

Ölüm Cezası^{1*}

Gustav Radbruch

Çeviren: Hayrettin Ökçesiz

*Kim, cellat, benim hakkımda
bu yetkiyi sana verdi?*
Zindandaki Gretchen **

Yalnızca birey üstü bir hukuk anlayışı ölüm cezasını meşru gösterebilir, yalnızca bu, devlete yaşam ve ölüm üzerinde bir hakkı tanıyabilir. Bismarck² 1 Mart 1870 tarihi bir konuşmasında şöyle demişti: "Yukarıdan bir meşruiyeti kendi içerisinde hissetmeyen bir insani gücün cellat satırını kullanmaya yeterince mecali yoktur." Ölüm cezasının yeniden yürürlüğe konmasının iç yüzünün bireyselci bir devlet anlayışından dönüşü oluşturduğunu, 1930 tarihli faşist İtalyan Ceza Kanunu'nun özellikle memorandumu³ yeni devlet anlayışının neredeyse bir zaferi olarak kutlayan sözleriyle dile getirmişti: "Böyle bir reform İtalyan Ulusunun değişmiş ruhunun, halkımızın yeniden kazandığı erkekliğinin ve eylem gücünün, hukuki ve siyasi kültürümüzün, ölüm cezasının kaldırılmasıyla doğrudan ilişkili

yabancı ideolojilerin etkilerinden tamamen kurtuluşunun sevindirici başka bir işaretidir." Bu ideolojilerden açıkça, "Alplerin öte yanında hüküm süren bireyselci düşünceler" ile "bireyin tek başına bir amaç olarak araç düzeyine düşürülemediğine dair Kantçı iddianın yanılması" anlaşılmaktadır. "Halbuki kuşakların sayısız saflarını içeren bir organizma olarak görülen toplumun ve onun hukuki organizasyonu demek olan devletin kendi amaçlarının bulunduğu ve bunlar uğruna varoldukları doğrudur. Birey ise, amaçlarına kendi edimlerini ve varlığını tabi kılmak zorunda bulunduğu sosyal organizmanın geçici ve sonsuz derecede küçük bir unsuru olarak bir hiçtir."

Faşist İtalya tarafından lanetlenmiş bireyselci düşünceler temelinde ölüm cezasına ilk olarak karşı çıkan ve bu ana kadar ülkesine şan şeref kazandırmış olan kimse bir İtalyandı: Cesare Beccaria⁴ (Dei delitti e delle pene, Ş. 16). O, ölüm cezasının toplum sözleşmeleri kuramı biçimindeki

(*) Bu yazı yazarın, "Rechtsphilosophie" (8. basım, hazırlayanlar: Erik Wolf ve Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973) isimli eserinin 23. paragrafını oluşturmaktadır. Bu çeviri ilk olarak Argumentum'da yayımlanmıştır. (1991, Cilt 2, Sayı 13, s. 193 vd.)

(**) Goethe, Faust, 4427.dize (Ç.N)

1 Ölüm cezası, Karşılaştırınız: "Elagantiae Iuris Criminalis", 2.baskı 1950, X.Başlık: Ars Moriendi (Scharfrichter-Seelsorger-Armesünder-Volk); "Forderung der Menschlichkeit" (Heilbronner Stimme 4. Jg. Nr.136, 15.6.1949); "Das Ende der Todesstrafe" (Rhein-Neckar-Zeitung Nr.87, 14.5.1949 s.3)

2 Bismarck, Karşılaştırınız: Moritz Liepmann, Die Todesstrafe, 1912, s.11 Nr.8: Bismarck'ın bu konuşmasına rağmen Reichstag'ın 118 üyesi ölüm cezası aleyhinde, 81 üyesi lehinde oy vermiştir. Ancak 3. oturumdan sonra 119'a karşı 127 oy ile yasayı genel olarak başarısızlığa uğratmamak için kabulüne karar verilmiştir.

3 Faşist Ceza Hukuku: Radbruch'un çevirerek verdiği bu cümleler "Relazione al Re", n.4'de yer almaktadır. (Wolf/Schneider): "Una tale riformacostituisce un altro felice segno del mutato spirito della Nazione Italiana, della riagustata virilità ed energia del nostro popolo, della totale liberalizone della nostra coltura giuridica e politica dell'influsso di ideologie straniere, alle l'abolizionismo si ricongiunge direttamente."

4 Beccaria: Karşılaştırınız, "Elegantia Iuris Criminalis" 2.baskı 1952 XII. başlık (Cesare Beccaria hakkında Isaak Iselin)

bireyselci bir devlet anlayışı ile bağdaşmazlığının kanıtını getirmişti. O'na göre ölüm cezası toplum sözleşmesi ile çelişki içerisinde. Çünkü yaşam vazgeçilemez bir hukuki değerdir. İntihar yerilirken ölüm cezasına intihar biçiminde bir rıza, toplum sözleşmesinde ahlaka aykırı ve nihayet batıl olacaktır.⁵ Bu temellendirme ancak, sözleşme kuramının ölüm cezasının meşruiyetini suçlunun bu cezayı gerçekten istemiş olmasına bağlaması durumunda tutarlı olup, suçlunun gerçek menfaati emrediyorsa bu cezayı istememiş olamayacağı yani sözleşme kuramının olağan rasyonel kavranmasıyla suçlu tarafından istenmiş olarak düşünüleceği biçiminde, sonuçsuz kalacaktır. Kişinin kendi yaşamı karşısındaki pozisyonu onun kendi ölümündeki menfaatine ilişkin bir imge olarak görüldüğünde ölüm cezasına izin verilmezlik artık bir argüman olmaktan çıkmakta, bu cezanın meşruiyeti sorusu ancak, "suçlunun ölüm cezasına rızası caiz midir?" yerine "o bu cezaya rıza gösterebilmiş midir?" biçiminde sorulmaktadır.

Beccaria'nın karşıtı bulunduğu Rousseau'da aynı düşünce yanılışına düşmektedir. Rousseau devlet sözleşmesinde ölüm cezasına rızayı; bunun ancak bir olasılık biçiminde söz konusu bulunması, kişinin bir cinayet işleyeceğinin hiç beklenmeyen bir durum olması yani ölüme değil, ölümün tamamen uzakta bulunan tehlikesine rıza gösterilmesi ve yaşamını korumak için bu ölüm tehlikesine atılmanın ahlaka aykırı bulunmaması nedeniyle hukukun geçerli saymaktadır: "Adam öldürünce ölmeğe katlanmak, bir katilin kurbanı olmamak içindir. Bu anlaşma ile kişi kendi yaşamını dilediği gibi kullanmaktan çok, onu yaparken, kendini astırmayı

düşünmektedir. Sözleşmeyi yapanlardan hiç birinin, onu yaparken, kendini astırmayı tasarladığı düşünülemez." (Contrat Social II,5). Rousseau bu muhtemel rızayı, katil olmayı hiç düşünemeyeceği bir zaman götürüp yerleştirmekle katilin kendi ölümüne kusursuz bir rızasını kurulumak olanağını elde ediyor. Rousseau'nun, bu "bir kez rıza göstermiş olmak" ile devlet sözleşmesini zaman bakımından saptanmış bir olgu, tarihi bir faktüm durumuna soktuğunu ve "Contrat Social"ın başlangıç sözlerinde açıkça reddedilen tarihsel anlayışa beklenmeyen bir biçimde geri kaydığını kim göremez ki? Devlet sözleşmesinde sadece fiktif bir ide görüldüğünde, onun zamandan bağımsız, hatta tamamlanmamış, aksine her an yenilenebilir, tekrarlanabilir biçimde tasarlanması gerekir. Gerçek bir devlet tezahür ettiği her olayda her an, ama aynı zamanda katilin kafasını kütüğe koyduğu anda dahi kendisinin bütün üyelerinin katıldığı bir sözleşme ile doğup doğmadığı sorusunun evetlenmesine izin vermelidir. Sözleşme kuramı karşısında ölüm cezası ancak bundan sonra ve suçlunun kendi ölümüne bu anda rızasının varsayılabilir olduğu kanıtlanabilirse meşru gösterilebilir. Beccaria'nın "safsatacılığına ve hukuku çarpıtmasına"⁶ karşı Kant, Rousseau'da zamansal bir ilişki olarak görünen bu kuşku kanıtı, kendi düşüncesi bakımından karakteristik bir yapay müdahale ile aşkın bir ilişki biçiminde kavrayarak getirmeyi denemektedir. Suçlunun ölüm cezasına sözde birkez gösterdiği rızanın yerine aklının bu cezanın zorunluluğuna dair zamandan bağımsız hükmü geçmektedir. Devlet sözleşmesinin tarafı olarak kendi gerçek iradesiyle empirik birey değil, ak-

5 Devletin yaşam ve ölüm üzerindeki hakkından intihar hakkı çıkarılmaktadır (Beccaria'nın kanıtıyla aksi yönde bir temellendirme: Devlete kendi yaşamı üzerinde hak tanıyan kimse yaşamı üzerinde önce kendisinin bir hakkı olmalıdır). Sénancour'un "Oberwasser" isimli romanından, Karşılaştırmamız: Georg Brandes, Literatur des 19. Jahrhunderts I 1882, s.71 vd.

6 Metaphysik der Sitten, hrsg.v. Vorländer, 1907, s. 163 vd.

sine empirik bireye fazlasıyla zorlanan akıl düşünülmektedir. –İstenmemesi makul olarak mümkün olmayan şeyi devlet kuramının istenmiş olarak varsaydığı hepten vurgulandı–. "Bir suçlu olarak kendime karşı bir ceza yasası kaleme aldığım da benim içimdeki, beni bir yurttaşlar birliğinde bütün diğerleri ile birlikte suça yetkin ve dolayısıyla başka biri olarak (homo phaenomenon) bu ceza yasasına tabi kılan, saf hukuki-yasakoyucu akıldır (homo noumenon)." Gerçi empirik iradesi olmakla birlikte suçlunun, aklından zorunlu olarak beklememiz gereken kendi hükmü, Kant öyle diyor, hatta infaz anında dahi ölüm cezasını onaylamaktadır.

Fakat birey, yalnızca empirik gerçekliğinde değil, aklın somutlaşması olarak tasarlanışında da ölüm cezasına rıza gösteren biri olarak düşünülemez⁷. Ne kadar sefil olursa olsun ancak suçluya yaşamını bağışlayan her türlü ceza bakımından onun, cezalandırılmasında menfaati bulunduğu ve kendi aklını buna rıza gösterdiği kanıtı getirilebilir: Ömür boyu hücre hapsi dahi kendisinin bu cezalandırılışı ve böylelikle başkalarının caydırılması etkisi ile korunan bir dizi hukuki değer bırakmaktadır. Fakat ölüm cezasının da suçlunun kendi menfaatlerine hizmet ettiği hiçbir biçimde gösterilemez, çünkü o, bu menfaatlerin süjesini yok etmektedir⁸. Demek ki, Beccaria'nın sözleşme kuramının çıkış noktasından hareketle ölüm cezasının, ancak suçlunun bu cezaya rıza göstermesine izin verilmediği için değil,

bilakis onun bunda herhangi bir öz yararının makul olarak bulunamamasından dolayı rıza gösteremeyeceği nedeniyle terk edilmesi gerekmektedir. Ölüm cezası, Stammler'in (R.R. 208) "her hukuki talep ancak, yükümlünün en yakınının yine kendisinin olabileceği anlamında geçerlik taşıyabilir"⁹ biçiminde ifade ettiği bireyselci bir devlet anlayışını temel düşüncesi ile bağdaşmaz.

Fakat sözleşme kuramı gereğinden fazlasını kanıtlamıyor mu, kendi temellendirmesiyle devletin, üyelerinden örneğin savaşta yaşamlarını ortaya koymalarını istemesine dair her hakkını reddetmiyor mu? Asla! Bu, yaşamını ortaya koymanın yani tehlikeye atmanın, tehlikeye atılmanın ve yaşamda kalması muhtemel olanın hâlâ kendi yararına bulunduğu biçiminde anlaşılabilir. Yaşamın feda edilmesini, kesin ölümü devlet savaşta dahi ilke olarak talep etmemektedir. Bu gibi durumlarda, "gönüllüler öne çıksın!" demektir bu. Çünkü bir ideal için yaşamın gönüllü olarak feda edilmesi bireycilikle çelişmemekte, yaşamın teslimi ile yaşamaya değer olanın gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Bu yaşam gerçekleşmesinin, yaşamın teslimi ile olması, yani suçlunun cezasını kefarete olarak kendi iradesi ile benimsemiş olmasında, ölüm cezasında da olup bitmektedir. Bu durumda dahi yüklenen ölüm cezası ile gönüllü olarak üstlenilen kefarete arasındaki kavramsal ayırım ortadan kalkmamaktadır.¹⁰

Ölüm cezası karşıtı bireyci temellen-

7 Aşağıdaki açıklamalara karşı olarak bkz.: Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917, s.135 vd.

8 Ölümün stüjeyi yok etmediği yani insanın ölümsüz olduğu kabul edilirse pekiyi, nasıl olacaktır? O zaman onun ölümünün hizmet ettiği yararlar düşünülebilir, örneğin kusurunun silinmesiyle sonsuz yaşama geçebilmesi, –Ancak bu durumda dahi devletin korumakla yükümlü bulunmadığı yararlardır bunlar (Bu tür düşünceler L.V. Weber'in "Cinayet saiki olarak İntihar" başlığı altında ele aldığı olayların temelini oluşturmaktadır. Aschaffenburgs Monatsschr. Bd. 18.)

9 Buradaki kanıtlamanın aynısı, bkz. Mess, Nietzsche als Gesetzgeber, 1930, s.70 vd.

10 Dostojewski'nin Sapir tarafından (Dostojewski und Tolstoi, s.11) zikredilen ifadesi, ölüm cezasının psikolojik anlamda kendine özgü halinin, yaşamın tehlikeye atılmasının umutsuz da olsa her türlü biçimi karşısında onun kaçınılmazlığında yatığını göstermektedir.

dirmeye karşı Bismarck'ın da sözkonusu konuşmasında vurguladığı başka bir itiraz daha ağır basmaktadır: Meşru müdafaa halinde adam öldürme. Hükümete ve bireye, muhakkak bir öldürme iradesinin bulunmasının bile gerekmediği saldırganı karşı zorunlu durumlarda önlem amacıyla öldürme yetkisi tanınmaktadır. Nasıl olur da bu, suçlu kanıtlanmış bir canıye karşı engellemek amacıyla olana yasaklanır? Beccaria dahi bu itiraza yer vermişti¹¹. O, öldürmeye izin verilmesini "cinayet işlemekten alıkoymaya gerçekten tek araç olması halinde" kabul etmekte ve "açık bir isyan veya kargaşada bu durumun o anda direnen isyancıların öldürülmesiyle de bastırılabilceğini" düşünmektedir. Böylesine bir öldürüşte o, hukukla veya toplum sözleşmesi ile değil, bilakis güçle, elbette adil ve zorunlu bir güçle temellendirilen gerçek bir savaş ilanı sonucunu görmektedir. Düşüncesinin seyrini sözleşme kuramı biçimlerinde sonuna kadar düşünelim! Haklı savunma durumunda, hukuki değerlerin korunması amacıyla yapılan toplum sözleşmesi bunları korumak yeteneğinden yoksundur. Çünkü kendisiyle tesis edilen organlara o anda ulaşılammaktadır. Bu yüzden doğal durum ortaya çıkmakta ve bununla da, elbette hukuk düzeninin tanınması koşuluyla ve hukuki durum çerçevesinde ol-

mak üzere bizzat ihkakı hak haklar arasında yer almaktadır. Yasal savunma hakkına dayandırılan kanıtlamaya karşı her şeyden önce bir şey daha ileri sürülmelidir: Meşru müdafaa hakkı saldırının geri çevrilmesine, gerektiğinde saldırma yeteneğinin saldırganın muhtemel ölümü sonucunu doğuracak biçimde imhasına yönelik olup, bir öldürmeyi hedeflememektedir. Öyle ki, bu hak imhaya değil, aksine yaşamın yalnızca tehlikeye sokulmasına yöneliktir. Meşru müdafaa ve ölüm cezası ile öldürülenler bakımından bu kavramsal ayırım oldukça gerçek ruhsal bir olguda kendini göstermektedir. Yasal savunma karşısında bulunan kimse son ana kadar kurtulma olanağına inanırken, diğeri zaman bakımından kesin olarak belirlenmiş bir ölümden kurtulamamak duygusunun korkunç acısını çekmektedir.

Bu açıklamalar ölüm cezası sorununa olmaktan çok, bireyselci bir hukuk kuramı açısından toplum sözleşmesinin düşünce tarzının zorluk ve verimlilik derecesini birlikte göstermek ödevine hasretilmiştir. Ölüm cezasına karşı kesin kanıtları hukuk felsefesinden çok, daha yüksek ve daha derin düzeylerde; bir yandan etik ve dini kanıtlarda meşruiyetine, diğer yandan istatistiki ve psikolojik deneyimsel kanıtlarda gerekliliğine karşı aramalıdır.

¹¹ Beccaria, Über Verbrechen und Strafen, hrsg.v. Esselborn, 1905, s.108, dipnotu 1 ve s.192.