

- 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 gidecek çok kültürlü olan bir nüfus içinde gerekli asgari toplumsal bütünlüğü nasıl sağlayabileceğimiz hakkında tartışmalara şahitlik ediyoruz.¹ Toplumun temel normatif yapısını korumak için bir araç olarak ceza hukuku, sıklıkla tartışmanın çok fazla merkezindedir.²

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.

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

² 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 suçluya 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 kınama³, 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.⁴

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 ilgilidir. 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

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

⁴ 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 benlik⁵ 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 olmayarak⁶– 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.⁷ 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.⁸

■ 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.⁹ Bu hüküm bireysel hisleri korumayı amaçlamamakta,¹⁰ fakat bir hoşgörü ortamını teşvik etmektedir.¹¹ Ancak günümüzde Alman Mahkemeleri bu suçun çok sınırlayıcı bir yorumunu kabul etmektedir; böylece dini inançları aşağılama büyük ölçüde suç olmaktan çıkarılmaktadır.¹²

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.¹³ Dini inançlara hakaretler bizatihi kişinin bir dini icra hürriyetini sınırlamazken,¹⁴ bunların aşağılama ve toplumsal dışlama potansiyeli küçümsememelidir. Toplumda barışçıl bir birliklilik, vatandaşlar arasında asgari bir karşılıklı saygıyı, bir "karşılıklı tanıma topluluğunu" gerektirir.¹⁵ Karşılıklı saygıyı tesis için fiziksel bütünlüğe ve başkalarının mülkiyetine saygı yeterli değildir. Saygının bu tür sınırlı bir idraki, insanoğlunun yüksek düzeydeki dayanışmasını görmezden gelecektir.¹⁶ Bireyler olarak, sürekli başkalarına güvenimiz, kimliğimiz toplumsal etkileşimle oluşmaktadır¹⁷ 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.¹⁸ Ancak bu kanunlar normalde belirli bireylerin aşağılanmasıyla sınırlanmıştır.¹⁹ 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 İzdırab

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.²⁰ 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.²¹ Fakat eğer bu inanç ve arzular kimliğimizin temel parçalarını oluşturuyorsa –özellikle dünyayla olan ilişkimizi anlamamıza imkân sağlayan inançlar²² –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 karşı. 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; karşı. Kurt Seelmann, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städler (ed.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen*, 2012, s. 179.

20 Krş. Gerhard Droessler, *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.²³ Bireyselle odaklanma, bencil bir bireyin toplum üzerinde önceliği demek değildir. Bireysel ve kolektif birbirine bağlıdır.²⁴ 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 tanınmanın 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 tanınmanın 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.²⁵ Rorty'nin işaret ettiği gibi, karşılıklı saygı ve dolayısıyla toplumsal birliktelik sebebin sonucu olmaktan çok empatinin sonucudur,²⁶ yani başkalarının da sevinç ve acıyı bizim yaptığımız gibi tecrübe ettiklerini anlama kabiliyetidir. Empatinin karşılıklı tanınmanın 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.²⁷ 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.²⁸

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.²⁹ 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.³⁰

Sonuç olarak insani ızdırap ve empati ceza hukukunun ve cezanın işlevini anlamak için *gerekli* olduğu halde, bunlar hukukun şekillendirilmesinde *yeterli* bir rehberlik sağlamaz.³¹ 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 eleştiri³² 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 verdirilmeli 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 Seemann, 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./Seemann/Wohlers (ed.), Mediating Principles, 2006, s. 98 vd.

30 Kurt Seemann, 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.³³ Bireyler dünyadaki yerlerini anlamak ve onun içindeki yaşamlarına bir rehber bulmak için kültürel bir kimliğe ihtiyaç duyar.³⁴

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 değerlendirildiği³⁵ ve bu değerlendirmenin hâkim toplumsal grubun inanç ve çıkarlarıyla sınırlanmış olmadığı³⁶ ölçüde suç haline getirmeye açık olmalıdır.

Ayrıca geniş kabul gören ahlak normlarının her ihlalinin, bu ihlal başkalarına saygısızlık oluştursa dahi adli 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.³⁷ 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 ızdırap 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.³⁸

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 cezalandırılacaktır. Suç haline getirme ve ceza, başkalarının haksız davranışı üzerine değil, yalnızca failin davranışının mündemiç haksız niteliği üzerine kurulabilir.³⁹ 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).

- Shaping the criminal law requires a prior understanding of its purpose and hence of criminal punishment. Identifying this purpose becomes particularly pressing when defining law in a multicultural and multi-religious society. For here, in order to preserve social peace, the criminal law must ensure that it is not leading or contributing to a marginalisation and social exclusion of minorities. Achieving the latter objective requires a careful analysis of the criminal law's function.

■ I. From cultural homogeneity to cultural pluralism

In many countries nowadays, not least in Germany, we are witnessing discussions about the foundations of society and how, within an increasingly multicultural population, we can preserve the necessary minimum of social cohesion.¹As an instrument to protect society's core normative structure, the criminal law is often very much at the centre of debate.²

In a culturally homogeneous society, defining the purpose of the criminal law might be rather straightforward. When the vast majority of citizens share similar convictions and beliefs, they are likely to demand that the criminal law preserve social stability by protecting the prevailing moral order. Defining the law's content becomes more complex when society, because of migration or other factors, experiences increasing cultural pluralism. In this case, focusing on the immoral nature of certain behaviour is problematic, because cultural pluralism makes consensus on moral judgements more difficult. Furthermore, the legislator is called upon to provide answers to often conflicting interests, notably the majority's request to preserve conventional norms and minorities' call for wider recognition of their customs and values. To preserve social cohesion, the legislator has to find ways to accommodate such expectations.

Cultural pluralism thus requires us to look deeper into the justification of the criminal law. The protection of the prevailing moral order would constitute a one-sided approach to the law and thus fail to provide guidance for lawmakers. To understand and shape the criminal law, in particular the law of a multicultural society and/or multi-religious society, the analysis should not focus primarily on the idea that the criminal law protects certain values. Obviously, every law is meant to protect values, for example life, health, property, or family. When defining criminal offences in a multicultural society, however, determining protected values is often a controversial issue. The lack of broad societal consensus makes it necessary to identify criteria for the designation of the values that the criminal law shall protect.

¹ Cf. Horst Dreier, in: id./Eric Hilgendorf (ed.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, p. 21 ff.

² Cf. Tatjana Hörnle, *NJW-Beil.* 2014, 34 ff.; Joachim Renzikowski, *NJW* 2014, 2539 ff.

■ II. The significance of punishment

In order to identify such criteria, we must first examine the function of criminal punishment. Criminal punishment exposes a conflict between individuals, or between society and an individual. Therefore, an analysis of the criminal law should start with the rather self-evident observation that the criminal law regulates behaviour between people. When someone is punished for having injured a specific value, it is because this value is of significance to somebody else or to society at large. This is obvious in the case of highly personal values, such as life and bodily integrity, but equally valid for less personalised values, for example values related to social institutions. By injuring such values, the offender essentially disrespects others. This disrespect is at the core of crime. Values are not valuable as such but instead because they are of significance for individuals or for society as a whole.

What function then does criminal punishment fulfil with regard to such intersubjective conflicts? On the one hand, criminal punishment pursues a preventive, hence forward-looking objective: punishment serves as a deterrent, furthermore it leads to an – albeit normally only temporary – incapacitation of the offender. On the other, punishment also entails a retributive, retrospective objective: it makes clear that past behaviour was wrong, and, through harsh treatment of the offender, aims to re-establish public trust by making it clear that injustice will not prevail.

Punishment thus confirms the validity of the injured norm and thereby affirms the right of the injured person to be respected by others. Therefore, criminal punishment is characterised by an expressive element, both forward- and backward-looking. Punishment speaks. It contains censure,³ i.e., a message that certain behaviour was and remains wrong and that it will not be tolerated.

The focus on mutual respect as a precondition for peaceful social coexistence constitutes a first important step in the process of finding criteria for criminalisation. Punishment is a reaction to an intersubjective conflict, and this conflict results from the fact that the perpetrator acted disrespectfully towards others. In order to shape the substantive criminal law, one has thus to identify reasons that lead to intersubjective conflict.

■ III. Identity and social exclusion

In order to understand this intersubjective conflict, we need to remind ourselves that human well-being largely depends on how a human being is treated by others. This is rather obvious in cases of physical violence or damage to private property. Such crimes are not only a violation of a norm but constitute disrespect for another person.⁴

In many cases, however, the criminal law is not concerned with behaviour that primarily protects individual interests but rather behaviour that is nevertheless deemed morally unacceptable by large parts of society – for example pornography or blasphemy. Although a violation of such a moral norm does not lead to harm to a specific person, it still constitutes an intersubjective conflict. The conflict

³ Andrew von Hirsch/Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing*, 2005, p. 17 f.

⁴ Cf. Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 150.

here is primarily one of identity. These conflicts about identity offer valuable clues towards understanding the preconditions of social coexistence and thus the purpose of the criminal law.

With the advent of more multicultural societies, such conflicts of identity are becoming increasingly relevant. To understand the criminal law's role within this conflict, we can draw on social theory. As Honneth, building on early work of Hegel, demonstrates, human beings rely on recognition by others. Individual identity is very much a result of our interaction within society. To live our lives, we need to develop self-confidence, self-respect, and self-esteem,⁵ features that can only be acquired through our interaction with others. When the beliefs and values of a social minority are treated as worthless or inferior to the beliefs and values of the social majority, this causes much misery for the members of that minority. Members of the marginalised group will feel degraded and –not least as demonstrated by colonialism⁶ – they might even lose their self-esteem. When a value is part of a person's identity and others disrespect this value, the person himself can feel disrespected. Even if this person is treated as equal under the law, i.e., has the same rights as other citizens, he can still be effectively excluded from society. Thus, respecting the fundamental beliefs of the other means respecting him as a person.⁷ When a majority denies the value of a minority's identity, members of this minority might be ashamed or humiliated, giving them the feeling that they are not considered valuable members of society.⁸

■ IV. Identity and social marginalisation: the example of blasphemy laws

A brief look at current discussions within German law on the criminalisation of blasphemy will serve to exemplify this conflict of identities. According to the German criminal code, it is a criminal offence to publicly “defame the religion or ideology of others in a manner that is capable of disturbing the public peace.”⁹ This provision is not intended to protect individual feelings¹⁰ but to promote a climate of tolerance.¹¹ However, the German courts nowadays favour a very restrictive interpretation of this offence; thereby, insult to religious beliefs is widely decriminalised.¹²

In the light of the aforementioned observations on recognition, there maybe good reasons not to further decriminalise defamation of religion, particularly in cases where an insults to religious beliefs are directed against a minority religion, i.e., a religion predominantly practiced by migrants or by another social minority. Such insults can be perceived not only as directed against a religious belief but

5 Axel Honneth, *Kampf um Anerkennung*, 1992, p. 209; cf. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Jenaer Rechtsphilosophie*, 1969, p. 202 ff.

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

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

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

9 § 166 Abs. 1 StGB (German Penal Code).

10 Klaus Lüderssen, *Festschrift Trechsel 2002*, p. 632; Michael Pawlik, in: *Festschrift Küper*, 2007, p. 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, p. 187 f.; Theodor Lenckner/Nikolaus Bosch, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch*, 2010, Vor §§ 166 ff. at 2; crit. Tatjana Hörnle, in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (eds.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, p. 221 f.

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

also against the respective minority at large.¹³ While insults to religious beliefs in themselves do not restrict a person's freedom to practice a religion,¹⁴ one should not underestimate their potential for humiliation and resultant social exclusion. A peaceful coexistence within society requires a minimum of mutual respect between citizens, a "community of mutual recognition."¹⁵ For the establishment of mutual respect, it is not sufficient to respect the physical integrity and property of others. Such a limited understanding of respect would ignore the high level of interdependence of human beings.¹⁶ As individuals, we constantly rely on others, our identity is forged through social interaction,¹⁷ and the quality of our life largely depends on whether we are accepted as valuable members within our society. Being denigrated and treated as inferior because of one's religious identity leads to suffering. Of course, it is for the laws against personal insult to provide primary protection against intentionally humiliating treatment.¹⁸ However, these laws are normally confined to the degradation of specific individuals.¹⁹ If such prohibitions do not extend to the defamation of entire religious groups and if defamatory behaviour has the realistic potential to contribute to the social exclusion of a group, an overly narrow interpretation of blasphemy laws seems problematic.

■ V. Denial of identity and human suffering

Understanding the criminal law as a conflict of recognition requires that one should not reduce the law's purpose to the protection of morals or values. If the criminal law's aim is to provide basic rules for the relations between people, we must ask why a moral norm or a value is relevant for social relations.

In doing so, one should not construe a false dichotomy between individual rights and the collective.²⁰ The desire to see individual rights protected does not emanate from the idea that an egoistic and unsocial personality might be something intrinsically good. The rationale behind individual autonomy is the enabling of individual self-fulfilment. Individual self-fulfilment is valuable precisely because a contradiction between our individual beliefs on the one hand and our social obligations on the other is unpleasant, as it forces us to contradict ourselves.²¹ But if these beliefs and desires constitute core parts of our identity – in particular beliefs that allow us to understand our relationship with the world²² – then a contradiction between these identity-forging elements and legal obligations is not only unpleasant but can be painful and even destroy one's personality. Thus, the

13 But cf. Joachim Renzikowski, in: *Gedächtnisschrift Meurer*, 2002, p. 185 f.; Tatjana Hörnle, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (eds.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, p. 333 f.; id., in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (eds.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, p. 222 f.

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

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

16 Michael Pawlik, in: *Festschrift Küper*, 2007, p. 426; crit. Tatjana Hörnle, in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (eds.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, p. 223.

17 Cf. Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, 2011, p. 70 f.

18 Cf. Knut Amelung, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung*, 2002, p. 56 ff.

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

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

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

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

primary focus of the law is not the desire for maximised personal freedom but on a reduction of human suffering.

Construing individual rights as aimed at limiting suffering thus allows us to see that it is erroneous to construe the law as a categorical conflict between the individual and the collective.²³ The focus on the individual does not imply the primacy of a selfish individual over society. The individual and the collective depend on each other.²⁴ Individuals are in need of stable social structures, but social structures also need to accommodate the individual. While the protection of a prevailing moral order reflects the majority's desire for stability, this pursuit of stability will be futile unless society proves capable of respecting the identity of its minorities and thus paying attention to individual suffering. The focus on individual rights reflects this concern.

■ VI. Empathy as a focal point of the criminal law

As crime constitutes a denial of recognition towards the other or towards others, the blame expressed by criminal punishment is not only society's disapproval of the criminal act but disapproval about the perpetrator's failure to respect the victim. As just described, what primarily motivates the law is the desire to avoid human suffering. The perpetrator is hence punished for his crime not only because he violated a legal norm but because he showed disrespect for the suffering that resulted or could have resulted from his criminal act.

It appears then that criminal punishment primarily reacts to a state of mind that is incompatible with the fundamental precondition of mutual recognition and in turn with the precondition of peaceful social coexistence. Disregard for the suffering of others draws blame because such disregard demonstrates a lack of concern for the feelings of fellow human beings: a lack of empathy.²⁵ As Rorty points out, mutual respect and hence social coexistence is not so much the result of reason but of empathy,²⁶ i.e., the capacity to understand that others experience joy and pain in the same way as we do. Realizing that empathy is at the core of mutual recognition and thus at the core of law, it becomes evident that criminal punishment is primarily a response to a lack of empathy. Disregard for the suffering of fellow human beings – including disregard for their humiliation and social exclusion – undermines the most fundamental precondition of social coexistence and thus requires a clear response from society, hence punishment.

■ VII. The limits of empathy's normative relevance

While human suffering is crucial to understanding and conceptualising the law, it can only be an analytical starting point for the criminalisation of behaviour. Obviously, human suffering in itself does not constitute a sufficient criterion for legal prohibitions. Individual sensitivities vary from one person to another.²⁷ It is difficult to think of any

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

24 Cf. Rainer Zaczyk, *Selbstsein und Recht*, 2014, p. 62 ff.

25 Cf. Michel Dupuis, *Etudes Ricoeuriennes/RicoeurStudies*, Vol. 1 No. 1 (2010), p. 13 ff.

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

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

behaviour that is not capable of offending someone else. Yet every legal order has to provide clear normative guidance and thus a framework of objective rules in order to coordinate social life. If the law were to primarily focus on subjective feelings, it would become unpredictable, as one can rarely anticipate the feelings of others with certainty. Therefore, in view of legal certainty, criminalising behaviour subject to the feelings of victims would be highly problematic.²⁸

Moreover, if the criminal law were to attempt to prevent negative feelings as much as possible, it would essentially be contradictory. Criminal law and punishment in themselves cause suffering. Thus, while the decision to criminalise aberrant behaviour will be aimed at preventing human suffering, this decision must, at the same time demonstrate keen awareness of the negative consequences of criminalisation and punishment. If the state employs the criminal law to prevent even minimal forms of suffering or emotional disturbance, this would most likely not serve but rather damage social peace and stability.

Ultimately, in a culturally or religiously pluralistic society, emotional disturbance or offence alone can hardly justify legal prohibitions. Peaceful coexistence requires citizens' readiness to tolerate other citizens,²⁹ even when the latter hold fundamentally different views and practice different traditions. Thus, offence caused by the differentness of cultures and beliefs cannot be considered as a wrong and therefore cannot justify prohibitions and punishment. Otherwise, cultural and religious pluralism would no longer be possible.³⁰

Consequently, while human suffering and empathy are necessary to understand the function of criminal law and punishment, they do not provide sufficient guidance for shaping the law.³¹ Nobody can expect the law to provide comprehensive protection against suffering. Suffering, both physical and emotional, is an unavoidable experience of human life. Often this will be true even when the suffering is not caused by accident but by deliberate human action, e.g., by sharp criticism in professional relationships³² or by the violation of intimate trust within private relationships.

However, attentiveness for the feelings of both victims and punished perpetrators, in particular for their suffering, reminds us that one should always question the relevance and social impact of criminal laws. It is necessary to ask to what extent a specific criminal prohibition furthers human interests. The infliction of suffering by criminal punishment may sometimes be necessary to protect social order, but such suffering should only be inflicted with good reasons and correspond to the seriousness of the sanctioned behaviour. Thus, legislators need to identify objective reasons for criminalisation, i.e., reasons that ultimately contribute to human well-being.

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

29 Cf. Andrew von Hirsch, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, 2005, p. 119 ff.; id., in: id./Seelmann/Wohlers (eds.), *Mediating Principles*, 2006, p. 98 ff.

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

31 Cf. Michael Pawlik, in: Festschrift Küper, 2007, p. 421.

32 Tatjana Hörnle, in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (eds.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, p. 223.

■ VIII. Identifying reasons for criminalisation

When a certain behaviour provokes social condemnation and calls for criminalisation, one must scrutinise whether and to what extent it infringes the interests of society or one of its members. However, factually unsubstantiated claims that a specific behaviour would somehow threaten social peace and stability do not suffice to justify punishment. The complexities of social life and, in particular, the criminalisation of behaviour cannot be left as matters of intuition. When criminalisation is based on intuition rather than facts, stereotypes and prejudice are allowed to influence law-making and judicial practice, thereby creating the risk of discriminatory and arbitrary punishment. Thus, before deciding on criminalising a certain behaviour, the legislator will need to identify the human interest that such behaviour infringes and to empirically substantiate this claim.

Founding criminal prohibitions on human well-being does not, however, imply an irrelevance of purely cultural norms, i.e., norms that do not, or at least not primarily, contribute to the furtherance of individual interests. Independently of any potential harm, large parts of society might perceive certain forms of behaviour as unacceptable and thus consider them seriously offensive and disrespectful. As examples, one can cite serious defamations of religion, the disruption of funerals, or certain forms of pornography. Of course, prohibitions cannot be justified by an emotional disturbance that is solely caused by the differentness of others, e.g., by a different religion, political belief, or culture. Otherwise, the law would effectively promote social intolerance. Yet equally, the law cannot close its eyes to the fact that social coexistence requires a certain degree of stability of key moral norms.³³ Individuals need a cultural identity in order to understand their place in the world and find guidance for their life therein.³⁴

To preserve such stability, the law of a pluralistic society has to navigate an often difficult balance between preserving the citizen's identity and upholding tolerance towards the other. Tolerance hence is dichotomous, as it forms the precondition of both the protection of one's identity and the protection of others' identities. If, as demonstrated earlier, crime constitutes a denial of recognition, i.e., a denial of due respect, it appears that there will normally be little room for criminalising behaviour on the sole basis that this behaviour offends the moral feelings of only parts of society. This would essentially force minorities to adapt to the moral convictions of the social majority, implying the cultural superiority of some citizens above others. Insisting on respect for one's own moral convictions by not respecting the moral convictions of others cannot be a viable path towards social cohesion. Consequently, in order not to appear disrespectful towards the moral beliefs of social minorities, the law should be reluctant to criminalise immoral but non-harmful behaviour. As a minimum requirement, such behaviour should be open to criminalisation only to the extent that the behaviour is widely judged to be disrespectful³⁵ and that this judgement is not confined to the beliefs and interests of the dominant social group.³⁶

33 Kurt Seelmann, in: Siep/Gutmann/Jakl/Städler (eds.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen*, 2012, p. 180, uses the term „Orientierungsgewissheit“; cf. Binding, *Die Normen und ihre Übertretungen*, vol. 1, 1916, p. 372 f.; Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 250; Günter Stratenwerth, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1997, 86 (91); Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 56 ff.

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

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

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

Furthermore, not every violation of widely held moral norms need constitute a criminal offence, even if this violation constitutes disrespect for others. For instance, in most cases, lying might be morally wrong, even if the lie is expressed within a purely private relationship. A criminalisation of mere lies would, however, put large parts of private life under the potential threat of criminal prosecution, thereby impeding the informal and unconstrained character of private relationships.³⁷ Similar considerations would apply to the criminalisation of mere breaches of contract. Such criminalisation would probably deter many legitimate market actors from economic risk-taking. These examples demonstrate that the use of criminal prohibitions against immoral behaviour always has to be questioned with regard to the socially harmful consequences that the threat of criminal punishment itself is going to bring about.

However, some moral norms – for instance, respect for a funeral ceremony – are perceived as so fundamental that their breach not only provokes social condemnation but normally also causes those directly exposed to this behaviour to feel seriously disturbed. While this might, in some cases, warrant prohibitions, legislators and judges must remind themselves that mere emotional disturbance does not yet amount to human suffering and should therefore not attract heavy penalties. Furthermore, the legislator must always carefully consider the question of whether the behaviour under consideration is of legitimate, for example social or religious, interest to those who practice it. Mere offence or emotional disturbance should not suffice to prohibit and criminalise behaviour if the latter, for legitimate reasons, is of genuine importance to others. Otherwise, the criminal law might generate more suffering than it aims to prevent.

As described above, a behaviour's seriousness and hence blameworthiness might, however, change if it does not only emotionally disturb those affected by it but also humiliate them in the eyes of others and contribute to their social exclusion. In the interest of social cohesion, it might therefore sometimes be necessary to provide wider legal protection to the cultural identity of a social minority than to the cultural identity of the majority. The case for criminalisation becomes particularly plausible in cases in which a specific behaviour is intended to contribute to the social exclusion of a social group.³⁸

Finally, whenever a specific harm is invoked in order to justify criminalisation and punishment, this harm must be fairly attributable to the offender. As a basic requirement of justice, one must not be punished for harm for which one is not responsible. It is important to remember this principle, particularly when dealing with social tensions that may arise from religious or cultural differences. A certain behaviour should not be criminalised simply because it provokes the outrage of others and thereby leads to violence or to threats of violence. Otherwise, one would effectively punish the author of the contested behaviour for the intolerance and violence of others. Criminalisation and punishment can only be founded on the inherent wrongful nature of the offender's behaviour, not on the wrongful behaviour of others.³⁹ Peace and cohesion in a multicultural society would be seriously undermined if legislators or courts were to depart from this principle and hence allow intolerant and aggressive parts of society to determine the limits of socially accepted behaviour.

³⁷ Andreas von Hirsch, in: id./Seelmann/Wohlers (eds.), *Mediating Principles*, 2006, p. 106 f.

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

³⁹ Cf. Tatjana Hörnle, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (eds.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, p. 326; id., in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (eds.), *Straftheorie und Strafrecht*, 2010, p. 220 f.; id., NJW 2012, 3415 (3417).