

- Ceza hukukunu şekillendirme, onun amacının ve dolayısıyla cezanın bir ön idrakini gerektirir. Bu amacı belirlemek, hukuk çok kültürlü ve çok dinli bir toplumda tanımlandığında özellikle elzem hale gelir. Burada toplumsal barışı muhafaza etmek için ceza hukuku, azınlıkların ötekileştirilmesine ve toplumsal dışlanışına öncülük veya yardım etmediğinden emin olmalıdır. Bu son amaca ulaşmak, ceza hukukunun işlevinin dikkatli bir analizini gerektirir.

### ■ I. Kültürel Türdeşlikten Kültürel Çoğulculuğa

Günümüzde yalnızca Almanya'da değil birçok ülkede, toplumun temelleri ve giderek çok kültürlü olan bir nüfus içinde gerekli asgari toplumsal bütünlüğü nasıl sağlayabileceğimiz hakkında tartışmalara şahitlik ediyoruz.<sup>1</sup> Toplumun temel normatif yapısını korumak için bir araç olarak ceza hukuku, sıklıkla tartışmanın çok fazla merkezindedir.<sup>2</sup>

Kültürel olarak homojen bir toplumda ceza hukukunun amacını tanımlamak oldukça kolay olabilir. Büyük bir çoğunluğu benzer kanaatleri ve inançları paylaştığında vatandaşlar, ceza hukukunun egemen ahlaki düzeni korumak suretiyle toplumsal istikrarı sürdürmesini isteyebilirler. Toplum, göç veya diğer faktörler nedeniyle artan bir kültürel çoğulculuğu tecrübe ettiğinde ise, hukukun içeriğini tanımlama daha karmaşık hale gelir. Bu durumda, belirli bir davranışın ahlaka aykırı niteliğine odaklanmak sorunludur, çünkü kültürel çoğulculuk ahlaki yargılar üzerinde uzlaşmayı daha zor hale getirir. Ayrıca kanun koyucudan sıklıkla, çatışan çıkarılara, özellikle çoğunluğun geleneksel normların muhafaza edilmesi talebine ve azınlıkların kendi gelenek ve değerlerinin daha geniş tanınmasına dair çağrısına cevaplar vermesi istenir. Toplumsal bütünlüğü muhafaza etmek için kanun koyucu, bu gibi beklentileri karşılamak için yollar bulmak zorundadır.

Kültürel çoğulculuk böylece ceza hukukunun meşruiyetine daha derinden bakmamızı gerektirir. Egemen ahlaki düzenin korunması hukuka tek taraflı bir yaklaşım teşkil edecek ve böylece hukuk yapıcılar için rehberlik edemeyecektir. Ceza hukukunu, özellikle çok kültürlü ve/veya çok dinli bir toplumun hukukunu anlamak ve şekillendirmek için, yapılacak tahlil esasen ceza hukukunun belirli değerleri koruduğu fikrine odaklanmamalıdır. Açıktır ki her hukuk, değerleri, örneğin yaşamı, sağlığı, mülkiyeti veya aileyi korumak içindir. Ne var ki çok kültürlü bir toplumda suçları tanımlarken, korunan değerleri belirlemek genellikle tartışmalı bir konudur. Geniş bir toplumsal uzlaşmanın olmaması, ceza hukukunun koruyacağı değerlerin tespiti için bir ölçüt belirlemeyi zorunlu hale getirir.

<sup>1</sup> Krş. Horst Dreier, in: id./Eric Hilgendorf (ed.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, s. 21 vd.

<sup>2</sup> Krş. Tatjana Hörnle, *NJW-Beil.* 2014, 34 vd.; Joachim Renzikowski, *NJW* 2014, 2539 vd.

## ■ II. Cezanın Önemi

Bu gibi bir ölçütü belirlemek için öncelikle adli cezanın işlevini incelememiz gerekir. Adli ceza bireyler arasındaki veya toplum ile birey arasındaki bir çatışmayı gösterir. Bu nedenle ceza hukukunun tahlili, ceza hukukunun insanlar arasındaki ilişkiyi düzenlediğine dair oldukça açık bir gözlemlerle başlamalıdır. Bir kimse belirli bir değeri ihlal ettiği için cezalandırıldığında, bunun sebebi bu değerlerin bir başkası veya genel olarak toplum için önemidir. Bu, yaşam ve vücut bütünlüğü gibi yüksek şahsi değerler söz konusu olduğunda barizdir, fakat daha az şahsileşen değerlerde, örneğin toplumsal kurumlarla ilişkili değerlerde de aynı ölçüde geçerlidir. Bu değerleri ihlal etmek suretiyle fail esasen başkalarını hiçe sayar. Bu saygısızlık suçun özünde yer alır. Değerler bu şekilde değil, bilakis onların bireyler veya bir bütün olarak toplum için taşıdıkları önem sebebiyle değerlidirler.

Buna göre adli ceza bu gibi özneler arası çatışmalar açısından hangi işlevi yerine getirmektedir? Bir yandan adli ceza, önleyici, dolayısıyla ileriye dönük bir amaç güder: Ceza caydırıcı olarak hizmet eder, ayrıca suçlunun –genelde yalnızca geçici de olsa- alıkonulmasına yol açar. Diğer yandan ceza ödeticisi, geriye dönük bir amacı da gerektirir: Geçmişteki davranışın yanlış olduğunu açıklar ve suçlu-ya sert bir muamele yoluyla, haksızlığın egemen olmayacağını ifade etmek suretiyle kamu güveninin yeniden tesisini amaçlar.

Ceza böylece ihlal edilen normun geçerliliğini tasdikler ve bu suretle zarar gören kişinin hakkına başkalarının saygı gösterilmesini teyit eder. Bu nedenle adli ceza, hem ileriye hem de geriye dönük bir ifade edici unsur tarafından karakterize edilir. Ceza konuşur. O bir kınama<sup>3</sup>, yani belirli bir davranışın yanlış olduğuna ve yanlış kalmaya devam ettiğine ve ona müsamaha edilmeyeceğine dair bir mesaj içerir.

Barışçıl bir toplumsal birlikteliğin bir ön koşulu olarak karşılıklı saygıya odaklanmak, suç haline getirme için ölçüt bulma sürecinde ilk önemli adımı oluşturmaktadır. Ceza, özneler arası çatışmaya bir tepkidir ve bu çatışma, failin başkalarına karşı saygısızca davranmasından kaynaklanır. Maddi ceza hukukunu şekillendirmek için özneler arası çatışmaya yol açan nedenlerin böylece belirlenmesi gerekir.

## ■ III. Kimlik ve Sosyal Dışlanma

Özneler arası bu çatışmayı anlamak için, insani refahın büyük ölçüde, bir insana başkalarının nasıl davranılması gerektiğine bağlı olduğunu hatırlatmamıza ihtiyacımız vardır. Bu, fiziksel şiddet veya özel mülke zarar olaylarında çok daha barizdir. Bu tür suçlar yalnızca bir norm ihlali olmayıp, bir başka kişiye saygısızlık oluşturur.<sup>4</sup>

Ne var ki birçok olayda ceza hukuku, öncelikli olarak şahsi çıkarları koruyan davranıştan ziyade yine de toplumun geniş kesimlerince ahlaken kabul edilemez görülen davranışla, örneğin pornografi veya dini değerlere sövmeye ilişkin. Her ne kadar bu tür bir ahlaki normun ihlali belirli bir kişiye zarar vermeye sebep olmazsa da yine de özneler arası bir çatışma teşkil eder. Buradaki çatışma esas olarak

<sup>3</sup> Andrew von Hirsch/Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing*, 2005, s. 17 vd.

<sup>4</sup> Krş. Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, s. 150.

bir *kimlik* çatışmasıdır. Kimliğe dair bu çatışmalar, toplumsal birlikteliğin ön koşullarını ve böylece ceza hukukunun amacını anlamaya yönelik değerli ipuçları sunar.

Çok kültürlü toplumların ortaya çıkışıyla birlikte bu tür kimlik çatışmaları giderek belirgin hale gelmektedir. Bu çatışmada ceza hukukunun rolünü anlamak için sosyal teoriden yararlanabiliriz. *Honneth, Hegel*'in ilk çalışmalarına dayalı olarak göstermiştir ki insan başkalarının *tanınmaya* güvenmektedir. Bireysel kimlik daha çok toplum içindeki etkileşimimizin bir sonucudur. Hayatımızı yaşamamız için öz güven, öz saygı ve öz benlik<sup>5</sup> gibi yalnızca başkalarıyla olan etkileşimimiz aracılığıyla edinebileceğimiz özellikleri geliştirmeye ihtiyacımız vardır. Toplumsal bir azınlığın inanç ve değerlerine, toplumsal çoğunluğun inanç ve değerlerine nazaran değersiz veya daha aşağı olarak muamele edildiğinde, bu, o azınlığın üyeleri için büyük bir ızdıraba neden olur. Ötekileştirilen grup üyeleri küçük düşürülmüş hissedecekler –sömürgeciliğin gösterdiğinden daha az olmayarak<sup>6</sup>– öz benliklerini kaybedebileceklerdir. Bir değer bir kişinin kimliğinin parçası olduğunda ve diğerleri bu değere saygı duymadığında kişi kendisini saygısızlık edilmiş hissedebilir. Bu kimseye hukuken eşit davranılsa, yani diğer vatandaşlarla aynı haklara sahip olsa bile o yine de etkin bir şekilde toplumdan dışlanabilir. Dolayısıyla başkasının temel inançlarına saygı gösterme, ona bir kişi olarak saygı gösterme demektir.<sup>7</sup> Bir çoğunluk, bir azınlık kimliğinin değerini inkâr ettiğinde, bu azınlığın üyeleri, kendilerine, toplumun değer verilen üyeleri olarak dikkate alınmadıkları hissi verilerek utandırılmış veya aşağılanmış olabilir.<sup>8</sup>

#### ■ IV. Kimlik ve Toplumsal Ötekileştirme: Dini Değerlere Sövme Kanunları Örneği

Dini değerlere sövmenin suç haline getirilmesine dair Alman hukukundaki mevcut tartışmalara kısa bir bakış, kimliklerin bu çatışmasının örnek teşkil edecektir. Alman Ceza Kanunu'na göre aleni olarak "başkasının dinine veya ideolojisine kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde sövmek" adli bir suçtur.<sup>9</sup> Bu hüküm bireysel hisleri korumayı amaçlamamakta,<sup>10</sup> fakat bir hoşgörü ortamını teşvik etmektedir.<sup>11</sup> Ancak günümüzde Alman Mahkemeleri bu suçun çok sınırlayıcı bir yorumunu kabul etmektedir; böylece dini inançları aşağılama büyük ölçüde suç olmaktan çıkarılmaktadır.<sup>12</sup>

Tanımaya dair yukarıda bahsedilen gözlemler ışığında, özellikle dini inançları tahkirin doğrudan bir azınlık dinine, yani ağırlıklı olarak göçmenler veya başka bir toplumsal azınlık tarafından amel edilen bir dine karşı olduğu durumlarda dine hakaretin daha fazla suç olmaktan çıkarılmamasına ilişkin iyi nedenler mevcut olabilir. Bu tür tahkirler, yalnızca doğrudan bir dini inanca karşı değil, aynı zamanda

5 Axel Honneth, *Kampf um Anerkennung*, 1992, s. 209; krş. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Jenaer Rechtsphilosophie*, 1969, s. 202 vd.

6 Matthias Iser, *Recognition*, in: Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013.

7 Michael Pawlik, in: *Festschrift Küper*, 2007, s. 421.

8 Marianne Moyaert, *Etudes Ricoeuriennes/Ricoeur Studies*, Vol. 2 No. 1 (2011), s. 88; Horst Dreier, in: id./Eric Hilgendorf (ed.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, s. 24 vd.

9 § 166 Abs. 1 StGB (Alman Ceza Kanunu).

10 Klaus Lüderssen, *Festschrift Trechsel* 2002, s. 632; Michael Pawlik, in: *Festschrift Küper*, 2007, s. 420; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch*, 2012, § 166 at 2.

11 BVerwG, NJW 1999, 304; OLG Karlsruhe, NSiZ 1986, 363 (365), Joachim Renzikowski, in: *Gedächtnisschrift Meurer*, 2002, s. 187 vd.; Theodor Lenckner/Nikolaus Bosch, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch*, 2010, Vor §§ 166 ff. at 2; krit. Tatjana Hörnle, in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (ed.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, s. 221 vd.

12 Krş. Joachim Renzikowski, in: *Gedächtnisschrift Meurer*, 2002, s. 180; Michael Pawlik, in: *Festschrift Küper*, 2007, s. 419.

bir bütün olarak ilgili azınlığa karşı olarak algılanabilir.<sup>13</sup> Dini inançlara hakaretler bizatihi kişinin bir dini icra hürriyetini sınırlamazken,<sup>14</sup> bunların aşağılama ve toplumsal dışlama potansiyeli küçümsememelidir. Toplumda barışçıl bir birliklilik, vatandaşlar arasında asgari bir karşılıklı saygıyı, bir "karşılıklı tanıma topluluğunu" gerektirir.<sup>15</sup> Karşılıklı saygıyı tesis için fiziksel bütünlüğe ve başkalarının mülkiyetine saygı yeterli değildir. Saygının bu tür sınırlı bir idraki, insanoğlunun yüksek düzeydeki dayanışmasını görmezden gelecektir.<sup>16</sup> Bireyler olarak, sürekli başkalarına güvenimiz, kimliğimiz toplumsal etkileşimle oluşmaktadır<sup>17</sup> ve yaşam kalitemiz büyük ölçüde kendi toplumumuzda değerli üyeler olarak kabul edilip edilmediğimize bağlıdır. Birinin dini kimliği nedeniyle aşağılanması ve ikinci sınıf olarak muamele görmesi ızdıraba yol açar. Elbette bu, kasti aşağılayıcı muameleye karşı temel bir koruma sağlamaya dönük, kişisel tahkire karşı kanunlar içindir.<sup>18</sup> Ancak bu kanunlar normalde belirli bireylerin aşağılanmasıyla sınırlanmıştır.<sup>19</sup> Eğer bu tür yasaklar tüm dini grupların tahkire yayılmazsa ve tahkir edici davranış bir grubun toplumsal dışlanmasına katkı sağlamaya dair gerçekçi bir potansiyele sahipse, dini değerlere sövme kanunlarının aşırı dar yorumu sorunlu gözükmektedir.

## ■ V. Kimliğin Reddi ve İnsani İzdırıp

Ceza hukukunu bir tanıma çatışması olarak anlamak, hukukun amacını ahlakın veya değerlerin korunmasına indirgememeyi gerektirir. Eğer ceza hukukun amacı, insanlar arasındaki ilişkiler için temel kurallar sağlamaksa bir ahlak normunun veya bir değer toplumsal ilişkiler için öneminin ne olduğunu sormak zorundayız.

Böyle yaparak bireysel haklar ile kolektif olanlar arasında yanlış bir ikilem oluşturulmamalıdır.<sup>20</sup> Bireysel hakların korunduğunu görme arzusu, bencil ve asosyal bir kişiliğin özünde iyi olabileceği fikrinden kaynaklanmamaktır. Bireysel özerkliğin ardındaki mantık, bireysel kendini tatmini sağlamadır. Bireysel kendini tatmin kesinlikle değerlidir, çünkü bir yanda bireysel inançlarımız ve diğer yanda toplumsal yükümlülüklerimiz arasındaki çelişki nahoştur ki bu kendimizi tekzip etmeye zorlar.<sup>21</sup> Fakat eğer bu inanç ve arzular kimliğimizin temel parçalarını oluşturuyorsa –özellikle dünyayla olan ilişkimizi anlamamıza imkân sağlayan inançlar<sup>22</sup> –o zaman bu kimlik oluşturucu unsurlar ile kanuni yükümlülükler arasındaki çelişki yalnızca nahoş değil, fakat acı verici olabilir ve keza kişiliği yok edebilir. Böylece hukukun başlıca odak noktası kişisel hürriyeti genişletme arzusu değil, fakat insani ızdırabı azaltmadır. Bireysel hakları ızdırabı sınırlamayı amaçlayarak çözümlenmek, hukuku bireysel ve kolektif

13 Fakat krş. Joachim Renzikowski, in: *Gedächtnisschrift Meurer*, 2002, s. 185 vd.; Tatjana Hörnle, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (ed.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, s. 333 vd.; id., in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (ed.), *Straftheorie und Strafrechtsgerechtigkeit*, 2010, s. 222 vd.

14 Michael Pawlik, in: *Festschrift Küper*, 2007, s. 425; Tatjana Hörnle, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (ed.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, s. 333.

15 Kurt Seelmann, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städler (ed.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen*, 2012, s. 179 („Anerkennungsgemeinschaft“).

16 Michael Pawlik, in: *Festschrift Küper*, 2007, s. 426; krit. Tatjana Hörnle, in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (ed.), *Straftheorie und Strafrechtsgerechtigkeit*, 2010, s. 223.

17 Krş. Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, 2011, s. 70 vd.

18 Krş. Knut Amelung, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung*, 2002, s. 56 vd.

19 Michael Pawlik, in: *Festschrift Küper*, 2007, s. 422; krş. Kurt Seelmann, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städler (ed.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen*, 2012, s. 179.

20 Krş. Gerhard Droesser, *Annual Review of Law and Ethics*, 22 (2014), s. 17.

21 Krş. Charles Taylor, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1993, s. 16 vd.; Michael Pawlik, in: *Festschrift Küper*, 2007, s. 423; Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, 2011, s. 71 vd.

22 Tatjana Hörnle, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (ed.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, s. 318 vd.

arasındaki kategorik bir çatışma olarak anlamlandırmanın hatalı olduğunu görmemize imkân verir.<sup>23</sup> Bireyselle odaklanma, bencil bir bireyin toplum üzerinde önceliği demek değildir. Bireysel ve kolektif birbirine bağlıdır.<sup>24</sup> Bireyler istikrarlı bir toplumsal yapı ihtiyacı içindedir, fakat toplumsal yapılar da bireyi barındırmaya ihtiyaç duyar. Egemen bir ahlaki düzeni koruma çoğunluğun istikrara dair bir arzusunu yansıtırken, bu istikrar arayışı, toplum kendi azınlıklarının kimliğine saygı duyma ve böylece bireysel ızdıraba dikkat çekme yeteneğini ortaya koymadıkça beyhude olacaktır. Bireysel haklara odaklanma bu ilgiyi yansıtır.

## ■ VI. Ceza Hukukunun Odak Noktası Olarak Empati

Suçun başkasına veya başkalarına yönelik bir tanımanın reddini oluşturması itibariyle, adli cezayla ifade edilen kınama, toplumun yalnızca suç fiilini onaylamaması değil, fakat failin mağdura saygı duymaması hakkında da bir ayıplamadır. İfade edildiği gibi hukuku harekete geçiren başlıca şey, insani ızdırabı önleme arzusudur. Bu yüzden fail suçu dolayısıyla, yalnızca kanuni bir normu ihlal ettiği için değil, fakat kendi suç fiilinden doğan veya doğabilecek ızdıraba saygısızlık gösterdiği için cezalandırılır.

Öyleyse adli ceza öncelikle karşılıklı tanımanın temel ön koşuluyla ve dolayısıyla barışçıl bir toplumsal birlikteliğin ön koşuluyla uyumsuz bir zihniyete tepki olarak ortaya çıkar. Başkalarının ızdırabını görmezden gelme kınamayı gerektirir çünkü böyle bir umursamama hemcinsi insanın duygularına ilgi eksikliğini gösterir: Empati eksikliği.<sup>25</sup> Rorty'nin işaret ettiği gibi, karşılıklı saygı ve dolayısıyla toplumsal birliktelik sebebin sonucu olmaktan çok empatinin sonucudur,<sup>26</sup> yani başkalarının da sevinç ve acıyı bizim yaptığımız gibi tecrübe ettiklerini anlama kabiliyetidir. Empatinin karşılıklı tanımanın temelinde ve böylece hukukun özünde yer aldığı idrak edildiğinde, adli cezanın öncelikle empati eksikliğine bir cevap olduğu belirgin hale gelir. Hemcinsi insanın ızdırabını görmezden gelme – onların aşağılanmasını ve toplumsal dışlanmalarını görmezden gelme dâhil- toplumsal birlikteliğin en temel ön koşulunu zayıflatır ve bu nedenle toplumdan açık bir karşılık, yani ceza gerektirir.

## ■ VII. Empatinin Normatif Alakasının Sınırları

İnsani ızdırap, hukuku anlamak ve kavramsallaştırmak için çok önemliken, bu bir davranışın suç haline getirilmesi için yalnızca analitik bir başlangıç noktası olabilir. Açıktır ki insani ızdırap bizatihi kanuni yasaklamalar için yeterli bir ölçüt oluşturmamaktadır. Bireysel duyarlılıklar bir kişiden diğerine değişir.<sup>27</sup> Bir başkasını gücendiremeyecek bir davranış düşünmek zordur. Yine de her kanuni düzen, toplumsal yaşamı düzenlemek için açık bir normatif rehber ve böylece bir objektif kurallar çerçevesi sağlamak zorundadır. Eğer hukuk öncelikle sübjektif duygulara odaklansaydı,

23 Peter Cane, *The Journal of Ethics* (2006) 10, 21 (37).

24 Krş. Rainer Zaczyk, *Selbstsein und Recht*, 2014, s. 62 vd.

25 Krş. Michel Dupuis, *Etudes Ricoeuriennes/RicoeurStudies*, Vol. 1 No. 1 (2010), s. 13 vd.

26 Richard Rorty, *Wahrheit und Fortschritt*, 2000, s. 260.

27 Kurt Seelmann, in: Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (ed.), *Festschrift für Heike Jung*, 2007, s. 896.

öngörülmez hale gelirdi ki başkalarının duyguları kesin bir şekilde nadiren tahmin edilebilir. Bu nedenle kanuni belirlilik açısından davranışın, mağdurun duygularına bağlı olarak suç haline getirilmesi hayli sorunlu olurdu.<sup>28</sup>

Üstelik eğer ceza hukuku mümkün olduğu ölçüde negatif duyguları önlemeye teşebbüs etseydi, bu esasen çelişkili olurdu. Ceza hukuku ve ceza, bizi ızdıraba sebep olur. Bu nedenle anormal bir davranışı suç haline getirme kararının insani ızdırabı önlemeyi amaçlayacağı zaman, bu karar aynı zamanda suç haline getirmenin ve cezanın negatif sonuçlarının keskin bir farkındalığını da göstermelidir. Eğer devlet ceza hukukunu, ızdırabın veya duygusal bozukluğun asgari şekillerini dahi önlemek üzere kullanırsa, bu büyük ihtimalle toplumsal barış ve istikrara hizmet etmekten ziyade bunlara zarar verecektir.

Nihayet kültürel ve dinsel olarak çoğulcu bir toplumda, duygusal bozukluk veya gücenme tek başına kanuni yasaklamaları çok zor meşrulaştırabilir. Barışçıl bir birliktelik vatandaşların, temelde farklı görüşlere sahip ve farklı gelenekleri uyguluyor olduğunda dahi diğer vatandaşlara müsamaha etmeye hazır olmasını gerektirir.<sup>29</sup> Böylece kültür ve inançların farklılıklarının sebep olduğu gücenme haksız olarak kabul edilemez ve bu nedenle yasakları ve cezayı meşrulaştıramaz. Aksi takdirde kültürel ve dinsel çoğulculuk daha fazla mümkün olmaz.<sup>30</sup>

Sonuç olarak insani ızdırap ve empati ceza hukukunun ve cezanın işlevini anlamak için *gerekli* olduğu halde, bunlar hukukun şekillendirilmesinde *yeterli* bir rehberlik sağlamaz.<sup>31</sup> Hiç kimse hukukun ızdıraba karşı kapsamlı bir koruma sağlamasını bekleyemez. Gerek fiziksel gerekse duygusal ızdırap insan yaşamı için kaçınılmaz bir tecrübedir. Bu, ızdıraba kaza değil, fakat kasıtlı bir insan hareketi, örn. mesleki ilişkilerdeki keskin bir eleştiri<sup>32</sup> veya özel ilişkilerde yakın güvenin ihlali sebep olduğunda genellikle doğru olacaktır. Ancak gerek mağdurların gerekse cezalandırılan faillerin duygularına, özellikle onların ızdırabına dikkat etme, bize ceza hukukunun uygunluğunu ve toplumsal etkisini her zaman sorgulamak gerektiğini hatırlatmaktadır. Belirli bir cezai yasağın insan çıkarlarını hangi ölçüde ilerleteceğini sormak gerekir. Adli ceza yoluyla verilen ızdırabın ezası, bazen toplumsal düzenin korunması için gerekli olabilir, fakat böyle bir ızdırap yalnızca iyi bir sebeple birlikte verilmeli ve yaptırım uygulanan davranışın ağırlığına denk olmalıdır. Bu nedenle kanun koyucuların suç haline getirme için objektif sebepler, yani nihai olarak insan refahına katkıda bulunan sebepler tespit etmeleri gerekir.

## ■ VIII. Suç Haline Getirme Sebeplerini Belirleme

Belirli bir davranışın toplumsal kınamayı tahrik etmesi ve suç haline getirmeyi icap ettirmesi halinde, bunun toplumun veya onun bir üyesinin çıkarlarını ihlal edip etmediği ve hangi ölçüde ihlal ettiği dikkatle irdelenmelidir. Ancak belirli bir davranışın bir

28 Michael Pawlik, in: Festschrift Küper, 2007, s. 420 vd.; Tatjana Hörnle, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (ed.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, s. 334; Kurt Seelmann, in: Stiep/Gutmann/Jakl/Städler (ed.), Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, s. 177.

29 Krş. Andrew von Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, 2005, s. 119 ff.; id., in: id./Seelmann/Wohlens (ed.), Mediating Principles, 2006, s. 98 vd.

30 Kurt Seelmann, in: Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (ed.), Festschrift für Heike Jung, 2007, s. 897.

31 Krş. Michael Pawlik, in: Festschrift Küper, 2007, s. 421.

32 Tatjana Hörnle, in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (ed.), Strafrechtstheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, s. 223.

şekilde toplumsal barış ve istikrarı tehdit edebileceği gibi olgusal olarak dayanaksız iddialar, cezanın meşrulaştırılması için yeterli değildir. Toplumsal yaşamın karmaşıklığı ve özellikle davranışın suç haline getirilmesi sezgi sorunları olarak bırakılamaz. Suç haline getirme olgudan ziyade sezgiye dayandığında, klişelerin ve önyargının kanun yapmayı ve adli uygulamayı etkilemesine, böylece ayırımı ve keyfi ceza riski oluşturmaya izin verilmiş olur. Bu nedenle belirli bir davranışı suç haline getirmeye karar vermeden önce, kanun koyucu bu davranışın insan çıkarını ihlal ettiğini belirlemeye ve tecrübi olarak bu iddianın doğruluğunu ispatlamaya ihtiyaç duyacaktır.

Ne var ki insan refahı için cezai yasakları ihdas etme, salt kültürel normların, örn. bireysel çıkarların ilerlemesine hiç veya en azından öncelikli olarak hizmet etmeyen normların önemsizliğini ifade etmez. Herhangi bir potansiyel zarardan bağımsız olarak toplumun geniş kesimleri belirli davranış şekillerini kabul edilemez olarak algılayabilir ve böylece bunları ciddi biçimde rahatsız edici ve saygısız olarak değerlendirebilir. Örneğin dine yönelik ciddi tahkirler, cenazelerin bozulması veya pornografinin belirli şekilleri zikredilebilir. Elbette yasaklar, yalnızca başkalarından farklılık, örn. farklı bir din, siyasi inanç veya kültürün sebep olduğu bir duygusal rahatsızlık aracılığıyla meşrulaştırılmaz. Aksi takdirde hukuk etkin bir toplumsal hoşgörüsüzlüğü desteklemiş olur. Yine aynı şekilde hukuk, toplumsal birlikteliğin, anahtar ahlak normlarının belirli bir düzeydeki istikrarını gerektirdiği olgusuna gözlerini kapatamaz.<sup>33</sup> Bireyler dünyadaki yerlerini anlamak ve onun içindeki yaşamlarına bir rehber bulmak için kültürel bir kimliğe ihtiyaç duyar.<sup>34</sup>

Böyle bir istikrarı korumak için çoğulcu bir toplumun hukuku, sıklıkla vatandaşların kimliğini koruma ile başkalarına yönelik hoşgörüyü sürdürme arasındaki zor bir dengede seyretmek zorundadır. Dolayısıyla hoşgörü, gerek bir kişinin kimliğini gerekse diğerlerinin kimliklerini korumanın ön koşulunu şekillendirmesi itibarıyla iki parçalıdır. Daha önce açıklandığı gibi suç tanımayı reddetmedir, yani saygı duymayı reddetmedir, bu da gösteriyor ki tek dayanağı yalnızca toplum kesimlerinin ahlaki duygularını rahatsız etme olan bir davranışı suç haline getirme için normalde küçük bir yer mevcut olacaktır. Bu, esasen azınlıkları toplumsal çoğunluğun ahlak yargılarına uymaya zorlayabilecek, bazı vatandaşların diğerlerinin üzerindeki kültürel üstünlüğünü ifade edecektir. Bir kişinin kendi ahlak yargılarında, başkalarının ahlak yargılarına saygı duymayarak ısrar etmesi toplumsal bütünlüğe uygulanabilir bir yol olamaz. Sonuç olarak toplumsal azınlıkların ahlaki inançlarına saygısız görünmemek için hukukun ahlaka aykırı fakat zararsız bir davranışı suç haline getirmede gönülsüz olması gerekir. Asgari bir gereklilik olarak, bir davranış yalnızca yaygın bir şekilde saygısız olarak değerlendirildiği<sup>35</sup> ve bu değerlendirmenin hâkim toplumsal grubun inanç ve çıkarlarıyla sınırlanmış olmadığı<sup>36</sup> ölçüde suç haline getirmeye açık olmalıdır.

Ayrıca geniş kabul gören ahlak normlarının her ihlalinin, bu ihlal başkalarına saygısızlık oluştursa dahi adli bir suç haline getirilmesi gerekmez. Örneğin çoğu durumda yalan söylemek, yalan salt özel bir ilişkide söylenmiş olsa dahi ahlaken yanlış olabilir. Ancak sırf yalanları suç haline getirmek, özel

33 Kurt Seelmann, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städler (ed.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen*, 2012, s. 180, „Orientierungsgewissheit“ terimini kullanmaktadır; krş. Binding, *Die Normen und ihre Übertretungen*, c. 1, 1916, s. 372 vd.; Cornelius Prittitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993, s. 250; Günter Stratenwerth, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1997, 86 (91); Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, s. 56 vd.

34 Charles Taylor, *Quellen des Selbst*, 1996, s. 55; Tatjana Hörnle, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (ed.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, s. 318.

35 Krş. Andrew Simester/Andrew von Hirsch, *Legal Theory* 8 (2002), s. 275 vd.; Andrew von Hirsch, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, 2005, s. 116; Günter Stratenwerth, in: id./Seelmann/Wohlens (ed.), *Mediating Principles*, 2006, s. 161 vd.; Kurt Seelmann, in: Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (ed.), *Festschrift für Heike Jung*, 2007, s. 900 vd.

36 Krş. Tatjana Hörnle, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (ed.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, s. 331.

yaşamın geniş alanlarını potansiyel ceza soruşturması tehdidi altına sokar, böylece özel ilişkilerin gayri resmi ve sınırsız karakterini engeller.<sup>37</sup> Benzer değerlendirmeler sırf sözleşme ihlallerinin suç haline getirilmesi için de geçerlidir. Böyle bir suç haline getirme muhtemelen birçok meşru piyasa aktörünü ekonomik risk üstlenmeden alıkoyacaktır. Bu örnekler göstermektedir ki ahlaka aykırı davranışlara karşı cezai yasakların kullanımı, adli ceza tehdidinin bizatihi neden olacağı toplumsal olarak zararlı neticeler açısından her zaman sorgulanmalıdır.

Ancak bazı ahlak normları –örneğin bir cenaze törenine saygı- öyle temel algılanır ki onların ihlali yalnızca toplumsal kınamaya neden olmaz fakat normal olarak aynı zamanda bu davranışa doğrudan maruz kalanların ciddi olarak rahatsız edildiklerini hissetmelerine sebep olur. Bu bazı durumlarda yasakları gerektirebilirse de kanun koyucular ve hâkimler, sırf duygusal rahatsızlığın yine de insani ızdıraba yeterli olmadığını ve dolayısıyla ağır cezaları celp etmemesi gerektiğini kendilerine hatırlatmalıdır. Ayrıca kanun koyucu söz konusu davranışın meşru olup olmadığı, örneğin toplumsal veya dini olarak onu uygulayanların çıkarına olup olmadığı sorusunu her zaman dikkatlice değerlendirmelidir. Salt gücendirme veya duygusal rahatsızlık davranışı yasaklamaya ve eğer meşru nedenlerle ikincisi başkaları için hakiki bir öneme sahipse suç haline getirmeye yeterli olmamalıdır. Aksi halde ceza hukuku önlemeyi amaçladığından daha fazla ızdırıp üretebilir.

Ancak yukarıda açıklandığı gibi bir davranışın ağırlığı ve dolayısıyla kınanabilirliği, eğer yalnızca duygusal olarak ondan etkilenenleri rahatsız etmiyor, fakat onları aynı zamanda başkalarının gözünde aşağılıyor ve onların toplumsal dışlanmalarına katkı sağlıyorsa değişebilir. Bu nedenle toplumsal bütünlüğün yararına bazen toplumsal bir azınlığın kültürel kimliğine çoğunluğun kültürel kimliğinden daha geniş bir kanuni koruma sağlamak gerekli olabilir. Suç haline getirme hususu özellikle belirli bir davranışın toplumsal bir grubun toplumsal dışlanmasına katkı sağlamayı amaçladığı durumlarda makul hale gelir.<sup>38</sup>

Nihayet suç haline getirmeyi ve cezayı meşrulaştırmak için belirli bir zarar arandığında, bu zarar tam olarak faile yüklenebilir olmalıdır. Adaletin temel bir gereği olarak bir kimse sorumlu olmadığı bir zarar için cezalandırılmamalıdır. Bu ilkeyi özellikle dinsel veya kültürel farklılıklardan kaynaklanabilecek toplumsal gerginlikler söz konusu olduğunda hatırlamak önemlidir. Belirli bir davranış basitçe başkalarının öfkesini tahrik etmesi ve böylece şiddete veya şiddet tehdidinde yol açması sebebiyle suç haline getirilmemelidir. Aksi takdirde başkalarının hoşgörüsüzlüğü ve şiddeti için tartışmalı bir davranışın faili etkin bir şekilde cezalandırılabilir. Suç haline getirme ve ceza, başkalarının haksız davranışı üzerine değil, yalnızca failin davranışının mündemiç haksız niteliği üzerine kurulabilir.<sup>39</sup> Eğer kanun koyucular ve mahkemeler bu ilkeden ayrılırlar ve böylece toplumun hoşgörüsüz ve saldırgan kesimlerinin, toplumsal olarak kabul edilen davranışın sınırlarını belirlemelerine izin verilerse çok kültürlü bir toplumda barış ve bütünlük ciddi bir şekilde zarar görebilecektir.

37 Andreas von Hirsch, in: id./Seelmann/Wohlers (ed.), *Mediating Principles*, 2006, s. 106 vd.

38 Krş. Tatjana Hörnle, NJW 2012, 3415 (3417).

39 Krş. Tatjana Hörnle, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (ed.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, s. 326; id., in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (ed.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, s. 220 vd.: id., NJW 2012, 3415 (3417).