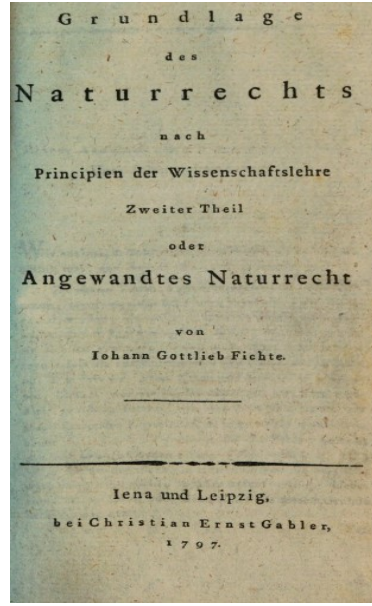


## “ÖLÜM BİR CEZA OLABİLİR Mİ? SORUSUNA FICHTE’NİN YANITI ÜZERİNE\*

Arş. Gör. İlker Tepe



I.

**“Ölüm cezası varlığını koruduğu sürece bütün ceza hukuku kan kokusu yayar, acımasızlığın mührünü taşır, intikamcı bir misillemenin lekesiyle yaftalanır”<sup>1</sup>.** Gustav Radbruch bu hatırlatmayı yaptığında yıl 1947’ydi. II. Dünya Savaşı sonrası bir taraftan yaşanan derin acıların yinelenmemesi adına barış ve insan hakları bayrağı göndere çekilirken, diğer taraftan bu acıları yaşatanlarla hesaplaşmak ve artık hiçbir acıya hazırlıksız yakalanmamak için daha “mücadeleci” olma kararlılığı sergileniyordu. Radbruch aslında bu kararlılığın ufuk çizgisinde beliren karanlığı işaret ediyordu. O karanlık ki, her geçen gün yoğunlaşarak yakınlıştı. Çünkü bu “diken üstüne olma” hali, egemenin özgürlüğü güvenlik üzerinden anlamlı kılmasına, şüpheye düşülen her durumda geçiş hakkını güvenliğe vermesine zemin hazırladı. Geçiş hakkının meşruiyeti de ceza hukukuyla somutlaştırıldı. Başka bir anlatımla küreselleşme ile birlikte sınırların her anlamda saydamlaşması ve tehlikenin anonimleşmesi, bu tehlikelerle mücadelede ceza hukukunu ilk/öncelikli araç (*prima ratio*) haline getiren bir aksiyeteye kapı araladı. Bu da politik bağlamda araçsallaşan ceza hukukunun git gide keskinleşmesine [cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi, teşebbüs ve tehlike (özellikle de soyut tehlike) suçlarının arttırılması, gizli soruşturma tedbirlerinin yaygınlık kazanması, cezaların orantısız bir şekilde arttırılması vb.] sebep oldu. Bugün

\* Bu yazı tüm uzunluğuna rağmen bir köşe (blog) yazısı olarak kabul edilmelidir. Bu çerçevede verilen kaynaklar sadece seçilen ve ilgili okuyucunun yönelmesi umulan kaynaklardır. Doğal olarak yazı kaynak tüketme iddiası taşımaz. Yabancı dilde seçilen kaynakların özellikle 19. yüzyıl kaynakları olmasının temel sebebi, Fichte’ye yakın tarihlerdeki kaynakların meseleyi ele alış biçimlerini dikkate sunma düşüncesidir.

<sup>1</sup> Gustav Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, Hrsg: Arthur Kaufmann, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1963, s. 48.

geldiğimiz noktada ise artık *Radbruch'un* sesi ölüm cezası lehtarlarının ürkütücü gürültüsü karşısında fark edilmez hale gelme tehlikesiyle karşı karşıya. Bu gürültünün en önemli kaynaklarından biri de ceza hukukunda bir milenyum sürprizi olan *Günther Jakobs'un* düşman ceza hukuku tasarımı oldu.

Zaten görece uzun olacak bu yazıda bir odak kayması yaşamamak adına *Jakobs'un* düşman ceza hukuku tasarımının temellerine girilmeyecek, bu değerlendirme bir başka yazının konusu yapılacaktır. Ancak şunu da ifade etmeden geçmemek gerekir: Son çeyrek yüzyıldaki ölüm cezası tartışmalarında düşman ceza hukuku tasarımı üzerinden aleyhe görüş beyan edenler, bu tasarımın bütün vebalini *Jakobs* ile birlikte *Jakobs'un* referanslarına yüklediler ve yüklemeye devam ediyorlar. Bununla birlikte söz konusu referanslar arasında da ilginç bir şekilde pozitif ayrımcılık yapıldığı görülüyor. Örneğin *Jakobs'un Kant'ın* 1795 tarihli **“Ebedi Barış Üzerine, Felsefi Bir Tasarı”** eserinin ikinci bölümündeki ilk dipnotu<sup>2</sup> kullanması *Jakobs'un Kant'ı* manipüle etmesi olarak ya da en azından yanlış anladığı şeklinde değerlendiriliyor. Buna karşın *Jakobs'un “Norm, Kişi Toplum (Norm, Person, Gesellschaft)”* eserinden hareketle norm bilincine dayalı toplumsallaşma sürecinde insan – birey - kişi arasındaki kimlik geçişkenliğinin koşul ve sonuçları, bu bağlamda da yurttaş ve düşman inşasının sözleşmesel temelleri tartışılırken *Fichte*, *Kant* kadar “şanslı” olamayıp adeta bir günah keçisi gibi muamele görüyor. Hal böyle olunca nasıl ki *Jakobs'u* taşlamak onu anlamaktan daha kolaysa, aynı kolaylıkla ve birkaç klişenin arkasına sığınarak *Fichte* de taşlanıyor. Hem de *Fichte'nin* ne dediği hiç merak edilmeden! Peki, gerçekte *Fichte* ne diyor? Acaba *Fichte* için ölüm bir ceza olabilir mi? Bu yazıda *Fichte'nin* 1797'de yayımlanan **“Bilim Öğretisinin<sup>3</sup> Prensiplerine Göre Doğal Hukukun Temelleri (Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre)”** adlı eserinin ikinci cildi **“Uygulamalı Doğal Hukuk (Zweiter Teil oder Angewandtes Naturrecht)”** esas alınarak *Fichte'nin* ölüm cezası meselesine hangi perspektiften yaklaştığı kısaca özetlenmeye çalışılacaktır. Bu çaba Türk ceza hukukçuları için *Fichte* merakı uyandırma çabası olarak da okunabilir. Bu anlamda bir karşılık bulursa bu sınırlı yazı amacına ulaşmış olacaktır!

---

<sup>2</sup> “Genellikle ağır yaralayıcı bir eylem ortaya çıkmadıkça, birinin diğerine karşı düşmanca davranmaması gerektiğine inanılır ve her ikisinin de yurttaşlık hukuku durumunda yaşaması halinde bu tamamen doğrudur. Çünkü her ikisi de aynı sisteme tabi oldukları için (her ikisinin de üstünde güç sahibi olan otorite sayesinde) birbirlerine gerekli güvenliği sağlamalıdır. Ancak insan (ya da halk), salt doğal durumunda beni bu güvenlikten mahrum etmektedir ve aktif (facto) bir biçimde olsa da bu durumdan dolayı bana zarar vermektedir. Dolayısıyla bu durumun (statu iniusto) kanunsuzluğundan dolayı sürekli olarak biri tarafından tehdit edirim. Bu durumda ya onun da benimle birlikte sivil toplum durumuna girmesini ya da benim komşuluğumdan çıkmasını talep edebilirim.” Immanuel Kant, *Ebedî Barış Üstüne, Felsefi Bir Tasarı* (Çev: Celal Yeşilçayır), Fol Yayıncılık, Ankara 2020, s. 39.

<sup>3</sup> *Fichte'nin* Bilim Öğretisi (Wissenschaftslehre) eseri ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirme ve Bilim Öğretisi'nin I. Bölüm çevirisi için bkz. Güçlü Ateşoğlu, “Giriş: Fichte'nin Wissenschaftslehre Eseri Üzerine”, *Felsefe Tartışmaları*, 33. Kitap (Ed: İlhan İnan), İstanbul 2004, s. 81 – 90; Johann Gottlieb Fichte, “Bilim Öğretisi [Wissenschaftslehre – 1794], Çev: Güçlü Ateşoğlu, *Felsefe Tartışmaları*, 33. Kitap (Ed: İlhan İnan), İstanbul 2004, s. 91 - 100

## II.

*Fichte* açısından ölümün bir ceza olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmasına girişmeden önce bu tartışmanın *Fichte* öncesine dair genel bir resim ortaya koymakta yarar var. Çünkü ölüm cezası, özellikle 18. yüzyılın son çeyreğinde Almanya’da hararetle tartışılan konulardan biriydi ve bu hararet *Fichte’nin* de konuya kayıtsız kalmamasına sebep olmuştu. Esasında anılan süreci 17. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlatmak, tartışmanın biçim almasını daha iyi görebilmek için son derece faydalı olacaktır. 1618 – 1648 Otuz Yıl Savaşları sonrasında imzalanan Vestfalya Barışı ile başlayan ve yaklaşık 30 yıl kadar süren bir sükûnet dönemi yaşanır. Bu dönem aslında bir tür iç muhasebe dönemi idi. Bu muhasebe 18. yüzyıl hukuk düşüncesini şekillendirecek iki eğilimin filizlenmesine vesile olur. Bunlardan biri eğitilmiş bir burjuva sınıfının oluşturulması ikincisi de onların da desteğini alarak güçlü ve yeni(lenmiş) bir merkezi siyasal organizasyonun sağlanmasıdır. Bu iki eğilimi güçlendirecek pek çok girişimde bulunulmuştur<sup>4</sup>. Bunların içinden konuyla da bağlantısı bakımından iki girişimi ön plana çıkarmak mümkündür. Bunlar toplum ve devlet yararına olacak şekilde hukukun öncü bir bilim haline getirilmesi ve tarih bilinciyle desteklenmiş rasyonalist doğal hukuk çalışmalarına ağırlık verilmesidir. Özellikle 18. yüzyılın başından itibaren Alman Erken Aydınlanma döneminin üç büyük filozofu *Samuel Pufendorf*, *Christian Thomasius* ve *Christian Wolff*’un doğal hukuk çalışmaları pozitif hukuk alanlarında da doğrudan kaynak olarak kullanılmaya başlanmış ve etkileri pozitif hukuk disiplinlerinde de ziyadesiyle görülmüştür. Örneğin 18. yüzyıl Alman ceza hukukunun önemli isimlerinden biri olan *Regnerus Engelhard*’ın 1756 tarihinde kaleme aldığı **“Dünya Bilgeliğinden (=Felsefeden) ve Özellikle Doğal Hukuktan Kaynağını Alan Temel İlkelerle Dayalı Olarak Genel Bir Ceza Hukuku Girişimi”** eserine bakıldığında en çok kullanılan kaynakların *Christian Wolff*’a ait olduğu görülecektir<sup>5</sup>.

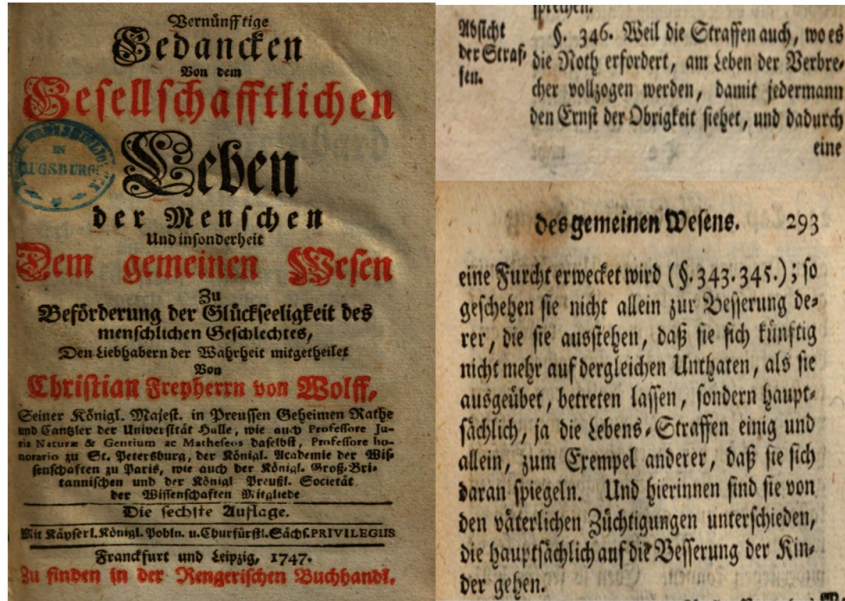
Bilhassa kamu düzeninin sağlanması ve sürdürülebilirliği için güçlü bir devlet otoritesine ihtiyaç duyulduğu, devletin cezalandırma yetkisinin bu ihtiyacın bir sonucu olarak etkin bir şekilde kullanılması ve caydırıcılığın ön plana alınması gerektiği yönündeki doğal hukuk temelli güçlü referansların ceza hukukunda (sınırlandırılmış dahi olsa) ölüm cezası savunusuna yol açması kaçınılmazdı. Anılan referanslardan bir örnek vermek gerekirse; *Christian Wolff* 1747’de özetle şunları söylüyordu: Cezalandırmaya yetkili makam caydırıcı

---

<sup>4</sup> Bu girişimlere birkaç örnek vermek gerekirse; 1694’de kurulan Halle Üniversitesi’yle simgeleşen üniversite reformu, Leipzig’de her yıl organize edilen kitap fuarı, Berlin Bilimler Akademisi’nin 17. Yüzyılın sonlarında doğal hukuk çalışmaları için merkez haline alması, 1710’dan itibaren İngiliz modelini örnek alarak haftalık ahlak dergilerinin yayımlanmaya başlaması, bilginin uygulamaya döküldüğü, pratiğe dayalı bir metodolojinin benimsenmesi gösterilebilir. Erken Aydınlanma dönemi olarak da bilinen bu döneme dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Hans Erich Bödeker, “Strukturen der deutschen Frühaufklärung 1680 – 1720. Thesen”, *Strukturen der deutschen Frühaufklärung 1680 – 1720*, Hrsg: Hans Erich Bödeker, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2008, s. 9 – 20.

<sup>5</sup> *Engelhard*’ın aynı zamanda hocası da olan Wolff ile ilişkisini derinlemesine ele alan bir çalışma için bkz. Reinhard Frank, *Des Regnerus Engelhard peinliches Recht – Ein Beitrag zur Kenntnis und Beurteilung Wolff’schen Rechtsphilosophie*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1887.

olmalı, gerektiğinde ölüme hükmetse bile geri adım atmamalı. Zira bilmeli ki, hükmettiği ceza faile, cezadan alınacak ders herkes. Çocuğunu eğiten baba şefkati beklenmemeli!



18. yüzyıl Alman ceza hukukunda ölüm cezasına bakışın değişmesi ise bu yüzyılın son çeyreğinde başlamıştır. Özellikle *Voltaire*'in meşhur **Calas yargılaması** ile ilgili yaktığı ateşin *Beccaria* üzerinden Almanya'ya sirayet etmesi ve hümanist bir liberal kanadın sesini yükseltmeye başlamasıyla ölüm cezasına yönelik itirazlar da (başlangıçta cılız da kalsa her geçen yıl daha da) yoğunlaşmıştır<sup>6</sup>. Bu itirazlar esasında devletin cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik üst bir itirazın uzantısı niteliğindedir. Bunlara sadece birkaç küçük örnek vermek gerekirse;

1782'de *Julius von Soden*; açık bir biçimde ölüm cezasının kaldırılması gerektiğini belirtmese bile sadece pek az suç için bir yaptırım olarak sınırlı kabul edilmesi gerektiğini, zira tarih boyunca pek çok insanın hatalı kararlarla ya da önyargıya dayalı olarak kurban edildiğini, insanlığın daha fazla gereksiz acıya boğulmaması ve insanın tarının bir sureti olduğunun bilinciyle hareket edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

<sup>6</sup> *Voltaire*'nin tüm Avrupa'da ceza hukuku düşüncesinde çok önemli sonuçları olan Calas yargılaması çerçevesinde başlattığı hareket ve bu hareketin önce *Beccaria* ardından da *Feuerbach* üzerindeki etkisi ile ilgili detaylı bir analiz için bkz. Eric Hilgendorf, "Paul Johann Anselm von Feuerbach und Rechtsphilosophie der Aufklärung", *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch* (Hrsg: Arnd Koch/Michael Kubiciel/Martin Löhnig/Michael Pawlik), Mohr Siebeck, Tübingen 2014, s. 155 – 160. Ayrıca *Voltaire*'nin Calas yargılamasına ilişkin düşünceleri için bkz. *Voltaire, Hoşgörü Üzerine İnceleme* (Çev: Erkan Ataçay), Bilgesu Yayıncılık, Ankara 2017, s. 7 – 20.

**G e i ßt**  
der teutfchen  
**Criminal-Gefetze**

Von

J. F. von Goden

*Home sum! nihil humani  
a me alienum puto.*

**Erfter Band**

Dessau

1782.

94

Herr sey es aber, von mir den Todesstrafen überhaupt, oder wohl gar ihrer Vermehrung das Wort zu reden!

Nein! weil sie die höchste Strafe ist, so fordert vielmehr Verhältnis der Verbrechen und Strafen, so gut als Menschlichkeit, sie so selten als möglich zu machen, sie nur für die schwersten aller Verbrechen aufzuheben! —

Indem die Rechte der Menschheit gewinnen, wird dadurch zugleich die Intensität der Todesstrafe und dadurch die Sicherheit der Gesellschaft gewinnen. — Die Analyse der einzelnen Verbrechen wird zeigen, wie wenige derselben nach den Grundsätzen einer zugleich weisen und menschlichen Gesetzgebung, die Todesstrafe bedürfen, oder verdienen; wie viel unglückliche bisher dem Irrthum, der Barbarey, dem Aberglauben, den Vorurtheilen, ohne Noth geopfert wurden. — Unnötige Leiden auf die Menschheit zu häufen, ist ein System der Gesetzgebung, unwerth eines Menschen, der das Bild der Gottheit ist!

1783'te Globig/Huster ise ilginç bir analogi kurarak basit bir perhizle hastasını iyileştirebilecek bir doktorun hastalığı yenmek için ağır ilaçlar kullanmasının yanlışlığından hareket ederek, ceza yasa koyucunun da suçla mücadelede caydırıcılığı sağlamak için gereğinden ağır yaptırımlara başvurmasına eleştiri getirmiştir. Bu eleştiri aynı zamanda toplumun düzen ve esenliği, devletin huzur ve güvenliği açısından araçsallaştırılmamış bir fail kavrayışına yönelim bakımından da önem arz eder. Zira insanın araçsallaştırılması eleştirisine bu yüzyılın sonunda Kant'ta da rastlanacaktır.

**Abhandlung**  
von der  
**Criminal-Gesetzgebung.**

Eine  
von der ökonomischen Gesellschaft in Wien  
gekürnte

**Preisschrift**

des  
Herrn Hans Ernst von Globig,  
im Kurfürstl. Sächs. geheimen Cabinet,

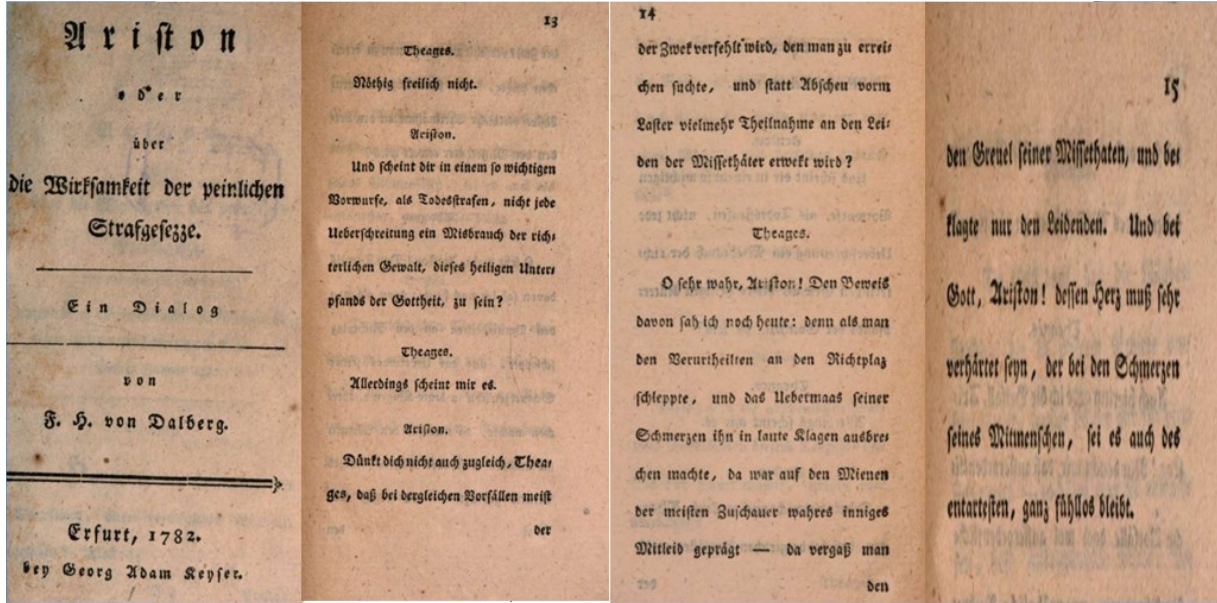
und  
Herrn Johann Georg Huster,  
Kurfürstl. Sächs. geheimen- und Finanz- Secre-  
tarius in Dresden.

Zürich 1783.  
Bey Job. Caspar Bückler.

Kann den Leuten durch gelindere Mittel, als durch Strafen Einhalt geschehen, so ist es vernünftig und gerecht, jene zuerst ins Werk zu setzen. Ein Arzt, der durch gute Diät seinen Patienten heilen kann, würde unvernünftig handeln, wenn er sich heftiger Arzneyen dabey bedienen wollte. Eben so ist der peinliche Gesetzgeber der Arzt des Staats. Er muß die Krankheit desselben mit desto größerer Behutsamkeit behandeln, je mehr Schaden aus einer übereilten Cur entstehen kann. Ja, öfters ist die Krankheit nur durch gute Diät zu heben, öfters kann man den Gebrechen des Staats besser vorbeugen, als ihnen gerade zu den Weg abschneiden, so wie die Heftigkeit eines Stroms durch vielfältige Ableitungen leichter als durch noch so starke Dämme gehemmet wird. Um so mehr ist alledenn die Anwendung gelinder und unmerklicher Mittel anzurathen.

Yine gerek kendi döneminde gerekse 19. yüzyılda pek çok atif alan Johann Friedrich Hugo von Dalberg ise "Ariston ya da Azap İçeren Ceza Yasalarının Etkililiği Üzerine – Bir Diyalog" adlı eserinde ölüm cezası dâhil azap içeren tüm ceza ve infaz usullerinin göz ardı edilen bir etkisi üzerinde durmuştur. Buna göre; caydırıcılığı arttırması için kamuya açık infaz edilen azap içerikli cezalar bakımından (ölüm cezası dâhil), buna tanık olanlarda ortaya çıkan

duygu kişiyi suç işlemekten alıkoyacak korkudan ziyade suçlunun o infaz esnasında yaşadığı acıya ve çaresizliğe karşı merhamettir, yani beklenenin tam tersinde bir duygudur. Dolayısıyla bu tür cezalar tahmin edilen etkiyi yaratmakta o kadar da muktedir değildir.



Bunlar ölüm cezası tartışmasının seyri hakkında bir fikir vermek için onlarca örnekten sadece birkaçı. Yine de tarihsel olarak *Fichte*'ye varmadan önceki son önemli uğrağa, Kant'a değinmeden geçilmemelidir. Kant'ın bu yazı çerçevesindeki önemi esas olarak iki noktada yoğunlaştırılabilir. Birincisi Alman ceza hukukunun tarihsel gelişim çizgisinde yeni (bilimsel) bir dönemi başlatan kırılmanın *Kant* ve Kant etkisi altındaki ceza hukukçularıyla yaşandığına yönelik hâkim kanı, ikincisi de *Kant*'ın ölüm cezasına ilişkin yaklaşımını paylaştığı "**Ahlakın Metafizigi - Birinci Bölüm/Cilt: Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri**" eserinin *Fichte*'nin "**Doğal Hukukun Temelleri**" eserinin iki cildi arasında yayınlanmış olmasıdır. Özellikle *Fichte*'nin ikinci cildi kaleme alırken *Kant*'ın söylediklerini de dikkate aldığı ve pek çok yerde bu farkındalığın etkisinin gözlemlendiği ileri sürülmektedir<sup>7</sup>.

*Kant*'ın ölüm cezasına dair fikrini kısaca ele almak gerekirse; ceza(landırma) yasasını kategorik imperatif (koşulsuz buyruk) olarak kabul eden *Kant*, bir ceza olarak ölüm cezasına ahlaki bir meşruiyet zemini oluştururken de onu kategorik imperatifin iki formülü ile ilişkilendirme yolunu seçmiştir. Temel formül olarak da anılan birinci formül [**Genel bir yasa olmasını isteyebileceğin bir ilkeye (maxime) göre eyle<sup>8</sup>**] bağlamında *Kant*; örneğin bir kişinin hırsızlık suçu işlediğinde mağdurun malvarlığı üzerindeki haklarını ihlal ederek, başka bir ifadeyle mağdurun mülkiyet hakkını güvencesiz hale sokarak aslında kendi mülkiyet hakkını

<sup>7</sup> Moritz Heepe, "Strafgerichtsbarkeit bei frühen Kantianern: Von Hufeland bis Fichte", Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), Vol: 100, No:4 (2014), s. 498.

<sup>8</sup> Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, 13. Baskı, Remzi Kitapevi, İstanbul 2002, s. 362.

da güvencesiz kıldığını savunur<sup>9</sup>. Dolayısıyla bu suçu kendisine karşı da işlemiş sayılır. Sırf yasayı çiğneyerek bu güvencesizliğe sebebiyet vermiş olması bile cezalandırılmayı “hak etmiş” olduğunu gösterir. *Kant’a* göre cezalandırma hiçbir zaman topluma mesaj vermek ya da faili ıslah etmek amaçlarına indirgenemez, böyle bir indirgeme faili toplumu hizaya getirmek için verilecek mesajın aracına dönüştürecek, araçsallaştıracaktır. Bu da insan onuruna aykırılık teşkil eder. Bununla birlikte ihlal edilen hak ile verilecek ceza birebir olmak zorunda değildir. *Kant’ta* ölçülü olmak koşuluyla cezanın muadilliği kabul edilir, tek bir istisna hariç: ***Fail bir kişiyi öldürürse verilecek ceza ancak ölüm cezası olmalıdır.*** Kant bu istisnai durumu şöyle ifade etmektedir:

***“...Fakat bu şahıs birini öldürmüşse, o da ölmelidir. Burada adaleti tatmin edebilecek, yerine konulabilecek bir şey yoktur. Yaşam ne kadar sıkıntılı olursa olsun, yaşamla ölüm arasında bir benzerlik yoktur, yani cürüm ve kefaret arasında bir şey bulunmamaktadır.”***<sup>10</sup>

Bu noktada Kant meşhur ada örneğini verir. Buna göre, bir adada yaşayan toplumun tüm fertleri ortak bir şekilde adayı terk ederek dağılma kararı alsalar dahi cezaevinde idam edilmeyi bekleyen son mahkûmun cezasını infaz etmeden bu kararı hayata geçirmemelidirler. Burada Kant’ın ölüm cezasına yaklaşımını ilişkilendirdiği kategorik imperatifin ikinci formülü devreye girer: ***“İnsanlığı, kendinde ve başkalarında, hiçbir zaman bir araç olarak değil, hep bir amaç olarak görecektir şekilde eyle”***<sup>11</sup>. Dolayısıyla bir kişiyi öldüren failin eylemiyle hak ettiği ölüm cezası infaz edildiğinde; hukukun kendisine anlam atfettiği bir kişi olarak saygı ve kendinde bir amaç olarak bir değer görmüş, böylece insan onuru gözetilmiş olacaktır<sup>12</sup>. Aksi bir alternatif tüm bu sayılanları olumsuzlayacaktır.

Buraya kadar özetlenen tarihsel kesit, *Fichte* öncesinde ölüm cezası tartışmasının ne denli canlı olduğunu ve aslında *Fichte’nin* ne tür bir ortamda ölüm cezası meselesine eğildiğini gösterebilmek içindir. Bu atmosferin bilgisinden uzakta bir *Fichte* değerlendirmesi şüphesiz ki bir yönüyle eksik kalacaktır.

### III.

*Fichte* özelinde ölümün bir ceza olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışması kaçınılmaz olarak *Fichte’nin* cezadan ne anladığıyla ve suç ile ceza arasında nasıl bir ilişki kurduğuyla bağlantılı olarak ele alınmak zorundadır. Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, *Fichte’nin* suç ve ceza kavrayışı sözleşmecî bir bakış açısıyla temellendirilmiştir<sup>13</sup> ve bu

<sup>9</sup> Immanuel Kant, Ahlakın Metafiziği – Hukuk Öğretisi (Çev: Altan Heper), Fol Yayıncılık, Ankara 2022, s. 195; Erol Kuyurtar, “Kant, İnsan Onuru ve Ölüm Cezası”, Immanuel Kant – Muğla Üniversitesi Uluslararası Kant Sempozyumu Bildirileri (Ed: Nebil Reyhani), Vadi Yayınları, Ankara 2006, s. 331.

<sup>10</sup> Kant, Hukuk Öğretisi, s. 196.

<sup>11</sup> Gökberk, s. 363.

<sup>12</sup> Heepe, s. 500.

<sup>13</sup> Eduard Mahir, Ueber das Recht zur Strafe und das Strafe-Maas, Anrton Weber’sche Buchhandlung, Münih 1830, s. 16.

bağlamda özellikle *Rousseau'nun* yaklaşımıyla (detaylarda farklılaşsa bile) paralellikler göstermektedir. Bilindiği üzere *Rousseau'nun* toplum sözleşmesi modelinde ceza hukukunun özgül bir ağırlığı yoktur. Toplum Sözleşmesi eserinde de ceza hukukuna dair değerlendirmeler dağınıktır ancak özellikle ikinci kitabın beşinci bölümü olan **“Yaşam ve Ölüm Hakkı”** hem genel anlamda ceza kavrayışı hem de özel olarak ölüm cezasına bakışı açısından son derece önemlidir<sup>14</sup>. Toplum sözleşmesine iştirak etmekle birlikte genel iradeye dâhil olan, daha doğru bir ifadeyle genel iradeyle bütünleşen, böylece biyolojik bir varlık olarak insandan ahlaki ve hukuki sorumluluk üstlenen bir süjeye (kişiye) dönüşen yurttaş bireysel iradesinden arındığını taahhüt eder. Suç teşkil eden bir davranışı gerçekleştirmek suretiyle de bu taahhüdünü çiğnemiş, bireysel iradesini genel iradenin önüne koymuş, dolayısıyla da genel iradeye başkaldırmış olur. Bu başkaldırı faili düşmanlaştırır ve toplum sözleşmesi temelinde oluşan genel iradenin sağladığı güvencelerden arındırılır, buna bağlı olarak (ölüm cezası dâhil olmak üzere) geri dönüşümsüz yaptırımlara kadar uzanan bir skalada bir düşman gibi muamele görür<sup>15</sup>.

Suç ve ceza ilişkisini sözleşmecî bir temelde şekillendirmesi bakımından *Rousseau* ile benzerlik gösterse de *Fichte'nin* kendine özgü bir cezalandırma yaklaşımı söz konudur. Bu yaklaşımı ana hatlarıyla şu şekilde ortaya koymak mümkündür: *Fichte'nin* doğal hukuk düşüncesinin odağında özgürlük fikri yer alır<sup>16</sup>. Ona göre özgürlük en yüksek ödevdir ve onu gerçekleştirmek insan yaşamının biricik anlamı ve ereğidir<sup>17</sup>. Dolayısıyla özgürlüğü gerçekleştirmenin olanağı olarak eylemin kendisi (eyleyişin tarzından bağımsız olarak) sırf bu sebeple iyidir<sup>18</sup>. Her öznenin özgürlüğünü gerçekleştirmeye yönelik eylemde bulunması, kaçınılmaz olarak kendisi dışındaki (diğer) özneler üzerinde de bir etki yaratacaktır çünkü eylem alanları bir noktada kesişecektir<sup>19</sup>. Her bir özne için kendisini gerçekleştirecek özgürlük alanının güvenceye alınması gerçek anlamda özgürlüğün tanınması için bir koşul sayılacağından rasyonel bir varlık olarak insanın özgürlüğü sınırlı bir özgürlük olmalıdır<sup>20</sup>. Özgürlük alanlarının karşılıklı olarak sınırlandırılması da ancak sözleşmesel bir zeminde mümkün olabilir. İşte *Fichte'nin* genel anlamda hukuk düşüncesi bu zemin üzerinde inşa edilir. *Fichte'nin* sınırlandırılmak suretiyle ahlaken ve hukuken tanınmış özgürlük alanlarının ihlali olarak suçu ve bu ihlale karşı bir yaptırım olarak cezayı da bu zemin üzerinde kavramak gerekir.

<sup>14</sup> Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi* (Çev: Alpagut Erenuluğ), Öteki Yayınları, İstanbul 1999, s. 71 – 73.

<sup>15</sup> Joachim Renzikowski, “Strafrecht und Strafbegründung bei Rousseau”, *Jahrbuch für Recht und Ethik (Themenschwerpunkt: Recht und Ethik im Werk von Jean-Jacques Rousseau)*, Vol: 20 (2012), s. 157 – 163.

<sup>16</sup> Nicolai Hartmann, *Fichte – Kantçılar ve Kant Karşıtları* (Çev: Saygın Güneç), Fol Yayıncılık, Ankara 2021, s. 160 vd; Arslan Toprakkaya/E. Erman Rutli, *Kant'tan Hegel'e Alman İdealizmi*, Fol Yayıncılık, Ankara 2021, s. 281 vd.

<sup>17</sup> Hartmann, s. 147.

<sup>18</sup> Hartmann, s. 148.

<sup>19</sup> Hartmann, s. 161.

<sup>20</sup> Will Dudley, *Alman İdealizmini Anlamak* (Çev: Abdurrahman Nur), Küre Yayınları, İstanbul 2021, s. 126.



*Fichte* için suç en genel anlamda yurttaşlık sözleşmesinin ihlalidir<sup>21</sup>. Hatırlanacağı üzere *Rousseau'da* bu ihlal, faili geri dönüşümsüz bir biçimde genel iradeye başkaldıran bir düşmana dönüştürmekteydi. *Fichte* bu bağlamda *Rousseau'dan* ayrılır. Zira *Fichte'ye* göre yurttaşlık sözleşmesinin her ihlali faili geri dönüşümsüz/affedilmez bir düşmana çevirmez. Fail sözleşmeye aykırı davranmak suretiyle iradi olarak iştirak ettiği toplumsal düzenle çatışma haline girmektedir ve bu çatışma sözleşmenin sağladığı güvence düzenini de inkâr anlamını taşır. Fakat *Fichte'nin Rousseau'dan* ve hatta *Kant'tan* farklı olarak bir kez sözleşmeye taraf olma iradesi gösteren yurttaş karşı alabildiğine geniş ve sarsılmaz bir inancı vardır<sup>22</sup>. Şayet hata geri dönülebilir nitelikteyse, fırsat verildiği takdirde failin bu hatasını telafi etme ve ihlal etmek suretiyle ayrıldığı sözleşmeye geri dönme iradesi göstereceğini savunur<sup>23</sup>.

İşte bu nokta oldukça önemlidir. Çünkü *Fichte'ye* göre yurttaş suç işlemek suretiyle bağlı bulunduğu sözleşmeye aykırı davranarak o sözleşmeden tamamen çıkmış veya atılmış olmaz, sadece uzaklaşmış olur. Bu uzaklaşma kabulü, zayıflamış olsa da sözleşmeyle bağlantının varlığına ilişkin bir teyid niteliğindedir. Keza suç işleyen faille sözleşmeyle zayıflamış ilişkisini yeniden güçlendirmek ve bu sayede tabiri caizse ana sözleşmeye geri dönmek için yeni bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme bir tür kefaret sözleşmesidir<sup>24</sup>. Bu sözleşmeye göre, şayet suç işleyen kişi ihlal ettiği ve dolayısıyla görünüşte inkar ettiği sözleşme temelinde oluşturulan sistemin eylemi için öngördüğü cezayı çeker ve bu suretle hatasını anlayıp gerekli dersleri çıkararak yeniden sözleşmesel ilişkiye dâhil olursa, yani sözleşmeyi yeniden tanırorsa o zaman hatasını telafi etmiş olur ve yurttaşlık kimliğini kaybetmeden ama “ıslah edilmiş bir yurttaş” olarak yaşamaya devam eder. **Fichte faile ikinci bir şans olarak hatasını telafi etme imkânını tanırken, bu tutumuyla paralel olarak mümkün olduğunca hürriyeti bağlayıcı olmayan cezalar (para cezası gibi) tayin edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. Çünkü bir kişinin verdiği zararı gidermesi, hatasını telafi etmesi için bir takım edimleri gerçekleştirmesi gerekir. Bu nedenle de mümkün olduğunca özgür olmalıdır. Bununla birlikte şayet hürriyeti bağlayıcı ceza tayin ediliyorsa da bu kez cezanın geçici (sürelî) bir ceza olması gerekir. Ömür boyu hapisneden çıkamayacak bir fail için bu cezanın bir anlamı yoktur.**

---

<sup>21</sup> Franz Joseph Felsecker, Worte an Bayern, betreffend die Abschaffung der Todesstrafe – Eine Kritik, der vor Kurzem erschienenen Schrift: Die Todesstrafe von dem Verfasser des Geistes der peinlichen Gesetzgebung Deutschlands, Friedrich Korn'schen Buchhandlung, Fürth 1831, s. 31 – 32; Anton Bauer, “Noch ein Wort über die Straftheorien, als Nachtrag zu der Schrift: die Warnungstheorie u.s.w.”, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse, Band:1, Dietrichsche Buchhandlung, Göttingen 1840, s. 51 – 52.

<sup>22</sup> D. Gies (Eserde yazarın açık adı kullanılmamıştır), Abhandlung über die Rechtlichkeit oder Widerrechtlichkeit der Todesstrafe, Edler'sche Buchhandlung, Hanau 1841, s. 14 vd.

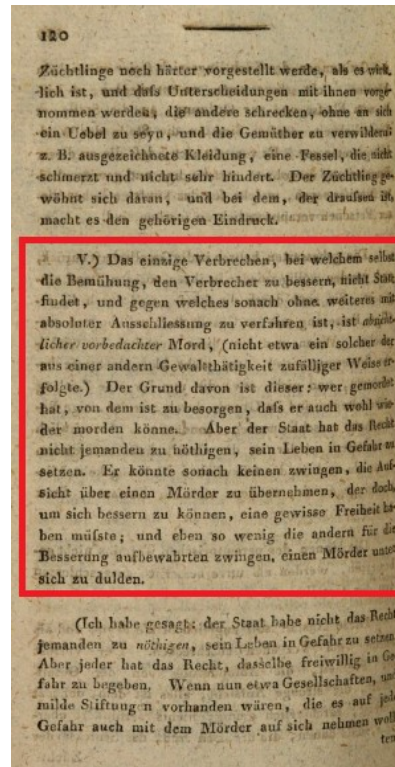
<sup>23</sup> G. Henrici (Eserde yazarın açık adı kullanılmamıştır), Ueber die Unzulænglichkeit eines einfachen Strafrechts-Prinzips Nebst einem Anhang über die Todesstrafe, 4. Aufl., Meyer Verlag, Braunschweig 1851, s. 195 vd.

<sup>24</sup> Gaetano Filangieri, Über der Rechtsmæßigkeit der Todesstrafe, Verlag von Tromisch & Sohn, Frakfurt/Berlin 1848, s. 56. vd.

Bu bağlamda *Fichte* için cezalandırmanın amacı; suç işleyen failin suçun bedelini ödeyerek ıslah edilmesi suretiyle ihlal ettiği sözleşmeye geri dönmesini sağlamak ve diğer yurttaşlara da sözleşmenin güvence altında olduğunu ispat edip benzer ihlallere tevessül edeceklerine de gerekli “mesajı” vermektedir.

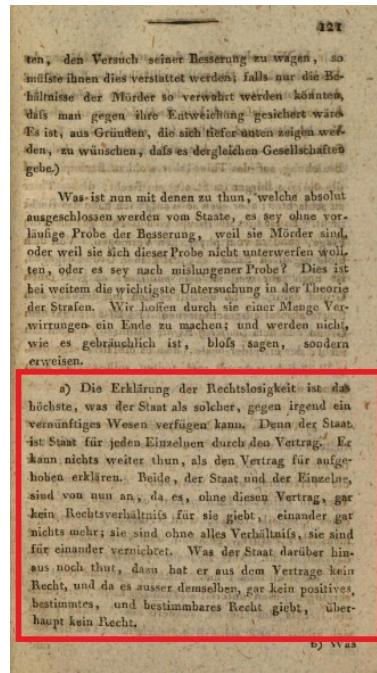
*Fichte* ile özdeşleşmiş olarak “**bedel ödetme veya kefarete teorisi (Abbüßungstheorie)**” olarak adlandırılan bu cezalandırma düşüncesinde ilk belirleyici olan şey gerçekleştirilen suçun niteliğidir. Şayet bu suç toplumsal yaşama etkisi bakımından büyük bir tehdit yaratmayan, ikame yaptırımlarla telafi edilebilecek boyutta bir suç ise yukarıda özetlenen süreç işler. Zaten *Fichte* çok büyük oranda suçları bu kategoride değerlendirmektedir<sup>25</sup>. Ancak öyle suçlar vardır ki bu suçları bir kere işleyenlerin yeniden işleyebilecekleri karine olarak kabul edilir ve bu suçları işleyenlerin yeniden topluma karışmaları tehlikeli görülür. *Fichte* perspektifinden ifade edilecek olursa bu tür suçlar yurttaşlık sözleşmesinden geri dönüşümsüz kopmayı sonuçlayabilecek nitelikte istisnai suçlardır.

*Fichte* bir suçu özellikle ön plana çıkarır. O da kasten öldürme suçudur. *Fichte*’nin insan yaşamına ve özgürlüğe verdiği değer göz önünde bulundurulduğunda insan yaşamını bile isteye sona erdiren bir faile, bir hırsızlık suçunun failine gösterdiği anlayışla yaklaşmayacağı açıktır.



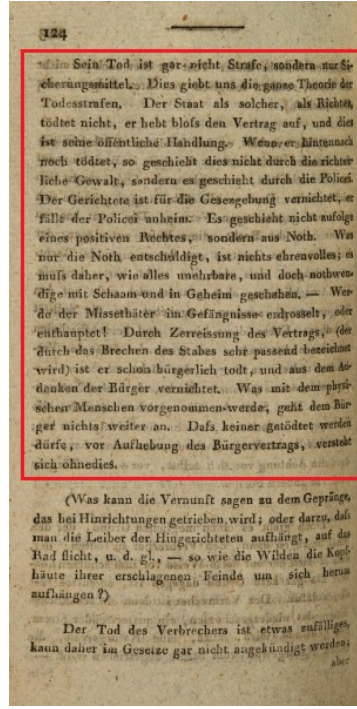
<sup>25</sup> Friedrich Bluhme, Encyclopaedie der in Deutschland geltenden Recht, Band: III, Adolph Marcus, Bonn 1854, s. 5; Ludwig von Jagemann, Criminallexikon nach dem neusten Stande der Gesetzgebung in Deutschland, Verlag von Ferdinand Enke, Erlangen 1854, s. 8 – 9 /s. 668; Hermann Julius Meyer, Neues Conversations-Lexikon für alle Stände, Band: 10, Verlag des Bibliographischen Instituts, Hilburgshausen/New – York 1859, s. 175.

Peki, böyle bir suç söz konusu olduğunda ne olacaktır? İşte bu nokta, *Fichte'nin "ölüm bir ceza olabilir mi?"* sorusuna verdiği yanıtın girişi kabul edilmelidir. *Fichte'ye* göre böyle bir suç söz konusu olduğunda yargıç verdiği kararla sadece failin sözleşmeyi geri dönüşümsüz olarak terk ettiğini ve sözleşmenin hiçbir güvencesinden istifade edemeyeceğini tasdik ve ilan eder. Başka bir ifadeyle failin artık sözleşme temelinde inşa edilen devletin yurttaşlarına sunduğu koruma güvencelerinden arındırıldığı, kişi olma vasfını yitirerek "alelade bir insana" geri döndüğü tespit edilir ve haliyle devletin eli failin üzerinden çekilir. Bu ifadelerin sonunda genellikle beklenen ölüm cezası kararıdır ancak *Fichte* bu durumda bile bir ölüm cezasını kabul etmez çünkü **ölümü bir ceza kabul etmez**. Ceza ancak hatanın bedeli ödendiğinde sözleşmeye geri dönüş mümkünse vardır. Dolayısıyla bir cezadan söz edilecekse bu ancak sistem içinde kalındığında mümkündür. Ancak ölümün söz konusu olduğu hiçbir durumda telafi edilebilir bir hatanın bedeli ödenerek yeniden sözleşmeye dönme imkânı yoktur.



Bu nedenle ölüm bir mahkemenin takdir edebileceği bir ceza değildir ve ***Fichte'de ölüm cezası yoktur***. Peki, bir suçun karşılığı olarak ölüm hiç mi yoktur? Evet, vardır ancak bu bir ceza değildir. Ölüme bir mahkeme hükmüyle karar verilemez. Ama yukarıda işaret edilmeye çalışıldığı üzere mahkeme verdiği kararla faili güvencesiz bırakır. Bu güvencesizlik hali faili her türlü müdahalenin açık hedefi haline getirme anlamı taşır. *Fichte'ye* göre, mahkeme bu güvencesizliği, hukuksuz kalma/sözleşmeden kopma/exlex olma halini tespit, tasdik ve ilan ettikten sonra aradan çekilir. Bundan sonra o failin hayatına son verilmesi gerekiyorsa bunun takdirini "polis" verir. Buradaki polis bugün kullandığımız anlamının çok daha ötesinde, içinde egemenin ve devlet aklının da bulunduğu güvenlik organizasyonu

anlamında kullanılır. Zira *Fichte* de bu şartlar altında karar verilecek ölümün bir ceza değil bir güvenlik tedbiri olduğunu açıkça belirtir. Şayet failin bir şekilde ölümü takdir edilmişse, başka bir anlatımla failin ölümü yaşamasından daha fazla topluma ve devlete fayda sağlayacaksa, ölümün insan onuruyla bağdaşmazlığını kabul eden *Fichte* infazın da cezaevinde gizlilik içinde gerçekleştirilmesini, kamunun buna tanık olmaması gerektiğini vurgular. Ancak infazı gerçekleştirecek olan devletin bizatihi kendisi olduğu için bu insan onuruna aykırılığı daha “kırıp dökmeden” ifade etmeye çalışır.



Artık bu tarz bir ölüm, fail açısından hukuki/sözleşmesel bir olay değil saf bir doğa olayı veya bir zorunluluk hali niteliğindedir. Dolayısıyla *Fichte* için bir ceza değil bir güvenlik tedbiri olarak ölümün, bir kişinin taşan bir nehre kapılıp boğulmasından, bir yıldırım çarparak ölmesinden veya vahşi bir hayvanın vurularak öldürülmesinden bir farkı yoktur.

#### IV.

Haddini aşan bu köşe yazısında geniş bir tarihsel kesiti ele alıp içinde de *Fichte'nin* “ölüm bir ceza olabilir mi?” sorusuna yanıtı özetlenmeye çalışıldı. Bu ana kadar yanıtı dair söylenenler silinip giderse geri dönülmemesi için sanırım özetin özeti şöyle çıkarılabilir:

#### ***Fichte'ye göre ölüm bir ceza olabilir mi?***

***Olamaz, çünkü;***

***1. İnsan yaşamı, insanın en önemli amacı olan özgürlüğü gerçekleştirmeye yönelik eylemde bulunmanın olmazsa olmaz koşuludur. Bu koşulu ortadan kaldıracak hiçbir***

*yaptırım, bu koşulu güvence altına almak için kurulmuş sözleşmenin parçası kabul edilemez.*

*2. Ölüm yurttaşlara hatalarını telafi etme ve hatalarının bedelini ödedikten sonra sözleşmeye geri dönme imkânını geri dönüşümsüz bir şekilde ortadan kaldırmak demektir. En azından kural olarak bu kabul edilmez.*

*3. Düşman bertaraf edilir, yurttaş ıslah/resosyalize edilir. Ölüm bir ıslah aracı değildir. Devlet eliyle ölüm varsa yurttaş yoktur.*