

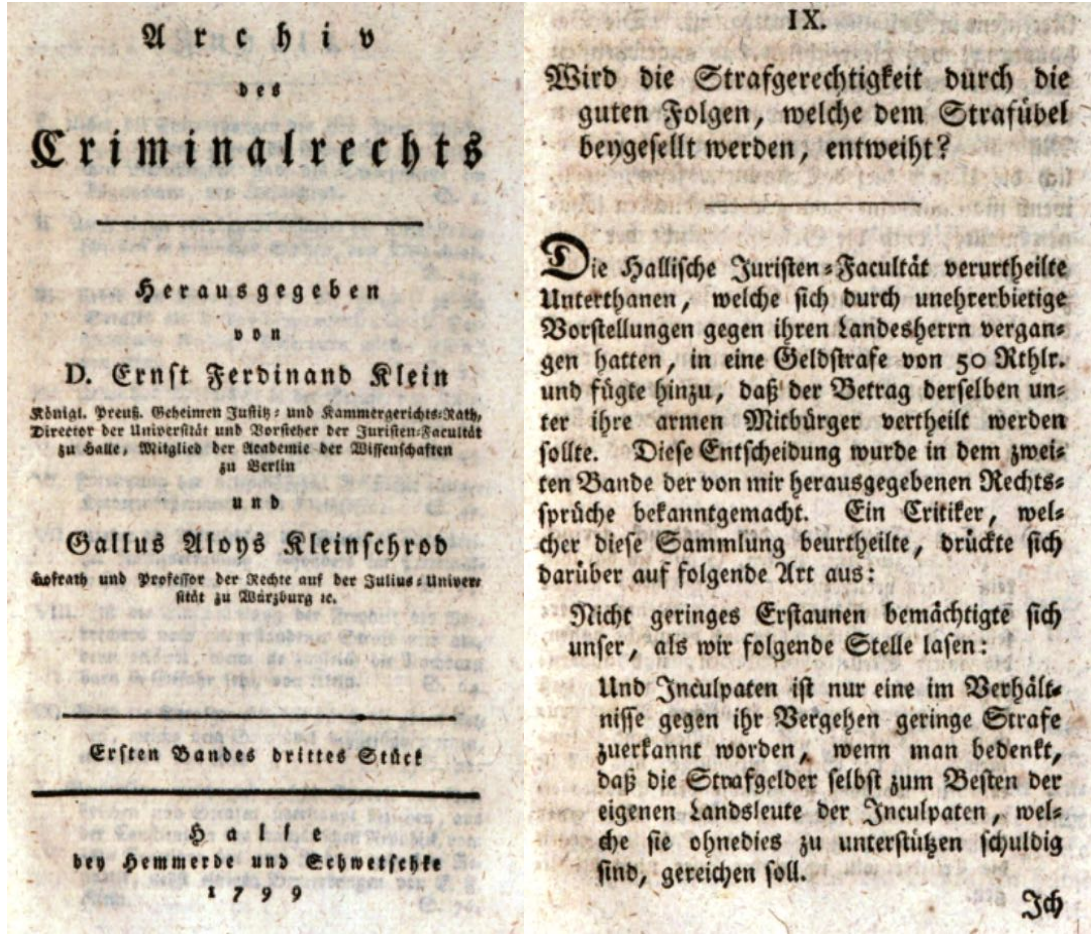
Ernst Ferdinand Klein'dan (1799) Bugüne Taşınan Bir Soru:
“*Cezanın Kötülüğüne Eşlik Eden İyi Sonuçlar
Ceza Adaletini Aşındırır mı?*”

İlker Tepe

Hocamız Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a hürmetle...

Bir sözcüğün anlam alanı, o sözcüğün kullanıldığı bağlamların genişliği ve çeşitliliğiyle doğru orantılı biçimde zenginleşir. Şayet sözcük bir teknik terimde (*terminus technicus*) cisimlenmişse ve disiplinlerin kesişim alanlarında ya da bizatihi bir kesişimin disiplinleştiği (= *Querschnittsdisziplin*) alanlarda kullanılan bir sözcükse, o zaman anlam alanı doğal olarak zengindir. Bu tür sözcüklere verilebilecek en güzel örneklerden biri hiç şüphesiz “ceza” sözcüğüdür. Zira “ceza” sözcüğü kullanıldığı bağlam hangi disiplinin yörüngesine girerse girsin (hukuk, teoloji, felsefe, sosyoloji, psikoloji, antropoloji ve hatta mitoloji) kendini adeta evinde hisseder.

Bu bağlam çeşitliliği içinde “ceza” sözcüğünün anlam alanını oluşturan sözcükler mozaik içinde üç bileşen sözcük adeta yıldızlanmış biçimde kendini belli eder. Bu sözcükler aynı zamanda “ceza”nın olgusal karşılığı için üç boyutu da temsil eder. Bunlar; cezayı belirleyen ve uygulayan açısından (en yalın haliyle) “karşılık”, uğruna bir cezadan söz edilen açısından “intikam” ve nihayet cezanın muhatabı açısından ise “kötülük”tür. Bağlamı ne olursa olsun “ceza” sözcüğünün anlam alanı bu üç sözcüğün farklı biçim alışlarıyla şekillenir.



Her bağlam için böyle olduğunu söylemek bu satırların yazarının haddini aşan bir iddia olsa da, en azından hukuksal bağlamda bu üç yaldızlı sözcüğün en sönük kalanı “kötülük” olmuştur. Cezanın aynı zamanda bir kötülük olduğu fikri ya da başka bir ifadeyle ceza ile kötülük arasında bir anlam bağının kurulması ve güçlenmesi aslında tarihsel bir mücadelenin ürünüdür ve bu mücadelenin sonuç verdiği dönem 18. yüzyıl olmuştur.

Detaylandırılması bu yazının kapsamını ziyadesiyle aşacak bu tespit sadece bir nokta belirgin hale getirilmek istenirse şunu söylemek mümkündür: Cezalandırılanın bir değer öznesine dönüşmesi ya da öyle kabul edilmeye başlanmasıyla birlikte ceza da “aynı zamanda” bir kötülük olarak anlaşılmaya başlanmıştır. Cezalandırılanın bir değer öznesine dönüşme sürecinin en önemli faktörü 18. yüzyılda ceza hukukuyla felsefe (doğal

hukuk/aklın hukuku) arasındaki ilişkinin yakınlığıydı. Bu dönem özellikle ceza sorumluluğu ile ahlaki sorumluluğunun esas itibariyle paralel anlaşıldığı, kavramsallaştırmaların ortak damarlardan beslendiği 18. yüzyılın son on yılına kadar sürmüştür. Bilhassa *Thomasius* ile başlayıp *Kant* ile zirveye ulaşan hukuk – ahlak düalizmine kadar cezalandırmanın ahlaki temelleri 18. yüzyıl Alman ceza hukukunun temel eserlerinde rahatlıkla görülmektedir. Bu yazı özelinde *Thomasius* vurgusunun bir anlamı var, o vurgu kısaca belirginleştirilecektir.

Bu temellendirme çabasında “bir kötülük olarak ceza (*die Strafe als ein Übel*)” kalıbıyla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Aslında bu kalıp 18. yüzyılda Aydınlanma’nın etkisi altında “eza hukuku (*peinliches Recht*)”ndan “ceza hukuku (*Strafrecht*)”na geçişin de temel taşlarından biri olarak kabul edilebilir çünkü artık ceza(landırma) salt politik zeminde değil aynı zamanda onu dengeleyecek ve sınırlayacak ahlaki zeminde tartışılmaya başlanmıştır. Şayet cezayı bir kötülük olarak da kabul etmek, cezalandırmayı da kötülük problemi içinde tartışmak mümkün olursa, o zaman hukuki olarak meşru görülen bir “kötülüğün” ahlaki meşruiyetinin de aranması kaçınılmazdır. Bu da cezalandırma etkinliğinde politik alanın sınırlandırılması tartışmasını kaçınılmaz olarak ön plana çıkaracaktır. Böyle de olmuştur! Zira ceza(landırma)nın amacı tartışmalarının en verimli ve en derin gerçekleştiği dönem Aydınlanma’nın zirveye ulaştığı, hukuk – ahlak düalizminin (*Kant* etkisiyle) kendini açık bir biçimde gösterdiği 18. yüzyılın son on yılıyla birlikte 19. yüzyılın ilk dönemidir. Ceza(landırma)ya bir amaç biçmek, onu ancak o amaç uğruna ve o amaca ulaşacak ölçüyle kullanacak denli sınırlamaya çalışmaktır. İşte 18. yüzyıl ceza hukukunda verilen hümanist mücadelenin burada anılan – anıl(a)mayan tüm kazanımları için bir slogan arayışına girilse, kanımızca “ceza öncelikle bir kötülüktür” sloganı kendi tarihselliğinde içine tahmin edilenin ötesinde şey alan iyi bir alternatif olabilir!

18. yüzyıldan 19. yüzyıla geçerken cezanın bir kötülük olarak da daha yüksek sesle anılmaya başlanması önemli bazı tartışmaları beraberinde getirecektir ve o dönemde ceza hukukunu ilgilendiren pek çok tartışmada olduğu gibi bu tartışmalarda da *Kant*'ın sesi farklı frekanslarda duyulur: Şayet ceza bir kötülükse bu kötülüğün ölçüsü ne olmalıdır? Mutlak bir kötülükten söz edilebilir mi? Bir kötülüğe iyi sonuçlar eşlik ederse o kötülük gerçekten kötülük olur mu? Yanında iyilik de getiren bir kötülük ceza olabilir mi? Bu soruları arttırabilmek mümkündür. Ancak bu yazının esas konusunu oluşturan soruyla bu soruları “şimdilik” sonlandıralım: Cezanın kötülüğüne eşlik eden iyi sonuçlar ceza adaletini aşındırır mı?

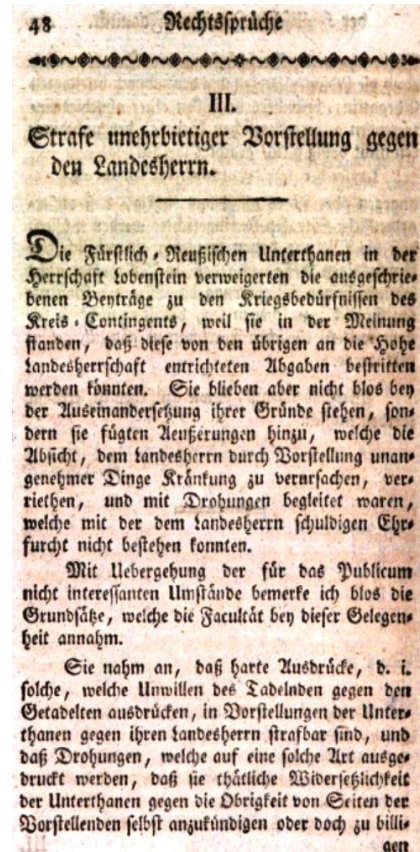
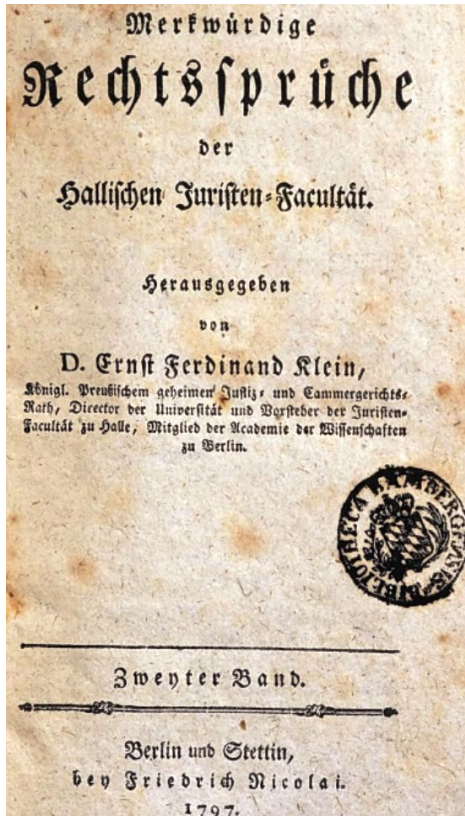
Aslında bu soru yüzyıl dönümünün en önemli hukukçularından birine, *Ernst Ferdinand Klein*'a aittir. O dönem itibariyle *Feuerbach* ve *Grolman* rekabeti içinde gölgede kalan, hatta her ikisinin de yanlarına çekmek istedikleri ama bunu başarmayınca kendisine ciddi eleştirilerde buldukları iddia edilen oldukça üretken bir isimdir. Yukarıda anılan soru aslında *Klein*'in 1799'da *Archiv des Criminalrechts*'te (C:1, S:3) yayımlanan bir makalesinin başlığıdır (“*Wird die Strafgerechtigkeit durch die guten Folgen, welche dem Strafübel beigesellt werden, entweiht?*”). Bu makale aslında bir eleştiriye cevap niteliği taşımaktadır.

Makalenin kaleme alınmasına vesile olan eleştiriye kısaca şöyle özetlemek mümkündür: *Klein*'in editörü olduğu ve 1797'de yayımlanan “Halle Hukuk Fakültesi'nin Kayda Değer İçtihatları (*Merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen – Facultät*)” serisinin ikinci cildinde “Yerel (=Mülki) Senyöre Karşı Saygısız/Tahkir Edici Davranışın Cezası (*Strafe unehrbietiger Vorstellung gegen den Landesherrn*)” başlığıyla bir içtihat yayımlanır (s. 48 – 50). Ancak makalenin içeriğine geçmeden *Klein*'in ne tür bir geleneğin parçası olduğuna çok kısa dahi olsa temas etmemek, *Klein*'in temel derdini anlamaya çalışırken bazı şeylerin kaçırılmasına sebep

olur. Bu nedenle sağ parantezi geciktirmeden küçük bir sol parantezle başlamalı.

Meselenin odağında Halle geleneği bulunmakta. Halle, Almanya'da Erken Aydınlanma döneminin sembol şehirlerinin başında gelir. Gelenekselin karşısında yenilikçi, faydacı ve pratik oluşun temsilciliğini 1694'te kurulan Halle Üniversitesi yapar. Türkiye için 1933 Üniversite Reformu ana hatlarıyla ne anlama geliyorsa, Almanya ve hatta Batı Avrupa için de 1694 Halle Üniversitesi kuruluşunu o çerçevede ele almak mümkündür. Erken Aydınlanma dönemi derken, özünde Barok döneminden radikal bir kopuşu değil "eş zamanlı olmayanların eş zamanlılığı" şeklinde ifade edilen bir geçiş dönemini anlamak gerekir. Bu geçiş döneminde toplanan, yığılan ve muhafaza edilen bilgi anlayışından kullanılan, pratik hayata geçirilen ve bir "fayda"ya dönüşen bilgi anlayışına (yani *inventio*'ya, *ars inveniendi*'ye ve *iudicium*'a) yönelim en önemli motivasyonların başında gelmekteydi. Öyle ki bu dönemde entelijansiyanın kendini "*homo iudiciosus*" olarak takdim ettiği vurgulanır. Bu entelektüel atmosferde Halle; Orta Almanya'da eski ticaret yollarının kesiştiği, ünlü yıllık kitap fuarıyla entelektüel gündemi belirleyen bir üniversite şehri olan Leipzig'in karşısına adeta dikilmiştir. Özellikle 17. yüzyıldan 18. yüzyıla geçişte gelenekle yenilik arasındaki çift yönlü "gerilim"de (hem çatışma hem bir bağ üzerinden ilişkide olma anlamında) "Leipzig vs. Halle" vurgusuna çok rastlanır. Biz bu "karşılaşma" halini "*Carpzov vs. Thomasius*" özelinde de görürüz. Son olarak Halle'nin özellikle 18. yüzyılda ceza hukuku dogmatğine nazaran suç politikasına yönelen güçlü hukukçular yetiştirdiğini ve bu hukukçuların ("Erken" dönemi dahil olmak üzere) Aydınlanma kazanımlarının ceza hukukuna aktarılmasında kararlı bir duruş sergilediklerini de eklemek gerekir. *Klein* da bu silsilenin önemli bir parçasıdır.

Geciktirmeyeceğimizi vadettiğimiz sağ parantezi yavaş yavaş yerleştirelim: İşte Halle Üniversitesi ile sembolize edilen ne varsa 17. yüzyılın sonu 18. yüzyılın başından itibaren hukuk alanında Thomasius'ta cisimlenir. *Ernst Bloch*'un ayrıntılı övgülerine mazhar olan [Christian Thomasius, Mazeretsiz Bir Alman Alim/*Christian Thomasius, ein deutscher Gelehrter ohne Misere* (Suhrkamp, 1967 Frankfurt am Main)] *Thomasius* başta işkence ve ölüm cezası olmak üzere insanlık onurunu hiçe sayan tüm ceza hukuku pratiklerine yüreklice karşı koymuş, bu nedenle hedef tahtasına oturtulmuş ama her şeye rağmen (tabiri caizse) tutuşturduğu meşaleyi büyütmesi ve Avrupa'yı "aydınlatması" için Voltaire'in eline bırakmıştır, *Voltaire* farkında olsa da olmasa da! *Klein*'a dair birazdan ifade edilecek ne varsa Erken Aydınlanma dönemi Halle Üniversitesi ve *Thomasius* silüetleri eşliğinde anlamaya çalışmak faydalı olacaktır. Daha fazla uzatmadan ana konumuza dönelim.



Buna göre (özetle) Lobenstein bölgesinde askeri harcamaların finanse edilmesi için halka (tebaaya) vergilere ek olarak bir katkı payı öngörülmüştür. Ancak bu katkı payı mevcut vergilerle öne sürülen ihtiyacın karşılanabileceği iddiasıyla kararlı, sert ve (kararda geçen ifadeyle) “hoş olmayan bir biçimde” reddedilmiştir. Bu çerçevede kullanılan ifadelerin eleştirisi sınırı aşan, tehdit içeren ifadeler olduğu, eleştirinin ötesinde otoriteye bir direniş olarak algılanabilecek ve bu suretle otoritenin sarsılmasına sebebiyet verebilecek nitelikte olduğu vurgulanmıştır. Netice olarak bu fiili gerçekleştirenlere 50 kraliyet taleri (50 Rthlr.) para cezası hükmedilmiş ve bu cezanın Lobenstein bölgesindeki yoksul ailelere dağıtılmasına karar verilmiştir. Bu karar hem cezanın azlığı hem de ceza adı altında aslında bir iyilik yapıldığı ve bunun da cezanın barındırması gereken kötülüğü, dolayısıyla da ceza adaletini aşındırdığı iddialarıyla eleştirilmiştir. *Klein* makalesinde bu eleştiriye cezanın kötülüğü problemi üzerinden ele alarak kendince bir yanıt vermiştir.

Öncelikle *Klein* getirilen cezanın kötülüğü üzerinden yapılan eleştiriye temelsiz bulduğunu ileri sürer. Ona göre maruz kalınan bir kötülük, sonunda iyi şeylere vesile olacağı bilinciyle daha çok katlanılır hale gelebilir. Dolayısıyla gerçekleştirdikleri eylemin karşılığı olan para cezasının yoksul ailelere yardım olarak yapılacağını bilmek, hükümlü açısından o cezanın infazını kolaylaştırır. Söz konusu cezanın nereye kullanılacağını bilmeden hazineye aktarılacağını bilen hükümlüler için bu cezayı ödemek çok daha zor olur.

Klein “ceza bir kötülüktür ve eğer ceza bir kötülükse, o halde gerçek bir kötülük olmalı” düşüncesini benimsemez. Karara konu olan somut olaydan hareketle bir kötülük olarak cezanın aynı zamanda içinde iyi bir şey barındıran bir yaptırım olarak seçilmesinin isabetli olduğunun altını çizer. Mümkün olduğu ölçüde gerekli kötülükleri, iyi sonuçlar doğuracak şekilde düzenlemenin bir görev olduğunu ileri süren *Klein*; cezanın doğası

gereği iyi sonuçlar doğurmaya mahkûm bir kötülük olduğuna inanır. Bu inanca şüphesiz ki ceza ile ıslah arasındaki doğrudan bağlantı eşlik eder, cezanın ıslah edici fonksiyonu göz ardı edilmez. Ceza her zaman somut, öngörülebilir bir iyiliği vaat etmez. Cezanın ıslah edici fonksiyonu ön planda olsa dahi aslında ahlaki bir ıslahın değil sadece gelecekte benzer suçların işlenmemesini sağlamayı amaçlandığına dikkat çeker. Bu noktada *Klein* oldukça ilginç bir çıkış yapar ve o zamana kadar meseleyi cezanın kötülüğü ön kabulü üzerinden tartışırken bir anda cezanın bir araç olarak işlev görmesi gereken bir “iyilik” olduğunu öne sürer ancak görüşünü bir cümleyle sınırlı tutar ve metin içinde devam ettirmez.

Klein ceza(landırma)nın amacı ne olursa olsun, birçok kötülük arasından iyi sonuçları nedeniyle en az kötü olanı seçmenin hiçbir şekilde yanlış olmayacağı kanaatindedir. Bunu yaparken ceza adaletinin dengesinin muhakkak gözetilmesi gerektiğini, cezanın etkisi itibariyle tabiri caizse saydamlaşmasının da önüne geçilmesi gerektiğini vurgular. Bu noktada *Klein*'ı doğru anlamak gerekir. *Klein*'in üzerinde durduğu şey aslında cezalandırmada alternatifin söz konusu olduğu durumlarda salt cezanın kötülüğünü önceleyerek “kötülük kötüdür” perspektifiyle en kötüyü seçmeye çalışmak yerine içinde iyiliği de barındıran bir ceza(kötülük) varsa onun tercih edilmesini teşvik etmeye çalışmaktadır. Bunu da açıkça şu soruyla belirgin hale getirir: “İyi niyetle hiçbir insanın haklarını ihlal etmemesi gerektiğini kabul ediyorum, ancak birden fazla ceza arasından seçim yapma yetkisi varsa, en yararlı olanı seçmesini engelleyen nedir? Yargıcın, adaleti yerine getirirken, genel olarak otoriteyi ve özel olarak da adaleti bir faydayla görünür kılması bir suç mudur?”

Nihayet *Klein*, yürüttüğü tartışmayı *Leyser*'e bir atıfta bulunarak tamamlar: Bazen cezasızlık bir cezanın yerine geçerken, bazen de ceza cezalandırılan kişi için gerçek bir iyiliğe dönüşebilir. Örneğin normal hayatında tembel/aylak bir kişi cezaevinde çalışkan/hamarat birine dönüşürse veya

hapsedilen bir obur hastalık seviyesine ulaşan bu oburluğunu ölçülü ve sağlıklı bir beslenmeyle aşabilirse bu iki durum da şunu açık bir biçimde gösterir ki ceza, doğası değişmeden sonuçları itibariyle iyilikleri de beraberinde getirebilir. Dolayısıyla bir kötülük olarak cezaya eşlik eden iyi sonuçlar ceza adaletini aşındırmaz! Burada *Klein*'ın yanıtı doğrudan makaleye konu olan karara yönelik eleştiriye değildir. Bu yanıt; cezalandırmayı politik alanın en yetkin enstrümanı olarak görülmesine, bu yetkinin kullanılmasında insancılığın ikinci plana itilmesine ve hükümlünün (cezalandırılanın) bir değerler öznesi olarak değil otoritenin kendini var etme aracı olarak kabul edilmesine karşı, sırtını Aydınlanma'nın kazanımlarına yaslayan bir itiraz olarak anlaşılmalıdır.

Dikkatli gözler *Klein*'ın tartışmasının, akış yönü itibariyle Kant yatağından uzaklaştığını fark edecektir. Gerçekten de *Klein* “Cezanın Doğası ve Amacı Üzerine (*Ueber die Natur und den Zweck der Strafe*, Archiv des Criminalrechts (Hrsg: *Ernst Ferdinand Klein/Gallus Aloys Kleinschrod*), B:2/H:1, 1799/1800, s. 74 – 113)” başlıklı makalesinde açıkça hürmetini gösterse de *Kant*'ın ceza(landırma) teorisini benimsemediğini ortaya koyar (ss. 76 – 77). Bu tutum yukarıda özetle izah edilmek istenen bakışla da tutarlılık göstermektedir. Gerçi *Klein*'ın *Kant*'a olan saygılı mesafesini *Christian Wolff* “tedrisatından” geçtiği gerçeği ile birlikte yorumlamak hatalı olmaz. *Wolff*'un en çok iz bırakan öğrencilerin başında gelen *Daniel Nettelblatt Klein*'ın da hocasıdır ve *Franz von Liszt*'in belirttiğine göre (“*E. F. Klein und die unbestimmte Verurteilung*”, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Zweiter Band, Walter de Gruyter, Berlin 1970, ss. 140 – 141) *Klein* altmışlı yaşlarında bile kendisini *Wolff* felsefesine yakınlaştıran *Nettelblatt*'a övgüler düzer. Bu yazı her adımda bir budak vermeye devam ediyor. Sonuca bağlansa iyi olur!

Klein bu makaleden sonra da pek çok çalışmasında bu meseleyi derinlikli ve çok boyutlu olarak tartışmaya devam etmiştir. Onlar da birer müstakil

yazının konusu olmayı hak ediyorlar. Bu sınırlı yazı çerçevesinde inceleme konusu yapılan makaleyle ilgili son bir hususun altını çizmek gerekir: *Klein*'ın bu makalede yürüttüğü tartışma, aslında günümüzde infaz hukukunun en temel ve güncel tartışmalarında göz önünde bulundurulmaya oldukça elverişli bir yapıya sahiptir. Zira ceza(landırma)nın amacı, bir cezaya hükmederken değil ancak hükmedilen cezanın infazı aşamasında sınanabilir bir meseledir ve bu sınamada muhakkak cezalandırılan ya da güvenlik tedbirlerine maruz bırakılan hükümlünün öncelikle ve özellikle göz önünde bulundurulması gerekir. Bu yönüyle *Klein*'ın makalesinin başlığına taşıdığı bu soru halen cevabını arayan bir soru olarak geçerliliğini korumaktadır.

