

T.C.  
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANABİLİM DALI  
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**HART-DEVLİN TARTIŞMASINDA HUKUK-AHLÂK  
PROBLEMATİĞİ: CEZA HUKUKUNUN İŞLEVİNİ  
YENİDEN DÜŞÜNMEK**

Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan  
**İBRAHİM ADIYAMAN**

İstanbul, 2021

T.C.  
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ  
HUKUKANABİLİM DALI  
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**HART-DEVLİN TARTIŞMASINDA HUKUK-AHLÂK  
PROBLEMATİĞİ: CEZA HUKUKUNUN İŞLEVİNİ  
YENİDEN DÜŞÜNMEK**

Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan

**İBRAHİM ADIYAMAN**

**17550160002**

**0000-0003-1292-5257**

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim KORKMAZ

İstanbul, 2021

## YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Hart-Devlin Tartışmasında Hukuk-Ahlâk Problematiği: Ceza Hukukunun İşlevini Yeniden Düşünmek” başlıklı bu çalışmanın, bilimsel ahlâk ve geleneklere uygun şekilde tarafımdan yazıldığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, yararlandığım eserlerin tamamının kaynaklarda gösterildiğini ve çalışmamın içinde kullanıldıkları her yerde bunlara atıf yapıldığını, patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını belirtir ve bunu onurumla doğrularım. 15.04.2021

**İbrahim ADIYAMAN**

**T.C.**  
**BEYKENT ÜNİVERSİTESİ**  
**LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ**  
**TEZLİ YÜKSEK LİSANS SINAV TUTANAĞI**

15/ 04/ 2021  
....../....../.....

Enstitümüz *Hukuk* Anabilim Dalı *Kamu Hukuku* Programı Yüksek Lisans öğrencilerinden **17550160002** numaralı **İbrahim ADIYAMAN**'ın “Beykent Üniversitesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliği”nin ilgili maddesine göre hazırlayarak Enstitümüze teslim ettiği “*Hart-Devlin Tartışmasında Hukuk-Ahlak Problematiği: Ceza Hukukun İşlevini Yeniden Düşünmek*” konulu tezini, Yönetim Kurulumuzun 30/03/2021 tarih ve 2021/10 sayılı toplantısında seçilen ve On-line toplanan biz jüri üyeleri huzurunda, Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin 29. maddesinin 3. fıkrası gereğince 45 dakika süre ile Microsoft Teams programı aracılığıyla on-line olarak aday tarafından savunulmuş ve sonuçta adayın tezi hakkında “**OYBİRLİĞİ**” ile “**KABUL**” kararı verilmiştir.

İşbu tutanak, 2 nüsha olarak hazırlanmış ve Enstitü Müdürlüğü'ne sunulmak üzere tarafımızdan düzenlenmiştir.

DANIŞMAN  
Dr. Öğr. Üyesi İb\*\*\* KO\*\*\*  
(Beykent Üniversitesi)

ÜYE  
Doç. Dr. Eb\*\* KA\*\*\*  
(Beykent Üniversitesi)

ÜYE  
Doç. Dr. Al\* Hu\*\*\* Cİ\*\*\*  
(Doğuş Üniversitesi)

Adı ve Soyadı : İbrahim ADIYAMAN  
Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi İbrahim KORKMAZ  
Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans, 2021  
Alanı : Hukuk Anabilim Dalı  
Anahtar Kelimeler : H.L.A. Hart, Patrick Devlin, Ceza, Hukuk, Ahlâk

## ÖZ

### **HART-DEVLİN TARTIŞMASINDA HUKUK AHLÂK PROBLEMATİĞİ: CEZA HUKUKUNUN İŞLEVİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK**

Bu çalışmanın amacı, hukuk felsefesinin ve ceza hukukunun en önemli teorik tartışmalarından biri olan ve özünü ahlâksızlığın ceza yasaları aracılığıyla cezalandırılabilip cezalandırılmayacağı sorunu teşkil eden Hart-Devlin tartışmasını inceleyerek, ceza hukukunun işlevine dair yeni bir düşünsel yaklaşımın yollarını araştırmaktır. Bu çerçevede, tartışmanın temel kavramları olan hukuka, ahlâka ve hukuk-ahlâk ilişkisine dair açıklamalarda bulunulduktan sonra, tarafların tartışmada öne sürdükleri temel argümanlar karşılaştırılarak incelenmiş ve tartışma üzerinden ceza hukukunun işlevinin soruşturulmasındaki kritik noktalar tespit edilmeye çalışılmıştır. Ceza hukukunun işlevinin ne olduğuna dair yapılacak bir sorgulamanın ahlâk ve hukuk üzerine düşünmeyi zorunlu kıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda, çalışmanın sınırlılığı da göz önünde bulundurularak, ahlâkın tartışmalı alanlarından olan ‘değer’ ve ‘evrensellik’ odaklı bir yaklaşım sergilenmiştir. Daha sonra da hukukun yeniden düşünülmesinde bir yöntem olarak, onun ahlâkla olan ilişkisini ‘tefrik’ suretiyle ortaya koyan bir sınıflandırmaya başvurulması gerektiği kanaatine varılmıştır. Ayrıca hukukun ‘düzenleme’ ve ‘toplumsal kontrol’ niteliklerinin ‘toplumsal değişim’ terimiyle birlikte ele alınmasının da yerinde bir yaklaşım olacağı öne sürülmüştür.

Name and Surname : İbrahim ADIYAMAN  
Supervisor : Asst. Prof. İbrahim KORKMAZ  
Degree and Date : Postgraduate, 2021  
Major : Department of Law  
Key Words : H.L.A. Hart, Patrick Devlin, Punishment, Law, Morals

## **ABSTRACT**

### **THE PROBLEMATIQUE OF LAW AND MORALS IN HART-DEVLIN DEBATE: RETHINKING THE FUNCTION OF CRIMINAL LAW**

The aim of this study is to investigate the ways of a new intellectual approach to the function of criminal law by examining the Hart-Devlin debate, which is one of the most important theoretical debates of legal philosophy and criminal law, and whose essence is whether immorality can be punished through criminal laws. In this framework, after making explanations on law, morals and the relationship between law and morals, which are the basic concepts of the debate, the main arguments put forward by the parties in the discussion were compared and the critical points in the investigation of the function of criminal law were tried to be determined. It has been concluded that an inquiry about the function of criminal law necessitates thinking on morals and law. In this context, considering the limitations of the study, an evaluation focused on 'value' and 'universality', which are among the controversial areas of morals, has been made. Later, as a method of rethinking the law, it was concluded that an investigation should be resorted to revealing its relationship with morals by 'distinction'. It has also been argued that it would be an appropriate approach to address the 'regulation' and 'social control' characteristics of the law together with the term 'social change'.

## İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

Öz

Abstract

|                   |     |
|-------------------|-----|
| Kısaltmalar ..... | iii |
| Giriş.....        | 1   |

### BİRİNCİ BÖLÜM TEMEL KAVRAMLAR

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| 1. AHLÂK KAVRAMI.....                           | 4  |
| 1.1. Ahlâkı Tanımlamak .....                    | 7  |
| 1.2. Ahlâkın Kökeni/Kaynağı/Temeli Sorunu ..... | 13 |
| 1.3. Ahlâk-Etik Ayrımı .....                    | 22 |
| 2. HUKUK KAVRAMI .....                          | 29 |
| 2.1. Hukuku Tanımlamak .....                    | 30 |
| 2.2. Hukukun Amacı ve İşlevi .....              | 37 |
| 2.3. Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk .....         | 43 |

### İKİNCİ BÖLÜM

#### HART-DEVLIN TARTIŞMASINDA HUKUK-AHLÂK PROBLEMATİĞİ

|                                                   |    |
|---------------------------------------------------|----|
| 1. HUKUK-AHLÂK PROBLEMATİĞİ .....                 | 53 |
| 1.1. Hukuk-Ahlâk Ayrımı .....                     | 57 |
| 1.1.1. Kaynak Yönünden Ayrım .....                | 61 |
| 1.1.2. Amaç Yönünden Ayrım .....                  | 65 |
| 1.1.3. Yaptırım Yönünden Ayrım .....              | 68 |
| 1.2. Hukuk ve Ahlâk Arasında Ortak Zeminler ..... | 72 |

|                                                                      |           |
|----------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1.2.1. Değer Zemini .....                                            | 74        |
| 1.2.2. Suje Zemini.....                                              | 75        |
| 1.2.3. İrade Zemini.....                                             | 76        |
| 1.2.4. Yaptırım Zemini .....                                         | 76        |
| <b>2. HART-DEVLİN TARTIŞMASI.....</b>                                | <b>77</b> |
| 2.1. Mill-Stephen Tartışması .....                                   | 80        |
| 2.2. Wolfenden Raporu.....                                           | 86        |
| 2.3. Devlin’in Argümanları.....                                      | 88        |
| 2.3.1. Kamu Ahlâkı ve Toplumsal Bütün .....                          | 89        |
| 2.3.2. Hristiyan Ahlâkından İçselleştirilmiş Hristiyan Ahlâkına..... | 96        |
| 2.4. Hart’ın Temel Argümanları .....                                 | 101       |
| 2.4.1. Pozitif Ahlâk-Eleştirel Ahlâk Ayrımı .....                    | 105       |
| 2.4.2. Paternalizm, Ahlâksızlık ve Edepsizlik .....                  | 107       |
| 2.4.3. İlmî Tez-Uç Tez Tasnifi .....                                 | 113       |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### CEZA HUKUKUNUN İŞLEVİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

|                                                                                    |            |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1. GENEL OLARAK CEZA VE CEZA HUKUKU.. .....</b>                                 | <b>120</b> |
| 1.1. Ceza Hukukunun İşlevi.....                                                    | 128        |
| 1.2. Ceza Hukukunun Dolaylı Kaynakları.....                                        | 138        |
| <b>2. BİR TARTIŞMA ÜZERİNDEN CEZA HUKUKUNUN İŞLEVİNİ<br/>YENİDEN DÜŞÜNMEK.....</b> | <b>145</b> |
| 2.1. Ahlâkı Yeniden Düşünmek.....                                                  | 151        |
| 2.2. Hukuku Yeniden Düşünmek.....                                                  | 159        |
| <b>Sonuç.....</b>                                                                  | <b>167</b> |
| <b>Kaynakça .....</b>                                                              | <b>173</b> |

## KISALTMALAR

|                 |                                                           |
|-----------------|-----------------------------------------------------------|
| <b>a.g.e.</b>   | : adı geçen eser                                          |
| <b>ayr.</b>     | : ayrıca                                                  |
| <b>B.</b>       | : bölüm                                                   |
| <b>bkz.</b>     | : bakınız                                                 |
| <b>BTHAE</b>    | : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü             |
| <b>C.</b>       | : cilt                                                    |
| <b>çev.</b>     | : çeviren                                                 |
| <b>dn.</b>      | : dipnot                                                  |
| <b>ed./eds.</b> | : editör                                                  |
| <b>EÜHFD</b>    | : Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi            |
| <b>haz.</b>     | : hazırlayan                                              |
| <b>İBÜY</b>     | : İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları                   |
| <b>İİTİA</b>    | : İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi           |
| <b>İÜHFM</b>    | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası          |
| <b>İÜY</b>      | : İstanbul Üniversitesi Yayınları                         |
| <b>krş.</b>     | : karşılaştırınız                                         |
| <b>md.</b>      | : madde                                                   |
| <b>MÜİFVY</b>   | : Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları |
| <b>NSYYVY</b>   | : Nihad Sayâr-Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları             |
| <b>p.</b>       | : paragraf                                                |
| <b>s.</b>       | : sayfa                                                   |
| <b>S.</b>       | : sayı                                                    |
| <b>sad.</b>     | : sadeleştiren                                            |
| <b>ss.</b>      | : sayfalar                                                |

|             |                                   |
|-------------|-----------------------------------|
| <b>ssy.</b> | : sayfa sayısı yok                |
| <b>TCK.</b> | : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu    |
| <b>TDK</b>  | : Türk Dil Kurumu                 |
| <b>TDVY</b> | : Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları |
| <b>vd.</b>  | : ve devamı                       |
| <b>vs.</b>  | : ve sâire                        |



## GİRİŞ

Toplumsal bir varlık olan insanın eylem ve davranışları en eski devirlerden beri denetim altında tutulmak, düzenlenmek, yönlendirilmek istenmiştir. Toplumda belirli bir düzen tesis edilmesi ve bunun devamlılığının sağlanması amacıyla çeşitli kurallar ve kural sistemleri, insan ve insan topluluklarına nasıl hareket etmeleri gerektiği konusunda sürekli telkinlerde bulunmaktadır. Genel olarak ‘davranış normları’ başlığında özetlenebilecek olan bu kurallar, örf, âdet, gelenek, görenek gibi isimlerle anılmaktadır. Bu davranış normlarının en geniş kapsamlı, sistemli ve güçlü olan iki görünümünü ahlâk ve hukuk sergilemektedir. Her iki kurallar dizgesi de, insan eylem ve davranışlarına yön vermek, onları bir ‘olması gereken’e doğru iletme istemektir.

Toplumsal düzenin tesisinde ve bu düzenin devamlılığında, varlığıyla işlev gören ahlâk ve hukuk arasındaki ilişki, tarihsel süreçte ve çeşitli coğrafyalara göre farklı görünümeler kazanmıştır. İlkel toplumlarda ahlâk ve hukuk kavramları hemen hemen iç içe bir hâldeyken, yeni dünyada ağırlık kazanan metot vurgusu ve uzmanlaşmayla beraber iki kavram arasında bir ayrım gündeme gelmiş ve zamanla bu ayrım belirginleşmiştir. Modern toplumda ahlâk ve hukuk arasındaki ilişki, ahlâk felsefesi, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, antropoloji, siyaset felsefesi, siyaset sosyolojisi gibi çok geniş bir yelpâzedeki düşünce ve sosyal bilim sahaları ile doğrudan ya da dolaylı olarak temas hâlinindedir. Hukuk ve ahlâkın önerdiği iki düzenin birbiriyle olan ilişkisi, pozitif yasaların ahlâk kuralları ile ilişkisi, hukukun önerdiği adalet anlayışıyla ahlâkın önerdiği adalet anlayışı, hukuk kurallarının tatbikinde ahlâkın rolü, gibi temel soru ve sorun alanları, ahlâk-hukuk ilişkileri çerçevesinde hâlen tartışılmaktadır. Bu kapsamdaki tartışmalardan biri de, ceza hukukunun ahlâksızlık olarak kabul edilen eylemleri ceza ve güvenlik tedbiri yaptırımlarıyla tazyik altına alabilip alamayacağına ilişkindir.

Ahlâksızlığın ceza yasaları aracılığıyla cezalandırılabilip cezalandırılmayacağına dair gerçekleştirilen tartışmaların en ünlülerinden biri, 1960’lı yılların İngiltere’sinde, iki hukukçu -Herbert Lionel Adolphus Hart ve

Patrick Devlin- arasındaki tartışma olmuştur. Tartışmanın çıkış noktasını 1954'te kurulan ve başkanlığını Sir John Wolfenden'in yürüttüğü bir komitenin raporu teşkil etmektedir. Yaşanan 'ahlâkî panik' ve toplumsal infiâl üzerine oluşturulan komite, 1957 yılında ortaya koymuş olduğu raporunda özet olarak, eşcinsel tercihlerin suç olarak kabul edilmemesi gerektiği ve para karşılığı cinsel birliktelik kurmanın sadece toplumun diğer bireylerini rahatsız edici bir şekilde açıktan/alenen bir ilişki teklifi söz konusu olduğunda suç olarak kabul edilmesini önermiştir. Lord Patrick Devlin, 1959 yılında verdiği bir konferansla Wolfenden Raporu'nu, özellikle bu iki öneriden yola çıkarak bir dizi eleştiriye tâbi tutmuş ve tartışmayı başlatan taraf olmuştur. Hukuk, ceza, ahlâk, ahlâksızlık, hukuk-ahlâk ilişkisi ve toplum gibi başlıklarla yoğun ilişkisi olan bu tartışma, çalışmamızın odak noktasını teşkil etmektedir. Çalışmada ceza hukukunun işlevinin ne olduğuna dair girişilecek düşünsel süreç hakkında, kavram ve bağlam imkânı sunan bu tartışmadan istifade edilerek, ahlâktan hukuka uzanan kısmen eklektik bir yaklaşım sergilenmeye çalışılmıştır.

Bu kapsamda, çalışmanın ilk bölümünde, ahlâk ve hukuk kavramlarına dair açıklamalarda bulunulmuştur. Her iki kavram için literatürde yer alan tanım ve kavramsal değerlendirmelere panoramik olarak yer verilmiştir. Ayrıca, evrensellik tartışmasıyla ilişkili olduğundan ötürü ahlâk hakkında kaynak/köken bakımından ayrı bir başlık açılmıştır. Yine ahlâkın, gündelik kullanımından felsefî kullanımına kadar dâima karıştırıldığı bir kavram olan etikle etimolojik ilişkisine yer verilmiştir. Hukuk ise, konunun en az ahlâk kavramı kadar geniş ve karmaşık bir mahiyeti bulunması nedeniyle, tanımsal açıklamalara ek olarak, işlevi ve iki esas okulu -doğal hukuk/pozitif hukuk- üzerinden incelenmiştir.

İkinci bölümde, ilk bölümde ana esaslarıyla açıklanan hukuk ve ahlâk kavramlarının birbirleriyle olan ilişkilerine değinilmiş, her iki kavram farklı ve ortak noktaları üzerinden mukâyese edilerek, bir problematik olarak adlandırılan hukuk-ahlâk ilişkisinin ana hatları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Yine bu bölümde, tezin odak noktası olan Hart-Devlin tartışmasına dair genel bilgilendirici açıklamalarda bulunulmuş, tarafların temel argümanları esas noktaları itibarıyla başlıklar hâlinde incelenmiştir.

Son bölümde ise, önceki bölümlerde hukuk, ahlâk, hukuk-ahlâk ilişkisi ve Hart-Devlin tartışmasına dair yapılan açıklamalardan istifâde edilerek, ceza hukukunun işlevinin iki sütun üzerinde yükselen bir düşünsel yaklaşımla yeniden tartışmaya açılmasının imkânları tartışılmıştır.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### TEMEL KAVRAMLAR

#### 1. AHLÂK KAVRAMI

Düşünen, gülen, konuşan, eyleyen bir varlık olarak insan,<sup>1</sup> bizâtihi yaşamı içerisinde, diğer tüm yapıp etmeleriyle birlikte kendini, kendi dışındaki nesneleri, olayları ve olguları ‘değerlendirir’ de. Karşılaştığı fiilleri, nesneleri; ya da diğer ilgili olay ve olguları, iyi-kötü, güzel-çirkin, doğru-yanlış, soylu-soysuz, acı-tatlı bulur. Bu kıymet biçme insan varlığını öyle kuşatmıştır ki onun yaşamının neredeyse değerlerle belirlendiğini dahî söylenebilir.<sup>2</sup> Varlığında ve ilişkilerinde “iyi” ve “kötü” başta olmak üzere hemen tüm kıymetlendirici hükümler, aynı zamanda birer ‘değer/değer yargısı’ olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>3</sup> Bununla birlikte, değerler ne kadar basit ve anlaşılabilir görülürse görülsün, onlar doğruları ve esaslarıyla anlaşılmaya çalışıldığında, son derece çetrefil bir işle karşı karşıya kalındığı hemen idrak edilebilecektir.<sup>4</sup>

Cevizci’ye göre “değer”, *“bir şeyin önem ölçüsünü gösteren, onu anlamlı, istenir, faydalı veya ilgi konusu haline getiren özellik ya da niteliktir”* ve temelde dört ayrı değer türü vardır. İnsanın ilgisi doğruluk/hakikat, iyilik, güzellik ve fayda olmak üzere bu dört temel kategori üzerine olduğuna göre, doğal olarak dört ayrı değer çeşidinden bahsetmek gerekir. Temelde ilgisini çeken bu dört ana kategori Cevizci için, epistemolojik, etik, estetik ve ekonomik değerlere karşılık gelmektedir.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Bu çalışmanın sınırlarının çok ötesinde, müstakil incelemeleri gerektiren irade, arzu, hareket gibi bazı kavram ve terimlere değinilmemiş; tezin tamamında; bireysel yahut toplumsal açılarından insan; akıl sahibi, muhâkeme ve mukâyese edebilen, özgür irade sahibi bir varlık olarak kabul edilmiştir.

<sup>2</sup> Joseph Maria Bochenski, *Felsefe Düşünmenin Yolları* (2. Baskı), Çev. Kurtuluş Dinçer, Bilge Su Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 53.

<sup>3</sup> Nazmi Avcı, *Toplumsal Değerler ve Gençlik Bir Değerler Sosyolojisi Denemesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007, s. 60.

<sup>4</sup> Bochenski, a.g.e., s. 54.

<sup>5</sup> *Değer*, Felsefe Sözlüğü (5. Baskı), Ahmet Cevizci, Say Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 112-113.

Bochenski ise ahlâkî/etik, estetik ve dinsel değer kategorilerinin olduğunu öne sürerek üçlü bir ayrıma gitmiştir. Bunlardan ahlâkî/etik değerler en meşhurları olup, kendine özgü olan, eyleme yönelik bir istektir ve diğer değer alanları gibi ‘olması gereken’e değil her zaman ‘yapılması gereken’e dair işaretle bulunurlar. Estetik değerler ise, güzele; çirkine, hoş olana, alımlıya, etkileyiciye, zevkliye dair konuşurlar. Estetik değerlerin ayırıcı olan tarafı da ‘yapılması gereken’i değil, ‘olması gereken’i ihtivâ etmeleridir.<sup>6</sup>

Bochenski’nin bir diğer değer kategorisi olan dinsel değerler ise, kendisinin ifadesiyle bir şekilde az çok dindar olan insanlar tarafından bilinen ve tahlil edilmesi güç değer yargılarıdır. Ona göre, dinsel değerler, genelde estetik ve ahlâkî tepkilerin büyük bir kısmıyla iç içe geçmiş hâldedirler ve ahlâkî/etik ya da estetik değerlere dâhilmiş gibi bir görünüm sergilerler. Örnek olarak aynı ‘kötü’ fiil üzerinden şu iki ayrı değer hükmünü verir: Bir insanın annesini öldürmesi ahlâkî açıdan câniliktir, oysa dinî yönden, yani dinî değerler yönünden başka bir şeydir, ‘günah’tır.<sup>7</sup>

Değer/ler söz konusu olduğunda ilk akla gelen değer alanı şüphesiz ahlâkî/etik değerdir. Ahlâkî/etik değer, olayların ve nesnelerin, yaşantıların veya hayatın akışını tâyin amacı doğrultusunda taşıdıkları anlam ve önemi ifade eden bir niteliği açıklar. Tarihsel süreç içerisinde birçok başarıya sahip olan insanın, bu başarılarının önemli bir bölümü, onun bilme ve anlamaya yönelik teorik faaliyetlerinden doğmuştur. Aristoteles’in deyişiyle insan, kullanım değeri olan teknik ürünler ile güzellik değeri taşıyan şeyler yaratma eylemine karşılık gelen *poietik* faaliyetleri, insanın varoluşu yönünden büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte, birçok düşünür ve tabî Aristoteles, insanı insan yapan asıl şeyin<sup>8</sup> ‘değerle

---

<sup>6</sup> Bochenski, a.g.e., s. 56.

<sup>7</sup> Bochenski, a.g.e., s. 57.

<sup>8</sup>Ş. Teoman Duralı’nın kullanımıyla, insan, aslında biyolojik yanıyla, “bilgisi üstüne katlanarak bilen” (*homo sapiens sapiens*) bir varlık kategorisini ifade eden bir “beşer” iken aynı zamanda “ahlâk” varlığı olması sebebiyle de *homo*, yani *beşer* değil, *humanus*’tur, “insan”dır. Burada insanın beşerlikten insanlığa geçişine/yükselişine onun ahlâkî varlığı yani sahip olduğu değerleri aracı olmaktadır da diyebiliriz. Bkz. Ş. Teoman Duralı, *Felsefe-Bilim Nedir?* (3. Baskı), Dergâh Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 16-17.

doğrudan ilişkili olmak, değer yaratmak, değerın taşıyıcısı veya cisimleştirici olmak' olduğunu kabul etmektedir.<sup>9</sup>

Değer/değerler bahsi çok geniş bir kavram alanı olup, burada Cevizci ve Bochenski'nin tanımlarına değinmekle yetineceğiz. Fakat şunu ifade etmek gerekir ki: Değer/değerlere ilişkin gerek felsefede gerek çeşitli sosyal bilimlerde çok fazla sayıda ve farklı tanımlamalar mevcuttur. Ulaşabildiğimiz hemen tüm tanımlamalarda müşterek temel değer kategorileri, 'doğruluk/hakikat', 'iyi' ve 'güzel' olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte Cevizci'nin 'ekonomik değer' vurgusu ile Bochenski'nin 'dinsel değer' vurgusu, değer alanları zikredilirken pek başvuru alanı unsurlar olmadıklarından bizce dikkate değerdir.

Pek tabii ayrı ve esâslı bir çalışmayı ve sistematik düşüncüyü gerektirmekle birlikte, bahsedilen değer alanlarının temel/özerk değer alanı olarak kabul edilmesi sorunlu gibi görünmektedir. Bahsi geçen kategorilerin bir değer alanını ifade etmedikleri yönünde bir iddiada bulunmamakla birlikte, yalnızca Cevizci'nin dördüncü kategori olarak değindiği 'ekonomik değer' ile Bochenski'nin 'dinsel değer'i nin temel/özerk bir değer alanı olarak kabul edilmemesi gerektiğine dikkat çekmekteyiz. Çünkü bu iki değer alanı, zikredilen ve kabul ettiğimiz üç temel değer alanı (doğruluk/hakikat, iyi ve güzel) altında/bünyesinde çeşitli ilişkilerle ve görünümelerde yer alabilecek olan daha alt dereceden bir değer alanıdır.<sup>10</sup> Burada söz konusu olan, temel değer alanları ile daha alt derecedeki değer alanları arasında, kapsayan ve kapsanan arasındaki ayırmadan fazlası değildir. Diğer yandan bu noktadaki ayırımın çok keskin olmadığını, ideolojik, sosyolojik, kültürel tepkiler altında ve çeşitli motivasyonlarla, 'kapsanan' mevkiindeki bir değer alanının 'kapsayan' bir temel değer alanına geçebileceği, veya tam tersinin de mümkün olabileceği gerçeğine dikkat edilmelidir.

---

<sup>9</sup> Ahmet Cevizci, *Etik-Ahlak Felsefesi* (2. Baskı), Say Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 11-12.

<sup>10</sup> Tıpkı ekonomik ve dinsel değer alanları gibi hukukun (hukukî değer) da alt dereceden bir değer alanı olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

Bayraktar'ın da temas ettiği gibi insanın bir anlam ifade eden tüm iş ve icraatları ya bir değere dayanmaktadır ya da bir değeri tamamlamaya yönelmiştir. Doğal olarak dünyanın değerler üzerine kurulu bir dünya olduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Çünkü insanın anlam ifade eden tüm eylemleri, doğanın gereklerinin üzerine geçmeyi sağlayacak olan değerlerle kurduğu ilişkilerde belirlemektedir. Bayraktar'ın insanın aşkınlaşması olarak adlandırdığı bu süreç;<sup>11</sup> değerlerin sırasıyla fark edilmesi, içselleştirilmesi üzerine onlarla anlamlı bir ilişki gerçekleştirilmesiyle alakalıdır.<sup>12</sup> Değerlerle değer/lerin önemli bir parçası/alanı olan ve insanın eylemlerini “iyi” ve “kötü” olarak kategorilendirmede bir dizge olarak vazife gören ahlâk, birey ve toplum hayatında önemli bir yere ve işleve sahiptir.<sup>13</sup> İnsan soyut düzlemde akıl ve duyguları üzerine bir varlık göstermekle birlikte onun bir de somut düzlemde yapıp eyledikleri şeklinde görünen bir yanı da vardır. Bu yanın değer alanı düzlemindeki (ahlâkî/etik düzlemindeki) “değerlendirici”lerinden biri de aşağıda eksik ve sınırlı da olsa açıklamaya çalıştığımız “ahlâk” kavramı/sahasıdır.

### 1.1. Ahlâkı Tanımlamak

En kaba ifadeyle değerler alanının bir görünümü olan “ahlâk” kavramı üzerine hemen her ilgilisince bir tanımlama girişiminde bulunulmuştur. Filozoflar, din adamları, akademikler vb. onu tanımlamaya çalışmışlar kendi bakış açılarından açıklamaya kalkışmışlardır. Bu tanım ve açıklamaların tarihinde kopuşların ve sürekliliklerin söz konusu olduğu gayet açıktır,<sup>14</sup> ve tam da burada ahlâka dair bir tanımlama girişiminin zorluğu baş gösterir. Benzer ve ortak hususların çokluğuna rağmen salt “ahlâk” kavramının açıklanması noktasında, bir bakış farklılığı da söz konusudur. Burada, araştırmanın odak noktasını teşkil eden tartışmanın kilit kavramlarından biri olması nedeniyle ve fakat çalışmamızın yatay ve dikey sınırlarını

<sup>11</sup> Duralı'nın deyişiyile “beşerlikten insanlığa yükselme” süreci. Bkz. dn. 8.

<sup>12</sup> Levent Bayraktar, *Aşkınlık ve Ahlâk*, [Elektronik Versiyonu], Ahlâk Çalışmaları ve Ahlâk Felsefesi Dergisi, <http://ahlakdergisi.org/wp-content/uploads/2020/11/Levent-Bayraktar.pdf>, Erişim Tarihi: 15.11.2020, C. 1, S.1, 2020, s.2.

<sup>13</sup> “Değer”, “Değerler” ve “Değerlendirme” bahislerinde ayrıca bkz. Ionna Kuçuradi, *İnsan ve Değerleri* (7. Baskı), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018.

<sup>14</sup> Alasdair MacIntyre, *Homerik Çağdan Yirminci Yüzyıla Etik'in Kısa Tarihi*, Çev. Hakkı Ünler-Solmaz Zelyüt Ünler, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 5-7.

gözeterek, ahlâkın bazı sözlüklerdeki karşılıkları ile literatürdeki bir kısım tanım ve açıklamalarına yer vermekle yetinilecektir.

Öncelikle, 1935 tarihli *Türkçeden Osmanlıcaya Cep Kılavuzu* adlı eserde “ahlâk”ın karşılığı olarak yine ahlâkın gösterildiği, ayrıca kelimenin Arapça kökenine binaen “hulk=yaradılış” yönüne vurgu yapıldığı görülmektedir.<sup>15</sup> 1942 tarihli *Felsefe ve Gramer Terimleri* adlı çalışmada “ahlâk”, “moral” kelimesinin karşılığı olarak alınmış ancak “Türkçe’de henüz uygun bir karşılığı bulunmadığı” gerekçe gösterilerek doğrudan ahlâk kelimesi ile karşılandığı görülmektedir.<sup>16</sup> *Felsefe Sözlüğü*’nde ise “ahlâk” kelimesinin İngilizce “morality” ile birlikte kullanıldığından bahsedilmiş ve bir toplumda insanların birbiriyle olan ilişkilerini düzenlemek amacıyla geliştirilmiş olan kural, ilke ve değerler bütünü olarak tanımlanmıştır.<sup>17</sup> Diğer yandan “ahlâka uygun/ahlâkî” kelimelerinin “moral” kelimesiyle,<sup>18</sup> “ahlâklî”nin “halûk/iyi huylu” ile,<sup>19</sup> “ahlâksal/ahlâkî”nin de yine “moral” kelimesi ile,<sup>20</sup> “ahlâksızca/gayriahlâkî” ifadesinin ise “immoral” ile karşılandığı gözlemlenmiştir.<sup>21</sup> 1880 tarihli *Redhouse Turkish Dictionary*’de “moral”ın karşılığı olarak “sâlih, müstakîm, mânevî” kelimelerinin,<sup>22</sup> “morals”ın karşılığı olarak da “ahlâk” ve “âdap” ifadelerinin tercih edilmiştir.<sup>23</sup> Geniş ve zamana yaygın bu eserlerdeki kullanımlarla dahî hem tek başına hem de teknik yönden yabancı lisanlardaki karşılıklarıyla olan ilişkileri açısından “ahlâk”ın tanımlanmasında beliren farklılıklara işaret edilmiştir.

Bedia Akarsu *Felsefe Terimleri Sözlüğü*’nde, Almanca “moral”, Fransızca “morale” ve İngilizce “morals”ın karşılığı olarak gösterdiği “ahlâk”ı birden fazla

---

<sup>15</sup>Ahlâk, *Türkçeden Osmanlıcaya Cep Kılavuzu*, Türk Dil Kurumu, Devlet Basımevi, İstanbul, 1935, s.7.

<sup>16</sup>Ahlâk, *Felsefe ve Gramer Terimleri*, Türk Dil Kurumu, Cumhuriyet Basımevi, İstanbul, 1942, s.12.

<sup>17</sup>Ahlâk, Cevizci, *Felsefe* ...., s. 16.

<sup>18</sup>Ahlâka uygun, Türk Dil Kurumu, *Türkçeden Osmanlıcaya*...., s. 7.

<sup>19</sup>Ahlâklî, Türk Dil Kurumu, *Türkçeden Osmanlıcaya*...., s. 7.

<sup>20</sup>Ahlâksal, Türk Dil Kurumu, *Türkçeden Osmanlıcaya*...., s. 7.

<sup>21</sup>Ahlâksızca, Türk Dil Kurumu, *Türkçeden Osmanlıcaya*...., s. 7.

<sup>22</sup>Moral, *Redhouse’s Turkish Dictionary: An Two Parts of English and Turkish and Turkish and English (Second Edition.)*, James William Redhouse, Quaritech Ltd., London, 1880, s. 196.

<sup>23</sup>Morals, Redhouse, a.g.e., 196.

anlam kategorisinde konumlandırmaktadır.<sup>24</sup> İlk olarak “ahlâk” için belli bir zaman aralığı ve coğrafya ile sınırlandırmaya gidilmiş, bu kapsamda, insan ilişkilerini düzenleyen davranış kuralları, yasalar ve ilkelerin toplamı olarak tanımlanmıştır. İkinci olarak yine belli bir zaman ve coğrafya sınırları dahilinde, kapsamı ve içeriği değişen ahlâksal değerler alanı olarak tanımlanmaktadır. Üçüncü tanım, zaman atfı bulunmaksızın salt bir kişi ya da bir insan grubunun benimsediği eylem kurallarının bütününden ibaret olduğu yönündedir. Dördüncü tanımda, ahlâksal olan şeylerle bağlantısı olan, tek bir kişinin, bir ulusun, bir toplumun ya da bir çağın görüşler dizgesi olduğu yönündeki bir anlama vurgu yapılmıştır. Son olarak, ahlâk üzerine kavramsal öğretiler ile insanların kişisel ve toplumsal yaşamındaki ahlâkî eylemlerine dair problemleri inceleyen felsefe öğretileri olarak gösterilmiştir.<sup>25</sup>

Onun bu tanımlama girişimiyle ortak hususlar - belli bir zaman ve coğrafya vurgusu gibi- barındırmakla birlikte, Hançerlioğlu, “ahlâk”a dair verdiği tanımların ilkinde ahlâktan, davranış kurallarını saptayan ve inceleyen bilim olarak bahsetmektedir. Hançerlioğlu, etimolojik bir yaklaşımla, kelimenin Arapça kökenine vurgu yapmakta ve ahlâkî bir insanın ‘yaradılışı gereği gerçekleştirdiği davranış’ı dile getiren Arapça hulk<sup>26</sup> sözcüğünün çoğul hâli olarak kabul etmektedir. Bu yaklaşıma göre ahlâk, huy; seciye, mizaç anlamlarını çoğul olarak kapsamaktadır.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> *Ahlâk*, Felsefe Terimleri Sözlüğü, Bedia Akarsu, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1975, ss. 13-15.

<sup>25</sup> *Ahlâk*, Akarsu, Felsefe Terimleri Sözlüğü, ss. 13-15.

<sup>26</sup> Çağırıcı da aynı kanaattedir. Kelimenin aynen Kur’ân-ı Kerîm’de geçmediğini, ancak-biri âdet ve gelenek, diğeri de ahlâk ve huy mânâsında olmak üzere- “huluk” kelimesi iki ayette (Şuarâ (26), 137; Kalem (68), 4) geçtiğini ifade etmektedir. Bkz. İbn Manzûr, *Lisânu ’l-Arab*, XI, 374; Aktaran: Mustafa Çağırıcı, *Ana Hatlarıyla İslâm Ahlâkı* (9. Baskı), Ensar Neşriyat, İstanbul, 2016, ss. 15-16. Ahlâk’ın tanımını yaparken kelimenin çoğul olmasına rağmen hep tekil olarak kullanıldığına değinerek, kelimeye İslâm bilginleri tarafından verilen istilâhî mânâlardan en beğenileni ve en yaygın olduğunu iddia ettiği İmam Gazâlî’nin tanımıdır. Gazâlî’ye göre ahlâk, “*İnsan nefsinde yerleşen öyle bir heyet (meleke)dir ki, fiiller, hiçbir fikrî zorlama olmaksızın , düşünüp taşınmadan, bu meleke sayesinde kolaylıkla ve rahatlıkla ortaya çıkar.*” Bkz. Gazâlî, *İhyâ*, I, 53; Aktaran: Çağırıcı, a.g.e., ss. 15-16. Diğer yandan Yaran’a göre ise ahlâk, birey olarak insanın fitratındaki/doğasındaki, kötülük (rezilet/erdemsizlik, fücür) tarafının tasfiye edilmesi (denetim altına alınması ve gerektiğinde/aşırılıştığında tedavisi) ve iyilik (fazilet/erdem, takva) tarafının tekamül ettirilmesi; ve sosyal ilişkilerin barışçıl bir şekilde devam ettirilmesi için, *ilahi inayet ve insani deneyimlere* dayalı olarak oluşturulan; toplumun ve vicdanların çoğunluğunun değerini/önemini/faydasını onayladığı; (erdemli) düşünsel ve duygusal huylar/haller, (faydalı) davranışsal ve eylemsel etkinlikler, ve bunların gerçekleşmesine yönelik değerler; değerleri belirten normlar/ilkeler/kurallar ve öğütlerdir. Bkz. Cafer Sadık Yaran, *Ahlak ve Etik* (2. Baskı), Rağbet Yayınları, İstanbul, 2016, s. 9.

<sup>27</sup> *Ahlâk*, Felsefe Sözlüğü (24. Baskı), Orhan Hançerlioğlu, Remzi Kitabevi, 2018, s. 8.

Poyraz da ahlâka dair tanımlamasında kelimenin Arapça kökenine atıf yapmakla birlikte, yukarıda zikredilen anlamların yanı sıra kelimenin taşıdığı ‘alışkanlık’ anlamının altını çizmektedir. Yine kelimenin yaradılış mânâsının fiziksel yaradılış için ‘halk’, mânevî yaradılış/karakter için ‘hulk’ olarak kullanıldığına değinmektedir. Ayrıca *Kamusi’l-muhit*’e referansla “h-l-k” kökünün yaratmak, biçimlemek, oranlamak anlamına geldiğini vurgulamaktadır.<sup>28</sup>

Tıpkı Akarsu gibi Tepe’ye göre de ahlâk, belirli bir toplumun ahlâkı olarak anlaşılmalıdır. Ona göre ahlâk denildiğinde, belirli bir ahlâk ya da ‘moral’den<sup>29</sup> bahsedilmektedir. Bir ahlâk her zaman belirli bir topluluğun ahlâkıdır veya kaynağı onda bulunmaktadır. Bu tekil ahlâklara –‘morallere’- dikkat edildiğinde, ‘iyi-kötü’, ‘yapılması-yapılmaması gerekenler’ hattı üzerinde konumlanan değer yargıları, normları, ilkeleri ve kurallarıyla karşılaşılır. Dolayısıyla, Tepe’ye göre bu tekil ahlâklarını, “moral”lerin ‘iyi’ olarak tanımladığı şeylerle, ‘kötü’ olarak tanımladığı şeylerin değişik/farklı olması gayet tabii bir durumdur ve bu sebeple ahlâkın göreceli olduğu, toplumdan topluma değiştiğine dair görüşlerin ciddi ağırlık göstermesi ona göre son derece olağan karşılanmalıdır.<sup>30</sup>

Cevizci için de ahlâk ayrı ayrı toplumlara işaret eden bir yaklaşımla paralel olarak, en eski ve ilkel toplumlar için bile geçerli olan; tarihsel bir süreçle yaygın olarak kuşaktan kuşağa aktarılan, aktarılırken de şüphesiz belirli bir değişime maruz kalan kurallar dizgesidir.<sup>31</sup> Bu noktadan bakıldığında, ahlâkın, bir toplumda ya da bir

---

<sup>28</sup> Latince’deki *mores* (moral) ve Grekçedeki *ethos* (etik) sözcükleri de benzer olarak karakter, alışkanlık, huy, mizaç ve yaratılış anlamlarına gelmektedir. Aristoteles, karakter erdemi olarak saydığı ahlâki erdemlerin alışkanlık yani *ethos* ile kazanıldığını söylüyor. Bkz. Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik* (4. Baskı), Çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul, 2019, s.41. Bu erdemler yapılarak öğrenilir. Bir enstrümanı çalarak öğreniriz, davranışlarımızda ölçüyü gözeterek ölçülülüğü öğreniriz. Aristoteles’e göre bir insanın erdemi, “iyi işlevlerde bulunmasıdır. İyi insan olma erdemi de, insan soyunun gerektirdiği davranışları gerçekleştirmek, “insan olma eylemini gerçekleştirmek”tir. (bkz. dn. 8.) O, bu eylemin gerçekleştirileceği zemin olarak toplumu gösterir. O’na göre karakterimiz, bir üyesi olduğumuz toplum tarafından şekillendirilir. Bu şekillendirme sonucu oluşan karakter öğelerini içselleştirerek öz kişiliğimizi kimliğimizi inşa ederiz. Bkz. Hakan Poyraz, *Dil ve Ahlâk*, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 9-10.

<sup>29</sup> Bkz. dn. 24.

<sup>30</sup> Harun Tepe, *Etik ve Metaetik* (2. Baskı), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011, ss. 14-15.

<sup>31</sup> Ahmet Cevizci, *Felsefeye Giriş* (5. Baskı), Say Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 218-219.

insan grubunda karşılıklı ilişkilerde yerleşen birbirini benimseme süreçlerinden meydana gelen ve norm olarak geçerliliği tanınan ve toplum ya da grup içinde geneli bağlayıcı olan eylem tipleri<sup>32</sup> veya çeşitli değer yargıları-sistemleri olarak da tanımlanması mümkündür.

Ahlâka dair bu görelî, zemin ve zaman vurgulu tanım ve yaklaşımların yanı sıra, Kuçuradi ise bir olgu olarak bahsettiği ahlâka dair ikili bir ayırım yapmayı tercih etmektedir: Bir taraftan, yaygın yaklaşımla aynı doğrultuda, öncelikle türlü gruplarda geçerli olan değer yargılarının, ahlâkın, farklı olduğunu; aynı grup içerisinde bile zamanla bu değer yargılarının değiştiğinden bahseder. Ayrıca bir kişinin tek bir eyleminin- farklı ahlâklar tarafından hem iyi hem de kötü olarak nitelendirilebildiğini vurgular. Diğer taraftan, bazı davranış kuralları ve değer yargıları arasında örneğin “yalan söylemek kötüdür”, “sözünü tutmak iyidir” gibi her zaman her yerde kötü sayılan yargılarda olduğu gibi gruptan gruba değişiklik ve zaman içinde bir değişme gösteremeyebilecek bir “ahlâk”tan da söz eder. Diğer bir ifadeyle ona göre “ahlâk” denen olgu, hayatta çeşitli görünümlemlerle kendini göstermekte fakat bu görünümlemlerin bir kısmı değişkenlik gösteren değer yargıları iken bir kısmı da pek değişiklik göstermeyen/gösteremeyebilecek davranış kuralları ve değer yargıları olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>33</sup>

Ahlâkın ne’liğine dair bir başka açıklama da Özlem tarafından getirilmiştir. O’na göre ahlâk, her şeyden önce insanın anlam dünyasını oluşturan temel değerler alanıdır. Ahlâki değerlerden bahsedildiğinde, insanın toplumsal bir varlık olduğu gerçeği de gözetilerek, akla toplumsal değerlerin geleceği aşikârdır. Bu bakımdan ahlâk ve toplumsallık bir arada düşünülmelidir. İnsanın içinde bulunduğu toplumun temel davranış şekilleriyle ahlâki değerleri bu toplumsallığın üzerine kurulduğu temeldir. Ona göre farklı toplulukların farklı değerleri ve ahlâk pratikleri mevcuttur ve bu farklılıklar farklı ahlâk yaklaşımlarına gebedir. Özlem bu noktada, bu durumun gerçekten böyle olup olmadığını sorgular ve bütün bu farklı ahlâk deneyimlerini tek

---

<sup>32</sup> Annemaerie Pieper, *Etik Giriş*, Çev.: Veysel Atayman, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1997, s.31; Aktaran: Ali Osman Gündoğan, “Etik ya da Ahlâk Felsefesi”, Türer, C. (Eds.), *Etik ve Etik Sorunlar*, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2019, s.8.

<sup>33</sup> İoanna Kuçuradi, *Uludağ Konuşmaları* (6. Baskı), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2017, s. 25.

bir ahlâk başlığı altında toplamamızı mümkün kılan şeyin ne olduğunu araştırır. Hristiyan ahlâkı, İslâm ahlâkı, Budist ahlâk, Taoculuk dini ve kültürel ahlâkları kendi tekillikleri açısından değil de genellikleri yönünden ele almayı deneyerek, ahlâka “bir toplumsal sınıfın, bir toplumun, bir bireyin, bir meslek grubunun çağına ve yaşamına egemen olan inançlar ve tasarımlar bütünü.” şeklinde bir tanım getirir.<sup>34</sup> Ancak bu, farklı ahlâk tecrübelerine değil, ahlâkın bizatihi kendisine yönelen bir bakıştır.

Gerçekten de hemen her dönemde bir kesim tarafından tüm insanlığı bağlayan objektif bir ahlâk yasasının varlığı kabul edilmiştir. Bu yasa öyle bir yasadır ki, insan fikir ve eylemlerinden bağımsız bir soyut gerçekliğe sahiptir. Ancak insanların, bu yasayı öğrenme, ona uyma ya da ondan sapma gösterme konusunda özgür oldukları söylenebilecektir.<sup>35</sup>

Özlem’e göre bir “bireysel ahlâk”tan bir de “toplumsal ahlâk”tan (topluluk ahlâkı) söz etmek gerekmektedir. Bireysel ahlâkla, bireyin şahsî seçim, tercih ve eğilimlerine göre kendisi geliştirip bağlandığı bir ahlâk kastedilmektedir. Ancak bu bireysel ahlâk, toplumsal ahlâktan ve bazı toplumsal kanaatlerden tamamen bağımsız değildir. Bireylerce geliştirilerek uyulacak bir bireysel ahlâk olanaklı Özlem için olmakla birlikte; bu bireysel ahlâk oluşturulurken ortaya konulan seçim,- ve en azından bir kısmında öyle ya da böyle toplumsal kanaatlerden (toplumsal ahlâktan) etkilendiği/ etkileneceği açıktır.<sup>36</sup>

Diğer yandan ona göre, ahlâkın belirlendiği yaşam, sadece bilinçli tercihlerden ibaret olmayıp, yarı bilinçli, hatta bilinçsiz tepkilerin de etkide bulunduğu bir yaşamdır. Özellikle toplumsal ahlâk kapsamındaki kuralların, bireyler

<sup>34</sup> Herald Delius, “Etik”, Özlem, D. (Eds.), *Günümüzde Felsefe Disiplinleri*, Ara yayınları, İstanbul, 1990, s. 312; Aktaran: Hakan Poyraz, *Ahlâk Felsefesi Yazıları*, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 9-10.

<sup>35</sup> Aksi yöndeki görüşe göre objektif bir ahlâk yasası yoktur. Bu bakış açısına göre, insanların akıl ve eylemlerinden bağımsız bir değer yargısı söz konusu olamaz. Ahlâkî değer son derece sübjektiftir. Bunu hislerin veya davranışlarla ilişkilendiren yazarlar olduğu gibi, insandaki ‘bekâ arzusu’nun bir ürünü olarak kabul eden müellifler de vardır. Ayrıntılı açıklama için bkz. Brian Davies, *Din Felsefesine Giriş*, Çev. Fatih Taştan, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 216-217.

<sup>36</sup> Doğan Özlem, *Kavramlar ve Tarihleri*, Notos Kitap, İstanbul, 2016, s. 132.

arası ilişkileri düzenleyen değer yargıları olması nedeniyle, toplumsal düzenin sağlanmasında ve devamlılığında büyük önem arz etmektedir. Toplumsal ahlâkın sınırları toplumda yerleşmiş ve ortak görünüm sergileyen eylemlerle belirlenmektedir. Düşüncede ve siyasette muhâfazakâr bir tutum sergileyen kesimlerin toplumsal ahlâka büyük önem atfetmelerinin temel motivisi, onun bir nevâ *toplumun çimentosu* olarak görülmesi şeklindeki yaklaşımda gözlemlenebilmektedir.

Tüm bu açıklamalarla birlikte Özlem, Kuçuradi'nin kısmen esnek yaklaşımının aksine gayet katı bir yorumla uluslar üstü, kültürler üstü, tarih üstü bir ahlâkın olamayacağına inanmaktadır. Ona göre esâs itibariyle bir toplumsal fenomen olan ahlâk, uluslara, dönem ve kültürlerle göre farklılık gösterir ve zaman içerisinde değişebilir, dönüşebilir.<sup>37</sup>

Görüldüğü üzere, ahlâk kavramı basit ve açık bir kavram olduğu düşünülmese de hakîkatte öyle değildir. Kullanıldığı saha ve bağlamlara göre bazı farklılıkları gösterdiği açık olsa dahî; bazı özelliklerinin zaman ve mekândan bağımsız olarak aynı kaldığı gözlemlenmektedir. Bu açıklamalar ışığında, ve tabî çalışmanın bazı bölümlerinde gerektiğinde tekrar değinmek üzere, ahlâkın en geniş; şimdilik evrensellik ve toplumsallık çatışkısından bağımsız olarak herkesin üzerinde mutabık kalabileceği bir tanımını vermek gerekirse; onun yanlış ve doğru, iyi ve kötü, erdem ve kusur ile, yaptıklarımızı ve yaptıklarımızın sonuçlarını değerlendirme ile ilgili olan,<sup>38</sup> insanların kendisine göre yaşadıkları bir ilkeler topluluğu, kurallar toplamı olarak tanımlanabileceği kanaatindeyiz.<sup>39</sup>

## 1.2. Ahlâkın Kökeni/Kaynağı/Temeli Sorunu

Yukarıda çok kısa bir özetini vermeye çalıştığımız üzere tarihsel süreç içerisinde 'ahlâk'a ya da 'ahlâki prensiplerin ne olduğu'na ilişkin birçok farklı teorik açılım/yaklaşım geliştirilmiştir. Bu farklılıklardan bağımsız olarak ahlâkî prensipler,

---

<sup>37</sup> Özlem, a.g.e., s. 132.

<sup>38</sup> Jon Nuttall, *Ahlâk Üzerine Tartışmalar*, Çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1997, s. 15.

<sup>39</sup> Ahmet Arslan, *Felsefeye Giriş* (26. Baskı), BB101 Yayınları, Ankara, 2018, s.127.

tarihsel açıdan tartışmanın kendisi, gerek bireysel, gerek toplumsal ve hatta siyasal ilişkiler düzeyinde, bir canlı türü olarak insana ait ayırıcı bir nişanı, ‘yaratıcının insanlara armağanı’ olarak ya da ‘insanlığın ürünü olan medeniyetin çıktıkları’ şeklinde görülmüştür. Ahlâki prensiplerin geniş anlamıyla bireysel, toplumsal ve siyasal açıdan taşıdığı önem, esâslı bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Ahlâkın/ahlâki prensiplerin kaynağının/kökeninin/temelinin, nerede ve nereye kadar geçerli olduğu, ve diğer temel kavram, olgu, eş veya daha alt dereceden değer alanlarıyla olan ilişkisi ile bu ilişkilerin kapsamı, evrenselliği ya da göreliliği gibi sorun alanları tartışılmalıdır.<sup>40</sup> Burada, çalışmanın sınırları çerçevesinde ‘ahlâkın kökenine/kaynağına/temeli’ne<sup>41</sup> dair en temel yaklaşımlar kısaca değinilmeye çalışılacaktır.

Özlem’e göre “ahlâk”ı temellendirme girişimlerinin büyük çoğunluğunda evrenselci bir tutum ağır basmakla birlikte, esâs olarak ahlâka üç ayrı temel/kaynak/köken gösterilmektedir. Bunlar evren(kozmos), insan ve tanrıdır.<sup>42</sup>

Özlem, öncelikle evrenden (kozmos) yola çıkarak bir kozmolojik temellendirmeden bahseder ve Grek filozoflarını ele alır. O, eski Yunan düşünürlerinin evrendeki düzen ile insan yaşamındaki düzen arasında bir farklılık görmediklerinden, insan yaşamındaki düzeni evrendeki düzenin bir devamı saydıklarından bahsetmektedir. Onlar için evrende her şeye hükmeden bir akıl, bir *logos* vardır. *Logos*’un hükmettiği evren ise ‘aklî düzene sahip evren’ anlamında *kozmos* olarak adlandırılmaktadır. Doğal olarak evrenin bir kozmos olduğuna inanan bu insanlar için de, ‘iyi yaşam’, ‘ahlâkî yaşam’; bu kozmosla daha doğrusu *kozmi* düzenle<sup>43</sup> bir şekilde yaşamaktan ibaret hale gelmektedir.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Fatih Duman, *Evrensellik ve Tarihsellik Arasında Edmund Burke-Ahlâkın/Siyasetin Felsefi Temelleri*, Muhafazakâr Düşünce Dergisi, Sayı: 19-20 (2.Baskı), 2009, s. 11.

<sup>41</sup> ‘Köken’, ‘kaynak’ ve ‘temel’ kelimelerini bir arada ve alternatifli olarak kullanmamızın sebebi, literatürde kâhır ekseriyetle her üç sözcüğün de benzer mânâlarda birbirinin yerine kullanıldığını, kayda değer temellendirilmiş bir ayırım kriteri de göremediğimizdendir. Biz burada, temel/köken/kaynak kelimeleriyle “ahlâk”ın kendisinin ve dahî kural ve ilkelerinin ayrı ayrı neşet ettiği alanı kastediyoruz. Metin içerisinde farklı kullanımlar söz konusu olsa da mânâ birdir.

<sup>42</sup> Özlem, *Etik-Ahlâk* ..., s. 24.

<sup>43</sup> Grek düşüncesinde, insan evrene göre *mikrokozmos*, evren insana göre *makrokozmostur*. Özlem, *Etik-Ahlâk* ..., s. 24.

Özlem'e göre, ahlâkî hayatı içerisinde insan ve evren arasında mahiyet ve özellik itibariyle bir fark olabileceği düşüncesi, Grek zihnine yabancıdır. Bu zihin, onun tespitine göre, olgu ile değer, doğa yasası ile ahlâk ilkesini birbirlerinden mahiyet ve özellik itibariyle ayrı şeyler olarak görmek bir tarafa; bilakis doğrudan birbirinden türetilen nosyonlar olarak görülmektedir. Doğal olarak kozmostaki düzenin, ahlâkî düzen için de bir model teşkil ettiği söylenebilecektir.<sup>45</sup>

Ahlâkın temeline/kökenine/kaynağına dair yaklaşımların ikinci olarak Özlem, dinsel/teolojik temellendirmeyi zikreder. Kozmolojik temellendirmenin bittiği noktada, dinlerde, özellikle tanrıyı evreni yaratan eşsiz, kusursuz ve mükemmel *kadir-i mutlak* olarak kabul eden dinlerde, ayrı bir temellendirmeden bahsedilebilir. Kozmik düzenle uyum içerisinde olan bir 'iyi'nin yerine geçen ilâhî irade ile bu ilâhî iradenin emirlerinin olduğu söylenebilir. Burada, kozmik düzenin de yine tanrının şekillendirdiği bir organizasyondan ibaret olması gerekmektedir. Bu noktada eylemlerin doğruluğuna dair yargıda bulunmanın yolunun artık, tanrıya ve onun emirlerine itaat etmekten geçtiği söylenebilecektir. Aynı şekilde 'kötü' de bu tanrısal iradeye yani buyruklara aykırılıktan ibarettir.<sup>46</sup>

Ahlâka dair temellendirme ayrımları içerisinde belki de en çok eleştiri dinsel/teolojik temellendirmelere yönelmektedir. Tipik bir eleştirel yaklaşımı temsilen Nuttall'ın argümanına burada değinmekte fayda görmekteyiz. Nuttall, batının teodise<sup>47</sup> krizinin bir yansıması olarak da görülebilecek eleştirisine, klasik mahiyetteki şu soruyu sorarak başlar: Tanrı'nın eylemleri Tanrı'nın eylemleri oldukları için mi iyidir; yoksa onun yaptığı şeyler iyi olduğu için mi Tanrı iyidir? O, bu soruyu, eğer bir kişi iyi ise bunun, onun davranışlarında görülebileceğini hatırlatır, bu cevabın Tanrı için de geçerli olacağını söyleyerek soruyu

---

<sup>44</sup> Özlem, *Etik-Ahlâk* ...., s. 24.

<sup>45</sup> Özlem, *Etik-Ahlâk* ...., s. 25.

<sup>46</sup> Özlem, *Etik-Ahlâk* ...., ss. 25-26.

<sup>47</sup> Kısaca, varolan kötülük ile mutlak iyi olan/olması gereken tanrının nasıl bağdaştırılacağına dair çaba olarak açıklanabilir.

cevaplandırmaya çalışır. Fakat bu, bazen insanların yaptıkları yanlış görünse de bazı nedenlerin arkasına sığınarak aslında yanlış olmadığı şeklinde bir kabule neden olmamalıdır. Burada Nuttall için, en azından, nedenleri bilinmese ve bu sebeple de onun iyi bir eylem olduğu görülmesi dahî, her halükârda eylemin gerçekte niçin iyi bir eylem olduğu hakkındaki nedenler her zaman mevcut olması gerektiği çıkarımında bulunulabilir.<sup>48</sup>

Nuttall’a göre, ahlâkın temellendirilmesinde Tanrı gibi bir otoriteye yapılacak referans kendiliğinden çeşitli sorunlara gebedir.<sup>49</sup> Bu tür bir temellendirmede, yani doğrudan Tanrı’nın otoritesine başvurulduğunda, Tanrı ile yaşanan (ahlâkî bilgiye ne suretle ulaştığımız anlamında), başka insanlarla yaşanan gibi ulu orta olmadığı için tartışmaya açık bir hâlde kalamak durumundadır. Bu açıdan, ilâhî otoriteyi öne sürmek, belki de bir kişinin *Tanrı’nın istediği şey olarak algıladıklarına* bir başvuru olarak da görülebilecektir. Bu yönde öne sürülecek her türlü doğruluk/doğru algılanma iddiası ise her zaman bağımsız bir tür kanıtlama ihtiyacı duyacaktır. Bizâtihi Nuttall’ın kendi ifadesiyle söyleyecek olursak: *“Tanrı’nın kelamı olarak alınan şey Tanrı’nın niçin bunu söylediği hakkında ileri sürülen nedenler ışığında yargılanmalıdır. İyi bir Tanrı’nın kelamı olduğu düşünülen şey, eğer iyi bir kişinin söyleyebileceği bir şey olarak görülemiyorsa, o zaman bu gerçekten Tanrı’dan gelen bir şey olamamalıdır.”* Bir başka tabirle onun için (onun da temsil ettiği düşünsel hat için), salt ‘Tanrı’, ‘Allah’ ya da ‘Buda’ öyle buyurduğu için bir şeyin yapılması gerektiğini iddia etmek, bunu yapmak doğrudur demek, yeterli değildir. O buyruğun Tanrı’nın emri olarak kabul edilebilmesi için aynı zamanda Tanrı’nın onu emretmesindeki sebebin de kabul edilebilmesi gerekmektedir. Ona göre, burada işi “ilâhî sır/hikmet” şeklinde bir savunmayla savuşturmak mümkün değildir.<sup>50</sup><sup>51</sup> Bir otoriteye, özellikle de dinsel/teolojik bir otoriteye referans verilerek yapılmak istenen temellendirmeler her zaman geçici mahiyette bir kabul olarak alınmalı, en

---

<sup>48</sup> Nuttall, a.g.e., s. 41.

<sup>49</sup> Nuttall, a.g.e., s. 41

<sup>50</sup> Nuttall, a.g.e., s. 42

<sup>51</sup> MacIntyre de benzer kanaattedir: “Niçin Tanrı’nın buyurduğu şeyi yapayım (should) sorusuna verilen ilk yanıt itpinden ikinci yanıt tipine geçiliverir: ‘Çünkü o iyidir.’ Bu yanıt Tanrı’ya itaat etmenin bir sebebi olarak iş görmek durumunda olduğu için, bundan şu çıkar ki, eğer kısır bir döngüsellikten kaçınacaksak, iyi, Tanrı’ya itaat çerçevesinden başka bir çerçevede tanımlanmak zorundadır.” MacIntyre, a.g.e., s. 128.

nihayetinde şahsî çıkara değil, başkalarının ihtiyacına ya da kişinin, bizâtihi başkaları tarafından kayda değer bir ideal olarak tanınan bir ideale temas edilmelidir.<sup>52</sup>

Ahlâkın kaynağı/kökünü/temeli sorununa getirilmeye çalışılan cevaplardan belki de en tartışmalı olanı dinsel/teolojik temellendirme girişimi olduğunu belirtmiştik. Tanrı'nın iyi ve kötü olarak nitelediği şeyin norm oluşu fikrine (dinsel/teolojik temellendirme) karşı olarak özellikle batı ahlâk felsefesi yazınında *olgu-değer problemi* öne sürülmüş; Tanrı'nın her hangi bir şeyi iyi olarak buyurmuş olduğu olgusundan zorunlu olarak bir normun çıkmayacağı ileri sürülmüştür.<sup>53</sup> Ancak Özturan'a göre, buradaki olgu-değer probleminin, ancak Tanrının sözünün geçerli olduğu din kaynaklı bir ahlâk için yeterli bir itiraz getiremediği ileri sürülebilecektir. Ona göre din, haz veya fayda gibi bir şey değil, olgusal ifadeleri bizâtihi norm değeri barındıran, mahiyeti itibariyle bu özelliği zorunlu olarak beraberinde getiren durumdur.<sup>54</sup> Özturan'a göre Tanrı'nın varlığı bir iman konusudur ve bir kez 'Tanrı vardır.' önermesi kabul edildikten sonraki alt önermeler de artık birer iman meselesi olur. Ona göre din kaynaklı ahlâkî önermelerdeki zorunluluk, bu kabûl(iman) ile temin edilmiş olur. Fakat bununla birlikte, yine de bu, dinin, ahlâkın kaynağı olması gerektiği anlamına gelmemektedir.<sup>55</sup>

Özlem'in üçüncü ve aslında mahiyeti itibariyle en geniş kapsam sergileme potansiyeline sahip temellendirmesi antropolojik temellendirmedir. Özlem, ahlâkî hayatı evrenden (kozmos) ya da bir dinin akaidinden yâhut da yalnız Tanrı üzerinden temellendirme isteğinin, en sık görülen düşünce reflekslerinden biri olduğunu ileri sürmektedir. Buna karşılık, özellikle, 'özne merkezli' olarak ifade edilen, yeni çağ felsefesiyle beraber, ahlâkî hayatı insandan yola çıkarak/insan merkezli olarak temellendirme girişimlerinin, diğerlerine nispeten bir ölçüde öne geçtiği bile söylenebilmektedir.<sup>56</sup> Burada ikili bir ayrıma gitmekte olan Özlem 'Doğalcı' ve 'Tinselci' adlandırmasıyla iki ayrı bakış açısını vurgulamaktadır. Bu iki temellendirmeden bahsetmeden önce antropolojik temellendirmenin fikrî arka

<sup>52</sup> Nuttal, a.g.e., ss. 41-42.

<sup>53</sup> Hümeýra Özturan, "Ahlâkî Önermelerin Kaynağı Olarak Akıl", Türker, Ö. (Eds.), *Ahlâkın Temeli*, Nobel Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 97.

<sup>54</sup> Özturan, a.g.e., s.98.

<sup>55</sup> Özturan, a.g.e., s.98.

<sup>56</sup> Özlem, *Etik-Ahlâk ....*, s. 27.

planına dair modern dönemde batı düşüncesinde ahlâkın nasıl temellendirilmeye çalışıldığı üzerine kısa bir değini de bulunmak yerinde olacaktır.

En geniş bir bakışla geleneksel dönemden bir kopmayı ifade eden modern dönem, ahlâkın temelinin/kaynağının/kökeninin ne olduğuna dair kadîm tartışmanın yeniden ateşlendiği bir döneme karşılık gelmektedir. Geleneksel düşüncede hâkim olan ahlâkın dinde/inançta temellendirilmesini reddeden Aydınlanma düşüncesi, bu yeni dönemin ziniyetini ve kabullerini yansıtır bir seküler ahlâk inşa etme gibi büyük ve meşakkatli bir görevi üstlenmiştir. Bu dönemde ahlâkın kendisinde temellendirilebileceği tek araç Aydınlanmanın merkezi kavramı olan ‘akıl’dan başka bir şey değildir.<sup>57</sup> Aydınlanma düşünürleri, o döneme değin gelenek ve din bünyesinde vücut bulan mit, ön yargı ve hurafeye karşı, tarihsellik ve toplumsallıktan uzak, tüm özneler için bağlayıcı/geçerli, evrensel bir kategori olarak akıllı göstermişlerdir. Aydınlanma düşüncesinin bu rasyonalist ahlâk kurgusuna geline süreçte Kopernik ve Galileo tarafından yeni ‘modern bilim’ ve bunun sosyal bilimlerin oluşumunda yaptığı yöntemsel tesir, 16. yüzyılda hümanist ve şüpheci düşünürlerin geliştirdiği akıl anlayışı (Rönesans) ve son olarak 17. yüzyılda Descartes ve takipçilerinin kurduğu kartezyen akıl, bu yeni ‘rasyonel otonom özne’ kurgusunun menşeyini teşkil etmektedir. Kant gibi saf anlamda rasyonalist olmayan, empirist ve rasyonalist bakış açılarını meczetmeye gayret eden bir düşünür dahî, ahlâki prensiplerin kökenini empirik tecrübeden bağımsız, *a priori* olarak saf akılda göstermektedir.<sup>58</sup> Burada artık söz konusu olan, kültür, gelenek, din, cemaat gibi bireyi aşan merci ve otoritelere dayanarak değil; tüm bunlardan soyutlanmış bir bireyin, akla dayalı yöntemsel süreci, bir başka ifadeyle ‘bireysel epistemik otonomluğu’ dâhilindeki akıl yürütme sürecidir.<sup>59</sup>

Öte yandan, bireysel ve toplumsal alanda Aydınlanma düşünürlerinin çabası, Kopernik; Galileo ve Newton’un katkılarıyla oluşturulan doğanın/dünyanın bilimsel açıklamasının benzerini, yani doğa bilimlerinde elde edilen başarıları sosyal ve politik alana da uygulamaktır. Bu anlayışa göre nasıl ki Newton fizikî dünyanın

---

<sup>57</sup> Duman, a.g.e., s. 12.

<sup>58</sup> Duman, a.g.e., s. 12.

<sup>59</sup> Duman, a.g.e., s. 13.

doğasını ve düzenini bir kaç temel yasa ile izâh ediyorsa, benzer bir biçimde, aklın ve bilimin (metot) aracılığıyla, sosyal dünyanın da temel yasaları tespit olunabilecektir.<sup>60</sup> Bu inancın bir sonucu da, ahlâk alanının ya da sosyal ilişkiler alanının temel ilkelerinin, bir akıl yürütme neticesinde kurulmaya çabalanmasıdır.

Aydınlanma düşünürlerine göre insanlık tarihi, aklın önüne set çeken perdelerin aralanmasının, hatta kaldırılmasının, bilim aracılığıyla doğanın ve insanın üzerinde egemenlik kurmasının tarihidir. Akılın/rasyonalizmin (akılcılığın) yönündeki modernleşme sürecini, müspet ve arzulan bir eğilimin temsili olarak değerlendiren bir *ilerleme* inancına dayanan bu bakış açısı, ünlü Aydınlanma filozofu Condorcet'nin satırlarında en veciz bir ifadesini bulmaktadır: “*Artık yeryüzünde güneşin, akıllarından başka efendi tanımayan hür insanları, yalnız onları aydınlatacağı gün gelecektir.*”<sup>61</sup>

Bilimsel yöntemin doğa bilimlerinin haricinde sosyal bilimlerde de aynen uygulanabileceği anlamına gelen bu düşünce, müşterek bir akıl tasavvuruyla ‘ahlâk’ın da rasyonel temellerde kurgulanabileceğini öne sürer ve insanın ahlâki mükemmelleşebilirliğinin bir sınırı olmadığını iddia eder. Bilimdeki ilerleme, gelinen noktada “sosyal davranış alanını yeni baştan şekillendirmeye imkân sağlayacak kadar büyük bir güce sahip olduğu” için,<sup>62</sup> insanın ahlâki mükemmelleşmesini de o temin edebilecektir. Hatta denilebilir ki, bilimsel/rasyonel gelişme ile ahlâki ilerleme arasında zorunlu sayılabilecek bir ilişki mevcuttur. İnsanların ahlâki zaafılarının temelinde yatan sebep akılcı olmayan akıl karşıtı unsurlardır, akıl değil. Dolayısıyla aklın, pratik/ahlâkî ilişkilerde de, miras olarak alınan dînî akidelere, hurafelere, ön yargılara, âdetlere ya da felsefî düşüncelere gerek bulunmamaktadır. Sadece akıl, yani onun bilimsel metoda paralel kullanımı,

---

<sup>60</sup> Duman, a.g.e., ss. 13-14.

<sup>61</sup> Duman, a.g.e., s. 14.

<sup>62</sup> Ahmet Cevizci, *Aydınlanma Felsefesi*, Ezgi Kitabevi, Bursa, 2002, s. 180; Aktaran: Fatih Duman, *Eyrensellik ve Tarihsellik Arasında Edmund Burke-Ahlâkın/Siyasetin Felsefî Temelleri*, Muhafazakâr Düşünce Dergisi, Sayı: 19-20 (2.Baskı), 2009, ss. 11-14.

insanın mutluluğu ya da refâhı, doğal olarak da ona mutluluk ve refah sağlayacak olan ahlâkî temeli bulması noktasında yeterlidir.<sup>63</sup>

Burada, Özlem'in antropolojik temellendirme ayırımına dönecek olursak, ilk olarak, yukarıda kısmen değinilen Greklerin *kozmosu*, empirik bir kavram değil, tamamen rasyonel olarak kurgulanmış bir evren tasarımıdır. Yeniçağa biçim veren temel düşünce ise, eskisinden farklı olarak ve fakat evrenin rasyonel bir düzene bir *logos*'a sahip olduğu şeklindeki inancı korumakla birlikte, kosmozdaki düzenin ve rasyonel yapının, empirik yöntemle gösterilmesi gerektiği şeklindedir. Bu da aslında modern doğa bilimlerinin iyice baş göstermesini ve gelişmesini göz önüne getirir. Burada artık tercih edilen kavram, 'kozmos' değil 'doğa'dır. "Doğa ise bilimsel yöntemlerle araştırılıp, yasaları ortaya konulan, deneyimlenebilir olan fizik dünyadır; onun aynı zamanda bir "kozmos" olduğu, ancak deneyim yoluyla gösterilebildiği sürece kabul edilebilir."<sup>64</sup>

Bu bakış açısı insan için de geçerli hâle gelmiştir. İnsanın bir 'mikrokozmos' olup olmadığı, bilimin yani fiziksel, biyolojik, psikolojik bir inceleme ve araştırmanın konusu yapılmadan söylenemeyecektir. Yine de yeniçağa özgü bu anlayışla birlikte insan ve onun ahlâksal yaşamı doğanın bir uzantısı olarak görülmeye devam edegelmiştir. Doğal olarak, insanın ahlâksal yaşamı da, aynı insanın biyolojik, psikolojik yapısı, yani doğal yapısı ve özellikleri göz önünde tutularak temellendirilebilecektir. Bu durumda 'iyi', insanın doğal ve toplumsal gereksinimlerini en uygun şekilde gidermesinde ölçüt olan şeydir. Bir toplumsal varlık olarak insan, doğal ve toplumsal gereksinimlerini yine ve ancak toplum içerisinde karşılayabilir. Ahlâksal yaşamın temellendirilmesinde insanın doğal yanı esâs alınmaktadır.<sup>65</sup>

Diğer taraftan Özlem, insanın doğal yanından değil de, onun tinsel yanından yola çıkan ve hatta doğalcı antropolojik temellendirmeleri reddeden tinselci

---

<sup>63</sup> Duman, a.g.e., s. 14.

<sup>64</sup> Özlem, *Etik-Ahlâk* ...., s. 27.

<sup>65</sup> Özlem, *Etik-Ahlâk* ...., s. 28.

temellendirme şeklinden söz etmektedir. Bu ayrım noktasının en meşhur örneğininse Immanuel Kant düşüncesinde bulunduğunu öne sürmektedir. Özlem'e göre Kant, insanın doğal yanını esâs alan tüm antropolojik temellendirme şekillerini reddederken şu gerekçeye sahiptir: Doğalcı antropolojik temellendirmelerde insan âdeta doğal varlık olmaya indirgenmiş onun yalnızca doğal yanı dikkate alınmıştır. Oysa Kant'a göre doğal bir yan ihtiva etmekle birlikte insan aynı zamanda bir 'tinsel' varlıktır da. Akıl varlığı olarak insan, doğal bir belirlenim altında olsa dahî, bunu kendinden yola çıkarak yapan diğer bir deyişle *kendi kendisini belirleyebilen* bir güce sahiptir. Bu insan, iradesine başvurup bu olanağını kullanarak, kendi ahlâksal yaşamını kendi koyduğu bir 'ahlâk yasası'na göre belirleyip düzenleyebilir. O, ancak sahip olduğu bu otonomi ve bu ahlâk yasanın buyruğunu yerine getirmeyi ödev kabul ederek özgür olabilir. Özgür olma olanağı da ancak insana açık bir olanaktır.<sup>66</sup> İnsan burada artık, doğa ortasında ve fakat doğal yanından az çok bağımsız, özgürce kurduğu ve kendisine ait bir dünyada ahlâkî yaşamını idame ettirir.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Özdele Kant'ın özgürlük görüşü ile ahlâk yasası arasındaki rabıta, genel de onun ahlâk felsefesinin ana hatlarına dair muhtasar bir okuma için bkz. John Rawls, *Kant'ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri*, çev. Özlem Barın, Cogito Üç Aylık Düşünce Dergisi, Sayı 41-42, 2005, ss.241-275.

<sup>67</sup> Özlem, *Etik-Ahlâk ...*, ss. 24-29. Özlem'in bu üçlü-toparlayıcı tasnifinden başkaca Özturan'ın çoklu-ayrıştırıcı bir tasnifi de söz konusudur. Felsefe tarihinden panoramik bir bakışla süzgeçten geçirdiği ahlâka dair temellendirme çeşitlerini kısaca şu şekilde belirtmektedir: 1) *Haz ve fayda*: Bir şeyin, haz vereceği yahut en fazla sayıda insana en fazla faydayı getireceği yönündeki bir düşünce, bizi iyi ve kötüyü belirlemeye götürüyorsa burada ahlâkın kaynağının haz ve fayda değil; haz ve faydayı belirleyen *yeti* olması gerekmektedir. 2) *Sezgi*: İyi olanın insan tarafından herhangi bir vâsıta olmaksızın kavranıverdiği iddiasını taşıyan sezgi de ahlâkın kaynağı/temeli/kökünü sorununa bir yaklaşım getirme gayretindedir. Fakat bu yaklaşımın insanlar arasındaki ahlâki yargı farklılıklarına mâkûl bir açıklama getiremeyeceği, diğer yandan sezgi kavramının müphemliği ve muğlaklığı, onun bir çözüm önerisinden çok yeni ve başka bir sorunun kaynağı olarak görülmesine yol açmaktadır. 3) *Vicdan*: Yüzeysel bakıldığında sarıh gözükse de her şeyden önce tıpkı sezgi bahsinde olduğu gibi vicdanın ne olduğu sorusu sorulduğunda önümüze ciddi bir muğlak alan çıkacaktır. Gerçekten de vicdan felsefî olarak sorgulandığında mahiyeti hususunda pek de fikir verici görünmeyen bir kavramdır. Romantik, duygusal ve ya kültürel saiklerle getirilecek tanımlar yeterli gelmeyeceğinden, vicdanı ahlâka temel/kaynak olarak gösteren temellendirme girişimleri her zaman felsefî bakımdan kifayetsiz kalacaktır. 4) *Duygu/İnsan Tabiatı*: bilhassa David Hume tarafından etraflıca işlenmiştir.. Hume'a göre ahlâki kötü dediğimiz şey, duyduğumuz iğrenme ve beğenmeme hâlinde başka bir şey değildir. İyiise yine duygusal olarak söz konusu şeyi onaylamamızdan ibarettir. Bu beğenme ve beğenmemede aklın her hangi bir rolü yoktur. (David Hume, *A Treatise of Human Nature*, ed. Ernest C. Mossner, Penguin Classics, New York, 1969, ss. 508-509 ss. 522-523) Hume'un ki dışında kalan duygucu teoriler ise hınç, korku, kaygı, iktidar arzusu gibi tek bir duyguyu öne çıkarmakta ve insanın ahlâki yargılarını yönlendiren şeyin bu temel duygusu olduğunu ileri sürmektedir. Bu teoriler insanın sadece kötü tarafını ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla esasında insan tabiatına ilişkin bir ön kabulden türmektedirler. Bu nedenle duygu cevabını, tek başına duygu kavramından ziyade, 'insan tabiatı' kavramı çerçevesinde de ele alma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır ki bu da konunun alanının felsefeden taşıp, empirik bilimlere doğru uzandığını göstermektedir. 5) *Toplum*: Ahlâki normların belirleyicisi olarak toplumu kabul etmek, diğer bir deyişle ahlâki olanın toplumdan topluma değişebileceğini kabul etmek, ahlâkın kaynağının toplum olduğunu kabul edebilmek için yeterli bir

Bu bahisteki açıklamalarımızı sonlandırırken ahlâkın kaynağı/kökünü/temeli sorununa dair Yaran'ın bizce yerinde olan bir tespitini de zikretmek gerekir. Yaran'a göre her şey değişme denilen yasaya tâbî olarak değişmiştir, değişmektedir ve değişecektir. Ahlâkın da ahlâkın kökenine/temeline dair yaklaşımların da bu yasanın dışında olmadığından aynı süreci yaşamak durumunda olduklarını ileri süren Yaran ahlâkın kaynağına dair yaklaşımların Aydınlanmayla birlikte kökünden değişmesini tarihsel süreçteki en ciddi kırılmalardan biri olarak nitelendirmektedir. O, yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren de bir kısım müelliflerin postmodern dönem olarak adlandırdığı içerisinde bulunduğumuz dönemde, ahlâka temel aramak gibi bir tasa da kalmadığını öne sürmektedir. Böyle bir girişim hâkim postmodern zihin yapısı tarafından modası geçmiş ve belki hatta romantik olarak telakki edilebilecektir. Ona göre, günümüzde ahlâk artık, iyice küçülmüş, kişisel ve kültürel bir noktaya indirgenmiş ve neredeyse tamamen göreceleşmiş bir ahlâk konumuna gelmiştir.<sup>68</sup>

### 1.3. Ahlâk-Etik Ayrımı

Çalışmamız kapsamında ahlâkın tanımı ve kaynağına dair açıklamalarımızdan sonra ayrı bir başlık açarak değinme ihtiyacı hissettiğimiz bir başka konu ise ahlâk ve etik kavramlarının kullanımlarındaki benzerlikler ve farklılıklardır. Bu iki kavram bazen eş anlamlı bazen birbirini tamamlayacak şekilde yakın anlamlı, bazen

---

argüman barındırmamaktadır. Bu noktada, toplumun tâyin ve müeyyide kuvveti ile ahlâkî doğruları keşfedip uygulamaya sunmasını karıştırmamak gerekmektedir. Öte yandan ahlâkın kaynağının toplum olduğu yönündeki bir kabul bizi zorunlu olarak 'izafi bir ahlâk'ı da meşrulaştırmaya itecektir. 6) *Tecrübe-Meşhûrat*: Bu yaklaşıma göre ahlâkî yargılar, belli bir insanî tecrübenin sonucunda varılmış hükümlerdir. Mesela insalık yalan konuşmanın uzun vadede zararlarını gözlemlemiş, tecrübe etmiş ve neticede onun kötü bir şey olduğuna karar verebilmiştir. Burada söz konusu olan şey bazı tecrübelerin birikmesinde ibarettir. Doğrudan tecrübenin kaynak olmasından çok, insan aklının vardığı yargıların tarihsel süreç içerisinde pekişmesi ve gündelik yaşamda tekraren gözlenebilen bir tecrübe, müşterek kanaate dönüşmesi olarak açıklanabilir. 7) *Akıl*: Salt insan aklına dayalı ahlâkın; merhamet ve özveri gibi insanların çoğunluğu tarafından erdem olarak kabul edilen değerleri temin etmekte başarılı olabileceği pek söylenemez. Bu gibi davranışların 'iyi' olduğuna dair aklen bir onama getirilebileceği söylenebilirse de bunların, '*adaletin iyi olduğu*' ya da '*haksız yere insan öldürmenin kötü olduğu*' gibi temel ahlâkî yargılarla aynı şekilde akıl yoluyla elde edilebileceği pek mümkün görünmemektedir. Akıl yoluyla elde edilen ilk ahlâkî önermeler, zorunlu ve asgarî olan erdemlerdir. Fakat merhamet ve fedakarlık gibi daha üstün bir seviyede kabul edilen erdemlerin, aklen zorunlu olarak insana verildiğine dair yaklaşım mâkûl görünmemektedir. (Hümeýra Turan, a.g.e., ss. 89-90.) Öte yandan Özlem gibi üçlü bir tasnif yapan bir başka isim de Yaran'dır. O da ahlâkın temellendirilmesinde kozmolojik, toplumsal ve bireysel/içsel temelleri esas alır. Fakat bu tasnifin gerek Özlem ve gerek Özturan'a nispeten yüzeysel kalmış ve bizce yeterli temellendirilmeden yoksundurlar. Salt Özlem'in üçlü tasnifine benzerliği nedeniyle zikredilme gereği duyulmuştur.

<sup>68</sup> Cafer Sadık Yaran, "Ahlâkın Temelleri ve 'Hakla Kal' Önerisi", Türker, Ö. (Eds.), *Ahlâkın Temeli*, Nobel Yayıncılık, İstanbul, 2015, s 67.

tamamen birbirinden bağımsız olarak kullanılmaktadır. Tüm bu kullanımlara ve farklı anlam atıflarına kısa panoromik bir bakış atmak faydalı olacaktır.

Ahlâkın tanımına dair yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaları da hatırd tutarak “etik” kelimesine getirilen çeşitli tanımlara bakacak olursak, onun, çeşitli sözlüklerde ilm-i ahlâk, ahlâkiyyat,<sup>69</sup> edebiyat,<sup>70</sup> töre bilimi, çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütünü, etik bilimi<sup>71</sup>, ahlâk felsefesi, ahlâki-ahlâkla ilgili,<sup>72</sup> ahlâklara ve ahlâklılığa ilişkin konularda teorik düşünme,<sup>73</sup> felsefenin değerle ilgili boyutunu oluşturan felefe disiplini<sup>74</sup> olarak açıklandığı görülmektedir.

Genel olarak bir ayrıma tâbî tutulmalarına rağmen etik ve ahlâk (moral), hem günlük kullanımda hem de felsefede sık sık birbirlerinin yerine kullanılabilir. Her iki kelimenin etimolojik kökenleri karşılaştırıldığında esâsında bir benzerlik de görülmektedir.<sup>75</sup> Etik sözcüğünün kökeni Grekçe “ethos” ile ilişkilendirilirken moral sözcüğünün ise Latince “mos” kelimesinden türediği kabul edilmektedir. Her iki kelime de gelenek, alışkanlık, görenek, karakter, huy, mizaç gibi anlamlara gelmektedirler.<sup>76</sup> “Moral”ın karşılığı olarak Türkçe’de genelde kullanılan “ahlâk” sözcüğü de -yukarıda tanımlar arasında da sayıldığı gibi- Arapça “hulk” kelimesi kaynaklıdır ve bu kelime de aynı anlamlara gelmektedir. Buna göre, “etik”, “moral” ve “ahlâk” sözcükleri, nüanslar gözardı edilirse, ortak anlam kesişim noktaları çok

<sup>69</sup>Etik, Türk Dil Kurumu, Türkçeden Osmanlıcaya ...., s. 120.

<sup>70</sup>Ethics, Redhouse, a.g.e., 112.

<sup>71</sup> Bir felsefe-bilim dalı olarak İngilizce’deki Ethics kullanımı bizde bir farklılık gözetilmeden yerine göre etik kelimesiyle karşılanmaktadır. Aslında, ethic, ethics, moral, morals, morality gibi batı kökenli, yakın anlamlı, birbirleriyle olan ilişkileri nedeniyle sürekli bir kullanım karmaşasına neden olan bu bahis ayrı bir araştırmanın konusu olduğundan burada yalnızca çalışmamız kapsamında yeri geldikçe değinilecektir.

<sup>72</sup>Ahlâkiyat, Akalın (TDK), a.g.e., s. 55.

<sup>73</sup> Arnold J. Cooley, A Dictionary of The English Language Exhibiting The Orthography, Pronunciation, and Definition of Words, according to the Prevailing Usage of Correct Writers and Speakers, with Additional ‘Notations’ of Words Differently Pronounced by Different Ortoepists; an Including the Participles, Adverbs, Substantives, and Other Derivatives, Not Generally Found in Dictionaries, and also A Large Number of Classical and Foreign Words and Terms of Modern Art and Science, W. and R. Chambers, London and Edinburgh, 1861, s. 199.

<sup>74</sup>Ethik, Cevizci, Felsefe Sözlüğü ...., s. 165.

<sup>75</sup> Özlem, Kavramlar ...., ss. 129-130.

<sup>76</sup> Krş. Ethics and morality, The Blackwell Dictionary of Western Philosophy, Nicholas Bunnin-Jiuyan Yu, Blackwell Publishing, Oxford, 2004, s. 228.

geniştir. Ancak biz, onları bilinçli bir şekilde felsefe sahası içerisindeki kullanımları yönünden bir anlam ayırımına tâbî tutuyoruz.<sup>77</sup>

Burada etik kavramını ahlâk ile ilişkisi bağlamında incelemeye çalışırken yukarıda ahlâkın ne olduğuna dair ortaya koyduğumuz açıklamaları da hatırlayarak ve fakat orada gösterilen tanımlara tamamen bağlı kalmadan, daha esnek bir bakışla etik-ahlâk ayırımının sınırlarını serimlemeye çalışacağız.

Cevizci'ye göre ahlâk, felsefeden bağımsız bir alan olarak ve felsefenin, diğer bir deyişle etiğin, temel disiplinlerinden birisidir. Sosyolojik ve kültürel bir saha olarak ahlâk, büyük oranda toplum içinde bir şekilde oluş(turul)muş olan norm ve kurallar sistemine karşılık gelir ve felsefeden büyük ölçüde bağımsız bir durumdadır. Burada ahlâk aslında bir düzen kavramı olarak görünmektedir.<sup>78</sup> Diğer bir ifadeyle, doğal ya da uzlaşî yoluyla toplum içinde bir şekilde oluşmuş ve gelenek yoluyla birikerek aktarılmış normlardan ibarettir ve düzenin tesis edilmesinde başat rollerden birini üstlenir. Onun bu yaklaşımına göre ahlâk toplumsal değerlendirme biçimi olarak alışkanlıkla, töre veya görenekle ilgilidir, varoluşunu burada sergiler.<sup>79</sup>

Ahlâkın bir toplumun töreleşmiş, gelenekselleşmiş yaşama tarzı olduğu yerde etik ise bu pratiğin teorisi olarak görünmektedir.<sup>80</sup> Etik, davranışın doğruluğu ya da yanlışlığına dair yapılan teorik bir araştırmadır. Buna karşılık ahlâk, Cevizci'ye göre ahlâk teorisinin –yeni etiğin- pratiğidir. Buradan yola çıkarak da “ahlâki ilkeler”den değil “etik ilkeler”den, aynı mantıkla etik değil de ahlâki bir davranış şeklinden bahsedilebilir. Etik, bir kişinin tekil durumlarda sergilemek istediği değerlerle ilgiliyken ahlâk bu değerlerin hayata geçirilme şekline karşılık gelir. Cevizci'ye göre buradan yola çıkarak ahlâkın biraz daha *yerel*, buna karşılık etiğin *evrensel* bir yönü olduğu söylenebilir. Her iki kavram arasındaki ilişkinin sıkı ve birbirini

---

<sup>77</sup> Gündoğan, a.g.e., s. 8.

<sup>78</sup> Annemarie Pieper, *Etiğe Giriş*, Çev.: V. Atayman-G. Sezer, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, s. 47; Aktaran: Cevizci, Etik-Ahlak ..., ss. 11-12.

<sup>79</sup> Cevizci, Etik-Ahlak ..., ss. 11-12.

<sup>80</sup> “Ahlâk, bir ilke kavramından ziyade bir düzen kavramına karşılık gelir. O, ortaya çıktığı yer ya da toplulukta düzeni tesis eden davranış kuralları ve normlar bütünüdür.” Cevizci, Etik-Ahlak ..., s.17.

tamamlar nitelikte olduğunu kabul eden yazar, bir çok düşünürün *ahlâk olmadan etiğin içeriksiz, etik olmadan da ahlâkın yön­süz kalacağı* şeklindeki görüşlerini benimseyerek zikreder.<sup>81</sup>

Cevizci'nin yorumuyla ahlâk, bir kişi ya da grubun belli bir tarihsel dönem içinde geçerli olan, o kişinin ya da grubun nasıl 'eyleyeceklerine' dair tasarımlarda bulunan inanç, değer, norm, buyruk, yasaklar topluluğu olarak görülebilir. Ahlâkın bu yönüyle insan yaşamının her yanına nüfûz ettiği söylenebilir. Yine bu yönüyle ahlâka –ahlâklar olarak- tarihsel süreçte her insan topluluğunda mutlaka rastlanacağı da muhakkaktır. O, ahlâk üzerine düşünmeye, ahlâk üzerine felsefe yapmaya başlayan kimsenin, diğer bir deyişle etiğin sahasına giren bir araştırmacının fark edeceği ilk şeyin *ahlâklar çokluğu* olacağına temas eder.<sup>82</sup>

Özlem'e göre, bu ahlâklar çokluğuyla karşı karşıya kalan bir kimsenin ilk tespitlerinden biri, çeşitli ahlâklara ait değerler ve normların görelî olduklarını, diğer bir deyişle ahlâk ilkelerinin göreliliği olabilecektir. Hatta bu tespiti yapan bir kimse yalnız kendi dönemiyle sınırlı kalmayarak geçmiş tarihsel süreçte de ahlâk ilkelerinin her zaman görelî olduğu ve böyle de kaldığı tespitinde de bulunabilecektir. Akabinde aynı kişi, bu ilk iki çıkarımın doğal bir neticesi olarak tüm insanlar için geçerli, onların hepsini bağlayıcı evrensel ahlâk ilkelerinin ne geçmişte ne de hâlde olacağını ve bu göreliliği aşan bir evrenselliğin mümkün olmayacağı yönünde nihâî yargıya varabilir. Aynı kişi bu yargısını yeterli bularak kendi subjektif kanaat ve inançları doğrultusunda kendisi üzerine kurmuş olduğu bir ahlâkî hayat yaşamakta karar kılabilir. Ya da aynı kişi bu görelilikten tatmin olmayıp tüm insanlık için geçerli olabilecek evrensel ahlâk ilkelerine ulaşmaya, kaos görünümündeki bu göreliliği aşmaya çalışabilir. Bu gözlem ve akıl yürütmelerden hareketle bir evrensel ahlâk geliştirmeyi denemek, evrenselciliğe (üniversalizm) başvurmak, ya da bu evrenselciliğin bir isimlendirmeden ibaret olduğunu (nominalizm) kabul ederek bir görelîliğe (relativizm) varmak<sup>83</sup> eski çağlardan beri süren ve hâlen devam eden ana

<sup>81</sup>Ahlâk, Cevizci, Felsefe Sözlüğü ...., s. 16.

<sup>82</sup> Özlem, Etik-Ahlâk ...., s. 18.

<sup>83</sup> Özlem, Etik-Ahlâk ...., s. 19.

eğilimdir.<sup>84</sup> Neticeten, yaygın kanaate göre etik, “ahlâk” denen fenomeni incelemeye alan teorik bir araştırma alanıdır. Onun vazifesi, bir ahlâk ortaya koymak yeni bir ahlâkî dizge öne sürmek ya da diğer bir deyişle ahlâklar çokluğuna yeni bir tanesini daha eklemek ve insanlara bu ahlâkı telkin etmek değildir. Etik, pratiğe dair olan ahlâkı teorik bir incelemenin konusu haline getiren felsefî bir disiplindir.<sup>85</sup>

Etiğin ahlâkla olan ilişkisinin, daha doğrusu ondan farklı olan yönünün, daha iyi anlaşılması için bazı etik yapma türlerinin ya da diğer bir deyişle etik türlerinin kısaca zikredilmesi faydalı olacaktır. Felsefî bir disiplin olarak etik de kendi içinde içerik ve metotları yönünden çeşitli başlıklara ayrılmıştır. Bunlar, en temel ayrım olarak, genel eğilimi de yansıtır şekilde üç temel etik türünün<sup>86</sup> olduğunu öne süren Poyraz’a göre *metaetik*; *normatif etik* ve *uygulamalı etik*tir.<sup>87</sup>

Normatif etik, ahlâk felsefesinin ne olduğunu sorun edinen ve esâsen insanın nasıl yaşaması gerektiğine ilişkin ilkeyi araştıran bir etik yapma türüdür. Genel geçer ahlâkî ilkelerin var olduğunu peşinen kabul eder. Daha sonra bunları felsefî açıdan değerlendirir, eleştiriye tâbî tutar ve gerekirse insanlara yaşamlarına ışık tuacak ahlâkî ilkeler ve normlar konusunda rehberlik etmeyi temel alır.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Genel olarak etik ve özelde etikteki ana eğilimler hakkında bkz. David Wong, “Relativism”, Singer, P.(Eds.) *A Companion to Ethics* (Twenty Fourth Edition), Blackwell Publishing, United Kingdom, 2007, ss 442-450; Richard Mervyn Hare “Universal Prescriptivism”, , Singer, P.(Eds.) *A Companion to Ethics* (Twenty Fourth Edition), Blackwell Publishing, United Kingdom, 2007, ss. 451-463.

<sup>85</sup> Etik ile ahlâk felsefesinin eş anlamlı kullanımını hatalı olarak kabul etmektedir. Etik ile ahlâk felsefesi arasında bir ayrım yapan Tepe bu farkı şu şekilde açıklamaktadır: “ İyi-kötü- ‘yapılması-yapılmaması gerekenler eksenleri etrafında sıralanan değer yargıları normlar ilkeler ve kurallar yani ahlaklar üzerinde bilgi ortaya koymaya çalışan etkinlik bilgi dalı olarak ahlâk felsefi ile ahlâklardan (morallerden) bağımsız olarak kişilerin yapıp etmelerine eylemlerine ilişkin eylemin felsefi bilgisi olan etik farklıdır.” Bkz. Tepe, a.g.e., ss. 14-15. Benzer bir yaklaşım için krş. Kuçuradi, Uludağ ...., s. 36.

<sup>86</sup> Etik türlerine dair farklı bir ayrım ve tasnif için bkz. ve karş. *Etik*, Akarsu, a.g.e., s. 68.

<sup>87</sup> Hakan Poyraz, *Dil v....*, s. 18.

<sup>88</sup> Yaran, a.g.e., s. 16. Normatif Etik, kendi içinde üç ana başlıkta incelenebilir: Erdem Etiği, Deontolojik Etik, Faydacı (Teleolojik) Etik. Bunlardan *erdem etiği*, dürüstlük ve yardımseverlik gibi iyi karakter/huy alışkanlıkları/nitelikleri geliştirmenin önemini vurgular. Deontolojik etiğin ilk ve en iyi örneği olarak *dini etik*, İslâm veya Hristiyan etiği benzeri, kaynağında Tanrı’nın iradesinin bulunduğu dini etik oluşturur. Söz konusu etik anlayışta, ahlâkî açıdan doğru olan şey Tanrı’nın emirlerine uygun davranmaktan, O’nun yap dediği şeyleri yapmaktan, yapma dediği şeyleri yapmamaktan oluşur. Buna göre “doğru” Tanrı’nın irade ettiği şey anlamına gelirken “yanlış” da onun iradesine aykırı olanı ifade eder. Bkz. Arslan, a.g.e., ss. 231-232. Ödev etiği görev temelli ahlâk kuramının en önemli ismi Felsefe tarihinin akışını değiştiren Kant’tır. Tek bir görev ilkesini

Metaetik ise etiği merkeze alarak bir üst düşünmede bulunmak, ahlâka dair kavram ve yargıları dilsel/mantıksal çözümlemeye tabi tutarak araştırmayı yöntem olarak kabul eden bir yaklaşım şeklidir.<sup>89</sup> Ahlâk felsefesinin belki de en çözümleyici ve başka bir açıdan da en teorik kısmını teşkil eder. Normatif yaklaşıma karşı çıkmak, kavramsal/mantıksal çözümlemeleri ahlâk felsefesi yönünden yeterli bir işlev olarak kabul etmek gibi özellikleriyle 20. yüzyıl analitik felsefe geleneğiyle de ilişkilendirilmektedirler.<sup>90</sup>

Uygulamalı etik ise doğrudan idam cezası, ötenazi, kürtaj, eşcinsellik, bioetik, gibi gündelik yaşamla ilgili, tartışmalı<sup>91</sup> somut ahlâki konulara odaklanan bunlar üzerinden bir tasarım geliştirmeye çalışan bir etik türüdür.<sup>92</sup> Normatif etik kuramlarına ait/onlar tarafından ortaya çıkarılan ahlâkî normları ve/veya ilkeleri özel ahlâki konulara tatbik ederek doğru çözümler üretmeye çabalar.

Tüm bu açıklamaların ışında netice itibariyle ahlâk ve etik arasındaki ayrımın, ya da ilişkinin nasıl seyrettiğine dair açıklamalarımızı toparlayacak olursak şöyle söyleyebiliriz: Ahlâk bir yönüyle, bireysel veya toplumsal düzlemde “yaşanan”, “tatbik edilen” bir kavram iken, etik bu kavram üzerine felsefî bir araştırmanın gerçekleştirildiği sahadır. Etiğe bu yönüyle ahlâk felsefesi de denilebilecektir.<sup>93</sup> O,

---

vurgulayarak genel ve temel bir görev ilkesinin olduğunu ve bunun daha özel görevleri kapsadığını iddia eder. Bu onun kategorik imperatif/kesin buyruk (*kategorik* ve *hipotetik buyruklara* dair kendi açıklamaları için bkz. Immanuel Kant, *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi* (6. Baskı), Çev.: İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2015, s. 29.) dediği, kişisel arzu ve eğilimlerden bağımsız olarak mutlaka uyulması gereken tek bir akıl ilkesidir. En önemlisi ise şudur: ‘Öyle bir ilkeye dayanarak eyle ki, bu ilkeye dayanarak isteyebileceğin şey , aynı zamanda genel bir yasa olsun.’ Salt formel ve içi boş olan bu buyruk, tekil eylemlerimize bir ölçüt olarak uygulandığında pratik bir işlev görür. Bu buyrukların bir diğeri de ‘İnsanlara asla bir amacın aracı olarak değil, başlı başına bir amaç olarak davran!’ buyruğudur. (Yaran, a.g.e., ss. 34-38.) Faydacı etik (teleolojik etik): Faydacı etiğin ait olduğu daha üst başlık grubu, sonuçsalıcı (finalist) ve teleolojik (telos Yunanca ‘son’) denilen normatif ahlâk teorileridir. Sonuçsalıcı normatif teorilere göre, eylemlerimizin doğru/ahlâki olup olmadığına, eylemimizin sonuçların tartarak karar veririz. Bir eylemin sonuçlarının faydası ya da olumlu/lehte yanları, zararından ya da olumsuz/aleyhte yanlarından daha fazla ise, o eylemi yapmak ahlâken doğrudur.

<sup>89</sup> Poyraz, Dil ve ...., s. 18.

<sup>90</sup> Yaran, a.g.e., s. 16.

<sup>91</sup> Yaran, a.g.e., s. 17.

<sup>92</sup> Poyraz, Dil ve ....,s. 18.

<sup>93</sup> Bkz.: dn. 78.

*praksis*<sup>94</sup> alanına ait olan ahlâkî ve tekil ahlâk çokluğunu felsefî soruşturmaya tabi tutar.<sup>95</sup> Bununla beraber etik, tek tek ahlâklar, ahlâk öğretileri üstüne bir düşünme etkinliği olmakla birlikte, aynı zamanda, onun bir felsefe etkinliği olmasının neticesi olarak, ahlâk alanına ait “mutluluk”, “yarar”, “erdem”, “iyi”, “kötü”, “haz”, “ödev”, “irade”, “özgürlük”, “değer” gibi kavramların anlamlarını mümkün olduğunca en genel perspektiften tahlil etmeye ve çözümlemeye çalışır.<sup>96</sup>

Belirli bir ahlâkî dizgeyi savunmak ahlâkın alanına dâhildir. Bununla beraber, herhangi bir spekülasyona ya da sloganik yaklaşıma kapılmaksızın, ahlâklar ve ahlâk anlayışları üzerine bir düşünme şekli geliştirmek, ahlâkları objektif olarak betimlemek etiğin görevlerinden biridir. Bu yönüyle etiğe “*betimleyici etik*” de denilmekte ve etik türlerini tasnif ederken bazı yazarlar tarafından bu ibarenin kullanıldığı bilinmektedir.<sup>97</sup> İnsan eylemlerine dair genel olanı araştıran etik ahlâkî hükümler vermez; ahlâkî yargılarda ne söylenmek istediğini tahlil ederek en genele ulaşmak ister. Bu açıdan etik bir “ahlâk yargıları mantığı” iken, eleştirel olması hasebiyle de normatif(ahlâkî kural koyucu) olan ahlâktan farklı bir noktaya düşer; bu özelliği ile “*eleştirel etik*” olarak da adlandırılabilir.<sup>98</sup>

Ahlâk üzerine yapılan tanımlamalar kadar çok sayıda ve hacimde olmasa da, etik hakkındaki tanım girişimleri de nispeten çeşitlidir. Gündelik kullanımdan felsefî (teknik) kullanımlarına kadar geniş bir zeminde kullanılan bu iki kavram üzerinde net ve kesin bir tanım üzerinde uzlaşmak mümkün görünmemektedir. Bu iki kavramın, her farklı bakış açısından anlamlandırılmaya ve konumlandırılmaya son derece açık olduğu söylenebilir. Özlem’in yerinde tespitiyle ifade edecek olursak netice itibariyle “*Etik ahlâk ayrımı, hep bulanık kalacak olan bir ayrımdır.*”<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> Uygulama, aksiyon, tatbikat.

<sup>95</sup> Özlem, Kavramlar ...., s. 129.

<sup>96</sup> Özlem, Kavramlar ...., s. 129.

<sup>97</sup> Bkz. dn. 79.

<sup>98</sup> Özlem, Kavramlar ...., s. 130.

<sup>99</sup> Özlem, Kavramlar ...., s. 134.

## 2. HUKUK KAVRAMI

Tıpkı örf, âdet, görenek olarak zikredilen toplumsal kurallar gibi hukuk da insan eylem ve davranışlarını muhatap alan, insan eylem ve davranışlarını yönlendirmeye çabalayan, onları kendi değerler dizgesine uydurmaya çalışan bir kurallar sistemi olarak ilk elden tanımlamaya kalkılırsa bile, bir müddet durup düşünmeye başlandığında tıpkı ahlâk gibi kaotik bir başka kavramla daha karşı karşıya kalındığı hemen anlaşılabilecektir. Çok genel, soyut tanımlama girişimlerini hariç tutarsak gerçekten de görenek, örf, ahlâk ve hukuk gibi üzerinde uzlaşmanın pek mümkün olmadığı ve ne kadar çaba gösterilirse gösterilsin muhakkak anlaşılmaya yönelik sorulara maruz kalacak kavram ve terimler hakkında “*ağyârını mâni efrâdını câmî*” bir tanım vermek çok güçtür. Yukarıda ahlâk bahsinde değindiğimiz gibi, bir kavram olarak hukuk hakkında da farklı bakış açılarından farklı tanım girişimleri olacağı aşîkârdır.

Bu arada, aşağıda nispeten detaylı açıklamada bulunulacak olmakla birlikte hukuka dair en genel ve güncel anlamlar için Türk Dil Kurumu’nun *Türkçe Sözlük*’üne bakmakta yarar görüyoruz. Madde açıklamasında, ilk olarak onun normatif yapısına temas eden anlamı/kullanımı tespit edilerek hukuk, “*toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasalar bütünü*” olarak gösterilmiştir. Daha sonra ikincil bir anlam olarak, düzenleyici ve belirleyici yasaları konu edinen bilim olduğu zikredilmiştir. Üçüncü olarak, hukuk teorisinin kamu hukuku-özel hukuk ayrımı bahsine atıfla, hukukun başta aile, miras, alacak, tazminat gibi kişiler arasında cereyan eden kolu olarak “özel hukuk” anlamında kabul edilen kullanımına değinilmiştir. Bir diğer anlam olarak “hak” kelimesinin çoğulu olarak kullanımına ve mecâzen de ahbaplık dostluk kullanımına yer verilmiştir.<sup>100</sup> Sözlükte yer verilmeyen ve fakat bir anlamıyla da ‘öğretim ve araştırma konusu’ olarak<sup>101</sup>, bir meslek adı olarak<sup>102</sup> da anlamlandırılmaktadır.

---

<sup>100</sup> *Hukuk*, Akalın (TDK), a.g.e., s. 1114.

<sup>101</sup> Rona Aybay, *Hukuka Giriş* (6. Baskı), İBÜY, İstanbul, 2009, s. 71.

<sup>102</sup> Aybay, a.g.e., ss. 71-72.

Hukuka dair hukuk teorisi, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, hukuk antropolojisi vs. gibi disiplinlerden çok farklı yorum ve tanımlamalara sahiptir. Bu açıdan bakıldığında belki ciltleri doldurabilecek bir araştırmaya muhtaç hukuk kavramına dair ne söylersek söyleyelim eksik ve hatta farklı bakış açılarından hatalı olarak kalacaktır. Yine hukuk denildiğinde üç aşağı beş yukarı neyden bahsedilebileceğini çalışmanın sınırları ve sınırlılığı kapsamında göstermeye çalışacağız.

## 2.1. Hukuku Tanımlamak

Hukuk'un Arapça 'hak' kelimesinin çoğulu olduğunu yukarıda zikretmiştik. Bu sözcüğün bazı batı dillerindeki karşılığı ve kullanımı ise şöyledir: İngilizce: Right, Almanca: Recht, , İtalyanca: Dritto ve Fransızca: Droit. Tüm bu kelimeler esâsen etimolojik olarak ortak bir mânâyâ sahiptir ve aslında 'doğru, dik' anlamını vermektedir.<sup>103</sup> Velidedeoğlu 'hak' anlamının bu kelimelerde mecâzî olarak bulunduğunu, hak ile *doğru* arasında ve haksızlık ile de *eğri* arasında bir bağlantı olduğunu kabul etmektedir.<sup>104</sup> Ancak kelimenin doğruluk/eğrilik haklılık/haksızlık bağlamının ötesine geçerek zaman içinde nasıl ve ne şekillerde algılandığını görebilmemiz hem çalışmamız yönünden elzem olması hem de hukukla meslekten ilgilenmeyen okurlar için de bir panoramik anlam görüntüsü verebilmek adına isabetli olacaktır.

Hukukla ilgili tanımlamalara değinmeden önce hemen her yazarın, düşünürün kabul ettiği üzere geniş kesimlerin üzerinde mutbakata vardığı bir hukuk tanımı yapılamamıştır. Gerçekten ciltleri dolduracak kadar tanımlama girişimi bulunuyor olsa dahî, hiçbir filozofun/hukukçunun, yaklaşık da olsa, hukukun genellikle kabul görebilecek bir tanımını yapmak noktasında başarılı olduğu söylenemez.<sup>105</sup> Biz bu

---

<sup>103</sup> Abdullah Dinçkol, *Hukuka Giriş- Hukukun Temel Kavramları* (5. Baskı), Der Yayınları, İstanbul, 2008, s.29.

<sup>104</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Toplumsal Yaşam ve Hukuk (Görüntü Hakları)*, İstanbul, 1983, s. 83; Aktaran: Dinçkol, a.g.e., s. 29.

<sup>105</sup> Ernst Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, (3. Baskı), BTHAE, Ankara, 2001, s. 99.

tanımlama girişimlerinin hukukun tanımına dair açıklamaların sadece bir kısmına çalışmanın sınırları dâhilinde değinmeye çalışacağız.

Işıктаç, hukukun gündelik hayattaki kullanımından en teknik kullanımına kadar geniş bir hatta anlamlandırılmasına bağdaştırıcı bir yaklaşımla temas ederek, gayet geniş bir bakış açısıyla, hukukun “*adalet yönelmiş toplumsal yaşama düzeni*” olarak tanımlanabileceğini savunmuştur. Çünkü ona göre hukuku tanımlamaya yönelik her girişimde verilen tanım onun hem bütün işlevlerini kuşatacak genişlikte olmalı ve fakat aynı zamanda onu diğer normatif değer alanlarından ayırt edici bir mahiyette olmalıdır.<sup>106</sup> Işıктаç’a göre hukuk, verdiği tanımda yer alan üç temel unsuru zikrederek, hukukun tek başına ve ayrı ayrı düzen, toplumsal faydanın temininde bir araç ve salt adalet değeri olarak kabul edilmemesi gerektiğini, hukukun ancak ve ancak bu üç temel unsurun bir arada ele alınmasıyla anlamlandırılabilceğini öne sürmüştür.<sup>107</sup> Bu üç temel unsur bize aynı zamanda hukukun üç temel fonksiyonunu vermektedir: Etik fonksiyon, sosyal olgu fonksiyonu ve normatiflik fonksiyonu.<sup>108</sup>

Aral ise hukuku tanımlama, ona bir anlam verilme çabalarının kökeninin kişi ya da kişilerin bir ‘müesses nizam’<sup>109</sup> içinde kendilerince bir ‘haksızlık’a muhatap olmalarının neticesinde ‘hukuk’ kavramından şüphe duymalarında yattığını iddia eder. Ona göre, önceleri hukuk, insanları bir arada tutan ve toplulukları kendi kubbesi altında toplayan-kuşatan hukuk düzenleri, bu genişliği ve ciddiyetiyle kuşulanılmaz müteber bir izlenim sergiler durumdayken; düzene ve adaletle yönelmiş olmasından ötürü kendisinden şüphelenilmeye başlanılmış ve hukukun gerçekten ne olduğu noktasında aklî bir sorgulama başlamıştır.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> Yasemin Işıқтаç, *Hukuk Başlangıcı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 61.

<sup>107</sup> Işıқтаç, a.g.e., s. 63.

<sup>108</sup> Yasemin Işıқтаç-Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul, 2016, s. 43; Aktaran: O. Gökhan Antalya, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Hukuk Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 141.

<sup>109</sup> Kurulu/mevcut düzen.

<sup>110</sup> Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971, s. 1.

Aral'a göre hukuka dair kesin ve herkes tarafından koşulsuz kabul edilebilecek bir tanım getirilememesinin nedeni, onun –her bir şüphenin konumlandığı noktanın ve şüphenin mahiyetinin ayrı olmasıyla da ilişkili olarak- çok yönlü olmasıyla bağlantılıdır. Hukuka teorik, felsefî ve sosyolojik yaklaşımlardaki farklılıkların nedeni de bununla ilgilidir. Ancak yine de Aral tarafından hukuka yönelik bu farklı teorik yaklaşımların iki kategoride toplanabileceği ileri sürülmektedir. İlk kategorideki yaygın kanaate göre hukuk, insan hayatı ve toplumsal olaylara dair ‘reel’ verileri üzerine inşa edilerek; ikinci kategoriye göre ise, düşünce tarafından rasyonel akıl yürütme ile belirlenmiş salt/mutlak ölçüler ile anlamlandırılmaya çalışılmaktadır.<sup>111</sup> Ancak yine de hukukun oluşmasında katkısı olan reel ya da ideal birçok unsurdan salt biri ile hukuka bir açıklama getirmeye çalışmak, onun yatay ve dikey çok yönlülüğü ile çelişecek ve bu türden tek yanlı bir açıklama, her hâlükârda eksik bir tanımlama olmaktan ileri gitmeyecektir.<sup>112</sup> Buna göre hukukun ne olduğuna dair yaşanan tartışmaların nedeni bizâtihi hukukun çok yönlülüğünden ve ayrıca ona dair açıklama girişimlerinin de temelde iki farklı yaklaşım olmasından kaynaklıdır. Bu bakış açısından çıkarabildiğimiz ölçüde Aral’ın hukukun anlamına dair yaklaşımının, Işıktaç’ın adalet, fayda ve düzen üçlemesine paralel bir konumda olduğunu söylemenin yanlış olmayacağı kanaatindeyiz.<sup>113</sup>

Hukuka kesin bir tanım verilemeyeceği yönünde kanaate sahip olan yazarlardan biri de Hırş’tır. Hırş, hukuk fakültelerinde öğrencilere verilen ‘hukuk’ eğitiminin, ‘tabii’ ya da ‘tanrısal’ hukuk fikirleriyle ilgili olmadığı, kanun ve âdetlerin, hiç olmazsa yürürlükte olan kuralların bütünü olduğundan yola çıkarak öncelikle bu kuralların (bir düzen olarak hukukun) hukuk biliminin konusu olduğunu belirtir. Ona göre gerçek bir gözleme dayanarak ve yakından tahlil ederek, ‘kurallardan’ ibaret olduğunu kabul ettiği hukukun, tözünü, işlevini ve geçerliliğini gözden geçirdiğimizde, hukuk bilimini ilgilendiren bu hukukun, gerçekte hukuk

---

<sup>111</sup> Hukuk ve ahlâk gibi normatif değer alanlarının kaynağına, nedenine ve amacına dair bu iki yaklaşım aynı zamanda rasyonel ve empirik teorinin de bir yanısırmadır kanaatindeyiz.

<sup>112</sup> Reinhold Zippelius, *Das Wesen des Rechts*, München, 1965, ss. 1-2; Erich Fechner, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts* (2. unveränderte Auflage), Tübingen, 1962, ss. 21, 53, 75; Aktaran: Aral, a.g.e., s.2.

<sup>113</sup> Aral, a.g.e., s. 1.

kurallarından ibaret olan hukuk düzeni olduğunu öne sürer.<sup>114</sup> Hukuku bir toplumsal olgu olarak kabul eden Hirş, hukuku tanımlamakla onun hakkında bir kuram oluşturmayı eş anlamlı sayar. Bunun için de hukuku tanımlamadan önce, teleolojik bir tavır sergileyerek, hukuktan maksadımızın ne olduğunu ve neyi amaçladığımızı tespit etmemiz gerektiğini savunur. Akabinde hukukun, *hukukiçi* bir kavram mı yoksa *hukukdışı* bir kavram mı olduğunu sorar. Eğer hukuku, *hukukiçi* bir kavram olarak kabul edersek onun tanımına dair açıklama hukuk bilimi ve onun çeşitli kolları tarafından yapılacaktır. Yok eğer hukuku, *hukukdışı* bir kavram olarak kabul edersek, bu kez hukuk biliminin dışında felsefeye ya da uygun olan bir başka bilime başvurulabilecektir.<sup>115</sup>

Bununla birlikte Hirş için hukuk kavramı *a priori*dir ancak bu tespit öncelikle hukuk biliminin dışında *–hukukdışı* alanda- geçerli olan durumdur. Herhangi bir kurala ya da kurallar bütününe hukuk denilebilmesi için, önce hukukun dışında olarak hukukun bilinmesi gerekir. Hukuka dıştan bakıldığında o, toplumsal bir olgu olarak gözlemlenir. Bu noktada empirik bir niteliğe bürünen hukuk ise her toplumsal olgu gibi, belirli metotlarla gözlem ve incelemeye tabi tutulabilir. Bu noktadan sonra ise belirlenen amaç/yaklaşım doğrultusunda bir hukuk tanımı getirilebilecektir.<sup>116</sup>

Türkçe literatürdeki ilk hukuk felsefesi kitabı olan *Hikmet-i Hukuk* adlı eserin sahibi Münif Paşa'nın hukuka yaklaşımı ve ona getirdiği tanımın ana hatlarına da burada değinmekte fayda görüyoruz. Münif Paşa öncelikle her şeyin, biri akıl diğeri deney olmak üzere iki yolla kavrandığını belirttikten sonra, hukukun bu ikinci yolla, yani deney yoluyla kavranabilecek bir kavram olmadığını savunur. Onun için hukuka bir tanım getirilmesi gerektiğinde başvurulacak metot empirik değil rasyonel metottur. O bu kabulünü şu örneklerle destekler:

---

<sup>114</sup> Hirş, a.g.e., s. 105.

<sup>115</sup> Hirş, a.g.e., s. 106.

<sup>116</sup> Hirş, a.g.e., ss. 106-107.

“Mesela bir kimse hürriyetimizi elimizden alsa veya malımızı gasp etse veya bizi vurup yaralasa ortaya çıkan fenalık ve zararları deneyimledikten sonra mı anlarız. Hayır! Bunların fenalığını deneye gerek olmaksızın anlarız; hak fikri de böyledir. Ve onu anlamak için deneye ve öğrenmeye lüzum görmeyerek kendi vicdanımızda düşünme ve araştırma ile anlarız.”<sup>117</sup>

Paşa, deneyim ile tespit edilemeyecek, akıl yürütme neticesinde elde edilebilecek kavram ve fikirleri dörtlü sınıflandırmaya tâbi tutar: Deneyimle elde edilemeyecek kavramların ilki *hakikat/hakkâniyet* fikridir. İkincisi *hayr/iyi/iyilik* fikridir. *Güzel* ve *hak* ise bu kavramların diğer ikisini teşkil etmektedir. O, belki de İslâm düşünce geleneğini de yansıtan bir tavırla bu dört kavram/fikrî zıtlarıyla beraber zikreder. Hakîkatin/hakkâniyetin zıddı yalan, hayrın/iyiliğin zıddı şer/kötülük; güzelin zıddı çirkin ve hak’kın zıddı ise bâtıldır.<sup>118</sup>

Burada Münif Paşa’nın bu tespitine kısa bir şerh düşmemiz gerekmektedir. Onun, içerisinde hukukun da bir örünümlü barındıran bu dört temel kavramın akıl yolu ile kavranabileceğine dair söylemi, bir metot olarak deneyimi tümünden dışlamamaktadır. Onun akli/rasyonel akıl yürütme metodu klasik batı düşüncesindeki gibi *logos* kaynaklı “doğal” akıl değildir. Onun için akıl ile kavranabilecek olan bu kavram alanları,<sup>119</sup> yaratılış mucibince akıllarında *a priori* olarak var olup bunlar öğrenme, diğer bir deyişle deneyim ile âdeta keşfedilerek ortaya çıkarılır.<sup>120</sup>

İnsanın yaşamsal köklerini ve hayatı bu dört temel kavrama bağlayan ve bu dört temel üzerine inşa edildiğini öne süren Münif Paşa<sup>121</sup> hukuka şu şekilde bir tanım getirir:

“Hukuk veya hak eylemlerin maddenin doğasıyla uygunluğunu gösterir bir maddedir (yahut kuraldır). Yani insanın mizacına ve yaratılışının çıkarına ve

<sup>117</sup> Münif Paşa, *Hikmet-i Hukuk*, (Haz. Gökhan Doğan), Çizgi Kitabevi, Konya, 2016, s. 210.

<sup>118</sup> Münif Paşa, *a.g.e.*, s. 211

<sup>119</sup> Münif Paşa bahsedilen bu dört kavram alanını “*insanın akli sıfatları*” olarak kavramlaştırmaktadır.

<sup>120</sup> Münif Paşa, *a.g.e.*, s. 212.

<sup>121</sup> Münif Paşa, bu dört temel kavram alanından ikisinin, *hak* ve *hayrın*, *hakikat* ve *güzel* kavramlarından önce geldiğini kabul etmektedir.

amaçlarına uygun olan şeyleri gösterir; mesela bir doğru çizgi iki nokta arasındaki en kısa yol olduğu gibi, hukuk dahî filler ile maddenin doğası arasında en kestirme yoldur; yani;-bir fiili hakkâniyete uygun olmak için-doğrudan doğruya amacına ulaştıran bir vâsıtaadır. Kısacası hukuk, fiil ile hakkâniyet arasında bir doğru çizgidir. Bizi amacımıza ulaştıran yol, şüphesiz ‘hak’tır.’”<sup>122</sup>

Antalya da geniş çevrelerce üzerinde mutabık kalınacak bir hukuk tanımının mümkün olmadığını ve olamayacağını, yapılacak her tanımın tanımlayanın zaviyesinden ve ona özgü farklı düşünceleri yansıtacağını bununsa diğer bakış açılarıncı az ya da çok eksik ya da hatalı bulunacağını kabul eden yazarlardan biridir. Kendi tanım girişimini vermeden önce o, temel ve farklı bakış açılarından çeşitli tanımlara ve yaklaşımlara kısaca değinmiş; neticede, Işıktaç’ta da görülen benzer bir yaklaşımla tanımlar ve yaklaşımlar arasında bir bağdaştırma ve âzamî kabul edilebilirlik taşıyan bir vasatı hedeflemiştir de diyebiliriz.<sup>123</sup>

Antalya, öncelikle Kelsen, Jhering, Işıktaç gibi yazar ve düşünürlerin tanım girişimlerini kısaca zikreder, daha sonra bunların bir sentezi olarak Keyman’ın; hukuku, insanın haricî eylem ve davranışlarını, değer içeren toplumsal hedeflere ulaşma amacına binaen düzenleyen ve yargı organlarıncı tatbik edilmeye elverişli kurallar bütünü olduğu yönündeki tanımını doğrudan alıntılamaaya değer bulur.<sup>124</sup> En son olarak kendi tanım denemesini ortaya koyar:

Antalya’ya göre hukuk, yürürlüğü devlet tarafından tesis edilen, bireylerin madden uymasını mecbur kılan, sosyal ilişkileri düzenleyerek ve bireysel ve toplumsal davranışları kontrol altında tutarak adaleti gaye edinen yürürlükteki kurallar sisteminden/düzeninden ibarettir.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Münif Paşa, *a.g.e.*, s. 213.

<sup>123</sup> Antalya, *a.g.e.*, s. 138.

<sup>124</sup> Selahattin Keyman, “Hukukta Bir Tanım Denemesi”, Ökçesiz, H. (Eds.), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, İstanbul, 1997; Aktaran: Antalya, *a.g.e.*, 139.

<sup>125</sup> O. Gökhan Antalya, *a.g.e.*, s. 141.

Güriz ise, hukukun tanımına dair yapmış olduğu tespit, onun bazen tabii (doğal) hukukçu bir yaklaşımla ‘tabiata/doğaya uygun bir akıl’dan türeyen kuralların kapsamı; bazen de hukukî pozitivizm olarak adlandırılan bir tavırla “devletin çıkardığı ve uyguladığı emir” olarak anlaşıldığını belirtir ve kendisinin de bu ikinci mânâda bir anlamlandırmayı kabul ettiğine işaret eder.<sup>126</sup> Bununla birlikte ona göre, hukuk dogmatikince tatbik edilen ve hukuk felsefesinin inceleme konusu edindiği bir kavram olarak hukuk kavramı, muhtevası ne çeşit olursa olsun “hukuk”un tamamını kapsayıcı bir niteliğe sahiptir. Burada Güriz, Hırş’ın yukarıda zikredilen hukuk kavramının tanımlanmasına yönelik bir öncül olarak sunduğu *hukukiçi-hukukdışı* ayrımının aksi bir yönde kanaatte olduğu anlaşılmaktadır. Ona göre hukuk, tarihsel tüm hukuk düzenlerince tatbik edilen hukuk kurallarının kapsam açısından “genelleştirilmesinden”, onların ortak ve değişmeyen yanlarının tespitinden ayrı olarak hukukun mantıksal biçimi ile ilgilidir. Güriz’e göre, hukukun tanımlanması esâsen hukuk felsefesinin işidir ve bir tanımlamaya girişmeden önce öncelikle hukukun *a priori* olarak varlığının kabul edilip edilemeyeceğinin tartışılması gerekmektedir. Bu noktada, Münif Paşa’nın kendince çözümlediği hukuk kavramının nasıl elde edileceği/anlaşılacağı yönündeki cevabına dair problem üzerinde ısrarla durmakta, hukuk kavramına, haricî gerçekliğin gözlemlenmesi yani deney ve gözlem yoluyla mı yoksa deney ve gözlemden bağımsız olarak insanın kendi zihninde akıl aracılığıyla ürettiği ve kullandığı bir kavram mı olduğu hususunun iyice incelenmesi gerektiğini öne sürmektedir.<sup>127</sup>

Bazen geniş bir bakış açısıyla hukukî kuralların bütünü, bazı durumlarda daha dar bir bakış açısıyla belirli bir hukukî kurumu ilgilendiren kuralları, yürürlükte bulunan hükümleri ve bazı durumlarda ise olması gereken kuralları ifade eden “hukuk” deyimini/kavramı/terimi<sup>128</sup> açıklaması ve eksiksiz-eleştirilemez bir tanımını

<sup>126</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (18. Baskı), Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, s. 44.

<sup>127</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (11. Baskı), Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, ss. 19-21.

<sup>128</sup> Yeri gelmişken değinmekte fayda görüyoruz: Çalışmamızda kavram-terim-deyiş gibi (ahlâk kavramı, hukuk terimi) kelimeleri farklı şekillerde kullanıyorsak da, esasen temelde *kavram* ve *terim* birbirinden farklı ibareler olup başka anlam alanlarına işaret etmektedirler. Bu tez dâhilinde bu konuya ayrıca ve hakkıyla temas edemeyeceğimiz için bir dipnot vermekle yetinmek istedik. Örneğin Öner, kavramın bir objenin zihnindeki tasavvuru olarak ifade ederken, bunun dile gelmesini terim olarak kabul edildiğini zikretmektedir. Bkz. Necati Öner, *Klasik Mantık* (12. Baskı), Divan Kitap, Ankara, 2013, s. 31. Bununla birlikte Yıldırım ise kavramı, bir terimin anlamını oluşturan ve o terimi yerinde

vermek mümkün görünmemektedir. Ancak yine de hukuka dair bir tanım verilmek gerekir ise, Erdoğan/Keskin'in "en genel anlamıyla, kavramsal olarak, devlet tarafından konan, devlet tarafından uygulanan ve devlet tarafından müeyyide ile desteklenen kurallar bütünü/sistemi/düzeni" olarak konumlandığı tanımını paylaşmakla yetinebiliriz.<sup>129</sup>

## 2.2. Hukukun Amacı ve İşlevi

Hukukun aslında ne olduğuna dair sorulacak sorunun hukukun işlevleri ve ödevlerinden bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler mevcut olmakla birlikte hukukun tanımının onun amaç, işlev ve görevleriyle iç içe olduğuna inanan bir bakış açısı da mevcuttur. Hukukun tanımının/anlamının onun amaç ve işlevlerinden bağımsız olmadığı ve bunların iç içe geçmiş olduğu şeklide özetlenebilecek olan görüş, hukuku tüm yönleriyle bir bütün olarak görmek isteyen sentezci bir bakış açısını yansıtmaktadır. İlk görüşün dayanağı ise, hukuk ile onun tatbikinde yetkili olan egemen devletin alanı ve onun bu alanda götüğü işlev ve politikaların (bu organizasyonun) ayrı şeyler olduğu yönündeki ayrıştırıcı kabuldür.<sup>130</sup>

Hukukun tanımını ve onun devlet elinde vücut bulmuş halini ayrı konumlandıran Işıқтаç'a göre<sup>131</sup> hukukun, yukarıda kısmen bahsedilen üç ayrı ve genel fonksiyonu mevcuttur: adaletin gerçekleşmesine yönelen *etik fonksiyon*, pratik toplumsal yararın tesisine yönelen *sosyal olgu fonksiyonu* ve toplumsal düzenin tesisi ve korunmasına yönelen *norm fonksiyonu*.<sup>132</sup> Ona göre, objektifleştirilebilir olan bu fonksiyonlar bir anlamda bir değer gerçekleştirilmesi olarak da görülebilecektir.

---

kullanıp kullanmadığımızı belirleyen tanımlayıcı özelliklerin tümü olarak göstermektedir. Bkz. Cemal Yıldırım, *Mantık*, Fol Yayınları, Ankara, 2019, s. 312.

<sup>129</sup> İhsan Erdoğan-A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku(Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 18; Aktaran, Antalya, a.g.e., s. 140.

<sup>130</sup> Işıқтаç-Metin, a.g.e., s. 46; Aktaran Antalya, a.g.e., s. 338.

<sup>131</sup> Bkz.. B. 1.2.1., p. 3.

<sup>132</sup> Işıқтаç-Metin, a.g.e., s. 46; Aktaran Antalya, a.g.e., s. 338.

Hukukun etik fonksiyonunun değerle bağlantı kurduğu ilk nokta ahlâkî değerler alanına ait olan adalettir.<sup>133</sup>

Işıktaç’a göre adalet fonksiyonu, emirden farklı olarak, hukuka niçin uymamız gerektiğine dair bir iç onamayı harekete geçiren ve adaletin ‘iyi’ bir şey olarak ahlâk alanıyla ilişkilendirilmesiyle alakalıdır ve bununla birlikte o, yani adalet, tüm ahlâkî değerler içerisinde ‘asgarî etik’e işaret eden bir değerdir. Asgarî etik ise Işıktaç’ın ifadesiyle, “bir insana hakkı olanı verme konusundaki iradenin belirttiği sınır”dan ibarettir. Burada adalet, bir ahlâkî değer olarak toplumsal düzeninin istikrarı için zorunlu bir koşul halindedir.<sup>134</sup> Bununla birlikte adalet, bir eşitlik tasarımı öngörmekle diğer ahlâkî değer alanlarından ayrılarak bireyden ziyade bir insan topluluğunu gerektirmekte bireysel bir ahlâkî yetkinlik sürecinden çok, adalet değeri üzerinde tüm toplumun yetkinleşmesini (ahlâkî) istemektedir. Burada toplumsal düzen, adaletin içeriği olarak görünmektedir.<sup>135</sup> Diğer bir ifadeyle de hukuk, adalet değerinin norm biçiminde belirlenmesidir.<sup>136</sup>

Sosyal fonksiyonun objektifleştirici kriteri ise toplumsal yaşamda birçok ihtiyacın karşılanmasıyla toplumsal yararın temin edilmesidir.<sup>137</sup> Hukukun toplumsal yarar fonksiyonu olarak da ifade edilebilecek olan bu fonksiyon, sosyal realitelerin, hukukun bunlara önerdiği çözümlerin veya sosyal hayatta gelenek/görenek ve alışkanlıklarla yer etmiş çözümlerin hukuk alanına yaptığı katkılardır. Sosyal bir olgu olarak hukuk, iktisat, siyaset, gelenek ve hatta biyolojik birçok ihtiyacı karşılayacak yeterliliğe sahip olsa da, bazen pratik hayat ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalabilir. Burada da alternatif seçenekler olarak diğer toplumsal norm kategorileri devreye girer.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> Işıktaç, Hukuk Başl ..., s. 16.

<sup>134</sup> Işıktaç, Hukuk Başl ..., ss. 17-18.

<sup>135</sup> Giorgio-Del Vecchio, *Die Gerechtigkeit* (2. Auflage), Basel, 1950, s. 13; Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* (3. Baskı), İstanbul, 2010, ss. 168-171; Aral, Hukuk ve Hukuk ..., ss. 24-35; Aktaran: Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku* (2. Baskı), Alkım yayınevi, İstanbul, 1997, ss. 22-23.

<sup>136</sup> Işıktaç, Hukukun Kaynağı..., ss. 22-23.

<sup>137</sup> Işıktaç, Hukuk Başl ..., ss. 16-17.

<sup>138</sup> Işıktaç, Hukuk Başl ..., s. 17.

Hukukun norm(atif) fonksiyonu ise düzenle ilgili olup doğrudan aklın bir verisidir. Toplumsal hayatın düzenlenmesi ve bu düzenin korunması akla uygundur ve ancak bu akla uygunluk düzenin<sup>139</sup> devamını garantileyebilecek mantıksal çıkarımı yapabilir.<sup>140</sup> Işıktaç’a göre tüm hukuk fonksiyonları toplumsal yaşam alanında karşıladığı ihtiyaçlar nispetinde bir değer bağlantısı öne sürer.<sup>141</sup> Ona göre, barışın tesis edildiği ve devamlı olduğu bir toplumsal hayat, başka herhangi bir onay merci aranmaksızın öncelikle “akıl”a uygun düşmektedir. Herkesin sahibi olduğu bu “akıl” aynı mantık yasaları ile çalıştığından toplumsal bir objektiflik temin ederek düzen fonksiyonu görünümüyle hukuka akseder.<sup>142</sup>

Diğer yandan farklı bir ayırım ve tasnif yolu izleyen Antalya da tıpkı Işıktaç gibi hukukun üç temel fonksiyonundan bahsetmektedir: “Düzenleme ve kontrol fonksiyonu”, “özgürlükleri teminat altına alma ve koruma fonksiyonu”, “barış ve denkleştirme fonksiyonu.”<sup>143</sup> Antalya’ya göre hukukun ilk fonksiyonu barış ve denkleştirmeyi sağlamaya yöneliktir. Ona göre, hukuk normlarının geçerliliği ancak bir yaptırım tehdidi veya korkusu ile gerçekleştirilebilecektir. Diğer toplumsal normlarda çeşitli yaptırımları içermekle birlikte hukuk normları, zorlamanın niteliği itibarıyla diğer toplumsal normlardan ayrılmaktadır. Hukukun sahip olduğu zorlama, toplumsal yaşamda, topluma ait zorlama aracı tarafından kullanılan “organize” bir zorlamadan ibarettir. Bu zorlama, toplumsal hayatı huzurlu, barışçıl ve daha güvenli bir hâlde tutar. Hukukun bu fonksiyonu diğer bir ifadeyle, toplumsal barış ve huzur fonksiyonu olarak da ifade edilebilecektir.<sup>144</sup>

Diğer yandan Antalya için, bütün toplumsal davranış normlarının oluşumu ve tatbiki, onlara uyum sağlanması konusunda da bir yetkilendirmeyi gerekli

---

<sup>139</sup> Işıktaç, aklın bu düzen kavramına ve onun devamlılığına dair çıkarıma, onun zıddı olan kaos ile ulaştığını tespit ediyor. (Işıktaç, Hukuk Başl ...., s. 17.)

<sup>140</sup> Işıktaç, Hukuk Başl ...., s. 17.

<sup>141</sup> Işıktaç’a göre hukukun üç fonksiyonundan yalnız birini öne çıkaran yaklaşımlar tek boyutlu ve eksik kalmaktadır. Doğru olan tüm bu üç fonksiyonu birlikte, doğal olarak kapsadıkları değer alanlarıyla birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi* (5. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 439 vd.

<sup>142</sup> Işıktaç, Hukuk Başl ...., s. 17.

<sup>143</sup> Antalya, a.g.e., s. 339.

<sup>144</sup> Antalya, a.g.e., s. 339.

kılmaktadır. Hukuk normlarının bu noktadaki yetkisi ikiye ayrılmaktadır: “hukuk kuralı (kanun) koyma yetkisi” ve “hukuku (kanunu) uygulama yetkisi”. Hukuk kuralları sahip oldukları bu iki yetki ile “organize yetkili kurum” aracılığıyla, kuralın amacı ve toplumsal yarar doğrultusunda, toplumsal müşterek yaşamı düzenler ve kontrol altında tutar. Bu ise hukukun düzen ve kontrol fonksiyonunu ifade etmektedir.<sup>145</sup>

Üçüncü ve son olarak Antalya, hukuk normlarının salt organize zorlama ile toplumsal yaşamı ve insan davranışlarını düzenlemekle yetinmediğini, kişilerin iradi kararlarını da etkisi altına aldığını, hatta değiştirdiğini; bu şekilde de insanların dışa yansıyan davranışlarının toplumsal kontrolünü sağladığını öne sürmektedir. Hukuk burada, toplumsal yaşam içerisinde bireylerin karşılıklı yarar ve zarar risklerini denkleştirerek toplumsal bir aradallığın devamlılığını temin eder.<sup>146</sup> Antalya, genel olarak bu üç fonsiyondan yola çıkarak ve bunları da içerecek şekilde hukukun fonksiyonunu/işlevini kısaca, *“toplumda yaşayan kişilerin toplumsal mutluluk ve barışını sağlamak amacıyla toplumsal yaşamı kontrol ederek toplumdaki çıkar ilişkilerini düzenlemeyi amaçlar”* şeklinde açıklamaktadır.<sup>147</sup>

Güriz ise, hukukun işlevi konusunda, toplumsal yaşamın “zorunlu” bir düzeni olarak hukukun yöneldiği bazı hedeflerin, amaçların olduğunu öne sürer. Hukuk kuralları daha kanun koyucu tarafından açıklanırken de bir takımlar amaçlar içermekte, o amaçlara yönelik olarak açıklanmakta ve toplumdan bunlara uyulması istenilmektedir. Bu amaçlar genel olarak, toplumsal ihtiyaçların temini, adalet, eşitlik vb. gibi adlandırmalara tabi tutulabilirlerse de, toplumdan topluma farklılık göstermekte, bununla birlikte zaman içinde de farklılaşmaktadırlar. Ancak tüm toplumlarda ortak olan bir husus vardır ki o da hukuk kurallarının

---

<sup>145</sup> Antalya, a.g.e., ss. 339-340.

<sup>146</sup> Antalya, a.g.e., s. 340.

<sup>147</sup> Antalya, a.g.e., ss. 339-340.

amacının/hedefinin,<sup>148</sup> her toplumun yasama organı tarafından gerçekleştirilmiştir.<sup>149</sup>

Bir hukuk normunun vazedilmesinin en temel nedeni, o normun uygulanması ile bazı sosyal sonuçların meydana geleceğine yönelik varsayımdır. Bir toplumun üyeleri, bir hukuk normunun ilgili olan olayların çok büyük bir kısmına uygulandığına dair bir inanca sahiptir. Hukuktaki genel geçer olarak kabul edilen amaç, muhtevası değişebilmekle birlikte, insanların tesadüfen hareket etmediklerini, davranışlarının hukuk normlarında yönlendirildiğini açıklar. Doğal olarak da hukukun bir amacının olması, bir hedefe yönelik olması ile insan davranışlarının bu amaca uygun olarak düzenlenebileceğinin/yönlendirilebileceğinin önceden kabul edildiğini ifade eder.<sup>150</sup>

Güriz'e göre bazı hukukçular, hukukun amaca yönelik olduğunu (finalist/erekçi) önemle ve ısrarla belirtmişlerdir. Hukukun finalist bir disiplin olduğunu iddia edenler (özellikle doğal hukukçular), hukukun doğrudan temas ve etki ettiği toplumsal yaşamın 'amaç' unsuru haricinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu görüşe göre hukuk, gerek çıkarılırken gerek tatbik edilirken olsun muhakkak bir amaca yöneliktir.<sup>151</sup> Bu amaçların ise "adalet", "eşitlik", "güvenliğin sağlanması", "hürriyet" ve "toplumun mutluluğu veya iyiliği" gibi kavramlar olduğu öne sürülmüş; bazen bu amaçlar arasında önem odaklı bir hiyerarşi de kurulabileceği savunulmuştur.<sup>152</sup>

Yine Güriz'e göre, hukukun yöneldiği amaç veya amaçların olduğuna dair bir ifade bizi zorunlu olarak insanın davranışlarını düzenleyebilme kudretine, yani insanın bir irade hürriyetine sahip olduğuna dair bir kabule götürmektedir. Bu görüşe

---

<sup>148</sup> Amaç, işlev, hedef, görev sözcüklerini bu çalışmada aksini belirtmediğimiz sürece eş anlamlı kullanıyoruz. Bazı yazarların hukukun amacının ve fonksiyonu ayrı şeyler olduğu yönünde kabulleri söz konusu olsa da biz bu şekilde bir kullanımı daha doğru buluyoruz.

<sup>149</sup> Adnan Güriz, Hukuk Başl ..., ss. 19-21.

<sup>150</sup> Güriz, Hukuk Fel..., s. 56.

<sup>151</sup> Güriz, Hukuk Fel..., s. 57.

<sup>152</sup> Güriz, Hukuk Fel..., s. 57.

göre insan bir “kişiliğe” sahiptir. Pozitif hukuk<sup>153</sup> ise ‘iyi’ ve ‘kötü’ olarak kabul ettiği davranış kalıplarına göre, ödüllendirilken veya cezalandırılırken insanların yalnızca ‘kişilik’ sahibi olduklarına değil; onların irade hürriyetine sahip olduklarını da kabul etmektedir.<sup>154</sup>

Esâsında Güriz için hukukta amaçla ilgili sorunlar, metafizik bir nitelik taşımaktadır ve “sosyal fayda”, “adalet” “düzen”, “özgürlük”, “eşitlik” gibi değişik kapsam ve farklı bağlamlara dayanan değerlerin birbirleriyle çatıştığında ya da bunlar arasında bir seçim yapılması gerektiğinde bu seçime yönelik objektif bir kriter ulaşmak pek mümkün görünmemektedir. Toplumsal gerçekliğin araştırılması da objektif bir kriteri ortaya koyma noktasında yeterli gelmemektedir. Gerçekten de belirli bir dönemde ve toplumda çoğunluk tarafından hangi değer yargılarının benimsendiği ancak sosyolojik bir araştırmaya konu edilebilir. Ona göre böyle bir araştırma ise bazı sonuçlar ortaya koymakla birlikte, tercih edilecek değer yargısının veya değer yargısı kriterinin objektif gerçekliğe sahip bir doğru olarak savunulması güçtür.<sup>155</sup>

Hukukun amacı ve işlevine yönelik zikredeceğimiz son yaklaşımın sahibi olan Aral hukukun ne olduğunu en iyi biçimde anlaşılabilmesinin, onun fonksiyonlarının (görevlerinin) araştırılması ile sağlanabileceğini öne sürmektedir. Aral’a göre hukukun tanımı ve ne olduğu onun amaç ve fonksiyonlarında içkindir. Hukuk, “bir insan ürünü olarak” ancak insanın belirlediği amaçlar aracılığıyla anlaşılabilir.<sup>156</sup> Bu amaçların/fonksiyonların ise, yukarıda da değinildiği üzere sosyal ihtiyaçları karşılama, düzen ve adalet olduğunu öne sürmektedir. Hatta ona göre hukuk, “adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzeni” olarak da tanımlanabilecektir.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> Pozitif hukuk, doğal hukuk konusuna aşağıda ayrı bir başlık altında yer verilmiştir.

<sup>154</sup> Güriz, Hukuk Fel..., s. 61.

<sup>155</sup> Güriz, Hukuk Fel..., s. 62.

<sup>156</sup> Aral, a.g.e., s. 9.

<sup>157</sup> Aral, a.g.e., s. 9.

Aral da hukukun işlevlerine dair üçlü bir sınıflandırma yapmaktadır. Bununla birlikte tıpkı Güriz gibi o da hukukun işlevleri arasındaki bir çatışkından söz etmektedir. Ona göre hukuk birbirinden farklı gaye ve eğilimlerin tesiriyle oluşmaktadır ve burada hemen bu amaçlar arasında çelişik ve çatışık (antinomik) ilişkiler vardır. Bunun en belirgin örneği ise adaletle düzen arasında çelişkidir: Düzenlemek biçimlendirmektir ve soyuttur;<sup>158</sup> tekil ve somut olayların kendilerine özgü durumların göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Buna karşılık adalet, hakkâniyete uygun olarak, her olayın kendine özgü koşul ve özelliklerinin titizlikle gözetilmesini buyurmaktadır. tam da bu sebeple adalet ve düzen arasında bir tezat bulunduğu görülecektir.<sup>159</sup>

Hukukun fonksiyonları arasındaki bu çelişkiyi, Güriz'in aksine, olduğu gibi bırakmayan Aral, hukukun fonksiyonları arasındaki bu çatışıkları hukukun niteliğinin bir parçası olarak kabul eder ve bunların aşılamayacağını öne sürer. Ona göre yapılması gereken, hukukun çatışık amaç ve fonksiyonları arasında bir *ahenk* tutturmaaktır. Fakat burada yine de, diğer amaçlar arasında bir üstünlük taşıdığı âşikâr olan adalete bir üstünlük tanımak gerektiğini ekler. Çünkü Aral için hukukun nihaî gayesi adaleti tesis etmektir.<sup>160</sup>

### 2.3. Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk

Doğal hukuk<sup>161</sup> ve pozitif hukuk<sup>162</sup> kavramları ve bunların birbirleriyle olan ilişkileri hukukun, hukuk teorisinin ve hukuk felsefesinin zaman içerisinde

---

<sup>158</sup> “Düzenlemek” amacına yönelik hukuk normları soyuttur ve her olayda fiil ve fâile göre somutlaştırılarak uygulanır.

<sup>159</sup> Aral, a.g.e., s. 10.

<sup>160</sup> Aral, a.g.e., s. 10.

<sup>161</sup> “Tabiî Hukuk” olarak da kullanılmaktadır. Biz de metin içerisinde müelliflerin kullanımlarına sadık kalmaya çalışarak bazen doğal bazen tabiî olarak zikredeceğiz. Bununla birlikte Özdemir’in yerinde tespitiyle “doğal hukuk” ve “Tabiî Hukuk” kullanımları arasında bir ayrım yapılması gerekmektedir. Etimolojik köken bakımından “doğmak” daha laik bir hukuk düşüncesine işaret ederken, tabiî hukuk ise yaratılan bir hukuk düşüncesi yaklaşımına işaret etmektedir. Bkz. Mustafa Can Özdemir, *Hugo Grotius ve John Locke’da Doğal Hukuk Öğretisi*, Platon Hukuk Yayınları, İstanbul, 2020, ss. 16-17.

<sup>162</sup> “Pozitif”, “pozitivite” ve “pozitivizm” kavramlarının çeşitli kullanımları, etimolojik kökeni tarihsel süreç içerisindeki değişimleri üzerine giriş mahiyetinde muhtasar açıklamalar için bkz. Doğan Özlem,

gelişimine katkıda bulunan en önemli iki hukuk okuluna tekabül etmektedir. Hukukun ilk çağlardan günümüze kadar olan tüm değişimleri, farklı sebepler elbette ki vardır, bu iki bakış açısının farklılığı ve birbirilerine getirdikleri eleştirilere borçludur dersek abartmış sayılmayız. Kendi temel argümanlarını ve savunmalarını diğerinin temel argümanlarına eleştiri getirerek oluşturan bu iki temel akım arasındaki fikrî çekişme hukuk alanındaki bir çok tartışmalı konunun, dilemmanın hatta *trilemmanın* bir cephesine ve fakat esâslı bir cephesine karşılık gelmektedir. Çalışmamızın özü gereği imkânlar dâhilinde doğal hukuk ve pozitif hukuk bahsine kısaca değinmemiz gerekmektedir. Burada belirtmek isteriz ki, gerek pozitif hukuk, gerek doğal hukuk zaman içerisinde çeşitli yazar ve düşünürlerin metinlerinde gelişmiş serpilmiş farklı alt dallara ayrılmış, farklı okulları ortaya çıkarmıştır. Bunların tamamı bu çalışmanın sınırlarını aşacağından burada yalnızca asgarî açıklamalara yer verilecektir.

Pozitif Hukuk, diğer bir tabirle müspet hukuk ifadesi, belirli bir ülkede/bölgede ve belirli bir zamanda yürürlükte bulunan hukuk kuralların bütünüdür ifade etmektedir. Dolayısıyla pozitif hukukla aynı anlama gelecek şekilde, “olan hukuk”, “yürürlükteki hukuk” “mevzu hukuk” ya da direkt “mevzuat” olarak adlandırıldığı da görülmektedir.<sup>163</sup> Pozitif hukuk terimi yerine bazen dogmatik hukuk teriminin de kullanıldığı görülmektedir.<sup>164</sup> Pozitif hukuku merkeze alan akım genelde hukukî pozitivizm/legal pozitivizm olarak da adlandırılmaktadır. Burada öncelikle ne olduğunun anlaşılması için pozitif hukuka dair temel yaklaşımları ayıran ve sınıflandıran Hırş’e başvurmak yerinde olacaktır.

Hırş’e göre hukukî pozitivizmin çeşitli anlamlarından ilki, hukuku toplumsal olgular arasından çıkarmaya çabalayan, pozitif metodu benimseyen bir yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre hukuk kuralları, çeşitli toplumsal şartların bir neticesidir. Burada netice olan hukuk kuralları ile sebep olan toplumsal şartlar birlikte incelemeye tâbi tutulmaktadır. Bu incelemede tatbik olunacak yöntem ise doğal olarak Aguste

---

*Evrensellik Mitosu*, Notos Kitap, İstanbul, 2015, s. 11, Raymond Willams, *Anahtar Sözcükler* (7. Baskı) Çev. Savaş Kılıç, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 287-289.

<sup>163</sup> Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (15. Baskı), Ekin Basım Yayın, Bursa, 2018, s. 58.

<sup>164</sup> Güriz, Hukuk Başl ..., s. 40.

Comte'un pozitivist yöntemidir. Bu yaklaşımda aklî yöntemin yerine deneye dayalı yöntem esâstır. Deneye dayalı bilimde temel ilke “denenmiş” olan, doğruluğu araştırılmış olandır, yani, “gerçek”tir. Denemek ise (deney) olgular üzerinde gerçekleştirilir. Olgular bizi hangi neticeye ulaştırıyor ise o deneysel(denenmiş) gerçek bilgi olmaktadır. Bu mânâdaki hukukî pozitivizmin hukuka yaklaşımı, hukuku sosyoloji, arkeoloji gibi bağımsız ve gerçek anlamda “bilimsel” bir bilim haline getirmeye çalışmaktadır.<sup>165</sup>

Hirş için bir diğer hukukî pozitivizm yönelimi ise, genel hukuk bilgisiyle uğraşan pozitivist akımdır. Bu yaklaşıma göre bir bilim olarak hukukta tek bilinen “pozitif”<sup>166</sup> husus, yaşayan, yürürlükteki hukuk kurallarıdır; hareket noktaları ise, ihdâs olunma nedenleri ve kaynakları ne olursa olsun, bilinen ve tatbik edilen yürürlükteki hukuk kurallarıdır. Hukukun (ve tabi hukuk biliminin) içeriğini bu kurallar meydana getirirler. Bu kurallar uzun süredir uygulanagelmektedir ve üzerlerinde herhangi bir anlaşmazlık söz konusu değildir. Hukukî pozitivizmdeki bu yaklaşıma göre biz, bu müspet şeyleri tahlil ve mukayese eder kurallardan ilkelere ulaşmaya gayret ederiz.<sup>167</sup>

Hirş'in sınıflandırmasında hukukî pozitivizmin son görünümü ise kanunculuk veya mevzuatçılık anlamındaki hukukî pozitivizmdir. Bu yaklaşıma göre hukuk Fransızca '*poser*' yani koymak (vaz etmek) sözcüğünde kaynağını bulmaktadır. Sadece vaz edilmiş şeyler, diğer bir deyişle kanun koyucunun koyduğu kurallar hukuk olarak kabul edilmektedir. Hirş'e göre bu yaklaşıma “mevzuatçı” denilmesi daha uygundur.<sup>168</sup>

Doğal hukuk ise, pozitif hukukun aksine yürürlükteki kanunlardan değil, insanın dışında bir başka iradeye dayanan bir kaynaktan “doğa”dan (tabiattan)<sup>169</sup> kaynaklanan hukuk anlamına gelmektedir. Pozitif hukukun aksine doğal hukuk

---

<sup>165</sup> Hirş, a.g.e., s. 95.

<sup>166</sup> Üzerinde şüphe ve kararsızlık bulunmayan veri anlamında.

<sup>167</sup> Hirş, a.g.e., s. 95.

<sup>168</sup> Hirş, a.g.e., s. 96.

<sup>169</sup> Bkz. dn. 156.

‘olan’ değil, bir “olması gereken” hukuku ifade etmektedir. Ona “ideal hukuk” da denilmesinin sebeplerinden biri işte bu “olması gereken”e yönelmiş olmasıdır.<sup>170</sup>

Doğal hukuk düşüncesi, diğer bir ifadeyle insanın doğasında içkin bir takım evrensel adalet ilkeleri olduğunun kabulü<sup>171</sup> ve insanlar tarafından ihdâs edilen pozitif (mevzu) hukukun bu ilkelere uyması gerektiği düşüncesinin kökenleri Antik Yunan’a kadar gitmektedir. İlk çağlardan günümüze hâlen canlılığını koruyan bir düşünce okulu olarak doğal hukukun geçirdiği tüm değişim ve dönüşümleri ele almamız mümkün görünmemektedir ancak; yine de doğal hukukun tarihsel süreç içerisindeki görünümüne kısaca değinilmesi isabetli olacaktır.

Doğal hukukun ilk çağdaki görünümü basittir. Doğal hukuk, doğanın hukuku, kaynağını doğada bulan hukuk anlamındadır. Buradaki doğa, normal doğa düzenidir. Doğanın sahip olduğu düzen (*fusis*), toplumsal düzene (*nomos*) de tatbik edilmelidir. İnsan doğası da fizikî ve biyolojik doğaya tabiidir. Doğal hukuk, insan aklının ilişkide bulunduğu bu sonsuz ve objektif akıldan, bu doğal düzenden çıkarılacaktır. Aristoteles bu tutumu şu şekilde ifade etmektedir: “*Eğer yazılı hukuk davamıza aykırıysa, evrensel hukuka başvurmalı ve daha büyük bir eşitlik ve adalet için ısrarcı olmalıyız.*”<sup>172</sup> Aristoteles’in fikri geliştirilerek daha sonra stoacılık olarak bilinen bir felsefeye dönüşmüş<sup>173</sup> hukuku doğaya uyumlu olmakla eş tutan doğal hukukun bu erken dönem görünümü klasik Roma hukukuna da yansımıştır. Örneğin

<sup>170</sup> Gözler, a.g.e., s. 58.

<sup>171</sup> Doğal hukuk ile hukukî pozitivizm arasındaki temel ayrım noktası aynı zamanda universalizm ile nominalizm arasındaki tartışmaya indirgenebilirse de Aral, rölativizm ile pozitivizm arasında bir ayrım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Rölativist bakış açısına göre öznel kanaatlerden bağımsız, genel ve herkes için geçerli kurallar bulunamaz. Belirli bir bölgede ve belirli bir zamanda geçerliliği olan hukuk kuralları değişik ve değişebilir niteliktedirler. Bu bakımdan, doğal olarak doğal hukukun varlık olanağını dışlayan rölativistler, her zaman için hukukî pozitivist olmak durumundadırlar. Diğer yandan, bütün pozitivistler her zaman için kati surette rölativist olmasına rağmen, doğal hukuk görüşünü benimseyen ya da doğal hukuk düşüncesini kati surette reddetmeyen hukukî pozitivistler de vardır. Bkz. Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* (3. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 206-207. Doğal hukuka yaklaşım larının kapsam ve muhtevası gereği iki hukukî pozitivist ekol olup bu konuya sadece değinilmekle yetinilecektir. Doğal hukuka yaklaşımları nedeniyle kapsayıcı pozitivism ve dışlayıcı pozitivizm şeklinde cereyan eden iki temel bakış açısı mevcuttur. Bu konuda Bkz. Kenneth Einar Himma, *Hukukun Ahlaki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, Çev. Saim Üye, Bilge Su Yayıncılık, Ankara, 2010.

<sup>172</sup> David Bruce Ingram, *Hukuk Felsefesi*, Çev. Ezgi Su Dağabak, Fol Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 36.

<sup>173</sup> Ingram, a.g.e., s. 36.

Ulpianus, tabîî hukukun biyolojik yaklaşımını şu formülle izâh etmeye çalışmıştır: *Ius naturale est quod natura omnia animalia ducoit*. Yani, doğal hukuk, doğanın tüm hayvanlara öğrettiği hukuktur.<sup>174</sup> Roma döneminin en meşhur hukukçusu Cicero ise: “*Başka bir Roma ya da Atina yasası olmayacak, ne şimdi ne de sonra başka bir yasa olacak, aksine her dönem her soyu daimi ve değişmez olan tek bir yasa kuşatacak.*” diyerek evrensel hukuk kurallarının varlığını kabul eden bir düşüncenin en veciz bir ifadesini sunmuştur.<sup>175</sup>

Ortaçağda ise doğal hukuk, tanrısal iradeden kaynaklanan hukuk olarak kabul edilmektedir. İlk çağ doğal hukukçularına göre, hukuk doğanın bir ürünü iken, ortaçağ doğal hukukçuları için doğa, tanrı tarafından yaratılan bir varlıktır. Doğa tanrısal bir doğadır. Bu tanrı batıda Hristiyan dininin tanrısıdır ve doğal hukuk bu dinin ve tanrının ilkeleri ile açıklanmaktadır. Ortaçağ Hristiyan düşüncesine göre, ve tabîî diğer yakın doğu dinlerine göre de, “Tanrı evren içinde ve objekif bir akıl değil, evren üstü, evrensel akıl ve iradeye sahip bir süje”dir. Böyle anlaşılan bir Tanrı, doğa düzeninin, tüm evrenin yaratıcısıdır. Dolayısıyla doğal hukuk da bizâtihi Tanrının iradesinin koyduğu yasa olmak durumundadır. Bu kavrayışa göre, hukukun kaynağında doğayı yaratan ilâhî irade olarak Tanrı vardır. Ortaçağ doğal hukuk düşüncesinin hukukla kastettiği aslında ilâhî bir düzendir. Yani Tanrı’nın emirlerinden oluşan *şerî düzendir*.<sup>176</sup>

Yeni Çağda ise felsefe, bilim, sanat ve politikayla birlikte hukukun da dinin otoritesinden kurtulduğu görülmektedir. Artık doğal hukuk tanrısal/ilahî bir temel üzerinde değil, akıl temelli bir merkez üzerinde açıklanmaktadır. Bu dönemde doğal

<sup>174</sup> Friedman, a.g.e., s. 49; Aktaran: Gözler, a.g.e., s. 236.

<sup>175</sup> Cicero, *The Republic; The Laws, Cicero* (Trans. Niall Rudd), Oxford University Press, Oxford, 1998, III. s. 33; Aktaran: Ingram, a.g.e., ss. 36-37.

<sup>176</sup> Bu düşüncenin, hukuku şerî düzen olarak alımlayan doğal hukuk düşüncenin iki zirve ismi ise Saint Augustinus ile Thomas Aquinas’tır. Augustinus için hukuk, “Tanrı’nın iradesinin ifadesi olan ebedî bir kanun”dur. Onun için hukuk dinden ibarettir. Bundan dolayı da meşhur başyapıtı *De Civitate Dei*’de *dinsizlerin ve din yolundan sapanların* cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Bir diğer zirve isim ise Thomas Aquinas’tır. Orta çağın Aristosu olarak da adlandırılan Aquinolou Thomas için insan yapımı kanunların “ebedî” ve “ilahî” olan kanunlara uyum göstermesi gerekmektedir. Onun için bu bedî ve ilahî kanunlar evreni yaratan ve onu hâlen yöneten kanunlardır. Bu kanunlar doğrudan ilahî iradenin yani Tanrı’nın bir ifadesidir. Hukukun kaynağı, beşerî değil, ilahî irade olup; insanların yaptığı kanunlar ise ilahi kanunlarla gösterdiği uyum oranında hukuk olarak kabul edilecektir. Gözler, a.g.e., ss. 236-237.

hukuk, laikleşmiş, içerik değiştirmiştir. Bu dönem doğal hukuk anlayışı, hukuku, her şeyi yaratan ve yöneten Tanrı'nın iradesinden bağımsızlaştırmaya çalışmıştır. Hukuk artık Tanrı değil 'akıl' kaynaklıdır. Fakat bu 'akıl', tekil olarak bir insanın aklı değil, genel ve soyut bir beşerî akıl'dır. Bu dönem doğal hukuk yaklaşımına göre, hukukun yaratıcı kaynağı tüm insanları yöneten 'tabiî/doğal akıl'dır. Bu nedenle bu dönemdeki doğal hukuk aklî/rasyonalist doğal hukuk olarak da adlandırılmaktadır.<sup>177</sup>

Doğal hukuktaki bu aklî/rasyonalist dönemin en önemli düşünsel figürü ise şüphesiz Hugo Grotius'tur. Grotius'a göre insanlar içgüdüsel olarak akla uygun yaşamak isterler. İşte tam da bu içgüdü ise hukukun kaynağıdır. Onun için bütün insanlığı kapsayan ve değişmez doğal hukuk kuralları mevcuttur ve bu kuralların *a priori* varlıkları, insan aklı kaynaklıdır. Akıl'ın doğası gereği insan iyiye ve kötüyü ayırt edebilir. Hukuk tam olarak insan aklının böyle bir emri olmak durumundadır.<sup>178</sup>

İnsanın aklî doğası kaynaklı doğal hukuk kurallarına bir örnek getirmek isteyen Grotius, bu kuralların başında *pacta sunt servanda* (ahde vefâ, söze bağlılık) ilkesini saymaktadır. Akıl gerçekte de verilen bir sözün yerine getirilmesini "emretmektedir". Diğer yandan Grotius'a göre yine aklın bir emri olarak "herkesin sahip olduğu şeyler üzerindeki hakkına saygı gösterilmeli", "herkes kendi kusuru ile verdiği zararı ödemeli", "herkes başkasına ait olan bir şeyi geri vermeli", "herkese hak ettiği ceza verilmeli"dir. Filozofa göre bu kurallar akıl kaynaklıdır, bunlar ve bunlar gibi tüm doğal hukuk kuralları geçerliliklerini akla uygunluklarında bulurlar.<sup>179</sup>

Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Grotius doğal hukuku açıklamaya çalışırken ona dinî bir kisve vermekten çekinir. Getirdiği açıklamalarda ilahî kanunlara başvurmaz. Aksine o, Tanrı mevcut olmasa dahî kendi ileri sürdüğü doğal hukuk kurallarının var olacağını geçerliliğini koruyacağını öne sürer. Ona göre aklın emrettiği bu emirler Tanrı tarafından da emredilmek durumundadır. Akl'ın

---

<sup>177</sup> Gözler, a.g.e., s. 237.

<sup>178</sup> Gözler, a.g.e., s. 237.

<sup>179</sup> Gözler, a.g.e., s. 237.

emrettiği yasaklar Tanrı tarafından da yasaklanacaktır. Grotius için Tanrı dahî bu doğal/tabîî hukuka tâbîdir ve ne kadar güçlü olursa olsun onu değiştirmeye muktedir değildir.<sup>180</sup> Bu bakımdan Grotius'un doğal hukukun asıl laikleştiricisi olduğu söylenebilecektir.<sup>181</sup>

Rönesans ve Aydınlanmayı takiben 19. yüzyılda pozitivistizmin doğa bilimlerinden başlayarak sanayi devrimine uzanan bir zeminde kazandığı kesin zafer, hukukî pozitivistizm düşüncesinin sosyal bilimler alanına, özellikle de hukuk alanına taşınmasına ve burada çok da etkili olmasına neden olmuştur. Uzunca sayılabilecek bir süre hukuksal pozitivistizm, yöntemi dolayısıyla bilimsel nitelik taşımadığı eleştirisi ile bakılan doğal hukuk akımının tek alternatifi olarak kabul edilmiştir. Doğal hukuk bu zihin yapısının kabul edebileceği *kesinlik*, *ölçülebilirlik* ve *öngülebirlilik* gibi kriterlerden yoksun bir dizge olarak hiç de kabul edilebilir değildir. Bilimsel alandaki pozitivist hukuk açısından da geçerlidir. Bilimsel nitelikli hukukî ve siyasî bütün tartışmalarda hukuk, bu dünyaya ait ve belli bir insan topluluğunun/insan yapısını ifade eden yasa koyucunun iradesi olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşım aynı zamanda doğal hukukun, diğer bir deyişle hukukun değer yanının inkâr edilmesi anlamını da taşımaktadır.<sup>182</sup>

Doğal hukuk aslında 19. yüzyılda da, 20. yüzyılda da varlığını sürdürmektedir. Özellikle Katolik Kilisesi'nin resmî bakış açısında doğal hukuk öğretisi hâlen yaşamaktadır. Bununla birlikte çok geniş kitlelerce klasik doğal hukuk düşüncesi, hem laik düşünce hem de diğer modern teoriler açısından bu yeni pozitivist çağın gereklerine ters düşmektedir. Tâ ki 20. yüzyılda dünyanın yaşamış olduğu iki büyük savaş sonunda, özellikle İkinci Dünya Savaşı neticesinde bilime ve bilimsel yönetime karşı olan tavır iyice değişmiştir. Gerçekten de İkinci Dünya Savaşı pozitivist hukuk yaklaşımı için tam bir yıkım olmuştur. Özellikle yasama organının/yasakoyucunun yetkisine sahip idarecilerin adalet ve hakkâniyet anlayışıyla bağdaşmayan, keyfi ve haksız yasalar yapmaları ve bu yasalara itaati

<sup>180</sup> Tanrı, tıpkı iki kere ikinin dört etmesini değiştiremeyeceği gibi doğal hukuku da değiştiremeyecektir. Ozdemir, a.g.e., s. 66.

<sup>181</sup> Gözler, a.g.e., s. 238.

<sup>182</sup> Işıktaç, Hukuk Fel ...., s. 278.

zorunlu kılan katı pozitivist hukuk anlayışının ortaya çıkardığı totaliter rejimler<sup>183</sup>, en acı örnek olarak Nazi Almanyası gösterilmektedir- doğal hukukun tekrar gündeme getirmiştir. Yirminci yüzyılda hukukun yasa koyucunun iradesi olarak kavranmasından, yeniden, idesi olan *adalet* açısından kavranılmasına doğru olan dönüş, literatürde ‘Doğal Hukukun Rönesansı’ olarak isimlendirilmiştir. Bu dönüşün nedeni, abartılı pozitivistimin sakıncalarının görülmesi ve iki dünya savaşının küllerinde boğulan ‘insan’ kavramının yeniden değerlendirilmesinin bir zorunluluk hâlini gelmesi olarak gösterilebilir.<sup>184</sup>

Hirş, Stammler, Laski, Radbruch vb bir çok isim tarafından Yeni Kantçı gelenekten yola çıkılarak Doğal Hukukun Rönesansı’nın gerçekleştirildiğinden bahsetmektedir.<sup>185</sup> Hirş’e göre, iki dünya savaşının insanoğlunun başına açtığı felaketler ve yaşattığı acı neticeler, insanları kendi ürünleri olan hukuk sistemlerini sorumlu tutmalarına vesile olmuştur. Artık yeniden doğal hukukun herkesi ve her düşünceyi bağlayan doğal hukuk ilkelerini hatırlamaya itmiştir. Savaş sonrası Almanya’da Nurenberg Mahkemesi’nin uyguladığı ilkelerin, Birleşmiş Milletler Anayasası’na egemen olan düşüncenin,<sup>186</sup> doğal hukuka yeniden bir dönüşün aslında veciz ifadeleri olduğu söylenebilecektir.<sup>187</sup> Doğal hukuktaki bu “rönesans” hareketleri, doğal hukukun esâstan ele alınmasını ve iyıştırılmasını konu edinmektedirler. Artık burada tabîî hukuk, “eski düzen”de olduğu gibi toplumları idare edecek tüm kuralların eksiksiz ve mükemmel bir toplamı şeklinde tasavvur edilmemektedir. Doğal hukuk artık, kanun koyucuyu kontrol altında tutacak, ona, ihdâs edeceği kanunlarda rehberlik edecek, yol gösterecek, yüksek, ulvi ilkelerden ibaret olmak durumundadır. Doğal hukuk artık, kanun koyucuyu uyararak, yol gösterecek, onu keyfilikten sakındıracak bir el freni olarak kabul edilmektedir.<sup>188</sup>

---

<sup>183</sup> Hirş, a.g.e., s. 97.

<sup>184</sup> Işıқтаç, Hukuk Fel ...., s. 279.

<sup>185</sup> Işıқтаç, Hukuk Fel ...., s. 279.

<sup>186</sup> Ayrıca bkz. Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (7. Baskı), Çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 37.

<sup>187</sup> Hirş, a.g.e., s. 97.

<sup>188</sup> Hirş, a.g.e., s. 97.

Toparlayacak olursak, bizim de iştirak ettiğimiz geniş kesimlerce kabul edilen görüşe göre, doğal hukuk düşüncesinde hukuk, adalet kavramıyla özdeşdir. Hatta bir noktada hukuka aykırı demek adalete aykırı demekle eş anlamlıdır.<sup>189</sup> Adalet ise formel bir düşüncedir ve toplum nezdinde tatbik edilebilmesi için içerik kazanması gerekmektedir. Bu noktada ise adalete kazandırılacak içerikte herkes kendi inanç, düşünce ve ideolojisine paralel bir yaklaşım sergileyecek, bunlar doğrultusunda çeşitli maksimler önerecektir. Ancak bu noktada da adalete içerik temin edip tatbikine yarayacak bu ilkeler de yeterli gelmemektedir. Öncelikle bu ilkeler başka ölçü ve düşüncelerden yardım almaksızın anlaşılıp uygulanacak kadar açık değildir, ayrıca hangi ilkenin nerede ve ne zamanlarda tatbik edileceği noktasında da belirsizlik söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla burada, adalete somut bir içerik kazandırmak için, başka fikir ve düşünsel sistemlere ihtiyaç söz konusu olacaktır. Doğal hukuk anlayışı, tam da işte bu ihtiyacın bir neticesi olarak teşekkül etmiş, adaleti gerçek anlamda yansıtan, ona bir hüviyet kazandırıp tatbik edilebilir bir hâle sokacak belirli bir içeriğe sahip hukuk kurallarının tespiti, insanlığın, doğal hukuk düşüncesin de temel sorun alanlarından birini teşkil etmiştir.<sup>190</sup>

Aral’a göre doğal hukuk görüşünün bütün çağlarda ortak olan yanı ve niteliği, onun “*her zaman ve her toplum için geçerli normlar düzeni biçiminde her pozitif hukukun, rastlantılarla ya da insanların keyif ve arzularıyla değişmeyecek olan aslî bir örneği olarak düşünülmüş olması*”dır. Doğal hukuktaki bu yaklaşıma göre, bir yandan pozitif hukuk vardır; onun üstünde de bir doğal hukuk vardır. Dolayısıyla bu noktada düalist bir bakış açısı söz konusudur ve buradan doğal hukukun sahip olduğu iki işlev çıkarılabilmektedir.<sup>191</sup>

İlk olarak Aral için doğal hukuk, pozitif hukuka bir örnek teşkil etmektedir, onun ilk işlevi budur. Doğal hukuk burada pozitif hukukun esin kaynağı konumundadır. Kanun koyucu bir düzenlemeye girerken çatışan değerlerle karşılaştığında, bunlar arasında doğal hukuk ilkelerine göre bir denge kuracaktır.

---

<sup>189</sup> Gözler, a.g.e., s. 58.

<sup>190</sup> Aral, Hukuk Felsefesi ...., s. 202.

<sup>191</sup> Aral, Hukuk Felsefe ...., s. 204.

Çıkarların sayısına ve mahiyetine göre bir denge kurmaktan kaçınmış olacaktır. Doğal hukukun üstlendiği ikinci işlev ise onun pozitif hukukun adalete uygun olup olmadığını denetlemesi ve tahlil etmesi, pozitif hukukun anlamını ve sınırlarını tespit etmeye çabalayan yorumcuya, bu konuda bir ölçü sağlamasıdır.<sup>192</sup>

Sonuç olarak, ikinci bölüme geçmeden önce şunları söyleyebiliriz. Hukuku değer merkezli açıklamaya çalışan ve onu adalet ile eş anlamlı sayan doğal hukuka karşılık pozitif hukuk, kendisi haricinde üstün bir hukuk fikrini reddeder. Dolayısıyla iki temel bakış açısındaki ortak noktalardan birisi, hukuk ve ahlâk kavramları arasındaki ilişkinin mahiyeti ve boyutudur da denilebilecektir. Doğal hukukçular için ahlâki değerler–özellikle adalet- hukuk için *sine qua non* ele alınırken, pozitivistler tarafından hukuk -tabî nispeten daha *yumuşak* görüşleri istisna tutarak söyleyelim- ahlâkî değerler göz önünde bulundurulmadan tanımlanırlar. Burada hukukî pozitivistlerin doğal hukuka yönelttiği en temel ve esâslı eleştiri, daha önce kısmen değindiğimiz üzere, değerlerin evrensel nitelik taşımadığı ve göreceli olduğu, tam da bu sebeple âdil olanla olmayanın ne olacağına dair kesin bir cevaba ulaşamayacağı yönündedir. Buradan yola çıkan hukukî pozitivist görüşlerin ciddi bir bölümü kişilere ve toplumlara göre değişebilen ahlâkî kavramların, dolayısıyla adaletin de, hukukun konusunu oluşturamayacağını öne sürmüşlerdir. Hukukî kesinlik ve hukukî güvenlik terimlerine ayrı bir değer yükleyen hukukî pozitivistler, doğal hukuka bir üstünlük tanınmasının, ona ağırlık verilmesinin, hukukun kestirilebilir ve öngörülebilir olma özelliğini tehlikeye düşürebileceğini hatta onu ilga edebileceğini öne sürerler.

---

<sup>192</sup> Aral, Hukuk Felsefe ...., s. 205.

## İKİNCİ BÖLÜM

### HART-DEVLİN TARTIŞMASINDA HUKUK-AHLÂK PROBLEMATİĞİ

#### 1. HUKUK-AHLÂK PROBLEMATİĞİ

Toplumsal düzenin sağlanmasında ve bu düzenin devamlılığında varlığıyla işlev gören ahlâk ve hukuk arasındaki ilişki, tarihsel süreçte ve çeşitli bölgelere göre farklı görünümser sergilemiştir. İlkel (basit/henüz karmaşıklaşmamış) toplumlarda/insan topluluklarında ahlâk ve hukuk kavramları hemen hemen iç içe bir haldeyken, modern dönem toplumlarında meydana gelen karmaşık toplumsal ilişkiler ve uzmanlaşmayla beraber iki kavram arasında bir ayrım gündeme gelmiş ve zamanla bu ayrım iyice belirginleşmiştir. Modern toplumda ahlâk ve hukuk arasındaki ilişki, ahlâk felsefesi, hukuk felsefesi, hukuk sosyoloji, antropoloji, siyaset felsefesi, siyaset sosyolojisi gibi çok geniş bir yelpazede düşünce ve sosyal bilim sahası ile doğrudan ya da dolaylı olarak temas halindedir. Hukuk ve ahlâkın önerdiği iki düzenin birbiriyle olan ilişkisi, pozitif yasaların ahlâk kuralları ile ilişkisi, hukukun önerdiği adalet anlayışıyla ahlâkın önerdiği adalet anlayışı, hukuk kurallarının tatbikinde ahlâkın rolü gibi temel soru ve sorun alanları ahlâk-hukuk ilişkileri çerçevesinde hâlen tartışılmaya devam edilmektedir.<sup>193</sup>

Ahlâk-hukuk ilişkisini kavrayabilmek için modern toplumda ahlâkın durumunu incelemek faydalı olacaktır. Çünkü, geleneksel toplumlarda örf, âdet, gelenek ve dinle iç içe ve uyumlu bir ahlâk anlayışı hâkim konumdadır. Bu hâkim ahlâk anlayışı hukuku da doğal olarak etkilemektedir. Bununla birlikte geleneksel toplumdaki sosyal koşullar ve hayat düzeni hâlen ortalama standartlarda, hemen herkesi bağlayan bir ahlâk anlayışını mümkün kılmaktadır. Bu kapsamda toplumda geçerli olan ve herhangi bir toplumsal tartışmaya/kargaşaya yol açmayan ahlâk anlayışları da birey davranışları üzerinde doğrudan etkili olabilmektedir. Ahlâkın birey üzerindeki etkileri doğal olarak hukuku da etkilemektedir.<sup>194</sup>

<sup>193</sup> Yaşar Erjem, *Hukuk ve Toplumsal Düzen*, Kum Saati Yayınları, İstanbul, 2012, s. 86.

<sup>194</sup> Erjem, a.g.e., ss. 86-87.

Bununla birlikte, modern toplumda, geleneksel toplumun aksine, ahlâk ve hukuk arasındaki ilişkiler bu kadar sıkı ve iç içe geçmiş bir halde değildir. Heterojen toplum yapısında ahlâk ve hukuk ilişkisi asgarî seviyeye inmiş durumdadır. Bu heterojen yapı içerisinde farklı unsurlara farklı gruplara ait çok sayıdaki ahlâkî yaklaşımın hangisinin/hangilerinin standart olarak kabul edileceği noktasında karar vermek mümkün görünmemektedir.<sup>195</sup> Bununla birlikte ahlâkî bir buhran da yaşayan modern toplum yapısı için gündemdeki en belirgin soru ve sorun alanı da, modern toplumun içerisinde bulunduğu ahlâki krize çözüm getirerek onun ihtiyaçlarını karşılayabilecek, toplum üyelerinin çoğunluğunu, hatta farklı farklı toplumların çoğunluğunu kapsayacak genişlikte bir ahlâk düşüncesinin mümkün olup olmadığıdır.<sup>196</sup>

Erjem'e göre modern toplum bir yönüyle ahlâkî bir çözüme ihtiyaç duymakta, diğer yönüyle de ahlâkî bir çözümü ciddiye almanın önünü kesmektedir. Modern toplumda ahlâka duyulan ihtiyaçla ahlâka karşı alınan tavır iç içe geçmiş bir haldedir. Ona göre ahlâk her şeyden önce evrensel bir kavram olmayıp herkesin üzerinde mutabakata varacağı bir dizi öneri değildir; her toplum kendi ahlâkî düzenini kendisi tesis eder. Modern toplumda ahlâk alanında bir evrensellik mümkün görünmemektedir. Modern toplumun üzerinde yükseldiği bilgi teorisi, ahlâki bilgi imkânını yoksayan bir zemin üzerine inşa edilmiştir. Evrensellelikle bağdaşmayan bir düzen önerisi olarak ahlâk, kişisel bir kanaat seviyesinde kalmak durumundadır. İncancı ve dogmayı dışlayan modern toplumda ahlâk, olsa olsa *şahsî bir inanç ve dogma* konusudur.<sup>197</sup>

Bireyi ve onun aklını merkeze alan, her türlü incancı ve dinî dogmayı reddeden, birey olarak insanı vurgulayan modern anlayış, bu anlayışın bir tezahürü olarak modern toplumda ahlâki değerler etrafında bir araya gelmeyi de mümkün kılmamaktadır. Diğer bir deyişle insan ilişkilerini düzenleme noktasında ahlâkın

---

<sup>195</sup> Sulhi Dönmezer, *Sosyoloji*, Savaş Yayınları, Ankara, 1982; Aktaran: Erjem, a.g.e., s. 86.

<sup>196</sup> Erjem, a.g.e., ss. 87-88.

<sup>197</sup> Erjem, a.g.e., s. 88.

toplumsal bütünlüğü sağlayamadığından bahsetmek mümkündür. Ahlâkın modern toplumdaki bu başarısızlığı, insan davranışlarını düzenlemeyi hedefleyen hukuku etkileme hususunda da aynen geçerlidir. Hukuk kurallarının ihdâs ve tatbik edilmesinde ahlâk tamamen yok sayılmış değildir; fakat karmaşık modern toplum yaşamında ahlâki bütünlüğün temin edilememiş olması neticesinde, hukukun giderek teknikleşerek uzmanlaşmayı gerektiren bir bilgi sistemine dönmüş olması neticesinde hukuku etkileme ve yönlendirme noktasında pek de büyük bir rol oynamamaktadır.<sup>198</sup>

Modern toplumda hukuk, laik bir karakterdedir. Geleneksel toplumda hukuk ahlâkî sistemlerle yakın ilişki içerisindeyken hukuk-ahlâk birlikteliğinden söz etmek mümkündür. Ancak modern toplumda böyle bir birliktelikten söz etmek pek mümkün değildir. Ahlâkın din ile olan ilişkisi de bu noktada önem arz etmektedir. Hukukla iç içe geçmiş ve onu etkiler haldeki ahlâk, uzmanlaşmanın görülmediği ve henüz karmaşılaşmayan geleneksel toplumda din öğretisi çevresinde gelişen ritüellerden ve ilişki sistemlerinden etkilenir vaziyettedir. Hatta din ile ahlâk bu dönemde neredeyse iç içedir. Dinin hukuk üzerinde de oldukça etkili olduğu gerçeği göz önüne alındığında, geleneksel toplumlarda, ahlâk, hukuk ve din arasında ciddi ve belirgin bir yakınlıkta ilişkiden söz edilebilmektedir.<sup>199</sup>

Modern hukuk ise laik karakteriyle dinden ve geleneksel toplum yaşamı ürünlerinden nispeten kopmuş, rasyonel temeller üzerine yükselmiştir. Hukuk ve din arasında gerçekleşen ayrılık doğal olarak hukuk-ahlâk ayrılığını da beraberinde getirmiştir. Ancak modern toplumun bir ürünü olan bu laik hukuk, kendisine zemin oluşturacak ve meşrîyet kazandıracak, bütünlüklü, genel geçer bir laik ahlâk sisteminden mahrum olduğundan, geleneksel dönemin hâlen varlığını sürdüren ahlâk sistemleri ile bir çatışma içerisinde. Erjem, laik hukuk sistemiyle uzlaşma sağlayabilecek bir laik ahlâk sistemi kurulabilmiş olsa idi modern toplumdaki bu hukuk ve ahlâk arasındaki sürtüşme ve gerilimin en azından teorik planda bir çözüme

---

<sup>198</sup> Erjem, a.g.e., s. 89.

<sup>199</sup> Erjem, a.g.e., s. 89.

kavuşturulabileceğini<sup>200</sup> öne sürmekte, bütünlüklü ve kapsayıcı, (laik hukuku) bir laik ahlâk anlayışının bir ideal olarak varlığını sürdürmekte olduğunu savunmaktadır.<sup>201</sup>

Hukuk-ahlâk ilişkisi şeklinde ifade edilen sorun, her şeyden hukuk ve ahlâk arasındaki ilişkinin nasıl ve ne şekilde kurulacağını odağa alan bir problematiktir. Hukukla ahlâk arasında bir bağ olup olmadığını, varsa bu bağın bir zorunluluk taşıyıp taşımadığı gibi temel soruların sorulduğu<sup>202</sup> bu alan esâsen, hukukla ahlâk arasındaki ilişkiyi tamamen kopartarak hukuku tüm metafizik öğelerden ayırmaya çabalayan katı pozitivist yaklaşımlarla ahlâkla hukuku iç içe gören hatta ahlâkî hukuka önceleyen doğal hukuk yaklaşımları arasındaki bir tartışmadır da denilebilir.

Ahlâk ve hukuk arasındaki ilişkiye dair konuşmak ya da düşünmek söz konusu olduğunda bu aynı zamanda hem hukukun ne olduğuna ve doğasına dair bir düşünmeyi<sup>203</sup> hem de ahlâkın ne olduğuna ve onun doğasına dair bir düşünmeyi gerektirmektedir. Bu temel kavramlar hakkındaki düşünceler ise bizi başka soru ve sorunlara getirecektir. Hukuk-ahlâk problematiğinin bünyesinde barındırdığı en temel sorular aynı zamanda hukuk felsefesinin, siyaset felsefesinin, sosyolojinin ve sâir disiplinin esâs ve ilintili sorularıyla aynı alanlara temas etmektedir. Bu sorulardan ilk akla geleni, bir hukuk kuralının geçerliliğinin bazı ahlâkî ilkelere uygunluğunda aranabilmesi mümkün olup olmadığı şeklinde olanıdır. Hukuk kuralları geçerli olabilmek için ahlâkî ilkelerle bir uyum göstermek zorunda mıdır yoksa salt hukuk kuralı olmakla bu geçerliliği temin edebilecekler midir? Ahlâkî iyi tanımına uymayan bir hukuk yine de geçerli olabilecek midir?<sup>204</sup> Ahlâkın ve hukukun emrediciliği arasında bir derecelendirme yapılabilecek midir?<sup>205</sup>

---

<sup>200</sup> Kant'ın akıl ve ödev nosyonları üzerine oturttuğu ahlâk felsefesinin tam da bu sorunu bir çözüme bağlayabilmek üzerine kuruludur diyebiliriz.

<sup>201</sup> Erjem, a.g.e., s. 90.

<sup>202</sup> Işıktaç, Hukuk Fel ...., s. 474.

<sup>203</sup> Sercan Gürler, "Sunuş", Gürler, E. (Eds.), *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 10.

<sup>204</sup> Gürler, a.g.e., s. 10.

<sup>205</sup> Işıktaç, Hukuk Fel ...., s. 493.

Hukuk-ahlâk problematiğinin en temel sorularından bir diğeri de hukukun belirli bir ahlâkî dayatabilip dayatamayacağı şeklindeki sorudur. Hiçbir zarara yol açmamasına rağmen ahlâken sapkınlık olarak nitelendirilen bir eylemin hukukun yasak konusu edilebilmesi, yasaklanması mümkün müdür? Hukuk, bireylere herhangi bir özerk alan tanımaksızın onların her türlü eylemine müdahale edebilir mi ya da etmeli midir?<sup>206</sup> şeklinde devam eden sorular ahlâk-hukuk ilişkisine bu ikisi arasında ayırma gidenler ile, ikisi arasında ortak zeminleri vurgulayanlar olmak üzere iki farklı bakış açısıncı cevaplandırılmaya çalışılmıştır. Burada, hukuk-ahlâk problematiğinin klasik bir örneği olan ve çalışmamızın temelini oluşturan tartışmaya geçmeden önce, hukuk ve ahlâk arasında ayırma gidenler ile bu iki kavram arasında benzerlik bulan yaklaşımları sırasıyla ve kısaca gösterilmeye çalışılacaktır.

### 1.1. Hukuk-Ahlâk Ayrımı

Mahiyetleri itibariyle insan davranışlarını yönlendirmeye yönelik olmaları, insan için “iyi olanı eyleme”lerine yardımcı olmaları, adaleti tesis etme amaçlarını taşımaları nedeniyle hukuk ve ahlâk birçok müşterek özelliğe sahiptirler. Ahlâk değerlerinin hukuku etkilediği hatta bazen doğrudan şekillendirdiği yönündeki bakış açısına karşılık, bu iki saha arasında ciddi farklar bulunduğunu düşünerek ayırma tâbî tutan başka bir bakış açısı da söz konusudur. Bu çalışmanın kapsamında tüm bu yaklaşımlara ayrı ayrı ve hakkıyla temas edebilmemiz mümkün olmamakla beraber, bazı düşüncelere ve yazarlara yüzeysel de olsa değinilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Del Vecchio metaforik bir yaklaşımla hukuk-ahlâk problematiğinin hukuk biliminin, hukuk felsefesinin “Horn Burnu” olduğunu bir çok tehlikeli kayalık barındırdığını ve bir çok düşünce sisteminin ve yaklaşımının burada kayalıklara çarparak battığını zikrederek, hukuk ile ahlâk arasındaki ayrımı kısa bir tarihçe üzerinden açıklama gayretinde bulunur. Ona göre, toplumsal yaşamın ilk ve ilkel dönemlerinde çeşitli karakterlerde, hukukî mi ahlâkî mi belli olmayan bir görünümde olan ve cibrî bir güç de içeren normlardan oluşan bir örf vardır. Bu dönem içerisinde insan eylemlerini düzenleyen kuralların öznel mi nesnel mi oldukları, kimden; ne

---

<sup>206</sup> Gürler, a.g.e., s. 13.

derecede ve ne tarzda bu kurallara uyulmasını talep edebilebileceği müphemdir. Yine bu dönemde gelenek tüm gücü ve haşmetiyle bireyi kuşatmıştır, bireyin tüm hayatına nüfûz etmektedir. Hukuk, ahlâk ve din birbirinden ayrılacak durumda değil, âdetâ tek bir yapı olarak görünmektedir.<sup>207</sup> Daha sonra hukuk kendine ait bir takım özellikler edinerek ahlâktan ayrılmaya başlamıştır.

Del Vecchio'ya göre Antik Yunan'da hukuk ve ahlâk kısmen iç içe bir görünüm sergilemektedir. Hukukî kurallara dair teorik açıklamaların da Antik Yunan'da bulunması mümkün değildir. Platon'da dahî hukuk ve ahlâk arasında bariz bir ayrım aramak boşuna olacaktır. Antik Yunan düşüncesi için devletin amacı hukukî değil ahlâkîdir. Devletin, kanun koyucunun vazettiği normların, yani pozitif hukukun, esâsında kişisel mutluluğu temin etmek için (dolayısıyla da toplumsal mutluluğu) ahlâkî normlarla iç içe bir vaziyette verilmiş öğütlerden ibaret olduğu söylenebilecektir.<sup>208</sup>

Roma'da ise hukuk Antik Yunan'a nispeten özel bir görünüm sergileyerek, ahlâktan tamamen ayrı ve pozitif bir biçim ortaya koymaktadır. Ancak burada da hukuk ve ahlâk arasında kesin ve kesin bir ayrımı ortaya koyan teorik/felsefî bir bakış açısı bulunmamaktadır. Bu konu uzunca süre tartışılmış, halen de tartışılmaktadır. Del Vecchio'nun kanaatine, Romalıların hukukun sınırlarına dair bir fikre ya da en azından bu yönde bir sezgiye sahip oldukları söylemek abes kaçmayacaktır. Romalıların kuralları uygulamak hususunda dikkat ve özenle hareket ettikleri ve bazen de örneğin “*Nom omne quod licet jomestum est*” salt hukuktan elde edilen/varılan şeyin ahlâk olarak kabulü ve tatbiki mümkün değildir diyerek hukuk ve ahlâk arasındaki ayrımı fark etmiş oldukları görüşü öne sürülebilecektir. Del Vecchio'ya göre Romalılar hukukun özelliklerinin daima farkındadırlar ve fakat onu ahlâktan ayırt eden teorik/felsefî bir yaklaşımı açık seçik ortaya koymamışlardır.<sup>209</sup> Antik Yunan'da hukuk ile ahlâk iç içe olduğundan hukuk ahlâkî şekil ve vasıfta olmasına rağmen, Roma'da ahlâkın hukukî bir görünüme büründüğü ve neredeyse

<sup>207</sup> Giorgio-Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev. Suut Kemal Yetkin, İstanbul Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 177.

<sup>208</sup> Del Vecchio, a.g.e., s. 177.

<sup>209</sup> Del Vecchio, a.g.e., ss. 177-178.

kanuna uygun bir halde olduğu söylenebilir. Bu dönemde hukuk, ahlâkı da kapsayacak denli eylemlerde genel bir maksim olarak kabul edilmektedir.

Del Vecchio, hukuk ve ahlâk arasındaki ayrıma dair gerçek bir teorik ayrımla karşılaşmak için 18. yüzyıl başlarına kadar gelinmesi gerektiğini öne sürer. 1705'te Alman hukukçu Christian Thomasius 'un (1655-1728) politik sayılabilecek bir amaçla konuyu ele alsa da bu mevzuya doğrudan doğruya temas eden belki de ilk kişi olduğundan bahseder. Del Vecchio'ya göre o dönem devletin güç ve etki alanını sınırlandırmak, bazı alanlarda bireyin özellikle düşünce ve vicdan özgürlüğü kazanmasında hissedilen ihtiyaç, Thomasius'u kanunun düşünce, vicdan ve din karşısında yetkileri bulunmayacağını ileri süren düşünceyi iddia etmeye itmiştir. Bu düşünce uygulamada yararlı da olmuştur, fakat ilişkinin hakîkî unsurlarını zeminlerinden de kaydırmıştır. Thomasius için ahlâk yalnız iç/manevî dünya ile ilgiliyken, hukuk düşüncelerle ilgilenmeyecektir. Bu aynı zamanda ahlâkın zorlayıcı olmadığı, buna karşılık hukukun ise bizâtihi zorlayıcı olduğu sonucu çıkmaktadır.<sup>210</sup>

Del Vecchio, tüm kusurlarına rağmen Thomasius' un bu ayrımında, hukuk ile ahlâk arasında gerçek bir ayrım ortaya koyabilmenin tüm elverişli yönlerinin çekirdek hâlinde mevcut olduğunu öne sürer. Ona göre Thomasius esâs noktayı özetleyerek orta koymuştur: Ahlâk öncelikle sübjektif vicdanla, hukuk ise toplumsal yaşamın objektif bir organizasyonu ile ilgilidir. Thomasius'un bu ayrım girişimi, daha sonra başta Kant olmak üzere bazı düşünür ve yazarlar tarafından ele alınarak işlenmiştir. Örneğin Kant'ın, Thomasius'un ayrıma dair bu düşüncesini olduğu gibi ele aldığı bilinmektedir. Ancak Del Vecchio, onun da hukuku, aşırı derecede bir yaklaşımla eylemin sadece dış görünüşüne indirgemek hatasına düştüğünü ve hukukun, onu ahlâktan ayıran özelliklerini tam olarak gösteremediğini iddia etmiştir.<sup>211212</sup>

---

<sup>210</sup> Del Vecchio, a.g.e., s. 178.

<sup>211</sup> Bu konuda ayrıca Bkz. İsmail Kılıoğlu, *Ahlâk-Hukuk İlişkisi*, MÜİFVY, İstanbul, 1988, s. 368.

<sup>212</sup> Del Vecchio, a.g.e., ss. 178-179.

Vecchio son olarak, Thomasius ve Kant'ın hukuk ve ahlâkın ayrılması tezlerinin, Kant'ın en önemli öğrencisi olan Fichte tarafından son noktasına iletilildiğini aktarır. O Fichte'nin, düşüncesinin ilk aşamasında insan eylemlerini düzenlemeyi görev edinen bu iki düzenin arasında derin ve esâslı bir uçurum açtığını ve hukuk ile ahlâk ilkeleri arasında düzeltilemeyecek ve uzlaştırılamayacak bir zıtlık olduğunu zannettiğine değinir. Bunun nedeni olarak da hukukun ahlâken yasaklanmış eylemleri, tolere edebilen yönünü göstermektedir. Fichte'nin konuyu taşıdığı bu noktadan sonra karşıt bir düşünce de hemen serpilmiş, konuya eğilen yazar ve düşünürler, katî şekilde ayrılmaya kastedilen hukuk ile ahlâkı mezcetme eğilimi göstermişlerdir. Del Vecchio'ya göre bu noktada ayırım yönünde serdedilen fikrî aksiyon, ortak noktaların tespiti ve birliği üzerinden reaksiyoner bir birliktelik fikrinin doğmasına neden olmuştur.<sup>213</sup>

Aral diğer birçok yazardan farklı bir yaklaşım sergileyerek, hukuku bir bilim olarak ele alır ve hukuk normları ile ahlâk normları arasındaki ayırımın nerede bulunacağını tespit edilmesi gerekliliğini vurgular. Ona göre, bir bilim olarak hukuk, öncelikle, tıpkı diğer bilim dalları gibi konusu tâyin etmek; bu konuya dâhil olan temel kavram ve terimlerin benzerlerinden farklarını ortaya koyarak ayırım yapmak zorundadır.<sup>214</sup>

Işıқтаç'a göre ise, ahlâkla hukuk arasındaki değer yönünden geçerli olan bağlantı (adalet) sebebiyle her ikisinin taleplerinin birbiriyle örtüşüp örtüşmeyeceği yönündeki soru/nlar, ahlâk ve hukukun yapısal farklılıkları nedeniyle sorun teşkil etmektedir. Bireyin kendisini ahlâken gerçekleştirme arzusu<sup>215</sup> ile hukukun “zecrî” formel görünüşü problem oluşturmaktadır. Ahlâk, değere uygun olan tercih edilirken değere uygun olmayanın terk edilmesidir. Bu yönüyle tıpkı hukuk gibi o da, insanın irade ve eylemlerini muhatap almaktadır. Bununla birlikte, Işıқтаç için aşağıda ayrıca gösterileceği üzere, hukuk gibi ahlâkın da zorlayıcı bir yönü de vardır. Bu şekli

---

<sup>213</sup> Del Vecchio, a.g.e., s. 179.

<sup>214</sup> Aral, Hukuk ve..., s. 61.

<sup>215</sup> Bkz. B.1.1., p.2 ve dn. 8.

benzerliklerle birlikte muhteva yönünden de hukuk ve ahlâk arasında benzerlikler söz konusudur.<sup>216</sup>

Işıктаç için, sadece ahlâka ait olan alan, iç temizliği, dürüstlük, ruhsal tamlık gibi bireyin kendine yönelik görevlerini içerirken; salt hukukun alanı ise onun düzen fonksiyonun gereği olarak varlık bulan usulî iş ve işlemlerdir. Örneğin kanundaki trafiğe dair düzenlemeler bunun bir yansımasını oluşturmaktadır. Işıктаç'a göre bu iki alan, hukuk ve ahlâk, birçok müşterek benzerlik bulundurmalarına rağmen, esâsen ayrıştırılmış alanlardır. Bu ayrıştırmanın, ya da ayrıştırmaya dair en temel ayrım ve yaklaşımların mahiyetine dair bir açıklamada bulunmasa da hukuk ve ahlâk ayrımı için çeşitli kriterler öne sürülebilecektir.<sup>217</sup> Bizse bu çalışmada, hukuk ve ahlâk ilişkisinde ayrım yönünde bir tavır sergileyen üç temel yaklaşıma değinmekle yetineceğiz.

#### **1.1.1. Kaynak Yönünden Ayrım**

Gözler, hukukun ahlâktan kaynak yönünden ayrıldığına dair ilk ayrım kriterine hukuk kurallarını açıklamaya girişerek başlar. Ona göre hukuk kuralları, bir toplumdaki bireylerin şahsi olarak ve özgürlüklerine dayanarak kendi gayeleri doğrultusunda belirledikleri bir şey değildir. Hukukun yönelmiş olduğu adalet ilkesi, tüm toplumu alâkadar eden bir konudur. Bu açıdan hukuk kuralları tekil olarak bireylerden kurallara riayet etmelerini isteyerek toplumun düzenini tesis etmeye çabalar ve bunun devamlılığını hedefler. Bu hedefe varılması ancak kurallara uyulması ile mümkündür. Bu kurallar ise bireyin ve toplumun dışındadırlar, düzen, insanın kendi eylemleriyle meydana getirdiği bir düzen değildir. İnsanın haricinde, hukuk sistemince bu görevi yerine getirmekle görevlendirilmiş olan kurum, kanun koyucu tarafından konulmuş kurallardır.<sup>218</sup> Bu bakımdan Gözler için hukukun ahlâktan farklı olarak goğup geliştiği kaynak bireyin dışında bir egemenin iradesinde varlık bulmaktadır.

---

<sup>216</sup> Işıктаç, Hukuk Başl..., s. 82.

<sup>217</sup> Işıктаç, Hukuk Başl..., s. 82.

<sup>218</sup> Gözler, a.g.e., s. 40.

Benzer bir şekilde Kılloğlu için de hukuk kuralları, bir birey olarak insana yabancı, başka bir insan topluluğunun iradesi kaynaklıdır. Bu kurallar, hukuk sisteminin amaçlarına paralel olarak, toplumda düzen ve barışı sağlamak ve devam ettirmek, adaleti tesis etmek ve bu yönde bir istikrar sağlamak yönünde amaçlar taşımaktadır. Bu sebeple hukuk kuralları, tek tek insanlardan bağımsız olarak ve fakat geneli etkileyecek ve bağlayacak şekilde bir insan topluluğu tarafından belirlenmektedir. Buradaki insan topluluğu da yine bir nevî kanun koyucu mahiyetinde olan egemen iradedir. Kendisi dışındaki egemen iradenin belirlediği hukuk kurallarına uyma veya uymama noktasındaki sorumluluk da yine birey olarak insanın kendisinden çok bu harici iradenin gücüne bağlıdır.<sup>219</sup> Hukuk kurallarının kaynak yönünden sergilediği bu özelliğe karşın ahlâk kurallarıysa, kaynak yönünden, bir dış kuvvetten çok; insanın vicdanında olarak köklerini bulmaktadır.<sup>220</sup>

Güriz için ahlâk, insanlara iyi ve doğru eylemde bulunmanın şekillerini gösterir ve temel kaynağı da insan vicdanıdır. Davranışların iyiliğine/doğruluğuna, kötülüğüne/yanlışlığına hukuk kuralları aracılığıyla karar veren, toplumun bireylerinden bağımsız bir dış irade iken; ahlâk alanındaysa bir eylemin neticesinde yaşanan memnuniyet ya da memnuniyetsizlik hissi vicdan görünümüyle ahlâk kurallarının kaynağını teşkil etmektedir. Burada, tek tek insanların vicdanen duydukları memnuniyet hissi neticesinde iyi ve doğruluğuna kanaat getirdikleri eylem görüşlerinin, toplumun geneli tarafından kabul edilerek ahlâk kurallarını meydana getirdiği söylenebilecektir. Bu bakış açısından ahlâk, kaynak bakımından toplumsal olana yaslanır. Güriz'e göre insan, belirli bir toplumun içine doğmuştur ve bu toplumun sahip olduğu ahlâkî değer dizgesine göre yetişecektir. Doğal olarak bu mânâda, insanın, kendi ahlâk kurallarını belirlerken de, içinde bulunduğu topluma ait ahlâk kurallarından etkilendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla insan -hukukun kapsamına giren davranışlarıyla harici bir iradeye karşı sorumlu olan insan- ahlâk alanı dâhilinde bireysel vicdanına ve bir üyesi olduğu topluma karşı sorumludur. Her ne kadar hukuk kuralları insanın vicdanından bağımsız bir şekilde dış bir kuvvetce

---

<sup>219</sup> Kılloğlu, a.g.e., s. 368.

<sup>220</sup> Gözler, a.g.e., s. 40., Kılloğlu, a.g.e., s. 365., Aral, Hukuk ve ...., s. 69.

belirlenmiş kabul edilse de, yine de bu hukuk kurallarının toplumda kabul görmesi, toplum üyeleri tarafından benimsenerek tatbik edilebilmesi bu kuralların toplumda belirli bir geçerliliğinin olması gerekmektedir.<sup>221</sup> Bu açıdan bakıldığında hukuk kurallarını ihdâs eden haricî kuvvetin<sup>222</sup>, toplumca belirlenen ahlâk kurallarından, örf ve âdet kurallarından tamamen bağımsız olduğunu söylemenin pek mümkün olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, kuralların tamamının ahlâk kurallarından yola çıkarak oluşturulmasını beklemek de pek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır.

Hukukun kaynağı olarak bir haricî kuvveti referans alan Güriz, bu noktada bir çekince koyarak hukuk kurallarının, insanın dışında oluşturulan kurallar olarak kabul edilmesi durumunda insanın salt dünyevî yaşantısıyla var olan, kuralların arasında sıkışmış cansız bir varlık olarak yer alması söz konusu olabileceğini öne sürer. Hukuk kurallarını ihdâs eden devletin yetkili organını oluşturan insan topluluğu bile belirli bir manevî yaşantıya sahiptir ve içinde bulunduğu toplumun ahlâkî değerlerinden bağışık değildir. Hal böyleyken hukukun kaynağı olarak gösterilen kaynağın cansız, insan ve onun ait olduğu toplumun mânevî değer ve yargılarından katışıksız olması mümkün görünmemektedir. Güriz’e göre bu sebeple hukuk kurallarının kaynak bakımından ahlâktan ayrıştırılması noktasında özellikle modern dönemde insana yabancılaşmış bir kuvvet tarafından belirlenmesi doğru bir karar ve bu yöndeki tespit de doğru bir tespit değildir. Onun için hukuk ve ahlâk kuralları kaynak yönünden ayrı olup bu ayrım zannedildiği kadar keskin ve kesin değildir. Ancak Güriz’e göre bu durum hukuk kurallarının tamamen ahlâk kuralları ile aynı olabileceği anlamına da gelmez.<sup>223</sup>

Aral içinse hukuk, Gözler ve Kılıçoğlu’nun açıklamalarına benzer bir yaklaşımla, emirlerden oluşmaktadır ve haricinde ve üzerinde, ona yabancı olan bir iradenin eli ürünüdür. Aral’a göre hukukta bir dış yasa koyma (heteronomi) söz konusudur ve bu yasa koyma işini gören de devlettir. Hukuk normlarını ihdâs eden

---

<sup>221</sup> Adnan Güriz, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, Güriz, A. (Eds.), *Adalet Kavramı*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013, s. 16.

<sup>222</sup> Örneğin yasakoyucunun.

<sup>223</sup> Güriz, a.g.e., s. 15.

devletle bu normların muhatabı olan ve onlara uygun davranmakla yükümlü olan insanlar birbirlerinden ayrı olarak ortaya çıkmaktadırlar.<sup>224</sup>

Aral'a göre hukuk, adalet denilen bir ideye yönelmekte, onun, yani adaletin toplum hayatında somutlaşarak gerçekleşmesi için çabalamaktadır. Tam olarak bu objektif ahlâki adalet değerinden dolayıdır ki akıl ve vicdanlara seslenmekte insanlara nasıl davranacaklarını ya da davranmayacaklarını buyurmaktadır. Başka bir ifadeyle hukuk Aral için, tıpkı adalet gibi ahlâkî bir değere dayalıdır ve hitap ettiği bireylerden vicdanlarıyla kendisini onamalarını beklemektedir, çünkü ancak bu şekilde, belirli bir davranış grubu için bir buyruk/emir görünümü kazanmaktadır. Aksi halde vicdanen kabule değer bulunmayacak olan, salt dışarıdan emredilen bir normun bağlayıcılığı, bireyleri yükümlü kılması anlaşılabilir bir durumdur. Bu sebeptendir ki, *“hukukun tanıdığı haklardan yararlanmanın ve haksızlığa uğramamanın sadece büyük bir nimet olmasına karşılık, hakkı yerine getirmek, kişinin ahlâkî bir yüceliğidir.”*<sup>225</sup> İçten gelen bir saygı duygusuna yaslanmadığında, yürürlüğünün alışkanlık, zorlama ya da tesadüfe bağlı kalacak olduğu hukuk düzeni, Aral'a göre otonom bir öze sahiptir ve fakat bununla birlikte heteronom bir karakter de sergilemektedir. Toplumsal yaşamın varlığı ve devamlılığı için, dışarıdan bir otoritenin herkesi bağlayan, çeşitli yaptırımlar ile *zacrî* bir düzen kurması zorunludur. Herkesin kendi akıl ve vicdanının buyurduğu şekilde davranacak olması halinde toplumsal birlik ortadan kalkacaktır. Çünkü toplumsal düzen salt kendi adalet anlayışına uygun davranan kişi için değil, bununla birlikte kendisi dışındakiler ya da karşı taraf için de bir düzen anlamı taşıması gerekmektedir. Hedeflenen düzen salt birey için değil toplumun tamamı için de düzen olarak algılanmalıdır.<sup>226</sup> Aral hukuk ve ahlâk arasında kaynak yönünden bir ayırım yapmakla birlikte, hukukun kaynağı olarak harici bir otoriteyle ahlâkın kaynağı olarak insan akli ve vicdanı kısmen iç içe geçmiş gibi kabul etmektedir.

---

<sup>224</sup> Aral, Hukuk Felsefe..., s. 194.

<sup>225</sup> Aral, Hukuk Felsefe..., ss. 194-195.

<sup>226</sup> Aral, Hukuk Felsefe..., s. 195.

### 1.1.2. Amaç Yönünden Ayrım

Ahlâk ile hukukun, diğer bir ifadeyle ahlâk kurallarıyla hukuk kurallarının amaçları yönünden birbirlerinden farklı olup olmadıkları hakkında geniş bir yelpazede düşünce birliğinden bahsedilmesi pek mümkün görünmemektedir. Aral’a göre, hukuk ve ahlâk arasında amaç yönünden yapılabilecek en belirgin ayrım hukukun amacının “adalet” olmasına karşılık<sup>227</sup> ahlâkın amacının ise “iyi”ye yönelmiş olmasıdır.<sup>228</sup> Onun için ahlâkın izlemiş olduğu amaç haricî ya da dâhilî tüm davranışların bir bütün halinde “iyi”ye yönelmiş olması ve insanın kendini gerçekleştirmesi, kişiliğini yüceltmesidir.<sup>229</sup> Ancak buna rağmen hukuk ve ahlâkın amaçları yönünden iç alemdeki davranışlara ya da haricî âleme yansıyan davranışlara yaklaşımları hususunda çok net ve keskin ayrım yapılabilmesi Aral için pek mümkün görünmemektedir. Tatbik edilen ve dış âleme yansıyan bir eylemin ya da davranışın gerçek anlamda anlaşılabilmesi için o davranışa neden olan saikleri de tespit edip, eylemin fâilinin rehabilitasyonunun temini için mümkün mertebe “*derûnî amillerin*” de farkında olmak gerekmektedir.<sup>230</sup>

Öte yandan Aral’a göre hukuk kurallarının insanın haricî âleme yansıyan davranışlarıyla ilgili olduğu söylenebilirken, ahlâk kurallarının haricî âleme yansıyacak bir gerçekliğe ulaşamamış daha çok insanın derûnî eylem ve davranışlarıyla ilgili olduğu söylenebilecektir. Fakat burada bir uyarı yapan Aral için, ahlâk kurallarının insanın haricî âlemindeki toplumsal ilişkilere karşı kayıtsız kaldığı yanılışına düşülmemesi gerekir. İnsan bir toplumun içine doğar ve o toplumun taşıdığı değer yargıları ile kişiliğini bulur, topluma ait ahlâkî yargıları da taşımaya başlar. Bu ahlâk kurallarının amacı salt tek bir insanın/bireyin onları benimseyerek erdem sahibi bir birey haline gelmesi değil; böyle bir amacı da var olmakla birlikte, toplumdaki bireylerin arasındaki ilişkileri düzene sokmak, toplumsal düzen ve barış ortamının sağlanmasını sağlayabilmektir. Doğrudan Aral’ın kendi ifadeleriyle

<sup>227</sup> Aral, Hukuk ve..., ss. 65-66.

<sup>228</sup> Aral, Hukuk ve..., s. 66.

<sup>229</sup> Aral, Hukuk ve..., s. 68.

<sup>230</sup> Aral, Hukuk Felsefe..., s. 187.

söyleyecek olursak “*ahlâk, toplumsal yaşam alanında da sesini duyurur; insanın diğer insanlara karşı olan ödevlerinden söz eder.*”<sup>231</sup>

Aral için hukuk, insan ilişkilerinin “adalet” yönünden sigâya çekilmesi, düzene sokulmasına yönelik bir ihtiyaçtan doğmaktadır. Diğer bir ifadeyle, adalet’e yönelmiş olmasından ötürü hukuk, mantık, estetik ve ahlâkla müşterek bir özelliğe sahiptir. Bu özellik ise onların normatif olmaları, bir ‘olması gereken’i vazetmeleridir.<sup>232</sup> Bununla birlikte hukukun yöneldiği bir amaç olarak adalet de, ahlâkın yönelmiş olduğu “iyi” içerisinde yer almaktadır. Adalet sever olma, bireyin bir karakter özelliğini ifade eden subjektif anlamından ayrı olarak bir de objektif bir anlama sahiptir. Somut uygulama anlarında adalet sever bir kimsenin deneyimleyeceği ilişki biçiminin özelliğini yansıtan objektif bir tarafı da vardır. Daha sarih bir ifadeyle Aral için adalet severlikle birlikte tüm ahlâkın amacı olan “ahlâken iyi” olanın bireysel bir değere işaret etmesine, tekil olarak bireyle ve onun şahsî yetkinliği ile ilgili bir değer olmasına rağmen; objektif yanı ile hukukun amacı olarak beliren adalet ise toplumsal bir değer olarak görünmektedir.<sup>233</sup> Aral’a göre hukuk ve ahlâkı amaç yönünden bir ayrıma tabi tutmak ise ancak ahlâkın yöneldiği bir ideal olarak “ahlâken iyi” olanın şahsî bir değeri ifade etmesi, buna karşılık hukukun yöneldiği ideal olan adaletin toplumsal bir değere karşılık gelmesi, diğer bir ifadeyle hukukun adaletin “objektif” görünümünü hedeflemesinden dolayı var olan ayrıma vurgu yapmak ile mümkün olmaktadır.<sup>234</sup>

Hukukla ahlâkın birbirinden tamamen bağımsız olmadığını kabul eden Gözler ise öncelikle, adaletin esâsında ahlâkî bir erdem olduğunun altını çizer. Buradan yola çıkarak bir toplumda adaletin tesis edilebilmesinin yolunun ise ahlâkî kişiliğe sahip olan erdemli bireylerden geçtiğini öne sürer. Adaletin amaç olarak gözetildiği bir toplum aynı zamanda belirli ahlâk kurallarının kabul edildiği ve geniş kitlelerce paylaşıldığı bir hayat alanıdır. Gözler’e göre adaletin tesis edilebilmesi için tek tek bireylerin adalet hedefini kendi bireysel ahlâkî eylemlerine uygulaması

---

<sup>231</sup> Aral, Hukuk ve..., s. 60.

<sup>232</sup> Aral, Hukuk Felsefe..., s. 187.

<sup>233</sup> Aral, Hukuk Felsefe..., s. 189.

<sup>234</sup> Aral, Hukuk Felsefe..., s. 189.

gerekmektedir. Ahlâkın insanlardan beklentisi onun en esâs ilkelerinden biri olan adalet ilkesinin insanlar tarafından özümzenmesidir. Ahlâkî iyi aynı zamanda içerisinde adalet kavramını da bulundurmaktadır. Bununla birlikte Gözler'e göre hukuk ve ahlâkın amaçlarına ulaşmada izledikleri metotlar farklıdır. Ahlâk insanların vicdanen adaleti içselleştirmiş olmalarını bekler. Bireylerin adaletli olmaları, onların adaleti vicdanen tam anlamıyla benimsemiş olmalarını gerektirmektedir. Fakat hukuk açısından durum böyle değildir. Adalet ilkeleri vardır ve bu ilkelere uygun yaşamadıkları hallerde bireylerin müeyyidelerle karşılaşılması muhakkaktır. Bu bakımdan, insanların bir davranışa yönelik düşüncesi ile o davranışı uygulanması arasında oluşan farkın, hukuk ile ahlâk arasında amaç bakımından bir ayrım için sağlam bir kriter sağlayıp sağlayamayacağı her zaman tartışılmıştır. Bu arada Gözler şu soruları gündeme taşır: Hukukun, salt düşüncede kalmayıp eyleme dökülen davranışlarla ilgilenirken, derûnî saikleri de göz önünde bulundurduğundan söz edilebilecek midir? Diğer yandan ahlâk açısından bir değerlendirme yapıldığında; ahlâk salt tekil olarak insanların davranışlarını yönlendiren iç dünyalarına mı dikkat eder; yoksa onun dış aleme yansıyan eylem ve davranışlarına, toplumsal ilişkilerine de dikkat verebilir mi?<sup>235</sup>

Gözler için hukuk kurallarının, eyleme dökülen bir davranış neticesinde, kurallara uygun olup olmadığının belirlenmesinde etkili olduğunu söylemek mümkündür. Hukuk bazı davranış ve eylemlerin yapılmasını bazılarının ise yapılmamasını ister. Bu isteğin neticesinde ona uygun bir eylem ya da davranış sergilendiğinde, onu segileyen insanın bunu gönüllü mü yoksa zor altında mı yapmış olduğuyla ilgilenmez. Bununla beraber, hukuk kuralları yapılmaması istenen ve yapılması durumunda bir yaptırım ile karşılık verileceğini söylediği eylem ve davranışlarda ise; hukukun salt insanın harici eylemleriyle ilgilendiği fikri savunulduğu gibi, bazen davranışın arkasındaki içsel nedenlerle ilgilenebildiği de kabul edilmektedir. Bu bakımdan, bazı hallerde hukuk kurallarının davranışların iç saikleriyle ilgilendiği kabul edilebilirse de bu ilginin ortaya çıkabilmesi için yine de her halükârda bir davranışın ya da eylemin dış dünyaya yansıtılmış olması gerekmektedir. Buna karşılık ahlâk kuralları açısından bu durum farklılık arz

---

<sup>235</sup> Gözler, a.g.e., s. 40.

etmektedir. Ahlâk kuralları açısından ahlâken iyi kabul edilmeyen bir davranış eyleme dökülmemiş olsa bile sırf eylemesi yönündeki bir düşünce bile yanlış olacaktır. Salt akılda gerçekleşen bu tasarım bile, dış dünyaya yansıyor somut gerçekliğe ulaşmadıkça<sup>236</sup> hukukun temas ettiği alana müdâhil olmayacaktır.<sup>237</sup>

### 1.1.3. Yaptırım Yönünden Ayrım

Ahlâk-hukuk ilişkisinde yapılan ayrımlardan bir diğeri de, her iki düzenin de istemediği bir eylemle karşılaştıklarında buna karşı insana yönelik bir karşı eylemde bulunmalarıdır, yani yaptırımdır. Hukuku yazılı bir düzen içerisinde belirli eylem kalıplarının fiiliyata dökülmemesi gerektiğini vaz eder ve bununla birlikte dökülmesi halinde uygulanacak karşılığı, yani yaptırımını gösterir. Ahlâk kuralları açınsansa kurallarda bile yazılılıktan ve bu kurallara uyulmadığı takdirde uygulanacak karşılık düzeninden ve bunu tatbik edecek bir güvence mekanizmasından/devlet organizasyonundan söz edilmesi mümkün değildir. Hukuk kuralları, kendi istemediği bir eylemle karşılaştığında, o öyleme yönelik uygulayacağı yaptırımı/müeyyideyi açık-seçik bir şekilde ortaya konulmuştur. Ahlâk kuralları bakımından hukukta olduğu gibi önceden tâyin edilen bir müeyyide söz konusu değildir.<sup>238</sup> Ahlâken iyi olmayan bir davranışın gerçekleştirilmesi hâlinde, kişinin toplumda bir tepkiye mâruz kalacağı açık olmakla birlikte, yine de bazı yazarlara göre ahlâk kurallarının toplumsal bir müeyyidesinden bahsedilmesi mümkün görülmemektedir. Onlar için, tekil olarak insan, bir eylem ya da davranış sergilerken vicdanen bir rahatsızlık duymuyorsa o eylem ya da davranışın ahlâk kurallarına aykırılığından söz edilemeyecektir. Bununla beraber bir insan toplumsal bir tepkiyle karşılaşmamak için bir eylemi gerçekleştirmekten kaçınıyorsa da bu davranışın ahlâk kurallarına uygunluğundan bahsedilemeyecektir.<sup>239240</sup>

Özlem'e göre ahlâk ve hukuk arasındaki temel ayrılık her iki düzenin yaptırım sistemi ve şekillerinin farklı olmasında yatmaktadır. Hukuk

<sup>236</sup> Bu aslında tipik bir niyet etiği örneğidir. Aksi yönde düşünen etik yaklaşımları da mevcuttur.

<sup>237</sup> Gözler, a.g.e., s. 40.

<sup>238</sup> Güriz, Adalet..., s. 17.

<sup>239</sup> Gözler, a.g.e., s. 42.

<sup>240</sup> Bu da tipik bir ödev etiği yaklaşımıdır.

kurallarının/normların bir toplumda tatbik edilmesi meşru, teşkilatlı ve sistematik bir devlet mekanizmasının güvencesindedir. Ahlâk kuralları ise bu türden bir yaptırımdan mahrumdur. Bir ahlâk kuralını ihlâl eden bir kimsenin, hissedeceği vicdanî rahatsızlık haricinde mâruz kalacağı kesin ve belirlenmiş bir yaptırım mekanizmasından söz etmek mümkün değildir. Ahlâk kuralını ihlâl eden bu kişiye toplumca bazen bu hareketinin doğru olmadığı hatılatılır ve kınanır, bazı durumlarda da kişi toplumdan dışlanmaya varacak bir yaptırıma maruz bırakılabilir. Buna karşılık bir hukuk düzeni, bu düzene ait bir kuralı ihlâl eden kişiye karşı uygulanacak yaptırımı önceden, açıkça tâyin ve ilan etmiştir.<sup>241</sup>

Yine Özlem'e göre hukuk ve ahlâk arasındaki yaptırım yönünden ayrımı şu şekilde izâh etmek de mümkündür: Ahlâk kuralları insanların müşterek yaşayışlarında benimsemiş oldukları örf, âdet, gelenek ve görenekle olduğu kadar kişisel irade ve tercihlerle de belirlenmiş kurallardır. Bunlara aykırı eylem ve davranışlar, ayıplanma, kınanma ve dışlanma gibi yaptırımları gerektirir. Buna karşılık hukuk kurallarına, diğer bir deyişle bireylerin kendi aralarındaki ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen kurallara aykırılık teşkil eden davranışlar, devletin belirlediği yaptırımların uygulanmasını gerektirir.<sup>242</sup>

Kılloğlu'na göreyse hukuk, heteronom bir görünüm sergilemektedir ve onun haricî bir irade tarafından tâyin ve tespit olunması doğal olarak onun zorlayıcılığını gündeme getirmektedir. Bu ise hukukun yaptırımının ahlâktan ayrı bir nitelikte olduğunu düşündürmektedir. O, hukukun zorlayıcılığının/yaptırımının iki nedeni üzerinde durmaktadır. Bu nedenlerin ilki hukukun iki, ahlâkın ise tek taraflı olduğu yönündeki yaklaşımdır. Yaptırım konusundaki ayrımın ikinci nedeni ise hukukun talep etme hakkı vermesine rağmen ahlâkın böyle bir talep hakkından yoksun olmasıdır.<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> Özlem, Etik-Ahlâk..., s. 205.

<sup>242</sup> Özlem, Etik-Ahlâk..., s. 206.

<sup>243</sup> Kılloğlu, a.g.e., s. 369.

Kıllıoğlu ilk sebebe dair getirdiği açıklamada, öncelikle ahlâkın bireye, gerçekleştireceği eylemler arasında bir tercih hakkı verdiğini ileri sürmektedir. Burada birey tarafından çeşitli eylemler arasından birisi seçilmektedir. Hukuksa türlü insanların eylemleri arasında bir karşılaştırmayı öngörmektedir. Bu iki yaklaşım farklılığı, ahlâkın tek, hukukunsa iki taraflı olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Gerçekte hukuk, iki kişinin karşı karşıya gelmelerini buyurmakta ya da en azından öyle olduğunu varsaymakta ve onlara çeşitli sorumluluklar yüklemektedir.<sup>244</sup> Öyleyse ahlâkın tek, hukukun iki taraflı oluşundan, hukukun zorlama niteliği bulunduğu sonucuna varılabilecektir. Kıllıoğlu, hukukun yaptırıp yaptırmamak hususundaki zorlama imkânının, çeşitli kişilerin hareket alanları arasında bir sınır koymuş olmasından doğduğunu öne sürer. Bu sınırın birisi tarafından aşılması, ilgili tarafın karşı koyma yetkisini harekete geçirir. Ona göre, hukukî normun ahlâkî normdan farkı, iki taraflı bir ilişki kurmasındadır. Hukukî normun bir şey yapmakla veya yapmamakla yükümlü kıldığı kişiye karşı bir başka kişinin bu yükümlülüğü yerine getirilmesini talep etme hakkı doğar. Ancak Kıllıoğluna göre kişinin sahip olduğu bu yetkiyi kullanması mutlaka zorunlu değildir.<sup>245</sup> İki taraflı olan hukuk kişiye bir hak ve yetki vermektedir. Ancak bu hak ve yetkinin hukukun tamamlayıcı parçası olmasından ziyâde onun ahlâkla olan ayrımının mantıksal bir neticesi olarak görülmesi gerektiği da aşikârdır. Ahlâkî kuralların bireyleri doğrudan etkilediği gibi dolaylı olarak başkalarını da etkileme niteliğine sahip oldukları söylenebilir. Ancak bu, “başkaları için ahlâk normu” olarak anlaşılmaz. Ahlâkî kurala uygun “eyleyen” bir kişinin davranışları bir norma göre düzenlenmiştir ve bu kuralın yerine getirilip getirilmemesinden etkilenen kimselerin bir talep hakkı ve yetkisi meydana gelmez. Hâlbuki bir eylemi başka bir eylemle birlikte göz önünde bulunduran hukuk, bir tarafa talep ve iddia etmek yetkisi verirken diğer tarafa da ödev ve sorumluluk

---

<sup>244</sup> Giorgio-Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev. Sahir Erman, İstanbul, 1952, s. 296 (Bizdeki baskı için Bkz. Del Vecchio, a.g.e., ss. 174-175.); Abdülhak K. Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri* 1. Kısım 2. Tabı, İstanbul, 1958, ss. 163-164; Yavuz Abadan, *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*, İstanbul, 1943, s. 16; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, (2. Baskı), İÜY, İstanbul, 1975, s. 80; Aktaran: Kıllıoğlu, a.g.e., s. 370.

<sup>245</sup> Kıllıoğlu, a.g.e., s. 370.

yüklemektedir. Hukukun böylece, bir toplumdaki bireyleri ilişkiye soktuğu, bağladığı ve onların fiil alanlarının sınırlarını tâyin ettiği söylenebilir.<sup>246</sup>

Del Vecchio için se hukukun ahlâktan ayrı olduğu noktalardan en esâslısının yaptırım bahsi olduğunu söylemek doğal olarak mümkündür. Burada söz konusu olan hukukun zorlayıcı vasfıdır. Bu zorlama imkânı, hukukun çeşitli bireylerin eylemleri arasında bir sınırlandırma teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sınırın taraflardan biri tarafından aşılması halinde diğer tarafın bu ihlâli reddedebilmesine imkân tanınır. Del Vecchio için de, tıpkı Aral gibi, hukuk kuralların ahlâkî kurallardan ayrıldığı bir nokta, hukukun ahlâktan farklı olarak tek taraflı değil iki taraflı bir ilişki kurmasıdır. Eğer bir kimse bir hukuk kuralını ihlâl ederse, diğeri hukukî bir imkana sahip olarak bu ihlâli reddedebilecektir.<sup>247</sup>

Del Vecchio bu noktada, hukukun, ahlâkın aksine zorlayıcı bir vasfa sahip olmasından bazı yazar ve düşünürlerin hukukun daha mükemmel olduğu yönündeki görüşlerinden bahseder. Bu görüşlerin genel yaklaşımına göre hukuk kuralları özellikle belli bir kuvvetle (cebir) birlikte talep edilebildiklerinden hukukun tam ve mükemmel olduğu anlaşılmalıdır. Bununla beraber ahlâk kuralları ise eksik olmak durumundadır. Çünkü bir ahlâk kuralı içten gelen bir hisle yerine getirilmemiş ise bunun yerine getirilmesi için cebre (zora) başvurmak mümkün görünmemektedir. Del Vecchio bu görüşe itiraz edilemeyeceğini fakat yine de hem ahlâkın hem de hukukun bünyelerinde kendilerine özgü yaptırımlar barındırdıklarını<sup>248</sup> her ikisinin de kendince mükemmel olduğunu öne sürmektedir. Zorlama hukuka özel bir yaptırım olabilir fakat ahlâkın da kendince yaptırımları olduğu bilinmektedir.<sup>249</sup>

<sup>246</sup> Abdülhak K. Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri I. Kısım 2. Tabı*, İstanbul, 1958, s. 165; Giorgio-Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev. Sahir Erman, İstanbul, 1952, s. 296 (Bizdeki baskı için Bkz. Del Vecchio, a.g.e., ss. 174-175.); Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, 1976, s. 356; Aktaran: Kılıçoğlu, a.g.e., s. 370.

<sup>247</sup> Del Vecchio, a.g.e., s. 182.

<sup>248</sup> Aşağıda, hukuk ile ahlâk arasındaki ortak zeminlerden birini, yine yaptırım zemini olarak belirtmemizin en önemli sebebi budur.

<sup>249</sup> Del Vecchio, a.g.e., s. 182.

Sonuç olarak, ahlâk kurallarının ihlâl edilmesi durumunda, bu durumun insanlarda vicdanî bir rahatsızlık yaratacağı, bu rahatsızlık hissinin de ahlâkın yaptırımını olduğunu söylemek mümkündür. Bununla beraber, ahlâk kuralları, insanların salt bireysel olarak kişilikleri açısından değil, toplumsal ilişkileri açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple, insanın sergilediği ahlâken iyi olmayan bir eylem neticesinde yaşadığı içsel rahatsızlık hissi, aynı zamanda bu davranışın toplumsal ahlâk bakımından da kabul edilebilir bir eylem olmadığı anlamına gelmektedir. Bu mânâda ahlâken iyi kabul edilmeyen bir eylem karşısında toplumun bir tepki gösterdiği, hukuktan da bu tepkinin başka bir görünümü olan hukukî yaptırımını tatbik etmesini beklemekte olduğu söylenebilecektir.

Her hâlükarda ahlâk ve hukuk arasındaki ayrımın, yaptırım söz konusu olduğunda daha net bir şekilde görüldüğü âşikârdır. Hukuk sistemi, hukuk kurallarına aykırı bir eylem sergilendiğinde önceden belirleyip îlan ettiği yaptırımları uygulamaktadır. Bu yaptırımların zamanla değişmesi, değiştirilmesi mümkündür. Fakat ahlâk, ahlâk kurallarına uyulmadığı bir durumla karşılaştığında, bunlara yönelik yazılı ve îlan edilmiş bir yaptırım önermemektedir. Ahlâk kuralları, bu yöndeki davranışlara karşı bir yaptırım uygulanmasını esâsen hukuk sisteminden, onun zorlayıcı tarafından bekler. Ahlâkî değer alanının en temel görünümünden olan adalet ve özgürlüğün korunması, ahlâk için hukuk sistemi tarafından hukuk kuralları aracılığıyla temin edilmektedir. Bu nedenle de ahlâk kuralları aynı zamanda, hukuk kurallarına riayet edilmesini, ahlâkî ilkelerden biri olarak kabul etmektedir.

## **1.2. Hukuk ve Ahlâk Arasında Ortak Zeminler**

Ahlâk kuralları ile hukuk kuralları arasında, insan davranışlarına yön verme açısından bir ortak nitelik sergilediklerinden bahsetmiştik. Hem ahlâk kuralları hem de hukuk kuralları normatif niteliktedir. Her ikisi de neyin nasıl eyleme dökülmesi gerektiğine dair öneride bulunurlar. Hem ahlâk kuralları hem de hukuk kuralları, insanların yerine getireceği ya da kaçınacağı davranışları tâyin ederek, bunlarla alakalı olarak bireylere ödevler yüklerler. Aybay’a göre bunların bir kısmı yapmak

yerine getirmek gibi pozitif nitelikteyken bir kısmı da kaçınmak sakınmak gibi negatif bir nitelik sergilemektedir.<sup>250</sup> Bununla birlikte bir çok konuda, ahlâkın önerdiği davranış şekli ile hukukun önerdiği davranış biçiminin benzerlik, hatta çoğu zaman özdeşlik gösterdiği bilinmektedir. Ahlâkın “kötü” kabul ettiği davranışlarla hukukun “haksız” saydığı elem ve davranış kalıpları her iki kavramın da yasak sınırları içerisindeydir.<sup>251</sup> Bu bakımdan hukuk ve ahlâk arasında bu cümleden olmak üzere birçok müşterek zeminden söz edilebilecektir.

Örneğin Öztürk, her iki alan arasındaki ortak zeminlere vurgu yapar ve hem hukukun hem de ahlâkın en temel amacının insan için en iyi düzeni tesis etmek, insanın doğasına en uygun hayatı yaşamasına uygun ortamı sağlamak ve bunu korumak olduğunu öne sürer. Burada toplumsal düzenin sağlanmasının ve korunmasının bir nevî insan eylemlerinin kontrol altında tutulması olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla hukuk, salt insan davranışlarına yöneltilen bir veriden ibaret değil, aynı zamanda teleolojik bir tavidir da. İnsanın amaca yönelen eylemlerinin katalizörü olarak hukuk kurallarının ahlâken tarafsız olması mümkün değildir. Bununla birlikte hukuk ve ahlâk, hem ahlâkî bir varlık/ahlâkî fâil<sup>252</sup> olarak hem de hukukun bizatihi konusu olan insanda bir araya gelmektedirler. Aynı biçimde bu iki kurallar dizgesinin birleşmeleri ve benimsenmeleri insanda “değer” biçiminde karşılık bulmaktadır. Çünkü, Öztürk’e göre insan ve toplumsal ilişkileri olmadan ne hukukun ne de ahlâkın varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Bu mânâda hukukun ve ahlâkın ortak konusu insandan sâdır olan davranış ve eylemlerdir.<sup>253</sup>

Del Vecchio’ya göre de ahlâk ve hukuk arasındaki ilişkiler o kadar sıkı ve iç içedir ki, her iki düzen için de benzer değerlerin söz konusu olduğu söylenebilecektir. Onun için hukuka olduğu gibi ahlâkâ da aynı doğallık ya da yapaylık, mutlaklık ya da görelilik karakterini mantık gereği izâfe edilebilmektedir.

---

<sup>250</sup> Aybay, a.g.e., s. 27.

<sup>251</sup> Aybay, a.g.e., s. 27.

<sup>252</sup> Öztürk metninde “ahlâkî fâil” ibaresini kullanmamakta olup, bu, bizim kişisel bir tercihimizdir. İfadeyi Ülken’den ödünç alarak kullandık. Bkz. Hilmi Ziya Ülken, *Ahlâk* (3. Baskı), Doğubatı Yayınları, İstanbul, 2016, s. 16.

<sup>253</sup> Ceren Öztürk, *Spinoza ve Ffarabi’de Hukuk-Ahlâk Problematigi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019, s. 14.

Bu açıdan bakıldığında iki kategori arasında kat'î bir tezattan bahsedilmesi mümkün değildir. Çünkü her iki kategoride de esâsları aynı olan kaşılıklı olarak birbirlerini destekleyen hareket kuralları söz konusudur.<sup>254</sup>

Son olarak Güriz ise, ahlâk ve hukuk kuralları arasında esâs benzerliğin, hem hukukun hem de ahlâkın insanlar arasındaki toplumsal ilişkileri düzenlemeye mâtuf olmalarında yattığını iddia etmekte toplumun bireyleri arasındaki ilişkilerin hukuk ve ahlâkın temin ettiği düzen kapsamında mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Güriz için hukuk ve ahlâkın arasında ortak bir zemin aramak gerekiyorsa ilk önce bu noktada aranmalıdır. Çalışmamız kapsamında, hukuk-ahlâk ilişkisinde literatürde görülen çeşitli sınıflandırmaların birçoğunda ortak olan “müşterek zemin”leri kısaca ve özellikle Kılıoğlu’nun görüşleri üzerinden zikretmekle yetinilecektir.

### 1.2.1. Değer Zemini

Hukuk ve ahkâk arasında zikredilmesi gereken ilk ortak zeminin, değere ilişkin olduğu söylenebilir. Bu zemin açısından ahlâk subjektif değer düzeni, hukuk ise objektif değer düzenine aittir. Bununla birlikte etik üst çatısı altında toplanan bu iki kategori arasında sürekli bir ilişki söz konusudur. Her iki kategori de birey ve toplum göz önünde bulundurularak yürütlen mantıksal bir çıkarımın neticesidir, bu iki kategorinin *a priori* olarak tespitlerinin mümkün olduğu söylenebilecektir. Bu sebeple, birey için “etik” (doğru/iyi eylem/davranış) yönünden zorunlu olanın objektif (hukuk), aynı zamanda etik yönünden mümkün olduğu, “yani sujenin/bireyin yükümlülüğünü yerine getirme hakkına sahip olduğu” söylenebilecektir. Kılıoğlu bu hususta, ahlâk ve hukukun her ikisinin de etik değer düzenine, insanın nasıl davranması (iyi ve doğru eylem) gerektiğini araştıran etik değer düzenine ait olduğunu öne sürmektedir.<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup> Del Vecchio, a.g.e., s. 176.

<sup>255</sup> Kılıoğlu, a.g.e., s. 336.

### 1.2.2. Suje Zemini

Ahlâk ve hukuk arasındaki ikinci ortak zemin, her iki alanın hitap ettikleri özneye/sujeye ilişkindir. Her iki kategori içinde muhatap alınan suje ortaktır ve bu suje verilmiş bir karar sonucunda ona uygun olarak fiil ve davranışlarını belirleyebilen bir varlıktır, yani insandır. Bu sebeple ilerideki davranışlarını ve eylemlerini, çeşitli irâdî tasarruflarla bağlamış olmaktadır. Suje yani insan, bir emre uyma taahhüdünde bulunduğu, vicdanî bir emir de söz konusudur ve salt şahsî irade vicdanın hükmüne konu olabilir. Bu bakımdan sadece şahsî iradenin ahlâkî iyiliğinden ya da kötülüğünden bahsedilebilmektedir. Aynı biçimde kurallardan oluşan hukuk düzeni de ancak bireyler arasında geçerli olabilmektedir. Gerçekten de yalnızca bireyler hak sujesidir. Hukuk ile ahlâkın her ikisinin de insanları bir suje olarak kabul edebileceklerinden, bunların insanların iradelerini sınırlandırabileceklerinden söz edilebilir. Hukukun emreden ve yasaklayan kuralları bireylerin birbirlerine karşı sergiledikleri eylem ve davranışlara ilişkindirler. Emreden ve yasaklayan bu kurallar, diğer başka sùjelerin yani bireylerin müdahalesine izin vermeyen bir alanı, hukukun koruması altına aldığı bir alanı sınırlandırabilirler.<sup>256</sup>

Benzer şekilde Del Vecchio da hukukun ve ahlâkın aynı sujeye, aynı varlığa yani insana hitap ettiklerini, her iki kategorinin bu hususta ortak zemine sahip olduklarını kabul eder. Bununla birlikte yapılan bir hataya dikkat çeker ve hukukun insanı yalnız maddî bir varlık, ahlâkınsa onu manevî/tinsel bir varlık olarak merkeze aldığı yönündeki kanaati reddetmek gerektiğini iddia eder. Onun için her iki kategori de iki ayrı etik biçimdir. Yani hem hukuk hem de ahlâk, insan için iyi eylemde bulunmayı önerirler; insanı maddî ve mânevî bütün varlığıyla bütünlük içerisinde kuşatmaktadır.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> Kılhoğlu, a.g.e., s. 337.

<sup>257</sup> Del Vecchio, a.g.e., s. 180.

### 1.2.3. İrade Zemini

Hem hukukun hem de ahlâkın muhatap aldığı ortak süje olarak insandan bahsetmişken, burada her iki kategori için de ortak olan bir diğerk alan gündeme gelmektedir: irade zemini. Hem hukuk hem de ahlâk, belirledikleri emir ve yasaklarla özgür iradeye sahip insanı muhatap almaktadırlar. Bu noktada da hukuk ve ahlâkın ortak bir zemini paylaştıkları söylenebilir. Ancak bununla birlikte ahlâkın, emir ve yasaklarına zorla riayet edilmesini değıl, hür bir iradeye dayalı hür bir isteme ve icra kararıyla riayet edilmesini talep ettiğıne dikkat edilmesi gerekmektedir. Gerçekten de bir insan, bir davranışı iyi olduğı için yaptığında, ahlâkî değıer şuuru, diğerk bir deyişle vicdanı, iyi bir eylemde bulunduğunu öncelikle onaylamış olmaktadır ya da olmalıdır.<sup>258</sup>

### 1.2.4. Yaptırım Zemini

Hukuk ve ahlâk arasındaki ayırım noktalarına dair yukarıda yapılan açıklamalarda yaptırım, her iki kategori arasında bir fark teşkil edecek şekilde bir ayırım kriteri olarak yorumlanmış idi. Bu kere *hukuk ve ahlâkın ortak bir yönü olarak yaptırımdan* da kısaca bahsetmek yerinde olacaktır. Ahlâk ve hukukun yaptırımlarının esâsen birbirlerinde ayrılmasına odaklanan ayırım kriterinin mahiyeti yaptırımın içeriğı noktasından idi. Her iki alanı bu noktada benzer kılan ise daha yzeyssel ancak geniş perspektiften bir bakış açısıyla bir kez daha yaptırım konusuna odaklanılması neticesidir.

Hem ahlâk hem hukuk, yaptırımlar üzerinden varlıklarını ve geleceklerini şekillendirirler. Dolayısıyla hem kendi gelecekleri hem de düzenlemek istedikleri toplumun geleceğini şekillendireceklerdir. Hukuk yönünden kanunda yazılı bir şekilde vaz edilen davranış şekilleri ve bunların ihlâli neticesinde karşılaşılacak yaptırımlar açıkça gösterilmiştir. Ahlâkta ise kurallar şeklinde sözlü ve daha çok kültürel bir şekilde öğrenilerek aktarılan, tevârus edilen bir dizgedir ve yaptırımı, bireyin kendi vicdanından toplumsal dışlamaya kadar geniş bir yelpazede varlık göstermektedir. Ancak hem hukuk hem de ahlâk için, önerilen davranış kalıplarının

---

<sup>258</sup> Kılhoğılu, a.g.e., s. 337.

bireyler tarafından olumsuzlanması durumu için bir boşluk bırakılmış değildir. Tekrar etmek gerekirse hem hukuk hem de ahlâk kuralları, düzenleri, kendi mevcûdiyet ve geleceklerini dolayısıyla da toplumsal düzenin mevcûdiyet ve geleceğini riske atmak istemeyecektir. Ahlâk ile hukuk arasında, vicdanın buyruğuyla devletin zorlayıcı gücü arasında belirli bir ayırımın yapılıp yapılamayacağına dair sorun, bu açıdan, yaptırımın ortak zemin olduğuna dair açıklamalarımız da gözetilerek çözüme kavuşturulabilecektir.<sup>259</sup>

## 2. HART-DEVLİN TARTIŞMASI

İnsanın hangi tür eylem ve davranışları mevcut hukuk sistemi tarafından cezalandırılmalıdır? Cezalandırma nedir? Cezalandırmada yetkili ve meşrû organ nedir? Ceza başlı başına haklılaştırılabilir bir eylem midir? Bu ve benzeri sorular, başta felsefe, hukuk ve siyaset felsefesi, etik/ahlâk felsefesi, teoloji, antropoloji, sosyoloji olmak üzere farklı ve geniş bir alana yayılan bilim ve düşünce sahalarında tartışılan, ancak her halükârda kesin ve hazır bir cevabı bulunmayan sorulardandır. Ertuğrul Uzun'un yerinde tespitiyle buradaki sorular, ya da sorunlar, salt hukukî sorunlar değildir ve her biri ciddi ve esâslı birer gerekçelendirmeye muhtaçtırlar.<sup>260</sup> Bu nevîden soruların en meşhurlarından ikisi ise bizim çalışmamızın odak noktası olan Hart-Devlin tartışmasının kilit noktasına karşılık gelmektedir. Bir eylemin, davranışın “ahlâksızlık” olarak adlandırılması, ya da ahlâkî anlamda “iyi” olmayan bir eylem olarak görülmesi onun hukuken yasak olarak kabul edilmesini, hatta bu yasağın bir ceza ile yaptırıma bağlanması olanaklı mıdır? Bir başka kişiye ya da toplumun geneline herhangi bir zarar vermiyor olsa dahî bir eylemin ya da davranışın salt toplumun genelince kabul edilen ahlâkî kanaatlere, ahlâk kurallarına aykırı olması nedeniyle *ultima ratio* devreye girmesi gereken ceza hukukuna başvurulmasını gerektirmekte midir?

1960'lı yıllarda, iki seçkin İngiliz hukukçu/filozof, H. L. A. Hart ve Lord Patrick Devlin, tarafından gerçekleştirilen 20. yüzyılın belki de en meşhur hukukî

---

<sup>259</sup> Kılhoğlu, a.g.e., ss. 377-378.

<sup>260</sup> Ertuğrul Uzun, “Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması”, Gürler, S. (Eds.), *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 65.

tartışmalarından biri, işte temel olarak bu iki soru etrafında şekillenmiştir.<sup>261</sup> Tartışmanın çıkış noktasını 1954'te ihdâs edilen ve başkanlığını Sir John Wolfenden'in yürüttüğü "Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite"'nin (*Commitee on Homosexual Offences and Prostitution*, Wolfenden Komitesi olarak meşhur olmuştur) raporu oluşturmaktadır. Yaşanan toplumsal bir infiâlin üzerine hükümetçe kurulmuş olan söz konusu komite, 1957 yılında tamamlanan raporda, özet olarak, eşcinsel tercihlerin suç olarak kabul edilmemesi gerektiği ile para karşılığı cinsel birliktelik kurmanın (fahişeliğin) da sadece toplumun diğer bireylerini rahatsız edece bir şekilde açıktan/alenen bir ilişki teklifi mevzu bahis olduğunda suç olarak kabul edilmesi önermiştir. Devam eden süreçte İngiltere Yüksek Mahkeme'sinde yargıçlık da yapan Lord Devlin, 1959 yılında bir konferans vererek Wolfenden Raporu'nu, özellikle bu iki öneriden yola çıkarak eleştiriye tabi tutmuş ve tartışmanın fitilini ateşlemiştir.<sup>262</sup>

Bu arada, raporun bu nispeten özgürlükçü tavrına karşılık, görmüş olduğu bir davada Lordlar Kamarası bir karar vererek toplumun büyük kesiminin benimsemiş olduğu ahlâkî değer yargılarına karşı gösterilecek bir sapmanın cezalandırılabilceğine dair bir tutum sergilemiş ve bu görüş tartışmanın diğer tetikleyicilerinden birisi olmuştur. *Ladies' Directory* olarak bilinen davanın (Shaw v. Director of Public Prosecutions) konusu şudur: Bay Shaw isimli bir şahıs *Ladys' Directory* (Hanımefendiler Rehberi) başlıklı bir kitapçık hazırlamıştır. Bu kitapçıkta/rehberde, fahişelerin isim, adres ve iletişim bilgileri ile çıplak fotoğrafları ve hizmet içerikleri açıkça gösterilmiştir. Shaw'ın kovuşturmaya tabi tutulmasındaki üç ana gerekçe sırasıyla şu şekildedir: Shaw'un fahişelerden para alarak geçimini sağladığı kabul edilmiştir, müstehcen bir yayın yapmıştır ve en nihayetinde kamu ahlâkını bozmak için komplo kurmuştur.<sup>263</sup> Lordlar Kamarası ise yargılama sonucunda verdiği kararda, "*mahkemelerin kamu ahlâkının muhâfızları olduğu*" ve "*toplumun çözülmesine neden olabilecek bu tarz ahlaksızlıkları hoş görmemesi gerektiği*" kanaatine varmıştır. Dava neticesinde ortaya konulan bu görüş,

<sup>261</sup> Gregory Bassham, *Legislating Morality: Scoring the Hart-Devlin Debate after Fifty Years*, Ratio Juris An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, Vol. 25, Issue 2, 2012, s. 117.

<sup>262</sup> Uzun, a.g.e., s. 66.

<sup>263</sup> Uzun, a.g.e., s. 66.

ahlâksızlığın tazyik altına alınıp alınmayacağı hakkında değil, ceza hukukunun evrensel ilkeleri açısından da, örneğin kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, tahrifata neden olacak, müphem yasalarla mahkemelerin yeni yeni suçlar ihdâs edebileceğinin önünün açıldığına dair tartışmalara neden olmuştur.<sup>264</sup>

Ahlâksızlığın cezalandırılıp cezalandırılmayacağına dair belirtilen görüşlerin akademi seviyesinden parlamento seviyesine indiğini fark eden Hart da, artık hem Devlin’in Wolfenden Raporu’na karşı yönelttiği eleştirel görüşlerine cevap vermek istemiş hem de o sıralar gündemde olan ceza hukuku reformlarını fikrî olarak desteklemek ihtiyacıyla 1962 yılında Stanford Üniversitesi’nde üç konferans vermiştir. Bu konferanslar daha sonra 1963’te *Law, Liberty and Morality* (Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk) başlıklı bir kitap altında bir araya getirilmiştir. Devlin’in Wolfenden Raporu’na karşı konferanslar aracılığıyla yönelttiği eleştiriler ise makaleler şeklinde *The Enforcement of Morals* (Ahlâkın Dayatımı)<sup>265</sup> başlığıyla 1965 yılında yayımlanmıştır.<sup>266</sup>

Hart ve Devlin arasındaki tartışmanın temel noktasını teşkil eden devletin ahlâksızlığı cezalandırabilip cezalandıramayacağı yönündeki sorun, uzunca bir süre tartışılmıştır ve hâlen daha çeşitli mahfillerde çeşitli vesilelerle tartışılmaktadır. Hart Devlin tartışması salt bu sorun alanıyla değil, esâsen ceza hukukunun amaç ve sınırlarıyla da ilgilenmek durumunda kalmıştır.<sup>267</sup> Ancak Hart- Devlin tartışması bu alandaki tek tartışma değildir. Ahlâkın yasalar aracılığıyla dayatımı, ahlâksızlık olarak kabul edilen bir davranışın cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, toplumsal bir tehdit oluşturmaya bile ahlâksızca olduğu öne sürülen bir davranışın yine de tecziyesinin mümkün olup olmadığı Hart-Devlin tartışmasından yaklaşık yüz yıl önce John Sturat Mill ve James Fitzjames Stephen arasında da gerçekleşmiştir.

---

<sup>264</sup> Yves Caron, *The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy*, McGill Law Journal, Vol. 15, 1969, ss. 17-18; Noel B. Reynolds, *The Enforcement of Morals and the Rule of Law*, Georgia Law Review, Vol. 11, 1977, ss.1325-1358; Roderick Munday, *İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi*, İÜHFM, C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 441-444; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 67.

<sup>265</sup> Biz de Uzun’un makalesindeki açıklamasına katılarak, “*Law, Liberty and Morality*”nin Türkçe çevirmeninin “enforcement”ın karşılığı olarak kabul ettiği “dayatım” kelimesini kullanmaktayız.

<sup>266</sup> Uzun, a.g.e., s. 67.

<sup>267</sup> Bassham, a.g.e., 117.

Hart'ın Mill'le benzer bir şekilde liberal bir çizgide, Devlin'in ise Stephen'e benzer bir şekilde daha muhafazakâr bir çizgide yaklaşım sergilediği bu tartışmayı daha iyi idrak edebilmek için öncü nitelikteki Mill-Stephen tartışmasına da kısmen değinmek gerekmektedir. Daha sonra sırasıyla Wolfenden Raporu'ndan bahsedilecek ve tarafların argümanlarındaki esâs noktalara Türkçe literatürdeki tek kapsamlı çalışma olan Uzun'un makalesi çerçevesinde ve diğer ikincil kaynaklar üzerinden temas edilecektir.<sup>268</sup>

## 2.1. Mill-Stephen Tartışması

Ünlü İngiliz filozof ve devlet adamı John Stuart Mill, *On Liberty* (Özgürlük Üzerine) isimli eserinde hukuk ve ahlâk arasındaki bağlantıya/ilişkiye de temas eden açıklamalarda bulunmuştur. “Klasik liberal anlayış”ın<sup>269</sup> bir görünümünü yansıtan bu görüşlerinde Mill öncelikle medenî bir toplumda, toplumun, bireyin arzusu hilâfına meşru bir gücün tatbik edilebileceği tek noktanın, gücün uygulanmasındaki amacın başkaları için zarar oluşturan sonucun engellenmesi şeklinde belirttiği yer olarak kabul eder. Bireyin somut ya da soyut yararına olduğu gerekçesiyle gerçekleştirilecek bir müdahaleyi Mill kabul etmemektedir. Ona göre kimse, bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya sırf o şeyin birey için daha iyi bir sonuç doğuracağı iddiasından, böylesinin daha iyi ve mâkûl olduğundan bahisle, öyle davranmaya zorlanamaz. Bu yöndeki gerekçeler, o kişiye karşı serzenişte bulunmak, onunla fikrî tartışmaya girişmek ya da onu ikna etmeye çalışmak için yeterli sebep olarak kabul edilebilir, hoş da görülebilir. Fakat Mill bu noktada bireye cebrî bir müdahalenin geçerli/haklı kabul edilebilmesi için onun engellemek istediğimiz eyleminin, kesinlikle ve mutlak surette başkasına zarar verici bir nitelik taşıması gerektiğini iddia eder.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> Uzun, a.g.e., s. 67.

<sup>269</sup> Uzun, a.g.e., s.68.

<sup>270</sup> John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, Çev. M. Osman Dostel, Sad. Ömer Çaha, Liberte Yayınları, Ankara, 2009, s. 56; Aktaran: Uzun, a.g.e., ss. 68-69. Ayrıca Bkz. John Stuart Mill, *Özgürlük Üzerine* (2. Baskı), Çev. Tuğçe Kambur, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 35, John Stuart Mill, *On Liberty*, Ed. Jim Manis, The Pennsylvania State University Electronic Classics Series, Pennsylvania, 1998, ss. 12-13.

Bireysel özgürlükte âzamî bir seviyeyi de temsil eden Mill'in bu “zarar ilkesi” düşünce tarihi açısından büyük önem taşımaktadır. Bir noktada, Mill'in bu ilkesinden neşet eden liberal öğretinin, özellikle ahlâkî bir çoğulculuğa ve devletin tarafsızlığına vurgu yapması hasebiyle ayrıca önemlidir. Uzun'a göre Mill'in bu tarafsız devlet anlayışı, “devletin, yurttaşların benimsedikleri amaçlar ve hayat tarzları arasında bir tercih yapmaması, bunlar karşısında tarafsız kalması gerektiğini” öne sürmekte ve bu anlayış da ahlâkî çoğulculukla desteklenmektedir. Ahlâkî çoğulculuk ise, yine Uzun'un ifadesiyle, “*insanların izleyebilecekleri amaç ve değerlerin çok farklı olup, bunları bir üstün ilkeye göre sıralamaya imkân olmadığı*” anlamına gelmektedir.<sup>271</sup>

Mill “ahlâkî çoğulculuk” fikrini, *Özgürlük Üzerine* adlı eserinin üçüncü bölümünde olgunlaştırmıştır. Aynı eserin dördüncü bölümünü ise ahlâkî sorunların somut görünümlerine, toplumsal ve hukukî baskı ile çeşitli yaptırımların tartışılmasına ayırmıştır. Mill'e göre, *ne bir bireyin ne de belirli sayıda bireylerden oluşan bir topluluğun/toplumun, ergin bir insanın, neticelerine kendisi katlanacağını bilen, eylemlerini ve davranışlarını istediği gibi düzenleyemeyeceğini söyleme yetkisine sahiptir.*<sup>272</sup> Birey kendi mutluluğunu kendisi kollayacaktır, neyin kendisine mutlu edeceğine neyin etmeyeceğine dair kararda son söz yine bireyin kendisine aittir.<sup>273</sup>

Burada Mill'in mutluluğunu tespit etmesinde bireyin kendisine tanınan geniş özerkliğe vurgu yapılırken, ne kendisinin ne de fikrî takipçilerinin ahlâken iyi olana dair bir bilinemezliği iddia ettikleri düşünülmemelidir. Aksine Mill, ahlâken iyi olanın bilinebileceğine kuvvetle inanmakta ve fakat başka insanları belli bir düşünce şekline göre hareket etmeleri için zorlamanın doğru olmadığını, bunun yapılmaması gerektiğini savunmaktadır.<sup>274</sup> Yine bununla birlikte, ahlâkî çoğulculuk fikriyle beraber, toplumun diğer fertlerine ve onların eylemlerine karşı tamamen kayıtsız

<sup>271</sup> Mustafa Erdoğan, *Liberal Toplum Liberal Siyaset*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993, ss. 72-73; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 69.

<sup>272</sup> Mill, *Hürriyet...*, s. 56; Aktaran: Uzun, a.g.e., 69, Mill, *Özgürlük...*, s. 134.

<sup>273</sup> Uzun, a.g.e., ss. 69-70.

<sup>274</sup> Erdoğan, a.g.e., s. 73; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 70.

kalınması gerektiği de ima ediliyor değildir. Bu görüşü kabul eden bir kişinin aynı anda belirli ahlâkî kanaatler taşıması toplumun diğer bireylerini de kendi düşüncesine ikna etmesinde ya da bu yönde çabalamasında her hangi bir engel görmemektedir.<sup>275</sup> Mill'e göre, insanlar başka insanların iyiliğini düşünebilir, bu düşünceleri doğrultusunda onları korumak da isteyebilirler; fakat bu fedakârâne çaba için *"hakîkî ya da mecazî mânâda bir kamçıya gerek yoktur."*<sup>276</sup>

Mill, buradan devamla, ahlâken kınanan bireylere yönelik tepki gösterilebileceğini, toplumsal ilişkilerimizi bu gibi insanlarla, sanki ahlâkî yargılarımız hiç yokmuşçasına devam ettirmek zorunda olunmadığını önemle belirtir. Başka bir bireye ya da topluma zararı dokunmasa dahî salt bizim ahlâkî değerlerimizle çeliştiği için bir kişiye tepki gösterilebileceğinin altını çizer ve bunu temel bir hak olarak da kabul eder.<sup>277</sup> Fakat bununla birlikte tepki gösterilirken, tepkiye mâruz bırakılan davranışın başkalarına zarar veren eylem ve davranışlardan olup olmadığına dikkat edilmelidir. Eğer eylem veya davranış diğerlerinin haklarına bir tecâvüze neden oluyorsa, başkaları için bir kayıp veya zarar meydana getiriyorsa devreye hukukî yaptırım ve buna bağlı olarak yine, daha şiddetli bir ahlâkî tepki gündeme gelebilecektir. Mill'e göre özetle, bir kimseye ya da toplumun geneline yönelen bir zarar meydana gelirse ya da somut bir zarar tehlikesi söz konusu olursa, bu durum artık kişinin özerk özgürlük alanının dışına çıkacak ve konu ahlâk ve yasanın alanına dahil olacaktır.<sup>278</sup> Özetle Mill, birey ya da toplum açısından zarar doğurmayan ya da somut bir zarar tehlikesine neden olmayan hallerde toplumun ya da diğer bir ifadeyle devletin, akla ya da paternalist kaygılara ya da benzeri bir kaynağa atıf yaparak bireyler üzerinde cebre başvuramayacağını ileri sürmüştür.<sup>279</sup> Ona göre böyle bir müdahalenin mazur görülebilmesi için zarar ilkesinin en azından tehlike açısından ciddi bir görünüm sergilemesi gerekmektedir. İnsan salt kendini ilgilendiren ve en azından somut bir zarar tehlikesi doğurmayan davranışları

---

<sup>275</sup> Uzun, a.g.e, s. 70.

<sup>276</sup> Mill, Hürriyet..., s. 159; Aktaran: Uzun, a.g.e., 70, Mill, Özgürlük..., s. 134.

<sup>277</sup> Uzun, a.g.e., ss. 70-71, Mill, Özgürlük..., s. 137.

<sup>278</sup> Mill, Hürriyet..., ss. 162-163, s. 169; Aktaran: Uzun, a.g.e., 71, Mill, Özgürlük..., s. 137 vd.

<sup>279</sup> Uzun, a.g.e., s. 71.

açısından tümüyle bağımsızdır ve kendi aklının ve bedeninin tek patronudur.<sup>280</sup> Bu bir özgürlük alanıdır ve birey bu özgürlük alanında davranışları aptalca, sapkın ya da hatalı bulunsalar bile başkalarına bir zarar vermediği sürece dilediği gibi davranma serbestisine sahiptir.<sup>281</sup>

Mill'in kabaca özetlenmeye çalışılan bu özgürlükçü düşünceleri, o dönem James Fitzjames Stephen tarafından yazılan *Liberty, Equality, Fraternity* (Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik) isimli bir kitapta gayet sert bir şekilde eleştiriye tabi tutulmuştur.<sup>282</sup> Stephen, Mill'in öne sürdüğü özgürlük yaklaşımının Benthamcı faydacılıktan ciddi bir biçimde ayrıldığı kanaatinde. Bentham için özgürlük mutlak bir karakterde değildir. Mevcut egemenin bireysel özgürlüğe yönelttiği her müdahale, her olayın kendi özellikleri içerisinde ve yararcı ilkelere göre analiz edilmelidir. Halbuki Mill, Stephen'a göre, faydacı/yararcı ilkeleri göz ardı etmekte, müdahalenin hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği sınırsız özgürlük alanları ihdâs etmektedir.<sup>283</sup>

Stephen, Mill'in pek çözüme kavuşturamadığı ve fakat toleransla, toplumun ve onun bir görünümü olan devlet mekanizmasının neredeyse iknadan farklı bir zor kullanma hakkı ve aracına sahip olmadığını ima eden “kadın simsarlığı” bahsini biraz da alaycı bir tavırla eleştirmektedir:

“Devletin kadın simsarlarına saygı göstermesi gerektiğini düşünmüyorum. ‘Sayın bayım, saygıdeğer kararlarınıza karışmak gibi bir şeyi asla düşünmeden ve haddimi aşmamaya çalışarak, hayat görüşünüzün doğru olup olmadığı konusunun en azından iki farklı biçimde değerlendirilebilecek bir konu olduğunu düşünmeye hakkım olduğu gerçeğini anlamanızı istirham ederim.

<sup>280</sup> Michael Rosen-Jonathan Wolff, *Siyasal Düşünce*, Çev. S. Çalışkan-H. Çalışkan, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, s. 187.

<sup>281</sup> Rosen, a.g.e, ss. 187-188.

<sup>282</sup> Mill'in zarar ilkesine yöneltilen en temel eleştirilerden biri gerekçelendirmeye ilişkindir. Mill, bu ilkenin yararlılık ya da toplumsal refahın ilerlemesi ile gerekçelendiğini iddia etmektedir. Ancak yararlılık kavramı buradaki ilerleme için lazım olan unsurlara herhangi bir sınırlandırma getirmemektedir. İkinci eleştiri ise, ilkenin her hangi bir kesinlik barındırmıyor oluşudur. Bkz. Ingram, a.g.e., ss. 194-195.

<sup>283</sup> Reynolds, a.g.e., ss. 1327-1328; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 71.

Şahsen karşı olduğum (umarım yalnızca karşı olmam sizin gibi özgürlükçü birini gücendirmez) yaşam deneyiminizi mutlak bir biçimde kınamak niyetinde değilsem de, bu yaşam biçimini seçmekle sizin de (kendi açınızdan doyurucu olan ama benim için inandırıcılığı olmayan) bazı kişisel kaygılarla hareket ettiğinizi ve tamamen tarafsız olamayacağınızı düşünmeden edemiyorum. Bu yüzden, büyük bir saygıyla; en azından sizden bunu istemek zorunda kalmaktan herhangi bir rahatsızlık duymamam gerektiğini düşünüyorum.’ Oysa bence toplum böyle birini eline geçirirse ona şöyle demelidir. ‘Seni pis serseri, sana hiç dokunmadan ait olduğun pislikte mi bırakmalı, yoksa hakkında düşüncemi kırbaça çıplak sırtına mı yazmalı? Bu sorunun senin isteklerin ve duyguların hiçbir biçimde göz önüne alınmadan yanıtlanacağından hiç kuşkun olmasın.’<sup>284</sup>

Diğer yandan Stephen’a göre, Mill’in yasal cezalandırmayı kabul ettiği hâllerle etmediği hâllerin nasıl ayrıştırılacağına dair ortaya bir kriter konulmamıştır. Mill’in önerdiği tek ilkenin başkalarına zarar verilmesi ya da somut bir zarar tehlikesinin mevcut olması müdahaleyi/cezalandırmayı gerektirecek tek durum olarak zikredilmektedir. Fakat bu halde Stephen’a göre bu durumun verilecek zararlar belirlenebileceği, zarara bağlı olduğu, zararın ya da zarar gören kişilerin net olarak saptanamaması halinde cezanın/müdahalenin uygulanmasının mümkün olmadığı kolaylıkla anlaşılabilecektir. Stephen’a göre “*ceza yasası çok kaba bir makinedir*” ve titiz bir şekilde kullanılmalıdır. Onun için, bir ilkenin uygulanmasında karşılaşılabilecek sorunları zikretmekle o ilkenin bizâtihi kendisini reddetmek birbirinden tamamen farklı şeylerdir. Stephen, Mill’in düşüncesi belli bir davranışın yasal cezalandırmayla tazyik edilip edilemeyeceğine dairdir, fakat bunu hem yasal baskıyla hem de kamuoyu baskısıyla ilişkilendirme yolunu tutarak şunları ifade eder:

“Büyük bir servet ile aileden gelen bir etkileme gücüne sahip<sup>285</sup> soylu ailelerin temsilcileri, geniş halk kitlelerinin doğal önderleri olan, bir grup soylu genç, bütün zamanlarını ve paralarını zevk ve sefa için harcamaktadır. Bu insanlar topluma adi yankesicilerden daha çok zarar verirler; ama Bay Mill’e göre, eğer bu gençleri yaptıklarından utandırma fırsatına sahip olan birisi bu fırsatı onları

<sup>284</sup> James Fitzjames Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity and Three Brief Essays*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1991, ss. 137-138. Çevirinin tamamı için bkz. Rosen, a.g.e., ss. 189-190.

<sup>285</sup> Nüfûzlu.

zorla doğru yola sevk etmek için kullanırsa, bu gençlerin davranışı belli kişilere zarar vermediği sürece, onların özgürlüğünü ihlâl etmiş olur. Buna göre şöyle söylemek gerekir: ‘Sen A Dükü, Londra’da B ile C, Paris’te D ve E adlı dört metres tutarak, arkadaşın F’ye kötü örnek olup onun bayan G adlı evli sevgilisi falanca tarihte kaçmasını teşvik ettin. Bu yaptığın büyük bir alçaklık ve bir dük olman bu alçaklığı daha da artırıyor.’ Şunu söylemek ise yanlış olur: ‘Sen A Dükü, çok ahlâksız bir adamsın ve yasalar sana dokunamasa da, bunun cezasını çekmelisin.’ Bu ikisi arasındaki farkın yanlış anlaşılmasındansa göz ardı edilmesi daha büyük olasılıktır.”<sup>286</sup>

Stephen kinayeli eleştirilerine devam eder ve Mill’in zarar ilkesinin sınırlarının belirgin olmadığını ve fazla toleranslı bir yaklaşım olduğundan bahsederek, kurgusal bir örnek üzerinden zarar ilkesinin kendince hatalı noktalarını göstermeye çalışır. Mantıksal olarak da aşağıdaki sonuçlar doğar. Bu kurguda, bir insan topluluğu, kendi aralarında, kadınları nasıl baştan çıkardıklarını aktararak onaylamak ve zinanın iyi ve faydalı bir eylem olduğu fikrini açıklayarak mümkün olduğu kadar geniş bir kitleye yaymaya çalışmak amacıyla toplanırlar. Bu amaçlarını gerçekleştirmek ve yeni üyeler devşirebilmek adına nispeten deneyimsiz ve yoldan çıkarılmaya müsâit gençleri etkileyecek cinsel içerikli romanlar ve kitaplar basan bir organizasyon kurarlar. İngiliz yasaları uyarınca bu bir suç teşkil edecek ve müstehcen kabul edilecektir. Bu amaç uğruna çabalayan insanlar da en nihayetin fesada düşmüş “suçlu”lar olarak kabul edilirler. Fakat Stephen’a göre, Mill için bu durum, suç ve suçlunun tespiti, yanlış bir tutum olacak ve hatta bununla birlikte eğer basın organları halkta bu ‘hayat tecrübesi’ni tatbik eden şahıslara yönelik uygulanan müdahale için infiâl yaratacak bir dil kullanarak eleştirmezlerse ahlâkî/yasal müdahalenin bir zulüm olduğunu iddia edecektir. Stephen’e göre kendi ifadeleriyle *“böyle bir derneğin bu ülkede yaşaması olanaksızdır, çünkü eğer ülkenin yasaları bununla başa çıkamazsa linç yasası devreye girer.”*<sup>287</sup>

---

<sup>286</sup> Stephen, a.g.e., s. 141, Rosen, a.g.e., ss. 190-191.

<sup>287</sup> Stephen, a.g.e., ss. 141-142.

Stephen son olarak bireyi ve onun özgürlük alanını mümkün olduğunca geniş tutmaya çabalayan ve toplumun ya da devletin, bazı durumlarda bireyin lehine olanı ve yine bireye rağmen paternalist bir tutumla savunamayacağını işaret eden Mill'e şöyle bir soru yöneltir: Toplum, ya da en nihayetinde onun bir görünümü olan devlet mekanizması, en âdi ahlâksızlık olarak nitelendirilebilecek durumların dahî “kötü”lüğüne karar veremeyecekse, başka her hangi bir konuda nasıl karar verebilecektir?<sup>288</sup>

Mill-Stephen tartışmasının ana hatları bu şekilde özetlenebilir. Hart-Devlin tartışmasının taraflarının temel argümanlarına geçmeden önce Mill-Stephen tartışmasının liberal cephesinin, yüz yıl sonra gerçekleşen benzer tartışmadaki temel noktalardan bir kısmını gösteren şu sorularla bitirilebilir: Bireyin kendi patronu olduğu bir halde kendisi üzerindeki egemenliği nerede başlar nerede biter? Toplumun otoritesinin başlangıç noktası neresidir? İnsanın hayatının ne kadarı bireyselliğe, onun özerk alanına; ne kadarı topluma aittir? Ya da gerçekten ait midir?

## 2.2. Wolfenden Raporu

Yukarıda, Hart-Devlin tartışmasının Wolfenden Raporu adlı bir çalışmaya dayandığından bahsetmiş idik. Tartışmanın taraflarının öne sürdüğü argümanlara geçmeden önce söz konusu rapordan kısaca bahsedilmesi isabetli olacaktır. İngiltere’te, 1953 yılında meşhur bir oyuncu 1954 yılında da bir lord, onun kuzeni ve bir basın mensubu; eşcinsel ilişkide bulundukları iddiasıyla yargılanmışlar ve neticede on iki ila on sekiz ay arasında değişen miktarlarda hapis cezasına çarptırılmışlardır. Gerek bu olayların, fâillerinin kimlikleri nedeniyle, kamuoyunda bir infiale neden olması ve gerek kovuşturmayla tabi tutulan homoseksüel ilişkilerle ahlâka aykırı eylemlerin sayısında ciddi bir artış yaşanması, bu gibi suçlara yönelik İngiliz ceza hukukunda hissedilen eksikliğin geniş kitlelerce dile getirilmiştir. Bu hissiyatın iyice kuvvetlenmesi neticesinde, 1954 yılında Sir John Wolfenden başkanlığındaki *Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite*, durumun analiz edilerek bir rapora bağlanması hakkında görevlendirilmiştir. Toplam on yedi üyeye

---

<sup>288</sup> Stephen, a.g.e., s. 137.

sahip komitede bürokratlar, din adamları, hukukçular gibi geniş çevre ve sahalardan isimler yer almaktadır.<sup>289</sup>

Komite hazırladığı raporda, yetişkinler arasında rızaya dayalı, alenî olmayan eşcinsel fiillerin artık suç olmaması gerektiği ve eşcinsellikle eşcinsel suçlar arasında bir ayırım yapılması gerektiği<sup>290</sup> doğal olarak eşcinsel ilişkinin bizâtihi değil ve fakat alenen cinsel ilişki önerisinin sıradan vatandaşlara karşı rahatsız edici bir musibet olduğu belirtilmiştir.<sup>291</sup> Rapora göre ceza hukukunun işlevi aşağıdaki şekildedir:

“Bize göre, (ceza hukukun) işlevi kamu düzenini ve adabını korumak, vatandaş rahatsız edici ve zararlı şeylerden korumak ve diğerlerinin zehirlenmesine ve (istismarına) karşı, özellikle genç, bedence ya da akılca zayıf ya da tecrübesiz oldukları için savunmasız olanlara yeterli korumayı sağlamaktır.”<sup>292</sup>

Bununla beraber rapora göre, hukukun etki alanının dışında kişilerin özgürce davranabileceği bir özel ahlâk alanı bırakılmalıdır. Burada, özel ahlâk alanıyla anlatılmak istenen, kamuya hakaret teşkil etmeyen ya da doğrudan zarar vermeyen eylemlere ait alandır. Bu bakımdan rapor, diğer temas ettiği bir çok suç ve eylemle ilgili tavsiyelerinde,<sup>293</sup> Mill’le benzer bir düşünce sergilemiş ve iki önemli netice öne sürmüştür: Öncelikle fahişelik, bir cinsel ilişkidir ve taraflarından başka bir kimseye zarar vermediği kabul edilerek suç sayılmaması gerektiği savunulmuştur. Fahişeliğin suç sayılabilecek tek görünüm şekli kamuya açık bir yerde insanlara olağandışı ve alışık olmadıkları bir tarzda açıktan fuhuş teklif edilmesi şeklidir. Raporun vardığı sonuçlardan bir diğeryse de reşit erkek bireyler arasındaki özel hayat kapsamında kalan cinsel ilişkilerinin suç sayılmaması gerektiği yönündeki görüşten ibarettir.<sup>294</sup>

---

<sup>289</sup> Uzun, a.g.e., ss. 73-74.

<sup>290</sup> John Wolfenden, *The Wolfenden Report*, Stein and Day Publishers, New York, 1963, s. 27.

<sup>291</sup> Wolfenden, a.g.e., ss. 52-53.

<sup>292</sup> Uzun, a.g.e., s. 74.

<sup>293</sup> Raporun bizdeki matbu nüshası dört bölüm ve on iki alt bölümden oluşmakta ve toplamda 243 sayfalık bir hacim kaplamaktadır.

<sup>294</sup> Uzun, a.g.e., ss. 74-75.

### 2.3. Devlin'in Argümanları

Wolfenden Raporu üzerine ilk eleştiri Devlin tarafından getirilmiştir. Devlin için toplum örgütlenmiş bir organizasyondur ve kendi varoluşunu garanti altına alabilmek için çeşitli önlemlere başvurmak ve bunları kararlılıkla uygulamak hakkına sahiptir. Bu yöndeki talep meşru karşılanmalıdır. Ahlâk ise, yani kamu ahlâkı, o toplumu toplum yapan en mühim unsurların başında gelmektedir. Onun için ahlâksızlık, bu en mühim unsura bir saldırı oluşturacağından doğal olarak kamunun bütünlüğüne de bir saldırı niteliği taşır ve burada neredeyse vatana ihanetle eş değer bir durum söz konusudur. Çünkü bu inanca göre toplumu bir arada tutun kamu ahlâkı denilen ahlâkî bağlardır ve toplumdaki parçalanma da genellikle bu parçalanmayı takip etmektedir.<sup>295</sup> Öyleyse bu noktadan yola çıkıldığında, haklı olarak ahlâkın (ceza yasaları aracılığıyla) dayatılması meşrû kabul edilmelidir. Devlin'e göre bu düşünce mevcut hukuk düzeninin bazı ahlâkî "iyi" ya da "kötü" kabulleri hâlihazırda dayattığı gerçeğiyle de desteklenmektedir. Mevcut hukuk düzeninde, ötenazi, kürtaj, düello gibi ahlâkî yanı ağır basan bazı konular yasalarla emir altına alınmıştır. Diğer yandan Devlin, yetişkin hemcinsler arasında gerçekleşen rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin ceza kanunlarının etki alanının dışında bırakılması tavsiyesinde bulunan raporun bu görüşüne karşı ceza hukukunda, mağdurun rızasının bazı istisnalar dışında geçerli hiçbir yanının olmadığı gerçeğini öne sürer.<sup>296</sup>

Lord Patrick Devlin, eşcinsel eylemler ile fuhuşa dair çeşitli düzenlemeler içeren mevcut İngiliz yasalarını tahlil ederek eşcinsel eylemleri etkisiz hale getirmeyi teklif eden Wolfenden Raporuyla aynı kanaatte değildir. Muhâfazakâr bir İngiliz hukuk filozofu olarak o, kendinde şu soruları sorma gereği hisseder: Bir yasanın kamu ahlâkında temellendirilmesi salt zarar ilkesiyle açıklanabilir mi? İnsanları ahlâkî açıdan nasıl daha iyi bir hâle getirebiliriz? Geleneksel ahlâkı, kamu ahlâkını, diğer bir deyişle bir toplumun ahlâkî çoğunluğunu nasıl koruyabiliriz?<sup>297</sup> Devlin'in bu soruları, ve tabî aşağıda değinilecek cevapları ve sorulara yaklaşım tarzı 21. yüzyılın seküler batısında, seküler dünyada da diyebiliriz, biraz garip

<sup>295</sup> Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London, 1965, s. 13.

<sup>296</sup> Uzun, a.g.e., ss. 75-76.

<sup>297</sup> Devlin, a.g.e., ss. 7-8.

karşılanabilecektir. Fakat, dünyanın bu yüzyılda içerisinde bulunduğu büyük ahlâkî bunalımdan kurtulmak için en azından bir çıkış noktası olma özelliği yadsınılmamalıdır.<sup>298</sup>

### 2.3.1. Kamu Ahlâkı ve Toplumsal Bütün

Devlin'e göre hukukun ahlâksızlık addedilen bir eylem ya da davranışı cezaî yaptırıma bağlaması için ön şart, öncelikle bir kamu ahlâkının var olduğunu kabul etmektir. Bununla beraber bu kamu ahlâkı, Devlin için, toplumun varlığının ve onun devamlılığının en önemli bir unsurdur ve toplumun toplum olmasındaki en önemli etken, toplumun genelinin taşıdığı bu düşünce birliğidir. Burada düşünceden kasıt salt siyasî görüş ve tercihler değil, hayatın hemen her alanındaki eylemleri kapsayan irade ve isteklerin birliğidir. Devlin'e göre her toplumun yapısı siyasetten ve ahlâktan müretteptir.<sup>299</sup>

Kamu ahlâkıyla toplumsal bütünlük arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışan Devlin, evlilik kurumunu ele alır ve onun kabul edildiği şeklinin, bireyleri bir arada tutan bir bağı da gösterdiğini iddia eder. Ona göre evlilik, toplumsal yaşamın bir parçasıdır. Bununla birlikte evlilik, mahiyeti ve doğası itibarıyla evlilik dışı cinsel ilişkiyi, zinayı dışlayan, onu olumsuzlayan bir ahlâkî tavrın da kökenini oluşturmaktadır. Devlin'e göre, özgürlükçü bir tutumla, zinanın ahlâken doğru olup olmadığına dair bireylere kişisel kanaatlerini açıklama ve yayma alanı açılırsa, evlilik kurumunun tehlikeye girmesi kaçınılmazdır. Kaçınılmazdır, çünkü bu gibi kamu ahlâkını ilgilendiren konularda söz hakkı yine kamu ahlâkına aittir. Bununla beraber toplum, ahlâkı, evlilik ve benzeri toplumsal kurumları destekleyen ahlâkî ilkeler ile sınırlandırmamalıdır. Devlin'e göre insanlar genelde tek eşlilikten yana bir görüşü savunurlar, çünkü toplumun örgütlenme tarzı öyle olduğu için değil, bunun, tek eşliliğin kendi içinde başlı başına iyi bir şey olduğunu düşündükleri, bu tercihin kendilerini daha iyi bir hayat temin ettiğini ve toplum tarafından özellikleri nedeniyle

<sup>298</sup> Dawid Bunikowski, *Legal Protection of the Value of Public Morality: The Hart-Devlin Debate*, [Elektronik Versiyonu]SSRN Electronic Journal, 2015, s. 2, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2725388](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2725388), 27.11.2020.

<sup>299</sup> Rosen, a.g.e., s. 194, Uzun, a.g.e., s. 76.

tercih edildiklerini düşündükleri için müdafaa etmektedir. Devlin için toplum, düşünce birliğini ifade etmektedir.<sup>300</sup> Siyasette, doğru davranışta ve ahlâkta yaygın bir müşterek düşünce ve eylem birliği söz konusuysa toplum vardır, aksi halde bir toplumdan bahsetmek pek mümkün değildir. Ona göre bir toplumdaki herkesin “iyi” olan ve “kötü” olana dair bir fikri muhakkak vardır ve bunlar, içinde yaşanılan, bir üyesi olunan toplumun bütününden bağımsız fikirler değildir. Devlin, insanların, “iyi” ve “kötü” üzerinde temel bir mutabakata varamadığı bir toplumlumun ihdâs edilmeye çalışılmasında başarılı olunamayacağını iddia etmektedir. Diğer yandan, eğer başlangıçta bu temel eylem değerleri üzerinde başlangıçta var olan mutabakatın daha sonradan daha sonradan kaybedilmesi durumunda da toplum dağılacaktır. Toplum, bir grup insan bireyinin bedenen bir arada bulunması ya da yaşamasından ibaret değildir. Toplumu oluşturan üyeleri bir arada tutan şey, görünmeyen ve fakat varlığı şüphe götürmez olan müşterek düşünce bağları, *efkârumumiye*sidir. Bu fikrî bağların gevşemesi halinde toplum ayrışmaya başlar. Buradaki bağlayıcılık, müşterek kanaatlere sahip olma “toplumun bedelidir” ve bir yerde toplumsal yaşama mecbur olan insanlığın bu bedeli ödemesi şarttır.<sup>301</sup>

Öte yandan Devlin, ortak ahlâki kanaatlerin varlığının toplumun varlığı için elzem olduğunu öne sürdükten sonra, bir adım daha ileri giderek toplumdaki ahlâkî bağın zayıflamasının toplumun parçalanmasına neden olan bir aşama olduğunu iddia eder. Ona göre toplumlar, dışarıdan gelen olumsuz ve parçalayıcı etkilerden ziyade, kendi içlerinde cereyan eden hadiselerden dolayı parçalanırlar. Toplumda müşterek bir ahlâki anlayışın gözlemlenemediği hallerde parçalanma söz konusudur.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> Devlin’in bahsettiği “düşünce birliği” bizdeki “efkârumumiye” kelimesine karşılık gelmektedir kanaatindeyiz.

<sup>301</sup> Rosen, a.g.e., s. 194, Uzun, a.g.e., 77.

<sup>302</sup> Bu üç şekilde gerçekleşebilir: Kişi, yani ahlâkî suçlu “özel ahlâk” alanında gerçekleştirmiş olsa bile ahlâka mugâyir bir eylemiyle kendisini düşkün bir hale sokar ve kendisini toplum için daha az yararlı bir kişiye dönüştürür. Yine özel bir alanda vetamamen bağımsız şekillerde tekil eylemler olarak gerçekleşse dahî bunun yaygın bir hale gelmesiyle bir ahlâksızlık salgını baş gösterebilir. Son olarak, toplum yapısı çok sayıda ahlâki kodlardan müretteptir, onların üzerine kuruludur. Bu kodlar tıpkı tuğlalara benzer ve her ahlâksız eylem bir tuğlanın yerinden çekilmesi anlamına gelmektedir. Bu kodun, tuğlanın yerinden edildiğini gören toplumun diğer bireyleri bu durumdan olumsuz etkilenebilir ve ahlâksızlık bir normal, içinden çıkılmaz olağan olarak kabul edilebilir. Bu ise toplumun çöküşüne sebep olacaktır. Bkz. Devlin, *The Enforcement...*, s. 104, 111, 115, 131, 143. Benzer bir tespit için ayr. bkz. Ingram, a.g.e., s. 200.

Devlin, biraz da spekülâtif bir üslupla, ahlâkî bağlardaki çözülmenin toplumsal çözölmeye neden olduğunun en büyük kanıtının tarihin bizâtihi kendisi olduğunu iddia etmiştir.<sup>303</sup>

Müşterek ahlâkî kanaatteki zayıflama toplumun parçalanmasında en ciddi bir aşama olduğuna göre, Devlin için toplumun da bu noktada devletini, kendi varlığını, birliğini ve toplumun diğerkurumlarıyla ahlâkî yaklaşımını korumak için haklı bir gerekçeye sahip olduğuna inanmaktadır.<sup>304</sup> Bu gerekçe aynı şekilde Devlin için hukukun, diğerkbir ifadeyle ceza hukukunun ahlâksızlık olarak addedilen eylemleri cezalandırma yolundaki kullanımına dair bir meşru gerekçe olarak da kabul edilmektedir. Ona göre Wolfenden Raporu’nun ahlâkta kamu ve özel ayırımının, daha doğrusu bireylere bırakılması salık verilen özel bir ahlâksızlık alanının sağlam bir temeli yoktur.<sup>305</sup> Ahlâksızlığa “özel” bir alan açılmasını ve özel ahlâksızlıktan bahsedilmesini net bir şekilde reddederek, ahlâksızlığı, toplumun parçalanmasın en mühim hallerden biri olarak kabul eder ve onu vatana ihanet suçuyla özdeş kabul eder.

“Yıkıcı faaliyetlerin bastırılması hukukun alanına ne kadar giriyorsa, ahlaksızlığın bastırılması da o kadar girer; çünkü yıkıcı faaliyetler ne kadar özel hayata ilişkin değilse ahlaksızlık da o kadar değildir. Özel ahlak diye bir şeyden söz etmek, hukukun ahlaksızlıkla ilgilenmemesi gerektiğini söylemek ve ahlaka ilişkin konularda oynayacağı rolü sınırlamaya çalışmak yanlıştır. Devletin vatana ihanet ve kargaşa yaratma konularında yasa yapma gücünü sınırlayan kuramsal sınırlamalar yoktur ve bence, aynı şekilde ahlaksızlığa karşı yasalar çıkartmanın da kuramsal sınırları olmaması gerekir. Bir insanın günahları sadece kendisini etkiliyorsa buna toplumun karışmaya hakkı olmadığını söyleyebilirsiniz. Eğer her gece evinde kendi başına içip sarhoş oluyorsa bunu kendinden başka kime zararı olabilir? Ama nüfusun dörtte birinin veya yarısının her gece sarhoş olduğunu farz edelim, bu nasıl bir toplum olur? Toplumun

<sup>303</sup> Ronald Dworkin (Ed.), *The Philosophy of Law*, OUP, Hong Kong, 1977, s. 76; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 77, Devlin, *The Enforcement...*, s. 13.

<sup>304</sup> Dworkin, a.g.e., ss. 76-77, Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 77.

<sup>305</sup> Dworkin, a.g.e., s. 79, Uzun, a.g.e., s. 78.

içkiyi yasaklayan yasalar yapmaya başlaması için kaç kişinin sarhoş olması gerektiğine ilişkin kuramsal bir sınır koyamazsınız.”<sup>306</sup>

Wolfenden Raporu’ndaki, fahişeliği serbestleştiren ve fakat gençlerin, bedence veya ruhça zayıf olan kimselerin istismara uğramalarını engellemek ve bu gibi bireylerin yeteri kadar korunması gerektiği şeklindeki argümana dayanan öneriyi de Devlin şiddetle reddetmektedir. Çünkü onun için bütün cinsel ahlâksızlıklar doğal olarak bir istismardır. Tüm bu eylemler beşerî bir istismara karşılık gelmektedir. Bir fahişenin yaptığı müşterilerinin cinsel arzusunu, müşterinin ise fahişenin ahlâkî zafiyetini istismar etmesinden ibarettir.<sup>307</sup> Bu kabulden yola çıkan Devlin, devletin bu ve benzeri ahlâksızlıklara karşı önlem olarak yasa çıkarma yetkisi olduğunu vurgular ve bu yetkiye teorik sınırlamalar getirmenin mümkün olmadığını savunur.<sup>308</sup> Genel bir kurala önceden istisnalar getirmek veya hukukun hiçbir şart altında girmesine izin verilmeyecek ahlâk alanını esnek olmayan bir şekilde tanımlamak mümkün değildir. Onun için toplum ya da onun bir görünümü olan devlet, yasaları aracılığıyla kendisini dâhilî ya da haricî her türden “tehlike”ye karşı muhâfaza etmek hak ve salâhiyetini sahiptir. Vatana ihanet suçunda ihanet olarak görülen eylem ya da eylemler kralın düşmanlarına yardım etmek ya da devlete karşı bir isyana kalkışmak şeklinde görünmektedir.<sup>309</sup> Bunun sebebi ise, mevcut meşrû hükümetin toplumun varoluşu için zorunlu olması; buna bağlı olarak da hükümetin emniyetinin cebren tehlikeye düşürülmesine yönelik güvence tesis edilmesi gerektiğidir. Aynı noktadan bakıldığında, toplumsal refah ve huzur için de yerleşik ahlâkî düzen, en az iyi bir hükûmet kadar elzemdir.<sup>310</sup>

Devlin için hukukun, özellikle ceza hukukunun ahlâksızlığın cezaslandırılmasında bir araç olarak kullanılmasının mümkün olduğuna dair getirilebilecek delillerden birisi de, hâlihazırda hukuk düzenin bu yöndeki düzenlemeleri zaten içeriğinde barındırıyor olmasıdır. Ona göre İngiliz ceza hukuku

<sup>306</sup> Rosen, a.g.e., ss. 194-195, Devlin, The Enforcement..., ss. 13-14.

<sup>307</sup> Devlin, a.g.e., s. 12.

<sup>308</sup> Devlin. The Enforcement..., s. 12.

<sup>309</sup> Benzer bir tespit için ayr. bkz. Ingram, a.g.e, s. 202.

<sup>310</sup> Dworkin, a.g.e., s. 76; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 79.

en başından beri ahlâk düzen üzerine kurulmuş bir hukuk sistemidir.<sup>311</sup> Hukukun suç olarak tanımladığı çoğu düzenlemede esâs gaye/işlev, ahlâkî bir ilkenin dayatılmasından ibarettir. Dahası, hem medenî hukuk düzenlemeleri hem de ceza hukuku düzenlemeleri ahlâk ya da ahlâksızlık üzerine konuşmaktadırlar.<sup>312</sup> Devlin, hukuku tatbik eden mahkemelerin de kendisinin bu fikrini desteklemiş olduğunu öne sürmektedir. Hart'ın da tartışmaya dâhil olmasına sebep olan, Wolfenden Raporu'nun genel muhtevasıyla çelişik bir görünüm arz eden *Ladies' Directory* davasında Lordlar Kamarası'nın verdiği kararı kendi argümanlarını güçlendirmek için bir fırsat olarak görmektedir. Ona göre, mahkemeler, örneğin “*ahlâka ve adâba aykırılık*” gibi bir ilkeye atıf yapabilmektedir ve doğal olarak kökenlerini Mill'de bulan öğretiyi reddetmektedirler. Bununla birlikte, yine kendisini doğruladıkları yönünde bir kanaatle, mahkemelerin kendilerini kamu ahlâkının muhâfızları olarak ilan ettiklerinin altını çizer. Devlin burada şöyle bir soru yöneltir: Devlet ve doğal olarak mahkemeler bu yetkiyi nereden edinmektedirler, uygulatacakları ya da uygulayacakları ahlâkî ilke ve standartları neye göre tespit ve tâyin etmektedirler?<sup>313</sup>

Devlin'e göre devlet bir olayı ya da olguyu yasama konusu hâline getirirken iki esâs kaide üzerine bir gerekçelendirmeye gidebilir. Öncelikle devlet, dolaylı olarak toplum, Platonik bir idealden yola çıkarak, devletin varlığını vatandaşlarının, toplumdaki bireylerin erdemli bir hale getirilmesi için var olduğunu, bu yönde hareket etmesi gerektiğini düşünür. Eğer devletin işlevi buysa, onu kontrol eden kişi ya da kişiler grubu, buna egemen güç de denilebilir, uyum gösterilmesi gereken ahlâkî ilke ve standartları gösterme, ilan etme hak ve salâhiyetine sahip olmak durumundadır. Devlin için bu, bir parçası olduklarını düşündüğü Anglo-amerikan zihin dünyasına bakımından pek kabul edilebilir bir tutum değildir. Ona göre, iyinin ve kötünün tespit ve tâyinini devlet denilen organizasyona bırakmak diğer yandan kişilerin kendiliklerini fark edebilecekleri, kendilerini inşa edebilecekleri bir vicdan alanının kısıtlanmasına neden olacak bir tiranlığa kapı aralamak olacaktır.<sup>314</sup>

<sup>311</sup> Rosen, a.g.e., ss. 191-192, Devlin, a.g.e., s. 6.

<sup>312</sup> Rosen, a.g.e., s. 193, Devlin, a.g.e., s. 7.

<sup>313</sup> Uzun, a.g.e., ss. 79-80.

<sup>314</sup> Patrick Devlin, *Law, Democracy and Morality*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 110, s. 638; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 80.

Devletin bir olay ya da olguyu yasamanın konusu haline getirebileceğine dair sunulacak gerekçelerden bir diğeri ise devletin, doğal olarak toplumun kendisini koruma amacına yönelik yasa yapabileceği fikrinden ibarettir.<sup>315</sup> Devlin'e göre bu durum tam olarak, *Ladies' Directory* davasında Lord Simonds'un<sup>316</sup> hukukun taşıdığı asıl amacının *toplumun sahip olduğu ahlâkî düzeni muhâfaza etmek* olduğunu ifade ederken kullandığı argümanla aynı şeye karşılık gelmektedir. Ona göre Lordlar Kamarası'ndaki yargılama esnasında serdedilen neredeyse tüm konuşma içerikleri ve yaklaşımlar, mahkemelerin aslî vazifesinin devralınan bir mirasın muhâfazasıdır, yeni baştan bir sistemin ihdâsı değildir.<sup>317</sup>

Devlin, ortaya koyduğu diğeri bir argümanında, bazı fiil ve davranışların başka birini rahatsız edip etmediğine, başkalarına bir zarar verip vermediğine bakılmaksızın, kamusal alanda mı yoksa özel alanda mı icra edildiklerine hiçbir önem atfetmeksizin ve tarafların rızasına bakılmaksızın devlet tarafından suç olarak kabul edilmediğini ve düzenlendiğini öne sürer. Kendi arzusu üzerine birinin öldürülmesi(maktûlde rıza), ötenazi, intihara teşebbüs, toplu intihar, ensest cinsel ilişki, kürtaj ve düello gibi eylem ve davranışların hemen hepsi, bir yoldan çıkarma ya da istismar olarak değerlendirilemeyecek ve esâsen başka birine zarar verilmeden, “özel” alanlarda gerçekleştirilebilecek eylemlerdir. Bu konuların hukuk alanına dâhil edilmesi ve belli yaptırımlara tabi tutulması, bu gibi eylem ve davranışların ancak bir ahlâk ilkesi/ahlâkî standart olarak hukuk alanına dâhil edilmesiyle mümkündür.<sup>318</sup> Tüm bu suçların salt varlıkları dahî Devlin'i ceza hukukunun işlevlerinden birinin ya da belki asıl işlevinin ahlâksızlığın tecziye edilmesi olduğu neticesine götürmektedir. O, Wolfenden Raporu'nda vurgu yapılan, fahişelik ve eşcinsellik eylemlerinde tarafların rızası bahsine dikkat çekerek şu açıklamalarda bulunur:

---

315 Devlin burada, Hobbes'un “hayatta kalma”(right of survival) ve “meşru müdafaa”(self-defence) hakkına başvurmaktadır.Tespit için bkz. John Harington Wade, *Morals and The Enforcement of Values, An Analises of the Hart-Devlin Debate*, The University of British Columbia, 1971, <http://hdl.handle.net/2429/34108>, Erişim Tarihi: 28.11.2020.

316 Yargıç.

317 Devlin, *Law, Democracy....*, s. 638; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 80.

318 Rosen, a.g.e., s. 193, Devlin, a.g.e., s. 7.

“Doğası gereği hariç tutulan bazı suçları saymazsak, ceza hukuku kurbanın rızasının asla bir savunma olarak kullanılmasına izin vermemiştir. Örneğin, ırza geçmede rıza suçun çok temel bir ögesini ortadan kaldırır. Ama bir cinayet davasında kurbanın rızası savunma olarak kullanılamaz. Kurbanın cezayı hak ettiğini düşündüğünü ve bu yüzden kendisine verilen cezaya boyun eğdiğini ileri sürmek, hiçbir saldırı eyleminin savunması olamaz; sağlam bir savunma yapabilmek için suçlanan kişinin kendisine cezalandırma hakkını yasaların vermiş olduğunu ve onun da bu hakkı mantıklı bir biçimde kullanmış olduğunu kanıtlaması gerekir. Aynı şekilde, kurban da saldırıyı affettiğini söyleyerek davanın düşürülmesini isteyemez...”<sup>319</sup>

Devlin’e göre, hukukun varoluş nedeni, toplumu tek tek bireylerden meydana gelen bir soyut kavram olarak kabul ederek bireyi muhafaza etmeye indirgenirse, bu korumanın her hangi bir birey tarafından reddedilmesi halinde, hukuktan istifade edilmesi için hiçbir sebep kalmayacak, birey bir anlamda hukuk dışı kalabilecektir. Bu ise mümkün değildir. Birey, kendisine karşı işlenen bir suça, suç işlenmeden önce, veya şartları mümkünse işlendikten sonra bile, rıza göstermiş olsa dahî bunun çoğu zaman kabul edilmemesinin nedeni o suçun salt tekil olarak o bireye karşı değil, bireyin bir parçası olduğu toplumun bütününe karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmesidir. Buradaki bağlantının, toplumun da işlenen suç neticesinde fizikî bir zarar gördüğü şeklinde anlaşılmamalıdır. Öte yandan suç işleyen bir kimsenin toplumun diğer fertleri açısından potansiyel bir tehlikelilik arz ettiği, bu sebeple de o kişinin cezalandırılmasının toplumsal düzen için gerekli olduğu da öne sürülemeyecektir. Çünkü bu yaklaşım, mağdurun affını temin etmiş bir suçlu için geçerliyse de, önceden eylem öncesinde mağdur rızasını alarak suç işleyen biri açısından doğru olmayacaktır. Çünkü Devlin’e göre, mağdurun rızası, hatta belki yalvarması neticesinde onu öldüren bir kişi gerçekten toplum için bir tehlike arz etmeyebilecektir. Fakat o suçlu kimse, suç teşkil eden davranışıyla toplumsal hayatın üzerinde yükseldiği ve varlığını ona borçlu olduğu büyük bir ahlâkî kaideyi, insan hayatının kutsallığını tehdit etmiş olacaktır.

---

<sup>319</sup> George Anastaplo, *Law and Morality: On Lord Devlin, Plato’s Meno, and Jacob Klein*, Wisconsin Law Review, 1967, s. 234; Aktaran, Uzun, a.g.e, s.83.

Devlin bu noktaya kadar yapmış olduğu açıklamalarla hukukun temelini doğrudan toplumun sahip olduğu ahlâki kurallar sistemi olduğunu göstermeye çalışmaktadır. Toplumun, uyulmasını vazettiği bazı ahlâkî ilkeler ve standartlar vardır ve bunlara aykırı bir davranış sergilenmesi halinde salt davranışın tekil olarak bireye karşı değil toplumun geneline karşı gerçekleştirildiği kabul edilir.<sup>320</sup> Devlin'in kamu ahlâkı ve toplumsal bütün arasında kurduğu bağlantıyı ve onun konuya yaklaşımını özetleyen şu veciz cümlesiyle tamamlayacak olursak: *“Yasalar tarafından cezalandırılmayan bir sürü ahlâksızlık vardır ama yasaların göz yumduğu hiçbir ahlâksızlık yoktur.”*<sup>321</sup> Onun için kötülüğe, yani ahlâkî olarak iyi kabul edilemeyecek olan eylemlere karşı mücadelede ceza hukuku en iyi bir müttefiktir ya da öyle olmalıdır.<sup>322</sup> Bununla birlikte o, toplumdaki bireylerin, diğer bir ifadeyle vatandaşların, ahlâkî olarak mükemmelliğini talep etmemekte, sadece asgarî seviyede, kabul edilebilir davranış standartlarını sağlamak ve korumaktır.

### 2.3.2. Hristiyan Ahlâkından İçselleştirilmiş Hristiyan Ahlâkına

Burada, ahlâk üzerine bu kadar hassas bir şekilde eğilen, onu *toplumun çimentosu* kabul eden, onu yasalarca öncelikli korunması gereken bir olgu olarak kabul eden Devlin'in ahlâktan maksadının ne ve ne türden bir ahlâk anlayışı olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Devlin için toplumun sahip olduğu genel ahlâk anlayışı, diğer bir ifadeyle kamu ahlâkı, esâs itibarıyla din tarafından tespit ve tâyin edilmektedir ve İngiliz toplumun ahlâkı da Hristiyanlık menşeli bir ahlâktır. Ancak bununla birlikte o, hukukun, salt insanların inanmama özgürlüğüne sahip oldukları öğretilere dayandırılarak temellendirilmesinin mümkün olmadığını, hukukun ahlâkın dayatımı noktasındaki yetkisi için başka bir meşrûiyet kaynağı aranması gerektiğini de belirtmektedir.<sup>323</sup>

Öncelikle Hristiyanlığın İngiliz toplumu üzerindeki etkisine değinen Devlin, evlilik hakkındaki toplumun genel kanaatini zikrederek, evlilik kurumunun

<sup>320</sup> Rosen, a.g.e., s. 192. Devlin, The Enforcement..., s. 6.

<sup>321</sup> Rosen, a.g.e., s. 193. Devlin, The Enforcement..., s. 7.

<sup>322</sup> Devlin, The Enforcement..., s. 111.

<sup>323</sup> Uzun, a.g.e., s. 82.

Hristiyanlık dininde çok önemli bir konumda bulunduğunu ve bu kanaatin toplumun yapısıyla da irtibatlı olduğunu iddia etmektedir. Ona göre, Hristiyan inancından olmayan ya da evlilik kurumunu Hristiyanlığın kabul ettiği gibi önemli bir temel olarak kabul etmeyen bir kimse dahî, toplumun bu yöndeki genel kabulüne uyum göstermeli ve mevcut duruma ayak uydurmalıdır. Bu, gereklilik içeren bir husustur ve bunu Hristiyan inancının bir dayatması olarak görmemek gerekmektedir. Buradaki *haklılandırma* toplumun bu inancı, inancın bu konudaki tutumunu genel olarak benimsemiş olmasına dayanmaktadır. Devline göre bu durumdaki zorlayıcılık “...eğer bu evde oturmak istiyorsan, onu olduğu şekliyle kabul etmelisin.” cümlesindeki zorlayıcılığa benzemektedir.<sup>324</sup>

Yukarıda da belirtildiği üzere ahlâk bir toplumun olmazsa olmaz yapı taşıdır. Bu yapı taşının mahiyetinin ne olması gerektiğine ve nasıl olması gerektiğine dair soruya yönelik cevabı Devlin kendi dininde bulmaktadır. Ona göre yasalarla korunacak ve dayatılacak olan ahlâkın içeriği Hristiyan inancı tarafından belirlenmelidir. Olmaması halinde toplumun yaşayamayacağını öne süren Devlin için ahlâk, “*mâkul bir kimsenin onaylayacağı davranış*” kalıplarından ibarettir. Bu mâkûl kişi aynı zamanda iyi bir insandır ve başka rasyonel standartlara da sahip olabilen bir kişidir. Ancak bu mâkûl kişinin, hiçbir standardının olmaması durumunda dikkate alınması da gerekmemektedir. Bir kişinin sahip olduğu ahlâki ilke ve standartlar (içinde bulunduğu toplumun ahlâki ilke ve standartların tamamen farklı değerlere taallûk ediyor olabilir. Meselâ, toplumun “*efkârıumumiye*”sinin eşcinsel birlikteliğe ya da kürtaja yönelik tutumu olumsuz olabilirken, o toplumun üyesi olan başka bir birey bu değerleri paylaşmıyor olabilir. Ancak bu tutum, toplumun genelinin paylaştığı bu ahlâkî kanaatlerin toplumsal bir ihtiyacı yansıttığı gerçeğinin inkârına neden olmamalıdır. Bu gerçeği inkâr eden bir kişi Devlin’in biraz da abartılı bir isimlendirmesiyle bir âsidir. Bu âsi, ahlâkî ilke ve standartlar konusunda “*toplumla ters düşme hakkı*”nı<sup>325</sup> kullanırken rasyonel bir şekilde hareket ediyor olabilir fakat bu durumda içinde bulunduğu toplumun, kendisinin bir âsi olarak içerisinde yaşamını devam ettirebileceğine inanıyorsa, irrasyonel hareket etmiş olacaktır.<sup>326</sup>

<sup>324</sup> Dworkin, a.g.e., s. 73; Aktaran: Uzun, a.g.e., ss. 82-83, Devlin, The Enforcement..., s. 9.

<sup>325</sup> Dücan Cündioğlu’ndan mülhem.

<sup>326</sup> Anastaplo, a.g.e., s. 234; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 83.s

Devlin için, ahlâkın toplum için zorunluluğunu kabul eden bir kişi, bununla birlikte ahlâkın olmazsa olmaz araçlarının kullanımını da kabul edebilmelidir. Bu araçların başlıca ikisi *eğitim*, yani diğer bir ifadeyle öğreti; ve *hukuktur*, yani zorlama. Ona göre, ahlâk eğitimi salt toplumsal gereklilik üzerine temellendirilebilseydi dinin toplumsal gerekliliği ortadan kalkar, bu, şahsî bir mesele olarak anılırdı. Fakat ahlâk eğitimi bu şekilde yapılamayacağı gibi örneğin sadakat de insanlara bu şekilde öğretilemez. Devlin’e göre, ahlâkın din olmaksızın nasıl öğretileceği büyük ve köklü bir sorundur ve bu sorun toplumlar tarafından hâlen bir çözüme kavuşturulamamıştır. Buradan yola çıkan Devlin, hukukun, topluma yasalarla yansıtılmaya değer ahlâk anlayışı olarak öncelikle Hristiyan ahlâkını esâs alması gerektiğini ve mümkün mertebe de güçlü bir şekilde uygulanması gerektiğini savunur. Bunun ise, salt Hristiyanlığın İngiliz toplumun çoğunluğunun sahip olduğu ahlâk anlayışı olduğu veya salt Kilise’nin gösterdiği ahlâkî anlayış öyle olduğu için değil; Hristiyan eğitiminin desteği olmaksızın, hukukun başarısız kalacağı âşikâr olduğu için yapılması gerekmektedir.<sup>327</sup>

Diğer yandan Devlin’e göre, bir taraftan Austin’in hukuk ile ahlâk arasında yaptığı kavramsal ayrım diğer taraftan Mill’in zarar ilkesi kapsamında sergilediği yaklaşımla devletin zor kullanımının meşruiyetinin salt başka bireylere yönelen bir zarar ya da zarar tehlikesinin varlığına indirgenmesi; İngiliz ceza hukukuna bir katkı sağlamamıştır. Çünkü bu yönde pratik bir sorunla karşılaşıldığı henüz görülmemiştir.<sup>328</sup>

“Eğer ahlâkî meseleler konusunda bu ülkede derin bir ayrılık yaşanmış olsaydı-örneğin, çok eşli bir yaşam sürmek isteyen büyük bir azınlık bulunmuş olsaydı-ahlak 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

<sup>327</sup> Anastaplo, a.g.e., s. 234; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 83.s

<sup>328</sup> Uzun, a.g.e., ss. 83-84.

ekleyebilmiştir; ahlaken 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 suçu ortadan kalkmıştır. Ancak Hristiyan ahlâkı, hukuk içerisinde gömülü bir şekilde kalmıştır.”<sup>329</sup>

Devlin burada, Hristiyan inancı merkezli temellendirmesini nispeten yumuşatarak, kendisi de bunu biraz dogmatik ve üstenci bir yaklaşım olacağını kabul ediyor olsa gerek, Hristiyanlığın İngiliz toplumundaki alımlanışını merkez aldığını belirtmektedir. Devlin için Hristiyanlığın İngiliz toplumu üzerindeki nüfuzu çok güçlü ve küçümsenecek bir durum olmasa da ahlâksızlığın ceza yasaları aracılığıyla cezalandırılmasında hangi ahlâkî anlayışın temel olarak kabul edileceği sorunu salt bir dine, onun şeriatına ya da ahlâk anlayışına referans verilerek geçirilebilecek bir konu değildir. Devlin bu noktada, Hristiyan ahlâkı düşüncesinden, toplumun ağırlıklı olarak sahip olduğu ahlâkî görüş derekesine geçmek durumunda kalır. Bir eylemin toplumun ezici çoğunlunca onaylanmaması o eylemi tek başına toplumsal bir problem haline getirmeyecektir. On kişinin dokuzu onuncu başka bir kişinin yapıp ettiklerini onaylamayabilir, onu eleştirebilirler. Bu gibi hallerde, toplumun genel görüşünün geçerli olacağı tek yer toplumun bütününe etkileyen konular olacaktır. Toplumsal bir kanaat olmadan hiçbir müdahalenin geçerliliği olamayacaktır. Devlin buna örnek olarak geçmişten beri İngilizlerin dine karşı göstermiş oldukları tutumu gösterir. Bu tutum, önceden bu şekilde olmasa bile, bir kimsenin dînî inancının salt o kişiyi alâkadar ettiği yönündeki yaklaşımdır.<sup>330</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, Hristiyanlık ahlâk ilke ve standartlarının toplumun kâhir ekseriyeti tarafından onların “iyi” ve “doğru” olduklarına dair kuvvetli bir inançla “içselleştirilmiş” olmalarıdır ve çoğunluğun taşıdığı ahlâkî görüşten maksadının da niceliksel bir çoğunluğu ifade etmediğidir.<sup>331</sup>

<sup>329</sup> Devlin, Law, Democracy..., s. 636; Aktaran: Uzun, a.g.e., ss. 83-84.

<sup>330</sup> Rosen, a.g.e., ss. 193-194.

<sup>331</sup> Uzun, a.g.e., s. 85.

Burada şu soru gündeme gelmektedir: Devlet, ya da genel olarak yasa koyucu, egemen de denilebilir, toplum tarafından içselleştirilmiş olan ahlâkî yargıları nasıl tespit ve tâyin edecektir? Bu noktada her bir vatandaşın bireysel olarak rızasını aramak mantıksız ve absürt olacağından, tatbik edilebilecek genel bir standart belirlenmelidir. Bu standart ise Devlin’e göre, “*mâkul kişi*” standardıdır. Bu mâkul kişiden bir konu hakkında illa ki bir muhakemede bulunması ve buradan bir sonuca varması beklenmemektedir, bu kişinin salt duygusal bir kanaati de bir standart olarak kabul edilebilmektedir. Mâkul kişinin kanaati, caddedeki ortalama vatandaşın bakış açısını yansıtmaktadır, İngilizlere mahsus bir deyişle söylenecek olursa da bu “Clapham otobüsündeki adam”ın standardıdır.<sup>332</sup> Mâkul kişi, aynı zamanda sağduyulu bir bireydir de. Devlin bu kişiyi, Anglosakson hukuk sistemindeki jürili yargılamada, jüri bölmesinde oturan kişi olarak da adlandırmaktadır. Devlin’e göre toplumun çoğunluğunun mûtâbık kaldığı ahlâkî yargı/lar rastgele bir araya getirilen on iki kişinin bir dizi tartışma ve diyalog neticesinde üzerinde anlaşmaya varabilecekleri bir şey olmalıdır. Bu, Devlin’e göre, yargıçların, önceleri, İngiltere’de kamu politikası normları ihdâs ettikleri bir süreçte tatbik ettikleri standarttır ve o dönem yargıçlar salt yasa koyduklarını değil, her “sağduyulu insanın geçerli kabul edeceği ilkeleri” yansıttıklarını düşünerek hareket etmektedirler.<sup>333</sup>

Bu akıl yürütmenin ardından Devlin için ahlâksızlık, hukukun amacı yönünden bakıldığında, her mâkul kişinin, sağduyu sahibi insanın gayrı ahlâkî olarak değerlendireceği şeye karşılık gelen herhangi bir eylem ya da davranış olmaktadır. Ahlâksızlık olarak nitelendirilebilecek olan herhangi bir eylem ya da davranış topluma, toplumsal bütünlüğe zarar verme potansiyeline sahiptir, hatta az ya da çok genellikle de zarar vermektedir; hukuka *locus standi*<sup>334</sup> temin eden de budur.<sup>335</sup>

“[Y]asakoyucunun neyin iyi neyin kötü olduğu konusunda yargıda bulunmasına gerek yoktur. Uygulamaya koyacağı ahlâk, yasakoyucunun kendisi için yasama

<sup>332</sup> Ortalama bir eğitim görmüş, alelade bir zekaya sahip, uzmanlığı olmayan “sade vatandaş” anlamındadır.

<sup>333</sup> Dworkin, a.g.e., ss. 78-79; Aktaran: Uzun, a.g.e., s. 86.

<sup>334</sup> Dava açma hakkı, dava açan kimsenin zarar ile sonuç ve kendisi arasında uygun bir nedensellik bağı bulunduğunu gösterebildiği/gösterebileceği durum.

<sup>335</sup> Dworkin, a.g.e., ss. 78-79; Aktaran: Uzun, a.g.e., ss. 86-87.

yaptığı toplumda zaten kabul edilmiş olan ve onun bütünlüğünü korumak için gerekli bulunan doğru ve yanlış hakkında düşüncelerdir. Bizatihi kendisi tek eşlilik ve çok eşlilik üzerinde tartışmak zorunda değildir; sadece tek eşliliğin, kendisinin ait olduğu toplumun yapısının asli unsuru olduğunu gözleyecektir. Doğal olarak kendi toplumunun ahlâkının iyi ve doğru olduğunu varsaymak durumundadır; eğer böyle yapmazsa, yönetimde aktif bir rol oynamamalıdır. Fakat bu ahlâkın iyiliğini ve doğruluğunu teyit etmek durumunda değildir. Görevi, toplumun temellerini korumaktır, onu kendi düşüncelerine göre yeniden inşa etmek değil.”<sup>336</sup>

#### 2.4. Hart’ın Temel Argümanları

Hart, 1907’de İngiltere’de doğmuştur. Oxford’da edebiyat, felsefe ve tarih öğrenimi görmüş ve akabinde hukuk pratiğine yönelerek 1932-1940 yılları arasında avukatlık mesleği ile iştigâl etmiştir. Daha sonra, İkinci Dünya Savaşı’nın patlak vermesi üzerine, yaşı kırka yaklaşmışken hukukun pratiği ile ilgilenmek istemediğine karar vermiştir. Kendisine New College, Oxford Felsefe bölümünde tavsiye edilen görevi kabul ederek akademi hayatına yeniden dönüş yapmıştır. Yazımı dokuz yıl süren ve kendisinin *opus magnumu* olarak gösterilen *The Concept of Law* (Hukuk Kavramı) adlı eseri yazıldığı çağın bir eseri olmuştur. Kitapta verilen örnekler, kitabın kullandığı dil ve uslûp dönemin İngiltere’sinin, Oxford’unun bir temsili gibidir.<sup>337</sup> Hart, bazı öncülü konumundaki Dicey, Salmond, Holland, Bryce, Ryle gibi İngiliz düşünürlerden önemli sayılacak derecede etkilenmiş olmakla beraber; derinlerde kendisini etkileyen esâs itibarıyla dört filozof olduğu kabul edilmektedir. Bunlar Jeremy Bentham, John Austin, J. L. Austin ve Wittgenstein’dir. *Hukuk Kavramı* özellikle John Austin’in ciddi etkisi altında kaleme alınmış bir eserdir. Kitabın ilk üç bölümü Austin’in bir eleştirisini içeriyor ise de, kitabın bütünü incelendiğinde Austin’in hukuk kuramının temel alınmış oldu görülmektedir.<sup>338</sup> Çalışmanın üzerinde yükseldiği zemin Austin’in pozitivizm yaklaşımı olmakla

<sup>336</sup> Devlin, *Law, Democracy*..., s. 639; Aktaran: Uzun, a.g.e., ss. 86-87.

<sup>337</sup> Şule Şahin Ceylan, *H. L. A. Hart’ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 3.

<sup>338</sup> Ceylan, a.g.e., s. 4.

birlikte Ceylan’a göre Bentham da felsefî metot ve eğilime kadar Hart’ı etkileyen filozoflardan olmuştur.<sup>339</sup>

Hart esâsında, kavramsal analizin<sup>340</sup> sağladığı imkânlardan da istifade ederek hukuka dair net ve kesin bir tanım vermenin mümkün olmadığını ve hukukun özüne dair gerçek bilginin ve onu tanımanın yolunun, onun özünde müphemliğe sebebiyet veren bazı soruların cevaplandırılarak çözülebileceğini düşünmektedir. Bu soru/nlar ise, hukuk sisteminin ve kuralların yapısı, onun tehdit içeren emirlerle olan ilişkisi ve bunların ahlâka karşı konumlanmasıdır.<sup>341</sup>

Bununla birlikte Hart, hukuksal pozitivizmin seyrini değiştiren bir düşünür olarak kuramının temel tezi olan hukuk-ahlâk ayırımından başka, hukukun incelenmesinde başvurulmuş katı empirik temâyülleri de yerinde bulmayarak eleştirmektedir. Öne sürdüğü üzere, hukukun katı empirik bir metotla buyruk formunda algılanışı kısıtlı ve yüzelsel bir yaklaşımdır. Hart, bu yöndeki eksikliğin giderilmesi için, özellikle Austin merkezde olmak üzere, buyruk kuramcılarının<sup>342</sup> tamamını sorgulamaya kalkışmıştır.<sup>343</sup>

Öte yandan Hart, hukukla zorlayıcı buyruklar arasındaki bağlantıyı ele aldıktan sonra hukukun bir kurallar sistemi olduğunu ileri sürmüştür. Burada bir hukuk sistemi için muhakkak olması gereken olarak zikrettiği “*bir yükümlülüğü bulunmak*” ve “*yükümlü olmak*” ayırımına, haricî ve dâhilî bakış açılarına, *birincil*<sup>344</sup>

<sup>339</sup> Ceylan, a.g.e., s. 4.

<sup>340</sup> Bilimsel bir araştırmada amaç, sistemli ve bilimsel metotlar uygun bir araştırma sürecinde yeni bilimsel gerçeklikler ve/veya bağlantılar olarak enformasyonun artırılması, diğer bir ifadeyle bilginin birikek gelişimidir. Kavram analizi/kavramsal analiz ise bizim kavramlara dair olan bilgi birikimimize katkı yapabilecek sosyal bilimlerden felsefeye geniş bir yelpazede başvurulabilen bir çalışma/araştırma/inceleme yöntemidir. Bir kavramın hakkıyla anlaşılabilmesinde etkili bir yoldur; mefhumların açıklanmasında ve mânâlandırılmasında, görev görür. Kavram analiziyle asıl amaçlanan, bir kavrama ait çeşitli ve nispeten farklı tanımları ve onların kullanımlarını, yakın anlamlılarını ve sair kullanımlarını tahlil edip, kavramın en temel unsurlarını tespit edebilmektir.

<sup>341</sup> Ceylan, a.g.e., s. 4.

<sup>342</sup> Kısaca, hukukun buyruktan, emirden ibaret olduğunu savunan düşünsel eğilim olarak tanımlanabilir.

<sup>343</sup> Ceylan, a.g.e., ss. 4-5.

<sup>344</sup> Aileler arasındaki ekonomik alışveriş yok denilecek kadar az olduğundan, kabiledaki işleri düzenleyen ve bireyleri bir araya getiren unsur emel ahlâki geleneklerdir. Hart, bugünkü anlamda

ve ikincil<sup>345</sup> kuralların birliğine, kural şüpheciliği ile kuralların açık metnine ve formalizme değinir. O, hukuku tehditle desteklenen emirlerden ayırdıktan ve birincil ve ikincil kurallardan mürettep bir sistem olarak tespit ettikten sonra, hukuk ve ahlâk ilişkisini ele almıştır.<sup>346</sup>

Hart öncelikli olarak, “adalet” üzerine eğilmiş ve konvansiyonel ahlâk kurallarıyla hukuk arasındaki benzerliği ortaya koymaya çalışmıştır. Akabinde, hukukun “eleştirel ahlâk” olarak ifade ettiği ahlâk kategorisiyle ilişkisini masaya yatırmıştır. Eleştirilerinde temel hareket noktasını klasik doğâl hukuk kuramına yönelttiği argümanlardan oluşturmuştur.<sup>347</sup> Bununla birlikte klasik görüşten ‘doğâl hukukun asgari kapsamı’ şeklinde isimlendirdiği temel ilkeleri ödünç alarak

---

modern bir toplumun henüz teşekkül etmediği, uzmanlaşmanın ve organizasyonun olmadığı, halen basit ve karmaşık olmayan bir ilişkiler ağının cereyan ettiği bir dönemden bahseder. Bu dönem ilkel denilebilecek bir dönemdir ve “kabile”deki işleri ve uyuşmazlıkları düzenleyen ahlâkî geleneklerdir. Bu gelenekler, Hart tarafından birincil kurallar olarak adlandırılmaktadır. (H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2nd edn), Clarendon Press, Oxford, 1991, B. V; Aktaran: Ingram, a.g.e., s. 45.) Bu topluluklarda çok nâdir çatışma çıkar, çıktığında ise *ad hoc* temellere dayanarak çözülür. (Ingram, a.g.e., ss. 45-46.) Bu dönemde, hukuk ile kabul görmüş genel ahlâk kuralları arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Bu “ilkel” “kabile” toplumunda davranışların yönlendirilmesi, düzenlenmesi için, ahlâkî alışkanlıklar dışında başka genel bir kurala ihtiyaç olup olmadığına dair bir bilin söz konusu değildir. Bkz. Ingram, a.g.e., s. 46.

<sup>345</sup>İkincil kurallar ise, modern toplum düzeni için geçerli olan ikincil kurallar sistemidir. Toplum içerisinde sınıflar söz konusudur ve yoğun uzmanlaşma ve emslekî iş bölümü söz konusudur. Yeni kapitalist ekonomi ticarete ve sözleşmelerde geniş bir özgürlük alanı yaratmıştır. Toplum artık piyasa toplumdur ve dinamik bir yapıdadır. Bu toplumda bireyler özgür olduklarının ve öz değerlerinin bilincindedir. Bununla birlikte toplumca kabul edilen genel ahlâk anlayışından farklı inanç ve ahlâk anlayışlarına şip olabilmektedirler. tarafından desteklenmeyen inançları ve ahlâkî bağlılıkları vardır. (Ingram, a.g.e., s. 46.) Buradan yola çıkan Hart’a göre, birincil ahlâkî kurallardan oluşan basit ve ilkel sistemin böyle bir toplumda düzeni tesis etmek sürdürmek için yeterli gelmeyecektir. (Ingram, a.g.e., ss. 46-47.) Kapitalizm ve dini-ideolojik çoğulculuğun ortaya çıktığı ‘modern’ Batılı toplumların bilinen anlamdaki yasaları ihdas etmesinin sebebi de temelde bunlardan oluşmaktadır. Hart’a göre birincil (ahlâkî) kurallar üç türden ikincil kural ile desteklenmek gerekir. Öcelikle yeni zorluklar baş gösterdiğinde üstesinden gelebilmek için yeni kurallar koyabilecek veya mevcut olanları değiştirebilecek bir kurala ihtiyaç duyulmaktadır ki bu yasama kuralıdır. Kuralları yorumlama ve uygulama noktasında oluşacak beirsizliklerin ve uyuşmazlıkların üstesinden gelmek için ikincil kurallara ihtiyaç duyulur ki bu da yargı kuralıdır. Son olarak da, neyin hukuk olarak kabul edileceğinin çerçevesini oluşturacak, kesin konuşan, temel ve nihai bir *tanıma kuralı* –anayasa gibi- ihtiyaç duyulmaktadır. (Hart, a.g.e., B. V; Aktaran: Ingram, a.g.e., s. 47.) Hart’a göre ikincil kurallar birincil kurallar kapsamındaki davranışları bağlamamaktadır. İkincil kurallar yalnızca bu davranışlar bakımından hukuken cevaz verilen bazı kurallar seçecektir. Burada, ‘Öldürme!’ benzeri hukuk için tercih edilmiş birincil kurallardan bir kısmı da ahlâkî olarak bağlayıcılığını koruyacaktır, fakat diğerleri için bunu söylemek mümkün değildir. (Ingram, a.g.e., s. 52) Burada salt ihtiyaten (‘Trafik kurallarına uygun davran!’) veya araçsal bir biçimde (‘Evlenmek için evlilik belgenizi bir hâkimin onayına sunun.’) şeklindeki kurallar bağlayıcıdır. Hart’a göre, birincil kurala verilmiş olan hukukî tanımanın bahis mevzu kuralın bağlayıcı özelliğinin kaynağı ile alakası bulunmamaktadır; sadece ikincil şekilde hukuk olarak seçilmiş olmasıyla ilgilidir. Bkz. Ingram, a.g.e., s. 53.

<sup>346</sup> Ceylan, a.g.e., s. 5.

<sup>347</sup> Ceylan, a.g.e., s. 5.

kullanmış ve bu kez alâkasını hukuksal pozitivizmin temel önermelerine, ahlâki geçerliliğin hukuk üzerinde etkisi olup olmayacağına dair fikir yürütmüştür.<sup>348</sup>

Toparlanacak olursa Hart'ın hukuku, düzen; dayanışma ve ahlâki kurallar, ahlâk üzerine sağlanan uzlaşmalar veya araçsal hesaplamalarla yeteri kadar çözüm üretilmeyen ihtilâf noktalarının nispeten giderilmesi şeklinde görünen problemlerin çözümünde etkili bir araç olarak ve sosyal işlevi bağlamında konumlandığı ifade edilebilecektir. Onun için ahlâk sorunun bir parçasıdır ve bu yönüyle de doğal olarak çözümün bir parçası olma ihtimâli bulunmamaktadır. O, burada, öldürme ve hırsızlık gibi hemen her kesimce kabul edilen ahlâkî kuralların ceza hukukunun esâs kaynağını teşkil edeceğini kabul etmektedir. Fakat bununla birlikte bu gibi ahlâkî kural ve yasakların şahsî çıkara dayalı yönlerinin olduğunu da hatırlatır. Dolayısıyla ona göre, hukuku tanımlayan ikincil kuralların adalete ya da toplumun iyiliğine yönelmiş olması gerekmemektedir. Hatta bu kuralların bir bölümü ahlâk bazı ahlâk standartlarıyla kıyaslandığında adaletsizlik içermeleri dahî mümkündür. Hart'a göre pozitivist hukukçuların çoğunluğu, hukukun ahlâkî eleştirisini kabul etmektedir ve fakat hukukun *hukuk* olarak kabul edilmesi için onun mutlaka adil olması gerektiği fikrine itiraz etmektedirler.<sup>349</sup>

Hart'ın, ahlâksızlık olarak görülen eylemlerin ceza yasaları aracılığıyla tazyik edilebilip edilememesine dair temel fikirlerini, esâs itibariyle Devlin'e ve tabî yüz yıl önceki benzeri tartışmanın Devlin'e yakın tarafı olan Stephen'a yönelttiği eleştirilerinde görülmektedir. Hart, özü itibariyle, Wolfenden Raporu ve Mill'le benzer bir çizgiyi sürdürerek, toplumun, onun bir görünümü olan devletin ve doğal olarak ceza yasalarının ilgilenmeyeceği, müdahale edemeyeceği bir özel ahlâk alanının kabul edilmesi gerektiği düşüncesini taşımaktadır. O, kendisinin ve savunduğu çizginin karşıtlarını “hukukî ahlâkçılar” (*legal moralism*) olarak adlandırmıştır. Hukukî ahlâkçılarının genel kanaatine göre ceza hukukunun oluşturulmasında, yani suç olarak tanımlanacak eylem kalıplarının tespiti ve tâyininde toplumca benimsenmiş genel ahlâkî yargı ve ilkelerin belirleyici konumda

---

<sup>348</sup> Ceylan, a.g.e., s. 6.

<sup>349</sup> Ingram, a.g.e., s. 53.

olması gerekmektedir. Hart bir taraftan verdiği örneklerle ve sunduğu argümanlarla bu tutumun hatalı olduğunu ortaya koymaya çalışmış diğer taraftan da hukukun ve ceza hukukunun işlevine ilişkin iddia ve açıklamalarda bulunmuştur.<sup>350</sup>

#### 2.4.1. Pozitif Ahlâk-Eleştirel Ahlâk Ayrımı

Hart öncelikle, Devlin ve Stephen çizgisiyle giriştiği tartışmanın temel probleminin, ‘ahlâkın dayatılmasının ahlâken gerekçelendirilmişliği<sup>351</sup> olduğunu öne sürmektedir. Bu noktada yaptığı ilk tespit ise pozitif ahlâk ve eleştirel ahlâk ayrımıdır. Ona göre pozitif ahlâk, “belli bir toplumsal grup tarafından fîilen benimsenen ve paylaşılan ahlâk”tan ibarettir. Eleştirel ahlâksa, “pozitif ahlâk da dâhil olmak üzere mevcut toplumsal kurumları eleştirmekte kullanılan genel ahlâk ilkeleri”nden ibarettir.<sup>352</sup> Dolayısıyla buradaki tartışma salt hukuk-ahlâk ilişkisi üzerine yapılan bir tartışma değil, başlı başına bir ahlâkî tartışmadır da aynı zamanda. Hart, pozitif ahlâk olarak adlandırdığı hâlihazırda kullanılan ahlâkî uygulamaların, ahlâksızlığın cezalandırılabilmesi yönündeki görüşün haklı çıkarılabilmesi için tek başına yeterli bir delil olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır.<sup>353</sup>

Eleştirel ahlâk alanının görünümlerinden biri olan ahlâkın dayatılmasının gerekçelendirilmesi sorununda, ahlâkın ceza yasaları aracılığıyla dayatılmasının ya da bu yolda hukukî bir zorlamaya tevessül edilmesinin bir ön kabul olarak alımlanmaması gerekliliği bulunmaktadır ve böyle bir durum, Hart’a göre, *prima facie*<sup>354</sup> bir gerekçelendirmeyi talep etmektedir. Hukuk aracılığıyla zorlama, mahiyeti itibarıyla “kötü”dür ve ancak ona denk olabilecek bir “iyi”nin uğruna tercih edilmiş olmalıdır.<sup>355</sup>

---

<sup>350</sup> Uzun, a.g.e., s. 87.

<sup>351</sup> Uzun’un dikkat çektiği üzere, metnin aslında kullanılan *justification*, *justified* gibi kelimeler çeviren tarafından *meşrulaştırma* anlamında kullanılmaktadır. Biz de aynı mânâda kullanılmaktayız. H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (Seventh Edition), Oxford University Press, Oxford, 1982, s. 20. H. L. A. Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk* (Dördüncü Baskı), Çev. Erol Öz, Ankara, 2015, s. 28.

<sup>352</sup> Hart, *Law, Liberty*..., s. 20, Hart, *Hukuk, Özgürlük*..., s. 28.

<sup>353</sup> Uzun, a.g.e.,

<sup>354</sup> Görünüm itibarıyla, ilk bakışta.

<sup>355</sup> Uzun, a.g.e., s. 88.

Hart için, hukukî dayatmada *prima facie* itiraz edilebilecek olan noktanın belirlenmesinde, hukukî dayatımın/zorlamanın iki cephesine dikkat etmek gerekmektedir. Bir hukukî dayatma ile bir suçlu/fâil cezalandırılmaktadır. Cezanın doğası gereği fâil/suçlu, özgürlüğünden, mülkiyetinden ya da benzer bir temel hak ve özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği gibi, ölüm cezası dâhil bedenî bir acıya da maruz bırakılabilir.<sup>356</sup>

Bütün bunlar, özel meşrulaştırma (haklılandırma) olmadan başka bireylere tatbik edilmelerinin yanlış olacağı kabul edilen şeylerdir ve gerçekten de bütün gelişmiş toplumlarda hukuk ve ahlâk tarafından böyle değerlendirilirler. Bir hukukçu gözüyle bakıldığında bunlar, müeyyide bakımından meşru/haklılandırılmış değillerse, ceza kanunlarına göre suç ya da özel hukuk kanunlarına göre haksız fiil olmak durumundadır.<sup>357</sup>

Diğer yandan hukukî dayatma, hukuka uyum gösterenleri, bir ceza tehdidiyle hukuka uygun davranışlarda bulunmaya zorlamaktadır. Doğal olarak bireylerin özgürlükleri kısıtlanmış olmaktadır. Hart’a göre bu kısıtlamaya karşı iki farklı itiraz ileri sürmek mümkün görünmektedir. İlki, özgürlüğün kendisinin, başlı başına değerli bir şey olduğudur. İkincisiyse nispeten basit faydacı nedenlere dayanmaktadır. Cinsel içerikli ahlâk kuralının yasalar aracılığıyla bireylere/topluma dayatılmasında, bir sınırlama ciddi eziyetlere sebep olabilecektir.<sup>358</sup>

“Hem cinsel dürtülerin bastırılmasında ortaya çıkan güçlükler ve hem de bastırmanın sonuçları, ‘adi’ suçlardan kaçınmada ortaya çıkanlardan çok farklıdır. Cinsel dürtülerin aksine, çalma ya da yaralama, hatta öldürme dürtüsü, ruhsal açıdan anormal olan küçük bir azınlığın söz konusu olduğu haller dışında, günlük yaşamın yinelenen ve ihtiyaç duyulan bir parçası değildir. Bu suçları işleme dürtüsüne direnmek, cinsel dürtülerin bastırılmasının aksine,

---

<sup>356</sup> Uzun, a.g.e., s. 88.

<sup>357</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük, s. 29, Hart, Law, Liberty..., s. 21.

<sup>358</sup> Uzun, a.g.e., s. 89.

bireyin duygusal yaşamının, mutluluğun ve kişiliğinin gelişmesini ya da uyumunu etkileyecek bir şey değildir.”<sup>359</sup>

Toparlanacak olursa Hart, ahlâksızlık olarak görülen bir eylem ya da davranışın ceza yasalarıyla yaptırım altına alınması meselesini bir ahlâk problemi olarak ele almaktadır. Problemin kendisinin ahlâkî bir mesele olmak bakımından ele alınması, Hart’ın yapmış olduğu ayrıma göre, eleştirel ahlâkın, yani pozitif ahlâk olarak adlandırdığı mevcut ahlâkî ilke ve standartlar da dâhil olmak üzere, tüm toplumsal kurumların eleştiriye tabi tutulmasını gerektirmektedir. Ona göre, hukukî dayatmanın söz konusu olduğu hallerde, eleştirel ahlâk bize, kendisi başlı başına “kötü” bir şey olan cezalandırmanın meşrûiyetinin temin edilebilmesi için, esâslı ve kapsamlı bir ahlâkî gerekçelendirmeye başvurulması gerektiğini söylemektedir.<sup>360</sup>

#### 2.4.2. Paternalizm, Ahlâksızlık ve Edepsizlik

Hart’ın Devlin’e yönelik ileri sürdüğü eleştirilerden biri de, Devlin’in Hobbes’in *toplumun kendini koruma hakkı* önerisinden mülhem *a priori* kabul ettiği toplumun kendi parçalanmasını önlemek için kamu ahlâkını koruması gerektiği düşüncesinin bütün toplumlar için kabul edilebilip edilemeyeceğine ilişkin sorusudur.<sup>361</sup> Devlin, yukarıda temas edildiği üzere, bu iddianın toplum bütünlüğünün korunması açısından önemli olduğu kabulünden yola çıkarak, ahlâksızlığın önlemesinde ve baskılanmasında hukukun, özellikle ceza yasalarının kullanılabilmesini hukukun cezalandırıcı işlevine başvurulabilmesini ileri sürmekte idi. Buna karşılık Hart, toplumun kendisini koruma hakkını *a priori* kabul etmektense, ele alınması gereken asıl sorunların toplumun nasıl bir toplum olduğu ile

<sup>359</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., s. 30, Hart, Law, Liberty..., s. 21.

<sup>360</sup> Uzun, a.g.e., s. 89.

<sup>361</sup> Hart Devlin’i, “toplumun var olabilmesi için *belli ölçüde* paylaşılan bir ahlâk anlayışı olması gerektiği şeklindeki mâkûl bir önermeden sonra, bir toplumun herhangi bir döneminde cârî olan ahlâk yaklaşımı ile denk olduğu ve bu bu mevcut yaklaşımın değişmesinin o toplumun yok olmasını ifade edeceği şeklindeki dayanaksız bir önermeye sıçradığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Rosen, a.g.e., s. 196. Hart, Law, Liberty..., s. 50.

onun korunması için ne gibi önlemler alınacağını dikkate alınması gerektiğini iddia etmektedir.<sup>362</sup>

“Lord Devlin (...) her toplum açısından, örgütlü bir toplum olarak kendi varlığını korumak için gerekli önlemleri almanın izin verilebilir olduğu yolundaki genel ilkeye dayandırıyor<sup>363</sup> ve ahlâksızlığın –alenî olmayan cinsel ahlâksızlığın bile-, vatana ihanet gibi, bir toplumun varlığını tehlikeye sokan bir şey olduğunu düşünüyor. Elbette, çoğumuz, sadece ortaya atılan vatana ihanet benzetmesinden değil, bu genel ilkedен de kuşku duyabiliriz. Bir toplumun kendisini korumak üzere önlem almakta haklı olup olmadığının, hem bunun ne tür bir toplum olduğuna, hem de alınacak önlemlerin neler olduğuna bağlı olması gerektiği ileri sürülebilir. Eğer bir toplum esas olarak ırksal ya da dinî bir azınlığa acımasızca eziyet edilmesine adanmışsa, ya da alınacak önlemler korkunç işkenceler içeriyorsa, böyle bir toplumun, Lord Devlin’in deyimiyle, ‘dağılmasının’<sup>364</sup>, böyle bir toplumun varlığının korunmasından ahlâken daha iyi olacağı ve onu korumak için önlem alınmaması gerektiği ileri sürülebilir.”<sup>365</sup>

Devlin’in ceza hukukunda mağdurun rızasının çoğu zaman bir şey ifade etmediğine dair vurgusuna değinmiş idik. Ceza hukuku tekniğine ait paylaşılan bu bilgi, Wolfenden Raporu’nun tenkidinde, Devlince, taraf rızasına dayanan eşcinselliğin suç sayılmaması gerektiğine dair rapor tavsiyesini çürütecek bir argüman olarak kullanılmıştır. Buna karşılık Hart ise, ceza yargılaması kapsamında mağdurun rızasının bir haklı savunma olarak kabul edilememesi gerçeğinin Devlin’in beyanıyla, ceza hukukunun tek işlevinin ahlâkî bir ilkenin dayatılmasından başka bir şey olmadığı yönündeki iddiasını reddeder.<sup>366</sup> Ona göre, mağdurun rızasını, bir savunma olarak kabul etmeyen kurallar için en kusursuz izâh, bu kuralların fertleri

<sup>362</sup> Uzun, a.g.e., s. 90.

<sup>363</sup> Devlin, The Enforcement..., ss. 13-14.

<sup>364</sup> Devlin, The Enforcement..., ss. 14-15.

<sup>365</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., s. 27.

<sup>366</sup> Uzun, a.g.e., ss. 90-91.

kendilerine karşı da korumaya yarayan bir paternalizm görünümü sergilemiş olduklarıdır.<sup>367</sup>

Devlin, Wolfenden Raporu'na yönelttiği eleştiride, Mill'in zarar ilkesini de hatırlatarak, hukuk sisteminin bireyin korunması için var olduğunun ve cezalandırmanın ancak başkası için zarar ve zarar tehlikesinin varlığı halinde devreye girmesi şeklindeki kanaatin savunulması halinde, mağdurun reddetmesi durumun hukukun işlevini yitireceğini belirtmiş idi. Hart, Devlin'in bu yaklaşımına karşı *paternalizm* vurgusu ile cevap vermeye çalışmıştır.<sup>368</sup> Hart'a göre paternalizm, diğer bir deyişle insanın kendisine karşı bile korunması, mantıklı ve çelişki içermeyen bir düşüncedir. Mill'in döneminden yirminci yüzyılın ortasına kadar "bırakınız yapsınlar" ilkesi zayıflığıyla toplumsal hayata nüfûz etmiştir ve gerek özel hukuk gerekse ceza hukuku paternalizmin çeşitli temsilleriyle kapsanmış olduğundan artık bu konuda direnç göstermek garip karşılanmaktadır. Usûlünce verilmiş reçeteler doğrultusunda olması dışında, reşitler için dahî uyarıcı ya da uyuşturucu madde temini cezalandırılabilir eylemlerdir ve "bu suçun ihdâsında tek bir açıklama vardır, hukuk muhtemel uyuşturucu alıcılarının kendilerine karşı korunmasıyla değil, yalnızca gayri ahlâkîliğin dolayısıyla satıcının cezalandırılmasıyla alâkalıdır" demek çok dogmatik bir görünüm sergilemektedir. Ona göre gayet açık bir durumdur ki, paternalizm bahsedilen örnekteki gibi yasalar için mâkûl bir açıklama sağlıyorsa, bir müessir fiil, meselâ cinayet, suçlamaya yönelik bir savunma olarak mağdur rızasını kabul etmeyen kural için de gayet mâkûl bir açıklamadır. Her iki halde de Devlin ile beraber, "hukukun işlevinin bir ahlâk ilkesini dayatmaktan başka bir şey olmadığı" neticesine varmak zorunda kalınmayacaktır.<sup>369</sup>

Hart, Devlin'i de dâhil ettiği hukukî ahlâkçıların tartışmalarında başvurdukları misâllerde esâsen cezalandırılanın ne olduğuna dair araştırmasına onun çok eşlilik problemiyle devam etmiştir. Devlin, çok eşlilik bahsini, ahlâksızlığın cezalandırılmasında açıkça bir delil olarak ileri sürmemiş olsa dahî, ona, toplumun

---

<sup>367</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., s. 38, Hart, Law, Liberty..., s. 31.

<sup>368</sup> Uzun, a.g.e., s. 91.

<sup>369</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., ss. 38-39, Hart, Law, Libert..., ss. 31-32.

korunması gereken ahlâkına dair yaptığı açıklamada atıfta bulunmuştur. Hart, çok eşlilik problemine dair yaklaşımında *common law* hukukunun yerleşik olduğu bölgelerde, genellikle, evli olan birinin başka biriyle evlilik töreni yapmasının suç olarak kabul edildiğine temas etmiştir. Ona göre, muvazaalı olmayan bir çok eşliliğin, örneğin iki eşliliğin, cezalandırılması gerçekten ilgi çekicidir. Çok eşlilik içerisindeki cinsel birliktelik başta İngiltere olmak üzere benzer düzenlemelerin yer aldığı bir çok ülkede suç teşkil etmemektedir. Hâlihazırda evli olan bir erkek, hiçbir cezaî yaptırıma maruz kalmaksızın bir başka yâhut bir başka birkaç kadınla birlikte yaşayabilmekte, ev kurabilmekte ya da evliymiş gibi bir yaşam sürebilmektedir. Çok eşli erkek bu birlikteliğini ya da birlikteliklerini düğün pastası dağıtarak dahî hukuka uygun bir şekilde kutlayabilmektedir. Ancak bu kimse gerçek anlamda bir evlilik töreni yapmaya kalkarsa<sup>370</sup> hukuk hem bu evliliğin geçersizliğini açığa vurmak hem de çok eşli kişiyi cezalandırmak için devreye girecektir.<sup>371</sup> Hart burada şu soruları sorar: Bu durumda hukukun ahlâka ya da dine aykırılığından bahsedilebilecek midir? Çok eşliliğin cezalandırılması, fiilen ceza hukukunun ahlâksızlığı tazyik altına aldığını mı göstermektedir? Hart, diğer değinilerinin yanı sıra farklı bir sebebin olabileceğine vurgu yapmıştır.<sup>372</sup> İki eşliliğin söz konusu olması durumunda, hukuk dînî duyarlılığı, açıktan sergilenen bir eylemle sarsılmaktan muhâfaza etmek gayesiyle müdahalede bulunuyorsa, iki eşli bir kimsenin ne dinsiz ne de ahlâksız biri olarak değil, salt bir rahatsızlık sebebi olarak cezalandırıldığının görülmesi gerekmektedir. Bunun sebebi hukukun o durumda, birçok ülkede ceza hukukuna konu edilmeyen, gizli gerçekleştirilen bir eylem ya da davranışın ahlâka aykırılığıyla değil, açıktan sergilenen davranışın başkalarına verdiği rahatsızlık tarafıyla ilgilendiğini vurgulamıştır.<sup>373</sup>

Çok eşliliğin ahlâka aykırı olması durumu ile bunun başkalarını rahatsız edici bir şekilde sergilenmesi hâlini birbirinden ayıran Hart, bu ayrımı, kutsal değerler örneği ile pekiştirmek istemiştir. Hart’a göre, bir dönem, salt Hristiyan inancının bir hakîkatinin inkar edilmesi “*kutsal değerlere saygısızlık*” (blasphemy) olarak kabul edilip cezalandırılmış olabilir. Buna rağmen bu eylem artık sadece, toplumsal düzeni

---

<sup>370</sup> Resmî şekilde.

<sup>371</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., s. 44, Hart, Law, Liberty..., s. 39.

<sup>372</sup> Uzun, a.g.e., s. 92.

<sup>373</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., ss. 45-46, Hart, Law, Liberty..., ss. 40-41.

riske atabilecek şekilde, rahatsızlık verici yâhut rencide eder bir tarzda gerçekleştirildiğinde cezaya mâruz bırakılabilmektedir. Kutsal değerlere saygısızlık eyleminin bu modern hâline arka çıkanlar, doğal olarak bu yolla duyguları hakaretten korunmuş olanların dinlerindeki inanışlarıyla bağlı olmayacaklardır.<sup>374</sup>

Hart ayrıca, cinsellik içeren konularda, *ahlâka aykırılık ile edepsizlik arasında bir ayrımı* gündeme taşımıştır. Karı koca arasında gerçekleşen cinsel birliktelik hâliyle ahlâka aykırılık teşkil etmez, fakat bu birlikteliğin alenî bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde kamu ‘âdâbına’ yönelik bir hakaret söz konusu olacaktır. Reşit bireyler arasında karşılıklı rıza ile, alenî olmayan şekilde gerçekleştirilen eşcinsel bir ilişki genel olarak ahlâka aykırı<sup>375</sup> kabul edilebilir ve fakat bu ilişki, kamu ‘âdâbı’na<sup>376</sup> karşı bir hakaret teşkil etmeyecektir. Buna karşılık, alenî olarak gerçekleştirilmesi halinde her iki durum da ahlâka aykırı olarak kabul edilebilecektir. Ancak aynı eylemin, reşit bireyler arasında rızaya dayalı olarak, toplum içinde açıktan yapıldığı takdirde ahlâka ve kamu âdâbına aykırılık teşkil edeceği şeklinde bir değerlendirme yapılacağı gerçeği, bu iki eylem arasındaki farklı ve cezaya maruz bırakılmasında meşruiyet kaynağı olan temel ilkelerin farklı olduğunun görülmesine engel olmamalıdır. Hart’a göre, İngiliz hukukun fahişeliğe ilişkin yaklaşımı bu ayrıma örnek teşkil etmektedir. İngiliz hukukunda, fahişelik suç olarak düzenlenmemiş fakat bu nevî eylemlerin açıktan yapılması ve diğer vatandaşları rahatsız edici bir davranıştan muhâfaza etmek gayesiyle fahişeliğin cezalandırılması ön görülmüştür.<sup>377</sup>

Burada şu soru gündeme gelmektedir: Açıktan gerçekleştirilen bazı eylemlerin toplumda bir rahatsızlığa neden olduğu ileri sürülerek cezalandırmaya bir yol açılabilecekse, bu hâl aynı zamanda belli bir mahremiyetin korunması suretiyle geçerli olsa dahî bir şekilde bilinen ahlâka aykırı fiillerin de cezalandırılmasının önünü açmayacak mıdır? Hart bu soruya bireysel özgürlük kavramı ile bir cevap

<sup>374</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., s. 48, Hart, Law, Liberty..., s. 44.

<sup>375</sup> “immoral according to conventional morality”.

<sup>376</sup> “affront to public decency”.

<sup>377</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., ss.48-49, Hart, Law, Liberty..., s. 45.

bulmaya çalışmıştır.<sup>378</sup> Ona göre, bireysel özgürlüğü bir değer olarak kabul eden biri, başka bireylerin doğru olmadığı düşünülen bir şekilde hareket ettiğinin bilinmesi kaynaklı üzüntüye karşı muhâfaza edilecek herhangi bir hakkı varlığını tanıyamayacaktır. Çünkü “zorlamanın insanları zarardan korumak için kullanılabileceği” anlamındaki faydacı ilke, onları *ezâ*’nın bu şekliinden sakınmalarını kapsayacak biçimde genişletilmesinin önü alınamayacaktır. “*Başkalarının yanlış yapıyor olduğu inancı*”na bağlanan üzüntü zarara neden oluyor ise, benzer şekilde “*başkalarının yapmalarını istemediğimiz şeyi yapıyor olduğu inancı*”ndan kaynaklanan üzüntü de böyle olmak durumundadır. Böyle bir üzüntüye neden oldukları için insanları cezalandırmak, salt başkaları onların eylem ve davranışlarına karşı oldukları için cezalandırmayla eş anlamlı olacaktır. Faydacı ilkenin mezkûr genişlemesiyle bir arada var olabilecek tek özgürlük, ister istemez, hiç kimsenin belli bir ciddiyetle karşı çıkmayacağı eylem ve davranışları yapabilecek olma özgürlüğünden ibarettir.<sup>379</sup>

“Bireysel özgürlüğün bir değer olarak tanınması, bireyin istediğini, başkaları onun ne yaptığını öğrendiklerinde üzülseler bile, -tabii ki, onu yasaklamak için başka geçerli nedenler olmadıkça-, yapabileceği ilkesinin kabulünü, bir minimum olarak, gerektirir. Bireysel özgürlüğü, bir değer olarak kabul eden hiçbir toplumsal düzen, bunun yanında, bu şekilde neden olunan üzüntüden korunacak bir hakkı tanıyamaz.

Çoğu hukuk sisteminin tanıdığı şekliyle duyguların bazı aleni görüntülerin neden olduğu sarsıntı ya da rahatsızlıktan korunması başka bir konudur. Ayrım bazen ince bir ayrım olabilir. Duygulara yönelik sarsıntı ya da rahatsızlığın söz konusu olmayacağı kutsal nesnelere ve törenlere saygısızlık gibi durumlarda, aleni görüntünün rahatsız ettiği kimseler belli dini ya da ahlâki inançlara sahip değillerse durum böyledir. Bununla birlikte, kendi inançlarının aleni görüntüden kolayca incinebilir kıldığı kimseleri korumak amacıyla cezalandırmaya başvurulması, suçluya eğer yapabilirse, aynı şeyi aleni olmayarak yapma

---

<sup>378</sup> Uzun, a.g.e., s. 94.

<sup>379</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., s. 50, Hart, Law, Liberty..., s. 47.

serbestisi tanır. Bu, insanları, sırf başkaları yaptıklarına karşı olduğu için cezalandırmakla aynı şey değildir.”<sup>380</sup>

#### 2.4.3. İlmî Tez-Uç Tez Tasnifi

Hart hukukî ahlâkçılar, daha doğrusu ahlâksızlığın ceza yasaları aracılığıyla cezalandırılmasına olumlu bakan hukukçuları iki kesime ayırmıştır: İlmî tezi savunanlar ve uç tezi savunanlar. İlmî tezi savunanlar, ahlâkın yasalar aracılığıyla dayatılmasında kamu ahlâkının korunmasına araçsal bir önem yüklemektedirler. Burada ahlâkın yasalar aracılığıyla dayatımı, toplumun korunması amacına binaen istenmektedir. Diğer taraftan uç ya da aşırı olarak adlandırdığı tezi savunanlarsa, ahlâkın dayatılmasının zaten kendi başına değerli olduğu, başka bir amaca ihtiyaç duyulmadığını ileri sürmektedirler. Hart, Devlin’in ilmî tez ile uç tez arasında bir noktada durduğuna işaret etmiştir. Devlin bir taraftan toplumun dağılmasına engel olmak amacıyla onun sahip olduğu ahlâki kodun muhafazasını isterken ilmî tez cephesinde yer almaktadır; diğer taraftan toplumsal ahlâkta meydana gelecek bir değişimi bir parçalanma olarak görerek, Hart’ın yorumuyla, toplumla toplumun ahlâkını eş tutmakta, bu suretle de uç teze çok yaklaşmaktadır.<sup>381</sup>

Devlin’in savunduğu gibi, ahlakî değişme ile toplumsal parçalanma arasında bir nedensellik bulunduğunu kabul etmek, Hart’a göre mümkün değildir.<sup>382</sup> Ona göre “geleneksel cinsel ahlâk”tan farklı cinsel davranışlar hukuk tarafından tolere edildiğinde ve bu eylemlerin bilinirliği arttığında, geleneksel ahlâkın bu tolerasyon doğrultusunda zamanla değişebileceğinin doğru olduğunda bir şüphe söz konusu değildir; fakat konu eşcinsel davranışlara geldiğinde, bu durumun hukuk tarafından tazyik edilebilir olmadığı hususu Avrupa ülkelerinde başka bir şekilde seyretmektedir. Hart’a göre, geleneksel ahlâk, yasaların tolerasyonu neticesinde bir değişime mâruz kalsa ve hatta değişse dahî, toplumun dağılmasından,

<sup>380</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., ss. 50-51, Hart, Law, Liberty..., s. 47.

<sup>381</sup> Uzun, a.g.e., ss. 94-95.

<sup>382</sup> Hart, ahlâkî değişme ile toplumsal dağılma arasında doğrudan bir bağ kurup “tarih”i kanıt gösteren Devlin’in bu argümanını değerlendirirken “İmparator İustinianos’un depremlerin sebebi olarak eşcinselliği gösteren ifadesine gösterilen saygı kadar saygıyı hak eder.” şeklinde kısmen alaycı bir ifadeye başvurmuştur. Bkz. Hart, Law, Libert..., s. 50.

parçalanmasından söz edilmesi mümkün görünmemektedir. Hart’a göre yaşanan bu çeşit bir değişme/gelişme, idarenin cebren devrilmesine değil, hem toplumun muhafazasıyla hem de gelişim/değişimle bağdaştırılabilecek anayasal bir değişime<sup>383</sup> benzetilebilecektir.<sup>384</sup>

Uç tezin tutarlı ve esas müdafii olarak Hart tarafından Stephen gösterilmiş ise de,<sup>385</sup> Uzun’a göre Devlin’in de uç teze yakın bir konumda bulunduğu söylenebilecektir. Yerleşik ahlâktaki değişim ile toplumun parçalanması arasında bir nedensellik bağının mevcut olmadığını savunan Hart, uç teze dair getirdiği açıklamalarda, ahlâkın ceza yasaları aracılığıyla dayatılmasının kendi içinde bir değer taşıyıp taşımadığı sorusuna bir cevap bulmaya çalışmıştır. Fakat bu çabası sırasında o, ahlâkın değerine dair bir tartışmaya girişmeyerek doğrudan ahlâkın hukuk aracılığıyla dayatılmasının mahiyetini ve “dayatma”nın ahlâkîliğini tartışmaya açmıştır.<sup>386</sup>

Hart, uç tez eleştirisinde öncelikle hukukî dayatmayı ele almıştır. Uzun’un tespitiyle, o, dayatmanın dikkate değer başlıca dört yönünü vurgulamaktadır. Bunlar, ceza tehdidi ile yasalara uyumun temin edilmesi, yasaları ihlâl edenlerin tecziyesi, hukuk düzenine itaatsizliği imkânsız hale getirerek suç işleme olasılığını ortadan kaldırma ve hukuk kurallarını ihlâl edenleri bu ihlâllerinden vazgeçirmeye yönelik zorlama. Hart, dayatmanın özellikle ilk iki görünümünü ele almış, uç tezin tutarlılığını bu yönleriyle tartışmıştır.<sup>387</sup>

Hart’a göre, ceza tehdidine başvurarak hukuk, insanların kurallarına uyumunu temin noktasında, insanları başkalarına zarar verecek eylem ve davranışlardan sakınmaları hususunda *inandırmakla*; toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenen geleneksel ahlâktan sapan ve fakat kimse için bir zarar/zarar tehlikesi

---

<sup>383</sup> “Devrim”(revulotion) ve “reform” arasındaki ayrım ve benzerlikler gibi de düşünülebilir kanaatindeyiz.

<sup>384</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., s. 54, Hart, Law, Liberty..., s. 52.

<sup>385</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., s. 57, Hart, Law, Liberty..., s. 55.

<sup>386</sup> Uzun, a.g.e., s. 95, Hart, Hukuk, Özgürlük..., ss.

<sup>387</sup> Uzun, a.g.e., s. 96.

teşkil etmeyen eylem ve davranışlardan sakınmaya inandırmak arasında ciddi bir farklılık söz konusudur. Başkaları açısından bir zararın belirdiği hallerde, ceza tehdidinin amacı kolaylıkla anlaşılabilir, doğal olarak bu durumlarda insanları ikna etmek pek zor olmayacaktır. Bununla birlikte, genel kabul gören cinsel ahlâkın ihlâl edildiği durumdaysa, önleneyecek hiçbir zarar ve korunacak hiçbir potansiyel mağdur bulunmadığında –ki genellikle böyledir-, salt hukukî cezalandırılma korkusuyla temin edilse dahî, “uygunluğun” (conformity), sebep olduğu özgürlük yitimine ve acıya rağmen korunmaya lâyık bir “değer” olduğunun iddia edilmesini anlamak kolay değildir.<sup>388</sup> Hart’a göre “salt uygun davranışa, motif ve sonuçlardan soyut olarak değer atfedilmesi ahlâkla değil, tabularla ilgilidir.”<sup>389</sup> Ancak bu yargı nâmus gibi değerlere yönelik adanmışlıkları önemsememek gibi bir anlama gelmemektedir. İnsanlarda bir otokontrolün olması, ahlâk yönünden iyi bir yaşam için güzel bir haslet olacaktır. Bununla birlikte Hart’a göre burada değerli görülmesi gereken, hatta asıl değerli olan şey sınırla(n)manın gönüllülük esâsına dayalı olarak<sup>390</sup> gerçekleşiyor olmasıdır; ahlâkî değer açısından son derece içeriksiz<sup>391</sup> görünen şey, doğal olarak zorlamaya boyun eğilmesi değildir.<sup>392</sup>

Hukuk aracılığıyla dayatmaya cevaz veren bir argüman da, ahlâkın hukuk ile desteklenmesi hususunda, gönüllülük esâsına dayanılarak uyum gösterilen *ahlâkın öğretilmesinin ya da devamlılığının sağlamasının aracı* olduğu şeklindedir. Hart bu görüşe, ahlâkın öğretilmesinin en iyi olarak hukukun tehdit yönü ile gerçekleştirilebileceğine dair neredeyse hiç delil bulunmaması nedeniyle itiraz etmiştir.<sup>393</sup> Ona göre çoğu ahlâk kuralı hukukun bir dahli olmaksızın öğretilmekte ve devam ettirilmektedir. Ahlâkın hukuk aracılığıyla öğretilmesinin önünün açılması

<sup>388</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük, a.g.e., s. 58, Hart, Law, Liberty..., s. 57.

<sup>389</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük, a.g.e., ss. 58-59, Hart, Law, Liberty..., s. 57.

<sup>390</sup> “voluntary restraint”.

<sup>391</sup> Eserin Türkçe çevirisinde “boş” sözcüğü kullanılmış, Uzun’un makalesinde de aynı şekilde bu tekrarlanmış olsa da, çevirmenlik iddiamız bulunmamakla birlikte, “empty” sözcüğünün “içeriksiz” kelimesiyle karşılanması daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Cümlemin özgün hâli şu şekildedir: “But what is valuable here is *valuntary* restraint, not submission to coercion, which seems quite empty of moral value.” Bkz. Hart, Law, Liberty..., s. 58.

<sup>392</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., ss. 58-59, Hart, Law, Libert..., s. 57.

<sup>393</sup> Uzun, a.g.e., s. 97.

halinde, cezalandırılmaya yönelik korkunun hukuka uyum göstermede (conformity) tek motivasyon olarak kalması şeklinde bir tehlike gündeme gelecektir.<sup>394</sup>

Ahlâkî sapmaya yönelik hukukî dayatmanın devreye girmesinin bir diğer yanı ise bu türden eylem ve davranışların cezalandırılmasıdır. Bunun ne ifade ettiğinin anlaşılması ise, Hart için, ödetmeci/kefâretçi yaklaşım ile mümkün olmaktadır. Bir ceza tatbik edilirken endişe neticeye değil de doğrudan cezaya neden olan o eylemin gerçekleştirilmiş olmasına dair ise o eylemi gerçekleştiren kişinin ceza aracılığıyla acı çekmeyi hak ettiği yönünde bir düşünce söz konusu olacaktır. Hart bu yöndeki bir yaklaşımı, suç teşkil eden eylemden başkalarının zarar gördüğü durumlarda mâkûl kabul edebileceğini açıklamıştır. Örneğin Nazilerin gerçekleştirdikleri katliam ve işkencelere şahit olan bir kimse, gelecekte benzer suçların işlenme olasılığı bulunmasa dahî, gayet tabî bir şekilde sorumluluk sahibi kişilerin eylemleri nedeniyle cezalandırılmayı hak ettiklerini beyan edebilecektir. Ancak Hart bu bakış açısının, kendisi yeterli görmese bile, meselâ adalete ve hakkâniyet gereğine dayanılarak, mutluluk ve acının dağıtılmasının temini kabilinden müdafaa edilebileceğini ileri sürmüştür.<sup>395</sup> Bununla birlikte bir mağdurunun bulunmadığı eylemler söz konusu olduğundaysa, yani salt bir ahlâkî kuralın ihlâl edildiği durumlarda, “cezanın ahlâka aykırılığına uygun bir karşılık olarak yine de gerekli olduğu” inancı, bu destekten bile yoksundur. Hart’a göre “[B]u hallerde kefare (ödetme), ahlâkta iki siyah bir beyaz eder, diğer bir deyişle ahlâksızlığın kötülüğüne onun cezası olarak eklenen ıstırapın kötülüğü bir ahlâkî iyi oluşturur, şeklindeki mantıklı görünmeyen iddia dışında hiçbir şeye dayanmaz.”<sup>396</sup>

Son olarak, Ingram’ın yerinde tespitlerine de kısaca değinerek bölümü tamamlayabileceğimiz kanaatindeyiz. Ingram’a göre Hart, Devlin’in sık sık başvurduğu “yaygın ahlâk anlayışı”nın ya da diğer bir deyişle kamu ahlâkının toplumsal düzenin devamlılığı bakımından bir bütün olarak önemli olduğu iddiasını reddetmiştir. Yaygın ahlâk anlayışı/kamu ahlâkı homojen bir yapı değildir, belli bir

<sup>394</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., s. 59, Hart, Law, Liberty..., s. 58.

<sup>395</sup> Uzun, a.g.e., s. 97.

<sup>396</sup> Hart, Hukuk, Özgürlük..., ss. 60-61, Hart, Law, Libert..., s. 60.

bütünlüğü korumakla beraber kendi arasında çelişebilen, uyumlu olmayan birden çok ipten mürettep bir dokumaya benzemektedir.<sup>397</sup>

Yine Ingram'a göre Hart, Devlin'in ön yargı olarak değerlendirilebilecek yaygın ahlâkın,<sup>398</sup> yasalar aracılığıyla dayatılabileceğine rasyonel dayanak teşkil ettiği fikrine de muhâlefet etmiştir. Devlin'in varsayıma dayalı rasyonellik iddiasını bir başka noktadan, eleştiri olarak Devlin'e yansıtmıştır. Hart, asıl, yasalar aracılığıyla tazyik altına alınması gereken davranış kalıplarının salt kamu ahlâkı öyle değerlendiriyor diye dayatmaya gidilmesinde, hakîkaten yaygın ahlâkî kanaatin inandığı kadar zararlı olup olmadığının tespitinde “rasyonel kanıt” standartlarına başvurulması gerektiğini savunmaktadır. Ingram'a göre Hart, eşcinsel eylemlerle ortaya çıkan zarar ya da zarar tehlikesinin tespitinde rasyonel kanıt standartlarını zikrederek, (sosyal) bilimi, Devlin'in ceza yasalarının geri planında yer alan bir otorite olarak din ve yaygın inançların (efkârıumumiyenin) üstüne çıkararak konumlandırmıştır. Bu gayet mâkûldür, çünkü modern, çoğulcu bir toplumda yaygın ahlâk anlayışları arasında bir çatışma söz konusudur ve bu bağımsız görüşlerin sahip olduğu hukuka ilişkin akıl yürütme en azından nötr bir temel üzerine kurulmalıdır. Aksi halde hukuk, çoğunluğun benimsediği ahlâk anlayışının bir aracına dönüşecektir.<sup>399</sup>

Hem Devlin hem de Hart, yasalarla korunan kamu ahlâkının değerine inanmaktadırlar, ancak bu iki isim bu “değer”i başka bir şekilde yorumlamışlardır. Devlin'in muhafazakâr bir çizgide kalarak korumacı bir düşünce geliştirdiği yerde, Hart liberal bir yaklaşımla daha özgürlükçü<sup>400</sup> bir hattın savunusunu yapmıştır.<sup>401</sup> Tartışmada ele alınan başat soru ve sorun alanları, bunun bir çatı olarak görünümü hukuk-ahlâk problematığıdır, karşılıklı yanlış anlamalar ve buna bağlı yaklaşımsal gerilimler, günümüzde dahî birçok çağdaş tartışmada (ötenazi, insan klonu, eşcinsel

<sup>397</sup> Ingram, a.g.e., s. 203.

<sup>398</sup> Mâkûl kişinin kolaylıkla tespit edeceği ahlâk.

<sup>399</sup> Ingram, a.g.e., ss. 203-204.

<sup>400</sup> Wade de aynı kanaattedir. Bkz. Wade, a.g.e., s. 31.

<sup>401</sup> Muhafazakârlığın hukuk, ahlâk, eşcinsellik, birey-toplum, özgürlük ve otorite kavramlarına yaklaşımına dair liberallikle karşılaştırmalı bir giriş okuması için bkz. Bekir Berat Özipek, *Muhafazakârlık Nedir?*, Liberte Yayınları, Ankara, 2017, s. 69, 70, 89, 90, 94, 95.

evlilikler vb.) hâlen zaman zaman görülmektedir. Hart'ın tüm ciddi eleştirisine rağmen, Devlin'in, bir toplumun bütünlüğünün temel ahlâki ilkelere ve kurallara dayandığı ve hukuk aracılığıyla toplumun bu varlığının, kendisi için gerçek bir tehlike olan ahlâkî çözülmeye karşı, korunması gerektiği birçok düşünür, hukukçu ve siyasetçi için canlılığını korumaktadır. Bununla birlikte, bir toplumda bazı ortak ahlâkî değerlerin var ve de gerekli olduğu konusunda geniş bir mutabakat alanı söz konusuysa da çok kültürlü ve çok sesli bir dünyada Devlin'in “parçalanma tezi”nin mevcut ortamda, laik toplum yapısı ve seküler bireyler nezdinde, biraz “eski moda” görüldüğü ve görüleceği de aşîkârdır.<sup>402</sup>

Uyumlu bir sosyal hayata inanan Devlin, her toplumun değerler, fikirler, inançlar topluluğu olduğuna inanır. Bu inancı nedeniyle onun bir deli olarak adlandırılması mümkün değildir çünkü buna bağlı olarak geliştirdiği düşüncelerinde toplumun birey üzerindeki ağırlığını sonsuza dek götürmeyerek bireyin kendini gerçekleştirebileceği bir özel hayatın mümkün olduğu kadar korunması gerektiğini söylemiştir. Ancak yine de, günümüzde bu fikirler üzerine bir düşünce geliştirmenin ve bunu uygulamaya koyma girişiminde bulunmanın, Viktorya dönemine veya 1950'lerin İngiliz toplumunun toplum yapısına, yani nispeten homojen sayılabilecek bir toplum yapısına uyabilecekse de, günümüzün dünyevîleşmede en ileri noktalara varan heterojen toplumuyla uyum sağlamayacağı açıktır.<sup>403</sup> Yine de, Devlin'in ortak inanç, değer ve fikirlerle örölü *toplum tasarımı*nın her zaman için önemli bir tarafının olduğunu kabul etmek gerektir. Bu tartışma, Bunikowski'nin veciz ifadesiyle söylenecek olursa Batı hukuk biliminde “ahlâk” kavramının bir "travması" gibidir. Hem hukuk teorisinde hem de hukuk uygulamasında bıraktığı izi silmek imkânsızdır. Hem Devlin hem de Hart tarafından öne sürülen argümanlar, farklı görünüm ve yaklaşım tarzları altında hukukî ve ahlâki tartışmalarda hâlen bir şekilde yer almaktadır.<sup>404</sup>

---

<sup>402</sup> Bunikowski ,a.g.e., s. 8.

<sup>403</sup> Bunikowski, a.g.e., s. 8.

<sup>404</sup> Bunikowski, a.g.e., ss. 8-9.

Son olarak, Devlin'in argümanlarını hem bireysel özgürlük için kısmen tehlikeli hem de genel mânâda entelektüel muhakeme sürecine bir meydan okuma olarak yorumlayan Wade, tartışmanın, hukukun öncelikle bir “akıl” ya da “sezgi” meselesi olup olmadığı sorununu da ihtiva eden geleneksel bir çatışma alanını da kapsadığını öne sürmektedir. Ona göre, Devlin'in teorisi, *bilgi ile inanç* arasındaki ve *düşünce ile varsayım* arasındaki tarihsel bir ayrıma dayanmaktadır. Devlin, her şeyin insan zihni tarafından bilinebileceği ve anlaşılabilirliği yönündeki on dokuzuncu yüzyılın pozitivist düşüncesinin iyimserliğini reddetmektedir. Buna mukâbil Hart, Devlin'in bu sezgi ve duygu yoğun yaklaşımıyla kıyaslandığında, rasyonaliteye ve eleştirel ahlâk hakkında insan zihninin dedüktif düşünce üretebilme yeteneğine daha fazla güvenmektedir.<sup>405</sup>

---

<sup>405</sup> Wade, a.g.e., ss. 47-48.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### CEZA HUKUKUNUN İŞLEVİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

#### 1. GENEL OLARAK CEZA VE CEZA HUKUKU

Çalışmamızın temel kavramları içeren ilk bölümünüyle benzer bir usûlde devam ederek, öncelikle ceza ve ceza hukuku kavramlarına dair belli başlı tanımlardan bahsetmenin, daha sonra da Türk ceza hukukunun başat akademiklerine ait eserlerde yer verilen ceza hukukunun işlevi ve kaynakları konularına değinerek ceza hukukunun işlevine dair Hart-Devlin tartışmasının sağladığı düşünsel imkânlar üzerinden nihâî bir soruşturmaya girişmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

*Büyük Türkçe Sözlük*, Arapça kökenli olan “ceza” sözcüğünün karşılığı olarak “uygunsuz davranışlarda bulunanlara uygulanan üzüntü, sıkıntı, acı verici işlem veya yaptırım”, “suç işleyen bir kimsenin yaşantısına, özgürlüğüne, mallarına, onuruna karşı yasaların öngördüğü yaptırım” anlamlarına yer vermiştir.<sup>406</sup> Ferit Devellioğlu ise kelimenin iyi veya kötü olmak üzere “karşılık” ve “azap” anlamlarına dikkat çekmiştir.<sup>407</sup> *Kubbealtı*’nda cezâ kelimesinin temelde dört farklı kullanımına yer verilmiştir: iyi veya kötü olarak karşılık, suç işleyen kişiye suçun nev’ine ve derecesine göre verilen acı karşılık, hukuk ve kanunlar kapsamında devletin suçluların maddî ve mânevî varlıkları üzerine getirdiği sınırlama ve son olarak eski Türkçe’de bir dilbilgisi terimi.<sup>408</sup> Adalet Bakanlığı’nın hazırladığı *Hukuk Sözlüğü*’nde ise ceza kelimesinin karşılığı olarak “suç işleyen kişilerin karşılaşacakları tepki, kanunun suç işleyen kimseye uygulanmasını öngördüğü müeyyide” ifadesine yer verilmiştir.<sup>409</sup> ‘Ceza hukuku’ ise güncel *Türkçe Sözlük*’te “suç kapsamı içine giren eylemler ile bunlara uygulanacak cezaları inceleyen hukuk

<sup>406</sup>Ceza, Akalın(TDK), a.g.e., s. 458.

<sup>407</sup>Cezâ, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat (33. Baskı), Aydın Kitabevi, Ankara, 2017, s. 156.

<sup>408</sup> Cezâ, Kubbealtı Lugatı [Elektronik Sürüm], Kubbealtı Neşriyatı, <http://lugatim.com/s/ceza>, Erişim Tarihi: 05.12.2020.

<sup>409</sup>Ceza, Hukuk Sözlüğü, [Elektronik Sürüm], Adalet Bakanlığı, <https://sozluk.adalet.gov.tr/ceza>, Erişim Tarihi: 05.12.2020.

dalı”<sup>410</sup> olarak, *Kubbealtı Lugatı*’nda “bir ülkede uygulanan cezâ kurallarının bütünü” ve “bir ülkede geçerli olan cezâ kurallarının nasıl uygulanacağını gösteren hukuk alanı”<sup>411</sup> olarak vurgulanmıştır. Bu başlık altında, literatürdeki yazarların hem ceza hem de ceza hukuku kavram ve terimlerine dair getirdiği yorum ve açıklamalara yeri geldiğinde temas edilecektir.

Literatürdeki ceza hukuku kaynakları<sup>412</sup> arasında cezaya ve ceza hukukuna ilişkin yaklaşım perspektifini geniş ve nispeten daha derinlikli tutan yazar olarak Dönmezer/Erhan ceza hukukuna ve cezaya dair getirdiği açıklamalarda topluma ve toplumsal olana yaptığı vurgu ile diğer yazarlardan farklı sayılabilecek bir tutum sergilemişlerdir. Kısmen sözleşmecî teorileri kısmen de Hart’ın birincil ve ikincil kurallar ayrımında yaptığı farklılaşan toplum yapılarını andıran bir kavramsallaştırmayla disiplin zorunluluğu zemini üzerinde cezayı ve ceza hukukunu açıklamaya çalışmıştır.

Dönmezer/Erman’a göre insanoğlunun bir arada yaşaması kesinkes bir disiplinin varlığını gerektirmektedir ve ister yapay ister doğal yollardan olsun bir şekilde teşekkül eden tüm boyut ve türdeki insan toplulukları için disiplin geçerli bir ihtiyaçtır. Toplumsal disiplinin tesis edilemediği, ya da tesis edilmiş olmakla birlikte sağlıklı bir şekilde devam ettirilemediği hallerde insanların birlikte, sağlıklı ve müşterek bir yaşam sürme ihtimâlinde pek de söz edilemeyecektir.<sup>413</sup> Dönmezer/Erman’a göre buradaki toplumsal disiplin, kendiliğinden gerçekleşmiş olup dışarıdan bir müdahaleyle tesis edilmemiştir. “Doğa”ya, “doğal” olana atıfta bulunarak verdiği örnekte, toplumsal disiplinin meydana çıkışı; bir oyun oynamaya karar veren bir grup çocuğun aralarından bir tanesinin kendiliğinden lider olarak ortaya çıkışına ve etrafını etkisi altına almasına benzetilebilecektir. Bu örneğin en büyük ölçekli insan topluluklarında da benzer şekilde cereyan ettiğini ileri

<sup>410</sup> *Ceza hukuku*, Güncel Türkçe Sözlük [Elektronik Sürüm], Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 05.12.2020.

<sup>411</sup> *Cezâ hukuku*, *Kubbealtı Lugatı* [Elektronik Sürüm], Kubbealtı Neşriyatı, <http://lugatim.com/s/ceza>, Erişim Tarihi: 05.12.2020.

<sup>412</sup> Sınırlı alan ve zaman kapsamında ulaşabildiğimiz ve değinmemiz gerektiğine inandığımız kaynaklar.

<sup>413</sup> Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C. I* (3. Baskı), İÜY, İstanbul, 1965, s. 3.

sürmektedir.<sup>414</sup> Küçük ölçekteki insan topluluklarının genişleyerek, meselâ aileyi, aşiretleri, şehirleri, devletleri ortaya çıkarması halinde, toplumsal düzen ve disiplinin doğal gelişimine ilave olarak bu kez, disiplinin tesisi için bir tür kamu hizmeti biçimindeki bir organizasyona bürünmesi ve baskın bir otorite aracılığıyla belirlenerek uygulanacak olan bir “müeyyideler nizamının” kurulması zorunludur. Hart’ın karmaşık, geniş ve uzmanlığın hâkim olduğu “ilkel olmayan toplum”u için zorunlu gördüğü “ikincil kurallar”ı andıran bu yaptırımlar, Dönmezer/Erman’da toplumsal disiplinin sağlanması ve devamlılığı için en önemli bir vazifeyi üstlenmiş durumdadırlar.<sup>415</sup>

Bu “müeyyideler nizamı”nın bir yönünü teşkil eden “ceza hukuku”na dair getirdiği izâhta Dönmezer-Erman, onu, ceza yaptırımının uygulanmasını gerekli kılan ihlâllerin eylemsel kalıplarını tespit ederek buna bağlı ilke ve esâsları belirleyen bir hukuk dalı olarak tanımlamıştır. Buna göre, ceza hukuku, belirlediği ilke ve esâslara aykırılık halinde muhatabının hayatına, vücuduna, özgürlüğüne ve malvarlığına isabet eden ve bunlardan kısmen ya da tamamen mahrum kalmalarını gerektiren “sert ve kesin” özellik taşıyan ceza isimli bir yaptırımı uygulaması nedeniyle diğer hukuk dallarından ayrılmaktadır. Ceza hukuku kapsamındaki toplumsal disiplini/düzeni bozan eylem ve davranışlar, yani ihlâller, diğer hukuk dallarındaki ihlâl hallerinden çok daha ciddi bir durumu ifade etmektedirler. Bu eylem ve davranışlar neticesinde meydana gelen zararlar, diğer hukuk dallarındaki ihlâller neticesinde meydana gelebilecek olan zararlardan daha ağırdır.<sup>416</sup> Ceza hukuku kapsamındaki ihlâller, her zaman doğrudan zarara neden olmasalar dahî doğaları gereği zarar verme tehlikesi içermeleri nedeniyle, bu ihlâllere hukuk dâhilinde ayrı olarak “suç” ismi verilmiştir.<sup>417</sup>

Suçla yönelik müeyyide olarak uygulanacak olan ceza terimi Dönmezer/Erman tarafından, içerisinde bulunulan topluma karşı sergilenen zarar

---

<sup>414</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 3.

<sup>415</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 3.

<sup>416</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 7.

<sup>417</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., ss. 7-8.

verici bir davranışın karşılığında toplum/topluluk adına, yetkili otorite tarafından<sup>418</sup> uygulanan yaptırım olarak tarif edilmiştir.<sup>419</sup> Bu, cezanın genel bir açıklamasıdır. Ceza için verilebilecek daha teknik ve geniş kapsamlı tanımı içinse, onu diğer hukuka aykırı fiil ve hareketler için belirlenmiş yaptırımlardan ayıracak nitelikleri barındırması gerekmektedir. Böylelikle Dönmezer/Erman cezayı daha geniş ve teknik çerçeveden topluluğa/topluma belirli bir yoğunlukta zarar veren eylemlerin karşılığında devletin yasalarla belirlediği ve diğer amaçlarının yanında özellikle suç olan eylemi gerçekleştiren kişiyi bazı şeylerden mahrum bırakmak ve bu şekilde toplumun gerçekleştirilen eylemi uygun bulmadığı hissini vurgulamak için bir yargılamanın neticesinde ve sorumluluğuyla orantılı olarak tatbik edilen korkutucu bir yaptırım şeklinde tanımlamaktadır.<sup>420</sup>

Dönmezer/Erman'a göre ceza hukuku ise "bir ilim değildir", "normatif bir bilgi şubesidir." Çünkü ilim<sup>421</sup> gözlem yaparak tespitlerde bulunur ve bilimsel yasalara ulaşır, ulaşmaya gayret eder. Ceza hukukuysa bazı özel ilke ve kurallar vazetmekte, ceza tehdidiyle insanların bunlara uyum göstermelerini buyurmaktadır.<sup>422</sup> O, devletin uhdesinde bulundurduğu cezalandırma yetkisinin içeriğinden ve bu yetkinin nasıl kullanılacağını gösteren kuralların bütününden ibarettir. Buradan yola çıkan Dönmezer/Erman ceza hukukunu konusu itibarıyla üç bölüme ayırmıştır. Bunlar ceza yaptırımını gerektiren eylem ve davranışların tâyini – suçlar-, bu davranışların karşılığı olarak gösterilen yaptırımlar –cezalar- ve suçlarla cezaların tespiti ve tâyininin nasıl ve kimlerce tatbik edileceğini gösteren kurallardan ibarettir.<sup>423</sup>

Burada, çalışmamızla da irtibatlı olması hasebiyle Dönmezer/Erman'ın bahsettiği ceza hukukundaki iki ana eğilimden ve yaklaşımdan da söz etmek gerektiği kanaatindeyiz. Yazara göre, birçok ortak noktanın varlığın rağmen modern ceza hukukunda iki farklı temel eğilim, yaklaşım söz konusudur. Bunlar *liberallik* ve

---

<sup>418</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 8.

<sup>419</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 9.

<sup>420</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 591.

<sup>421</sup> Bilim anlamında kullanılmaktadır.

<sup>422</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 11.

<sup>423</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 11.

otoriterliktir.<sup>424</sup> Ceza hukukunun liberal yorumuna göre toplumsal hayata ceza yaptırımlarıyla müdahalede bulunmanın ancak zorunlu ve elzem hallerde mümkün olması gerektiği, ceza hukukunun bütün bölümleriyle temel insan hak ve özgürlüklerini koruması ve toplumunun kendisini savunmasını (toplumsal düzeni koruması) uyumlu bir şekilde bir arada yerine getirmesi gerektiği öne sürülmektedir. Ceza hukuku *ultima ratio* devreye girmelidir, diğer toplumsal kurallar ile hukukun diğer sahalarının düzeni ve barışı tesis etmeye yeterli geldiği hallerde ceza hukukuna başvurulmamalıdır. Toplumsal hayatın ve diğer hukuk sahalarının müeyyideleri ihlâl edilen toplumsal barış ve huzuru iade için yeterli olduğu takdirde, ceza müeyyidesinin uygulanmasına gidilmemelidir.<sup>425</sup>

Diğer yandan, ceza hukukuna yönelik gösterilen otoriter yaklaşım ise, ceza hukukunda, diğer bir deyişle ceza hukukuyla vaz edilen kural ve esâslar belirlenir ve uygulanırken, gözetilmesi gereken hakîkî ve mutlak değer, asıl amaç *toplumsal savunma*dır.<sup>426</sup> Toplumsal savunmadan kasıt toplumun bütünlüğünün barış ve düzen içerisindeki devamlılığıdır. Bu yaklaşımda insanın temel hak ve özgürlükleri ile toplumun kendini savunma hakkının karşılaşması durumunda, gayet tabi toplumsal savunma hakkı üstün tutulabilecektir. Bu bakımdan ceza hukuku, toplumsal savunmanın en önemli araçlarından birisi olmaktadır. Ceza hukuku, toplumsal hayatın her aşamasına müdahale edebilir bir konumdadır.<sup>427</sup>

Geniş çevrelerce bir otorite olarak kabul edilen Dönmezer/Erman'ın yanı sıra günümüz ceza hukuku literatüründe ceza ve ceza hukuku kavramlarına/terimlerine dair getirilen açıklamaların bir kısmına yer vermek faydalı olacaktır. Ceza kavramını Dönmezer/Erman'ın tanımını doğrudan kabul ederek paylaşan İçel,<sup>428</sup> ceza hukukunu, 'suç' olarak tespit ve tâyin olunan insan eylem ve davranışlarıyla bunlara tatbik edilecek olan müeyyideleri vazeden normlar bütünü olarak

<sup>424</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız da benzer kanaattedir. Bkz. Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (10. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 45.

<sup>425</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 110.

<sup>426</sup> Devlin'in Hobbes'ta temellendirilebilen kamu ahlâkı ve toplumsal bütün yaklaşımıyla benzer bir yaklaşım söz konusu olduğundan, Dönmezer/Erman'ın *otoriter* adlandırmasını *muhafazakâr* olarak da kabul edilebilir. Muhafazakârlık ve otorite ilişkisi için ayr. bkz. Özipek, a.g.e., s. 89.

<sup>427</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 110.

<sup>428</sup> Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 61, 62.

konumlandırmaktadır. Yine İçel'e göre ceza hukuku, devletin hak ve selâhiyetini kullanarak düzenlediği bütün normları ifade etmekte olup, ceza hukukun yaptırımı olarak 'cezalar' ve 'güvenlik tedbirleri' şeklinde iki farklı görünümünden var olduğundan bahsetmektedir.<sup>429</sup>

Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre hem cezanın hem de ceza hukukunun özü kelimenin Arapça anlamına binaen "karşılık" olarak kabul edilmiştir.<sup>430</sup> Bununla birlikte yazar, verdiği daha geniş tanımda ise kelimeyi devlet tarafından belirlenerek tatbik edilen ve özel bir infaz biçimi öngörülen, "suç" teşkil eden eylemin karşılığında tatbik edilen yaptırım olarak tanımlamıştır.<sup>431</sup> Ceza hukukuna dair tarif verirken eleştirel bir tavır takınan yazar, ceza hukuku tabirinin yanlış ve eksik olduğunu savunmaktadır. Suç hukuku ibaresinin de eksik olacağına dikkat çeken Özbek/Doğan/Bacaksız, suçun karşılığı olarak her zaman cezanın değil farklı yaptırımların da uygulanabildiğini hatırlatarak –meselâ güvenlik tedbirleri- suç ve ceza hukuku kullanımını da eksik bulmuş, neticeten suç ve yaptırım hukuku kullanımının daha doğru olacağını savunmuştur.<sup>432</sup> Yazarın ceza hukukuna, daha doğrusu kendi tabirleriyle suç ve yaptırım hukukuna dair getirdiği tanım, onun, "suç adı verilen insan davranışının yapısını inceleyen ve buna özgü yaptırımlar öngören hukuk dalı" olduğu şeklindedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre ceza hukukuna anlamlandıran iki esâs söz konusudur: *suç ve yaptırım*. Suç, emir ve yasaklamalarken, ceza hukuku bu bakımdan bu emir ve yasakların toplamı olmak durumundadır.<sup>433</sup>

Koca/Üzülmez 'e göre ise ceza, Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya paralel bir biçimde, "suç" olarak tespit edilmiş olan eylem ve davranışları kusura dayanan bir irade ile gerçekleştiren kimseler hakkında devletin yetkili organlarınca uygulanan ve suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren kişiyi çeşitli mahrumiyetlere maruz bırakan, kişinin resosyalizasyonun gayesine yönelik, acı verici, korkutan ve caydırıcılık

---

<sup>429</sup> İçel, a.g.e., s. 41.

<sup>430</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, a.g.e., s. 1.

<sup>431</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, a.g.e., s. 571.

<sup>432</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, a.g.e., s. 1.

<sup>433</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, a.g.e., s. 38.

özelliği olan yaptırım çeşididir.<sup>434</sup> Ceza, toplumun kanaatinin de bir yansıması olan hukukî değerlerin ihlâl edilmesinin karşılığında meydana çıkan haksızlığın yine toplumca tavsip edilmediğini vurgulayan bir yaptırımdır. Konuya hak ve haksızlık yönünden yaklaşan<sup>435</sup> Koca/Üzülmez'e göre, her haksızlığın bir yaptırımı söz konusudur ve işlenen suç da bir haksızlık oluşturduğundan bunun da bir yaptırımı olacaktır. Bu yaptırım ceza ya da güvenlik tedbiri görünümünde olabilecektir.<sup>436</sup>

Ceza'ya dair tanımı Koca/Üzülmez ile neredeyse aynı olan Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göreyse ceza hukuku, bir yönüyle devletin ceza tehdidi ile toplumu oluşturan bireylerce uyulmasına çabaladığı emir ve yasakları içeren hukuk kurallarını ifade etmekteyken; bir yönüyle de bu kuralları araştırma konusu edinen bilim dalının adı olmak durumundadır.<sup>437</sup> Ancak genel olarak ceza hukuku dendiğinde anlaşılması gereken, yazara göre, suç olarak tanımlanan ve adlandırılan toplumun düzen ve barışını bozan insan eylem ve davranışları ile bunlara karşılık uygulanacak müeyyideleri tespit ve tâyin eden “hukuk kuralları bütünü”dür.<sup>438</sup>

Demirbaş ise hukuksuz toplumun olamayacağını, toplumun da esasen hukuk olmaksızın bir şey ifade etmeyeceğini savunmaktadır. Hukuk ona göre bir toplumun genel iradesinin yansımasından ibarettir.<sup>439</sup> Toplumun iradesinin çeşitli konulara yönelebileceği mâlumdur, onun yöneldiği başat konu ise kendisinin varlığı ve korunması olmak durumundadır. Bu irade devletin eliyle, sahibi olduğu yetkileri kullanması için de bir iradedir. Bu bakımdan ceza, toplum açısından zarar teşkil eden bazı eylem ve davranışları, devletin yasalarla belirlediği şekilde, diğer bazı amaçlarının yanı sıra suç işleyen kişiyi mahrumiyetelere uğratmak ve toplumun

---

<sup>434</sup> Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 559.

<sup>435</sup> Benzer bir yaklaşım için bkz. ve krş. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 30.

<sup>436</sup> Hans Jescheck-Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Auflage), Berlin, 1996, s. 10; Aktaran: Koca-Üzülmez, a.g.e., ss.41-42.

<sup>437</sup> Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 4.

<sup>438</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 4.

<sup>439</sup> Zeki Hafızoğulları-Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, s.3; Aktaran: Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 49.

iradesinin bu ihlâli onaylamadığını vurgulamak adına bir yargılama neticesinde tatbik edilen bir yaptırımdır.<sup>440</sup> Ceza hukuku ise, toplumsal düzene karşı gerçekleştirilen hangi eylem ve davranışların suç olarak tanımlanacağını tespit ve tâyin eder ve bunun sonucunda ihlâl edenleri ceza yaptırımıyla tehdit eder.<sup>441</sup> Yazar için Ceza hukuku, hakların muhâfazasını ve müdâfaasını aracı kılarak toplumsal mutluluğun sağlanmasına hukukî barışın tesisine hizmet etmektedir.<sup>442</sup> Ceza hukuku, Demirbaş’a göre, “*toplumsal barışın sağlanması için yapılması veya yapılmaması zorunlu olan fiillerle, yani suçlarla, bunların yaptırımlarını ve bu yaptırımların uygulanması için izlenecek esasları gösteren hukuk dalıdır.*”<sup>443</sup>

Toroslu ise ceza ve ceza yaptırımı kavramlarına çekinceyle yaklaşarak, bunların yerine çok daha geniş bir zemin sunan bir kavram olarak “cezaî sonuç” kavramının kullanılması gerektiğini öne sürmektedir. Toroslu da, İçel’in yaklaşımını andırır bir biçimde modern ceza hukukunda suça karşılık uygulanan yaptırımların salt cezalardan ibaret olmadığını, güvenlik tedbirlerinin de yaptırımın bir görünümü olduğu gerçeğini gerekçe olarak öne sürmektedir.<sup>444</sup> Ceza, yasalarca vazedilen ve adlî mercilerce genel olarak “ceza muhakemesi” olarak adlandırılan işlemlerin bütünü uyarınca cezaî bir buyruğu ihlâl ettiği tespit olunan bir kimseye verilen ezâ olmak durumundadır.<sup>445</sup> Bununla beraber ceza hukuku ise, yazara göre, devletin hukuk düzeni içerisindeki hukuk şubelerinden birisidir ve müeyyidelerle yasaklanan hukuka aykırı eylem ve davranışları (suçları) düzenleyen hukuk kurallarının bütünüdür.<sup>446</sup>

Ceza ve ceza hukukuna dair zikredilen tanımlama girişimleri elbette bunlarla sınırlı bulunmamaktadır. Ancak çalışmanın kapsamı ve maksadın hâsıl olması gereğince bu kadarla yetinilmiştir. Ceza ve ceza hukukunun felsefede, sosyolojide,

---

<sup>440</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 558.

<sup>441</sup> Jescheck-Weigend, a.g.e., s. 10; Hafizoğulları-Özen, a.g.e., s. 4; Aktaran: Demirbaş, a.g.e., s. 49.

<sup>442</sup> Demirbaş, a.g.e., ss. 49-50.

<sup>443</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 50.

<sup>444</sup> Nevzat Toroslu-Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 17.

<sup>445</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 433.

<sup>446</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 17.

antropolojide ve benzer disiplinlerde araştırma ve incelemelere konu edildiği, sosyal bilimlerin üzerinde en çok kalem oynatılan temel kavramlarından olduğu bilinmektedir. Tüm bu yaklaşım ve incelemelerin tümünü salt birer cümleyle bile zikredilmesi olanaklı görülmediğinden, ceza ve ceza hukukuna dair açıklamalarda bulunurken, ve tabî aşağıda görüleceği üzere ceza hukukunun kaynak ve işlevi bahislerinde de aynı şekilde, belli yazarlar kapsamında Türk ceza hukuku doktrini özelinde bir sınırlamaya gitmek gerekmiştir.

### 1.1. Ceza Hukukunun İşlevi

Hart-Devlin tartışmasının bir noktada ceza hukukunun işlevinin ne olduğuna dair gerçekleştirilmiş bir tartışma olduğuna bir önceki bölümde işaret etmeye çalışmış idik. Bununla birlikte, cezanın, daha doğrusu ceza hukukunun işlevi deyişiyle ne anlaşılması gerektiğini, yine Türk ceza hukuku doktrininin önde gelen yazar ve teorisyenlerinin açıklamaları ışığında incelemenin gerekli olduğu kanaati hâsıl olduğundan bu konuda ayrıca bir başlık açma zorunluluğu doğmuştur. Gerek genel olarak bu çalışmanın başlığında gerek özel olarak bu başlıkta “ceza hukukunun işlevi” ifadesine yer verilmiş olsa da, buradaki işlev kelimesi yerine amaç, hedef, görev, fonksiyon kelimelerinin de kullanılabileceği kanaatindeyiz.<sup>447</sup> Cezanın/ceza hukukunun amacı ile işlevi/fonksiyonu bazı yazarların yaptığı ayırım ve sınıflandırmaya göre ayrı konu başlıkları olarak incelenebilmektedir. Amaç, görev, işlev gibi kelimeler arasında, konu kapsamında, çeşitli nüansların olduğu kabul edilmekle birlikte, burada, çalışmanın özü ve kapsamı itibariyle, amaç, hedef, görev gibi alternatif tüm isimleri ve anlam alanlarını da kapsayacak şekilde “işlev” kelimesinin yer yer de fonksiyon sözcüğünün kullanıldığını hatırlatmak isteriz.

Ceza ve ceza hukukunun anlamlarına dair yukarıda yapılan açıklamalarda izlenilen sıra ve usûlde devam edecek olursak, öncelikle Dönmezer/Erman’a göre cezanın amacı, çoğu zaman suçlu olarak kabul edilen kişide etki uyandırmak olsa da

---

<sup>447</sup> Hukukun işlevi ile hukukun amacının ayrı ya da bir düşünülebileceğine dair bir tanım denemesi için. Bkz. Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antopolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, ss. 71-72; Aktaran: Ali Şafak Balı, *Hukuk, Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları*, Çizgi Kitabevi, Konya, 2005, ss. 216.

asıl amaç suçluya zarar vermek değildir, onun resosyalizasyonunu temin amacıyla özel yaptırımların tatbik edilmesi rejimine dâhil etmektir. Burada cezanın içeriği ve görünümü değişmiş ve daha çok suçlunun ıslâh edilmesine hatta bazı yaklaşımlarda neredeyse hasta kabul edilen suçlunun tedavisine yönelmiştir. Ceza suçlunun açıktan ve ibret olsun için cezalandırılmasına değil ve fakat toplumsal müdafaaya yönelmiştir.<sup>448</sup> Dönmezer/Erman cezaların işlevsel/amaçsal yönden sınıflandırmasını yaparken bu konuda tarihsel olarak iki yaklaşım türünün söz konusu olduğunu ileri sürmüştür. Bir anlayışa göre ceza, geçmişe yönelmiş olup, geçmişteki bir eylem ya da davranış için uygulanırken; bir diğer anlayışa göreyse ceza geleceğe yöneliktir ve hem uygulandığı kişi ve hem de toplum açısından gelecekte gerçekleşmesi beklenen fayda/lar nedeniyle uygulanmaktadır.<sup>449</sup>

Cezayı geçmiş üzerine konumlandırıan yaklaşım çok eskidir. Bu görüşlere göre ceza, önceleri kişilere ait olan intikam hakkının devlete devredilmesinden ibarettir. Ceza, suçlu tarafından gerçekleştirilen ve aynı zamanda bir kötülük olan eylem nedeniyle o kişi açısından kefâret anlamı taşıyan bir araçtır, suçluya acı ve zorluk çektirmektedir. Bu yaklaşım tarzı, Dönmezer/Erman'a göre Hristiyanlık kaynaklı olup, *günahla suçun iç içe geçmesi*, daha doğrusu karıştırılması, aynı zamanda ilâhî kefâretle cezanın aynı anlama gelecek şekilde kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır. Bununla birlikte kefâret anlamına gelen cezanın suçluyu temize çıkaracağı, günahlarından beraat edeceği anlayışı, kefâretin müspet, suçlunun uslanmasına yarayan amacı takip ettiği anlayışını meydana çıkarabilmiştir.<sup>450</sup>

Cezayı salt geleceğe yönelmiş kabul eden ikinci yaklaşıma göre cezanın meşrûiyeti onun faydalılığına bağlıdır. Bu yaklaşım ceza hukukunda pozitif yaklaşımla bağlantılıdır ve suçlulara, gerek acı çektirmek gerek yeniden suç işlemelerini önlemek için gerekli olan şey değişik cezalardır. Her şey olup bitmiştir ve hiçbir şey olduğu gibi yerine konulamaz kabul edilir. Suçlu suçtan daha önemlidir çünkü yeniden suç işleyebilme potansiyeli olan, canlı bir varlıktır. Dolayısıyla

---

<sup>448</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e. C II, s. 595.

<sup>449</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e. C II, s. 608.

<sup>450</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e. C II, ss. 609.

burada üzerinde durulması gereken en önemli şey suçlu kimsenin ıslâhının sağlanarak suçun tekrar etmesinin önlemesidir. İki ucu temsil eden bu iki yaklaşımı yumuşatarak bir orta yol bulma gayretinde olan karma görüş denilebilecek bir üçüncü yaklaşımın varlığından da söz edilmiştir.<sup>451</sup>

İçel ise, ceza hukukunun işlevine ilişkin düşüncesinde, Dönmezer'e yaptığı atıfla toplumların sağlıklı bir şekilde devamlılığının tesis edilebilmesi için toplumsal düzenin korunması gerektiğini belirtir. Ona göre düzensizliğin toplumu dağılmaya ve parçalanmaya götüreceği muhakkaktır; toplumsal düzen ise toplumsal normlarla sağlanacaktır. İçel'de toplumsal/sosyal normlar kendiliğinden ortaya çıkan, toplumdaki bireyler tarafından benimsenen ve sürdürülen davranış standartlarına karşılık gelmektedir. Bu standartlar zaman içinde denenmiştir ve bu standartlar toplumsal düzenin stabilizasyonuna katkı sağlarlar. Toplumsal düzenin kurulması ve devamlılığının sağlanmasına yönelik tüm bu süreçte *sosyal kontrol* ismi verilmektedir. Aile, polis, eğitim kurumları adliyeler, sivil toplum kuruluşları vs. sosyal kontrolün çalışmasında rol sahibi kurum ve kavramlardır.<sup>452</sup>

Toplumsal düzenin temininde rol oynayan toplumsal sosyal/toplumsal kontrol araçlarından biri de hukuktur. Hukuk toplumun düzeninin korunmasına olan katkısını kendi bünyesindeki hukukun çeşitli dalları aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Ceza hukuku, tıpkı diğer hukuk dalları gibi düzene katkı sağlamaktadır. Onun en genel işlevinin bu olduğu söylenebilir. Fakat ceza hukukunun diğer hukuk dallarından farkı, uyulmaması halinde devreye giren yaptırımın şekli bakımından farklılık gösteriyor oluşudur. Diğer yandan ceza hukukunun tespit ve tâyin edilen müeyyidesinin başat özelliği ancak ve ancak devlet tarafından uygulanabilmesidir.<sup>453</sup> Ceza hukukunun diğer hukuk dallarından farklı ve kendine özgü olarak işlevinin

---

<sup>451</sup> Dönmezer-Erman, a.g.e. C II., ss. 608-609.

<sup>452</sup> Sulhi Dönmezer, *Sosyoloji* (7. Baskı), İstanbul ,1978, 18; Aktaran: İçel,a.g.e., s. 43. İçel'in metninde gösterilen sayfada başka bir konudan bahsedilmekte olup, sayfa numarasının sehven yanlış gösterildiğini düşünmekteyiz. Atıf içeriğiyle daha uyumlu olduğunu düşündüğümüz "sosyal kontrol" başlıklı bölüm için bkz. Sulhi Dönmezer, *Sosyoloji* (7. Baskı), NSYYVY, İstanbul ,1978, ss. 278-279.

<sup>453</sup> İçel, a.g.e., s. 43.

tespiti içinse kendi bünyesindeki yaptırımların amaçlarını ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.<sup>454</sup>

İçel'e göre ceza hukukunun işlevlerinin dört ana kategoride incelenmesi gerekmektedir. Buna göre ceza hukukuna has işlevlerin ilki "toplumsal yaşamın en önemli değerlerinin özel biçimde korunması"dır. Maddî bakımdan güçlü olan ve zararları giderebilecek bir faile yönelik özel hukuk kapsamında uygulanacak yaptırımların pek de bu gibi davranışları engelleyemeyeceği yazara göre âşikârdır. Bu noktada devreye ceza hukukunun, sert ve katı yüzünün girmesi ve en önemli değerlerin başka bir telafiye gerek kalmaksızın korunmasının sağlanmasıdır.<sup>455</sup>

Ceza hukukunun bir diğer işlevi ise onun özel işlevleri olarak kabul edilebilen genel ve özel önleme işlevleridir. Genel önleme işlevi, ceza müeyyidesinin korkutucu mahiyetinden istifade edilerek diğer bireylerin suç işlemesinin önlenmesini hedeflemektedir. Özel önleme ise, suç işleyen kimsenin tekrar suç işlemesinin önüne geçilmesi, bununla birlikte suçluyu ıslâh ederek onun resosyalizasyonunu gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.<sup>456</sup>

İçel'e göre ceza hukukunun üçüncü işlevi, toplumsal "güvenliğin sağlanması amacıyla güvenlik önlemlerinin uygulanması"dır. Acı veren bir kötülük de olsa ceza müeyyidesinin yaptırımı bazı kimseler üzerinde korkutucu bir etki yapmayabilir ve bu gibi kimseler her halükarda suç işlemeyi göze alabilirler. Toplumun genelinin cezalandırılmaya dair korku taşıyacağı bir varsayım olup bu varsayımın içinde istisnaları da içinde barındırdığı muhakkaktır. Ceza hukukunun bir işlevi de, ceza yaptırımı tehdidinden korkmayan kimselere karşı toplumun güvenliğini sağlamaktır. Burada tek başına cezanın yetersiz geleceği, salt kefaretçi(ödetmeci bir yaklaşımın eksik kalacağı haller de söz konusu olacaktır. Buna karşılık 'ceza'nın haricinde

---

<sup>454</sup> Jürgen Baumann-Ulrich Weber, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (9. Neubearbeitete Auflage), Bielefeld, 1977, s. 12; Aktaran: İçel, a.g.e., s. 44.

<sup>455</sup> İçel, a.g.e., s. 49.

<sup>456</sup> İçel, a.g.e., s. 49.

toplumun güvenliğini sağlayacak güvenlik tedbiri adı altında yaptırımlar devreye girmektedir.<sup>457</sup>

Ceza hukukunun dördüncü işlevini açıklarken İçel, çağdaş ceza hukukunda failin ceza sorumluluğunun kusuruna dayanmasına ve ceza tâyininde kusurluluğun temel kriter olarak alınmasına değinir ve ceza hukukunun korkutucu vasfının suç işlenmesini önleyici bir işlevi yerine getirmesinin, faile kusurundan daha ağır bir yaptırımın uygulanması sonucunu doğurmayacağını ileri sürmektedir. Bu bakımdan ceza hukukunun dördüncü işlevinin bu noktada kendisini gösterdiği söylenebilecektir. İçel'e göre suçluya kefâretini ödetme biçiminde görünen bu işlev hâlen geçerliliğini korumaktadır. Ancak, çağdaş ceza hukukunda suçluya kefâretini çektirme amacının temel amaç olmadığına, ceza hukukunun diğer işlevlerinin yürütülmesinde yardımcılık yardım eden bir nitelikte olduğuna da dikkat çekmektedir.<sup>458</sup>

Özbek/Doğan/Bacaksız, ceza hukukunun işlevi ve amaçlarını ayrı ayrı incelemeyi tercih eden yazar olarak öncelikle ceza hukukunun iki işlevine değinir, daha sonra bizce bu işlevlerin altında, onların çeşitli görünümleri olarak değerlendirilebilecek olan bazı amaçlardan bahsetmektedir.Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre ceza hukukunun iki işlevi vardır: Suç işlendikten sonra cezalandırma işlevi ve cezalandırmayla birlikte, onun aracılığıyla, toplumu koruma işlevi. Ceza hukuku bir taraftan cezalandırmakta, bir taraftan da insanları suç işlemekten kaçınmaları yönünde uyararak toplumu koruma altına almaktadır ve bu iki işlev birbirini tamamlamaktadır.<sup>459</sup>

Ceza hukukunun amacı ise genel olarak yaptırım türleri olan cezalar ve güvenlik tedbirleri aracılığıyla toplumun düzenini korumak ve bu düzenin devamlılığı sağlamaktır. Bununla birlikte Özbek/Doğan/Bacaksız, ceza hukukunun işlevinin cezanın amaçları ile açıklanması gerektiğini ileri sürmüş, bunun nedeni

---

<sup>457</sup> İçel, a.g.e., s. 51.

<sup>458</sup> Baumann-Weber, a.g.e., s. 15, 16, 23; Aktaran: İçel, a.g.e., s. 52.

<sup>459</sup> Johannes Wessels- Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Strafart und ihr Aufbau*, Heidelberg, 2007, No: 6; Aktaran: Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 44.

olarak da cezanın kendisini bizâtihi cezalandırma yönüyle kendisini gösterdiği fikrini benimsemiştir. Buna göre cezanın, dolayısıyla ceza hukukunun amaçlarını ödetme ve önleme başlığı altında iki grup olarak kategorize etmek mümkündür.<sup>460</sup>

Cezanın amacına yönelik serdedilen görüşlerden ilkinde cezanın ödetmeye hizmet ettiği kabul edilmektedir. Bu yönüyle ceza, bir kuralın ihlâli olarak değerlendirilen bir eyleme karşı misillemedir. Bu yaklaşıma göre ceza geçmişe yöneliktir ve esas olan suçlu değil suçun kendisidir. Suçu işleyen bunun neticelerine katlanacaktır. Herkes hukuka aykırılık teşkil eden eylem ve davranışlarının karşılığı olarak uygulanacak olan yaptırımların vereceği ıstıraba katlanmak zorundadır. Adaletin sağlanması ancak bu hâle bağlıdır. Ceza(landırma)nın esas amacı Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre tam olarak adaletin tesis edilmesidir.<sup>461</sup>

Cezanın amacına dair ikinci bakış açısına göre ise ceza, “önleme” amacına yöneliktir. Adına ceza ve/veya güvenlik tedbiri de denilen yaptırımlar, toplum ve bireyler üzerinde etkili olmaya çalışır. Toplum üzerinde genel ve bireyler üzerinde özel önleme amacıyla suçu engellemeye çabalar.<sup>462</sup> Ödetici yaklaşımın aksine bu görüş, suçtan ziyade suçu işleyen insanı merkeze alır. Bu bakımdan geleceğe dönüktür. Suç halihazırda işlenmiş ve bitmiştir. Artık önemli olan suçlunun ıslâh edilerek yeniden suç işlemesine mani olmaktır. Bu bakış açısına göre ceza tek başına amaç değildir.<sup>463</sup> Bu bakımdan ceza ancak, eğer faydalı olacaksa başvurulacak bir yol olmak durumundadır.<sup>464</sup> Öte yandan, bugün yukarıda açıklanan amaçlardan sadece birinin değil, hemen hepsinin cezanın amaçları içinde yer aldığını kabul eden, karma

---

<sup>460</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., ss. 46-47.

<sup>461</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 572.

<sup>462</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., ss. 571-572.

<sup>463</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 573.

<sup>464</sup> Bu görüş aynı zamanda faydacı teori olarak da adlandırılmaktadır. Beccaria ve Bentham kurucusu olarak görülmektedir. Beccaria için ceza mutlak bir gereksinimden kaynaklanmadıkça “zalimce”dir. Bkz. Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (6. Baskı), Çev. Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara, 2016, ss. 69-70. Bentham içinse ceza bir kötülüktür, bu bakımdan bir ceza söz konusu olacak ise bu muhakkak daha büyük kötülüklerin engellenmesi için olabilecektir. Cezalandırmanın uygunsuz olacağı dört farklı halden bahseder. Bunlar cezanın, temelsiz; etkisiz, kârsız ve gereksiz olduğu durumlarıdır. Sururi Aktaş, *Cezalandırmanın Amacı Üzerine*, EÜHFD, C. XII, S. 1-2, 2009, s. 20; Aktaran: Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 573.

bir görüş de hâkimdir. Yazara göre de ceza hem kefâret amacını taşımalı hem de genel ve özel önlemeye hizmet etmelidir.<sup>465</sup>

Hakeri için ceza hukukunun amacı, bireyler ve toplumsal hayat açısından önem arz eden değerleri, yararları korumaktan ibarettir. Bu yararlar ve değerler bireysel ve genel olmak üzere iki kategoriden oluşmaktadır. Burada önemli olan husus, herhangi bir ceza normunun en az bir hukukî yararı koruma altına alıyor olması gerektiğidir. Aksi halde o ceza normu anayasaya aykırı olacaktır. Eylem kalıplarını tespit etmesi ve yaptırımları sebebiyle kişilerin özgürlüklerini ve temel haklarını yerine göre şiddetli bir şekilde sınırlandırabilen ceza hukuku normları meşrûyetini, toplum tarafından kabul edilen hukukî yararlara hizmet ederek elde eder ve korur.<sup>466</sup>

Hakeri de diğer bir çok yazar gibi cezanın özel ve genel görünümünde önleme amacının olduğunu kabul ve beyan etmekte, bununla birlikte çoğunluğun aksine “önleme”yi “işlev” olarak adlandırmayı tercih etmektedir. Diğer yandan onun için cezanın genel önleme işlevi, özel önleme işlevine göre daha önemli bir işlev olmak durumundadır. Bir kimse, neticesinde cezalandırılacağını kesin olarak biliyor ise suç işlemeyecektir. Bunun için hukuk sisteminin ve adlî makamların ciddi ve kesin bir işleyişe sahip olması gerekmektedir. Ceza tehdidinin etkili olabilmesi için geçmişteki korkutmaların yeri geldiğinde ciddiyet ve kesinlikle uygulanmış olması gerekmektedir. Cezanın genel önleme amacı ancak böyle temin edilebilecektir. Bununla beraber af ya da reform görünümü altındaki af benzeri düzenlemelerle genel önleme etkisini ve işlevini kaybedecektir.<sup>467</sup>

Öte yandan, ceza hukukunun kefâret, önleme ve karma teorilerini paylaşan Koca/Üzülmez de, Hakeri gibi değer temelli bir yaklaşım sergilemektedir. Hakeri’ye göre ceza yaptırımını içeren hukuk kuralları, bünyelerinde kendilerine aykırı davranılmaması şeklinde bir zorlama barındırmaktadırlar. Emir ve yasaklar içeren

---

<sup>465</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 575.

<sup>466</sup> Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (23. Baskı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 2.

<sup>467</sup> Hakeri, a.g.e., s. 3.

ceza hukuku kuralları toplumsal hayatın muhâfazasında esas görevi üstlenmektedirler.<sup>468</sup> Fakat bu görev, her durumda değil, sadece en temel toplumsal değerlerin saldırıya uğradığı durumlarda devreye girecektir.<sup>469</sup> Ceza hukuku, işlevini, barış ve düzenin hâkim olduğu toplumdaki değerleri koruyarak gerçekleştirmiş olacaktır.<sup>470</sup>

Bu hukukî değerlerin ne olduğu noktasında ise Koca/Üzülmez, onların somut, fiziksel ve duyu organları aracılığıyla algılanabilir şeyler olmadığını ifade ederek değerden kastın toplumsal düzenin devamlılığını sağlayan *soyut mânevî idealler* olduğunu öne sürer.<sup>471</sup> Suç işleyen kişi bu değerleri tanımadığını söyleyerek onlara karşı çıkmaktadır.<sup>472</sup> Hukukî değerleri koruyan ceza hukuku bunu cezalar aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Buna göre ceza, suçlunun ihlâl ettiği değerlerin, toplumun korunması ve toplumsal düzen için elzem değerler olduğunun suçluya hatırlatılmasını sağlayan bir vâsıtaadır.<sup>473</sup> Bununla birlikte ceza/ceza hukuku, bir taraftan değerleri mutlak ve devamlı olarak korurken diğer taraftan “toplumsal-etik” yönden onaylanmayan belirli eylem ve davranış kalıplarıyla toplumsal etik yükümlülüklerini sınırlandırmış olmaktadır. Bu temel yükümlülükler ise en genel anlamda “kimseye zarar verme!” emri ile özetlenebilmektedir. Koca/Üzülmez’e göre ceza hukukunun “ödevi” esâsen temel “toplumsal-etik hareket değerleri”nin muhâfazası görünümüyle hukukî değerlerin korunmasından ibarettir.<sup>474</sup>

Demirbaş’a göre cezanın/ceza hukukunun cezalandırıcı ve koruyucu olmak üzere iki temel işlevi vardır. Cezalandırıcı fonksiyon suç işlendikten sonra suçlunun cezalandırılması anlamına gelmektedir. Koruyucu fonksiyon ise, suçlu kimseleri cezalandırarak, toplumun diğer bireylerinin suç işlemesini engelleme işlevini ifade

<sup>468</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., ss. 29-30.

<sup>469</sup> Hans Welzel, *Das Deutsch Strafrecht, Eine systematische Darstellung* (10. Auflage), Berlin, 1967, 1; Aktaran: Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 30.

<sup>470</sup> Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, 2003, s. 436, 440, 442; Aktaran: Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 30.

<sup>471</sup> Ünver, a.g.e., s. 130; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı), Ankara, 2010, s. 152, Jecsheck/Weigend, a.g.e., s 257; Aktaran: Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 30.

<sup>472</sup> Özgenç (2010), a.g.e., s. 151; Aktaran: Koca/Üzülmez, a.g.e., ss. 30-31.

<sup>473</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 31.

<sup>474</sup> Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 31.

etmektedir. Demirbaş'a göre bu işlevler, birçok yazar onları iki zıt kutup olarak görüyor olsa da, birbirinin zıttı değil tamamlayıcısıdır.<sup>475</sup> Bu işlevlerden yola çıkan Demirbaş, ceza hukukunun amacının genel olarak insanların bir arada hayat sürdükleri toplumun korunmasından ibaret olduğunu kabul etmektedir.<sup>476</sup> Daha dar bir perspektiften bakıldığında ise ceza hukukunun amacının cezalandırmak olduğunu bunun da esâsen üç temele dayandığını ileri sürmektedir. Yukarıda, çeşitli yazarlara ait düşünceleri aktarırken cezanın/ceza hukukunun amacı olarak üç esâs kategorinin gösterildiğini görmüş idik. Demirbaş da bu üçlü sınıflandırmayı paylaşmakla beraber, bu amaçların içeriklerinden yola çıkarak kısmen farklı bir isimlendirmeye gitmiştir. Buna göre yazar, kefareti teorisi –intikam-, önlemeci teori –caydırma- ve bunların bir telifi olarak ıslâh şeklinde üç amaçtan bahsetmektedir. Yazara göre, bunlardan intikam tarihî yönden en eski olanıdır.<sup>477</sup> Bununla beraber Demirbaş, çağdaş ceza hukukunun amaçlar arasında uzlaştırmacı bir yol tuttuğunu öne sürmektedir. O, ceza hukuku ne kadar yumuşak şekle bürünürse bürünsün, onun kefarete yönelen amacından hiçbir zaman vazgeçilemeyeceği kanısındadır. Ceza, toplumsal yaşamın tehditlere ve saldırılara yönelik korunmasında önemli bir araç olduğundan, korkutuculuk biçimindeki genel önleme fonksiyonuna her zaman ve her şartta sahip olmak durumundadır. Demirbaş'a göre genel önlemenin yanında ceza hukukunun özel önleme fonksiyonuna da sahip olması, suç işleyenlerin resosyalizasyonunun sağlanmasını, yeniden toplum kurallarına uyum sağlayan kişiliklerine dönüşüne aracılık etmelidir.<sup>478</sup>

Ceza hukukunun işlevi bahsinde Toroslu ise, genelde hukuk düzeninin özelde ise ceza hukuku düzeninin işlevini salt toplumsal varlığı garanti altına almaktan, müşterek hayatın asgarî şartlarını temin etmekten ibaret kabul eden yaklaşımı eksik bularak eleştirmektedir.<sup>479</sup> Toplumdaki bireylerin çıkar kaynaklı çatışmaları ve uyuşmazlıkları karşısında, hukuk düzeninin yürütücüsü olan devletin, bireyler arası

---

<sup>475</sup> Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C. I*, İstanbul, 1991, s. 3 vd.; Aktaran: Demirbaş, a.g.e., s. 50.

<sup>476</sup> Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 2; Aktaran: Demirbaş, a.g.e., s. 50.

<sup>477</sup> Frank Day, *Ceza Hukukunun Kökeni*, Çev. Devrim Aydın, *Ceza Hukuku Dergisi*, Ağustos, 2011, s. 243; Aktaran: Demirbaş, a.g.e., s. 557.

<sup>478</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 562.

<sup>479</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 20.

ilişkileri ve iradeleri uyumlu hale getirmekte ve taraflar arasında asgarî müşterekleri tespit ederek barışı sağlamaktan başka bir görevi yerine getirmediğini öne süren yaklaşım eksik ve hatalıdır. Devlet, hukuk düzeni, daha doğrusu ceza hukuku düzeni türlü kurumsal yapılarla toplumsal hayatı yönlendiren, geliştiren muharrik bir özelliğe sahiptir. Bir diğer ifadeyle o, salt bu tür negatif bir fonksiyonla yetinmez; bir yandan müşterek hayatın asgarî noktalarda uyum sağlamasını, diğer yandan da bu müşterek hayatın öznelere olan bireyleri belirli hedef ve amaçlar doğrultusunda, örneğin toplumsal bir şuûr değişikliği hedefine binaen, aslında pozitif bir görünüm sergiler. Toroslu'ya göre modern devlet *“kamu düzeninin koruyucusu olmaktan öte toplumun eğiticisi ve yönlendiricisidir.”* En azından öyle olmayı arzulamaktadır.<sup>480</sup> Buradan yola çıkan yazar, doğal olarak, ceza hukukunu da salt toplumsal korumanın<sup>481</sup> bir aracı olarak değil, toplumsal gelişmeye de hizmet eden bir unsur olduğunu ileri sürmektedir.<sup>482</sup>

Artuk/Gökçen/Yenidünya da ceza hukukunun işlevi konusunda genel kanaate yakın bir görüş ortaya koymakta, toplumsal düzeni bozan davranışlara yönelik toplumsal bir tepki olarak kabul ettiği cezayı, hukuk düzeninin ve devletin devamlılığı için elzem bir olgu olarak kabul etmektedir.<sup>483</sup> Yazara göre cezanın amacı, ödetmeci ve önlemeci yaklaşımları mâkul bir şekilde bir araya getiren uzlaştırıcı teorilerde aranmalıdır. Suçluların, kendilerine uygun ıslâh ve resosyalizasyon vâsıtalarıyla topluma kazandırılmaları yeniden suç işlemelerini engellemek bakımından tâviz verilemeyecek bir hedeftir. Fakat bu hedef için mücadele edilirken cezanın ödetici özelliğinden de faydalanmak gerekmektedir. Ceza suçun karşılığıdır. Toplumsal düzenin korunması bakımından genel önleme de önemli olduğundan bu cezanın suçluya çektirilmesi gerekmektedir.<sup>484</sup>

---

<sup>480</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., ss. 20-21.

<sup>481</sup> Yazara göre cezanın işlevinden cezanın etkileri anlaşılmalıdır. Bu etkiler geçmiş ya da gelecek üzerinde tesir edebilmektedir. Cezanın geçmişe etki ettiği fikrinde tenkil/ödetme hakimken, geleceğe etki ettiği fikrinde ise önleme düşüncesi hakimdir. Bkz. Toroslu/Toroslu, a.g.e., ss. 435-436. Yazara göre, cezanın asıl işlevi kefaretilik/ödetme olmayıp, toplumsal hukuk düzenini, toplumun varlığını ve gelişmesini riske atan eylemlere karşı toplumu muhâfaza etmektir. Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 438.

<sup>482</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 21.

<sup>483</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 725.

<sup>484</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 733.

Son olarak Özgenç de hak ve haksızlık mefhumları üzerinden bir yaklaşım sergilemekte öncelikle ceza hukukunun, haksızlık oluşturan davranışları tanımlayan ve bunların hangi şekillerde suç olarak kabul edilmesi gerektiğini belirleyen ve bu davranışlara karşı ne tür yaptırımların uygulanacağını tâyin eden bir hukuk disiplini olduğunu vurgulamaktadır. Buradan yola çıkarak o, ceza hukukunun, yaptırımlarının, (cezalar ve güvenlik tedbirleri) önleyici özelliğiyle, hukukî değerlerin korunmasına hizmet eden bir fonksiyonu olduğuna işaret etmektedir.<sup>485</sup> İşlev ve amacı ayrı değerlendirmeye tabi tutan Özgenç’e göre cezanın öncelikli amacı ise onun bir kefâreti karşılıyor oluşudur. Burada, suç işleyen kişinin, ceza ile, işlediği suçtan dolayı meydana çıkan kusurunun “örtülmesi”dir. Bu aynı zamanda suçlunun resosyalizasyonu anlamına da gelmektedir. Cezalandırılan suçlu, cezanın uygulanması neticesinde, öncelikle suçtan doğan sorumluluğunun bilincine kavuşacak, bunu aktif bir şekilde hissedecek ve neticeten kusurlu hâlden *ibra* olabilecektir.<sup>486</sup>

## 1.2. Ceza Hukukunun Dolaylı Kaynakları

Ceza hukukunun işlevinden bahsedilen, hukuk-ahlâk ilişkisi bağlamında ceza hukukunun işlevine dair araştırma iddiasında bulunan bir çalışmada, ceza hukukunun kaynaklarından da bahsetmek gerekeceği âşikârdır. Burada, imkân dâhilinde ve çalışmamızın içeriğiyle ilişkili olarak Türk ceza hukuku doktrinde ceza hukukunun kaynaklarına ilişkin yapılan sınıflandırmalardan ve özellikle de odak noktasıyla yakından ilgili olan ahlâk, örf ve âdet gibi dolaylı kaynaklarının ceza hukukuyla nasıl ilişkilendirildiğine değinilmeye çalışılacaktır.

Türk ceza hukuku doktrini kitaplarının hemen hepsinde ceza hukukuna kaynaklık eden nosyonların doğrudan ve dolaylı(doğrudan olmayan) şeklinde ayrıldığı görülmektedir. Doğrudan kaynaklar genel olarak, usulüne uygun yürürlüğe girmiş milletlerarası sözleşmeler, anayasa ve kanunlardan oluşmaktadır. Ceza hukukunun doğrudan kaynakları konusu başka ve müstakil bir çalışmayı gerekli

<sup>485</sup> Ünver, a.g.e., s. 107; Aktaran: Özgenç, a.g.e., s. 38.

<sup>486</sup> Özgenç, a.g.e., s. 32.

kıldığından burada sadece zikredilmekle yetinilecektir. Burada sadece dolaylı olarak tabir edilen ve içinde bir kısım yazarlarca ahlâkın da zikredildiği sınıflandırma ve açıklamalara değinilecektir.

Öncelikle, ulaşabildiğimiz kaynaklarda, ceza hukukunun dolaylı kaynaklarından ikisi neredeyse aynı anlamlandırmaya tabi tutularak kabul edilmişlerdir.<sup>487</sup> Bunlar doktrin/öğreti ve yüksek mahkeme içtihatlarıdır.

Ceza yasalarında yer alan düzenlemeler mahiyetleri gereği soyut ve genel olup bu kuralların somut olaylara ayrı ayrı tatbik edilmesiyle, bir bedene kavuşarak somut hâle gelirler. Soyut ceza hukuku normları mahkemelerin kararlarıyla somutlaşarak, içtihat hâlini almaktadır. Kural olarak diğer başka mahkemeleri bağlamamakla birlikte, ihtiyârî ya da bazı durumlarda da zorunlu olarak kaynak haline gelmektedirler.<sup>488</sup> İchtihat, mahkemelerin verdiği kararlarla vücuda gelen objektif, yaşayan bir hukuktur. Yasaların mahkemelerce yorumlanması ile ortaya çıkan içtihatlar benzer olaylara uygulanarak belirli bir “doğru” uygulama oluşmakta, böylece içtihatlar ceza hukukunun en önemli kaynaklarından biri haline gelmektedir. İchtihatlar kanun koyucuların yasaları çıkarırkenki esas amaçlarını keşfederek tatbik ederler. Bu bakımdan içtihatların kanun koyucuyu da etkisi altına aldığı söylenebilecektir.<sup>489</sup> Ancak içtihattan anlaşılması gereken her tür ve dereceden mahkemenin verdiği kararlar değildir. Burada esâs olan Türk hukuk sisteminin ceza hukuku yönünden, yüksek yargısı olan Yargıtay<sup>490</sup> anlaşılmalıdır. Yasa hükümlerini yorumlayan Yargıtay kararları dolaylı kaynakların içtihat kısmını teşkil etmektedir. Ancak yargıçların bağımsızlığı gereği hiçbir mahkemeninin Yargıtay kararlarına uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yargıtay kararları mahkemelere yol gösteren<sup>491</sup> yardımcı<sup>492</sup> bir kaynak olmakla beraber<sup>493</sup> Yargıtay’ın en yüksek karar merci olan İchtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun verdiği kararlar ise dolaylı kaynaklıktan çıkıp

<sup>487</sup> Özgenç ve Koca/Üzülmez eserlerinde, ceza hukukunun dolaylı kaynakları olarak sadece doktrin ve içtihatları zikretmekle yetinmişlerdir. Bkz. Özgenç, a.g.e., ss. 63-64. Koca/Üzülmez, a.g.e., ss. 50-51.

<sup>488</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 107.

<sup>489</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e. C I., s. 160.

<sup>490</sup> İdarî yarı yönünden doğal olarak Danıştay.

<sup>491</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 93.

<sup>492</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 112.

<sup>493</sup> İçel, a.g.e., s. 148.

artık doğrudan kaynak haline gelen, mahkemelerin tıpkı bir yasa hükmü gibi uymak zorunda<sup>494</sup> oldukları bir kural haline gelmektedir.

Ceza hukukunun dolaylı kaynaklarından bir diğerine karşılık gelen doktrin/öğreti ise, yazar ve düşünürlerin makale, kitap, bildiri gibi eserleri aracılığıyla ortaya koydukları görüşlerle yeni içtihatların doğmasına, bazı içtihatların değişmesine etki eder, karşılaştırmalı hukuktaki durumu da dikkate alarak,<sup>495</sup> bazen kanun koyucuya da yeni kural ihdâs etmek ya da değişikliğe gitmek kanusunda yol gösterir<sup>496</sup>, istikamet çizer, olması gerekeni önerebilirler.<sup>497</sup> Mahkeme kararlarını sentezleyerek, çeşitli ilke ve yaklaşımlar keşfederek mahkeme içtihatlarına yol gösterirler.<sup>498</sup> Doktrin/öğreti, ceza yargılamasında yargıcın en önemli yardımcıları arasında yer alır.<sup>499</sup>

Çalışmamızın içeriği itibariyle, burada ceza hukukunun diğer dolaylı kaynaklarından bizce en önemlilerine değinilmesi isabetli olacaktır. Bu kaynaklar da, *örf/âdet/gelenek, toplumsal değişme, din ve ahlâk* olarak sınırlandırılabilir.

Dönmezer/Erman'a göre örf ve âdet bir toplumda kendiliğinde ve zaman içerisinde meydana gelen alışkanlıklar ve –kaynak olma yönüyle- hukuken uyulması gereken kurallardır.<sup>500</sup> Genellikle suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca örf ve âdet ceza hukukuna kaynak olarak kabul edilmemektedir. Ancak Dönmezer/Erman'a göre ceza hukukunun dolaylı kaynaklarından sayılmaları gerekmektedir.<sup>501</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, örf ve âdetin, ancak kanun koyucu tarafından yasalaştırılmak suretiyle ceza hukukna dolaylı kaynaklık edebileceği gerçeğidir.

<sup>494</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 108.

<sup>495</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 108.

<sup>496</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 113.

<sup>497</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 94.

<sup>498</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e. C. I., s. 164.

<sup>499</sup> İçel, a.g.e., s. 144.

<sup>500</sup> Benzer görüş için bkz. Ferit Hakkı Saymen, *Türk Medeni Hukuku Cilt I, Umumi Prensipler* (2. Baskı), İstanbul, 1956, s. 94; Aktaran: Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 90. Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre bu kurallar devamlı uygulanmalı (objektif/maddî unsur) ve zorunluluk konusunda genel bir kanı yerleşmiş olmalıdır (subjektif unsur).

<sup>501</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e. C.I., s. 157. Bu konuda ayrıca müstakil bir çalışma olarak Işıktaç'ın eserine bakılabilir. Bkz. dn. 131.

Mahkemelerin doğrudan, ceza hukuku suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında,<sup>502</sup> örf ve âdete göre karar vermesi mümkün değildir. Bu bakımdan örf ve âdet kurallarının ceza hukukunun kaynağı sayılmaması gerekmektedir. Yani örf ve âdetin hukuk kaynağı olarak, ceza hukukunda, müsbet tesiri yoktur.<sup>503</sup> İçel ise, örf ve âdet kuralları anlamında kullandığı anlaşılan gelenek kurallarının dolaylı kaynaklığını kabul etmekte, bu kuralların esas kaynağın, yani doğrudan kaynağın- meselâ kanunun- uygulanması sırasında başvurulabilecek<sup>504</sup> bir yardımcı kaynak olarak kabul etmektedir.<sup>505</sup> Bu kurallar hukukun en eski kaynaklarından.<sup>506</sup> Bu kuralların bir yasa hükmünü ilga etmeleri söz konusu olamaz fakat “metrûkiyet”<sup>507</sup> olarak adlandırılan durumun meydana gelmesine neden olabilmektedirler.<sup>508</sup>

Ulaşabildiğimiz kaynaklar içerisinde yalnızca Artuk/Gökçen/Yenidünya’da gördüğümüz, ve bizce de yerinde bir keşif olan, ceza hukukunun dolaylı kaynakları arasında toplumsal hareketler ve değişiklikler de gösterilmiştir. Ancak burada, toplumsal hareketlerin ve değişimlerin doğrudan etkisiyle bir kaynaklık söz konusu değildir. Ceza hukuku normları, gerek toplumsal yapıyı gerek siyasî yapıyı korumakta, belli bir düzen dâhilinde tutmakta en elverişli araç olduklarından, ve bu siyasî ve toplumsal yapıya göre biçimlendiklerinden, toplumsal ve siyasî yapılardaki değişiklik ceza hukukunu da etkilemekte, ceza kuralları değişebilmektedir. Eski düzene ait ceza normları, yeni düzenin siyasî ve toplumsal yapısında bir karşılık bulamayabilecektir. Tarihte görülen köklü toplumsal ve siyasî değişimlerin ardından derhâl ceza hukukunda değişikliğe başvurulması da bu duruma örnektir.<sup>509</sup>

Bazı yazarlar, ceza hukukunun dolaylı kaynaklarından bahsederken din olgusunu da zikretmektedirler. Örneğin, Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre laik devlet modelinin uzunca süredir tatbik edildiği modern dönemde, eskiye nazaran devletin

---

<sup>502</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 106.

<sup>503</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e. C. I., s. 158.

<sup>504</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 111.

<sup>505</sup> İçel, a.g.e., s. 144.

<sup>506</sup> Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş*, Lefkoşa, 1997, s.69; Işıktaç, Örf ve..., s. 41 vd; Aktaran: Demirbaş, a.g.e., s. 105.

<sup>507</sup> Bir ceza yasanın/ hükmünün örf ve âdet sebebiyle uygulanamaz hâle gelmesi durumu.

<sup>508</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 112.

<sup>509</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., ss. 91-92.

din karşısındaki tavrı değişmiştir.<sup>510</sup> Buna bağlı olarak da hukuk üzerinde, daha doğrusu ceza hukuku üzerinde doğrudan etki gösteren, hatta bazı örneklerin doğrudan ceza hukuku olarak görev alan dini kuralların etkisi yazara göre ortadan kalkmış, doğrudan uygulanabilme özelliğini yitirmiştir.<sup>511</sup>

Demirbaş ise konuya, modern dönemde dinin tanrı ile insan arasındaki ilişki olarak algılandığını, dinin hukuk üzerindeki, özellikle ceza hukuku üzerindeki etkisinin yok sayıldığına değinmektedir. Ancak yazara göre yine de, birçok toplumda hâlen din kuralları toplumsal hayatı düzenlemekte, hatta bazı bölgelerde din kuralları doğrudan hukuk kuralı, dolayısıyla ceza hukuku kuralı olarak işlev görmektedir.<sup>512</sup> Türkiye gibi laik doktrini benimsemiş ve hâlen uygulamakta olan ülkeler için din, ceza hukuku için en çok dolaylı kaynak olabilmekteyken, Demirbaş'a göre dinî temel üzerine kurulu ülkelerde ise doğrudan kaynak olabilme özelliğini hâlen taşımaktadır.

Ceza hukukunun dolaylı kaynakları arasında gösterilen ve çalışmamızın konusuyla doğrudan irtibatlı olan diğer bir kaynak da ahlâktır. Başta Hart ve Devlin arasındaki tartışma olmak üzere, bir çok felsefî düşünce ve tartışmada ahlâkın ceza hukukuna kaynaklık edip edemeyeceği, edecekse bunun sınırlarının nasıl olacağı şeklindeki soru silsileleriyle kendisi göstermiştir. Birinci bölümde, ahlâk kavramına ve onun çeşitli ilişkili kavram alanlarına dair ağırlıklı olarak felsefî düşünceler üzerinden açıklama getirmeye çalışılmıştı. Şimdi ise, ceza hukukunun dolaylı kaynağı olarak gösterilen ahlâka dair, onun ceza hukuku ile ilişkisi içerisinde ele alan ceza hukuku doktrini yazarları üzerinden incelenmesi yerinde olacaktır. Ulaşabildiğimiz ceza hukuku bilimsel kaynaklarında ahlâk çoğu yerde zikredilmemiş, zikredilen yerlerde ise dolaylı kaynak olarak kabul edilmiştir.

Dönmezer/Erman, ahlâkın insanlar arası ilişkileri düzenlemek bakımından örf ve âdetle benzer bir görünüm sergilediğini belirtmektedir. Yazara göre ceza hukuku kuralları bazı özel durumlarda ahlâka ve hatta âdâp kurallarına da göndermede

---

<sup>510</sup> Benzer görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 92.

<sup>511</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 112.

<sup>512</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 107.

bulunabilmektedir. Bu gibi durumlarda ceza yasası kuralı bir *kalıp* olarak mevcuttur ve içerisini ahlâk kaidesi doldurmaktadır.<sup>513</sup> Diğer yandan Dönmezer/Erman’a göre, ahlâkın insanlara yüklediği bazı sorumlulukların ceza normları aracılığıyla yaptırım altına alındığını ifade etmektedir. Ancak buradan hareketle hukukun tamamıyla ahlâk üzerine kurulu olduğunu iddia etmek de yazara göre hatalı olacaktır. Bu doğru değildir çünkü hukuk- özelde ceza hukuku-ahlâken hiçbir esâs içermeyen ahlâkla uzaktan yakından ilgisi olmayan bazı düzenlemelere de yer vermektedir.<sup>514515</sup> Ahlâkın ceza hukukun kaynaklık etmesine, diğer bir deyişle ahlâki ilke ve kuralların ceza hukukuna konu olabilmesine dair getirdiği yorumda Dönmezer/Erman, bir eylem ne kadar kötü olursa olsun, onun ceza hukuku aracılığıyla yaptırım altına alınmasında toplumsal bir fayda bulunmaması<sup>516</sup> ahlâki kuralın ceza hukuku mükellefiyeti hâline getirilemeyeceğini iddia etmektedir. Buna karşılık herhangi bir ahlâki boyutu olmayan bir sorumluluğun yaratılması toplumsal bakımdan zorunlu ise, ceza hukuku bu eylem ve davranışı suç olarak düzenlemek ve yaptırma bağlamak hususunda çekince göstermeyecektir.<sup>517</sup>

İçel ise, ahlâk kurallarının dolaylı kaynaklığı konusunda, geleneğin altında oluştuğuna inandığı bir “genel ahlâk kuralları” teriminden bahsetmektedir. Bu kurallarla yasalarca suç olarak tanımlanan eylem kalıpları tam olarak örtüşmemektedir. Ahlâka uygun olan bazı eylemler ceza hukukunca suç olarak kabul edilebileceği gibi, ahlâka aykırı davranışların suç olarak tanımlanması mümkün görülmemektedir.<sup>518</sup> Bununla birlikte ahlâk kuralları bazı durumlarda yasal düzenlemelerin yorumlanmasında araç ve başvuru kaynağı olarak kullanılabilecektir. Meselâ teşhircilik (TCK 225 md.) ve ‘müstehcenlik’ (TCK 226 md.) suçlarındaki

---

<sup>513</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e. C. I., s. 159.

<sup>514</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e. C. I., s. 159.

<sup>515</sup> Yazar Bentham’a atıfla hukuk ve ahlâk arasındaki ilişkiyi merkezleri ortak olan daireler olarak değil, birbirini kesen ve ortak bir kesişim kümesi olan iki daire olarak kabul etmektedir.

<sup>516</sup> Fayda esaslı yaklaşımı benimseyen benzer bir görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, a.g.e., s. 112.

<sup>517</sup> Dönmezer/Erman, a.g.e. C. I., s. 160.

<sup>518</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (4. Baskı), İstanbul, 2006, s. 82; Aktaran: İçel, a.g.e., s. 145.

eylem ve hareketlerin değerlendirilmesinde genel ahlâk kurallarına başvurulması gerektiği gibi.<sup>519</sup>

Son olarak ahlâkî ceza hukukunun dolaylı kaynakları arasında sayan Artuk/Gökçen/Yenidünya ise, ahlâkın ceza hukukuna kaynaklık edebileceğini savunan görüşleri üç ayrı kategoride değerlendirmektedir. İlk görüşe göre, ahlâka aykırı eylemlerle suçlar aynıdır. Bu yaklaşım tarzına göre ahlâka aykırı her eylem aynı zamanda suç teşkil etmekte, her suç teşkil eden eylem de ahlâka aykırı bir eylem olarak kabul edilmektedir. Her ahlâksız fiil/davranış suç teşkil ettiği gibi, suç olan her fiil de ahlâka aykırıdır. Ancak yazara göre bu yaklaşım bir takım sakıncalara gebe dir. Öncelikle ahlâk kuralları çok geniş ve sayıca çok fazladır, bunları yasalaştırmak mümkün değildir.<sup>520</sup> Bu mümkün olsa dahî, ahlâk kuralları zamanla değişebileceğinden ceza hukuku kurallarının da sürekli değiştirilmesi gerekecektir. Öte yandan ahlâk kurallarının çokluğu suçların da çok olacağı anlamına geleceğinden, bu durumun fiilî bir kovuşturma imkânsızlığına neden olacağı, hukuk güvenliğini tehlikeye düşüreceği kaçınılmazdır.<sup>521</sup>

Artuk/Gökçen/Yenidünya'nın değindiği ikinci bir görüş ise suçların ahlâka aykırı eylemlerin sadece en önemlileri olduğunu savunan görüştür. Buna göre bütün ahlâksızlık olarak adlandırılan eylemler suç değildir, sadece bunların en önemlileri suçtur. Hukuk, devlet tarafından bireylerce uyulması istenen asgarî ahlâktır.<sup>522</sup> Hem hukuk hem ahlâk kuralları toplumsal düzeni sağlamak bakımından aynı işlevi görmektedirler fakat hukuk ahlâkın bir kısmı hakkında düzenleme içermektedir.<sup>523</sup> Sonuç olarak bu yaklaşıma göre, hukuk bazı ahlâksızlık addedilen durumlara ilgisiz kalmakta, her hangi bir yaptırıma başvurmamaktadır.<sup>524</sup> Yazar, bu yaklaşımın ceza

---

<sup>519</sup> İçel, a.g.e., s. 145.

<sup>520</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 86.

<sup>521</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 87.

<sup>522</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 87.

<sup>523</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 87.

<sup>524</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 87.

hukukunun ahlâka aykırı olmayan eylemleri de yaptırım altına alabildiği gerçeği karşısında isabetli bulmaktadır.<sup>525</sup>

Üçüncü ve son görüş ise, bahsedilen iki görüşün telifi gibidir. Bu bakış açısına göre ceza hukuku ile ahlâk kurallarının hem ortak hem de ayrı oldukları noktalar söz konusudur.<sup>526</sup> Ceza hukukunca yaptırım öngörülen bir çok eylem, meselâ tecâvüz, hırsızlık vs., aynı zamanda bir ahlâksızlığa da karşılık gelmektedir. Buna karşılık bazı ahlâksız addedilen eylem ve davranışlar ise ceza hukuku tarafından suç olarak tanımlanmamıştır.<sup>527</sup>

## **2. BİR TARTIŞMA ÜZERİNDEN CEZA HUKUKUNUN İŞLEVİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK**

Hart-Devlin tartışması, en geniş perspektiften yorumlanacak olursa, ahlâk ile hukukun birbirlerine göre nasıl konumlanacağına dair gerçekleştirilmiş düşünsel bir tartışmadır. Bu iki kavramın ilişkisi, bir somut olay, bir dava ve bir rapor üzerine, temelde ahlâksızlık olarak adlandırılan bir eylem ya da davranışın ceza yasaları aracılığıyla cezalandırmaya tabi tutulup tutulamayacağına dair bir soru üzerine kuruludur. Bu yönüyle tartışma, doğru eylem bilgisi bağlamında epistemoloji, hukuk ve ahlâkın mahiyeti bağlamında hukuk ve ahlâk felsefesi, cezanın meşrûiyeti ve kanun koyucu/devlet bağlamında siyaset felsefesi ve birkaç uzak sahayla daha kuşatılmış konsantre bir problem alanı görünümündedir. Bu tartışmanın taraflarınca, kendi argümanları aracılığıyla ceza, hukuk ve ahlâk kavramlarına kendi metot ve fikrî mizaçlarıncı, bazen açık bazen dolaylı olarak açıklama getirmeye çalışılmıştır. Tartışmadaki temel sorunun temas alanlarının geniş bir mevziye yayılmış olmasından dolayı ve tabî her iki ismin reaksiyon olarak düşünce üretmeye yönelmiş olmasından dolayı da, gerek Hart'ın gerek Devlin'in köşeleri belirgin ve derinlikli muhakemelerde bulunamadıklarının belirtilmesi gerekmektedir. Yine de tartışma esnasında, H.L.A. Hart'ın "filozofluğu"nun Devlin'e kıyasla daha köklü ve temelli olmasından dolayı daha ciddi ve tutarlı bir düşünce örneği sergilmiş olduğunun

<sup>525</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 87.

<sup>526</sup> Bkz. dn. 500.

<sup>527</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s. 88.

kabulü hatalı olmayacaktır. Devlin'in, içeriği itibariyle muhâfazakâr olsa da yöntem olarak daha özgür ve spekülâtif bir muhakeme sürecini devam ettirmesi, felsefî düşünme açısından kusurlu olsa dahî, düşünmeye ve sorgulamaya sevk eden muharrik vurguları ve saptamaları nedeniyle tartışmanın bizce daha bir kritik noktasını teşkil etmektedir.

Hart-Devlin tartışması, hukuk felsefesi tarihinde gerçekleşen meşhur tartışmalardan biridir. Tartışmanın önemi genel olarak satır aralarında, inceleme metinlerinde dile getirilmiş, onun hukuk felsefesi ve dolaylı olarak ceza hukuku ve ahlâk bahislerinde bir problematik teşkil etmesi üzerinde durulmuştur. Gerçek anlamda, her iki farklı düşünce tarzına göre de, gerek liberal/özgürlükçü gerek muhâfazakâr/korumacı, haklı ve mâkûl argümanlar içerdiği vurgulanarak pek de üzerinde durulmadığı söylenmelidir. Burada, bu ve benzeri tartışmalarda kesin bir hükme varılması gerektiği iddia edilmemektedir. Fakat bu gibi tartışmaların, problem alanlarının daha başka sorular sormaya ve başka yaklaşımlara, düşüncelere kapı aralamaya imkân sağladığı, bu imkânın özellikle Türk akademik çevrelerince pek kullanılmadığı düşünülmektedir. Mâzîsi yarım asrı aşan ve artık ülkemizde de iyiden iyiye bilinmeye başlayan bir tartışma üzerinden, gerek evrensel gerek daha yerel bir bakış açısıyla bazı soru ve sorun alanlarını kaşıyarak, her fırsatta tartışma konusu olan ceza, ceza hukuku ve onun amacı ve işlevi gibi sorun alanlarını gerçekten ilgililerince tartışmaya açılması ve litemarite katkı yapılması isabetli olacaktır.

Ahlâksızlığın ceza yasalarıyla yaptırım altına alınması mümkün müdür? Mümkünse bunun meşruiyeti nerden kaynaklanır, sınırları nelerdir? gibi çatı sorular, bünyelerinde farklı ara sorular barındırırlar ve bu sorular çeşitli zaman ve vesilerle dile getirilirler. Burada genel itibariyle muhâfazakâr/korumacı yaklaşım sergileyen aydınlar, entelektüeller ve filozoflar/akademikler, muharrik gücü teşkil etmekte; diğer taraf ise daha çok bir savunma hattı üzerinden özgürlükçü bir tutum sergilemekle yetinmektedirler. Devlin'in sorduğu soruların bir benzeri yaklaşık kendisinden yüz yıl önce, yine bir tartışma sırasında, tartışmayı ateşleyici olarak, J. F. Stephen tarafından sorulmuştur. Bu gibi sorular tarihin, her döneminde değilse

bile, en azından son beş yüz yıllık diliminde çeşitli görünüm ve saiklerle sorulmaktadır.<sup>528</sup> Sorular, felsefeden akademiye, sokaktaki sağduyu sahibi vatandaştan edebî eserlerin satır aralarına kadar geniş bir skaladan yöneltilmekte olup, ceza hukukunun işlevinin ne olduğunun anlaşılmasında hem ceza hukuku teorisinde serdedilen temel yaklaşımlara, hem de ceza hukukuna kısmen dışarıdan yönelen yaklaşımlara değinilmesinde, sağlıklı bir akıl yürütme ve doğru soruların sorulabilmesi için fayda görülmektedir.

Bir kısım yazar ve düşünürler tarafından ceza hukukunun toplumsal-ahlâkî bir nitelik taşıdığı vurgulanarak, ceza ve ceza hukukunun öncelikli amacının toplumsal ahlâkî dokuyu korumak ve bu korumanın sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi için ceza hukuku aracılığıyla bu gayriahlâkî eylem ve davranışları cezalandırmanın yerinde olduğu savunulmuştur. Bu düşünceye göre, toplumun benimsediği ahlâkî anlayışa aykırı olmak, bir eylemin suç sayılmasında öncelikli gerekçe kabul edilmelidir. Bu bakış açısına göre, teşebbüs ve taksirli suç hâllerinde dahî, suç olarak kabul edilen eylem, toplumsal ahlâkî değerlere ayrırlıkla ilişkilendirilmektedir.<sup>529</sup> Ceza hukukçularının bu yaklaşımı, Hart-Devlin tartışmasının, muhâfazakâr tarafıyla, Devlinle bir yakınlık taşımaktadır. Bu yaklaşımın daha keskin bir bakış açısını sergileyen diğer bir fikre göre, ceza hukukuyla ahlâk arasındaki çözülmesi mümkün olmayan bir bağın olduğu şeklindeki varsayımdır. Bu noktada, hukukun ahlâkla aynı alanda faaliyet gösterdiği, iki kavramın esaslarının aynı olduğu kabul edilerek, suç

---

<sup>528</sup> Örneğin 19. yüzyılın sonlarına doğru, Osmanlı-Türk modernleşmesinin en sancılı dönemlerine şahitlik eden Türk düşüncesinin köşe taşlarından Namık Kemal, “ahlâk-ı umumiyedeki revnâkın zevâli”nden yakındığı “*Bizde Ahlâkın Hali*” başlıklı 1866 tarihli yazısında şunları paylaşmaktadır: “Beyoğlu sokaklarında geceleri eğlence rehberliği teklifiyle meşgul olan yâdigârlardan geçilemiyor. Çalgılı kahveler hemen her gece bir müflis mirasyedi meydana çıkarıyor. Her türlü seyyiâtın en birinci menbâi olan kumarhanelerin hâlâ önü alınamadı. Bu kadar mevâki’-i redâet meydanda iken halkın ne ahlâkı matlûb olan yola girer ne âdâbını muhafaza kâbil olabilir. İşin bu cihetine bir çare bulmak ise zabitanın kavîce bir himmetine muhtaçtır(...)[A]hlâk bozukluğu musallat olduğu cemiyetin dâima en ziyâde istinâd ettiği esaslara halel verelmıştır. Ahlâkı ise her şeyden ziyâde bu yolda olan rezâil-i aleniye bozar. Binaenaleyh bu fenalığın velev ne kadar şiddetli tedâbir ile olur ise olsun önünü almak hükümet-i seniyyenin himmet-i mahsusasına şâyândır.” Bu iki pasajdaki, “kötülük”, “halkın ahlâkını yola sokmak”, “âdâbı muhafaza”, “ahlâk bozukluğu ve cemiyetin dayandığı esaslar”, “rezâil-i aleniye” gibi kelime ve kalıpların gerek Stephen-Mill gerek Hart-Devlin tartışmasında benzer şekillerde gündeme geldiği düşünüldüğünde, bu gibi soruların bazı yerel unsur ve özellikler barındırmakla birlikte insan zihninin temel problem sahalarına karşılık geldiği görülebilecektir. Bkz. Namık Kemal, *Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, Bütün Makaleleri 1* (2. Baskı), Haz. Nergiz Yılmaz Aydoğdu-İsmail Kara, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, s. 490.

<sup>529</sup> İçel, a.g.e., s. 54.

her zaman için ahlâka da aykırı bir eylem olarak değerlendirilir.<sup>530</sup> Bu görüşün diğer bir yaklaşımına göre de, tüm hukuk dalları asgarî ahlâkî korumaya yönelmiştir ve fakat ceza hukuku bu asgarî ahlâkîliğin asgarîsini korumayı hedeflemektedir. Suçlar ciddi birer ahlâkî aykırılıktır, bu sebeple ceza yasaları asgarî etiği korumak için mevcuttur.<sup>531</sup> Daha radikal bir anlayış ise hukukun “*döneminin kristalize olmuş ahlâkî*” olduğunu iddia etmektedir. Bu bakış açısansa hukuk ile ahlâk arasındaki fark nitelik farkı değil, derece farkıdır. Hukukun temeli ahlâktır ve onu reddetmemek gerekmektedir. Bu ise en belirgin şekilde ceza hukuku alanında kendini göstermektedir. Burada suç ve cezanın ahlâkî yargılara dayanılmadan anlaşılmasının imkânsızlığı ön plana çıkarılmaktadır. Hukukta yapılacak her ihlâl aynı zamanda ahlâkî bir ihlâldir de.<sup>532</sup>

Bir diğer bakış açısına göre ise, ceza hukuku ile ahlâkî değer düzeni bir tutulmamalı, bu noktada bir ayrıma gidilmelidir. Toplumsal ahlâkî düzenin tesis edilmesi ya da sürdürülmesi için ceza yasaları, kanun koyucu tarafından insanları yükümlülüğe zorlayacak şekilde kullanılmamalıdır.<sup>533</sup> Ceza hukuku, tıpkı diğer normatif hukuk sahaları gibi insanların kamu alanındaki davranış ve eylemlerini düzenleme amacı gütmektedir, ancak insanların; vicdanı ile ilgili olan tutumlarıyla doğrudan alakadar olmamalıdır.<sup>534</sup> Modern ceza hukukunda suç teşkil eden eylemler toplumsal ahlâkî değerlere aykırı olduğu için değil, kamu düzenini bozdukları için cezalandırılmaktadırlar.<sup>535</sup> Örneğin yalan konuşmak ahlâka aykırı bir eylemdir. Ancak bu yalanın hukukun, yani ceza hukukunun yaptırım alanına girebilmesi için başkalarının yaşamına zarar vermesi ya da zarar tehlikesi taşıması gerekmektedir.<sup>536</sup> Aynı şekilde, davranış normlarıyla, özellikle ahlâkla yasaklanmış cinsel ilişki biçimleri bir mahremiyet bilinci ekseninde kimsenin göremeyeceği bir şekilde gerçekleştirilmesi hâlinde ahlâka aykırılık öz konusu olsa bile hukukun etki alanını

---

<sup>530</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 28.

<sup>531</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 29.

<sup>532</sup> Toroslu/Toroslu, a.g.e., s. 29.

<sup>533</sup> İçel, a.g.e., s. 54.

<sup>534</sup> İçel, a.g.e., ss. 54-55.

<sup>535</sup> Baumann/Weber, a.g.e., s. 8, 19; Aktaran: İçel, a.g.e., s. 55.

<sup>536</sup> Özgenç, a.g.e., s. 29.

kapsamında bir eylem olarak kabul edilmemelidir.<sup>537</sup> Bu davranışın dokunulmaz kabul edilen mahremiyet alanının dışında bir noktada gerçekleştirilmesi hâlinde hukuk kuralları, özellikle ceza hukuku, devreye girebilmelidir.<sup>538</sup> Özgenç için de hukuk ve ahlâk arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Ona göre pozitif hukuk, ceza hukuku insanları ahlâkî olarak doğru davranmaya zorlayan onları “mecbur eden” değil, insanların ahlâkî davranmalarını “mümkün kılan bir araç” olarak anlaşılması doğru olacaktır. Bu şekilde hukukun amacı ve işlevi, ceza hukukunun işlevi, ahlâkî bir temel üzerine oturtulabilecektir. İnsanın kişiliğini oluşturabilmesi ve olgunlaştırması hukuk ile mümkün olabilecektir.<sup>539</sup>

Ceza hukuku ve ahlâk arasındaki münasebetlere farklı bakış açılarıyla yaklaşımlar sergilenebildiğini belirtmiş idik. Bu hususu pek uzatmadan Agtaş’ın “tahakküm” merkezli adalet yaklaşımı üzerinden bir ceza hukuku yorumuna da kısmen değinmek faydalı olacaktır.

Agtaş’a göre cezalandırma adalet beklentisinin en ciddi etkileyicisidir. Neredeyse bütün adalet yaklaşımlarınca, hangi şiddette olursa olsun cezalandırma bir şekilde adaletin tesisi için bir araç olarak kabul edilmiştir. Bazen bir kötülüğe misilleme karşı kötülük olarak, bazen bir zararın tazmini karşılığı olarak vs. cezalandırma tüm kesimlerde varlığını kabul ettirmiştir. Ceza, tüm amaçlara yönelik olarak içeriği olmayan bir şekil bir kalıp gibi anlaşılmaktadır. Bu nedenle her türlü tartışmaya, çekişmeye açık olmakla birlikte onun biçimliği tartışmaya kapalı bir tabu gibidir. Ceza en özgürlükçü, kendisine en mesafeli duran düşünceler için bile bir el freni ya da acil durum butonu olarak, *ultima ratio* başvurulacak bir araç olarak görülmüştür.<sup>540</sup> Buna rağmen ceza, Agtaş’a göre, ne kaynağıyla ne de içeriğiyle bir adalet uygulamasıdır. O, tüm diğer niteliklerinin yanı sıra, hatta hepsinden önce, “*bir tahakküm pratiği*”dir. Kendisini bir adalet amacı olarak sergilemek zorunda değildir. Hatta, bu gibi görünümlerden kendisi saklı tutan sadece tahakküme dair bir işaret taşımakla yetinen cezalar insanî deneyimlerimizde daha çok yer kaplamaktadır. Buradan yola çıkılarak cezanın adalet amacına yönelik rastgele doldurulabilecek bir

<sup>537</sup> Özgenç’in bu noktada, Hart çizgisini devam ettirdiği anlaşılmaktadır.

<sup>538</sup> Özgenç, a.g.e., s. 29.

<sup>539</sup> Arthur Kaufmann, *Recht und Sittlichkeit*, Tübingen, 1964, ss. 17-18; Aktaran:, Özgenç: a.g.e., 29.

<sup>540</sup> Özkan Agtaş, *Ceza ve Adalet*, Metis Yayınları, İstanbul, 2013, s. 27.

biçimliğinden ya da adalete dair şeylerle alakalı bir uygulama olduğundan bahsedilmemelidir. Cezanın tüm ilişkisi, doğrudan, “tahakküm” ile. Adaletle olan ilişkisi ise ayrıca bir açıklama ve temellendirme gerektirmektedir.<sup>541</sup>

Başta Hart-Devlin tartışması olmak üzere, ceza hukukunun işlevinin ne olduğuna dair yapılan tartışmaların, öne sürülen yaklaşımların çeşitli yönlerden, bir ya da birkaç hususun ihmâli ile ve genelde çeşitli varsayımlar üzerinden gerçekleştirildiği söylenebilecektir. Örneğin, ikinci bölümde Hart’ın ve Devlin’in tartışma esnasındaki yaklaşımlarına ve temel argümanlarına ilişkin yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, her iki tarafta öncelikle ahlâkî gerek kaynaklık etme ve gerek kendini gösterme yönlerinden bir şekilde toplum ve toplumsal olanla ilişkilendirmişler, onun toplumun haricinde ve üstünde aşkın bir noktadan doğabileceğini, doğa ya da Tanrı ya da insan aklı kaynaklı bir düzen olup olmayacağına dair bir tartışmaya girişmemişlerdir. Her ne kadar Devlin’de Hristiyan ahlâkına ve “mâkûl insan” a dair bir değini söz konusuysa da, bunlarda bile ahlâk bir şekilde doğrudan ya da dolaylı toplumsal bir dizge olarak ele alınmış, onun bir ürünü ya da sonucu olarak var sayılmıştır. Keza Hart da ahlâka benzer bir perspektiften bakmış onun “aşkın”lığına dair bir soruşturmaya girişme gereği duymamıştır.

Ceza hukukunun işlevine dair, Türk ceza hukuku literatüründe müstakil bir çalışma neredeyse yok denecek kadar azdır. 19 ve 20. Yüzyılın ortalarında İngilterede cereyan eden ve toplumsal infiâle neden olan olaylar iki ciddi tartışmaya yol açmış ve bu tartışmalar artçı kabilinden bir çok tartışma ve çalışmaya da zemin oluşturmuşken, Türkiye’de hemen her hafta benzeri infiâller yaşanmasına rağmen bu somut olay ve olgular üzerinden düşünce ve akademik yönden ciddi sayılabilecek bir tartışma maalesef görülememektedir. En basit anlamda zaman zaman gündeme gelen ölüm cezası hakkında dahî köşe yazısı seviyesini aşan, belirli bir hacim ve kuvvete ulaşan düşünsel tartışma zemini bizce henüz sağlanamamıştır. Bu bakımdan Hart-Devlin tartışması, özellikle Türk ceza hukukunun batı menşeli ceza hukuku teorisini, bu teorinin çatısı altında ceza hukukunun işlevi ve amaçları konusunda bir soruşturmaya örneklik teşkil edebilecek bir mahiyettedir. İçerisinde barındırdığı soru

---

<sup>541</sup> Agtaş, a.g.e., s. 28.

ve sorun alanları, en başta hukuk-ahlâk problematiği, ceza hukuku ve ahlâk ilişkisi gibi yönlerden düşünsel üretimi tahrik edici bir nitelik arz etmektedir. Bir tartışmanın sunduğu imkânlar üzerinden ceza hukukunun işlevini yeniden düşünmek, en nihayetinde esaslı bir rasyonel akıl yürütmeyi zorunlu kıldığından, her şeyi en baştan yavaş ve basit sorularla ele almayı gerektirmektedir. Bu bağlamda, öncelikle ahlâkın ne olduğuna dair etimolojik, epistemolojik, sosyolojik ve hatta teolojik bir perspektiften sorgulamaya girişmek, bunun neticesinde meydana çıkacak olan yeni soruların cevabını da gözeterek, ahlâkla olan ilişkisi bağlamında hukuka dair bir incelemeye girişmek yerinde olacaktır. Ahlâksızlığın cezalandırılabilip cezalandırılmayacağı, ceza yasalarıyla ahlâksızlığın önünün alınabilip alınamayacağı, ahlâkın kendisinin ve kaynağının ne olduğu, hukukun kapsamının ve amacının ne olduğu gibi sorular en temelde öncelikle ahlâkın ve onunla ilişkili bir biçimde de hukukun yeniden ele alınması ile cevap aranabilecek konulardır.

## **2.1. Ahlâkı Yeniden Düşünmek**

Çalışmanın henüz başında hukuk ve ahlâka ayrı bir bölüm açılarak panoramik bir bakışla kavramsal olarak neye karşılık geldikleri izâh edilmeye çalışılmıştı. Bu kez, ceza hukukunun işlevine dair bir soruşturmaya kalkışmanın bizce ilk ayağı olması gereken ahlâkın bizatihi kendisine dair bir düşünceye girişmenin temel problem noktalarına değinilmesi yerinde olacaktır.

Öncelikle yaygın kanaate göre ahlâk, değer alanına ait bir dizgeye karşılık gelmektedir. Her şeyden önce, değer ve değerlendirmeye ilgili bir kavramdır. Bu bakımdan, değer ve değerlendirme bahsinde akla gelen ve çalışmamızın konusuyla ilişkili olarak gördüğümüz bir sorunun ele alınması gerektiği düşünülmektedir. Değerin bizâtihi kendisinden ziyade değerlendirmenin ele alınması daha uygun düşecektir. Öncelikle değerlendirme denilen süreç gayet tabi görelî bir eylem olmak durumundadır. Bu noktadaki görelîliğin aşılması yolunda da iki temel yaklaşım söz

konusudur. Bu yaklaşımlar pozitivist ve geniş perspektiften bir kullanımıyla idealist yaklaşımlardır.<sup>542</sup>

Pozitivist yaklaşıma göre, değerlendirmelerin göreliliği ve değişken niteliği, bizzat değer kendisinin göreliliği ve değişken niteliğiyle aynı şey olarak kabul edilmelidir. Bu yaklaşıma göre değer, değerlendirme süreçlerinin bir ürünüdür. İnsanlar faydalılık ekseninde değerlendirme sürecini sürdürürler ve neticede değerler meydana gelir. Zamanla durumun değişmesi ve yararlı olan şeylerin artık farklılaşması hâlinde değerler de değişebilecektir.<sup>543</sup>

Buna karşılık, idealist yaklaşımı benimseyen diğer düşünce grubuna göre ise, değerlendirmelerin değiştiğini, farklı yerlerde farklı değer yargılarının söz konusu olabileceğini vurgulayarak, değerlendirme ve değer arasında bir ayrıma giderler. Değerler için, değişkenlik mekânsal veya zamansal değişiklikler söz konusu olmayacak, o, bir değerlendirme sürecinin tortusu olarak kabul edilemeyecektir. Bochenski'nin güzel bir örneğiyle açıklanacak olursa: Eski Mısırlılar, modern geometrinin aksine, bir üçgenin alanının hesaplanması için yanlış bir formül kullanmaktaydılar. Bu formül uzunca bir süre kullanılmıştır. Bu durum, üçgenin alanının hesaplanması için iki ayrı formülün olduğunu kanıtlamayacaktır. Doğru formül tektir ve her durumda doğrudur, insanlar onu henüz bilmiyor, keşfetmemiş olsalar dahî o formül vardır ve doğrudur.<sup>544</sup> İdealist bakış açısına göre temel değerlerde değişikliğin olması söz konusu edilemez. Bu mümkün değildir. Ne insan ne de Tanrı temel değerlerde bir değişiklik yapabilir.<sup>545</sup>

Değer konusundaki bu iki bakış açısı en temel yaklaşımları temsil etmekte olup, konuya farklı noktalardan bakan düşünce yapıları da mevcuttur. Değer ve

---

<sup>542</sup> Bochenski, a.g.e., s. 57.

<sup>543</sup> Bochenski, a.g.e., s. 58.

<sup>544</sup> Bochenski, a.g.e., s. 58.

<sup>545</sup> Bochenski, a.g.e., s. 59. Krş. dn. 175. Ayrıca, değere ilişkin bu iki bakış açısı ağırlıklı olarak batı düşüncesindeki olgu-değer probleminin de bir veçhesini oluşturmaktadır. Problemin bir ahlâk felsefesi sorunu olarak ele alınışı için başlangıç mahiyetinde bir metin olarak bkz. Recep Kılıç, *Ahlâkın Dini Temeli* (7. Baskı), TDVY, Ankara, 2012, s. 165.

değerlendirme hakkındaki yaklaşımlar, ahlâkın masaya yatırılmasında bizce önemli bir ön merhale olarak kabul edildiğinden, en köklü ve net olan ikisine ana hatlarıyla da olsa değinilmesinde yarar görülmektedir. Çünkü, ahlâka dair yapılacak bir soruşturmadaki düşünsel tavrın, değere ilişkin yapılan çıkarımlardan bağımsız olduğunu söylebilmek mümkün değildir. Değeri kendi başına değişmez ve sarsılmaz bir gerçeklik olarak kabul etmekle, onu belli süreçlerin bir sonucu ya da bir olgu olarak kabul etmek, ahlâka olan çeşitli yaklaşımların temel güzergahını belirlemektedir.

Ceza hukukunun işlevi üzerine girilecek bir soruşturmanın ‘değer’den sonraki ikinci durağı, değer belki de en geniş bir dairesini ifade eden ahlâk oluşturacaktır. Ahlâka dair çalışmanın ilk bölümünde, bu tez açısından yeterli kabul edilebilecek açıklamalara yer verilmiş idi. Tekrara düşülmemesi adına bu başlıkta sadece, ceza hukukunun işlevi bağlamındaki tartışma önerimiz çerçevesinde tarafımızca kritik kabul edilen noktalara değinilecektir.

Değer konusunun akabinde karşımızda en problemlili, en geniş kavramlardan olan ahâka dair ceza hukukunun işlevi konsundaki soruşturmada işaretlenmesi gereken en kritik noktaların belirlenmesi gerekmektedir. Bu kritik noktalar çeşitlendirilebilir ve çoğaltılabilirse de bizce geniş perspektiften bir bakışla iki başlık altında toplanabilecektir. Bu kritik noktalardan ilki, ahlâkın, çeşitli alanlardaki kullanımlarının esasında bir kaos teşkil edecek derecede farklılıklar içermesi, bu noktada oluşan anlam karmaşasının tetkik edilerek mümkün olduğu kadar sadeleştirilmesi hedeflenmeli, ahlâk, karmaşaya neden olan diğer kavram ve kullanımlarla ilişkisi bağlamında kapsamlıca tanımlanmalıdır. Birinci bölümde yer yer onun bazı kavram ve terimlerle olan ilişkisini ve bunlara dair yapılan değerlendirmelere değinilmiş idi. Ancak burada, ahlâkın, köken/kaynak ya da bir kurallar bütünü mü yoksa eylem için bir ilke mi ya da başka bir şey mi olduğuna değil, salt kullanımdaki karmaşaya temas etmek gerekmektedir. Bu konuda kesin bir çözüme ulaşmanın mümkün olmadığını zikretmek yanlış olmayacaktır. Ancak bu husustaki kaotik ortamın bir nebze olsun sadeleştirilmesi gerekmektedir.

Ahlâkın halktan akademiye kadarki geniş kullanımı hususundaki tartışmayı salt Türkçe açısından ele aldığımızda bile, onun bazen âdet, örf, töre, görenek ve gelenek gibi kelimelerle bazen yakın anlamlı bazen doğrudan eş anlamlı olarak kullanıldığı, bazen bir anlam ikamesinin ötesinde doğrudan ahlâkı karşılayan bir kavram olarak kullanıldığı söylenebilir. “Moral”, “morals”, “morality”, “ethic”, “ethics” gibi batı menşeli ve Türkçe’de de çeşitli şekillerde kullanılan karşılıklarıyla<sup>546</sup> birlikte düşündüğümüzde konu içinden çıkılmaz bir hâl almaktadır. Burada önerilen, ahlâka sıfırdan bir tanım girşiminde bulunmak değildir. Bu başlı başına müstakil bir konudur. Buradaki gaye, ahlâka dair bir tanım getirmeye kalkışmadan önce, “ağyâr”ı dışarıda bırakarak “efrâd”ı toplamayı kolaylaştırmaktadır. Meselâ, ahlâkı diğer kavramlardan ayırtırmak için şöyle bir kategorileştirmeye gidilebilir: İki tür “ahlâk” tan bahsedilebilir.<sup>547</sup> Bir “ahlâk”, insan eylem ve davranışlarını yönlendirmeyi hedefleyen kurallar bütünüdür, kaynağını doğrudan Tanrı’da, doğada, Tanrının kontrolündeki doğada,<sup>548</sup> akılda, doğaya uyumlu akılda ya da Tanrı’ya yönelmiş akılda bulmaktadır. Bir diğer “ahlâk” ise, ilk ahlâktan farklı olarak toplum ve toplumsal hayatla ilişkilidir, bu ilişkinin boyutu ve kaynağına göre de çeşitli şekillerde anılır. Örf, gelenek, görenek, töre, âdet gibi. Sanılanın aksine bahsedilen her iki ahlâk arasındaki ayrım çoğu kez gözetilmemekte kelimeler hem lâfzen hem de mânâen hatalı, eksik, içeriksiz ve anlamsız kullanılabilmektedir. Ahlâka dair diğer iki kritik noktaya geçmeden önce bu hususta araştırma yapılması doğru bir hamle olacaktır.

Ceza hukukunun işlevine dair yapılacak soruşturmanın bu aşamasında, ahlâka dair tartışmaların en bilinenlerinden biri olan ahlâкта evrenselliğin mümkün olup

---

<sup>546</sup> Etik, moral gibi.

<sup>547</sup> Benzer bir ayrımı Duralı’nın çalışmasında da görebiliriz. Ahlâksızlığa dair açıklama yapılırken, “topluma ya da tüm insanlığa şamil bir ahlâk”tan bahsedilmektedir. Bkz. *Ahlâk/î*, Kutadgubilig Türkçenin Felsefe-Bilim Sözlüğü, Haz. Şaban Teoman Duralı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2013, s. 93.

<sup>548</sup> Antik Yunanda kozmosa uyum söz konusu iken stoa felsefesinde ve özelde de Seneca’da kozmosa uyumla birlikte ve akıl devreye girer ve bunlar bir tanrıyla ilişkilendirilir. “En yüce hayrın doğaya uygun yaşamak olduğunu sık sık dile getiririz. Ve doğa bizi iki amaç için yaratmıştır: tefekkür ve eylem. (...) Her bir insanın içine semavi tohumlar düşmüştür. Bu tohumlar iyi bir şekilde yetiştirildiği takdirde, bunlarla aynı öze sahip ve bunları yaratana layık bir hasat elde edilir. Fakat özen gösterilmezse, tıpkı verimsiz ve bataklık bir toprakta olduğu gibi, bu tohumlar ölür ve buğday taneleri yerine zarralı otların baş verdiği görülür.” Bkz. Lucius Annaeus Seneca, *İşsizliğe Övgü*, Çev.: Berna Günen, Kırmızı Kedi Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 16, 65.

olmadığıdır. “Hakîkatin evrensel olduğu” yönündeki önerme/iddia belirli bir felsefe yapma geleneğinin, özellikle de batı düşünce geleneğinde<sup>549</sup> görülebilen ve “evrenselci” olarak adalandırılabilen bir felsefenin iddiası olmuştur. Bu durum hâlen geçerlidir.<sup>550</sup> Gerçekten de “evrensel” ve “evrensellik” gibi ifadeler felsefeden gündelik hayata kadar pek çok saha ve mecrada kullanılagelmiştir.

Evrensellik sorunu, esâsen, tarihin en eski tartışma alanlarından biridir ve zaman içerisinde fikrî çatışmalara yol açmış bir alandır. Buradaki temel tartışma, ilk anlamda felsefeyle uğraşanlar arasında felsefenin kavramlarda en genel olana ulaşma çabasıyla evrensel olana varma arzusu olarak kabul eden evrenselciler ile evrensel ve evrensellik diye bir şeyin söz konusu olmadığını bunun yalnızca bir aklî adlandırma olduğunu, bir gerçekliğe sahip olmadığını öne sürenler (nominalistler) arasındaki tartışmadır.<sup>551</sup> Ahlâkta evrenselliğin söz konusu olup olamayacağı, daha doğrusu evrensel bir ahlâkın ya da ahlâk ilkelerinin mevcut ve mümkün olup olamayacağı sorularına yönelik sergilenen iki farklı yaklaşım da bu tartışmanın bir görünümünü teşkil etmektedir denilebilir. Ahlâkta evrenselliğin mümkün olduğunu, veya bir evrensel ahlâkın mümkün olduğunu savunan evrenselci yaklaşıma karşılık, bu görüşü kabul etmeyen, ahlâkta yerel ve toplumsal olanın önemli olduğunu, ahlâkın kaynağı ya kendisini tetikleyen esas muharriklerin bunlar olduğu yönünde yaklaşımlar da mecuttur. Esasen evrensellik fikrinin, düşünce tarihinin her döneminde etkili olduğu söylenebilecektir. Çünkü tarih içerisinde ciddi fikirlerin, felsefelerin incelenmesiyle görülecek olan, düşünce sahiplerinin büyük bir kesiminin, felsefe ve bilimde olduğu kadar, ahlâkta ve hukukta da “evrensel” olanı keşfedip toplumsal yaşama entegre

---

<sup>549</sup> “Evrensellik” terimine dair farklı bir bakış açısı ortaya koyan Arslan, kelimeyi Hristiyanlık ve Yahudilik arasındaki tarihsel gerilimin başlangıcına götürmekte, teolojik bir yaklaşım sergilemektedir: “Batı’daki evrensellik düşüncesinin ortaya çıkışındaki önemli faktörlerden biri de Yahudiliğin seçkin kavmiyetçiliğidir. Zira Hristiyanlık yani Katolik Kilisesi, onların bütün ötekilere kapıyı kapatmış olmasına bir tepki olarak kendini katolikus olarak tanımlıyor. Yani, ‘Biz evrenseliz, biz herkese açığız.’ Bu aslında Yahudiliğin seçkin kavmiyetçiliğine duyulan bir tepkidir. Aslında günümüzün dünyasında, özellikle de Müslümanların sık sık “İslam evrensel bir dindir” şeklindeki savunmacı argümanlarla bu evrenselliğe vurgu yapmaları problemlidir. Çünkü bunların çok açıklayıcı şeyler olmadığını, kavramın kendisini doğuran tarihsel, siyasal ve dini sebeplere dönüp baktığınızda ancak anlayabiliyorsunuz. [E]vrensel kavramını bir Hindu da bir Taocu da bir Şintoist de anlamakta güçlük çeker.” Bkz. Abdurrahman Arslan, *Yeni Politik Kültürün Dünyasında*, Beyan Yayınları, İstanbul, 2017, s.21.

<sup>550</sup> Özlem, *Kavramlar....*, s. 162.

<sup>551</sup> Özlem, *Evrensellik....*, s. 11.

etme, toplumsal yaşamı kurgulama teşebbüsünden<sup>552</sup> vazgeçilemediği görülecektir.<sup>553</sup>

Ahlâkta evrenselliği mümkün gören, hatta doğrudan dinî ya da din dışı evrensel ahlâkı gerekli kabul eden evrenselci düşünceye karşın, yukarıda da değinildiği gibi, ahlâkta evrenselliği mümkün görmeyen, onu belirli toplum, zaman ya da mekânla sınırlı gören, bir düşünce de var olmuştur. Bu bakımdan evrenselci yaklaşım tekel değildir. Tarih, gelenek, kültür gibi kavram ve terimleri sahiplenme ve üzerine fikir yürütme ihtiyacını gideren evrenselci olmayan düşünsel girişimler de var olagelmıştır. Özellikle Sanayi Devrimi ve devamındaki süreçte, ya da kısaca 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra da denilebilir, evrenselci tutuma nazaran, bu nominalist, yerelci, tarihselci, toplumcu düşünme tarzı çok ciddi yoğunluk kazanmıştır.<sup>554</sup>

Ahlâkta evrensellik<sup>555</sup> problemi Hart-Devlin tartışması üzerinden düşünüldüğünde, Hart'ın tam anlamıyla toplumsal olana, doğal olarak içerisinde tarih, kültür gibi ögeleri de barındıran, bir ahlâk anlayışı söz konusuysa, Devlin'de, kendisi bu düşüncesini yumuşatana kadar (ya da tamamen terk edene kadar)

---

<sup>552</sup> Ahlâk üzerine klasik anlamda evrenselci bir yaklaşım örneği için Voltaire'ye kulak verilebilir: “İklim, âdet, dil, kanun, inanç, zeka seviyesi bakımından birbirinden çok farklı insanlar tanıdım, ama hepsinin ahlak temellerinin aynı olduğu bilincinde vardım. Bu insanlar hepsinin, teolojiyle ilgili tek kelime bilmedikleri halde, haklı ve haksız hakkında az çok fikirleri vardır. Hepsi akıl yürütmeye başladığı yaşlarda, aynı sopalarla yükleri kaldırmayı ve bir dereyi küçük bir tahta parçası üzerinde, hiç matematik bilmeden geçmeyi öğrendikleri gibi, bu konuda da fikir sahibi oldular. (...) Piramitleri ve obeliskleri diken Mısırlıya ve amaçsızca dolaşan ve bir kulübe dahî nedir bilmeyen İskitliye, geliştikçe aynı gerekli ilkelerin frskına varmalarını sağlayacak akli Tabnrı daha en başınan vermemiş olsaydı, haklı ve haksızla ilgili aynı temel kavramları nasıl geliştirmiş olabilirlerdi? Aynı şekilde onlara bahşettiği organlar değil mi, belli bir enerji seviyesine ulaştıklarında, İskit ve Mısır ırkını mutlak surette devam ettiren. Ben dilinde geometri ve astronomi sözcüklerini karşılayacak terimler dahî bulunmayan, hunhar, kan dökücü ve yağmacı, cahil barbar, batıl inançlı bir sürü görüyorum; oysa ki bu halkın yıldızlara ulaşan yolları bilen ermiş Keldani ile; ondan çok daha bilgin olan, yıldızlarla ilgili edinmiş olduğu bilgiden faydalananak, Okyanus'un Akdeniz'le birleştiği yarımkürenin sınırında sömürgeler kurmaya giden Fenikeli ile aynı kanunları vardır. Tüm bu halklar babaya, anneye saygı duymak gerektiğini ve yalan yere yeminin, iftiranın adam öldürmenin çok kötü olduğunu ileri sürerler.” Voltaire, *Cahil Filozof* (3. Baskı), Çev. Güzin Aker, Kırmızı Kedi Yayınevi, İstanbul, 2019, ss. 68-70

<sup>553</sup> Özlem, *Evrensellik...*, s. 12.

<sup>554</sup> Özlem, *Kavramlar...*, ss. 163-164.

<sup>555</sup> Bu hususta güncel ve müstakil bir inceleme için ayr. bkz. Rabia Soyucak, *Ahlâkta Evrensellik ve Değişme, Doğru Yolda Düzgün Yürümek*, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2019.

Hristiyan ahlâkı önerisiyle evrenselci bir tutum takınıldığı, ve fakat daha sonra bu evrenselci tavrın, Hristiyan ahlâkından toplumca içselleştirilmiş Hristiyan ahlâkına doğru yapılan dönüş ile evrensellik problemine yaklaşımda değişiklik söz konusu olduğu söylenebilecektir.

Ceza hukukunun işlevi hakkında düşünmeye başlamanın diğer bir kritik noktası da, yine evrensellik tartışması altındaki ahlâk-din ilişkisi oluşturmakta; bunların bağımsız bir kimliği bulunmadığı ve gerçekte evrensellik problemi altında değinilmesinin yeterli olacağı düşünüldüğünden bu konuda laisizm ve sekülerizm bağlamlarına temasta bulunmadan, kısaca bahis konusu etmekle yetinilecektir.

Ahlâk ve din arasındaki ilişkiye ilk bölümde ahlâkın temeli başlığı altında değinilmiş olsa da bir problem alanı olarak burada onun en temel karakteristiğine değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Her şeyden önce, ahlâkın kökeninin din olması gerektiği, bir dinin, doğal olarak Tanrı'nın insan eylemlerinin iyiliği ve kötülüğü noktasında belirleyiciliğini kabul eden bir yaklaşım, bu problemin bir cephesini teşkil etmektedir. Bu yaklaşıma göre ahlâk dinde içkindir. Din, ahlâkı içermektedir, çünkü ya Tanrı'nın her zaman ahlâkî olarak zorunlu eylem ve davranışları emrediyordur ya da Tanrı'nın gerçekleştirilmesini istediği eylemler zorunlu eylemlerdir.<sup>556</sup> Öte yandan bu yaklaşımı paylaşmayan, dinini bir takım ahlâki içerikli emir ve yasaklar barındırdığını kabul etmekle birlikte esâsen ahlâkın dinden bağımsız bir kaynağa sahip olduğunu savunan düşünce de en azından modernite sonrası ağırlık kazanmıştır.

---

<sup>556</sup> Bu yaklaşıma örnek olarak, edebiyatçı ve Hristiyan din adamı Jonathan Swift tarafından kısmen kinayeyle ifade edilen şu cümleler gösterilebilir kanaatindeyiz: “Şu bir gerçek ki, bu filozoflar uzun zamandan beri insanın gerçek mutluluğunun nerede yattığını araştırıyorlardı; ve bu konuda kesin bir kanıda buluşamadıkları için ister istemez şu sonuca varmışlardır: Tarafsız bir yargıda bulunulduğu takdirde, kendilerinin bütün o arayış ve sorgulamalarının nihayetinde beyhude ve verimsiz olduğu anlaşılır; bunun sonucu olarak, insan aklının ürünü olan bütün bilgeliğin yetersizliği kabul edilmekle kalınmayacak, ayrıca Kutsal Kitap'ın ne zamandır keşfedilmeyi bekleyen o saklı hakikatleri açığa vurarak insanlığın genel mutluluğunu hiçbir şüphe ve tartışmaya mahal bırakmadan sağlayacak ve böylece muhteşem ışıyla dünyamızı aydınlanması için bir kapı açılmış olacaktır.” Jonathan Swift, *İrlanda'da Yoksul İnsanların Çocuklarının Ailelerine veya Ülkelerine Yük Olmasını Önlemek ve Onları Topluma Kazandırmak İçin Makul Bir Öneri*, Çev.: Orhan Düz, Kırmızı Kedi Yayınevi, İstanbul, 2019, ss. 49-50.

Gerçekten de, özellikle Aydınlanma sürecinin, tabi devamındaki süreçte de, en çok tartıştığı konulardan biri ahlâka nasıl bir temellendirme yapılacağına dairdir, Arslan’a göre. Çünkü ahlâk metafizik niteliğinden soyulmuş, boşlukta bırakılmıştır ve bir şekilde bir yere sabitlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Aydınlanmayla birlikte, dinin, ahlâk üzerindeki, yani insan eylem ve davranışları üzerindeki belirleyiciliğinin dinle, yani Hristiyanlıkla sağlanması kabul edilebilir değildir. Bunun en belirgin örneği, tüm insanlığı kapsayacak evrensel nitelikte ve dinî değil rasyonel temele dayandırılan bir ahlâk dizgesi kurmak istemekte idi.<sup>557</sup> Örneğin Kant’ın metodu, tüm menfaatlerin, insan doğasının herhangi bir görünümüne yapılan atfın, mutluluk ve refah adına yapılan her türlü zihinsel çabanın arzunun, boşa çıkarılmasıdır.<sup>558</sup>

Ahlâk ve ahlâkla ilgili problemler üzerine düşünmeye başlayan bir kimse, mantıksal bir tutarlılık ve kavramsal maharetle temellendirecek, eylemlerin arkasında değişmeyen sabit ilkeler bulmayı umut edecek ve rölativizmin yıkıcı etkilerinden kurtulmak isteyecektir. Bu açıdan, ahlakın evrenselliği ya da ahlâkta evrensellik, ahlâkı düşüncenin nesnesi kılan bir zihnin aşması gererken önündeki en önemli güçlüklerden biridir.<sup>559</sup> Bunun bir diğer alt görünümü de ahlâk ile din ilişkisi bağlamındaki problemdir. Burada belirleyici olacak olan öncelikle ahlâktaki evrensellik sorununa dair bir çözüm süreci yürütülmesi buna bağlı olarak da, evrensellik düşüncesinin en somut ve doğrudan hayata da etki eden bir görünümü olan dinle olan ilişkisinin tartışılması gerekmektedir. Ahlâkta evrensellik

---

<sup>557</sup> Ahlâkta evrenselliğe Hristiyanlık üzerinden getirilen eleştiriye işaret etmesi açısından bkz.: “Hristiyan ahlakının paradoksu, kendilerini toplumun geri kalanından ayıran bireylere ya da küçük topluluklara hitabeden bildirilerden daima bir bütün olarak toplum için bir yasa bulup çıkarmaya çalışmış olmasıdır tam da. Bu, hem İsa’nın ahlakı hakkında hem de St. Paulus’un ahlakı hakkında doğrudur. Hem İsa hem de St. Paulus, Tanrı en sonunda Mesih’in krallığını başlatmadan ve tarih bir sona vardiirilmadan önceki kısa bir ara dönem için tasarlanan bir ahlâk vazettiler. Dolayısıyla, söyledikleri şeyde, kalıcı bir şekilde sürgiden bir toplumda yaşamak için bir temel bulmayı bekleyemeyiz. Dahası, İsa, her halükarda, kendine yeten bir yas açığa vurmak değil, fakat Ferisi ahlakının ıslahını sağlamak kaygısındadır- kısmen Ferisî kurallarının gayesini öne çıkarma meselesi olan ve kısmen de krallığın gelişi pek yakınsa bu kuralların nasıl şerhedilmek zorunda olduğunu gösterme meselesi olan bir ıslaktır.” Bkz. MacIntyre, a.g.e., s. 131.

<sup>558</sup> Abdurrahman Arslan, *Zamandışı Konuşmalar*, Beyan Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 24-25.

<sup>559</sup> Poyraz, *Ahlak Felsefesi*..., s.129.

düşüncesinin, rasyonalite temelli ahlâk yaklaşımı da düşünüldüğünde,<sup>560</sup> tek şekli din olmamakla birlikte, en önemli aşamalardan birini dinin teşkil ettiği söylenmelidir.<sup>561</sup>

Böylece, ceza hukukunun işlevini tartışabilmek için başlatılacak bir düşünüşün ilk aşaması olan değer, ahlâktaki anlam karmaşası, evrensellik problemi ve din-ahlâk ilişkisi üzerine tutarlı ve geniş çerçeveden rasyonel sorgulama teklifinden sonra, ikinci aşama olan ve iki alt kritik noktadan ibaret hukuku yeniden düşünme teklifine dair açıklamalara geçilebilir.

## 2.2. Hukuku Yeniden Düşünmek

Ceza hukukun işlevini yeniden düşünmenin, bir diğer deyişle, Hart-Devlin tartışmasının sağladığı imkânlar üzerinden tartışmaya açmanın ikinci aşaması olarak hukuk üzerine yeniden -ve ilk bölümdeki hukuk kavramına, ikinci bölümdeki hukuk-ahlâk problematiğine ilişkin yapılan açıklamalar da göz önünde bulundurularak -iki temel kritik nokta üzerinden eleştirel bir yaklaşım isabetli olacaktır.

Hukuk ve hukuk-ahlâk ilişkisine dair yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hukukun ne olduğuna dair soru genellikle çeşitli yönlerden tanımlanmaya çalışılmış, onun ahlâkla olan ilişkisine, tanımlamanın akabinde ayrı bir başlık olarak değinilmiştir. Bu yaygın yaklaşım tarzı, kendi içerisinde başka bir yaklaşımın neticesini teşkil etmektedir. Hukuka dair konuşmak, batı düşüncesinin geçirdiği büyük dönüşümler neticesinde onun ahlâkla olan organik ilişkisi kesintiye uğratılarak -daha doğrusu, dinle olan bağın kopma noktasına getirilmesi ve dinin bir uygulama biçimi olarak ahlâkın da bu kırıma mâruz kalması neticesinde-, hukuku, hukuk olarak

---

<sup>560</sup>Gerçekten de başta, Sokrates, Eflatun, Aristoteles ve Kant başta olmak üzere bir çok filozof evrensel ahlâkı rasyonalite üzerine temellendirme girişiminde bulunmuş, düşüncelerini *ratio* üzerine kurmuşlardır. Bkz. Poyraz, *Ahlak Felsefesi*..., s. 130. Antik çağdan sonra asıl kırılma Descartes'in Kartezyen felsefesiyle baş vermiş, Kant ile olgunlaşmıştır. Ahlâkın temellerinin saf ulaştığı ilkeler üzerine kurulabileceği kanaatine varan Kant, Çalma! Yalan kouşma! gibi temel ahlâki emirleri kimin söylediği şeklindeki soruya "Tanrı" cevabını vermiş, rasyonel düşüncesinde Tanrı'yı bir noktaya oturtmuş, saf aklın bütünüyle Tanrı'dan kopmasına izin vermemiştir. Bkz. Arslan, a.g.e., ss. 31-32.

<sup>561</sup> Poyraz, *Ahlak Felsefesi*..., s. 130.

ele alma yaklaşımı benimsenmeye başlamıştır. Bu yaklaşım, hukuka dair tanımlamada, hukukun ahlâkla olan ilişkisini diğer alelâde sosyal normlarla olan ilişkisi gibi bir alt başlık altında “geçişirme” şeklinde kendisini göstermiştir.

Hukuk ve ahlâk, insan eylem ve davranışlarını düzenleyen, insanlara doğru eylem kalıplarının ne oldukları vaz eden normatif sistemler olarak, ikinci bölümde zikredildiği gibi bir çok ortak nokta ve özelliğe sahiptir. Bununla beraber diğer bazı noktalardan da ciddi farklar barındırmaktadırlar. Tekrara düşülmemesi adına burada ikinci bölümde yapılan açıklamaları hatırlatmakla yetinilecektir.

Hukukun ne olduğu sorunu, Hart-Devlin tartışmasının temel problem alanlarını da gözeterek ceza hukukunun ve işlevinin ne olduğu sorunu; hukukun, doğrudan ahlâkla ilişkilenen, kendisini ona göre konumlandıran bir tanımına gidilmesinin doğru bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz. Hukuku salt bir buyruk olarak kabul eden en katı pozitivit yaklaşımdan, onu safi ahlâk olarak değerlendiren diğer uca kadar, hukukun salt hukuk olarak ele alınması onun ahlâkla olan ilişkisi bağlamında değil de, kendisinin tanımından sonra bir alt kategori değinilmesi Vecchio’nun değinisini<sup>562</sup> akla getirmektedir. Burada, kökü derinde olan bir zihniyet değişiminin yansıması görülebilmektedir.

Vecchio, gözlerden kaçan ve fakat bizce çok önemli olan hukuk ile ahlâk arasında bir ayrımın söz konusu olabileceği, bununla birlikte ayrılığın olamayacağı yönündeki tespiti ile, bizim hukuka dair düşüncemizin –dolayısıyla ceza hukukuna dair düşüncemizin de- iskeletini, temel yaklaşım noktasını belirlemiş olmaktadır. Vecchio, hukuk ile ahlâk arasındaki ayrımın, “*tefrik*” yani “*distinction*” olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu ilişkinin “*ayrılık*” yani “*separation*” olarak kabul edilmemesi gerektiğinden bahsetmekte, bu “hukuk-ahlâk ayrımına getirdiği bu “ayrım”la hukuk, ceza hukuku ve ahlâk arasındaki ilişki için bir köşe taşı sunmuş olmaktadır. Gerçekten hukuk ve ahlâk ilişkisi irdelenirken ağırlıklı olarak ikisi arasında bir “*seperasyon*” süreci işletilmekte, iki kavram arasında bir uçurum

---

<sup>562</sup> Del Vecchio, a.g.e., s. 179.

yaratılmaya çalışılmaktadır. Bu ayrım, yukarıda değinildiği üzere, mâzîsi aklın ve akıl sahibi insanın her şeyin merkezi hâline geldiği dönemlere dayanmaktadır. Ancak, Del Vechhio'dan istifade ederek, hukuk ve ahlâk arasındaki ilişki ele alınırken, muhakkak farklı özellikleri var olmakla birlikte, iki arasında bir tasnif yapılırken her iki kavram alanının ortak noktalarını öne çıkarmak yerinde olacaktır. İki kavramın tarihsel süreçteki ilişki boyutları da dikkate alınarak ve fakat ahlâkın hukuku da kapsayan genişliğine vurgu yaparak ahlâk-hukuk ilişkisinde *separasyon* değil “*distinction*” sürecinin işletilmesi, hukukun anlaşılması, hem de ceza hukukunun işlevinin ne olduğuna dair soruşturmanın sürdürülmesinde bizce en önemli bir noktayı temsil etmektedir. Bu yaklaşım, ne katı pozitivizmin ne de romantizme varabilecek bir doğal hukuk anlayışının uç noktalarına düşmeyecektir. Hukuk ve ahlâk ilişkisi, hukukun tanımlanmasında ve bağlı problemlerin yürütülmesindeki bu viraj, hukuk ve ahlâkın *ayrılığı*<sup>563</sup> değil *tefriki* ile, yani Guitton'un da belirttiği gibi, daha iyi bir birleşim için<sup>564</sup> ayırt etme (*distinction*) usûlüne başvurularak alınabilecektir.<sup>565</sup>

Hukukun yeniden düşünülmesindeki, ikinci aşama olarak, hukukun düzen ve düzenlemeye mâtuf yönünün, esasen sosyoloji bilimine ait olan ‘toplumsal kontrol’, ‘toplumsal değişim’ ve ‘toplum mühendisliği’ gibi kavram ve terimlerin yardımıyla tartışılmasından ibarettir. Çoğu kere hukukun, sosyal kontrol ile toplumda düzen sağladığı, onu koruduğundan bahsedilse de, onun düzenleme, dizayn etme, değişme ve değiştirme aracı da olduğuna ya hiç temas edilmemekte ya da geçiştirilip satır aralarında değinilmekle yetinilmektedir. Bu bakımdan, hukukun yeniden düşünülmesi için, nâdiren vurgulanan onun başlı başına bir “araç” olduğu ve “toplum mühendisliği”ne varabilecek bir hat üzerinde vazife görebildiği hususunu es geçmek mümkün görünmemektedir.

<sup>563</sup> Hart'ın, -Devlin'le olan tartışmasında ve bahsedilen diğer düşüncelerini de gözeterek- meşhur “Positivism and the Separation of Law and Morals” makalesinin başlığında “separation”un kullanıldığını ve Türkçe çevirisinin de “ayrılma” olarak yapıldığını hatırlatmak isteriz. Bkz. H. L. A. Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, Gürler, S. (Eds.), *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 101-151.

<sup>564</sup> Buradaki birleşimden kastımız, hukuk ile ahlâkın ortak zeminler üzerinden birlikte düşünülmesinin imkânlarının kullanılmasıdır. Tekin'in ifadesin ödünç alınarak söylenecek olursa, gayri ahlâki davranışlar karşısında *etkin bir kınama geliştiremeyen hukukun* ahlâk ile birlikte düşünülmesidir. Bkz. Mustafa Tekin, *Ahlâk Üzerine Yeniden Düşünmek*, Yetkin Düşünce Dergisi, S. 4, 2018, ss. 7-17, s. 13.

<sup>565</sup> Jean Guitton, *Düşünme Sanatı* (3. Baskı), Çev. Cevdet Perin, Remzi Kitapevi, İstanbul, 1968, s. 74.

Friedman, hukukun işlevinin,<sup>566</sup> diğer birçok işleviyle birlikte üç temel işlevden ibaret olduğunu öne sürerken, tam da bizim yakındığımız noktaya uygun düşer şekilde bu üç temel işlevi: *toplumsal kontrol, anlaşmazlıkları/uyuşmazlıkları çözme* ve toplumu yeniden düzenleme ya da *toplumsal mühendislik* olarak saymaktadır. O, bu işlevler arasında da bir değerlendirme yaparak, hukukun toplumsal denetim işlevini çok daha önemseyerek, diğer, iki işlev de dâhil tüm işlevlerinin *toplumsal denetim* işlevine indirgenebileceğini savunur. Bizce de isabetli olan bu yaklaşım, gerek düzen, *düzenleme*, tasarlama gerek değişme, *değiştirme* olsun, hukukun toplum üzerinde söylediği sözün etki alanı ve sonuçlarını tespit edebilme açısından meselenin özünü yansıtmaktadır.<sup>567</sup>

Esasen toplumsal kontrol sosyolojiye disiplinine ait bir terim olarak, toplumu oluşturan birey ve grupların eylem ve davranışlarını düzenleyen süreçleri anlatır denilebilir. Bütün toplumlarda insan eylemlerini yönlendiren, onları düzenlemek isteyen kurallar, kural sistemleri vardır,<sup>568</sup> bununla birlikte bu kural ve sistemlere uyulmasını sağlayacak mekanizmalar da vardır. Toplumsal denetimin<sup>569</sup> bir özelliği, onun, toplumu her yönden kuşatmış olmasıdır.<sup>570</sup>

<sup>566</sup> Ya da amacı, hedefi, görevi vs.

<sup>567</sup> Friedman, a.g.e., ss. 10-16; Aktaran, Erjem, a.g.e., s. 23.

<sup>568</sup> Hukuk ve ahlâk bunların gelişmiş ve kapsamlısıdır. Dönmezer'e göre, sosyoloji veçheisinden bakıldığında hukukun temel karakteristiği toplumsal denetim aracı olmasında yatar. Bkz. Dönmezer, a.g.e., s. 268.

<sup>569</sup> Giddens sosyal kontrolü “uyum ve düzeni sağlamaya dönük resmi ya da gayri resmi, içsel ya da dışsal kontrol mekanizmalarının tümü.” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Anthony Giddens-Philip W. Sutton, *Sosyolojide Temel Kavramlar* (3. Baskı), Haz. ve Çev. Ali Esgin, Phoenix Yayınları, Ankara, 2018, s. 354 Bozkurt ise iki türden kontrolün mevcut olduğuna değinir, toplumun norm ve değerlerine uyumu sağlamaya çalışan dolaylı ve resmi olmayan, yani informal toplumsal kontrol; bir de “sapkın eylem ve davranışların önlenmesi için oluşturulan kanun gibi kurumlaşmış mekanizmalardan oluşan formel toplumsal kontrol. Bkz. Veysel Bozkurt, *Değişen Dünyada Sosyoloji*, (24. Baskı), Ekin Basım, Bursa, 2018, s. 178 Dönmezer, toplumsal kontrolün, toplumun düzeninin korunması için bireylerin eylem ve davranışlarına yapılacak müdahalelerin, ototriteye dayandığına vurgu yapmaktadır. Bkz. Dönmezer, a.g.e., s. 279. Gürler ise toplumsal kontrol teriminin sosyal bilimler literatüründe, “bir toplumda benimsenen ilke ve değerlerin gösterdiği normal addedilen hareket biçimlerinden farklılığı ifade eden “sapkın davranışa”- ki bu suç, ahlâksızlık, kötülük olabilir- karşı gösterilen örgütlü tepki olarak tanımlandığından bahsetmektedir. Bkz. Sercan Gürler, “Modern Ceza Hukukunda Bir Katalizör: Onarıcı Adalet”, Işıktaç, Y. (Eds.), *Dönüşen Toplum-Dönüşen Hukuk III: Phronesis*, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2018, 119.

<sup>570</sup> Gordon Marshall, *Sosyoloji Sözlüğü*, Çev. Osman Akınhay-Derya Kömürcü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2005, ss. 741-742.

Sosyal kontrol araçlarından biri olarak hukuk, toplumsal düzeni (hukuk düzenini) korumayı hedefler şekilde, insanların eylem ve davranışlarını etkilemeye dair unsurlar ve metotlar barındırmaktadır. Başta anayasa olmak üzere, yasalar ve bağlı düzenlemeler toplumun parçası olan bireylerce, bu birlikte yaşama düzeninin korunması ve devamlılığı hakkında geniş bir mütabakat söz konusu olduğu için, hukuk sistemi, bu “sapma”ları müeyyidelerle kontrol altına alır.<sup>571</sup>

Öte yandan hukukun, toplumu tasarlama, onu yeniden dizayn etme yâhut toplumsal mühendisliği de denilebilecek bir işlevi daha söz konusudur ki, hukukun yeniden düşünülmesinde özellikle üzerinde durulması gereken nokta da bizce burasıdır. Hukuk, buyruk ve yaptırımları aracılığıyla sadece insan eylem ve davranışlarını etkilemekle kalmaz, bununla birlikte, bu özelliğinin doğal bir sonucu olarak da toplumun yapısı değiştirilebilmektedir. Bu noktada hukuk, devlet ya da egemen tarafından etkin bir şekilde kullanılmaktadır. Bu kullanım çeşitli doz ve amaçlarla farklı görünümsergileyebilmektedir. Bu kullanım *toplum mühendisliği* olarak da adlandırılabilir.<sup>572</sup> İster sâfiyâne bir şekilde, hukukun düzenleme işlevinin doğal bir sonucu olarak olsun, ister zorlama ve belirli siyasî ya da ideolojik amaçlara yönelik olsun, hukukun bu işlevinin, aynı zamanda bir toplum mühendisliği süreci de olduğu, toplumun yapısını değiştirme onu bir şekilde etkileme gücüne sahip olduğu kabul edilmelidir. “*Düzen arzusu*”ndan “*mühendisliğe*” kadar hukukun işlevinin, yine sosyolojiye ait en geniş sahalardan “*toplumsal değişme*” kavramıyla da doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Hukuk ve toplumsal değişimin anlaşılması günümüz toplumları için, hukukun işlevinin ne olduğuyla yakından ilgilidir. Hukukun toplumsal denetim işlevinin, toplumsal değişime neden olacak bir şekilde her geçen gün artan kullanım şekli, modern toplumun en belirgin özelliklerinden birini teşkil etmektedir.<sup>573</sup>

---

<sup>571</sup> Erjem, a.g.e., s. 24.

<sup>572</sup> Erjem, a.g.e., s. 26-27.

<sup>573</sup> Yasemin Işıktaç-Umut Koloş, *Hukuk Sosyolojisi*, İBÜY, İstanbul, 2015, s. 184.

Çok boyutlu ve karmaşık bir süreç olan toplumsal değişimin/değişmenin,<sup>574</sup> en geniş anlamıyla, toplumun yapısındaki değişme olduğu söylenebilir.<sup>575</sup> Bazı yazarlara göre toplumsal değişim bilimsel nitelikli bir terim olup objektif mahiyettedir, bu bakımdan tek başına olumlu ya da olumsuz bir anlam barındırmamaktadır. Onun iyiliğinden ya da kötülüğünden söz edilmesi mümkün değildir. Bununla beraber, çeşitli kullanımlarla birlikte gelişme ya da ilerleme gibi değer yargıları da içerebilirler. Değişme, belli bir hedefe yönelik olarak değerlendirmeye tabi tutulabilir bir süreçtir.<sup>576</sup>

Öte yandan toplum sabit bir yapı değildir, sürekli hareket hâlinindedir. Hemen her toplum kendisini oluşturan parçalarıyla kısmen ya da küllî olarak çeşitli boyutlarda değişimler geçirir, bu değişimler de belirli bir nedensellik silsilesi içerisinde olur. Nedensellikten kastedilen zorunlu bir akış değil ve fakat muhakkak muharrik unsurların tetiklemesi neticesinde gerçekleşen bir süreci ifade etmektedir.<sup>577</sup>

Toplumsal değişim barışçıl veya şiddetli,<sup>578</sup> aşağıdan yukarıya ya da yukarıdan aşağıya, yumuşak veya sert gibi çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Onun, çok fazla sayıda tetikleyicisi olmakla birlikte, hukukun düzenleme, toplumsal kontrol nitelikleri kapsamında ve ceza hukukunun işlevi bağlamında mutlaka üzerinde durulması gereken bir nokta olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Hukukun toplumsal değişimde araç olarak kullanılabildiği özellikle vurgulanmalıdır.

Toplumdaki başka sebeplerden kaynaklanan değişimlerin hukuka etki edebildiği ve onu değiştirebildiğini, bu bakımdan hukuk ve toplumsal değişimin

---

<sup>574</sup> Lütfi Sunar, “Toplumsal Değişimi Açıklamak: Temel Kavram ve Kuramlar”, Sunar, L. (Eds.), *Türkiye’de Toplumsal Yapı ve Değişim* (4. Baskı), Nobel Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 1.

<sup>575</sup> Işıktaç/Koloş, a.g.e., s. 179.

<sup>576</sup> Emre Kongar, *Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği* (21. Baskı), Remzi Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 59.

<sup>577</sup> Beyhan Zabun, “Toplumsal Gelişme ve Değişme”, Sezal, İ. (Eds.), *Sosyoloji*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 539.

<sup>578</sup> Sunar, a.g.e., s. 9.

karşılıklı etkileşim içerisinde olduğu söylenebilirse de,<sup>579</sup> bizce asıl etki yönünün hukuktan topluma doğru olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten hukuk, tarihsel süreç içerisinde, toplumsal değişimlerin yaşanmasında, toplumsal kontrol ve düzenleme kudreti ile en hızlı<sup>580</sup> ve en belirleyici araçlardan biri olmuştur. Bu noktada bir diğer araç ise, insanların, belli bir enformasyon yüklemesi neticesinde zaman içerisinde ve hukuk benzeri yaptırıma başvurmada kontrol altına alınmasını sağlayan *eğitim*dir.<sup>581</sup>

Hukuk aracılığıyla, diğer bir ifadeyle yasalar aracılığıyla<sup>582</sup> toplumlar değiştirilebilir. Bu çeşitli şekillerde söz konusu olabilmektedir. Hukukun dışarıdan savaş, işgal gibi zorlayıcı, uluslar arası sözleşmelere katılma gibi gönüllülük esasına dayalı, yabancı ülkelerin hukukunu benimseme (resepsiyon)<sup>583</sup> ya da temel yasalarda reform gerçekleştirme gibi eylemlerle toplumsal düzen üzerinde kontrol sağlanabilmekte, hatta düzenleme, dizayn etmeden mühendisliğe varan bir genişlikte tasarıma karşılık gelebilmektedir. Bu hattın en sert kısmını “değiştirici etken”<sup>584</sup> olarak, yaşanan siyasî devrimler ve akabinde gerçekleştirilen hukuk devrimleridir.<sup>585</sup>

<sup>579</sup> Işıktaç/Koloş, a.g.e., s. 180, Zabun, a.g.e., s. 558.

<sup>580</sup> Işıktaç/Koloş, a.g.e., s. 179.

<sup>581</sup> Işıktaç/Koloş, a.g.e., s. 180.

<sup>582</sup> Işıktaç/Koloş, a.g.e., ss. 183-184.

<sup>583</sup> Tanzimattan Cumhuriyete uzanan yaklaşık yüzyıllık bir zaman diliminde aile hukukundaki değişimler üzerinden, geçmiş hukuksal değişimler ve bunların toplumsal alana yansımaları ile toplumsal değişim ve hukuk arasındaki interaktif ilişki üzerine yapılmış kapsamlı bir çalışma için bkz. Ömer Faruk Ocakoğlu, *Kodifikasyondan Resepsiyona: Aile Hukukundaki Değişimler ve Toplumsal Etkileri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2013.

<sup>584</sup> Işıktaç/Koloş, a.g.e., s. 184.

<sup>585</sup> Fransız İhtilâli, Bolşevik İhtilâli, İran İslâm Devrimi gibi Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulması ve cumhuriyet devrimlerinin gerçekleştirilmesi de, Türk toplumunun yapısında ciddi değişikliklere sebep olmuştur. Bkz. Zabun, a.g.e., s. 557. Berkes’e göre Cumhuriyet dönemindeki çağdaşlaşma yönünde gerçekleştirilen devrimsel değişimlerin en önemlileri hukuk alanında gerçekleştirilmiştir. Hukuk Berkes’e göre çağdaşlaşma sürecinin özüdür. Yeni Medenî Kanun alımının amacı, bireyler arasındaki ilişkilerin örf, âdet, gelenek ve dine göre değil, “olması gereken”e göre düzenlenecek olmasıyla ilişkilidir. Bu kanun, ona göre, cumhuriyet devriminin somut uygulanmasında en etkili araç olmuştur. Bkz. Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma* (22. Baskı), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 527, ss. 531-532. Hukukun- diğer bazı araçlarıyla birlikte- ideolojik bir araç/aygıt olarak kullanımı ve genel olarak toplumsal değiş(tir)menin Marksist perspektiften bir yorumu için bkz. Louis Althusser, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları* (7. Baskı), Çev. Alp Tümertekin, İthaki Yayınları, İstanbul, 2019, s. 52. Ayrıca bkz. Ömer Çaha, *İdeoloji İle Hukuk Arasında Devlet*, Doğu Batı Düşünce Dergisi, S. 13, 2001, ss. 91-118.

Neticeten hukukun yeniden düşünülmesinde, onun ahlâkla birlikte “tefrik”e tabi tutularak tanımlanmasından başka, düzen ve kontrol nosyonlarını takiben toplumu değiştirme yönünün, alelade bir konu olarak değil, ceza hukukunun işlevini yeniden düşünülmesi sürecinden en mühim noktalardan birini teşkil ettiğinin fark edilmesi gerekmektedir. Hukuk salt düzeni korumaya değil aynı zamanda onu değiştirerek farklı bir görünüme taşımaya da mâtuftur.<sup>586</sup> Kanun yolu, daha geniş bir açıdan hukuk ile insanın tavır ve hareketlerinin değiştirilebileceği geniş bir kesimce kabul görmektedir.<sup>587</sup> Oluşacak değişimlerin vasıf ve mahiyeti ise, yasa koyucunun ya da egemenin tavrına ve mânevî saiklerine göre şekillenmektedir. Burada devlet normatif düzeni, yani hukuku, yaptırım gücünden de istifade ederek aklî çabalarla toplumu değiştirme gücüne sahiptir.<sup>588</sup> Bununla birlikte hukukun düzen ve toplumsal kontrol işlevinden, dolayısıyla toplumsal değişime etki etmesinden bahsederken, önceki bölümlerde yapılan açıklamaları da hatırlayarak, ahlâkın ve hukukun ayrı ayrı dönüşebilecekleri gerçeğinin yanında, ahlâkın hukuk aracılığıyla değişme/değiştirilme ihtimâline dair bir soruşturma ise başka müstakil bir çalışmanın, tartışmanın konusunu teşkil etmektedir.

Hart-Devlin tartışması diğer bazı özelliklerinin yanında ceza hukukunun işlevini yeniden düşünmek, tartışmaya açmak için çeşitli imkânları barındırmaktadır. Tartışmanın temel motiflerinden edinilen izlenimlerden bu *yeniden düşünme sürecinin*; öncelikle değer ve evrensellik bağlamında ahlâkın tartışılmasını, daha sonra hukukun ahlâkla olan ilişkisini “tefrik” esâslı ele alınmasını, ayrıca onun değiştirici özelliğini özellikle vurgulayarak düşüncenin nesnesi kılınması gerekmektedir.

---

<sup>586</sup> Hirş, a.g.e., s. 92.

<sup>587</sup> Dönmezer, a.g.e., s. 271.

<sup>588</sup> Erjem, a.g.e., s. 26.

## SONUÇ

Bu çalışmada, temelini ceza hukukunun işlevinin ne olduğu sorusu oluşturan Hart-Devlin tartışması merkeze alınarak, ahlâk ve hukuk kavramları ile bunların birbirleriyle olan ilişkisi üzerinden ceza hukukunun işlevine dair yeni bir düşünsel yaklaşım sergilemenin imkânları araştırılmıştır. Hart-Devlin tartışmasının temelini oluşturan sorunun en temel iki kavramı olan hukuk ve ahlâk ile hukuk-ahlâk ilişkisinin kendisinin problemleri alanlar olması nedeniyle ve dipnotlarda ya da birkaç paragrafla geçirilebilecek cinsten konular olmadığından, çalışmanın bir kısmı müstakil olarak bu konulara ayrılmak durumunda kalmıştır.

Ahlâk ve hukuk, insana hitap eden iki ayrı davranış normları sistemine karşılık gelmektedir. Her iki kavram da bünyesinde barındırdığı kural, ilke ve standartlarla insanın eylem ve davranışlarını yönlendirmeye çalışır. Vaz ettikleri soyut eylem kalıpları ile öncelikle bireyin yaşantısını, toplum içerisinde yaşaması için asgarî ölçüde temin ederek, toplumda bir düzen tesis etmek ve bu düzenin de devamlılığını sağlamak isterler.

Ahlâk, ilk bölümde detaylı bir şekilde izah edildiği üzere, çok geniş bir tanım alanına sahiptir. Onu belirli bir topluluk içerisinde yapılagelen ve zamanla alışkanlık kazanılan eylem standartlarına indirgeyen bakış açısından, salt tanrının yapılmasını emrettiklerinden ve yasakladıklarından ibaret gören çizgiye kadar, farklı düşünce yapılarınca değerlendirmeye tâbi tutulmuştur. Hâlen, üzerinde büyük bir çoğunluğun mutâbık kalabileceği bir tanımını vermek mümkün değildir. Bununla birlikte, tanımda var olan bu çeşitlilik, tanım bahsiyle de ilintili olarak- ahlâkın kaynağının kökeninin ne olduğu konusunda da söz konusudur. Onun neşet ettiği kaynağı doğrudan insan aklı ya da toplum olarak kabul edenler olduğu gibi bir dinin hükümlerinde arayanlar da varolagelmıştır.

Ahlâk üzerindeki belirsiz kalan alanlardan bir diğeri de, onun diğer bazı kavram ya da terimlerle, özellikle de etik kelimesi karıştırılacak şekilde kullanımı, ve bu kullanımdan kaynaklanan zihinsel kargaşadır. Bu açıdan ahlâkın etik ile olan

ilişkinde de çalışmada yer verilmiştir. Etiğin, etimolojisinde kendisini gösteren toplum ve toplumsal olan ile ilişkisi diğer toplumsal davranış normlarıyla da irtibatlı olduğundan, en gelişmiş ve bir felsefî disiplin de olması nedeniyle çalışmanın bütünlüğü için önem arz ettiği düşünülmüştür.

Çalışmamızdaki diğer temel kavram olan hukuk, toplumsal davranış normları içerisinde tarihî olarak ahlâktan sonra gelmiş ve fakat modern dönemle birlikte ahlâktan çok daha etkili olan bir kurallar sistemi olmuştur. Bununla birlikte, ahlâka nispeten yeni sayılabilecek olan bu sistemin hakîkatte ne olduğuna dair kesin bir yargıya hâlen varılamamıştır. Hukukun bir buyruk olduğunu iddia edenler olduğu gibi onun bir toplum iradesinin bir yansıması olduğunu kabul edenler de mevcuttur. Hart gibi, onu tanımlamanın mümkün olmadığını düşünenler vardır ve ilerleyen süreçte de olacaktır. Çalışmanın sınırlılığı göz önünde bulundurularak, hukuka dair tanım denemelerinin sadece ön plana çıkanlarına, kısaca değinilmiştir.

Hukukun tanımlamasında görülen bu çok seslilik, onun işlevi, diğer bir ifadeyle, neye yaradığı ve neyi amaçladığı noktasında da varlığını hissettirmektedir. Bu çok seslilik daha hukukun işleviyle amacının aynı şey olup olmadığı noktasında başlamakta, onun işlevinin toplumsal kontrol, düzen ve hatta “dizayn” olduğunu düşünen radikal yorum çizgisine kadar devam etmektedir. Ayrıca, gerek hukukun ne olduğu gerekse hukukun işlevinin ne olduğuna dair getirilen düşünsel yorumların tarihî iki yüzünü teşkil eden doğal hukuk ve pozitif hukuk okullarına, hukuka dair konuşulan her yerde doğrudan ya da dolaylı olarak bir şekilde varlığını hissettiren bir konu olmaları hasebiyle, yine ana hatları üzerinden temas edilmiştir.

Hukuka ve ahlâka dair yapılan açıklamaların akabinde ve esasen bir yönüyle hukuk-ahlâk tartışması olarak da okunabilecek Hart-Devlin tartışmasından önce, hukuk ve ahlâkın ilişkisine ayırım ve ortak noktalar temelli bir sınıflandırmaya yer verilmiştir. Hukuk ve ahlâk normları, yukarıda da zikredildiği üzere insan eylemlerini hedeflemek bakımından ve olması gereken vaz etmeleri açısından birçok farklı noktada birleşebilmekte, bununla birlikte oluşum şekilleri ve koşulları, yapısal özellikleri gibi hususlar da gözetildiğinde belirgin bir farklılık sergiledikleri kabul

edilmelidir. Hukuk ve ahlâk arasındaki ilişki gerçek anlamda bir problematik olup kesin ve matematiksel bir sonuca varılamayacak denli felsefi, üstelik bir çok disiplinle de iç içe bir düşünce alanıdır. Çalışmamızın bu konuya ayrılan bölümünde ayırım noktaları ve müşterek hususlar üzerinden konu aksettirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın hem şeklen hem de fikren tam çekirdeğine karşılık gelen bölüm Hart-Devlin tartışmasına ayrılmıştır. Tartışmanın genel çerçevesini takiben, gerek Hart cephesinin gerek Devlin cephesinin tartışma esnasında dayandıkları temel argümanlar mümkün olduğu kadar özleri üzerinden aktarılmaya çalışılmıştır. Liberal düşüncenin beşiği olarak da gösterilebilecek İngiltere’de ada geleneğini yansıtan bir tavırla hukukun ahlâksızlık olarak addedilen eylemlere müdahalesini çekinceyle karşılayan ve sunmuş olduğu tasarımı bireylere ciddi özerk bir alan bırakan Hart’a karşılık Devlin, başlangıçta ‘şeriatçı’ sonradan muhafazakâr bir tavır sergilemiş, varlığına ve önemine sonuna kadar iman ettiği toplumun dağılmasını engellemek uğruna toplum karşısında bireyi ikinci plana atabilecek bir tasarım ortaya koymuştur. Hristiyan inancının katıksız halinden, onun İngiliz toplumunca sindirilmiş, âdetâ “şer’ilikten örfiliğe” geçirilerek yumuşatılan bu düşünce yine de zarar veya zarar tehlikesi dahi içermeyen ahlâksızlıkla toplumun varlığın ne surette tehlikeye girdiğini açıklamakta mantıkî argümantasyon geliştirmek yerine bir ön kabul üzerinden görüşlerini dile getirmiştir. Hart’ın Devlin’in görüşleri üzerine dile getirdiği, özellikle zarar ilkesi, ahlâkî doku ve hukukun ahlâkla olan ilişkisi konularında yaptığı eleştiriler reaksiyon ürünü olsalar dahî, Devlin’e nispetle daha ciddi bir akıl yürütmenin ürünü oldukları kabul edilmelidir. Bununla birlikte Devlin’in yer yer spekülasyona varan varsayıma dayalı düşünceleri de yabana atılmamalı, bu çalışmada da kısmen görüleceği üzere farklı düşüncelere ve araştırmalara ön ayak olabilecek muharrik gücü bünyesinde barındırmaları sebebiyle önemi teslim edilmelidir.

Bu bağlamda, Hart-Devlin tartışmasının sağladığı düşünsel imkânlardan yararlanmaya çalışılarak üçüncü bölümde ceza hukukunun işlevinin ne olduğuna dair bir yaklaşım örneği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu yapılmadan önce, esâsen ayrı ve hacimli bir çalışma gerektirir bir konu olan ceza hukukunun tanımına işlevine ve

onun dolaylı kaynaklarına dair özet mahiyetinde bilgilere yer verilmiştir. Bu açıklamalar yapılırken Avrupa hukuk sistemi ve düşüncesinin bir uygulamasını sunan Türk ceza hukuku doktrininin önde gelen yazarlarının eserlerine başvurulmuştur. Ceza ve yaptırıma dair felsefeden diğer bir çok sosyal bilime kadar geniş bir alanda çalışmalar yapılyorsa da, çalışma kapsamında yerli öğretinin yeterli olabileceği düşünülmüştür. Ceza hukukunun doğrudan kaynakları bu çalışma için sınırların dışında görülmüş, dolaylı kaynakları ise, gerek bazı yazarlar açısından doğrudan ahlâkı içermesi, gerekse bazı yazarlar tarafından örf, âdet gibi ahlâkla karıştırılan ya da ikameli kullanılabilen kavram ve terimler barındırması nedeniyle ayrı bir başlıkta yer verilmesinin doğru olacağına inanılmıştır.

Hart-Devlin tartışması incelendiğinde, tartışmanın üzerinde düğümlendiği üç temel kavramın olduğu fark edilmektedir: hukuk, ahlâk ve ceza hukuku. Toplum, din gibi başka nosyonlar da söz konusu olmakla birklikte tarafımızca en temel üç kavram olarak bu üç alan tespit edilmiştir. Ceza hukukunun işlevi nedir? Bu soruyu bir kez sormuş olmak bile, aslında nesnesi kılınan şeyin bir anlamda değerinin sorgulanması anlamına geldiği için, başlı başına bizi ahlâkî bir sorgulamanın içerisine çekmektedir. Daha henüz soru sorulurken, insanın kendisini bir hukuk-ahlâk ilişkisi/gerilimi içerisinde hissetmesi kaçınılmazdır. Bu noktada, gerçek anlamda bir sorun alanı olan hukuk-ahlâk ilişkisinin sınırları içine dâhil olunmakla, ceza hukukunun işlevinin sorgulanmasından önce bu ilişkinin mâhiyeti, doğal olarak ilişkinin iki tarafını teşkil eden hukuk ve ahlâk kavramlarının ne olduğu üzerine düşünölmeye başlanması gerekecektir. Yani diğer bir deyişle, her şeyin en başına dönölmesi gerekecektir. Ceza hukukunun işlevinin yeniden düşünölmesi, tartışmaya açılması, ya da bu kapsamda meselâ, ahlâksızlığın cezalandırılmasının mümkün olup olmadığının sorgulanması- ahlâkın ve hukukun bizatihi düşüncenin nesnesi kılınması anlamına gelecektir. Bu düşüncenin sâfi bir düşünce olması ilk etapta şart olmayıp, spekülâtif ve hatta imajinatif bir yapı sergilese dahî, gerçekte, burada ceza hukukunun işlevinin ne olduğu hakîkatine yaklaşıması için bir başlangıç teşkil edeceği kabul edilmelidir.

Kanaatimize hukuktan önce ve onu da ihâta eden bir normatif alan olarak öncelikle ahlâkın ele alınması, ahlâka dair bir düşünsel eyleme başvurulması

gerekmektedir. Bu noktada, hem ahlâkın, hem de ceza hukukuna ya da hukuku dair başlanacak soruların mahiyeti itibariyle ilkin “değer” konusunda bir soruşturmaya girişilmesi, kendisi de bir değer alanı olan ahlâk (hukuk da öyledir) ile diğer değer alanları üzerinden okuma yapılması isabetli bir başlangıç olarak kabul edilebilir.

Ahlâk üzerine düşünölmeye başlandığında, karşılaşılabacak ilk ve en ciddi problem ahlâkta evrensel ilke ve standartların olup olmadığı ile madalyonun diğer yüzünü teşkil eden ahlâkın evrensel olup olmadığı sorularıdır. Bu değer bahsinden sonra titizlikle üzerinde durulması gereken diğer bir konu evrensellik olup, düşünsel süreç açısından mühim bir basamak olması açısından ayrıca önem arz etmektedir. Evrenselliğe ilişkin sorulacak olan sorular, soran kişiyi akıl, toplum, tanrı vs. hakkındaki yaklaşımında, dolayısıyla onun toplum ve hukuk tasarımıında etkili olacaktır. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, ahlâkta evrensellik hakkındaki kanaatimizin elvermesi koşuluyla, ahlâk ve din arasındaki ilişkinin, kaynaklık yönünden ya da etkileme yönünden irdelenmesi olacaktır. Gerçekten de, dine karşı katı ve mutlak bir tavır takınan düşünceler haricinde kabul edileceği üzere din, çoğu alanda olduğu gibi ahlâk üzerinde de ciddi bir -en azında düşünsel plânda- etki sahibidir.

Ahlâkı yeniden tartışmaya açarak başlayan sürecin ikinci ayağında bu kez hukuk düşünen zihnin nesnesi konumundadır. Burada ilkin, ahlâk tarafından içerilen/kuşatılan hukuk kavramı, onun özerk niteliklerini de gözetten bir hukuk-ahlâk ilişkisi perspektifi üzerinden tanımlanması söz konusu olacaktır. Hukukun ne olduğuna ilişkin yapılan açıklamaların ezici çoğunluğu irdelendiğinde, tanımın ayrı, hukukun ahlâkla ilişkisi ayrı ve sıradan bir başlık olarak yer verildiği görölmektedir. Bunun pek de doğru bir yaklaşım olduğu söylenemez. Hukukla ahlâk arasına eğer yıkılmaz duvar inşa eden bir kanaatte değilseniz, bu sizi ister istemez, özerk olduğu tarafları kabul etmekle birlikte esâsen hukukun ahlâk tarafından içkin olduğu düşüncesine çekecektir. Bu bakış açısından yola çıkarak, hukukun özerk nitelikler de barındırmakla birlikte esasen ahlâk denilen ‘kese’ içerisinde tıpkı gelişmekte olan bir bebek gibi hayat bulduğu, ayrı bir varlık kategorisini temsil etse dahî müşterek bağlantıları nedeniyle ayrı ve tümünden bağımsız bir varlığının olmadığı kabul

edilmelidir. Hukuk üzerine düşünmek, ne salt hukuk üzerine düşünmek ne de ahlâktan sonra hukuk üzerine düşünmek olmalıdır. Olması gereken, hukuku, ahlâktan sonra ve fakat ahlâkla eş güdümlü bir düşünceye konu kılmaktır. Bu düşüncenin püf noktası ise, hukuk ile ahlâk arasında yapılacak sınıflandırmada, iki kavram alanını bizce hatalı bir şekilde “ayırma” tâbi tutmamalı, kese metaforuyla izah edilmeye çalışıldığı üzere, iki mefhum arasında bir “*tefrik*” süreci işletilmelidir.

Ceza hukukunun işlevi üzerine yeniden düşünme önerisinin ikinci ayağının son aşaması ise, hukukun çoğu zaman, en azından hukuk düşüncesi ve literatürü yönünden ihmâl edilegelen bir yönüne işaret etmektir. Buraya kadar gerek ahlâk gerek hukuk açısından, ceza hukukunun işlevi bağlamında, bireysel ya da toplumsal anlamdaki “fayda”ya dair ciddi bir açıklama yapılmamıştır. Hukuk, insan eylem ve davranışlarını yaptırım tehdidi ile yönlendirebilmekte, bu bakımdan toplumsal değişim açısından eğitimle birlikte en ciddi araç konumunda bulunmaktadır. Toplumu değiştirebilecek, onun üzerinde bir mühendislik çalışması bile yapabilecek güce sahip bir mekanizmanın nasıl ve hangi “mutluluk getirecek” hedefe yönelik kullanılabileceği sorusunun da, hukuk üzerine yeniden düşünülürken muhakkak göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ceza hukukunun işlevine dair sorgulamanın Mill’in zarar ilkesi ya da Bentham’ın fayda teorisi üzerinden değil ve fakat bunlardan da istifade edilerek, önerilen düşünsel sürece uyumlu bir şekilde toplumsal değişim ve ilişkili terimler üzerinden ayrıca bir “fayda” eleştirisi getirilmesi isabetli olacaktır.

## KAYNAKÇA

### Kitap

- Agtaş, Ö., **Ceza ve Adalet**, Metis Yayınları, İstanbul, 2013.
- Akarsu, B., **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1975.
- Althusser, L., **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları** (7. Baskı), Çev. Alp Tümertekin, İthaki Yayınları, İstanbul, 2019.
- Antalya, O. G., **Hukuk Bilimine Katkı Olarak Hukuk Teorisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Aral, V., **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971.
- Aral, V., **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları** (3. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik** (4. Baskı), Çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul, 2019.
- Arslan, A., **Felsefeye Giriş** (26. Baskı), BB101 Yayınları, Ankara, 2018.
- Arslan, A., **Yeni Politik Kültürün Dünyasında**, Beyan Yayınları, İstanbul, 2017.
- Arslan, A., **Zamandışı Konuşmalar**, Beyan Yayınları, İstanbul, 2018.
- Artuk, M. E., Gökçen A., Yenidünya, C., **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (9. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Avcı, N., **Toplumsal Değerler ve Gençlik: Bir Değerler Sosyolojisi Denemesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.
- Aybay, R., **Hukuka Giriş** (6. Baskı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

- Balı, A. Ş., **Hukuk, Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları**, Çizgi Kitabevi, Konya, 2005.
- Beccaria, C., **Suçlar ve Cezalar Hakkında** (6. Baskı), Çev. Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara, 2016.
- Berkes, N., **Türkiye’de Çağdaşlaşma** (22. Baskı), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.
- Bochenski, J. M., **Felsefece Düşünmenin Yolları** (2. Baskı), Çev. Kurtuluş Dinçer, Bilge Su Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Bozkurt, V., **Değişen Dünyada Sosyoloji**, (24. Baskı), Ekin Basım Yayın, Bursa, 2018.
- Bunnin, N., Yu, J., **The Blackwell Dictionary of Western Philosophy**, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.
- Cevizci, A., **Felsefeye Giriş** (5. Baskı), Say Yayınları, İstanbul, 2016.
- Cevizci, A., **Etik-Ahlak Felsefesi** (2.Baskı), Say Yayınları, İstanbul, 2015.
- Cevizci, A., **Felsefe Sözlüğü** (5. Baskı), Say Yayınları, İstanbul, 2015.
- Ceylan, Ş. Ş., **H. L. A. Hart’ın Hukuk Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Cooley, A. J., **A Dictionary of The English Language Exhibiting The Orthography, Pronunciation, and Definition of Words, according to the Prevailing Usage of Correct Writers and Speakers,with Additional ‘Notations’ of Words Differently Pronounced by Different Ortoepists; an Including the Participles, Adverbs, Substantives, and Other Derivatives, Not Generally Found in Dictionaries, and also A Large Number of Classical and Foreign Words and Terms of Modern Art and Science**, W. and R. Chambers, London and Edinburgh, 1861.

- Çağırıcı, M., **Ana Hatlarıyla İslâm Ahlâkı** (9. Baskı), Ensar Neşriyat, İstanbul, 2016.
- Davies, B., **Din Felsefesine Giriş**, Çev. Fatih Taştan, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2011.
- Del Vecchio, G., **Hukuk Felsefesi Dersleri**, Çev. Suut Kemal Yetkin, İÜY, İstanbul, 1940.
- Demirbaş, T., **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (11. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Devellioğlu, F. **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat** (33. Baskı), Aydın Kitabevi, Ankara, 2017.
- Devlin, P., **The Enforcement of Morals**, Oxford University Press, London, 1965.
- Dinçkol, A., **Hukuka Giriş- Hukukun Temel Kavramları** (5. Baskı), Der Yayınları, İstanbul, 2008.
- Dönmezer, S., **Sosyoloji** (7. Baskı), NSYYVY, İstanbul, 1978.
- Duralı, Ş. T., **Felsefe-Bilim Nedir?** (3. Baskı), Dergâh Yayınları, İstanbul, 2014.
- Duralı, Ş. T., **Kutadgubilig Türkçenin Felsefe-Bilim Sözlüğü**, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2013.
- Erjem, Y., **Hukuk ve Toplumsal Düzen**, Kum Saati Yayınları, İstanbul, 2012.
- Giddens, A., Sutton, P. W., **Sosyolojide Temel Kavramlar** (3. Baskı), Haz. ve Çev. Ali Egin, Phoenix Yayınları, Ankara, 2018.
- Gözler, K., **Hukuka Giriş** (15. Baskı), Ekin Basım Yayın, Bursa, 2018.
- Guitton, J., **Düşünme Sanatı** (3. Baskı), Çev. Cevdet Perin, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1968.
- Güriz, A., **Hukuk Başlangıcı** (18. Baskı), Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.

- Güriz, A., **Hukuk Felsefesi** (11. Baskı), Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.
- Güriz, Adnan (Ed.), (2013), **Adalet Kavramı**, Güriz, A., “*Adalet Kavramının Belirsizliği*”, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013, ss. 7-37.
- Gürler, Sercan (Ed.), (2015), **H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı**, Gürler, S., “*Sunuş*”, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 9-27.
- Gürler, Sercan (Ed.), (2015), **H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı**, Uzun, E., “*Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması*”, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 65-99.
- Gürler, Sercan (Ed.), (2015), **H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı**, Hart, H. L. A., “*Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması*”, Çev. Ertuğrul Uzun, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 101-151.
- Hakeri, H., **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (23. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Hançerlioğlu, O., **Felsefe Sözlüğü** (24. Basım), Remzi Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Hart, H. L. A., **Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk** (4.Baskı), Çev. Erol Öz, Ankara, 2015.
- Hart, H. L. A., **Law, Liberty and Morality** (Seventh Edition), Oxford University Press, Oxford, 1982.
- Himma, K. E., **Hukukun Ahlaki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma**, Çev. Saim Üye, Bilge Su Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Hırş, E., **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**(3. Tıpkı Basım), BTHAE, Ankara, 2001.
- Ingram, D. B., **Hukuk Felsefesi**, Çev. Ezgi Su Dağabak, Fol Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Işıқтаç, I., Koloş, U., **Hukuk Sosyolojisi**, İBÜY, İstanbul, 2015.
- Işıқтаç, Y., **Hukuk Başlangıcı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

- Işıқтаç, Y., **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku** (2. Baskı), Alkım Yayınevi, İstanbul, 1997.
- Işıқтаç, Y., **Hukuk Felsefesi** (5. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Işıқтаç, Yasemin (Ed.), (2018), **Dönüşen Toplum-Dönüşen Hukuk III: Phronesis**, Gürler, S., “*Modern Ceza Hukukunda Bir Katalizör: Onarıcı Adalet*”, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2018.
- İçel, K. **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (5. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Kant, I., **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi** (6. Baskı), Çev. İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2015.
- Kemal, N., **Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, Bütün Makaleleri 1** (2. Baskı), Haz. Nergiz Yılmaz Aydoğdu-İsmail Kara, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019.
- Kılıç, R., **Ahlâkın Dini Temeli** (7. Baskı), TDVY, Ankara, 2012.
- Kıllıoğlu, İ., **Ahlâk-Hukuk İlişkisi**, MÜİFVY, İstanbul, 1988.
- Koca M., Üzülmüş İ., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** (12. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Kongar, E., **Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği** (21. Baskı), Remzi Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Kuçuradi, İ., **İnsan ve Değerleri** (7. Baskı), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018.
- Kuçuradi, İ., **Uludağ Konuşmaları** (6. Baskı), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2017.
- MacIntyre A., **Homerik Çağdan Yirminci Yüzyıla Etik'in Kısa Tarihi**, Çev. Hakkı Ünler-Solmaz Zelyüt Ünler, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2001.

- Marshall, G., **Sosyoloji Sözlüğü**, Çev. Osman Akınhay-Derya Kömürcü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2005.
- Mill, J. S., **On Liberty**, Ed. Jim Manis, The Pennsylvania State University Electronic Classics Series, Pennsylvania, 1998.
- Mill, J. S., **Özgürlük Üzerine** (2. Baskı), Çev. Tuğçe Kambur, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Nuttall, J., **Ahlâk Üzerine Tartışmalar**, Çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1997.
- Öner, N., **Klasik Mantık** (12. Baskı), Divan Kitap, Ankara, 2013.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** (10. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Özdemir, M. C., **Hugo Grotius ve John Locke'da Doğal Hukuk Öğretisi**, Platon Hukuk Yayınları, İstanbul, 2020.
- Özgenç, İ., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** (12. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Özipek, B. B., **Muhafazakârlık Nedir?**, Liberte Yayınları, Ankara, 2017.
- Özlem, D., **Evrensellik Mitosu**, Notos Kitap, İstanbul, 2015.
- Özlem, D., **Etik-Ahlâk Felsefesi**, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özlem, D., **Kavramlar ve Tarihleri**, Notos Kitap, İstanbul, 2016.
- Paşa, M., **Hikmet-i Hukuk**, Haz. Gökhan Doğan, Çizgi Kitabevi, Konya, 2016.
- Poyraz, H., **Ahlâk Felsefesi Yazıları**, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2015.
- Poyraz, H., **Dil ve Ahlâk**, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2016.

- Redhouse, J. W., **Redhouse's Turkish Dictionary: An Two Parts of English and Turkish and Turkish and English** (Second Edition), Quaritech Ltd., London, 1880.
- Rosen, M., Wolff, J., **Siyasal Düşünce**, Çev. S. Çalışkan-H. Çalışkan, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006.
- Seneca, L. A., **İşsizliğe Övgü**, Çev. Berna Günen, Kırmızı Kedi Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Sezal, İ. (Ed.), (2017), **Sosyoloji**, Zabun, B., “*Toplumsal Gelişme ve Değişme*”, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 535-568.
- Singer, Peter (Eds.), (2007), **A Companion to Ethics** (Twenty Fourth Edition), Wong, D., “*Relativism*”, Blackwell Publishing, United Kingdom, 2007, ss 442-450.
- Singer, Peter (Eds.), (2007), **A Companion to Ethics** (Twenty Fourth Edition), Hare, R. M., “*Universal Prescriptivism*”, Blackwell Publishing, United Kingdom, 2007, ss. 451-463.
- Soyucak, R., **Ahlâkta Evrensellik ve Değişme, Doğru Yolda Düzgün Yürümek**, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2019.
- Stephen, J. F., **Liberty, Equality, Fraternity and Three Brief Essays**, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1991.
- Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C. I** (3. Baskı), İÜY, İstanbul, 1965.
- Sunar, Lütfi (Ed.), (2019), **Türkiye’de Toplumsal Yapı ve Değişim** (4. Baskı), Sunar, L., “*Toplumsal Değişimi Açıklamak: Temel Kavram ve Kuramlar*”, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2019, ss. 1-38.

Swift, J., **İrlanda’da Yoksul İnsanların Çocuklarının Ailelerine veya Ülkelerine Yük Olmasını Önlemek ve Onları Topluma Kazandırmak İçin Makul Bir Öneri**, Çev. Orhan Düz, Kırmızı Kedi Yayınevi, İstanbul, 2019.

Tepe, H., **Etik ve Metaetik** (2. Baskı), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011.

Toroslu, N., Toroslu, H., **Ceza Hukuku Genel Kısım** (25. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

Türer, Celal (Ed.), (2019), **Etik ve Etik Sorunlar**, Gündoğan, A. O., “*Etik ya da Ahlâk Felsefesi*”, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2019, ss. 7-25.

Türk Dil Kurumu, **Felsefe ve Gramer Terimleri**, Cumhuriyet Basımevi, İstanbul, 1942.

Türk Dil Kurumu, **Türkçeden Osmanlıcaya Cep Kılavuzu**, Devlet Basımevi, İstanbul, 1935.

Türker, Ömer (Ed.), (2015), **Ahlâkın Temeli**, Özturan, H., “*Ahlâkî Önergelerin Kaynağı Olarak Akıl*”, Nobel Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 89-107.

Türker, Ömer (Ed.), (2015), **Ahlâkın Temeli**, Yaran, C. S., “*Ahlâkın Temelleri ve ‘Hakla Kal’ Önerisi*”, Nobel Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 67-79.

Ülken, H. Z., **Ahlâk** (3. Baskı), Doğubatı Yayınları, İstanbul, 2016.

Voltaire, **Cahil Filozof** (3. Baskı), Çev. Güzin Aker, Kırmızı Kedi Yayınevi, İstanbul, 2019.

Wacks, R. **Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş** (7. Baskı), Çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017.

Williams, R., **Anahtar Sözcükler** (7. Baskı) Çev. Savaş Kılıç, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.

Wolfenden, J., **The Wolfenden Report**, Stein and Day Publishers, New York, 1963.

Yaran, C. S., **Ahlak ve Etik** (2. Baskı), Rağbet Yayınları, İstanbul, 2016.

Yıldırım, C., **Mantık**, Fol Yayınları, Ankara, 2019.



### **Sürekli Yayınlar**

Bassham, G., **Legislating Morality: Scoring the Hart-Devlin Debate after Fifty Years**, Ratio Juris An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, Vol. 25, Issue 2, 2012, ss. 117-132.

Bayraktar, L. **Aşkınlık ve Ahlâk**, [Elektronik Versiyonu], Ahlâk Çalışmaları ve Ahlâk Felsefesi Dergisi, C. 1, S. 1, ss.1-9, <http://ahlakdergisi.org/wp-content/uploads/2020/11/Levent-Bayraktar.pdf>, Erişim Tarihi: 15.11.2020.

Bunikowski, D., **Legal Protection of the Value of Public Morality: The Hart-Devlin Debate**, [Elektronik Versiyonu]SSRN Electronic Journal, ssy. 2015. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2725388](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2725388), Erişim Tarihi: 27.11.2020.

Çaha, Ö., **İdeoloji İle Hukuk Arasında Devlet**, Doğu Batı Düşünce Dergisi, S. 13, 2001, ss. 91-118.

Duman, F., **Evrensellik ve Tarihsellik Arasında Edmund Burke-Ahlâkın/Siyasetin Felsefî Temelleri**, Muhafazakâr Düşünce Dergisi, S.19-20 (2.Baskı), 2009, ss. 11-14.

Rawls, J. **Kant'ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri**, Çev. Özlem Barın, Cogito Düşünce Dergisi, S. 41-42, 2005, ss.241-275.

Tekin, M., **Ahlâk Üzerine Yeniden Düşünmek**, Yetkin Düşünce Dergisi, S. 4, 2018, ss. 7-17.

### **Diğer Yayınlar**

Güncel Türkçe Sözlük [Elektronik Sürüm], **Ceza Hukuku**, TDK, <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 05.12.2020.

Hukuk Sözlüğü, [Elektronik Sürüm], **Ceza Hukuku**, Adalet Bakanlığı, <https://sozluk.adalet.gov.tr/ceza>, Erişim Tarihi: 05.12.2020.

Kubbealtı Lugatı [Elektronik Sürüm], **Ceza**, Kubbealtı Neşriyatı, <http://lugatim.com/s/ceza>, Erişim Tarihi: 05.12.2020.

Ocakoğlu, Ö. F., **Kodifikasyondan Resepsiyona: Aile Hukukundaki Değişmeler ve Toplumsal Etkileri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2013.

Öztürk, C., **Spinoza ve Farabi’de Hukuk-Ahlâk Problematiği**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019.

Wade, J. H., **Morals and The Enforcement of Values, An Analises of the Hart-Devlin Debate**, [Elektronik Sürüm], The University of British Columbia, 1971, <http://hdl.handle.net/2429/34108>, Erişim Tarihi: 28.11.2020.

