

## CEZALANDIRMACILIK VE ADALET \*

Thomas H. Morawetz \*\*  
(Çeviren : Abdullah Dinçkol)

### I. CEZANIN MEŞRULUĞU \*\*\*

Hukuk bilimi iki bakımdan hukuk pedagojisini yansıtır. İlk olarak, etkin bir öğretim şeylerin nasıl olduğunun betimlenmesini, niçin böyle olduklarının açıklanmasını ve nasıl kanıtlanabileceklerinin gözönüne alınmasını gerektirir. Aynı şekilde,

bilim çoğunlukla betimlemeye olduğu kadar açıklamaya ve şeylerin nasıl olması gerektiği hakkındaki normatif soruları uyaracak bir yolda açıklamaya göre düzenlenir.

Bazı hukuksal başlıklar için ilgili normatif sorular bir örneğe göre kopya edilmiş ve öngörülebilirdir. Cezanın meşruluğu da bu başlıklardan birisidir. Çekişen teoriler aşına olunanlardır ve bu alanda bir çok öğrencinin ilk içine daldıkları konudur. Ne var ki, bu aşinalık bir karışıklık gizleyebilir. Bu gözlem bizi bilim ve öğretimin paylaştığı ikinci amaca getirir. Her ikisi de öğrenci ve okuyucuyu bilinen meşruluk formlarına bakmak ve bu bilinen formların gerçekten bir anlam taşıyıp taşımadığını sormak için uyartabilir.

Cezanın meşruluğunun en basit teorisiyle, hukuk öğrencisinin ceza hukukuyla ilk temasında karşılaşılır. Bu teori suçla ilgili cezanın dört amaca hizmet ettiğini söyler: suçluları etkisiz hale getirmek (özel caydırıcılık), suç için genel bir engelleme sağlamak (genel caydırıcılık), rehabilite etmek ve cezalandırmayı gerçekleştirmek<sup>(1)</sup>. İlk üç amaç problemleri dördüncüsüyle karşılaştırıldığında ileriye dönük olarak kimlik-

\* Makale için bk. "Retributivism and Justice", Connecticut Law Review, Vol. 16, Summer 1984, Num. 4, s. 803-820, (ç.n.).

\*\* Hukuk Profesörü, Connecticut Üniversitesi Hukuk Okulu. A.B. 1963, Harvard; J.D. 1968; M. Phil. 1968; Ph. D. 1969, Yale. Profesör Morawetz Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Usulü, Hukuk Bilimi ve Hukuk Mesleği öğretir. Connecticut Üniversitesindeki yedi yılını, sadece felsefe bilim ve öğretiminden, felsefenin hukuka uygulanmasına geçiş yılları olmuştur. Dekan Philip Blumberg'e bu geçici kolaylaştırması ve desteği için sayısız bakımdan müteşekkirim. Bu makale, ceza hukuku hakkındaki çağdaş düşünce içinde felsefenin rolünün tutarlı olduğu kadar mümkün olduğu kadar göstermek için bir girişimdir.

\*\*\* Justification; meşruluk, haklı çıkarma, haklı gösterme, mazur gösterme, geçerli mazeret, temize çıkarma, haklı neden, gerekçe, vb. anlamlarını taşımaktadır. Ben bunlardan "meşruluk" kavramını metinde kullanmayı tercih ettim. (ç.n.)

lendirilir. Özel caydırıcılık, genel caydırıcılık ve rehabilitasyondaki ileriye dönük ilk üç amaç, insanların gelecekte toplu olarak daha iyi bir durumda olmalarını betimleyen amaçlardır. Suçtan caydırma ve suçluların rehabilitasyonu genel mutluluğun maksimum duruma geldiği ve kişisel amaçların kovalanmasının kolaylaştırıldığı bir gelecek yaratılmasına yardımcı olur. Meşruluğun bu şekline normal olarak yararlı denir<sup>(2)</sup>.

Cezalandırma problemlidir, çünkü ileriye dönük değildir ve böylece bazı eleştirmenlerce rasyonel olmayan bir amaç olarak görülmektedir. Bu eleştirmenlerin bazılarının iddiasına göre cezalandırma bir intikam almaktır, çünkü hislerin nedenlere baskın olduğu bir durum yansıtmaktadır<sup>(3)</sup>. Bu tartışmayla şöyle de karşılaşılabilir ki, makul kişiler suçluların hak ettikleri cezanın saptanmasında bazı standartları paylaşmaktadırlar<sup>(4)</sup> ve cezalandırma aslında adaletin başka bir ifadesidir. Her ne kadar bu tartışma adaletin rasyonelliğini oluşturuyorsa da, bu onu ileriye dönük bir husus yapmaz. Adalet sonucuna bakılmaksızın yapılması gereken şeyin analizidir. O, gelecek tarafından kararlaştırılan bir "daha iyi yapma"dan ziyade, geçmiş tarafından talebedilen bir düzeltmedir. Ahlaki meşruluğun bu iki türü arasındaki açık zıtlık bilinen ve yerleşmiş bir zıtlıktır. İleriye bakan teorisyenlere göre, sadece arzu edilir bir gelecek umudu, cezalandırmayı haklı gösterebilir. Adaletle başvuran teorisyene (cezalandırmacı) göre, düzeltme gerektirmeyen her teori ahla-

ki olarak temelsizdir. Bu dört amacı kapsayan uzlaşma fikri iki taraf için de kabul edilemez. Bu metodolojik görüşlerin uzlaştırılmaz görüldüğü sahaya bir orta yol şüphelidir.

Kişi, gayet tabii probleme aldır-mamaya çalışabilir. Bazı durumlarda kişi, kabul edilebilir sonuçlar hakkında belli sezgilere varabilir ve metod içinde bir orta yol yokluğunda, bir çeşit seçmecilik benimseyebilir<sup>(5)</sup>. Bu belirli sezgilerden orta derece genelleştirmeler oluşur. Örneğin, eğer hırsızlık gibi önemsiz fakat yaygın bir suç, şiddetli cezalandırıldığında caydırıcılık son derece etkili olursa, caydırıcılık üzerinde uzlaşılsa bile adalet, cezaların adil ölçütlenmesine ihtiyaç gösterebilir. Fakat bu gibi bir dizi gözlem sezgileri özellikle iyi betimlese bile, bir genel teo-rinin çoğunu üretmeyebilir. Seçmeciliğin kuşkuyla izlenmesi, onun zorluğa rağmen ayrıcalık olarak görülmesi, teorik araştırmanın doğasıdır. Teorisyenlerin işi sadece bir teori bulmak olarak tasarlanmadığı, fakat aynı zamanda bir teori bulmanın mümkün olup olmadığını araştırmak olduğu halde, seçmecilik teorisyenlerin hatalarının kabulüdür<sup>(6)</sup>.

Seçmeciliğin faziletleri benim temel ilgimin dış çerçevesini oluşturur. Benim sorularım müstakil olduğu gibi metodik te olacaktır. Bunlara, H. L. A. Hart tarafından ceza teorisiyle ilgisi olmayan bir yazısında dikkat çekilmektedir<sup>(7)</sup>. Dworkin'le ilgili son eleştirisinde Hart der ki "bir teori için tatmin edici temel... yararcılığın gölgesi altında gerçekleştirildiği sürece bulun[maya]cak-

tır"<sup>(8)</sup>. Ceza hakkındaki tartışmalar, onun kabul edilebilirliğini, reddini veya cezalandırmacılık ve yararcılık arasında bir orta yol aranmasını kapsasa da, bu gölge altında gerçekleştirilmeye devam eder. Bu konudaki kritiğimin iki bölümü vardır. Öncelikle, teorisyenlerin karşı çıkmayı ciddiye almaları sonucunda, bir veya öbür kutba nasıl yöneldiklerini göstereceğim. Daha sonra meşruluğun iki kutupsal şekli arasında bir uzlaştırılmaz karşıtlık olduğu fikrimi ve onun bir mit olarak düşünülmesi nedenlerini muhakeme edeceğim.

## II. CEZANIN DÖRT TEORİSİ

Cezanın dört etkili teorisi ceza hukukunun klasik amaçlarıyla uyuma çabasıdır. Dört taneden üçü metodolojik ikilemin boynuzlarına takılmışlardır. Onlar sadece meşruluğun bir şeklini ciddiye alırlar ve diğer tartışma kutbunu saptırır veya gözardı ederler.

A. Quinton:

*Cezalandırmacılığın Mantığı*

Anthony Quinton Ceza Üzerine<sup>(9)</sup> isimli makalesinde, cezalandırmacılığın yanlış anlaşıldığını belirtir. Onun bakış açısına göre, cezalandırmacılık ileri bakışlı teorilerle uzlaşabilir, çünkü ileri bakan teoriler etiksel bir durumu, bir meşruluk durumunu ortaya koyarken, o sadece mantıksal durumu ortaya koyar. Öncelikle Quinton cezalandırmacılığı ifade ederken, kişinin cezalandırılmadan önce suçlu bulunması ge-

rektiğini belirtir. O, saf bir ileriye dönük teo-rinin bu kısıtlamayla baş edebileceğini kabul eder. Kapsamlı caydırıcı tutumda birisi gerçekten suçlu olmakla birlikte, genellikle suçlu olduğuna inanılarak cezalandırıldığına (günahkeçisi olarak), ceza son derece etkili olabilir. Quinton'a göre, her çatışma aldattıcıdır, çünkü cezalandırmacı kısıtlamasının etik güce sahip olmasını kastetmez. Quinton ifade eder ki; *masumu cezalandırmamanın gerekliliği ahlaki değil ancak mantıksaldır. Bazı cezalandırmacıların masumu cezalandırmayabiliriz ve sadece suçluyu cezalandırmalıyız şeklinde düşüncesinin aksine, masumu cezalandırmayız ve sadece suçluyu cezalandırmak zorundayız. Tabii ki, cezanın ihtiva ettiği sıkıntı veya eziyet, masum kimselere çektirilebilir ve çektirilir fakat bu ceza değil, adli hata veya terörizm veya .... 'sosyal operasyon'dur. Bir kişi üzerindeki acı çekirme, eğer o kişi suçlu ise, sadece açıklıkla ceza olarak tanımlanır. Bu sebeple cezalandırmacı tez, ahlaki bir doktrin olmayıp, aksine 'ceza' sözcüğünün anlamından çıkan bir şeydir*<sup>(10)</sup>.

Ne var ki Quinton'un teorisi yetersizdir çünkü o cezalandırmacının gayesini atlamakta ve ceza koşullarının tasvirini cezanın meşruluğuyla karıştırmaktadır. Tasviri olarak suçun cezanın bir koşulu olduğunu söylemek doğrudur. Ceza verme kurumu veya uygulaması, bunu yaygın ve kusursuz bir özellik olarak kapsar. Fakat bu cezalandırmacıların gayesi değildir. Cezalandırmacı ahlaki meşrulaştırma için cezanın sa-

dece suçlu üzerine yüklenebileceğini iddia eder. O adaleti bu özelliğiyle kimliklendirir ve herhangi bir uygulamada ondan yoksunsa meşruluktan da yoksundur der.

Aynı nokta başka türlü de ifade edilebilirdi. Quinton, suçlunun cezasını kısıtlamanın sanki ceza uygulamasının sadece bir iç özelliği olduğunu yazar. Ne var ki bu nitelime yararlıların meydan okumalarına cevap vermemektedir, şöyle ki cezanın sadece suçlu olanla sınırlandırılması gereklidir çünkü bu meydan okuma uygulamanın dışında yapılmaktadır ve niçin bu uygulama da diğeri değil şeklindedir. Quinton buna rağmen, cezalandırmacı, yararlı gibi bir normatif ve bir mantıksal olmayan nokta ortaya koyar.

Quinton cezalandırmacıların iddialarını veya yararlıların meydan okumalarını zararsız hale getirmekte başarılı olamamıştır. Çünkü yararlıların amacı ceza sisteminde tesadüfi bir iç özellik betimleyebilmek değildir. Bu nokta cezalandırma ve adalet arasındaki bağlantıya nazaran görülebilir. Eğer cezalandırmacı sadece cezalandırmayı suçla koşullandırılmış ceza ile özdeşleştirdiyse, o normatif içerik taşımayan bir betimleme ortaya koymuş gibi yorumlanabilirdi. O cezalandırmanın istenebilirliği konusunda fikrini söylememiş olabilirdi. Fakat adaletin bir gereği olarak suç ve ceza arasındaki ilişkiyi betimlemek, normatif bir iddia ortaya koymaktır. Eğer bu bağlantı adalet için gerekli bir özellik ise o zaman bu özellikten yoksun olan bir sistem adaletsizdir. Cezalandırmacı için cezalandırmacı ol-

mayan terimlerle kurulmuş bir meşrulaştırıcı teori özlemi tutarsızdır. Cezalandırmacı, bu nedenle bize adaletten hariç bir meşruluk bulma görevini vermemekte fakat adaletin konu dışı olduğunu kabul ederken bir ceza sistemini meşrulaştırmaya ne muhtemel anlam verilebileceğini anlama görevi yüklemektedir.

Quinton bir adalet olduğuna ilişkin cezalandırmacının iddiasını ifade etme eğilimiyle, meşruluğun iki şekli arasında seçim yapmaktan kaçınır. Cezalandırmacının iddiası bu şekilde ifade edildikten sonra, bu iki uç arasındaki uçurum aşılabilir hale gelmektedir. Quinton yararlılığı, cezalandırmacılığın onunla rakip olmayacağını belirterek savunmaktadır.

#### B. Rawls : Kural-Yararlılık

John Rawls'un "Two Concepts of Rules"<sup>(11)</sup> isimli eski ve etkili makalesi, doğrudan doğruya cezayı konu almaktadır. Bu, yararlı meşruluk ile ilgili olup, "kural-yararlılık" diye adlandırılan maharetle tasarlanmış bir model ortaya koyar.<sup>(12)</sup> Bu model göre "kişi, tatbik edilen ve güç kullanılan bir kurallar sistemi olarak uygulamanın meşrulaştırılması ve bu kurallara göre özel bir olayın meşrulaştırılmasını ayırt etmelidir; cezalandırmacı argümanlar özel kuralların özel durumlara uygulanmasına yeterli olurken, yararlı argümanlar uygulamalara ilişkin sorunlar hakkında uygundur"<sup>(13)</sup>.

Yararlı meşruluk bu sınırlanmış role sahiptir çünkü sistem içindeki aktörler sadece kurallara başvurur-

bildikleri ve yararlı hükümler vermeye ihtiyaç duymadıkları zaman sistem kendisini daha iyi çalışır bulur. Açık kıyas ise oyunlar içindir: her ne zaman için olursa olsun yarar bireysel durumlarda ayrıcalık emretmiş olsa da sadece oyuncular ayrıcalık (bir dördüncü vuruş alma) iddiasında bulunmaksızın kuralları izledikleri zaman beyzbol oyunu yararlı sonuçlara hizmet eder<sup>(14)</sup>. Rawls'un teorisi adalet kurallarının tıpkı üç vuruş sınırlaması gibi içsel kurallar olduğunu belirtir. Onlar bireysel durumlarda yarar için bile değiştirilemez çünkü kurallar paketi yarara etkili bir bütün olarak hizmet eder<sup>(15)</sup>.

Rawls daha sonra bu teorisini hakim ve yasakoyucunun rollerini karşılaştırarak sürdürür.

*Hakim ve yasakoyucu farklı pozisyonlarda dururlar ve farklı yön- lere bakarlar: biri geçmişe, diğeri geleceğe. Hakimin, hakim sıfatıyla gerçekleştirdiği meşruluk, sanki cezalandırmacı görüşü seslendirir; (ideal) yasakoyucunun, yasakoyucu sıfatıyla gerçekleştirdiği meşruluk, sanki yararlı görüşü seslendirir. Bu sebeple iki görüş bir noktada birleşir.... ve ceza hukukunu oluşturan kurallar sistemine göre farklı şekilde yerleşmiş ve farklı sorumluluk- larla birlikte farklı görevleri elinde bulunduran kişilere bu görüşlerin uygulandığını görür görmez kişinin ilk şaşkınlığı kaybolur.... Kişi eski ama geçerli olan, farklı durumlara onları uygulamaya eğilimiyle iki gö- rüşü uzlaştırır*<sup>(16)</sup>.

Rawls, Quinton gibi iki kademeli analiz önermektedir, içsel ve dışsal. Quinton'un aksine, o bu ayrımı be- timleme ve normatif meşruluk ara- sındaki ayırımla karıştırmamakta- dır<sup>(17)</sup>. Uygulamayı bir kurallar sis- temi olarak meşrulaştıran dışsal ha- reketten, bir uygulama (bir kuralın belirli bir uygulaması) içindeki belirli bir eylemi meşrulaştıran içsel hare- keti ayırmakla Rawls, meşruluğun iki şeklini değişik alanlara dağıt- maktadır. Adalet (cezalandırma) ku- ralların uygulanmasının bir erdemi haline gelmektedir ve ileri bakış (ya- rarlı) mülhazaları kuralların seçi- mini meşrulaştırmaktadır.

Rawls'un teorisinin niçin başarı- sız olduğunu görmek önemlidir. Teo- ri adil davranışın varlığını, tam ola- rak meşrulaştırılmış bir uygulama- nın geçici nedeni haline getirir. Adil davranış, bir sistemin özelliğidir ki, sistem sıfatıyla, adaletten başka dü- şüncelerle meşrulaştırılır ve bu di- ğer (ileri-bakış) düşünceler, kavram- sal önceliğe sahiptir. Rawls'un, Ada- let Teorisi<sup>(18)</sup> adlı eserini yazarken farkına vardığı gibi, adalet, normatif eleştirinin saf bir içsistemsel ölçütü olamaz. Eğer adil olan bir kuralın bir uygulamasına değer biçmenin bir anlamı varsa, kuralın kendisine de, onun genel uygulaması içinde adil demek, bir anlam ifade eder. Eğer adil kurallar varsa, aynı za- manda adil kurallar sistemi de var- dır. Ahlaki meşruluk kavramı par- çalanabilir değildir ve içsistemsel katılımcının ve dışsistemsel gözlem- cinin (hakim ve yasakoyucu) ahlaki görüşleri belirgin değildir<sup>(19)</sup>. Adalet her ikisine de aynı iddiayı uygular.

Bir çok teorisyen kural-yararcılığa bir farklı eleştiri yapmıştır. Onlar, kural-yararcılığın masumu gizlice cezalandıran bir genel uygulama benimseyebileceğinden yakınırılar<sup>(20)</sup>. Bu iddiaya göre, Rawls karşı sezgiye dayanan sonuçlar alabilirdi. Çünkü masumun cezalandırılması hepimizin kabul ettiği bir sezgiye tecavüz eder: masum olan şahıs cezalandırılmamalıdır. Rawls gibi bir kural-yararcı, bir masumu resmen müeyyidelendirmiş bir sistemi destekleme fikrini reddedebilir ve kamu şu dört yolla bilgisiz bırakılır. İlk olarak o bu tür örneklerin zoraki olabileceğini ve inandırıcı olamayacağını ve kötü örneklerin kötü teoriler doğurduğunu söyleyebilirdi<sup>(21)</sup>. Daha sonra onun gerçeklerini örneklendirmeye çalışırdı. O, böyle bir politikanın bilinmesi ve kamu güvenliği ve itaatının dramatikçe tehdit edilmiş olması halinde, yok edilemez bir risk bulunacağını söyleyebilir. Bu cevap prensiplendirilmiş olmaktan çok pragmatiktir ve itiraz kabul eder görüntüdedir. Bu savunma ışığında, eğer teorideki risk ayıklanabilseydi, kural-yararcı durumu kabul edecekti.

Faydacıların üçüncü ve dördüncü yanıtları daha ilginçtir. Üçüncü cevap şudur ki, suçsuz verilen zararın ağırlığı-subjektif hayal kırıklığı, haksız davranışın acısı-saptanmalıdır, bu öyle büyüktür ki, uygulamamanın getirebileceği yararlar ne olursa olsun, ister istemez daha ağır basar. Buradaki öneriye göre, eğer yararcı, çoğunlukla yararcılıkla bağdaştırılan evrim kriterine bağlı kalsa ve mutluluk ve doyumunu mak-

simuma ulaştırmaktan bahsetse bile<sup>(22)</sup>, ona, değişik şekillerde insanlar arası karşılaştırmalar yapmak yolu açıktır. Cezalandırılmış masumların hayal kırıklığının öyle yoğun ve ezi- ci, kesin ağırlıklı özellikler taşıdığı- nın söylenmesi açık bir şeydir<sup>(23)</sup>. Yararcı için son cevap standart ol- mayan gelişme ölçütünü kabul et- mek, subjektif doyum ve mutluluğun konuşulmaması ancak iyi olma ve ortak iyiliğin konuşulmasıdır. O kar- rar verme durumundadır ki, adalet- siz bir rejim ortak iyiliğe hizmet edemez.

Üçüncü ve dördüncü cevaplar te- orik bir diyalogun ilk açılma vuruş- larıdır. Hoş karşılanmayacak üçün- cü cevap, tecavüz edilmiş adalet his- sine yararcı tarafından özel ve kesin ölçü saptanması gerektiğini söyleye- rek, adaleti arkadan içeri almak için ön kapıdan atmaktadır. Son cevap sadece hangi yarar hükmü terimi veya ileri bakış evriminin, doyuma ulaştırıcı olduğunu soru haline geti- rir.

#### C. Hart: Bir Değerler Çokluğu

Quinton ve Rawls'un her ikisi de bir yararcı yapı içinde adalet kavra- mını barındırmayı amaçlarlar. Rawls'un teorisi Quinton'inkinden şöyle böyle daha iyi olduğu halde, her ikisi normatif usavurmadaki adaletin görünür rolünü küçümser ve yanlış tanırlar. H. L. A. Hart, ceza ve cezai sorumluluk'la<sup>(24)</sup> ilgili yazısında Rawls'unkine üstünlüğü benzeyen bir teori öne sürmekte fa- kat, meşrulaştırmanın birbiri ile ya- rışan şekillerinin zorunluluklarına

daha hassas yaklaşmaktadır.

Hart bir "ahlakça tahammül edi- lir" ceza teorisinin "ayrı ve kısmen çatışan prensipler arasında bir uzla- şı"<sup>(25)</sup> olması gerektiğini söyler. Bu sebeple Hart, cezanın "genel meşru- laştırma amacı"nı - öznal ve genel caydırıcılık yoluyla suçun minimum- laştırılması- onun ikinci amacı olan cezanın dağıtılmasından ayırır<sup>(26)</sup>. Caydırıcılık bunların her ikisi ile de ilgiliyken, adalet bu problemlerin sadece ikincisi ile ilgilidir. Bu sebep- le, özel durumlarda cezanın derecesi değişken bir ölçüte göre saptanmalı- dır ki, o aynı zamanda ibret verici, orantılı ve adil olsun.

Yorumcular Hart'ın teorisini müphem bulmuşlardır. Bazı pasaj- lar Hart'ı bir kural-yararcı gibi gös- terir. Örneğin, o şöyle der:

*Farklı cezalar verilmiş farklı suçlular arasındaki hakkaniyet, kendi içinde bir son değildir, fakat bizim görüşümüzce gerçekten bir ahlaki isteme sahip diğer amaçları izleyen bir metottur ve biz cezalan- dırmanın temel amaçlarının izlen- mesine mani olmadığı sürece ona güç vermiyiz*<sup>(27)</sup>.

Hart şöyle ekler: "adalet bir başka şeyler yapma metodudur, bir bağımsız son değildir"<sup>(28)</sup>. Bu pasaj- lar ifade eder ki, adalet araçken cay- dırıcılık sonudur. Onlar aynı zaman- da önerir ki, adalet oyunun oyuncu- ları tarafından içsel olarak kullanı- lan bir araç olarak kalırken, caydırı- cılık içsel meşruluktur. Adil davra- nış sadece dışsal son'a hizmet ettiği sürece ve derecede meşrulaşır.

Bu Rawls'cu yorum, Hart'ın en çok akla yatkın olan yorumu değilse

de, o, aynı anda zamanı ve tekrar adaletsiz olmaya isteksizliği tartış- maktadır, örneğin caydırıcılık gibi, ileri-bakış değerlendirmeleri için gü- nahkeçilerine ceza verme, bağımsız değerlere dayandırılmıştır. Bu istek- sizlik, "hukuku ihlal etmeyen birine 'ceza' vukuunda, onun masumluk gerçeğinin ortaya çıkmayacağından veya onun yaptığının büyük uyarıya neden olmayacağından emin olduğu- muzda hâlâ sürecekti"<sup>(29)</sup>.

Hart'ın teorisi Rawls'un görü- şünden ayırt edilebilir çünkü o, No- zick'in ifade ettiği "tali sınırlama- lar"<sup>(30)</sup> kullanır. Bu görüşe göre ya- rarcı amaçlar adaleti ihlal edici yol- larla izlenemez, çünkü adalet kural- ları geçici veya şarta bağlı olarak yararı izleyen en iyi kurallar değil, fakat böyle bir takibi sınırlayan bir bağımsız değer temsil eden kurallar- dır. Hart şöyle bitirir "tek bir sosyal amacın izlenmesi..... onun kısıtlayıcı sınırlayıcılığına sahiptir" ve "bizim temel sosyal kurumlarımız daima kısmen farklı prensipler arasında bir uzlaşma olarak anlaşılabilen bir özellikler çoğulculuğu taşırlar"<sup>(31)</sup>. En basit şekliyle bu, ceza hukuku- nun ayırıcı amacı olan suçun mini- mumlaştırılması ve kontrolünün, di- ğer değerler çerçevesinde izlendiğini anlatır. Bu değerler ceza hukukun- da ne yaptığımızdan etkilenmiş ol- dukları halde, ceza hukukundan ay- rı veya ona mahsus değildirlir.

#### D. Cezalandırmanın Geliştirilmiş Şekli

Şimdiye kadar gözönünde bu- lundurulmuş üç teori de cezalandırma

ile ilgili bir temada kimliklendirilir: ceza haklı veya adil olmalı ve böylece sadece suçlulara hasredilmelidir. Bu tema ileri-bakış amaçlarının izlenmesinde bir zorlama olarak sunulmuştur. Diğer bir söyleyişle bu teorilere göre adillik cezalandırma için bir zorunlu koşuldur, fakat yeterli bir koşul değildir. İleri-bakış amaçlarının da yardım ettirilmesi gereklidir.

Gerçek bir cezalandırmacı, öte yandan, hak edilenin (veya adalet) gözönünde bulundurulmasının cezalandırmayı meşrulaştırmada yeterli olduğunu tartışır. Böylece Hart, cezanın potansiyel konularının haklarını korumak için adaleti açıkça davet ederken, bir gerçek cezalandırmacı, uygun bir sertlik derecesiyle suçluları cezalandırmakla, "toplum'un" (32) hakkını vurgulaması için cezalandırmacılığı davet eder. Görmüş olduğumuz gibi Hart, suçu cezanın bir başlangıç koşulu olarak görür. Ona göre, cezanın uygulaması sadece adilce hakedilmiş olmasına bağlı değildir (ör. sadece suçlu cezalandırılabilir ve sadece suçunun ciddiyetinden daha fazla şiddette olmayarak), fakat aynı zamanda daha ileri giden ortak sonların "genel meşrulaştırma amacı"na da hizmet etmelidir.

Cezalandırmacılığı değerlendirmek için, adalet prensibinden, cezalandırma prensibini ayırmaya çalışmalıyız. Eğer biz cezanın suçluyla sınırlandırılmasını tek gerekli koşul olarak değerlendirirsek, böyle yapmaya ihtiyaç yoktur; bu hem bir adalet veya hem de bir cezalandırma koşulu olarak adlandırılabilir. Fakat bizim

sık sık cezalandırma kavramıyla kimliklendirilen iki ilave koşulu da gözönüne almamız gerekir, şöyle ki (a) devlet suçluyu cezalandırma görevine sahip olarak görülür ve (b) orantılı sezgiler cezanın şiddetine bir üst sınır olduğu kadar alt sınır da koyar (33). Bu koşullar cezalandırma kavramında mutlak olduğu halde, göreceğimiz gibi, onlar, adaletin zorunlu koşulları değildirler.

Cezalandırmacılığın bu genişletilmiş şeklinde üç görüş hemen açığa çıkar.

(1) Bu şema ileri-bakış mülazatlarına meşruluk için başvuru sağlamaz. Bunun bir ileri-bakış görüşü açısından yararları olduğu söylenebilir fakat o bu yararları göre meşrulaştırılmaz.

(2) Bu prensipler, yasal hüküm şemalarında, hüküm verenlerin seslendirilmiş amaçlarında ve hüküm uygulanan kişilerin beklentilerinde yankılandırılmıştır (34). Su götürmez gerçek olduğu sık sık söylenir ki, suçlu cezalandırılmalı ve hakettikleri hükümle cezalandırılmalıdırlar.

(3) Bu prensipler, bir çok normu cezalandırmacılığın yol gösterici çizgisini küçümseyen hukuksal uygulama ile eşleştirilemez. Davalılar kendi arkadaşlarına suç yüklemeyi seçerek haklarında kovuşturma yapılmasından muaf kalabilirler. "Suçlu" davalıların yasal veya anayasal haklarına devlet tarafından tecavüz edildiği zaman kovuşturmalar düşürülür ve mahkumiyet hükümleri geri çevrilir (35). Bu uygulamaların ilki sadece amaca uygunlukla meşrulaştırılabilir, fakat daha sonraki, tipik olan uygulamanın geniş bir türü,

kabul edilmiş prensipler tarafından meşrulaştırılır.

Cezalandırmacılığın genişletilmiş şekli büyük bir çelişkiyi ihtiva eder; nedenini görmek kolaydır. Davaya açma ve duruşma süreci, suçluyu masumdan ayırtetmek için düzenlendiği halde, ceza hukukunun diğer yönleri, bu ayırım içine karışmış idealleştirme ve sunniliği gösterir. Ceza hukuku her yerde bir mazeret alanı ve hafifletme koşulu tanır ve o her bir koşulun birbirine benzemez bir durumlar ve eğilimler karışımı gösterdiğini kabul eder (36). Çoğu suçlunun affedilebilir dilim içinde olduğunu bilmek, bizi, bir farklı ve izole edilebilir sınıf olarak suçluyu cezalandırmanın bir görev olduğunu iddia etmekte ihtiyatlılığa itmeli. Birbirine benzemezlikte aynı ihtiyat bize, cezanın suçun ciddiyetine uygun olması gerektiği şeklindeki iddianın nasıl açık olmadığını göstermelidir. Ciddiyet, verilen zararın miktarıyla, amaçlanmış zararın miktarıyla, zararın derecesine zıt olarak suçun vahşi karakteriyle (37) veya işlenişin derecesiyle, duyguların çelişikliğiyle veya suçlunun pişmanlığıyla ölçülür mü?

Bu problemler, cezalandırmacı görüşe göre can alıcı değildir. Biz gerçekte, ciddiliği mukayese edici dil kullanarak, hücum edici davranış örnekleri sıraladık (38). Biz hukuken suçlu oldukları gibi ahlaken de suçlu olduklarını anlamaya bakma şartıyla, suçluyu cezalandırma görevine sempati duyarız. Jeffrie Murphy, yarırcılık ve cezalandırmacılığın her ikisinin de delil prensibine göre temellendirildiğini ve sadece duygular

veya sezgilerin tartışılabilir olmadığını iddia etmiştir. "Sosyal yararın maksimizasyonunun önemli olduğu, bir kişinin kendi haksız davranışından haksızca yarar sağlamaması gerektiğinden, çok belli ki doğru değildir. ..." (39). Murphy yorumuna şöyle devam eder ki, cezalandırmacılık teorik temellerini karşılıklı duruma dayanan adalet cephesinden almaktadır. Kant ta, ceza hukukunun, davranış kurallarına uyanların uymayanlar üzerinde bir haksız avantaj kazanmalarını önlemek için var olduğunu tartıştığı zaman, cezalandırmayı karşılıklılıkla anlatır (40).

Kantçı görüş meydan okunmamış olarak kalmamıştır. Görmekteyiz ki, cezalandırmacılık ve bellibaşlı karşılıklılık teorileri, suçluların çeşitliliğini yeterince önemsememekte. Suçtan bütün suçlular fayda sağlayamadıkları gibi, ceza bütünüyle hesap dışı bırakılsa bile, suçtan faydalanmak isteyen bazıları da hiç bir kazanç elde edemezler. Suçlu ve topluma veya suçlu ve onun kurbanı arasındaki karşılıklılık fikri, her ikisinin daha basit ve farklı ilişkisinden gelen bir mecazdır (41). Adalet, gerçek bir sözleşme durumunda veya bir gönüllü küçük grup ve ortak teşebbüslerin sınırları içinde karşılıklılık gerektirdiği halde, bir gerçek cezai eylem koşulları altında adaletin ne gerektirdiği pek açık değildir.

Bu bölümde ahlaki meşruluğun yararı ve cezalandırıcı şekillerinin ağırlıklı güçlerini ve bir ortak yolun hayal edilmesi ve savunulmasının zorluğunu belirtmişim. Quinton ve Rawls yararı ve ileri-bakış tarzını

örnek olarak gösterirlerken, Hart, teorik seviyede tekrar değerlendirmeye çalışmaksızın her iki modele de dikkat çekici bir açıklama önerir. Quinton ve Rawls, adaletin sistem dışı rolüne yeteri kadar önem vermezler. Burada açıklanan şekliyle cezalandırmacılık, adaletle anlaşmaz durumda olabilir. Adalet, ceza için sadece suçlunun seçilebileceğini ileri süren cezalandırmacılığın zayıf şekli ile benzer olduğu halde, suçluyu uygun sertlikte cezalandırma görevinin bulunduğunu ileri süren cezalandırmacılığın daha sert bir şekliyle açıkça benzerlik göstermez.

### III. YENİ BİR METODOLOJİYE DOĞRU

İleri-bakış meşrulukları ve meşruluk olarak adalet arasındaki karışıklık, seçmecilikle değil fakat, bir ileri-bakış teorisinin terimlerini yeniden tasarlamakla aşılabılır. Sadece bu yolla, ceza hakkındaki usavurma, "yararcılığın gölgesi"nden, yararcılığın bildik şekillerinin tümüyle yutulduğu, reddedildiği ya da sınırlandırılmış zorlamalarla kabul edildiği bir bağlamdan çıkabilir.

Bir ileri-bakış teorisi, ortak iyilik üzerindeki cezalandırma uygulamasının her etkisini değerlendirmede başarısız oldukça, eksik kalacaktır. Cezai hükmün ve suçun sonucu üzerindeki cezanın etkileri, şüphesiz akla gelen ilk etkilerdir, fakat başkaları da vardır. Hart, kamu davası sürecinin ve mahkumiyetin toplumu birleştiren değerleri doğruladığını bize hatırlatır.<sup>(42)</sup> Genel olarak moral değerleri güçlendiren ve yansı-

tan cezanın sabit standartları içindeki bir toplum, bireylerin kendi kapasiteleri içinde hareket ederek ve plan yaparak güvenlik içinde oldukları ve kamu olayları ile özel beklentileri arasında küçük sıçramaları denedikleri toplumdur. Ortak iyilik kavramı, bu karakteristikleri olan bir toplumdan ayrılamaz.

Cezanın sosyal yararının en iyi tartışması, Joel Feinberg'in "Justice and Personal Desert" (: Adalet ve Kişisel Değer) ve "The Expressive Function of Punishment" (: Cezanın Anlamlı Fonksiyonu) denemelerindedir.<sup>(43)</sup> Feinberg, diğerlerinin eylemlerine doğal tepkisel tutumlar olarak adlandırdığı şeye dikkat çeker. Örneğin Feinberg, minnettarlık ve şefkat, kızgınlık ve kasıtlı zarar arasındaki - duygusal olduğu kadar mantıksal- uygunluğu belirtir. Feinberg, "bir kişinin eylemleri veya nitelikleri ve diğer kişinin tepkisel tutumları" arasında bir doğal uygunluk bulunduğunu ileri sürer.<sup>(44)</sup> Bu tepkisel tutumlar kişilerin hak ettiği davranışın paylaşılmış bir duygusunun temelleridir; onlar ileri-bakış amaçlarına hiçbir şey borçlu değildirler. Fakat Feinberg, ceza ve cezai hüküm gibi kurumlardaki ortak iyilik düşüncesinin, "bizim davranış ve değer hükümlerimizin....ifade edilmesi için (doğal eğilime ilaveten) bir neden oluşturduğunu" söyler.<sup>(45)</sup> Bireysel tepkisel tutumlar ve karar verme kurumsal kriteri birbirlerini karşılıklı olarak destekler ve iyi hale getirirler. Feinberg, sembolik kamu hoşnutsuzluğunun, caydırıcılık ve reforma yardımcı veya engel olsun ya da olmasın, böyle bir ifadenin do-

ğasında mevcut diğer fonksiyonlara hizmet ettiğini belirtir. Bu fonksiyonların arasında, belirli zararlı davranış çeşitlerinin otoriter olarak reddedilmesi, hukukun moral değerlerde kökleştiği gibi savunulması ve yakışsız davranış dışındakilerin resmen affedilmesi yer alır.<sup>(46)</sup> Bu fonksiyonları, bir sonun nedenleri olarak ve ortak iyiliğin birkaç yönünün ışığı altında haklı çıkarma ihtiyacı olarak düşünmek kolay fakat yanıltıcıdır. Aşağıdaki tartışma neden böyle bir davranışa ihtiyaç duyulmadığını gösterir.

İlk olarak, kızma ile meşrulaştırılmış hoşnutsuzluk arasında önemli bir fark vardır.<sup>(47)</sup> Kızmanın aksine, meşrulaştırılmış hoşnutsuzluk, kendisiyle birlikte, uygun görülme-ye-ye davranışların, karşılıklı saygının paylaşılan normlarını ve şerefi ihlal ettiğini gösterebildiğine veya meşrulaştırılabildiğine dair bir iddia taşır. Hoşnutsuzluk, nedenlerle arkalanmış ve birini ya da diğerlerini etkileyen hareketlerle ilgili bir tepkisel tutumken, kızma, birinin kendisini etkileyen hareketlere karşı kişisel tepkisel bir tutumdur. Kızma ve meşrulaştırılmış hoşnutsuzluk, tepkinin-biri duyguya, biri kavramaya ilişkin- değişik kategorileridir, fakat bunlar aynı tip eyleme karşı tepkilerdir.<sup>(48)</sup> İkincisi, bir yanda kızma ile hoşnutsuzluk ve diğer yanda belirli davranış türleri arasında mantıksal bir ilişki vardır. Bizim kızdığımız ya da uygun görmediğimiz şey (ve genellikle övdüğümüz ya da kınadığımız) tipik olarak keyfi ya da bir özel duruma ilişkin tercih meselesi değildir. Bunun da ötesinde bö-

le hükümler, paylaşılan standartlara, paylaşılan bir ortak iyilik duygusuna başvurulardır. Bu John Rawls'un "adalet duygusu"nu bulduğu ve betimlediği zaman değindiği şeydir.<sup>(49)</sup> Üçüncüsü, ortak iyiliğin herhangi bir ileri-bakış nitelendirilmesi, içinde adalet duygusunun gerçekleştirildiği ve kuvvetlendirildiği sosyal kurumları, böyle diğer sona doğru bir araç olarak değil fakat diğerleriyle birlikte iyi yaşamının bir zorunlu görünüşü olarak betimleyecektir. Son olarak, bir ceza sisteminin adil olmasının gerekliliği, (ki ceza suçluya verilmelidir ve ahlaki ayıplamayı hak etmişlik cezanın sertliğinin kararlaştırılmasında birkaç rol oynar), ortak iyiliğin herhangi bir nitelendirmesinin asli bir gereğidir.

Eğer bütün bunlar doğru ise, ileri bakış teorilerinin -ki böyle teoriler başarısızdır çünkü eğer genel olarak cezalandırılanların suçlu olduğuna inanılıyorsa, ileri bakış terimleriyle meşrulaştırılan bir sistem masumun mahkumiyetini ve cezasını ihtiva edebilirdi- sık sık yapılan eleştirilerinden biri puan kaybeder.<sup>(50)</sup> Bu eleştiri konu ile ilgili değildir, çünkü bir ileri-bakış teorisi, içerisinde, kişilerin ortak iyiliğin güvenceye alındığına inandıkları bir geleceği değil, içerisinde aslında ortak iyiliğin güvenceye alındığı bir gelecek tanımlamaya yönelik bir girişimdir. Bu eleştiri, kendisini yalnız realite ve realite ile ilgili inanç arasında hiç bir fark olmadığını düşünen bir kimseye önerecektir. Ne var ki, bu farklılık yoğunlukla daha da büyüyecektir. Kişilerin yanlış olarak, potansi-



yel suçluların gerçekten caydırıldıklarıyla, kendilerinin suçtan uzak olduklarına inandıkları bir durum kimseyi şaşırtmayacaktır. Buna dayanarak, kişilerin adil bir toplumda yaşadıklarına inandıkları bir durum, onlara gerçekten adil davranılan bir durumdan ayrı tutulmalıdır.

Buradaki nokta metodolojiktir. Bunu anlamak için, kavramsal ilişkileri, koşullu ilişkilerden ayırmamız zorunludur<sup>(51)</sup>. Örneğin, zarardan korunma ve ortak iyilik arasındaki ilişki, koşullu değil, kavramsaldir. Kişilerin güvenli ve endişesiz olması ortak iyilik fikrinin parçasıdır ve içerisinde niçin caydırıcılığın arzu edilen bir amaç olduğunu soruşturma lüzumsuzdur<sup>(52)</sup>. Ortak iyilik ve adil davranış arasındaki ilişki de koşullu değil kavramsaldir. Cezanın neden sadece suçluyu sınırlandırılmak zorunda olması sorusu, hiç bir cevap gerektirmez. Bu eleştiriyi, kendi terimleri ile, sistematik adaletsizliğin, artan caydırıcılıktan gelen kazançla (koşullu bir husus olarak) dengelenemeyeceğini gösterek delilleri çürütme girişimi başından beri yanlış anlaşılmıştır. O yanlış anlaşılma değildir, çünkü ampirik soru kapalı ve kararlaştırılamaz değildir, fakat ampirik soru anlamlıca ortaya konulamadığı için öyle olmuştur; çoğaltılan güvenlik içindeki kazançlar prensip olarak sistematik adaletsizliği meşrulaştırabilen türden şeyler değildir<sup>(53)</sup>.

Maksimize edilen ortaklaşa mutluluk veya doyuma ulaştırıcı adalet arasındaki bilinen karşıtlık, olmayacak bir şeydir. Mutluluk ve doyum boşluk içinde değil, fakat bir

sosyal bağlamda anlaşılabilir ve gerçekleştirilebilir. Adil bir durumda gerçekleşebilecek mutluluk veya doyum şekli, adil olmayan bir durumda gerçekleşebilecek mutluluk veya doyum ile kıyaslanamaz ve mütenasip değildir. Ortak iyiliğin ileri-bakış beklentilerine ilişkin olan mutluluk türü, zorunlu olarak birincisidir.

"Ortak iyiliğin ileri-bakış teorisi" terimi "yararcılık"a tercih edilebilir, çünkü sonuncusu bozulmuştur. Karışık tarihi boyunca yararcılık, mutluluk veya doyumun sadece koşullu veya rastlantısal olarak sosyal bir durumun ahlaki özellikleri ile ilgili olduğu fikri ile birleştirilmiştir. En büyük mutluluğun en büyük sayı tarafından kazanılacağı bağlamı, adil bir toplum olabilir de olmayabilir de; onun adaleti kanıtlanabilmesine kalır<sup>(54)</sup>. Hart en son çalışmasında sanırım geleneksel yararcılığın zedelenebilirliğini görmektedir. O, "yararcılığın tartışmasız kabul edilmiş belli değerleri içinde görmezlikten geldiği yollar"la ilgili tartışmadan uzak durmak zorunda olduğumuzu söyler<sup>(55)</sup>. Aynı zamanda O, "hakların diğer değerlerle ilişkide olduğu yolların, daha fazla radikal ve detaylı olarak gözönüne alınması" için çağrıda bulunur<sup>(56)</sup>. Benim değinmelerim bu gözlemlerin ruhu içinde olmayı amaçlamıştır.

Adaleti bir ileri-bakış teorisine dönüştürmek konusunda herhangi bir girişimin başarısız olmak zorunda olduğuna itiraz edilebilir. Adaleti ciddi olarak alan kişi, sonucu hususunda unuttukandır ve kıyamet kopsa bile adaletin gerçekleştirilmesi gerektiğini iddia eder<sup>(57)</sup>. Bu itiraz iki

şekilde başarısızdır. İlki, karşı koyma olarak ortaya çıkmaz, bu itiraz, gelecekteki sonuçların aksine adalet oluşturmaz, fakat daha da ötesi 'adil davranışın ve adil olmayan davranışın etkilerinin oluşturduğu iki değişik sonucun aksine adalet oluşturur. Bu anlamda itirazın kendisi ileri-bakıştır. İkincisi, adalet ve ileri-bakış teorileri hakkında süregelen tartışma, adaletsizliğin özel durumları ile değil, kuralların (uygulamalar) süregelen sistemi ile ilgilidir. İtiraz, bir özel olaydaki adaletle değil, adil kurallara baş vurmak için yeniden yazma zorunluluğundadır. Bu demektir ki, benim savunduğum görüşü kabul eden kişi, adaletsizliğin bireysel olaylarının ortaya çıkabileceğinin ve özür dilemeye ihtiyaç gösterebileceğinin doğruluğunu kabul edebilir; fakat prensip olarak bunlar adalet sistemi içinde istisnalar olarak kalmak zorundadırlar. Eğer itiraz kıyamet koparacak olsaydı, adalet sistematik olarak gerçekleşirdi, i.e., adil kurallar kabul edilirdi, daha sonra o, makul sebep olmadan bir karamsarlık benimser.

Şuna da itiraz edilebilir ki, bir ileri-bakış teorisine adalet ikame edilmesi, cezalandırmacıların, "suçluyu cezalandırmak konusunda bir görev vardır ve bunun yapılırken orantılı olarak yapılması gereklidir" şeklindeki fikirlerini içine alır. Bu itiraz yukarıda yer alan ikazları unutmaktadır. Benim görüşüme göre, adalet, böyle konularda kesin olmayan bir şekilde konuşur. Bu bize, koşulların ışığında, suçlu arasında ayırım yapılmasını ve ne zaman ve nasıl cezalandırılacağı hususunda

iyileştirilmiş ve ağırlaştırılmış koşulları düşünüp taşınmak için öğüt verebilir. Aşağıdaki önermeler bu noktayı ortaya koymaktadır.

(1) Ortak iyiliğin bir ileri-bakış teorisi, adil olmayan davranıştan ziyade adil bir sistem emreder.

Tartışmış olduğum bu nokta, bir kavramsal husustur.

(2) Adil bir ceza sistemi, suçluya verilecek cezayı sınırlayacaktır.

Bu da aynı şekilde ampirik bir soru değil kavramsal bir husustur.

(3) (a) Adil bir ceza sistemi daima suçluyu cezalandıracak ve onları suçlarının ciddiyet ve sertliğine orantılı olarak cezalandıracaktır.

Bu önerme cezalandırmacılar tarafından kavramsal olarak değerlendirilir. Aşağıdaki ile mukayese edin.

(3) (b) Adil bir ceza sisteminde suçluyu cezalandırmak için genellikle iyi nedenler vardır ve işledikleri suçların ciddiyetine oranlı sertlikle cezalandırmak için iyi nedenler vardır.

Ben, (3) (a) değil (3) (b)'nin adalet gereksinimlerini en iyi tanımladığını ifade etmişim<sup>(58)</sup>. (3) (b)'den şu çıkmaktadır ki, bir suçlunun özel bir olayda nasıl ve ne şekilde cezalandırılacağı tüm ilgili nedenlerin temelleri üzerinde kararlaştırılacak bir husustur.

#### IV. AHLAKİ ŞEYLERİN ŞECERESİNİN ARAŞTIRILMASI

Makalenin açıklanmamış bir öncülü vardır. Bu da yıllarca yararcılık ile saptanmış bir ileri-bakış teorisinin en fazla bilinen nitelendirme yo-

lu olup, tutarsızdır. Benim öncülü-mü savunmak, bizi ahlaki gerekçe-lendirmenin epistemolojisine derin-lemesine sokacaktır ve bu da makalenin amacı dışındadır. Bununla be-raber, yararçıların <sup>(59)</sup> ve karşıyarar-cıların <sup>(60)</sup> çoğu tarafından birlikte paylaşılan ileri-bakış teorilerinin ni-telendirilişi hernasılsa açıkça ve ka-baca betimlenebilir ve betimlenmeli-dir. Bu terimler tarafından bireyler, atomik olarak benzer sonlar içeren eğlenceli yaşam planları (mutluluk ve doyumu maksimum hale getir-mek için planlar) gibi görünmekte-dir <sup>(61)</sup>. Bu sonlar kişisel tercihleri ve eğilimleri yansıtır ve bunlar herhan-gi bir içeriğe sahip olabilirler. Yarar-cı için, ahlaki uslamlama noktası, ortaklaşa ve toplanmış doyumu maksimum hale getirmek için, bu tür planların koordinasyonuna ahlaki meşruluk atfetmektir. Karşıya-rarcı için ahlaki uslamlama noktası, bu sonların üzerinde her bireyin saygın bir davranışın korumasına tabi olmaları için uygun zorlamaları ortaya çıkarmaktır. Bu zorlamalar, en azından kısmen adaletin zorla-malarıdır. Karşıyararcılar için ahlaki meşruluk böyle zorlamalar tara-fından oluşturulan koşulların doyu-ma ulaştırılmasında yatmaktadır.

Geleneksel nitelendirmenin tu-tarsızlığını görmeye başlamak için kişi, insan tecrübesinin temel port-resine ve hedefine meydan okumak zorundadır. Kişi kabataslak bir al-ternatif resim çizmek zorundadır, kişisel gelişim çizgisi içinde, iynin farkedilmesi, başından beri sosyal interaksyon içinde vardır ve o aslın-da karşılıklılığın kişilerarası terim-

lerinde betimlenebilirler. Bunu, ki-şisel iyi kavramının ortak iyi içinde-ki katılımdan türemiş olduğunun en iyi şekilde görüldüğü ve ortak iynin doğal olarak, daha önce tartıştığım gibi adil olmayan davranıştan ziya-de adil bir sistem gerektirdiği husu-su izleyecekti. Bir atomistik episte-molojik terimden uzaklaşma, yarar-cı diyalogtan bir uzaklaşmadır, ya-rarcılığın gölgesinden bir uzaklaş-madır (Hart'ın yapacak olduğu gibi). Bunun geliştirilmesi başka zamana ait bir projedir.

## NOTLAR

- (1) Bk. ör., W. Lafave & A. Scott, *Criminal Law* 21-25 (1972).
- (2) "Yararcılık" terimi Jeremy Bentham'ın çalışmasından kaynaklanmaktadır. Yararcılık formları J.J.C.Smart in Smart, *Utilitarianism*, 8 *The Encyclopedia Of Philosophy* 206-12 (1967)'de en mükemmel şekilde betimlenmiştir. Makalede not 54, infra, "yararcı" ve "ileriye bakış" terimleri arasındaki iliş-kiyi teorilerin nitelendirilme-sinde tartıştım.
- (3) Bk. T. Honderich, *Punish-ment: The Supposed Justifica-tions* 29 (1971). Honderich eleştirisel olarak zikreder, F. Stephens, *Liberty, Equality, Fraternity* 161 (1873): "Nefret -intikam, kin veya ne diyecek-seniz- hislerini tatmin etmek için [ceza var olur] ki, böyle davranış mülahazası sağlıklıca oluşmuş zihinlerde faaliyete ge-çer".

- (4) Bk. J. Kleinig, *Punishment And Desert* 115-29 (1973).
- (5) Bk. ör., B. Williams, *Conflicts of Values and The Truth in Relativism*, in *Moral Luck* 71-82, 132-43 (1981); T. Nagel, *The Fragmentation of Value*, in *Mortal Questions* 128-41 (1979).
- (6) Bk. T. Nagel, supra not 5. Na-gel özellikle bu noktayı aydınla-tıyor.
- (7) H.L.A. Hart, *Between Utility and Rights*, in *Essays In Jurisprudence And Philosophy* 198-222 (1983).
- (8) Id. 222'de.
- (9) Quinton, on Punishment, in *The Philosophy Of Punishment* 55-64 (H.B. Acton ed. 1969).
- (10) Id. 58-59'da.
- (11) Rawls, *Two Concepts of Ru-les*, in *Contemporary Utilitarianism* 59-98 (M. Bay-les ed. 1968).
- (12) Kural-yararcılık ilkeleri ilk ön-ce J.O. Urmson in Urmson, *The Interpretation of the Moral Phi-losophy of J.S. Mill*, in: *Mill: A Collection of Critical Essays* 179-89 (J.B. Schneewind ed. 1968)'de ifade edilmiştir.
- (13) Rawls, supra not 11, 62'de.
- (14) Oyunlar hakkında bu kıyasla-mayı Morawetz, *The Concept of a Practice*, in *Philosophical Studies* 209-26 (1973)'te ve T. Morawetz, *The Philosophy Of Law* 46-51 (1980)'de tartıştım.
- (15) Bk. Rawls, supra not 11, 76-77'de. Aynı zamanda bk. Urm-son, supra not 12. Urmson'un tartışması tam ve açıktır.
- (16) Rawls, supra not 11, 63-65'de.
- (17) Rawls'un ayırımı meşruluğun iki uyusabilir çeşidi arasında-dır. O, her bir çeşidin normatif gücünü kabul eder.
- (18) J. Rawls, *A Theory Of Justice* (1971). Bu zamana kadar Rawls meşruluğun yararçı formlarını açıkça reddeder ve adalet değ-e-rini bir dışsal görüşe göre eleş-tirilmiş bir kavram olarak dışa-rı koyar. Id. 22-53'te.
- (19) Rawls'un modelinin hukuk gibi "açık" uygulamalarda (oyunlar gibi "kapalı" uygulamalara kar-şıt olarak) gerçekleşen meşru-luğa tatbik edilemezliği, yazı-mın temel konusudur. *The Con-cept of a Practice*, supra not 14.
- (20) Bu ve yararcılığa diğer itiraz örnekleri için bk. Williams, A Critique of Utilitarianism, in *J.J.C. Smart & B. Williams, Utilitarianism: For And Against* 77-150 (1973).
- (21) Bk. Anscombe, *Modern Moral Philosophy*, in *ethics* 186-210 (J.J. Thomson & G. Dworkin eds. 1968).
- (22) Mill ve Bentham tarafından de-rinleştirilmiş olan yararcılık, en büyük topluluklar için en bü-yük mutluluktan bahseder. Yir-minci yüzyılda yararçılar "iste-nen doyum" ve "tercih edilen doyum" hakkındaki referansla-rı sık sık arıttılar. Bk.örn., Gauthier, on the Refutation of Utilitarianism, in *The Limits Of Utilitarianism* 144-63 (H. Miller & W. Williams eds. 1982).
- (23) Bk. T. morawetz, supra not 14,



- 101-06'da.
- (24) *H.L.A. Hart, Punishment And Responsibility* (1968), Hart'ın ceza hukuku üzerine çeşitli yazıları ve denemelerini toplar.
- (25) Id. 1'de.
- (26) Id. 8-13'te. Diğer amaçlar ve değerleri kapsayan caydırıcılık ve suçun minimumlaştırılmasının, ceza hukukunun genel meşrulaştırma amacının arkasında gidip gitmediği hakkında Hart genellikle agnostik olmakta dikkatlidir.
- (27) Id. 172-73'te.
- (28) *H.L.A. Hart, The Morality Of The Criminal Law* 54 (1964).
- (29) *H.L.A. Hart*, supra not 24, 77-78'de.
- (30) Bk. *R. Nozick, Anarchy State And Utopia* 28 - 33 (1974). Nozick belirtir: "Tâli sınırlama görüşü size..... amacınızın izlenmesindeki ahlaki sınırlamaları ihlal etmeyi yasaklar." Id. 29'da.
- (31) *H.L.A. Hart, Punishment And Responsibility*, supra not 24, 10'da (özellikle eklendi).
- (32) Çoğu politik filozof topluluklar yerine bireylere ait hakları önerirler. Genel olarak bk. *A. Gewirth, Human Rights* 1-19 (1982); *R. Dworkin, Taking Rights Seriously* 90-94 (1978).
- (33) Bk. ör., *T. Hönderich*, supra not 3, 22-23'te.
- (34) Değerlendir, örneğin, § 1170 of the *Cal. Penal Code* (1976 amendment) (West Supp. 1984): "Yasakoyucu karar verir ve beyan eder ki suç için hapsin maksadı cezadır. Bu maksada, benzer koşullar altında aynı suç işleyen suçluların mahkumiyet hükümlerinde ayniyet için, suçun ciddiyetine uygun sertlikte metinlerle hizmet edilir".
- (35) U.S. Anayasasının hükmü altındaki bu uygulamanın gelişimi *Modern Criminal Procedure* chs. 5, 10, & 11 (Y. Kamisar, W. LaFave & J. Israel eds., 5 th ed. 1980)'de belgelendirilmiş ve açıklanmıştır.
- (36) BK. ör., *G. Williams, Criminal Law: The General Part* chs. 8, 10, 11, 17, & 18 (2d ed. 1961).
- (37) Bk. *J. Kleinig*, supra not 4, 123-29'da.
- (38) Id. 115-29'da.
- (39) *J. Murphy, Retribution, Justice And Therapy* 79 (1979) (özellikle silindi).
- (40) *I. Kant, Metaphysical Elements Of Justice* 36-39 (J. Land trans. 1965) (*Metaphysische Anfangsgründe Der Rechtslehre* (1979)'un çevirisi).
- (41) Bu gibi mecazların ve uslamlanın bu tarzının kullanılması, M.B.E. Smith in Smith, Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?, 82 *Yale L.J.* 950 (1973)'te ikna edici şekilde eleştirilmiştir.
- (42) *H.L.A. Hart*, supra not 24, 169-73, 182-85.
- (43) *J. Feinberg, Doing And Deserving* 55-94, 95-118 (1970).
- (44) Id. 82'de.
- (45) Id. 83'te.
- (46) Id. 101-04'te
- (47) Bu ayrımın en iyi ele alınışı ve ahlak felsefesi için anlamı, *P.F. Strawson, Freedom and*

- Resenment*, in: *Freedom And Resenment And Other Essays* 1-25 (1974)'tedir.
- (48) Id. 13-16'da.
- (49) Bk. Genel olarak *J. Rawls*, supra not 18, 453-512.
- (50) Bk. supra not 20-23 ve yanısıra makale.
- (51) Analitik (kavramsal) gerçekler ve sentetik (koşullu, ampirik) gerçekler arasındaki bildik ve son derece problematik ayırım üzerinde ilerliyorum. Kabaca, ayırım, terimlerin kullanılması ve manalandırılmasının kişi tarafından anlaşılması yoluyla gerçeğin kavranılacağı önermeleri ve ampirik durumların incelenmesiyle gerçeğin kararlaştırılacağı önermeleri arasındadır. "Etik bir felsefe dalıdır" birinci tür bir önerme iken, "Harold Stassen başkanlık için Cumhuriyetçi adaydır" ikinciye bir örnektir. Ayırım, felsefeciler arasında sonsuz tartışma doğurmuştur. *W. Quine, Two Dogmas of Empiricism*, in *From A Logical Point Of View* 20-46 (1961) and *Grice & Strawson, In Defense of a Dogma*, 65 *Phil. Rev.* 141-58 (1956), en etkileyici tartışmalar arasındadırlar.
- (52) Gayet tabii, kişi, insanların endişesiz olma ve güvenlikten yararlanma yollarını tanımlayabilir, fakat bu tanımlamalar, açıklayıcı değere sahip değildir. Eğer güvenlik ve zarardan endişesiz olma değeri apaçık değilse, onların değerini kanıtlamak için söylenecek çok

- az şey vardır. Doğal hukukun en küçük kavramının tartışmasını Hart'ta mukayese et. *H.L.A. Hart, The Concept Of Law* 189-95 (1961).
- (53) "Bir kural olarak" gerçeğin ne olduğu ve bir istisna olarak gerçeğin ne olabileceği arasındaki ayrılık burada çok önemlidir.
- (54) Gördüğümüz gibi, bu durum diğer yararlılarca olduğu gibi kural-yararcılık tarafından da elde tutulur. O, adil olanın ne olduğuna ilişkin sezgilerin, yararlı terimler içinde en iyinin ne olduğuna ilişkin sezgilerden daha belirgin olabileceği durumuyla bağdaşabilir. Eğer bu doğruysa adil sezgilerin ölçülmesi yararlı kriterle asla yapılamaz.
- (55) *H.L.A. Hart*, supra not 52, 195'te.
- (56) Id.
- (57) *Fiat Justitia ruat coelum*, *Lucius Calpurnius Piso Caesoninus* (d. 43 B.C.), *J. Bartlett. Familiar Quotations*, 133 (15 th ed. 1980) tarafından zikredildi.
- (58) Tartışılabilir, sanırım ki, bu en iyi Hart'ın pozisyonuna da uyar.
- (59) Bk. ör., *J.S. Mill, Utilitarianism* (1861); *J. Bentham, Principles Of Morals And Legislation* (1789), *R. Brandt, A Theory Of The Good And The Right* (1979); ve *D. Lyons, Forms And Limits Of Utilitarianism* (1965).
- (60) Bk. ör., *R. Dworkin*, supra not 32, 94-100'de; *J. Rawls*, supra

not 18, 22-53'te.  
(61) Diğer bir söyleyişle, her bir kişi kendi kişisel amacı olarak neyin hesaba katılacağını belirleyen ve bu amaçların doyumunun maksimize edilmesiyle uğ-

raşan olarak görünür. Bir bireyin amaçları, onlara etkili bağlarla bağlanan diğerlerinin amaçlarının kuvvetle gerçekleştirilmesini kapsayabilir veya kapsamayabilir.