

CEZALANDIRMANIN AMACI ÜZERİNE

*Doç. Dr. Sururi AKTAŞ**

I-Giriş

Ceza hukuku teorilerine baktığımız zaman cezalandırmanın amaçlarına ilişkin çeşitli yaklaşımlara rastlarız. Bunları genel olarak, cezayı mutlak bir amaç olarak suç sayılan eylem için verilmiş bir karşılık, bir kefaref (retribution) gören mutlak ceza veya mutlak adalet teorileri, cezayı suçları önleyici ve suçluları ıslah edici bir yöntem olarak gören faydacı yaklaşım (nisbî ceza teorileri) ve her iki yaklaşımı birlikte değerlendiren karma (uzlaştırıcı) yaklaşım olarak özetleyebiliriz¹. Genel olarak bu yaklaşımlardan, karma yaklaşım hariç, sadece birinin salt olarak benimsemesi söz konusu değildir. Örneğin her ne kadar Türk Ceza Kanununun amacıyla ilgili olarak Madde 1’de “(1) *Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir*” hükmündeki amaçlar içinde cezanın bir ödetme, bir kefaref (retribution) olduğu veya ıslah edici amacının olduğu yer almamış olsa bile, Türk Ceza Kanununu bir bütün olarak değerlendirdiğimizde bu amaçların da bulunduğunu inkar edemeyiz. Dolayısıyla bu amaçlardan sadece birinin modern bir ceza kanununun felsefesini oluşturması söz konusu değildir.

Biz bu çalışmamızda yukarıda saydığımız amaçların genel felsefesini iki kategoride incelemeye çalışacağız. Bu kategoriler, “fayda olarak cezalandırma”, “bir ödetme, bir kefaref (retribution) olarak cezalandırma” ve “uzlaş-

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Üyesi.

¹ Bkz. Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku (Genel Hükümler)*, Cilt. III, 1. Bası, Beta Yayını, İstanbul 1989, s. 9 vd; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler)*, Birinci Baskı, Seçkin Yayını, Ankara 2008, s. 436-437; Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 9 vd; Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 11. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s. 232-234.

tırıcı yaklaşımı esas alan cezalandırma” biçimindeki formülasyonlardır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi önleme ve ıslah teorileri, faydacı teori içinde yer alır. Ancak biz, önleme ve ıslah teorileri üzerinde ayrı ayrı durmak yerine bunların yer aldığı faydacı cezalandırma kategorisinin genel felsefesi üzerinde duracağız. Fayda olarak cezalandırma ile ilgili olarak Beccaria ve Bentham’ın faydacı ceza felsefelerine, kefarete olarak cezalandırma ile ilgili olarak da Kant’ın cezalandırma felsefesine değinmeye çalışacağız. Son kategori olarak da karma (uzlaştırıcı) yaklaşıma genel olarak temas edeceğiz.

II-Faydacı Cezalandırma

1- Genel Olarak

Nisbi teori olarak da tanımlanan faydacı ceza teorileri, cezalandırmanın, bir amaç değil, araç olduğu ve dolayısıyla cezanın pratikte fayda sağlaması halinde başvurulması gereken bir yol olduğunu ileri sürerler². Sonuççu (consequentialist) olarak da adlandırılan bu teoriye göre ceza, uygulamada iyi sonuçlar doğurursa izin verilebilir³. Dolayısıyla faydacı teori cezayı sonuçları açısından meşrulaştırmaya çalışmıştır.

Diğer yandan faydacı teorisinin cezalandırma amacı gelecekle ilgilidir. Bu bağlamda zikredilmesi gereken en önemli konu, cezaların, suçları önleyici (caydırıcılık) amacını taşımasıdır. Önleme amacı geleceğe dönük bir işlev görür. Önleme de genel önleme ve özel önleme diye ikiye ayrılır. Cezaların genel önleme amacı, deyim yerinde ise, maliyet-fayda (cost-benefit) hesabı yaparak gelecekte insanların suç işlemelerini engellemeyi amaçlar⁴. Özel önlemenin amacı ise, suçluyu yeniden suç işlemekten alıkoymak, suçluyu toplumdan soyutlayarak toplumu korumak ve suçluyu ıslah etmektir⁵. Görüldüğü gibi bütün bu amaçlar, geleceğe dönük olarak bir fayda düşüncesini çağrıştırmaktadır⁶.

² Bkz. Koca/Üzülmez, s. 437; Önder, s. 11.

³ Boonin, David, *The Problem of Punishment*, Cambridge University Press, 2008, s. 37.

⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 12.

⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 13; bkz. Önder, s. 12-13.

⁶ Bkz. Marsh, Ian, *Criminal Justice, An Introduction to Philosophies, Theories and Practice*, Routledge, 2004, s. 8; Bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku* (Genel Kısım, Cilt. II), 11. Baskı, Beta Yayını, İstanbul, s. 560.

2- Cesare Beccaria'nın Faydacı Ceza Felsefesi

a) Beccaria'da Cezalandırmanın Niteliği ve Amacı

Cesare Beccaria, *An Essay On Crime and Punishments* (1819- İtalyanca orijinali 1764) adlı eserinin önsözünde hukuk kavramına ilişkin olarak yaptığı bir tespitle işe başlar. Beccaria, özgür durumdaki insanlar arasındaki anlaşmaların ürünü olan veya olması gereken yasaların, insan doğasını ve çoğunluğun eylemlerini bir noktada nasıl toplayacağını bilen tarafsız bir gözlemcinin *en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu* biçiminde ortaya çıkan görüşleri yerine, birkaç insanın tutkuları ve geçici ihtiyaçlar dikkate alınarak yapıldığını söyler⁷. Bu düşüncelerine baktığımız zaman Beccaria, bir taraftan hukuku insanlar arasındaki bir sözleşmenin ürünü olarak tanımlar; diğer taraftan ise, hukukun, insan doğası ve *en büyük sayıda insanın mutluluğu (faydası)* esasına dayanılarak yapılması gerektiğini söyler. Güriz'e göre Beccaria, hukuku hem fayda ve hem de tabii hukukun gereği olan sosyal mukaveleye dayandırarak bağdaştırılması gerekli olmayan iki düşünceye bağlanmıştır⁸. Ancak aşağıda göreceğimiz gibi Beccaria'da sosyal sözleşme, özgürlüklerin ve insanın mutluluğunun korunması için düşünülmüş bir araç niteliğindedir. Başka bir deyişle Beccaria'daki soyal sözleşmenin amacı da yine insanın yarar ve mutluluğudur. Adalet de, Beccaria tarafından, insan menfaatlerini bir arada tutan bağ (sözleşme) olarak tanımlanır⁹.

Beccaria yukarıda adı geçen eserinin I. Kısımında, cezalandırmanın esasına ilişkin görüşlerini ortaya koyarken, yasaların ne olduğu sorusunu yanıtlamakla işe başlar. Filozofa göre yasalar, insanların, bağımsız bireyler olarak toplumda bir araya geldikleri şartlardır¹⁰. Sürekli savaş durumu ve belirsizlikten dolayı özgürlüklerin tehlikede olması, insanların bir araya gelerek toplumu oluşturmalarının nedenini oluşturur. Beccaria'ya göre insanlar toplumu oluştururken, özgürlüklerinin bir bölümünden vazgeçerek geriye kalan

⁷ Cesare Beccaria, *An Essay On Crimes and Punishments* (to which is added *A Commentary* by M. D. Voltaire), translated by Edward D. Ingraham, 2nd American Edition, published by Philip H. Nicklin, Philadelphia 1819, s. XI; Güriz, Adnan, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1963, s. 28.

⁸ Güriz, *Faydacı Teoriye Göre...*, s. 28.

⁹ Bkz. Beccaria, s. 18-19.

¹⁰ Beccaria, s. 15.

bölümünü barış ve güvenlik içinde kullanmak isterler¹¹. Bireylerin vazgeçtiği bu özgürlüklerinin toplamı bir ulusun egemenliğini oluşturur. Vazgeçilen özgürlükler egemenin ellerine emanet edilir¹². Beccaria'ya göre her bireyin bu özgürlükleri gasp etmemesi için bazı güdüler (motives) gerekir. Bu güdüler, bireylerin despotizmini engelleyerek toplumun önceki kaos ortamına dönmesini engeller. Bu güdüler, yasaları ihlal edenlere karşı uygulanan cezalardır¹³. Görüldüğü gibi Beccaria cezalandırmayı, özgürlükleri koruyucu bir araç olarak görmektedir.

Beccaria, eserinin II. kısmında cezalandırmanın amacı ile ilgili gerekçelerine devam eder. Düşünür burada, Montesquieu'ya göndermede bulunarak, cezalandırmanın mutlak bir gereklilikten kaynaklanmadığı sürece zalimane (tyrannical) bir durum yaratacağını ileri sürer. Düşünür, bu gerekliliği kamu özgürlüklerinin korunmasında görür. Egemenin cezalandırma hakkı (yetkisi), kendisine emanet edilen özgürlüklerin diğer bireyler tarafından çiğnenmemesi gerekliliğinden kaynaklanır. Bundan başka Beccaria, cezaların, korunan özgürlüklerin kutsallığı ve değerliliği ölçüsünde olması gereği üzerinde durur¹⁴. Beccaria'nın bu düşüncelerinden yola çıkarak şunları söyleyebiliriz. Cezalar, ihlal edilen hakların önemi ve değeriyle orantılı olması gerekir. Aşağıda göreceğimiz gibi Bentham da faydacı perspektiften, suçlarla cezalar arasındaki orana/dengeye vurgu yapmaktadır.

Yukarıda da görüldüğü gibi Beccaria adalet ve cezalandırma kavramını sosyal sözleşme ile izah etmeye çalışmıştır. Bu konuya ilişkin olarak şu çarpıcı ifadeleri kullanmaktadır.

“...adaletten, insanların menfaatlerini bir arada tutan bağdan (sözleşmeden) başka bir şeyi anlamıyorum. Bu bağ (sözleşme) olmazsa insanlar orijinal barbarlık durumuna geri dönecektir. Bu bağın (sözleşmenin) korunması gerekliliğinin ötesine geçen bütün cezalar haksızdır.”¹⁵

Beccaria'ya göre, halihazır kamu menfaatine ve konuldukları amaca aykırı olmasa ve suçları engellese bile, eğer cezaların sertliğinin gereksiz oldu-

¹¹ Beccaria, s. 15.

¹² Beccaria, s. 15.

¹³ Beccaria, s. 16.

¹⁴ Beccaria, s. 17.

¹⁵ Beccaria, s. 18-19.

ğu kanıtlanırsa, bu sertlik, egemenin, insanları köle olarak yönetmesini değil, özgürlük ve mutluluk içinde onlardan dilekte bulunmasını öğütleyen ve aydınlanmış aklın ürünü olan iyiliksever erdemlere aykırı olur¹⁶. Dolayısıyla Beccaria'ya göre cezanın adil olabilmesi için, diğerlerini suç işlemekten vazgeçirecek kadar şiddetli olmalıdır¹⁷.

Beccaria'ya göre cezanın şiddeti, suçluya göre değil, suçun niteliğine göre belirlenmelidir. Ceza, caydırıcı olacak şekilde yeterli olmalı ve halk tarafından anlaşılabilir rasyonel temellere dayanmalıdır¹⁸.

Beccaria, önleyicilik ve etkililik açısından, cezaların kesinliğini (certainty) sertliğine/şiddetine tercih etmektedir¹⁹. Ona göre suçların etkili bir biçimde önlenmesi, cezaların sertliğine/şiddetine değil, kesinliğine bağlıdır. Küçük bir cezanın kesinliği, eğer kaçma ümidi varsa, daha şiddetli bir cezanın korkusundan daha güçlü bir iz ve etki bırakır. Çünkü, daha büyük bir kötülükten (cezadan) kurtulma ümidi varken (cezasız kalma örnekleri de buna eklenirse), kaçınılmaz en küçük kötülüğe (cezaya) maruz kalmaktan korkmak insan doğasının bir gereğidir²⁰. Beccaria düşüncelerini desteklemek için ayrıca şunları söyler:

“Eğer cezalar çok şiddetli olursa, doğal olarak insanlar işledikleri önceki suçlarının cezalarından kurtulmak için başka suçlar işlemeye koyulurlar. Cezalarının şiddetli olmasıyla kötü üne sahip ülke ve çağlarda en kanlı ve insanlık dışı fiiller ve en çirkin (zalimane) suçlar işlenmiştir²¹.....”.

Diğer yandan Beccaria, cezaların önleyicilik ve caydırıcılık bakımından etkili olmalarını, anlık ve şiddetli olmalarından daha çok, uzun olmalarına bağlamaktadır. Filozof konuyla ilgili olarak şunları söylemektedir:

“Zihnimizde en büyük etkiyi bırakan, cezanın verdiği acının yoğunluğu değil, süresi bakımından uzunluğudur. Çünkü zayıf ve tekrar eden izlenimler,

16 Beccaria, s. 21.

17 Beccaria, s. 100-101.

18 Marsh, s. 69.

19 Bkz. Binder, s. 336.

20 Beccaria, s. 93; bkz. Rosen, Frederick, *Classical Utilitarianism From Hume to Mill*, Routledge, 2003, s. 148; Shapiro, Ian, *The Moral Foundations of Politics*, Yale University Press, 2003, s. 148.

21 Beccaria, s. 94.

*duyarlılığımızı, şiddetli ve anlık dürtülerden daha kolay ve daha güçlü bir biçimde etkiler*²².

Dolayısıyla Beccaria, işlenen suç karşılığı olarak suçlunun hangi cezayı hak etmesi gerektiğinden daha çok, faydacı saiklerle, yeniden suç işlenmesini önlemek için cezaların nasıl olması gerektiği ile ilgilenmektedir.

b) Beccaria'da Suç ile Ceza Arasındaki Orantı

Beccaria, yukarıda zikrettiğimiz eserinin VI. kısmını cezalar ile suçlar arasındaki orantıya ayırmıştır. Bu kısmın başlangıcında Beccaria, insanlığın ortak yararının sadece suçların işlenmemesinde değil, aynı zamanda her çeşit suçun toplum için doğurduğu kötülük oranında daha az sıklıkta işlenmesinde görmektedir. Dolayısıyla ona göre, suçlar toplumun güvenliği ve huzuru için ne kadar yıkıcı ise ve aynı şekilde suçların işlenmesini teşvik edici unsurlar ne kadar güçlü ise, yasakoyucunun suçları önlemek için kullandığı araçlar da o kadar güçlü olmalıdır. Bu gerekçelerle düşünür, suçlar ile cezalar arasında sabit bir oranın olması gerektiğini düşünür²³. Ancak o, bu oranı hassas bir denge hesaplamasına dayandırır. Suçlar ile cezalar arasındaki bu hassas dengeyi anlatabilmek için yasakoyucunun rolü ile maharetli bir mimarın rolünü kıyaslar. Ona göre, insanoğlunun tutkularının ürünü olan düzensizlikleri tamamen ortadan kaldırmak olanaksızdır. İnsanlar arasındaki çıkar çatışmalarının artmasıyla orantılı olarak bu düzensizlikler de artacaktır. Beccaria'ya göre insanı özel çıkarlara iten güç, sürekli işleyen yer çekim kanununa benzer. Eğer karşıt bir kuvvet yoksa, yer çekimi kanunu gibi özel çıkarları teşvik eden bu güç de sürekli olarak varlığını devam ettirir. Özel çıkarların öldürücü etkisini yok edecek güç de politik engellerdir. Dolayısıyla o, cezayı, (suçları önleyici) politik bir engel olarak görür²⁴.

Ancak Beccaria, özel çıkar çatışmalarının öldürücü etkisinin (suçların), yasakoyucunun politik engelleriyle (cezalarla) önlenmeye çalışılırken özel çıkar duygusunun yok edilmemesi gerektiğini söyler. Onun şu sözleri konuyu en iyi şekilde anlatacak niteliktedir:

²² Beccaria, s. 99; bkz. Güriz, *Faydacı Teoriye Göre...*, s. 29.

²³ Beccaria, s. 28.

²⁴ Beccaria, s. 28-29.

“...Benim politik engeller olarak adlandırdığım cezalar, özel çıkara götüren nedeni/duyguyu (*impelling cause*) yok etmeden özel çıkarların öldürücü etkisini engeller. Özel çıkara götüren neden/duygu, insanın ayrılmaz bir duyarlılığıdır. Bu konuda yasakoyucunun eylemleri (çıkardığı yasalar), eserini güçlendirmek amacıyla olanakları bir araya getirerek yer çekimine karşı koyan (mukabele eden) yetenekli bir mimarın eylemlerine benzer”²⁵.

Beccaria'nın bu düşünceleri, onun faydacı yanının en çarpıcı göstergesidir. Diğer yandan, onun cezalandırmanın rolü ile ilgili olarak “ceza bireyler arasındaki yarar ihtilaflarının ölümcül etkisini engellerken, büsbütün yarar duygusunun eğilimlerini yok etmemelidir” şeklindeki yaklaşımı, *mutlaklık/kesinlik* yerine, *olasılık* düşüncesi üzerine dayanmaktadır. Bu yaklaşımını kendisi şöyle ifade etmektedir: “...Politik aritmetikte, matematiksel kesinlik yerine olasılıklar hesaplamasını geçirmek gerekir”²⁶.

Diğer yandan Beccaria, topluma farklı derecelerde zarar veren suçlara eşit cezanın verilmesi halinde, daha büyük avantajları sağlamaya yönelik daha büyük suçların önlenmesinin söz konusu olamayacağını söyler²⁷.

3- Bentham'da Faydacılık ve Cezalandırma

a) Bentham'ın Faydacı Ceza Felsefesinin Esası

Jeremy Bentham, ahlak felsefesini ve dolayısıyla erdemi (*virtue*), fayda/yarar (*utility*) prensibi açısından tanımlamaya çalışmıştır²⁸. Filozofun bu ahlak tanımlaması, insan doğası üzerine temellendirilmiştir. Bentham açısından, insan doğasına egemen olan iki ilke vardır. Bunlar, haz (*pleasure*) ve acı (*pain*)'dır. Bu iki ilke insan davranışlarını yöneten en önemli güdü (*motive*)'dür²⁹. İnsan doğasına ilişkin kendince saptadığı bu olgusalıktan, etik bakımdan doğru olanın haz ve mutluluğu artırmak olduğu sonucuna varmış-

25 Beccaria, s. 29.

26 Beccaria, s. 29.

27 Beccaria, s. 32.

28 Curzon, L. B, *Jurisprudence*, Cavendish Publishing, Londo-Sydney 1995, s. 59.

29 Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*, (Edited with an Introduction by Wilfrid Harrison), Basil Blackwell, Oxford 1948, s. 125; bkz. Binder, Guyora, “Punishment Theory: Moral or Political”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, (2002), s. 339.

tır. Davranışlarımızın etik bakımından ölçütünü koyduktan sonra, buradan siyaset ve hukuk felsefesi için önemli sonuçlar çıkarır. Bunlar, birey ve toplumun faydasının artırılmasıdır³⁰. Bu amaç Bentham'ın siyaset ve hukuk felsefesinde, “en büyük sayının en büyük mutluluğu” olarak klişeleşmiştir³¹.

Faydacılık üzerine dayanan pozitivist bir hukuk felsefesini ortaya koyan Bentham, *Common Law*'un fayda ilkesiyle uyuşmayan kurum ve kurallarını³² ve geleneksel doğal hukuk anlayışını eleştirmiştir³³. Bentham'a göre pozitif hukukun, doğal hukuk açısından değil, kökleri bilime dayanan fayda ilkesi açısından değerlendirilmesi gerekir³⁴.

Bentham'ın yukarıdaki düşünceleri açısından baktığımızda, bir ahlak kuralı kendiliğinden (per se) iyi ve kötü olamaz. Dolayısıyla, gerek ahlak kuralları olsun gerekse hukuk kuralları olsun, davranış kurallarının iyilik ve kötülük testleri pratikteki faydalarına göre ölçülecektir. Bu bağlamda Bentham, ceza hukukunda eylemlerin, kendiliklerinden kötü olanlar (mala in se) ve hukuk tarafından yasaklandığı için kötü olanlar (mala prohibita) şeklinde ayrılmasına karşı gelir. Eylemin haksızlığı, sonuçlarına göre ölçülecektir³⁵.

Bentham'ın fayda üzerine temellendirdiği hukuk anlayışı, geleneksel doğal hukuk anlayışıyla uyuşmaz. Zaten kendisi de doğal hukukun şiddetli bir eleştircisidir³⁶. Çünkü geleneksel doğal hukuk anlayışında, ahlaksal değerlerin bizatihi kendileri iyi veya kötüdür. Bu anlamda klasik doğal hukuk anlayışı mutlakçıdır. Ahlaksal değerlerin özlerinin varlığı ve bu özlerin bilinebilirliği (cognitive), klasik doğal hukuk kavramının temel argümanlarıdır. Geleneksel doğal hukuk anlayışında, herhangi bir fayda mülahasasına başvurulmaksızın, ahlak kurallarının ihlali bir kötülük olarak algılanır. Oysa Bentham'da kötülük, insana elem veren şeylerdir. Elem dışındaki kötülük

30 Bkz. Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*..... s. 126 vd.

31 Bkz. Güriz, *Faydacı Teoriye Göre*.....; Rosen, s. 221.

32 Tebbit, Mark, *Philosophy of Law: An Introduction*, 2nd edition, Routledge, London-New York, s. 18-19.

33 Tebbit, s. 113; Bkz. Sweet, William, “Jeremy Bentham”, <http://www.iep.utm.edu/b/bentham.htm> (E.T. 17.05.2009).

34 Shapiro, s. 19.

35 Bkz. Curzon, s. 63; Güriz, *Faydacı Teoriye Göre*....., s. 102.

36 Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 7. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007, s. 234.

ölçütleri Benthamcı yararcılık bakımından anlamsızdır. Bundan dolayı Bentham, hukuksal kurum ve kuralları fayda açısından yeniden reforme etmek istemiştir. Ceza hukukunun felsefesini de fayda esası üzerine şekillendiren Bentham, cezalandırma ile fayda arasında sıkı bir ilişki kurmuştur.

b) Bentham'da Cezalandırmanın Temellendirilmesi

aa) Cezanın Bir Araç Olması

Bentham açısından bütün yasaların genel amacı, toplumun toplam mutluluğunu artırmaktır. Bu amacı gerçekleştirme yönünde atılacak ilk adım, mutluluğu azaltacak olan şeyleri olanaklar ölçüsünde bertaraf etmektir; yani kötü olan (*mischief*) şeyleri ortadan kaldırmaktır³⁷. Ancak filozof açısından ceza da bir kötülüktür. Dolayısıyla eğer ceza kabul edilecekse, sadece daha büyük başka kötülükleri engellemek için kabul edilmelidir³⁸. Bu bağlamda Bentham cezalandırmanın amacı olarak, özel önleme (*particular prevention*) ve genel önleme (*general prevention*) üzerinde durmaktadır³⁹. Ancak o, cezalandırmanın temel amacının genel önleme olması gerektiğini şu sözlerle ortaya koyar:

“Genel önleme, cezalandırmanın temel meşruluk temeli olduğu gibi, temel amacı da olmalıdır. Eğer bir suç, benzeri asla gerçekleşmeyen tecrit edilmiş bir eylem olarak mülahaza edebilseydik cezalandırma faydasız olacaktı. Bu, sadece bir kötülüğün diğerine eklenmesi olacaktı. Fakat biz, cezalandırılmamış bir suçun, sadece aynı fail için değil ve fakat aynı zamanda suç işleme güdü ve fırsatlarına sahip olanlara da suç işleme yolunu açtığını düşündüğümüz zaman, bir kişiye verilen cezanın herkes için bir güvenlik kaynağı olacağını anlarız⁴⁰.”

Özel önleme bakımından, Bentham, cezanın üç amacı olduğunu söyler. Bunlar, suçlunun *suç işleme yeteneğini ortadan kaldırma* (*incapacitation*),

³⁷ Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*..... s. 281.

³⁸ Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*..... s. 281.

³⁹ Bentham, Jeremy, Bentham, Jeremy, *“The Rationale of Punishment”*, Published by Robert Heward, London 1830, s. 19.

⁴⁰ Bentham, *The Rationale of Punishment*, s. 20-21.

suçluyu *islah* etme (reformation) ve gelecekte suç işlememesi için *gözdağı verme* (intimidation)'dir⁴¹. Bu üç amaç suçlu açısından cezalandırmanın felsefesini oluşturmaktadır.

Bentham'ın, cezalandırmayı bu şekilde haklılaştırması, cezayı bir amaç olarak değil de bir araç olarak görmesinden kaynaklanmaktadır. Bu da, daha vahim kötülükleri engelleme ve dolayısıyla faydayı gerçekleştirme aracıdır. Bentham'ın bu yaklaşımının, cezayı bir kefaret ve kötülüğe karşı muhakkak surette verilmesi gereken bir karşılık olarak değerlendiren teorilerle uyuşmadığı açıktır. Ceza hukukunun, kısmen de olsa, Bentham'ın görüşleri doğrultusunda evrimleştiğini söylemek yanlış olmaz.

bb) Cezalandırmanın Uygun Olmadığı Durumlar

Bentham, *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*⁴² adlı eserinde, cezalandırmanın uygun olmayacağı dört durum üzerinde durur. Bunlar, cezalandırmanın temelsiz (groundless), etkisiz (inefficacious), kârsız (unprofitable) ve gereksiz (needless) olduğu durumlardır⁴³.

Bentham'a göre cezalandırmanın temelsiz olduğu durum, eylemin (filin) hiçbir şekilde bir kötülük oluşturmadığı durumdur. Yani eylem herhangi bir kimseye bir kötülük oluşturmuyorsa, cezalandırma temelsizdir. Ayrıca eylem bir kötülük oluştursa bile, eğer eylem dolayısıyla bir yararı ihlal edilen kişi buna rıza göstermişse, yine cezalandırma temelsizdir. Çünkü Bentham'a göre bir kişi için nelerin haz, nelerin elem vereceği konusunda kendisinden başka bir kimse daha iyi yargıçlık yapamaz⁴⁴. Tabii ki Bentham burada belirtmese de, *rıza* bütün suçlar için bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz.

⁴¹ Bentham, *The Rationale of Punishment*, s. 21.

⁴² Bentham'ın bu eseri 1780'de basılmış ve fakat yayımlanmamıştır. Eserin ilk yayımı 1789 yılında yapılmıştır. Fakat daha sonra bazı dipnot ve pasajlar eklenerek eser 1823'te yeniden yayımlanmıştır. Yukarıdaki dipnotlarda da görüleceği gibi biz, Bentham'ın iki eserinin (*A Fragment On Government ve A Introduction to The Principles of Morals and legislation*) birlikte yer aldığı, Wilfrid Harrison tarafından edite edilmiş bir esere aitta bulunuyoruz. Harrison'un edite ettiği bu eser, *A Introduction to The Principles of Morals and Legislation adlı eserin* 1823 edisyonunu esas almıştır. (Bkz. Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. vii.)

⁴³ Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 282.

⁴⁴ Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 282.

Cezalandırmanın temelsiz olduğu diğer bir durum da, kötülük sayılan bir eylemin daha büyük değeri korumak için yapılacak olmasıdır. Kötülük sayılan bir eylemin mevcut bir felaketi önlemek amacıyla yapılması bunun bir örneğidir⁴⁵. Açıkça görüldüğü gibi burada da Bentham ıztırar halinden söz etmekte ve bu durumlarda cezalandırmanın temelsiz olduğunu belirtmektedir. Son olarak, uygun (yeterli) bir tazminatın kesinliği/belirliliği de filozof açısından cezalandırmayı esassız kılan bir durumdur. Ancak Bentham açısından bunun iki koşulu vardır; birincisi, suç sayılan eylem uygun (yeterli) bir tazminata elverişli olmalıdır; ikincisi tazminatın ödenecek olmasının muhakkak olmasıdır. Bu ikincisi, sadece ideal bir koşul olarak görülür. Çünkü Bentham'a göre bu, olgusal olarak kanıtlanamaz⁴⁶.

Görüldüğü gibi Bentham, oldukça liberal bir mantıkla, suç sayılan eylemlerden ortaya çıkacak zararın tazminata elverişli olması durumunu, cezalandırmayı temelsiz kılacak nedenler arasında görür. Bu, bazı suçları özel hukuk alanına çekme çabası olarak algılanabilir.

Suçtan doğan zararın tazmini cezada indirim sağlaması veya cezalandırmayı tamamen ortadan kaldırması durumlarına modern hukuklarda sınırlı olarak rastlayabiliriz. Örneğin TCK 168. madde gereği olarak mala karşı işlenen bazı suçlarda kovuşturma başlamadan veya başladıktan sonra hüküm verilmeye kadar pişmanlık göstererek uğranılan zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderme durumlarında cezada indirim yapılacağı öngörülmüştür⁴⁷. Yine CMK 253. madde gereği uzlaşmaya tabi suç-

45 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 282.

46 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 283.

47 TCK 168 (Değişik madde: 29/06/2005-5377 S.K./20.mad)

1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle haklarında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fikraya giren hallerde yarısına, ikinci fikraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

larda uzlaşma sonucu şüpheli veya sanığın edimini tamamen yerine getirmesi halinde soruşturma aşamasında kovuşturmayaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise davanın düşmesine karar verilir. Doğal olarak, verdiğimiz etkin pişmanlık ve uzlaşma örneklerinde fiil suç olmaktan çıkmamakta, sadece cezada indirim sağlanmakta veya cezalandırma engellenmektedir.

Cezalandırmanın etkisiz olduğu durumlara geldiğimiz zaman, Bentham bununla ilgili olarak birçok olasılık üzerinde durmaktadır. Biz burada sadece bazıları üzerinde duracağız. Bunlardan birisi, yasaların *ex-post facto* olarak, yani geçmişe etkili bir biçimde çıkarılması ile yargıcın kendi otoritesine dayanarak yasakoyucunun öngörmediği bir cezayı uygulamasıdır⁴⁸.

Görüldüğü üzere filozof burada cezaların kanuniliği ilkesi üzerinde durmakta ve bu ilkeye uyulmamasının cezalandırmayı etkisiz bırakacağını öngörmektedir. Gerçekten de suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine uyulmayan sözde bir hukuk sisteminde öngörülebilirlik (predictability) ve belirlilik (certainty) ortadan kalkacak, kişiler ne için ve ne zaman cezalandırılacaklarını bilemeyeceklerdir. Hangi fillerin suç oluşturacağını ve cezaların neler olacağını bilmediği bir sosyal ortamda, sonradan verilen ceza kişileri suç işlemekten alıkoymayacaktır. Çünkü kişiler hangi fillerden dolayı ne türlü bir ceza ile karşılaşacaklarını bilemedikleri keyfi bir düzende, eylemlerini uyduracakları ölçütlerden yoksun kalacaklardır. Böyle bir sosyal düzende yasallığa bağlı olmayan cezalandırma suçların işlenmesini önleyemeyecektir. Çünkü suçlar ve cezalar önceden belli değildir. Bentham burada konuya cezalandırmanın amacı bakımından yaklaşmaktadır. Bentham'ın yararcılığı açısından cezaların amacı, kötülükleri, yani suçları önlemektir. Doğal olarak suçların ve cezaların kanuniliğine uymama, aynı zamanda hukuk devleti kavramı bakımından da bir sorun oluşturacaktır.

Cezalandırmanın etkisiz ve yararsız olduğu diğer bir durum da, yasaların gerekli araçlarla duyurulmamasıdır⁴⁹. Bu da hukuk devleti için önemli bir koşuldur. XX. Yüzyılın doğal hukukçularından Lon L. Fuller, yasaların

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.

48 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 283.

49 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 283.

önceden ilan edilmesini, bir ilke olarak hukukun içsel ahlakını oluşturan öğeler içerisinde sayar⁵⁰.

Ceza ehliyeti olmayanların cezalandırılması ile irade dışı yapılan suç fiillerinin cezalandırılması da Bentham açısından cezadan beklenen yararı sağlamayacağı için amaca uygun değildir⁵¹. Burada Bentham'ın yararlılığı çok açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Çünkü ceza ehliyeti olmayanların cezalandırılmaması gerektiği düşüncesine, moral değerler veya adalet ideali açısından değil de, salt cezadan beklenen etkinin (amacın) gerçekleşmeyeceği dolayısıyla ulaşmaktadır. Bentham'ın yararlılığı açısından baktığımızda, eğer diğer akıl hastaları üzerinde suç işlemeyi önleyici bir etkisi olsaydı, ceza ehliyeti olmayan bir akıl hastasını işlediği bir suç dolayısıyla cezalandırmak yararlı olacaktı. Oysa bu yaklaşım geleneksel adalet prensiplerine aykırı düşmektedir. Çünkü kusur yeteneği olmayanları, sonuçta yarar sağlasa bile, işledikleri suçlar dolayısıyla cezalandırmak, geleneksel adalet düşüncesiyle bağdaşmaz.

Cezalandırmanın kârsız/fuzuli olduğu duruma geldiğimiz zaman, Bentham burada da çeşitli olasılıklar üzerinde durur. Bunlardan en önemlisi suç ve ceza arasındaki orantısızlıktır⁵². Konuyu aşağıda inceleyeceğimiz için burada ayrıntıya girmeyeceğiz.

Cezalandırmanın gereksiz olduğu durumla ilgili olarak da Bentham, “eğer cezalandırmadaki amacı daha ucuz bir maliyetle etkili bir şekilde sağlayabiliyorsak cezalandırma gereksizdir”, demektedir. Burada filozof eğitimi örnek olarak göstermektedir⁵³. Dolayısıyla Bentham açısından eğer eğitim, suçları etkili bir biçimde engelleme konusunda daha az maliyetli ise cezalandırma gereksiz olacaktır. Bentham'ın bu yaklaşımında bir fayda-maliyet analizi görünmektedir.

50 Bkz. Mcleod, Ian, *Legal Theory*, 2nd edition Palgrave Macmillan, 2003, s. 105-106; Kramer, Matthew H., *Objectivity and Rule of Law*, Cambridge University Press 2007, s. 151.

51 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 284-285.

52 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 286.

53 Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 287; Bkz. Güriz, *Faydacı Teoriye Göre.....*, s. 100.

David Lyons'un da belirttiği gibi faydacılığın cezalandırma yaklaşımı, bir fayda-maliyet analizine dayanmaktadır. Böyle bir analiz, cezaları, basitçe hak edildiği için (deserved) meşrulaştırılmamakta, hem suç işleyenler ve hem de suçtan zarar görenlerin yararları açısından meşrulaştırmaya çalışmaktadır⁵⁴. Bilindiği üzere bu yaklaşım hem geleneksel doğal hukuk düşüncesine ve hem de semavî (kitaba bağlı) dinlerin ahlak anlayışına aykırıdır. Her iki yaklaşımda da kötülük (şerr) ve iyilik (hayır), sadece fayda açısından değerlendirilmez.

cc) Bentham'da Suç ile Ceza Arasındaki Orantı

Bentham suç ile ceza arasındaki oran konusuna, hem *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*⁵⁵ adlı eserinde ve hem de *The Theory of Legislation* adlı eserinde yer vermiştir. Biz bunlardan sadece *The Theory of Legislation* adlı eserindeki beş kuralı saymakla yetineceğiz.

Birinci Kural: “cezalandırmanın ortaya koyduğu kötülük (zarar), suçun suçluya sağladığı avantajı geçmelidir⁵⁶”.

İkinci Kural: “Cezalandırmadaki kesinlik ne kadar yetersiz ise, ceza o kadar şiddetli olmalıdır.⁵⁷” Tersinden bu kural şöyle ifade edilebilir: Ceza az olsa bile, eğer cezalandırma kesin ise bir kimse, o suçu işlemeyi göze almaz. Bentham, bunun iyi bir usul metodu olduğunu söyler.

⁵⁴ Lyons, David, *Ethics and The rule of Law*, Cambridge University Press, 1984, s. 157.

⁵⁵ Bentham bu esrinde suçla ceza arasındaki oran konusunda on üç kuraldan söz eder. (Bkz. Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....*, s. 290-295.)

⁵⁶ Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, (Edited C. K. Ogden), Routledge Kegan Paul, London 1931, s. 325; Bu kural diğer eserinde şu şekilde geçmektedir: “Cezanın değeri hiçbir biçimde suçtan sağlanan kardan az olmamalıdır” (Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals.....* s. 290). Ayrıca Bentham *The Rationale of Punishment* adlı eserinde suç ile ceza arasındaki oran konusunda şunları söylemektedir: “Elem ve haz insan eylemlerinin iki büyük ürünüdür. Eğer kişi, bir eylemin sonucu olarak elem duyacağını algılar veya öngörürse, daha önce görüldüğü gibi, kesin bir biçimde bu eylemi yapmaktan kaçınacaktır. Elemin görünen büyüklüğü veya değeri, eylemin beklenen sonucu olarak hazzın görünen değerinden daha büyük olursa kişi bu eylemi yapmaktan mutlaka kaçınacaktır.” (Bentham, “*The Rationale of Punishment*”, s. 19-20). Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi.....*, s. 242; Güriz, *Faydacı Teoriye Göre.....*, s. 100.

⁵⁷ Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, s. 325.

Üçüncü Kural: “İki suç birleşmesi durumunda, suç işleyen daha hafif suç işledikten sonra daha büyüğünü işlememesi için, daha büyük suç daha şiddetli cezaya bağlanmalıdır.⁵⁸” Örneğin, soygun yapmak için cinayet işleyecek kişi, eğer cinayetin cezası soygundan fazla ise cinayeti işlemeyip sadece soygunla yetinecektir.

Dördüncü Kural: “Suç ne kadar büyük olursa, bu suçu önlemek için şiddetli bir cezaya başvurma konusunda o kadar büyük gerekecektir.⁵⁹”

Beşinci Kural : “Bütün suçlular için aynı suçtan dolayı aynı ceza verilmemelidir; esnekliği gerektiren bazı şartları göz önünde tutmak gerekir⁶⁰”. Örneğin, aynı para cezası bir zengin için önemsiz bir şey iken, fakir birisi için ağır bir etki yaratır.

III- Bir Kefaret (Retribution) Olarak Cezalandırma

1- Genel Olarak

Karşılıklı bulunma veya kefarete olarak çevirebileceğimiz *retribution* sözcüğü, John Cottingham’ın etimolojik analizine göre, Latince *re+tribuo* (geri ödeme-pay back) sözcüğünden türemiştir⁶¹. Dolayısıyla köken olarak geri ödeme anlamına gelen *retribution*, ceza hukuku felsefesinde suçlunun işlediği suçun karşılığını (bedelini) geri ödemesidir. Kefareti (*retribution*) esas alan teoriye göre cezalandırmanın kendisinden başka amacı olamaz; cezalandırmanın kendisi bizzatı amaçtır. Yine bu teoriye göre ceza sadece suçlunun acı çekmesi için verilir. Bir başka anlatımla, bir elemin ceza olarak değerlendirilmesi için, bunun sadece suçlunun acı çekmesi için verilmesi

58 Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, s. 326.

59 Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, s. 326.

60 Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation*, s. 327. Bu kuralı diğer eserde şu şekilde ifade etmiştir: “Her suçlu için gerçek olarak tatbik edilen ceza miktarı genel olarak benzer suçlulara tatbik edilen ceza miktarına uygun olabilir, (ancak) esnekliği gerektirecek bazı şartları daima göz önünde tutmak gerekir.” (Bentham, *A Fragment on Government and An Introduction to The Principles of Morals*..... s. 292).

61 Cottingham, John, “Varieties of Retribution”, *Philosophical Quarterly*, vol. 29, issue 116, (1979), s. 238. Bizim de yaptığımız sözlük araştırmasına göre *retribution*, Latince geri ödeme anlamına gelen *re+tribuere* (pay back) sözcüğünden türemiştir. <http://www.merriam-webster.com/dictionary/retribution> (E.T. 02.08.2009).

gerekir⁶². Böylece suç işleyen, işlediği suçun cezasını ödeyecek, yaptığı kötülüğün karşılığını alacak ve böylece ihlal edilen adalet ilkesinin öcü alınacaktır⁶³. Cezayı bir kefarete olarak gören teoriler, cezalandırmayı gelecekle ilgili değil, geçmişle ilgili bir işlem olarak görürler. Başka bir anlatımla cezalandırmanın meşruluğu geçmişle ilişkilendirilir⁶⁴.

Cezalandırmada kefareti (retribution) esas alan yaklaşıma göre, ceza, suçlunun eyleminin ortaya çıkardığı haksızlığı esas alır. Dolayısıyla ceza, suçun kefaretinin ödenmesini sağlayıp evrendeki moral dengenin onarılmasına yönelik olmalıdır. Kefaretçi (retributivist) ceza anlayışını savunan Hegel'e göre ceza, haksızlığı ortadan kaldırarak hakkı restore eder⁶⁵. Suç ve ceza arasındaki ilişkiyi diyalektik bir mantıkla açıklayan Hegel, suçu, hakkın (hukukun) inkâr edilmesi olarak, cezayı ise buna verilmiş bir tepki olarak izah etmektedir⁶⁶.

Durkheim suç ve cezalandırma ile ilgili sosyolojik analizlerinde, suçun, toplumsal değerlerin yer aldığı kolektif bilince aykırı düşen ve dolayısıyla dayanışmayı bozan bir etken olduğunu⁶⁷, cezanın ise bozulan sosyal ahlak ve sosyal bağların yeniden onarılmasına dönük bir tepki olduğunu söyler. Dolayısıyla Durkheim'da ceza geçmişle ilgili bir tepki olarak bozulan sosyal düzenin yeniden inşasına yöneliktir⁶⁸. Ancak Durkheim'in analizleri sosyolojik tasvir niteliği taşıdığı için, cezalandırma ile ilgili betimlemelerinden cezalandırmanın amacıyla ilgili sonuçlar çıkarmak hatalı olabilir.

⁶² Willoughby, Westel W., "A Survey of Ethical Theories of Punishment" *Rational Basis of Legal Institutions*, (Edited by John H. Wigmore and Albert Kocourek), New York 1923, Part V, Chapter XLVII, s. 555.

⁶³ Willoughby, s. 555-556.

⁶⁴ Honderich, Ted, *Punishment, The Supposed Justification*, (Revised Edition), Pluto Press, London, 2006, s. 17; Bkz. Dönmezer/Erman, s. 559.

⁶⁵ Fletcher, George P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, s. 32.

⁶⁶ Bkz. Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 230; Koca/Üzülmez, s. 436; Önder, s. 9-10; Hegel, G. W., *The Philosophy of Right* (Translated S.W. Dayde), Batoche, 2001, (paragraf 95 ve 97) s. 88-89.

⁶⁷ Marsh, Ian (with John Cochrane and Gaynor Merville), *Criminal Justice*, Routledge, London 2004, s. 31.

⁶⁸ Marsh, s. 32.

Cezayı sadece geçmişle ilgili görenler, cezanın ya geçmişteki suçun karşılığı için verilmiş bir kefarete ya da bozulan sosyal düzeni yeniden onaran bir çare olarak görürler. Cezayı başlı başına bir amaç ve sadece kefarete olarak görenler, cezanın geleceğe dönük fonksiyonlarını ihmal ederler.

Klasik kefarete teorisini savunanlar (classical retributivism), cezalandırmanın meşrulaştırmasını da, cezalandırmanın sağladığı menfaatler bakımından değil de, bizzatihi kötü sayılan suçun kendisi bakımından yapmaya çalışırlar⁶⁹. Bu klasik yaklaşım, cezayı, itaatsizliğin bedeli olarak, suç sayılan haksız davranışa bağlayan gündelik bir ahlaksal sezgiyi yansıtır. Politika açısından bakıldığında da, ceza, kuralları ihlal edilmiş topluma ve hakları ihlal edilmiş kurbanlara borçlu olunan bir bedeldir⁷⁰.

David Boonin, cezayı bir ödetme, bir kefarete olarak gören teorileri, “hak etme” (cezaya layık olma) (desert), “hak kaybı” (forfeiture), “adalet/hakkaniyet” (fairness) ve diğer kefarete biçimleri olarak dört bölümde incelemektedir⁷¹. Hak etmeyi (desert) esas alan kefarete teorisinin cezalandırmaya ilişkin temel gerekçesi şöyledir: “Suç fillerini işleyenleri cezalandırmak ahlaken onaylanabilir; çünkü bunlar işledikleri suç sebebiyle cezayı hak etmektedirler/cezalandırmaya müstahaktırlar”⁷². Hak kaybı (forfeiture) temelli teoriye göre ise, suç işleyen kişinin durumu, suç işlemediği zamandaki durumuyla aynı değildir; suç işleyen gönüllü olarak bazı haklarından vazgeçmiştir; ceza bir hak kaybıdır; bu hak kaybına suç işleyenin kendisi suç işlemek suretiyle bilerek neden olmuştur⁷³. Adaleti/hakkaniyeti (fairness) esas alan teori, cezalandırmaya dağıtıcı adalet açısından yaklaşmaktadır. Bu anlayışa göre suç, toplumdaki menfaat ve yükümlülük dağılımını bozan bir etken olarak görülmekte; ceza da bozulan bu dağılımı onaran bir çare olarak değerlendirilmektedir. Bu anlamda ceza suçluya yüklenen bir külfettir⁷⁴. Suçlu, işlediği suç dolayısıyla ceza külfetine maruz kalacak ve böylece bir karşılık ödemiş olacaktır. Bu temel kefarete teorilerinden başka, Boonin’in, *diğer*

69 Wilson, William, *Central Issues in Criminal Theory*, Hart Publishing, Oxford 2002, s. 54-55.

70 Wilson, s. 55.

71 Bkz. Boonin, s. IX. (Contents).

72 Boonin, s. 87.

73 Boonin, s. 105.

74 Boonin, s. 120.

kefarete biçimleri adı altında söz ettiği teorilerden sadece güven (trust) teorisine kısaca değinerek yetinelim. Güven temelli kefarete teorisine göre güven, sivil toplumun işleyişi için zorunludur. Suç işleyenler, diğerlerinin güven beklentisine zarar vermişlerdir. Dolayısıyla ceza, güven beklentisi ihlaline verilmiş bir tepki olarak görülmektedir⁷⁵.

Görüldüğü üzere yukarıdaki teoriler, cezalandırmayı geçmişle ilgili olarak bir karşılık, bir ödetme ve bir tepki olarak görmektedirler.

2- Kant'ın Cezalandırma Yaklaşımı

a) Kant'ta Ahlak Yasası ve Cezalandırma

Cezalandırmanın amacı bakımından kefarete teorisini savunanların başında Kant gelir⁷⁶. Ancak Kant'ta cezalandırmanın amacına girmeden önce genel ahlak felsefesine kısaca değinmeyi yararlı görüyoruz.

Alman aydınlanmacı filozofu Kant, ahlak felsefesinde faydacılıktan tamamen uzak bir yaklaşım sergiler. Kant ahlaksal sorumluluğu ödev bilincine bağlar. Kesin emir (kategorik emperatif) niteliğindeki ahlaksal emirler faydacı saiklerle değil, bir ödev bilinciyle yapılmalıdır⁷⁷. Kategorik emperatifin en temel niteliği ise, evrensel olmasıdır. Kategorik emperatif açısından öyle davranmalıyız ki, bu davranışımız daha sonra evrensel bir kural olabilsin⁷⁸. Zorda olan birine yardım ettiğimiz zaman, bu davranışımız evrensel bir kural olabilir. Çünkü aynı davranış bize yapıldığı zaman bunu kabul edebiliriz. Güçsüz olan birinin güçsüzlüğünden faydalanıyorsak, aynı şeyin kendimize karşı yapılmasına izin vereceğimiz anlamına gelmektedir⁷⁹. Böyle bir şeyi kabul edemeyeceğimize göre, davranışımız ahlak açısından doğru değildir. Suç konusunda da aynı şey geçerlidir. Suç sayılan fiil genel bir davranış kuralı haline gelemeyeceğine göre ahlaken iyi değildir. Bir suçu başkasına karşı işlediğimiz zaman, bu suçun cezasının karşılık olarak bize verilmesi

⁷⁵ Boonin, s. 143-144.

⁷⁶ Binder, s. 350.

⁷⁷ Kant, Immanuel, *Pratik Usun Eleştirisi*, (Türkçesi: Onur Ateş), 1. bası, , Yeryüzü Yayınevi, Ankara 2003, s. 98-99.

⁷⁸ Kant, *Pratik Usun*..... s. 39; Ayrıca Bkz. Binder, s. 351 vd.

⁷⁹ Lyons, David, *Ethics and Rule of Law*, Cambridge University Press 1984, (reprinted 1989), s. 150.

gerekir. Hatta aşağıda göreceğimiz gibi Kant, kısas (lex talionis) düşüncesine yol açabilecek biçimde, insan suç işlediği zaman aslında suçu kendisine karşı işlemiş olacaktır demektedir.

b) Kant'ta Cezalandırmanın Amacı

Kant'a göre cezalandırma hiçbir zaman sadece başka iyileri (gerek suçlunun kendisi gerekse sivil toplum bakımından) gerçekleştirmek için uygulanan bir araç değildir. Ceza, bütün durumlarda, suçluya sadece suç işlediği için verilmelidir. Suç işleyen kişi öncelikle, verilecek cezanın kendisi veya diğer vatandaşlar için herhangi bir yarar getireceği düşüncesine başvurulmadan cezalandırılmalıdır⁸⁰. Filozof ceza hukukunu kategorik emperatif (kesin emirler) olarak tanımlamakta ve kendi deyimiyle, faydacı düşüncenin hileli yollarına başvurarak cezalandırma adaletinden kaçanları eleştirmektedir⁸¹. Dolayısıyla Kant açısından cezalandırmanın temel felsefesi yararçı düşünce olamaz⁸². Çünkü o, suç işleyenlerin cezalandırılmasını kesin ahlaki bir emir (kategorik emperatif) olarak görmektedir. Ahlak kuralları da, Kant'a göre, şarta bağlı olamayacağı için, cezalandırma faydacılık açısından temellendirilmemeli veya hafifletilmemelidir.

Kant kendi düşüncesini desteklemek için ölüm cezasını da haklılaştıracak şu vecize üzerinde durmaktadır: “*Bütün insanların yok olması yerine tek bir insanın ölmesi daha iyidir. Çünkü, eğer adalet ve haklılık düşüncesi yok olursa, dünyada artık insan hayatının bir değeri kalmaz*”⁸³.

Daha sonra Kant suç ve ceza ile ilgili olarak şunları söylemektedir:

“*Fakat, kamu adaletinin kendisine bir ilke ve standart olarak seçeceği cezalandırma biçimi ve ölçüsü nedir? İşte bu tam olarak eşitlik ilkesidir, bu ilke vasıtasıyla adalet terazisinin ibresi ne bu tarafa ne de diğer tarafa eğilir. Bir kimsenin diğer bir kimseye yönelik işlediği haksız bir kötülüğü, aslında kendisine karşı işlemiş olması gerektiği kabul edilebilir. Dolayısıyla şöyle söylenebilir: Eğer başkasına iftira atarsan, kendine iftira atmış olursun;*

80 Kant, Immanuel, *The Philosophy of Law* (Trans. W. Hastie), 1887, s. 195; Ayrıca bkz. Binder; s. 356; bkz. Honderich, s. 17-18.

81 Kant, *The Philosophy of Law*, s. 195.

82 Bkz. Koca/Üzülmez, s. 436.

83 Kant, *The Philosophy of Law*, s. 196.

başkasından bir şey çalarsan, kendinden çalmış olursun; başkasına vurursan kendine vurmuş olursun; başkasını öldürürsen kendini öldürmüş olursun. İşte bu misilleme/kıyas (retaliation- lex talionis) hakkıdır”⁸⁴ ...

Doğal olarak cezalandırmanın haklılaştırılması bakımından da Kant, faydacı düşünce yerine hak etme/layık olma (desert) kriterlerini esas almaktadır. Kant açısından, cezalandırmadan ne kadar fayda sağlanırsa sağlansın, bu fayda cezalandırmanın haklılaştırılması için kullanılmaz. Cezayı haklı kılan, suçlunun suç işleyerek cezayı hak etmesidir (deserved) veya cezaya layık olmasıdır⁸⁵.

Cezalandırmanın başka hiçbir yararı olmasa bile, Kant açısından suçlu yine de cezalandırılmalıdır. Kant’ın cezalandırma ile ilgili bu yaklaşımını gösteren ve sıkça atıf yapılan düşünceleri şu şekildedir:

“Bir sivil toplum, kendi üyelerinin iradeleriyle kendisini feshetmeye karar verse bile (farz edelim ki bir adada yaşayan bir halk ayrılarak tüm dünyaya yayılmaya karar vermiştir; bu halde bile), hapisanede kalan son caninin (katilin) cezası, fesih karar uygulanmadan önce infaz edilmelidir. Böyle yapılmalıdır ki, herkes, katilin hak ettiği şeyin ve kan suçunun, halkın üzerinde kalmayacağını anlayabilsin; aksi takdirde halk da, adaletin bu açık ihlalinde onunla (katille) işbirlikçi olarak değerlendirilebilir”⁸⁶.

Görüldüğü gibi Kant’ın üzerinde durduğu bu faraziyede suçlunun cezasının infaz edilmesinde, cezanın kendisinden başka bir amacı söz konusu olmamaktadır. Ancak Kant, yukarıda alıntı yaptığımız paragrafta, cezaların halk üzerindeki etkisini de ima etmektedir. Buradan suçların genel önlenmesine dönük bir yaklaşım da çıkarılabilir⁸⁷. Ancak bir bütün olarak bakıldığında görülecektir ki, Kant çok ağırlıklı olarak kefarete (retribution) teorisini benimsemiştir.

84 Kant, *The Philosophy of Law*, s. 196.

85 Bkz. Wilson, s. 55.

86 Kant, *The Philosophy of Law*, s. 198; bkz. Brooks, Thom, “Kant’s Theory of Punishment”, *Utilitas*, vol. 15, no. 2, (July 2003), s. 210-211; bkz. Zaibert, Leo, *Punishment and Retribution*, Asghate Publishing, 2006, s. 103.

87 Bkz. Zaibert, s. 103.

Dolayısıyla Kant'ın ceza felsefesinde hak etme (desert) ve adalet kavramları önemli bir yere sahiptir⁸⁸. Bu kavramlar açısından, her halükârda kötülüğün karşılığı verilecektir. Ancak, Kant'ın, cezaların diğer amaçlarını ihmal ettiği söylenebilir. Faydacılığın Kant'ın ahlak felsefesinde yeri olmadığı gibi, cezalandırma felsefesinde de yeri yoktur.

Öte yandan, cezalandırmayı salt faydacılık açısından meşrulaştırdığımız zaman, toplumsal fayda açısından ve suçların önlenmesi bakımından suçlu olmayanların cezalandırılması düşüncesi mantıksal açıdan olsa bile ortaya çıkabilir. E.F. Carritt ve H.J. McKloskey'in faydacı cezalandırmayı eleştirmek için verdikleri örneklerde, faydacı saiklerle masum kişilerin cezalandırılarak suçların önlenebileceğini ve bunun faydacı felsefeyle uyuşabileceğini ortaya koymaktadırlar⁸⁹. Faydacı filozofların cezalandırmayı, Carritt ve McKloskey'in sunduğu gibi temellendirip kefaret yönünü tamamen ihmal ettiklerini söylemek zordur. Ancak, cezalandırmaya salt fayda açısından yaklaşmak, Carritt ve McKloskey'in öngördükleri sonucu mantıksal açıdan doğurabilir.

IV- Karma/Uzlaştırıcı Yaklaşım

Gerek faydacı görüşün ve gerekse kefareti esas alan mutlak ceza (mutlak adalet) teorisinin, tek başına (yalın olarak) uygulanmasının ortaya çıkardığı sonuçların da dikkate alınmasıyla, bu iki görüş bir araya getirilerek karma bir yaklaşım geliştirilmiştir⁹⁰. Ancak karmanın nasıl veya ne oranda yapılacağı tartışmalıdır. Dolayısıyla karma yaklaşımın taraftarları arasında uzlaştırmanın yapılması konusunda görüş birliği olduğu halde, uzlaştırmanın nasıl yapılacağı konusunda bir ittifak söz konusu değildir⁹¹. Bir yaklaşıma göre cezalandırmanın ölçütü, "içtimaî fayda ile mahdut adalet", diğer bir yaklaşıma göre ise ölçüt, "adaletle mahdut içtimaî fayda"dır⁹². Anlaşıldığı gibi birinci yaklaşım adaleti göz önünde bulundurmakla birlikte toplumsal faydaya üstünlük tanımakta; ikinci yaklaşım ise toplumsal faydayı dikkate almakla

88 Murtagh, Kevin, Punishment, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/p/punishme.htm#H5> (E.T. 26.07.2009).

89 Bkz. Binder, s. 322.

90 Taner, M. Tahir, *Ceza Hukuku (Umumi Kısım)*, İstanbul Üniv. Yayınları, 1949, s. 31-32.

91 Koca/Üzülmez, s. 438.

92 Bkz. Taner, s. 32; Koca/Üzülmez, s. 438.

birlikte adalet prensibine üstünlük tanımaktadır. Başka bir ayrıma göre ise, karma teoriler, “dış görünüş itibariyle yapılan karma” ve “faydacı karma” şeklindedir⁹³. Dış görünüş itibariyle yapılan karmada, cezanın esas niteliğini kefarete oluşturmada, bunun yanında faydacı amaçların da dışlanmaması gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁴. Faydacılığa dayanan karma yaklaşım ise, ceza uygulamasının temelde faydadan hareketle yapılmasını savunmaktadır⁹⁵.

Sadece faydacı mülahazalarla cezalandırmaya yaklaşmak, adalet düşüncesini zedeleyen bir durum ortaya çıkarabilir. Bu konuda E. F. Carritt’in verdiği şu örnek dikkat çekicidir:

*“Toplumda çok yaygın hale gelen bir suçu işleyenlerin yakalanmadığını farz edelim. Böyle bir durumda toplumdaki huzursuzluğu gidermek ve güvenlik duygusunu güçlendirmek için masum bir insanı, herkesin onu suçlu saymasını sağlayacak şekilde, ibret olsun diye idam etmek son derece elverişli sayılabilir”*⁹⁶.

Gerçekten de bu örnekte salt faydacılık açısından haklılaştırılan masum bir insanın cezalandırılması söz konusudur. Ancak görüldüğü gibi salt faydacı bir cezalandırmayı kabullenmek imkânsızdır. Çünkü adalet ideali ile açık bir uyumsuzluğu söz konusudur. Güriz’e göre ise masum bir insanın cezalandırılması daha büyük toplumsal huzursuzluklara yol açacağı için, faydacı düşünce örnekteki durumu onaylamaz⁹⁷. Ancak yine de cezalandırmada salt fayda düşüncesi adalet açısından yetersizdir. Cezalandırmada ilk önce kefarete mülahazası önde tutulmalı, faydacı amaçlar bunu takip etmelidir. Bu yöntem takip edilirse, faydacı amaçlarla ne masumlar cezalandırılır, ne de orantısız cezalar verilir.

Genel ya da özel caydırıcılık düşüncesiyle de olsa, suç işleyenlere kusurlarıyla orantısız cezalar verilmemelidir⁹⁸. Dolayısıyla cezalandırmada faydacı düşünceler yanında mutlak ceza teorisinin de ilkelerinin gözetilmesi gerekir.

93 Bkz. Önder, s. 14.

94 Önder, s. 15.

95 Bkz. Önder, s. 15.

96 Bkz. Güriz, *Faydacı Teoriye Göre...*, s. 103; bkz. Binder, s. 322.

97 Güriz, *Faydacı Teoriye Göre...*, s. 103.

98 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 17.

H. L. A. Hart ve John Rawls, uzlaştırıcı bir düşünce ile bu eklektik yaklaşımı benimsemişlerdir. Hart ve Rawls'un teorilerinin ortak özelliği, cezalandırmanın haklılaştırılmasını sadece bir görüş açısından yapmamasıdır⁹⁹. Her iki yazar da cezalandırmanın meşrulaştırılmasını çeşitli soruların yanıtları açısından yapmaya çalışmaktadırlar.

Hart, cezalandırmanın nasıl yapılacağı ile ilgili olarak temelde üç soru ortaya atar. Birinci soru, “genel ceza uygulamasını meşrulaştıran nedir?” İkincisi, ceza kime uygulanabilir?” Üçüncü soru ise, “ne kadar şiddette ceza verebiliriz?” biçimindedir¹⁰⁰. Sorulardan birincisi, cezalandırma amacının genel haklılaştırması ile ilgilidir. İkincisi, sorumlulukla ilgilidir. Üçüncüsü cezanın miktarı/şiddeti ile ilgilidir¹⁰¹. Hart'a göre birinci soru faydacılık açısından cevaplandırılmalı ve cezalandırmanın meşrulaştırılması suçların önlenmesi gibi sosyal sonuçlarına göre yapılması gerekir. İkinci soru ise, Hart'a göre, kefareti (retribution) esas alan anlayışa göre cevaplandırılmalı ve dolayısıyla ceza, suç işleyen kişiye tatbik edilmelidir¹⁰². Üçüncü soru ise kısmen kefaretçi yaklaşıma göre cevaplanmalı ve hiç kimseye hak ettiğinden daha fazla ceza verilmemelidir¹⁰³. Bu yaklaşımıyla Hart, faydacı cezalandırmanın olası adaletsiz sonuçlarını bertaraf etmeye çalışmıştır. İkinci ve kısmen de üçüncü soruların cevapları, cezalandırmaya adalet açısından yaklaşmakta ve cezalandırmayı hak etme (desert) ilkesiyle ilişkilendirmektedir. Bu cevaplar açısından ceza, sadece suç işleyene ve hak ettiği kadar verilecektir.

John Rawls da, kefareti esas alan mutlak ceza teorisiyle faydacı cezalandırma felsefesini uzlaştırmaya çalışmıştır. Tıpkı Hart gibi Rawls da çeşitli sorular sorarak görüşünü ortaya koymak istemiştir. Birinci soru, “*F*, dün neden hapisaneye konuldu? İkincisi, “bazı insanlar diğer insanları neden cezalandırır?” biçimindedir. Rawls'a göre, birinci soru, bir kurala göre bir eylemin haklılaştırılmasını sorgularken, ikinci soru, bu kuralın haklılaştırıl-

⁹⁹ Tebbit, s. 203.

¹⁰⁰ Bkz. Honderich, s. 166. bkz. Lacey, Nikola, *State Punishment*, Roulege, 2002, s. 47; bkz. Tebbit, s.204.

¹⁰¹ Honderich, s. 166.

¹⁰² Bkz. Murtagh, Kevin, *Punishment*, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/p/punishme.htm#H5> (E.T. 26.07.2009); bkz. Honderich, s. 166.

¹⁰³ Bkz. Honderich, s. 166.

masını araştırır¹⁰⁴. Bu sorulardan birincisinin yanıtı, “çünkü *F, B* bankasında soygun yaptı; bu yüzden adil olarak yargılanıp suçlu bulundu” şeklindedir. Diğerinin yanıtı, “iyi insanları kötü insanlardan korumak için” biçimindedir. Bu sorulardan, cezalandırma kurumu ile ilgili iki perspektif ortaya çıkmaktadır. Birincisi, geçmişe bakan yargıcın rolü, ikincisi ise geleceğe dönük olan yasakoyucunun rolüdür¹⁰⁵. Rawls’a göre yargıcın yaptığı şeyin haklılaştırılması, kefareti esas alan görüş açısından; yasakoyucunun yaptığı şeyin haklılaştırılması ise faydacı görüş açısından yapıyor gibidir¹⁰⁶.

Ancak Rawls’un, yasakoyucunun eyleminin faydacı görüş açısından haklılaştırılmasıyla ilgili yorumu çok isabetli gözükmemektedir. Çünkü yasa koyucunun rolüne sadece faydacı görüş açısından bakmak uzlaştırıcılıkla bağdaşmaz. Eğer uzlaştırıcı görüşten yana isek, yasakoyucunun eylemlerini de hem kefareti (retribution) ve hem de fayda açısından haklılaştırmamız gerekir. Yasakoyucu suç ve ceza politikasını oluştururken, her iki ölçütü dikkate alması durumunda uzlaştırıcı bir yaklaşımı benimsemiş olacaktır.

V- Sonuç

İnsan toplumunun ortaya çıkmasından itibaren iyi (hayır-good) ve kötü (şerr-evil) düşüncesi diyalektik bir süreç içerisinde çarpışarak devam etmiştir. Hukuk bakımından kötülüğü belirleyen unsurlardan en önemlileri, bireysel hakların ihlali ve toplumsal düzenin bozulmasıdır. Öteden beri toplumlar bu iki kötülüğe karşı çeşitli biçimlerde karşı koymuşlardır. Kötülüğe karşı koyma biçimlerinden birisi de cezalandırma değildir. Modern toplumlarda da cezalandırma sosyal düzeni sağlayıcı en önemli hukuksal araçlardandır. Cezalandırmanın amacı bakımından kabul edilen üç temel teori grubu söz konusudur. Bunlardan birincisi, kefareti (retribution) esas alan mutlak ceza teorileri; diğeri faydacılığı esas alan nisbî ceza teorileri ve üçüncüsü karma teorilerdir.

Kefaret teorileri cezanın kendisini bizatihi amaç olarak gördükleri halde, faydacı teoriler cezayı başka amaçlara hizmet eden bir araç olarak görürler. Faydacı teoriler açısından cezanın amaçları arasında, suçların işlenmesinin önlenmesi (özel ve genel önleme) ve suçluların ıslahı olarak görülür. Faydacı

¹⁰⁴ Bkz. Zaibert, s. 12.

¹⁰⁵ Bkz. Zaibert, s. 13; Tebbit, s. 204.

¹⁰⁶ Bkz. Zaibert, s. 13.

ceza felsefesinin en önemli temsilcileri olarak Beccaria ve Bentham zikredilebilir. Beccaria'nın faydacı ceza felsefesini Bentham daha da derinleştirerek ileri götürmüştür. Bu iki faydacı filozofun modern hukuk düşüncesi üzerinde etkileri büyük olmuştur. Cezayı bir kefaret ve başlı başına bir amaç olarak görenlerin başında Kant gelir. Modern hukuk sistemleri günümüzde bu iki ana teorinin bir sentezi biçimindedir. Anglo-Sakson hukuk teorisinde H.L.A Hart ve John Rawls uzlaştırıcı görüşü savunanların başında gelir.

Cezalandırma felsefesinde sadece faydacı ölçütleri esas almak, adalet ideali bakımından arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilir. Bundan dolayı cezalandırma felsefesinde, ilk önce adalet prensipleri esas alınmalı ve her kötülüğün bir karşılığının olması gerektiği düşüncesini esas alan kefaretçi (retributivist) düşüncelerden hareket edilmeli, daha sonra cezanın önleme ve ıslah gibi diğer faydacı işlevleri buna eklenmelidir. Salt faydacılık esas alınır, "fayda varsa cezalandırılmalıdır" gibi, "kimin neden dolayı cezalandırılacağını" sorgulamayan yaklaşım ortaya çıkacaktır. Aynı şekilde, cezalandırmada sorumluluğun belirlenmesinde de adalet prensipleri öncelikle esas alınmalıdır.