

## ÜÇ EKLEKTİK MÜELLİF

(CUCHE, PRINS, SALEILLES)

Prof. Dr. Sulhi Dönmezer

Günümüzün Ceza Hukukunda doktrinler münakaşası âdeta kapanmış gibi gözükmektedir. XIX uncu asrın ikinci yarısından itibaren Birinci Büyük Harbin sonuna kadar devam eden mektepler mücadelesi, taraflardan hiç birinin diğerini mağlûp edememesi suretiyle âdeta bir kompromi ile nihayete ermiş gibi gözükmektedir. Pozitivist teorinin prensibi, ruhu itibariyle gittikçe daha fazla olarak hırpalanıp tenkitlere hedef olduğunu, buna mukabil, bu mektebin teklif eylediği ve biraz da ruh ve prensibinden iştikak eden bazı müesseselerin, tedbirlerin müsbet hukuk sistemleri tarafından benimsenerek mevzuat içine ithal olunduğunu görüyoruz. Bu suretle eklektizm gittikçe zafer bulmaktadır.

Sözü geçen müşahedeler muvacehesinde, mektepler münakaşasının en kesif ve şiddetli olduğu devirlerde, eklektizm tecrübeleri yapmış bulunan üç büyük müellifin noktai nazarlarını okuyucularımıza takdim etmeyi lüzumlu saydık. Her üçünün de noktai nazarlarını cezaî mesuliyeti dayandırdıkları esas ve prensipler bakımından mütalâa ve izah edeceğiz ve her biri hakkındaki tenkidî görüşlerimizi ilâve eyliyeceğiz. Bu suretle kendilerine pozitivist ve klâsik ve neo-klasik teorilere ait bir çok etüdler takdim edilmiş bulunan Türk okuyucuları, eklektik cereyanın üç büyük mümessilinin fikirleriyle temasa gelmek imkânını bulmuş olacaklardır.

\* \* \*

### I

#### Cuche

Profesör Cuche, cezaî mesuliyet ve bunun esası hakkındaki fikirlerini muhtelif makalelerinde izah etmiştir. Bu makaleler bir sistemin derli toplu olarak izahı maksadından daha ziyade, muhtelif vesilelerle yapılan tenkitlere cevap vermek gayesine müteveccihdirler. Fakat bu yazıların heyeti umumiyesinden Cuche'ün cezaî mesuliyet hakkındaki görüşleri meydana çıkmaktadır. Cuche, görüşlerini bir makalesinde derli toplu ifadeye de çalışmıştır; fakat kanaatimizce müellifin bu makalesindeki

fikirlerini de diğer yazılarındaki fikirlerle tamamlamak lâzım gelmektedir<sup>1</sup>.

Cuche kendisini Ceza Hukukunda eklektik mektebin mümessili olarak ilân eylemekte ve eklektiklerin programlarının esas ve bilânçosunu şu suretle zübdelemekte, hülâsa etmektedir:

1) Eklektikler Ceza Hukukunda sadece Ceza Hukuku teknisyeni olmak istemiyenlerdir. Bunlar suçun sosyal ve biyolojik sebeplerinin mü-talâasını da tetkik sahalarına ithal ederler. Bu tetkikler neticesinde onlar cezanın ne en iyi ve ne de yegâne mücadele vasıtası olduğunu müşahede eylemişlerdir.

2) Eklektikler suçun tekevvününde, sosyal âmillere üstün bir tesir atfeylemek, yer vermek lüzumuna kani olmuşlardır. Çünkü biyolojik âmiller, bizatihi sosyal âmillerden iştikak etmektedirler.

3) Nihayet eklektikler tenkilin sahasından irade hürriyeti meselesini çıkarmakta, tardetmektedirler. Ceza, bir kefaret vasıtası değil, fakat bir içtimaî müdafaa vetiresidir. Bu itibarla eklektikler ne —Cuche'ün tâbi-riyle —pozitivist mektep metafizisyenleriyle birlikte ve ne de onlara karşı vaziyet alacak durumdadırlar. Bu ise artık eklektizm değil, belki sadece bitaraflıktır.

Görülüyor ki Cuche'e göre eklektiklerin üçüncü farikasını teşkil eden bu sonuncu nokta ile cezaî mesuliyetin esas meselesine girilmektedir. Bu noktada sözü bizzat müellife bırakalım:

«Lombroso ve taraftarları, psikolojik determinizmin inanmış taraftarlarıdır. Onlar bu hususta çok da ısrar etmişlerdir. Ben burada felsefi bir münakaşa yapacak değilim; *Libri arbitr ekseriya öldürülebilen ölü-lerden biridir. Hattâ metafizikçi Enrico Ferri'nin hücumlarına karşı, onun yardımına koşmak hususunda da çok acele edecek değilim. Fakat sadece ortaya koymak istiyorum ki, bu mânevî hürriyet meselesi tenkilin teşkilâtlandırılması keyfiyetine mutlak surette yabancı kalmaktadır.* Bu mesele cezacıları suçun sebep ve devasının araştırılması hususunda ayırıp bölemeyecek bir aile sırrı olarak kalmalıdır<sup>2</sup>.

Müellif bu fikrini isbat sadedinde tenkil mekanizmasının hali hazır işleyişini mütalâaya girişiyor.

Tenkilin hali hazır işleyiş cezanın birbirini müteakip olmak üzere üç safhada tesbitine müncer olur: Kanunî bir tesbit, adli bir tesbit, idari bir tesbit. Eğer bu tesbitlerin hiç biri için mânevî hürriyet mülâhazası tâyin edici bir unsur olarak müdahale etmiyorsa, bu takdirde onun ten-

<sup>1</sup>) Cuche; l'éclectisme en Droit pénal (Révue pénitentiaire 1907, s. 944).

<sup>2</sup>) Cuche; s.g. makale (Révue Pénitentiaire 1907, s. 952).

kilin umumî idare ve teşkilâtlanmasında hiç bir rolü olmadığı anlaşılmış olur.

O halde ilkönce birinci tesbit keyfiyetini ele alalım: Libr arbitr ile Ceza Kanunu arasında ne gibi bir münasebet mevcut olabilir? Kanun vâzının suç telâkki ettiği bir fiilli tecziye ederken gayesi nedir? Bu gaye insan hareketinin iyi yolda devamını temin edebilecek olan saikleri kuvvetlendirmektir. O, bunları iyiliğin cazibesine fenalık korkusunu ilâve ederek, kuvvetlendiriyor. Bu ise herhangi bir felsefî mektep tarafından tasvip edilmeğe değer bir vetiredir. Determinist mi olunmuştur? Korkutmanın selâmet verici tesirine inanmaktan daha mantıkî bir şey olmaz. Esasen Ferri de bizzat tesadüfî suçlulara karşı korkutmanın müesiriyetinden bahsediyor. Mademki, insan hareketleri karşılıklı olarak birbirini tâdil eden yahut harekete geçen, muhtelif saik ve muharriklerin uygun bir kombinezonu, mahsulüdür; mademki vicdanların ekserisi kırılışı, bozuluşu sosyal nizam için ekseriya en tehlikeli olan kararsız bir muvazene halindedirler, o halde yeni bir karar unsuru yaratalım: Ceza tehdidini ortaya koyalım, o belki terazinin bir tarafını iyiliğe doğru itecek, sarkıtacaktır.

Bilâkis, libr arbitr'e mi taraftar olunuyor? Bu takdirde tenkil ve cezanın lüzumu daha az ehemmiyetli, yahut açık değildir: Eğer mahzurlar faydaya karşı geliyor, onu takas ediyorsa, kusurdan sakınılması için daha az gayret sarfolunacaktır. İnsanların büyük bir ekseriyeti kendilerine ilham veren saiklerle hareketlerini tayin eylediklerinden yeni bir saikin vetireye ithal olunması bunların hayatlarının gidişi üzerinde inikâs uyandıracaktır.

Hülâsa, görülüyor ki, cezanın teşriî tesbitinin libr arbitr'le bir alâkası yoktur.

Şimdi adli tesbit safhasına geçelim:

Suçlu adli bir makam huzuruna sevk olununca, ister determinist olsunlar, isterse olmasınlar, hâkimlerin karşılaştıkları ilk mesele normal bir şahısla mı, bir deli ile mi, bir muvazenesiz ile mi karşı karşıya bulduklarıdır. Eğer deli ile karşı karşıya iseler felsefî fikirleri ne olursa olsun cezaya hükmetmeyeceklerdir. Fakat suçluyu akıl hastalarına mahsus bir müessesede gözaltı etmeğe karar vereceklerdir. Deterministler bu şahsın «korkutulabilir» olmadığını, mânevî hürriyete taraftar olanlar ise onun mesul bulunmadığını söyleyeceklerdir.

Bir de suçlunun tam akli bir sihhate sahip bulunduğunu farzedelim. İşte buradadır ki, deniliyor, determinist hâkim ile spiritüalist hâkim arasında bir tesadüm noktası ortaya çıkmaktadır. Zira bunlardan spiritüalist, suçu kusurluluk ile bir münasebet haline koymağa çalışacaktır ve

cezanın ölçülmesi meselesi mânevî hürriyet veyahut mesuliyet meselesinin vazolunmasına sevkedecektir.

Bu mülâhazaya Cuche şu suretle cevap veriyor: «Onun bu meseleyi vazeylemesi mümkündür, fakat muhakkaktır ki, meseleyi halledemiyeciktir. Ve halleylediğini zannettiği hüküm hakikatte suçlunun mesuliyetinin takdirini değil, fakat onun mutad olarak suç teşkil eden fiilin derin saiklerinin, az veya çok gayri ahlâkî oluşunun ortaya koyduğu zarar verme kudretine taallük edecektir.»

Mesuliyete tesir eden sebepler o kadar çok ve o kadar dahilî ve müdildirler ki, kendi hareketlerimiz üzerinde kat'î bir hüküm verebilmek hemen de imkânsızdır. Mesul olduğumuz hissine malikiz, fakat hangi noktaya kadar mesul olduğumuzu bilmiyoruz. Hangi ölçüde olarak zamanın şartlarıyla, itiyatlarımızla, bünyemizle, terbiyemizle sevkolunduğumuzu bilmiyoruz. İrademiz hangi hudutlar içinde serbest olarak rol oynıyabildi, bilmiyoruz. İşte öyle bir takım meseleler ki, bunlara asla cevap veremeyeceğiz, imdi, bizzat kendimiz hakkında bu hususta cevap veremiyorsak, başkaları hakkında bu hususta ne suretle hüküm verebiliriz?

Binaenaleyh şunu açıkça söylemek cesaretini göstermelidir:

Mesuliyet ve mânevî hürriyet ölçülemediklerinden tenkilin ölçüsü olmazlar. Biz, bir kimseyi kusurlu olduğundan dolayı cezalandırıyoruz; halbuki hakikatte onu tehlikeli bulunduğundan dolayı tecziye etmekteyiz; aynen tamamiyle determinist olan hâkimin yaptığı gibi! Eğer ceza mânevî mesuliyete göre tesbit olunsaydı, bizim ceza kanunlarımız ve tatbikatımız tenakuzlar içinde bocalardı. Mükerrirlerin tecziyesinde olduğu gibi. Mükerrirlerin ve ilk defa suç işliyenlerin serbest iradelerine nazaran tecziyeleri iktiza etseydi ilk defa suç işliyen şahsı mükerrire nazaran daha şedit bir surette tecziye eylemek iktiza ederdi. Halbuki aksi olan hal tarzı istinasız olarak kabul edilmiştir.

Cuche, bu noktaî nazarını Prins'in (*La défense sociale et les transformations du Droit pénal*) adlı eseri üzerinde yazdığı bir makalede daha ziyade tavih etmektedir<sup>3</sup>. Filhakika Prins, Solvay Enstitüsünün *Actualités sociales*'lerinde neşreylediği bu eserinde şöyle demektedir. «Tenkilin mihverî suçlunun mesuliyeti olmamalıdır. Fakat onun cemiyet için tehliheli hali olmalıdır.» İşte Prins bu noktayı Ceza Hukukunda gerçekleşmesi iktiza eden bir istihale, bir tekâmül merhalesi olarak arzulemektedir. Prins'in bu noktadaki telâkkisini tamamiyle kabul eden Cuche, tahavvül, istihale kelimelerinin an'anevî fikir ve telâkkilere sahip olan-

<sup>3</sup>) Paul Cuche: *La défense sociale et les transformations du Droit pénal* (Révue Pénitentiaire, 1910, s. 248).

ları ürkütübildiğinden ve bu ürkütüşün kendisi için aziz olan ve müdafaa ettiği fikirlere de zarar vereceğini tahmin ve tasavvur eylediğinden daima bu ceza telâkkisinde hakikaten yeni olan noktanın neler olduğunu tebarüz ettirmeğe uzun zamandanberi cehdü gayret eylediğini ifade ediyor.

Cuche'e göre tecrübe, bu iki grup taraftarlarının, kendilerini birbirine zıt olan kutuplara mensup zannetmelerinin yanlış olduğunu göstermektedir: Ceza müeyyidesi üzerinde faydacı bir telâkkiye taraftar olunduktan sonra aynı zamanda bu müeyyideyi suçlunun mânevî mesuliyetine göre ölçmek, tartmak, esas telâkki ile çok açık tezatlar içine düşmek olur. Müellife nazaran bu tezatların 1810 tarihli kanuna atfolunabileceği iddia olunamaz. Çünkü bu kanunun hiç bir yerinde cezanın ağırlığının mesuliyet derecesiyle fonksiyon halinde bulunacağı tesbit olunmuş değildir. Kanun sadece akıl hastalığı halinde cezanın hükmolunamayacağını ifade eylemiştir. O halde cezanın uygunluk ve şiddeti kriteriyumu olarak mesuliyetin ele alınmasının sebebi nedir?

Bunun sebebini Ceza Kanununun neşrinden önce, XIX uncu asır boyunca adli otoriteye tanınan üstün rolde aramak lâzım gelir.

Bu cümle ile bilhassa hafifletici sebepler müessesesi istihdaf olunmaktadır. 1932 tarihli reform bu hususta hâkimin eline, kanun vâzının aleyhine olarak, hakikî bir salâhiyet vermiştir. Bundan böyle hâkimin, cezanın şahsileştirilmesi hususunda tam bir ihtiyarı vardır ve içtimaî müdafaa zaruretlerinin aksine olarak, hâkimin cezaya kefaret teşkil edici bir rol oynamak temayülü dolayısıyla, elindeki hafifletici sebepler, ancak suçlunun mefruz bir mesuliyet ölçüsü olarak kullanılmasına götürülmüştür. Bu prensip, Rélegation kanunu gibi, yeni kanunların neşrinden sonra dahi tutunmuştur. Bu itibarla Prins'in (ve dolayısıyla müellif benim demek istiyor) tezi hâkimi, kanun vâzu ile beraber, elele, aynı temayüllerle hareket etmeğe sevketmekten başka bir unsur talep etmemektedir. Binaenaleyh metod, cezanın tesbiti hususuna, suçlunun tehlikeli halî mülâhazasını ithal eylemek ve bu mevzuda artık yalnız fiilî esas olarak almamak istikametine sevkeder.

Tehlikeli hal hiç şüphesiz fiilin mahiyetine ve failin itaat eylediği saiklere göre takdir olunacaktır. Fakat bu hususta mecburî olarak diğer bir takım karar unsurları da müdahale etmelidirler. Hâkim artık şu soru vazetmelidir: Failin serbest bırakılmasının sosyeteği maruz bırakacağı tehlikenin mahiyet ve ehemmiyeti nedir?

Müellif bu noktada, tehlikeli halin pratik bir kriteriyumunu bulmak hususundaki güçlüklerle de temas ediyor: Ona nazaran, tehlikeli hal mevzuunda ileri sürülen itirazlara karşı bu tenkit ve itirazların bertaraf olunabilmesi için tenkil ve tecziye mekanizmasında fiil mülâhazasının zarurî

olarak müdahaleye devam etmesi lâzımdır. Fakat artık fiil evvelce malik bulunduğu üstün rol itibarıyla müdahale etmeyecek, fakat ferdi hürriyeti hâkimin ve idarenin keyfiliğine karşı şu iki noktadan kurtarmak için müdahale edecektir:

1) Cezalandırılabilmesi için şahsın, bir suç ika etmiş bulunması lâzımdır.

2) Fiilin taklidi temayülünün ve suçun tekrarının sosyeteyi maruz bırakacağı tehlike nazara alınmak suretiyle ceza için mücerret bir surette takdir olunmuş bir azamî müddet veya şiddetin tayin olunması lâzım gelir<sup>4</sup>.

Dört numaralı notta nakleyeceğimiz mülâhazaları dolayısıyla Cuche şu nihai hükmü veriyor: «Böylece Ceza Kanununun gittikçe cezalandırmağa müteveccih bulunduğu nokta —kelimeyi artık kullanıyorum— cürmî istidattır; bu Prins'in tehlikeli hal dediğidir. Bu itibarla kanunun esasen girmiş bulunduğu bu yol dolayısıyla Prins'in telâkkilerini ihtilâci telâkki eylemek hatalı ve yanlış olur<sup>5</sup>.

O halde sosyal mesuliyet ferdin sosyete için arzlediği tehlikeden başka bir şey değildir<sup>6</sup>.» Fakat bu tehlikeyi normal ve mutad olarak, faile suçlu hareketini ilham eden saikler ortaya koyar. Bu saiklerle failin tehlikeliliğine, kötülüğüne hükmolunabilmesi için, failin saiklerle normal olarak hareketini tayin edebilmesi lâzımdır. Profesör Von Liszt'in dediği gibi *normal determinerbarkeit* olması lâzımdır<sup>7</sup>. Müellif bu noktada Grasset'in yukarda sözü geçen fizyolojik mesuliyetinin bundan başka bir şey olmadığını ve bunun yâni fizyolojik mesuliyetin tetkik ve mütalâası-

<sup>4</sup>) Bununla beraber Cuche sadece Ferri'nin cürmî tehlikeli hal adını verdiği keyfiyetin tecziye olunarak sosyal tehlikeli halin yani bulunduğu şekilde yaşama ve olma hallerinin cezasız kalması keyfiyetinin ceza mevzuatı için bir tekâmül olmadığına da kanıdır. Müellife göre, zaten uzun zamandanberi pratik zaruretler kendimize rağmen bizi bu yola sokmuş bulunmaktadır. Ceza Kanunu tarafından serserilik ve dilencilik konusunda mevzu cezalar bundan, sosyetenin tecavüzlü müdafaasından başka bir şey değildirler. Bunlar kendilerinde cürmî faaliyet dolayısıyla gayri mesru olarak ilân edilmiş ve fiil kudretine geçmeden cezalandırılmış bir yaşama şekline müteveccih değil midirler? Binaenaleyh bugün dilencilik ve serserilik cezalandırılan bir tehlikeli hal şeklinden başka bir şey değildirler.

<sup>5</sup>) Aynı fikirler için müellifin şu makalelerine de bakınız: Cuche: le nouveau code pénal Italien (Rév. Pénit 1921, s. 299); Cuche: la fin d'un malentendu (Rév. Pénit, 1902, s. 834).

<sup>6</sup>) Cuche: Responsabilité des criminels (Rév. Pénit. 1908, s. 144).

<sup>7</sup>) Cuche: s. g. makale (Rév. Pénit. 1908, s. 144).

nın sosyal mesuliyetin tetkik ve mütalâasında bir başlangıç hizmetini göreceğini beyan ediyor.

Failin fizyolojik bakımdan mesul olduğunu farzedelim: Bu takdirde şahıs, itaat eylediği saikler anti-sosyal olduğu miktar ve ölçüde sosyete için tehlikeli olacaktır. Ve bu husustaki mukavemeti azaldıkça daha fazla tehlikeli bulunacaktır. Mükerrerin ilk defa suç işliyenden ve katilin düelloda adam öldüren den daha fazla tehlikeli sayılmasının sebep ve hikmeti budur.

Bununla beraber Cuhe tehlikeli hal mevzuunda arzylemiş bulunduğumuz bu telâkkilerinde, onların mantikî neticelerini tâkip suretiyle, sonuna kadar gidemiyor. Müellife nazaran ceza vermenin sahası, bozuk olanlara ve uzviyetlerinde anomaliler mevcut olanlara karşı alınacak önleme tedbirlerine kadar yayılamaz; keza bu tedbirler cürme istidat veren sosyal faktörlere de taallük edemez. Ceza ancak bir içtimai müdafaa usul ve vasıtası olarak kalmalıdır ve bundan başka bir şey de değildir. Bu hükmün doğru olduğu muhakkaktır; fakat cezanın hususî vasıf ve sıfatta bir vasıta olduğunu da unutmamalıdır. Her ceza, istenilsin veya istenilmesin, moral bir renk almaktadır. Bu mânevî renk cezanın, tatbikatında daima, tecziye olunan kimsenin diskalifiye edilmesiyle, bu şahsın fiil ve hareketleri ve hayat tarzının ademi tasvibi ile müterafik olmasını icap ettirir. İlâve edelim ki bu kefarete ve misal teşkil eyleme intibamı silmeğe çalışmak ve her cezai mahkûmiyetin kitlelerin ahlâkiyetine getirdiği takviyeyi ortadan kaldırmak faydasızdır ve hatâ ve beceriksizlik olur. Çünkü bunlar da bizatihi içtimai müdafaaaya yarayan unsurlardır.

Fakat suçlularda bir mânevî hürriyet karinesi yoksa bütün bu hisleri nasıl izah etmeli?

Suçlu şahıslar, muayyen bir ölçüde olmak üzere, seçtikleri hayat şeklinden ve suça karşı olan sosyal istidatlarından dolayı mesuldürler. Fakat hâkimlerin cezayı bu mânadaki mesuliyet ile fonksiyon halinde bulundurmaktan sakınmaları ve yalnız bu istidatlardan teressüm eden tehlikenin yaşıyan tehditlerine karşı mücadele ile iktifa etmeleri lüzumundan şüphe edilemez. Fakat bozuk fizyolojik istidatlılara karşı ceza yoktur. Bu şahıslara karşı tatbik olunan tedbirler ne kadar uzun ve ağır olurlarsa olsunlar, hiç bir zaman bir ceza olarak hissedilemeyeceklerdir. Ve bunların tanzimi Ceza Hukukuna ait vazifelerden değildir.

Nihayet üçüncü safhaya geliyoruz. İfade olunması gayet kolaydır ki, bugün cezaevleri idaresi de mânevî mesuliyete müracaat eylemeksin tenkili ve cezai müesseseler tekâmülünün kendisine tahmil eylediği

vazifeleri kolayca ifa edebilir. Tasfiye edici ve bertaraf edici bir ceza mevzuubahs ise mesele vazedilmiş dahi olmaz.

Suçluyu zarar vermeyecek hale koymak bütün Ceza Hukuku mekteplerinde kabul edilmesi lâzım gelen bir zarurettir ve muhtelif tasfiye etme, bertaraf eyleme şekilleri bakımından, mânevî hürriyet ile determinizm arasında yapılacak bir tefrika da mahal yoktur.

Islah edici cezalar rejimine gelince: Bunlar esas olarak mahkûma çalışma, disiplin, hıfzıssıhha itiyatları vermeğe ve onun etrafında ahlâkileştirici ve saf bir muhit yaratmağa müncer olurlar. Islahcının bu yüksek vazifesi spritüalist tarafından da kabul edilmiştir. Kaldı ki, bu hususa deterministler tarafından da muhalefet olunmamaktadır. Filhakika determinist olmak demek, sosyal müessirlerin, muhit ve terbiyenin tesirlerine misalin sirayetine ve taklit sevkitabiisine inanmak demektir.

İmdi cezaevindeki mahkûma yapılmak istenen de muhitini değiştirmek, bozucu misalleri selâmet verici misallerle, fena nasihatları iyi nasihatlarla ikame eylemek, bir kelime ile, iyiye sevkeden saikleri kuvvetlendirmek, fenalığa sevkedenleri zayıflatmak olduğuna göre bu hakikî mânada bir determinist program değil midir?

Hülâsa, suç sebeplerinin ve devalarının ilmi surette tetkiki ve mütalâası tamamıyla felsefî olan bu münakaşaya yabancı kalmalıdır.

Yukarıdaki satırlarda izah etmiş bulunduğumuz Cuche'ün cezaî mesuliyete müteallik olan bu telâkkilerini şu suretle tenkit edeceğiz:

Verilen izahlardan da anlaşılmıştır ki, Cuche'ün cezaî mesuliyetin esası hakkındaki telâkkisi üçüncü mektebin telâkkisine benzemektedir. Gerçekten müellif, ceza bakımından üçüncü mektebin telâkkisini kabul eylemektedir, Ancak Cuche, cezaî mesuliyet bakımından libr arbitr'e karşı cephe almaması ve ancak bunun cezanın ve tenkilin teşkilâtlandırılmasında bir rolü olmadığını tebarüz ettirmesi itibariyle bu mektepten ayrılmaktadır.

Müellifin, kanaatimizce en başta gelen hususiyeti cezalandırmanın esas ve ölçüsü olmak üzere tehlikeli hali aldıktan sonra, bu kanaatinde sonuna kadar gitmemesi ve Grasset ve Von Liszt tarafından da ileri sürülen normallik telâkkisini telif etmek suretiyle bu muhtelit telâkkiyi delillerle, akıl hastalarıyla diğer suçluları birbirinden tefrik hususunda kullanması ve cezada mânevî bir koku da görerek sadece bu ikincilerin cezaî mesuliyetlerine gidişidir.

Kanaatimizce Cuche'ün cezaî mesuliyet hususundaki telâkkisi onun cezaî mesuliyetin mahiyeti üzerinde malik bulunduğu faydacı telâkkiden iştikak ediyor. Bu telâkkide ceza sadece bir içtimaî müdafaa vasıtası olarak telâkki ediliyor ve binnetice cezaî mesuliyetin, felsefî esası üzerinde



hiç bir vaziyet almaksızın, tehlikeli hale istinat ettirilmesi neticesine vâsil olunuyor.

Bununla beraber müellif, kanaatlerinde sonuna kadar da gidemiyor; adalet endişesi kanaatlerinde, kabul eylediği esas prensiplere uygun olmasa bile, bazı fedakârlıklarda bulunmasını icap ettiriyor: Müellifin cezai mesuliyetin ölçüsü olarak tehlikeli hali kabul ettikten sonra, cezai mesuliyetin esas üzerinde vaziyet almak istememesi bu hükmümüzü teyit eder. Eğer cezai mesuliyetin ölçüsü olarak tehlikeli hal kabul ediliyorsa, cezada da manevî bir koku duymamak ve tehlikeli hali cezai mesuliyetin esası olmak üzere kabul ederek delillerle diğer suçlular arasında cezai mesuliyet bakımından bir fark yapmamak lâzım gelirdi. Cuche'deki bu tenakuzu cezanın esası olarak içtimaî müdafaa'yı kabul ettikten sonra adalet endişesinin kendisini tazyik eylemiş bulunmasına atfeylemek lâzım gelir zannediyoruz.

## II

### Prins

Prins'in telâkkileri de esas itibariyle Cuche'ün telâkkilerine çok yakındır. Prins'e nazaran da Libr arbitr meselesi ile pratik cezalandırmak hakkı arasında çözülmeyen ve halledilmez bir münasebet mevcut değildir. Filhakika insanlar, hareketlerimizin sebepleri üzerinde felsefi düşünceler ve münakaşalar yapmağa başladıkları tarihten itibaren deterministlere ve determinist olmıyanlara tesadüf olunmuştur<sup>8</sup>. «Hattâ kâinatın, dünyanın sırf bir mekanizmadan ibaret bulunduğu isbat edilebilseydi dahi, sakınılmaz inhiraflara karşı tedbirler ittihaz eylemek icap ederdi.» «Meselâ bir İngiliz mebusunun bazı şeylerini verasete borçlu olduğu düşüncesi onun zafer ve mükâfata mazhar olmamasını icap ettirmemiştir.

Suçlunun da haricî şeylerin tesirine maruz bulunduğu düşüncesi ona karşı adalet çarkının tatbik olunmamasını icap ettirmez<sup>9</sup>.» Suçlular suça karşı mukadder bir sevki tabii ile itiliyor, sevkedilseler dahi topluluğun fetihlerini, bunları tehdit edenlere karşı yine müdafaa etmek hak ve vazifesi mevcuttur. Cemiyet yıldırma karşı paratoner ile mukabele eder; suçluluğa karşı da ceza tesmiye olunan müdafaa tedbirleriyle mukabele edebilir. Bu faraziye içinde suçluların hareket ettiklerinden başka bir tarzda hareket edip edemeyecekleri noktası araştırılmaz. Sadece bu tarzda hareket etmeğe mecbur buldukları ifade olunmakla iktifa

<sup>8</sup>) Adolphe Prins: Science pénal et Droit positif, 1899, s. 156 ve sonrakiler.

<sup>9</sup>) Adolphe Prins: Criminalité et repression 1886, s. 23.

edilir. Esasen Ceza Hukukunun bu ifadesi bir misal olarak, müteredditler için bir fren olarak, mutlak surette zarurîdir.

Mutlak Libr arbitr, Prins'e göre bir imandır ve isbat olunamaz. Muayyen sebepsiz veyahut bütün sebep ve saiklere rağmen harekete muktedir bir irade yahut aynı zamanda aksi olanları istemek iktidarı anlaşılamaz bir mahiyet arzeder.

Kant'ın dediği gibi, tamamiyle müstakil olan bir irade pratik aklın bir mevzuasıdır. Böyle otonomiye haiz bir şeniyetin hakikatına inanmak mânevî bir fayda ifade eder. Fakat bu inancın mevzuu müşahede dışındadır.

Hayatta illiyet kanununun hüküm sürdüğünü görüyoruz. Her hareket sebep olucu bir saikle izah olunuyor ve her saik insanın karakterine, bünye, tabiat bir kelime ile ona has ferdiyet ve şahsiyeti tesis eden ve bizatihi o şekilde oluşu vücade getiren istidatlarının şüphelenilemez mahiyet arzeden özüne bağlanıyor.

Bununla beraber, mutlak determinizm de Prins'e nazaran bir iman fiilidir ve libr arbitr gibi isbat olunamaz. Gündelik müşahedemizin dar kadrosu içinde, tarafımızdan müşahede olunan her hareketin ona sebep olan yakın bir sebebi mevcut bulunması itibariyle determinizm tecrübi bir keyfiyettir. Fakat onun uzak olan sebeplerine yükseldiğimiz zaman vaziyet böyle değildir. İradeye sahip bulunan insan şüphesiz kendisine hususî bir renk veren ve damga vuran müteaddit unsurların kesilmez bir zincirlenmesinin mahsulüdür. Fakat şahsiyetimizin bağlandığı ve bizi benzerlerimizden ayıran ve muayyen bir istikamette olmak üzere sevkeden ikinci sebep, idrâkimizin dışındadır. İrade fizik yapılışımıza, içtimaî muhite, verasete dağlıdır. İmdi bu müessirlerden her biri sonsuz âmillerden mürekkeptir. Fizik organizma, son bir tahlil ile milyarlarca hücreden ve birbiri üzerine tesir eden sinir elyafından ibarettir. İçtimaî muhitde her birine düşen rolün, kat'î ve açık olarak tayin olunamadığı, birbirine karışan, giren, fizik ve mânevî âmillerin mudil bir karışmasından başka bir şey değildir.

Biz, ruhi hayatın mekanizmasını tanıyoruz. Fakat bunun nihaî sebebini bilmiyoruz. Eğer vasıtalar bize hakikatı verselerdi, hemcinslerimizin istikbalini, bir astronomik seyyarenin tarihini yahut bir kuyruklu yıldızın devrini hasepliyabildiğimiz gibi, keşfedebilecektik.

«İmdi insan yaşadığı şartlar içinde hareketlerinin muhtemel inkişafını hesaplamağa muktedir değildir<sup>10)</sup>»

<sup>10)</sup> Adolphe Prins: Science Pénal et Droit Positif, 1889, s. 159.

Esasen böyle bir keyfiyet, hayalî yahut hakikî olsun, dahili bir hürriyete malik bulunduğumuz hissi tarafından tekzip olunmaktadır. Bu itibarla mânevî bir hürriyet faraziyesi mânevî kâinatın izahı için zarurîdir. Hürriyet olmaksızın insaniyetin artık mânevî ve ahlâkî bir mânası olamaz. Böyle bir telâkkide insaniyet fenalık ve iyiliğin, fazilet ve kötülüğün, ceza ve mükâfatın birbirine karıştığı ve kötümserliğe ve ataletle sevkeden bir nevi müphem şuarsuzluk içinde, kendini kaybeder.

Binaenaleyh mademki, içinde illiyetin hüküm sürdüğü hissi bir kâinat mefhumu yanında, Kant ile beraber içinde hürriyetin hâkim bulunduğu meş'ur bir kâinat, dünya intuition'una da malik bulunuyoruz; o halde, bu meş'ur dünyaya yaklaşmalı ve fiilen illiyet rabitasını tamamiyle kabul etmekle beraber, hürriyetimiz hakkındaki hissi kuvvetlendirmeliyiz. Kuvvetli bir şahsiyet, ilca'lara ve harici tesirlere karşı direnen, ve sırf hürriyete inanması vakıası dolayısıyla gittikçe kendini daha hür kılan ve gittikçe ziyade olarak mesuliyet hissi elde eden bir iradeden başka bir şey değildir.

Prins'e göre, bu suretle bir taraftan hissi kâinat vâkıasını ve illiyeti kabul etmek, diğer taraftan meş'ur kâinat idealini ve hürriyeti kabul etmek, tekâmülü illiyet âleminden hürriyet âlemine geçiş olarak mülahaza eylemek, ilmin mutalarıyla ahlâkın isterlerini, idealizm ile natüralizmi telif eden bir hukuk telâkkisine teveccüh eylemek demektir. Bu telâkki ferdi ve sosyal hayatın uzvî şartlarıyla muayyen bir iradeyi kabul eder; bu telâkki, aynı zamanda, iyiye müteveccih ve tedricî olarak daima daha büyük bir ahlâkiyet ve hürriyete yükselmeğe muktedir, şurî bir faaliyeti kabul eder ve bu telâkki «umumî tarih hürriyetin tarihidir» diyen Hegel'in düşüncesini de haklı kılar.

Müellifin, bu müşahedelerinden şu neticelere vâsil oluyoruz: «Bu telâkkiyi ferdin hareketine tatbik edecek olursak her insanın kendisinde hürriyet ve zaruret unsurlarına malik bulunduğunu görürüz.

İnsan, kendisinde mevcut hürriyet dolayısıyla, muhtelif saikler arasında seçim yapmak ve istemek imkânına malik bulunur;

Zaruret dolayısıyla ise, ailesinin, ırkının, muhitinin, zamanının karakterine verdiği ve seçimlerindeki istikameti tayin eden vâkıaya sahip olur. Başka tâbirle, biz, kâinatın umumî kanunlarının şartladığı bir hürriyetle mücehhez bulunmaktayız. Ve bu umumî kanunların hududu içinde bir ihtiyar, mukadderat, yani az veya çok bir aksülâmel kudretini muhafaza etmekteyiz.

Görülüyor ki, bu ifadeleriyle Prins, nisbî bir hürriyetin mevcudiyetini kabul etmektedir. Müellife göre XIX uncu asrın başındaki klâsik ceza mektebinin büyük hatası, ceza mevzuatına tek esas olarak hürriyet, ser-

bestiyet prensipini alması ve mutlak mesuliyeti kabul eylemiş bulunmasıdır. Bir taraftan tamamiyle mutlak olarak hür ve mesul olan bir şahsiyeti ve diğer taraftan da tamamen hür ve serbest olmıyan bir şahıs kabul edilmesidir. Halbuki Ceza Kanunu vâzın, rüyalarımızda boşuna idrâke çalıştığımız, ideal bakımdan tam ve noksansız insanı değil, fakat hakikî hayatta tesadüf bulunduğu gibi gayrı tam durumda bulunan insanı nazara almalıdır.

İmdi, Prins'e göre, bu mütalâalar karşısında muasır ceza ilmi aşğıdaki prensipleri ileri sürmektedir: Bir kere ne mânevî ve ne de fizik bakımından tamamiyle, mutlak olarak normal insan yoktur ve bugün bir hürriyet içinde bızatihi kendi kendine taayyün eden irade fazaziyesi de aklın mücerret bir telâkkisinden başka bir şey değildir.

Normal insan, kendisini tanıyabildiğimiz şekliyle, az veya çok muntazam ruhî bir faaliyetle mücehhez az veya çok normal faaliyet saikleriyle kendi kendini idare eden bir kimsedir. Ceza vermek hakkının icrası fizik ve aklî uzviyetin heyeti umumiyesi içinde bu suretle târif ve mülâhaza olunan böyle normal bir şahıs farzeder. Ferdiyeti teşkil eden heyeti umumiyenin iradesini kendisinden ayırmak ve onu mücerret olarak mütalâa edebilmek imkânsızdır. Bu itibarla şahsı, büyüdüğü, geliştiği muhit içinde ele almak, onu istidatlarına, karakterine ve failinin arzylediği tehlikenin şiddeti ölçüsüne uydurmak, tesbit eylemek mümkün olabilecektir. Hiç şüphesiz, Ceza Hukuku sahasına dâhil bulunan takribî normallik sahası ile yine hiç şüphesiz adli tıp sahasına dâhil bulunan tam anormallik sahası arasında vaziyetleri şüpheli ve gayrı kat'î bulunan, ruhî halleri kusurlu olan, şahsiyetleri gayrı tam bulunan ve müteaddit safhalarla hali hazır ceza kanununun mesuliyet ve ademi mesuliyet dediği iki kuvvet arasındaki mutavassıt sahada mevcut anormaller vardır.

Burada müellif şu müşahedeleri yapmaktadır. 1°) Bir taraftan normal insana yaklaşanlarla diğer taraftan akıl hastası tipine yaklaşanlar arasındaki tasnifte daima bir az keyfilik mevcut bulunacaktır; ve bu keyfilik sakınılmaz bir mahiyet arzeder. 2°) Mutavassıt sahanın çekirdeğini teşkil edenler için cezaî mesuliyet meselesi vazedilemez; eğer vazolunsaydı, meseleyi halledebilmek imkânı mevcut olamazdı. Filhakika, bu anormallerin her biri için, mesuliyet miktarını fiillerine uydurmak ve bu her fiilin nisbetine düşen bir ceza vermek lâzımgelseydi, cezaî mesuliyeti mülâhazaya alınması icap eder surette indirmek ve cezayı da keza esaslı surette azaltmak lâzım gelecekti. İmdi hiç bir şey ise bundan daha ziyade mahzurlu olamazdı. Zira böyle bir hareket tarzı, sosyeteye uygun bulunmıyan ve kendi menfaatleri için olduğu kadar umu-

mî menfaat bakımından da sosyeteden uzaklaştırılmaları icap eden kimseleri hemen sosyeteye iade eylemek neticesini husule getirirdi.

Nihayet müellif, bu mevzudaki kanaatlarını hülâsa ediyor<sup>11)</sup>: «Ceza hâkiminin vazifesi metafizik bir ihtilâfı halleylemek değildir. O, mânevî mesuliyet felsefî meselesine dokunacak değildir. Hâkim mezkûr meseleyi tamamıyla bir kenara bırakır ve bu mevzudaki kanaatleri ne olursa olsun ister libr arbitr taraftarı olsun, isterse determinist bulunsun onun vazifesi bir içtimaî müdafaa vazifesi olarak kalır; araştıracağı nokta, fiilen içtimaî müdafaaı temin için kusurlu olanlara karşı en fydalı tedbirlerin hangisi olduğunu tayinden ibarettir.

Bu şartlar içinde mesuliyet derecesi ve ceza miktarı üzerinde alınacak bir karar değil, fakat, failin arzylediği tehlike ve suçu ile tatbik olunacak rejimin vasfı üzerinde alınacak bir karar mevzuubahistir.» «Mutlak mânevî mesuliyet esasına müstenit bulunan Ceza Hukuku, hukuk ile patoloji, hukukçular ile tabipler arasında mutlak bir anlaşmazlığa sevk ediyordu. Nisbî içtimaî müdafaa esasına müstenit Ceza Hukuku ise bilâkis bu ikisi arasında bir anlaşmaya sevkedecektir ve şahsında aynı zamanda muhtelif unsurları birleştirmiş bulunan anormal, aynı zamanda hukukçulara ve tabiplere ait bulunacaktır. Bu iki zümre meslek erbabı karşılıklı olarak birbirlerine yardım ile mükelleftirler ve hakikî bir hal tarzı ancak birlikte çalışmalarından husule gelebilir.

**TENKİT:** Verilen izahlardan da anlaşılacağı veçhile, Prins'in bu mevzudaki telâkkileri hemen hemen Cuhe'ün fikirlerinin aynıdır. Ancak Cuhe hiç bir suretle libr arbitr ve determinizm meselelerini mevzuubahs eylemediği halde Prins bu meseleleri vazeylemekte, münakaşa etmekte ve bu münakaşalar neticesinde nisbî bir irade serbestisine taraftar olmaktadır. Fakat derhal ilâve edelim ki, bu nisbî irade serbestisi telâkkisini katıyyen cezaî mesuliyete esas olmak üzere almamaktadır. Bu hususta içtimaî müdafaa esasına müsteniden tehlikeli hale dayanmaktadır.

Bu bakımdan Cuhe'ün nazariyesi hakkındaki tenkidî mülâhazalarımızın Prins'in nazariyesi hakkında da varit olduğunu ifade edeceğiz.

<sup>11)</sup> Adolphe Prins: Science pénale et Droit Positif. 1899, s. 166 ve sonrakiler; Prins: Criminalité et repression 1886, s. 37 ve sonrakiler; Paul Cuhe: La defense sociale et les transformations du droit pénal (Rév. Pénit. 1910, s. 248). Emil-Stanislaw Rappoport: La lutte autour de la réforme du droit pénal en Allemagne, s. 66 ve sonrakiler.

## III

## Saleilles

Saléilles, eserinde klâsik ve pozitivist telâkkileri izah eyledikten sonra şu neticeye vâsıl olmaktadır<sup>12)</sup>: «Görülüyor ki birbirine tamamiyle zıt olan iki cereyan karşısında bulunuyoruz. Biri neo-klâsik sistem, diğeri ise determinizme götüren İtalyan mektebinin sistemidir.» Bunlardan birisinin prensibi fena, neticeleri iyidir; diğerrinin neticeleri iyi prensibi fenadır. Bu itibarla acaba birincinin prensibi ile diğerrinin neticeleri arasında bir telife, uzlaştırmaya vâsıl olamaz mıyız?

Umumî emniyeti temin etmenin ve içtimaî müdafaayı muhafazanın yegâne şekli mesuliyet fikrini tahrip etmek, mahvetmek değildir. Bilâkis, onu vicdanlarda tenebbüt ettirmek ve kütlelerde iman olarak mevcut olanı kuvvetlendirmek, tahkim etmektir. Demek oluyor ki bir tarafta her ne pahasına olursa olsun kurtarılması iktiza eden mesuliyet fikri ve diğerr tarafta ise bunun mütenakızı gibi gözükten bir gaye, içtimaî müdafaaya vardır. Bu içtimaî müdafaaya her şeyin üstüne geçmekte, ve suçundan çok fazla olarak suçlunun nazara alınmasını icap ettirmektedir.

Müellife göre mesuliyet her şeyden önce sosyolojik bir teşekkül arzeder. Müellif Tarde'in telâkkilerine istinat suretiyle bunu izaha çalışmaktadır.

Mesuliyet en az iki şahıs arasındaki bir münasebettir. Bu şahıslar yerine göre Allah yahut sosyete olur. Binaenaleyh mesuliyet her şeyden önce, sosyal bir telâkkidir. Fakat mesele bu suretle vazolununca, her şeyden önce, ferdî bir telâkki olur. İlkönce başkalarıyla bir münasebet mevzuubahstır. Bu sosyal noktai nazardır. Sonra bizzat kendimizle de bir münasebet mevzuubahstır. Bu ise, ferdî noktai nazardır. Bu ferdiyetçi menşe'deki münasebet ise ferdî ayniyete müncer olur.

Mesuliyet fikri bizde, onu mantıkî istidlâle müstenit bir telâkki haline getirmeden önce bir sevkitaîî sıfatıyla mevcuttur. Fakat bize bunu idealize eden bir prensip ve hattâ görünüşte onu yaratacak bir pransip lâzımdır. İşte buradadır ki mantık müdahale etmekte ve mesuliyet hakkındaki mantıkî telâkkimizi vücude getirmektedir.

Sübjektif bir realite olarak, halk mesuliyetin bir tek şekildeki tasavvurunu tanımaktadır. Bu illiyet fikridir. Bu fikri halk bizzat kendi tahlil eylemek istediği gün, buna hürriyet fikrinden başka meşrulaştırıcı bir sebep bulamadı. Şüphesizdir ki, bazı âlimlerin ve modern filozofların mesuliyeti, hürriyet fikri dışında, mânevî mesuliyete dayandırmak için

<sup>12)</sup> Saleilles: De l'individualisation de la peine, s. 140 ve sonrakiler.

yaptıkları gayret kütlelere tesir etmedi. Mânevî fenalığın keşfi bize kâfi gelmiyor. Bu fenalık karşısında onun neşet eylediği kaynağa yükselmek istiyoruz ve nefret ve istikrahımız bu kaynağa teveccüh ediyor. Bu asli sebebi araştıran insan, asli sebebin bizzat kendi (suç işleyen kimse) olduğu neticesine vâsil oldu. Bu mesuliyet için zarurî olan birinci sebep fikri hürriyet fikri ile birleşti, aynı oldu. Hürriyet olmaksızın mesuliyet yoktur, gerek ferdi vicdan ve gerekse kollektif vicdan için mesuliyet ile mânevî hürriyet arasında bir ayniyet vardır.

Müellife nazaran Ceza Hukuku mesuliyetin bu rasyonel unsurlarını tanımamazlık edemez; insanlar ve sosyete ideal ve farazî olan şeylerle idare olunurlar.

Mesuliyet hakkındaki cemiyetin fikrini bu suretle müşahede eyledikten sonra asıl ehemmiyetli olan, onların pratikte bunu anlayış ve tatbik edişleridir. O halde, idealizasyon prensibi maddî bir tahakkuka nasıl götürülmektedir?

İlkönce mesuliyet mutad fikirlere her şeyden önce bir hal olarak gözükmektedir. Bir insan hakkında fiillerinin falanca veya filâncasından müstakil olarak mesuldür deniliyor. Bu mesuliyet hâlini, hürriyet halinin tecrübi müşahedesıyla değil, fakat fizikî bir müşahede iledir ki, takdir ediyoruz. Bu ise fizyolojik normallik hâlidir<sup>11)</sup>. Mesuliyet halinin kriteriyumu hürriyet fikrini kabul edenler için ve bunu kabul etmeyen deterministler için normalite fikri içinde hallolunmaktadır. Muhakkaktır ki, bunlardan bazıları için bu bir symptome işaretidir. Halbuki diğerleri için bu, eşyanın esası gibidir. Mezkûr telâkki değişikliklerinden ise mühim farklar istikak eylemektedir. Kendileri için mesuliyetin ancak sosyal telâkkide ve psikolojik teşekkülde bir şey olduğu deterministler bakımından, mesuliyete inşai unsur hizmetini gören normalite fikri aynı zamanda bunun işareti ve esasıdır. Mesuliyet normallik ile bir ayniyet ifade eder ve bu esas ve şekil bakımından sırf bir moral patoloji meselesi olur.

Hürriyete inanan halk için ise normallik, hukukî ve mânevî bir karinedir, faraziyedir; görünüş bakımından mefruz bir realitenin işaretinden başka bir şey değildir. Halk telâkkisi bütün psikolojik unsurları ferdiyette, şahsiyette toplar ve ferdiyetimiz bunların üstün bir akord edeni, nâzımı olur. Şahsiyet kendisinde mevcut bulunan bütün şeylerin mevzu ve süjesi olarak gözüktür. Buradan hareket edince hattâ psikolojik ve moral şahsiyetimizin bütün itirazları aktif bakımdan, bizzat kendi süjesi olarak telâkki edilen ferdiyetimize, şahsiyetimize kabili isnat olur. Semp-

<sup>11)</sup> Saleilles: s.g. eser, 150.

tomatik noktai nazardan anlaşılın normallik, ancak fizyolojik bir normallik olur ki, bunun inhirafı sınırlı patolojik karakterde bulunurlar. Normal olarak düşünen ve hareket eden insan halk telâkkilerinin hür saydığı varlıktır. Fizyolojik normallik tabii bir müşahede işi olur. Böyle bir telâkkide hiç kimse inatçı (mükerrir) suçlu için, bunun bir anormal ve gayri mesul olduğunu söylemeyecektir. Onda ahlâk hissini inhirafı vardır. Yoksa hür olmak melekesinin inhirafı yoktur. Bu itibarla o tamamiyle mesul kalır. Ve fiillerinden dolayı değilse bile halinden, bulunduğu vaziyetten dolayı mesul olur.

Halk vicdanı bu suretle müphem hürriyet ve mesuliyet fikrini normallik hali ile mütenasip olarak kabul etmekte ve şahsî realiteyi tahlil etmemektedir.

İmdi halk vicdanı tarafından verilen bu unsurlar bir hukukî sentez halinde toplanmak istenirse denilecektir ki: Hürriyet ve mesuliyet fikirleri cezanın esası olarak kalmaktadırlar. Fakat bu unsurlar cezanın ölçüsünü işaret edemezler; Cezanın şahsileştirilmesine yaramazlar. Ceza nihayet bir müeyyide, bir sosyal ademi tasvip ölçüsüdür. Fakat bu suretlerle farzolunan hürriyet her nevi temsil ve arzeden uzaklaşın ve hiç bir nevi ilmâ tahlile müsait bulunmayan bir hâdisedir. Zira o her şeyden önce tabii bir hâdisenin ideal izahı, sosyal noktai nazardan kendini ibram eden bir hâdisenin yahut sosyolojik bir realitenin fikir ile meşru kılmasıdır.

Bu böyle olunca cezayı-tatbik ve ölçmek için keşfedilmeye çalışılacak nokta hürriyet derecesi değildir; çünkü ideal yaradılış tecrübi olarak tahkike müsait değildir. Bu hususta nazara alınması iktiza eden nokta, suçlunun tabiatının, mahiyetinin şahsiyetidir ve sosyetenin âzası olan her fert gibi onun da intibak ettirilmesi lâzım gelen sosyal gayedir. Daha açık tâbirle, suç işliyen şahısta hali hazırda müşahede eylemiş bulunduğumuz sosyal aykırılık ve istikbal için temenni eylediğimiz sosyal intibaktır. İşte bu durumdan ikincisine geçmek sosyetenin müdafaasını meşru kılan sebeptir ve cezanın mevzuu da bu olacaktır.

Bu suretle Saleilles'in klâsik mektebin prensibi ile, İtalyan mektebinin prensip ve neticelerini ne suretle telif eylemiş bulunduğunu görüyoruz; Ceza ve cezaî mesuliyet klâsik mektebin hürriyet ve mesuliyet prensip ve fikri üzerine istinat edecektir. Fakat ölçüsünde ve nevinde ferdin psikolojik kıymeti ve intibak kabiliyetini nazara almak suretiyle, yâni İtalyan mektebinin esaslarına göre, tertip olunacaktır.

Bizzat Saleilles yaptığı sosyal müşahedeleri ve esaslarını şu suretle hülâsa ediyor: Hürriyet fikri lehine bir inanç ve iman fiili, normalite hali ile pratik bir ayniyet ve nihayet bizatihi ele alınan suçun suçlulu-



ğundan müstakil olarak ferdin kuvvî suçluluğuna göre ölçülmüş müşahhas bir tatbikat. İşte vâsıl olunan telif budur.

Determinizm ve hürriyet, sosyal hayatta birisi de diğeri kadar zarurî olan iki telâkki olarak müteakibilen birbirini içine giriyorlar. Zira iliyet kanunu olmadan her şey gayrı kabili tahmin olarak kalır; tesadüfe tâbi bulunur. Fakat hürriyet fikri mevcut olmaksızın da ne ahlâk, ne de adalet popöler mânada olarak mevcut bulunamaz. Hürriyet ve mesuliyet, kullandığımız dilden yaşadığımız fikirler stokunda doldurulması mümkün olmayacak bir boşluk bırakmadan kaybolmayacak iki kelimedir. Birbirlerine zıt olan şeylerin muvazenesini bozmağa çalışmıyalım. Sosyal realite her zaman olduğu gibi birbirini tutan ve karşı gelen zıtların esrarındadır<sup>14</sup>.

Hattâ Saleilles müteakip izahlarında hürriyetin, irade hürriyetinin de ilmî bir surette tahliline girişerek insan hareketlerinde determinist mânadaki ilmî bir tahlile müsait olmıyan noktaların mevcut bulunduğu neticesine vâsıl olmaktadır.

**TENKİT:** Saleilles'in cezaî mesuliyet hakkındaki nazariyesi kanaatimizce klâsik nazariyenin normallik telâkkisinin, pozitivist fikirlerin orijinal bir sentezi olarak kabul edilmek lâzım gelir. Bir defa klâsik nazariye bakımından müellif pratik bir irade hürriyeti telâkkisine müncer oluyor: Halk vicdanı, kütleler mesuliyeti hürriyet fikrinde bulur. Bu his, sosyolojik bir mutadır ve Ceza Hukukunun esasları bakımından nazara alınmamazlık edilemez. Binaenaleyh ilmî vaziyeti ne olursa olsun, bunu cezaî mesuliyetin ve cezanın meşruiyetinin bir sebebi olarak telâkki etmek iktiza eder. Fakat halk irade hürriyeti ile normalliği birbiriyle tev'em addeder. Normal olan şahıs ile irade hürriyetine malik olan kimse arasında fark yoktur. Fakat normal olan şahsa irade hürriyeti ve mânevî mesuliyeti nisbetinde ceza verilemez; pozitivistlerin ölçüsü esas alınmak suretiyle suçlunun durumu ve sosyeteğe intibakı kabiliyeti, hakkında tertip olunacak cezanın nev'i ve miktarını tayine medar olacak ölçüyü teşkil eder.

Saleilles'in nazariyesini bütünü ile böyle anlıyoruz. Verdiğimiz izahat bazı müelliflerin aksine olarak<sup>15</sup> Saleille'i niçin normallik telâkkisini kabul edenler arasına ithal etmediğimizi de göstermektedir, zannederiz. Normallik telâkkisini kabul edenler irade serbestisi ve determinizm arasındaki uzun münakaşalardan sıyrılmak ve, bunlara karşı hiç bir suretle

<sup>14</sup>) Saleilles: s.g. eser, s. 156.

<sup>15</sup>) Grasset: La responsabilité des criminels, Paris 1908.

cephe almak istemiyerek harekete geçenlerdi. Halbuki Saleille daha bi-dayette sosyolojik realite olarak irade serbestisi hakkındaki halk hissiyatını kabul eylemekte, normaliteyi bunu tahakkuk ettiren bir prensip olarak telâkki eylemektedir. Bu görünüşü bakımından Saleille'in nazariyesini tam bir eklektik telâkki olarak kabul eylemek lâzım gelir.

Ferri; Saleilles'in bu eklektik nazariyesini şiddetle tenkit eylemektedir<sup>16</sup>: «... uzun uzadıya isbat eylemeğe lüzum yoktur ki» mesuliyet hakkındaki halk telâkkisi «amelî bir nazariyenin esası, kökü olamaz, eğer müşterek vicdanın mevcut hali, yâni ananevî bâtil fikirler hâdiselerin tetkik ve mütalâasının sevkeylediği nazari yeniliklere bir set teşkil eyleseydiler asla hiç bir ilmî tekâmül tahakkuk edemezdi.» «Hata (hali hazır âmme efkârı) na ilmî neticeleri tâbi tutmaktadır.»

Saleilles'in fikri, müellife nazaran şuna müncer olmaktadır: Delillerin, akıl hastalıklarından dolayı mesul olduklarını beyan ederek an'anevî psikiyatri (prensibini) muhafaza etmek, fakat bu delileri yeni ilmî bir psikiyatrinin neticelerine uygun olarak sanki hastaymışlar gibi, tedavi etmek. İmdi, diyor, Ferri, mezkûr cümlede deliler kelimesini, suçlular kelimesiyle psikiyatryi ceza adaleti kelimeleriyle ikame ediniz, bu eklektik telâkki bütün güzelliği içinde meydana çıkacaktır. «Sosyal bir fonksiyon, kendisine suçun tabii membaı ve binnetice müessir devaları üzerinde pusula olarak ilmî hakikat değil, fakat ampirik bâtil fikirler verirse nasıl müessir olabilir?»

«Ve cezaî sosyolojinin verim ve neticelerini tâdil eylemesi lâzım gelen adalete gelince, eskiden de yapıldığı gibi daima şu nokta sorulacaktır: İmdi bu (adaletin isterleri) nelerdir? Âdil olan ve olmıyan nedir? Mütenasip ve âdil bir ceza ile karşılamak için suçlunun sübjektif mesuliyetini ölçmeğe kim muktedirdir?»

Bir kere daha söyleyeyim ki, meselenin yegâne hal tarzı cesaretle her nevi bâtil fikri terkeylemek, âmme efkârının daima ilmî hakikatlere uymak ve tâbi olmak suretiyle şekillendiğine kani olmaktadır.»

Ferri tarafından Saleilles'e karşı ileri sürülen bu tenkitlerin haklı olmadığını derhal söyleyelim. Bir kere halkta mevcut irade hürriyeti ve yahut mesuliyet hakkındaki Saleille'in telâkkileri, tamamiyle ilmî ve sosyolojik tetkiklerin mahsulüdür. Mesuliyet hissini Saleille sadece bir faraziye olarak kabul etmiyor, fakat onu aynı zamanda sosyolojik bir muta olarak, bir realite olarak mütalâa ediyor ve esasen eserinin 157 ve müteakip sahifelerinde iradî faaliyeti tahlil ederek hiç olmazsa ilmen determinizmin insan hareketinde, izah edemediği noktaların mevcudye-

<sup>16</sup>) Ferri: La sociologie criminelle, s. 411.

tine de işaret ediyor. Müellifin adalet hissine kıymet verışı dolayısıyla Ferri'nin yapmış bulunduğu itirazlar ise, ancak kendi materyalist düşüncesinin bir tezahürü olmak itibarıyla üzerinde fazla durulmağa lüzum olmayan sözlerden telâkki olunmak lâzımdır.

Bizce Saleilles'in de ayrıca tenkidine lüzum yoktur. Filhakika normallik telâkkisi ve cezanın nevi ve miktarı hakkında İtalyan mektebinin miyarlarını kabul eylemiş bulunması itibarıyla, bu telâkkilere karşı beyan edilebilecek bütün itirazlar, kendisi hakkında da varittir. Burada muhakkak ayrıca bir itiraz ilâve eylemek lâzımsa, diyeceğiz ki, ilmi bir telâkinin kıymet ve kuvveti prensipleri sonuna kadar götürüldüğü takdirde dahi, esaslarla neticelerin birbirini nakzetmemesi olduğuna göre, kolay gelen yerde, prensipten ayrılarak, başka esas ve neticelerin kabulü muvafık olmasa gerektir.

**Sulhi Dönmezer**