

AHLÂKSIZLIĞIN CEZALANDIRILMASI: DEVLIN-HART TARTIŞMASI*

Ar. Gör. Ertuğrul UZUN**

1. Giriş

2004 yılı Ağustosunun sonunda Türk kamuoyu, beklenmedik bir tartışmanın içerisinde buldu kendisini. Tartışmayı başlatan, Türk Ceza Kanunu tasarısına zinanın suç sayılması ile ilgili bir hükmün ekleneceğinin hükümet tarafından açıklanmasıydı. Nihayetinde, zinayı suç sayacak madde, medyada yürütülen yoğun bir muhalefet kampanyasının ama özellikle de, Avrupa Birliği yetkililerinden gelen olumsuz sinyallerin sonucunda yasalaşmadı. Bazı yargı kararları ve mevzuat değişiklikleri, pek tabii olarak, kamuoyunda ve bilimsel yazında yoğun tartışmalar yaratır ve bu tartışmalar, ileride benzer konularda araştırma yapacak kişiler için verimli bir kaynak oluşturur. Ancak zina tartışmasının zengin bir miras bıraktığını söylemek mümkün değil. Zira tartışma, hukukun bir cezalandırma aracı olarak kullanılmasının meşruiyeti sınırlarını belirlemeye yönelmedi. Hangi eylemlerin cezalandırılacağına ilişkin yapılan tartışma, hak ettiği ciddiyetle yürütülmedi. Doğrusu, bu durum şaşırtıcı olmamak gerekir. TCK'da daha önce suç sayılan zinanın suç olmaktan çıkması, kamuoyunda yapılan tartışmalarla ya da meclis iradesi ile olmamıştı. Anayasa Mahkemesi, erkeğin ve kadının zinasını ayrı hükümlere bağlayan düzenlemeyi, kadın erkek eşitliğine uymadığı gerekçesi ile aşamalı olarak iptal etmişti¹. Yani, zinanın suç olmaktan çıkmasının arkasında, zinanın cezalandırılmasına karşıt bir görüş yatmamaktaydı.

Bu kısa çalışma, özel olarak zinanın suç sayılması ile ilgilenmiyor. Toplum tarafından ahlâksız olarak kabul edilen bir eylemin cezalandırılmasının meşruiyetini konu edinen İngiltere kaynaklı bir tartışmayı, Devlin-Hart tartışmasını, özetle aktarmayı hedefliyor. Tartışmanın yapıldığı şekliyle ahlâksızlığın kapsamında, eşcinsellik ve

*Bu makalenin temeli, 2002 Güz Dönemi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Yüksek Lisans Programında, Prof. Dr. Özcan UÇKAN'ın yürüttüğü Ceza Hukukunda Yeni Yaklaşımlar dersinde hazırlanmış çalışmaya dayanmaktadır. Ders sırasında görüşlerini belirten arkadaşlarıma ve son okumayı gerçekleştiren meslektaşım Kasım AKBAŞ'a teşekkür ederim.

**Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

¹TCK md. 441'in iptali için Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı: 23.9.1996 tarih ve E. 1996/15 ve K. 1996/34 sayılı karar. R.G., 27.12.1996, Sayı: 22860. TCK md. 440'ün iptali için Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı: 23.6.1998 tarih ve E. 1998/3 ve K. 1998/28 sayılı karar. R.G., 13.3.1999, Sayı: 23638.

fahişelik bulunuyor. Ancak kavramsal açıdan düşünüldüğünde, zinayı da bu kapsam içerisinde kabul etmemek için hiçbir neden yok².

Giriş içerisinde değinilmesi gereken bir nokta, aktaracağımız tartışmadaki taraflardan birinin, H.L.A. Hart'ın bu konuyla ilgili görüşlerini bir araya getirdiği eserinin, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*'in³, Türkçe'ye kazandırılmış olmakla birlikte, hak ettiği dikkati çekmemiş olmasıdır; çekmemiş olduğunu düşündüren, yaşadığımız zina tartışmasında, takip edebildiğim kadarıyla, bu esere ya da dile getirdiği düşüncelere herhangi bir gönderme yapılmamış olmasıdır. Dolayısıyla bu çalışma, yasakoyucunun ahlâksızlığı cezalandırma yönündeki muhtemel teşebbüslerine hazırlıksız yakalanmama amacına da hizmet etme niyetindedir.

İngilizce yapılan hukuk felsefesi tartışmalarında, toplumda kabul edilmiş ahlâkî değerlere uymama durumunda, hukukun cezalandırıcı rolünün olup olmayacağı konusunda, anılmadan geçilmeyen bir tartışmadır, Devlin ve Hart tartışması. Bu tartışmanın bir benzeri, Devlin-Hart tartışmasından yaklaşık yüz yıl önce, J. S. Mill ve Fitzjames Stephen arasında yapılmıştır. Geçen yüzyılın ortalarındaki tartışmada ise, Hart Mill'e, Devlin ise Stephen'a benzer görüşler ileri sürmüştür.

Devlin-Hart tartışmasını tetikleyen, 1954'te Sir John Wolfenden başkanlığında kurulan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite'nin (*Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, daha çok *Wolfenden Komitesi* olarak bilinir) raporudur. Komite 1957'de sunmuş olduğu raporda, özetle, eşcinselliğin suç olmaması gerektiğini, fahişeliğin ise ancak toplumun diğer bireylerini rahatsız edecek tarzda alenen cinsel ilişki teklifi söz konusu olduğunda suç sayılmasının uygun olacağını belirtmiştir. Sonradan İngiltere Yüksek Mahkeme yargıcı da olan Lord (Patrick) Devlin, 1959 yılında vermiş olduğu bir konferansla⁴ Wolfenden raporunu eleştirmiştir. 1961 tarihli *Ladies'*

²Bununla birlikte, zinayı suç sayan TCK hükümlerinin yer aldığı bölüm de dikkate alındığında, zinanın "Ailenin Korunması" üst başlığı altında incelendiği de bir gerçektir. Ancak gerek başbakanın gerekse hükümet üyelerinin zinanın suç sayılması ile ilgili ifadeleri dikkate alındığında, ailenin korunmasından çok gayri ahlâkî görülen bir eylemin cezalandırılmasının amaçlandığı kolaylıkla görülmektedir. Başbakan Tayyip Erdoğan'ın zinanın suç sayılmasının, "insanlık onurunu kurtarmaya yönelik bir adım" olduğu şeklindeki ifadesi için bkz. "Aldatmayı önlemek hükümetin işi mi?", *Radikal*, 3 Eylül 2004. Zinanın suç sayılmasını, ahlâkî gerekçelerle ve toplumun dağılmasını önlemek amacıyla destekleyen bir yorum için bkz. Ali Bulaç, "Zina toplumu çözüyor", *Zaman*, 3 Eylül 2004.

³H. L. A. HART, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*. Çev.: Erol Öz. (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000).

⁴"The Enforcement of Morals" (1959) başlıklı konferans metni, önce *Proceedings of the British Academy*, vol. xlv'de (1959) yayımlanmıştır. Daha sonra aynı metin, 1965'te yayımlanan Devlin'in vermiş olduğu konferansların derlenmesinden oluşan *The Enforcement of Morals*'da "Morals and the Criminal Law" [Ahlâk ve Ceza Hukuku] başlığıyla yayımlanmıştır.

Directory davasıyla (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*)⁵, ceza hukukunun geleneksel ahlaktan sapan eylemleri cezalandırabileceği Lordlar Kamarasınınca kabul edilince, Hart, hem Devlin'e cevap verme hem de ceza hukuku alanındaki reformları destekleme ihtiyacı hissederek, 1962 yılında Stanford Üniversitesi'nde verdiği üç konferansta bu konuyu ele almış, konferanslar 1963'te yayınlanan, *Law, Liberty and Morality* (*Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*) başlıklı kitabında bir araya getirilmiştir. Hem Hart hem de Devlin, konuyu başka çalışmalarda da tekrar ele almışlardır⁶.

Devlin'in ve Hart'ın görüşlerini aktarmadan önce, Wolfenden Raporu'nun dayandığı ve Hart'ın da benimsediği Mill'in özgürlük anlayışını kısaca hatırlamak gerekmektedir.

2. Mill ve Özgürlük

John Stuart Mill (1806-73), *Özgürlük Üstüne* adlı yapıtında, klasik liberal anlayışın hukuk ve ahlâk ilişkisi hakkındaki görüşlerini yansıtmaktadır. Mill, zarar ilkesi de denilen bu görüşünü şu şekilde dile getirmektedir:

Uygar bir topluluğun herhangi bir üyesi üzerinde, onun arzusuna rağmen kuvvetin haklı olarak kullanılabilmesi tek ama[ç], başkalarına gelecek zararı önlemek[tir]. Bireyin kendisinin yararlanması, maddi ve manevi olsun, yeterli bir haklı neden değildir. Bir kimse bir şeyi yapmaya veya buna katlanmaya, salt böyle yapması onun hakkında hayırlı olacaktır diye, onu daha yapmak akıllıca ya da hatta doğru olacaktır diye, haklı olarak zorlanamaz. Bunlar, serzenişte bulunmak, onunla tartışmak, onu ikna veya

⁵Dava konusu, Bay Shaw'un yayınladığı *Ladies' Directory* [Hanımefendiler Rehberi] isimli 28 sayfalık broşürdür. Rehber'de, fahişelerin isimleri, adresleri ve telefon numaralarıyla birlikte çıplak fotoğrafları ve sunabilecekleri hizmetler de yer almaktadır. Shaw hakkındaki kovuşturma üç nedene dayanmıştır: (a) fahişelik kazancıyla yaşamak [Shaw'un, fahişelerden para almak suretiyle yayın yaptığı için fahişelik geliriyle yaşamını devam ettirdiği iddia edilmiştir], (b) müstehcen yayın yapmak, (c) kamu ahlâkını bozmaya yönelik komplolar.

Nihayetinde Lordlar Kamarası, verdiği kararda, mahkemelerin kamu ahlâkının muhafızları olduğunu ve toplumun çözülmesine neden olabilecek bu tarz ahlaksızlıkları hoş görmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yves CARON, "The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy", *McGill Law Journal* (Vol. 15, 1969, ss. 9-47), s. 17-8 ve Roderick MUNDAY, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", *İÜHFİM* (C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 441-64), ss. 441-4.

Söz konusu dava sadece ahlaksızlığın cezalandırılması konusunda değil, ceza hukuku alanında, mahkemelerin "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini zedeleyerek muğlak yasalarla ya da yeni suçlar ihdas ederek ceza verememesi gerektiği konusunda da tartışma yaratmıştır. Ör. bkz. Noel B. REYNOLDS, "The Enforcement of Morals and the Rule of Law", *Georgia Law Review* (Vol. 11, 1977, ss. 1325-58), passim.; MUNDAY, *Op.cit.*, passim.

⁶Bkz. Patrick DEVLIN, "Mill on Liberty in Morals", *The University of Chicago Law Review* (Vol. 32, 1965, ss. 215-35); H.L.A. HART, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *The University of Chicago Law Review* (Vol. 35, 1967, ss. 1-13).

ondan rica etmek için haklı nedenlerdir, fakat yine o başka türlü yaptığı takdirde onu zorlamak veya herhangi bir kötülüğe uğratmak için haklı bir neden oluşturmazlar. Bunun haklı olabilmesi için, onun yapmamasını istediğimiz davranışın bir başkasına zarar vereceği saptanmış olmalıdır⁷.

Bireysel özgürlüğü en üst düzeyde gerçekleştirmeyi amaçlamış olan Mill'in teklif ettiği bu ilke, şüphesiz ki, bireysel özgürlük açısından büyük önem taşımaktadır. Mill'in bu görüşlerinden kaynaklanan liberal öğretinin, özellikle ahlâkî çoğulculuk ve tarafsız devlet üzerine vurgu yaptığını söyleyebiliriz. Tarafsız devlet anlayışıyla, devletin *"yurttaşların benimsedikleri amaçlar ve hayat tarzları arasında bir tercih yapmaması, bunlar karşısında tarafsız kalması gerektiği"* savunulmaktadır. Ahlâkî çoğulculuk görüşü ise, *"insanların izleyebilecekleri amaç ve değerlerin çok farklı olup, bunları bir üstün ilkeye göre sıralamaya imkan olmadığı"* nı yansıtmaktadır⁸.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, ne Mill'in ne de ardıllarının böyle bir anlayışı, ahlâken iyi olanın bilenemezliğini savunmak şeklinde ele aldıklarıdır. Ahlâken iyi olanın bilinebileceğine, hatta sahip olunan ahlâkî düşüncelerin mutlaklığına inanmakla birlikte, başkalarının belli bir düşünceyi benimsemeleri ya da belli bir düşünce tarzına göre hareket etmeleri yönünde bir baskı, zorlama yapılmaması gerektiği savunulmaktadır⁹. Ancak aynı zamanda, ahlâkî çoğulculuğu savunmak suretiyle, diğerlerine tamamen kayıtsız kalınması gerektiği de söylenemez. Böyle bir özgürlük anlayışını kabul eden bir kimsenin, aynı zamanda belli ahlâkî düşüncelere sahip olması ve diğerlerini de kendi düşüncelerine inanma konusunda ikna etmesinde ya da bunun için çaba göstermesinde hiçbir sakınca yoktur.

Bu öğretinin bencil bir umursamazlık öğretisi olduğunu sanmak ve bunun, insanoğullarının bizzat kendi çıkarları için içine girmedikçe, yaşamda birbirlerinin davranışlarına hiç karışmamaları gerektiği ve birbirinin iyiliği ya da mutluluğuyla ilgilenmemeleri gerektiğini ileri süren bir öğreti olduğunu sanmak, onu yanlış anlamak olur. Başkalarının iyiliğini korumak için, özverili yardımın, herhangi bir biçimde azalacak yerde, çok artmasına gereksinim vardır. Fakat bu özverili yardımseverlik, insanları kendi iyiliklerine inandırmak için, kamçı ile kırbacın gerek hakikisinden gerekse

⁷ John Stuart MILL, *Özgürlük Üstüne* [1859], Çev. Alime Ertan, Genişletilmiş İkinci Baskı. (İstanbul: Belge Yayıncılık, 2000), s. 21.

⁸ Mustafa ERDOĞAN, *Liberal Toplum Liberal Siyaset* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1993), s. 72-3

⁹ ERDOĞAN, *Ibid.*, s. 73; Melih YÜRÜŞEN, *Liberal Bir Değer Olarak Ahlâkî ve Siyasi Hoşgörü* (İstanbul: YKY, 1996), s. 197-9.

Directory davasıyla (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*)⁵, ceza hukukunun geleneksel ahlaktan sapan eylemleri cezalandırabileceği Lordlar Kamarasınınca kabul edilince, Hart, hem Devlin'e cevap verme hem de ceza hukuku alanındaki reformları destekleme ihtiyacı hissederek, 1962 yılında Stanford Üniversitesi'nde verdiği üç konferansta bu konuyu ele almış, konferanslar 1963'te yayınlanan, *Law, Liberty and Morality (Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk)* başlıklı kitabında bir araya getirilmiştir. Hem Hart hem de Devlin, konuyu başka çalışmalarda da tekrar ele almışlardır⁶.

Devlin'in ve Hart'ın görüşlerini aktarmadan önce, Wolfenden Raporu'nun dayandığı ve Hart'ın da benimsediği Mill'in özgürlük anlayışını kısaca hatırlamak gerekmektedir.

2. Mill ve Özgürlük

John Stuart Mill (1806-73), *Özgürlük Üstüne* adlı yapıtında, klasik liberal anlayışın hukuk ve ahlâk ilişkisi hakkındaki görüşlerini yansıtmaktadır. Mill, zarar ilkesi de denilen bu görüşünü şu şekilde dile getirmektedir:

Uygar bir topluluğun herhangi bir üyesi üzerinde, onun arzusuna rağmen kuvvetin haklı olarak kullanılabilmesi tek ama[ç], başkalarına gelecek zararı önlemek[tir]. Bireyin kendisinin yararlanması, maddi ve manevi olsun, yeterli bir haklı neden değildir. Bir kimse bir şeyi yapmaya veya buna katlanmaya, salt böyle yapması onun hakkında hayırlı olacaktır diye, onu daha yapmak akıllıca ya da hatta doğru olacaktır diye, haklı olarak zorlanamaz. Bunlar, serzenişte bulunmak, onunla tartışmak, onu ikna veya

⁵Dava konusu, Bay Shaw'un yayınladığı *Ladies' Directory* [Hanımefendiler Rehberi] isimli 28 sayfalık broşürdür. Rehber'de, fahişelerin isimleri, adresleri ve telefon numaralarıyla birlikte çıplak fotoğrafları ve sunabilecekleri hizmetler de yer almaktadır. Shaw hakkındaki kovuşturma üç nedene dayanmıştır: (a) fahişelik kazancıyla yaşamak [Shaw'un, fahişelerden para almak suretiyle yayın yaptığı için fahişelik geliriyle yaşamını devam ettirdiği iddia edilmiştir], (b) müstehcen yayın yapmak, (c) kamu ahlâkını bozmaya yönelik komplolar kurmak.

Nihayetinde Lordlar Kamarası, verdiği kararda, mahkemelerin kamu ahlâkının muhafızları olduğunu ve toplumun çözülmesine neden olabilecek bu tarz ahlâksızlıkları hoş görmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yves CARON, "The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy", *McGill Law Journal* (Vol. 15, 1969, ss. 9-47), s. 17-8 ve Roderick MUNDAY, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", *İÜHFİM* (C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 441-64), ss. 441-4.

Söz konusu dava sadece ahlâksızlığın cezalandırılması konusunda değil, ceza hukuku alanında, mahkemelerin "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini zedeleyerek muğlak yasalarla ya da yeni suçlar ihdas ederek ceza verememesi gerektiği konusunda da tartışma yaratmıştır. Ör. bkz. Noel B. REYNOLDS, "The Enforcement of Morals and the Rule of Law", *Georgia Law Review* (Vol. 11, 1977, ss. 1325-58), passim.; MUNDAY, *Op.cit.*, passim.

⁶Bkz. Patrick DEVLIN, "Mill on Liberty in Morals", *The University of Chicago Law Review* (Vol. 32, 1965, ss. 215-35); H.L.A. HART, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *The University of Chicago Law Review* (Vol. 35, 1967, ss. 1-13).

ondan rica etmek için haklı nedenlerdir, fakat yine o başka türlü yaptığı takdirde onu zorlamak veya herhangi bir kötülüğe uğratmak için haklı bir neden oluşturmazlar. Bunun haklı olabilmesi için, onun yapmamasını istediğimiz davranışın bir başkasına zarar vereceği saptanmış olmalıdır⁷.

Bireysel özgürlüğü en üst düzeyde gerçekleştirmeyi amaçlamış olan Mill'in teklif ettiği bu ilke, şüphesiz ki, bireysel özgürlük açısından büyük önem taşımaktadır. Mill'in bu görüşlerinden kaynaklanan liberal öğretinin, özellikle ahlâkî çoğulculuk ve tarafsız devlet üzerine vurgu yaptığını söyleyebiliriz. Tarafsız devlet anlayışıyla, devletin *"yurttaşların benimsedikleri amaçlar ve hayat tarzları arasında bir tercih yapmaması, bunlar karşısında tarafsız kalması gerektiği"* savunulmaktadır. Ahlâkî çoğulculuk görüşü ise, *"insanların izleyebilecekleri amaç ve değerlerin çok farklı olup, bunları bir üstün ilkeye göre sıralamaya imkan olmadığı"*nı yansıtmaktadır⁸.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, ne Mill'in ne de ardıllarının böyle bir anlayışı, ahlâken iyi olanın bilenemezliğini savunmak şeklinde ele aldıklarıdır. Ahlâken iyi olanın bilinebileceğine, hatta sahip olunan ahlâkî düşüncelerin mutlaklığına inanmakla birlikte, başkalarının belli bir düşünceyi benimsemeleri ya da belli bir düşünce tarzına göre hareket etmeleri yönünde bir baskı, zorlama yapılmaması gerektiği savunulmaktadır⁹. Ancak aynı zamanda, ahlâkî çoğulculuğu savunmak suretiyle, diğerlerine tamamen kayıtsız kalınması gerektiği de söylenemez. Böyle bir özgürlük anlayışını kabul eden bir kimsenin, aynı zamanda belli ahlâkî düşüncelere sahip olması ve diğerlerini de kendi düşüncelerine inanma konusunda ikna etmesinde ya da bunun için çaba göstermesinde hiçbir sakınca yoktur.

Bu öğretinin bencil bir umursamazlık öğretisi olduğunu sanmak ve bunun, insanoğullarının bizzat kendi çıkarları için içine girmedikçe, yaşamda birbirlerinin davranışlarına hiç karışmamaları gerektiği ve birbirinin iyiliği ya da mutluluğuyla ilgilenmemeleri gerektiğini ileri süren bir öğreti olduğunu sanmak, onu yanlış anlamak olur. Başkalarının iyiliğini korumak için, özverili yardımın, herhangi bir biçimde azalacak yerde, çok artmasına gereksinim vardır. Fakat bu özverili yardımseverlik, insanları kendi iyiliklerine inandırmak için, kamçı ile kırbacın gerek hakikisinden gerekse

⁷John Stuart MILL, *Özgürlük Üstüne* [1859], Çev. Alime Ertan, Genişletilmiş İkinci Baskı. (İstanbul: Belge Yayıncılık, 2000), s. 21.

⁸Mustafa ERDOĞAN, *Liberal Toplum Liberal Siyaset* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1993), s. 72-3

⁹ERDOĞAN, *Ibid.*, s. 73; Melih YÜRÜŞEN, *Liberal Bir Değer Olarak Ahlâkî ve Siyasi Hoşgörü* (İstanbul: YKY, 1996), s. 197-9.

bazı davranış standartları ya da ahlâkî ilkeler bulunmaktadır ve bunların ihlal edilmesi sadece zarar görene karşı değil, bütün bir topluma karşı işlenmiş bir suçtur²⁰.

Bu görüşünü savunmak için Devlin, döneminde geçerli ceza kanunundan bazı örnekler verir. Buna göre, bazı suçlar, başkalarına zarar vermeden işlenebilir niteliktedir. Örneğin ötenazi, intihar, düello, kürtaj ve ensest suçlarının işlenebilmesi için, başkasını aldatmak, kullanmak veya zarara uğratmak gerekli değildir. "...ceza hukuku, ahlâk ilkesi üzerine bina edilmiştir. Pek çok suçta işlevi, ahlâkî bir ilkeye hukukî zorlama kazandırmaktan başka bir şey değildir"²¹.

Gerek Austin'in ahlâkla hukuku kavramsal olarak ayrı tutması, gerekse Mill'in zarar ilkesi çerçevesinde geliştirdiği yaklaşımla devletin fiziksel güç kullanımının sadece başkalarına zarar verilmesi durumunda meşru olabileceğini savunması, Devlin'e göre, İngiliz ceza hukukunun gelişimine herhangi bir etkide bulunmamıştır. Bunun nedeni ise, pratik sorunun ortaya çıkmamasıdır.

Eğer ahlâkî meseleler konusunda bu ülkede derin bir ayrılık yaşanmış olsaydı örneğin, çokeşli bir yaşam sürmek isteyen büyük bir azınlık bulunmuş olsaydı- ahlâk konusunda yasa yapmanın kuramsal temelleri de inceden inceye tartışılacaktı. Ancak İngiliz insanının, Voltaire'in alay etmesine neden olan yüz farklı dini inancı, ceza hukukunu etkilemek için yeterli bir ahlâkî farklılığı doğurmamıştır. Parlamento ensesti ve eşcinsel suçları, özel alanda işlendikleri takdirde topluma ne zarar vereceklerine bakmaksızın suçlar listesine ekleyebilmiştir; ahlâken yanlış olmaları, yeterli olmuştur. Yargıçlar hukuku İngiltere'nin Hristiyan bir ülke olması temelinde uygulamaya devam etmişlerdir. Hristiyan öğretisinin saygılı bir şekilde eleştirilebilmesini gönülsüz bir şekilde kabul etmişler ve küfür [din hakkında kötü konuşma] suçu ortadan kalkmıştır. Ancak Hristiyan ahlâkî, hukuk içerisinde gömülü bir şekilde kalmıştır²².

²⁰Michael D. BAYLES, *Hart's Legal Philosophy*. (Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1992), s. 195.

Wolfenden Raporu'nun yaptığı "kamu ahlâkî" ve "özel ahlâk" ayrımı, Raporun en çok eleştirilen kısımlarından birisidir. Nitekim Caron'a göre, "raporun temelinde yatan felsefi açıklama yetersizdir. Özel ahlâk ve kamu ahlâkî ayrımı yapaydır. Özel alanda kalan pek çok hareket cezalandırılabilir... 'Özel ahlâk' diye bir şey yoktur; özel alanda yapılan 'hatalı' eylemler, kamu ahlâkını da ilgilendirir." CARON, *Op.cit.*, s. 16.

²¹BAYLES, *Op.cit.*, s. 195.

²²DEVLIN, "Law, Democracy and Morality", *University of Pennsylvania Law Review* (Vol. 110, 1962, ss. 635-49), s. 636.

Devlin'in Ahlâk ve Ceza Hukuku'ndaki ana tartışması “ceza ve günah arasındaki bağlantının ne olduğu ve, eğer varsa, İngiliz ceza hukukunun ne dereceye kadar ahlâkı dayatması ve günahı ve ahlâksızlığı cezalandırması gerektiği”dir²³.

Devlin için, ahlâk toplumun varlığının devamı için gereklidir ve ahlâkın içeriği Hristiyan inancı ile belirlenmelidir:

Toplum, ahlâk olmaksızın yaşayamaz. Onun ahlâkı, makul bir kimsenin onaylayacağı davranış standartlarıdır. Aynı zamanda iyi bir insan olan rasyonel insanın başka standartları da olabilir. Eğer hiç bir standardı yoksa, onu dikkate almamız da gerekmez zaten. Kişinin sahip olduğu standartlar [toplumun sahip olduğu ahlâk anlayışından] çok farklı olabilir. Örneğin, eşcinselliği ya da kürtajı reddediyor olmayabilir. Bu durumda, ortak ahlâkı paylaşmıyor demektir; fakat bu onun, bunların toplumsal bir ihtiyaç olduğunu inkar etmemesine neden olmamalıdır. Bir asi, böyle bir hakkının olduğunu düşünürken rasyonel olabilir; ancak toplumun kendisine bir asi olarak yaşamasına izin vereceğini düşünüyorsa, irrasyoneldir.

Ahlâkın toplum için gerekli olduğunu düşünen kişi, ahlâkın, onlar olmaksızın sürdürülemez araçların kullanımını desteklemelidir. Bu araçlardan ikisi, eğitim, yani öğreti ile zorlama, yani hukuktur. Eğer ahlâk eğitimi, sadece onun toplum için gerekli olduğu temelinde yapılabiliyor olsaydı, o zaman dinin toplumsal gerekliliği ortadan kalkardı; salt kişisel bir sorun olarak kalırdı. Fakat ahlâk eğitimi böyle yapılamaz. Sadakati de bu şekilde öğretemezsiniz. Ahlâkın din olmaksızın nasıl öğretilbileceği sorununu çözmüş bir toplum yoktur. Öyleyse hukuk, Hristiyan ahlâkını temel almalıdır ve gücü ölçüsünde onu uygulamalıdır; bunu sırf Hristiyan ahlâkı çoğumuzun sahip olduğu ahlâk anlayışı olduğu ya da sırf Kilisenin öğrettiği ahlâk anlayışı o olduğu için değil -ki bu noktalarda hukukun karşı çıkma hakkı var-, Hristiyan eğitiminin yardımı olmaksızın, hukuk başarısız olacağı için yapmalıdır²⁴.

²³DEVLIN, “Morals and the Criminal Law”, s. 72.

²⁴DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, s. 24-5. Aktaran: George ANASTAPLO, “Law and Morality: On Lord Devlin, Plato's Meno, and Jacob Klein”, *Wisconsin Law Review* (1967, ss. 231-51), s. 234.

Devlin bunun arkasından üç soru sormaktadır:

* Toplumun tüm ahlâkî konularda yargıya varma hakkı var mıdır? Yoksa bazı konular özel alana bırakılabilir mi?

* Eğer toplum yargıya varma hakkına sahipse aynı zamanda hukuku bir dayatma aracı olarak kullanma hakkına da sahip midir?

* Eğer ikinci sorunun yanıtı olumlu ise, hukuku kullanma hakkına tüm olaylarda mı, yoksa bazı olaylarda mı sahiptir? Eğer bazı olaylarda sahipse, bu sınırlar nasıl çizilecektir²⁵?

Devlin'e göre, ilk sorunun yanıtı, aynı zamanda bir “kamu ahlâkî”nin olup olmadığıyla ilgilidir. Böyle bir kamu ahlâkînin olduğunu savunmak için, Devlin'e göre, şu *apriori* düşünce kabul edilmelidir:

Toplumunu toplum yapan, fikirler topluluğudur. Bunlar, sadece siyasal fikirlerin değil aynı zamanda toplum üyelerinin nasıl davranmaları ve yaşamlarını nasıl idare etmeleri gerektiğine ilişkin fikirlerdir. Söz konusu edilen bu ikinci tür kurallar, onun ahlâkîdir. Her toplumun siyasal bir yapısı olduğu gibi ahlâkî bir yapısı da vardır: ya da, bu ifade tarzı iki bağımsız sistemin varlığını çağrıştırabileceği için, her toplumun yapısının hem siyasetle ve hem ahlâkla kurulduğunu söylemek daha doğru olacaktır²⁶.

Bunun arkasından İngiliz toplumunun evlilik hakkındaki yargılarını ele alan Devlin, evliliğin Hıristiyan inancıyla önemli bir kurum olarak kabul edildiğini ve bu kabulün toplumun yapısıyla yakından ilişkili olduğunu iddia eder. Hıristiyan olmayan veya evliliği Hıristiyanlık'ta olduğu gibi temel olarak almayan bir kimse de, toplumun bu yargısı çerçevesinde mevcut duruma uymalıdır. Bu gereklilik, Hıristiyan inancının dayatılması anlamında değil, toplumun bu inancı çoğunluk olarak kabul etmiş olmasındandır. Devlin'in deyimiyile, “...eğer bu evde oturmak istiyorsan, onu olduğu şekliyle kabul etmelisin²⁷”.

Aynen evlilikte söz konusu olduğu gibi, zinayı yasaklayan ahlâkî kod da toplumun yapısını oluşturmaktadır. Eğer, zinanın ahlâkîliği konusundaki kişisel yargılara izin

²⁵DEVLIN, “Morals and the Criminal Law”, s. 72.

²⁶Ibid., s. 73.

²⁷Ibid.

verilecek olursa, evlilik kurumu önemli derecede tehdit edilmiş olacaktır²⁸. Devlin'e göre,

Toplum, fiziksel olarak bir arada tutulan bir şey olmadığından, ortak düşüncenin görünmez bağlarıyla bir arada tutulur. Eğer bağlar çok gevşetilirse, üyeler kopup gider. Ortak ahlâk, bağın bir parçasıdır. Bağ, toplumun bedelinin bir parçasıdır ve topluma ihtiyacı olan insan, bu bedeli ödemek zorundadır²⁹.

Devlin'e göre, toplumun ahlâkî konular üzerinde ortak bir değer yargısına sahip olduğunun kabul edilmesi, aynı zamanda, onun, toplum tarafından ahlâksızlık olarak nitelendirilen fahişelik, eşcinsellik ya da zina gibi eylemleri cezalandırmak için hukuku bir araç olarak kullanmasının ve toplumun ahlâkını korumasının haklı gerekçesini oluşturmaktadır³⁰. Başka bir yerde, Lordlar Kamarası'nın *Ladies' Directory* davasında vermiş olduğunu kararı değerlendirirken Devlin şöyle diyecektir³¹:

Mahkemeler bu ilkeyi [*contra bonos mores* ahlâka ve adaba aykırılık] ifade etmekle, John Stuart Mill'in öğretisini reddetmiş ve kendilerini ulusun ahlâkının koruyucusu olarak ilan etmiştir. Peki bu yetkiyi nereden almaktadırlar ve zorla uygulatacakları ahlâkî standartları nasıl belirlemektedirler?...

Devlet, ahlâkî meseleleri yasama konusu yapmada iki temele dayanabilir. Platonik ideal, devletin vatandaşların erdemini artırmak için var olduğu şeklindedir. Eğer işlevi buysa, devlet içerisindeki hâkim olan güç her ne ise iktidar tekse otokrat ya da iktidar çoğunlukta ise demokrasi- onun, uyulacak ahlâkî standartları ilan etme hak ve ödevi bulunmaktadır. Bu Anglo-Amerikan düşüncesi açısından kabul edilebilir bir görüş değildir; iyi ve kötünün belirlenmesi yetkisini devlete vermekte, vicdan özgürlüğünü ortadan kaldırmakta ve tiranlığa giden yola yönelmektedir. Mill'in ifadelerinin temelde yöneltildiği devlet iktidarı işte bu düşüncedir.

Diğer temel, toplumun kendisini korumak için yasa yapabileceğidir. Bu, sanırım, Lord Simonds'un, hukukun amacının devletin ahlâkî refahını korumak olduğunu söylerken kabul ettiği şey. [Lordlar] Kamarasındaki

²⁸Ibid., s. 73-4.

²⁹Ibid., s. 74.

³⁰Ibid., s. 75.

³¹Devlin, "Law, Democracy and Morality", s. 638.

tüm konuşmalar da göstermiştir ki,..., mahkemelerin işi devralınan bir mirası korumaktır, yeni bir sistemin yaratılması değil.

Devlin, sormuş olduğu üçüncü soruya ilişkin olarak da, hukukun ahlaksızlığı cezalandırmak için herhangi bir sınır ya da kapsama sahip olmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Ahlaksızlığın bir kısmının cezalandırılması diğer bir kısmının ise (ör. özel ahlâk alanında kalan kısmın) cezalandırılmaması kabul edilemez.

Toplumlar, dış etkenlerden daha çok içten parçalanırlar. Ortak bir ahlâkın gözlemlenmediği zamanlar parçalanma söz konusudur. Tarih, ahlâkî bağların genişlemesinin çözümlenme ilk adımı olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla toplum, hükümetini ve diğer temel kurumlarını korumada olduğu gibi, kendine ait ahlâkî kodu koruma konusunda da haklı bir gerekçeye sahiptir. Ahlaksızlığın önlenmesi, diğer yıkıcı eylemlerin önlenmesi gibi hukukun işidir. Özel bir yıkıcılık alanı düşünülemez gibi, özel bir ahlâk alanı da düşünülemez³².

5. Ahlâkî Serbest Bırakmak: H.L.A. Hart

Hart, Devlin'in bu iddialarına karşı Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk'ta, "Belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlâka aykırı olması, bu davranışı hukuk tarafından cezalandırılabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli midir? Kendi başına ahlâkî dayatmak ahlâken caiz midir? Kendi başına ahlâksızlık suç olmalı mıdır³³?" sorularının yanıtını aramaktadır.

Hart, Mill'in bu soruya vermiş olduğu cevabı hatırlatır: "*Uğrunda uygar bir toplumun herhangi bir üyesine iradesi dışında haklı olarak güç uygulanabilecek tek amaç, başkalarına gelecek zararı önlemektir*³⁴". Bununla birlikte Hart, "*bireye uygulanacak hukukî zorlamanın meşrulaştırılması için, başkalarına verilecek zararın önlenmesinden başka gerekçeler*" de olabileceğini düşündüğünü söyledikten sonra, yine de "*ahlâkan dayatımı meselesinde Mill bana haklı gibi görünüyor*" der³⁵.

Hart, ahlâka aykırılık ile adaba aykırılığın birbirinden ayrılması gerektiğini ve asıl cezalandırılanın adaba aykırılık olduğunu söyler. Bu durumda, bir eyleme şahit olma

³²Ibid., s. 77. Devlin, yıkıcı eylem derken, daha öce vermiş olduğu vatan hainliği örneğine gönderme yapmakta ve ahlaksızlığı vatan hainliğine benzetmektedir.

³³HART, *Op.cit.*, s. 15.

³⁴John Stuart MILL, *On Liberty* (Londra: 1859), Bölüm 1 (aktaran: HART, *Op.cit.*, s. 16.).

³⁵HART, *Op.cit.*, s. 17.

sonucu bireyin maruz kaldığı zarar ile, sırf bir eylemin yapılıyor veya yapılmış olduğunu bilme sonunda maruz kalınacak zarar arasında kesin bir ayırım yapılmalıdır. Bu ayırım için Hart'ın ilk verdiği örnek, karı kocanın cinsel ilişkisidir. Cinsel ilişki karı koca arasında ahlâka aykırı değildir, ancak aleni olarak icra edilen cinsel ilişki, karı koca arasında dahi olsa hem ahlâka hem de adaba aykırıdır. Dolayısıyla burada cezalandırılan ahlâka aykırılık değil, adaba aykırılıktır³⁶.

Ancak, böyle bir cinsel ilişkiden ya da ahlâka aykırı herhangi bir eylemden- ciddi şekilde rahatsız olacak, öfkelenecek insanların da varlığı ve bunların maruz kaldığı zarar söz konusu edilebilir. Bu durumda ise Hart şöyle demektedir:

...bireysel özgürlüğü bir değer olarak tanıyan hiç kimse başkalarının yanlış olduğu düşünülen şekillerde hareket ettiğinin bilinmesinden kaynaklanan üzüntüye karşı korunacak herhangi bir hakkı tanıyamaz. (...) Bireysel özgürlüğün bir değer olarak tanınması, bireyin istediğini, başkaları onun ne yaptığını öğrendiklerinde üzülseler bile, -tabii ki, onu yasaklamak için başka geçerli nedenler olmadıkça-, yapabileceği ilkesinin kabulünü, bir minimum olarak, gerektirir³⁷.

Hart, Devlin'in, "ahlâkî bağların kaybedilmesinin genellikle parçalanmanın ilk aşaması olduğu" şeklindeki inancının,

...tüm ahlâkın öldürme, çalma ve sahtekarlık gibi, başkalarına zarar verici fiilleri yasaklayan ahlâk ile birlikte cinsel ahlâk- yekpare bir kumaş oluşturduğu, bu nedenle herhangi bir bölümden sapanların muhtemelen ya da belki mecburen bütünden de sapacakları³⁸

şeklindeki varsayıma dayandığını söylemektedir. Fakat Hart'a göre:

Tabii ki, toplumun, hukukun başkalarına zarar verici fiilleri yasaklamasını yansıtan ve tamamlayan bir ahlâk olmaksızın var olamayacağı açıktır (ve bu, siyaset kuramının en eski kavramlarından birisidir). Fakat yine de, geleneksel cinsel ahlâktan sapanların, diğer açılardan, topluma düşman oldukları yolundaki kuramı destekleyecek hiçbir kanıt yokken, bu kuramı çürütecek birçok kanıt vardır³⁹.

³⁶Ibid., s. 48-9.

³⁷Ibid., s. 50.

³⁸Ibid., s. 53.

³⁹Ibid.

Hart'a göre, toplumun ahlâkıyla özdeş tutulması saçma olacaktır zira ahlâkın zamandan zamana her toplum içerisinde farklılık gösterdiği bir gerçektir. Ahlâkın değişmesi toplumun yıkılması anlamına gelemez⁴⁰.

Hart'ın söyledikleri ile ilgili olarak değineceğimiz son bir husus, kişinin kendine karşı korunması (paternalizm) hususunda, Mill'in teklif ettiği özgürlükçü düşünceyi eleştirmesidir. Hart, Mill'in hap satışı sınırlamaları örneğine değinerek, bunları satıcınınkinden çok, alıcıların özgürlüğüne müdahale olarak eleştirmesine niçin katılmadığını şöyle açıklar:

Bu eleştiriye artık sıcak bakmıyorsak, bu kısmen, bireylerin kendi çıkarlarını en iyi bildikleri inancının zayıflamasından ve görünüşte özgür bir seçime ya da rızaya yüklenen önemi azaltan büyük bir etkenler dizisinden gittikçe daha çok haberdar olmamızdan kaynaklanmaktadır. Sonuçlar yeterince değerlendirilmeden ya da tartılmadan; sadece geçici arzuların peşinde; ya da muhakemenin bulanıklaştığı çeşitli açmazlarda; ya da iç psikolojik zorlamalar altında; ya da başkalarının, mahkemede kanıtlanması zor olan kurnazca baskıları altında, seçimler yapılabilir ya da rıza gösterilebilir⁴¹.

Dolayısıyla, Hart da, ahlâkın dayatılması için hukukun araç olarak kullanılabileceği bir alanı kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak Hart'ın hukuk ve ahlâk ilişkisi hakkındaki düşüncelerinin sınırını paternalizm oluşturmaz. Daha da ileriye giderek, "evrensel değerler" in toplumun temeli olduğunu söyler. Hart'a göre bu değerler "*bireysel özgürlük, yaşam güvenliği ve kasten verilen zarardan koruma vb.*" dir⁴².

...Lord Devlin'le aynı yönde, toplumsal ahlâk bu şeyleri sakındığı ölçüde değerlidir, çünkü toplumun muhafazası için bunlara ihtiyaç duyulur demek yanlıcıdır; aksine, belli bir toplumun muhafazası, diğer şeylerin yanı sıra, insanlar için bu evrensel değerlerin bir güvencesini oluşturduğu için değerlidir. Aslında, ahlâkı içerisinde bu değerlerin hiçbir şekilde tanınmadığı bir insan toplumunun, ne ampirik ne de mantıki bir olasılık

⁴⁰Ibid., s. 54.

⁴¹Ibid., s. 39.

⁴²Ibid., s. 68.

olduğu ve olsa bile, böyle bir toplumun, insanlar açısından hiçbir pratik değer taşımadığı kabul edilebilir⁴³.

6. Değerlendirme

Genel olarak kabul edilmiş bazı ahlâkî standartların, özellikle de cinsellikle ilgili olanların, ihlal edilmesi, toplumun pek çok üyesi için rahatsızlık verici olabilir. Bu rahatsızlığın sonucu olarak, devletin bu eylemleri cezalandırması gerektiği düşüncesi hiç de yeni değildir ve insanlık tarihi, bu tarz ahlâk dışı davranışların en ağır şekilde cezalandırılmasının örneklerini barındırır.

Devletin amacı ve ceza hukukunun işlevi konusunda yapılan tartışmalar, zorunlu olarak, bu meseleyi bir sonuca bağlamak zorundadır. Nitekim, Platon'dan başlatılabilecek bir yazın içerisinde, devletin genel olarak kabul edilen ahlâkî yargıları ya da bizzat devlet yöneticilerinin doğru saydığı ahlâk düşüncesini, bu düşünceleri paylaşmayan vatandaşlarına dayatıp dayatmayacağı tartışma konusu edilmiştir. Bu noktada, gerek devletin (ya da daha doğru bir ifade ile *polis*'in) vatandaşları ahlâklı insan yapma ödevinden bahseden Platon'u, gerekse toplumun ahlâkî bağlarındaki zayıflamasıyla dağılacığını, dolayısıyla kendini korumak için ahlâkını koruma altına alma hakkı olduğunu söyleyen Devlin'i, bir dereceye kadar anlayışla karşılayabiliriz. Zira Yunan medeniyeti içerisinde polis, vatandaşların bireyler olarak varlığının ötesinde, onlara sahip oldukları kimliği kazandıran bir nitelik arz etmektedir. Bu açıdan, erdemli yaşam, erdemli vatandaş ve erdemli *polis*, bireyin ahlâkî tercihlerine müdahale edilebileceği düşüncesiyle çelişmez. Yine, İngiliz hukukunun oluşumu dikkate alındığında, çok uzun bir süre içerisinde oluşmuş ve halkın değer yargılarını yansıttığı kabul edilen *common law*'un, ahlâkî meselelere duyarsız kalamayacağını iddia etmek, en azından anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim, Mill'in liberalizminin doğduğu topraklarda ve bu düşüncelerin ortaya konmasından bir asır sonra dahi, toplumun ahlâkını korumak adına fahişeliğin ve eşcinselliğin cezalandırılması gerektiğini söyleyen Devlin'in hem hukuk uygulayıcıları hem de akademisyenler arasında yalnız olmadığını biliyoruz⁴⁴. Ne var ki, 1967'de kabul edilen bir yasayla (*The Sexual Offences Act*), eşcinsel ilişkiler,

⁴³Ibid.

⁴⁴Ör. bkz. Eugene V. ROSTOW, "The Enforcement of Morals", *Cambridge Law Journal*, (1960, ss. 174-98), passim. "Hukukun ortak ahlâkın kolektif bir kodu üzerine kurulmuş olduğunu söylemek, hiçbir şekilde, kişinin ahlâkî yargılara ulaşmadaki bireysel sorumluluğunu ve bunların yerine getirilmesini sağlamaya çalışmadaki yükümlülüğünü azaltmaz" (ibid., s. 198) diyen Rostow, bu makalesinde. Devlin'in görüşlerinin, hukukun gelişimine ya da değişimine de engel olmayacağını savunarak, Devlin'e yöneltilen eleştirilerin yersizliğini göstermeye çalışır.

Wolfenden Komitesi'nin belirlediği çizgide, yani yetişkinler arasındaki rızaya dayalı olmak kaydıyla suç kapsamından çıkarılmıştır⁴⁵.

Türk hukuku açısından düşünülecek olursa, ahlaksızlığın cezalandırılabilmesini savunmak daha zor bir hal alır. Zira, söylediğimiz gibi, İngiltere'de yapılan tartışmada, halkın ahlâkını yansıttığı kabul edilebilecek bir hukuk söz konusudur. Oysa Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla birlikte hukuk alanında yapılan reformlar, halkın ahlâkî düşüncelerinin temelini oluşturan dinden köklü bir kopuşu gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla, devletin ahlâkî konularda düzenleme yapması gerektiğini savunmanın, İngiltere'deki gibi bir temele oturtulması dahi mümkün olmaz. Belki de, zina tartışmasında gördüğümüz gibi, bu konuda geniş bir yazının bulunmaması ve kuramsal tartışmaların yapılmaması, daha baştan hukukun başkalarına zarar vermeyen ahlâkî tercihlerle olan bağlantısını kesmiş olmasında aranmak gerekir.

⁴⁵Oteller gibi kamuya açık konaklama mekanlarında ve özel mülk olan bir evde dahi olsa üçüncü bir kişinin yanında eşcinsel ilişkinin yasaklandığını da belirtmek gerekiyor.