

İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında Ölüm Cezası Sorunu Üzerine Tezler

Mustafa Kutlu

Dünyamızı sorularımızın cesareti ve yanıtlarımızın derinliğiyle önemli kılarız¹.

A - GİRİŞ : KUTSAL EMİR

Kutsal emirlerin en önemlisi, öldürme yasağı üzerinedir. Yaşama hakkının oluşması ve bu hakkın saygınlığa kavuşması insan varlığının en önemli aşamalarından biridir. Ancak günümüzde uygarlaşmanın zirvelendiğinin söylendiği yüzyılımızda bile yaşama hakkının güvenceye kavuştu-
rulduğunu söylemek fazla iyimserlik olur. Bireysel ilişkilerin doğurduğu şiddeti, bütününüyle ortadan kaldırmak olanaksız olsa da, yaşama hakkının karşılaştığı gerçek tehlikenin, toplumsal ve siyasal şiddetten kaynaklandığı açıkça ortadadır.

Kitle hareketlerinin yarattığı şiddetin önüne, şu ana kadar herhangi bir engel konulamamıştır. Bu yüzden çağımızın imha etkinliği geçmişin imha etkinliğinden hem sayısal hem de nitelik bakımından daha büyüktür. Bireysel ya da toplumsal olarak şiddet alanları yaratılarak yaşama hakkı birçok gerekçeyle yok edilmektedir. Savaş halen politikanın emrin-
dedir. Devletler, askeri güçlerini, gerek çıkarları için gerekse barışı korumanın caydırıcı unsuru olarak kullanma eğilimiyle, savunma harcamaları adı altında, yurttaşları için kullanabilecekleri kaynak-

ları tüketmektedirler. Meşrulaştırılmış ölüm alanları Dünya'nın her yerinde iş-
lerliğini sürdürmektedir. Bireylerin ortadan kaldırdığı, araç haline getirildiği, çıkarlar arenasında hayatların yok edildiği, kamusal alanlar yaratılmıştır.

Yirminci yüzyıl, yaşama hakkının ne denli önemli olduğunu ortaya koyarken, aynı zamanda ideolojik şiddetin araç ve uygulamalarını tüm ayrıntılarıyla gözler önüne sermiştir. Vahşetin en ilkel uygulamaları, ölümün kol gezdiği toplama kampları oluşturulurken büyük bir riya perdesi dünyanın üzerini kaplamıştır.

Öldürmeyeceksin: Ölüm, hayatın parçası, yaşamın sonu ve olağan bir doğa olayı olmasına karşın, ürkütücü gerçekliğiyle, bazen ilahi söylemlerle evcilleştirilmiş olsa da aslında insanlar tarafından lanetlenmiş bir sondur. İnsan duyumsamasında ölümün korkunçluğu, kaçınılmaz bir tecelliye boyun eğmekle daha da ağırlaşmıştır. Ölüm, istenmeyen, ancak lanet edilenler için olağanlaştırılan, yaşamdan uzak tutulan, fakat sürekli bir arada olduğumuz bir olgudur. Bu nedenle bir kimseyi ölüme layık görmek ya da öldürmek isteğinin ahlaki bir tarafı yok-

¹ Carl Sagan, *Karanlık Bir Dünyada Bilimin Mum Işığı*, (Çev.: Miyase Göktepeli), 5. Baskı, TÜBİTAK, Ankara 1999, Sh.: 2.

tur. Bir kimseyi suçlu olduğu için öldürenin, bunu ahlaki yücelsin diye yapma olasılığından çok, nefretini şiddet uygulamak yoluyla gidermesi söz konusudur. Korkunç ve lanet edilen bir olguyu bir kişiye bilinçli biçimde uygulamanın ancak ona duyulan yoğun nefretle ilgisi vardır. Bu nedenle yazılı kutsal emirler (kural olarak) öldürmeyeceksin derken, yaşama hakkını kutsallaştırarak, yaşama hakkının yok edilmesine yönelen iradeleri önlemeyi amaçlamaktadır.

Kutsal kitaplara göre, ilk insan olan Adem'in oğlu Kabil, kardeşi Habil'i öldürerek dünyanın ilk katili olmuştu. Kabil kardeş katili olarak Tanrı'nın huzuruna çıktığında, Tanrı onu cezalandırmak için alnına bir damga vurdu ve Kabil'i topraklarından sürdü "...ve Rab ona dedi: Bunun için Kaini her kim öldürürse, ondan yedi kere öç alınacaktır. Ve Rab, her kim onu bulursa kendisini vurmasın diye, Kain üzerine bir nişane koydu"². Ezekiyel'in kitabında Tanrı: "Ben yaşadıkça, diye bu yurdu yüce Tanrı, kötülerin ölümü beni mutlu kılmaz, kötülerin bu yoldan dönmelerini ve yaşamasını isterim." der³. Kabil kardeş katili olarak Tanrı tarafından ölümle cezalandırılmadı. Tanrı'nın 'öldürmeyeceksin' dediği yerde dinsel anlamda ölüm cezasını meşrulaştırmanın ya da ayırık durumlar meydana getirmenin kutsallıkla açıklanacak yanı yoktur.

Günümüzde, yaygın olarak kullanılan politik araçların ve toplumsal savunma mekanizmalarının temel amacı, kamusal şiddeti meşrulaştırarak, şiddet tekeli devlet elinde toplamak, böylece meşru şiddet yaratmaktır. Meşru şiddet tekeli, kaçınılmaz olarak karşımıza çıkan bir unsurdur. Toplum katmanlarının çelişen çıkarları ile çatışan bireysel çıkarlar arasındaki eylemsel karışıklıklar bazen şiddet

kullanmak yoluyla giderilmektedir. Meşru şiddetin sınırının belirlenmesinde daha çok ölçü-norm kurallarının yanında, adaletle uygunluk, adaletin kurucu ögesi olarak da, hukuka uygunluk kriteri aranmaktadır.

Meşru şiddetin sınırlarının belirlenmesinde hukuk kurallarının öngördüğü alan nereye kadar genişleyebilir ya da genişlemelidir? Kısacası güvenlik gereksinimlerinin giderilmesinin sınırları nedir? Hukuk kuralları ölümü norm haline getirebilir mi? Bu soruların yanıtı, meşru şiddetin, dolayısıyla yaşama hakkının alanını ortaya koymaktadır.

Bu bağlamda, ölüm cezası, meşru şiddetin en yoğun biçimde yaşandığı fenomen olarak ortaya çıkmaktadır; adaletin, dolayısıyla hukukun, ölümü kural haline getirerek, cezanın niteliğini bedensel sonla belirlemesinin ne kadar hukuksal olduğu ve adaletle uygunluğu tartışma konusu olmaktadır.

B – HINCİN HUKUKSALLAŞTIRILMASI

Toplum halinin yarattığı en önemli sonuçlardan biri, kamusal alanın ortaya çıkması ve devletin kurumsal bir düzenleme olarak temsili ilişkilerle varlık kazanmasıdır. Ulusal devlet, demokratik cumhuriyet tasarımıyla, toplumla birleşmiş durumdadır. Bu nedenle demokratik bir cumhuriyette, her bireyin yurttaşlığı, –aşında– birer ortaklık ilişkisinin ifadesinden başka bir şey değildir. Modern anlamda eşit ve özgür yurttaşların kurduğu toplum, sonunda siyasal olarak devlete gereksinim duymaktadır. Bunun bir diğer anlamı Hobbes'un Leviathan'ı biçiminde tek vücut olmuş bir bütünlükle devletin organizmaya dönüşmesidir.

Devlet, kurallarla düzenlenen bir siyasal yapı olduğuna göre, gerek kuruluşu, gerekse girdiği ilişkilerin tümü hukuktur. Burada ele alınan hukuk, adaletle yönelmiş olan, adalet ilkeleriyle biçimlenen, evrensel ilkelere göre şekillenen hukuktur. Aksine, içi boşaltılmış, sadece kural haline getirilmiş, temel haklar ve özgürlüklerin olmadığı, adalet yoksunu norma hukuk demek olası değildir. Varmak istediğimiz hukuk tasarımı, normun esasını oluşturan, evrensel, adil, ölçülü ve tutarlı bir kurala ulaşmaktır. Bu nedenle hukuk sürekli aranması gereken adaletin en önemli aracı olmaktadır.

Bu anlamıyla norm koymanın sınırları vardır. Siyasal toplumda norm koyma ve bu normun sonuçlarını yaptırıma dönüştürme yetkisi toplum ve bireyler adına devlete verilmiştir. Toplumsal ve bireysel çatışmaların giderilmesinde, barışın hukuk yoluyla sürekli kılınmasında, devletin yaptırım yetkisinin sınırları vardır. Devletin suçluları kovuşturma, yargılama yetkilerinin kullanımında nasıl 'usul' sınırları varsa, cezalandırma yetkisinin de sınırları vardır.

Cezalandırma yetkisinin en uç sınırı, mahkumun, insanlık dışı uygulamalardan uzak tutulması, beden bütünlüğünün ve yaşama hakkının elinden alınmamasıdır. Bunun anlamı mahkumun haklarının olmasıdır. Bu uç sınırları aşan yasal düzenlemeler, işlenen suça, suçu işleyen mahkuma karşı duyulan hıncı kural haline getirmiş demektir. Bir suçluyu ölüm cezasına mahkum etmek, o suçluya, işlediği suçtan dolayı duyulan, yoğun bir nefreti gerektirir. Suçlu bir insanın yaşama hak-

kının elinden alınmasının asıl gerekçesi, cezanın caydırıcılığından çok, onun öldürülmesiyle elde edilecek içsel rahatlamaya yöneliktir. Çünkü, ölüm cezası, ceza hukukunda yıllardır uygulanan yaptırım biçimi olduğuna göre, bu ağır cezaya karşın, halen, ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanan suçlar işlenmeye devam etmektedir. Bu noktada ölüm cezasının caydırıcılığından çok, mahkuma duyulan hıncın hukuksallaştırıldığı anlaşılmaktadır⁴.

1 – Taraf Olmak

Yargılama tekniğinde en önemli kuralardan biri, tarafsızlık ilkesidir. Adalet, ancak tarafsız yargılama ve karar süreçlerinden geçerek ortaya çıkarılabilir. Yasa, belirli bir taraftan iradesini belirtiyorsa, hınca yönelik olan ölüm cezası, ilişkin olduğu yasanın içeriğinde varsa, artık bu yasanın adaletle uygunluğundan söz etmek olası değildir.

Yasayı uygulayan yargıç için ise, yasanın özündeki hıncın onun iradesi açısından bir önemi yoktur. Yargıcın işi olması nedeniyle, sürekli yaptığı yargılama etkinliği, zamanla yargıçta olağan mesleki tavırlara yol açmaktadır. Yargıç yargıladığı ve mahkum ettiği her suçluya karşı genel ya da özel hıncı duyamaz. Bunun tersi adalet ilkeleriyle ve yargılama etkinliğiyle bağdaşmaz. Bu durumda yasa koyucunun iradesiyle yargıcın iradesi arasında bir çelişki meydana gelmektedir. Yargıcın iradesi adaletin oluşumunun mantığına uygundur; ancak, yasanın içinde bulunan hınca yönelik ölüm cezası iradesi, yargılama etkinliği sırasında yargıç tarafından uyulması gereken bir norm

4) "Görülüyor ki, ölüm cezası hiçbir hukuksal esastan neşet etmiş değildir. Bu müessese olsa olsa, ferdin ifnası, cemiyetin muhafazası için faydalı ve zaruri görülmesi bakımından, bir milletin topyekün o ferde açtığı savaştan ibarettir." Cesare Bacceria, Suçlar ve Cezalar Yabut Beşeriyetin Mecellesi, (Çev.: Muhittin Gök-lü), 3. Baskı, Güven, İstanbul 1964, Sh.:186; "Bir suçlu, ya da bir suçlular gurubu, kamu vicdanını çok sarsan, çok ağır bir eylemde, ya da eylemler zincirinde bulunmuştur. Şimdi bu sarsılmış bulunan kamu vicdanını, kendi doğal yerine oturtmak için, ona bir yakıştırma, bir doyumum getirmek gerekir. Bu da, o şiddetli eylemi, cezaların en şiddetlisi ile karşılamadır." Bahri Savcı, Yaşam Hakkı ve Boyutları, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara 1980, Sh.:70.

2 Eski Abid Kitabı, Tekvin, Musanın Birinci Kitabı, Kitabı Mukaddes Şirketi, İstanbul 1997, Bab 4, Sh.:8.
3 Tıbamanya Mwene Mushanga, Ölüm Cezası ve Yerine Geçebilecek Seçenekler, Birleşmiş Milletler Ve Uluslararası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası, Derleyen: Osman Balcıgil, Birikim, İstanbul 1982, Sh.:53.

olarak ele alınacağından, yargıç verdiği ölüm cezası kararıyla yasanın içinde ve yasamanın iradesinde bulunan hınca ortak olmuş olur.

Yargılama tekniğinde, adil yargılama yapmak için yargıcın uyduğu normun, yani yasanın, adalete, dolayısıyla hukuka uygun olması gerekir. Yasa, özünde, ilke edindiği yüksek değere göre biçimlenir. Her ne kadar, yasa, genel bir irade belirtse de, bu genel iradenin hukukun üstün değerlerine uygun olması gerekir. Adalet, ancak hukukun üstün değerlerinin yasal anlamda bedenlenmesi ve hayata geçirilmesiyle bulunabilecek bir değerdir. Hukuk, adalete yönelirken haklar düzeni yaratarak, aslında bir tür barışlandırma etkinliğinde bulunmaktadır.

Yargılama yapmanın önemli kriterlerinden biri, yargıcın, hiçbir biçimde, kendisini, yargılanan tarafların yerine koymamasıdır. Yargıç, yargılama ve karar süreçlerinde, tarafların genel durumlarıyla özel durumlarını göz önünde bulundurmak zorundadır. Bu durum, yargılananlar açısından, yargılama konusu olan olgunun nedenselliğini ve niteliklerini belirleyen unsurlara yöneliktir. Yargıç, suçu oluşturan eylemlerin biçimini, sonuçlarını, sanığın iradesini, meydana gelen tehlikeyi ve zararı, suça ve suçluya ilişkin unsurları değerlendirirken suçu ve cezayı kişiselleştirmektedir (T.C.Y. 29. md.). Adalet, kendisine konu olan ayrılıkları hukukun farklılaştırıp, her olguyu kendi biçimiyle ele aldığı ölçüde adil sonuçlara yol açmaktadır.

Sosyal barışın sürekliliği için insanın, doğal, bireysel, toplumsal ve kamusal haklarının karşılanması gerekir. Bu hakların en önemlilerinden biri ise yaşama hakkıdır. Yaşama hakkının varlığı toplum halinin kurucu ögesidir. Yaşama hakkı

güvenceye kavuşturulmadan toplumsal esenliğin kurulması olası değildir. Toplum, yapısal olarak farklılıkların bir arada olmasını sağlayan çoğul bir hal olduğuna göre kamusal yaşama ve devlete egemen olan irade, belirlenmiş çoğunluk iradesinin yasamaya etkin olması sonucunu doğurmaktadır. Azınlıkta kalan biçimlerin ve grupların bir şekilde korunma ve özgürce yaşama hakları vardır. Aksini düşünmek yurttaş olmanın verdiği hakları yok saymak ve bu biçimiyle toplumsal esenliğin sürekli tehlike altında olmasına yol açmaktır. Bu durumda hukuk, her yurttaşın özgürlük, eşitlik ve güvenlik haklarını güvence altına almasıyla adalete uygun hale gelmektedir⁵. Toplumun üyeleri bu hakları tüm yurttaşlar için önemseyip koruduğu ölçüde toplumsal dayanışma içindedir. Yaşama hakkı bu evrede herkes için uygulanması ve korunması gereken bir hakka dönüşmektedir.

Yaşama hakkının kurulmasında ve korunmasında devletin seçici davranmasına olanak yoktur. Devletin cezalandırma işlevinin ölüm cezasına ulaşacak biçimde düzenlenmesi, açıkça, devletin, adil olmayan bir biçimde, aslında karşı olduğu, yargıladığı, suç niteliğindeki, insan eliyle gerçekleştirilen ölümü, ortadan kaldırma-ya çalışırken, verdiği ölüm cezası kararıyla yeni ölümler yaratıp bir diğer ölümü kurallaştırması ve bu yolla yeni mağdurlar ve meşru can alıcılar yaratmasıdır. Devlet, ölüm cezasını toplumun esenliği için yerine getirmektedir, ancak ölümün toplum üzerinde sadece ürpertici bir etkisi vardır.

Suç, toplumsal bir olgudur, kişinin suça yönelik iradesiyle suça konu eyleminin birleşmesi, yasal uygunluk ve hukuka aykırılık unsurlarının birleştirilmesi suçluyu yaratmaktadır. Toplum ve sosyal yaşam sürekli suç üretmektedir; suçlar da

durmaksızın insanlar tarafından işlenmektedir; ölüm cezası yaptırımlı suçlar da işlenmeye devam etmektedir⁶. Dolayısıyla suçu işleyen kişi kadar, suçun oluşumunu sağlayan toplumsal değişkenlerin de suçun oluşumunda ortaklaşa payları vardır.

Hukuk özü itibarıyla ölüm üretmez, hukuk ölüm üretiyorsa, ortada bir çelişki vardır, bu durumda hukuk, önlemeyi amaçladığı olguyu gerçekleştirip hedeflediği sosyal barışa aykırı davranarak, açıkça taraf olmaktadır.

2 – Toplum İçin Şiddet

Devletin cezalandırma etkinliği, sosyal barışın sürekliliği içindir. Meşru şiddet tekelinin devletin elinde toplanmasının amacı, sosyal barışın kurulmasına yöneliktir. Suçların tanımlanması, ortaya çıkması ve kapsamalarının belirlenmesi; toplumun yaşam biçiminin ve ülkü edindiği değerlerin gerçekleştirilmesi, toplumsal esenliğin sağlanması amacını güder.

Sosyal barışın içinde, genel olarak her birey tarafından paylaşılan, sosyal huzur beklentisi vardır. Suçun, toplumsal bir olgu olarak, her zaman kişiler tarafından gerçekleştirilecek olması nedeniyle, bizzat sosyal barışın sürekli olarak yeniden kurulması gerekir. Yurttaşların kendilerini güvenlik içinde hissetmeleri için toplum zihninde sosyal huzura yönelik olumlu bir beklentinin ve güven duygusunun olması gerekir. Toplumsal esenliğin sürekliliği, sosyal huzura yönelik olumlu beklenti ve güven duygusu, hukuk güvenliği ve yargısal adaletle devamlı desteklenmesi gereken bir unsurdur.

Toplumsal savunma mekanizması ola-

rak cezalandırma yetkisi, devlete, zorunlu olarak şiddet kullanma tekelini verirken; devlet örgütünün hukuksallığı içinde, sınırlı ve ölçülü şiddet uygulayıcı birimlerin oluşumunu gerekli kılmaktadır. Devlet, meşru şiddetinin sınırlarının belirlenmesinde; insan hakları, demokratik toplum düzeninin gerekleri, hukukun üstün değerleri, hukuk güvenliği araçları, amaca uygunluk, ölçülülük gibi birçok belirleyici unsurdan yararlanmaktadır. Bilindiği gibi asıl olan barıştır, şiddet ayrı bir durumdur; şiddet ancak zorunlu durumlarda başvuru, genellikle kaçınılmaz bir uygulamayı gerekli kılmaktadır; dolayısıyla önlenmesi gereken eylemsel bir yüz yüze kalmayı gerektirmektedir.

Bir suçluyu ölümle cezalandırmanın ve suçlunun cezasını yerine getirmenin en yoğun şiddet içerdiğini bilmekle birlikte, bu şiddetin zihni olarak olağanlaştırılması söz konusudur. Ölümün yüzü, nereden ve nasıl gelirse gelsin, soğuktur. Suçlunun ölümü hak ettiği üzerine kurulan normalleştirme çabaları, celladın yüzünü maskeleyip gizlenmesi ile ters dönmektedir. Cellat, can alıcı olarak her zaman lanetlenen, toplumca benimsenmeyen, aslında sadece yaşam ile ölüm arasında aracı edinen, sürecin en değersiz elemanıdır. Cellat, görevini geçinmek için yaptığı kadar asıl olarak toplum için yapar, ölüm cezasını yerine getirerek kurulu toplumsal düzeni korur. Ancak celladın itilmişliğiyle toplum için yaptığı iş arasında çelişki vardır. Cellat geçimi için kendini kurban etmekte, toplum katında herhangi bir itibar görmemekte, toplum dışına itilmektedir. Hiçbir yurutaş cellat

5) Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İtaatçılık*, Afa, İstanbul 1994, Sh.: 99 ; Mustafa Kutlu, *Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsurları Olarak Yargı İktidarı*, Adalet Dergisi, Ekim 1999, Sayı: 1, Sh.: 131.

6) Bu konuda Amerika Birleşik Devletlerinde yapılmış kapsamlı araştırma sonucunda ölümü cezasını kaldırmış devletlerle kaldırmamış devletler arasında ölüm cezası gerektiren suçluluk konusunda yıllara göre fazla farkın olmadığı görülmüştür. Öztekin Tosun, *Ölüm Cezası Sorunu*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt :52, 1978 / 4, 5, 6, Sh.: 204 ; Ağır yaptırımlı cezaların, özellikle, 'ölüm cezası' nın, ölüm cezasıyla yaptırma bağlanmış suçların işlenmesini engellemediğine ilişkin A. B. Devletleri'nin Florida eyaletindeki duruma yönelik olarak : " Ölüm hücrelerindeki 404 kişiye rağmen cezalı suçlar sık sık işleniyordu." Bkz. Haluk Şahin, *Orada ve Burada*, Radikal, 14/01/2000, Sh.:6 ; Savcı, a.g.e., Sh.:74.; Jean Imbert, *Ölüm Cezası*, (Çev.: Beyhan Kayıhan), İletişim, İstanbul 1992, Sh.: 121.

olmak için çaba göstermemektedir. Haklılığı birçok gerekçeyle desteklense bile kimse meşru ölüm dağıtıcılığı istememektedir. Öyle anlaşıyor ki, ölüm nereden gelirse gelsin onu uygulayanlara içsel bir nefreti beraberinde getirmektedir⁷.

Ağır yaptırımli cezaların, suçların işlenmesini engellediği savının doğruluğu her zaman tartışmalı sonuç olarak kalmıştır. Suçların engellenmesinde cezai yaptırımlardan çok suçların işlenmesini sağlayan sosyal nedenlerin ortadan kaldırılmasının daha önemli unsur olduğu daha anlaşılabilir bir sonuçtur. Ayrıca suçun kovuşturulmasının ciddiyetle yapılması, her suç işleyeninin sonuçta yakalanıp cezalandırılacağına olan inanç, suçların işlenmesinin engellenmesinde önemli bir unsur olarak değerlendirilebilir⁸.

Suçun sosyalliği ve bireyselliği bir arada bulunmaktadır, bu nedenle, sadece suçlunun kusurlu olduğunun yargı kararıyla ilan edilmesi, işlenen suçtaki toplumsal payı inkar etmek anlamına gelmektedir. Suç, toplumsal dayanışma yetersizliğinin, yaşam biçiminin, ekonomik yapının, sosyal anlayışların, sosyal çevrenin ve burada adı konmamış birçok etkenin bir araya gelmesiyle oluşan karmaşık bir sonuçtur. Dünyaya gelen her insan bu karmaşanın içine doğmaktadır. Dolayısıyla, suçun, sunulu bir veri olduğu, bireyin algılamasını ve koşullanmasını belirleyen, nedenler ve sonuçlar arasındaki toplumca yanlışlanan bireysel tercihler-

den oluştuğu anlaşılmaktadır. Suçlunun meydana gelmesinde, aile içi olumsuzluklar, sosyal dayanışmanın yetersizliği, gelir dağılımının adaletsizliği, kültürel ve bireysel olgunluğun eksikliği gibi ekonomik, sosyal ve siyasal alana ait çarpık, dengesiz oluşumların etkisinin olduğu açıkça görülmektedir⁹.

Toplum için ölüm cezası uygulamanın toplum üzerinde herhangi bir olumlu etkisi yoktur. Aksine, toplumu ve bireyleri meşru olmayan şiddetten korumaya çalışırken ve yargılanıp hapsedilen birisi için meşru şiddet uygulama zorunluluğu yokken, mahkumun yaşama hakkının ortadan kaldırılması çelişkili bir durumdur. Oysa güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında, güvenlik güçlerinin yasadışı eylemi dağıtmak ya da engellemek için, gerekirse, amaca uygun, ölçülü bir şekilde, şiddet uygulayabileceği, bu şiddetin meşru şiddet olacağı, bunun yanında, yasadışı eylemden güvenlik güçlerinin çabasıyla koparılan eylemcilerin, kamu gücünün eline geçtikten sonra, şiddet görmesi ya da baskı oluşturacak nitelikte uygulamalara çarptırılması 'işkence' anlamına gelmektedir. Toplumun ceza adaletinden beklediği, suçluların hukuka uygun bir biçimde belirlenmeleri, adil olarak yargılanmaları ve onların ölçülü bir biçimde cezalandırılmalarıdır. Bu ilkenin amacı, temel haklar ve özgürlüklerin güvence altına alınması, sosyal düzenin korunması ve toplumsal savunmanın sağlanabilmesi-

dir, bunun için suçluların adil bir biçimde yargılanmaları, suçlu görülenlerin adil, düzenli, ciddi, ölçülü olarak cezalandırılmaları gerekir.

İnsan eliyle gerçekleştirilen ölümün meşrulaştırılması mümkün değildir. Her türlü insan öldürülmesinin mutlaka sosyal yaşantıdan uzaklaştırılması gerekir. Sosyal yaşantıda nasıl insanların öldürülmesine karşı duruyorsak, hukuk düzeninde de ölüm cezasına karşı durmak gerekir; Çünkü, "adalet, onu bozanın öldürülmesiyle elde edilebilecek bir erdem değildir".

3 – Hukukun İkilemleri

Hukuk, özellikle ceza hukuku, sistematik olarak suç tipleri, kovuşturma, yargılama, yaptırım ve infaz biçimleri oluşturmuştur. Çağımızın ceza hukuku, insan hakları anlayışıyla birlikte gelişen, haklar ve özgürlükler tasarımıyla, insan onurunun korunup yaşatılmasına yönelik önemli evrensel değerler yaratmıştır. Tarihin insana öğrettiklerinden doğan ve insana yüklenen ödevlerle, insanın varlığının ve yaşamının değer kazanması hukukun oluşumunu doğrudan etkilemiştir. Ancak ceza hukukunun adalet arayışı sona ermemiştir ve sona ereceği hakkında herhangi bir kanıt yoktur. Hukukun adalet arayışının sürekli olduğu gerçeği karşısında, 'hukukun ikilemleri' nin sorgulanmasına devam edileceği kuşkusuzdur.

Bir cezanın adil olması için, suç işlemeyi engelleyecek dereceden daha şiddetli olmaması gerekir¹⁰. Hukuk makul olanı yani ölçülülüğü kurallaştırırken, suçların belirlenmesinde, cezaların saptanmasında, yargılama ve kovuşturma normlarında ölçülü bir yol izler. Yaptırımın adilliği, yaptırıma yol açan nedenlerin ve yaptırımın sonuçlarının sağladığı amaca uygunlukla birlikte ele alınır. Bura-

da aranması gereken, 'adaletin', 'kamu yararı' nın ve 'hukuk güvenliği' nin uyumlu olarak bir araya getirilmesidir¹¹.

Hukukun üstünlüğü, hukukun her zaman halka ya da sosyal düzene yararlı olması anlamına gelmemektedir. Yasaya ve geçerliliğine ilişkin görüşler sonunda, hukuk ile gücü eşit tutmaktadır, güç nerede ise hukuk da oradadır. Bir başka değerlendirmeye göre ise, 'hukuk halka yararlı olan şeydir'. Bu tanımlamaların geçerli olduğu durumlarda, egemenlerin kendi çıkarları kamusal çıkar olarak görülecektir. Böylece hukukun, halk yararına olduğu söylenen veya öyle sanılan normlarla birleştirilmesi, bir hukuk devletini bir haksızlık devletine dönüştürebilir. O halde yalnızca 'hukuk' olan şey halka yararlıdır. Çünkü, hukuk adaleti istemektir¹².

Cezalandırma yetkisinin kullanılmasında 'mağdur' un bireysel ve sosyal acısının ya da bozulan çıkarlarının yaptırım normunun esasını oluşturması, yaptırımın oransız şiddette olmasına yol açar. Hukuk, mağdurun adalet istğine yanıt vermek zorundadır; fakat hukuk kurallarının oluşturulmasında kural koyucuların ya da yargılayanların kendilerini mağdurun yerine koyarak, mağdurun felsefesine bürünerek, yaptırım kuralı oluşturması ya da yargılama yapması bir başka adaletsizliğin uygulanması anlamına gelmektedir. Çünkü mağdurun genel felsefesi hınç üzerine kurulmuştur; suçtan zarar gören kişi, duyduğu acının veya uğradığı zararın somut ve duygusal giderimini arzular; bu nedenle acıya ya da zarara yol açan suçlu kişiye karşı (fail) yoğun bir nefret ve hınç hisseder. Mağdur veya mağdurlar, 'fail'in suça konu eylemi nedeniyle duydukları acının veya uğradıkları zararın tepkisiyle, eylemi gerçekleştiren faille yönelerek, yoğun nefret ve hınçlarını,

7 "...Aklın bütün muhakeme kabiliyetine ve mevcut bu kadar esbabı mucibeye rağmen cellatlara karşı duyulan bu silinmez kin ve hakaretin sebebi nedir?" Bacceria, a.g.e., Sh.:193 ; "Bugün bir çok ülkede bu işi affedilmiş bir mahkumun yaptığı açıklanmaktadır...Bizde ise, bu iş o kadar kötü görülmüştür ki, alelade vatandaşlar böyle bir mesleği kabul etmemişlerdir. Çoğunlukla çingeneler cellatlık yapmaktadırlar". Tosun, a.g.m., Sh.: 190, 191; Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt : 2, 12. Baskı, Ankara 1985, Sh.:192.

8 Hakkı Demirel, Ölüm Cezası, A.Ü.H.F. Dergisi, Cilt:XII, 1955, Sayı:1-2, Sh.:170 ; Mustafa T. Yücel, Şüphelilik, Ahlak Mesuliyet ve Ölüm Cezası, Adalet Dergisi, Eylül-Aralık 1964, Sayı: 9-12, Sh.: 1016; Erem, a.g.e., Sh.: 186.

9 Köksal Bayraktar, Karşılaştırmalı Hukukta Ölüm Cezası, İ. Ü. Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 3, İstanbul 1968, Sh.: 74 ; Savcı, a.g.e., Sh.:71; Georges Picca, Kriminoloji, (Çev.: Ebru Erbaş), 2. Baskı, İletişim, İstanbul 1995, Sh.: 96, 97.

10 Bacceria, a.g.e., Sh.: 189.

11 Gustav Radbruch, Beş Dakika Hukuk Felsefesi, (Çev.: Hayrettin Ökçesiz), Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, HFSA, İstanbul 1997, Sh.:67.

12 Radbruch, a.g.m., Sh.:66.

suçlu gördükleri, tüm nedenleri ve sonuçları üzerinde barındırdığına inanılan failden çıkarmaya çalışırlar. Bu durumda fail mahvedilmesi ve yaptığıının daha şiddetlisiyle cezalandırılması gereken objeye dönüşür. Fail ölümle sonuçlanan bir suç işlediği zaman failin cezası da 'ölüm'dür. Bunun anlamı 'linç' arzusundan başka bir şey değildir¹³.

Fail ya da suçlunun, dileği ise artık can güvenliğidir. Her suçlu, suç işlerken yalananmayacağı, cezalandırılmayacağı inancı taşır, fakat cezalandırılabilirliğini öngörür. Suçların bir yaptırıma bağlanacağı kural olsa da, bu halin yargılama tekniğinden doğan ayrık durumları vardır¹⁴, asıl olan suç oluşturan her eylemin bir ceza yaptırımına bağlanmasıdır. Yaptırımın niteliği ve biçiminin belirlenmesinde ise, ceza hukuku normları, insan hakları kuralları, bedensel gereksinimler ve zorunlu yaşam koşulları vb. unsurlardan yararlanılmaktadır. Mahkumun cezalandırılmasında hükümlülük koşullarının insani olması gerekir. Mahkum kamusal anlamda bir yurttaştır, toplumun bir üyesi olma niteliğini yaşamı boyunca yitirmesi söz konusu değildir. O sadece yaşamsal hakları kısıtlanmış, toplumun esenliği ve bireysel yanlışı nedeniyle toplum dışına itilmiş kişidir. Bu durum mahkumun bedensel ve ruhsal yok edilmesini kapsadığı oranda insanlık dışı hal almaktadır. O halde 'mahkumun da hakları' vardır; mahkumun, hükümlülüğü süresince insani yaşam koşulları isteme, özellikle de idam tehdidine karşı 'yaşamımı elimden almazsınız' diyebilme hakkı vardır.

Ceza normu oluşturulurken mağdur felsefesine ya da suçlu beklentisine göre hareket etmenin taraf olmak anlamına

geldiği, bu nedenle normun adalete uygun olması için her iki tarafı düşünerek, ancak taraf olmayarak 'herkes için adalet' in kurulması gerekir.

Adalet suçlunun öldürülmesini istemekle ne derece bağdaşabilir ya da hukuk ölüm üretebilir mi? *Hukuk en önemli barışlandırma aracıdır*. Bu nedenle hukukun yeni bir ölüm yaratarak barışı kurması olanaksızdır. Ölüm cezasının, ağır suçların, özellikle insan öldürme ve devlete karşı işlenen suçların yaptırımı olduğu düşünülecek olursa, failin işlediği suçun eylemsel bir edimden meydana geldiği, herhangi bir hakka dayanmadığı görülür. Devletin norm koyma işlevi ise, egemenlikten dolayıyla hukuktan kaynaklanır ve bir haktan doğar. Devletin eylemsel edim sınırlarının hukuksal olarak belirlendiği göz önünde bulundurularak, ölümün hukuk haline gelmesi ve ölüm cezasının hakka dönüşmesi adaletin özüne aykırıdır. Adalet ölüm üretmez, hukuk can almayı meşrulaştıramaz. Bu kuralın tersi, bireyin hiçleştirildiği, araç haline getirildiği, hukukun birey üstü anlayıştan kaynaklandığı ve devletin ölüm ve yaşam üzerinde hakkı bulunduğu durumlarda geçerlilik kazanabilir¹⁵. Adaletin özü, bireyi yadsıyan tehlikeli hukuk kurgularına indirgenemez.

İnsan vicdanında, meşru ya da meşruluk dışı, her türlü insan öldürülmelerine karşı tepki vardır. Bu nedenle bazı hukuk kurallarının zorunluluktan doğan sınırları vardır. Meşru savunma sırasında, saldırganın ölümü gerçekleştiğinde, saldırıya uğrayanın şiddet içeren eylemin içinde olması ve şiddetin nitelik ve niceliğinin yaşamsal tehlikeye yol açması gerekir. Burada saldırıya uğrayanın canına yöne-

lik yakın tehlikeden söz edilebilir. Kısacası her şeyi 'an' belirlemektedir. Ölüm gerçekleşmeyip şiddet ve tehlike ortadan kalkıp sakinlik başladıktan sonra, saldırganın işlediği suç ne olursa olsun, mağdurun saldırgana karşı, daha önceki suçtan dolayı, gerçekleştireceği suç niteliğindeki eylemi, mağduru suçlu durumuna getirmektir. Artık şiddet 'an'ı ortadan kalkmıştır. Meşru savunma halinde bulunan mağdurun, saldırgana karşı eylemi, sadece şiddet anıyla sınırlı kalmaktadır. Meşru savunmanın niteliği, savunma sırasındaki yaşamsal tehlikeye karşı koyma refleksi ve saldırıya uğrayanla saldırganın yaşamlarının önceliği sorunu haline gelmektedir. Mağdurun saldırıyı ve tehlikeyi geçiştirebilme yeteneğinin varlığı meşru savunma halini tartışmalı kılar. Burada meşru savunma halinde bırakılanın yaşam hakkı, yaşamsal tehlikeye yol açan saldırganın yaşam hakkından zorunlu olarak daha öncelikli olmaktadır. Meşru savunma özünde, saldırının geri çevrilerek, tehlikenin ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu durumda saldırganın ölümü gerçekleşse bile, karşı saldırı öldürmeyi hedefleyen nitelik taşımaz, yalnızca yaşamın tehlikeye sokulması söz konusu olmaktadır¹⁶. Vicdanın kabul edebileceği ve hukukun kaçınmayacağı meşru öldürme ancak meşru savunma halinde var olabilir. Aksine, devletin, suçluya karşı meşru savunma hakkı olduğunu söylemek, amacından saptırılmış bir olguyu hukuksallaştırmaya çalışmak anlamına gelmektedir. Devlet, ölüm cezasına çarptırılmış bir mahkumu, zararsız hale getirdikten sonra idam ederek, meşru savunmanın tüm unsurlarını ortadan kaldırmaktadır.

Konumuz açısından hukukun ikilemi, yaşam hakkının dokunulmazlığıyla, toplumsal savunma arasında geçerli ve sosyal barışın sürekliliğini sağlayacak kuralların

oluşturulmasıyla giderilebilir. Toplumun sürekliliği somut anlamda adaletin gerçekleştirilmesiyle sağlanabilir. Sadece 'güç' ün dayattığı yasal düzenin sonuçta esenlik getirmediği, kendiliğinden karışıklıklara yol açma olasılığının bulunduğu, artık bilinen bir olgudur.

C – ÖLÜM CEZASININ ÇELİŞKİSİ

Ölümün yüzü soğuktur. Kural olarak insan güdülenmesi bedensel bütünlüğün korunması ve yaşamın sürdürülmesine yöneliktir. İnsanın tüm edimi bir hayat tasarımının oluşturulmasından başka bir şey değildir. Dolayısıyla yaşamak insan için en önemli eylemdir. İnsanın yaşamını sürdürürken meydana getirdiği olgular, hayatın anlamlandırılması, aslında varolma, hayata tutunma araçları olmaktadır. Çünkü yaşamın tek anlamı vardır, o da yaşama eyleminin kendisidir¹⁷.

Burada yaşamın kutsanmasından çok, yaşamın değerlendirilmesi, insan hayatının, kişi güvenliğinin ve insan onurunun öneminin ortaya koyulması söz konusudur. Yaşadığımız yıllar insan hayatının ne denli önemli olduğunu her gün gözümüzün önüne sermektedir. İnsan onurunun korunması, evrensel bir olgu olarak, suçlu ya da suşuz, ırkı, cinsi ne olursa olsun tüm insanların ortak değeridir. İnsan onuru, kendimiz için olumlu anlamda istediğimizi başkaları için de en az kendimiz için istediğimiz kadar istediğimizde ulaşabileceğimiz bir erdemdir. Onurlu olmak, kendimiz için istediklerimizi başkaları adına da istemek ve eylemlerimizde bu yolu izleme yüceliği göstermek demektir.

Toplumsal yaşamın esenliği, aslında insan onurunun o toplumda ne derece geçerli ve uygulanabilir olduğuyla ilgilidir. İnsanın vicdanı merhamet duygusu üreterek, insanı duygusal ve sosyal bakımdan

13 "Hepimizin içinde, linç edilenlerin yaptığı davranışı yapacak bir potansiyel vardır." Tahir M. Ceylan, *Linç*, Aylak Bilgi, Cumhuriyet Bilim Teknik, 17/03/2001, Sayı:730, Sh.:8.

14 Şüpheden sanık yararlanır; Suçluluğu kanıtlanana kadar herkes masumdur, vb.

15 Gustav Radbruch, *Ölüm Cezası*, (Çev.: Hayrettin Ökçesiz), Argumentum, Ağustos 1991, Cilt:2, Sayı:13, Sh.:193.

16 Radbruch, *Ölüm Cezası*, Sh.:194.

17 Erich From, *Özgürlük Korkusu*, (Çev.: Roza Hakmen), 3. Baskı, Yaprak, İstanbul 1991, Sh.:10.

dengede tutmaktadır. Bu duygunun yokluğu herkesi her türlü çıkarının peşinde kaygısızca koşan katillere dönüştürebilir.

İnsan onurunun gerçekleştirilmesinde seçici davranmak, kişiye göre tutum ve değer takınmak, insan onuruyla bağdaşmaz, kendi onurumuzu gerçekleştirmek için, ulaşabilir olduğumuz her konu ve edimde duyarlı olmamız gerekir. İnsan onurunun hukuksal anlamda korunmasını gerçekleştiren araç değerlerin kullanılmasıyla amaç değerlere varılabilir. Yaşama hakkı, kişi güvenliği, insanların aşağılayıcı ve insanlık dışı cezalardan korunması, insan onurunun korunmasını sağlayan önemli hukuksal değerlerdir. Bir devlet bu değerleri önemseydiği ve gerçekleştirdiği oranda görevini yerine getirmiş sayılabilir. Devlet, ortakları, yani yurttaşları için, suçlu suçsuz ayırımı yapmaksızın, insan onuruna uygun davrandığı ölçüde insani değerleri toplumsallaştırabilir.

Ölüm cezasının çelişkisi; insani değerlerin toplumsallaşmasıyla hukukun ölüm üretmesinin sürekli bir çatışma halinde olmasıdır. Bir taraftan yüceltilen insani uygarlık, diğer taraftan ölüm dağıtıcılığı; bu durum bir arada olamayacak iki olgunun yan yana getirilmesinden başka bir şey değildir. İnsan onurunun geçerli kılınmasına çalışan bir toplumda tüm onursuz yaptırımlar hukukun konusu olamaz. Öldüreni öldürerek, şiddete karşı şiddet uygulayarak ancak yeni suçlar yaratılabilir.

1 – Öldüreni Öldür

Öldüreni öldürmek bir tür misilleme anlayışının dile getirilmesidir. Misilleme, yapılan önceki eyleme aynı oranda ya da daha fazlasıyla karşılık vermek anlamına gelmektedir. Hukuk tarihinde 'göze göz' anlayışının, misilleme ya da kefaret amacıyla uygulandığı bilinmektedir. Gün-

müzde ise, bir caninin eyleminin aynı oranda kendisine uygulanması, hiçbir zaman düşünülmez. Caninin vahşeti, olağanüstü kişisel karamsarlıktan hareket eden, akıl bozulmasından meydana gelmektedir. Misillemede bulunmak, önceki eylemin aynısına yönelik olması nedeniyle, çoğu zaman yeni bir vahşet uygulamayı gerektirdiği için, caninin daha uygulanabilir yoldan, 'ıdam' edilerek yaşamının elinden alınması ve böylece misillemenin tamamlanması söz konusudur.

Bir caniyeye karşı çoğunca nefret duyuruz, onun vahşeti bize iğrenç ve dehşet verici gelir. Sıradan insan öldürülmesinin meydana geldiği cinayetlerdeki katilin vahşetiyle, caniyeye duygularla işlenen cinayetler arasındaki vahşetin ayırıcı özelliği, ikinci durumda caninin eylemini sapkın duygularla işlemesidir. Sadece, vahşetin duygusal tatminiyle cinayet işleyen caninin akli bir takım sorunları olduğu kuşkusuzdur. Akıl hastalarının ceza sorumlulukları çeşitli akıl hastalığı farklarına göre belirlenmiştir (T.C.Y. 46, 47, 48. md.). Bazı durumlarda akıl hastalarının ceza sorumlulukları tamamen ortadan kalkmaktadır, ancak her hukuk sistemi, ceza sorumluluğu olmayacak derecede akıl hastası bir caniyeyi yargılarken onu ölüm cezasına çarptırmak konusunda kararsızlık gösterecektir¹⁸. Burada üzerinde durulması gereken konu öldürenin öldürülmesinin olası olup olmadığıdır.

Öldürenin öldürülmesi anlayışı, en ilkel anlamda, haksız öldürme eylemleri karşısında insanda oluşan ilk kanıdır. Hayatın, insanın bedeninin, kişiliğinin ve yaşamının değersizleştiği bir toplumsal ortamda ölüm cezasının uygulanma biçiminin ne haller aldığı hukuk tarihinin konusunu oluşturmaktadır. Ölüm cezasının uygulanma nedeni ve biçimi bir yönüyle 'ibret' amacı taşımaktadır. İbretlik uygulama-

malarla korku vermek ve bu yolla yeni suçların işlenmesini engelleyerek, toplumsal ve siyasal düzenin korunması sağlanmaktadır. Hukuk tarihinin gösterdiği ölüm cezasının infaz biçimleri, günümüzde, bize çok vahşice ve aşağılayıcı gelmektedir. Buna rağmen, vahşice uygulamaların ibret verici ve caydırıcı olduğu hakkında elimizde kanıt yoktur. Ölüm cezalarının halkın huzurunda yapıldığı tarihlerde, infazların vahşice yerine getirilmesine rağmen, ölüm cezasına konu olan suçların işlenmeye devam edildiği, bu suçları işleyen mahkumların büyük bir kısmının halkın huzurundaki ölüm cezası uygulamalarını izledikleri belirlenmiştir¹⁹. Hatta "Afrika'nın bazı bölgelerinde hırsızlık yapanlar bir yandan ağaçlara bağlanıp halkın gözü önünde kurşuna dizilirken, öte yandan başka hırsızlar arabaların farlarını ve lastiklerini çalmakla meşguldüler"²⁰, görüleceği gibi ölüm cezasının kesin nitelikte caydırıcılığının olduğunu ileri sürmek olası değildir.

Öldürenin öldürülmesiyle suçların engellenmediğinin belki de en önemli kanıtı, ölüm cezasını uzun yıllardır uygulama-

yan ülkelerdeki suç oranlarının ve ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanmış suçların işlenmesinin azalmış olmasıdır²¹. Bu durum çeşitli sosyal ve siyasal nedenlere özellikle refahın artmasına bağlıyorsa da²² Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında durumun her zaman böyle olmadığı anlaşılmaktadır²³. Yine de, insanların sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel düzeylerinin yükselmesiyle suçların işlenmesinin azaldığı görülmektedir²⁴. Ölüm cezası gerektirdiği düşünülen suçların, azalsa da, işlendiği; fakat yaptırımların artık ölüm cezası olmaktan çıkarıldığı görülmektedir.

Ölüm cezasının caydırıcılığı, cezanın korkutucu olmasıyla açıklanmakla birlikte, oç alma isteğini gidermesi de önemli bir unsur olmaktadır²⁵. Tarihte uygulanan, 'kisas' ve 'diyet' in özünde bireysel adalet arayışı isteğinin bulunduğu, bunun da bir şekilde hıncın uygulanarak yatıştırılmasını sağladığı, mağdurun hıncının yatıştırılmasının yeni hıncılara yol açtığı, kan davası denen olgunun ortaya çıkmasına neden olduğu görülmektedir. Diyet uygulamasının ise, suçların cezasız kalması sonucunu

19 Uluslararası Af Örgütü ve Ölüm Cezası, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Af Örgütü Konferanslarında Ölüm Cezası, Derleyen: Osman Balcıgil, Birikim, İstanbul 1982, Sh.: 107 ; Emin Artuk, Ölüm Cezası, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, Selçuk Ü. H. F.Y., Sh.: 171, 12 nolu dipnot ; Ümit Hassan, Ölüm Cezası Sorunu : Kritik Bir Yaklaşım, A.Ü.S.B.F.Dergisi, Mart 1972, Cilt : XXVII, No : 1, Sh.: 97 ; Erem, a.g.e., Sh.: 186 ; " İngiltere'nin 1868'de aleni infazları ortadan kaldırmasının asıl nedeni, 1866 yılında Kraliyet Komisyonuna sunulan kanıtlarda, bir kasabada birkaç yıl içerisinde ölüm cezasına çarptırılan 167 kişiden 164'ünün bizzat aleni infaza tanık olmasının ortaya çıkarılması idi." (Türkiye'de bu tarih 5 Ocak 1961'dir. (Çevirenin notu)), Mushanga, a.g.m., Sh.: 42, 43.

20 Mushanga, a.g.m., Sh.: 43.

21 Bayraktar, a.g.m., Sh.: 69, 70.; İmbert, a.g.e., Sh.: 121 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 171 ; Hassan, a.g.m., Sh.: 97.

22 Adolf Süsterhenn, Ölüm Cezası Lebinde Rasyonel Sebepler, (Çev.: Turhan Tufan Yüce), Erzurum 1968, Atatürk Ü.Y., Sh.: 9 ; Hassan, a.g.m., Sh.: 101.

3 Bkz. Şahin, a.g.m., Sh.: 6 ; İmbert, a.g.e., Sh.: 121.

24 "1972'de Makerere'de bir grup yüksek okul öğrencisinin, katiller ve silahlı soygunculara nasıl davranılması gerektiği hakkında ne düşündüklerini bir kağıda yazmaları istendi. Cevapların hemen hemen yüzde 90'ı, bu suçlar için ölüm cezası lehineydi. Bir öğrenim yılı, suç bilimi, kötü yola düşme ve suç işleme sosyolojisi okuduktan sonra, aynı öğrencilerden, bu gibi suçlular hakkında ne yapılması gerektiğini yazmaları istendi. Hemen hemen yüzde 90'ı ölüm cezasını şiddetle reddettiler." Mushanga, a.g.m., Sh.: 47, 48; Karşı görüş olarak, "...Yine öğrendik ki hayat şartlarının iyileşmesi, suçluluğun azalmasını değil çoğalmasını sağlar. Modern toplumda bir kısım değerlerin düşüşü ve diğerlerinin çıkışının, suçun önlenmesi ve bastırılmasını geçmişe göre daha zorlaştırdığını da göz önünde bulundurmalıyız." Picca, a.g.e., Sh.: 88; Süsterhenn, a.g.m., Sh.: 9.

25 Mushanga, a.g.m., Sh.: 41; Artuk, a.g.m., Sh.: 174.

doğurduğu, benzer eylemlerden bir çok farklı yaptırımın meydana gelmesine neden olduğu bilinen bir sonuçtur.

Her benzer eylemin, benzer derecede yaptırımlara bağlanması adalet ilkelerine uygundur, suç işleyenlerin diyet ödemek yoluyla, diğer benzer suç işleyenlere göre farklı yaptırıma bağlı tutulmaları, adalet ilkelerinden özellikle eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu durum 'toplum' halinin siyasal ve sosyal olarak ortaya çıkmasının ardından değişime uğramıştır. Merkezi otoritenin güçlenmesi, cumhuriyet anlayışı, demokrasi felsefesi ve ulus egemenliği, sosyal ve siyasal yapıyı, sonucunda da hukuku yeniden inşa etmiştir. Yurttaşların eşitliği ve hukuk güvenliğinin, sivil toplumla özellikle ulus devletle yeniden tanımlanması sonucunda, kısas ve diyet gibi çağdışı cezalar ortadan kaldırılmıştır. Suç artık sadece mağdura ya da yakınlarına karşı işlenmiş bir haksız eylem değildir. Suç artık toplumsal düzeni ve barışı bozan bir eyleme dönüşmüş durumdadır. Bu nedenle, suç konusu eylemin en önemli unsuru, devletin iktidarını ve onunla birleşmiş kamu gücünün amaç edindiği sosyal barışı hiçe saymasıdır. Asıl dikkat çeken olgu, modern devlette insan onuru ve yaşamının kendi başına bir değer olarak ortaya çıkmasıdır. Modern devletin işlevi, sosyal esenlik için hukuku oluşturup, adaleti yaygınlaştırarak toplumsal huzurun sürekliliğini sağla-

masıdır. Bu nedenle devlet, cezalandırma ve şiddet uygulama tekelini tüm yurttaşları adına sosyal barışın sürekliliği için kullanma yeteneğiyle donatılmıştır.

Hukuk tarihinde görülen hayvanların ölüm cezasına çarptırılmasında öç alma isteği daha açıkça görülmektedir²⁶. Hayvanların suç işlemesi, onlarda suça yönelik herhangi bir içsel irade olmadığı için, olası değildir. Buna rağmen hayvanlar da eylemleriyle bir insanın ölmesine ya da zarara uğramasına yol açabilir. Özellikle evcil hayvanların kullanımı sırasında meydana gelen durumlarda, evcil hayvanların neden olduğu zararın ya da ölümün sorumlusu olarak hayvanın kendisi cezalandırılan mahkuma dönüşmektedir. Burada hayvanın olmasına neden olduğu eylem ve sonucunda meydana gelen ölümün doğurduğu hınçla hareket edildiği görülmektedir. Bir şekilde öç alma isteği duyulmaktadır.

Öldüreni öldür tarzı bir yaklaşımın halen inanılan görüş olduğu, ölüm cezasının varlığından anlaşılmaktadır. Toplumdaki görüşler, değişmekle birlikte, ölüm cezasının ilk verileriyle ele alındığında korkutucu, dolayısıyla caydırıcı olduğu biçiminde yaygın bir kanı vardır. Fakat ulusal düzeylerde ölüm cezasını kaldırmış bulunan ülkelerde suçların azalması yönünde gelişmeler vardır²⁷. Buna rağmen, genel olarak ölüm cezasının uygulanması konusunda toplumsal istemin olduğu anlaşılmaktadır²⁸. Ülkemizde

ölüm cezası olmasına rağmen uzun yıllardır ölüm cezasına mahkum olan hükümlülerin infazının yerine getirilmediği, infazlar için gerekli olan Parlamento onayının eksik kaldığı görülmektedir²⁹.

Öldürenin öldürülmesi amaç edindiği hiçbir olguyu olumlu kılmamaktadır. Öldüreni öldürüp, aslında, bireysel hıncımızı gidererek, sosyal düzeni barışçıl kılacağımızı düşünüyoruz. "Oysa ki bin yıldan fazla tarih şunu kanıtıyor: suçluları ortadan kaldırarak hiçbir zaman suçları ortadan kaldırılamamıştır"³⁰. Sonuçta, ölümden gelecek yararın arkasına sığınmak, kendi varlığımızı ve onurumuzu inkar etmek anlamına gelmektedir.

2 – Şiddete Karşı Şiddet

Bir katilin ya da caninin yaşam hakkının korunmasının asıl nedeni ne olabilir? Suçlunun haklarının gözetilmesinde ne gibi toplumsal ve hukuksal yararlar olabilir? Kamu güvenliği sadece polisiye ve askeri güvenlik araçlarıyla sağlanamaz. Toplumsal esenliğin ve barışın sürekliliği için kamu vicdanını oluşturan bireysel vicdanlarda her türlü şiddete karşı içsel bir tepki olmalıdır. Her türlü şiddetin toplumsal yaşantıda en aza indirilmesi için 'şiddete karşı şiddet' tarzı anlayıştan uzaklaşmak gerekmektedir.

Devletin önemli işlevlerinden biri şiddetin sınırlandırılmasıdır. Bireysel ya da topluluk gücünün, güce sahip olanların haksız çıkarına olarak baskı aracı biçiminde kullanılması olasılığının devlet eliyle giderilip, özünde 'adalet' olan kamusal gücün kurulması gerekmektedir.

Siyasal açıklamalar ve gündelik yaşam devletin en büyük düzenleme aracı olduğunu gösterirken, devletin özü itibarıyla hukuktan oluştuğunu ve adalete uygunluğun devletin varlık nedenlerinden biri olduğunu göstermektedir. Devlet bireylerin güvenliğini sağlamakla yükümlüdür ve şiddet kullanımını yasal olarak kendi tekeline almıştır. Devlet şiddeti yasalar çerçevesinde uygulayarak keyfiliğe yerini kurallılığı öngörür³¹.

Şiddet uygulamanın zorunluluğunun ne anlama geldiği tartışılabilir bir sonuçtur. Şiddete yol açan nedenlerin insan edimlerinden kaynaklandığı, daha da ileriye gidecek olursak şiddet isteğinin insan doğasıyla yakından ilgili olduğu sonucuna varabiliriz. Aslında sorun, şiddet eğiliminin varlığından çok, insanda varolan şiddet güdüsünün yıkıcılığa varmasının engellenmesidir. Örneklemek gerekirse spor etkinlikleri, eğlendirici niteliğinden çok, gücün ve insan egosunun yaşıttırıldığı psikoloji alanları olmaktadır. Bir biçimde spor en ilkelinden en karmaşığa kadar, toplumsal ruh ile bireysel ruhun tatminini sağlayan, biraz da savaş alanları olmaktadır. Sporun kuralları, içindeki şiddeti sınırlandırma araçlarıyla donatılmıştır; kısacası şiddetin yol açabileceği yıkıcılığın engellenerek sınırlı bir oyun alanı tasarlanmıştır. Modern toplumlarda çeşitli biçimlerdeki arenalarda, gladyatörlerin yerini sporcular almıştır. İspanya'da boğa güreşlerinin halen yaygın şekilde sürmesinin nedeni sadece seyir eğlencesi masa gerektirir³².

Toplumsal değerlere göre hukuk ku-

26 Albert Camus, Arthur Koestler, *Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler*, (Çev.: Ali Sirmen), Alan, İstanbul 1986, Sh.: 145 vd..

27 Imbert, a.g.e., Sh.: 121; Süsterhenn, a.g.m., Sh.: 9.

28 "A.B.D.'de 'Gallup' enstitüsünün yaptığı araştırmalara göre ülkedeki yetişkin nüfusun % 25'i 1953'te ölüm cezasına karşı iken, bu oran 1960'da % 36'ya, 1965'te % 43'e çıkmıştır. Almanya'da halkın ölüm cezasına taraftar olduğu görülmektedir. 1963'te aydınlar arasında yapılan araştırmada ölüm cezasına karşı olan 1554 kişiye karşılık 2059 taraftarla rastlanmıştır." Bayraktar, a.g.m., Sh.: 68.; "Halk arasında yapılan tüm sondajların ölüm cezasının alıkonulması lehinde çoğunluk oylarını elde ettiğini ve bu aynı sonuca ulaşacak olmasından ötürü, hemen her yerde bir halk oylamasına başvurmaktan kaçınıldığını gerçekten herkes bilmektedir... Azımsanmayacak sayıda vatandaşın nezdinde gerçekten, Antik dönemlerin kısasa kısas düşüncesine çok yakın olan derin bir kaçınılmaz denkleştirme duygusu yatmaktadır: öldüren ölmelidir." Imbert, a.g.e. Sh.: 121, 122; Tosun, a.g.m., Sh.: 199, 200; Bazı ülkelerde halkın çoğunluğu ölüm cezalarına karşıdır: 'İtalya, Belçika, Danimarka, Norveç, İsveç'de artık ölüm cezasını kaldırma yönündeki eğilim kesinleşmiştir. Tosun, a.g.m., Sh.: 202; ABD'de İdam Desteği Azalıyor, Radikal, 04/05/2001, Sh.:9.

29 M. Semih Cemalmaz, *Ölüm Cezasının İlgasını Amaçlayan BM Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli Protokolü ve Türkiye'de Ölüm Cezası Sorunu*, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE Yayınları, Cilt: 12, Ankara 1990, Sh.: 77; Füsün Sokullu – Akıncı, *Cezalandırmada Amaç ve Ölüm Cezası*, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, Sayı: 10, Sh.: 678; İstatistikler için bakınız, Artuk, a.g.m., Sh.: 164, 165, 166; İstatistikler için bakınız, Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, BDS, Sh.: 21, 22, 23, 24.

30 Imbert, a.g.e., Sh.:121.

31 Yves Michaud, *Şiddet*, (Çev.: Cem Muhtaroglu), İletişim, İstanbul 1991, Sh.: 62.

32 Michaud, a.g.e., Sh.: 9, 43, 84, 89; Erem, a.g.e., Sh.: 188; Onur Belge, *Futbol Maço İşidir*, Radikal, 15/12/2000, Sh.: 21; "Goebbels bir keresinde şöyle yazdı: "bir maçı kazanmak insanlar için bir şehri fethetmekten daha önemli". "Futbolun Nazi Geçmişi, Radikal İki, 25/02/2001, Sayı.229, Sh.:17.

rallarının belirlenmesinde, ceza normunun içeriğindeki şiddetin hukuk yoluyla kurumsallaşması söz konusudur; toplumsal önemlerin ortaya konan normu doğrudan etkilediği görülmektedir. Hukukun üstün değerlerine aykırı davranışların yaptırımının ceza normuyla karşılandığı durumlarda bile belirli bir şiddet anlayışından hareketle norm oluşturulmaktadır. İster istemez cezanın özündeki şiddet yaptırım olarak mahkumu etkilemektedir. Burada söz konusu edilen şiddet işkence, insanlık dışı uygulamalar değildir; hapsetmenin zorlayıcılığında ya da mahkumiyetin insani koşullarda gerçekleşmesi halinde bile kaçınılmaz, zorunlu bir şiddet ögesi bulunmaktadır. Mahkumun bedensel ya da ruhsal yapısı doğal olmayan birçok yoksunlukla kuşatılmış durumdadır. Cezanın niteliği birçok biçimde yoksunluklar yaratmaktadır. Bu durum hukukun yol açtığı yaptırımın kaçınılmaz sonucudur, hukuk toplumsal ilişkileri barışçı temellere oturtmak amacıyla şiddet kullanarak zorlayıcılık özelliği gösterir. İnsanlık dışı cezaların uygulanmasında ise, özellikle ölüm cezasının varlığında bulunan şiddetin hukuk yoluyla kurumsal hale gelmesinin başka nedenleri vardır. *"...İdamın iğrençlik ve korkunçluğunun temelinde bu cezanın adaleti koruyucu ve baskının hizmetinde oluşu ve hukukun kurumsallaşmasını sağlayan şiddetin kanlı bir belirtisi olması yatmaktadır"*³³.

Bireysel ve toplumsal şiddetin varlığını anlamak, şiddetimizi yok saymaktan çok, onun yıkıcı özelliklerinden korunma düzeneklerini önemli kılmaktadır³⁴. Şiddet ögesini, sürekli, bir tür baskı aracı olarak, bireysel ve toplumsal yapı üzerinde denetleyici ve engelleyici unsur olarak düşünüp uygulamak, sonuçta baskıcı ve

totaliter yapıyı sürekli kılmak anlamına gelmektedir. İnsan haklarının, hukuk devletinin, sosyal refahın ve bireysel özgürlüğün geçerli olduğu sosyal düzende demokratik kuralların uygulanabilmesi için kamu düzeninin gerekli ve zorunlu kılmadığı şiddet uygulamalarından vazgeçilmesi gerekir. Özellikle hukukun adalet arayışının çağdaş ölçülere ulaşması için, aranan uygar toplum normlarının insanın vahşi beklentilerinden, daha da önemlisi, hukuk aracılığıyla vahşiliğin kurumsallaşmasından uzaklaşması gerekmektedir.

Ölüm cezasıyla hukukun şiddeti aslında yıkıcı bir etkinliğe dönüşmektedir. Ölüm cezasıyla ölüm tehdidi sadece canilere ya da katillere yönelik bir tehdit içermez, ölüm cezası öldürenin zaten göze aldığı bir etmendir. Asıl sorun toplumun geri kalan kısmı içindir. Toplumun üyeleri masumluklarını korusalar bile hukuk düzeninin ölüm tehdidi hepsini kuşatmıştır. Bu durum dolaylı da olsa, sürekli bir ölüm infazı deneyimi demektir. Yaşamın karşısına küçük bir suçlu grubu için çıkarılan ölüm deneyimi, ölüm cezasının niteliğinde varolan bir yaşam çelişkisi doğurmaktadır. Ölümün ceza olarak herhangi bir insana yakıştırılması ve geçerli bir yaptırım olarak toplumun üyelerinin zihninde yer etmesi, yaşamın gerekliliği, insan bedeninin dokunulmazlığı, insan onurunun korunması gibi birçok insani değeri ayaklar altına almaktadır. Hiçbir kamu düzeni bu değerleri yüceltip yaygınlaştırmaya çalışırken arka bahçesinde suçlu da olsa insan asamaz. Her iki çelişik durumu bünyesinde barındıran bir kamu düzeni kendisine büyük bir yalan söylemektedir. Çünkü birinin olduğu yerde diğerinin yeri yoktur.

Bir katilin ya da caninin, kısacası suçlunun haklarının olması, en azından yaşam hakkının koşulsuz olarak hukuk düzeni tarafından korunması, asıl masum çoğunluk için gereklidir. İnsan vicdanının her suç konusu eyleme verdiği derecelendirmeler vardır. Yasa genel iradeye uygun yargılayıp ceza verse de, yasanın aynı normundan yargılama konusu olan ve ölüm cezası gerektiren çok farklı suç konusu eylemler vardır. Bu suç konusu eylemlerin bizde oluşturduğu adalet algılamaları değişik olmaktadır. Suçluların karakter özellikleri, işlenen suçtaki öldürerek cezalandırma eğiliminden çok mahkumun yaşaması yönünde yeni değerlendirmelere yol açabilir. Çoğu kere katil aslında bir kurbandır³⁵. Adaletin sokukkanlı yüzü her benzer eylemden yargılanan suçluları benzer derecede mahkumiyetlere çarptırır da, suçlular arasında birebir benzerlik yoktur. Bu günün suç olarak ölümle nitelendirilen eylemleri gerek yaptırım olarak gerekse suç olma bakımından gelecekte aynı değerlendirmeye bağlı olmayabilir. Dolayısıyla suçun ve şiddetin ölçüsüzlüğüyle insan yaşamı üzerinde tehlikeli yaptırım düzenekleri kurulmuş olmaktadır. Yaşam hakkı üzerinde bu denli ölçsüz belirlemeler yapmanın toplumsal ifadesi, verilecek kurbanlara karşı toplumsal olarak kayıtsız kalma anlamına gelmektedir. Hukuksal şiddete bu denli gözü kapalı bir toplum için bu şiddet 'bumerang etkisi'³⁶ meydana getirir. Hukuksal şiddetin yoğunluğundaki artış, zamanla, yönetimi daha

katı kurallara ve uygulamalara götürür. Bu durumda suçla mücadele salt suçlulara karşı uygulanmaktan çıkıp daha geniş kapsamıyla toplumun tümünü etkisi altına alır. Suçla mücadele yasaları, genel iradenin elinden çıkıp onu uygulayanların eline geçince herkesi şüpheli konumuna sokar, suçla mücadele kapsamındaki bir genel arama ya da dinleme bunu sağlamak için yeterlidir. Bu konulardaki her yasanın uygulamaya koyulduktan sonra genellikle büyük tartışmalara yol açması bu yüzündür³⁷. Hukuksal şiddetin toplumsal şiddetle ilişkilendirilmesi olası olmakla birlikte, suçlu azınlığa karşı alınan tedbirlerin masum çoğunluğu kapsar bir biçimde uygulaması ya da böyle bir tehlikenin varlığı kabul edilecek bir sonuç değildir.

Şiddetin toplumdan arındırılması tümten olası olmamakla birlikte, saldırgan şiddetin toplumsal etkisini yitirmesi bireyler için daha kolay ve kabul edilebilir bir seçenektir. *"Şiddet gerekçelerini göstererek haklılaştırılabilir, ama hiçbir zaman meşru olmayacaktır. Şiddetin gerekçeleri, niyetlenilen amaç geleceğe kaydırıldıkça inandırıcılığını yitirir. Kimse meşru müdafaa amacıyla gerçekleştirildiğinde şiddeti sorgulamaz. Çünkü şiddet yalnızca açık değil, aynı zamanda mevcuttur ve aracı haklı kılınan amaç hemen orada durmaktadır"*³⁸.

Bir suçlunun ya da caninin yaşama hakkının korunması sonuçta kendi yaşamımızın korunmasına dönüşmektedir. İnsanlık dışı ceza ve uygulamaların hiç kimse için geçerli olmamasını istemek kendimizi onurlu kılmak anlamına gelmekte-

35 Bu konunun değerlendirilmesine ışık tutacak olay incelemeleri hakkında bakınız; Derleyen: Michel Foucault, *Anneni, Kız kardeşimi ve Erkek Kardeşimi Katleden Ben*, Pierre Rivière, 19. Yüzyılda Bir Aile Cinayeti, (Çev.: Erdoğan Yıldırım), Ara, İstanbul 1991.

36 *"...Emperyalist dönemde 'tahakküm altındaki ırklara hükümet etmenin' (Lord Cromer) ülke hükümeti üzerindeki o çok korkulan bumerang etkisi; uzak ülkelerde şiddete dayalı hükümetin biziatihi İngiltere hükümetini de etkisi; altına alacağı, yani son 'tahakküm altındaki ırkın' biziatihi İngilizler olacağı endişesi anlamına geliyordu."* Hannah Arendt, *Şiddet Üzerine*, (Çev.: Bülent Peker), İletişim, İstanbul 1997, Sh.: 60.

37 Picca, a.g.e., Sh.: 90.

38 Arendt, a.g.e., Sh.: 58.

33 *"Hiçbir gerekçe, ölümü cezasının iğrençliğini örtecek kadar büyük değildir."* Sami Selçuk, *Yargıtay Birinci Başkanı Sami Selçuk'un 2000-2001 Adli Yıl Açış Konuşması* (6.9.2000), Yargıtay Dergisi, Ekim 2000, Cilt:26, Sayı:4, Sh.:607; Walter Benjamin'den aktaran, Michaud, a.g.e., Sh.: 117.

34 Michaud, a.g.e., Sh.: 127.

dir. Toplumun ya da devletin uyguladığı şiddet herkes için tehlikeli olabilecek içeriğe sahiptir, siyasal tarih bunun örnekleriyle doludur. Toplumun meşru savunma hakkının söz konusu edilmesi halinde ise, ölüm cezasının niteliklerinin meşru savunmanın koşullarını kapsamadığı anlaşılabacaktır³⁹. Toplumsal savunmanın gerekliliğinin yaptırımı, suçluyu toplum dışına çıkarmak olabilir; hapsedeninin anlamı budur; ömür boyu toplumdan uzak tutmak; işte bu cezalandırmadır.

3 – Toplumun Yeni Suçlu Yaratması

Bir hukuk sistemi yasal süreçlerinde, hukukun oluşturulmasında, şiddetin önceliğini göz önünde tutarak kural oluşturuyorsa kendi şiddetini kurallaştırıyor demektir. Toplumda ve kamu gücünde varolan öğelerin etkisiyle hareket eden yasa koyucu, insanlık dışı cezalar koyduğunda ya da aşırı şiddet uygulamalarını içeren yasalar yaptığında ve bu yasaların yargıçlarca olanca katılığıyla uygulandığı durumlarda, tüm olan bitenin toplumda kabullenilmesi halinde, farkına varılmayan, ancak varlığı her uygulamayla ortaya koyulan yasal şiddete göz yumma olgusu söz konusu olmaktadır. Bu nedenle yasanın ortaya koyduğu, "...İdam düpedüz ölüm değildir. Toplama kampı nasıl salt hapisane değilse, idam da yalnızca kişinin canından olması değildir. Önceden en inceden inceye düşünülüp tasarlanan cinayet idamdır. Hiç bir caninin eylemi, ne kadar ince hesapla hazırlanmış olursa olsun, bununla kıyaslanamaz. Çünkü, kıyaslanabilmesi için, kurbanına kendisini öldüreceği günü önceden haber vermiş ve o andan itibaren kurbanını ay-larla kendi merhametine terketmiş bir caniyeye ölüm cezasının uygulanması gere-

kirdi. Böylesi bir canavara özel yaşamda rastlanmaz"⁴⁰. Dile getirilen sözlerin biraraz olsun farkında olmak, ölüm cezası sonucunda uygulanan idamın olağanüstülüğü, toplumsal savunma adına meşruluk savında bulunan yeni bir suçta ortaya koymaktadır.

Katilin kötülüğü bireysel tercihinin vahşiliğinden kaynaklanmaktadır. Bazı durumlarda katilin, vahşetinin nedenleri olabilir, işlediği cinayet vicdanımızda çok fazla nefret uyandırmayabilir, hatta katledilenin bunu hak ettiği bile düşünülebilir. Bu bulguların birleştiği ortak nokta, olağan üstü bir nefretin ya da olumsuz iradenin cinayete yönelik işlemesidir. Bunların dışında, çıkarları nedeniyle cinayet işleyenlerin, kiralık katillerin, suç örgütlerinde öldürme eylemlerini yerine getirenlerin, suç işleme iradeleri, elde edecekleri bir miktar paraya ya da siyasal cinayetlerde görüldüğü gibi siyasal eylemci yöneliktir. Dile getirilen olguların olumsuzluğu öldürmenin halen toplumsal geçerliliğinin olduğu toplumlarda daha yaygındır. Bir biçimde bireysel, siyasal ya da sosyal mücadelenin geçerli yöntemi, 'ölüm yamak' haline gelmektedir. Suç toplumu, yöntemin sadece şiddet olduğu, gerek eylemin gerekse karşılığının şiddet içerdiği bir toplumsal yaşam sunmaktadır. Suçun bulaşıcılığı, kargaşanın engellenemez yükselişinde geri dönülemez evreleri beraberinde getirmektedir. Bu evrede artık kanın temizleyiciliğine başvurmaktan başka bir yöntem kalmamaktadır. Artık herkes herkesle bir biçimde ölümüne savaş halinde olmakta, sonunda güçlünün şiddeti herkesi silip süpürmektedir. Böylece kaçınılmaz biçimde suçlunun toplumun kendisi olduğu evreye gelinmiş olmaktadır⁴¹.

İnsancıl yaşamanın koşullarının neler-

den oluştuğu hakkında bilgi sahibi olmakla birlikte, bunu gerçekleştirmenin sağlam bir insan onuru anlayışından geçtiğini söyleyebiliriz. Toplumsal düzenlenmenin barışçıl zeminde oluşabilmesi için, sadece kişilerin ya da grupların şiddet yöneliminden uzaklaşmasından çok, kurumsallaşmış siyasal iktidarın sosyal ortamı şiddetten arındıracak yöntemler geliştirmesi gerekir. Bunu amaç edinen siyasal yapı hukukun oluşturulmasında barışçı kuralları kullanarak kendi eliyle yeni uygulamalar yaratıp hukuksal düzeneklerinde şiddetin belirleyiciliğini engellemesi gerekir. Şiddetin gerekçelendirilmesi onun sınırlarının belirlenmesi anlamına gelmektedir. Şiddetin sınırlandırılmasının önemi, kamu düzenini oluşturan gücün, meşru şiddetin caydırıcılığından çok, yurttaşların genel anlamda fikir ve yaşam birliğinden kaynaklanması, devletin barışçı bir hukuk düzenini benimseyip yerleştirmesi ile kurulacağı daha tutarlı görünmektedir.

Toplumsal barışın kurulması, öldürmenin öldürülmesi, şiddete karşı şiddet kullanılmasıyla sağlanamaz. Öç ya da misilleme arzusunu yaptırım olarak yasanın içine gizlemek yasayı yapanları, uygulayanları ve yasaya bağlı olan toplumu, suçlunun anlayışına yasa yoluyla yeniden sokmak anlamına gelmektedir. İlk anda fark edilmeyen, fakat çağımızın gelişen insan hakları anlayışına sığmayan tutumun somutlaştırılmış halinde görülen olgu, darağacının tehdidi, onun ilmeğinde can veren ve infazı izleyenler için ise deren bir ruh sıkıntısından başka bir şey değildir⁴². Çünkü bu durum cezalandırma değildir, suçluya, kendimize ve yurttaşlarımıza karşı yapılan bir gösterebilir. Darağacının tehdidi herkes içindir, suçlu ya da suçsuz bizi bekleyen bir tehdidin somut verisidir. Her biçimde öldürmekteyiz, birey ya da toplum; can almanın her-

kes için bu denli kolaylaşması yaşamımız üzerinde en önemli sakıncayı oluşturmaktadır, yaşamımızın değeri azaldıkça darağaçları her yerde en olmadık biçimlerde karşımıza çıkmaktadır.

D – KATLANILMAZ OLANI YAŞAM KILMAK

Yaşarken katlanamadığımız olgularla sürekli karşı karşıya geliriz. Bu karşılaşmaların bir kısmını engelleyebilmemiz olası değildir. Ancak bir kısım edimler vardır ki bunları engellemek elimizdedir. Her olgunun neden sonuç ilişkilerinden oluştuğu düşünülürse, bazı nedenlerin ortadan kaldırılması sonuçların gerçekleşmesini engelleyecektir. Ancak hayatın verilerini tümüyle denetlemek olanaksızdır. İnsan deneyimleri, akılcı bazı önerileri ortaya çıkararak bunları sürekli olarak kendine tekrarlama ve yeni yöntemler geliştirebilme olanakları sunmaktadır. Bununla birlikte insanların tercihleri, geçmişin anısında canlanan, bugün bizleri hayrete düşüren insan edimleri vardır. Sınır tanımayan acı verme alanları yaratılmıştır ve halen varlığını sürdürmektedir. İnsan saldırganlığının ölçsüzlüğü üzerine söylenebilecek olan şudur; "...İşkence, eziyet, ceza ve cinayet alanlarında insan yaratıcılığı sınır tanımaz. İşkence müzeleri acı, korku ve ölüm üretim hizmetlerine sunulan yaratıcılığın cinnete dönüşünü sergilemektedirler"⁴³. Kendimiz için katlanılmaz olanı başkaları için uygun görmek ve bunu yaşamın bir parçasına dönüştürmek, çelişkili, katlanılmaz bir uğraş sahibi olmak demektir.

İnsan hayatını ve bedenini umursamaksızın yapılan insanlık dışı davranışların arkasındaki etmenler nelerdir? Birinin bir diğerine her ne gerekçeyle olursa ol-

39 Faruk Erem, İzmir Barosu'nun 15 Aralık 1990 tarihinde düzenlediği 'ölüm cezası' konulu paneldeki konuşması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 56, Ocak 1991, Sh.: 25.

40 Albert Camus, aktaran, Osman Balcıgil, İdamın Günlüğü, Onur, İstanbul 1986, Sh.: 53.

41) Picca, a.g.e., Sh.: 89.

42 Erem, a.g.k., Sh.: 27 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 173, 20 nolu dipnot.

43 Michaud, a.g.e., Sh.: 87.

sun işkence yapması, onun celladı olması, bunu yapanın nasıl bir içsellik taşıdığını düşünmemize yol açmaktadır. Bu süreçlerin oluşumuna katılan kamu görevlilerinin kendi dışlarında gerçekleşen suç konusu eylemlerin yaptırımını belirlerken, özellikle kural koyarken, öngördükleri şiddetin farkına vardıklarını düşünsek de, ölüm cezasının T.B.M. Meclisi onaylamasında geçirdiği kararsızlığın bir anlamı var mıdır? Yargıca yargılama ve karar verme yetkisi verilirken, yargılama sonucunda verilen mahkumiyetin ölüm cezasıyla sonuçlandırılması halinde, yargıcın tavrı, sadece yasa-ya uymakla bitmekte midir, onun vicdanında ve masumiyetinde verdiği karardan dolayı bir kargaşanın olmaması olası mıdır?

Hangi nedenle olursa olsun insan hayatı üzerinde söz sahibi olmak, ölüm ve kalım hakkını yasanın içinde belirleyip uygulamak, bunu bir insana ya da bir kurula yüklemek ne derece doğruluk taşımaktadır? Ölüm cezası süreçlerine katılan herkes, hukuk düzeninin sürekli uygulanmasından doğan olağanlıkla, alışılmış yargılama ve infaz evrelerinde görevlerini yapmaktadırlar. Alışılmış bir cezanın toplumca kabulünün arkasında olgu belirsizleşmektedir, aslında meydana gelen, katlanılmaz olanı yaşam kılmaktır, katilin kendi vahşetine katlanamazlığı yanında, toplum için yargılayarak, cellalık yaparak, kısacası bir şekilde kurban olarak, ölüm dağıtıcılığı yapıp yarattığımız ölümün diğer ölümü temizlemesini bekliyoruz. Katilin katlanılmazıyla kamu görevlisi kılınanın katlanılmazı bir noktada birleşmektedir, ölüm dağıtıcılığı ya da yardımcılığı, ancak kimse sürekli öldürmez, zorunlu kalmadıkça öldürmek de istemez, buna rağmen eğer öldürüyorsa sapkın bir içgüdüye alet olmuş demektir. Doğada kendi cinsini bu biçimde öldüren canlıya rastlamak güçtür.

1 – Başkaları İçin Kurban Olmak

Toplumsal savunmanın zorunluluğu savunma araçlarının ortaya çıkmasına yol açtığı kadar, bu araçların zamanla gelişerek karmaşıklaşmasını da beraberinde getirmiştir. Bu karmaşıklaşma yeni görevler ve görevlilerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Kamu görevlerinin çeşitliliği, mesleki işbölümü, uzmanlaşma, yaşamın her alanında kendini göstermiştir. Aynı biçimde yargılama süreci sadece yargıcın etkinliğiyle yerine getirilen bir iş değildir. Yargılama ilk anda ifade ettiği tekil anlamın dışında, birçok tarafın ve farklı eylemlerin bir düzen içinde belirli bir amaca yönelmesini ifade etmektedir. Ceza yargılamasının amacı, suç olarak nitelenen olgusal gerçeği hukuk düzenekleri ve ilkeleri içinde belirleyerek karar biçimine gelen adil bir sonucu yaptırıma dönüştürmektir. Burada bizi ilgilendiren daha çok yaptırımın nitelikleridir.

Ceza hukukunda yaptırımlar işlenen suçun çeşitleri ve niteliklerine göre değişiklikler göstermektedir. Ölüm cezası en ağır suçların yaptırımı olarak ceza yasalarında düzenlenmiştir. Ölüm cezalarının yaptırım haline dönüşmesinden infazına kadar birçok evre ve bu evreleri yerine getiren görevliler vardır. Başından başlayacak olursak, suç toplumsal etkinliğin ürünüdür, suç konusu eylemi seçen bir suçlunun varlığı bozulan sosyal barış nedeniyle kamunun tepkisini çekmektedir, kamunun tepkisi sosyal barışın sürekliliğini sağlamaya yöneliktir, kovuşturma araçları suçluya karşı eyleme geçerek devletin yargılamaya dönük süreci başlamış olmaktadır, kanıtların toplanması ve kamu davasının açılmasıyla yargılama süreci başlamaktadır. Yargılama çok yönlü bir etkinliktir, suç konusu olgusal gerçeğin aranması, belirsizin belirlenmesi, usul kuralları içinde,

hukuksal norma uygun olarak yapılan bir süreci gerekli kılmaktadır. Mahkumiyete ilişkin mahkeme kararı suçu ve suçluluğu belirledikten sonra yargılama sona ermektedir. Daha sonra yasal sürelerden ve evrelerden geçen mahkeme kararı kesinleşip infaz evresine gelmiş olmaktadır. Infaz evresi başlı başına farklı bir uygulamayı gerekli kılmaktadır. Mahkeme kararının, özellikle ölüm cezası kararının uygulanması için 'idam' işlemlerinin yerine getirilmesiyle süreç tamamlanmış olmaktadır. Kısaca ele alınmış olan evrelerin ve bu evrelere katılan kamu görevlisi sayısı ile suçu işleyen kişi, suçtan doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenen ve suçun aydınlatılmasında kendilerine baş vurulan kişiler göz önünde bulundurulduğunda söz konusu edilen sürecin kalabalık, karmaşık ve zorlu olduğu anlaşılabacaktır. Ele alınan sürecin en belirgin özelliği farklı evrelerden oluşmasıyla birlikte bu evrelerin farklı kamu görevlileri ya da kişiler tarafından gerçekleştiriliyor olmasıdır⁴⁴. Bu durum yaşamın zorunluluklarından doğduğu kadar çağdaş ceza hukukunun adaletin daha iyi gerçekleştirilmesi için yargılamaya verdiği biçimle ilgilidir.

Toplumsal savunmanın gerçekleştirilmesi, kamu düzeni dolayısıyla toplum için ne kadar gerekliyse, bunu yerine getiren hukuksal düzenlemelerin ve kamu görevlilerinin bulunması da o kadar kaçınılmaz bir sonuçtur. Adalet organlarının varlığı toplumsal düzen için vazgeçilmezdir. Çağdaş anlamda adalet arayışının mekanı olarak mahkemeler, hukuk devletini var ederek, insan haklarını siyasal sistemin esası haline getirmektedirler.

Adalet organlarına yüklenen misyon, insan onurunun korunmasından başka bir şey değildir, hukukun adalete yönelmesinin anlamı insan onurunun korunmasıdır⁴⁵. İnsan onuru her zaman hissettiğimiz, içimizde olan bir kavramdır, ölçüsüzce kullanıldığı zamanlarda genelde başkaları için istemediğimiz ve kullanmadığımız ancak kendimiz için her zaman istediğimiz bir değerdir. Ölçülü bir insan onuru anlayışının yerleşik olduğu bilinçlerde ölüm cezasını yasa yoluyla belirlemek kadar bu cezayı aşırı boyutlarıyla uygulamanın insan onuruyla açıklanacak tarafı yoktur⁴⁶.

Suçun yol açtığı sürece katılan herkesin, hukuk düzeninin içinde ya da dışında, belirli bir adalet anlayışı vardır. Yargılama ve kovuşturma evrelerine katılan kişilerin işlenen suç ve yaptırımı hakkında adaletin yeniden kurulmasına yönelik fikirleri vardır. Bu nedenle ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanmış suçlara ilişkin farklı görüş ve tavırlar vardır. Mağdurun duyumsadıklarıyla adalet organlarının duyumsadıklarının şiddeti çoğu zaman aynı oranda olmamaktadır. Bir tarafta sakinlik diğer tarafta acının verdiği duygular egemendir. Bu anlayış farklılığı daha genel anlamda yasal oluşumların ifadelendirilmesinde kullanılır.

Bununla birlikte ulusal hukuk anlayışları kendi içlerinde farklı normatif görüşleri barındırmaktadır. Bazı kuralların genel geçerliği yanında, bazı konularda daha çok çoğunluk düşüncesinin üstünlüğü söz konusudur, aslında çoğu olgu ve çözüm önerileri tartışmalı bir içerik taşımaktadır. Ölüm cezasının normatif olarak düzenlenmesinde ve uygulanmasında yargıçların, savcılarının, infaz evre-

⁴⁴ Bu konuyu daha iyi anlamak için, Fransa'da bir yargılamayı neredeyse tüm yönleriyle ele alan inceleme için; Bkz.; Foucault, a.g. eserin tümü.

⁴⁵ Kutlu, a.g.m., Sh.: 137, 138.

⁴⁶ Nevzat Toroslu, *İzmir Barosu'nun 15 Aralık 1990 tarihinde düzenlediği 'ölüm cezası' konulu paneldeki konuşması*, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 56, Ocak 1991, Sh.: 29.

sine katılan doktorların ve bu konuda işbirliğinde bulunan herkesin aslında görevleri olmasaydı asla katlanamayacakları etkinlikte bulundukları, kısacası katlanılmaz olanı gerçekleştirmek için görevli kılındıkları anlaşılmaktadır. Bu konuda birçok itiraz ileri sürülmekte ve tartışılmaktadır. Ancak yüz yüze gelinen olgu varlığını, en azından yasal olarak, sürdürmektedir.

Geçmişte her ne kadar idam cezalarının infazı halkın huzurunda yapılıyorsa da günümüzde infazlar gizli şekilde yerine getirilmektedir. Bu durum karşısında olumlu insani eğilimlerin öne çıktığından söz edebilme olanağımız vardır. Dolayısıyla idamın infaz biçimi katlanılmaz bir hale gelmiş durumdadır. Katlanılmaz olanın belirlenmesinde elimizde fazlaca kanıt vardır. Ölümün yüzü herkes için soğuktur. Ölüm cezasının kötülüğü idamın uygulanması sırasında daha fazla hissedilmektedir.

Başkaları için kurban olmak, sadece kamu görevinin yerine getirilmesiyle oluşmaz. Ölüm cezası bir şekliyle tüm toplum üyelerine sunulan bir gösterebilir. Caydırıcılık, ibret, önleme, ödetme, korunma, ıslah gibi unsurlar ölüm cezasının arka planında yer almaktadır. Bir biçimde toplumun suçlar ve suçlulara karşı korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle suçlulara uygulanan cezaların bir hedefi de, sosyal barışın uygulanan cezayla sağlandığının toplumun üyelerine anlatılmasıdır. Ancak, cezalandırma geçmişte işlenen bir suça yöneliktir ve işlenen suçun

yol açtığı tehlike geçmişte kalmıştır. Ölüm cezasının özünde ise geleceğe taşınan bir unsur vardır. Ölüm cezasıyla, tehlikeli görülen, gelecekte suç işleme olasılığı bulunan suçlu yok edilmektedir. Bu durum toplumun diğer üyelerine verilen bir gözdağı anlamına gelmektedir. Toplumun korunması adına kurban edilen suçlu, yol açacağı tehlikenin daha büyüğüyle toplumu karşı karşıya bırakmaktadır⁴⁷. Böylece herkes, toplumun korunması aracına dönüşme olasılığıyla yüz yüze gelmiş olmaktadır.

Ölüm cezasının infazını yerine getiren cellatlar bile, yaptıkları işten dolayı suçluluk hissetmekte ve ölüm cezası konusunda olumsuz düşünmektedirler⁴⁸. İdamın kötülüğü, infazın yerine getirilmesinde daha da ortaya çıkmaktadır. Ceza ve İnfaz yasalarında kural olmasına rağmen (T.C.Y. 12. md., C.İ.Y. 2. md. ve İnfaz Tüzüğü), ölüm cezası kararını veren mahkeme kurulundan hiçbir üyenin infaz sırasında hazır bulunmadığı görülmektedir; Avukatların isteğine bağlı olarak infazda bulunma hakları varsa da infaz sırasında hazır bulunmadıkları görülmektedir; bu olgular katlanılmaz olanın yaşam kılındığının açık kanıtlarıdır⁴⁹. Sorun bununla bitmemektedir, yasal olarak infaz sırasında hazır bulunması gereken doktorlar, infaz sırasında ölümü tıbbi olarak belirleme görevlerini mesleki etik sorunu yapmaktadırlar. Doktorlar, ölüm cezalarının infazı sırasındaki yasal görevlerinin, meslek ilkelerine açıkça aykırı olduğunu ve ölüm cezalarının infazı sırasında dok-

tor bulunmaması gerektiğini söylemektedirler⁵⁰. Yasa koyucu olan T. B. M. Meclisi'nin, ölüm cezasının yasal olarak yürürlükte kalmasına ve halen uygulanmasına karşı herhangi bir etkinliği yoktur. Buna karşın, aynı yasaların öngördüğü ve mahkemelerce verilen ölüm cezası kararlarının yerine getirilmesinde, onay yeri olmasına rağmen, yetkisini kullanma konusunda, uzun yıllardır herhangi bir uygulaması yoktur. Yasa, ölüm cezasına karar verme yetkisini, mahkeme kurulunda bulunan az sayıda yargıca verirken, mahkemelerin hükmettikleri ölüm cezası kararlarının yerine getirilmesine, yüzlerce parlamento üyesi karar verememektedir. "Kamu vicdanında ölüm cezası artık onaylanmamaktadır. Eskiden infazın aleni yapıldığını biliyoruz... Fransa'da Concorde Meydanında giyotin hazırlanır, halk da infaz seyretmeğe çağırılırdı... Aleni infazlara son verilmiş olması olumlu bir aşamadır..."⁵¹ Böylece katlanılmaz olanın ne olduğu ortaya çıkmaktadır; aslında kimse kurban olmak istememektedir.

Katlanılmaz olanı bir başkasından istemek, bir şekilde görevlendirilen kişi ya da kişileri kurban etmek anlamına gelmektedir. Bu konuda kimsenin söz konusu edilen görevleri -olağanüstü durumlar dışında- zorla yaptırmaları söz konusu olmamakla birlikte, böyle bir görev oluşturma nasıl bir olgu olduğu ve kamu görevi niteliğine bürünen halin kamu görevlileri tarafından yerine getirilmesi üzerinde düşünmek, daha ilginç sonuçlara varmamıza yol açacaktır. Özellikle insan hakları anlayışının yaygınlık kazandığı, hukukun artık insan haklarıyla açıklanmaya başladığı uygar dünyada, ölüm cezasının yaptırım olmaktan çıkarıldığı görülmektedir. Bu değişimin nedenlerini düşünmek konunun algılanmasını daha da kolaylaştıracaktır.

2 – Yargıcın Kargaşası

Yargılama yapmak, ilk bakışta ürktücü bir etkinliktir. Ölümle kalım arasında kalmak, her ne sebeple olursa olsun, kaygı verici bir durumdur. Hakkın dağıtımı ve cezalandırma yetkisinin kullanımı, olağanüstü entelektüel ve mesleki birikim, sağlam bir kişisel olgunluk gerektirmektedir. Yargılama ve sonucunda adaletin kurulması son derece önemli bir edimin, sosyal barışın kurulması anlamına gelmektedir. Bu nedenle hukuku oluşturmak kadar, onun uygulanmasının önemli olduğu göz önünde bulundurularak, 'yargıç' etkinliğinin sosyal düzen için oldukça değerli olduğu sonucuna varabiliriz. Yargıç, çoğu insanın normal koşullarda kaçınacağı bir etkinlikte bulunmaktadır. Mahkeme salonları bireysel ve toplumsal çekişmelerin sahnelendiği en yalın sosyal alanlardır. Gerçeğin arandığı, mülkiyetin ya da özgürlüğün sürekli tartışıldığı, başka bir kamu alanı yoktur. Bu nedenle adliyeler sürekli kargaşanın hakim olduğu mekanlar olmaktadır.

Yargılama etkinliğinin sürekliliği, yargıçta olağan tavırlara yol açmaktadır. Yargı gücünün kullanılması, anlaşmazlıkların çözülmesi, sosyal barışın kurulması, yargıçla yargılananlar arasında birbir ilişkiyi gerektirir. Yargıcın gözünde herhangi bir suçlunun ya da tarafın özel bir yeri yoktur. Yargıç kişisel ön anlayışından hareketle adaletin oluşumunu haksız biçimde etkileyecek tutum ya da davranışlarda bulunamaz. Yargılama mekanlarının özellikleri yargıcın etkinliğinin niteliklerine uygundur. Yargılama alanı olarak mahkeme salonunun doğası, yargıç için sadece mesleki mekan imgesidir, orada ve o kargaşada gerçeğin sürekli olarak aydınlatılması gerekir. Çatışma, tartışma ve kargaşa yargılamanın özüdür, yargıç, kaosun içinden

47 Bayraktar, a.g.m., Sh.: 72.

48 Beccaria, e.g.e., dipnot : 1, Sh.: 200 ; İngiltere'de resmi cellat olarak çalışmış olan Albert Pierrepoint'e göre, "...ülkemde artık kimsenin bir daha idam infazı ile görevlendirilmemesini içtenlikle umut ediyorum. Yönettiğim yüzlerce infazdan bir tekinin bile, gelecekteki bir cinayeti önlemiş olabileceğine asla inanmıyorum. Ölüm cezası, kanımca, intikam duygusundan başka hiç bir şey yaratamamıştır," Uluslararası Af Örgütü Ve Ölüm Cezası, a.g.m., Sh.: 108; Kamil Ateşoğulları, İzmir Barosu'nun 15 Aralık 1990 tarihinde düzenlediği 'ölüm cezası' konulu paneldeki konuşması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl : 56, Ocak 1991, Sh.: 38.

49 Erem, a.g.k., Sh.: 27.

50 Ölüm cezası konusunda doktorların görüşleri ve mesleki itirazları ile Tokyo'da yapılan 29. Tıp Kurultayında alınan kararlar hakkında; Bkz.; Erol Mavi, İzmir Barosu'nun 15 Aralık 1990 tarihinde düzenlediği 'ölüm cezası' konulu paneldeki konuşması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl : 56, Ocak 1991, Sh.: 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37.

olgusal gerçeği sukûnetle bulmak, onu hukuk kalıbında yoğurup karar haline getirmek zorundadır. Burada yargıcın olağan kargaşasıyla karşı karşıya kalmış durumdayız. Ancak yargıç için asıl kargaşa, olağan mesleki etkinliğin dışında ölümle kalım arasında bırakılmışlığında bulunmaktadır. Ölüm cezası kararıyla yargıç, ölümle kalım arasında kalarak mesleki yapısına aykırı davranmaktadır. Ölüm cezasının uygulanmasındaki etkenler, ceza adaletinden beklenen yarıdan daha farklı bir yarara yönelmektedir. Burada yargıcın yasa yoluyla taraf olmasına, hincin ceza olarak ortaya koyulmasıyla da yargıcın bu hınca ortak olmasına yol açılmaktadır. Yargıç, farkına varılmaksızın, yasa metninin sukûnetinde, öldüreni ölüme mahkûm etmekle şiddete karşı şiddet uygulanmasına karar vermektedir ve bunu devlet ya da toplum adına yapmaktadır. Yargıç, bu yolla kurban edilmektedir. Oysa açıkça bilindiği gibi yasal öldürme haksız öldürmeyi ortadan kaldırmaz. Böylece ölüm cezası, adalet arayışından çok bir düşmanlığın ifadesi haline almaktadır⁵². Yargıç, ölüm cezasının bulunduğu yasanın özündeki düşmanlığı yargılama konusu yaptığı ve ölüm cezası kararı verdiği anda, meslek ilkelerine aykırı davranmış olmaktadır.

Oysa yargılama, ölçülü bir mahkeme kararının sosyal barışı yeniden kurması anlamına gelmektedir. "Makul bir kararın ilk koşulu, karar verecek kimsenin bütün önyargılardan kurtulmuş olması gerektiğidir"⁵³. Bu nedenle yargıcın tarafsız, ol-

gusal gerçekliğe uygun ve çok yönlü bir etkinlikte bulunması, gerekir. Ceza ve insan hakları hukukunda ölüm cezasının yaptırım olarak ciddi biçimde tartışılır olması, bu cezanın ölçülü (makul) ceza olup olmadığını kuşkulu hale getirmektedir. Şu ana kadar yapılan değerlendirmelerin ışığında ölüm cezasının bir önyargıdan ibaret olduğu sonucuna varabiliriz⁵⁴. Ceza yargılamasında yargıç, yargı iktidarını kullanıp ölüm cezası kararı verirken, vicdani kanısını yargılamanın esasında bulmaya çalışırken, tarafsız kalmayı nasıl sağlayacaktır. Daha doğrusu ölümle kalım arasında sıkıştırılan yargıcın tarafsızlığı ölümü tercih etmekle mi sağlanacaktır? Yargıcın kargaşası bu noktada başlamaktadır. Yargıcın kargaşasının boyutları artık siyasal sistemin ve hukuk düzeninin kendini sınırlaması olgusuna dönüşmektedir.

Buna rağmen yargıcın korunma yolları yok değildir. Yargıç, kendisine açılmış bir davada uygulayacağı yasa, Anayasaya aykırı gördüğü taktirde Anayasa Mahkemesi önünde tartışmaya açma yetkisi vardır (1982 Anayasası 152. md.). Ancak ölüm cezasının Anayasaya aykırılığı konusunda, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru söz konusu cezanın Anayasaya uygun olduğu nedeniyle reddedilmiştir⁵⁵. Yargıç için 1982 Anayasası kapsamında ölüm cezasının anayasal olarak ortadan kaldırılması olası değildir. Anayasanın 17. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesi, mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesini, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı-

nın, istisnası olarak düzenlemiştir. Ancak Anayasanın 14. maddesinin son fıkrasında yer alan, " Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz," hükmü anayasa koyucuyu çelişki içinde bırakmaktadır. Anayasal hak ve özgürlüklerden yararlanırlar için sınırlayıcı olan bu hüküm, bir şekilde anayasal düzenin kendini koruma aracına dönüşmektedir. Oysa anayasa koyucu anayasal norm haline getirdiği ölüm cezası ve infazıyla yaşama hakkını ortadan kaldırarak, koruduğu en temel hakkı yok etmektedir⁵⁶. Anayasanın lafzından anlaşıldığı üzere ölüm cezası kararıyla birincil görev mahkemelere verilmiş durumdadır. Yargıcın ölüm cezası konusunda korunma yollarından bir diğeri, Türk Ceza Yasası'nın 59. maddesidir; 59. maddenin uygulanmasıyla ölüm cezası kararı, yargıcın takdiriyle müebbet hapis cezasına çevrilebilmektedir. Yasal olarak, ölüm cezasına karar vermenin yargıç takdiriyle engellenebileceği, bu konuda bir zorunluluğun olmadığı görülmektedir. Buna rağmen, ölüm cezası konusunda, özellikle olağanüstü dönemlerde, çoğu zaman yasaların sınırları zorlanarak ölüm cezalarına hükmedilmiştir⁵⁷. Korunma yollarından biri de, yargıcın yorum usullerini nesnel ger-

çekliğe uygun olarak kullanması, her hukuksal sorunda suç konusu eylemin niteliklerini iyi belirlemesidir. Sadece suçlunun amacının suçun ağırlatıcı unsuru olarak düşünülmemesi, işlenen suçun, amacı elverişli kılıp kıldığının aranması ve yorumun katılıktan uzaklaşarak yumuşatılması, temel hak ve özgürlüklerin daha öne çıkarılması, gerekir. Yargıcın yorum yeteneği, hukukun sınırlarını belirlemede önemli bir unsur haline gelmektedir⁵⁸.

Görüldüğü gibi yargıç açısından da ölüm cezası konusunda sorunlar vardır. Türkiye yargısında yargıcın hukuk yapıcılığından çok, yasaya uygun davranması daha ön plandadır⁵⁹. Yargıca ölüm cezasına karar verme yetkisi yasal olarak verilince en soğukkanlı yargıç bile, bir gün bir katili ölümle cezalandırabilir. Yüce ilkelere insanın etkilenebilirliğinde ya da konformitesinde göz ardı edilebilmektedir. Çünkü insanın yapısı, tüm davranışlarında olumlu tutarlılıkla hareket etmeye yatkın değildir. Ayrıca her yargıcın, yargılama konusu olan olgular hakkında çağlar boyu değişen ön anlayışı vardır. Tüm etkenler göz önünde bulundurularak, yargıcın sosyal barışı kurmada derin bir kargaşa içinde olduğunu söyleyebiliriz. Bu kargaşa yargıcı bekleyen önemli bir sorundur, yargıç tavrı, söz konusu edilen kargaşanın içinden hukuksal olanı

52 "Ve ben 38 yıllık meslek yaşamımda, ölüm cezasının haklılığını sığdıramak için vicdanımda bir yer bulamadım." Selçuk, a.g.k., Sh.: 607 ; Sokullu - Akıncı, a.g.m., Sh.: 677.

53 Abdullah Dinçkol, *Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler*, HFSA, Sayı : 2, Hazırlayan : Hayrettin Ökçesiz, Afa, İstanbul 1995, Sh.: 175.

54 Erem, ölüm cezasını, cinayetlere karşı cemiyeti ancak ölüm cezasının koruyabileceği yolunda bir batıl itikat olarak görür. Erem, a.g.e., Sh.: 192 ; Konunun insanlık sorunu ve çağdışı olduğu hakkındaki görüşleri için bakınız, Hassan, a.g.m., Sh.: 85, 86, 92 ; Ölüm cezasının barbarlık ve insanlık dışı olduğu, toplumsal açıdan hiçbir işlevi olmadığı hakkında bakınız, Mushanga, a.g.m., Sh.: 67.

55) Anayasa Mahkemesi'nin 01.07.1963 tarihli, 207 / 171, (Resmi Gazete: 01.10.1963) sayılı kararı.

56 Tanör, a.g.e., Sh.: 19 ; "...bir hak ve hürriyeti, artık bir daha hiç kullanılmaz hale getiren, yani yok eden bir sınırlama bu hak ve hürriyetin özüne dokunmuştur ve Anayasayı bozmuştur...Ölüm cezasının infazı ile bir temel hak, yaşama hakkı yok edilmektedir..." ; Tufan Yüce'den aktaran, Erem, a.g.e., 98 nolu dipnot, Sh.: 201.

57 Toroslu, a.g.k., Sh.: 29 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 166, 167 ; Tanör, a.g.e., Sh.:23, 250 ; Olağanüstü dönemlerdeki uygulamalar için bakınız, Halit Çelenk, *Çağdaş Ceza Hukuku ve Ölüm Cezası*, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Haziran 1987, Cilt : XI, Sayı : 87, Sh.: 6 vd. ; Ağır Ceza Mahkemelerinin ölüm cezalarına karar vermemek için zorlama yorumlarla suçluların hak ettikleri ölüm cezalarının ömür boyu hapse çevrildiği, bu yolla ceza verme hakkına, ülkenin özelliklerine ve toplumun menfaatlerine aykırı düşüldüğü, bu gibi duygusal davranışlardan yargıçların kaçınması gerektiği hakkında, karşılaştırmak için bakınız, Necdet Yalkut, *Mukayeseli Hukuk Bakımından Ölüm Cezası*, Adalet Dergisi, Eylül Aralık 1964, Sayı : 9 - 12, Sh.: 1013.

58 Bu konuda daha geniş ve özel açıklamalar için bakınız; Toroslu, a.g.k., Sh.: 29, 30, 31 ; Muhittin Mihçak, *Türk Ceza Kanunu - Madde 312*, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2001, Cilt:27, Sayı:1-2, Sh.:102, 103 vd. ; Yargıcın yorum yeteneğinin kapsamı hakkında bakınız, Mithat Sancar, "Devlet Akli" Kışkırmada Hukuk Devleti, İletişim, İstanbul 2000, Sh.: 193.

59 Tanör, a.g.e., Sh.: 253, 254 ; Sancar, a.g.e., Sh.: 181.

bulmak üzere şekillenmek zorundadır. Hukukun ahenginde, yargıç, hukuku vicdanının sesini dinleyerek uygulamak durumundadır. Onun önünü aydınlatacak bilgi yargıcın donanımı olmak zorundadır. Yasanın lafzına uymanın kolaycılığından sıyrılan yargıcın arayışı, her dava için hukuku belirlemek ve bu hukuku adaletle sürekli sınamaktır. Çünkü yargıç önüne gelen davaları, hukuka uygun bir biçimde çözüme kavuşturmak, adil bir karar vermek zorundadır.

Ölüm cezasının tarihi incelendiğinde, 18. yüzyıla kadar ülkelerin çoğunda uygulanan ölüm cezalarının, ağır işkenceler yapılarak yerine getirildiği, bu cezaya çarptırılan kişilerin oldukça fazla olduğu görülmektedir⁶⁰. 19. yüzyıla değin ölüm cezalarının yargıçlarca kolayca verildiği, şu anda basit adi suçlardan sayılan bir çok suç konusu eylemin, ölüm cezasıyla yaptırma bağlandığı bilinmektedir⁶¹. Tarih sayfalarında devletin ve yargının vahşetiyle yargıcın vahşeti birleşmiş durumdadır⁶². Ancak görüldüğü kadarıyla ölüm cezasına karar veren yargıç, cezanın infazını yerine getirmemektedir. Infazın kolaylaştırılması idamın cellada verilmesiyle

le sağlanmaktadır. Ölüm cezasına karar vermekle bu kararı yerine getirmek arasında oldukça farklı etkenlerin olduğu görülmektedir. Günümüzde, insanın içini ürperten tarihteki uygulamalara vahşilik derken, gelecekte bugünün yargısı ve yargıcı nasıl tanımlanacaktır, o günün koşullarında haklı mı görecektir, yoksa vahşilikle ya da insancılıkla mı sorgulanacaktır. Bu noktada yargıç hiçbir biçimde ölümle kalım arasında bırakılmaması gereken amaca dönüşmektedir. Aksi taktirde insancılıktan uzaklaşan yargıç, çok ağır bedelle karşı karşıya bırakılmış olacaktır. Bu bedeli bir insanın ödemesi olanaksızdır.

Yargı iktidarını salt yasaya ya da yürütmeye bağlamanın hukukun üstünlüğüne yol açmadığını tarihsel verileriyle ortaya koymak mümkündür⁶³. Yargı etkinliğinin biçimini değiştiren önemli olgulardan biri, siyasal iktidarın yargıçları rejimin beklentilerine uygun davranmaya zorlamasıdır. Yargıcın yasaya bağlılığı ilkesinin uygulanmasından çok, yasanın, yasa koyucunun iradesi doğrultusunda yorumlanması istenmektedir. Görüldüğü kadarıyla "...yargı ileri gelenlerinin kon-

formitesi, iktidar sahiplerini hoşnut edecek şekilde, genel olarak sağlama alınmış görünüyor"⁶⁴. Bu durumda yasallık, bir hukuk devletinde, temel haklar ve özgürlükleri güvenceye kavuşturmadığı kadar, tek başına, yargıcın işlevselliğini de sağlayamamaktadır. Özellikle devlete karşı işlenen suçların yargılamaında, sorun daha kapsamlı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ölüm cezasının devlete karşı işlenen suçlarda yaygın olarak yaptırıma bağlanması 'siyasal yargı' tehlikesini beraberinde getirmektedir⁶⁵. Yargıcın siyaset gibi kaygan bir zeminde suçun ilişkin olduğu yasaya uyması beklenmektedir. Oysa siyasetin ve adaletin işlevleri birbirinden farklıdır, birbirlerini tamamlamaları olası değildir. Bu durumda yargıç, artık rejim sorunundan daha çok, adaletle uygunluk ve insan hakları sorunuyla yüz yüze kalmaktadır. Çünkü bir hukuk devletinde yargıç meşruluğunu, sadece yasaya uymakla değil, daha çok adaleti gözetmekle sağlamaktadır. "Yargıç siyasal yargıyı insancillaştırırken, hukuk devletinin temelindeki insan onuru kavramını güncelleştirmektedir"⁶⁶. Tüm etkilere rağmen yargıcın etkinliği, yasallık ilkesi ve yasa koyucunun iradesinin sıkı dayatması altında değildir. Çünkü, "Hukuk sistemi yargıcı ne kadar bağlarsa bağlasın, hukukun uygulanışı saf bir mantık uygulamasına indirgenemez. Burada, olgular kanıtlanmalı, nitelenmeli ve bunlara uygun olan norm seçilmeli, hatta örneklerin çoğunda hakkaniyete uyulmalıdır. Bu faaliyetin bütünü amaç değerlerin açık veya

örtülü tartışılmasını gerektirir"⁶⁷. Bu durumda hukuk devletinde yargıcın hukuk yaratma zorunluluğu ve özgürlüğü yadsınamaz bir gerçeklik olarak belirmektedir. Hukuk devleti yargıcını, hukuk yaratma etkinliği için araç değerlerle donatmıştır. Yargıç, sosyal barışın sürekliliği için yansız olmak yükümlülüğündedir, onun tek amacı adaleti aramak ve bulmaktır, bu etkinlik onun görevi olduğu kadar ödevidir de; yargıcın kargaşasının sona erdiği yer burasıdır.

Burada hukuk devletinin tasarladığı devlet yapısının içeriğinden hareketle bir karşıtlık ilişkisi kurarak, hukuka yüklenen anlamın yargıcın işlevselliğini en az yasama ve yürütmenin etkinliği kadar vurgulamanın gerekli olduğu gerekçesiyle yargıcın iktidarlaşmasını kurumsal altyapı olarak düşünmek gerekir⁶⁸. Hukuk devletinde "yargıç, toplumun önemli bir manivelasıdır. Yargıç imgelemesi insan düşüncesinde ve duygusunda öylesine kök salmıştır ki, onun tüm ve her tarz kutsallığında yer alır. Tanrı da "yargıç"tır"⁶⁹. Yargıcın hukuk devletindeki işlevi, "adaleti toplumsal bir konum durumuna dönüştürecek olan bir postüla..."⁷⁰ olmaktadır. Bu nedenle "bugün yargıç da özgürlüğe mahkum edilmiştir. Bu özgürlük onu bir karar otomati olmaktan çıkarıp, başkaları için olağanüstü bir sorumluluk düzeyine yerleştirmektedir"⁷¹. Yargıcın özgürlüğü, hukuk yaratma etkinliğinin dışavurumu olarak belirirken, temel haklar ve özgürlüklerin toplumsal ve kamusal koşullarının inşası ve korunması sağlanmaktadır.

60 Ağır işkenceli cezalara örnek olarak, halkın huzurunda şehir meydanlarında yapılan yakma, kılıça kafa kesme, bedenın parça parça edilmesi, kalbin canlı canlı çıkarılması, tekerlek cezası, kızgın kerpetenle etlerin kopartılması, derinin yüzülmesi, derisi yüzülmüş şekilde sürüklenme, vd. ; infaz biçimlerinde görülen en önemli özellik işkencelerin ayrıntılı ve tüyler ürpertici olmasındır. Tosun, a.g.m., Sh.: 192, 193; Artuk, a.g.m., Sh.: 145 ; Farklı uygulamalar için bakınız, Denirel, a.g.m., Sh.: 161, 162.

61 Fransa'da eski krallığın son yıllarında 115 suç ölüm cezasına gerektiriyordu. 19. yüzyılda İngiltere'de suç sayılmış eylemlerden 200 den fazlası için ölüm cezası vardı. Ölüm cezası gerektiren suçlara örnek olarak, basit hırsızlıklar, kundakçılık, büyüculük, oğlanlık, katil, soygun, yaralama, ifgal, ırza geçme, çocuk düştürme, keçi ve ceylanları kaçak olarak avlamak onlara eziyet etmek, tavşan veya balık çalmak, balık üretilen havuzlara zarar vermek, vd.. Tosun, a.g.m., Sh.: 191 ; 1-2 Mayıs 1886'da Chicago'da, günlük çalışma süresinin sekiz saate indirilmesi için yapılan yürüyüşü düzenleyen sendika yöneticilerinin, çıkarıldıkları mahkeme tarafından ölüm cezasına çarptırılmaları ve idam edilmeleri hakkında, bkz, Ahmet Insel, *Kiirel Karşı İktidar Arayışı*, Radikal İki, 29/10/2000, Sh.:6.

62 Tarih içinde ölüm cezasına çarptırılan kişilerin sayıları hakkında örnek olarak, "Almanyada ise, 17 inci asırda, tek bir ceza yargıcının ölüme mahkum ettiği kimselerin sayısı 20.000 i geçiyordu." Başka örnekler için bakınız, Demirel, a.g.m., Sh.: 162 ; Erem, a.g.e., Sh.: 197.

63 Hubert Rottleuthner, *Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti*, HFSA, Sayı : 3, Hazırlayan : Hayrettin Ökçesiz, Alkım, İstanbul 1996, Sh.: 59 ; Sancar, a.g.e., Sh.: 88 vd..

64 Bu konudaki genel yöntemler ve zengin örnekler için bakınız, Rottleuthner, a.g.m., Sh.: 58, 59 ; Yargıcın ve yargıcın devlete yaklaşımı hakkında "...devletin hizmetkari zihniyetiyle hareket eden yargıç da, kendi meşruiyetini peşinen tartışmalı kılar", Sancar a.g.e., Sh.: 188 ; Türkiye yargısındaki tarihi ve sosyal nedenler hakkında bakınız, Tanör, a.g.e., Sh.: 253 ; Yargıcın kişisel eğilimlerinin yargıcın bağımsızlığını ve tarafsızlığını sınırlaması hakkında, bakınız, Metin Kıratlı, *Yargıcın Sorumluluğu*, İnsan Hakları Merkezi Der-gisi, Kasım 1995, cilt : III, sayı : 3, A. Ü. S. B. F., Sh.: 4.

65 Erem siyasal suç kavramını sosyal bir kan davası olarak nitelemektedir, Erem, a.g.e., Sh.: 204 ; Siyasal suçun değişkenliği konusunda bakınız, Hassan, a.g.m., Sh.:114 ; Sancar, a.g.e., Sh.: 190 ; Olağanüstü dönemlerdeki uygulamalar için bakınız, Çelenk, a.g.m., Sh.: 6 vd..

66 Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Devleti ve Yargıcı*, Yeni Türkiye, Eylül-Ekim 1997, Sayı :17, Sh.: 362.

67 Mehmet Tefvik Özcan, *Hukuk İdeolojisi : Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım*, Adalet Kavramı, Editör: Adnan Cüriz, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994, Sh.: 72, 73.

68 Konunun incelenmesi için, Mustafa Kutlu, *Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri - Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri*, Seçkin, Ankara 2001, Sh.:154 vd. ; Kutlu, a.g.m., Sh.:131 vd..

69 Ökçesiz, a.g.m., Sh.: 354.

70 Ökçesiz, a.g.m., Sh.: 354.

71 Ökçesiz, a.g.m., Sh.: 359.

Bu haliyle yargı iktidarı ve yargıç etkinliği karşı güce dönüşmüş olmaktadır. Hukuk devletinin anlamı, kısaca tanımlanan, insan onurunun gerçekleştirilmesi için iktidarlar dengesinin kurulmasıdır. Bu denge kurulması yargıya yüklenen hukuk yapma ödeviyle önemli ölçüde sağlanmaktadır. Dolayısıyla, "yasayı körü körüne, onun kölesi imiş gibi uygulamaya çalışmak; "kanunun lafzı", "kazai ve ilmi içtihatlar da hakim görüş", konformitenin yazılı olmayan olgusal genel ölçütleri gibi modellere eleştirisiz ve edilgen bir tarzda katılım aslında bir anonimliğin ardına sığınarak sorumsuz kalmanın aldatıcı rahatlığına yönelmektir"⁷². Hukuk devleti tasarımı yargıç hukuk yapmak zorundadır.

Ölüm cezasının uygulanmasında yargıcın kargaşası, yargılamanın içinde gizli bulunan adli hata olgusuyla daha da büyümektedir. Adli hata, yargılama ve karar evrelerinde genelde karşılaşılmayan bir durumdur. Yargılama, birçok ayağı olan, çoğul bir tartışmayı gerekli kılmaktadır. Mahkeme kararının oluşumu, hukuk teknikleri ve ilkeleriyle sürekli sınıanıp tartışma halinde tutulabilmektedir. İtiraz ve yasa yolları gibi usuli hak ve tedbirlerle, mahkeme kararları başka merciler önünde yeniden tartışmaya açılabilir. Mahkeme kararları, yargılamanın taraflarınca birden fazla hukuksal denetimden geçirilebilmektedir. Bu nedenle yargılama ve mahkeme kararlarında adli hata olasılığı düşüktür. Ancak ceza yargılamalarında, suçun belirlenmesi her zaman

kolaylıkla sağlanamamaktadır. Ceza mahkemesi, kendiliğinden, dava konusu suçu ve suçluyu araştırmak ve suçluluğu ispat etmek zorundadır. Böylece ceza yargılamasının özünü oluşturan, suçluluğa ilişkin vicdani kanının, kesin bir biçimde oluşturulması gerekir. Tüm hukuksal yollara ve olanaklara rağmen adli hata olasılığını tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir⁷³. Adli hatalar sonucunda, ölüm cezasına çarptırılıp idam edilen ya da ölüm cezasına mahkum edilip suçsuzluğu anlaşılan kişiler hakkında birçok örnek olay vardır⁷⁴. Oysa çok iyi bilmekteyiz ki, "bir masum şahsın mahkumiyeti yüzlerce suçlunun beraatından daha fenadır"⁷⁵. Yargıcın adli hata olasılığına karşı hiçbir kesin önlemi yoktur. Adli hata olasılığı ve ölüm cezasının geri dönülemezliği karşısında yargıcın tek seçeneği vardır 'ölüm cezasını uygulamak ya da karşı olmak'. Aksi takdirde yargıcın kargaşası ve sorumluluğu onun üstlenemeyeceği ölçülerde olacaktır. Yargılama etkinliğinin ve yargıcın adaletten sapması, kendi başına sosyal karışıklıklara yol açma tehlikesi taşımaktadır.

Yargılama etkinliğinde bulunan yargıç, hak ve nasafete uygun karar vermekle kamu yararına uygun hareket etmiş olmaktadır. Yargıç hukuku uygulayarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlarken, kamu yararını göz önünde bulundurur; kamu yararı anlayışıyla yargıç, "yansız ve bütün insan bireylerine istisnasız dağıtılabilen bir ortak iyiliği dile getirmelidir"⁷⁶. Ölüm cezasının içeriğinde, yan-

sızlık çabasının ve insan bireylerine dağıtılabilen bir ortak iyiliğin bulunmadığı açıktır. Aksine, suçluya karşı, açık biçimde cephe almak, hıncı duymak, toplum için şiddet uygulamak, öldürenin öldürülmesine yol açmak, şiddete karşı şiddet uygulamak gibi yöntemlerle ancak yeni suçlular yaratılabilir. Bu yolla katlanılmaz olanın yaşam kılındığı evreye gelinmektedir; ortaya çıkan ağır bedel, ölüm cezası kararını veren ve uygulayanları kurban konumuna sokmaktır; ölüm cezasıyla kamu görevlisinin kargaşası, sürekli bir kamu görevi anlayışıyla olağanüstü hal almaktadır. En çok da yargıç, ölümle kalım arasında, hukukun ikilemelerinde, yasal ölümün haksız ölümü temizlemediğini görerek, ağır bir bedelle kuşatılmış durumdadır. O vicdanın sesini dinlediğinde kargaşasına son verebilecek, kendini 'ölçü' bulmaya zorlayacaktır. Yargıcın ölçü bulma konusunda elinde yeterince dayanak vardır; çünkü hukuk uygulaması, özünde bir 'ölçü' arayışını yansıtır. Her hukuk kuralı yararlı bir ölçüyü ifade eder. Adalet uygun çözüm, yargıcın, kanun koyucunun öngördüğü veya kuralın savunduğu değerden bazen ayrılması ve somut gerçeğin gösterdiği doğrultuda çözüm aramasını gerekli kılar. Bu uğraşta, sosyal hayatın sürekli değişen yapısı ve ilişkilerinin yargıcı etkilediği şüphesizdir⁷⁷.

Yargıcın yargı iktidarını kullanırken, ölüm cezası kararıyla karşı karşıya kaldığı zaman yapması gereken, sadece insan onurunu düşünmesidir. Yargıç, kürsüsünün heybetinden kurtulup o kürsüye yüklenmiş erdemi düşünmek ve önemsemek zorundadır. Kamusal mekanlardan olan mahkeme salonları yaşamların yok edildiği, insanlığın ve insan onurunun her ne

sebeple olursa olsun ayaklar altına alındığı yerler değildir. Çünkü, "İnsana saygısızlık da adaletsizlik olarak değerlendirilmek gerekir... insan, insan olduğu için saygıya layıktır. Ona saygısızlık da bir adaletsizlik biçimidir"⁷⁸. Yargıcın kargaşasının sonu, onun ne kadar insan onuruna değer verdiğiyle ilgili olmaktadır. Sonuçta, herkesin onurlu bir yaşam sürme, bunu isteme, ifade etme ve ona uygun yaşama, kısacası onurlu bir toplumda var olma, hakkı vardır.

3 – Ölüm Ölümü Temizlemez

Tarihsel anlamıyla ölüm cezasının yaygınlığını, akıtılan kanın ancak yenisinden kan akıtmak yoluyla temizleneceğine olan inançta aramak gerekir⁷⁹. Suçlunun işlediği suçtan dolayı ödemesi gereken bir bedel vardır. Bu bedel çoğu zaman hapis, para cezası ya da çeşitli kısıtlılık halleridir. Ancak bazı suçların yaptırım, suçlunun canının alınmasıdır. Suçlunun canı, onun aldığı canın bedelidir. Bu yolla sosyal barışın yeniden kurulması ve sürdürülmesi amaçlanmaktadır. Burada ölüm cezasından bir fayda beklenmektedir. Yasal ölümün, haksız ölümü, geçmiş ve gelecek için temizlemesi düşünülmektedir. Ölüm cezasıyla suçlunun geçmişte gerçekleştirdiği haksız ölüm kendisine ödetilmektedir, bu şekilde bir denge yaratılarak sosyal barış yeniden kurulmaktadır. Sosyal barışın yeniden kurulmasında kullanılan ölüm cezası, gelecekte suç işleyecekler, esasında toplumun tüm bireylerine 'ibret' anlamı taşımaktadır. İbretin en önemli sonucu, kişiler üzerinde yarattığı korkuyla caydırıcılık özelliği göstermesidir. Böylece suçların önlenmesi, suça eğilimli kişilerin engellene-

72 Ökçesiz, a.g.m., Sh.: 360.

73 Adli hataların nedenleri ve sonuçları hakkında geniş bilgi için bakınız, Yücel, a.g.m., Sh.: 1014, 1015 ; İdam Cezası Fiyaskosu Yasa Hazırlattı, Radikal, 13/02/2001, Sh.:10; Verdiği İdamı İtiraz Etti, Milliyet, 18/05/2001, Sh.: 17.

74 Süsterhenn, a.g.m., Sh.: 6 ; Erem, a.g.e., Sh.: 190 ; Bayraktar, a.g.m., Sh.: 70 ; Mushanga, a.g.m., Sh.: 57; Uluslararası Af Örgütü ve Ölüm Cezası, a.g.e., Sh.: 109, 110 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 168, 169, 4 nolu dipnot. ; Geç Ama İnatçı Adalet, Radikal, 23/3/2001, Sh.: 24.

75 Yücel, a.g.m., Sh.: 1015.

76 Hayrettin Ökçesiz, Özgür Düşünmenin Hukuk ve Devlet Felsefesi, Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan : Hayrettin Ökçesiz, HFSA, Afa, İstanbul 1998, Sh.: 121.

77 Adnan Güriz, Adalet Kavramının Belirsizliği, Adalet Kavramı, Editör : Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994, Sh.: 18.

78 Güriz, a.g.m., Sh.: 20.

79 Artuk, a.g.m., Sh.:145 ; Demirel, a.g.m., Sh.: 162.

80 Süsterhenn, a.g.m., Sh.: 7, 8 ; Yalkut, a.g.m., Sh.: 1011 vd..

ceği, sonuçta kişilerin ve toplumun korunacağı düşünülmektedir⁸⁰.

Ölüm cezasının ilk anda korkutucu etkisini yadsımak olanaksızdır⁸¹. Topluma, ölüm cezasının caydırıcılığını, dolayısıyla yasal şiddeti bir tehdit unsuru olarak sunduğumuzda ve geleceğe yaydığımızda, kanıksanmayla birlikte etkisiz bir caydırıcılıkla karşılaşırız. Çünkü şiddetin amaçları geleceğe kaydırıldıkça nasıl inandırıcılığını yitiriyorsa, suç iradesi taşıyan kişilerin eylemi gelecekteki cezalandırmayı umursamaksızın gerçekleştiren eylemlere dönüşmektedir. Ölüm cezasının ya da daha ağır işkencelerin varlığı bu gerçeği değiştirmemektedir. Zira ceza tarihinin bu konuda oldukça zengin olduğunu biliyoruz. Suçların nedenlerini yok etmeksizin girişilen yaptırım teknikleri ceza ağırlaştırılsa da amacına ulaşmamaktadır. Ölüm cezasının varlığı suçlular için etkili tehdit unsuru olmamaktadır⁸².

Suçlulukla mücadele veya suçluların cezalandırılmasında, ölüm cezasının yaptırım olarak kullanılmasını sağlamak için zorunluluk ve gereklilik kriterlerine başvurulmaktadır⁸³. Ölüm cezasının zorunlu olduğu düşüncesi, fayda anlayışından hareketle suçların önlenmesine yönelmek-

tedir. Ancak artık biliyoruz ki, ölüm cezasının varlığı tek başına ağır suçların işlenmesini önleyememektedir⁸⁴. Bu nedenle ölüm cezasını zorunluluk kavramıyla yorumlamak, hukuksal kesinliği olmayan açıklamalara girmek anlamına gelmektedir⁸⁵. Zaman içinde hayat şartlarının ve insanların değişimi, ölüm cezasının zorunluluğu ve uygulanışını anlam ve biçim bakımından değişime uğratmıştır. Ölüm cezasının yürürlükte kalması ya da kaldırılması, sosyal barış için yararlı ya da uygulanabilir olması, zamanlama sorununa indirgenmiştir⁸⁶. Ölüm cezasının zamanlılığı, cezanın zorunluluğunu göreceli hale getirmektedir. Bu durumda ölüm cezasından beklenen fayda, zamana göre değişen niteliğe bürünmektedir. Böylece zorunluluk unsurunun, ölüm cezasının belirleyici niteliği olmadığı sonucuna varabiliriz.

Yasal ölüm dağıtarak, ölümün dehşetiyle suçların işlenmesini önlemeye çalışmak kolaycı bir yaklaşımdır. Ölüm cezası mahkumunun gelecekte gerçekleştirecek bir etki için öldürülmesi, öldürülen kişiyi 'araç' konumuna sokmaktır⁸⁷. Hukuk tarihinin kanlı sayfaları arasında yer alan halka açık infazların, seyirlik eğlenceler ha-

line gelmesi, terörün kent meydanlarına taşmasından başka bir işe yaramamıştır⁸⁸. Ölüm cezasının suçları önleme yeteneği, insanın bireysel yapısıyla doğrudan bağlantılıdır. İnsan ruhunun heyecanları, ihtiras, intikam, kıskançlık, kin gibi duygulanımlar insan şiddetinin ölçüsüzce gerçekleşebileceğini göstermektedir. Örneğin kan davalarında geleneksel toplumsal yapıdan kaynaklanan kemikleşmiş kin anlayışı vardır. Bu durumda öldürenin ya da yakınlarından birisinin öldürülmesi, sadece hıncın giderilmesini sağlamakla kalmayıp sosyal saygınlığın aracı haline de gelmektedir. Türkiye'de görülen kan davası nedeniyle öldürmelerin, ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanmasına rağmen, sürdürdüğü bilinen bir gerçektir⁸⁹. Kan davalarını, ölüm cezası uygulamak yoluyla ortadan kaldırmak mümkün olmamıştır. Kan davaları göz önünde bulundurularak oluşturulan ölüm cezası, devleti kan davasının karşı tarafı konumuna sokmaktadır. Kan davası nedeniyle toplumun töresel öldürmeden beklediği yararla devletin yasal öldürmeden beklediği yarar benzeşmektedir: Ölümün ölümü temizlemesi. Bu durumda kan davalarına karşı alınan ceza önlemlerinin adaletle açıklanacak tarafı kalmamaktadır. Kan davalarının çözümü, sadece ceza normlarıyla değil, sosyal ve ekonomik gelişmelerle, feodal zihniyetlerin kırılması sonucu elde edilecek yurttaşlık bilinciyle sağlanabilir. Aksine ölümün dayatmasıyla gelecekteki ölümleri önlemek mümkün değildir.

Ölüm cezasının uygulanması cezanın

uygulandığı kişiyi mağdur durumuna sokmaktadır. Mahkumun mağduriyetinin duyumsanması cezanın verilmesiyle ya da yaptırımın ölüm cezası olması nedeniyle değildir. Asıl duyumsama mahkumun ölüm cezasının yerine getirilmesi sırasında, yani idamın infazı anında gerçekleşmektedir. İdamın etkileri kimi ülkelerde karşı eylemlere dönüşmektedir, mahkuma acıma ve onunla dayanışma duyguları oluşmaktadır. Özellikle ölüm cezasına mahkum olan kişilerin ailelerinin yaşadıkları, ölüm cezasının sadece mahkumu cezalandırmadığını düşünmemize yol açmaktadır⁹⁰. Ölüm cezasıyla yargılananların veya ölüme mahkum edilmiş kişilerin aileleri, yargılamalar boyunca, idam sırasında ve idamdan sonra hayatları boyunca etkisinde kalacakları acılar çekmektedirler⁹¹. Bu acılar mahkum aileleri arasında dayanışmaya yol açmaktadır. Ölüm ölümü temizlemediği kadar, toplumun ve yaşayanların ruhunda derin yaralara yol açmaktadır.

Ölüm cezasının siyasetin aracı olarak kullanılmasının yol açtığı sorunlar vardır. İdam edilmeyip bugün yaşasalar, cezalarını çekip aramızda olacak olan birçok kişi, siyasal nedenlerle ölümle cezalandırılmıştır⁹². Bazı dönemlerde siyasetin kargaşası ya da sosyal huzur beklentisi, siyasetin taraflarını, rakiplerini öldürerek sindirmek ya da etkisiz hale getirmek için ortadan kaldırmak amacına yönelmektedir. Siyasal ve sosyal huzursuzluğun çözümü, sukunetin olmadığı huzursuz yöntemlerle giderilmeye çalışılmıştır. Bu dö-

81 Süsterhenn, a.g.m., Sh.: 7 ; Erem, a.g.e., Sh.: 185.

82 Ölüm cezasının uzak tehdidi hakkında bakınız, Erem, a.g.e., Sh.: 187 ; Türkiye'de uyuşturucu kaçakçılığının nedenleri, gelişimi, yöntemleri ve olağanüstü boyutlarıyla ilgili olarak, Neşe Düzel, *Pazartesi Konuşmaları*, Doğu Ergil ile yapılan röportaj, Radikal, 19/6/2000, Sh.: 6 ; Uyuşturucu madde ticareti yapmak T.C.Yasasıyla ağır yaptırımlara bağlanmıştır. Yasanın 403. Maddesi ve özellikle maddenin 6. Bendini nitelikli uyuşturucuların ticaretini ağır ağır hapis cezasıyla ve ağır para cezasıyla cezalandırmaktadır; ayrıca bkz, Kaçakçılığın Men ve Takibine İlişkin Yasa, Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkındaki Yasa.

83 Erem, a.g.e., Sh.: 179 vd. ; Hassan, a.g.m., Sh.: 90 vd..

84 Hassan, a.g.m., Sh.: 90.

85 Erem, a.g.m., Sh.: 181 ; Hassan, a.g.m., Sh.: 90.

86 "Ölüm cezasının boyundaki seyri göstermektedir ki bu ceza günün birinde bütün dünyadan kalkacaktır. Bu bir tekamül meselesidir. Milletler bu safhaya tetrici olarak varacaklardır. Ölümleri kabul edilsin mi, edilmesin mi meselesi, bizce ölüm cezasının kalkması vakti geldi mi, gelmedi mi meselesidir." Bakınız, Nurullah Kunter, *Ölüm Cezası İlgili Edilmeli mi, Edilmemeli mi?*, Cumhuriyet, 22/02/1955, Sh.: 2 ; Ölüm cezasının yavaş yavaş ihtiyaç olmaktan çıktığı yolundaki görüş hakkında bakınız, Tosun, a.g.m., Sh.: 206; "Türkiyemiz bu esaslar dairesinde ölüm cezasını devam ettirmekte fayda mülhaza eden bir memleketidir." Bakınız, Yalkut, a.g.m., Sh.: 1011 ; Artuk, a.g.m., Sh.: 175.

87 Hassan, a.g.m., Sh.: 97.

88 Erem, a.g.e., Sh.: 188, 189 ; Yücel, a.g.m., Sh.: 1016.

89 Kan davalarının ölüm cezasıyla yaptırıma bağlanmasının gerekliliği hakkında bakınız, Yalkut, a.g.m., Sh.: 1011 vd..

90 Balcıgil, İdamın günlüğü, Sh.: 55 vd..

91 "Çocuklarının idamla yargılanıyor olması kimi insanlara intiharı düşündürdü. Kimileri intihar etti. Bazıları kendi iradeleri dışında, kalp yetmezliği gibi hastalıklardan öldü. Çıldırıldıkları için akıl hastahanesine yatırılanlar oldu," bakınız, Balcıgil, İdamın Günlüğü, Sh.: 78 ; Yücel, a.g.m., Sh.: 1016.

92 Örnek olarak, Toktamış Ateş, Deniz, Hüseyin ve Yusuf, Arayış, Cumhuriyet, 05/05/2001, Sh.: 3 ; Çelenk, a.g.m., Sh.: 8 ; Mushanga, a.g.e., Sh.:68 ; Ayrıca, Demokrat Parti'nin üç politikacısının ölümle cezalandırılması, A. B. Devletlerinde Mc Carthy döneminde casusluk suçlamasıyla yargılanan ve 1953 yılında ölüm cezasıyla cezalandırılan Rosenberglar olayı.

nemlerde kurulan mahkemeler ve yapılan yargılamalar her zaman şüpheli kalmıştır. Yapılan yargılamalar ve verilen kararlarla adalet, siyasetin gölgesinde bırakılmıştır⁹³. Oysa yaşamın kaçınılmaz değişimi geçmişin yaşamsal görülen önemlerini, bugün için basit birer gerçekliğe dönüştürmüştür. Siyasal nedenlerle idam edilen kişiler, kendi hallerinde yurttaşlar olacakken siyasal idoller haline getirilmişlerdir. Ölüm cezasının ve ölümün geri dönülemezliği, sosyal sorunları çözmek yerine yeni sorunlara yol açmıştır. Dolayısıyla ne geçmiş ne de gelecek ölüm cezasının ilgi alanı olmuştur.

E – SONUÇ

Yirminci yüzyıl şiddetin yoğun olarak yaşandığı yılları kapsamına alsa da, insanlık, düştüğü insanlık dışı etkenleri ortadan kaldırmak için yeni haklar, araçsal mekanizmalar, uluslararası kurumlar ve yaptırımlar oluşturarak yeni bir yaşama bilinci oluşturmaktadır. Bu yönelimin tüm insanlık kapsamında başarılı olduğundan söz etme olanağı yoksa da, kısmi bir başarıdan, dünyaya yayılan insan hakları bilincinden ve hukuk sistemlerinin bu bilinçten doğrudan etkilendiğinden söz edilebilir. Anlaşıldığı üzere evrensel ölçülere sahip hukuksal değerler sistemi dünya üzerinde yaygınlaşmaya başlamıştır. İletişim ve ulaşım teknikleriyle küçülen dünyada, evrensel değerlerin ve bu değerlerin gelişimiyle, tüm insanlar tarafından paylaşılan insan onuru bilincinden söz edebiliriz.

Bu aşamada gelişen bir hukuk bilincinden söz edilirken, halen ulusal hukukların içeriğinde varlıklarını sürdüren evrensel hukuk kurallarıyla bağdaşmayan

kurallara rastlanmaktadır. Burada yasaların uygulanmasının yanında eylemsel bir kötülüğün varlığı daha kaygı verici olmaktadır. Hukukun, uluslara göre uygulamalarında, her bilinen kuralın her yerde aynı konuyu ifade etmediği, kuralın içeriğini dolduran içeriğin ve zihniyetlerin farklı anlayış ve uygulamaları beraberinde getirdiği görülen bir sonuçtur⁹⁴. Bu nedenle insan onurunun korunmasını sağlayacak, tüm insanların temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alacak belirgin evrensel kabullerin bulunup geçerliliklerinin sağlanması gerekir. Ölüm cezası da bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir sorundur.

Kişisel hıncın dili keskindir. Bireysel çekişmelerin yarattığı şiddetin genelde alışıldık ölçüsü olmasına karşın, kişisel yapılara göre değişen oranlarda, şiddetin ayarını her zaman denetim altında tutmak mümkün değildir. Kendimize ya da yakınlarımıza, hatta vicdanen rahatsızlık duyduğumuz tüm saldırılara karşı koyma gereği duyarız. Beden bütünlüğümüzü, canımızı, malımızı, onurumuzu, haklarımızı, çevremizde önemli gördüğümüz her kişi ya da değeri, haksız saldırılara karşı, koruma ve savunma isteğimiz vardır. Ancak kimse yasal ölüm tehdidiyle bu amaçlara ulaşamaz. Ölüm tehdidi, şiddetin görünen yüzü olarak, başlı başına bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Şiddetin aşırı boyutlarda uygulanmasıyla ılımlı bir sosyal ortam yaratılamaz. Çünkü bu iki olgu, birlikte, bir sosyal düzenle var olamazlar.

Ölüm cezası bir hukuk sorunu olmanın çok, bir insanlık sorunudur. İnsanoğlunun darağaçlarını tehdit unsuru olarak kullanması artık uygarlık sorunu haline gelmiştir. Ölüm cezasından beklenen

sosyal barış, dehşet vermenin korkutacağı ve caydıracağı üzerinde şekillenmektedir. Devletin kendisi, meşru hukuk kanalları yaratarak, ölüm cezasını, suçların azaltılması ya da yok edilmesinin aracı haline getirmemelidir. Ölüm cezasından sosyal barışı kurmasını beklemek yararsız bir beklavidir. Ölüm cezasının bir önyargıdan ibaret olduğu, sosyal barışın sağlanması için zorunlu ve gerekli olmadığı, ölüm cezasının sonuçlarından anlaşılmaktadır. Devlet, korku yaymaktan çok, insancıl yöntemler bularak suçla ve suçlulukla mücadele tarzı geliştirmek zorundadır. Özellikle demokratik hukuk devletinin insan onurunu, tüm yurttaşları için ayırım yapmaksızın geçerli kılması gereklidir.

Suç ve ceza politikalarıyla, toplumsal süreçlerde ve ilişkilerdeki suça yönelik etkenleri belirleyip nedenlerinin üzerine kararlı ve yetkin biçimde gidildiği ölçüde, suçlarla mücadele edilebilir. Sadece cezaların biçiminde ve yaptırımlarında yapılan değişiklikler yalnızca suçların işlenme şekli üzerinde değişikliklere yol açmaktadır. Ölüm cezası koyarak topluma verilen gözdağı, gerçekleşeceği sanılan önlemenin kolaycılığına sapmaktan başka bir şey değildir. Suç biliminin verileri, ceza hukuku kaynakları, emniyet tedbirleri, eğitim, ekonomi ve siyasetin olumlu yapıcılığının bir araya getirilmesiyle ulaşılabilecek yöntemler, daha uygar bir toplumsal düzenin varlığının koşullarını sağlayabilir. Ölüm cezası düşüncesinin özünde bulunan bir çok önyargının, bize ilk anda dehşet hissi vermesine rağmen, bundan etkilenenlerin, başkalarına, kendi hayatına ve yaşamına değer

veren namuslu kişiler olduğunu söyleyebiliriz. Çıkarları ve ruhu suça yönelmiş bir insanı, suç işlemekten alıkoyacak olan, cezanın caydırıcılığından çok, vicdanının sesidir. Bu sese kulak vermeyen kişi, fırsatını bulduğu anda düşündüğü suç konusu eylemi gerçekleştirecektir.

Devlet, insanlık dışı ve aşağılayıcı uygulama ve eylemleri engellemekle görevlidir. Ölüm cezasının varlığı devleti kendi içinde çelişkiye düşürmektedir. Ölüm cezası mahkumu, infaz gerçekleşene kadar insanca uygulamalara bağlı tutulurken idamın gerçekleşmesiyle insanlık dışı bir cezaya çarptırılmış olmaktadır. Suçun toplumsallığı karşısında, suçluyu, canıyla ödeyeceği sona sürüklemek, suçun arka planında yer alan etkenleri yok saymak anlamına gelmektedir. Ölüm cezasıyla suçlu dışında her şey inkar edilmektedir. Oysa insanların ağır suç işleseler bile topluma yeniden kazandırılma olasılıkları vardır.

Ölüm cezasının yol açtığı sorunlar, onu uygulamak zorunda kalanları olumsuz etkilemektedir. Ceza hukukunda yaptırımın uç sınırı, ömür boyu hapis cezası olmak zorundadır. Bu yaptırım birçok olguyla olumlu hale getirmektedir. Her şeyden önce tüm toplum üyelerini, büyük bir sorumluluktan, 'can almanın' sorumluluğundan kurtarmaktadır. Düzenli ve yerinde uygulanacak infaz teknikleri ve uygulamalarıyla, herkesin cezasını çekeceği ölçülü hükümlülük süreçleri yaratılmalıdır. Ceza adaletinin gerçekleştirilmesinde ve yerleştirilmesinde kararlı tavır takınmak en önemli başlangıç olacaktır.

93 Çelenk, a.g.m., Sh.: 6 vd. ; Mushanga, a.g.e., Sh.: 69,70 ; geniş bilgi için, Osman Doğru, 27 Mayıs Rejimi (Bir Darbenin Hukuki Anatomisi), Imge, Ankara 1998, Sh.:132 vd..

94 Bkz. Kurt Scharf, *Toplumsal Bir Emniyet Şüphesi Olarak Düşünce Özgürlüğü – İran, Brezilya ve Berlin Deneyimlerim*, (Çev.: Nihat Ülner), Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, HFSA, Afa, İstanbul 1998, Sh.: 156 vd..