

CEZÂİ SORUMLULUĞUN ESASI BAKIMINDAN KLÂSİK TEORİ VE BU TEORİNİN KARŞILAŞTIĞI İTİRAZLAR

Doç. Dr. Sulhi Dönmezer

Hukukta mesuliyet meselesi, asli ehemmiyeti haiz bulunan mevzuların başında gelir. Gerçekten hukuk, nâhai bir tahlil ile, sosyal kaideler arasındaki hususiyetini müeyyide fikrinde bulur. Müeyyide tatbik olunduğu zaman manâ ifade eder. Onun tatbik olunabilmesi ise hukukî müeyyideyi ihlâl eden şahsın mesul olmasına bağlıdır. O halde hukukun asli ve başta gelen müeyyidesi mesuliyettir. Mesele bütün hukuk branşları için böyle olduğu gibi, bilhassa ceza hukuku için çok ehemmiyetli olarak böyledir. Çünkü ceza hukuku bütün unsurlarıyla ve bahisleriyle mesuliyet meselesi etrafında toplanır. Diyebiliriz ki, bu hukuk zümresindeki bütün hükümlere istikamet veren, mihver teşkil eden nokta mesuliyet meselesidir; gerçekten bu hukuk zümresinin bütün diğer meselelerine verilecek cevaplar ve bunlara karşı alınacak vaziyetler, ceza hukukunda mesuliyetin esası üzerinde malik bulunulan esas telâkkiye tâbidir. Bu itibarla ceza hukukunda mesuliyetin esasının ne olduğunu tâyin keyfiyeti sadece felsefi sahada yapılmış spekülâtif bir çalışma mahiyetini taşımaz; aynı zamanda üstün tatbiki ehemmiyeti haiz olan bir mesele de teşkil eder.

Bu etüt çerçevesi içinde cezaî mesuliyetin esası bakımından —bu husustaki teorilerin ilkinin teşkil eden— klâsik teoriyi inceliyeceğiz.

Cezaî mesuliyetin esasını kusura ve dolayısıyla manevî mesuliyete dayandıran klâsik nazariye asırlar boyunca filozofların, Ceza nazariyecilerinin ve mevzuatın, teşriî faaliyetin müşterek çalışmaları mahsulü olarak meydana çıkmaktadır. Daha açık bir surette ifadesi lâzımsa uzm asırlar fikri sahada devam edegelmekte bulunan çalışmalar klâsik nazariyenin, yahut muhtelit nazariyenin malzemesini teşkil eylemiş ve nihayet Guizot (1) Jouffroy (2) ve bilhassa klâsik

(1) *Guizot: Traité de la peine de mort en matière politique.*

(2) *Jouffroy: Traité de droit naturel. 1830.*

nazariyenin asıl mümessili, hocam Tahir Taner'in tabirile, bu mektebi Ceza Hukukunda temel taşı yapan Rossi (3) kendilerinden evvelki fikir adamlarının getirdikleri malzemeyi birleştirmişler ve klâsik nazariyeyi ifade etmişlerdir (4).

Bizim görüşümüze nazaran klâsik nazariyenin tenkilde ve tecziyede esas tuttuğu gaye şu suretle ifade olunabilir: Ferdî hürriyet ve şahsî masuniyeti hiç bir suretle izrar eylemeksizin ve tehlikeye düşürmeksizin cemiyeti müdafaası etmek ve şahsî masuniyet ve hürriyet ile cemiyetin müdafaası çatıştığı zaman —cemiyetin müdafaasının unsurlarının en mühimlerinden biri de ferdî hürriyet ve şahsî masuniyete riayet olunduğundan— ferdî hürriyet ve şahsî masuniyeti tercih eylemektir.

Klâsik nazariyenin en başta gelen unsur olarak ferdî hürriyet ve şahsî masuniyeti almış bulunmasını, bu nazariyenin teşekkül eylediği devrenin hâdise ve ceza tatbikatı ile izah etmek mümkündür. Ceza Hukuku uzun asırlar keyfilik esasına dayanmış ve bundan ferdî hürriyet ve masuniyet çok zararlar görmüştür; filozoflar ve hukukçular çok şikâyet etmişlerdir. Bu itibarla mezkûr tatbikata bir aksülâmel ve beşeriyetin bir zaferi olmak üzere klâsik nazariye Ceza Hukukunun başlıca hedefini, içtimai müdafaayı temin etmekle beraber bilhassa ferdî hürriyet ve masuniyeti gözönünde tutmak suretinde tesbit eylemiştir (5). Ve kanaatimizce klâsik nazariye ile pozitivistler ve diğer eklektik mektepler mümessillerinin aralarındaki fikir mücadelesinin düğüm noktasını burada aramak lâzımgelir.

Bizce cezaî mesuliyetin esasını izah vaziyetinde bulunan her teorinin cevap vermekle mükellef bulunduğu iki sual, mesele vardır:

I) Cezaî mesuliyetin dayandığı esas nedir, başka tâbirle bir şah-

(3) Rossi: *Traité de droit pénal*.

(4) Sırası gelmişken burada terim meselesi üzerinde biraz duralım: Bazı müellifler ezcümle Donnedieu de Vabres ve Saleilles klâsik mektep terimini Rousseau, Bentham, Beccaria ve Kant'ın arzettikleri telâkkilere hasrederek Rossi'nin ifade eylediği telâkkiye yeni klâsik mektep adını veriyorlar. Buna mukabil sayın hocamız Tahir Taner ve Girolamo Santucci (Riv. Dir. Pénit. 1937. s. 475), Roux, Rossi'nin telâkkisini klâsik mektep adile ifade ederek, emniyet tedbirlerini ve muayyen hallerde tehlikeli hal mefhumunu kabul etmekle beraber manevî mes'uliyet esasını muhafaza eden yeni telâkkiye yeni klâsik mektep adını veriyorlar ki kanaatimizce bu daha doğrudur.

(5) Sulhi Dönmezer: Teşebbüste hazırlık ve icra hareketleri tefriki (İstanbul Hukuk Fakültesi Mec. Cilt VIII, sayı 3-4).

sın işlediği suçtan dolayı takip ve tecziye olunabilmesi için içinde bulunması iktiza eden sübjektif veya objektif şartlar nelerdir?

II) Faile verilecek ceza yahut tertip olunacak müeyyidenin nev'i ve ölçüsü, her hâdisede, neye nazaran tayin olunur?

İşte bu iki soruların cevabını klâsik nazariyede araştıracağız.

Birinci mesele :

Klâsik nazariyeye göre cezaî mesuliyetin esası nedir, daha açık ifadesi lâzımsa klâsik nazariyede cezaî mesuliyet ne zaman vardır?

Bu soruların cevabını vermeden önce hemen zamanımızın ekseri kanunlarında ifadesini bulan klâsik nazariyeye göre, mesuliyetin şartlarını mütalâa eylemek lâzımgelir.

Medenî hukuk bakımından olduğu gibi Ceza hukuku bakımından da, insan sebebi olduğu neticeden dolayı ancak bu netice kendisine kabili isnad ise yani bu netice onun hesabına kaydedilebildiği takdirde mes'uldür.

Fakat sosyal adaletin bir fiil veya hareketsizliği failin hesabına—bu hesabı onunla halletmek ve neticelerini ona çektirmek gayesiyile— kaydedebilmesi için failin kusur ika eylemiş bulunması, kusurlu olması lâzımdır (6).

Bu esastan birbirine bağlanan ve birbirini ikmal eden şu üç fikir iştikak eder: Cezaî mesuliyetin mevcut olabilmesi için 1) maddî sebebiyet alâkasının, 2) ehliyetin, 3) manevî sebebiyet alâkasının (kusurun) mevcut bulunması lâzımdır (7).

Maddî sebebiyet alâkasının var olması neticenin failin fiilinden husule gelmiş olması başka tabirle eğer failin fiilî mevcut olmasa idi neticenin hiçbir suretle husule gelmesine imkân bulunmaması demektir (8). Demek oluyor ki bir şahsın cezaen mesul edilebilmesi için failin bu fiilî yahut neticeyi husule getiren sebep olması lâzımgelir ve hâkimin bir şahsın cezaî mesuliyetini tayin bakımından her şeyden önce tayin ve tesbit etmesi lâzımgelen nokta budur.

(6) *Garraud*: *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, c. I, s. 553 ve sonrakiler.

(7) *Tahir Taner*: *Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu şerhi*, 1937, s. 296 ve sonrakiler. Üstat Tahir Taner bu şartları önce ikiye irca ediyorlar: 1) Ehliyet, 2) Isnad kabiliyeti. Failin ehil olması a) Serbest iradeye, b) temyiz kudretine malik olmasını, icabettirir. Isnad kabiliyeti ise a) maddî sebebiyet alâkasından, b) Manevî sebebiyet alâkasından ibarettir.

(8) *Sulhi Dönmezer*: *Maddî sebebiyet alâkası* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fak. Mec. sene 1943, sayı 1-2).

Mesuliyetin ikinci şartı, failin, tabir caizse, kusur işlemeğe ehil bulunmasıdır. Bir şahsın kusurlu olmağa ehil olabilmesi için ise irade serbestisine ve temyiz kudretine malik bulunması lâzımgelir.

«Serbest iradeye malik olmak, umumî surette bir kimsenin bir hareketi yapıp yapmamakta muhtar olması, hareketlerine istediği istikameti verebilmesi demektir. Mesuliyet mevzuubahis olmak için işlenen fiilin serbest bir irade mahsulü olması, failin onu isteyerek işlemiş bulunması şarttır. O suretle ki eğer isteseydi işlemiyebilirdi (9)». İrade bu suretle bir niyetin tahakkukuna tatbik olunan, ruhun kuvveti oluyor. Görülüyor ki klâsik nazariyeye göre mesuliyetin şartı irade muhtariyeti olmaktadır. Bu nazariye şahısların librarbitr'e malikiyetini kabul ediyor: librarbitrin mevcut olmadığı şahıslar için cezaî mesuliyet yoktur.

Fakat cezaî mesuliyetin bu ehliyet unsurunun tahakkuku için sadece irade serbestisi kifayet etmez; failin aynı zamanda temyiz kudretine malik bulunması da lâzımgelir. Bazı Fransız müellifleri temyiz kudreti tabiri yerine zekâ (intelligence) (10) yahut şuur (Conscience) (11) tabirlerini kullanmaktadırlar. Fakat bu tabirlerin muhtevasından anlaşılan aynı şeylerdir.

Temyiz kudretinden anlaşılan iki manâ vardır; bir telâkkiye göre temyiz kudreti iyiyi kötüden ayırabilme kabiliyetidir. Diğer bir telâkkiye göre ise isnad olunması mevzuubahis olan fiilin gayri kanuniliğini, kanuna aykırılığını temyiz ve tefrik edebilmek melekesini ifade eder ve zekâ yahut temyiz kudreti ile hareket etmiş olmakta, işlenen fiilde bu melekeyi kullanmak demektir (12), başka tabirle temyiz kudreti fiilin suç teşkil edip etmediğini anlayabilme kudretidir (13).

Ehliyeti teşkil eden bu iki unsur, librarbitr ile temyiz kudreti arasında da şu münasebet vardır: librarbitr temyiz kudreti olmadan mevcut bulunamaz. Zira iyiyi kötüden tefrik edemiyen şahıs, suçlu bu ikisi arasında hür olarak seçim yapamaz. Halbuki temyiz

(9) *Tahir Taner*: S. g. eser, s. 300.

(10) *Roux*: Précis de Droit criminel, c. I, s. 143.

(11) *A. Pulat Gözübüyük*: La responsabilité pénale, son fondement philosophique et juridique dans les doctrines positivistes. Thèse Lausanne 1941, S. 23.

(12) *Garraud*: s. g. eser, Cilt. I, S. 560; *Haus*: Principes généraux du droit pénal Belge, troisième édit, cilt I, 1878, s. 1207.

(13) *Tahir Taner*: s. g. eser, s. 300.

kudreti mevcut bulunmakla beraber manevî hürriyet yahut irade serbestisi mevcut olmayabilir (14).

Nihayet cezaî mesuliyetin üçüncü şartı olarak da, fiil ile husule gelen netice arasında maddî bir sebebiyet alâkası mevcut bulunan ve serbest irade ve temyiz kudretine sahip olan şahsın, işlediği fiil dolayısıyla kendisine bir kusur isnad olunabilmesi lâzımdır. Kusurdan şunu anlıyoruz; failin suçtan çekinmesi lâzımdı ve bu çekinme mümkündü; bununla beraber fail, suçtan çekinebilmesi yahut sakınabilmesi mümkün olduğu halde onu ika eylemiştir. Yani işlediği bir fiilden dolayı failin kusurlu olduğunu ilân ederken ceza adaleti failin işlediği fiilin suç teşkil eylediğini anlayabildiğini ve bununla beraber bu fiili istediğini yahut bundan sakınmak hususunda iradesini kullanmadığını ve işte bundan dolayıdır ki kendi fiili ile netice arasında manevî bir sebebiyet alâkasının mevcut bulunduğunu yani bu fiilden dolayı kusurlu olduğunu ifade etmiş olur.

Görülüyor ki ehliyet, sureti umumiyede, hâdiseden mücerret olarak failde mevcut olan, cezaî mesuliyet için mevcut bulunması iktiza eden melekelerle taallük ediyor; halbuki kusur failin müşahhas hâdisedeki ruh haletine taallük ediyor. Yani kusur muhakkak surette ehliyet unsuruna bağlıdır; ehliyet şartlarına malik bulunmayan şahıs hiç bir suretle kusurlu olamaz. Buna mukabil kendisinde ehliyet şartları mevcut bulunan bir şahıs müşahhas hâdisede kusurlu olmayabilir.

Mütekaddim izahatımızdan anlaşılıyor ki kusur failin manevî mesuliyetine yani, iradesinin serbest olması dolayısıyla, fiili işlemiyebilirken, ruhi melekeleri ve vasıfları itibarile bunu işlemek elinde iken, işlemiş bulunmasına dayanıyor.

Daha açık olarak ilâve edilmesi lâzımgelirse kusur, failin manevî mesuliyetine, failin manevî mesuliyeti de irade serbestisine yani librarbitre dayanmaktadır. Şu halde, nihai bir tahlil ile klâsik mazariyede cezaî mesuliyetin dayandığı esas manevî mesuliyettir. Librarbitrden istemek veya istememek, cebir olunmaksızın hareket etmek, bir fiili ika eylememek hususunda serbestce karar verebilmek veya icra edebilmek melekesi anlaşılır. Yahut daha kısa ifadesi lâzımsa

(14) *Garraud*: s. g. eser, s. 560, aksi fikir için *Roux*: s. g. eser, s. 143. «Bu tatbikat akli veya gayri akli olabilir. Bir deli yaptığını ister o yalnız müsaade olunan hareketlerle menolunanlar arasındaki tefriki kaybetmiştir. İradeden mahrum değildir. Fakat zekâdan mahrumdur.»

librarbitr bir istek ile diğeri bir istek arasında seçmek hususunda müsavi bir kudrettir (15).

Görülüyor ki klâsik nazariye neticede ruhun, iradenin mütezat saikler arasında, bunlardan birini seçmek veya bunların hepsini reddetmek kabiliyet ve kudretini kabul ediyor ve bu suretle spiritüalist bir zeminde bulunuyor.

Eski müelliflerin klâsik nazariyede librarbitr meselesini anlayış ve vazedişleri ile bugünkü müelliflerin klâsik nazariyede bunu anlayış ve vazedişleri arasında fark vardır. Bu hususta eski müelliflerden bir misal olmak üzere Ortolan'ı ele alalım (16): müellife göre «psikolojik melekelerinde mülâhaza olunan insan şu üç kelime ile ifade olunan bir şeyden ibarettir: hassasiyet (Sensibilité), zekâ (Intelligence), faaliyet = icra (Activité)»; «cezacı gerek isnad kabiliyetinin teşekkülünde ve gerekse kusurun muhtelif derecelerinde bu üç unsura bağlanmak lâzımgelir.» «... ihsas, his, ihtiras menşelerini hassasiyette bulan şeylerdir. Hassasiyet bizde husule getirdiği cezbedilme ve bize ilham eylediği nefretler ile hareket ve faaliyetlerimiz üzerinde müessir olur. Umumiyetle denilebilir ki hassasiyet bizde bir muharrik, tahrik eden fail rolünü ifa eder. Fakat bu bizatihi ne hür ve ne de aydınlanmış olmadığından, mesuliyet ve isnad kabiliyetini teşkil eden şartların dışında kaldığı görülür.»; «Burada zekâ müdahale eder. Zekâ da basit ve neticelerinde daima bir olan bir meleke olarak kendini arzetmez. O, bilâkis çok mufassal ve gayri müsavi olan bir melekedir.» «... bizim zekâmızın en yüksek noktasını teşkil eden, insanı daha aşağı mahlûklardan esaslı surette ayıran, ârizî münasebet yahut fikirleri kabul etmek, idrâk etmek değil fakat mutlak hakikatin idrakine yükselmek kudretidir. Bu telâkkiler arasında en yüksek olanları Allahtan sonra ahlâki iyilik ve fenalık, doğru, âdil ve doğru olmıyan, gayri âdil telâkkileridir. Zekâmızın bu en yüksek melekesine tahsis olunarak, bazıları tarafından, akıl kelimesi kullanılmıştır. Hassasiyetimiz bir şeyi bizden musirrane olarak talep edince, bu talebi muhakeme eden ve sürüklendiğimiz hareketin ahlâki bir iyilik veya fenalık olup olmadığını, bunun hukuka uygun veya aykırı bulunup bulunmadığını bize haber veren odur.

Bunun üstünde ruhun diğeri bir kudreti tezahür eder: fiilin ya-

(15) *Garroud*: s. g. eser, c. I, s. 559.

(16) *J. Ortolan*: *Eléments de Droit pénal*, c. I, Paris 1886, s. 106 ve sonrakiler.

pılıp yapılmıyacağı hususunda karar verecek ve vücudümüzün, icra için zarurî olan, dahilî ve haricî âletlerini istirahat yahut harekete sevkedecek olan kudret; işte bu surettir ki faaliyetlerimiz cereyan eder ve böylecenedir ki fiillerimizin bize isnadı için zarurî olan ikinci şarta, hürriyete bizde bu suretle tesadüf olunur. Hürriyet kelimesi dışında olarak, psikolojik dilde ruhun bu kudretini ifade için diğer bir tabir kullanılır: irade.», «Allah bize, bir veya diğer bir istikamette karar vermek hususunda hür kuvvet vermiş bulunduğundan dolaydır ki farksız olarak bizi irade yahut hürriyet ile mücehhez kılmış bulunduğu söylenebilir.

Hulâsa eğer insan ilk sebep, müessir sebep olabilmek iktidarına malik bulunuyorsa bunun sebebi hürriyetin mevcut olmasıdır. Eğer insan dünyada yaşayan bütün diğer mahlûklar arasında yaptığı fiillerden dolayı cevap vermek mükellefiyetine tabi tutulmuş ise bunun sebebi yalnız onda zekânın en yüksek melekesinin mevcut bulunmasıdır: manevî akıl, fiillerinin doğru olduğunu veya olmadığını bilmesi: insan hürdür, insan iyi ve fenayı tanır, binaenaleyh mesuldür.»

Halbuki bu noktada Garraud aynen şunları söylüyor (17): «... Binaenaleyh modern Ceza hukuku her şeyden önce, hürriyet mefhumuna istinad eder. Fakat o bu mefhumu ancak amprîk bir noktai nazardan mülâhaza eder, yoksa metafizik bir noktai nazardan değil. Hürriyeti inkâr eden materyalizm ve determinizme olduğu kadar bunu mübalagalandıran spritualizme de yabancı kalır; o hareket noktası olarak şu müşahedeyi ele alır; muayyen bir yaştan sonra, fert muayyen bir melekeler yekûnunu elde eylemiştir. Fizik ve psîşik olan bu melekeler muayyen bir halde bir fiilin kanunî ehemmiyetini tanımak, ve bunu ika eyleyip eylememek hususunda karar vermek için kâfidirler.»

Roux'da aynen şöyle demektedir (18): «Müsbet hukuk, metafizik sahada librarbitr meselesini vazetmeksizin daha basit bir noktai nazardan vaziyet almaktadır. O, sosyete halinde yaşayan fertler arasında, esash olup olmamasının ehemmiyeti olmıyan ve fakat her halde hakiki ve şeeni olan, bir tefriki kabul ediyor; görülüyor ki bu fertlerden bazıları mukavemet mümkün olmıyan bir kuvvete itaat ediyorlar ve yaptıklarından başka suretle de hareket edemezler. Bir de mukavemet kabiliyeti olanlar vardır.

(17) *Garraud*: s. g. eser, c. I, s. 560 ve 561.

(18) *Roux*: s. g. eser, s. 144.

17 Birincilere müsbet hukuk yaptıklarından dolayı hesap sormuyor, bilâkis ikincilerden bu hususta hesap soruyor»; «Bütün cezaî mesuliyet nazariyesi, her normal insanın kendisinde taşıdığı ve herkesin mükâfat ve şeref mevzuubahis olduğu zaman talep eylediği ve kıymetsizlik yahut ceza mevzuubahis olunca da aynı suretle muhafazasının doğru olacağı, bu manevî hürriyetine olan inanç üzerine müstenittir (19)».

Klâsik nazariyenin cezaî mesuliyeti, manevî mesuliyete istinad ettirmekte bulunması dolayısıyla ahlâkî mesuliyet ile cezaî mesuliyetin aynı olmadığı yahut arada bir münasebet varsa bunun neden ibaret bulunduğu meselesi de mevzuubahis edilmektedir.

Malûm olduğu veçhile eczacılar arasında, ahlâk ve ceza hukuku sahalarının birbirinden ayrı olduğuna ve bunların birbirine karıştırılmasının ortaya koyacağı tehlikeler ve mahzurlara işaret eylemek hususunda hemen hemen ittifak vardır.

Bununla beraber İtalya'da Ceza hukuku sahasında in'ikâsları pek te kuvvetli olmamış bulunan bir mektep, «Hümanist Ceza mektebi», «her suçun, Ceza Kanununun ihlâli olmadan önce, ahlâkî hislerimizin ihlâlini teşkil eylediğini, hırsızlık; adam öldürme gibi, bütün suç sayılan hâdiselerin, hukukî bir kaidenin ihlâlini teşkil eder olarak tanınmadan önce vicdanımız tarafından hislerimizin ihlâli olarak tanındığını», «vicdanımızın insan hareketlerine, ahlâkî ve gayri ahlâkî sıfatlarını verdiğini ve ahlâk dünyasını yaratırken adalet ve hukuk dünyasını da yarattığını», «bu suretle bugün suç sayılmıyan birçok hareketlerin suç sayılması iktiza ettiğini buna mukabil Ceza Kanununda ahlâka muhalif hareketler teşkil etmeyen bir çok fiillerin de suçluluktan çıkarılması iktiza ettiğini beyan eylemektedir (20)». Louis Proal'e nazaran da «Ceza Kanunu ahlâk kanununa bağlıdır; hukukî mesuliyet üzerine istinat ettiği için, kasitleri,

(19) *Louis Braffort: Essai de contribution à l'évolution du droit pénal 1924, s. 360.* — Libr arbitr, hakîki suçluluğun hudutları içinde fenalığa karşı olan aslî temayüllerimize mukavemet melekesidir; Saleille'ye nazaran da «hürriyet bizde mevcut olan mukavemet kudretinden başka bir şey olamaz. Suçta hürriyet mukavemet kabiliyetidir»; «iradenin bu mukavemet kudreti, oldukça iyi bir surette bildiğimiz bir çok şeylere tâbidir. İlk önce sihhate ve hattâ her nevi akıl hastalığı dışında patolojik hale tâbidir.» (*Saleille: De l'individualisation de la peine, s. 68*).

(20) Vincenzo Lanza: *L'école pénale humaniste (Rev. Int. Dr. Pén. sene, 1925. s. 182).*

niyetleri takdir eder, manevî mücrimiyeti, sübjektif suçluluğu araştırır; suçluların cezalandırılması yalnız bir içtimâî müdafaa fiilî değil fakat bir adalet fiilidir. Ve ancak onu hak edenlere karşı tatbik ve hükmolunur.»

«Fakat Ceza Kanunu ahlâk kanununa bağlanmakla beraber içtimâî adalet onunla karışmaz, çünkü her birimizin cürmî niyetleri, kasitleri bir icra başlangıcı teşkil eden haricî fiiller haline inkılâp etmedikçe cezalandırılmaz (21)».

Kanaatimizce de Hukuk ve ahlâk kaidelerinin farklılığı, bu iki nevi içtimâî hattı hareket kaidelerinin değişik olan gayeleri ve mevzuları, bu iki çeşit kaidelere riayet etmeyiş dolayısıyla sosyete de husule gelen aksülâmellerin nevi ve şiddet itibarile farklı oluşu, ve hattâ bazan ahlâk kaidelerine uygun hareket edişin hukuken, neticeleri itibarile, kötü telâkki edilişi ve bazan da kaziyenin tamamile aksi olabilişi, ahlâk kaidelerinin ferdin dahili tekâmülünü, hukuk kaidelerinin ise içtimâî faideyi istihdaf edişleri, Ahlâk ve Hukuk sahalarında mevcut mesuliyetin farklı olmasını icabettiren sebeplerdir (22).

İkinci mesele:

Klâsik nazariyede cezanın nev'i ve umumî surette her hususî halde ölçüsü nasıl tayin olunur? Bunları tayin eden kriterler nelerdir?

Klâsik nazariyede cezanın nev'i ve hâdiseden mücerret olarak umumî surette ölçüsü, ceza vermek hakkının dayandığı Rossi'nin meşhur formülüne istinad eder; adaletle mahdut içtimâî fayda, yani suç teşkil eden her fiilin karşılığı olarak mücerret bir şekilde adaletin hudutladığı içtimâî fayda ne neviden ve ne miktarda bir ceza müeyyidesinin tertibini iktiza ettiriyorsa suç karşılığı olarak o vazedilir. Görülüyor ki ceza, işlenen müşahhas fiil ve suçludan mücerret olarak sözü geçen formüle nazaran tayin edilmiş ve mücerret surette fiillere göre ölçülmüş ve tartılmıştır.

Her hususî halde cezanın suç failine ne suretle tertip olunacağına gelince: yukarıdan beri vermiye çalıştığımız izahattan da anlaşılacağı veçhile kusur, manevî mesuliyet, librarbitr yani irade serbestisi cezai mesuliyetin esasını teşkil ettiğinden cezai mesuliyet

(21) Louis Proal: Le crime et la peine.

(22) Bu hususta Pulat Gözübüyük: s. g. eser'e de bakınız. s. 15 ve sonrakiler.

ölçüsünün, yani faile tertip olunacak cezanın miktarının da kusura nazaran taayyün eylemesi tabii olur. Daha açık ifade edelim: klâsik nazariyeye göre faile tertip olunacak ceza onda mevcut kusurun şiddet derecesine göre tesbit edilecektir. Nitekim klâsik nazariyenin büyük üstatlarından Ortolan bu noktayı şu suretle izah eylemektedir: «... fakat bazan icra hâdiseleri izah eylediğimiz şekilde (yukarıda bu müellifin telâkkilerinden bahsederken yazdıklarımız hatırlanılsın) husule gelmez. İşte bu nokta bizi kusurluluğun ölçüsünü mütalâaya ve muhtelif ruh melekelerimizin bu ölçüde alacağı iştirak payının tetkikine sevkeder. Hassasiyetin, bize, ne iradî ve ne de aklı olan ve tamamiyle insiyakî bulunan, bizim için önceden önünü almak ve onlara hâkim olmanın imkânsız bulunduğu fiilleri husule getirdiği anlarda açıktır ki isnad kabiliyetinin şartları bertaraf edilmiş olur»; «diğer hallerde hassasiyet, tahriklerinin enerjisiyle aklın ışıklarını karanlıklaştırabilir; hürriyetin icrasına karşı olan maniaları tahrik edebilir. Fakat akıl ve hürriyet bize bu hususta zafer kazandırmak için verilmişlerdir. Binaenaleyh hassasiyet ancak kusurluluğun derecesi üzerinde tesir icra edebilir; cezacı bu dereceyi ölçmek için onu hesaba katmalıdır.

O, aynı zamanda zekâmızın müteaddit sıfatlarını ve bu bakımdan fertten ferde olan farklılıklarını hesaba katmalıdır. Filhakika diğer bütün entellektüel melekeler, isnad kabiliyeti melekesine yabancı olsa da, muhalefet olunamaz bir surette insan kararları üzerinde tesir paylarını icra eder ve binnetice kusurluluğu az veya çok kılmak hususunda iştirak ve yardım ederler. Nihayet cezacı bünye ve karakterlerin kuvvet ve zaafını da hesaba katmalıdır.

Görülüyor ki isnad kabiliyeti mevzuunda açık ve kat'î bir kaide koyuyoruz; halbuki kusurluluk mevzuunda, a priori olarak bir takdir formülüne tâbi tutulması imkânsız olan mütehavvil ve müteaddit unsurları işaret etmekle mahdut kalarak, gayri muayyen içinde bulunuyoruz (24).

Netekim bu esasî akıl hastalıkları bakımından tatbik eden Ceza Kanunumuzun 47 nci maddesi «Yukarıki maddede (aklı malûliyet) beyan olunan akli halet ceza mesuliyetini kâmilten kaldıracak surette olmayıp ehemmiyetli bir derecede azaltabilecek mahiyette ise suç için muayyen olan ceza aşağıdaki şekillerde indirilir...» demektedir. Yani şuur ve harekâtın serbestisini, irade serbestisini' tamamiyle kaldırmamakla beraber onu azaltan haller verilecek cezanın da

(23) Ortolan: s. g. eser, s. 190, 110.

muayyen nisbetler içinde indirilmesine sebebiyet vermektedir. Kanunumuzun küçükler hakkında tatbik eylediği muamele sureti de klâsik nazariyedeki aynı esasın tatbikinden başka bir şeye delâlet eylemez (24).

Fransız ceza kanununda 47 inci maddemize müşabih bir metin mevcut bulunmamakla beraber jürisprüdans, klâsik ceza nazariyesinin, cezaî mesuliyet hususundaki telâkkisinin tabii bir icabı olarak «mahdut mesuliyet» nazariyesini vücade getirmiş ve tatbik etmekte bulunmuştur.

XIX uncu asrın ikinci yarısındadır ki bu nazariye Fransada teşekkül etmiş bulunmaktadır (25).

Bununla beraber derhal ilâve edelim ki mezkûr nazariyeyi ilk önce mevzuubahseden müelliflerin noktaî nazarı klâsik nazariyenin esaslarını ve mantığını tatbik etmek olmamıştır; belki cezaî mesuliyeti fizyolojik mesuliyete dayandırmak olmuştur. Fakat Fransada jürisprüdans'ın mezkûr telâkkiyi benimsemesi, hafifletici sebepler mekanizması ile tatbik edişi her halde bu telâkkinin klâsik nazariyenin mantığına uygun oluşu ve ondaki kusur esasının tabii bir neticesi bulunması olsa gerektir.

İşte tetkikatımızın mihverini teşkil eden ikinci meseleye verdiği bu cevap yahut hal tarzı dolayısıyledir ki klâsik nazariye en şiddetli hücumlara maruz kalmıştır (26).

Meselâ Néret Fransız Kanununun sadece deliliği bir mesuliyetsizlik sebebi olarak ifade ettiğini ve çok mühim olan Démence kelimesiyle hâkime muayyen bir ihtiyar bıraktığını söyledikten sonra (27), aynen şöyle devam ediyor: «fakat sonradan doktorlar o kadar çok ve mütenevvi akıl hastalıkları buldular ki deli ile tam akıllı insan arasındaki fark hemen hemen tamamen ortadan kalktı, silindi. Birçok hallerde hastalar, deli olmamakla beraber, hiç olmaz-

(24) Bütün bu verdiğimiz izahatın klâsik teorinin asıl, saf şekline taallük ettiği gözönünden uzak tutulmamalıdır.

(25) *Grasset*: Demi-fous et demi-responsables (Revue des deux-mondes, 1906); *Grasset*: la Responsabilité des criminels. Paris 1908; *Dr. Balthazard*'ın Société des prisons'a verdiği rapor (Rev. Rénit. 1922, s. 699).

(26) Bir kere Fransada mahdut mes'uliyet nazariyesi dolayısıyla akıl marazının hattâ takribî olsa bile, ölçülmesine, tartılmasına teşebbüs olunabileceği hakkındaki iddianın delillere dayanmadığı iddia olunmuştur.

(27) *A. Néret*: La responsabilité atténuée. Thèse Paris. 1908, s. 8 ve sonrakiler.

sa deliliğe düşer durumda görünüyorlar yahut hakiki delillerde görülen âraza müşabih ârizalar gösteriyorlardı. Nihayet diğer bir takım hallerde, fertte hiç bir akıl hastalığı mevcut bulunmamakla beraber o, fizik ve fizyolojik bakımdan anormal idi; irsi fizik bozukluklarile malûl, mütereddi yahut ta tamamen ahlâkî histen muarra bulunuyordu. Meselâ bir aptal (idiot), minus habens idi. Bunlara deli denilemez ve mesul olarak ilân olunamazdı; bundan dolayı hekimler için büyük bir güçlük ortaya çıkmış oluyordu. İşte bunun içindir ki, mahdut mesuliyet nazariyesi ortaya çıkmış oldu. Manevî mesuliyete dayanarak Ceza hukukunun, kusurun hafifliği dolayısıyla bu gibi fiillerde mesuliyeti tahfif edişinden, sosyal emniyet zararına büyük bir tehlike husule gelmiş bulunuyordu. Çünkü bu suretle az zamanda hürriyet haline konulan suçlu sosyeteye tekrar zarar vermek imkânını buluyordu.»

Braffort, «... işte bilhassa bu nevi suçlular (yarı mesuller) içindir ki, librarbitr, kusuru tenkilin ölçüsü olarak kabul eden sistem (klasik nazariye) bozuktur.

Ben bir kere bu nevi bir suçlunun asıl fail olduğu, iştirak halinde işlenen, bir suça tesadüf ettim. Bu, şahıs mahdut mesuliyeti dolayısıyla aldığı azaltılmış cezadan dolayı çabucak mahkûmiyet müddetini ikmal ederek ceza evinden çıkmış ve yeni bir suç işliyerek mahkeme önüne getirilmişti; halbuki bunun şerikleri henüz birinci suçlarından dolayı olan cezalarını bile ikmal eylememişlerdi (28)» diyor. Niko Gunzburg bu nokta bakımından klâsik nazariyeye yaptığı tenkitlerde daha şedittir (29).

«İlim, bize beşeriyetin azaları arasındaki müteaddit farkları gösterdiği ölçüde, mesuliyetin bu manevî esasının da Hukuk binası bakımından haiz bulunduğu sağlamlığını kaldırmıştır. Filhakika yapılan fenalığa karşı aksülâmeli davet eden hür irade ise, buna haklı ve nispetli bir müeyyideyi karşılık olarak tatbik eylemek için faildeki hürriyet derecesini tesbit ve tesis eylemek lâzımdır. Ve işte buradandır ki ihtilâf doğmuş bulunmaktadır ve nihai neticeleri belki bize esası terkettirecektir.» Filhakika müellife göre bu tatbikat yavaş yavaş keyfi, gayri müessir, tehlikeli, yanlış ve nihayet haksız gözükmeğe başlamıştır. Ve bilhassa gayri müessir ve tehlikelidir. «... Zira suçun ikai ve mahkûmiyet sırasında kısmen hasta olan, ce-

(28) Louis Braffort: s. g. eser, s. 22 ve sonrakiler.

(29) Niko Gunzburg: Les Transformations récentes du Droit pénal interne et international, s. 17 ve sonrakiler.

zasını çektikten sonra da bu durumda kalmak tehlikesindedir ve bu gibi şahıslar, cürmî tehlikelerinin, karakter zafiyetinin daimî bir tehlike teşkil eylemekte devam edeceği bir cemiyete dönmek vaziyetine gireceklerdir. Ve bu tehlike az bir şey değildir; zira hemen hemen suçluların yarısı biyopsikolojik bozukluklar arzulemektedirler (30).

Nihayet bu noktada klâsik nazariyeye karşı yöneltilen ve misal kabilinden olmak üzere bazılarını nakleylemiş bulunduğumuz tenkitlere «Prins» in şu ifadesini de katarak bu bahse son verelim (31): «Müeyyidenin şiddetini suçlunun manevî hürriyeti mü-lâhazasını nazarı itibara alarak tayin etmeğe çalışmak içtimaî müdafaa zaruret ve isterlerini tersine almak değil midir? Bu, suçlu daha tehlikeli oldukça daha fazla mülâyim ve daha az ceza verici bulunmak demek olmaz mı?».

Bu suretle, mesuliyete ait telâkkisini arzetmiş bulunduğumuz klâsik nazariye, —dayandığı esaslar bakımından— şiddetli itiraz ve tenkitlere hedef oldu kısaca bunları arz ederek yazımıza son vereceğiz.

Gerçekten, XIX uncu asrın ikinci yarısı ve bilhassa son dörtte biri, ceza hukuku üzerindeki tetkikler ve bu mevzuda yazılan eserler bakımından büyük faaliyet içinde geçen bir devre teşkil eder. Bilhassa 1876 tarihinde Lombroso'nun l'Uomo delinquente adlı eserinin neşrinden sonra Ceza hukuku ve suçluluk meselesi üzerinde yapılan tetkikler birbirini kovalamış, cezai mesuliyeti klâsik nazariyeden çok farklı ve hattâ tamamiyle buna zıt esaslara dayandıran yeni bir mektep meydana çıkmıştır. Bu mektebe Ceza hukukunda pozitivist mektep adı da verilmektedir.

Filhakika bilhassa, 1880 tarihinden itibaren klâsik mektebin cezai mesuliyeti manevî mesuliyete istinat ettiren tecrim ve tecziye sistemi şiddetle tenkit olunuyor. Biraz aşağıda bir listesini vermeğe çalışacağımız bu tenkitlerin yapılmasına ve binnetice cezai mesuliyeti, sosyal mesuliyete dayandıran pozitivist mektebin meydana çıkmasına sebebiyet veren hâdise ve tesirler, kanaatimizce, ikiye irca olunabilir: 1) 19 uncu asırda suçluluk hâdisesinin muhtelif Avrupa memleketlerinde aldığı inkişaf. 2) materyalist felsefe hareketleri, ve pozitif metodun manevî ilimlerde tatbikine çalışılması.

(30) Niko Gunburg: s. g. eser, s. 19.

(31) Prins: La défense sociale et les transformations du Droit pénal.

Bu iki hâdiseye kısa birer nazar atmak istiyoruz:

1 — XIX uncu asrın sonuna doğru suçluluk miktarı hemen bütün Avrupa memleketlerinde çok artmıştır. Bu hususta bazı Avrupa memleketlerinde tutulmakta olan istatistiklerin verimlerine istinat olunmuştur (32).

Meselâ: Fransada 1826 senesinden 1880 esnesine kadar suçluluk miktarının üç misli arttığı görülmüştür. Filhakika bu devre zarfında nüfus ta artmıştır. Sonra yeni iktisadî ve içtimai tahavvüller neticesinde evvelce suç sayılmayan bir çok fiiller de suç haline sokulmuştur. Fakat bütün bunlar suçluluk rakamlarındaki artışı izah edecek durumda değildir:

Biraz evvel kaydettiğimiz veçhile suçluluğun artışı üç misli olduğu halde nüfusun artışı nisbeti onda bir kadardır. Keza yeni ihdas edilen suçlar da bu artışı izah edemez; çünkü istatistiklere nazaran bilhassa tekerrür nisbeti artmaktadır.

İşte bu artışa, klâsik mektebin cezaî mesuliyeti manevî mesuliyete = kusura dayandıran sisteminin sebep olduğu, daha doğrusu manevî mesuliyete dayanan tenkil sisteminin suçlulukla mücadelede gayri kâfi ve ehliyetsiz bulunduğu ileri sürüldü ve tamamiyle ayrı esaslara müstenit yeni bir Ceza hukukunun meydana konulması talep ve müdafaa olundu.

2 — Materyalist felsefe hareketleri ve pozitif metodun manevî ilimlere tatbikine çalışılması:

Pozitivist mektep esas doktrini itibarile XIX uncu asrın büyük ilmi hareketlerine bağlanır. Sistemler tesirlerini tasavvur olundukları ilimlerin hudutları dışında da gösterirler; Darwin, Haeckel, Auguste Comte, Claude Bernard, Spencer'in geniş sosyolojik ve

(32) Suçluluk istatistikleri üzerinde çalışmalar Avrupada, aşağı yukarı, XIX uncu asrın onuncu senesinden sonra başlamıştır. Bu hususta şu eserleri zikredebiliriz: *Quétlét*: La statistique morale, 1818 (Les mémoires de l'académie de Bruxelles); *Balby et Guerry*: Statistique comparée de l'Etat de l'instruction et du nombre des crimes, Paris 1829; *De Candolle*: Sur la statistique des délits, Genève 1830; *Romagnosi*: Osservazioni giudiziarie sul resconto della Giustizia criminale in Francia pel 1827 (l'annali Universitarii di Statistica, 1829).

XIX uncu asrın ikinci yarısı suçluluk istatistikleri mevzuunda —bu çalışmalar umumiyetle methodsuz olmakla beraber— çok verimli olmuştur. Memleketimizde suçluluk istatistiklerinin tutulmasına ancak çok yeni olarak başlanıldığı malumdur.

kozmozolojik sentezlerinin tali de böyle olmuştur. Bu nokta için Fernand Collin «... Her ceza sistemi felsefî bir zemine istinat eder; meselâ klâsik mektebin esasî olan karteziyen felsefe, rasyonalizm, itibardan düşünce, bu mektebin de ortadan kalkması zarurî oluyordu (33)» diyor.

Kanaatimizce, sözü geçen müelliflerin hâdiseleri tetkik metodunu, müsbet tetkik ve müşahede metodunu tatbik ederek sosyal hâdiselerde de bir kanuniyet görmek temayülleri pozitivist nazariye müntesipleri üzerinde tesirini en fazla gösteren nokta olmuştur.

Tecrübi esasların ve metodun insan bilgisinin diğer kollarında husule getirmiş bulunduğu muvaffakiyetlerden şaşkın bir hale gelen pozitivistler diğer sahalarda bu kadar iyi ve güzel neticeler veren bu metodu, içtimaî sahaya ve Ceza hukukuna naklederek, bu metod vasıtasile elde eyledikleri mutalar ile manevî mesuliyet esasını yıkan ve cezaî mesuliyeti çok başka esaslara dayandıran neticelere vasıl olmuşlardır (34).

İşte, bu hâdise ve tesirlerin ilham ve ışığı altında pozitivist mektep ve diğer eklektik telâkkiler tarafından, klâsik nazariyenin cezaî sorumluluğu manevî mesuliyete, kusura dayandıran sistemine karşı dermeyan olunan itirazlar yekûnunu şu suretle hülâsa edebileceğimizi zannetmekteyiz:

1) Librarbitr bir hayaldir. İlim bunun tamamille aksini gösteriyor; insan faaliyetlerinde determinizmin hâkimiyetini isbat ediyor.

2) Klâsik teorinin manevî mesuliyete müstenit telâkkisi, cezanın bir kefaret olmasını icap ettirir; halbuki ceza bir içtimaî müdafaa vasıtasıdır.

3) Faildeki kusurun ve bunun derecelerinin araştırılması imkânsız denecek kadar güçtür.

4) Klâsik nazariye mahiyeti icabı mahdut mesuliyet nazariyesinin kabul ve tatbikine sevkeder. Bunun ise sosyal hayat ve içti-

(33) Fernand Collin: Enrico Ferri et l'avant projet de code pénal Italien de 1921, 1925, s. 3.

(34) Enrico Ferri: La sociologie criminelle s. 10 da aynen şöyle söylemektedir: «Açık ve zahirdir ki, eğer bu metod (tecrübi metod) bazı ilimlerde bu kadar verimli olmuş ise, bütün diğerlerinde de böyle olması için bir sebep yoktur. İlimlerin hepsinin müşterek ve aynı olan bir esası vardır: Tabiatın mütalâası ve insaniyetin nef'ine olarak onun kanunlarının keşfi».

maî müdafaa bakımından çok ağır olan zararları vardır. (Yukarıda klásik nazariyeyi izah ederken mevzuubahs eylediğimiz itirazlar hatırlanmalıdır).

5) Ahlâk ve ceza hukuku birbirinden tamamile ayrı şeylerdir. Manevî mesuliyete müstenit telâkki bunları birbirine karıştırıyor.

6) Mükerrirlere tatbik eylediği hal tarzlarında, yani mükerrirlere karşı cezanın ağırlaştırılmasında klásik nazariye bizzat kendi kendisile tenakuza düşmektedir. Filhakika «Librarbitr» nihaî bir tahlil ile dışardan veya içerden gelen ilcalara mukavemet edebilmek demektir. Bu mukavemet kabiliyetinin azaldığı hallerde kusurun da hafif telâkki olunması ve cezanın indirilmesi lâzımgelir. Mükerrir ise nihayet suça alışmış yani suç işlememek hususundaki mukavemet kabiliyeti azalmış olan bir kimseden başka bir şey değildir. Bu böyle olunca, klásik nazariyenin mahiyeti icabı ilk defa suç işleyenlere daha ağır; mükerrirlere ise daha hafif cezanın tatbiki icap eder.

Bu muhtelif itirazların kıymeti ve bunlara verilebilecek cevaplar üzerinde başka bir yazımızda durmağa çalışırız.

Doç. Dr. Sulhi Dönmezer