

Lord Patrick Devlin ve H.L.A. Hart Tartışmasının Türk Hukuku'na Yansıması

Derya Çıkış Bahçivan

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsüne Hukuk Yüksek
Lisans Tezi olarak sunulmuştur.

Doğu Akdeniz Üniversitesi
Eylül 2021
Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü onayı

Prof. Dr. Ali Hakan Ulusoy
L.E.Ö.A. Enstitüsü Müdürü

Bu tezin Hukuk Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarım.

Prof. Dr. Murat Turgut Turhan
Hukuk Fakültesi Dekanı

Bu tezi okuyup değerlendirdiğimizi, tezin nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarız.

Yrd. Doç. Dr. Nazime Beysan
Tez Danışmanı

Değerlendirme Komitesi

1. Prof. Dr. Gülriz Uygur
2. Doç. Dr. Sevtap Metin
3. Yrd. Doç. Dr. Nazime Beysan

ÖZ

Bu çalışma ile ahlaksızlığın cezalandırılmasının Türk Hukuku'na nasıl yansıdığı araştırıldı. Ahlaksızlık gibi göreceli ve de belirsiz bir kavramın kanun koyucular tarafından nasıl algılandığı ve yasalarda ne şekilde, ne saikle yer aldığı belirlenmeye çalışıldı. Araştırmada öncelikle tartışmanın başlangıç noktası olan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite tarafından 1957 tarihinde yayınlanan Wolfenden Raporu ve yüz yıl kadar önce benzer bir tartışma yaşayan John Stuart Mill ve Sir James Fitzjames Stephen arasında yaşanan tartışma ve Lord Patrick Devlin ve Herbert Lionel Adolphus Hart arasındaki tartışma hakkında literatür taraması yapıldı. Tartışmanın ana konusu olan ahlaksızlığın cezalandırılmasının aslında süregelen bir tartışma olduğu ve tartışmanın günümüze kadar uzanarak farklı görünümlemler ile Türk Hukuku'nda da yer aldığı tespit edildi. Bu yansımaların, kanun koyucunun sahip olduğu bakış açısı, dünya görüşü, insan haklarına yaklaşımı neticesinde bazen Lord Devlin'in bakış açısına, bazen de H.L.A. Hart'ın bakış açısına paralellik gösterdiği görüldü. Bu tespit içinde Türk toplumunda etkisi ve yeri önemli görülen Fahişelik ve mülga Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, namus cinayetleri, kürtaj, zina, sahih olmayan nesepte miras ve müstehcenlik gibi spesifik başlıklar seçildi. Bu başlıkların irdelenmesi neticesinde de ahlaksızlığın cezalandırılmasının kanuni düzenlemelerde de yer bulduğu, ancak ahlaksızlığın kendi başına sahip olduğu göreceliliğin ve belirsizliğin kanun yapma tekniklerine uymayacak bir şekilde kanuni düzenlemelerde de var olmaya devam ettiği, bu durumun da hem kanun uygulayıcılarının kişisel görüşlerinden ayrılmasını hem de kanuna uygun yaşamayı zorlaştırdığı sonucuna ulaşıldı.

Anahtar kelimeler: Ahlaksızlığın Cezalandırılması, Wolfenden Raporu, John Stuart Mill, Sir James Fitzjames Stephen, Lord Patrick Devlin, H.L.A. Hart, Fahişelik, 438. madde, Namus Cinayetleri, Kürtaj, Zina, Sahih Olmayan Nesepte Miras, Müstehcenlik.

ABSTRACT

In this study, a research was conducted on how the punishment of immorality was reflected in Turkish Law. It was attempted to determine how a relative and vague concept such as immorality is perceived by the legislators and in what way and with what motive it exist in the laws. In this research, first of all, a literature review was done about The Wolfenden Report, published in 1957 by the Committee on Homosexual Crimes and Prostitution, which is the starting point of the discussion; the debate between John Stuart Mill and Sir James Fitzjames Stephen, which was a similar debate over a century ago, and the debate between Lord Patrick Devlin and Herbert Lionel Adolphus Hart. It was determined that, the punishment of immorality, the main subject of the discussion, is actually an ongoing debate and that the debate prolongs to the present and exists in Turkish Law in different patterns. It was seen that these reflections are sometimes parallel to Lord Devlin's point of view and sometimes to H.L.A. Hart's point of view, shaped by the legislators' perspective, philosophy and approach to human rights. For this determination, specific topics such as "Prostitution and article 438 of repealed Turkish Criminal Law", "honour killing", "abortion", "adultery", "legacy in illegitimate relation" and "obscenity" were chosen. By examining these topics, it was concluded that; the punishment of immorality is included in the legal regulations, but the relativity and uncertainty of immorality also continue to exist in legal regulations in a way that does not comply with law-making techniques and it causes law enforcement to diverge from their personal views and makes it difficult to live by the law.

Keywords: Punishment of Vice, Wolfenden Report, John Stuart Mill, Sir James Fitzjames Stephen, Lord Patrick Devlin, H.L.A. Hart, Prostitution, Article 438, Honor Killings, Abortion, Adultery, Inheritance in False Progeny, Obscenity.

TEŞEKKÜR

Zor zamanları da barındıran bir süreçte yoğun emek ve özveri ile hazırladığım yüksek lisans tezimi bitirmenin haklı gururunu ve heyecanını yaşıyorum ve bu süreçte bana yardımcı olan herkese çok teşekkür ederim.

Çalışmam esnasında gerek akademik gerekse de manevi desteğini esirgemeyen sevgili danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Nazime Beysan'a ve ihtiyaç duyduğum her türlü desteği sağlayan Doğu Akdeniz Üniversitesi ailesine çok teşekkür ederim.

Öncelikle bir tanecik oğlum Egemen Bahçıvan'a varlığı, kokusu, sevgisi, sabrı ve anlayışı için ve canım rahmetli babam Nizamettin Çıkış'a güzel hatıraları ile her aklıma gelişinde sağladığı devam etme gücü için çok çok çok teşekkür ederim. Bu yoğun çalışma dönemindeki sabrı, sevgisi ve desteği için sevgili eşim Av. Mehmet Bahçıvan'a, bu süreçte oğlumun ikinci annesi olan, canıma can olan canım annem Rukiye Çıkış'a, her zaman olduğu gibi bu süreçte de ihtiyaç duyduğum her an yanımda olan abim Kadir Çıkış'a, anneannem Fatma Öztürk'e, teyzem Zühtiye Veyseltepe'ye, Av. Deniz Bahçıvan'a, Av. Emine Bahçıvan Karacan'a ve çalışmam esnasında küçük veya büyük yardımlarını esirgemeyen herkese sonsuz teşekkür ederim.

Av. Derya Çıkış Bahçıvan

29 Ağustos 2021

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
1 LORD PATRICK DEVLIN VE H.L.A. HART TARTIŞMASININ ÖNCESİ.....	12
1.1 Wolfenden Raporu	12
1.1.1 Komitenin Kurulması	12
1.1.2 Komitenin Görüşü.....	14
1.1.3 Wolfenden Raporunun Sonuçları.....	14
1.2 John Stuart Mill ve Sir James Fitzjames Stephen Tartışması	16
1.2.1 John Stuart Mill	17
1.2.1.1 Mill'in Ahlak Anlayışı	17
1.2.1.2 Mill'in Zarar İlkesi.....	20
1.2.1.3 Mill'in Özgürlük Anlayışı.....	22
1.2.2 Sir James Fitzjames Stephen.....	26
1.2.2.1 Stephen'in Ahlak Anlayışı	27
1.2.2.2 Stephen'in Zarar İlkesine Dair Eleştirileri	27
1.2.2.3 Stephen'in Özgürlük Anlayışı.....	29
2 LORD PATRICK DEVLIN VE H.L.A. HART TARTIŞMASI	31
2.1 Lord Patrick Devlin	32
2.1.1 Kamu Ahlakı – Özel Ahlak Ayırımı.....	33
2.1.2 Toplumsal Ahlak ve Toplumsal Yapı.....	36

2.1.3 Ahlaksızlığın Cezalandırılması.....	39
2.1.4 Hukuk ve Ahlak.....	42
2.1.5 Toplumun Ahlakının Asli Belirleyicisi Dindir	44
2.2 H.L.A. Hart.....	47
2.2.1 Kamu Ahlakı – Özel Ahlak Ayrımı.....	48
2.2.2 Pozitif Ahlak – Eleştirel Ahlak.....	52
2.2.3 Toplumsal Ahlak ve Toplumsal Yapı.....	57
2.2.4 Toplumun Ortak Ahlakının Bağlayıcılığı ve Her Toplum İçin A Priori İlke Kabul Edilebilir mi?.....	58
2.2.5 Ahlaksızlığın Cezalandırılması ve Hukuki Dayatım Türleri	63
3 TARTIŞMANIN TÜRK HUKUKU'NA YANSIMALARI.....	67
3.1 Fahişelik, Madde 438 ve N.T. Olayı	68
3.2 Namus Cinayetleri.....	79
3.3 Kürtaj.....	86
3.4 Zina.....	94
3.5 Sahih Olmayan Nesepte Miras	99
3.6 Müstehcenlik	103
SONUÇ	114
KAYNAKLAR	120

KISALTMALAR

AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
E.	Esas
K.	Karar
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
TMK	Türk Medeni Kanunu
YCD	Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Kral VIII. Henry döneminde, İngiltere’de 1533 yılında çıkarılan bir yasa ile eşcinsellik yasaklanmıştır. Bu yasa sadece erkek eşcinselliği ile sınırlıydı. On dokuzuncu yüzyılda yeni yapılan yasalar ile eşcinsellik daha geniş tanımlanmasına rağmen; kadınlar arasındaki eşcinsel ilişkiler hiçbir zaman suç sayılmamıştır.¹ Eşcinselliğin İngiltere’de suç olmaktan çıkarılması ise 1967 yılını bulmuştur.²

1921 yılında muhafazakâr milletvekili Frederick Macquisten, Eski Yunan ve Roma İmparatorluğu’nun yıkılış sebebinin kadınların ahlaktan uzaklaşması olduğunu, bu sebeple de 1885 tarihli ceza yasasının değiştirilerek, kadınların eşcinsel ilişkilerinin de suç sayılması gerektiğini ifade etmiştir. 1937 yılında da eşcinselliğin boşanma sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği, erkek eşcinselliğinin cezalandırılırken kadın eşcinselliğinin cezalandırılmıyor olmasının eşitsizliğe sebep olduğu, bu yüzden de kadın eşcinselliğinin de ceza yasalarında düzenlenmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bu girişimler, aslında çok yaygın olmayan kadın eşcinselliğinin, ceza yasalarında yer alması halinde toplumda dikkat çekerek, farkındalık yaratarak artışa sebep olacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.³

1954 yılında muhafazakâr hükümet tarafından eşcinsellik ve fuhuş yasalarının değerlendirilmesi için Sir John Wolfenden başkanlığında “*Committee on Homosexual Offences and Prostitution*” (*Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite*) kurulmuştur. Komitede hem kadın hem erkek üyeler yer almaktaydı. Komitede yer alan kadın üyelerin tartışmalar esnasında rencide olmaması için Eşcinsellik Suçları

¹ ICHI.PRO (t.y.), *Lezbiyen Paradoksu: Homofobi, İmparatorluk ve 1950’lerde Britanya’da hukuk*, <https://ichi.pro/tr/lezbiyen-paradoksu-homofobi-imparatorluk-ve-1950-lerde-britanya-da-hukuk-86456474479373> (13 Ocak 2021).

² Alacaoğlu, İ. (2013), *Eşcinsel Edebiyatta Erkeklik Kurguları*, Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı, s.13.

³ ICHI.PRO, *Lezbiyen Paradoksu: Homofobi, İmparatorluk ve 1950’lerde Britanya’da hukuk*.

ve Fahişelik Hakkında Komite, tartışmalarda eşcinseller için “*Huntleys*”, fahişeler için ise “*Palmers*” kelimeleri kullanılıyordu.⁴

Komitenin, Wolfenden Raporu olarak bilinen raporu 1957 yılında Birleşik Krallık'ta yayınlandı. Wolfenden Raporu'nda “*Bize göre, [ceza hukukunun] işlevi kamu düzenini ve adabını korumak, vatandaşı rahatsız edici ve zararlı şeylerden korumak ve diğerlerinin zehirlenip bozulmasına karşı, özellikle gençler, bedence ya da akıl yönünden zayıflar yahut tecrübesiz oldukları için savunmasız olanlara yeterli korumayı sağlamaktır...*” açıklaması ile eşcinselliğin suç olmaktan çıkarılması ve fahişeliğin ise alenen cinsel ilişki teklifi ile toplumda diğer bireylerin rahatsızlık yaşamasına sebebiyet verildiği takdirde suç sayılmasının uygun olacağı görüşü yer almıştır.⁵

Wolfenden Raporu'nun yayınlanmasının ardından 1959 yılında Lord Patrick Devlin vermiş olduğu bir konferans ile raporu eleştirmiş, Herbert Lionel Adolphus Hart da Devlin'e cevaplar vermiş ve aralarında konferanslar, makaleler ve kitaplar aracılığıyla yürütülen bir tartışma ortaya çıkmıştır.⁶

1961 tarihli “*The Suicide Act*” (*İntihar Yasası*) ile İngiliz Hukuku'nun omurgasını oluşturan örf ve adet hukukunun dayandığı Hristiyan ahlakınca kabul edilmeyen ve İngiliz ceza hukuku tarafından cezalandırılan bir eylem olan intiharın suç olmaktan çıkarılması, İngiltere hukuk tarihi açısından bir dönüm noktası olmuştur. Bu reformu, yetişkinler arası aleni olmayan rızaya dayalı eşcinsel ilişki, ötenazi ve çocuk düşürmenin belli biçimlerinin izleyeceğine inanılırken⁷; Lordlar Kamarası'nın 1961 yılında önüne gelen bir davada verdiği karar ile toplum

⁴ ICHI.PRO, *Lezbiyen Paradoksu: Homofobi, İmparatorluk ve 1950'lerde Britanya'da hukuk*.

⁵ Hart, H.L.A. (2020), *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, Çev. Erol Öz, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, s.24.

⁶ Uzun, E. (2017) *Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin - Hart Tartışması*, in: Sercan Güler (Ed.), H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı, İstanbul: Tekin Yayınları, s.65-66.

⁷ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.9-10.

tarafından kabul gören ahlak kurallarına aykırılıkların cezalandırılabilmesi söz konusu olmuştur.⁸

İngiltere’de 1959 yılında hayat kadınlarının mesleklerini kamusal alanda icra etmelerini yasaklayan kanun “*Street Offences Act*” (*Sokak Suçları Yasası*) yayınlanmıştır. Kanunun yayınlanmasının ardında da Frederick Charles Shaw, 28 sayfalık “*The Ladies’ Directory*” (*Kadınlar Rehberi*) başlıklı bir kitapçık yayınlarak, bundan kazanç elde etmeyi amaçlamıştır ve bu sebeple de yargılanıp, mahkûm edilmiştir. Shaw’ın hazırlamış olduğu kitapçıkta hayat kadınlarının isim, adres, telefon numarası, çıplak fotoğrafları ve hangi hizmetleri sundukları yer almaktaydı ve hayat kadınları da bu kitapçıkta yer almak için Shaw’a bir ücret ödemekteydi. Kitapçığı yayınlamadan önce konu ile ilgili polise danıştığını ileri süren Shaw⁹, hakkında yürütülen kovuşturma sonrasında üç suçtan suçlu bulunmuştur: 1-Kitapçıkta yer almak için kendisine para ödeyen hayat kadınlarının kazançlarıyla geçinmek, 2-Müstehcen içerikli yayın yapmak, 3- Yayınladığı *The Ladies’ Directory* isimli kitapçık ile kamusal ahlakı bozmaya yönelik bir komploya iştirak.^{10 11}

Lordlar Kamarası’nın 1961 yılında *Shaw v. Director of Prosecutions*¹² (Shaw Savcılığa karşı) davasında¹³ verdiği karar ve 1962 yılında beş üyeden dördünün

⁸ Uzun, s.66.

⁹ Munday, R. (2003), *İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi*, Çev. Zeynel T. Kangal, İÜHFM, C.LXI, s.441.

¹⁰ 1962 yılında Lordlar Kamarası, beş üyeden dördünün kabulü ile kamusal ahlakı bozmaya yönelik bir komploya iştirakin İngiliz hukukunca suçlama dayanağı oluşturacağına karar vermiştir. Munday, s.442.

¹¹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.19.

¹² Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.18.

¹³ Shaw davasında yargıçlardan bazıları Lord Mansfield’in 1774 tarihli şu kararına atıfta bulunmuştur. “*Contra bonos mores et decorum olan her şeyi hukukumuzun ilkeleri yasaklar ve Kralın Divanı (King’s Court) kamu ahlakının genel denetçisi ve koruyucusu olarak bunları önlemek ve cezalandırmakla yükümlüdür.*” Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.18. Ayrıca söz konusu ceza yasasının yeniden hayata döndürülmesine duyulan gereksinim için de eski bir Lord Chamcellor olan Lord Simonds şu açıklamayı yapmıştır: “*Star Chamber lağvedildikten çok sonra konuşan Lord Mansfield, King’s Bench Divanı’nın halkın custos morum’u olduğunu ve contra bonos mores (ahlaka ve adaba aykırı) suçları denetleme görevi bulunduğunu söylediğinde, bugün benim ileri sürdüğüm*

kabulü ile “*kamusal ahlaki bozmaya yönelik bir komploya iştirak*”ın İngiliz Hukukunca suçlama dayanağı oluşturacağına¹⁴ dair karar vermiştir. H.L.A. Hart da bunun sonucu olarak hem Devlin’e cevap verme hem de ceza hukukundaki reformlara katkı sağlamak amacıyla, 1962 yılında Standford Üniversitesi’ndeki konferanslarında bu konuyu ele almış ve 1963 yılında da bu üç konferanstaki konuşmalarını “*Law, Liberty and Morality*” (*Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*) isimli kitapta bir araya getirmiştir.¹⁵

İngiliz yargıçları, başkaları açısından hiçbir zarara neden olmasa bile, kendi başına ahlaksızlığın cezalandırılmasında hukuka başvurulmasının yerinde olduğu görüşünü reform yanlılarına karşı savunmaktaydı. Hart, konferansları ile reform yanlılarının ister istemez içine girmek zorunda kaldığı, ceza hukukunun asıl faaliyet alanının ne olduğu konusundaki tartışmada, hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye dair dört soru¹⁶ sorarak ve bu sorulara verdiği cevaplar ile katkı sağlamıştır.¹⁷

Psikolojinin bir bilim olarak var olması ile eşcinsellik, ruhsal bir hastalık olarak görülüp, hasta kabul edilen eşcinseller 20. yüzyıl ile zorla tedavi edilmeye başlanmıştır. 20. yüzyılın ortaları ise eşcinsellerin psikanaliz, terapi, apomorfinle

*gibi, common law’un yerini alacak herhangi bir yazılı hukuk kuralının ortaya çıkmamış olduğu durumlarda, Divan’ın kamu selametini zedeleyici nitelikteki bu suçları denetlemek için doğal bir yetkiye sahip olduğunu ileri sürmekteydi. Parlamento yeterli dikkati gösterdiğinde yasama faaliyetlerinde yavaş olmadığı için bu tür olaylar nadir görülecektir fakat insanoğlunun zayıflıklarının toplum düzenini bozabileceği tüm yolları kestirmek mümkün olmadığı için boşluklar kalır ve daima kalacaktır. Tekil bir örneği ele alalım... Uzak ya da yakın bir tarihte, yetişkin erkekler arasında rızaya dayalı eşcinsel fiillerin suç olmaktan çıkacağını varsayalım. Bu tür davranışların, müstehcen olmasa bile, kitapçık ve ilanlarla alenen savunulması ve özendirilmesi bir suç oluşturmayacak mıdır? Ya da parlamento bu davranışa el atana dek beklemek zorunda mıyız? Lordlarım, ben diyorum ki, common law bu tür olaylarda yetkisizse artık ona saygı göstermemeliyiz ancak bence onun kollarında halen güç vardır ve Majesteleri’nin Yargıçlarına, Lord Mansfield’in kendilerine gösterdiği rolü oynamak düşmektedir.” Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.20.*

¹⁴ Munday, s.441-442

¹⁵ Uzun, s. 66.

¹⁶ “1- Hukukun gelişimi ahlak kurallarından etkilenmiş midir? 2- Ahlakın gelişimi hukuktan etkilenmiş midir? 3- Hukuk ahlaki eleştiriye açık mıdır? Ya da bir kuralın geçerli bir hukuk kuralı olduğunun kabulü, onun, ahlaki standartlara ya da ilkelere gönderme yapılarak eleştirilmesine ya da kınanmasına engel olur mu? 4- Belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlaka aykırı olması, bu davranış hukuk tarafından cezalandırılabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli midir? Kendi başına ahlaki dayatmak ahlaken caiz midir? Kendi başına ahlaksızlık suç olmalı mıdır?” Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.13-15.

¹⁷ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.13-17.

kusturma, elektro şok, elektokonvulzif tedavi (EKT) gibi tedavi yöntemleri ile psikiyatri hastanelerinde rızaları olmaksızın, zorla tedavi edildikleri en yoğun dönemdir. Yine 20. yüzyılın başlarından 1973 yılına kadar Amerika’da eşcinsellik bir ruh hastalığı olarak kabul edilmiş ve çeşitli sınıflandırmalarda¹⁸ “*hastalık*” olarak yer bulmuştur. Dünya Sağlık Örgütü ise 1990 yılında eşcinselliğin bir hastalık olmadığını belirterek, onu hastalık kategorilerinden çıkarmıştır.¹⁹

Eşcinseller, tarih boyunca hapse atılmış, idam cezası ya da işkencelerle karşı karşıya kalmışlardır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza kanununda eşcinsellik beş yıla kadar hapis cezası öngören bir suç olarak İngiliz sömürgecilik döneminin etkisiyle yer bulmuş²⁰ ve ancak 2014 yılında suç olmaktan çıkarılmıştır.²¹ Bir başka İngiliz sömürgeciliğinin etkisi ile eşcinselliği ceza yasalarında suç olarak düzenleyen Hindistan’da ise 2010 yılında eşcinsellik suç olmaktan çıkarılmıştır. Şeriat ile yönetilen İran, Suudi Arabistan, Sudan, Yemen, Moritanya, Somali ve Nijerya gibi İslam ülkelerinde ise günah ve suç kavramları içiçe geçtiği için, eşcinseller günah işledikleri gerekçesiyle ölüm cezasına varan cezalar ile cezalandırılmaktadırlar. Bunun yanı sıra günümüzde eşcinsellerin, on yıl ve üzeri hapis cezası ile cezalandırıldıkları otuz iki ülke, on yıldan az hapis cezası ile cezalandırıldıkları otuz altı ülke vardır ve birçok ülkede de adli para cezası ya da zorunlu kamu hizmeti ile cezalandırılmaktadırlar. Türkiye’de ise her ne kadar eşcinsellik ceza yasalarında suç olarak yer almasa da; eşcinselleri, maruz kalacakları ayrımcılıktan koruyacak yasal bir düzenlemenin bulunmaması da mağduriyetlere neden olmaktadır.²²

¹⁸ Eşcinsellik, Amerika’da Amerika Psikiyatri Birliği (APA) tarafından 1935 yılında “*Patolojik Cinsellik Psikopatik Kişilik*” olarak, 1952 yılında “*Sosyopatik Kişilik Bozukluğu*”nun alt grubu olan seksüel sapkınlıklar bölümünde fetişizm, sadizm, transvestizm ve pedofili ile birlikte yer almış, 1968 yılında ise fetişizm, teşhircilik ve pedofili ile aynı kategoride yer almıştır. Alacaoğlu, s.15-16.

¹⁹ Alacaoğlu, s.15.

²⁰ Alacaoğlu, s.13.

²¹ Kameneu ve diğerleri, Aktivizm, *Hukuk ve İki Kesimdeki Değişiklik*, Kıbrıs LGBTİ Hareketi 2019 Raporu, s.4.

²² Alacaoğlu, s.14.

Bu alışmada Devlin ve Hart arasında konferanslar, makaleler ve kitaplar aracılığıyla yürütülen tartişmadan ve tartişmanın başlangıcı olan 1954 tarihinde kurulan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite'nin (*Committee on Homosexual Offences and Prostitution*) 1957 yılında yayınlanan Wolfenden Raporu'ndan, yüz sene önce de benzer bir tartişma yürüten Mill ve Stephen tartişmasından söz edilerek; Devlin ve Hart tartişmasının ana konusu olan “*Ahlaksızlığın Cezalandırılması*”nın Türk Hukuku'na nasıl yansıdığına değinilecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde Lord Patrick Devlin ve H.L.A. Hart tartişmasının hangi zeminde ortaya çıkıp, bugüne kadar nasıl geldiğinin daha iyi kavranabilmesi için Devlin ve Hart tartişmasının öncesini oluşturan ve tartişmanın çıkış noktası olan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite tarafından hazırlanan Wolfenden Raporu ve Devlin ve Hart'tan yüz sene önce de benzer bir tartişmayı yürüten John Stuart Mill ve James Fitzjames Stephen arasındaki tartişma ele alınacaktır.

İkinci blmde “*Ahlaksızlığın Cezalandırılması*” olarak da nitelendirebileceğimiz Devlin ve Hart tartişmasında, tarafların ahlak ve ahlaksızlık kavramlarını nasıl ele aldıklarına ve genel görüşlerine, aynı konular hakkındaki farklı bakış açılarına ve çıkarımlarına, ahlak ve hukuk arasındaki ilişkiyi nitelendirmelerine ve ahlaksızlık olarak kabul edilen durumlar karşısında nasıl bir tutum sergilenmesi gerektiğine dair görüşlerine değinilecektir.

Çalışmanın son bölümünde ise çalışmanın ana konusu olan ahlaksızlığın cezalandırılmasının Türk Hukuku'na nasıl yansıdığı irdelenecektir. Bu irdeleme esnasında da Türk toplum yapısında sıklıkla karşılaşılan ve her biri süregelen bir problem haline gelmiş birtakım spesifik konular ele alınacaktır. Bunun için de öncelikle ahlakın kadının bedenine yapışıp kaldığı Türk toplumunda fahişeliğe bakış

açısını kavrayabilmek için kanuni düzenlemelere, mülga Türk Ceza Kanunu'nun çokça tartışma konusu olan 438. maddesine ve bu düzenlemenin mağduru olan N.T.'nin yargılama aşamasında yaşadıklarına; kadın bedenine yapışan ahlakın Türk toplumunda namus kavramı ile ifade edilmesine ve bunların neticesinde de kadınların namus kisvesi altında en yakınlarının fail olduğu cinayetlere kurban gitmelerine ve bu cinayetlerin kanun koyucu ve kanun uygulayıcıları tarafından nasıl algılandığına; tüm dünyada büyük tartışmalara neden olan, beden dokunulmazlığı ile yaşam hakkının kesiştiği nokta olan kürtajın ülkemizde algılanışı ve hakkındaki yasal düzenlemelere; gerçekleştirilen fiil aynı olsa da cinsiyet farklılığının esas alındığı zinaya dair kanuni düzenlemelere ve düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı sonucunda iptallerinde dahi cinsiyet ayrımından vazgeçilemediğine; evli olmayan kişilerin birlikteliklerinden doğan çocuklara toplumca yapılan zorbalıklar haricinde bir de mülga Medeni Kanunu'ndaki düzenleme ile kanuni haklarına yapılan müdahaleye ve son olarak da en az ahlak ve ahlaksızlık kavramları kadar belirsiz ve göreceli olan ancak buna rağmen kanuni düzenlemelerde yer alan müstehcenlik kavramına ve bu kavramın yargılama aşamasında kanun uygulayıcıları tarafından nasıl ele alındığına değinilecektir.

Türk Hukuku'nda bu konu hakkında ne yasa koyucu ne de yasa uygulayıcıları tarafından gerçekleştirilen ve Devlin ve Hart'a doğrudan atıfta bulunulan bir tartışma yoksa da; çalışmanın bu bölümünde inceleyeceğimiz kanuni düzenlemeler ve mahkeme kararlarının söz konusu tartışmanın taraflarının görüşlerine olan benzerlikleri ele alınacaktır. Kimi yasal düzenleme ve mahkeme kararlarında Devlin'in bakış açısına benzer şekilde ahlaksızlığın yasalar eliyle cezalandırılması gerektiği, yasa koyucunun da ahlaksızlık olarak kabul edilen konularda yasa yaparken, devletin güvenliği ve devamını sağlamak için yapacağı yasama

faaliyetlerinde olduğu gibi herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı ve yasaların uygulayıcısı olan mahkemelerin de toplumu ahlaksızlığa karşı koruma görevi olduğu düşüncesinin yer aldığı; kimi yasal düzenleme ve mahkeme kararlarında ise Hart'ın bakış açısına benzer bir şekilde, daha özgürlükçü, daha liberal bir bakış açısı ile kişilerin kimsenin karışamayacağı bir özel ahlaksızlık alanına sahip olduğu, kişilerin toplumca ahlaksızca kabul edilse de başkalarına zarar vermeyen eylemlerinden dolayı cezalandırılmayacağı ve toplumun bir genel ahlakının olabileceğı ancak bu ahlakın korunmaya değer olup olmadığının ise mutlaka tartışılması gerektiğı düşüncesinin yer aldığı görülecektir.

“Ahlaksızlık” ve “Ahlaksızlığın Cezalandırılması” kavramlarından bahsedebilmek için ise öncelikle “ahlak” ve “etik” kavramlarının tanımlarının ve çalışmamızda hangi anlamda kullanılacağını tespit etmek gerekmektedir.

Hukuk, hak ve ödevler yükleyerek kişilerin yaşamlarını etkilemekte, isteklerini dile getirmelerine, konumlarını belirlemelerine yardımcı olmakta yani içerisinde ahlaki talepler barındırmaktadır. Bu sebep de hukukun kendi başına yeterli bir kurumun özelliklerini taşıdığını söyleyemeyiz ve bu da bizi hukuk ile ahlak/etik arasında bir ilişki kurmaya götürmektedir.²³

Hukuk ile ahlak/etik arasında bir ilişki kurmadan önce de sıklıkla birbiri yerine kullanılan etik ve ahlak kavramlarını açıklamak gerekmektedir.²⁴ Ahlak, genel olarak kamuoyuna ve sosyal bağlama dayanan bir kavram olduğu için sınıflandırılması ya da tanımlanması konusunda sıkıntılar yaşanmakta ve bu sıkıntıların en zoru da ahlak kavramının kapsamının belirlenmesi olmaktadır.²⁵

²³ Uygur, G. (2010), *Katılanın Perspektifi Bakımından Hukuk ve Etik İlişkisi*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 22(1), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s.6.

²⁴ Mahmutoğlu, A. (2009), *Etik ve Ahlak; Benzerlikleri, Farklılıkları ve İlişkiler*, Türk İdare Dergisi, 0(81), s.225.

²⁵ Darcan, E. (2015), *Ahlak Suçları ve Diğer Suçlar Arasındaki İlişki*, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 0(46), s.44.

Ahlak, etimolojik olarak Arapça kökenli bir kelime olup, hulk ya da huluk sözcüklerinin çoğul biçimidir.²⁶ Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*bir toplum içerisinde kişilerin benimsedikleri, uymak zorunda bulundukları davranış biçimleri ve iyi nitelikler, güzel huylar*”²⁷ olarak tanımlanan ahlak; Psikoloji sözlüğünde, “*toplumca kabul gören ve davranışın kabul edilebilir olup olmadığı yargısında kullanılan bir davranış standardı*”²⁸ olarak ve hukuk sözlüğünde ise “*insan davranışlarını iyi veya kötü diye niteleyerek toplum hayatında düzenleyici rol oynayan ancak devletin yaptırım gücünden yararlanmayan kurallar*”²⁹ şeklinde tanımlanmaktadır.

Yukarıda yer alan değişik bakış açılarına sahip ahlak tanımlarını incelediğimizde, aslında birbirine çok benzeyen tanımlarmış gibi görünseler de; barındırdıkları iyi-kötü, güzel-çirkin, kabul edilebilir-edilemez gibi göreceli ifadeler nedeniyle toplumsal, zamansal ya da kişisel farklılıklar neticesinde ahlakın çok farklı şekillerde tanımlanabileceğini görebiliriz.

Bir de ahlak ile sık sık karıştırılan ve çoğu zaman sanki eşanlamlıymış gibi kullanılan “etik” kavramı vardır. Etik ise “*felsefenin, insan davranışının normları ile ilgili ilkelerini, neyin doğru neyin yanlış olduğu konusundaki ahlaki değer yargılarını, inanç sistemlerini, vb inceleyen dal*”³⁰ olarak tanımlanmıştır. Etik, tanımından da anlaşılacağı üzere insan davranışlarının normlarını inceleyen felsefenin bir dalıdır. Bireylerin, toplumların zamana göre değişen anlayışları ile uhdelinde oluşan ahlaki değerler sebebiyle sürekli farklılaşan ahlak; ahlaki değerlerin uygulanması, eyleme geçirilmesi demektir. Bireyler ya da toplumlar arasında değişen anlayışlar sonucunda uhdelinde oluşan ahlaki değerlerin

²⁶ Kılıç, M. (2007), *Hukuk-Ahlak İlişkisinin Temellendirilmesi ve Ayırım Kriterlerinin Analizi*, Teorik ve Pratik Yönleriyle Ahlak, İstanbul: Dem Yayınları, s.586.

²⁷ Türk Dil Kurumu (1998), *Türkçe Sözlük*, 1(1), 9. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basım Evi, s.48.

²⁸ Budak, S. (2000), *Psikoloji Sözlüğü*, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, s.23.

²⁹ Bağdatlı, S. (2012), *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul: Derin Yayınları, s.24.

³⁰ Budak, s.278.

uygulanması, eyleme geçirilmesi ile de etik ortaya çıkmaktadır. Yani etik, bu eylemlerin, uygulamaların teorisidir.³¹

Göreceli ve çokça birbirlerine karıştırılan “*ahlak*” ve “*etik*” kavramları, hem söz konusu görecelilik ve karışıklığı minimum düzeye düşürmek hem de çalışmada bir bütünlük sağlanabilmesi adına, İoanna Kuçuradi’nin “*Uludağ Konuşmaları*”³², “*Ahlak, Etik ve Etikler*”³³ ve “*Etik*”³⁴ isimli eserlerinde yer alan tanımlamaları kullanılacaktır.

İoanna Kuçuradi, “...*ahlak; kişilerarası ilişkilerde davranışlara ilişkin geçerli (bir grup, belirli bir zamanda ya da genel olarak geçerli olan, olması istenen) çeşitli değer yargıları sistemleri olarak karşımıza çıkıyor.*”³⁵ şeklinde tanımlamaktadır ve çalışma kapsamında da “*ahlak*”ın bu tanımı ile hareket edilecektir. Etik ise yine İoanna Kuçuradi’nin tanımlaması ile “...*insanlar arası ilişkilerdeki değer sorunlarını inceleyen disiplin.*”³⁶ anlamında kullanılacaktır.

Hukuk ve ahlak bünyesinde birçok benzer ilke barındırsa da bazı durumlarda ahlak ile ilgili olmayan hatta ahlakın öngördüklerini yasaklayan ve cezalandıran hukuk kurallarına da rastlanılabilir.³⁷ Bu durum hukukun ahlak kurallarının üstünde yer alan bir norm olması sonucunda ve üstün bir faydanın korunması amacıyla ortaya çıkar.

Anayasa Mahkemesi’nin 21.10.1975 tarihli ve 152/202 sayılı kararı bu duruma örnek verilebilir.

“*Ahlak kurallarının alanı, hukuk ve özellikle ceza hukuku alanından daha geniştir. Çağdaş ceza yasaları, yalnız toplumun düzenini, huzurunu ve güvenliğini bozucu nitelikteki ahlaka aykırı davranışları kendi alanı içine almakla yetinmiştir,*

³¹ Kılıç, s.588.

³² Kuçuradi, İ. (2019), *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak ve Kültür Kavramları*, 7.Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, s.23-42.

³³ Kuçuradi, İ. (2020), *Ahlak, Etik ve Etikler*, 2.Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, s.45-54.

³⁴ Kuçuradi, İ. (2018), *Etik*, 7.Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, s.3-15.

³⁵ Kuçuradi, *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak ve Kültür Kavramları*, s.25.

³⁶ Uygur, G. (2020), *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, 3.Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, s.19.

³⁷ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.14.

kesin bir zorunluluk olmadıkça bu nitelikte olmayan ahlak kurallarına aykırı davranışlara karışmayı kişilerin özgürlükleri ve dokunulmazlıkları bakımından zararlı ve hatta tehlikeli görmüşlerdir.”³⁸

³⁸ Demirbaş, T. (2018), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.109.

Bölüm 1

LORD PATRICK DEVLIN VE H.L.A. HART

TARTIŞMASININ ÖNCESİ

1.1 Wolfenden Raporu

1.1.1 Komitenin Kurulması

1953 yılında bir aktör ve 1954 yılında da bir Lord, kuzeni ve bir gazetecinin eşcinsellik suçlaması ile yargılanarak 12 ila 18 ay arasında değişen hapis cezaları ile cezalandırılmalarının ardından kamuoyunda tartışmalar yaşanmıştır. İngiltere’de 1952’de sodomi (*sodomy*)³⁹ için 670, sodomiye teşebbüs veya uygunsuz saldırı için 3087 ve ahlaksızlık için 1686 kovuşturma başlatılmıştır.⁴⁰ Eşcinselliğin bir hastalık olarak değerlendirilmesi sonucunda, yürütülen kovuşturmalar ile cezalandırılmalarına karar verilen kişiler, bu süreçte terapi ve hormon tedavilerini içeren uygulamalarla karşılaşmıştır.⁴¹ 1953 yılının Aralık ayında iki milletvekili, hükümeti eşcinsel suçlarla ilgili yasayı araştırmak için bir kraliyet komisyonu kurmaya çağırmıştır. 1954 yılının Ağustos ayında ise İçişleri Bakanlığı tarafından Wolfenden Komitesi; eşcinsel suçlarla ilgili yasa ve uygulamaları ve bu suçlardan hüküm giyen kişilere yapılan muameleyi ve uygulanan ilgili yasa hükümlerini incelemek üzere atamıştır.⁴² Dava sayılarında yaşanan artış ve eşcinsellik ile fahişeliğin toplumda yarattığı huzursuzluk neticesinde bir komite kurularak,

³⁹ Sodomy/Sodomi: Genel olarak insanlar arasındaki anal/oral ilişkiyi ya da insan ile hayvan (zoofili) arasındaki cinsel ilişkiyi ifade eder ve eşcinsel ya da üreme amacı gütmeyen cinsel birleşmeler için de kullanılır. Encyclopedia Britannica, <https://www.britannica.com/topic/sodomy> (29 Ekim 2020).

⁴⁰ Summers C.J. (2004), *Wolfenden Report*.

⁴¹ Summers, *Wolfenden Report*.

⁴² Summers, *Wolfenden Report*.

araştırma yapılması kararlaştırılmış ve 1954 yılında Sir John Wolfenden başkanlığında, Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite (*Committee on Homosexual Offences and Prostitution*) kurulup, durumun hukuki boyutunun değerlendirilmesi ile görevlendirilmiştir.⁴³ On dört erkek ve üç kadın üyeden oluşan Komite, İngiltere’de 1954 yılında eşcinsellik ve fuhuşla ilgili olarak İngiliz yasalarını araştırırken⁴⁴; üç yıl boyunca dini liderler, polisler, psikiyatrlar, hakimler, kamu çalışanları ve eşcinseller ile görüşmeler yapmıştır.⁴⁵

Komite, Eylül 1957’de adını o zamanlar Reading Üniversitesi rektör yardımcısı olan ve komiteye başkanlık yapan Sir John Wolfenden’den alan 155 sayfalık⁴⁶ Wolfenden Raporunu⁴⁷ yayınlanmıştır.⁴⁸

Raporda eşcinsellik ve fahişelik hakkında mevcut yasal düzenlemelerde birtakım değişiklikler önerilmiştir. Eşcinsellik konusunda oyçokluğuyla yetişkin erkekler arasında aleni olmayan ve rızaya dayanan eşcinsel fiillerin suç olmaması gerektiği⁴⁹; fahişelik konusunda ise oybirliğiyle fiilin bizzat kendisinin yasadışı sayılmaması gerektiği, ancak alenen cinsel ilişki teklif etmenin sıradan vatandaşları rahatsız edici bir durum olduğu gerekçesiyle ve “bunu sokaklardan temizlemek için” yasama işlemi yapılarak kanunlaştırılması gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir. Wolfenden Komitesi’nin görüşü doğrultusunda, fahişelik konusunda komite tarafından sunulan tavsiyelere uyarak yasama faaliyetlerine başlayan hükümet, 1959

⁴³ Uzun, s.73-74.

⁴⁴ Summers, *Wolfenden Report*.

⁴⁵ Arıkan, E. (2020), *Hart–Devlin Tartışmasında Olmayan Argümanlar*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, s.538.

⁴⁶ British Library, (t.y.), *Wolfenden Report*, <https://www.bl.uk/collection-items/wolfenden-report-conclusion> (29 Ekim 2020).

⁴⁷ The National Archives (t.y.), *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, s.539.

⁴⁸ Summers, *Wolfenden Report*.

⁴⁹ Komite 1957 yılında belli şartları sağlaması halinde eşcinsel ilişkilerin ceza konusu olmaktan çıkarılmasını önermiştir. Bu şartlar, kişilerin 21 yaşından büyük olması, rıza vermesi, silahlı kuvvetler mensubu olmaması ve ilişkinin özel alanda gerçekleşmesidir. Komite’nin raporu doğrultusunda da İngiliz parlamentosu 1967 yılında eşcinsel ilişkileri suç olmaktan çıkarmış, 1994 yılında yaş sınırı 18’e, 2000 yılında da yaş sınırı heteroseksüel ilişkilerde de aranan taş sınırı olan 16’ya indirilmiştir. Arıkan, s.539-540.

yılında *The Street Offences Act*.⁵⁰1 (*Sokak Suçları Yasası*) yürürlüğe koymuş ancak eşcinsellik konusunda herhangi bir yasama faaliyeti gerçekleştirilmemiştir.⁵¹

1.1.2 Komite'nin Görüşü

Komite'nin raporunda asıl dikkat çekici olan raporda dayandırılan ilkeler ve John Stuart Mill'in *On Liberty* (Özgürlük Üzerine) adlı eserindeki açıklamalarına benzerliğidir.⁵² Ceza hukukunun amacı raporun 13. bölümünde şöyle açıklanmıştır:

*“Bize göre, [ceza hukukunun] işlevi kamu düzenini ve adabını korumak, vatandaşı 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.”*⁵³

Ceza hukukunun pozitif işlevlerine ilişkin bu anlayış, Komite'nin, fahişeliğin bizzat kendisinin yasadışı sayılmaması; ancak alenen cinsel ilişki teklif etmenin sıradan vatandaşlara karşı rahatsız edici bir durum olduğu ve bu konuda bir yasama işlemi yapılması gerektiği yönündeki tavsiyesinin temel gerekçesidir. Komite'nin yetişkin erkekler arasında aleni olmayan ve rızaya dayanan eşcinsel fiillerin suç olmaması gerektiği yönündeki tavsiyesi ise raporun 61. bölümüne dayanmaktadır.⁵⁴

Raporun 61. bölümünde “*Kısa ve basitçe söylemek gerekirse, hukukun işi olmayan, özel bir ahlak ve ahlaksızlık alanı kalmalıdır.*” denilerek, kamuya karşı hakaret niteliği taşımayan ya da kamuya zarar vermeyen eylemlerin özel ahlak alanı içerisinde yer aldığı ve bu alanın hukukun işi olmadığı söylenmektedir.⁵⁵

1.1.3 Wolfenden Raporunun Sonuçları

Hukuk eleştirisinde önemli bir yeri olan John Stuart Mill'in ilkelerine yüz yıl içerisinde *Common Law*'ın iki büyük ismi tarafından eleştiriler getirilmiştir.

⁵⁰ *Legislation.gov.uk* (t.y.), *The Street Offences Act*, The National Archives, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/7-8/57/contents/enacted> (29 Ekim 2020).

⁵¹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.23-24.

⁵² Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.24.

⁵³ Uzun, s.74.

⁵⁴ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.24-25.

⁵⁵ Uzun, s.74-75.

Bunlardan ilki Mill'in *On Liberty*⁵⁶ (Özgürlük Üzerine) isimli eserine doğrudan bir cevap olarak yazılan James Fitzjames Stephen'in *Liberty, Equality, Fraternity*⁵⁷ (Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik) eseridir. Stephen, eseri ile Mill'in düşüncelerine karşı argümanlar sunarak, hukukun ahlakı meşru olarak dayatabileceğine ve “büyük kötülüklere bir eziyet” olması gerektiğine yer vermiştir.

Mill ve Stephen arasında yaşanan tartışmadan yaklaşık yüz yıl sonra da Mill'in özgürlük ilkeleri ile paralellik gösteren Wolfenden Raporu'nun yayınlanmasının ardından, Lordlar Kamarası üyesi Lord Patrick Devlin, 1959 yılında verdiği bir konferansta *The Enforcement of Morals*⁵⁸ (Ahlak Kurallarının Dayatımı) isimli yazısı ile özellikle raporda geçen “hukukun işi olmayan, özel bir ahlak ve ahlaksızlık alanı olmalıdır” görüşüne karşılık olarak “kötülüklerin bastırılması, yıkıcı faaliyetlerin önlenmesi ile aynı derecede hukukun işidir” diyerek eleştiride bulunmuştur.^{59 60} Devlin'in konferansından sonra da reform yanlısı bir felsefeci olan H.L.A. Hart, Devlin'in görüşlerini eleştirmiş ve bu eleştirilerini de 1963'te *Law, Liberty and Morality* (Hukuk, Özgürlük ve Ahlak) isimli eserinde bir araya getirmiştir.⁶¹

John Stuart Mill'in görüşleri ile de benzerlik gösteren Wolfenden Raporu, iki önemli sonuca ulaşmıştır. Bunlardan ilki, fahişelik, ilişkiyi yaşayanlardan başka hiç kimseye zarar vermediği için suç olarak kabul edilmemelidir; ancak alenen cinsel ilişki teklif etmek sıradan vatandaşlara karşı rahatsız edici bir durum olduğundan suç olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü paylaşılmıştır.⁶² Rapordan çıkan ikinci sonuç ise, yetişkin erkekler arasında yaşanan aleni olmayan rızaya dayalı eşcinsel ilişkinin

⁵⁶ Mill, J. S. (2001), *On Liberty*, Kitchener: Bacote Books Limited.

⁵⁷ Stephen, J. F. (1993[1874]), *Liberty, Equality, Fraternity*, (Ed.) Stuart D. Warner, USA: Liberty Func Inc.

⁵⁸ Sartorius, R. E. (1972), *The Enforcement of Morals*, The Yale Law Journal, 81(1), s.891.

⁵⁹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.26.

⁶⁰ Arıkan, s.539-540.

⁶¹ Arıkan, s.540.

⁶² Uzun, s.75.

de suç olmamasıdır. Raporda özellikle erkek olarak belirtilmesinin nedeni ise İngiltere’de lezbiyen ilişkinin hiçbir zaman suç olarak kabul edilmemiş olmasıdır.⁶³

Komitenin tavsiyesi sonrasında gerekli yasama işlemlerine başlansa da İngiltere’de eşcinsellik tamamen suç olmaktan çıkmamıştır; ancak eşcinsel davranışlar ile heteroseksüel davranışlara yaklaşımda eşitliğe yakın bir reform süreci başlamıştır. Wolfenden Raporu, pek çok yönden çağının önyargılarını paylaşan muhafazakâr bir bakış açısına sahip olmasına rağmen; toplumsal eleştirileri göze alarak dönemine göre hoşgörülü bir yaklaşım ve reformist bir bakış açısıyla hazırlanmış bir rapordur.⁶⁴

Wolfenden raporunun yayınlanmasının ardından çokça tartışılmasının nedenlerinden ilki, komitenin fuhuş ve yetişkin erkekler arasında rızaya dayalı eşcinsel davranışların düzenlendiği yasayı değerlendirmek için kurulmuş olması ve bunun neticesinde de tartışmanın kaçınılmaz olarak cinsel davranışlar ve genel ahlak üzerine yoğunlaşmış olmasıdır. İkinci nedeni, Komitenin görüşlerinin Mill’in “*zarar ilkesi*” ile olan benzerliğidir. Üçüncü nedeni, Komite görevlendirilmesi gereği belirli suçlar ile ilgilendiğinden tartışma neredeyse tamamen ceza hukukuna odaklanmış, toplum hayatını düzenleyen diğer hukuk dallarını bir anlamda görmezden gelmiştir. Raporu’nun çokça tartışılmasının dördüncü nedeni de komitenin raporunda en bilinen ifade olan “*hukukun işi olmayan bir özel ahlak alanı*” ifadesi neticesinde tartışmanın çerçevesinin hukuk ve ahlak olarak çizilmiş olmasıdır.⁶⁵

1.2 John Stuart Mill ve Sir James Fitzjames Stephen Tartışması

Wolfenden Raporu’nun yayınlanmasının ardından Devlin ve Hart arasında yaşanan tartışmadan yüz yıl önce benzer bir tartışma John Stuart Mill ve Sir James

⁶³ Uzun, s.75.

⁶⁴ Summers, *Wolfenden Report*.

⁶⁵ Cane, P. (2004), *Taking law seriously: starting points of the Hart/Devlin debate*, The Journal of Ethics, s.26.

Fitzjames Stephen arasında yaşanmıştır. Stephen ve Devlin'in argümanlarının benzerlikleri⁶⁶ nedeniyle Devlin ve Hart tartışmasından önce Mill ve Stephen tartışmasına değinmek gerekmektedir.

1.2.1 John Stuart Mill

1806 yılında doğan John Stuart Mill, babası James Mill ve faydacılık ekolünün kurucusu olan Jeremy Bentham tarafından faydacılık felsefesinin temel ilkeleri doğrultusunda yetiştirilmiştir.⁶⁷ Yaşadığı çağın kuramının ana sorunu olan “*bireysel olan ile toplumsal olan arasındaki dengenin sağlanması*” sorunuyla ilgilenmiş ve bunu faydacılık ilkesi çerçevesinde ele alarak, toplumun yeniden düzenlenmesi konusunda çalışmıştır. Doğal bilimlerdeki deneyin ve nedenselliğin sosyal ve siyasal alanlardaki bilgi yönetimine de uygulanması gerektiğini savunmuştur.⁶⁸

Yirmiden fazla kitabı olan Mill'in en bilinen kitapları ise *Utilitarianism* (Faydacılık), *On Liberty* (Özgürlük Üzerine), *The Principles of Political Economy* (Politik Ekonominin İlkeleri) ve *Considerations on Representative Government* (Temsilî Hükümet Üzerine Düşünceler) adlı eserleridir.⁶⁹

1.2.1.1 Mill'in Ahlak Anlayışı

Mill, başkalarına zarar vermese de günlük hayatımızda ahlaken düşük olduğunu düşündüğümüz ve kınadığımız kişilerle ilişkilerimizi sınırlandırıp, konuşmayarak onlara soğuk davranmaya hakkımız olduğunu söylemektedir. Mill'e göre; kişiler kendi davranış kalıpları ve karakterleri doğrultusunda ve çıkarları zarar gördüğü ölçüde; bununla beraber başkalarının zarar görmeleri durumunda ise kendi

⁶⁶ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.26.

⁶⁷ Çaha, Ö. (2003), *John Stuart Mill Üzerine Bir Değerlendirme*, Çev. M. Osman Dostel, İstanbul: Özgürlük Klasikleri, s.11.

⁶⁸ Gürbüz, A. (2012), *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisinin Eleştirisi*, 2. Baskı, Ankara: Beta Yayıncılık, s.115.

⁶⁹ Çaha, s.12.

çıklarına zarar vermeyen kısmı için, ahlaken düşük gördükleri kişilerle konuşmayabilir veya soğuk davranabilirler. Şüphesiz başkalarına zarar veren eylemlere karşı başka türlü davranmak gerektiği açıktır. Dolayısıyla bir kimseye ya da kamuya zarar gelmesi ya da bir kimseye ya da kamuya zarar tehlikesinin söz konusu olması halinde, bu durumda kişinin özgürlük alanı dışına taşılmış olacağından ahlak ve yasa alanına girilmiş olur.⁷⁰

Mill, faydacı ahlak hakkındaki düşüncelerini “*Utilitarianism*” (*Faydacılık*) isimli eserinde açıklamıştır. Mill’e göre felsefenin başlangıcından itibaren birçok düşünür ahlak konusundaki tartışmaların ilk sırasında yer alan “*sumum bonum*” (*en yüksek iyi*) üzerinde durmuş; ancak herhangi bir ortak noktada buluşamamış ve ekollere ayrılmışlardır. Mill, insan eylemlerinin tümünün bir amaç uğruna yapıldığını, bunun doğal bir sonucu olarak da eylemin kurallarının tüm özelliklerinin belirlenmiş olması gerektiğini söyler. Bu belirliliğin bir istek değil, bir ihtiyaç olduğunu söyleyen Mill, doğru ve yanlışın denetiminin doğru ve yanlışın anlaşılmasına aracılık ettiğini, çoktan anlaşılmış olanın bir sonucu olmadığını ekler sözlerine.⁷¹

Mill, tüm çalışmalarda olduğu gibi öncelikle insan hareketlerinin bir toplamı olan ahlakın prensiplerinin tespit edilerek, belirlenmesi gerektiğini söyler. Bu belirleme yapılmadığı takdirde ise prensipler arasındaki öncelik tespit edilemez ve bu da çözülmez karmaşalara neden olur der. Prensiplerin belirlenmesini de ikiye ayırır Mill: Ahlakı “*a priori*” olarak kabul eden görüş ve ahlakın deneye dayandığını ileri süren görüş. Ahlakı “*a priori*” olarak kabul eden görüş, ahlakın prensiplerinin kendiliğinden açık bir şekilde var olduğunu ve bu sebeple de var oldukları şekilde kabul edilmeleri gerektiğini savunur. Ahlakın deneye dayandığını söyleyen görüş ise

⁷⁰ Uzun, s.71.

⁷¹ Mill, J. S. (2019), *Faydacılık*, Çev. Dr. Gökhan Murteza, İstanbul: Pinhan Yayıncılık, s.21-22.

deney ile düzenli bir şekilde aynı sonuçlara ulaşarak, ahlakın prensiplerinin tespit edilebileceğini belirtir. Mill de ikinci görüşü benimseyerek, deney ve gözlem ile ahlak prensiplerinin tespit edilebileceğini savunmuştur.⁷²

Mill'e göre deney ve gözlem ile ahlak prensiplerinin tespiti, bunların ispatlanabilir olduğu anlamına gelmemektedir. Sadece daha sağlıklı sonuçlara ulaşılmasını sağlar. İlk ahlak prensiplerinin ya da nihai ereklerin ispatlanmasının mümkün olmadığını söyleyen Mill, bir şeyin iyi olduğunun kanıtlanabiliyor olmasının, iyi olduğu bir şeye aracılık etmesinden kaynaklandığını ve bunun da kanıt gerektirmediğini ekler sözlerine. Anlatımlarını desteklemek için de tıp ve müzik örneklerini verir. Tıp biliminin, insanların sağlıklarını korumaya yaradığı için iyi olduğunu ancak sağlıklı olmanın niçin iyi olduğunun tespit edilemeyeceğini ve aynı şekilde müziğin birçok iyi özelliğinin yanı sıra insanlara haz verdiğini ancak hazzın niçin iyi olduğunun da yine tespit edilemeyeceğini belirtir.⁷³

Ahlakın temelini, fayda ya da en yüksek düzeyde mutluluk ilkesi olarak kabul eden görüşte, eylemler mutluluğa katkı sağlama eğiliminde oldukları ölçüde doğru, mutluluğu azaltıcı eğilimde oldukları ölçüde ise yanlışlırlar. Burada mutluluk ile kastedilen de haz, mutsuzluk ise acı ve hazzın yokluğudur.⁷⁴

Mill'e göre de ahlakın temel ilkesi hazzdır. Fayda veya en yüksek iyiyi ahlakın temel prensibi kabul eden Mill, bireyi mutlu eden eylemleri iyi, mutsuz eden eylemleri ise kötü olarak tanımlar. Mill'e göre mutluluk arzu edilendir ve mutluluğun arzulanan olduğu gözlem ile açıklanabilir. Bunu da görülebilir bir objenin varlığını ispatlayanın onu görüyor olmamız ve sesin varlığının ispatının ise onu duyabiliyor olmamız örnekleri ile açıklar. Mill, insanların mutluluğu arzulamasını da benzer bir şekilde ispatlar. Mill'e göre insanların mutluluğu arzulaması da diğer örnekler gibi

⁷² Güriz, A. (1963), *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara: Ajans Türk Matbaası, s.127.

⁷³ Mill, *Faydacılık*, s.25.

⁷⁴ Mill, *Faydacılık*, s.28.

gözlemlenebilirdir ve insanların mutluluğu arzulamasının ispatı da onların mutluluğu arzuladıklarının gözlemlenebilir olmasıdır.⁷⁵

Mill, insanın gerektiğinde mutluluğun kendi payına düşen kısmından ya da bu ihtimalden vazgeçebilme kabiliyetine sahip olmasını soylu bir hareket olarak tanımlar. Bu duruma örnek olarak da kahramanları ve şehitleri verir. Kişinin başkalarının mutluluğu için kendi mutluluğundan feragat edebilmesinin, bozuk bir dünya düzeni içerisinde olabileceğini söyler ve dünya bu bozuk düzen içerisinde olduğu sürece, insanların bu feragat hazır olmalarının, en yüksek erdem olduğunu kabul ettiğini belirtir.⁷⁶

Mill, Faydacı ahlakta da insanların kendi en yüksek iyiliğinden, başkalarının en yüksek iyiliği için feragat etme gücünün var olduğunun kabul edildiğini; mutluluğun bütünü arttırmayan ya da artırma eğiliminde olmayan fedakarlıkların ise israf edilmiş sayıldığını söyler. Davranışlardaki doğru ve yanlış belirlemede kullanılan faydacı ölçüt olarak nitelendirilen mutluluğun, sadece failin kendisinin mutluluğu olmadığını, bunun herkesi ilgilendiren mutluluk olduğunu belirtir. Faydacı etiğe göre de erdemin amacı mutluluğun çoğalmasındır.⁷⁷

1.2.1.2 Mill'in Zarar İlkesi

Mill'in *On Liberty* (Özgürlük Üzerine) isimli eserinde “*Zarar Prensibi*” ya da “*Zarar İlkesi*” olarak da bilinen görüşleri yer almaktadır.

Bireyin haz aldığı eylemleri iyi ve doğru, acı duyduğu eylemleri ise kötü ve yanlış olarak tanımlayan Mill; ahlaki olarak en yüksek iyi dediği mutluluğu da hazzın varlığı, acının yokluğu olarak tanımlamaktadır.⁷⁸ Mill'e göre adalet, “*herkese hakkı olanı*” ve “*hak ettiklerini*” verme olarak tanımlanır. Bu tanımlamanın sonucu

⁷⁵ Güriz, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, s.128.

⁷⁶ Mill, *Faydacılık*, s.40.

⁷⁷ Mill, *Faydacılık*, s.41.

⁷⁸ Aydın, M. (2013), *John Stuart Mill'in Faydacı Ahlakı*, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, XV (28), s.148.

olarak da Mill, “*herkese hakkı olanı*” ve “*hak ettiklerini*” vererek bireyin haklarına saygı duyulması gerektiğini savunur.⁷⁹

Toplumda düzeltilmesi gereken bir kötülük veya yapılması gereken bir iyilik söz konusu olduğunda; bir grup, devletin harekete geçmesini isterken, diğer grup ise devletin zaten çok müdahalede bulunduğunu söyleyerek, kötülüğe katlanmaya devam eder ve Mill bu her iki grubun da haksız olduğunu düşünür. Çalışması ile Mill, kullanılan aracın yasal cezalar biçimindeki fiziksel güç olsa bile, toplumun bireyle olan ilişkilerini zorlama ve kontrol yoluyla yönetme hakkına sahip olan “*kamuoyu baskısını*” ortaya koyduğunu söyler.⁸⁰ Mill’e göre medeni bir toplumun herhangi bir üyesinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesinin ve kişinin iradesine aykırı olarak cezalandırma yetkisinin kullanılabileceği tek bir koşul ve amaç vardır; o da, bireyin başkalarına zarar vermesini önlemektir. Bireye, kendi iyiliği gerekçesiyle fiziksel ya da ahlaki olarak müdahalede bulunulması, onun kısıtlanması için yeterli bir gerekçe değildir; çünkü birey, kendi bedeni ve zihni üzerindeki tek egemendir. Birey, daha mutlu ya da kendisi için daha iyi olacağı söylenerek ya da başkalarınca öyle yapmanın daha akıllıca ve doğru olduğu gerekçesiyle bir şeyi yapmaya, bir şeye katlanmaya zorlanamaz. Davranışını onaylamayıp, onu ikna etmek için konuşulabilir, yalvarılabilir; ancak birey, asla başka türlü davranmaya zorlanamaz, bu davranışı sebebiyle de cezalandırılmaz. Ancak davranışının bir başkasına zarar vermesi durumunda bireyin topluma boyun eğmesi ve cezalandırılması söz konusu olabilir.⁸¹ Herhangi birinin davranışının, topluma uygun olduğu tek kısmı, başkalarını ilgilendiren kısımdır. Yalnızca kendisiyle ilgili kısımda kişinin bağımsızlığı mutlaklıdır. Kendisi üzerinde, kendi bedeni ve zihni üzerinde birey tek egemendir.⁸²

⁷⁹ Erdoğan, M. (2017), *Hukuk ve Adalet*, Ankara: Hukuk Yayınları, s.172.

⁸⁰ Mill, *On Liberty*, s.13.

⁸¹ Rosen, M. and Wolff, J. (1999), *Political Thought*, Newyork: Oxford University Press Inc., s.133.

⁸² Mill, *On Liberty*, s.13.

Mill, bireye pozitif yükümlölükler de yüklemektedir. Mill'e göre, birey sadece başkalarına zarar veren davranışları neticesinde yasalarla cezalandırılmaz, aynı zamanda toplumun iyiliği için kendisine yüklenen yükümlölükleri yerine getirmediğinde de toplum tarafından kınanarak cezalandırılır. Buna örnek olarak da bireyin mahkemelerde tanıklık yapmasını, korunmasından yararlandığı toplumun savunmasına katkıda bulunmasını, toplumun gelişimine katkıda bulunacak eylemlere katılmasını, bir başkasının hayatını kurtarmasını ve savunmasız kişileri haksızlığa karşı korumasını vermektedir. Bireyin, Mill'in insanlık görevi olarak tanımladığı bu ve benzeri eylemleri yerine getirmediğinde de toplumca cezalandırılabileceğini ifade etmektedir.⁸³

1.2.1.3 Mill'in Özgürlük Anlayışı

Mill, faydacılığın amacına ulaşabilmesini, bireylerin ahlaki yetkinleşmesine yani öz-gelişimine bağlar ve bireylerin, ahlaken daha gelişmiş bir hale ulaşabilmesi, öz-gelişimlerini gerçekleştirebilmeleri ancak özgür olduklarında mümkün olur der. Mill'e göre, bireylerin entelektüel niteliklerini geliştirebilmeleri için öncelikle entelektüel tecrübe alanlarının genişlemesi, yani düşüncenin özgürleşmesi gerekmektedir. Özgür düşünceye sahip bireyler, entelektüel alanlarını genişleterek ancak entelektüel niteliklerini geliştirebilirler.⁸⁴

Mill, önem sırasına göre üç temel özgürlük olduğuna işaret etmektedir. Bunlardan ilki ifade özgürlüğü, ikincisi ahlaka aykırı sayılsalar bile başkalarına zarar vermemek koşuluyla hareket etme özgürlüğü ve üçüncüsü de bireylerin kendi aralarında bir araya gelme özgürlüğüdür yani cinsel özgürlüktür.⁸⁵

⁸³ Rosen, M. ve Wolff, J. (2006), *Siyasal Düşünce*, Çev. Sevdâ Çalışkan ve Hamit Çalışkan, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, s.187.

⁸⁴ Dülger, M. (2020), *John Stuart Mill ve Hukuk Kuramına Etkileri*, Beytulhikme An International Journal of Philosophy, 10(4), s.1478.

⁸⁵ Mill, J. S. (2012), *Özgürlük Üzerine*, Çev. Tuncay TÜRK, İstanbul: Oda Yayınları s.19-20.

Mill'e göre kişinin, sadece kendisini ilgilendiren ve kendi özgür iradesi ile karar verdiği, topluma doğrudan değil, ancak dolaylı etkiler yaratabilecek bir eylem alanı vardır. Mill, içsel bilinç alanını kapsayan ve kısaca vicdan özgürlüğü olarak ifade ettiği bu alanın gerçek özgürlük alanı olduğunu; içerisinde duygu ve düşüncelerin gündelik alanda ya da düşünsel, bilimsel, ahlaki ve ruhani alanda fikir ve hassasiyetleri kapsadığını belirtir.⁸⁶ Mill'e göre tam bir özgürlüğün var olabilmesi için herhangi bir öğretiyi dile getirmek ve savunmak söz konusu olduğunda, genel kabule göre ne kadar ahlak dışı olursa olsun, tam bir özgürlük alanının olması gerekmektedir.⁸⁷

Düşünceleri ifade etme ve yayınlama özgürlüğü, bir bireyin davranışının diğer insanları ilgilendiren kısmına ait olduğu için, farklı bir ilkeye giriyormuş gibi görünebilir; ancak neredeyse düşünce özgürlüğünün kendisi kadar önemli olduğu ve büyük ölçüde aynı nedenlere dayandığı için pratikte ondan ayrılamaz der Mill.⁸⁸

İkinci sırada yer alan temel özgürlüğün ise bireyin dilediği gibi hareket etme özgürlüğü olduğunu söyler. Birey, yaşam planlarını kendi karakterine göre şekillendirmek, başkalarına zarar vermedikçe istediğini yapmak, davranışları aptalca, sapık veya yanlış olarak düşünülse bile başkasına zarar vermediği sürece bireye müdahale edilemeyeceğini belirtir.⁸⁹

Mill'in üçüncüsü sırada tanımladığı özgürlük de bireyin cinsel özgürlüğüdür. Yetişkin bireylerin, özgür iradeleri ile ve bir başkası tarafından kandırılmamak koşuluyla, başkalarına zarar vermedikçe bir araya gelme ve cinsel birliktelik yaşama özgürlüğüne sahip olduklarını söyler.⁹⁰

⁸⁶ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.187.

⁸⁷ Kırıl, S. (2019), *John Stuart Mill Pornografinin Yanında mı, Karşısında mı?*, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 12(64), s.486.

⁸⁸ Mill, *On Liberty*, s.15.

⁸⁹ Mill, *On Liberty*, s.15.

⁹⁰ Mill, *On Liberty*, s.16.

Mill, yönetim biçimi fark etmeksizin bu üç özgürlüğe saygı duyulmayan toplumların özgür toplumlar olduğundan söz edilemeyeceğini ve saygı duyulan toplumlarda ise bu özgürlüklerin mutlak ve koşulsuz bir şekilde var olmadıkları takdirde de toplumun özgür olduğundan yine bahsedilemeyeceğini belirtir.⁹¹

Mill, gelişim felsefesi çerçevesinde ele aldığı ifade özgürlüğü kavramının sadece bireyin gelişimine değil, toplumun gelişimine de katkı sağlayacağını düşünür. Mill'e göre gelişim felsefesi bir ahlak ve normatif zeminde yükselecektir. Mill'in gelişim felsefesi, görüş ve fikirlerin gelişmesini esas almaktadır. Mill'e göre sürekli gelişim içerisinde olan bir ülke ve toplum için olmazsa olmaz unsurlar, kavramlar veya görüşlerdir ve bu unsurlar modern bir devleti ayakta tutabilecek unsurlardır. Mill, ifade özgürlüğü konusunu ele alırken, ifade özgürlüğünü bireysel otonomi alanı olarak ifade etmektedir. Bu, siyasi otonomiye karşı oluşturulmuş bir otonomidir, dolayısıyla ifade özgürlüğü bireysel otonominin bir parçasını oluşturur. Ancak Mill'in ifade özgürlüğü siyaset odaklı olmayıp, toplumsal odaklıdır. İnsan, Mill'e göre; aklın egemen olduğu kendi gerçeğini yaratmıştır.⁹²

Mill'in *On Liberty (Özgürlük Üzerine)* adlı eserinde vurguladığı bu özgürlükler ve zarar ilkesi bireysel özgürlükler açısından çok önemlidir. Mill'in insanların amaç ve değerlerinin farklılık gösterebileceğini ve bunlar arasında bir üst ilkeye göre sıralama yapmanın mümkün olmadığını söylemesi, ahlaki çoğulculuğu; devletin vatandaşlarınca benimsenen amaç ve hayat tarzları arasında tarafsız kalarak tercih yapmaması gerektiğini söylemesi ile de tarafsız devleti işaret ettiği görülmektedir.⁹³ Ahlaki çoğulculuğun önemini vurgulamak için ortaklaşmacı düşüncenin bireyin bağımsızlığına karışmasının bir sınırı olması gerektiğini ve

⁹¹ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.188.

⁹² Yaylalı, M. (2019), *Nefret Suçu ve John Stuart Mill'in "Zarar Prensibi"*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1), s.43

⁹³ Uzun, s. 69.

ortaklaşmacı düşüncenin birey üzerinde oluşturduğu baskıyı, siyasi zorbalığa benzeterek; bireylerin siyasi zorbalığa karşı korunması gibi ortaklaşmacı düşüncenin baskısına karşı da korunması gerektiğini vurgulamıştır.⁹⁴ Mill, bireysel özgürlüğün sağlanabilmesi için bireyin, kimsenin müdahale edemeyeceği, siyasi ve toplumsal baskılara karşı koymasına imkân sağlayan, özel bir alana sahip olması gerektiğini savunur.⁹⁵

Bireyin kendisini başkaları açısından tanımlamasının, onun davranışlarını heteronom yani bağımlı yapacağını⁹⁶ söyleyen Mill, pozitif ahlakı dayatmada kullanılan yasalara karşı çıkmakla kalmayıp, başkalarına zarar verilmesini önleme haricinde rıza gösteren mağduru da bedensel zarardan korumayı amaçlayan paternalist yaklaşıma da bireysel özgürlüğe müdahale ettiği gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Zor kullanmanın çeşitli gerekçelerine dikkat çekerek, “*onun açısından daha iyi olacağı için*” ile “*onu daha mutlu kılacağı için*”i, “*başkalarına göre daha doğru olduğu için*”den ayırmıştır.⁹⁷ Mill’e göre asıl olan ideal bağımsızlıktır ve bireysel bağımsızlık birtakım koşulların ve her tür paternalizmin aşılmasına bağlıdır. Mill, toplumun ya da devletin, akli, ahlaki ya da paternalist kaygılar nedeniyle bireyler üzerinde zor kullanamayacağını savunmuştur.⁹⁸ Mill, *On Liberty* (Özgürlük Üzerine) isimli eserinde paternalizme karşı görüşlerini ifade ederken, hap satışı kayıtlamaları örneğine değinerek, bu kayıtlamaların aslında satıcınınkinden çok, olası alıcıların özgürlüklerine yönelik bir müdahale olduğunu söyleyerek oldukça uç bir örnek ile eleştiride bulunmuştur.⁹⁹

⁹⁴ Mill, *Özgürlük Üzerine*, s.10.

⁹⁵ Silier Y. (2013), *John Stuart Mill, Siyaset Felsefesi Tarihi: Platon’dan Zizek’e* (ed. Tunçel A., Gülenç K.), Ankara: Doğu Batı Yayınları, s. 410.

⁹⁶ Capaldi, N. (2014), *John Stuart Mill*, Çev. İ. Hakkı Yılmaz, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.262.

⁹⁷ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.40.

⁹⁸ Capaldi, s.65.

⁹⁹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.41.

Mill'e göre kişi, kendi mutluluğunu kendi gözetecek ve kendisini neyin mutlu ettiğine de karar verecek olan yine kendisi olacaktır. Mill, bu görüşleri ile ahlaken iyi olanın bilinemezliğini değil; başkalarının belli düşünceleri benimsetmeleri veya belli düşünce tarzlarına göre hareket etme konusunda zorlama yapılmaması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁰ Mill, kuramının kayıtsızlık içeren, bencil bir kuram olduğunun düşünülmesini istememiş ve bu konuda da *On Liberty (Özgürlük Üzerine)* adlı eserinde açıklamada bulunmuştur. Kuramının insanların kendi çıkarları söz konusu olmadıkça birbirlerine karışmamaları gerektiğini ya da diğer kişilerin mutlulukları ile ilgilenmemeleri gerektiğini ileri sürdüğünün düşünülmesinin hatalı olacağını; aksine kuramının, tıpkı kişilerin kendi iyilikleri için özverili hareket etmekte herhangi bir müdahaleye ihtiyaç duymadığı gibi, diğer kişilerin iyiliği için de özverili çabanın artmasına imkân sağlayacağını belirtir.¹⁰¹

1.2.2 Sir James Fitzjames Stephen

Sir James Fitzjames Stephen, 1829 yılında Londra'da doğmuştur. İngiltere Yüksek Mahkemesi yargıçlığı ve Hindistan Genel Valiliği Danışma Konseyi üyeliği yapmıştır. Hindistan yolculuğu sırasında kaleme aldığı *Liberty, Equality, Fraternity (Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik)* isimli eseri 1873 yılında yayınlanmıştır. Stephen'ın Büyük Britanya'nın Hindistan'daki otokratik yönetimine borçlu olduğu, insan doğası ve baskıcı güç kullanımına dair görüşlerinin yer aldığı *Liberty, Equality, Fraternity*¹⁰² (*Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik*) isimli eserinde Mill'in liberal görüşlerine muhalif görüşler sunmuştur.¹⁰³

¹⁰⁰ Uzun, s.70.

¹⁰¹ Mill, *Özgürlük Üzerine*, s.105.

¹⁰² Stephen, L. (1895), *The Life Of Sir James Fitzjames Stephen*, London: Smith, Elder Co.

¹⁰³ İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı Kapadokya Meslek Yüksek Okulu, (t.y.), *James Fitzjames Stephen - Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik*, Batıya Yön Veren Metinler, 4(1), s.1382.

1.2.2.1 Stephen'ın Ahlak Anlayışı

Stephen, Mill'in ahlak anlayışını, insanların başkalarına zarar vermeksizin her istediğini yaparak mutlu olmayı amaçladığı bir ahlak anlayışı olarak tanımlayarak; Mill'in görüşlerinin bunun ötesinde başkaca bir amaç barındıran ahlaki sistemlerin yanlış olduğunu belirttiğini ve mevcut ahlaki sistemlerin tümünü kabul edilemez gördüğünü söyler.¹⁰⁴

Stephen, pozitif ahlakı, toplumca uygunsuz bulunan ve ayıplanan belirsiz ve yoruma açık ilkeler ve kurallar bütünü olarak tanımlar. Stephen için ahlakın en temel özelliği, toplumu standardize etmek amacıyla konulan yasaklar olmasıdır. Bu açıklamaların ardından da Stephen, herhangi bir eylemin, Mill'in ahlak anlayışı çerçevesinde değerlendirildiğinde, değerlendirilen her durumun kişinin özgürlük alanına müdahale olarak tanımlanabileceğini belirtir. Stephen'a göre bir insanın cezaya maruz kalması ile toplumdaki diğer bireylerin de söz konusu cezadan doğrudan doğruya etkilenecek oldukları korku neticesinde suçtan uzak kalmaları sağlanır. Belirtilen koşulları karşılayan farklı eylemlere bakıldığında, ceza hukukunun aslında ahlaksızlığın bastırılması ve dolayısıyla erdemin desteklenmesi için uygulandığını söyler.¹⁰⁵

1.2.2.2 Stephen'ın Zarar İlkesine Dair Eleştirileri

Mill, bireyi ilgilendiren konularda toplumun söz söyleme hakkının olmadığını, toplumun bireyi caydırmak için sadece konuşarak ikna edebileceğini, toplumun ve devletin baskı ya da cezalandırma tehdidi ile bireyin davranışının iyi veya kötü olduğuna karar verme yetkisinin olmadığını söylemiştir.¹⁰⁶ Bunun üzerine de Stephen, toplum ve devletin kötünün ne olduğunu söyleme yetkisinin olduğunu,

¹⁰⁴ İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı Kapadokya Meslek Yüksek Okulu, (t.y.), *James Fitzjames Stephen - Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik*, Batıya Yön Veren Metinler, 4(1), s.1384.

¹⁰⁵ Stephen, J. F. (1993[1874]), *Liberty, Equality, Fraternity*, (Ed.) Stuart D. Warner, USA: Liberty Func Inc., s.97-98.

¹⁰⁶ Mill, *On Liberty*, s.13.

aksi takdirde devlet ve toplumun herhangi bir şeyi belirlemesinin de mümkün olamayacağını belirtir.¹⁰⁷ Stephen, kadın simsarlarına “*Sayın Bayım*” şeklinde hitap ile başladığı açıklamalarına, onların fikirlerini kabul etmediğinden dolayı rahatsız olmamalarını umduğunu, görüşlerine saygı duyduğunu ancak onlardan bu işi bırakmalarını rica etmeye hakkı olduğunu düşündüğünü ifade eden alaycı bir tavırla Mill’in görüşlerini eleştirir.¹⁰⁸ Stephen, bu ifadelerin toplumun gerçek görüşlerini yansıtmadığını, aslında toplumun çoğunluğunun kadın simsarlarına, “*Pis serseri, seni kendi pisliğin içerisinde mi bırakmalı yoksa kırbaç ile düşüncelerimi sırtına mı yazmalıyım?*” şeklinde hitap etmeyi tercih edeceğini söyler.¹⁰⁹

Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity* (Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik) isimli eserinde Mill’in görüşlerine eleştirilerde bulunmuş ve evrensel olarak kabul gören ve ceza miktarının belirlenmesinde kullanılan ilkelerin, ceza hukukunun “*ahlaksızlığın ağır biçimlerine bir eziyet*” olmasının gerekçesi olduğunu ileri sürmüştür.¹¹⁰

Hâkimin önüne gelen eğitilmiş ve eğitimsiz iki suçludan eğitilmiş tarafından ayartılan eğitimsiz, daha az ceza verileceğini söyleyen Stephen, Mill’in görüşlerini eleştirerek ahlaksızlığın en ağır şekilde cezalandırılması gerektiğini savunur. Bu savunması esnasında da ceza hukukunun diğer amaçlarının yanı sıra zulmetmeyi de içerdiğini belirtir.¹¹¹

Mill’in ahlak anlayışını eleştiren Stephen, zarar ilkesine karşı çıkarak, kişilerin başkalarına zarar verdiği ve zararın ortaya çıktığı durumlarda cezalandırılmasının nesnel bir ilkeye dayanmadığını söylemektedir. Stephen’a göre ahlaksızlık yapan soylu kişiler, aslında topluma adi yankesicilerden çok daha fazla zarar vermektedir. Mill’in ilkesi dikkate alındığında ise bu soylu kişilerin, belli

¹⁰⁷ Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, s.84-85.

¹⁰⁸ Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, s.84-85.

¹⁰⁹ Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, s.84-85.

¹¹⁰ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.43.

¹¹¹ Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, s.99

kişilere somut bir zararı olmadığı sürece cezalandırılmalarının mümkün olamayacağı, cezalandırılmalarının onların özgürlüğünün ihlali anlamına geleceğini söyleyerek, Mill'i bu konuda da eleştirir.¹¹²

1.2.2.3 Stephen'ın Özgürlük Anlayışı

Stephen, özgürlüğü borulardan akan su metaforunu kullanarak açıklar. Bir su borusunun boyutunun ve pozisyonunun ne olduğunu bilmek istiyorsak, suyun doğasını, boruların yapısını ve suyun ne için istendiğini göz önünde bulundurmamız gerekir; sadece deliğin doğasını inceleyerek çok az bilgiye ulaşırız der Stephen. Ardından da suyun bulunduğu kabın şeklini aldığını, boruların da sadece suyun geçişine izin verdiğini ve böylelikle konunun heyecanının ortadan kalktığını, tartışılacak herhangi bir şeyin kalmadığını ifade eder.¹¹³

Özgürlük tartışmalarının aslında bir olumsuzlama tartışması olduğunu söyleyen Stephen, bu tartışmaların devletin ve toplumun sorunlarını çözme girişimi olduğunu; karanlık ve soğuğa yönelik sorgulamalar ile ışığın ve ısıнын doğasını keşfetmeye benzetir. Sonuç olarak, kimin neyi yapmak istediğini, hangi kısıtlamayla onu yapmaktan alı koyulduğunu ve bu kısıtlamanın kaldırılmasının hangi nedenlerle önerildiğini bilmediğimiz sürece, özgürlük hakkında yapılan tartışmaların yanıltıcı ya da boş olduğunu sözlerine ekler.¹¹⁴ Stephen'a göre insan deneyimi ile herhangi bir şeyi kanıtlarsa, kısıtlamalar en aza indirilip, mümkün olan en geniş özgürlükler tanınırsa, ortaya çıkacak olan sonuç eşitlik değil, eşitsizlik olur.¹¹⁵

Stephen, 'özgürlük' kelimesinin belirli ve açık bir anlamı olmadığını; ancak varsa bile özgürlüğü iyi veya kötü olarak ifade edebilecek genel bir söylem olamayacağını belirtir. Aynı zamanda özgürlük kelimesinin popüler anlamı ile ele

¹¹² Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.191.

¹¹³ Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, s.119.

¹¹⁴ Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, s.119.

¹¹⁵ Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, s.120.

alınması durumunda, içerisine kişinin dilediğı her şeyi katabileceğini; ancak bu durumda göreceli bir tanım olacağı için doğruluğı ispat edilemeyeceğı gibi, yanlışlanamayacağını da ekler.¹¹⁶

Özetle Stephen “Özgürlük, kısıtlamanın olmaması değil, zarar verici kısıtlamanın olmaması anlamına gelir.” der.¹¹⁷

¹¹⁶ Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, s.121.

¹¹⁷ Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, s.120.

Bölüm 2

LORD PATRICK DEVLIN VE H.L.A. HART

TARTIŞMASI

Wolfenden Raporu'nun yayınlanmasının ardından Lord Patrick Devlin, 1959 yılında İngiliz Akademisi'nde Maccabean “*Ahlakın Uygulanması*” başlıklı bir konferansta rapora eleştirilerde bulunmuştur. H.L.A. Hart da bu eleştirilere sonradan *The Listener* dergisinde de yayınlanan bir radyo programında ve “*Law, Liberty and Morality*” (*Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*) başlıklı kitabında derlediği 1962’de Stanford Üniversitesi’nde verdiği üç konferans ile cevap vermiştir. Devlin ise 1965 yılında Maccabean konferansındaki konuşmalarını “*The Enforcement of Morals*” (*Ahlakın Uygulanması*) adlı kitabında yayınlamıştır.¹¹⁸ Böylelikle Devlin ve Hart arasında kitaplar, makaleler ve konferanslar şeklinde devam eden bir tartışma başlamıştır.

Devlin ve Hart’ı karşılaştırmak iki farklı sisteme karşı çıkmakla eşdeğerdir; çünkü ahlaka yaklaşımları, amaçları ve hatta kelime dağarcıkları bile farklıdır. Biri toplumu örgütlemeyi ve üyelerinin davranışları için bazı kurallara ihtiyaç duyan bir grup olarak ele alırken; diğeri ise temel ilkelerin tanımlanması ve insan faaliyetlerinin rasyonalizasyonu ile ilgilenmektedir. Devlin’in odak noktası toplum iken; Hart’ın en büyük kaygısı bireydir. Aralarında farklılıklar olsa da aslında her ikisinin de teorileri birbirinden çok da farklı değildir. Devlin, hukuk ve ahlakın karşılıklı etkileşimini ele alırken; Hart, hukuk ve ahlak arasındaki karşıtlığı¹¹⁹ ele

¹¹⁸ Cane, s.22.

¹¹⁹ Caron, Y. (1969), *The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy*, McGill Law Journal, 15(1), s.21.

alır. Yine Devlin ve Hart'ın birbirlerine yaklaştığı bir diğer nokta ise; hem Hart'ın başkalarına zarar ilkesi hem de Devlin'in toplumun ahlaki yapısının korunması, birbirlerine benzer bir zorunluluğa dayanır. Bu zorunluluk da her topluma özgü bir değerler sisteminin olmasıdır.¹²⁰ Ayrıca hem Devlin hem de Hart, kanunla korunan kamu ahlakının değerine inanırlar; ancak her biri bu değeri kendi bakış açısı ile yorumlar. Devlin, bu değeri muhafazakârlık ile; Hart ise liberalizm ile yorumlar.¹²¹

Öncelikle tartışmanın ilk ayağını oluşturan Devlin'in Wolfenden Raporu'na getirdiği eleştirilere değinecek; ardında da Hart'ın Devlin'in eleştirilerine cevaplarını inceleyeceğiz.

2.1 Lord Patrick Devlin

Lord Patrick Devlin, Wolfenden Raporu'nun yayınlanmasının ardından 1959 yılında İngiliz Akademisi'nde Maccabean “*Ahlakın Uygulanması*” başlıklı bir konferansta raporda yer alan fahişelik, yetişkin erkekler arasında rızaya dayalı eşcinsel ilişki, ahlak, hukuk ve ahlaksızlığın cezalandırılması gibi birçok konuda eleştiride bulunmuş; 1965 yılında da Maccabean konferansındaki konuşmalarını “*The Enforcement of Morals*” (*Ahlakın Uygulanması*) adlı kitabında yayınlamıştır.¹²² Devlin'e göre toplumun bütünleşmesi ve ortak, paylaşılan, genel bir ahlak en önemli değerlerdir.¹²³

Devlin, kanunun, ahlak veya din kurallarına müdahale etmese bile, toplumun Hristiyan olmasından dolayı Hristiyan ahlakını dikkate almadan kurallar koyamayacağını söyler ve Devlin'e göre suçlar üç kategoriye ayrılabilir: a) trafik ihlalleri gibi düzenleyici suçlar; b) hırsızlık ve cinayetin yasaklanması gibi ahlaki ilkelere ilişkin ceza kuralları ve c) ahlaksızlığın bu şekilde düzenlenmesinden başka

¹²⁰ Caron, s.33.

¹²¹ Bunikowski, D.(2015), Legal protection of the value of public morality: the Hart-Devlin debate, ResearchGate, s.8.

¹²² Cane, s.22.

¹²³ Bunikowski, s.5.

açık bir gerekçesi olmayan, fuhuş veya eşcinsellik yasaları gibi “*ahlaksızlığı*” düzenleme eğiliminde olan ceza kuralları.¹²⁴

Ayrıca Devlin’e göre cevapları ile toplumu ve bireyleri yönetmek için uygun kuralların belirlenmesini sağlayacak üç soru vardır: a) toplumun ahlaki yargılama hakkı var mı? Veya genel ahlak diye bir şey var mı yoksa ahlak bir özel yargı meselesi mi? b) genel ahlakın var olduğu kabul edilirse, o zaman toplum kendi yargısını uygulamak için bir silaha sahip olur mu? c) (b)’ye verilen cevap evet ise o zaman silah hangi durumlarda kullanılacak?¹²⁵

Devlin, Mill’in zarar ilkesini de eleştirerek, zamanının İngiliz ceza hukukunun iki temel ilkesi ve sekiz spesifik suç karşısında tutarsız olduğunu söyler. Devlin’in sözünü ettiği ilkelerden ilki cezanın derecelendirilmesinde ahlaki düşüncelerin de yer alması gerektiği; ikincisi ise mağdurun rızasının geçerli bir savunma olamayacağıdır. Sekiz spesifik suç ise çokeşlilik, hayvanlara eziyet, eşcinsellik, kürtaj, ensest, müstehcenlik, hayvanlarla cinsel ilişki, fuhuş ve fuhuş ile bağlantılı suçlardır. Devlin’e göre Mill’in zarar ilkesi bu ilkeler ve sekiz spesifik suç bakımından tutarlı görünmemektedir.¹²⁶

Devlin, sırası ile bu soruları yanıtlayarak da Wolfenden Raporu, özel-genel ahlak ayrımı, ahlaksızlığın cezalandırılması gibi konularda fikirlerini açıklamıştır.

2.1.1 Kamu Ahlakı – Özel Ahlak Ayrımı

Wolfenden Komitesi, raporunda, ahlak konusunun dini inanç, siyasi ve sosyal ilkeler gibi birçok faktörden etkilendiğini ve bu sebeple de sınırlarının belirlenmesinin ve herkes için geçerli, doğru bir tanımlamanın yapılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Raporda, kamuya zarar vermeyen bir davranışın “*özel ahlaki*

¹²⁴ Caron, s.22-23.

¹²⁵ Caron, s.23.

¹²⁶ Bassham, G. (2012), *Legislating Morality: Scoring the Hart-Devlin Debate after Fifty Years*, Ratio Juris, 25(2), s.128.

bir davranış” olduğu ve yasaların bu alana müdahale yetkilerinin olmadığı belirtilmiştir. “Suç” ve “günah” kavramlarının birbirlerinden ayrılmasının gerektiğini söyleyen Komite; ceza hukukunun işlevinin, kamu düzenini ve ahlakını korumak, vatandaşları saldırgan, rahatsız edici ve zararlı şeylerden koruyarak, genç, bedence ya da akılca zayıf, deneyimsiz ve savunmasız olanları da başkalarının istismarına karşı yeterli korumayı sağlamak olduğunu belirtmiştir.¹²⁷

Ayrıca Komite raporunda yasaların kamu yararının koruyucusu olduğunu ancak kamu yararını koruma amacını gerçekleştirirken “*vatandaşların özel hayatlarına müdahale etme veya belirli bir davranış biçimini uygulama*” işlevine sahip olmadığını da belirtmiştir. Bu düşünce ile de Komite, kamu ahlakı ile özel ahlakın farklı alanlar olduğunu ve bireylerin özel ahlak ve ahlaksızlık alanına sahip olduğunu vurgulamıştır.

*“Özel ahlak meselelerinde toplum ve hukuk, bireylerin özgürlüğüne önem vermelidir. Birey tarafından topluma zarar verici kasıtlı bir girişimde bulunulmadıkça, suç alanını günahınkiyle eşitlemek için hukuk aracılığıyla hareket etmek hukukun işi değildir. Bir özel ahlak ve ahlaksızlık alanı kalmalıdır. Bu özel ahlaksızlığa göz yummak ya da teşvik etmek değildir. Aksine ahlaki veya ahlaksız davranışın kişisel ve özel alanını ve bireyin kendi eylemleri için özel ve kişisel sorumluluğunu vurgulamaktır.”*¹²⁸

Devlin’e göre ise toplumu toplum yapan ve toplumun varlığının temeli olan en önemli unsur kamu ahlakıdır¹²⁹ ve “*Kamusal ve özel ahlaktan, kamusal veya özel otoyolu hakkında konuşulabileceğinden daha anlamlı bir şekilde konuşulabileceğini düşünmüyorum*”¹³⁰ diyerek Devlin, kamu ahlakı ve özel ahlak ayrımının anlamsız olduğunu vurgulamaktadır. Devlin,¹³¹ ahlaksızlığı “*her doğru düşünen kişinin ahlaksız olduğunu varsaydığı şey*” olarak tanımlar ve neyin ahlaki ya da ahlaksız olduğunu herkesin vicdanlarında hissettiğini söyler.

¹²⁷ Caron, s.14-15.

¹²⁸ Caron, s.15

¹²⁹ Bunikowski, s.5.

¹³⁰ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.194-195.

¹³¹ Bunikowski, s.5.

Devlin, toplumu ve bireyleri yönetmek için uygun kuralların tespitini sağlayacağını düşündüğü sorularına cevaplar verirken; özel ahlakın da olamayacağını söylemektedir. Devlin'e göre toplum, yapısı gereği ahlakı yargılama ve kendi varlığını koruma hakkına sahiptir. Ahlak, kişisel bir yargı meselesi değil, toplumsal bir sorundur. Ahlaksızlık, özel alanda gerçekleşse dahi toplumun ahlaki ve siyasi yapısına zarar verir. Devlin, bu tür eylemlerin cezalandırılmasında kullanılabilecek silahların var olup olmadığını da tartışır. Cevap olarak da, devletin yalnızca toplumu korumak için uygun silahlara sahip olmadığını, aynı zamanda ihtiyaç duyabileceği tüm silahlara sahip olduğunu ve ahlaksızlığı cezalandırması konusunda devletin yasama yetkisine teorik bir sınır olmadığını, yapılacak bu düzenlemelerin de iyi bir yönetim kapsamında olacağını söyler.¹³²

Devlin, ahlaksızlık ve vatana ihanetin sosyal düzene yönelik benzer eylemler olduğunu söyler. Özel ahlak olmadığı için, bir insanın günahı sadece kendini etkilemez diyen Devlin, sarhoşluk gibi toplumu bir bütün olarak daha az etkileyen alanlar olsa da, cinsel suçlar gibi insanın günahının, ahlaki yapıyı doğrudan etkilediği alanların da var olduğunu söyler. Bu nedenle de Devlin'e göre tüm ahlak alanları, toplumun korunması için devletin müdahalesine ihtiyaç duyar.¹³³

Toplumda sadece siyasi düşüncelerin olmadığını, aynı zamanda toplumun üyelerinin hayatlarının ve davranışlarının düzenlenmesine ilişkin de düşünceler olduğunu ve toplumu, toplum yapanın da bu düşüncelerdeki birlik olduğunu söyleyen Devlin; toplumun yapısının da bu siyaset ve ahlak birliğinden oluşan tek bir yapı olduğunu belirtir.¹³⁴ Devlin, devletin vatana ihanet ve kargaşa konularında yasa yaparken herhangi bir kuramsal sınırlamaya tabi olmadığı gibi, ahlaksızlığın cezalandırılması konusunda da yasa yapmada kuramsal sınırlamalara tabi olmaması

¹³² Caron, s.24-25.

¹³³ Caron, s.24-25.

¹³⁴ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.194.

gerektiğini söyler. Bu iddiasını da her gece sarhoş olan bir kişinin kendisinden başkasına bir zararı olmadığını düşünölebileceğini; ancak toplumun yarısına yakınının, her gece sarhoş olması durumunda nasıl bir toplumla karşılaşılacağını örnek vererek, içkiyi yasaklayan yasaların yapılması için kaç kişinin sarhoş olması gerektiğine ilişkin kuramsal bir sınırlama konulamayacağını belirtir.¹³⁵

Wolfenden Raporu'nun en çok eleştirilen kısmı olan “*kamu ahlakı*” ve “*özel ahlak*” ayrımı konusunda Devlin, “*hukukun işi olmayan özel bir ahlak ve ahlaksızlık alanı yoktur.*” demektedir. Kamusal ve özel ahlaktan mantıklı bir şekilde söz edilebileceğini düşünmediğini; çünkü “*Ahlak, genellikle çatışan kamu çıkarı ile özel çıkarın olduğu bir alandır ve sorun, bu iki çıkarın uzlaştırılmasıdır.*” diyen Devlin, çoğu insanın, toplumun bütünlüğü için bu ilkeler konusunda hemfikir olacağını da ekler.¹³⁶

Devlin'e göre toplumda uyulması gereken birtakım davranış standartları, ahlaki ilkeler vardır ve bunlara uyulmaması sadece zarar görene karşı değil, tüm topluma karşı işlenmiş bir suçtur. Ona göre bir kamu ahlakının var olduğunu kabul etmek başlı başına ahlaksızlığın hukuk tarafından cezalandırılabilceğini kabul etmenin ön koşuludur. Görüşlerini desteklemek için de ceza kanunlarında yer alan ötenazi, ensest, düello, kürtaj ve intihar gibi başkalarına zarar vermese de hukuk tarafından cezalandırılan eylemleri örnek olarak gösterir.¹³⁷

2.1.2 Toplumsal Ahlak ve Toplumsal Yapı

Devlin eleştirilerinde toplumsal ahlak ile toplumsal yapının bir bütün olduğuna da değinerek, evlilik birliğinin toplumca ve kanunlarca kabul edildiği şekilde bireyleri bir arada tutan bir bağı temsil ettiğini belirtir. Evlilik kurumunu siyaset ile ahlak arasında bir köprü olarak örneklendiren Devlin'e göre evlilik,

¹³⁵ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.194-195.

¹³⁶ Bunikowski, s.3.

¹³⁷ Uzun, s.76.

toplum yapısının bir parçası olduğunu ve evlilik dışı cinsel ilişkileri ve zinayı hoş görmeyen bir ahlak anlayışının da temelidir.¹³⁸

Devlin, evlilik kurumunu örnek olarak verirken de bir erkeğin birden fazla kadınla evlenmesine izin verilip verilmeyeceğinin her toplumun kendisinin karar vermesi gereken bir konu olduğunu söyler. İngiltere’de Hristiyan evlilik fikrine inanıldığı için tek eşliliğin ahlaki bir ilke olarak benimsendiğini, Hristiyan evlilik kurumunun aile hayatının temeli ve dolayısıyla da toplumun yapısının bir parçası haline geldiğini söyleyen Devlin, bu durumun sadece Hristiyan olunduğu için değil, toplumun bunu benimsemiş olmasından kaynaklı olduğunu söyler.¹³⁹

Zinanın ahlaki değeri konusunda bireysel görüşlere izin verildiğinde, evlilik kurumunun tehlikeye gireceğini düşünen Devlin, zina gibi konularda toplumun ahlak kurallarının geçerli olduğunu belirtir. Toplum ahlakını da evlilik kurumunu destekleyen ahlaki ilkeler ile sınırlamamak gerektiğini, insanların tek eşliliği bu şekilde bir örgütlenme nedeniyle değil, kendileri için iyi olduğu ve iyi bir yaşam sağladığı için toplum tarafından bunun tercih edildiğini düşündükleri ile savunduğunu ekler sözlerine.¹⁴⁰

Siyaset, ahlak ve doğru davranış konularında paylaşılan düşünceler olmadan toplumun da olamayacağını, toplumun düşünceler birliği demek olduğunu; iyinin ve kötünün ne olduğu konusunda temel bir anlaşma sağlayamayan insanların, bir toplum oluşturamayacağını ve sağlanan anlaşmanın sonradan bozulması halinde de toplumun da dağılacağını ekler sözlerine. Bunun sebebi olarak da toplumun sadece fiziksel olarak bir araya gelmek olmadığını, toplumun üyelerini bir arada tutan görünmez ortak düşüncenin, ortak ahlak anlayışının bağlayıcı olduğunu belirtir ve bu bağın da toplum olmanın bedeli olduğunu ve toplumda yaşamak isteyen insanların da

¹³⁸ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.194.

¹³⁹ Caron, s.23.

¹⁴⁰ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.194.

bu bedeli ödemesi gerektiğini belirtir. Toplumun, uyulmasını istediği bazı standart davranış kalıpları ve ahlak ilkeleri olduğunu ve bu kurallara uyulmaması durumunda da sadece zarar gören bireye karşı değil aslında topluma karşı bir suç işlendiğini ekler.¹⁴¹ İddiasını desteklemek için de üç örnek verir. İlki, özel ahlaksızlık alanının kabulü ile sürekli sarhoş olan birinin, kendini zayıflatarak, topluma daha az faydalı hale getirmesidir. Bu durumu topluma bir tür “*somut zarar*” olarak adlandırır. İkinci örneğinde, ahlaksızlığın yaygınlaşabileceğini, bir kişinin sarhoşluğunun topluma daha az zarar verirken toplumun yarısının sarhoş olması durumunda zararın artacağıdır. Ahlaksızlık salgını olarak ifade ettiği bu durumu da Devlin, topluma başka bir tür somut zarar olarak adlandırır. Üçüncü örnek olarak da ahlaki ilkelere aykırı hareket eden kişilerin, toplumun ahlaki bağlarını zayıflatarak, topluma somut olmayan bir zarar verdikleridir. Bu durumda da toplum tarafından, kanunların ahlaksızlığa göz yumduğunun düşünüleceğini ve bunun sonucu olarak da toplumdaki hukuka ve devlete saygının azalacağını belirtir.¹⁴²

Toplumu, siyaset, ahlak ve doğru davranış konusunda düşünce birliği olarak tanımlayan Devlin, ortak ahlak anlayışının bağlayıcı olduğunu ve bu bağın zayıflaması durumunda da toplumun dağılacağını öngörmektedir.¹⁴³ Devlin’e göre toplumlar dış etkenlerden daha çok içeride yaşanan problemlerden dolayı dağılırlar¹⁴⁴ ve ahlaki bağların zayıflaması bu dağılmanın ilk göstergesidir, tarihte de bunun örnekleri yer almaktadır.¹⁴⁵

Toplumda ortak bir ahlakın gözlemlenmediği durumlarda parçalanmanın söz konusu olacağını söyleyen Devlin; toplumun, hükümeti ve diğer kurumlarını korumada olduğu gibi, toplumun ortak ahlakını korumada da haklı bir gerekçeye

¹⁴¹ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.194.

¹⁴² Bassham, s.119.

¹⁴³ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.194.

¹⁴⁴ Uzun, s.77.

¹⁴⁵ Bunikowski, s.3.

sahip olduğunu ve bu durumun da ahlaksızlığın cezalandırılmasının meşruluğunu sağlandığını ifade eder.¹⁴⁶

2.1.3 Ahlaksızlığın Cezalandırılması

Devlin'e göre İngiliz ceza hukuku ahlak prensiplerine dayanmaktadır ve hukukun, birçok suç açısından ahlaki dayatmaktan başka bir işlevi yoktur ve hem medeni hukuk hem de ceza hukuku ahlak ve ahlaksızlık üzerine kurulmuştur.¹⁴⁷ Devlin, mevcut hukuki düzenlemeleri ve kamu ahlakının varlığının kabul edilmesini, ahlaksızlığın hukuk tarafından cezalandırılmasının olanaklı oluşunun kanıtı olarak sunmaktadır. Lordlar Kamarası'nın 1961 yılında *Ladies' Directory* (Kadınlar Rehberi) davasında verdiği “*contra bonos mores*” (ahlaka ve adaba aykırılık) kararı ile mahkemelerin, Mill'in öğretisini reddederek, kendilerini ulusun ahlakının koruyucusu ilan ettiklerini söyleyen Devlin; Lordlar Kamarası'nın yetkisini nereden aldığını ve zorla uygulanmasına karar verilen ahlaki standartları nasıl belirlediklerini sorar ve cevaplar.¹⁴⁸

Devlin, bazı eylemlerin başkalarını rahatsız etmese bile, kamusal ya da özel olarak yapılmalarının ya da eylemin taraflarının rızalarının olmasının o eylemleri suç olmaktan çıkarmadığını; geçmişten itibaren suç olarak kabul edildiğini ve cezalandırılabilir olduklarını söylemektedir. Ceza hukukunda düzenin, ahlakın ve yurttaşların korunmasına dair olmayan düzenlemelerin ayıklanması şeklinde bir reform yapılırsa; ceza hukukunun temel bir ilkesinin ortadan kalkacağını ve birçok tanımlı suçun da suç olmaktan çıkacağını belirtir.¹⁴⁹

Ötenazi, intihara teşebbüs, düello, kendi isteği üzerine birini öldürmek, kürtaj ve ensest ilişki gibi durumların hepsi Devlin'e göre başkalarını istismar etmeyen

¹⁴⁶ Uzun, s.77.

¹⁴⁷ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.193.

¹⁴⁸ Uzun, s.80.

¹⁴⁹ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.192-193.

eylemlerdir ve gizli olarak uygulanabilirler. Bu konularda reform ihtiyacı olduğunun söylenebileceğini kabul eden Devlin; tüm bunların özel ahlak alanına girdiği için ceza hukukunun alanı dışında kaldıklarının iddia edilemeyeceğini söyler. Devlin'e göre tüm bu konular bir ahlak ilkesini ilgilendirdikleri için hukukun alanına girer ve yasalar tarafından cezalandırılmayan ahlaksızlıklar olabilir; ancak yasaların göz yumduğu ahlaksızlıklar olamaz der.¹⁵⁰

Devlin, hukukun ahlaksızlık yapanlarca kullanılamayacağını da başka bir örnekle anlatır. Devlin'in örneği bir evin ahlaksız bir amaç için kiralanamayacağı, bu durumda kira kontratının geçersiz olacağı ve evin içinde olanların hukukun işi olmayan özel ahlak alanına ilişkin şeyler olduğunun kabulü halinde ise ortaya hukukun orada ne işi vardır sorusunun çıkacağı şeklindedir.¹⁵¹

Wolfenden Raporu'nda fahişeliğin cezalandırılmaması; ancak genç, bedenlen veya akılca zayıf ya da tecrübesiz olmaları sebebiyle savunmasız olan kişilerin istismar edilmemesi için yeterli korumanın sağlanması gerektiği önerisine karşı çıkan Devlin; fuhuşta fahişenin müşterisinin şehvetini, müşterinin de fahişenin ahlaki zayıflığını istismar ettiğini, aslında tüm cinsel ahlaksızlıkların birer istismar olduğunu vurgular. Devletin, ahlaksızlık konularında yasa çıkarma yetkisinin sınırlandırılmayacağını düşünen Devlin, toplumun varlığı için kurulu hükümetin devamının gerekli olduğu gibi, yerleşmiş ahlakın da bir o kadar gerekli olduğunu söyler.¹⁵²

Fahişelik ve eşcinsellik konularında tarafların rızasına vurgu yapan Wolfenden Raporu'na karşılık olarak Devlin, doğası itibariyle hariç olan bazı suçlar dışında, kurbanın rızasının bir savunma olarak kullanılmasına ceza hukukunda izin verilmediğini belirterek, rıza konusu üzerinde önemle durur. Irza geçme suçunda

¹⁵⁰ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.192-193.

¹⁵¹ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.192-193.

¹⁵² Uzun, s.79.

rızanın suçun temel unsurunu ortadan kaldırdığını; ancak cinayet söz konusu olduğunda ise rızanın geçerli bir savunma olarak kabul edilemeyeceğini örnek veren Devlin, geçerli bir savunmanın söz konusu olabilmesi için cezalandırma yetkisinin kanunla verilmesi gerektiğini ve cezalandırılmanın da kanunla belirlenen sınırlar içerisinde kalması gerektiğini belirtir. Ayrıca kendisine karşı bir suç işlenen kişinin suçun işlenmeden önce rıza göstermesinin ya da işlendikten sonra affetmesinin kabul edilmemesinin nedeninin de söz konusu suçun aynı zamanda topluma karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmesinden kaynaklandığını; toplumun bu suçtan fiziksel bir zarara uğraması mümkün değilse de, toplumun uyulmasını istediği bazı standart davranış biçimlerine ve ahlak ilkelerine aykırılık sebebiyle söz konusu suçtan, toplumun da zarar gördüğünü ve bu sebeple de suçun topluma karşı işlenmiş bir suç olduğu çıkarımını yapar.¹⁵³

Wolfenden Raporu'nda karşılıklı rızaya dayanan eşcinsel ilişkinin suç olarak kabul edilmemesini eleştiren ve mağdurun rızasının ceza hukukunda meşru bir savunma olamayacağını ifade eden Devlin, ceza hukukunda yer alan bazı hükümleri de örnek göstererek ceza hukukunun ahlaki ilkeleri dayattığı iddiasında bulunmaktadır. Ahlaksızlığın cezalandırılması konusunda hangi ahlakın esas alınacağı noktasında ise Devlin, Hristiyanlığın etkisinin çok güçlü olmasına rağmen, sadece dine gönderme yapılarak sorunun çözülemeyeceğini, toplumun genelinin sahip olduğu ahlaki görüş dikkate alınarak bu belirlemenin yapılması gerektiğini söyler.¹⁵⁴

Devlin, hukukun, ahlak ilkesi üzerine kurulu olduğunu ve hukukun tek işlevinin bir ahlak ilkesini dayatmak olduğunu; tarihsel olarak da hem medeni hukukta hem de ceza hukukunda dayarılan ahlak ilkelerinin Hristiyan öğretisi

¹⁵³ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.192.

¹⁵⁴ Uzun, s.85.

ilkeleri olduğunu belirtir. Devlin'e göre toplumun çoğunluğu tarafından onaylanmayan bir şey, kendiliğinden bir toplumsal sorun haline gelmez; ancak toplumu etkilediği durumlarda bir toplumsal sorundan söz edilebilir. Tarihte din tarafından kabul edilen görüşlere aykırı inançlara sahip kişilerin suçlu ve bu suçun da topluma zarar verdiğinin kabul edildiğini söyleyen Devlin; bu anlayışın artık geçerli olmadığını belirtir. Hukukun, insanların inanmama hakkı olan bir öğretiyeye (*dine*) dayanmasının yanlış olacağını söyleyenlerin de söylemlerinde haklı olduğunu ve bu yüzden de hukukun sadece Hristiyan öğretiyeye dayandırılmasının yeterli olamayacağını, başka bir dayanak kaynak bulmak gerektiğini de sözlerine ekler.¹⁵⁵ Devlin'e göre ahlak kurallarının hukuk nezdindeki bağlayıcılığı, toplumun büyük çoğunluğu tarafından “iyi” ve “doğru” oldukları konusunda inancın yerleşmiş olması ve toplumun bu kuralları içselleştirmiş olmasıdır. Bu çoğunluk ise sayısal bir ifade olmayıp, İngiliz hukukunda kullanılan *Clapham omnibus*¹⁵⁶,taki (*Clapham otobüsündeki adam*) makul insan standardıdır.¹⁵⁷ Devlin'in alternatif kaynak çözümü *Clapham omnibus*'tur.

2.1.4 Hukuk ve Ahlak

Devlin'e göre hukuk ve ahlakın farklı kavramlar olarak ele alınması ve Mill'in devletin güç kullanımının meşruluk sınırı olan zarar prensibi görüşleri İngiliz ceza hukukuna herhangi bir katkı sağlamamaktadır.¹⁵⁸

Devlin, hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi anlatırken, toplumu paylaşılan fikirler topluluğu olarak, mahkemeleri de bu topluluğun koruyucusu olarak tanımlar.

¹⁵⁵ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.193-194.

¹⁵⁶ ‘*man on the Clapham omnibus*’: Görüşleri veya fikirleri sıradan İngiliz halkının tipik fikirlerine sahip hayali kişi. İngiliz hukukunda normal bir eğitim alıp, okuma yazma bilen ancak herhangi bir uzmanlık alanı olmayan ortalama zekaya sahip kişileri ifade etmek için kullanılır. Cambridge Dictionary (t.y.), *Clapham Omnibus*, Cambridge University Press, <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/man-woman-on-the-clapham-omnibus> (26 Mart 2021.).

¹⁵⁷ Uzun s.84.

¹⁵⁸ Uzun, s.83-84.

Mill'in teorisinin 19. yy. İngiltere'sinde kabul edilmemesinin sebebini ise İngiltere'de bu tür çözümlere ihtiyaç duyan bir ahlak sorununun olmayışına bağlar. Devlin'e göre toplum dini ve ahlaki ilkeleri kendi yapısına entegre ettiği için, hukuk ve ahlak arasında bir ayırım yapılması toplumca kabul görmez. “*Başkalarına zarar*” kavramının bu nedenle gereksiz olduğunu söyleyen Devlin, bunun sebebinin de, toplumun kendisini bireylerden oluşan bir kalabalık olarak değil, bir bütün olarak görmesi olduğunu belirtir.¹⁵⁹ İngiliz toplumunun çok sayıda dini inanışının olmasının da ceza hukukunda etki yaratacak bir ahlaki farklılık yaratmadığına ve yargıçların bu sebeple Hristiyan ahlakını uygulamaya devam ettiğine dikkat çeken Devlin'e göre, Hristiyan ahlakının eleştirilmesinin suç olmaktan çıkarılması ile Hristiyan ahlakının, hukukun içinde gömülü olarak var olması sağlanmıştır.¹⁶⁰

Devlin, hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi anlamak için bir dizi kural önerir. Devlin'e göre öncelikle her toplumda “*doğru*” ve “*yanlış*” duygusuna ihtiyaç vardır ve temel ahlak yani doğru ve yanlış ayırt etme yeteneği olmayan hiçbir insan ilişkisi de kalıcı olamaz. Devlin, temel ahlakı öznel, doğru ve yanlış duygusunu ise evrensel kabul eder ve ona göre ortak ahlakın özünü gerçek inançlar değil “*ortak inançlar*” oluşturur. Devlin, hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi anlamak için ikinci bir örnek olarak; kötü yasalar, kötü ahlak kuralları ve kötü toplumlar olabilir; bu yasaların ya da toplumların kötü olması, onların yasadışı olmalarından kaynaklanmamaktadır; “*Kötü*” fikrinin göreceli ve karşılaştırmalı bir ifade olduğunu, kötü yasaların aslında geçerli birer yasa olduğunu ancak topluma hizmet etmedikleri için kötü olduklarını söyler. Son olarak da hukuk ve ahlak fikirlerinin teoride ayrı kavramlar olarak kabul edilseler bile pratikte birbirlerinden ayrılmasının mümkün olmadığını; çünkü Devlin'e göre akıl, gerçeği kendi işleyişiyle bulamayacaktır. Ahlakın bir gerçekler

¹⁵⁹ Caron, s.26.

¹⁶⁰ Uzun, s.84.

sorunu olduğunu söyleyen Devlin, hangi durumlara müsamaha gösterileceğinin tespitinde toplumun tepkisinin dikkate alınarak hareket edilmesi gerektiğini; toplumca müsamaha gösterilen durumlarda herhangi bir yaptırım söz konusu olmazken, müsamaha gösterilmeyen durumlarda ise toplumun cezası ile ahlaki düzenin yeniden tesis edilebileceğini ifade eder.¹⁶¹

Kanun koyucunun iyi ve kötüyü tespit etme görevi olmadığını, uygulayacağı ahlakın zaten toplum tarafından kabul edilmiş olan ahlak olduğunu; kanun koyucunun kendi düşüncelerine göre yeni bir şeyler inşa etme görevi olmadığını, tek görevinin toplumun temellerini korumak olduğu belirtir.¹⁶²

2.1.5 Toplumun Ahlakının Asli Belirleyicisi Dindir

Devlin, toplumun ahlakının asli belirleyicisinin din olduğunu ve İngiliz toplumunun da tarihsel olarak ahlaki oluşumunun Hristiyanlıktan etkilendiğini söyler. İnsanların inanmama hakkının olduğunu söyleyecek bir mantıkçının da haklı olabileceğini ve bu yüzden de hukukun ahlakı dayatma yetkisinin kaynağını başka bir yerde aramak gerektiğini görüşlerine ekler ve bunu açıklarken de evlilik kurumunu örnek gösterir. Evliliğin Hristiyan inancında önemli bir kurum olduğunu ve toplumun yapısıyla da yakından ilişkili olduğunu belirten Devlin, Hristiyan olmayan ya da evliliği Hristiyanlıkta olduğu gibi toplumun temelinde görmeyen kişilerin de mevcut duruma uyması gerektiğini; bunun Hristiyanlığın dayatılması olmadığını, evliliğin kutsallığının toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olmasından kaynaklandığını söyler. Bu durumu da “...eğer bu evde oturmak istiyorsan, onu olduğu şekliyle kabul etmelisin” sözleri ile ifade eder. Devlin’e göre ahlak toplumun varlığı için olmazsa olmazdır ve Hristiyan inancı ahlakın içeriğini belirlemelidir. Toplumun, ahlak olmaksızın yaşayamayacağını, bu ahlakın da makul

¹⁶¹ Caron, s.26-27.

¹⁶² Uzun, s.86-87.

bir kimsenin, *Clapham omnibus*'un (*Clapham otobüsündeki adam*) onaylayacağı davranış standartlarıdır. İnsanın kendine özgü standartlarının da olabileceğini ancak bunların toplumun standartları ile uyuşmadığı takdirde kişinin ortak ahlakı benimsemediği sonucunun çıkacağını ve bu durumda da kişinin toplum tarafından asi olarak nitelendirileceğini ifade eder.¹⁶³

Devlin'e göre ahlak ve cinsellik arasındaki bağlantının tartışmalı hali, kısmen cinsel adetler ve din arasındaki ilişkinin bir sonucudur. Zamanla laikleşen toplumda, Hristiyan kilisesi tarafında propaganda edilen cinsel adetler zayıflamış ve toplumdaki insanların cinsellik hakkındaki görüşleri geçmişe nazaran daha az homojen hale gelmiştir. Devlin için eşcinselliğin suç olmaktan çıkarılması sonrasında, kökleri dine dayanmadan ve Tanrının ya da kilisenin otoritesine başvurulmadan, yeni düzenlemelerin nasıl desteklenebileceği kritik önem taşımaktadır.¹⁶⁴

Devlin'e göre ahlakın toplum için gerekli olduğunu düşünen bir kişi, ahlakın olmazsa olmaz araçlarının kullanımını desteklemelidir. Bunlar da eğitim yani öğreti ve hukuk yani zorlamadır. Ahlakın, eğitim aracı da din olmaksızın kullanılamaz. Ahlakın, salt toplum için gerekli olduğu düşüncesiyle bir eğitimin olamayacağını, eğitimin mutlaka din ile de desteklenmesi gerektiğini, aksi takdirde ahlakın kişisel bir sorun olarak kalacağını belirtir.¹⁶⁵

Devlin'e göre din, ahlakla ilgilidir. "*Dine atıfta bulunmadan ahlakın nasıl öğretilebileceğini çözmüş bir toplum yoktur.*" diyerek de ahlak ve din bağının ne kadar kuvvetli olduğunu göstermek istemektedir. Dinin, kültürün ve sosyal ahlakın birer parçası olduğunu söyleyen Devlin, toplumu entegre etmek için de bazı dini

¹⁶³ Uzun, s.83.

¹⁶⁴ Cane, s.28.

¹⁶⁵ Uzun, s.83.

dogmaların uygulanabileceğini, genel kabul gören ahlaki standartların ise Hristiyanlığa ait olması gerektiğini sözlerine ekler.¹⁶⁶

Devlin'e göre, aynı şekilde hukukun da Hristiyan ahlak temel alınarak uygulanması gerekir; bunun sebebi ise çoğunluğun ahlak anlayışının veya kilisenin öğretisinin temelini Hristiyan ahlakı olması değil, Hristiyan eğitiminin yardımı olmaksızın hukukun başarısız olacağını düşünmesidir.¹⁶⁷

İngiliz toplumunun büyük çoğunluğunun Hristiyan inancı doğrultusunda hareket ettiğini ve bu sebeple de ahlakın içeriğinin belirlenmesi noktasında Hristiyan ahlakının büyük öneme sahip olduğunu düşünen Devlin; bir ahlak kuralının bağlayıcılığı noktasında ise sadece Hristiyan ahlakına dayanmaz. Bir ahlak kuralının bağlayıcılık kazanabilmesi için, Hristiyan ahlakının yanı sıra, toplumun büyük çoğunluğu tarafından da kabul görmüş ve içselleştirilmiş olması gerekir.¹⁶⁸

Devlin, hukuki süreçte çok fazla mantık aranmaması gerektiğini; çünkü ticarileştirilmiş ahlaksızlık ve eşcinsellik konularında toplumda zaten doğal bir tepkinin var olduğunu söyler. Toplumun varlığının, toplum üyelerinin hangi fikirleri paylaştığı ve hoş görmeye hazır olduğuyla bağlı olduğunu; dolayısıyla da yargının, toplumun ortalama bir üyesinin, makul insanın kararı olması gerektiğini belirtir. Kamuoyunu tespit etmedeki zorluklara rağmen, makul insanın kişisel görüşünün ahlaki düzen meselelerini ele almak için fazlasıyla yeterli olduğunu da ekler sözlerine.¹⁶⁹

Devlin'e göre kişilerin asgari davranış standartlarını belirlemek için ceza hukuku kullanılmalıdır. Ahlaki kanunlar, asgari davranış standartlarını belirleyecektir. Kanun, bazı durumlarda caydırıcı, bazı durumlarda ise çare olarak

¹⁶⁶ Bunikowski, s.3.

¹⁶⁷ Uzun, s.83.

¹⁶⁸ Uzun, s.85.

¹⁶⁹ Caron, s.25.

hizmet edecektir; ancak toplumun ahlaki yapısını korumak için kullanılacak kabul edilebilir tek ölçüt “*makul insan*” ölçütüdür. Devlin, makul insan ölçütünü de jüri bölmesindeki kişi, *Clapham omnibus*’taki (*Clapham otobüsündeki adam*) adam olarak tanımlar. Bu kişi, Devlin’e göre, bir entelektüel, filozof, uzman ya da avukat değil, akıl yürütmesi genelin bir yansıması olan makul kişidir.¹⁷⁰ Bu kişinin rasyonel kişi ile karıştırılmaması gerektiğini söyleyen Devlin, makul kişiden herhangi bir konuda muhakeme yapmasının beklenmediğini, yargısının daha çok hissi bir yargı olabileceğini, onun sokaktaki insanın bakış açısını yansıtan, sağduyulu insan olarak da ifade edilebilecek kişi olduğunu söyler.¹⁷¹

2.2 H.L.A. Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart, 1907 yılında Yahudi bir ailenin çocuğu olarak İngiltere’de doğmuş ve Oxford’da edebiyat, tarih ve klasik felsefe eğitimi alarak, 1932-1940 yılları arasında avukatlık yapmıştır. Daha sonra gelen teklif üzerine avukatlığı bırakarak, Oxford Felsefe bölümünde akademik hayatına devam etmiştir. Yazımına 1952’de başladığı ve yayınlanmasının ardından Hukuk Felsefecileri tarafından sıklıkla başvurulmuş ve çokça eleştiriye maruz kalan “*The Concept of Law*” (*Hukuk Kavramı*) isimli eserini ancak 1961 yılında tamamlamıştır.¹⁷²

Devlin’in, Wolfenden Raporu’nun yayınlanmasının ardından fahişelik, yetişkin erkekler arasında rızaya dayalı eşcinsel ilişki, ahlak, hukuk ve ahlaksızlığın cezalandırılması gibi konularda yönelttiği eleştirilere Hart da sonradan *The Listener* dergisinde de yayınlanan bir radyo programında ve “*Law Liberty and Morality*” (*Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*) başlıklı kitabında derlediği 1962’de Stanford Üniversitesi’nde verdiği üç konferans ile cevap vermiştir.¹⁷³ Hart, Devlin’in

¹⁷⁰ Caron, s.25.

¹⁷¹ Uzun, s.85-86.

¹⁷² Ceylan, Ş. Ş. (2014), *H.L.A. Hart’ın Hukuk Kavramı*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s.3.

¹⁷³ Cane, s.22.

iddialarının tümünü cevaplamamıştır. Hart, toplumun ortak bir ahlakı olmasının kabul edilebileceğini, cinayet ve saldırı gibi suçlarda mağdurun rızasının kabul edilmeyip, paternalist bir yaklaşım sergilenerek, kişilerin gerekirse kendilerinden dahi korunabileceğini, eşcinsel ilişkilerin cezalandırılması söz konusu olduğunda temel özgürlüklerin ihlal edileceğini ve bunun sonucunda da kişilerin ıstırap çekmelerine neden olunacağını söyler; ancak kürtaj, ensest ilişkiler, müstehcenlik, hayvanlarla cinsel ilişki ve fuhuş konularında neredeyse hiçbir açıklama yapmaz.¹⁷⁴ Hart için mahremiyet, özel ahlak ve eleştiri sebepleri en önemli değerlerdir. Hart'a göre kamu ahlakı etik açıdan mükemmeliyetçi değildir.¹⁷⁵

2.2.1 Kamu Ahlakı – Özel Ahlak Ayrımı

Hart, Devlin ve Devlin'den yaklaşık yüz yıl önce benzer düşünceleri paylaşan Stephen'ın görüşlerine eleştiriler getirerek, ahlaksızlığın cezalandırılması konusunda Mill ile de paralel olan kendi görüşlerini sunmuş ve Wolfenden Raporu'nda da belirtildiği gibi devletin ya da diğer bir ifade ile hukukun ve özellikle de ceza hukukunun karışamayacağı bir özel ahlaksızlık alanının olması gerektiğini savunmuştur. Hart, hukukun belirlenmesinde toplumda genel kabul gören ahlaki değerlerin dikkate alınması gerektiğini düşünen muhaliflerini hukuki ahlakçılar olarak tanımlar ve iddiaların yanlış örnekler ile hatalı değerlendirmeler sonucunda ortaya çıktığını söyler.¹⁷⁶

Hart, hukukun tanınma şekline dair sosyolojik bir tasvir yapar; ancak net bir hukuk tanımı yapmaz. Hart'ın bu tanımına göre bazı kanunlar ahlaka aykırılık teşkil etse de tanınma şekillerine uygun olması sebebiyle hukuk olarak kabul edilirler.¹⁷⁷ Hart'a göre hukuk, düzendir, ahlaki kurallardır, dayanışmadır, geleneksel

¹⁷⁴ Bassham, s.129.

¹⁷⁵ Bunikowski, s.8.

¹⁷⁶ Uzun, s.87.

¹⁷⁷ Ingram, D. B. (2020), *Hukuk Felsefesi*, Çev.:Ezgi Su Dağabak, Ankara: Ayrıntı Basımevi, s.78.

uzlaşımlardır ve ayrıca çözülmesinde problemler olan anlaşmazlıkların çözümünde etkili bir araçtır.¹⁷⁸

Hart, bir hukuk sistemi geliştirmiş olan bütün toplumlarda, hukuk kurallarından başka, büyük önem atfedilen ve önemli farklılıklara rağmen hukukla pek çok benzerliği bulunan bazı kurallar olduğunu; ancak bu benzerliğin de rastlantısal bir benzerlik olduğunu sözlerine ekler.¹⁷⁹ Hukuk kurallarının ve hukuk sisteminin varlığının, sahip oldukları ahlaki değerlere değil, kaynaklarının ne olduğuna bağlı olduğunu; bu durumun ise ahlak ve hukukun kesiştiği noktalar olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini ve bu noktalardan en önemlisinin de “*adalet*” olduğunu belirtir. En önemli kesişme noktası olan “*adalet*” sebebiyle de hukuk ve ahlakın yükümlülükleri sıklıkla birbirlerine karıştırılmaktadır.¹⁸⁰

Hart’a göre hukuk kurallarının gereklerini ifade etmek için kullanılan “*haklar*”, “*yükümlülükler*” ve “*görevler*” kelimeleri, bu kuralların gerektirdiği fiilleri veya hoşgörüyü ifade etmek için “*ahlaki*” ilavesiyle birlikte kullanılır. Tüm topluluklarda, yasal ve ahlaki yükümlülükler arasında içerikte kısmi bir örtüşme vardır; ancak hukuk kurallarının gereklilikleri daha spesifiktir ve ahlaki kurallara göre daha ayrıntılı istisnalarla çevrilidir. Ahlaki yükümlülük ve görevlerin karakteristik olarak, birçok hukuk kuralı gibi, kasıtlı olarak seçilmiş bazı durumların az karşılaşılan faaliyetlerinden ziyade, grubun hayatında sürekli olarak tekrarlanan durumlarda ne yapılması veya ne yapılmaması gerektiği ile ilgili olduğunu ve bu tür kuralların uygulanmasının ya hoşgörüyü dayandığını ya da uygulanmaları için özel bir beceri ya da zeka gerektirmeyen, basit eylemler olduğunu söyler. Ahlaki yükümlülüklerin, çoğu yasal yükümlülüklerde olduğu gibi, herhangi bir normal

¹⁷⁸ Ingram, s.53.

¹⁷⁹ Uygur, G. (2004), *Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(3), s.153.

¹⁸⁰ Ceylan, s.169.

yetişkinin kapasitesi dâhilinde olduğunu; hukuk kurallarında olduğu gibi bu ahlâk kurallarına uyulmasının da doğal olduğunu, ihlali halinde ciddi bir kınama ile karşılaşılrken, hukuka itaatte olduğu gibi ahlâkî yükümlülüğe riayette de herhangi bir övgünün olmadığını belirtir.¹⁸¹

Hart’a göre ahlak kurallarında tanınan yükümlölükler ve görevler, toplumdan topluma veya tek bir toplum içinde dahi farklı zamanlarda değişiklik gösterebilir ve bu kuralların bazıları toplumun sağlığı ve güvenliği konusunda hatalı birtakım bilgiler içerebileceği gibi bazı batıl inançları da yansıtabilirler. Bu duruma örnek olarak da bazı toplumlarda kendini kocasının cenaze ateşinin üzerine atmasının kadının görevi olarak görölmesini ve başka bir toplumda ise intiharın genel ahlaka aykırı bir suç olarak kabul edilmesini verir. Hart, bir toplumun ahlaki kodları arasında, gerek toplumun kendine özgü gerçek ihtiyaçlarından, gerekse de hurafe veya cehaletten kaynaklanan bir çeşitlilik olabileceğini söyler. Ahlak kurallarını hukuk kurallarından ayırt edebilme aşamasına ulaşan toplumlarda, toplumun hayatta kalabilmesi için bazı eğilim ve çıkarların feda edilmesinin gerektiğini ve bunun için de şiddetin serbestçe kullanılmasının yasaklanmasını veya en azından şiddetin serbest kullanımını kısıtlayan kuralları, insanların başkalarıyla ilişkilerinde belirli dürüstlük ve doğruluk kriterlerine uygun davranmasını sağlayacak kuralları örnek verir. Bir arada yaşayan bir grupta, sosyal hayatı düzenleyen birtakım kurallara uygun yaşamak, grup tarafından doğal bir sonuç olarak görölerek kurallar kendiliğinden kabul edilmezse, o zaman bu grubun bir toplum olduğundan ve uzun süre hayatta kalacağından da söz edilemez der Hart.¹⁸²

Devlin'in ahlak ve ceza hukuku arasındaki ilişkiye dair görüşünü eleştiren Hart, ceza hukukunun özel alana tecavüz etmesini önlemek için ceza hukuku

¹⁸¹ Hart, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, Penelope A. Bulloch and Joseph Raz (Ed.), Second Edition, Oxford: Clarendon Press, s.170-171.

¹⁸² Hart, *The Concept of Law*, s.172.

kurumunun yalnızca kamu duyarlılığıyla doğru bir şekilde gerekçelendirilmesinin yetmeyeceğini; ek bir unsur olarak, rasyonel analizin de dikkate alınması gerektiğini söyler ve Devlin'in popüler ahlakın, rasyonel analize ihtiyaç duymadan, haklı olarak ceza hukukuna dönüştürülebileceği görüşünü eleştirir. Örneğin; cinayete karşı yasalar gibi, belirli konularda ahlaki görüşlerin uzlaşması toplum için gerekli olsa da, kamu ahlakı kapsamındaki her konunun eşit derecede önemli olmadığına değinir.¹⁸³ Hart'a göre, çalma ve öldürmeye dair ahlak ilkeleri ceza hukukunda yer alabilir; çünkü bu ilkelerin ahlaki temelleri olduğu kadar, kişilerin çıkarlarına da dayanıyor olması bu sonucu doğurur.¹⁸⁴

Hart, kamu ahlakının ceza hukukuna dönüştürülmeden önce iki sorunun rasyonel olarak araştırılması gerektiğini söyler. İlk soru “*Ahlaki açıdan rahatsız edici uygulama ahlaki kod üzerindeki etkisinden bağımsız olarak zararlı mıdır?*” İkinci soru da “*Bu uygulamanın ahlaki kod üzerindeki yansımaları nelerdir?*” Daha spesifik olarak, “*Bu ahlaki kınamayı ceza yasasına çevirmemek, kamu ahlakının tüm dokusunu ve buna bağlı olarak toplumu tehlikeye atacak mı?*” Hart, bu soruları, doğru bir akıl yürütme ile özel ahlaki konuları özel alanla sınırlandırabilir ve yalnızca başkalarına zarar verecek veya ahlaki kuralları ortadan kaldıracak ahlaki konuları ceza hukukuna çevirebiliriz şeklinde cevaplar. Devlin'in cinsel ahlaksızlığın bastırılmasının haklılığını, yıkıcı faaliyetlerin bastırılmasının haklılığı ile eşdeğer görmesinin doğru olmadığını; çünkü özel cinsel davranışların yıkıcı faaliyetler gibi kamusal olmadığını düşünür. Hart, Devlin'in rasyonalist bir ahlaktan vazgeçmesini ve duygulara yaptığı vurguyu, tarihte insanların büyücülük yaptıkları için diri diri yakıldığı ve farklı bir ırkla ilişki kurdukları için cezalandırılmasına benzeterek; Devlin'in düşüncelerinin endişe verici olduğunu belirtir. Hart, halkın ahlaki

¹⁸³ Ghaly, J. (2018), *H.L.A. Hart: Immorality and Treason* (1959), The Philosopher.

¹⁸⁴ Ingram, s.53.

duygularının ceza hukukuna dönüştürülmeden önce akıllıca ve anlayışla incelenmesi gerektiğini, özellikle de kanun koyucular tarafından genel ahlakın cehalete mi, batıl inançlara mı yoksa yanlış anlamaya mı dayandığının, özel ahlaksızlık yapanların tehlikeli olup olmadığının ve cezanın sonuçlarının uygun olup olmadığının sorgulanması gerektiğini vurgular.¹⁸⁵

“*Kamusal*” ve “*özel*” eylemler arasındaki ayrım Hart için önemlidir. Hukukun özel davranışların ahlaksızlığıyla değil, kamuya açık alanda gerçekleşen davranışların başkalarına verdiği zararla ilgilenmesi gerektiğini; halka açık alanda bir evlilik töreninin gerçekleştirilmesi ile cinsel ilişkinin kamuya açık bir şekilde sergilenmesinin ilke olarak farklı olmadığını düşünür. Karı-koca arasındaki cinsel ilişkinin ahlaka aykırı olmadığını; ancak karı-koca arasındaki cinsel ilişki toplum içinde gerçekleşirse, kamu ahlakına aykırılık olarak kabul edileceğini örnek verir.¹⁸⁶

2.2.2 Pozitif Ahlak – Eleştirel Ahlak

Uzun zamandır devam eden hukuk ve ahlak arasındaki ayrım üzerine yapılan tartışmalarda sofistike tanımlar da yapılmıştır. Hart da bu tarz bir tanım yaparak ahlakı “*pozitif ahlak*” ve “*eleştirel ahlak*” olarak ayırmış ve ahlakın yasal olarak uygulanması sorununun, aslında “*pozitif ahlakın yasal olarak uygulanmasının eleştirel ahlakı*”¹⁸⁷ olarak yani “*ahlakın dayatılmasının ahlaken gerektendirilmesi*”¹⁸⁸ olarak tanımlamıştır. Ayrıca Hart, ahlakın yasal olarak uygulanmasını da pratikte suçların günahlardan ayrılması anlamında kullanmaktadır.¹⁸⁹ Bunun için de ilk olarak Hart tarafından ahlak ile kastedilenin ne olduğunun tespit edilmesi gerekir.

¹⁸⁵ Ghaly, H.L.A. *Hart: Immorality and Treason*.

¹⁸⁶ Burt, R. A. (2004) *Moral Offences and Same-Sex Relations: Revisiting the Hart-Devlin Debate*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, s.5.

¹⁸⁷ Caron, s.10.

¹⁸⁸ Uzun, s.88.

¹⁸⁹ Caron, s.10.

Hart, ahlakı, hukuki yükümlölükler ile karşılaştırarak, toplum tarafından genel kabul gören, anlaşılmaya dayalı veya pozitif ahlak kurallarına ve bu kurallarla şekillenen yükümlölüklere değinir¹⁹⁰ ve pozitif ahlak ve eleştirel ahlak ayrımı yapar. Hart, pozitif ahlakı “*belli bir toplumsal grup tarafından fiilen benimsenen ve paylaşılan ahlak*” olarak; eleştirel ahlakı ise “*pozitif ahlak da dâhil olmak üzere mevcut toplumsal kurumları eleştirmekte kullanılan genel ahlak ilkeleri*” olarak tanımlamaktadır.¹⁹¹

Pozitif ahlak, toplumun belirli bir dönemde sahip olduğu bakış açısını yansıtır ve bazı betimleyici unsurlar taşır. Eleştirel ahlak ise ahlaki görüşlerin gerekçelendirmesinde rol oynar ve pozitif ahlaka nazaran daha genel, sistematik ve rasyoneldir. Pozitif ahlak ve eleştirel ahlak arasındaki ayrım ise toplumu oluşturan kişilerin sahip olduğu ahlaki görüşlere ve bunların pratiğe dönüştürülmesine bağlıdır.¹⁹² Devlin ve Hart arasındaki tartışma her ne kadar hukuk ve ahlak ilişkisi üzerine bir tartışma gibi görünse de aslında daha çok ahlak üzerine bir tartışmadır.¹⁹³

Hart, sorunun bir ahlak sorunu olduğunu, konuyu üç yönden ele almak gerektiğini; ancak öncelikle tartışılması gerekenin ahlakın dayatılmasının meşru olup olmadığının tespit edilmesi olduğunu söyler. Hart’a göre, bir toplumda, toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmiş ahlaka uymamanın cezalandırılması ya da cezalandırılma tehdidi ile uyulmasının sağlanmasının toplumca doğru ve haklı bir uygulama olarak kabul edilmesi, ahlakın dayatılmasının meşruluğu için yeterli bir cevap değildir.¹⁹⁴

Bu duruma beyaz ve renkli ırktan kişilerin birlikteliklerini ahlaka aykırı bularak cezalandıran toplumlar gibi, çoğunluğun benimsediğı ahlaka uymadığı için

¹⁹⁰ Ceylan, s.175.

¹⁹¹ Uzun, s.88.

¹⁹² Ceylan, s.175.

¹⁹³ Uzun, s.88.

¹⁹⁴ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.26.

başkalarına zarar vermeyen eylemleri cezalandıran diğer toplumları örnek vermenin de yeterli bir cevap olmayacağını ekler.¹⁹⁵

Hart'a göre, sorunun ilk yönü, Devlin'in toplumun ahlakı dayatma “*hak*”kının olması ve bu dayatımın ahlaken de meşru olduğu iddialarının ele alınarak tartışılması durumunda, ahlak ilkelerine dayanmadan bu sorgulamanın yapılamayacağıdır. Bu konunun netleşmesi için de öncelikle yukarıda da sözünü ettiğimiz “*pozitif ahlak*” ve “*eleştirel ahlak*” ayrımının yapılması gerektiğini; sorgulama yapılırken de kullanılacak ilkelerin “*eleştirel ahlak*” olarak adlandırılıp, sorunun “*pozitif ahlakın hukuki dayatımı hakkında bir eleştirel ahlak sorusu*” haline geldiğini söyler.¹⁹⁶

Hart, sorunun ikinci yönünün ise bir meşrulaştırma sorunu olduğuna değinir ve Hart'a göre toplum tarafından ahlakın dayatılması için hukuki zorlamaya başvurulması *prima facie*¹⁹⁷ bir itiraz ile meşrulaştırılmalıdır. Hart, toplumların iyi bir amaç için gerçekleştirildiğini düşündüğü uygulamalarda, *prima facie* itirazlarda bulunmadığını ifade eder ve ahlakın hukuki dayatımı karşısında yapılacak *prima facie* itirazın ne olabileceği konusuna da açıklık getirir.¹⁹⁸

Hart'a göre ahlakın hukuki dayatımı dendiğinde iki farklı duruma dikkat edilmesi gerekir. Bunlardan ilki saldırganın cezalandırılmasıdır. Hart, bu cezalandırmanın saldırganın özgürlüğünün kısıtlanması, bazı haklardan mahrum bırakılması, fiziksel acı çektirilmesi ya da ölüm cezası olabileceğini ve gelişmiş toplumlarda bu cezalandırmaların meşrulaştırılmadan uygulanmasının ahlaki açıdan yanlış ve hukuki açıdan da haksız fiil ya da suç teşkil ettiğine değinir.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.26.

¹⁹⁶ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.26.

¹⁹⁷ *Prima facie* : Latince kökenli olan bu ifade ilk bakışta, ilk karşılaşmada anlamına gelir. Ablatif durumda dişil olan *primus* ve *fasies* formlarından birebir tercüme yapıldığında ‘ilk yüze’ veya ‘ilk görünümde’ anlamına gelir. Modern günlük konuşmada ortak bir çeviri olarak ‘karşısında’ şeklinde kullanılmaktadır. Tureng, *Prima facie*, <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/prima%20facie> (13 Mayıs 2021).

¹⁹⁸ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.28.

¹⁹⁹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.28.

Hart'a göre ahlakın hukuki dayatımının ikinci yönü ise; hukuku çiğnememiş kişilerin cezalandırılma tehdidi altında itaate zorlanmalarıdır. Ahlakın hukuki dayatımının bu yönünde toplumdaki kişilerin günlük hayatlarında yasal düzenlemeler ile özgürlüklerinin sınırlandırılmasının söz konusu olduğunu ve bu sınırlamaların da meşrulaştırılmaya muhtaç olduğunu; bireylerin seçimlerinde herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın serbest hareket etmelerinin gerektiğini, bu serbestiye yönelen herhangi bir müdahalenin de *prima facie* itirazı gerektirdiğini söyler. Hart'a göre cinsel ahlak kurallarının yasalarla dayatılması sonucunda ceza korkusu ile cinsel dürtülerini bastırmak zorunda kalanlar için bu durum ıstırap yaratıcıdır. Bunun sebebinin de hem günlük hayatta yinelenen ve bir ihtiyaç olan cinsel dürtülerin bastırılmasının zorluğunu hem de bastırılan cinsel dürtülerin sonuçlarının adi suçlardan kaçınmanın sonuçlarından farklı olmasıdır. Çalma, yaralama ya da öldürme gibi adi suçlar için duyulan dürtü, kişiler için günlük hayatta yinelenen ve ihtiyaç duyulan bir dürtü değildir ve toplumda anormal özellik gösteren küçük bir gruba etkilerken; cinsel dürtülerin bastırılması kişilerin duygusal hayatlarını, mutluluklarını, kişiliklerinin gelişimini ve uyumunu etkiler.²⁰⁰

Ahlakın hukuki dayatımının üçüncü yönünün ise sorunun yanlış anlaşılması olarak görüyor Hart ve bu yanlış anlaşılmanın giderilebilmesi için de pozitif ahlak ile eleştirel ahlak ilkeleri arasında yapılmış olan ayrımın kullanılabileceğini söylüyor. Hart'a göre “*soru*”nun hangi ahlakın dayatılabileceği olarak algılanması hatalıdır; gerçek “*soru*”, ahlakın dayatılmasının meşrulaştırılabilir olup olmadığıdır. Hart, söz konusu dayatılan ahlak ile ne kastedildiğini açıklamak için de sorular sorar: Sadece başkalarına zarar veren davranışları kınayan faydacı bir ahlak mıdır, yoksa zararlı olup olmadığına bakmaksızın belli faaliyetleri kınayan bir ahlak mı? Bu sorulara

²⁰⁰ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.29.

faıdacıların ve muhaliflerinin farklı bakış açıları ile farklı cevaplar verdiğini; ancak her ikisinin de birbirlerinin gerekçelendirmelerini kabul etmediğini belirtir. Bir faıdacının sadece bir başkasına zarar verici faaliyetlerin hukuk tarafından yasaklanması gerektiğini düşüncesini, eleştirel bir ilke olarak kabul ederek cevap vereceğini ve faıdacının bu cevabı verirken de eleştirel ahlakın ilkelerinin uygulandığı toplumun pozitif ahlakı olarak benimsenip benimsenmediğini sorusuna kayıtsız kaldığını söylemektedir. Hart, bunun toplumu faıdacılar gibi davranma konusunda yönlendirebileceğini ancak ahlakın dayatımının gerekçesi olmadığına dikkat çeker. Faıdacının muhaliflerinin ise bazı davranış kalıplarının, toplumun pozitif hukukunda yer alıyor olmasını gerekçe göstererek; ahlakı dayatmanın ahlaken izin verilebilir olduğunu savunduklarına değinir. “Soru”nun geçmişte, “Devlet sadece maddi zararlara sebep olan eylemleri mi cezalandırabilir yoksa doğal hukukun kutsal kabul ettiğı emir ya da hükümlere aykırı eylemleri de cezalandırabilir mi?” şeklinde olduğunu; çağdaş hukukta ise “soru”nun değiştiğini ve cevapların farklı eleştirel ilkeler olduğunu söyler Hart.²⁰¹

Ayrıca Hart’a göre, hukuk ile ahlak arasında bazı durumlarda zorunlu bir ilişkinin varlığının kabulü fikri, söz konusu hukuk düzeninin adalet ve ahlakın gereklilikleri ile ne derece uyum içerisinde olduğuyla da ilgilidir. Genel kabulün adalet ve ahlaka uygun bir hukukun “iyi” bir hukuk olabileceği şeklinde olduğunu; ancak burada da söz konusu ahlakın nasıl bir ahlak olduğunun, hurafe ya da sınıfsal ayrımlar gözetken, hukuk düzeninin sağladığı avantajlardan yararlanarak kendilerini üstün kabul eden bir sınıfın benimsediğı ahlak olup olmadığının önemine de dikkat çeker. Hart’a göre doğru ahlak, herhangi bir sınıfın ahlaki değerlerine üstünlük sağlamayan, tüm insanların haklarına eşit bir şekilde yaklaşan ahlaktır.²⁰²

²⁰¹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.30.

²⁰² Ceylan, s.224.

2.2.3 Toplumsal Ahlak ve Toplumsal Yapı

Hart, Devlin'in toplumsal ahlak ile toplumsal yapının bir bütün olduğu ve toplumu bir arada tutan görünmez ortak düşünce bağı görüşüne eleştiriler getirir. Hart'a göre Devlin'in kuramının temelinde yer alan ahlakın kesintisiz bir bütün olduğu görüşü inandırıcı değildir. Toplumun varlığı için paylaşılan ortak bir ahlak anlayışının olması gerektiği düşüncesinin mantıksız olmadığını; ancak bu görüş sonrasında dile getirilen, toplumun tarihsel süreçte sahip olduğu ahlak anlayışı ile özdeş olduğu ve bu ahlak anlayışının değişimi ile toplumun yok olacağını görüşünün kabul edilemez olduğunu ifade eder.²⁰³

Toplumun, bazı ortak ahlaki görüşleri paylaşan insanlar topluluğu olarak tanımlandığını, Devlin'in ilk önermesinin bir gerçeklik olarak kabul edilmesi gerektiğini; ancak Devlin'in ikinci önermesinin kabulü halinde, bir toplumun değişiminden bahsedilemeyeceğini, değişim ile toplumun yok olduğunu ve yerini başka bir toplumun aldığını söylemek zorunda kalınacağını, bu sebeple de bu önermenin saçma ve kabul edilemez olduğunu söyler. Bu önermenin kabulü halinde, toplumun ortak ahlakındaki her bir sapma, toplumun dağılması anlamına gelecektir; bu durum, toplum hiçbir koşulda değişmediğinde mümkün olabilir, ancak bu, toplumun yapısı gereği mümkün olmadığı için saçma ve kabul edilemezdir.²⁰⁴

Hart'a göre Devlin'in özel ahlaksızlığı reddetmesi ve cinsel ahlaksızlığı gizli yapılması halinde dahi vatana ihanetle eşdeğer kabul etmesinin arkasında, Devlin'in toplumu ahlak ile özdeşleştirmesi yer almaktadır. Hart, eşcinselliği cezalandırmayan diğer Avrupa ülkelerinde de yaygın cinsel ahlaktan sapmalar olabileceğini; ancak yasalarca bu durumun cezalandırılmamasının, yaygın ahlak anlayışında bir hoşgörü yaratacağını söyler. Hart, bu hoşgörü ile yaşanacak değişimin ise Devlin'in

²⁰³ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.196-197.

²⁰⁴ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.196-197.

düşüncelerinin aksine toplumu yok etmeyeceğini, bunun şiddet ile yönetimi devirmeye benzetilemeyeceğini, aksine toplumu bir arada tutan ve ilerleten barışçıl bir yapısal değişim olarak görülmesi gerektiğini sözlerine ekler.²⁰⁵

Hart, ahlakın Devlin'in dediği gibi öfke, hoşgörüsüzlük ve tiksinti bileşiminden oluşan bir duygunun yansıması olması durumunda, onu alıp ceza yasasına dönüştürmenin ne gibi bir gerekçesi olabileceğini sorgular. Hart, Devlin'in cevabının ise; bireyler topluluğunun bir toplum olmadığı, onları bir toplum yapanın, diğer tüm şeylerin yanı sıra paylaşılan genel ahlak olduğunu; paylaşılan genel ahlakın, toplumun varlığı için örgütlü bir hükümet kadar gerekli olduğu ve böylece toplumun, yasayı, kendisi için gerekli olan diğer her şey gibi ahlakını korumak için kullanabileceği şeklinde olduğunu söyler.²⁰⁶

2.2.4 Toplumun Ortak Ahlakının Bağlayıcılığı ve Her Toplum İçin A Priori İlke Kabul Edilebilir mi?

Hart, Devlin'in yasal ahlakçılık ya da diğer bir ifade ile ahlakın yasal olarak uygulanması durumunu “ılımlı tez” ve “uç tez” olarak adlandırdığı iki argümana dayandığı şeklinde yorumlamıştır.²⁰⁷ Hart, Devlin genel itibariyle ılımlı tezi, Stephen ise uç tezi benimser görmektedir.

Hart'a göre ılımlı tezde ortak ahlak toplumun harcıdır ve ortak ahlak olmadığında bir toplumdan değil, ancak insanlar kümesinden bahsedilebilir ve toplum, parçalanmasını önlemek adına kendi ahlakını uygulama hakkına sahiptir.²⁰⁸²⁰⁹ İlimli tezde cinayet ya da açıkça başkalarına zarar veren müessir fiiller ile yetişkin erkekler arası, rızaya dayalı, aleni olmayan, hukuk tarafından yasaklanmış ahlaka aykırı fiiller arasında zıtlık vardır ve Hart'a göre bu fiillerin

²⁰⁵ Rosen ve Wolff, *Siyasal Düşünce*, s.196-197.

²⁰⁶ Hart, H.L.A. (1959), *Immorality and Treason*, The Listener, s.51.

²⁰⁷ Cane, s.23.

²⁰⁸ Cane, s.23.

²⁰⁹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.55.

hukuk tarafından yasaklanması da ahlakın dayatımı görüşlerini destekler niteliktedir. Ayrıca bu teze göre ahlakın, toplumun varlığı için gerekli olduğunun kabulü halinde, herhangi bir ahlaka aykırı davranış alenen olmasa dahi topluma zarar verecek ve toplumun varlığını tehlikeye sokacaktır diyen Hart, bu durumda da ahlakın dayatımının toplumun varlığı için gerekli ve meşru olduğu sonucuna ulaşılacağını söyler.²¹⁰

Uç tezin ise birçok türü olduğunu vurgulayan Hart, bazı türlerinde ahlakın dayatımının sadece araçsal bir değere sahip olduğuna ve ahlakın korunmasının hukuki dayatımı meşrulaştırdığına, kendi içinde değerli bir amaç olduğuna dikkat çeker. Uç tezin tüm türlerinde ise ılımlı tezin aksine ahlakın dayatımını ve muhafazasını sadece toplumun varlığının korunmasındaki etkisinden dolayı değerli görmemeleridir. Uç teze göre ahlaka aykırı fiiller doğrudan herhangi bir kimseye ya da toplumun ahlakını zayıflatarak dolaylı olarak topluma zarar vermese bile, bir değer olarak görülür²¹¹ ve toplum, kendine özgü ortak değerlerini ve yaşam tarzını korumak için kendi ahlakını uygulama hakkına sahiptir.²¹²

Hart'a göre bu iki tezi birbirinden ayırmanın ve pozitif ahlakın herhangi bir ihlalinin zararlı olup olmadığının tespitinin en güvenli yolu şu iki soruyu sormaktır: İlk soru; *“Söz konusu fiil, toplumun ortak ahlakının tepkisi dışında herhangi bir kimseye zarar veriyor mu?”* İkinci soru ise; *“Söz konusu fiil, ortak ahlakı etkiliyor mu ve bu etki ile toplumu zayıflatıyor mu?”* Hart, bu sorulara verilecek cevaplarda ılımlı tez açısından fiilin cezalandırılmasının meşru olabilmesi için en azından ikinci soruya olumlu cevap verilmesi gerektiğini; uç tez açısından ise her iki sorunun cevabında da olumlu bir yanıtı ihtiyaç duyulmadığını söyler.²¹³

²¹⁰ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.61.

²¹¹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.56.

²¹² Cane, s.23.

²¹³ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.57.

Hart'a göre Devlin ılımlı tezi savunuyor görünür; çünkü Devlin'in ortak bir ahlakın toplumun varlığı için gerekliliği söylemi ve bunun sonucunda da toplumun bizatihi ahlakı dayatma yetkisine sahip olduğunu belirtmesi ile; Devlin'in bakış açısıyla ahlaka aykırılığın toplumun varlığını tehlikeye sokacağı ya da toplumu zayıflatacağı iddiasının ampirik bir söylem olarak kalması ve açıklığa sahip olmamasıdır. Hart, bu düşüncelerini de Devlin'in “*ahlaki bağların kaybedilmesi genellikle parçalanmanın ilk aşamasıdır*” söylemiyle, tarihe belli belirsiz bir gönderme yapmasını; ancak yetişkin erkekler arası aleni olmayan cinsel eylemleri cinsel ahlaktan sapmalar olarak vatana ihanet ile eşdeğer tutarak toplumun varlığını tehlikeye sokan eylemler olduğu söylemine hiçbir kanıt gösterememiş olmasını örnek verir.²¹⁴ Hart, Devlin'in bu söylemlerini Iustinianus'un söylemine²¹⁵ benzeterek, olgulara ilişkin bir ifade ve Devlin'in düşünceleri ve kanıt konusunda ilgisizliğini de tartışılmamış bir varsayım olarak tanımlar.²¹⁶

Hart'a göre Devlin'in varsayımında sahtekârlık, öldürme, hırsızlık, cinsel ahlak gibi konular bir bütün olarak kabul edilmekte ve bunların herhangi birinde yaşanacak olan herhangi bir sapma tümüne sirayet etmekte. Hart, bu görüşlere katılmaz. Toplumda başkalarına zarar veren fiillerin yasaklanması noktasında ortak bir ahlakın olması gerektiği ve bu ortak ahlak olmadan bunun yapılamayacağını kabul eder; ancak cinsel ahlaktan sapmaların toplum üzerinde diğer alanlara da sirayet edecek bir etki yaratmayacağını, cinsel ahlaktan sapmaların böyle bir etkiye sahip olduğunu kanıtlar hiçbir olgunun olmadığını; oysa bu durumun aksinin kolaylıkla kanıtlanabileceğini, tüm ahlaksızlıkların bir bütün olarak kabul etmenin bu sebeple mümkün olamayacağını belirtir.²¹⁷

²¹⁴ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.57.

²¹⁵ “*Eşcinsellik yer sarsıntılarının nedenidir.*”

²¹⁶ Değirmenci, İ. (2016), *Hukuk Politikası*, (Ed.) Ali Şafak Balı, Ankara: Astana Yayınları, s.49.

²¹⁷ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.57-62.

Hart'a göre Devlin, toplumun dağılmasını engellemek için kamu ahlakının korunması gerektiğini söyleyerek ılımlı teze yaklaşırken; toplumu ve toplumun ahlakını bir bütün olarak kabul ederek, ahlakın değişimini bir yıkım olarak tanımlayarak da uç teze yaklaşarak, bu iki grup arasında bir yerde sıkışıp kalmıştır.²¹⁸

Devlin'in a priori ilke olarak tanımladığı her toplumun kendini koruma hakkı olduğu iddiasını Hart, *'her toplum için bu a priori ilke kabul edilebilir mi?'* sorusuyla tartışır. Devlin, her toplumun kendini koruma hakkı olduğu iddiası ile kamu ahlakını, toplumun varlığının olmazsa olmazı olarak kabul eder ve hukukun ahlaksızlığı cezalandırmasının meşruluğunu desteklemek için kullanır. Hart ise Devlin'in kabul ettiği gibi ahlaki değişim ile toplumsal yıkım arasında bir nedensellik bağı olduğunun kabulünün mümkün olmadığını düşünür. Devlin'in bu görüşlerine karşı çıkar ve toplumun kendini koruma hakkını maddi bir sorun olarak ele alır. Hart, hem toplumun nasıl bir toplum olduğuna hem de toplumu korumak için alınacak önlemlerin neler olduğuna dikkat edilmesi gerektiğini söyler.²¹⁹ Hart'a göre Devlin'in dediği gibi toplumun kendini koruma hakkına sahip olduğunun kabulü halinde, her insanın eşit derecede özgür olmasının onun en doğal hakkı olduğunun da kabul edilmesi gerekmektedir.²²⁰

Hart, Devlin'in ortak bir ahlakın toplumun varlığı için gerekli olduğu ve bir toplumun tarihinin belli bir anında sahip olduğu ahlak ile özdeş olduğu, bu ahlaktaki değişimlerin toplumun yok oluşuna sebebiyet vereceği görüşlerinin, ahlakı yekpare, bir bütün olarak kabul etmesinden daha ilginç olduğunu söyler. Hart'a göre toplumun tanımı gereği, gerekli ve gerçekçi olan ilk önerme, toplumun ortak bir ahlakının olması gerektiği görüşü kabul edilebilirdir; ancak ikinci önermeyi Hart saçma olarak nitelendirir. Hart, ikinci önermenin kabulü halinde, toplumun ahlakında bir değişim

²¹⁸ Uzun s.95.

²¹⁹ Uzun, s.90.

²²⁰ Cane, s.30.

olduğunu söylemenin mümkün olamayacağını, toplumun ahlakında yaşanacak herhangi bir değişimde toplumun yok olduğunu, onun yerini yeni bir toplumun aldığını söylemek gerekeceğini ve bu durumun da kabul edilemez olduğunu belirtir.²²¹

Geleneksel cinsel ahlaktan sapmaların hukuk tarafından bilinir ve hoş görülür bir hale gelmesiyle, hukukun da izin verdiği yönde sapmaların yaşanabileceğini kabul eden Hart; eşcinselliğin yasak olmadığı Avrupa ülkelerini örnek vererek, toplumun yıkılmasının, yok olmasının söz konusu olmadığını belirtir. Bu değişimi toplumun yok oluşu, yönetimin şiddet yoluyla devrilmesine benzetilemeyeceğini, aksine toplumun gelişimi ile barışçıl bir anayasal değişiklik olarak tanımlanabileceğini söyler.²²²

Hart, Devlin'in aleni olmayan cinsel ahlaksızlığı bile vatana ihanet olarak görerek, toplumun varlığını tehlikeye soktuğu ve toplumun kendisini korumak için gerekli önlemleri almaya yetkili olduğu görüşü karşısında kuşku duyduğunu da belirtir. Hart, toplumun kendini korumak için önlemler almakta haklı olup olmadığının belirlenmesinde söz konusu toplumun nasıl bir toplum olduğunun ve alınacak önlemlerin neler olduğunun önemine dikkat çeker. Söz konusu toplumun ırksal ya da dini bir azınlığa eziyet edilmesine imkân sağlayan ya da korkunç işkenceler içeren önlemler alması durumunda, Devlin'in sözünü ettiği dağılmanın, bu toplumun varlığını sürdürmesinden, toplumun devamından çok daha ahlaki olduğunu, böyle bir toplumu korumak için herhangi bir önlem alınmaması gerektiğini belirtir.²²³

²²¹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.58.

²²² Değirmenci, s.49.

²²³ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.28-29.

2.2.5 Ahlaksızlığın Cezalandırılması ve Hukuki Dayatım Türleri

Hart'ın ahlaksızlığın cezalandırılmasında asıl “*soru*” olarak tanımladığı ‘*ahlakın dayatılmasının gerekçelendirilmesi*’ sorununda, ahlakın dayatılması ve hukuki zorlamaya başvurulmasının kabul edilemez olduğunu; çünkü daha ilk bakışta bir gerekçe talebinin ortaya çıktığını söyler. Oysaki hukuki zorlama aslında kötü bir şeydir ve ancak bir iyilik için, iyilik uğruna tercih edilmelidir.²²⁴

Hart, ceza hukukunun işlevi ve ahlaksızlığın cezalandırılması konusunda iki sorunun cevaplanması gerektiğini söyler. Bunlardan ilki “*Ceza yasaları ile ahlakın uygulanması ne kadar doğrudur?*” İkincisi ise “*Bu durumda suçun miktarı ne olmalıdır?*” Hart, ilk soruyu, ceza hukukunun amacının sadece bir başkasına zarar veren ciddi suçları önlemek olduğu, erdemi teşvik etmek ya da ahlaksızlıkları cezalandırmak gibi bir işlevinin olmadığı şeklinde cevaplar. İkinci soruya ise ceza belirlenirken adaleti sağlamak ve toplumun hukuka saygısının devamı için ahlakın uygulanabileceğini; ancak bunun da üç istisnai durum dışında mümkün olabileceği cevabını verir. Hart’a göre gerçekten zararsız ahlaksızlıklar suç sayılamaz, bireysel özgürlüklere getirilen sınırlamalar belirsiz ve soyut zarar kavramları ile gerekçelendirilemez ve şikâyet dışı ahlaksızlıklar cezalandırılmaz.²²⁵

Hart’a göre hukuki dayatım kavramı tahmin edildiği kadar basit değildir ve ahlakın hukuki dayatımında *prima facie* itiraz edilebilecek konuların iyi araştırılması gerekir. Hart, hukuki dayatımın birbirinden farklı ancak birbiriyle ilişkili iki yönü olduğunu söyler: zorlama şeklinde dayatım ve cezalandırma şeklinde dayatım.²²⁶

Zorlama şeklinde dayatımda, insanların hukukun emrettiklerini yapmaları ya da yasakladıklarını yapmaktan kaçınmaları konusunda hukuki cezalandırma tehdidi ile zorlanmaları söz konusudur. Zorlama şeklinde dayatımın da birbirinden farklı iki

²²⁴ Uzun, s.88-89.

²²⁵ Bassham, s.128.

²²⁶ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.64.

yönü vardır. İlki, cezalandırma korkusu ile insanların başkalarına zarar verici fiillerden kaçınmasını sağlama. İkincisi ise toplumca benimsenen ahlaktan sapan ancak bir başkasına zarar vermeyen fiillerden kaçınmasını sağlama. Zorlama şeklinde dayatımın ilk yönü için insanların cinayet, şiddet gibi başkalarına zarar veren fiillerden kaçınması neticesinde atfedilen değeri anlamlı bulan Hart, benimsenen ahlaktan sapmalarda hiçbir zarar, mağdur ve menfaat bulunmadığından, cezalandırılma korkusuyla insanların bu fiillerden kaçınmasına atfedilecek değeri kaybedilen özgürlük olarak görmekte ve duyulan ıstırabın karşısında anlamsız bulunmaktadır. Hart'a göre olması gereken zorlama ile boyun eğme değil, bireylerin öz disiplin ile kendilerini gönüllü olarak sınırlamasıdır. Ahlakın en iyi hukuki cezalandırma yoluyla öğretilebileceği düşüncesinin çok az kanıt olduğunu ve ampirik gerçeklerin desteğine ihtiyaç duyduğunu söyleyen Hart, bu durumda cezalandırılma korkusunun uygunluk için tek ölçüt olarak kalacağını ve tehlike arz edeceğini ifade eder.²²⁷

Hart'a göre bu zorlama ile hukuku ihlal etmemiş olan bireylerin özgürlükleri kısıtlanmaktadır. Hart, bu kısıtlamaya öncelikle özgürlüğün kendi değerinden dolayı sonra da faydacı sebeplerle itiraz eder.²²⁸ Bu dayatım türünde toplumdaki bireyler itaate zorlanmaktadır ve burada kastedilenin fiziksel kısıtlamalardan ziyade siyasi düzenlemelerde yer alan ve çokça tartışılan özgürlüklerin kısıtlanmasıdır. Bu kısıtlamaların çeşitli nedenlerle meşrulaştırılmaya muhtaçtır. Yasalara uygun yaşayan yurttaş için hukukun önemi zorlayıcılığında değil, normatifliğinde yatar. Böyle bir yurttaş, yasalara zorlayıcı yaptırımlardan kaçınmak için değil, yasalara itaati, tercih edilen veya doğru eylem şekli olarak gördüğü için itaat eder.²²⁹

²²⁷ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.65-66.

²²⁸ Uzun, s.89.

²²⁹ Cane, s.46.

Hart, bireylerin serbest seçim haklarının engellenmesi *prima facie* yanlış olarak ele alınabilir ancak bireylerin özgürlüklerine müdahale basit ve faydacı nedenlerle ele alındığında meşrulaştırılmaya muhtaçtır der ve özellikle cinsel ahlak sınırlamaları ile arzuları engellenenler için bu sınırlamaların acı verici olduğunu ifade eder. Cinsel ahlaka dair sınırlamaların özel öneme sahip olduğunu belirten Hart, bu sınırlamaların adi suçların sınırlanmasıyla ortaya çıkan sonuçlardan çok farklı sonuçları olduğunu ve cinsel dürtülerin bastırılmasının güç olduğunu, bastırılmalarının bireylere ıstırap verebileceğini belirtir. Hart'a göre çalma, yaralama ya da öldürme dürtüsü ruhsal olarak anormal olan bir azınlık haricinde, toplumun geneli için günlük yaşamın yinelenen, ihtiyaç duyulan bir parçası değildir ve bu dürtüleri bastırmak bireylerin duygusal yaşamını, mutluluğunu, kişisel gelişimini ya da uyumunu etkileyecek şeyler değildir. Cinsel dürtülerin bastırılması ise bireylere aşırı derecede ıstırap yaratabilir.²³⁰

Cezalandırma şeklinde dayatımda ise hukuku ihlal edenlerin fiilen cezalandırılmaları söz konusudur. Bu dayatım türü kefaretçi bir kurama dayanır ve cezalandırılan davranış zararlı olmasa dahi, cezalandırmanın meşruluğu onun toplumda ya da cezalandırılan kişide yararlı sonuçlar doğurması değil, çekilen acının yapılan ahlaki kötülüğe uygun bir karşılık olmasıdır. Bu dayatım türünde, cezalandırmanın sonuçları itibariyle değil de, sadece suçun kötülüğünün gerektirdiği bir şey olarak meşrulaştırılması Hart tarafından anlamsız görülmektedir. Hart'a göre bu durumu anlamlı kılacak tek şey, suçun başkalarına zarar vermesi ve hem yanlış yapan birinin hem de bir mağdurun var olmasıdır. Bir mağdurun varlığı ve onun acı çekmiş ya da ölmüş olması neticesinde, yanlış yapan kişinin cezalandırılmasını kabul edilebilir bulan Hart; bu yapılırken de adalet ve hakkaniyet

²³⁰ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.30-31.

ile hareket edilerek, ahlakın diğer alanlarına yayılan ilkelerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini söyler. Hart, mağdur ve zarar yokken uygulanacak kefareti, ahlaksızlığın kötülüğüne ceza olarak eklenen, ıstırapın kötülüğünün bir ahlaki iyi olarak kabul edilmesini mantıklı görünmeyen bir iddia olarak ifade eder.²³¹

Hart bu dayatım türlerinin yanı sıra başkaca hukuki güç kullanımlarının da olduğunu söyler ve bunlara örnek olarak da İngiltere’de 1857 yılında “*Obscene Publications Act*” (*Müstehcen Yayınlar Yasası*) ile görevlilere verilen muzır yayınlara el koyma, imha etme yetkisini, genelev olarak kullanılan binaların fiilen kapatılmasını ve hukuku ihlal edenleri vazgeçmeye ikna etmek²³² için baskı uygulanmasını gösterir.²³³

Hart, tüm bu cezalandırma yöntemlerinin, özel meşrulaştırma nedenleri olmaksızın başkalarına uygulanmasının, tüm gelişmiş toplumlarda hukuk ve ahlak tarafından yanlış olacağının kabul edildiğini, hukukçu olarak değerlendirildiğin de ise eğer bu yaptırımlar meşru değillerse de o zaman ortada bir suç ya da haksız fiilin söz konusu olacağını belirtir.²³⁴

²³¹ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.66-67.

²³² “*Amerika ve İngiltere’de mahkeme kararına uymayanlar boyun eğene dek hapis cezası ve itaatsizlik devam ettiği sürece artan para cezası ile cezalandırılırlar.*” Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.64.

²³³ Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.63-64.

²³⁴ Uzun, s.89.

Bölüm 3

TARTIŞMANIN TÜRK HUKUKU'NA YANSIMALARI

1957 yılında yayınlanan Wolfenden Raporu sonrasında Lord Patrick Devlin ve Herbert Lionel Adolphus Hart arasında makaleler, konferanslar ve kitaplar aracılığıyla devam eden tartışma günümüzde de birçok yasal düzenlemede karşımıza çıkmaktadır. Türk Hukuku'nda bazı düzenlemelerde Devlin'in görüşlerine, bazı düzenlemelerde ise Hart'ın görüşlerine rastlamak mümkündür.

Türk Hukuku'nda bu konu hakkında ne yasa koyucu ne de yasa uygulayıcıları tarafından gerçekleştirilen ve Devlin ve Hart'a doğrudan atıfta bulunulan bir tartışma yoksa da; çalışmanın bu bölümünde inceleyeceğimiz kanuni düzenlemeler ve mahkeme kararlarının söz konusu tartışmanın taraflarının görüşlerine olan benzerlikleri ele alınacaktır.

Kimi yasal düzenleme ve mahkeme kararlarında Devlin'in bakış açısına benzer şekilde ahlaksızlığın yasalar eliyle cezalandırılması gerektiği, yasa koyucunun da ahlaksızlık olarak kabul edilen konularda yasa yaparken, devletin güvenliği ve devamını sağlamak için yapacağı yasama faaliyetlerinde olduğu gibi herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı ve yasaların uygulayıcısı olan mahkemelerin de toplumu ahlaksızlığa karşı koruma görevi olduğu düşüncesinin yer aldığı; kimi yasal düzenleme ve mahkeme kararlarında ise Hart'ın bakış açısına benzer bir şekilde, daha özgürlükçü, daha liberal bir bakış açısı ile kişilerin kimsenin karışamayacağı bir özel ahlaksızlık alanına sahip olduğu, kişilerin toplumca ahlaksızca kabul edilse de başkalarına zarar vermeyen eylemlerinden dolayı cezalandırılmayacağı ve toplumun

bir genel ahlakının olabileceği ancak bu ahlakın korunmaya değer olup olmadığının ise mutlaka tartışılması gerektiği düşüncesinin yer aldığı görülecektir.

Tartışmadaki bu iki karşıt görüşün Türk Hukuku'nda nasıl yer aldığına tartışma esnasında da verilen örnekler olan ve özellikle Türk toplumunda ve Türk Hukuku'nda sıklıkla karşılaşılan bazı çarpıcı durumları daha iyi açıklayabilmek adına fahişelik, namus cinayetleri, kürtaj, zina ve gayri sahîh nesepli çocukların miras hakkı örneklerine yer verilmiştir.

Hukukun toplumsal değişim karşısındaki konumu üç şekilde ifade edilebilir. Hukuk, toplumsal değişimin, gelişimin gerisinde kalabilir ve bu konumyla da artık toplumsal ihtiyaçlara cevap verememeye başlar. İkincisi hukuk, toplumsal değişimlerle eş zamanlı olabilir. Bu durumda hukuk, toplumsal değişimleri takip eder ve gerekli gelişimi toplumun değişim hızı ile paralel bir şekilde kazanır. Son olarak ise hukuk, toplumsal değişimin ilerisinde yer alabilir ve bu ileri hali ile toplumun değişimini, gelişimini sağlayabilir ve toplumu yönlendirebilir.²³⁵

Bu çalışma ile Türk Hukuku ve toplumunda önemli yeri olan ve Devlin ve Hart tartışmasında da yer alan örnekler aracılığıyla Türk Hukuku'nda tartışmanın nasıl yer aldığı, hukukun toplumsal değişimin neresinde olduğunun irdelenmesini yapılmaya çalışılmıştır.

3.1 Fahişelik, Madde 438 ve N.T. Olayı

Tarihte '*kutsal bir görev*'²³⁶ olarak ortaya çıkan fahişeliğe bakış açısı zaman içerisinde değişerek kimi ülkeler tarafından suç olarak kabul edilmiştir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise

²³⁵ Yazıcıoğlu, s.18.

²³⁶ "Eskimolarda erkeğin eşini ya da kızını konuğuna ikram etmesi, kimi tarihçilere göre ahlaksızlık sayılmıyordu. Fahişelik, Herodotos'un bildirdiğine göre Mezopotamya'dan bu yana, Eski Yunan'da, Eski Mısır'da, Eski Hint'te kutsal bir görev olarak yürütülmekte, dinsel kurumlara gelir sağlamakta, insanların, bitkilerin, hayvanların ve toprağın verimliliğini arttırmanın yolu olarak görülmekteydi." Selçuk, s.12.

salt fahişelik suç olarak cezalandırılmamaktadır; ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*” bölümünde “*Fuhuş*” başlığı altında 227. madde kapsamında fuhuşa teşvik etme, fuhuşu kolaylaştırma, fuhuşa aracılık etme, fuhuş için yer temin etme, çocuğun fuhuşu, cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhuşa sevk etme veya fuhuş yapmasını sağlama şeklinde nitelikli suçlar olarak düzenlenmiştir. Ayrıca mağdurun 18 yaşından küçük ya da büyük olması durumunda da fail için farklı yaptırımlar öngörülmüştür.

Maddenin gerekçesinde²³⁷ ise Türkiye’nin fuhuşla mücadele ile ilgili olarak milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerine işaret edilerek; söz konusu yasal düzenleme 4 Mayıs 1910 tarihli “*Beyaz Kadın Ticaretinin Zecren Men’ine Dair Milletlerarası Sözleşme*”²³⁸’nin 2. maddesine, 30 Eylül 1921 tarihli “*Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men ve Zecrine Dair Beynelmilel Cenevre Mukavelesi*”²³⁹’nin 3. maddesine, 11 Ekim 1933 tarihinde “*Reşit Kadın Ticaretinin Men’ine Dair Beynelmilel Cenevre Mukavelesi*”’nin 1. maddesine ve 2 Aralık 1949 tarihinde “*İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunu Sömürmenin İlgası Hakkında Sözleşme*” ye dayandırılmaktadır. Madde metnine ve maddenin gerekçesine baktığımızda kanun koyucunun fuhuş konusundaki yaklaşımının Lord Patrick Devlin ve H.L.A. Hart’ın bakış açılarının bir harmanı olduğu söylenebilir.

²³⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 227 Gerekçesi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 227 gerekçesi, [http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1336#:~:text=MADDE%20GEREK%C3%87ES%C4%B0%20%2D%20TCK.,%2D%20THS%20%C5%9Eerhi%20\(serh%201336\)&text=\(1\)%20%C3%87ocu%C4%9Fu%20fuh%C5%9Fa%20te%C5%9Fvik%20eden,adl%C3%AE%20para%20cezas%C4%B1%20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r](http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1336#:~:text=MADDE%20GEREK%C3%87ES%C4%B0%20%2D%20TCK.,%2D%20THS%20%C5%9Eerhi%20(serh%201336)&text=(1)%20%C3%87ocu%C4%9Fu%20fuh%C5%9Fa%20te%C5%9Fvik%20eden,adl%C3%AE%20para%20cezas%C4%B1%20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r) (21 Ekim 2020).

²³⁸ Beyaz Kadın Ticaretinin Zecren Men’ine Dair Milletlerarası Sözleşme. Beyaz Kadın Ticaretinin Zecren Men’ine Dair Milletlerarası Sözleşme, (4 Mart 1950), *Resmî Gazete*, (Sayı:7448), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7448.pdf> (21 Ekim 2020).

²³⁹ Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men ve Zecrine Dair Beynelmilel Cenevre Mukavelesi. Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men ve Zecrine Dair Beynelmilel Cenevre Mukavelesi, (19 Nisan 1935), *Resmî Gazete* (Sayı:2693), https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc015/kanuntbmmc015/kanuntbmmc01502693.pdf (21 Ekim 2020).

Düzenlemenin “*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*” başlığı altında yer almasıyla birlikte kanun koyucu tarafından Devlin gibi toplumun bir genel ahlakı olması ve bu ahlaktan sapmaların cezalandırılması gerektiğinin kabul ettiği; ancak aynı zamanda düzenlemelerin salt fuhuş eylemini cezalandırmıyor olması ile de Hart gibi kişilerin özel ahlaksızlık alanının olabileceğinin, kimseye zarar vermeyen eylemlerin cezalandırılmasının gerekmediğinin kabul edildiği sonucu çıkarılabilir.

Yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda salt fahişelik, fuhuş cezalandırılmasa da mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan 438. madde doğrudan doğruya fahişeliği cezalandırılan bir düzenleme olmasa da fahişelerin mağduru olduğu suçlarda failin cezasında uygulanan indirim ile ahlaksızlığın cezalandırılmasının çarpıcı örneklerinden biridir.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 438. maddesi şöyledir:

*“İrza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhuşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikap olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisi kadarı indirilir.”*²⁴⁰

Toplumsal cinsiyet algısının bir yansıması olan bu düzenleme gerek ayrımcılığı ve cinsiyetçiliği gerekse de ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle çokça tartışılmış ve Türk yargısının tarihinde kara bir leke olarak yer almıştır. Anayasa Mahkemesi’nin kararları birçok konuda belirleyici ve yönlendirici olurken; 438. maddenin incelenmesi sırasında hukuk ve ahlak bağlantısı noktasında verdiği karar maalesef çağdaş, ilerici bir hukuk devletine uygun değildir.²⁴¹

Ahlaksızca kabul edilen ırza geçmek ve bir kadının fuhuşu kendisine meslek edinmesi arasında kanun koyucu tarafından bir derecelendirme yapılmış ve neticede bir kadının fuhuşu kendisine meslek edinmesi daha ahlaksızca bulunarak, ırza geçme

²⁴⁰ Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde 438. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, (13 Mart 1926), *Resmî Gazete* (Sayı:320), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/320T.pdf> (20 Kasım 2020).

²⁴¹ Yalçın, T. (2019), *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Ankara: Savaş Yayınevi, s.150.

suçunun cezasında bir indirim sebebi yapılmıştır. Bu düzenleme kanun koyucunun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde fahişeliğe bakış açısının Devlin'in görüşlerine paralellik gösterdiğini ortaya koymaktadır. Oysaki 90'lı yıllarda Karaköy Genelevinde rastgele seçilen 50 kadın ile yapılan çalışmada²⁴² küçük yaşta fahişeliğe başlayanların tecavüz ve zorlama neticesinde mesleğe başladıkları tespit edilmiştir.²⁴³ Yani toplum ve kanun koyucu tarafından yapılan derecelendirme neticesinde daha az ahlaksızca olduğu kabul edilen ırza geçme suçu karşısında kadınlar kendilerini istemsizce bir kısır döngü içerisinde bulmaktadırlar. Irzlarına geçildiği için fahişe olmakta, fahişe oldukları için de ırzlarına geçildiğinde faile indirim uygulanmakta.

Kamuoyunda N.T. olayı²⁴⁴ olarak da bilinen yargılama sırasında Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın çeşitli hükümlerine²⁴⁵ aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Yerel mahkeme, Anayasa Mahkemesi'ne başvurusunda özetle; söz konusu düzenlemede kaçırma suçu ile mağdurun kişi hürriyetinin, kişi güvenliğinin, cinsel hak ve hürriyetinin ihlal edildiğini; bu fiilin fuhuşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesi halinde daha az himayeye layık olduğu düşüncesi ile sanıkların mazur görülmesinin hem mağdurların haklarının korunması hem de faillerin

²⁴² Çalışmada ayrıca kadınların evden ilk ayrılma yaşının 15.8 +-2.7 olduğu, %24'ünün ilk cinsel birlikteliklerinin tecavüz olarak gerçekleştiği, %72'sinin 17-24 yaş aralığında mesleğe başladığı ve bu durumun da fahişeliğin geçici bir meslek olarak değil, kadınlar tarafından hayatlarının tümünü kapsayacak bir iş olarak kabul edildiğinin göstergesi olduğu, 16 yaş öncesi mesleğe başlama oranının %14 olduğu, kadınların %80'inin boşanmış olduğu bilgisi ve geleneksel toplumda boşanan kadının tek sığınağının ailesi olarak görülmesi ve onların da desteğini alamayan ya da parçalanmış aileye sahip kadınların eğitimsizlik, işsizlik ve çevre baskısı ile mesleğe başladığı bilgisi yer almaktadır. Sevim, M. E. (1998), *Sosyal Açıdan Fahişeliğe Yaklaşım*, 7. Anadolu Psikiyatri Günleri-Cinsiyet ve Psikiyatri Kongresi, Malatya, s.225.

²⁴³ Sevim, s.225.

²⁴⁴ N.T. olayı ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Özel, K. C. (2018), *Kadın Haklarında Dönüşümün Simgelerinden Biri Olarak N.T. Olayı ve Madde 438*, İzmir Barosu Dergisi, s.201-223.

²⁴⁵ “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10., “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlıklı 12., “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. ve “Kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı 19. maddelerine

cezalandırılması konusunda kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.²⁴⁶

Anayasa Mahkemesi önüne gelen iptal talebini öncelikle itiraz konusu olan kuralın getirdiği düzenleme yönünden incelemiş ve incelemede oldukça dikkat çeken

“... Yasa, bu hükmü ile kaçırılan veya ırzına geçilen kişinin fuhuşu kendine meslek edinen bir kadın olmasını yani suçtan zarar görenin kötü sıfatını cezayı azaltıcı yasal bir neden olarak kabul etmektedir...”

ifadesi ile hukuk devleti mahkemelerine yakışmayacak şekilde suçtan zarar gören kişi hakkında sübjektif bir değerlendirme yaparak onu “kötü” olarak tanımlamıştır. Ardından 438. maddenin mehzaz²⁴⁷ İtalyan Ceza Kanunu’nun 350. maddesinin gerekçesine²⁴⁸ yer vererek, bir kadının yaşamakta olduğu iffetsiz hayatın ona karşı yapılan saldırıları hukuka uygun duruma getirmediğini sadece cezada indirim yapılacağını öngörerek suçtan zarar görenin durumunun yalnız cezanın miktarını etkileyen bir neden olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, İtalyan Ceza Kanunu’nun gerekçesine vurgu yaparken, aslında bir nevi kendi gerekçesinin de bu doğrultuda olacağının sinyallerini vermiştir.²⁴⁹

Aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallarla, farklı hukuksal durumda olan kişilerin ise farklı kurallarla bağlı olmasının Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabul edildiğini belirten Mahkeme, birçok Anayasa Mahkemesi kararında da değişik durumlar, kamu yararı ya da başkaca haklı nedenler söz konusu olduğunda yasaların farklı şekilde uygulanmasının Anayasa’nın eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceğinin vurgulandığını belirtmiştir.

²⁴⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 12.01.1989 tarihli, E.1988/4 ve K.1989/3 sayılı kararı.

²⁴⁷ Mehaz: Bir eser yazılırken başvuru kaynak. (<https://sozluk.gov.tr/> - Erişim Tarihi:20.11.2020)

²⁴⁸ “Fahişe sürdürdüğü kötü hayata rağmen, vücudunda dilediği gibi tasarruf etmek hürriyetinden vazgeçmemiştir ve zor kullananları cezalandıran yasanın koruması herkes içindir. Fakat öte yandan, fahişenin haysiyeti, maruz kaldığı zorla kaçırma veya cinsel ilişki dolayısıyla, namuslu bir kadının bütün hayatı süresince karşı bulunacağı kadar ihlal edilmiş olmaz. Ayrıca fuhuş meslek edinenin gösterdiği direnç, suç işleyen kişi tarafından haklı olarak ciddi sanılmayabilir.” Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (2001), S.25, Ankara: Takav Matbaacılık, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20398.pdf> (20 Kasım 2020).

²⁴⁹ Yalçın, s.152.

Somut olayın incelenmesinde ise Mahkeme, yine çarpıcı, sübjektif bir değerlendirme ile kadınları iffetli ve iffetsiz olarak kategorize etmiştir. Irza geçme ve kaçırma suçlarının mağduru olan iffetli ve iffetsiz kadınların aynı ölçüde zarar görmediğini, iffetli kadının bu suçlardan kaynaklı uğradığı zararın giderilmesinin olanaksız olduğunu, oysaki aynı eylemle karşılaşan fuhuşu kendine meslek edinmiş olan iffetsiz bir kadının kişi ve cinsel özgürlüğünün iffetli kadınla aynı ölçüde zarar gördüğünün kabulünün mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu açıklama ile de aynı eylemlerle karşılaşan kadınların farklı durumlarından kaynaklanan zorunluluklar sebebiyle söz konusu düzenlemede bu ayrımın yapıldığını ve bu durumun da haklı bir neden teşkil ettiği, dolayısıyla da düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir.²⁵⁰

Ardından Mahkeme, iptali istenilen düzenlemeyi Anayasa’nın “*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*” başlıklı 12. ve “*Kişi hürriyeti ve güvenliği*” başlıklı 19. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Kişi özgürlüğü kapsamı içerisinde cinsel özgürlüğün de bulunduğunu, bir kadının fuhuşu kendine meslek edinmesinin onun cinsel özgürlüğünden vazgeçtiği anlamına gelmediğini ve bu sebeple de ona karşı yapılacak saldırıları da hukuka uygun hale getirmeyeceğini belirtmiştir. Söz konusu düzenleme ile de bu gerekçeler dikkate alınarak, fuhuşu kendine meslek edinen kadına karşı işlenen kaçırma veya irza geçme eylemlerinin suç olmaktan çıkarılmadığını sadece cezada indirim nedeni olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Bu hususun da Anayasal sınırlamalar²⁵¹ dikkate alınarak hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan eylemlere ne tür ve ne miktar ceza verileceğini belirleme yetkisinin kanun koyucuda olduğunu belirtmiştir. Kanun koyucunun Anayasa’da yer alan

²⁵⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 12.01.1989 tarihli, E.1988/4 ve K.1989/3 sayılı kararı.

²⁵¹ T.C. Anayasası Madde 38 – Suç ve cezalara ilişkin esaslar ve Madde 17 – Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (20 Ekim 1982), *Resmî Gazete* (Sayı:17844), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17844.pdf> (20 Kasım 2020).

sınırlar dahilinde işlenen suçun toplum hayatına etkilerini, kişiye ve topluma verdiği zararı da göz önünde tutarak, kaçırmak ya da ırza geçmek suçlarının iffetli kadınlara karşı işlenmesi durumunda daha ağır ceza verilmesinin gerekçesini genel ahlak ve kamu yararının korunması amacı olduğunu belirten Mahkeme, bu sebeple iptali istenen düzenlemenin Anayasa'nın “*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*” başlıklı 12. ve “*Kişi hürriyeti ve güvenliği*” başlıklı 19. maddelerine de aykırı olmadığına karar vermiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin tek başına uygulamasının söz konusu olmadığını belirten Mahkeme, ölümle sonuçlanan zorla ırza geçme suçlarında 418.²⁵² ve yaralama veya ölümle sonuçlanan zorla kaçırma suçlarında ise 439.²⁵³ madde ile birlikte uygulanabileceğini; 9/7/1953 günlü, 6123 sayılı Kanun ile 418. ve 439. maddelerde yapılan değişiklikler²⁵⁴ sonrasında 438. maddede herhangi bir değişiklik yapılmaması nedeniyle yasal bir boşluk oluştuğunu ancak bu durumun daha önceki Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere Anayasa aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

²⁵² Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde 418. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, (13 Mart 1926), *Resmi Gazete* (Sayı:320), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/320T.pdf> (20 Kasım 2020).

²⁵³ Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde 439. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, (13 Mart 1926), *Resmi Gazete* (Sayı:320), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/320T.pdf> (20 Kasım 2020).

²⁵⁴ Her şeyden önce şu yönün açıklanması yararlı olacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 418. ve 439. maddeleri 9/7/1953 günlü, 6123 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir. Değişiklikten önce 418. madde zorla ırza geçmek, mağdurun ölümüne neden olursa suçlunun müebbet veya on beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezası ile 439. madde ise, zorla kaçırmak sırasında veya bu yüzden kaçırılan kimse yaralanmış olursa yarasının derecesine göre cezanın dörtte birden yarıya kadar artırılmasını ve eğer ölürse suçlunun on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılmasını hüküm altına almıştı. Ancak 418. ve 439. maddelerde, 6123 sayılı Yasa'yla değişiklik yapılmasından sonra, zorla ırza geçmek ve kaçırmak suçlarının mağdurun ölümüne neden olması halinde suçluya idam cezası verilmesi kabul edilmiştir. Türk Ceza Yasası, eylemi ölüm cezası ile cezalandırdığı durumlarda kimi nedenlerle bu cezanın indirilmesini gerekli gördüğünde, ölüm cezası yerine verilecek cezayı ayrıca saptadığı halde (örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun 51., 54., 55., 56., 59., 61. ve 65. maddelerinde olduğu gibi) 418. ve 439. maddelerde 6123 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe koşut olarak 438. maddede gerekli değişiklik yapılmamış ve böylece 418. maddenin 438. madde ile birlikte uygulanması durumunda 418. veya 439. madde hükümleri gereğince suçluya verilecek Ölüm cezasının 438. maddenin uygulanması sonucu ne tür bir cezaya dönüşeceği Yasada gösterilmediğinden yasal bir boşluk doğmuştur. Fakat yasal boşluklar veya düzenleme eksikliklerinin her zaman Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacağını Anayasa Mahkemesi bir çok kararında açıkça vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (2001), S.25, Ankara: Takav Matbaacılık, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20398.pdf> (20 Kasım 2020).

Mahkeme, Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesinin gerekçesine²⁵⁵ ve Anayasa'nın başlangıç bölümünde yer alan "*Her Türk vatandaşının Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden yararlanma hakkı*"²⁵⁶ bulunduğuna da değinerek, kanun koyucunun iptali istenen 438. madde ile fuhuşu meslek edinen kadınların özgürlüklerine, yaşama haklarına, maddi ve manevi varlıklarına yönelik saldırıların suç olmaktan çıkarmadığını, söz konusu eylemleri de ceza yaptırımına bağlayarak önlemeye çalıştığını, Anayasal sınırlamalar dikkate alınarak hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan eylemlere ne tür ve ne miktar ceza verileceğini belirleme yetkisinin kanun koyucuda olduğunu, kanun koyucu tarafından yetkileri dahilinde toplum yaşamındaki etkileri de gözetilerek suç ve cezaların belirlendiğini ve fuhuşu meslek edinen bir kadının zorla ırza geçme veya kaçırılma nedeni ile değil de, yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığına yönelik bir eylem neticesinde ölümü durumunda ise failin Türk Ceza Kanunu'nun kasten adam öldürme için saptadığı 448., 449. ve 450. maddelerinden biri ile cezalandırılacağını belirtmiştir. Bu açıklamaların ardında da iptali istenen düzenlemenin Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. Maddesine de aykırı olmadığına karar vermiştir.

Son olarak da iptali istenen 438. madddeyi hukukun genel ilkeleri ve adalet duygusuna aykırılığı hususunda inceleyen Mahkeme, suç ile cezanın oranının adaletli olup olmadığının saptanmasının suçun toplum yaşamında yarattığı etkiye göre

²⁵⁵ T.C. Anayasası - Madde 17 Gerekçesi - ...Bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak İçin Devlet, gerekli tedbirleri alacaktır. Kişinin, rızası olmadan, bilimsel ve tıbbi' deneylere tâbi tutulması yahut organlarının alınması yasağı, vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliindedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli) (2021), Haz. Yılmazoğlu, Y.E. ve Perdecioğlu, İ.E., 3. Baskı, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf (20 Nisan 2020).

²⁵⁶ Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ,ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevî varlığım bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu; (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17844.pdf> - Erişim Tarihi:20.11.2020)

belirlenebileceği söyleyerek, çarpıcı açıklamalarına devam etmiştir. Niteliği gereği

438. maddenin diğer suçların cezaları ile kıyaslanamayacağını söyleyen Mahkeme,

“...fuhşu meslek edinen bir kadının kaçırılması veya ırzına geçilmesinde verilecek ceza ile aynı eylemin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda verilecek ceza kıyaslanarak bu hükümlerde eylem ile ceza arasında Anayasa’ya olduğu gibi hukukun genel ilkelerine ve adalet duygusuna aykırılık olduğu yolunda ileri sürülen görüş de yerinde bulunmamıştır.”²⁵⁷

açıklaması ile iffetli – iffetsiz ayrımını yineleyerek söz konusu düzenlemenin Anayasa’nın ilgili hükümlerine herhangi bir aykırılık teşkil etmediğine on bir üyeden dördünün karşı oyu ile oyçokluğuyla karar vermiştir.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında Lord Patrick Devlin’in görüşlerine olan benzerlik açıkça karşımıza çıkmaktadır. Tarafsız ve hukuka bağlı bir şekilde karar vermesi gereken Anayasa Mahkemesi, subjektif bir değerlendirme ile iffetli ve iffetsiz ayrımı yaparak, genel ahlaka dikkat çekerek, kararda fuhşu meslek edinen kadınlardan bahsederken *“Bu nitelikteki kadınlar”, “bu tür kadınlar”* ifadelerini kullanarak ve *“iffetli kadınlara karşı işlenmesi durumunda daha ağır ceza verilmesi ahlak ve kamu yararının korunması açısından zorunlu bulmak”* gibi ifadelerle toplum nezdinde kadınların algılanışından da söz ederek fuhşu meslek edinmenin ırza geçme karşısında daha ahlaksızca olduğuna karar vermiştir.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere verilen karar oyçokluğuyla verilmiştir ve karara katılmayan üyeler de karşı oylarında kendi görüşlerini paylamışlardır.

Karşı oy kullanan üyeler ise özetle; düzenlemenin insan haklarını, insanlık onurunu ve kanun önünde eşitlik ilkesini ağır biçimde zedelediğini, kadının iffetli-iffetsiz olarak ayrılarak uygulanacak cezada indirim gerekçesi yapılmasının kadının insanlık yönünden derecelendirilmesi, varlığının yadsınması, değerinin ve saygınlığının özel durumu nedeniyle küçümsenmesi olduğu ve bu durumun da yasa

²⁵⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 12.01.1989 tarihli, E.1988/4 ve K.1989/3 sayılı kararı.

önünde olumsuz bir ayrıcalığa sebep olduğunu, Anayasa'nın 17. maddesindeki yaşam hakkında hiçbir ayırım yapılmadan herkesin bu hakka sahip olduğunun düzenlendiğini, Devletin de temel hak ve özgürlüklerin en önemlisi ve kutsal olan yaşam hakkını tüm yurttaşları için her türlü ayırmadan kaçınarak koruma yükümlülüğüne sahip olduğunu, failin kendi durumundan değil de başkasının durumundan dolayı indirimden yararlanmasının ters bir uygulama olduğunu, suçtan zarar gören kişinin sıfatına ve doğrudan şahsına bağlı etkenler ile cezanın indirilmesinin ender örneklerinden olduğuna; söz konusu düzenlemenin Batı mevzuatında²⁵⁸ çok eski bir hüküm olduğunu, fuhuşu meslek edinen kadına karşı zorla ırza geçme veya kaçırma suçlarında indirim uygulanmasının pervasızca failin korunması olduğunu ve bunun da “toplumun huzuru”, “adalet anlayışı”, “insan haklarına saygı” ve “yasa önünde eşitlik” kavramlarının içerik ve özüne ters olduğunu, ayrıca hükmün kamu yararı ve hukuk devleti ilkeleriyle de bağdaşmayacağına, fuhuşu meslek edinen kadının salt bu sıfatının, onun kendi vücudundaki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmadığına ya da azaltmadığına değinerek çoğunluğun görüşüne uymadıklarını ve söz konusu düzenlemenin iptal edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.²⁵⁹

Mahkemenin kararı ve karşıoy yazıları incelendiğinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varan çoğunluğun görüşlerinin Devlin paralelinde, toplumun bir genel ahlaka sahip olduğu ve bunun yasalar ile korunması gerektiği, iffetsiz bir kadına karşı işlenen suçun iffetli bir kadına karşı işlenen aynı suç karşısında sadece kadının sıfatından kaynaklı olarak

²⁵⁸“Batı mevzuatında oldukça eski bir geçmişi bulunan bu hüküm, ırza geçmek suçunun ancak namuslu kadınlar aleyhinde işlenebileceği; fuhuşu kendilerine meslek edinen kadınların bu eylemi ticari bir iş saymış olmalarından dolayı, bunların cinsel özgürlüklerinin namuslu kadınların cinsel özgürlükleri ölçüsünde ihlal edilmiş sayılamayacağı, failin ücret karşılığında elde edilebileceği bir şeye zorla sahip çıkmasında sadece sınırlı bir vahamet görülebileceği doğrultusundaki görüşlerden kaynaklanmaktadır.” Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (2001), S.25, Ankara: Takav Matbaacılık, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20398.pdf> (20 Kasım 2020).

²⁵⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 12.01.1989 tarihli, E.1988/4 ve K.1989/3 sayılı kararı.

daha az ahlaksız olduğuna karar verdiğini görmek mümkündür. Karşı oy kullanan üyelerin açıklamalarında ise her birinde farklı cümleler kurulmuş olsa da genel anlamda birbirine yakın düşünceler ile iffetli-iffetsiz ayrımının Anayasa’ya ve insan haklarına, suçtan zarar görenin durumu ile sanığın suçunda indirim uygulanmasının hukukun genel ilkelerine aykırı olduğu görüşü hakim olup, daha özgürlükçü, daha bireyi ön planda tutan ve insanın sadece insan olduğu için değerli olduğunu, Devletin de yurttaşları arasında ayrım yapmaksızın hepsinin hak ve özgürlüklerini koruma yükümlülüğü olduğunu belirtmişlerdir.

Ancak çoğunluğun kararında fuhuşu meslek edinen kadınlar için “bu nitelikteki kadınlar”, “bu tür kadınlar”, “iffetli kadınlara karşı işlenmesi durumunda daha ağır ceza verilmesi ahlak ve kamu yararının korunması açısından zorunlu bulmak” ve karşı oy kullanan üyelerin “zarar görenin ahlaksal durumu”, “bu yoldaki kadınlar”, “fahişelik batağına saplanmış nice bahtsızların alınlarına istenç ve istekleri dışında yazılan kara yazıyı silmek ve onları topluma kazandırmak” ifadelerini kullanması hem çoğunluğun hem de karşı oy kullanan üyelerin fuhuşu meslek edinen kadına karşı bakış açılarının paralel olduğunu, her iki tarafın da duruma objektif yaklaşmadığını göstermektedir.²⁶⁰

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 438. maddesinin Anayasa’ya aykırı olmadığı gerekçesiyle iptal edilmemesi toplumda da büyük yankı oluşturmuş ve hukukçular, sivil toplum örgütleri, basın çalışanları, kadın örgütleri ve çeşitli siyasi görüşlerden kişilerin de katkısıyla birçok eylem yapılmıştır.²⁶¹

Toplumdaki tepkilerin ardından siyasi partiler de harekete geçerek 438. maddenin yürürlükten kaldırılması için bir kanun teklifi sunmuşlardır²⁶² ve en nihayetinde 765 sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine

²⁶⁰ Yalçın, s.152.

²⁶¹ Özel, s.214-215.

²⁶² Özel, s.215.

Dair Kanun 21 Kasım 1990 tarihinde kabul edilip, 29 Kasım 1990 tarihinde Resmi Gazete²⁶³,’de yayımlanmasıyla 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 438. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.²⁶⁴

Gerek iptali istenen düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar veren çoğunluk üyelerinin gerekse de karşı oy kullanan üyelerin açıklamalarına bakıldığında; bir kadının fuhuşu meslek edinmiş olması karşısında onun kişilik haklarının değersizleştirildiği, suç ve icra edilen iş kıyaslandığında fuhuşu meslek edinmiş olmasının daha ahlaksızca kabul edildiği, bu kabul edilen ahlaksızlığın topluma zararlı etkileri olacağının ve toplumun ahlakını da kötü etkileyeceği düşünüldüğü için mağduru olduğu bir suçta dahi icra ettiği meslek nedeniyle gerekli himayeye sahip olamayacağının kabul edildiği, özellikle de fuhuşu meslek edinen kadınlardan bahsedilirken kullanılan aşağılama ve acıma barındıran ifadelere yer verilmesi her ne kadar karşıt görüşlere sahip kişilerce zikredilmiş olsa da hakim görüşün Lord Patrick Devlin’in fahişelik ve fahişeler hakkındaki görüşlerine paralellik sergilediği açıkça görülmektedir.

3.2 Namus Cinayetleri

Ahlaksızlığın toplum eliyle cezalandırılmasının en tipik örneklerinden olan namus cinayetleri birçok Güney Asyalı ve Ortadoğulu toplumlarda görüldüğü gibi Batılı anlamda seküler bir hukuk sistemine sahip ülkemizde de maalesef sık sık karşılaştığımız bir durumdur.

Toplumun ahlak kurallarına bağlılığı ve iffet²⁶⁵ şeklinde algılanan, dinsel olmaktan ziyade kültürel kökenli olan ve cinsler arası rol ayrımına dayanan²⁶⁶ namus kavramı neticesinde işlenen namus cinayetlerine uygulanan indirimler nedeniyle çok

²⁶³ 29 Kasım 1990 tarihli 20710 sayılı Resmi Gazete (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20710.pdf>) - Erişim Tarihi:20.11.2020)

²⁶⁴ Özel, s.217.

²⁶⁵ Yalçın, s.272.

²⁶⁶ Yalçın, s.273.

tartışılan mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 462. maddesi de bize ataerkil düzende kadınların aile şerefi ve namusunun taşıyıcıları olarak kabul edildiğinin, aile ve toplumdaki ataerkil yapının hukuka yansımalarının bir göstergesidir.²⁶⁷

“Yukarıda geçen iki fasılda beyan olunan fiiller, zinayı icra halinde meşhuden yakalanan veyahut zinayı irtika, etmek üzere veya henüz irtikap edildiğinde zevahiri hale nazaran şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı veya kız kardeş veya fîrudan biri veya bunların müşterek faili yahut her ikisi aleyhinde karı veya koca veya usulden biri veya erkek kardeş veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire kadar tenzil ve ağır hapis cezası hapse tahvil olunur. İdam yerine iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verilir.”²⁶⁸

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 462. maddesi incelendiğinde hukuk tarafından bir ön kabul ile evlilik dışı her türlü ilişkinin gayrimeşru kabul edildiğini, ailenin şeref ve namusunun kadının üzerine yüklendiğini ve kadının cinsel hayatının ailenin erkeklerinin denetiminde olduğunu görmek mümkündür.²⁶⁹ Söz konusu düzenlemenin uygulanması aşamasında sanıklara cezalarında indirim yapılması ile toplumda bu konunun büyük tartışmalara neden olması ve yerel mahkeme kararları arasında çelişkilerin yer alması sebebiyle, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, hükmün uygulanmasında zaman ve kişi yönünden bazı koşullar²⁷⁰ belirlemiştir,²⁷¹ ancak bu

²⁶⁷ Nayime Salman cinayetinde, onu viyadükten atarak öldüren üç erkek kardeşinin ömürboyu hapis olarak belirlenen cezaları, kurbanın birçok kez evden kaçması Mahkeme tarafından Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi kapsamında ağır tahrik olarak kabul edilip, ağır tahrik indirimi uygulanarak, kardeşlerden biri 12 yıl 6 ay, diğeri 8 yıl 4 ay ve diğeri de 4 yıl 5 ay ağır hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Akrabasının tecavüzü nedeniyle hamile kalan Güldünya Tören'i kurşunlayarak öldüren kardeşleri Ferit Tören ve İrfan Tören önce ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmış, ardından İrfan Tören'in cezası mahkemede iyi hali nedeniyle müebbet hapse, Ferit Tören'in cezası ise olay tarihinde 18 yaşından küçük olduğu için önce 14 yıla, mahkemede iyi hali nedeniyle de 11 yıl 8 aya indirilmiştir. Temyiz incelemesi sonrası yerel mahkemenin kararının bozulmasına karar verilmiş ve dosyayı yeniden ele alan mahkeme bu defa İrfan Tören'i müebbet hapse, Ferit Tören'i ise 23 yıl 4 ay hapse mahkum etmiştir. 17 yaşındaki kardeşi C.B. tarafından evden kaçtığı gerekçesiyle başından vurularak öldürülen Zümret Eker cinayetinde ise Mahkeme sanığa önce ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezası vermiş, ardında da sanığın olay tarihinde 18 yaşından küçük olması ve mahkemede iyi halini dikkate alarak cezayı 17,5 yıla indirmiştir. Hamzaoglu, K. (2018), *Türk Hukuk Sisteminin 'Namus'la İmtihani: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Düzenlemeler Açısından Namus Cinayetleri*, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, 2(2), s.68.

²⁶⁸ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu – Madde 462 - (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/320T.pdf> - Erişim Tarihi:01.12.2020)

²⁶⁹ Hamzaoglu, s.69.

²⁷⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına göre hükmün uygulanmasının zaman yönünden koşulu, sanığın eyleminin mağdurun zina veya meşru olmayan cinsel ilişkide bulunduğu sırada veya bu

koşulların belirlenmesi de düzenlemenin hukuka aykırılığını, kadına yüklenen namus algısını ve uygulamayı değiştirmemiştir. En nihayetinde tartışmalı ve namus adı altında cinayetleri özendirici ve teşvik edici söz konusu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuştur.²⁷²

İptal isteminde bulunan yerel Mahkeme, düzenlemenin “*namus temizleme*” düşüncesine dayanması sebebiyle hukukun genel ilkelerine aykırı olduğunu ve mağdur üzerinde sahiplik düşüncesi ile hareket eden failin cezasında indirim yapılmasının adalet duygusuna uygun olmadığını belirtmiştir.²⁷³ Ancak Anayasa Mahkemesi iptal istemini başvuruda bulunan Mahkeme’nin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlandırarak “*erkek kardeşin, kız kardeşiyle gayri meşru ilişkide bulunan kişiye karşı işlediği fiiller yönünden*” incelemeye almış ve Anayasa’nın “*Kanun önünde eşitlik*” başlıklı 10. maddesi ile sınırlı tutmuştur.²⁷⁴

ilişkide bulunmak üzere yahut bu ilişkide henüz bulunmuş olduğu sırada gerçekleşmesi iken; kişi yönünden uygulanmasının koşulu ise suçun mağdurunun koca, karı, kız kardeş veya fürudan biri veya cinsel ilişkinin ortağı, suçun failinin ise karı, koca, usulden biri erkek veya kız kardeş olmasıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, hükmün uygulanmasının kişi yönünden koşullarını belirlerken mağdur ve failin tespitini amaçlamış; zaman yönünden koşulları belirlerken de “*fiili işlediği sırada failin kişisel saygınlığıyla, aile haysiyeti yönünden uğradığı derin ve ağır saldırının iradesi üzerinde yarattığı büyük sansıntı*” olarak ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 16.07.1998 tarihli, E.1997/45 ve K.1998/48 sayılı kararı.

²⁷¹ Hamzaoglu, s.70.

²⁷² Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, görmekte olduğu bir davaya uygulanma olasılığı bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 462. Maddesinin Anayasa’nın *Başlangıç* hükümlerine, “Devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı 5. maddesine, “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesine, “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlıklı 12/1. maddesine, “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17/1. maddesine ve “Kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı 19/1. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuştur.

²⁷³ “Yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı; kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Özgür iradesi ve tercihleri ile yaşamını sürdüren -hele de reşit ve mümeyyiz olan- bir bireye, başka bir bireyin sahipliği ve tahakkümü iddiasından, başkasına yar etmeme egoizminden ve “namus temizleme” düşüncesinden kaynaklanan bu maddenin hukukun genel ilkelerine uyar yönü bulunmamaktadır. Örneğin eşinin veya kız kardeşinin işi, aşısı ve yaşamı ile ilgilenip ilgilenmediği, sevgi bağının ne durumda olduğu ve benzeri konular da gözardı edilerek; sahiplik iddiasındaki sanığı; isterse maddede yer alan yakını, isterse onun cinsel eylem ortağını veya isterse her ikisini öldürme veya yaralamada mazur görüp cezasını önemli ölçüde hafifletmek, adalet duygusuna uygun değildir. Kaldı ki; sanığın şiddetli elem veya gazapla hareket ettiği düşüncesi esas alınıyor ise, TCK.nun 51. maddesi çerçevesinde bir tahrikin mevcudiyeti ve onun da haksız olup olmadığı tartışılabilir.” Anayasa Mahkemesi’nin 16.07.1998 tarihli, E.1997/45 ve K.1998/48 sayılı kararı.

²⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 5. 12. 17. ve 19. maddelerinin temel hak ve özgürlükler ile ilgili olduğunu, iptali istenen düzenlemenin söz konusu Anayasa maddeleri ile doğrudan bir ilişkisi olmadığını belirterek söz konusu Anayasa maddeleri açısından herhangi bir inceleme yapmamıştır.

Önceki kararlarına da benzer bir açıklama ile birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellediğini ancak kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmalarının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini ve düzenlemede failin erkek ya da kadın olması gibi bir durumun olmadığını, fail erkek de olsa kadın da olsa cezada söz konusu indirimin uygulanabileceğini, düzenlemede cinsiyete bağlı bir ayırım yapılmış olsaydı eşitsizlikten bahsedilebileceğini ancak bu haliyle düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığına oy çokluğuyla²⁷⁵ karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararı ile zina ve gayrimeşru ilişki nedeniyle işlenen suçlarda faile indirim uygulanması Anayasa’ya uygun bulunmuş, böylelikle de erkek egemen bakış açısıyla ataerkil yapı güçlendirilerek, erkeğin kadının bedenindeki denetleme yetkisi meşrulaştırılmış, namus ve ahlak kadının bedenine yapıştırılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararının bir diğer dikkat çekici yönü ise her ne kadar karar 1998 yılında verilmiş olsa da, Mahkeme tarafından gerekçeli kararın yazılması 5 yıl sürmüş ve 22/11/2003 tarihli 25297 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 462. maddesi ise Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 15/07/2003 tarihinde²⁷⁶ Avrupa Birliği uyum çalışmaları sırasında, Mahkemenin gerekçeli kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasından 4 ay önce yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁷⁵ Karşı oy kullanan üyeler ise özetle; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 462. maddesi ile sayılan durumlarda fail için bir çeşit imtiyaz oluşturulduğunu, aynı durumda olanların bazılarının iptali istenen 462. maddede olduğu gibi, diğerlerinden daha fazla koruma görmesinin onları imtiyazlı hale getireceğini ve bu durumun eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağını; ayrıca düzenlemede yer alana kız kardeş-erkek kardeş ve usul-furuğ ayırımının da düzenlemenin sınırlama ile incelenen bölümünde erkek kardeş için öngörülen indirimin kız kardeş için kabul edilmemiş olmasının da eşitsizliği açıkça ortaya koyduğunu belirtmiştir. Ayrıca karşıoy kullanan üyeler düzenlemenin Anayasa’nın 17. maddesi ile güvence altında alınan yaşam hakkına yapılan saldırıları, şeref ve haysiyeti koruma veya kurtarma gibi gerekçelerle ceza indirimi uygulanmasının bu fiilleri onaylar mahiyette olduğunu ve bunun kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Anayasa’nın başlangıç hükümlerine ve 174. maddede yer alan çağdaş uygarlık düzeyine, çoğulcu, özgürlükçü ve katılımcı demokrasilerde insanın önceliğine ve çağdaş dünyadaki ceza hukukunun gelişimine bakıldığında söz konusu düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığının daha belirgin bir şekilde ortaya çıktığını da ekleyerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 462. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği görüşünü açıklamışlardır.

²⁷⁶ Hamzaoglu, s.70-71.

Kararda asıl dikkat çekici olan ise hem çoğunluğun gerekçesinde hem de karşı oy kullanan üyelerin gerekçesinde 462. maddenin salt yasa metni üzerinden bir irdeleme yapılmış olması ve her iki tarafın da söz konusu uygulamanın insan haklarına değer veren modern hukuk sistemlerinde olmaması gereken bir uygulama olduğuna dair bir açıklamanın yer almamasıdır. Erkek egemen bakış açısı ile yazılan her iki gerekçe de aslında Lord Patrick Devlin'in görüşüne paralellik göstermektedir. Hem çoğunluğun kararında hem de karşı oy kullanan üyelerin açıklamalarında kadın tecavüze uğrasa dahi suçludur ve faile uygulanan indirim ile aslında kadının ahlaksızlığı cezalandırılmaktadır.

Bugün için yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise töre saiki ile işlenen namus cinayetleri failin cezasında bir indirim gerekçesi olarak değil, aksine Kanun'un 82/1-k maddesinde "*Kasten öldürme*" suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmiştir.

Konunun bu şekilde düzenlenmesi de sorunu tamamen çözmemiş ve başka bir problemi ortaya çıkarmıştır. Baskı yaratan kadın hareketlerine rağmen düzenlemede "*namus*" yerine "*töre*" ifadesi kullanılmış ve gerekçe olarak da namus adına işlenen cinayetlerin bünyelerinde haksız tahriki de barındırabileceği, oysaki "*töre*" ifadesi ile haksız tahrikin düzenleme dışı bırakıldığı açıklanmıştır. Ancak "*töre*" namus cinayetleri açısından dar bir anlama sahip olup, namus cinayetleri haricinde de kan gütme, berdel gibi nedenlerle işlenen başkaca cinayetleri de bünyesinde barındırmaktadır.²⁷⁷

Ayrıca "*töre*" ifadesi ile sanki sadece bir bölgede ya da etnik grupta işlenen cinayetler algılanmaktadır. Örneğin; sevdiği kadını bir başkası ile evlendiği için öldüren erkek İstanbul'da yaşıyorsa bu cinayetin adı "*aşk cinayeti*" ya da "*tutku*

²⁷⁷ Yalçın, s.274-278.

cinayeti” olurken; aynı olay Diyarbakır’da yaşandığında adı “*töre cinayeti*” olacaktır.²⁷⁸

Yeni düzenlemedeki bir diğer sorun ise yerel mahkemelerin ve Yargıtay’ın töre saikiyle işlenen cinayetlerde bir de “*aile meclisi*”²⁷⁹ kararını aramaları olmuştur. Bu durum ise namus yerine töre ifadesinin kullanımıyla daralan anlamın, daha da daralmasına ve faillerin hak ettikleri cezaları almamalarına neden olmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11.05.2010 tarih ve 2010/111 sayılı kararı ile töre cinayetlerinde aile meclisi kararı aranmaktan vazgeçilmiştir. Söz konusu kararda ilk derece mahkemesinin töre cinayetinde kolektif bir karar ve ruh bulunduğu, namus cinayetinde ise kolektiflikten bahsedilemeyeceği ve bu sebeple de töre ve namus kavramlarının birbirinden farkı kavramlar olduğunu açıklaması ve bunun akabinde de Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu açıklamayı destekler nitelikteki

*“... töre saikiyle insan öldürme suçunun, tek bir fail tarafından ve anlık bir karar ile işlenebilmesi olanaklı olup, aile meclisi kararının aranması ve bu hususun suçun ön koşulu olarak görülmesi halinde, adeta işlenemez ve zorunlu azmettirmeyi gerektiren bir suç tipi yaratılmasına da yol açacaktır.”*²⁸⁰

*“... Çoğunlukla aile meclisinin aldığı kararın yerine getirilmesi biçiminde kendisini göstermektedir. Ancak, mutlaka aile birliğinin kararının varlığı suçun zorunlu unsurunu oluşturduğu söylenemez.”*²⁸¹

²⁷⁸ Yalçın, s.274-278.

²⁷⁹ “... failde töre saikinin bulunduğu kabulü için; ölüm kararının aile tarafından alınması, suçun yine aileden birine işlettirilmesi ve törelere göre meşru sayılmayan bir davranış nedeniyle gerçekleştirilmesi gerekir. Somut olayda, ... aile meclisi tarafından alınan kararların yine aileden olan ve yaşlarının küçük olması nedeniyle tercih edilen sanıklar tarafından icra edildiği anlaşılmaktadır.” (Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi’nin 20.10.2008 tarihli, E.2008/29 ve K.2008/333 sayılı kararı.) “... Kardeşe, çocuğa ve gebe olduğu bilinen maktüleye karşı işlenen öldürme suçunun alınan aile meclisi kararı sonucu gerçekleştirildiğini gösteren kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı bu nedenle suçun töre saikiyle işlendiğinden söz edilemeyeceği anlaşıldığı halde, ...” Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 14.03.2008 tarihli, E.2008/6700 ve K.2008/1986 sayılı kararı.

²⁸⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11.05.2010 tarihli E.2010/1-56 ve K.2010/111 sayılı kararı.

²⁸¹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 19.11.2007 tarihli E.2007/2927 ve K.2007/8501 sayılı kararı.

açıklamaları ile söz konusu suçta “*aile meclisi*” kararının aranmasının suçu işlenemez hale getirdiğini ve bu kararın suçun zorunlu unsurlarından olmadığını belirtmiştir.²⁸²

Namus cinayetlerine indirim öngören tartışmalı mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 462. maddesinin iptali sonrasında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 82/1-k maddesi ile “*töre*” saikiyle işlenen cinayetlerin ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi bir bakıma hukuk sistemimiz için güzel bir gelişme olmuştur. Ancak namus yerine töre kavramının kullanılması ve hukukun uygulayıcısı olan mahkemelerde farklı uygulamaların görülmesi ve kanun metninde yer almayan, suçun zorunlu unsurlarından olmayan “*aile meclisi*” kararının aranması ile suçun işlenemez suç haline getirilmesi namus cinayetlerinin toplumumuzda hala bir sorun olarak kalmasına neden olmuştur. Kavramsal sorunlar Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararı ile çözülmüş görünse de aslında yaşamın içinde “*töre*”, “*namus*” kisvesi altında kadınlar öldürülmeye devam etmektedir. Bu da hem kanun koyucunun, hem kanun uygulayıcılarının hem de toplumun aslında paralel görüşlere sahip olduğunu, kadının üzerine yapışan “*namus*” etiketinin hala orada olduğunu ve kadının üzerindeki erkek egemen devletin ve aile erkeklerinin tahakkümünün devam ettiğinin göstergesidir. Bu görüşler de çalışmamızın başında detaylıca paylaştığımız Lord Patrick Devlin’in görüşlerine paralellik göstermektedir. Toplumun bir ahlakı olduğu, bu ahlakın “*yegâne*” taşıyıcısının kadın olduğu; ancak kadınların bu ahlaka kendi başlarına sahip çıkamayacakları ve bunun devletin veya erkeklerin kontrolünde olması gerektiği, suçun mağduru olsa dahi ailenin namusunu kirleten kadının ahlaksızlığının cezalandırılması gerektiği görüşü karşımıza çıkmaktadır.

²⁸² Yalçın, s.278-286.

3.3 Kürtaj

Günümüz toplumlarında kadın ve cenine atfedilen anlamlar ve toplumun geneli tarafından kabul gören toplumsal değer yargılarının etkisiyle, ahlaki dayatmaların ceza kanununda suç olarak düzenlenmesi kürtaj konusunda da karşımıza çıkmaktadır.²⁸³

İnsanın en temel hakkı olan yaşam hakkı, uluslararası hukukta en temel sözleşmeler²⁸⁴ ve iç hukukta ise Anayasa²⁸⁵ ile koruma altına alınmıştır. Ancak ceninin yaşama hakkı ile kişilerin üreme hakkı ve kadının vücudu üzerinde mutlak tasarrufta bulunma hakkı tarih boyunca tartışılan bir konu olmuştur. Kadının vücudu üzerinde mutlak tasarruf hakkının olduğunu savunanlar süresiz kürtaj hakkını savunurken; ceninin insanla eşdeğer olduğunu savunanlar ise kürtajın insan öldürme suçu ile eşdeğer olduğunu savunmaktadır. Kişilerin üremelerinin toplumların geleceğini de etkilemeleri nedeniyle devletlerin de dâhil olmasıyla tartışma daha da geniş bir hal almıştır.

Dünyada birçok ülkede²⁸⁶ yasak olan ya da belli koşullara ve sürelerle bağlanan kürtaj²⁸⁷, ülkemizde de hem mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda

²⁸³ Kansu, A. (2016), *Ahlak ve Hukuk Arasında Sıkışan Kürtaj*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), s.2047-2048.

²⁸⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 ve 217 A(III) sayılı kararıyla ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde “Yaşamak ... herkesin hakkıdır.” (İHEB m.3/1) ve 04.12.1950’de akdedilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır.” (AİHS m.2/1) denilerek yaşama hakkı koruma altına alınmıştır. Ertuğrul, H. (2016), *Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, Ankara: Adalet Yayınevi, s.5.

²⁸⁵ 09.11.1982 tarihli 17863 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda da “Herkes yaşama hakkına ... sahiptir.” (1982 TC Anayasası, m.17/1) denilerek de kişi haklarının başında yaşama hakkı düzenlenmiştir. Ertuğrul, s.5.

²⁸⁶ Avrupa ve Amerika genelindeki yasal düzenlemelere bakıldığında 1967 yılına kadar İsveç ve Danimarka haricindeki ülkelerde isteğe bağlı kürtaj yasaktı. Günümüzde İrlanda ve Polonya’da halen yasak olan isteğe bağlı kürtaj, diğer Avrupa ülkelerinde belirli süreler ile sınırlandırılarak yasal düzenlemelerde yer almaktadır. 1967’de İngiltere’deki *Kürtaj Yasası (Abortion Act)* ve 1973 yılında ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin *Roe v. Wade* kararı ile ilk liberal kürtaj düzenlemeleri yapılmıştır. ABD’de de eyaletlere göre farklılık gösteren şartlarla isteğe bağlı kürtaja izin veren yasal düzenlemeler vardır. Kaya, F. (2014), *Peter Singer’in Faydacı Etik Görüşü Çerçevesinde Kürtajın Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi , Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) Ana Bilim Dalı.s.90-94.

“Çocuk Düşürme ve Düşürtme Cürümleri” başlığı altında 468. ve 469. maddelerinde hem de yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Çocuk düşürtme” başlıklı 99. ve “Çocuk düşürme” başlıklı 100. maddelerinde suç olarak yer almaktadır. Ayrıca kürtaj 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da da “Gebeliğin sona erdirilmesi” başlıklı 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Çocuk Düşürme ve Düşürtme Cürümleri” başlığı altında düzenlenen 468. maddesinde on haftadan fazla süreli gebeliği olan bir kadının rızası ile tıbbi bir neden olmaksızın “çocuğu düşürten” kimseye iki yıldan beş yıla hapis cezası verileceği, rıza gösteren kadının da aynı ceza ile cezalandırılacağı; “Çocuk Düşürme ve Düşürtme Cürümleri” başlığı altında düzenlenen 469. maddede ise on haftadan fazla süreli gebeliği olan bir kadının isteyerek “çocuğunu düşürmesi” durumunda bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemeler bedeni üzerinde söz sahibi olamayan kadın, kanunlarla dayatılan ahlak ile anne olmaya zorlanmakta, bu da Devlin ve Hart tartışmasının Türk Hukuk Sistemi’ne yansımalarının tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Toplum tarafından kutsal kabul edilen annelik ve ahlaksızlık olarak kabul edilen çocuk düşürme ya da düşürtme eylemi, tam da Devlin’in görüşlerine paralel bir şekilde kanun koyucu tarafından ceza yasaları ile cezalandırılmaktadır. Oysaki yine aynı kanun koyucu mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda kişiliğin

²⁸⁷ ABD merkezli Üreme Hakları Merkezi’nin 2016 verilerine göre dünya üzerindeki ülkeler gebeliği sonlandırma konusunda dörde ayrılabilir. 1- Gebe kadının hayati tehlikesi bulunması dışında gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayan ülkeler: Dünya nüfusunun %25,5’ini oluşturan Afganistan, Bangladeş, Birleşik Arap Emirlikleri, İrlanda, Venezuela... 2- Gebe kadının hayati tehlikesiyle birlikte fiziksel ya da ruhsal sağlığının korunması amacı dışında gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayan ülkeler: Dünya nüfusunun %13,8’ini oluşturan Arjantin, Fas, Katar, Kuzey İrlanda, Suudi Arabistan... 3- İlk iki maddeye ilave olarak sosyal nedenlerle gebeliğin sonlandırılmasına izin veren ülkeler: Dünya nüfusunun %21,3’ünü oluşturan Birleşik Krallık, Hong Kong, İzlanda, Kıbrıs Rum Yönetimi, Japonya... 4- Belirli bir süreye kadar gebeliğin sonlandırılmasına izin veren ülkeler: Dünya nüfusunun %39,5’ini oluşturan Türkiye, ABD, Almanya, Küba, Tunus... Ertuğrul, s.16-17.

ve hak ehliyetinin tam ve sağ doğum ile başlayacağını belirtmiştir.²⁸⁸ Hatta 1936 yılında İtalyan Ceza Kanunu’na paralel olarak mülga 765 sayılı Kanun’da bu suçların yer aldığı faslın başlığı “*İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler*” şeklinde değiştirilerek, kürtajda kadının ya da ceninin değil devletin önceliği vurgulanmıştır.²⁸⁹

Yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Çocuk düşürtme*” başlıklı 99. maddesinde ve “*Çocuk düşürme*” başlıklı 100. maddesine de Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na benzer düzenlemeler yer almaktadır.

Kanun’un “*Çocuk düşürtme*” başlıklı 99. maddesinin ikinci fıkrasında yine on haftadan fazla süreli bir gebeliği tıbbi zorunluluk olmaksızın kadının rızası ile bile olsa “*Çocuğu düşürten*” kişiye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası, çocuğın düşürölmesine rıza gösteren kadına da bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilmesi düzenlenmiştir. Aynı maddenin beşinci fıkrasında ise on haftadan az süreli gebeliklerde “*Çocuk düşürtme*” suçunun yetkili olmayan kişilerce işlenmesi halinde iki yıldan dört yıla hapis cezası verileceği ve yetkili olmayan kişilerin eylemlerinin suçun nitelikli halini oluşturarak artırım nedeni olacağı düzenlemiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kanun koyucu mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye paralel bir düzenleme yapmış ancak bu defa gebeliği on haftadan az ve fazla şeklinde iki ayrı fıkrada düzenlemiş, “*tıbbi nedenler*” ibaresini “*tıbbi zorunluluk*” olarak değiştirmiş ve önceki düzenlemede yer almayan “*yetkili olmayan bir kişi tarafından*” ibaresini eklemiştir.²⁹⁰

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Çocuk düşürme*” başlıklı 100. maddesinde ise; on haftadan uzun süreli gebeliği olan bir kadının isteyerek

²⁸⁸ Kansu, s.2049.

²⁸⁹ Yalçın, s.247.

²⁹⁰ Kansu, s.2050.

“Çocuğunu düşürmesi” halinde bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Yukarıdaki düzenlemelerde de görüleceği üzere yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu küçük farklılıklar içerse de Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na paralellik göstermektedir. Gebelik sürecinde tıbben cenin²⁹¹ ya da embriyo²⁹², fetüs²⁹³ olarak tanımlanan varlığın, henüz tam ve sağ doğumu gerçekleşmemesine rağmen kanuni düzenlemelerde “çocuk” olarak ifade edilmekte, on haftadan fazla süreli gebeliklerde kendi rızasıyla çocuğunu düşüren kadın, tıbbi zorunluluk olmaksızın kadının rızası ile de olsa çocuğu düşürten kişi ve buna rıza gösteren kadın, on haftadan kısa süreli gebeliklerde ise kadının rızası ile de olsa çocuğu düşürten yetkisiz kişiler cezalandırılmaktadır.²⁹⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak kanun koyucu, kadının mağduru olduğu bir suç dolayısıyla hamile kalmasını ve bu durumda gebeliğin sonlandırılmasının şartlarını da düzenlemiştir. Düzenlemede gebelik konusunda dikkate alınan on hafta sınırı aşılmış ve yirmi haftadan kısa süreli gebeliklerin kadının rızasının olması ve uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılması durumunda cezalandırılmayacağı ver almaktadır.

Bu düzenleme de toplumun ahlak anlayışının, değer yargılarının ceza kanunlarına yansımalarının dikkat çekici bir örneğidir. Kanun koyucu, toplumun ahlak

²⁹¹ Cenin : Gizlenmek, gizli olmak, örtmek, örtünmek anlamlarına gelen ‘cenne’ fiilinden türeyen Arapça kökenli kelime. Tıbbi bir terim olarak ise döllenmeden bir süre sonra anne rahmine yerleşmiş olan varlığın adı. Ertuğrul, s.7.

²⁹² Embriyo : Zigot adı verilen yumurtanın bölünerek gelişmesi ve ‘morula’ adında bir hücre yığını oluşturarak, fallop tüpünden ilerleyip, rahme tam anlamıyla yerleştiğinde aldığı isimdir. Ertuğrul, s.9-10. Embriyo, bebeğin ilk gelişim evresidir (0-8 hafta). Bu dönemde majör organlar henüz gelişmemiştir. Türkcerrahi, (t.y.), Embriyo, <https://www.turkcerrahi.com/tip-sozlugu/embriyo/> (15 Aralık 2020)

²⁹³ Fetüs : Tıp biliminde cenine verilen isimdir. Anne rahmine yerleşen varlık bu dönemde bilahare insan görünümünü alır. Ertuğrul, s.11.

²⁹⁴ Kansu, s.2050.

anlayışı ve değer yargıları doğrultusunda gebeliğin süresi konusunda yaptığı bu düzenleme ile aslında bir suçun mağduru olan ve hamile kalan kadının gebeliğini sonlandırmasının, bir kadının kendi rızası ile gebeliğini sonlandırmasından daha meşru kabul etmiştir.²⁹⁵

Kanunu'nun gerekçesine²⁹⁶ baktığımızda da “...toplumun ihtiyaçlarını karşıladığı...” ibaresi ile genel ahlakın düzenlemeye yansıtıldığı ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'a²⁹⁷ atıf yapılarak; kadının bedeni üzerindeki hak ve özgürlüğün göz ardı edildiği, gebeliğin ise bir nüfus planlaması olarak düzenlemelerde yer aldığı ve tamamen devletin çıkarları doğrultusunda düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemeler ile hamile kaldığı andan itibaren kadın anne olarak, henüz döllenmiş yumurta ise çocuk olarak nitelendirilmektedir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un kürtajın düzenlendiği “Gebeliğin sona erdirilmesi” başlıklı 5. maddesinde dikkat çekici olan bir diğer nokta ise; herhangi bir tehlike durumunda gebeliği sonlandırmak zorunda kalan hekimin işlemi gerçekleştirmeden önce veya en geç yirmi dört saat içerisinde

²⁹⁵ Kansu, s.2050.

²⁹⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesi: “Çocuk düşürme ve düşürtme suçları açısından 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer alan hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır. Bu Kanunun öngördüğü hükümler, bugünkü toplumsal ihtiyaçları karşıladığı kanaatinde bulunduğundan, madde metninin düzenlenmesinde esas alınmıştır.”

²⁹⁷ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un kürtajın düzenlendiği 5. Maddesi - “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur. Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.” 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, (27 Mayıs 1983), *Resmî Gazete* (Sayı:18059),<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18059.pdf> (15 Aralık 2020).

müdahale edilen kadının kimlik bilgilerini, müdahale bilgisini ve gerekçesini yetkili makamlara bildirme zorunluluğudur. Bu düzenleme ile de yine kadının bedeni üzerindeki hak ve özgürlüklerinin göz ardı edilmesinin ve devletin kadının bedenindeki değişikliklerden en geç yirmi dört saat içerisinde haberdar olması ile kadın üzerinde kurduğu baskının ve gebeliğin bir nüfus politikasından öte olmadığının örneğidir.²⁹⁸

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un "*Gebeliğin sona erdirilmesinde izin*" başlıklı 6. maddesine²⁹⁹ baktığımızda ise; yine dikkat çekici bir örnek karşımıza çıkmaktadır. Toplum tarafından ahlaksızca görülen, ceza kanununda suç olarak düzenlenen, herhangi bir tıbbi zorunluluk olmadan kadının kendi rızası ile gebeliğini sonlandırması, evli olması durumunda bir de bir erkeğin iznine bağlanmıştır. Bu durumda da gebeliğini sonlandırmak isteyen kadının kanunlar ile cezalandırılmasının yanı sıra, evli olduğu erkek tarafından da kürtaja izin verilmeyerek ya da verilecek iznin bazı şartlara bağlanması ile de cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Kanun koyucu her ne kadar kadının mağduru olduğu bir suç neticesinde hamile kalması halinde süresi yirmi haftayı geçmeyen gebeliklerin sonlandırılmasının cezalandırılmayacağını düzenlese de Anayasa Mahkemesi'nin³⁰⁰ 23/07/2020 tarihli kararı uygulamada yaşanan sorunlara örnek olabilecek bir karardır.

²⁹⁸ Kansu, s.2054.

²⁹⁹ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un "*Gebeliğin sona erdirilmesinde izin*" başlıklı 6. Maddesi - "5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir. Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir."

³⁰⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 23.07.2020 tarihli 2017/31619 Başvuru Numaralı Bireysel Başvuru kararı.

Olayların gerçekleştiği tarihte henüz 17 yaşında olan başvurucu, zor ve tehdit sonucu birden çok kişi ile cinsel birliktelik yaşamış ve bu birliktelikler sonucunda da gebe kalmıştır. 15/05/2017 tarihinde on hafta üç günlük gebe olan başvurucunun birlikte olduğunu bildirdiği kişiler hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca soruştırma başlatılmıştır. 18/05/2017 tarihinde başvurucunun ailesi, Sulh Ceza Hakimliği'ne 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi talebinde bulunmuştur. Hakimlik aynı tarihte, bu talebin soruştırmayı yürüten Başsavcılık tarafından yapılması gerektiği açıklaması ile başvuruyu usulden reddetmiştir. Ailenin, Başsavcılığa talebini iletmesi üzerine de Başsavcılık, gereğinin takdiri ve ifası için Sulh Ceza Hakimliği'nce karar verilmesi gerektiğini belirterek soruştırma dosyasını Hakimliğe geri göndermiştir.

Başsavcılık ve Sulh Ceza Hakimliği arasında birçok kez gidip gelen dosya neticesinde başvuru esnasında on hafta üç günlük olan gebelik on dokuzuncu haftasına gelmiştir ve henüz bir sonuç elde edilememiştir. Sulh Ceza Hakimliği en nihayetinde bir karar vermiştir ve gerekçe olarak da gebelikten dolayı annenin herhangi bir sağlık sorunu yaşamadığını ve başkaca bir zorunluluk halinin de mevcut olmadığı durumda gebeliğin sonlandırılmasının yaşam hakkının ihlali olacağını belirterek kürtaja izin vermemiştir. Yasal düzenlemelerde yer alan gebeliğin sonlandırılması sürelerinin kapsamının dışına çıkan başvurucu, son olarak 28/07/2017 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur ve başvuru değerlendirilirken de 11/12/2017 tarihinde başvurucunun bebeği doğmuştur.

Bireysel başvuruyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, öncelikle, kadınların istenmeyen gebeliği sona erdirmeyi talep etmesinin kişisel özerklik ve ruhsal veya bedensel btnlkleriyle doğrudan ilgili olduğunu, kişisel özerklik kavramı ile bireyin vücut btnlğine yönelik müdahaleler özel hayat boyutuyla Anayasa'nın

“*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” başlıklı 17. maddesi kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Somut olayı irdeleyen Anayasa Mahkemesi, Sulh Ceza Hakimliği’nin kararının kadının kişisel özerklik ve bireyin vücut bütünlüğünün korunması hakkı ile ceninin menfaatleri arasında makul bir denge kurmaya yönelik düzenlemeler ve 5237 sayılı Kanun’da öngörülen şartlar irdelenmeden verildiğine ve talebi sürüncemede bıraktığı sonucuna varmıştır. Bu durumun da başvurucunun gebeliğin sonlandırılması imkânına erişimini imkânsız kıldığını, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına orantısız bir müdahale ile Anayasa’yı ihlal ettiğine karar vermiştir.

Kararda dikkat çekici birkaç nokta vardır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar verirken, açıklamalarında “*Devletin temel amaç ve görevleri*” başlıklı 5. maddeye de değinmiştir. Devletin pozitif ve negatif ödevleri olduğunu ve bu çerçevede ahlaki, dini, etik tartışmalara sebep olan gebeliğin sonlandırılması konusunda düzenlemeler yaparken kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu açıklama ile en üst denetim mercii olan Anayasa Mahkemesi tarafından gebeliğin bir devlet politikası olduğu ve gebeliğin sonlandırılmasının devletin gözetim ve denetimi altında gerçekleştirilebileceği vurgulanmıştır.

Kararda dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise kanun koyucu tarafından düzenleme yapılırken kanunun gerekçesinde yer alan “...toplumun ihtiyaçlarını karşıladığı...” ibaresinin çok benzerinin de en üst denetim mercii olan Anayasa Mahkemesi kararında da “...hassas ahlaki, etik ve dini tartışmalar...” şeklinde yer almasıdır. Gerek kanunun gerekçesinde gerekse de Anayasa Mahkemesi kararında

yer alan bu ifadeler, Lord Patrick Devlin'in de dediği “*toplum ahlakı*”nın Türk Hukuku’nda yer alışının net bir şekilde görülmesine örnektir.

Ülkemizde kürtaj tartışmaları Mayıs 2012’den itibaren “*genel bir yasaklama*” olasılığı olarak görülen hükümetin kürtaj süresinin on haftadan dört haftaya düşürülmesi yönündeki açıklamaları sonrasında yeniden alevlenmiştir. Ancak bu açıklamaların neye istinaden yapıldığı, kürtajın yasaklanması ile nasıl bir toplumsal menfaat elde edileceği, kürtajın toplumsal düzende ne gibi bir bozukluğa sebep olduğu ve sürenin düşürülmesi ile korunmak istenen değer ne olduğu hususunda bir açıklama yapılmamıştır. Mevcut hali ile kürtaj için belirli süreler düzenleyen, kadının cinsel dokunulmazlığına, maddi ve manevi varlığına, beden ve ruh sağlığına değer veren düzenlemelerin yukarıda da değindiğimiz üzere bir açıklama yapılmaksızın öngörüldüğü şekilde düzenlenmesi insan hakları açısından büyük bir gerileme olacaktır.³⁰¹

3.4 Zina

Ahlaksızlığın cezalandırılması denildiğinde akla gelen ilk örneklerden biri de zinadır. Sözlük anlamı aralarında evlilik bağı olmayan kişiler arasındaki cinsel ilişki³⁰² olan zina, tarih boyunca birçok kültür ve dinde suç olarak kabul edilmiş ve yasal düzenlemelerde yer bulmuştur. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenen zina, yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak yer almamaktadır.

Bugün itibariyle yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 161. maddesinde boşanma sebebi olarak yer almaktadır.

“Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir. Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her halde

³⁰¹ Yalçın, s.250-251.

³⁰² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, *Zina*, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> (20 Kasım 2020).

zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer. Affeden tarafın dava hakkı yoktur.”³⁰³

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kadın ve erkeğin zinası için farklı düzenlemeler yer almaktaydı. Kadının zinasını düzenleyen 440. maddeye³⁰⁴ göre evli bir kadının bir başka erkekle bir kez cinsel ilişki yaşaması zinanın varlığı ve cezalandırılma için yeterli iken; erkeğin zinasını düzenleyen 441. maddeye³⁰⁵ göre ise erkeğin cezalandırılabilmesi için diğer bir kadın ile sadece cinsel ilişkide bulunması yeterli olmayıp, karısı ile ikamet ettiği evde veya herkesçe bilinen başka bir yerde karı-koca gibi birlikte bir hayat yaşaması gerekmektedir. Ayrıca kocanın zinasının suç oluşturması için birlikte olduğu kadının evli olmaması gerekirken; karının zinasında birlikte olduğu erkeğin evli olup olmamasının suçun oluşumunda bir önemi yoktu.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki zinaya ilişkin hükümler 1996, 1998 ve 1999 yıllarında üç farklı Anayasa Mahkemesi kararı ile Anayasaya aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile iptal edilmiştir.

İlk olarak 23 Eylül 1996 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı³⁰⁶ ile erkeğin zinasını düzenleyen 441. madde Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen “*Kanun önünde eşitlik*”³⁰⁷ ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle oyçokluğu ile iptal edilmiştir.

³⁰³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu - 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (8 Aralık 2001), *Resmi Gazete* (Sayı:24607), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/12/20011208.htm> (15 Aralık 2020).

³⁰⁴ 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 440: Zina eden zevce hakkında üç aydan, otuz aya kadar hapis cezası tertip olunur. Zevcenin bu fiiline şerik olan kimse hakkında dahi aynı ceza hüküm edilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, (13 Mart 1926), *Resmi Gazete* (Sayı:320), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/320T.pdf> (20 Kasım 2020).

³⁰⁵ 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde 441 - Karısıyla birlikte ikamet etmekte olduğu hanede, yahut herkesce bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için nikahsız kadın tutmakta olan koca hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası hüküm olunur. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, (13 Mart 1926), *Resmi Gazete* (Sayı:320), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/320T.pdf> (20 Kasım 2020).

³⁰⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 23.9.1996 tarihli, E.1996/15 ve K.1996/34 sayılı kararı.

³⁰⁷ T.C. Anayasası - Kanun önünde eşitlik - Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler

Mahkeme, erkeğin zinasını düzenleyen 441. madde için değerlendirme yaparken, kadının zinasını düzenleyen 440. maddeyi de dikkate alarak, iki düzenleme arasında eşitlik ilkesine aykırılığı irdelemiştir. Mahkeme, incelemesinde Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*³⁰⁸, ne, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*³⁰⁹, ne ve *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*³¹⁰, ne de değinerek söz konusu düzenlemelerin Anayasa'nın 10. maddesi ile özde bir farklılıkları olmadıklarını belirtmiştir.

Kararda Mahkeme, kocanın zinasının kadının zinasında aranmayan koşullara bağlanmasının kocaya yasal bir üstünlük tanınması anlamına geldiğini, evlilik birliği içerisinde kocaya bu üstünlüğün tanınmasını gerektirecek herhangi haklı bir neden olmadığını, koca ve karı arasında karşılıklı sadakat yükümlülüğünün olduğunu, kocanın basit zinasının cezalandırılmamasının çağdaş anlayışa uymayan cinsiyetçi ve kadın-erkek eşitliğini bozan bir düzenleme olduğunu belirtmiştir.

Kanun koyucunun toplumsal gelişme ve toplumun özelliklerini dikkate alarak zinayı suç olmaktan çıkarabileceğini veya belli koşullara bağlayabileceğini; ancak bunu yaparken evlilik birliğinin eşit konumda olan taraflarına ayırım yaratacak şekilde bir düzenleme yapamayacağını da ekleyerek söz konusu kocanın zinasını

eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (20 Ekim 1982), *Resmi Gazete* (Sayı:17844), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17844.pdf> (20 Kasım 2020).

³⁰⁸ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin "Başlangıç" kısmını, 2. maddesini ve 16. maddesini dikkate almıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, (27 Mayıs 1949), *Resmi Gazete* (Sayı:7217), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf> (20 Ocak 2020).

³⁰⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Başlangıç" kısmını ve 14. maddesini dikkate almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf (15 Kasım 2020).

³¹⁰ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 1., 2., 5. ve 15. maddelerini dikkate almıştır. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/35253/cedaw-33-sayili-genel-tavsiye-karari.pdf> (29 Ekim 2020).

düzenleyen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 441. maddesinin iptaline karar vermiştir.³¹¹

Kocanın zinasını düzenleyen 441. maddenin iptal edilip, Resmi Gazete'de yayınlanmasının ardından bir yıl geçmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılmadığı için kocanın zinası suç olmaktan tamamen çıkmış; ancak karının zinasının düzenleyen 440. madde hala yürürlükte olduğu için eşitlik ilkesine ayrılık teşkil etmekteydi.

Karının zinasını düzenleyen 441. maddenin iptali isteminde de Mahkeme, Anayasa'nın 10. maddesi ile birlikte yine Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere³¹² değinerek 23 Haziran 1998 tarihinde düzenlemenin kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine oyçokluğuyla karar vermiştir.³¹³

Kararda dikkat çekici bir nokta ise karının zinasını düzenleyen 440. maddenin iptali konusunda çoğunluğa katılmayıp karşı oy kullanan iki üye, kocanın zinasını düzenleyen 441. maddenin iptali konusunda düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna çoğunluk görüşü doğrultusunda katılmıştır. Her iki düzenlemenin de iptal incelemesi kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal ettiği ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun olmadığı hususunda yapılsa da; bu iki üyenin farklı görüşler bildirmesi dikkat çekici bir konudur.

Üyeler söz konusu karşı oylarının gerekçesinde özetle; zinanın aileyi korumak için suç olarak düzenlendiğini ve bu korumanın sadece karı ile kocayı değil, aile ve çocuklarını da koruduğunu, toplumun da zinadan zarar gördüğünü ve bu sebeple toplumu da ilgilendiren bir durum olduğunu belirterek; kamu yararı veya sair

³¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2008 tarihli, E.1996/15 ve K.1996/34 sayılı kararı.

³¹² Mahkeme, *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin "Başlangıç" kısmını, 2. ve 7. maddesini, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin "Başlangıç" kısmını ve 14. maddesini ve *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*'ni de dikkate alarak, cinsiyete dayalı ayrımcılığı reddeden uluslararası belgelere atıfta bulunmuştur.

³¹³ Anayasa Mahkemesi'nin 23.6.1998 tarihli, E.1998/3 ve K.1998/28 sayılı kararı.

nedenlerle durumlarında ve konumlarında farklılıklar bulunanlar için yasalarda farklı düzenlemeler yapılmasının kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini ve bu sebeple de iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıca iptal kararı ile kamu düzenini tehdit ve kamu yararının ihlal eden bir durumun ortaya çıktığını, hukuksal boşluk oluştuğunu ve bu boşluğun kamu yararını olumsuz etkilediğini de ekleyerek; asıl yapılması gerekenin doğan hukuksal boşluğun kapatılması için yasama organına süre verilmesi gerektiğini de ekleyerek çoğunluğun görüşüne katılmadıklarını beyan etmişlerdir.

Her ne kadar iki üyenin görüşleri Mahkeme'nin nihai kararında etkili olmasa da gerekçede yer alan açıklamaların en üst denetleme mercii ve ilk derece mahkemelerine yol gösterici olan Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer alması çağdaş hukuk devletine yakışmayan bir durumdur. Üyelerin karşı oy gerekçelerinde Devlin'in görüşlerine paralellik çok rahat görülebilmektedir. Ailenin korunması gerektiği, toplumun zinadan zarar görmesi ve bu sebeple de zinanın toplumu da ilgilendiren bir durum olması ve kamu yararı ifadeleri Devlin'in de sık sık kullandığı ve görüşlerinin temelini oluşturan kavramlardır. Bu görüşlere göre; ailenin korunması sadece kadına -kadının bedenine- yüklenen bir görev olarak kabul edilmekte ve toplum nedense sadece kadının zinasından zarar görmektedir. Oysaki karı-koca evlilik birliği içerisinde birbirine eşit ve karşılıklı sorumluluk sahibidir. Bir tarafı yüceltmek, diğer tarafa taşımakta zorlanacağı yükler yüklemek ne adalet ne de insanlığa sığmaz.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun erkeğin zinasını düzenleyen 441. maddesinin ve kadının zinasını düzenleyen 440. maddesinin iptal edilmesinin ardından zina suç olmaktan çıkmıştır. 13.07.1999 tarihli Anayasa Mahkemesi³¹⁴

³¹⁴Anayasa Mahkemesi'nin 13.7.1999 tarihli, E.1999/24 ve K.1999/30 sayılı kararı.

kararı ile de zina suçunun indirim nedenlerine ilişkin olan ve uygulama alanı kalmayan diğer maddelerin de oybirliğiyle iptaline karar verilmiştir. Böylelikle zina suç olmaktan çıkmış ve tüm sonuçlarıyla birlikte 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan kaldırılmıştır.³¹⁵

3.5 Sahih Olmayan Nesepte Miras

Ahlaksızlığın cezalandırılmasında dikkat edici bir diğer örnek de 17.02.1926 tarihinde kabul edilip, 04/04/1926 tarihli 339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "*Sahih olmayan nesepte miras*" başlıklı 443. maddesidir.³¹⁶ Maddede gayri sahih nesepli çocuğun miras hakkının, sahih nesepli çocuğun miras hakkının yarısı oranında olduğu düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenleme bir ceza hukuku hükmü olmasa da neticesi itibariyle bir cezalandırma barındırmaktadır. Üstelik bu cezalandırma toplum ve hukuk tarafından ahlaksızlık olarak kabul edilen eylemin taraflarını değil, aralarında kanunun tanıdığı bir evlilik bağı olmayan kadın ile erkeğin cinsel birlikteliği sonucunda doğan çocuğa yani gayri sahih nesepli çocuğa yöneliktir.

Anayasa Mahkemesi iptal istemi sonrasında konuyu birçok açıdan değerlendirerek 11.09.1987 tarihinde 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "*Sahih olmayan nesepte miras*" başlıklı 443. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin³¹⁷ ve ikinci fıkrasının³¹⁸ iptaline karar vermiştir. Mahkeme kararda evlilik dışı ilişki neticesinde doğan çocukların evlilik içi doğan çocuklarla aynı statüye sahip

³¹⁵ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 442., 443. ve 444. maddeleri. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, (13 Mart 1926), *Resmi Gazete* (Sayı:320), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/320T.pdf> (20 Kasım 2020).

³¹⁶ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi – Sahih olmayan nesepte miras - Madde 443. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, (2 Ocak 1964), *Resmi Gazete* (Sayı:11596), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/339T.pdf> (10 Ekim 2020).

³¹⁷ "Bunların, baba cihetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakıftır."

³¹⁸ "Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut fûruu, babasının nesebi sahih fûruları ile içtima ederse nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yansını alırlar."

olması gerektiğini düşünenlerin görüşlerini³¹⁹ ve bu çocuklar arasında farklılık olması gerektiğini düşünenlerin karşıt görüşlerini³²⁰ değerlendirmiştir.

Mahkeme, evlilik dışı doğan çocukların toplum içindeki durumlarının düzeltilmesi girişiminin rasyonalizm, sosyalizm, feminizm ve insan hakları ile günümüze kadar geldiğini, evlilik dışı doğan çocuğun evlilikten bağımsız olarak bir değer olarak korunması gerektiğini ve evlilik içi doğan çocuklar ve evlilik dışı doğan çocuklar arasında eşitlik sağlayan düzenlemelerin çağdaş hukuk sistemlerinde ve anayasalarında yer aldığını belirtmiştir. Bu gelişim serüveni ile de 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "*Sahih olmayan nesepte miras*" başlıklı 443. maddesini Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler³²¹ çerçevesinde değerlendirmiş; özellikle kırsal kesimlerde yaygın biçimde imam nikâhlı birlikteliklerin yaşanması nedeniyle 1933 yılından itibaren yaklaşık beş yılda bir "*Af Kanunu*" ya da "*Tescil Edilmeyen Birleşmeler İle Bunlardan Doğan Çocukların Tescili Hakkında Kanun*"

³¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1987 tarihli, E.1987/1 ve K.1987/18 sayılı kararı. "*Bir çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı bir ilişkinin ürünü oluşu, kendi elinde değildir. Toplumun evlilik dışı ilişkileri hoş görmeyişi ve bunun evlilik kurumunu baltalayan davranışlar olarak nitelendirilişi dahi, bu ilişkide kusuru ve rolü olmayan çocukların farklı statüye ve değişik hükümlere tabi tutulmasını haklı göstermez. Evlilik dışı çocuğun babasından hiç miras alamaması veya sahili nesepli çocuğa verilenin yarısını alması haklı bir çözüm sayılamaz. Bu durumda olanlar arasında fark kabul etmek, ortaçağ düşüncelerini devam ettirmek, çağımıza uygun düşmeyen hatalı bir davranıştır. Miras hakkı kişinin doğal ve temel haklarından. Bu hak ancak kanunun öngördüğü durumlarda sonradan kaldırılabilir. Bu görüş taraftarları masum, her şeyden habersiz, kendi iradeleri dışında dünyaya gelmiş olan çocuklara ana ve babalarının günahları için ceza çektirmeye sebep görmeyip, evlilik dışı çocukların hukuki durumlarını zayıflamaktan toplumun daha çok zarar göreceğini ileri sürerler.*" Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (1989), S.23, Ankara: Başbakanlık Basımevi, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20398.pdf> (11 Kasım 2020).

³²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1987 tarihli, E.1987/1 ve K.1987/18 sayılı kararı. "*Evlilik dışı çocuklara sahili nesepli çocukların hukuki durumunu vermek istemeyen akımın taraftarları, aile kurumunu, evlilik ilişkisini ve evlilik içi çocukları koruma amacını güderek aile otoritesini ve evlilik dışı çocukların hukuki durumlarının iyileştirilmesinin, aile yuvasını zarara uğratacağını, evli olmayan kadının çocuğu ile birlikte veya çocuk vasıtasıyla evli bir erkeğin yuvasına karışma girişiminin aile düzenini yıkabileceğini savunurlar. Ayrıca, evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında eşitliğin kurulmasının evlenme ile serbest birleşme arasındaki sınırların ortadan kalkması gibi tehlikeli bir sonuca götüreceği ve bu tür çocukların hukuki durumlarının iyileştirilmesinin, evlilik dışı ilişkilerde, bu durumda olanların çocuk yapmama konusundaki duyarlıklarına ve çocuk yapmaktan çekinmelerine sebep kalmayacağı görüşündedirler.*" Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (1989), S.23, Ankara: Başbakanlık Basımevi, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20398.pdf> (11 Kasım 2020).

³²¹ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 25. ve 16. maddeleri, Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'nın 17. maddesi ve Birleşmiş Milletler Teşkilatı Ekonomik ve Sosyal Kurulu'nun 18/5/1973 tarihli kararı.

gibi isimlerle çıkarılan yasalarla³²² gayri sahih nesepli çocukların durumlarının iyileştirilmeye çalışıldığına değinmiştir.³²³

İptali istenen düzenlemeyi Anayasa'ya uygunluk yönünden inceleyen³²⁴ Mahkeme; 21.05.1981 tarihli benzer bir konuda vermiş olduğu karara³²⁵ da atıfta bulunarak; evlilik içi ve evlilik dışı çocukların anaları bakımından miras paylarında bir fark olmazken, babaları bakımından gayri sahih nesepli çocukların sahih nesepli çocukların yarı oranında miras payına sahip olmalarının haklı bir nedene dayanmadan yapılan bir ayırım olduğuna karar vermiştir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "*Sahih olmayan nesepte miras*" başlıklı 443. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin ve ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna oyçokluğuyla karar vermiştir.³²⁶

³²² İlk kez Cumhuriyetin ilânının onuncu yılı nedeniyle 1933 yılında 2330 sayı ile kabul edilen "Af Kanunu"nu, 1934 yılında 2576 sayılı, 1945 yılında 4727 sayılı, 1950 yılında 5524 sayılı, 1956 yılında 6652 sayılı, 1965 yılında 554 sayılı, 1974 yılında da 1826 sayılı kanunlar ile 1981 yılında 2526 sayı ile çıkarılan kanun izlemiştir.

³²³ 1826 sayılı Tescil Edilmeyen Birleşmeler ve Bunlardan Doğan Çocukların Cezasız Tescili Hakkında Kanun, (28 Haziran 1974), Resmi Gazete (Sayı:14927), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14929.pdf> (11 Kasım2020).

³²⁴ Anayasa Mahkemesi 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "*Sahih olmayan nesepte miras*" başlıklı 443. Maddesini Anayasa'nın "*Kanun önünde eşitlik*" başlıklı 10., "*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*" başlıklı 12., "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlıklı 13., "*Mülkiyet hakkı*" başlıklı 35. ve "*Ailenin korunması*" başlıklı 41. maddeleri yönünden incelemiştir.

³²⁵ "*Ana rahmine düştüğü sırada babası annesinden başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay bir ayırım yaparak, birine: çocuğu babaya karşı nesepsiz duruma düşürürken, ikincisine babasına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanma olanağı tanınması eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi, bunun haklı nedeni de gösterilemez. Aile birliğinin korunması savı konuyla doğrudan ilgili olmaması dolayısıyla haklı bir neden olarak ileri sürülemez. Bir grup çocuğu iterek, horlayarak, onları kimi temel haklardan yoksun bırakarak aile birliğinin korunacağını düşünmek, bu sosyal olguya, gerçekçi bir yaklaşım olamaz. Çünkü aile birliğini tehlikeye atan ve huzursuzluk yaratan bu tür çocuklara kimi temel hakların tanınması değil, bu duruma zemin hazırlayan normal olmayan kadın - erkek ilişkilerinin var olması ve sürmesidir. Çocuk bu tür ilişkilerin etkeni değil ancak ürünüdür. Toplum yaşamında önemli olan, bu tür ilişkilerin sonucu doğan çocuğu, toplum dışına iterek ve kimi haklardan yoksun kılarak cezalandırmak değil, onu ortaya çıkaran anormal ve toplumun değer yargıları açısından da ahlâklı davranış sayılmayan ilişkileri yok etmektir. Nitekim Birleşmiş Milletler Örgütü Ekonomik ve Sosyal Kurulu'nun 18/5/1973 günlü kararında, sahih ve sahih olmayan nesepli çocukların eşit hukuksal duruma sahip olmaları ilke olarak benimsendiği" Anayasa Mahkemesi'nin 21.05.1981 tarihli, E.1980/29 ve K.1981/22 sayılı kararı.*

³²⁶ Birinci fıkranın ikinci cümlesinin iptali isteminde yer alan karşı oy yazıları: Dört üye karşı oy yazılarında özetle; Türk toplumunda ailenin bir erkek ve bir kadının evlenmesinden ve onların çocuklarından oluştuğunu, Anayasa'nın benimsediği ve koruma altına aldığı ailenin de bu tür bir aile olduğu, çoğunluk tarafından iptaline karar verilen hükmün zinayı ve zina mahsulü çocukların çoğalmasını önleyen önemli bir hüküm olduğunu, gayri sahih nesepli çocukların yarı oranda miras payı almalarının sosyal ve ekonomik gerçekler göz önünde tutularak düzenlenen bir hüküm olduğunu, aile bireylerinin gayret ve katkılarıyla elde edilen mal varlığında hiçbir katkısı bulunmayan gayri

Mahkeme, kararında özetle; sahih ve gayri sahih çocukların miras hakkının farklı şekillerde düzenlenmesinin ne kamu yararına ne de Anayasa'nın 13. maddesinde sayılan nedenlere uygun bir sınırlama olmadığını, bu düzenleme ile genel ahlakın korunmasının da sağlanamayacağını, mirasın ikili birli paylaşımı ile de kamu yararı amacından ziyade evlilik içi doğan çocuklara üstünlük sağlama amacına yönelindiğini ancak bu yönelimin de evlilik dışı birliktelikleri önlemediğini, Medeni Kanun'un kabulünden itibaren nesebin idari yoldan düzeltilmesini sağlayan çok sayıda af kanununun çıkarılmış olması ve evlilik akdine dayanmayan birlikteliklerin sayısındaki artışın da bunun göstergesi olduğunu, ana ve çocukları korumanın Devlete bir ödev olarak yüklendiğini, sahih ve gayri sahih nesepli çocuklar hakkında farklı düzenlemeler olmasının kanun koyucu tarafında da Anayasa ile uyumlu olmadığının farkında olunarak af yasaları çıkarılması yoluyla Medeni Kanun'un koyduğu bir yasağı askıya almasının söz konusu olduğunu, itiraz konusu kuralın iptali halinde ailenin bundan zarar göremeyeceğini, aksine mevcut düzenlemenin

sahi nesepli çocuğun sahi nesepli çocuklar ile eşit miras payı almasının toplumu rahatsız edeceği, düzenlemenin iptali ile eşitlik değil aksine eşitsizliğe ve haksızlığa sebep olunacağını belirterek 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "*Sahi olmayan nesepte miras*" başlıklı 443. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir. Bir üye ise karşı oy yazısında özetle; Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurma hakkının asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girdiğini, mirasçılık belgesi vesilesiyle itiraz yoluna başvuran sulh hukuk mahkemesinin böyle bir yetkisini olmadığını, bu sebeple de öncelikle yetki yönünden davanın reddinin gerektiğini, esas yönünden ise iptali istenilen düzenlemenin mevcut hali ile ve tek başına Anayasa ile konulan bir mecburiyeti bertaraf eden ve böyle bir mecburiyete uyulmasını önleyen nitelikte olmadığını ve Anayasa'ya aykırılığın söz konusu olmadığını belirtmiştir.

İkinci fıkranın iptali isteminde yer alan karşı oy yazıları: Dört üye karşı oy yazılarında özetle; Türk toplumunda ailenin bir erkek ve bir kadının evlenmesinden ve onların çocuklarından oluştuğunu, Anayasa'nın benimsediği ve koruma altına aldığı ailenin de bu tür bir aile olduğu, çoğunluk tarafından iptaline karar verilen hükmün zinayı ve zina mahsulü çocukların çoğalmasını önleyen önemli bir hüküm olduğunu, gayri sahi nesepli çocukların yarı oranda miras payı almalarının sosyal ve ekonomik gerçekler göz önünde tutularak düzenlenen bir hüküm olduğunu, aile bireylerinin gayret ve katkılarıyla elde edilen mal varlığında hiçbir katkısı bulunmayan gayri sahi nesepli çocuğun sahi nesepli çocuklar ile eşit miras payı almasının toplumu rahatsız edeceği, düzenlemenin iptali ile eşitlik değil aksine eşitsizliğe ve haksızlığa sebep olunacağını belirterek 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "*Sahi olmayan nesepte miras*" başlıklı 443. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir. Bir üye ise karşı oy gerekçesinde özetle; 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "*Sahi olmayan nesepte miras*" başlıklı 443. maddesinin birinci fıkrasında ana ve baba yönünden mirasçılık sıfatının, ikinci fıkrasında ise miras payı oranının belirlendiğini, ikinci fıkranın iptali ile davadaki istemin aşıldığını ve kanunda bir boşluk oluştuğunu belirterek yeni bir düzenleme için kanun koyucuya süre verilmesi gerektiğini, ikinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (1989), S.23, Ankara: Başbakanlık Basımevi, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20398.pdf> (11 Kasım 2020).

devamı halinde, evlilik dışı bir birliktelik sonucunda doğacak çocuğun soyadını taşımayacağını, mirasçısı olamayacağını bilen bir kişinin hiç bir sorumluluk duymaksızın bu tür bir ilişkiye girebileceğini, itiraz konusu kuralın evlilik dışı birliktelikleri engellemek yerine sorumluluk yüklemeyen bu haliyle teşvik edebileceğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi ve karşı oy kullanan üyelerin gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde Devlin ve Hart tartışmasının karara da yansıdığı görülmektedir. Çoğunluğun Hart'a paralel olan görüşleri ile uluslararası metinlere, önceki kararlara ve hukukun genel ilkelerine yaptığı atıflarla toplumca ahlaksız kabul edilen evlilik dışı birlikteliklerin neticesinde dünyaya gelen çocukların cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Ancak dikkat edilmelidir ki söz konusu iptal kararı onbir üyenin beşinin karşı çıkışı ile oyçokluğuyla alınmıştır. Yani karşı oy kullanan ve kararın neticesi açısından azınlıkta kalan Devlin'e paralel görüşlere sahip üyelerin sayısı da azımsanmayacak derecedir. Bu görüşlerde de tıpkı Devlin gibi toplumun bir genel ahlakı olduğu, ailenin kutsal olduğu, ahlaksızlık olarak görülen evlilik dışı ilişki neticesinde dünyaya gelen çocukların da bu ahlaksızlıktan dolayı cezalandırılmaları gerektiği yer almaktadır.

3.6 Müstehcenlik

Müstehcenlik, en az kendisi kadar belirsiz ve göreceli kavramlar ile tanımlanmıştır. Hukuk dünyasında “*halkın ar ve haya duygularını rencide eden, cinsi arzuları tahrik ve istismar eden, genel ahlaka aykırılık*”³²⁷ şeklinde tanımlanan müstehcenlik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*” başlığı altında 226. maddesi kapsamında suç olarak kabul edilmiş. Tanımından da anlaşılacağı üzere belirsiz ve göreceli bir kavram olan müstehcenlik; zamana,

³²⁷ Taner S. ve Sarı M. (2014), *Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?*, Umut Vakfı - Hukukun Gençleri Sempozyumu Dizisi 5 “Edebiyat ve Sanata Sansürde Yargı Kararları”, Eskişehir.

mekana, topluma ve toplumdaki çeşitli gruplara ve bireylere göre değişkenlik göstermektedir. Bu değişkenliği sebebiyle de hem ceza hukukunun en temel özelliği olan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmekte ve dolayısıyla da temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından da sakıncalı bir durum yaratmakta³²⁸ hem de cezalandırma alanının çok geniş olması sonucunu doğurmaktadır. Örneğin Dünyada ve ülkemizde birçok eser³²⁹ müstehcenlik gerekçesiyle yasaklanmıştır.

Türkiye’de yasaklanan eserler “*halkın ar ve haya duygularını incitme*” gerekçesiyle, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu³³⁰ tarafından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 226. maddesi kapsamında suç olarak düzenlenen müstehcenlik sebebiyle yasaklanmıştır.³³¹

Kurul, eserleri sanatsal, edebi, bilimsel ya da Türk Ceza Kanunu açısından inceleyerek müstehcenlik içerip içermediğine karar vermektedir. Ancak kurulun bazı kararlarında oldukça dikkat çekici ifadeler vardır. Örneğin; kurul bir raporunda “...*Toplumumuzun ahlak anlayışı ve kuralları ile örf ve adetleri...*” ifadelerine yer vererek çıplaklığı müstehcenlik olarak kabul etmiştir. Bir başka kararında³³² da

³²⁸ Taner S. ve Sarı M. (2014), *Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?*, Umut Vakfı - Hukukun Gençleri Sempozyumu Dizisi 5 “Edebiyat ve Sanata Sansürde Yargı Kararları”, Eskişehir.

³²⁹ Dünya’nın değişik ülkelerinde yasaklanan eserlere birkaç örnek: George Orwell’in 1984 adlı eseri İngiltere ve ABD’de, Voltaire’in 1759’da yayımladığı *Candide* adlı eseri, James Joyce’un 1922 tarihli *Ulysses* adlı eseri, John Cleland’ın 1748 tarihli *Fanny Hill Bir Zevk Kadınının Anıları* adlı eseri ve Henry Miller’in 1934 tarihli *Yengeç Dönencesi* adlı eseri ABD’de, Aldoux Huxley’in *Cesur Yeni Dünya* adlı eseri İrlanda’da, Ortaçağa ait anonim bir eser olan *Binbir Gece Masalları* 1926-1950 yılları arasında ABD’de ve İran ve Afganistan da ise günümüzde ve Nabokov’un *Lolita* adlı eseri de Fransa, İngiltere, Kanada, Yeni Zelanda, Güney Amerika ve Arjantin’de müstehcenlik gerekçesiyle yasaklanmıştır. Türkiye’de yasaklanan eserlere birkaç örnek: 1980 yılında CanYücel’in *Renkahenk* adlı eseri, Pınar Kür’ün *Yarın Yarın* adlı eseri, Ahmet Altan’ın *Sudaki İz* adlı eseri, Çetin Altan’ın *Bir Avuç Gökyüzü* adlı eseri ve Serge Bramly’nin *Yatak Odasında Terör Marquis de Sade* adlı eseri müstehcen olduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır. Taner S. ve Sarı M. (2014), *Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?*, Umut Vakfı - Hukukun Gençleri Sempozyumu Dizisi 5 “Edebiyat ve Sanata Sansürde Yargı Kararları”, Eskişehir.

³³⁰ Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu (<https://www.ailevecalisma.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/kanunlar/kucukleri-muzir-nesriyattan-koruma-kanunu.pdf> - Erişim Tarihi: 15.11.2020)

³³¹ Taner S. ve Sarı M. (2014), *Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?*, Umut Vakfı - Hukukun Gençleri Sempozyumu Dizisi 5 “Edebiyat ve Sanata Sansürde Yargı Kararları”, Eskişehir.

³³² Kurulun incelediği ve müstehcen olduğuna karar verdiği eser Chuck Palahniuk’un *Tikanma* adlı eseridir. Kurul bir başka kararında da yazarın *Ölüm Pornosu* adlı eserini “*halkın ar ve haya duygularını incitmesi, cinsi arzuları istismar etmesi*” gerekçesiyle müstehcen bulmuştur.

eserde “*penis*” ve “*sünnet derisi*” ifadeleri geçtiği için eserin dilinin estetiklikten uzak ve edebi anlatımlara sahip olmadığını belirterek müstehcen olduğuna karar vermiştir. “*halkın ar ve haya duygularını incitmesi, cinsi arzuları istismar etmesi*” gerekçesiyle müstehcen olduğuna karar verilen bir başka eser hakkında ise Savcılık tarafından soruşturma başlatılmış ve eseri Türkçeleştiren çevirmen ifade vermek üzere gittiği karakolda polis memurlarının “*utanmıyor musun bunları yazmaya*” sorusu ile karşılaşmıştır. Dünyaca ünlü bir başka eser³³³ de yine Kurul tarafından “*cinsel uzuvların tarifinde başkalaştırılmaya gidilmediği*” gerekçesiyle müstehcen bulunmuş ve yasaklanmıştır.³³⁴

226. maddenin gerekçesine³³⁵ baktığımızda, amaçlananın çocukları zararlı yayınlara karşı korumak olduğu belirtilmiştir. Diğer ülkelerdeki benzer

³³³ Marquis de Sade’nin Yatak Odasında Felsefe adlı eseri de kurul tarafından müstehcen bulunmuştur.

³³⁴ Taner S. ve Sarı M. (2014), *Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?*, Umut Vakfı - Hukukun Gençleri Sempozyumu Dizisi 5 “Edebiyat ve Sanata Sansürde Yargı Kararları”, Eskişehir.

³³⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde 226 - Gerekçesi- Madde metninde, müstehcenlik ve çocukların bu tür zararlı yayınlara karşı korunmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Normatif (değerlendirilebilir) bir unsur niteliğini taşıyan müstehcenlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde, toplumda egemen olan değer ölçüleri ve yukarıdaki madde gerekçesinde hayâsızca hareketler kavramına yönelik olarak yapılan açıklamalar, göz önünde bulundurulmalıdır. Maddenin birinci fıkrasında müstehcenlikle ilgili çeşitli davranışlar, suç olarak tanımlanmıştır. Fıkranın (a) bendinde, bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin verilmesi ya da bunların içeriğinin gösterilmesi, okunması, okutulması veya dinletilmesi; (b) bendinde ise, bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösterilmesi, görülebilecek şekilde sergilenmesi, okunması, okutulması, söylenmesi veya söylenmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Fıkranın (c) bendine göre, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz edilmesi, suç oluşturmaktadır. (d) bendine göre, bu ürünler, ancak, bunların satışına özgü alışveriş yerlerinde, erişkin kişilere satılabilir veya kiraya verilebilir. Bu itibarla, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa veya kiraya arz edilmesi, satılması veya kiraya verilmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Fıkranın (e) ve (f) bentlerine göre; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak başkalarına verilmesi veya dağıtılması ya da reklamının yapılması, suç oluşturmaktadır. Seçimlik hareketler olan bu fiillerin işlenmesi suretiyle bir kazanç elde edilebileceği için, bu suçun karşılığında hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da öngörülmüştür. Maddenin ikinci fıkrasında, müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Üçüncü fıkra, müstehcenliğe karşı çocukları korumaya yönelik iki ayrı suç tanımına yer verilmiştir. Bunlardan birincisi; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suretiyle oluşmaktadır. İkinci suç ise, bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, ihracı, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması fiillerinden birinin işlenmesiyle oluşmaktadır. Dördüncü fıkra göre; şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya bulundurulması fiilleri suç oluşturmaktadır. Bu hükümle,

düzenlemelere baktığımızda ise; söz konusu düzenlemelerin cinsel özgürlüğe karşı suçlar, küçüklere karşı tehlike içeren suçlar gibi başlıkların altında düzenlendiğini görüyoruz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenen “*müstehcenlik*” suçu ile kanun koyucunun amaçladığının Devlin’in de dediği gibi ceza hukukunun işlevinin en nihayetinde bir ahlak ilkesini dayatmak olduğu göze çarpmaktadır.³³⁶

Bu defa ahlaksızca kabul edilen “*eser*” olarak karşımıza çıkmakta ve “*...Toplumumuzun ahlak anlayışı ve kuralları ile örf ve adetleri...*”ne uygun olmadıkları için yasaklanarak cezalandırılmakta ve “*fail*” ile Türkçeleştirme suretiyle ilişkisi olan kadın çevirmen ise ahlaksızlık karşısında toplumun sözcüsü kesilen polis memurlarının “*utanmıyor musun bunları yazmaya*” soruları ile toplum tarafından cezalandırılmaktadır. Müstehcenliğin yukarıda da değindiğimiz üzere belirsiz ve göreceli kavramlar ile ifade edilmesinin bir sonucu olarak yapılacak her değerlendirmede karşımıza toplum ahlakı, toplumun ahlakını korumak için müdahale etmesi ve ahlaksızlığın hukuk ve toplum eliyle cezalandırılması çıkmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Müstehcenlik*” başlıklı 226. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan “*...doğal olmayan yoldan...*” ibaresi de düzenlemenin tartışmalı olan bir diğer noktasıdır. Düzenleme³³⁷ ve düzenlemenin gerekçesi³³⁸

belirtilen içerikte olan ürünler açısından mutlak bir yasak getirilmiştir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; üç ve dördüncü fıkralardaki suçların konusunu oluşturan ve müstehcenlik bakımından mutlak yasak kapsamına giren ürünlerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması, yayınlanmasına aracılık edilmesi ya da çocukların görmesinin, dinlemesinin veya okumasının sağlanması, ayrı bir suç oluşturmaktadır. Son fıkrada ise, bu madde kapsamında tanımlanan suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı kabul edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 226 gerekçesi, [turkhukuk sitesi.com, https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1335#:~:text=Ki%C5%9Fi%2C%20alt%C4%B1%20aydan%20iki%20y%C4%B1la,adl%C3%AE%20para%20cezas%C4%B1%20ile%20cezal and%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r](https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1335#:~:text=Ki%C5%9Fi%2C%20alt%C4%B1%20aydan%20iki%20y%C4%B1la,adl%C3%AE%20para%20cezas%C4%B1%20ile%20cezal and%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r) (15 Kasım 2020).

³³⁶ Taner S. ve Sarı M. (2014), *Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?*, Umut Vakfı - Hukukun Gençleri Sempozyumu Dizisi 5 “Edebiyat ve Sanata Sansürde Yargı Kararları”, Eskişehir.

³³⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde 226/4 - Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne

birlikte değerlendirildiğinde devletin toplumda geçerli olan ahlaki yargıları ideal ve kusursuz kabul ettiği görülmektedir. Paternalist bir yaklaşım ile kişileri kendilerinden dahi korumaya çalışan kanun koyucunun düzenlemenin temellerini bu ahlaki yargılara dayandığını ve bu değerleri korumaya çalıştığını da söyleyebiliriz.³³⁹

Müstehcenliğin düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 226. maddesi genel anlamda sorunlu bir düzenleme olsa da en büyük sorunun dördüncü fıkra da yer alan “...doğal olmayan yoldan...” ifadesi olduğunu belirtmek gerekiyor. Düzenleme “*şiddet kullanarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde*” yani rıza gösteremeyecek varlıklar ile cinsel davranışların sergilenmesinin cezalandırılacağı şeklinde başlarken; en az müstehcenliğin tanımı kadar belirsiz ve göreceli bir ifade olan ve içerisinde rıza gösterebilecek yetişkinlerin cinsel birlikteliklerinin nasıl olacağının belirlenmesini de barındıran “...doğal olmayan yoldan...” gerçekleştirilecek cinsel davranışların da cezalandırılacağını söylemektedir. Bu belirsizlik ve görecelilik ise kanunun uygulanması aşamasında verilecek kararın hâkimin kişisel değer yargılarına dayanacağını göstermektedir.³⁴⁰ Nitekim Yargıtay 14. Ceza Dairesi E.2011/21831E. ve 2011/11006K. sayılı kararında anal ve oral yoldan yapılan cinsel ilişkiyi doğal olmayan yoldan ilişki olarak kabul etmiştir. Oysaki anal veya oral ilişki eşcinsellere özgü bir ilişki türü olmayıp, heteroseksüellerin de tercih edebileceği bir ilişki türüdür. Anal ve oral ilişkinin doğal

kadar adli para cezası ile cezalandırılır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (12 Ekim 2004), Resmi Gazete (Sayı:25611), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/10/20041012.htm> (21 Ekim 2020).

³³⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde 226/4 - Gerekeşi - Dördüncü fıkra ya göre; şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya bulundurulması fiilleri suç oluşturmaktadır. Bu hükümle, belirtilen içerikte olan ürünler açısından mutlak bir yasak getirilmiştir. (<https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1335> – Erişim Tarihi: 15.11.2020)

³³⁹ Eryılmaz, K. (2015), *Türkiye Yargısının Ahlakla İmtihani: “Doğal Olmayan” İlişki*, Hukuk Kuramı, 2(5), s.15.

³⁴⁰ Kanunun uygulanmasında hâkimin kişisel değer yargılarının karara yansıtılmasının bir örneği olarak eşcinsel olduğu gerekçeyle iş akdi feshedilen işçinin açtığı işe iade davasının yerel mahkeme tarafından reddedilmesi ve yerel mahkeme kararının da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin E.2009/27672 ve K.2010/28528 sayılı kararı ile onanması verilebilir. Eryılmaz, B. (2020), *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Transseksüellik*, Ankara: Adalet Yayınevi s.54.

olmayan yoldan ilişkiler olarak kabul edilmesi neticesinde müstehcenlik suçunun oluşacağının söylenmesi açıklamaya ihtiyaç duymaktadır.³⁴¹

Böylesine hakimın kişisel değer yargılarına dayalı bir kavram olan “...doğal olmayan yoldan...” ibaresi en nihayetinde Anayasa’ya aykırılık gerekçesi³⁴² ile Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi başvuru konusu olan “...doğal olmayan yoldan...” ibaresinin suçun oluşumunda yapılması gereken seçimlik hareketleri ifade ettiğini belirterek, incelemeyi yerel mahkemede uygulanma ihtimali olduğunu düşündüğü “...depolayan...” ibaresi yönünden yapmaya karar vermiştir. Bu durum dahi 226. maddenin ve “...doğal olmayan yoldan...” ibaresinin belirsizliğinin ve göreceliliğinin kanıtıdır. Ayrıca yerel mahkeme tarafından aykırılık iddiasında bulunulan Anayasa maddeleri çerçevesinde değil, kendisinin öngördüğü Anayasa maddeleri³⁴³ kapsamında inceleme yapmıştır ve düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir.

Kararın gerekçesinde dikkat çekici bazı noktalar vardır. Öncelikle “belirlilik” ilkesinin önemine değinip, muhatapları tarafından belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğuracağının öngörülebilir nitelikte bir normun var olması olduğunu belirten Mahkeme; bunun da toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısı dikkate alınarak kanun koyucu tarafından gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. Ardından da Devlin’in görüşlerine paralellik oluşturacak şekilde

³⁴¹ Tanımlamada yardımcı olması için dosyanın tevzi edildiği bilirkişi tarafından uluslararası literatüre atıf yapılarak hazırlanan raporda “doğal olmayan” cinsel davranışların eşyalara uygulanan, çocukla veya hayvanlarla yapılan, acı çekerek veya çektirerek gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel organı teşhir, kamuya açık alanda kendini tatmin etme şeklinde yer almıştır. Burada görüleceği gibi ortak olan nokta, cinsel arzuya konu olan nesnelerin rıza belirtmeyecek olmalarıdır. Eryılmaz, B., s.53. Eryılmaz, K., s.16-17.

³⁴² “...doğal olmayan yoldan...” ibaresinin Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlıklı 12., “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17., “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. ve “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nde görülmekte olan bir davada iddia makamının mütalaası ile iptali istenmiştir. (https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf - Erişim Tarihi:15.11.2020)

³⁴³ Anayasa Mahkemesi incelemesini Anayasa’nın “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2., “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. ve “Suç ve cezalar ilişkisi esaslar” başlıklı 38. Maddeleri yönünden yapmıştır. (https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf - Erişim Tarihi:15.11.2020)

“müstehcenlik” başlıklı düzenleme ile korunmak istenen hukuki menfaatin, toplumun “ar ve haya duyguları” olarak da ifade edilen “genel ahlak” olduğunu belirtmiş; ancak genel ahlakın ne olduğu ve bu belirlemenin nasıl yapılacağı konusunda da Hart’ın görüşlerine yakın bir açıklama yapmıştır.

Soyut ve değişken olmasına da vurgu yaptığı genel ahlakı “...belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışdır.” şeklinde tanımlayan Mahkeme, genel ahlakın ve adaba aykırılığın tespitinde toplumun bir kesimi tarafından kabul edilen değer yargılarının değil, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun davranış kurallarının esas alınması gerektiğini de belirtmiştir. Açık fikirli, hoşgörülü, çoğulcu yaklaşımla ve özgürlükleri geniş bir şekilde yorumlayarak sınırlanmak istenilen davranışın demokratik toplumun ahlaki standartlarına etkisini değerlendirerek sınırlanabileceğini vurgulamıştır.³⁴⁴

Farklı şekillerde ortaya çıkabilecek olan “doğal olmayan yoldan” cinsel davranışların düzenlemede kanun koyucu tarafından tek tek sayılmasının mümkün olamayacağını, kişiden kişiye ya da toplumdan topluma “doğal olmayan yoldan” ibaresinin farklı değerlendirilebileceğini ancak düzenlemenin bir bütün olarak ele alındığında ve korunmak istenen hukuki değer, demokratik toplumun ahlaki standartları birlikte değerlendirildiğinde, “doğal olmayan yoldan” ibaresinin doktrin, uygulama ve yargı kararları ile belirlenerek anlam ve içerik kazanacağını belirterek; iptali istenen “doğal olmayan yoldan” ibaresinin “belirlilik” ve “kanunilik” ilkelerine aykırı olmadığına karar vermiştir.³⁴⁵

Düzenlemenin demokratik toplum düzenine aykırılığının değerlendirmesinde ise Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları

³⁴⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 01.01.2015 tarihli, E.2014/118 ve K.2015/35 sayılı kararı.

³⁴⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 01.01.2015 tarihli, E.2014/118 ve K.2015/35 sayılı kararı.

Mahkemesi kararlarından örnekler³⁴⁶ ile oyçokluğuyla iptal isteminin reddine karar vermiştir.³⁴⁷

Anayasa Mahkemesi'nin kararında asıl dikkat çekici olan ise karşı oy yazılarıdır. Başvuruda bulunan ilk derece mahkemesinin “...doğal olmayan yoldan...” ibaresinin muğlak ve belirsiz olması nedeniyle bu başvuruyu yaptığını ve incelemenin “...depolayan...” ibaresi yönünden yapılması kararına katılmadıklarını belirtmişlerdir.³⁴⁸ Bu da aslında ilk derece mahkemesinin talebinin ne olduğunun çok iyi anlaşıldığının; ancak Anayasa Mahkemesi'nin kendisinin de farkında olduğu belirsizliği gidermek istemediği sonucunu çıkarıyor karşımıza.

Bir başka karşı oy yazısında³⁴⁹ ise üyeler, Yargıtay içtihatlarında karşılıklı rızaya dayanan “*anal, oral, grup seks, lezbiyen ve eşcinsel*” ilişkilerin “...doğal olmayan yoldan...” yapılan cinsel davranışlar olarak görüldüğünü ve 226. madde kapsamında hüküm kurulduğunu, bu durumun da özel hayatın gizliliğine aykırı olduğunu ve özgürlükler konusunda sorun teşkil ettiğini belirtmişlerdir. İncelemenin talep edilen de başka bir yönde yapılmış olmasının da “...doğal olmayan yoldan...”

³⁴⁶ Demokratik toplum düzenine ilişkin davranışlar ölçütünün değerlendirilmesinde ise tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve bu Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları incelenebilir. AİHM, müstehcenlik kavramıyla ilgili genel ahlaka dayalı meşru sınırlama nedenini incelerken, ilgili toplumda geçerli genel ahlak kurallarının esas alınmasının doğal olduğunu kabul etmiş, fakat demokratik toplumda gereklilik bakımından bunun sınırını bazı ölçütlerle denetlemiştir. AİHM, müstehcen bulunan kitabın toplatılıp müsadere edilerek imha edilmesi hakkında yapılan bir başvuruda, kitabın, onu okuyacak çocukların ve büyüme çağındaki gençlerin ahlaki değerleri üzerinde zararlı etkileri olacağına yönelik iç hukuk uygulamasını AİHS'ne aykırı görmemiştir (*Handyside/Birleşik Krallık*, B.No:5493/72, 7.12.1976). AİHM eşcinsel ve hayvanlarla cinsel ilişkiyi kaba bir biçimde konu edinen resimlerin resim sergisinden çıkartılması ve bir süre el konulmasını meşru amaca uygun görürken, serginin ücretsiz olup, içeriği hakkında herhangi bir uyarı yapılmadan ve her yaştan kişiye açık olduğuna dikkat çekerek genel ahlakın korunmasıyla ilgili bu önlemin AİHS'ni ihlal etmediğine karar vermiştir (*Müller ve Diğerleri/İsviçre*, B.No:10737/84, 24.5.1988). AİHM internet yayını nedeniyle verilen ceza mahkumiyetini değerlendirdiği bir kararında ise diğer ülkelerde serbest olsa dahi aşırı müstehcen fotoğrafların web ortamında ücretsiz ön izleme sayfasında herkese erişilebilir kılınması nedeniyle verilen mahkumiyetin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine yönelik açılan davayı kabul edilemez bulmuştur (*Perrin/Birleşik Krallık*, B.No:5446/03, 18.10.2005). Anayasa Mahkemesi'nin 2014/118E., 2015/35K. ve 01.01.2015 tarihli kararı (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150418-10.pdf> - Erişim Tarihi: 15.11.2020)

³⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 01.01.2015 tarihli, E.2014/118 ve K.2015/35 sayılı kararı.

³⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 01.01.2015 tarihli, E.2014/118 ve K.2015/35 sayılı kararı.

³⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 01.01.2015 tarihli, E.2014/118 ve K.2015/35 sayılı kararı.

ibaresinin “*belirliliğinin*” olmadığını açıkça ortaya koyduğunu ve düzenlemenin iptali gerektiği, çoğunluğun kararına katılmadıklarını açıklamışlardır.

Diğer karşı oy yazısında ise 226. madde ile amaçlananın toplumu ve özellikle de çocukları müstehcenlikten korumak olduğunun anlaşıldığı; ancak düzenlemede suç teşkil eden ve etmeyen cinsel davranışların ayrımının yapılmadığını ve bu durumun da kuraldaki belirsizliği doğurduğu belirtilmiştir. Toplumdaki ahlaki standartlara uygun kabul edilmeyen davranışların ceza tehdidi ile önlenmeye çalışılmasının hem demokrasi ilkesi ile bağdaşmadığı hem de dinen ve ahlaken caiz olmadığı; böyle bir cezalandırmanın ise ilkel müdahaleleri meşru hale getireceğini belirtilmiş ve bu sebeple de çoğunluğun kararına katılmadığını açıklanmıştır.³⁵⁰

Başka bir karşı oy yazısında da cinsel davranışların kişilerin en mahrem alanlarından biri olduğu ve bunların “*doğal*” ve “*doğal olmayan*” şeklinde belirsiz ölçütlerle belirlenmesi ve sınırlamanın çoğunluk davranışlarının “*doğal*” kabul edilerek yapılmasının insan hakları ile bağdaşmadığı belirtilmiştir. Düzenlemenin uygulamada hatalı bir şekilde geniş yorumlanarak, Yargıtay içtihatlarında anal ve oral ilişkilerin de “*...doğal olmayan yoldan...*” cinsel ilişkiler olarak kabul edildiğine de değinerek; kişilerin cinsel faaliyetlerinin, tercihlerinin, davranışlarının onların mahremi olduğu ve Devletin tanımlanması imkânsız bir ibare ile bu alana müdahalede bulunmasının demokratik toplum düzeninde ölçüsüz bir müdahale olduğu belirtilmiştir.³⁵¹

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı ve karşı oy yazıları birlikte değerlendirildiğinde, on altı üyeden oluşan bir mahkeme heyetinde çoğunluğun kararına katılmayan yedi üye tarafından dört farklı karşı oy yazılan “*...doğal olmayan yoldan...*” ibaresinin ne kadar muğlak ve tanımlanması zor bir ibare olduğu

³⁵⁰Anayasa Mahkemesi’nin 01.01.2015 tarihli, E.2014/118 ve K.2015/35 sayılı kararı.

³⁵¹Anayasa Mahkemesi’nin 01.01.2015 tarihli, E.2014/118 ve K.2015/35 sayılı kararı.

anlaşılmaktadır. Her üyenin ifadesinde hem Lord Patrick Devlin'in hem de H.L.A. Hart'ın görüşlerine rastlanılsa da, çoğunluğun kararının Devlin'e, karşı oy yazılarının ise Hart'a daha yakın görüşler içerdiği görülmektedir.

Özellikle de çoğunluğun kararında yer alan korunmak istenen hukuki menfaatin, toplumun “*ar ve hayâ duyguları*” olarak da ifade edilen “*genel ahlak*” olduğu ve kararda geçem “*adaba aykırılık*”, “*toplumun ahlaki standartları*” gibi ifadeler Devlin'in de görüşlerini açıklarken sıklıkla kullandığı ifadelerdir. Karşı oy yazılarında yer alan bazı ifadeler de düzenlemenin sorunlu olduğunun bir göstergesidir.

Yargıtay içtihatlarında karşılıklı rızaya dayanan “*anal, oral, grup seks, lezbiyen ve eşsinsel*” ilişkilerin “*...doğal olmayan yoldan...*” yapılan cinsel davranışlar olarak görülmesi, cinsel davranışların kanun koyucu tarafından “*doğal*” ve “*doğal olmayan*” şeklinde belirsiz ölçütlerle belirlenmesi, toplumdaki ahlaki standartlara uygun kabul edilmeyen davranışların ceza tehdidi ile önlenmeye çalışılmasıyla ahlakın hukuk eliyle dayatılması ve bu durumun ilkel müdahaleler olarak kabul edilen toplumun kendi ahlakını korumak amacıyla harekete geçmesini meşru hale getireceği ve Devletin tanımlanması imkânsız bir ibare ile bu alana müdahalede bulunması Devlin'in görüşlerinin söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı ile Türk Hukuku'na ne denli girdiğinin açık göstergesidir.

Düzenlemenin hem demokrasi ilkesi ile hem insan hakları anlayışı ile bağdaşmadığını hem de dinen ve ahlaken caiz olmadığını, özel hayatın gizliliğine aykırı olduğunu, özgürlükler konusunda sorun teşkil ettiğini, “*...doğal olmayan yoldan...*” ibaresinin “*belirliliğinin*” olmadığını, kişilerin cinsel faaliyetlerinin, tercihlerinin, davranışlarının onların mahremi olduğunu yani kişilerin özel bir ahlaksızlık alanına sahip olması gerektiğini söyleyen H.L.A. Hart'ın görüşlerini

içeren gerekçeler ise azınlıkta kalmış ve birer karşı oy olarak söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında yer almışlardır.

SONUÇ

Ahlaksızlığın cezalandırılması konusunda Türk Hukuku'nda ne yasa koyucu ne de yasa uygulayıcıları tarafından gerçekleştirilen ve Devlin ve Hart'a doğrudan atıfta bulunulan bir tartışma yoksa da; çalışmada yer verilen örnek kanuni düzenlemeler ve mahkeme kararlarının söz konusu tartışmanın taraflarının görüşlerine olan benzerlikleri çarpıcıdır. Ahlaksızlığın cezalandırılmasının Türk Hukuku'na yansması daha birçok örnek ile örneklendirilebilir bir konudur; ancak çalışmada özellikle Türk toplumunda sıklıkla karşılaşılan ve çok sayıda yargı kararına konu olmuş spesifik birkaç örnek ele alınmıştır.

Bu örnekler incelenmeden önce ise ahlaksızlığın cezalandırılması düşüncesinin çıkış noktası olan İngiltere'de Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite tarafından hazırlanan Wolfenden Raporu'na ve benzer konularda tartışmalar yürüten John Stuart Mill ve Sir James Fitzjames Stephen ile Lord Patrick Devlin ve H.L.A. Hart'ın tartışmalarındaki argümanlara değinilmiş ve en nihayetinde de bu sürecin kanun koyucu ve kanun uygulayıcıları vasıtasıyla Türk Hukuku'na nasıl yansıdığı incelenmiştir.

Tarihte kutsal bir görev olarak görülen “*fahişelik*” zamanla değişime uğrayarak kimi ülkelerde suç olarak düzenlenmelerde yer bulurken, kimi ülkelerde ise ahlaksızlık olarak tanımlanmış. Mülga Ceza Kanunu'nda mağdurun fahişe olduğu durumlarda failin cezasında yapılan indirim ile fahişelik dolaylı olarak cezalandırılmıştır. Oysaki bir ceza yargılamasında mağdurun özel durumu dikkate alınmaksızın, fail ve yargılamaya konu olay tartışılmalı ve tayin edilecek ceza buna göre belirlenmelidir. Yürürlükteki Ceza Kanunu'nda ise salt fahişelik ahlaksızlık olarak tanımlanırken; fahişeliği destekleyen, yardım eden eylemler ceza kanunlarında

yer almıştır. Bu durum da kanun koyucunun önceki hatalı yaklaşımını terk ederek, bireylerin cinsel özgürlüklerine saygı gösterdiğini; ancak topluma etki edebilecek ve toplumun doğrudan olmasa da dolaylı yoldan zarara uğrayacağını düşündüğü noktada Lord Patrick Devlin'in de bakış açısına benzer bir şekilde cezalandırılmalarını öngörmüştür.

Ahlaksızlığın toplum eliyle cezalandırılmasının en çarpıcı örneği ise orta doğu ülkelerinde ve maalesef ülkemizde de görülen “*namus cinayetleri*”dir. Erkek egemen bir toplum ve hukuk sistemine sahip ülkemizde kadın bedenine yapıştırılan namus kavramı neticesinde kadınlar en yakınlarının fail olduğu cinayetlere kurban gitmiştir ve toplumsal cinsiyet kavramından ayrı düşünemeyeceğimiz bu durum hala devam etmektedir. Mülga Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemelerde failin mağdurun yakını olması ve cinayeti namus saikiyle işlemiş olması cezasında indirim gerekçesi yapılmış ve başka bir suçun mağduru dahi olsa ahlaksızlık söz konusu olduğunda hep kadın cezalandırılmıştır.³⁵² Yürürlükteki Ceza Kanunu'nda ise bu yanlış bakış açısı ve uygulama terk edilerek, çağdaş dünya görüşüne paralel bir şekilde kadının cinsel özgürlüğünün kontrolü aile erkeklerinin elinden alınarak kadına verilmiş ve namus kisvesi altında işlenecek cinayetlerde söz konusu saik cezanın ağırlaştırıcı unsuru olarak yer almıştır. Böylelikle kanun koyucunun bakış açısının da daha bireyci ve özgürlükçü bir gelişim sergileyerek, H.L.A Hart'ın da desteklediği Wolfenden Raporu'nun sonuçlarından biri olan bireylerin, kimsenin müdahale edemeyeceği bir özel ahlaksızlık alanlarının olduğu görüşüne yaklaştığı görülmüştür.

³⁵² Türkiye’de kadınlar her gün öldürülüyorlar. Genelde bu cinayetlerin gerekçeleri de fail tarafından “*namus*” olarak ifade ediliyor. Son 10 yılda gerek namus adı altında gerekse başkaca bahanelerle 1964 kadın öldürüldü. Kadın Cinayetleri, <https://kadincinayetleri.org/> (29 Ağustos 2021) Şiddetten Ölen Kadınlar İçin Dijital Anıt, <http://anitsayac.com/> (29 Ağustos 2021)

“Kürtaj” tüm dünyada tartışmalı bir konu olsa da Türkiye’deki durumu kendine has bazı özellikler barındırmaktadır. Türk toplumu tarafından hamile kadının ilk günden itibaren anne, ceninin ise çocuk olarak görülmesi, Türk Hukuku’ndaki kanuni düzenlemelere de yansımış ve bu görüşe paralel olarak kanuni düzenlemelerde de hamile kadın “anne”, cenin ise “çocuk” olarak yer almıştır. En temel insan hakkı olan yaşama hakkı ile kadının vücudu üzerinde mutlak tasarrufta bulunma hakkı arasında bir denge kurulmasını gerektiren bu durum karşısında kanun koyucu, kürtaj için bir süre tayin ederek gerekli dengeyi kurmaya çalışmıştır. Mülga ve yürürlükteki ceza kanunları karşılaştırıldığında aralarında pek bir fark yoksa da kadının mağduru olduğu bir suç neticesinde hamile kalması halinde daha uzun bir kürtaj süresi öngörülerek, istenmeyen gebeliğin sonlandırılması hakkı pozitif bir gelişim olarak karşımıza çıkmıştır. Kanun koyucu tarafından kanun yapım tekniklerine uygun bir şekilde açık ve anlaşılabilir kanuni düzenlemeler yapılsa da; çalışmamızda yer alan örnek yargı kararında da olduğu gibi, kanun uygulayıcılarının kişisel dünya görüşleri ve kürtaj konusuna yaklaşımları neticesinde mağduriyetlerin yaşandığı görülmüştür. Tüm bunların yanı sıra kanun koyucunun Ceza Kanunu’nun gerekçesinde yer alan “...toplumun ihtiyaçlarını karşıladığı...” ibaresi ve kürtajı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da da düzenlemesi, konunun sadece ceninin yaşam hakkı ve kadının vücudu üzerinde mutlak tasarrufta bulunma hakkı olmadığını, aynı zamanda Devlin’in görüşlerine yakınlık sergileyen bir “Devlet Politikası” olduğunu bize göstermiştir.

Hem kanuni düzenlenme şekilleriyle hem de söz konusu düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılığının tespitinde yer alan gerekçeler nedeniyle tartışma konusu olan bir diğer örnek de “zina”dır. Mülga Ceza Kanunu’nda cinsiyet ayırımına dayanan düzenlemeler ile kadının bedenine yüklenen “ahlak”ın ve aynı eylemi

gerçekleştiren erkeğin “*elinin kiri*” olmasının en net örneğidir. Ayrıca söz konusu kanuni düzenlemeler sadece düzenlenme şekilleri nedeniyle değil, aynı zamanda Anayasa’ya aykırılıkları noktasında verilen kararların gerekçeleri nedeniyle de tartışma konusu olmuştur. Erkeğin zinasının yer aldığı düzenlemenin iptal gerekçesinde Anayasa ve Anayasal haklardan bahsedilirken; kadının zinasının yer aldığı düzenlemenin iptal gerekçesinde karşı oy yazılarında aileyi koruma ve aile namusu kadına bir görev olarak yüklenmeye çalışılmış, toplumun ise kadının zinasından zarar gördüğü ifade edilmiştir. En nihayetinde iptaline karar verilen zina düzenlemeleri yürürlükteki Ceza Kanunu’nda yer almamış ve çağdaş hukuk devletine uygun bir şekilde kişilerin cinsel özgürlüklerine saygı duyularak, zina eylemi sadakatsizlik olarak yasal düzenlemelerde haklı bir boşanma nedeni olmuştur. Kanun koyucunun bu gelişimi ile kişilere kimsenin müdahale edemeyeceği bir özel ahlaksızlık alanı olduğunu kabul ettiği ve Hart’ın görüşlerine paralellik gösterdiği tespit edilmiştir.

“*Sahih olmayan nesepte miras*” ise ahlaksızlığın cezalandırılması noktasında Türk toplumunu etkileyen bir diğer örnektir. Burada dikkat çekici olan ise evli olmayan kişilerin cinsel birlikteliklerinin ahlaksızlık olarak kabul edilip, bu ahlaksızlığın cezalandırılması noktasında ise ahlaksızlığın taraflarının değil, bu birliktelikten doğan çocuğun cezalandırılmasıdır. Söz konusu düzenleme her ne kadar bir ceza kanunu düzenlemesi olmasa da hukukun genel ilkelerinden olan “*suçta ve cezada kanunilik*”, “*cezanın bireyselliği*” ve “*sorumluluğun şahsiliği*” gibi ilkelere aykırı bir şekilde evlilik dışı doğan çocuğu ekonomik anlamda da olsa cezalandırmıştır. Söz konusu düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı gerekçesiyle iptali ve sonrasında benzer bir düzenlemeye Türk Hukuku’nda yer verilmemiş olması; kanun koyucunun Devlin’in görüşlerine paralel bir şekilde toplumun bir genel ahlakı

olduğu, ailenin kutsal olduğu dűşüncesi ile ahlaksızlık olarak görűlen evlilik dışı ilişki neticesinde dünyaya gelen çocukların da bu ahlaksızlıktan dolayı cezalandırılmaları gerektiği görüşünden uzaklaştığını ve çağdaş hukuk düzenine uygun bir yaklaşıma sahip olduğunu bize göstermiştir.

Çalışmamızdaki son örnek olan “*műstehcenlik*” ise en az kelimenin kendisinin sahip olduğu belirsizlik ve görecelilik ile kanuni düzenlemelerde hala yer almaktadır. Düzenlemedeki “...*doğal olmayan yoldan...*” ibaresi hakkında her ne kadar Anayasa Mahkemesi’ne Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal talebinde bulunulsa da, kavram ve düzenlemede var olan belirsizlik ve görecelilik Mahkeme’nin kararına da yansımış ve iptal talebi reddedilmiştir. Bunun neticesinde bugün dahi söz konusu düzenleme kanun uygulayıcılarının bakış açısına, dünya görüşüne, “...*doğal olmayan yoldan...*” ibaresine yaklaşıma göre farklı sonuçlar doğurmaktadır. Kanun koyucunun her durumu düzenleyerek kazuistik kanunlar yapması hem çağdaş dünyaya uygun değildir hem de mümkün değildir. Kanuni düzenlemelerde kanun koyucu tarafından kasten ya da zorunlulukla bırakılması gereken kanuni boşluklar olması doğaldır; ancak “*műstehcenlik*” ve “...*doğal olmayan yoldan...*” ibareleri gibi son derece kişisel algılara ve görüşe bağlı kavramların kanuni düzenlemelerde yer alması kanun yapma tekniklerine uygun değildir. Çalışmada yer alan bu örnek ile de tek bir kanuni düzenleme altında istenildiğinde sayısız olayın toplanabileceğini, olayı irdeleyen kanun uygulayıcısının kişisel görüşleri doğrultusunda da cezanın miktarının belirleneceğini ve bu durumun bir hukuk devletinde olmaması gerektiğini bize göstermiştir.

Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite’nin 1957 yılında yayınladığı Wolfenden Raporu ile başlayan ve bugün elinizde tuttuğunuz tezin konusunun da temeli olan “*ahlaksızlığın cezalandırılması*” tartışmasının tarihsel

gelişimi ve günümüze yansımaları dikkate alındığında tartışma maalesef daha uzun yıllar süreceğe benziyor.

KAYNAKLAR

- Alacaoğlu, İ. (2013), *Eşcinsel Edebiyatta Erkeklik Kurguları*, Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (1989), S.23, Ankara: Başbakanlık Basımevi, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20398.pdf> (11 Kasım 2020).
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (2001), S.25, Ankara: Takav Matbaacılık, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20398.pdf> (20 Kasım 2020).
- Arıkan, E. (2020), *Hart–Devlin Tartışmasında Olmayan Argümanlar*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, 537-568.
- Aydın, M. (2013), *John Stuart Mill’in Faydacı Ahlakı*, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, XV (28), 143-167.
- Bağdatlı, S. (2012), *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul: Derin Yayınları.
- Bassham, G. (2012), *Legislating Morality: Scoring the Hart-Devlin Debate after Fifty Years*, Ratio Juris, 25(2), 117-132.
- Bentham, J. [(1789) 2000], *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener: Batoche Books, <https://historyofeconomicthought.mcmaster.ca/bentham/morals.pdf> (18 Ocak 2021).

Britannica, *Sodomy/Sodomi*, Encyclopedia Britannica,
<https://www.britannica.com/topic/sodomy> (29 Ekim 2020).

British Library, (t.y.), *Wolfenden Report*, <https://www.bl.uk/collection-items/wolfenden-report-conclusion> (29 Ekim 2020).

Budak, S. (2000), *Psikoloji Sözlüğü*, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları.

Bunikowski, D.(2015), *Legal protection of the value of public morality: the Hart-Devlin debate*, ResearchGate.

Burt, R. A. (2004) *Moral Offences and Same-Sex Relations: Revisiting the Hart-Devlin Debate*, Yale Law School Legal Scholarship Repository.

Cambridge Dictionary (t.y.), *Clapham Omnibus*, Cambridge University Press,
<https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/man-woman-on-the-clapham-omnibus> (26 Mart2021).

Cane, P. (2004), *Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate*, The Journal of Ethics.

Capaldi, N. (2014), *John Stuart Mill*, Çev. İ. Hakkı YILMAZ, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Caron, Y. (1969), *The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy*, McGill Law Journal, 15(1), 9-47.

Ceylan, Ş. Ş. (2014), *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Çaha, Ö. (2003), *John Stuart Mill Üzerine Bir Değerlendirme*, Çev. M. Osman Dostel, İstanbul: Özgürlük Klasikleri.

Darcan, E. (2015), *Ahlak Suçları ve Diğer Suçlar Arasındaki İlişki*, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 0(46), 44-55.

Değirmenci, İ. (2016), *Hukuk Politikası*, (Ed.) Ali Şafak Balı, Ankara: Astana Yayınları.

Demirbaş, T. (2018), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Devlin, L.P. (2010), *The Enforcement of Morals*, London: Liberty Fund Inc.

Dülger, M. (2020), *John Stuart Mill ve Hukuk Kuramına Etkileri*, Beytulhikme An International Journal of Philosophy, 10(4), 1471-1493.

Erdoğan, M. (2017), *Hukuk ve Adalet*, Ankara: Hukuk Yayınları.

Erdoğan, M. (2018), *Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.

Ertuğrul, H. (2016), *Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Eryılmaz, B. (2020), *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Transseksüellik*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Eryılmaz, K. (2015), *Türkiye Yargısının Ahlakla İmtihani: “Doğal Olmayan” İlişki*, Hukuk Kuramı, 2(5), 11-19.

Ghaly, J. (2018), *H.L.A. Hart: Immorality and Treason (1959)*, The Philosopher, <https://static1.squarespace.com/static/5b304d80620b8569d4944f3f/t/5dd7360defd2fe591375e85a/1574385165555/Hart+-+Immorality+and+Treason+-+JG.pdf> , (16 Ocak 2021).

Gürbüz, A. (2012), *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisinin Eleştirisi*, 2. Baskı, Ankara: Beta Yayıncılık.

Güriz, A. (1963), *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara: Ajans Türk Matbaası.

Güriz, A. (2019), *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.

Hamzaoglu, K. (2018), *Türk Hukuk Sisteminin ‘Namus’la İmtihani: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Düzenlemeler Açısından Namus Cinayetleri*, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, 2(2), 67-83.

Hart, H.L.A. (1959), *Immorality and Treason*, The Listener, 49-54, http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/Hart/Hart_Immorality%20and%20Treason.pdf (12 Haziran 2020).

Hart, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, Penelope A. Bulloch and Joseph Raz (Ed.), Second Edition, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A. (2020), *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, Çev. Erol ÖZ, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.

Hobbes, T. (2007), *Leviathan*, Çev. Semih Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Hume, D. (2010), *An Enquiry Concerning The Principles of Moral*, <https://www.gutenberg.org/files/4320/4320-h/4320-h.htm> (18 Ocak 2021).

ICHI.PRO (t.y.), *Lezbiyen Paradoksu: Homofobi, İmparatorluk ve 1950'lerde Britanya'da hukuk*, <https://ichi.pro/tr/lezbiyen-paradoksu-homofobi-impatorluk-ve-1950-lerde-britanya-da-hukuk-86456474479373> (13 Ocak 2021).

Ingram, D. B. (2020), *Hukuk Felsefesi*, Çev.:Ezgi Su Dağabak, Ankara: Ayrıntı Basımevi.

İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı Kapadokya Meslek Yüksek Okulu, (t.y.), *James Fitzjames Stephen - Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik*, Batıya Yön Veren Metinler 4(1), 1829-1894. <http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/oezguerluek-esitlik-kardeslik.html> (04 Ocak 2021)

Kameneu ve diğerleri (2019), *Aktivizm, Hukuk ve İki Kesimdeki Değişiklik*, Kıbrıs LGBTİ Hareketi 2019 Raporu,

https://www.academia.edu/43747580/KIBRIS_LGBT%C4%B0_HAREKET%C4%B0_Aktivizm_Hukuk_Ve_%C4%B0ki_Kesimdeki_De%C4%9Fi%C5%9Fim_ISBN_978_9963_2021_6_4_ (20 Ocak 2021).

Kansu, A. (2016), *Ahlak ve Hukuk Arasında Sıkışan Kürtaj*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2047-2057.

Kaya, F. (2014), *Peter Singer'in Faydacı Etik Görüşü Çerçevesinde Kürtajın Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) Ana Bilim Dalı.

Kılıç, M. (2007), *Hukuk-Ahlak İlişkisinin Temellendirilmesi ve Ayırım Kriterlerinin Analizi*, Teorik ve Pratik Yönleriyle Ahlak, İstanbul: Dem Yayınları, 585-602.

Kıral, S. (2019), *John Stuart Mill Pornografinin Yanında mı, Karşısında mı?*, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 12(64), 480-487.

Kuçuradi, İ. (2020), *Ahlak, Etik ve Etikler*, 2.Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara.

Kuçuradi, İ. (2018), *Etik*, 7.Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara.

Kuçuradi, İ. (2019), *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak ve Kültür Kavramları*, 7.Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu.

Legislation.gov.uk (t.y.), *The Street Offences Act*, The National Archives,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/7-8/57/contents/enacted> (29
Ekim 2020).

Locke, J. (1999 [1692]), *An Essay Human Understanding*, The Pennsylvania State
University. <ftp://ftp.dca.fee.unicamp.br/pub/docs/ia005/humanund.pdf> (18
Ocak 2021).

Locke, J. (1824), *The reasonableness of Christianity*, London: C. Boldwin Printer,
London. [https://antilogicalism.com/wp-
content/uploads/2018/04/reasonableness-christianity.pdf](https://antilogicalism.com/wp-content/uploads/2018/04/reasonableness-christianity.pdf) (18 Ocak 2021).

Mahmutoğlu, A. (2009), *Etik ve Ahlak; Benzerlikleri, Farklılıkları ve İlişkiler*, Türk
İdare Dergisi, 0(81), 225-249.

Mill, J. S. (2001), *On Liberty*, Kitchener: Bacote Books Limited.

Mill, J. S. (2012), *Özgürlük Üzerine*, Çev. Tuncay TÜRK, İstanbul: Oda Yayınları.

Mill, J. S. (2019), *Faydacılık*, Çev. Dr. Gökhan MURTEZA, İstanbul: Pinhan
Yayıncılık.

Munday, R. (2003), *İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik
İlkesi*, Çev. Zeynel T. KANGAL, İÜHFM, C.LXI, 441-464.

Özel, K. C. (2018), *Kadın Haklarında Dönüşümün Simgelerinden Biri Olarak N.T. Olayı ve Madde 438*, İzmir Barosu Dergisi, 201-223.

Reşit Kadın Ticaretinin Men'ine Dair Beynelmilel Cenevre Mukavelesi, , (19 Nisan 1935), *Resmi Gazete* (Sayı:2693), https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc015/kanuntbmmc015/kanuntbmmc01502693.pdf (21 Ekim 2020).

Rosen, M. and Wolff, J. (1999), *Political Thought*, Newyork: Oxford University Press Inc.

Rosen, M. ve Wolff, J. (2006), *Siyasal Düşünce*, Çev. Sevdâ Çalışkan ve Hamit Çalışkan, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.

Sartorius, R. E. (1972), *The Enforcement of Morals*, The Yale Law Journal, 81(1), 891-911. <https://core.ac.uk/download/pdf/160248329.pdf> (29 Ekim 2020)

Selçuk, S. (2010), *Suçun Sınırları*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3.

Sevim, M. E. (1998), *Sosyal Açıdan Fahişeliğe Yaklaşım*, 7. Anadolu Psikiyatri Günleri-Cinsiyet ve Psikiyatri Kongresi, Malatya, 223-226.

Silier Y. (2013), *John Stuart Mill*, Siyaset Felsefesi Tarihi: Platon'dan Zizek'e (ed. Tunçel A., Gülenç K.), Ankara: Doğu Batı Yayınları, 406-424.

Stephen, J. F. (1993[1874]), *Liberty, Equality, Fraternity*, (Ed.) Stuart D. Warner, USA: Liberty Func Inc.

Stephen, L. (1895), *The Life Of Sir James Fitzjames Stephen*, London: Smith, Elder Co.

Störig, H. J. (2000), *İlkçağ Felsefesi*, Çev. Ömer Cemal Güngören, 2. Basım, İstanbul: Yol Yayınları.

Summers C.J. (2004), *Wolfenden Report*, http://www.glbtcarchive.com/ssh/wolfenden_report_S.pdf (22 Ocak 2021).

Taner S. ve Sarı M. (2014), *Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?*, Umut Vakfı - Hukukun Gençleri Sempozyumu Dizisi 5 “Edebiyat ve Sanata Sansürde Yargı Kararları”, Eskişehir.http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf (15 Kasım 2020).

The National Archives (t.y.), *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, <https://discovery.nationalarchives.gov.uk/details/r/C1386377> - Erişim (29 Ekim 2020).

Tureng, *Prima facie*, <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/prima%20facie> (13 Mayıs 2021).

Türk Dil Kurumu (1998), *Türkçe Sözlük*, 1(1), 9. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basım Evi.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, *Mehaz*, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> (20 Kasım 2020).

Türkcerrahi, (t.y.), *Embriyo*, <https://www.turkcerrahi.com/tip-sozlugu/embriyo/> (15 Aralık 2020)

Uygur, G. (2004), *Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(3), 145-176.

Uygur, G. (2020), *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, 3.Baskı, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.

Uygur, G. (2010), *Katılanın Perspektifi Bakımından Hukuk ve Etik İlişkisi*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 22(1), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Uzun, E. (2017) *Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin - Hart Tartışması*, in: Sercan GÜLER (Ed.), H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı, İstanbul: Tekin Yayınları, 65-99.

Yalçın, T. (2019), *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Ankara: Savaş Yayınevi.

Yasaklı Kitaplar Listesi, Taner S. ve Sarı M. (2014), *Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?*, Umut Vakfı - Hukukun Gençleri Sempozyumu Dizisi 5 “Edebiyat

ve Sanata Sansürde Yargı Kararları”,
Eskişehir.http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf (15 Kasım 2020).

Yaylalı, M. (2019), *Nefret Suçu ve John Stuart Mill’in “Zarar Prensibi”*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1), 37-53.

Yazıcıoğlu, İ. (2016), *Hukuk Yapımında Toplumsal Değerler*, Hukuk Politikası, (Ed.) Ali Şafak Balı, Ankara: Astana Yayınları, 10-29.

Yeşilçayır, C. (2014), *Thomas Hobbes’un Geleneksel Siyaset Felsefesine Karşı Çıkışı*, Mavi Atlas Gümüşhane Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, S.2, 62-72.

URL 1 : 1826 sayılı Tescil Edilmeyen Birleşmeler ve Bunlardan Doğan Çocukların Cezasız Tescili Hakkında Kanun, (28 Haziran 1974), *Resmi Gazete* (Sayı:14927), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14929.pdf> (11 Kasım2020).

URL 2 : 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, (27 Mayıs 1983), *Resmi Gazete* (Sayı:18059), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18059.pdf> (15 Aralık 2020).

URL 3 : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (8 Aralık 2001), *Resmi Gazete* (Sayı:24607),

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/12/20011208.htm> (15 Aralık 2020).

URL 4 : 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 226 gerekçesi, turkhukuksitesi.com, <https://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1335#:~:text=Ki%C5%9Fi%2C%20alt%C4%B1%20aydan%20iki%20y%C4%B1la,adl%C3%AE%20para%20cezas%C4%B1%20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r> (15 Kasım 2020).

URL 5 : 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 227 gerekçesi, turkhukuksitesi.com, [http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1336#:~:text=MADDE%20GEREK%C3%87ES%C4%B0%20%2D%20TCK.,%2D%20THS%20%C5%9Eerhi%20\(serh%201336\)&text=\(1\)%20%C3%87ocu%C4%9Fu%20fuh%C5%9Fa%20te%C5%9Fvik%20eden,adl%C3%AE%20para%20cezas%C4%B1%20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r](http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1336#:~:text=MADDE%20GEREK%C3%87ES%C4%B0%20%2D%20TCK.,%2D%20THS%20%C5%9Eerhi%20(serh%201336)&text=(1)%20%C3%87ocu%C4%9Fu%20fuh%C5%9Fa%20te%C5%9Fvik%20eden,adl%C3%AE%20para%20cezas%C4%B1%20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r) (21 Ekim 2020).

URL 6 : 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (12 Ekim 2004), *Resmi Gazete* (Sayı:25611), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/10/20041012.htm> (21 Ekim 2020).

URL 7 : 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, (2 Ocak 1964), *Resmi Gazete* (Sayı:11596), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/339T.pdf> (10 Ekim 2020).

URL 8 : 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, (13 Mart 1926), *Resmi Gazete* (Sayı:320), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/320T.pdf> (20 Kasım 2020).

URL 9 : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf (15 Kasım 2020).

URL 10 : Beyaz Kadın Ticaretinin Zecren Men'ine Dair Milletlerarası Sözleşme, (4 Mart 1950), *Resmi Gazete* (Sayı:7448), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7448.pdf> (21 Ekim 2020)

URL 11 : İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, (27 Mayıs 1949), *Resmi Gazete* (Sayı:7217), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf> (20 Ocak 2020).

URL 12 : Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men ve Zecrine Dair Beynelmillel Cenevre Mukavelesi, (19 Nisan 1935), *Resmi Gazete* (Sayı:2693), https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc015/kanuntbmmc015/kanuntbmmc01502693.pdf (21 Ekim 2020).

URL 13 : Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/35253/cedaw-33-sayili-genel-tavsiye-karari.pdf> (29 Ekim 2020).

URL 14 : Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu, (7 Temmuz 1927), *Resmi Gazete* (Sayı:627), <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/kanunlar/kucukleri-muzir-nesriyattan-koruma-kanunu.pdf> (15 Kasım 2020).

URL 15 : Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli) (2021), Haz. Yılmazoğlu, Y.E. ve Perdecioğlu, İ.E., 3. Baskı, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf (20 Nisan 2020).

URL 16 : Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (20 Ekim 1982), *Resmi Gazete* (Sayı:17844), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17844.pdf> (20 Kasım 2020).

Anayasa Mahkemesi'nin 01.01.2015 tarihli, E.2014/118 ve K.2015/35 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1987 tarihli, E.1987/1 ve K.1987/18 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 12.01.1989 tarihli, E.1988/4 ve K.1989/3 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 13.7.1999 tarihli, E.1999/24 ve K.1999/30 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.1998 tarihli, E.1997/45 ve K.1998/48 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 21.05.1981 tarihli, E.1980/29 ve K.1981/22 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 23.07.2020 tarihli 2017/31619 Başvuru Numaralı Bireysel Başvuru kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 23.6.1998 tarihli, E.1998/3 ve K.1998/28 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 23.9.1996 tarihli, E.1996/15 ve K.1996/34 sayılı kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18.10.2005 tarihli *Perrin/Birleşik Krallık* (B.No:5446/03) kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 24.5.1988 tarihli *Müller ve Diğerleri/İsviçre* (B.No:10737/84) kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 7.12.1976 tarihli *Handyside/Birleşik Krallık*, (B.No:5493/72) kararı.

Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'nin 20.10.2008 tarihli, E.2008/29 ve K.2008/333 sayılı kararı.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 14.03.2008 tarihli, E.2008/6700 ve K.2008/1986 sayılı kararı.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 19.11.2007 tarihli E.2007/2927 ve K.2007/8501 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E.2009/27672 ve K.2010/28528 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.05.2010 tarihli E.2010/1-56 ve K.2010/111 sayılı kararı.