristiyanlığı benimsemeleri gerekir. Ancak devlet, dinsizlere, paganlara veya Musevilerin kendi topluluklarındaki ibadetlerine karışmamalıdır. İnsanları Hıristiyan ibadetlerine zorlamak onların eylemle-

¹⁷ Thomas Aquinas, **Summa Theologica**, Christian Classics Ethereal Library, 1485, Kısım I-II, 96. Soru, 2. Madde; 98. Soru, 1. Madde; 100. Soru, 2. Madde, <https://www.ccel.org/ccel/a/aquinas/summa/cache/summa.pdf>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

rini değiştirse de inançlarını şekillendiremez. Hatta buna içlerinden tepki göstereceklerinden dolayı mevcut inançlarına daha da bağlanabilirler.¹⁸

Aquinas'ın modelinin günümüz hukuk sistemleri tarafından kullanıldığı söylenebilir. Genel ahlak, pek çok hukuki kaynakta özgürlüklerin kısıtlanması için meşru bir gerekçe olarak sayılmaktadır. Bu hukuki kaynakların arasında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de vardır.¹⁹ Hart-Devlin tartışmasına geri dönersek, Wolfenden raporunun ulaştığı sonuç da Aquinas'ın modeli ile paraleldir. Eşcinsel ilişkiler özel alanlarda serbest bırakılırken, kamusal alandaki sınırlamalar muhafaza edilmiştir. Arjantin Anayasasının 19. maddesi de Aquinas'ın formülünü net bir şekilde ifade etmektedir: “İnsanların kamu düzenine, kamu ahlakına ve üçüncü kişilere zarar vermeyen özeldeki eylemleri tamamen Tanrı'nın takdirindedir ve hâkimlerin yetki alanının dışındadır.”²⁰

C. John Finnis

Finnis, doğal hukuk kuramının en önemli çağdaş temsilcilerinden biridir ve bu kuramın geleneksel çizgisini savunmasıyla tanınmaktadır. Düşünür, Aquinas'ın argümanlarını güncelleyerek ahlakçı yasalara ilişkin tartışmalara katkıda bulunmakta ve liberal argümanlardaki eksikliklere işaret etmektedir. Finnis de Aquinas gibi ahlakçı yasaların sadece paternalist nitelikte olması halinde gayri meşru olduğunu teslim eder²¹.

Bununla birlikte Finnis, ahlaksızlıkların kamusal bir bağlamda olması halinde devletin müdahale etmesi gerektiğini savunur. Düşünür burada hem Wolfenden raporuna hem de İngiltere'de intihar girişimini suç olmaktan çıkarmasına rağmen intihara teşvikin cezasını arttıran yasa değişikliğine işaret eder ve her iki değişikliği de haklı bulur.²² Finnis, evlilik içerisinde ve üremeye yönelik olmadığı için eşcinsel ilişkilerin gayri ahlaki olduğu görüşündedir. Aynı du-

¹⁸ **Ibid.**, Kısım I-II, 95. Soru, 1-3. Madde; Kısım II-II, 10. Soru, 1. Madde.

¹⁹ John Finnis, **Natural Law & Natural Rights**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 210-218.

²⁰ Aktaran John Finnis, “Hart as a Political Philosopher”, **Philosophy of Law: Collected Essays of John Finnis Volume IV**, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 268.

²¹ John Finnis, “Introduction”, **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 10.

²² Finnis, “Hart as a Political Philosopher”, ss. 267-270.

rum, doğum kontrol yöntemlerinin kullanıldığı cinsel ilişkiler ve zina için de geçerlidir. Finnis'e göre cinsel yönelim ve isteklere ilişkin "olanlar", bunların "olması gerektiğine" ilişkin bir ahlaki değer teşkil etmez. Düşünürüne göre kişinin arzuları doğrultusunda kendisini cinsel olarak araçsallaştırması, kendisini evlilik içindeki insan iyisinden uzaklaştırdığı için kötüdür. Finnis, eşcinselliğe karşı bu eleştirel tutumun aslında eşcinselliğe oldukça olumlu bakan bir toplumda yaşamış olan klasik felsefeciler Sokrates, Platon ve Aristoteles tarafından paylaşıldığını da belirtir.²³ Eşcinselliğin kötü olduğunu düşünen Finnis, bunun özel alanlarda yaptırma tabi tutulmasına karşıdır ancak kamusal alanda kısıtlamalar (kamusal alanda eşcinsel fuhşun, pornografinin yasaklanması, eşcinsel evliliğin ve evlat edinme hakkının tanınmaması gibi) getirilmesini destekler²⁴.

Finnis'in modelinde, kamusal alan kapalı kapılar ardında olmayan şeyler manasına gelmez. Buradaki asıl ölçüt, söz konusu eylemin bir başkasına etkisinin olup olmamasıdır. Örneğin ötenazi de intiharda olduğu gibi bir evin veya bir hasta odasının içerisinde olsa da sonuçta bir kişinin bir diğeri üzerindeki edimini ifade ettiği için devletin müdahale alanının içinde olmalıdır. Veya iki eşcinselin kendi özel alanlarındaki ilişkisine devlet karışmasa da, bir kişinin diğere fiziksel zarar verdiği sadomazoşist cinsel ilişkilere müdahale etmesi meşrudur²⁵.²⁶ Kişiler arasındaki tahakküm ve bağımlılık ilişkileri söz konusu olduğunda kişilerin "kendi" özel alanlarından bahsedilemez. Finnis, kürtaj ve insan embriyoları üzerindeki bilimsel çalışmaların da gayri meşru olduğunu çünkü bu eylemlerin başka kişileri (insan embriyolarını) öldürdüğünü ifade eder²⁷.

Finnis, ahlak meselelerinde devletin tarafsız ve pasif olmasını savunan liberal düşünürlerin "Kantçı" argümanlarının esasında Kant'ın görüşlerini yansıtmadığını belirtir. Devletin rasyonel bireylere karışmamasını insan haysiyeti-

²³ John Finnis, "Law, Morality, and 'Sexual Orientation'", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 336-

²⁴ Finnis, "Hart as a Political Philosopher", ss. 268-269.

²⁵ Finnis, "Law, Morality, and 'Sexual Orientation'", s. 335.

²⁶ Aynı şekilde, aile içi şiddet vakalarının özel *alanda* olması şiddetin *özel* nitelikte olduğunu göstermez ve bu vakaları devlet müdahalesi kapsamının dışına çıkarmaz. Gündemdeki İstanbul Sözleşmesine ilişkin tartışmalarda getirilen eleştirilerden biri, bu sözleşmenin ailenin "içinde" gerçekleşenlere karşı devleti müdahil olmaya yöneltmesidir. Hâlbuki aile "içi" şiddet kavramı, sadece şiddetin nerede gerçekleştiğini ifade etmektedir, devlet yetkisinin ötesinde kalan özel bir alanı değil.

²⁷ John Finnis, "Justice for Mother and Child" **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 307-314.

nin bir gereği olarak öne süren bu yazarlar Kant'ın kuramını kendi görüşleri için bir temel olarak almaktadırlar. Finnis ise, Kant'ın kişilerin *kendilerine karşı* ödevlerinin olduğunu savunduğunu belirtir. Kişiler bu ödevlerine aykırı davranışları halinde herkesin içinde var olan insanlığın (*Menschheit*) hakkını ihlal eder. Kant bu başlıkta sübyancılık ve hayvanlarla cinsel ilişkiyi örnek olarak gösterir. Kant'a göre hayvanlarla ilişkiye girenler toplumdan süresiz bir şekilde kovulmalıdır. Finnis, Kant'ın otonomi ve insan haysiyeti anlayışının, insanın arzuları peşinde istediği gibi koşması manasına gelmediğine işaret eder. Kant açısından gerçek haysiyet ve otonomi, kişinin arzu ve isteklerini *akla* tabi kılması halinde gerçekleşebilir²⁸. Liberal yazarlar ise Kant'ın görüşlerini çarpıtarak onu kişilerin arzuladıkları gibi yaşamalarında hiçbir sakınca görmeyen bir düşünür olarak resmetmektedir.²⁹

Finnis'e göre Hart'ın ve diğer anti-mükemmeliyetçi düşünürlerin esas problemi hukukun ahlaki koruma konusundaki maddi içeriğe ilişkin meseleleri görmezden gelmeleridir. Finnis'e göre şekli formüller etiği açıklayamaz, insan için neyin *iyi* olduğuna ilişkin açıklamaların getirilmesi gerekir. Ancak bu maddi sorulara verilecek maddi cevaplar doğrultusunda ahlakçı yasalar hakkında akılcı bir tartışma yapılabilir. Ancak günümüz liberal anlayışı bu konularda bir yargıda bulunmamayı tercih etmektedir. Örneğin belli bir şeyin kamusal alanda yasaklanıp yasaklanmaması konusunda, o şeyin iyi bir insan hayatına katkıda bulunduğu veya zarar verdiğine ilişkin bir yargıda bulunulması gerekir.³⁰

Finnis, ahlaki "serbestleşmeden" dolayı gerçekleşen toplumsal değişikliklere de eleştirel yaklaşır. Liberal anlayış ahlaki serbestleşmenin kişilerin kendi hayatlarını arzu ettikleri gibi yaşadıkları ve mutlu oldukları bir gelecek vaat etmiştir. Finnis ise batı dünyasının 1960'lardan itibaren bir yozlaşma evresine girdiğini düşünmektedir³¹. Örneğin ötenazinin yasallaşması, yaşlı ve engelli kişilerin ihtiyaç duyduğu tedavi ve bakımı sağlamaktan ziyade öldürülmelerini

²⁸ Gökçe Çataloluk, "Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2019, s. 204.

²⁹ John Finnis, "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant vs. Neo-Kantians", **Columbia Law Review**, Cilt: 87, 1987, ss. 446-452; Immanuel Kant, *The Metaphysical Elements of Justice*, 2. Baskı, İngilizceye Çeviren: John Ladd, Indianapolis: Hackett, 1999, Paragraflar: 362-366.

³⁰ **Ibid.**, ss. 452-456.

³¹ Finnis, "Hart as a Political Philosopher", ss. 274-275.

daha iyi bir seçenek gibi sunmuştur³². Cinsel serbestleşme ve aile kurumunun zayıflaması, çocukların sağlıklı bir ortamda yetiştirilmesini zorlaştırmıştır³³. Kürtaj yasallaştırılırken ilk başta süre ve gerekçe şartları gibi belli sınırlamalar getirilse de bu sınırlamalar zaman içinde kaldırılmıştır³⁴.

D. Robert George

George, Princeton Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin hukuk felsefesi kürsüsü başkanıdır ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki siyasi, ahlaki ve hukuki tartışmalarda ön planda olan muhafazakâr bir düşünürdür.³⁵

George, hukukun ahlaki dayatması konusunda *çoğulcu mükemmeliyetçiliği* (*pluralistic perfectionism*) savunur. George Aristoteles'in paternalist mükemmeliyetçi anlayışını ilkesel olarak doğru bulur. Bununla birlikte George, Aristoteles'in insan iyisine ilişkin çoğulcu bir anlayıştan yoksun olduğunu belirtir. Farklı insanlar, farklı tercihlerde bulunarak aynı derecede erdemli hayatlar yaşayabilir. Mükemmeliyetçi anlayışın, erdemli hayatın işte bu farklı görünümelerini kapsayabilmesi gerekir. Devletin tek bir erdemli hayat görünümünü tüm insanlara dayatması doğru olmaz. George'a göre gerek Aristoteles'in gerekse de Aquinas'ın hatası bu olmuştur.³⁶ Bununla birlikte bazı yaşam tarzlarının ve tercihlerinin diğerlerinden daha iyi olduğuna ilişkin de akılcı yargılarda bulunulabilir. Bu yargılar da o kişilerin iyiliğini ve otonomisini koruma saikıyla ahlakçı yasaları şekillendirir ise toplumun bireyin haklarını ihlal ettiği söylenemez. Anti-mükemmeliyetçi yaklaşımların hatası da bu ihtimalleri gözden kaçırmalarıdır.³⁷

³² John Finnis, "Economics, Justice, and the Value of Life", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 249-250.

³³ John Finnis, "Marriage: A Basic and Exigent Good", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 323-325.

³⁴ Finnis, "Hart as a Political Philosopher", ss. 277-278, n. 78-79.

³⁵ Bakınız: David D. Kirkpatrick, "Robert P. George, the Conservative-Christian Big Thinker", **The New York Times Magazine**, 16 Aralık 2009.

³⁶ George, **Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality**, ss. 35-42.

³⁷ **Ibid.**, ss. 96-109; ss. 130-139. Daha sonraki eserlerinde paternalizmi reddetse de aynı eleştiri John Finnis de yapmıştır: Finnis, **Natural Law & Natural Rights**, 221-223.

George, mükemmeliyetçiliği belli temel haklar ile birleştirerek çoğulcu mükemmeliyetçi modeli oluşturur. İfade özgürlüğü, basın özgürlüğü, mahremiyet hakkı, örgütlenme özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü hakları bu anlayışın gereklilikleridir. Bu hakların olduğu toplumlarda, neyin iyi olduğuna ve bu iyilerin korunması ve yerleştirilmesi için hangi adımların atılması gerektiğine ilişkin kararlar alınabilir. George, her toplumda aynı ahlakçı yasaların olması gerektiğine dair mutlak bir iddiada bulunmaz. Bu kararlar toplumların kendi koşullarına göre değerlendirilmelidir.³⁸ Örneğin uyuşturucu kullanımının ve bağımlılığının yüksek olduğu toplumlarda topyekûn bir yasağın etkisiz olabileceği gerekçesi ile regülasyona karar verilebilir. Uyuşturucu kullanımının kontrol altında tutulabileceği toplumlar ise doğrudan yasaklamayı tercih edebilir.

George, Finnis'in aksine ahlakçı yasalar konusunda özel-kamusal alan ayrımında bulunmaz. George, Aquinas'ın paternalist yasalara olan tutumunun temelini de ilkesel değil, pratik gerekçelerden ötürü olduğunu ifade eder³⁹. George'a göre hukuk, kişilerin ahlaki karakterlerini düzeltmek veya yozlaşmasını engellemek için müdahalelerde bulunabilir⁴⁰. Örneğin kişilerin kendi özel alanlarındaki uyuşturucu kullanımı da meşru bir müdahale alanı olabilir. Bununla birlikte George, Finnis'ten farklı olarak çoğulculuğun güvence altına alınması için yukarıda sayılan hakların gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Örneğin devlet, "doğru" din veya "doğru" siyasi görüşü yaymak için diğer din ve siyasi görüşleri yasaklayamaz. Aynı şekilde, kişilerin mahrem alanlarındaki faaliyetleri mutlak olmamakla beraber kamusal alanlara kıyasla devletin müdahalesinden muaf tutulmalıdır.

George, Devlin'in argümanının hatalı olduğunu ancak makul bir şekilde yeniden yapılandırılabileceğini de savunur. Devlin'in argümanındaki esas zayıflık, ahlakın hukuk tarafından korunmaması halinde toplumun dağılacağına ilişkin sağduyudan uzak, aşırı bir iddiaya dayanmasıdır. Bugünkü duruma bakıldığında Devlin'in öngörülerinin açıkça hatalı olduğu aşikârdır. İngiltere'nin de dâhil olduğu pek çok ülkenin ahlaki değerleri son yıllarda ciddi dönüşümler geçirmiştir. Ama bu toplumların çöktüğünü söylemek Hart'ın da ifade ettiği üzere bir hata olur. Bu ülkelerde insanlar hala işlerine gitmekte, çocuklarını okula göndermekte ve hayatlarını belli bir düzen içerisinde devam ettirmekte-

³⁸ George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, ss. 189-228.

³⁹ *Ibid.*, ss. 30-34.

⁴⁰ *Ibid.*, ss. 42-47.

dirler. Toplumsal refah göstergeleri de ciddi bir olumsuzluğa işaret etmemektedir. Öte yandan Devlin'in argümanı kadar iddialı olmayıp, daha mütevazı bir temelden hareket edilerek, sağduyulu müdahaleler gerekçelendirilebilir. Bazı ahlaki değerlerin değişmesi veya ortadan kalkması her ne kadar toplumsal düzenin topyekûn yok olmasına sebep olmasa da toplumsal bağların zayıflamasına ve kişilerin birbirlerinden uzaklaşmasına yol açabileceği iddia edilebilir. İnsanların bir toplum içinde kendi varlıklarının ötesinde diğer insanlarla ortak değerlerinin var olduğunu bilmeleri iyi bir şeydir. Bu ortak değer birlikteliğinin korunduğu bir toplumun, bu iyiden yoksun bir topluma kıyasla *daha iyi* bir durumda olduğu ve bu nedenle değer birlikteliğinin korunması yönünde makul bir gerekçenin olduğu söylenebilir. Ancak George, her ne kadar toplumsal değerlerin Devlin'in işaret ettiği *toplumsal* boyutunu kabul etse de, bunların Devlin'in ifade ettiği gibi *değer* yargılarından bağımsız olarak desteklenmesini reddeder. Örneğin tek eşli evliliğin desteklenmesi toplumsal açıdan da belli bir kazanım sağlar. Ancak bu, çok eşliliğin benimsendiği toplumlarda da Devlin'in savunduğu üzere çok eşliliğin desteklenmesi gerektiğine varmamalıdır. Benzer bir şekilde dine küfrün (*blasphamey*) devletin kurucularına hakaretin engellenmesi bu kapsamda makul görülebilir. Ancak bunların da sadece toplumsal açıdan benimsenmeleri yeterli olmaz. Örneğin köleciliği savunan bir tarihi figürün heykelinin sırf toplumsal bağları güçlendireceği gerekçesi ile dikilmesi ve muhafazası meşru olmaz. George'a göre korunan ahlakın veya ahlaki temsilin sadece toplumsal olması yeterli olmaz, aynı zamanda ahlaki olması da gerekir.⁴¹

III. Hukukun Ahlakı Dayatması Aleyhine Alternatif Argümanlar

Hart, Devlin ile giriştiği tartışmada her ne kadar üstün gelse de savunduğu pozisyonunun dayanabileceği gerekçelendirmeler onun argümanları ile sınırlı değildir. Joel Feinberg, John Rawls, Ronald Dworkin ve Joseph Raz'ın konuya dair önemli analizleri mevcuttur. Bu alternatif argümanları Hart-Devlin tartışmasının somut konusu olan eşcinsel ilişkiler için değil, bu tartışmanın esas teması olan "hukukun ahlakı dayatmadaki rolü" çerçevesinde inceleyeceğiz.

⁴¹ **Ibid.**, ss. 65-82.

A. Joel Feinberg

Feinberg, Amerikalı liberal bir düşünür olarak hukukun kişi özgürlüklerine müdahalesi konusunda yazılmış belki de en ayrıntılı eseri kaleme almıştır. Dört ciltlik *The Moral Limits of Criminal Law (Ceza Hukukunun Ahlaki Sınırları)*, kitabı bir klasik haline gelmiştir.⁴²

Feinberg, devlet müdahalesi konusunda Hart'tan daha şüphecidir. Yukarıda belirtildiği üzere Hart, Mill'in zarar ilkesini hukuki ahlakçılık konusunda kabul etse de hukuki paternalizm konusunda bu ilkeyi reddetmişti. Feinberg ise hukuki ahlakçılık gibi hukuki paternalizme de karşıdır. Feinberg'e göre hukuki ahlakçılık ve hukuki paternalizm veya ahlaki paternalizm ile fiziksel paternalizm arasında ilkesel bir ayırım yapılamaz. Her iki yaklaşım da, kişinin özgürlüğünü onun iyiliği için cebir kullanarak kısıtlamayı meşru görür. Hukuki paternalizm veya fiziksel paternalizmde bu iyi kişinin sağlığıdır, hukuki ahlakçılık veya ahlaki paternalizmde bu iyi kişinin karakteridir. Tabii ki bir kişinin karakterini yozlaşmadan korumak veya düzeltmek, onun sağlığını korumak veya düzeltmekten daha zor ve karmaşık olabilir. Ancak bu pratik bir sorundur, ilkesel değil. Feinberg, bu sebeple devletin riskli eylemler konusunda bireyleri bilgilendirebileceğini ancak kesinlikle bunları yapmaktan onları alıkoyamayacağını savunur. Feinberg'e göre Hart'ın yaptığı gibi hukuki paternalizmi kabul etmek, hukuki ahlakçılığa karşı ilkesel bir temel sağlama konusunda yetersizdir. Bu sebeple hukuki ahlakçılık reddedilecek ise, hukuki paternalizmin de reddedilmesi gerekir.⁴³

Feinberg, bu tavizsiz pozisyonunun başka sorular doğurduğunu kabul eder. Hart-Devlin tartışmasında Devlin, kişilerin rıza gösterdiği vakalarda dahi cezalandırmanın uygulandığını öne sürmüştü, Hart ise bu argümanı bu vakaların hukuki paternalizm ile açıklanabileceğini ifade ederek çürütmüştü. Eğer hukuki paternalizm Feinberg'in savunduğu gibi gayrı meşru ise o zaman hukukun kişilerin başkaları tarafından öldürülmeye, dövülmeye, köle olarak satılmaya, ikinci, üçüncü veya dördüncü eş olmaya rıza göstermelerine karışmasının gerekçesi ne olacaktır? Feinberg bu durumlarda kişilerin rızasının olmadığına ilişkin güçlü verilerin olmasından dolayı bu tür eylemlerin hukuk tarafından onaylanmadı-

⁴² Bakınız: Christopher Lehmann-Haupt, "Joel Feinberg, 77, Influential Philosopher", *The New York Times*, 5 Nisan 2004.

⁴³ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law III: Harm to Self*, New York: Oxford University Press, 1986, ss. 27-52.

ğını ifade eder. Devletin burada yaptığı şey kişilerin kendi iradelerini reddedip onların iyiliği için aksi yönde bir sonucu sağlamak değil, onların iradesinin ne olduğunun belirsiz olmasından dolayı bu işlemleri onaylamaktan sakınmaktır.⁴⁴

Feinberg, gerek hukuki paternalizmin gerekse de hukuki ahlakçılığın kişilerin menfaatlerini ve haklarını ihlal ettiğini savunur. Feinberg'e göre insanların karakterlerindeki sözde yozlaşmaları onların menfaatlerine zarar vermez. Kişilerin kendi karakterlerini kendi tercihleri doğrultusunda şekillendirmeleri halinde başka bir mükemmellik anlayışına ters olmaları onlar açısından bir sorun teşkil etmez. Bu sebeple karakterlerinin sözde bir mükemmeliyetten uzak kalması onlar açısından bir kayıp değildir. Başkalarına da zarar vermediklerine göre devletin kişisel egemenlik alanına el atması için herhangi akılcı bir sebep kalmaz.⁴⁵

Bununla beraber Feinberg, Mill'in zarar ilkesinden başka gerekçelerle de devlet müdahalesinin meşrulaştırılabileceğini söyler. Düşünürü göre her ne kadar kişilere doğrudan bir zarar verilmediği ancak bu kişilerin ciddi biçimde rencide edildiği veya rahatsız oldukları hallerde devlet müdahalesi makul olabilir. Örneğin kamuya açık bir alanda herkesin gözü önünde bir kişinin tuvaletini yapması, bu görüntüyü izleyenler açısından somut bir zarar doğurmaz. Kimse nin bu durumda yaralandığı veya malvarlığının azaldığı söylenemez. Ancak yine de bu durum, buna tanık olanların iğrenmesine sebep olur. Aynı şekilde, alenen cinsel ilişkide bulunmak ve teşhircilik de bu kapsamda bir devlet müdahalesi sebebidir. Feinberg'e göre bu durumlarda hukukun meşru müdahale dayanağı bu eylemlerin ahlaksız olması değil, bu eylemlerin üçüncü kişilerde rahatsızlığa sebep olmasıdır.^{46/47}

⁴⁴ Joel Feinberg, **The Moral Limits of the Criminal Law IV: Harmless Wrongdoing**, New York: Oxford University Press, 1990, ss. 165-172.

⁴⁵ **Ibid.**, ss. 17-18.

⁴⁶ Joel Feinberg, **The Moral Limits of the Criminal Law II: Offense to Others**, New York: Oxford University Press, 1985, ss. 93-96.

⁴⁷ George ise bu tip yasaların sadece rahatsızlık ile açıklanamayacağını, bu tip eylemlerin gayri ahlaki olduğunu belirtir. Örneğin kamusal alandaki çıplaklığın veya cinselliğin kötü olmasının temelindeki gerekçe bu eylemlerin tevazudan yoksun olmasıdır. Robert P. George, "Moralistic Liberalism and Legal Moralism", **Michigan Law Review**, Cilt: 88, Sayı: 6, 1990, s. 1422.

B. John Rawls

Rawls, toplum sözleşmesi kuramı geleneğinin modern bir temsilcisidir. Locke, Rousseau gibi Aydınlanma dönemi toplum sözleşmesi düşünürleri, dönemin şartları gereği daha çok siyasi haklar ile din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin argümanlar ileri sürmüştür. Rawls ise kapitalist bir ekonomideki sosyo-ekonomik eşitsizlikler, kozmopolit bir toplumdaki kişi hürriyetleri gibi modern dünyanın güncel sorunlarına ilişkin analizler getirmekte ve bunu yaparken toplum sözleşmesini Aydınlanma düşünürlerinden daha soyut bir boyutta temellendirmektedir.

Rawls, anti-mükemmeliyetçi liberal bir yaklaşımı benimser. Düşünüre göre adalet ilkelerinin içeriğinin belirlenebilmesi için bireylerin eşit bilgiye sahip olduğu bir “ilk durum” kurgulanmalıdır. Bunun sebebi, kişilerin normal şartlarda kendi karakterleri, koşulları ve çıkarları doğrultusunda adaletin ne olduğu hakkında önermelerde bulunmaları halinde taraflar taleplerde bulunacak olmaları ve adalet dair bir anlaşmanın sağlanmasının mümkün olmamasıdır. Rawls, bu sorunu çözmek için kişilerin adalet ilkeleri hakkında akıl yürütmeden önce onları kendi özellikleri, hayat tarzları ve imtiyazları hakkında bilgi sahibi olmadıkları bir “cehalet perdesi” arkasına yerleştirip bu koşulda bireylerin nasıl düşüneceklerini sorgular. Bu koşulda herkes eşit konumdadır çünkü her ne kadar gerçek hayatta bazıları diğerlerinden farklı imtiyazlara veya toplumsal çoğunlukta olmalarından dolayı avantajlara sahip olsa da, cehalet perdesinin arkasında kendilerinin bu imtiyazlara sahip olup olmadıklarını veya belli bir çoğunluğa mensup olup olmadıklarını bilmemektedirler.⁴⁸ Hart-Devlin tartışmasının konusu ile bağlantı kurarsak, toplumsal hayatta heteroseksüeller ve eşcinseller vardır. Bu kişiler doğal olarak kendi mensup oldukları grubun menfaatleri doğrultusunda taleplerde bulunurlar. Bu durumda çoğunluk olan heteroseksüellerin eşcinsel ilişkileri kötü olarak nitelemesi ve engellemesi olasıdır. Ancak cehalet perdesinin arkasındaki kurgusal koşullarda, kişiler kendilerinin heteroseksüel veya homoseksüel olduğunu bilmediği bir durumda bu kişilerin adaletle ilişkin görüşleri ne olacaktır?

Rawls’a göre işte bu koşullarda kişiler tam da kendi menfaatlerini korumak adına herkes için azami ve eşit ölçüde din ve vicdan özgürlüğünde mutabık kalır. Cehalet perdesinin arkasındaki hiçbir kişi kendi özgürlüğünün riske gir-

⁴⁸ Leif Wenar, “John Rawls”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/rawls/>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

mesini istemez ve kendi yaşam tarzını topluma dayatma ihtimali için kendi hayatını nasıl yaşayacağına dair serbestliği üzerine kumar oynamaz.⁴⁹ Cehalet perdesi arkasındaki bir kişi koyu bir dindar veya aktif bir cinsel hayatı olan bir homoseksüel olduğunu bilmiyor ise, bu durumda seçilecek en iyi seçenek her iki ihtimalde de bireyin menfaatini koruyan eşit ve azami özgürlüktür.

Rawls'a göre mükemmeliyetçi anlayışlar kişiden kişiye değişir. Neyin mükemmel değeri teşkil ettiğine ve bunun nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine dair farklı anlayışlar vardır. Bu durum farklı siyasi ideolojilerin, kültürel değerlerin, dini inançların farklı toplumsal gruplar tarafından benimsenmesinden görülebilir. Cehalet perdesinin arkasındaki kişiler her ne kadar kendi ideolojilerinin, kültürlerinin, yaşam tarzlarının veya dinlerinin ne olduğunu bilmeseler de neticede kendilerinin değer vereceği bir ideolojinin, kültürün, yaşam tarzının veya dinin olduğunu bilirler. Cehalet perdesi arkasında devlete bu tip bir müdahale hakkı vermek bu menfaatlerini ciddi bir şekilde riske atacağı için kişiler açısından akılcı olan, ideolojileri, kültürleri, yaşam tarzları, dinleri ne olursa olsun buna devlet tarafından eşit ve azami ölçüde özgürlük tanınması olacaktır. Rawls'a göre işte bu eşit ve adil koşullarda kabul edilen ilkeler ancak adalet ilkeleridir. Mükemmeliyetçilik, bu bağlamda tüm toplum açısından geçerli siyasi bir adalet ilkesi olamaz. Kişiler kendi özgür iradeleri ile oluşturdukları kendi topluluklarında mükemmeliyetçiliği kendileri için bir ilke olarak benimseyebilirler ancak başkalarına kendi mükemmeliyetçi anlayışlarını devlet aygıtını kullanarak dayatamazlar.⁵⁰

Rawls, ahlakçılığa karşı olmasına rağmen paternalizmin belli koşullarda makul olacağını ifade eder. Ancak burada da devlet, kişilerin mevcut iradelerini kırmak için değil, onların akılcı karar veremedikleri veya iradelerinin olmadığı durumlarda onları korumak için müdahalede bulunabilir. Cehalet perdesinin arkasındaki ilk durumda bireyler, akılcılıklarının kaybolduğu veya zayıfladığı durumlarda menfaatlerinin korunmasını makul bulurlar. Ancak bu, kişilerin akıllarının yerinde olduğu ve iradelerinin sarıh olduğu durumlarda dahi toplumun geri kalanının devlet aygıtını kullanarak kendi tercihlerini engellemeye rıza gösterdikleri manasına gelmez.⁵¹

⁴⁹ John Rawls, **A Theory of Justice**, Güncellenmiş Baskı, Massachusetts: The Belknap Press, 1999, ss. 285-292.

⁵⁰ **Ibid.**, ss. 285-292.

⁵¹ **Ibid.**, ss. 218-220.

Rawls'un anti-mükemmeliyetçi anlayışı, Hart'tan farklı olarak faydacı değildir. Rawls'un doğru olduğunu iddia ettiği adalet ilkeleri toplam faydayı sağladığı için geçerli değil, adil şartlarda akılcı bireylerin kabul edeceği ilkeler olduğu için geçerlidirler. Rawls, Mill'in zarar ilkesinin çoğu durumda kişilerin özgür olması gerektiğini onaylasa da, *eşit* özgürlüğü temellendirmek için yetersiz bir dayanak olduğuna işaret eder çünkü faydacı hesapta çoğunluğun tercihleri, azınlığa kıyasla daha fazla önem arz eder⁵².

C. Ronald Dworkin

Dworkin, hukuk felsefesinde Hart'ın hukuki pozitivizmine karşı getirdiği eleştiri ile üne kavuşmuş olmakla beraber, yazarın siyasal liberalizm savunusu da önem arz etmektedir. Düşünüre göre yasaların meşruluğunu değerlendirirken bunların yaratacağı sonuçlara odaklanmak yetersizdir. Öte yandan, Devlin, Mill ve Hart, kısıtlamaları ve serbestliği temellendirirken bunların yaratacağı sonuçlara atıfta bulunarak meşrulaştırmalara girişmişlerdir. Yukarıda açıklandığı üzere Devlin, toplum ahlakını zorlayan yasaları, toplumsal bütünlüğü muhafaza etmesi sebebiyle desteklemiş, Mill ve Hart ise serbestliğin kişilerin kendi mutluluklarını tecrübe etmelerine imkân sağlaması veya engellememesi sebebiyle bu yasalara karşı çıkmışlardır.

Dworkin'e göre bu tip stratejilerin temeli zayıftır çünkü toplumun uzun vadede nasıl bir görünüm alacağı oldukça karmaşık toplumsal dinamiklere bağlıdır. Bu dinamiklerin nesnel ve kesin bir şekilde öngörülmesi mümkün değildir. Sonuç olarak belli bir eylemin yasaklanması veya serbest bırakılmasının uzun vadeli toplumsal neticeleri hakkında iddialı önermeler yapılamaz ve bu tip önermelerin üzerine inşa edilen argümanlar noksandır. Dworkin'e göre bu tip tartışmaların çözümü "hak temelli" bir yaklaşımdan geçer. Düşünüre göre bireylerin üçüncü kişilere zarar vermedikleri sürece ahlaki bağımsızlıkları vardır ve devletin çoğunluğun menfaati veya arzuları doğrultusunda kişilerin bu bağımsızlıklarını ihlal etmesi meşru değildir. Dworkin böyle bir yaklaşımın kişilerin eşitliğine aykırı olduğunu ve tam da bu sebepten dolayı sonuçlara dayanan faydacılığın eşitlikçi olmayan bir kuram olduğunu savunur. Yazara göre kişilerin hakları, belli faydaları hedefleyen politikalardan üstündür ve onlara karşı bir kozdurlar. Bu bağlamda devlet, kişilerin haklarını ihlal etmedikçe çeşitli menfaatleri arttıracak politikalar üretebilir. Ancak politikalar her ne kadar toplam

⁵² **Ibid.**, ss. 184-185.

faydayı arttırsa da bazı insanların haklarını ihlal etmesi halinde gayri meşru hale gelir çünkü belli vatandaşları diğerlerinden daha aşağıda tutmuş ve onlara eşit saygı ve ilgi göstermemiş olur. Dworkin, bu temelden hareket ederek kişilerin kendi özel hayatını ilgilendiren konularda ahlaki dayatan yasaların haksız olduğunu ileri sürer. Devlet veya toplum, “mükemmeliyetçi” bir anlayış ile belli yaşam tarzlarının diğerlerinden daha iyi olduğuna kanaat getirip bu anlayışı diğer kişilere dayatamaz. Böyle bir politika belki gerçekten de toplumsal menfaatleri arttırabilir veya toplumun çoğunluğundaki memnuniyet, yasanın kısıtladığı insanların memnuniyetsizlikten fazla olabilir. Dworkin, bu ihtimallerde dahi devletin vatandaşlarına eşit saygı ve ilgi yükümlülüğünden dolayı herhangi bir ahlaki dayatma hakkının olmadığını savunur. Örneğin pornografinin yasaklanması gerçekten de toplumsal memnuniyeti veya gelişimi arttırabilir ancak böylesi bir yasak, bu yasağı tasvip etmeyenlerin kendi özel alanlarını ihlal edeceğinden dolayı eşitlikçi olmayan bir muamele olacaktır.⁵³

Dworkin, bu tip yasalara karşı muhalif tutumuna rağmen tüm paternalist yasalara karşı olmadığını ifade eder. Örneğin kişilerin zaten hedeflediği amaçlara onları ulaştırmak için belli kısıtlama ve yönlendirmelerin yapılması meşrudur. Sürücü ve yolculara emniyet kemeri takma zorunluluğunun getirilmesi bu bağlamda makuldür. Çünkü sürücü ve yolcular da bir kaza olması halinde hayatlarını kaybetmemek veya yaralanmamak ister. Ancak yasa, kişinin kendisinin değerli bulunduğu bir şeyi ondan esirgemek ve değerli bulmadığı bir şeye onu zorlamak üzerine şekillenmiş ise bu meşru olmaz. Böyle bir yasa, kişilerin kendi değerlerine aykırı davranmaya zorlayacağı için onların iyiliğine olmaları mümkün değildir. Dworkin, ancak makul derecede kısa süreli paternalist müdahalelerin, kişilerin bu kısa süre zarfında tercihlerini fazla kısıtlamaması ve bu müdahaleden sonra kişinin kendisinin elde ettiği faydalardan dolayı bu müdahaleyi onaylaması ihtimalinin yüksek olması halinde meşru olabileceğini söyler.⁵⁴ Örneğin uyuşturucu bağımlılarının belli bir süre rehabilitasyona zorlanması meşru olabilir. Ancak yine de uyuşturucu bağımlılarının süresiz olarak tıbbi merkezlere kapatılması, toplumsal menfaatleri veya memnuniyeti arttırsa dahi, o kişilere eşitlikçi olmayan bir muamele teşkil edeceği için meşru olmaz.

⁵³ Ronald Dworkin, **A Matter of Principle**, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, ss. 350-365.

⁵⁴ Ronald Dworkin, **Sovereign Virtue**, Massachusetts: Harvard University Press, 2002, ss. 267-274.

D. Joseph Raz

Raz hukuk felsefesinde sert pozitivist yaklaşımı ile üne kavuşmuş olmakla beraber, yazarın mükemmeliyetçi liberalizm (*perfectionist liberalism*) savunusu da önem arz etmektedir. Bu yaklaşım anti-mükemmeliyetçi olan Mill, Hart, Feinberg, Rawls ve Dworkin'den ayrışır. Buna göre devlet, klasik geleneğin ifade ettiği gibi belli iyiler hakkında yargıda bulunabilir ve bunların gerçekleşmesi için müdahalelerde bulunabilir. Raz, klasik geleneğin bu açıdan haklı olduğunu ve farklı yaşam tarzları ve tercihlere devletin eşit mesafe koymasının yanlış ve imkânsız olduğunu söyler⁵⁵. Raz'ın bu görüşleri onu *mükemmeliyetçi* bir pozisyona getirir.

Öte yandan Raz'a göre devlet neyin iyi olduğuna dair yargılarda bulunurken mutlakiyetçi değil, çoğulcu bir anlayış benimsemelidir. Tıpkı George gibi Raz da iyi, erdemli hayatın tek bir görünümünün olmadığını belirtir. Raz'ın George'dan ayrıldığı nokta, devletin iyiyi gerçekleştirirken bireylere karşı cebri yöntemler kullanmasına karşı çıkmasıdır. Raz'a göre cebir, kişilerin otonomisini ihlal eder. Devlet kişileri iyi olmaya zorlayamaz, otonom kişilerin bunu kendilerinin yapması gerekir. Çoğulculuk savunusu ve cebir karşıtlığı Raz'ın anlayışının *liberal* tarafını temsil eder.⁵⁶

Cebir kullanmaksızın ahlakın nasıl korunacağı, yerleştirileceği veya destekleneceği sorusu karşısında Raz, cebrin dışında pek çok enstrümanın mevcut olduğuna işaret eder. Örneğin devlet tek eşli evliliğe çeşitli imtiyazlar tanıyarak bu tip bir yaşam tarzını destekler. Pek çok hukuk sisteminde zina suç olmasa da bir boşanma sebebidir. Bu durumda hukuk sistemi, zina yapan eş ile zina yapmayan eş arasında eşit mesafede durmaz. Ahlaklı davrananın menfaatlerini önceler ve bunu yapacağını yasalarda belirttiği için kişileri zina yapmamaya yönlendirir. Eğitim ve bilinçlendirme kampanyaları ile sağlıklı beslenme teşvik edilebilir. Caydırıcı vergiler ile sigara ve alkol tüketimi kısıtlanabilir, bu ürünlerin reklamları yasaklanabilir. Uyuşturucu kullananların bu alışkanlığını bırakmaları için rehabilitasyon merkezleri kurulabilir ve buradaki programlara katılım teşvik edilebilir. Birçok ülkede uyuşturucu kullanımı suç olmaktan çıkarılmıştır (*decriminalization*), ancak yasallaştırma (*legalization*) tercih edilmez. Bu

⁵⁵ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, ss. 110-124.

⁵⁶ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Güncellenmiş Baskı, Oxford: Oxford University Press, 1995, ss. 117-124

modelde uyuşturucu satışı yasak tutulmakla beraber uyuşturucu kullananlar cezalandırılmaz.⁵⁷

Raz'ın cebri araçlara karşı olmasının iki sebebi vardır. Bunlardan ilki, cebrin kişi üzerinde bir tahakküm ilişkisi kurması ve bireyin bağımsızlığına son vermesidir. İkinci olarak cebir, kişinin otonomisine topyekûn ve fark gözetmeyen bir müdahalede bulunur. Örneğin hapsedilen bir kişi, cezalandırılma sebebi olan eylemin dışındaki otonom faaliyetleri de yapmaktan alıkonulmuş olur. Raz, hapis dışındaki diğer cebri araçların görece daha az sert olduğunu kabul eder ancak yine de tüm cebri yöntemlerin kişilerin otonomisini ihlal edeceğini belirtir. Raz'a göre devlet müdahalesi otonomiye saygı gösterdiği sürece meşru olabilir. Devletin kişilerin iyiliğini sağlama gayesi ile onların otonomisini ortadan kaldırması çelişkilidir.⁵⁸⁵⁹

Raz bu açıklamalar sonucunda Mill'in zarar ilkesini kabul eder. Buna göre başkalarına zarar vermeyen eylemler cezalandırmanın veya devlet cebrinin konusu olmamalıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, Raz'ın diğer anti-mükemmeliyetçilerin yaptığı gibi devletin mükemmellik amacını reddetmediği, sadece kullandığı araçlara karşı çıktığıdır.⁶⁰

Sonuç

Hart-Devlin tartışması hukuki ahlakçılık çevresindeki meseleleri anlamak için iyi bir başlangıç noktasıdır ancak kesinlikle nihai bir son değildir. Birçok düşünür Hart ve Devlin'den oldukça farklı argümanlar geliştirmiştir. Her birinin belli bir ağırlığı vardır ve konunun farklı boyutlarını aydınlatmaktadır.

Aristoteles ile başlayan mükemmeliyetçi yaklaşım, insanın sadece fiziksel menfaatlerinin olmadığına, iyi bir yaşam için karakterinin de gelişmesi gerektiğine işaret eder. Bu tespit, devletin vatandaşların iyiliğini sağlama işlevi

⁵⁷ Raz, **The Morality of Freedom**, ss. 161-162.

⁵⁸ **Ibid.**, ss. 418-419.

⁵⁹ Raz'ın argümanının hapis cezaları açısından makul olmasına rağmen yasaklama, müsadere veya para cezaları açısından aynı şeyin söylenemeyeceğine dair güçlü bir eleştiri için bakınız: Wojciech Sadurski, "Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 10, Sayı: 1, 1990, ss. 122-133.

⁶⁰ Raz, **The Morality of Freedom**, ss. 412-420.

doğrultusunda onların ahlaklarını da koruma ve geliştirme konusunda belli şeyler yapabileceği çıkarımına varır. Aquinas, özel-kamusal alan ayrımı ile hukuki ahlakçılığı daha sofistike bir temele oturtmuş ve günümüz hukuk sistemleri açısından uygulanabilir bir model geliştirmiştir. Finnis, farklı koşullarda kapalı kapılar ardında olsa dahi belli eylemlerin özel alan muafiyetinden yararlanamayacağına dikkat çekerek bu ayrımın temelindeki fikri aydınlatmıştır. George, bir taraftan hukuki ahlakçılığın Aristoteles'in savunduğu gibi paternalist bir nitelikte olabileceğini savunurken, diğer taraftan bu anlayışın tek tip bir iyi yaşam dayatması olmaktan çıkması için belli temel haklarla birleştirilmesi gerektiğini göstermiştir.

Hukuki ahlakçılığa karşı çıkan filozoflar da Hart'ın eğilmediği birçok meseleyi ele almışlardır. Feinberg, hukuki ahlakçılığa tutarlı ve ilkeli bir şekilde karşı çıkılması için hukuki paternalizmin de bu kapsamda reddedilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Dworkin ve Rawls, toplumsal bütünlük veya faydadan bağımsız olarak kişilerin hakları gereği devletin mükemmeliyetçi amaçlar veya çoğunluğun talepleri doğrultusunda kişilerin özgürlüğünü kısıtlayan yasalar çıkartmasının gayri meşru olduğunu göstermişlerdir. Siyasal toplumlarda yasa koyucular her ne kadar iyi niyetli paternalist gerekçeler ileri sürseler de çoğu durumda belli çoğunlukları tatmin etmek için azınlıkları bastırırlar. Bu gerçek dikkate alındığında bireyleri bu gibi müdahalelerden koruyacak adalet ilkelerinin önemi ortaya çıkmaktadır. Raz ise mükemmeliyetçi amaçların meşruluğu kabul edilse dahi kişilerin otonomisine saygı gösteren bir devletin bunu ancak meşru araçlarla gerçekleştirmesi gerektiğine ve cebrin bu meşru araçlar arasında yer almadığına işaret etmiştir.

Kanaatimizce ahlakçı bir yasa meşru olabilir ancak ağır bir gerekçelendirme yükü altındadır. Bu gerekçelendirme yükünün asıl gövdesi söz konusu yasanın kişinin *iyisine* hizmet ettiğinin ve belli bir *kötüyü* engellendiğinin gösterilmesidir. Bu da bizi oldukça zor ve tartışmalı bir alana getirir: İnsan için ne iyidir, iyi bir hayatta neler olmalıdır? Bu soru felsefe tarihi boyunca ele alınmakla beraber tartışma nihayete ermemiştir. Öte yandan belli soruların tartışmalı olması, tartışmanın yapılmaması gerektiği manasına gelmez, hele ki bazı konularda. Örneğin uyuşturucu maddeler, kişilerin sağlıklarını korumanın ötesinde onların *karakterlerinin* yozlaşmasını önlemek için de yasaklanabilir. Aristoteles'in ve George'un çizgisi bu yönde olmuştur.

Bununla birlikte, söz konusu müdahalenin yaptırımının yarattığı zararın ağırlığı da dikkate alınmalıdır. Raz'ın bu noktada araçlara yaptığı vurgu değer-

lidir. Ancak Raz'ın *tüm* cebri araçlara karşı çıkması akılcı değildir. Kişinin otonomisine doğrudan zarar vermeyen yaptırımlar (para cezası, müsadere, yasaklama gibi) veya korunmaya çalışılan değer ile orantılı kısa süreli özgürlük kısıtlamaları (örneğin rehabilitasyon tesislerindeki programlara zorunlu katılım gibi) meşru olabilir. Aquinas ve Finnis'in ahlaki paternalizme karşı kategorik olarak karşı çıkmaları da belli durumlarda korunabilecek insan iyilerinin ağırlığı düşünüldüğünde makul değildir.

Uyuşturucu gibi kişilerin akli yetilerinin ciddi biçimde etkilendiği aşikâr olduğu bir konuda ahlakçı bir yasanın (ve aynı zamanda paternalist bir yasanın) meşruluğu görece kolay bir şekilde temellendirilebilirken, zararın daha belirsiz ve dolaylı olduğu diğer konularda bu gerekçelendirme yükünü sağlamak zordur. Örneğin fuhsun ve pornografinin kişilerin karakterinde ahlaki bir yozlaşma yaratıp yaratmadığı kolaylıkla tespit edilemez. Ancak yine de buna ilişkin makul argümanlar ileri sürülebilir (bu argümanlar bu çalışmanın kapsamının ötesindedir). Bu fiillerdeki zarar görece daha tartışmalı olduğu ve kişisel alanlara paternalist nitelikteki müdahaleler kendi başına meşruluk sorunları getirdiği için, bu tip meselelerin *kamusal* alan bağlamında değerlendirilmesi daha makul olacaktır. Aquinas ve Finnis'in çizgisi ahlaki paternalizme karşı muhalefetleri doğrultusunda bu yönde olmuştur. Örneğin porno filmlerin genel izleyici kitlesine açık televizyon yayınlarından kaldırılması, genelevlerin kapatılması veya yerleşim merkezlerinde kurulmalarına izin verilmemesi bu bağlamda düşünülebilir. Hollanda'da olduğu gibi yerleşim alanları ve eğitim kurumları ile oldukça yakın mesafede olan "kırmızı fener bölgesinde" (*red light district*) kadınların vitrinlerde vücutlarını teşhir etmesine, canlı seks şov mekânlarının sinema salonları gibi faaliyet göstermesine diğer ülkelerde izin verilmemesinin haklı gerekçeleri vardır.

Hart-Devlin tartışmasının konusu olan eşcinselliği ahlakçı yasalar vasıtasıyla engellemek günümüzdeki veriler ışığında artık akılcı değildir. Eşcinselliğin bir hastalık olmadığına ilişkin tıp dünyasında açık bir konsensüs mevcuttur. Bu tabii ki söz konusu tartışmayı kendi başına sona erdirmez. Pekâlâ, bu çalışmada ifade edilen diğer ahlakçı yasaların konuları da "hastalık" değildir ancak yine de bunlar hakkındaki devlet müdahaleleri gerekçelendirilebilir. Eşcinselliğe ilişkin asıl "veri", eşcinselliğin geçmişe kıyasla artık daha açık yaşanması ve bu kimliği taşıyan pek çok ünlü veya sıradan kişinin *iyi* hayatlar kurduğunun, kurabileceğinin gözlemlenebilmesidir. Bu sebeple artık eşcinselliğin kendi içinde bir kötü olduğu söylenemez. Finnis'in evliliği *bir* insan iyisi olarak ifade

etmesi makul olsa da, iyi bir hayatın yolunun *sadece* heteroseksüel ve çocuk sahibi olmaya yönelen bir evlilikten geçtiğini iddia etmesi hatalıdır.

Eşcinselliğin ahlakçı yasaların konusu olmaması gerektiğine ilişkin tespit, cinselliğin hiçbir şekilde hukuk tarafından düzenlenmemesi gerektiği sonucunu doğurmaz. Buna en bariz örnek, çocukların fiziksel ve psikolojik olarak ergin hale gelmeden cinsel ilişkiye girmelerini önleyen ve onları koruyan yasalarlardır. Ama bu başlıktaki yasalar sadece çocuk cinselliği ile sınırlı da değildir. Tüm toplumlarda ve hukuk sistemlerinde evlilik ve aile kurumu yasalarca tanımlanmakta ve kişilere bu ilişkiyi tercih etmeleri halinde belli imtiyazlar tanımaktadır. İnsanların uzun vadeli, istikrarlı ve eşitlikçi bir ilişki içerisinde olmaları iyi bir şeydir. İnsanın hayatının hem oldukça uzun hem de gelecekteki sonuçları açısından oldukça önemli bir bölümünü teşkil eden çocukluk döneminde de böyle bir yapı içerisinde yetişmek iyidir. Bu sebeple devletin bu tip bir ilişkiyi yasalarla desteklemesi meşrudur. Dikkat edilmelidir ki, burada korunan şey sadece tarafların tercihleri değildir, asıl gerekçe bu ilişkinin aynı zamanda onların iyisine hizmet etmesidir. Örneğin çok eşli bir ilişkiyi isteyenlerin de bir tercihi vardır ancak bu tip bir ilişkinin eşler arasında eşitliği tesis etmesi mümkün olmadığı için bu ne eşler ne de çocuklar için iyi olabilir. Raz'ın da ifade ettiği üzere liberal bir toplumda dahi değerler arasında tam bir tarafsızlık söz konusu değildir. Devlet her *iradi* ilişki tipine imtiyaz tanımaz, *iyi* olduğuna kanaat getirilenlere bu imtiyazı tanır.

Evlilik kurumuna ilişkin bir diğer ahlakçı yasa tipi, evliliğin sona erdirilmesini zorlaştıran veya evlilik birliğinin bozulmasından zarar görenleri koruyan kurallardır. Örneğin zina pek çok ülkede her ne kadar suç olarak düzenlenmemiş ise de (Raz'ın argümanları bu bağlamda makuldür), bir boşanma ve manevi tazminat sebebi olarak kabul edilmektedir. Boşanmanın ancak kusur teşkil eden eylemler gösterilerek talep edilebildiği veya bu sebepler olmaksızın boşanmayı talep eden eşe boşanmadan sonra nafaka gibi yükümlülükler getiren sistemler de bu bağlamda evliliği ve kusurlu olmayan eşleri korumaya yöneliktir. Yakın dönemde boşanma sebepleri ve boşanmanın sonuçları açısından "liberal" bir dönüşümün gerçekleştiği söylenebilir. Bu dönüşümde kusurun öncelikli rolü gevşetilmiş, kusura dayalı olmayan boşanma ihtimalleri artmış, boşanmanın sonuçları açısından kusurun rolü azaltılmıştır. Bu dönüşümün kişileri özgürleştirdiği kadar aile kurumunun iyisine, kusurlu olmayan eşlere ve çocuklara zarar verdiği de iddia edilebilir (Hangi pozisyonun haklı olduğu sorusu daha detaylı değerlendirmeler gerektirdiğinden bu çalışmanın kapsamının ötesindedir). Son

olarak belirtmek gerekir ki evliliğin korunması kendi başına bir değer değildir; iyi evliliklerin korunması bir değer teşkil eder. Boşanmaya eşlerin kusurlu davranışlarında dahi izin vermeyen veya bunu zorlaştıran yasalar meşru olarak nitelenebilir. Aile içi şiddetin olduğu evliliklerde, önceliği kadının güvenliği yerine evliliğin devamına vermek doğru olmaz.

Ahlakçı yasaların meşruluk olasılığı, bunların oldukça sorunlu boyutlarını ortadan kaldırmaz. Her ahlakçı ve paternalist yasa, Feinberg'in işaret ettiği üzere nihayetinde akıl sahibi kişilerin kendi kararlarına ve iradelerine ters düşer. Ancak Feinberg'in yaklaşımındaki zayıflık, belli bir değerden hareketle belli ilkelere ilerlemekten ziyade, doğruluğunu ön kabul olarak aldığı belli ilkelere belli yargılara varmasıdır. Kişilerin iradelerine aykırı kısıtlamalar getirilmesi doğal olarak sorunlu bir şey olduğu için bunun yapılmaması yönünde *prima facie* bir sebep söz konusudur, ancak bu mutlak bir sebep değildir. Aksi yönde daha önemli gerekçelerin ortaya çıkması halinde kişilerin tercihlerine müdahale haklı olabilir. Bununla birlikte söz konusu gerekçelendirmenin yukarıda ifade edildiği üzere oldukça güçlü bir şekilde yapılması gerekir.

Ahlakçı yasalara ilişkin bir diğer sorun, söz konusu yasaların saiklarının opak olmasıdır. Yukarıda ahlakçı yasaların kişilerin kendilerinin veya üçüncü kişilerin iyisini koruması halinde meşru olabileceğine dair ihtimallere işaret edildi. Ancak siyasetçiler bu saikten ziyade kendi partizan saiklarıyla da ahlakçı yasalar çıkartabilir. Örneğin bir yasa koyucu, söz konusu yasanın müdahalede bulunacağı insanların iyisine dair samimi bir duyarlılık hissetmekten ziyade *kendi* değer sisteminin korunmasını ve buna aykırı davranışların bastırılmasını amaçlıyor olabilir. Bu noktada yasa koyucuların akıllarından geçenlerin ne olduğunu tespit etmek imkânsız olduğu ve yasa koyucuların siyasal bir toplumda *çoğu zaman* partizan saiklerle hareket ettiği düşünüldüğünde ahlakçı yasalara oldukça şüpheli yaklaşmak için haklı bir gerekçe ortaya çıkar. Rawls ve Dworkin'in argümanları ahlaki paternalizmi değerlendirmeye almadığı için esasında Aristoteles, Aquinas, Finnis ve George'un argümanlarına doğrudan angaje olmamakta ve bu sebeple ahlakçı yasaların gayri meşruluğunu mutlak olarak kanıtlayamamaktadır. Ancak siyasal bir toplumda yasa koyucuların açık veya zımnî partizan saiklerinin varlığının tartışma götürmez bir gerçek olduğu dikkate alındığında Rawls ve Dworkin'in ahlakçı yasalara karşı muhalefeti oldukça makuldür ve bu tip yasalara şüpheli bir tutum alınması gerektiğine işaret eder.

Sonuç olarak kim haklı? Görülüyor ki hukuki ahlakçılığın anlaşılması ve bu başlık altındaki yasaların değerlendirilmesi için bu çeşitli argüman yelpaze-

sinin değerlendirilmesi gerekmektedir. “Devlet karışamaz, insanlar özgür olmalıdır” veya “toplumun değerleri muhafaza edilmelidir, ahlak korunmalıdır” gibi basit formüller ile girift felsefi sorular çözülemez. İnsan iyisinin ne olduğu, ortak iyinin ve devletin iyiyi dayatma yetkisinin nerede başladığı, siyasal bir toplumda yönetenlerin yozlaşmasına karşı bireysel hakların nasıl güvenceye alınacağı gibi oldukça ağır sorulara değerlendirmeye alınan ahlakçı yasanın içeriği özelinde gerekçeli cevaplar verilmelidir. Bu cevaplar tartışmalı olacaktır ancak bu tartışmaların üstünü kapatmaktansa onları akılcı bir şekilde ele almak daha doğrudur.

Kaynakça

Aquinas, Thomas, **Summa Theologica**, Christian Classics Ethereal Library, 1485, <https://www.ccel.org/ccel/a/aquinas/summa/cache/summa.pdf>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

Aristoteles, **Nikomakhos’a Etik**, 2. Baskı, Çeviren: Saffet Babür, Ankara: Bilgesu Yayıncılık, 2009.

Aristoteles, **Politika**, 2. Baskı, Çeviren: Özgüç Orhan, İstanbul: Pinhan Yayınları, 2020.

Çataloluk, Gökçe, “Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2019, ss. 202-209.

Devlin, Patrick, “Law, Democracy, and Morality”, **University of Pennsylvania Law Review**, Cilt: 110, Sayı: 5, 1962, ss. 635-649.

Devlin, Patrick, “The Enforcement of Morals”, **Maccabean Lecture in Jurisprudence - Proceedings of the British Academy**, Cilt: 45, 1959, ss. 129-151.

Devlin, Patrick, **The Enforcement of Morals**, Oxford: Oxford University Press, 1965.

Dworkin, Gerald, “Paternalism”, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

Dworkin, Ronald, **A Matter of Principle**, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

Dworkin, Ronald, **Sovereign Virtue**, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

Feinberg, Joel, **The Moral Limits of the Criminal Law II: Offense to Others**, New York: Oxford University Press, 1985.

Feinberg, Joel, **The Moral Limits of the Criminal Law III: Harm to Self**, New York: Oxford University Press, 1986.

Feinberg, Joel, **The Moral Limits of the Criminal Law IV: Harmless Wrongdoing**, New York: Oxford University Press, 1990.

Finnis, John, "Economics, Justice, and the Value of Life", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 242-250.

Finnis, John, "Justice for Mother and Child" **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 307-314.

Finnis, John, "Hart as a Political Philosopher", **Philosophy of Law: Collected Essays of John Finnis Volume IV**, Oxford: Oxford University Press, 2013, ss. 257-279.

Finnis, John, "Law, Morality, and 'Sexual Orientation'", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 334-352.

Finnis, John, "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant vs. Neo-Kantians", **Columbia Law Review**, Cilt: 87, 1987, ss. 433-456.

Finnis, John, "Marriage: A Basic and Exigent Good", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 317-333.

Finnis, John, **Natural Law & Natural Rights**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011.

George, Robert P., **Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality**, Oxford: Clarendon Press, 1993.

George, Robert P., “Moralistic Liberalism and Legal Moralism”, **Michigan Law Review**, Cilt: 88, Sayı: 6, 1990, s. 1415-1429.

Hart, H. L. A., **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Çev: Erol Öz, İstanbul: Işık Yayınları, 2020.

Hart, H. L. A., “Social Solidarity and the Enforcement of Morals”, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press, 1983, s. 248-262.

Kant, Immanuel, **The Metaphysical Elements of Justice**, 2. Baskı, İngilizceye Çeviren: John Ladd, Indianapolis: Hackett, 1999.

Mill, John Stuart, **On Liberty**, Güncel Baskı, Harmondsworth: Penguin Books, 1859/1985.

Rawls, John, **A Theory of Justice**, Güncellenmiş Baskı, Massachusetts: The Belknap Press, 1999.

Raz, Joseph, **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**, Güncellenmiş Baskı, Oxford: Oxford University Press, 1995.

Raz, Joseph, **The Morality of Freedom**, Oxford: Oxford University Press, 1986.

Summers, Claude J., “Wolfenden Report”, **Glbqtarchive**, 2004, http://www.glbqtarchive.com/ssh/wolfenden_report_S.pdf , Son erişim tarihi: 30.7.2020.

Uzun, Ertuğrul, “Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması”, **H. L. A. Hart ve Hukuk- Ahlak Ayrımı**, 2. Baskı, Editör: Sercan Gürler, İstanbul: Tekin Yayınları, 2017, ss. 65-99.

Wall, Steven, “Perfectionism in Moral and Political Philosophy”, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/#PerPlu> , Son erişim tarihi: 30.7.2020.

Wenar, Leif, “John Rawls”, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/rawls/> , Son erişim tarihi: 30.7.2020.