

CEZA VE YENİ İÇTİMAÎ MÜDAFAA DOKTRİNİ

Asistan: Duygun YARSUVAT

Bugün insanlar suç olayına alâka duymaktadırlar; bilhassa nasıl cezalandırılmalı veya bazı kimselerin ifade ettiği şekilde suçlulara nasıl muamele edilmeli sorularına cevap aranmaktadır. Suç bir ferde münhasır kılınacak bir hareket değildir; bütün bir toplumun sıhhat ve muvazenesine tesir eder ve aynı şekilde bir suçlunun nasıl ve ne sebepten dolayı cezalandırılacağı hepimiz için ehemmiyet arzeder. Modern psikoloji ve ceza ilminin gelişimi bizi adetâ aklî muvazenesi bozuk ve himayeye muhtaç bir fert olarak telâkki edilen suçlulara karşı sempati duymaya sürüklemektedir. Suçun cezalandırılmasında, intikam fikri tamamen terk edilmiştir. Cezanın gayesi cemiyeti korumak ve aynı zamanda suçluyu himaye ve islâh etmektir.

Bu yazıda, Ceza Hukukunda en yeni doktrin olarak ortaya çıkmış bulunan «Yeni İçtimaî Müdafaa» görüşü incelenecek ve ceza anlayışının diğer görüşler ile mukayesesi yapıldıktan sonra değerlendirilmesine çalışılacaktır.

I. B Ö L Ü M

I. Ceza Mefhumu ve Tarifi.

1. *Giriş.* Suçun insanla beraber ortaya çıktığı bir hakikattir. Dünya kurulduğundanberi insanlar toplu yaşamışlar ve her devirdeki gerçek içtimaî usulleri - aile, klân, tribün, site, imparatorluklar, feodalite, millî birlikler - korumak için de ceza tedbirine başvurmuşlardır. Bugün de suç işleyenleri cezalandırmaktayız. Fakat devirden devire «suç nedir?» sorusuna verilen cevaplar değiştiği gi-

bi, «cezanın gayesi nedir, ceza vermek hakkının esası nedir?» sorularına verilen cevaplar da değişiktir.

Cezanın gayeleri meselesi ceza hukukunun bir konusu olduğu gibi çözümünü felsefe ve sosyolojide bulan bir meseledir. Cezanın gayeleri meseleleri felsefenin (libre arbitre = hür irade) ve (indeterminisme = muayyeniyetçilik, gerekircilik) meselesi ile ilgilidir. Ceza kefaret tedbiri olarak Devletin, suç hakkında etik ve hukukî mânada kötü bir değer hükmünü ifade eder. Böyle bir hükmün verilebilmesi için yapılan hareketin, ahlâk tarafından kabul edilmesi ve kabili isnat olması lâzımdır; bu da insanda hür iradeyi, (irade serbestisini) şart kılar. İnsanda hür irade varsa suçu bilerek işlemektedir. Günahının kefaretini çekmelidir. Buna karşılık olarak (libre arbitre) hür irade yoksa, suç tabiî bir olaydır; belli hallerden belli suçlar doğacağına göre suç da kendiliğinden ortaya çıkar. Fakat deterministin failin fiilinden dolayı sorumlu olduğunu inkâr ettiği anlaşılmalıdır. Ceza toplumu korumalı, suçluyu zararsız hale getirmelidir, sonucu doğmaktadır.

2. Ceza Kavramı ve tanımı:

Ceza antisosyal bir fiile sosyal bir tepkidir (1). Suç işleyen kimseye karşı, cemiyet adına tanzim ve tatbik edilen kanundan doğan bir müeyyidedir. - Dönmezer - Erman (2). Battaglini'ye küçük bir ilâvede bulunmuşlarını belirterek cezayı «topluluğa mahsus derecede zarar veren fiiller karşılığı olarak devletin kanun ile ihdas eylediği ve takip ettiği diğer maksatlar yanında, bilhassa suçu işleyen de acı, elem ve ıstırap husule getirmek ve böylece içtimaî hey'etin ademi tasvip hissiyatını ifade etmek üzere kazaî bir kararlar ve mes'uliyet derecesi ile mütenasip olarak tatbik edilen korkutucu bir müeyyidedir» şeklinde tarif etmektedirler (3).

(1) Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku, I 1961 Ankara. s., 157.

(2) Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c. II. 1966, 591.

(3) «Bouzat, Ceza Suçun karakteristik bir müeyyidesidir. Suçlunun şahsında, mamelekine veya şerefine karşı yapılan bir tenkil tedbiridir» demektedir. (Traité de Droit Pénal, Paris, 1963, 793). Garraud, «Ceza Suçlunun kanun emrine yahut men ettiği bir hususa itaatsizliği dolayısıyla suçluya çektirilen kötülüktür» demektedir (cilt II. s. 70) (Roux'e göre ise «Ceza işlediği suç dolayısıyla suçluya tatbik edilen elem ve ızdıraptır (I. s. 374). Antolisei nin tarif ettiği ceza «Kanunun emrini ihlâl sureti ile işlenen bir suçun failine, usul kaidelerine uyularak adli makamlar tarafından hükmolunun devletin ızdırap tehdididir. (Elementi di Diritto Penale, Parte Generale, N. 144. zik. Erem, 158).

Bu tarifler ceza mefhumunun çeşitli özelliklerini dar veya geniş olarak göstermektedirler. Cezayı toplumun suça karşı tabii bir tepkisi olarak ele almamaktadırlar. Bir şeyin her yönden tarifi oldukça güçtür. Kaldı ki, «ceza» tâbirinin muhtevası, yukarıda da belirttiğimiz gibi, devirden devire değişmekte ve gelişmektedir. İleride göreceğimiz gibi, yeni içtimaî müdafaa cemiyeti korumak, suçlunun yeniden cemiyete kavuşması gayesini güttüğüne göre, bu görüş açısından cezayı suç işleyen kimsenin islâhını sağlamak, cemiyeti müdafaa etmek, aynı zamanlarda ferdi de korumak için kanunî yollardan tatbik edilen tedbirler olarak tarif edebiliriz (4). Buna göre cezada acı ve ıstırap yer almamaktadır. Cezanın suçluya ıstırap vermesi suç olayını silecek soyut ve nazari bir tatmin görülmemektedir, zira bunlar arızî vasıftırlar.

II. Ceza Hukukunun gelişiminde cezanın gayesi:

3 — Ceza Hukuku iki unsurdan müteşekkildir: Suç ve Ceza. Bunlar bütün hukuk kaidelerinin iki cephesinin ceza kanunları sahasındaki görünüşüdür. Birincisi hangi şartlar altında cezaî müeyyidenin tatbik edilebileceğinin, ikincisi ise böyle bir halde devlete tanınmış olan cezalandırma hakkının nelerden ibaret olduğunu belirtmektedir. Her iki mefhumda, asırlar boyunca bir gelişme göstermiştir.

4 — İptidaî Ceza Hukukunda cezanın gayesi; İnsan toplulukları bugün en mütekâmil birlik olarak gördüğümüz Devlet şekline gelmeden önce, aile, kabile, ve aşiret halinde yaşadıkları zamanlarda dahi bir ceza hukukuna sahip bulunuyorlardı (4 bis). Sosyoloji tarafından kabul edilen ilk insan topluluğu Klan'da cezanın esası korkudan doğan dinî bir (Tabu) yasaktı. Ceza, mesnedini tabu'da bulmakta, ve meşruiyetini ondan almakta idi. Tabu'yu bozan aykırı davranışlar cezalandırılmakta idi. Metafizik devirlerde, cezanın gayesi suçlunun ika eylediği fiil ile ihlâl ettiği mutlak adaleti yerine getirmektir. Ceza vermek hakkının esası ise kudretli ve üstün varlıkların, Allahın, Şaman'ın veya başka bir üstün kudretin mutlak adaleti fikrine dayanmakta idi (5). Gerçekten eski

4) Ancel, Marc: La Defense Sociale Nouvelle, Paris 1954, s. 29 - 155.

4 bis.) Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c. I, s. 139; Durkheim'e göre de iptidaî kavimlerde hukuk tamamiyle ceza hukukudur.

5) Leauté et Vouin Droit Pénal et Criminologie, Paris, 1956, 95.

toplumlarda her tabiat kuvveti bir ilâh olarak kabul edilmişti. Bu ilâhlar insanların mal ve hayat tamamiyetlerini himaye ederlerdi. Bir insanın malına, hayatına karşı suç işlendiği zaman, suçlu, o insanı koruyan ilâha da tecavüz etmiş sayılırdı. Büyük bir dinî korkudan ortaya çıkan cezanın gayesi yasaklara aykırı davranışlarla bozulan iman düzenini yerine getirmek ve belli bir gurubu Allahın gazabından korumak, intikamı önlemek olmaktadır. Yani cezanın ilkel izahı onu İlâhi İradenin bir tezahürü şeklinde ifade etmektedir (6). Allahın mutlak adalete uygun olarak kullandığı mücazat tasavvurundan çıkmaktadır (7). Kefaret (Vergeltung) iyiliğe karşı iyilik, kötülüğe karşı kötülük olarak anlaşılmaktadır. İnsanın yaptığı ile çektiği arasında bir muvazene olması fikri bu mefhumda saklıdır. Bilhassa dinî bir tâbir olan kefareti yapılan bir kötülüğünün tesirini gidermek için bir nev'î nefsi zorlama, bir azaba katlanma, tövbe etme, demektir (8). İlk devirlerde ceza verilmekle sadece şahsî intikam duygularının tatmini gayesi güdülmüş, daha sonraları dinî mülâhazalarla kefareti esasına itibar olunarak cezasını çeken suçlunun aynı zamanda günahını da temizlemiş olacağı fikri ileri sürülmüştür. Daha sonraki zamanlarda evvelce dinî mahiyet arzeden kefareti Kant'da ahlâkî bir vâfa bürünmüştür. Kant'ın ahlâkî kefareti Hegel tarafından hukukî kefareti olarak ele alınmıştır. Böylece, Kant'dan önce dinî, Kant'da ahlâkî olan kefareti, sonraları hukukî bir esasa bağlanmıştır (9).

5 — Kadim Yunanda ise cezanın bugün modern sayılan prensiplere sahip olduğu görülmektedir (10). Demokrit ve Aristo zamanından beri determinizm ve endeterminizm metodlarına yer verilmiştir (11). Sofistlerden Protogaras, cezanın korkutma, islâh, genel önleme gayeleri üzerinde durmuştur. Meselâ: «verilen ceza düzelinceye kadar» demek sureti ile cezanın islâh edici gayesi kabul edilmiş, «onun cezalandırıldığını gören bir diğerrinin de» diyerek

(6) Erem, s. 159.

(7) Mücazat, aslında bir fiilin karşılığı demektir. Bu karşılık iyi fiile karşı iyi kötü fiile karşı kötü olur. Buna göre mücazat mefhumuna mükâfat da girmektedir. Dinî bakımdan ceza kelimesi içinde iyi bir hareketin sonucu olarak meydana gelen fayda mefhumu da saklıdır. (Honig, Hukuk Başlangıcı ve Tarihi 1935, s. 46).

(8) Honig, age. s. 45.

(9) Dönmezer - Erman, c. I, s. 63.

(10) Honig, Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine dair, IHFM 7-8, 1936, 415.

(11) Honig, agm. s. 415.

muhtemel bir suçu önlemek gayesine temas etmiştir (12). Eflâtun ise, görüşünü açıkladığı Kanunlar'da, cezanın iki ehemmiyetli gayesi üzerinde durmaktadır: Suçluyu kötülükten kurtarma, çekindirme ve adalet sevgisi telkin etmektir. Adalet sevgisi, islâh anlamını ifade eder. Görülüyor ki bu iki gaye bugünkü ceza anlayışına uymakta, modern ceza hukukunun cezadan beklediği gayeleri içine almaktadır. Aristo ise, meseleyi ahlâk cephesinden ele almış, cezanın meşruluğunun gayesinde olduğunu belirtmiştir. Cezayı bir nevi «şifa tedbiri» olarak kabul etmiş, diğerleri üzerinde korkutma ve çekindirme gayesi üzerinde de durmuştur (13). Aristo Ahlâka dayanan bir toplum düşünmekte idi. İnsanların bazıları ahlâkî güzelliğe kavuşabilmektedir. Bu gibi kimseler üzerinde cezanın korkutucu gayesi bir önem taşımamakta, ancak ahlâkî güzelliğe varmayan kimseler ceza korkusu ile idare edilebilirler (14).

6 — Ortaçağda: 18. Asıra kadar ceza dinî mahiyet arzette devâm etmiş, kefalet esası yanında ibret esası yer almıştır. Suçun aynı zamanda cemiyetin sükûn ve intizamını bozmuş olduğu ve faile cezası çektirilmekle başkaları korkutulmakta, böylelikle suç işlenmesine mâni olunduğu ileri sürülmüştür. (on ne corige pas celui qu'on pend, on corige les autres par lui) Bir kimseyi asmak onu islâh etmez, onunla başkalarını islâh ederiz. Diyen Montaigne cezanın ibret esasını belirtmektedir (15). Bu anlayışta dinî ve idealist iki gayenin yanyana bulunduğu görülmektedir; dinî kefaret müessesesi yanında toplum düzenini korumak fikri yer almaktadır. Fakat ibret esasının neticesi olarak cezalar şiddetlenmiş ve hattâ cezaların halkın huzurunda işkence şeklinde yapılmaya başlanmıştır.

7 — Hümanizma ve rönesans hareketlerinin meyvelerini verdiği 18. asırda Rousseau, Diderot, Montesquieu, Bentham, Beccaria gibi müellifler cezalandırma hakkı ve cezanın gayesi hakkında yeni görüşler getirdiler.

Cezayı tabii bir olay olarak karşılayan içtimaî mukavelecilerin cezadan bekledikleri içtimaî düzenin temin edilmesi, dolayısıyla ferdin emniyetini sağlanmasıdır, derken Beccaria'nın sonra Bent-

(12) Protagoras, Kefareti red etmiş. «yapılan haksızlıktan dolayı intikam alınmaz, yapılan şey nasıl olsa yapılmamış haline getirilemez» demiştir. Honig, agm. 419.

(13) Honig, a.g.m. s. 424.

(14) Honig, agm. s. 424.

(15) Essai livre II, chap. VIII, Léauté, a.g.e. 96.

ham'ın müdafaa ettiği içtimaî fayda görüşü ceza vermek hakkının dayandığı ibret düşüncesinden uzaklaştırmış, içtimaî fayda düşüncesine oturtmuştur (16). Ceza, içtimaî düzenin devamı için gerekli ve gayesi bu düzeni korumaktır, denmiştir. Mutlak adaletçilerden Kant, 1797 de yayınladığı «Element Metaphysique de la Doctrine du Droit» adlı eserinde cezayı ahlâkî kefarete esas ile izah ederek, mutlak adalet gibi metafizik mefhumlara dayanmıştır.

8 — Klâsik mektepte: Mutlak adalet ve içtimaî fayda nazariyelerini telif eden klâsik mektep, her suçun karşılığı olan cezanın kanun tarafından tesbit ve hükmolunacağını kabul etmektedir. Ceza bir kusurun karşılığı olarak ele alındığından ödetici ve kefarete teşkil edici olması esaslı bir vasıf teşkil etmektedir. Ceza, kefarete olarak Devletin cezayı gerektiren fiil hakkında ahlâkî ve hukukî mânada kötü bir değer hükmü ifade eder. Böyle bir hükmün verilebilmesi için hareketin ahlâk kaideleri tarafından kabul edilmemiş ve kabili isnat olması gerekir. Herhangi bir suçla bir kimseyi töhmet altında bırakabilmek için, onun irade serbestisine (libre arbitre) sahip olmak icap eder. Dolayısıyla klâsiklerin kefarete dayanan ceza hukuku anlayışı endeterminizme taraftardır (17) (18).

Klâsik mektep, cezanın gayesinde mahkûmun uslandırılmasını ön plâna almakta, fakat mantığı icabı suçlunun önceden tesbit edilmiş cezalarla uslanabileceğini kabul etmektedir (19). Klâsik nazariyenin cezalar hakkındaki bu görüşü bilhassa felsefî devirden sonra beliren fert hürriyet ve haklarını tehlikeye sokmamak, teminat altında bulundurmamak düşüncesinin bir neticesi olmaktadır.

9 — Pozitivist mektep: Cezada kefarete anlayışına karşı, cezayı «cemiyet korumada» bir vasıta olarak kabul eden Pozitivist mektep mensupları, içtimaî bir problemi realitelerden ayrılmak suretiyle masa başında mantıkî istidlâllerle halletmeyi ve an'anevî telâkkilerin esiri olmayı şiddetle tenkit etmişlerdir (20). Bu anlayışa göre suç karşılığı olarak tatbik edilen müeyyideler cemiyeti korumayı gaye edinmeli ve her türlü kefarete düşüncesinden uzak bulunmalıdır, Devlet kefareti tahakkuk ettiremez, ceza ile sadece ken

(16) Erem, 160; Dönmezer - Erman, c. I, 61.

(17) Burada Klâsik ve Pozitivist mekteplerin ceza hukukundaki esas prensipleri izah edilmeyecek, cezadan ne anlaşıldığı izah edilecektir.

(18) Honig, Hukuk Felsefesi dersleri, İstanbul, 1935 s. 77.

(19) Dönmezer - Erman, c. I, s. 92.

(20) Dönmezer - Erman c. I. s. 90.

dini korur. Cemiyeti koruma fikri tabiatta mevcut olan bir fikirdir. Bütün canlılar gibi, varlığının fizik şartlarına dokununca reaksiyon gösterir (21). Ceza müeyyidesi de «şahısların arzettikleri tehlike haline» karşı cemiyetin gösterdiği bir tepkidir. Suçlular gerek şahsiyetleri ve gerek onları suç işlemeğe sevkeden çeşitli sebepler bakımından birbirlerinden farklı olduğundan, müeyyidenin nevi ve derecesini suça nazaran tâyin etmek yanlıştır. İradenin her türlü sebep ve tesirlerden uzak bulunması ancak bir faraziye olabilir, böyle bir irade serbestisine de ancak fevkalâde bir varlık, meselâ âlemin yaratıcısı, bütün hâdiselerin başlangıcında bulunan bir kuvvet için düşünülebilir (22).

Cemiyetin korunması mefhumunda Pozitivistler her nevi mâ nevi unsurun neticede kefalet - ceza mefhumuna götürdüğü için red ederler. Tehlike hali arzedenden şahsın gelecekte topluma zararı olmasını sağlamak gerekmektedir. Yoksa tehlikeli olan şahsın acı çekip çekmemesi mühim değildir. Kefarete dayanan bir ceza hukuku da geçmişe müteveccihdir; meydana gelmiş bir hâdiseyi ele almıştır ki, bu şekilde içtimaî müdafaadan bahsedilemez. Gerçekte ceza, suçla mücadelede elverişli ve kifayetli bir vasıta sayılamaz. Asırlardan beri insanlara tatbik edilmesine rağmen, suçluların ve mükerrirlerin sayısı gün geçtikçe artmıştır. Suç işlenmesinin sebep ve âmillerini ortadan kaldırmak için Devletin (sostitutivi penali) ceza kaimeleri adı verilen tedbirler alması gerekmektedir (23).

II. B Ö L Ü M

I. Yeni İçtimaî Müdafaa Doktrini:

10 — Giriş: Aşağı yukarı 19. yüzyıldanberi doktrin sahasında Ceza Hukukunun yetersizliği tenkit edilmektedir. Mükerrir suçluların çoğalması, kısa müddetli hapis cezaları ve bunların mahzuruları şikâyet konusu olmuştur. Bilhassa mükerrir suçluların gün geçtikçe artan yüzdesi cezalandırma ve tenkil metodlarının kifayetsizliğini ortaya koymaktadır.

Bugün doktrin sahasında ortaya çıkmış genç bir mektep olan yeni içtimaî müdafaa anlayışı suç siyasetine, bir yönden önleyici, diğer yandan tedavi edici bir gaye tanımaktadır. Klâsik ve Positi

(21) Erem, s. 164.

(22) Honig, Hukuk Felsefesi, s. 78.

(23) Dönmezer - Erman, c. I, s. 99.

vist teorileri bağdaştırmaya çalışmamakta, suç siyasetini liberal ve otoriter siyaset müücadelesi dışında bırakarak, bütün insan ilimlerini etüd etmektedir. Bu görüş hiçbir zaman hukukçuyu ceza hukuku ile içtimaî müdafaa arasında bir tercih yapmaya zorlamaz. Aksine olarak içtimaî müdafayı ceza hukuku içinde bir kül olarak toplar. Bu mektebe göre cemiyetin yapacağı ilk iş suç ihtimallerini ortadan kaldıracak veya azaltacak önleyici tedbirleri almaktır. Bu tedbirler, alkolizm ile savaş, ateşli silâhların satışının tanzimi, sosyal yardım, ailevî geçimsizlikler, fahişelik, serserilik sebeplerini ortadan kaldırmayı ve buna benzeyen diğer mevzuuları içine alır. Gene bu mektebe göre ikinci vazife alınmış olan tedbirlere rağmen bir suç işlenmesi halinde, suçluyu suç işlemeye sevkeden sosyal âmilerin araştırılması ve onu tekrar cemiyete iade etme yollarının bulunmasıdır. İçtimaî müdafaanın tanıdığı yegâne gerçek sosyal düzenin korunması olduğuna göre, bu korunma İnsan'ın korunması ile gerçekleşebilir, zira içtimaî düzen insan ile mevcuttur ve İnsan içindir.

Bu yolda bir anlayış, bu görüşün önderliğini yapan Ancel'e göre (24) Montesquieu'nün suç siyaseti mefhumuna çıkar; zira Montesquieu hayalî bir nizamın müdafaasını değil belli bir topluluğu mutluluğa götürecekt en iyi şartları tâyin eden iyi kanunlar istemektedir. Dolayısı ile içtimaî müdafaa suçluyu cezalandırmaktan ziyade, insan temel haklarına hürmet ve insan şahsiyetinin vakarı içinde onu anlamak ve yardım etmek gayesini gütmektedir.

II — İçtimaî Müdafaa Nedir?

11 — İçtimaî müdafaa nedir? Bazı öyle mefhumlar vardır ki, onları kat'î bir şekilde tesbit etmek ve kavramak mümkün olmamaktadır. İnsanlar aynı heceleri tekrarladıkları halde içtimaî müdafaa tâbirine çeşitli anlamlar vermektedirler.

Bazı müellifler (25), İçtimaî Müdafaa mefhumunun aşırı bir yenilik getirmesinden, dinamizminden ürkmekte ve onu red etmektedirler. Yine «La Crisis de la Prison» adlı kitabında Ruiz - Funes, hiçbir mefhumun içtimaî müdafaa gibi dejenere edilmediğini belirtmektedir (26). Jimenez de Asua ise «Hiç kimse bugün

(24) Ancel, Marc. age, s. 130.

(25) Frey, «Strafrecht oder soziale Verteidigung» Revue Penale Suisse 1953 s. 403.

(26) Ruiz - Funes, Lacrisis de la Prison, (Zik. Ancel, s. 18).

ıçtimaî müdafaa mefhumunu bilmiyor demektedir (27). Bugün bu mefhuma herkes tarafından tanınan basit anlam «Cemiyetin suç karşı korunması» dır. Bu korunmanın, işlenmiş suçlara karşı sert bir cezalandırma ile temin edilmesi anlaşılmaktadır. Bu anlayış, eski bir formül olan ıçtimaî müdafaanın gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bazı müelliflere göre bunun kabulü kötülükleri çoğaltacak ve mübalâğalı bir ciddiyete götürecektir (28). Bu şekilde bir görüş, ıçtimaî müdafaayı ferdî hakların ve ferdî hürriyetinin karşısına götürmektedir. İçtimaî müdafaanın mutlak suretle toplumun korunması olarak anlaşılması birçok hukukçuları endişeye sevk etmiştir (29). Bazı müellifler (30) bu endişelerini otoriter ceza hukuk ile ıçtimaî müdafaa arasındaki benzerlikle izah etmektedirler. Nasyonal Sosyalist Ceza Hukukunun ferdi ortadan kaldırmak bahasına dahi topluluğun korunmasını temine çalıştığını misal göstermekte yine 1926 tarihli Sovyet Ceza Kanununun «İşçiler ve Köylüler tarafından meydana gelen düzeni korumak gayesi ile ıçtimaî müdafaa tedbirlerini ihtiva ettiğine işaret etmektedirler.

Buna karşılık olarak bazıları eski faydacı teorilerin yeniden ele alınması gibi görmekte bu fikrin eski olduğu ve ıçtimaî varlığın hayat ve sağlığını tehdit eden suç karşı cezayı cemiyetin tepkisi olarak göstermekle cezanın yeni bir şekilde ifade olunduğunu söylemektedirler. Beccaria'nın cezanın esasını her ferdin müdafaa hakkında bulduğunu ileri sürmektedirler. Fakat bu şekilde bir anlayış, ceza hukukunda manevî bir esas arayan müellifler tarafından tenkit edilmekten uzak kalmamıştır (31). Pozitivistlere göre ıçtimaî müdafaa mefhumu cezaya verilen yeni gayeden başka bir husus ifade etmemektedir. Ferri «Sociologie Criminelle» adlı eserinde bu anlamda kullanmıştır, ve yine Terza Scoula aynı mânada ele almıştır. Böyle İçtimaî Müdafaa, pozitivist mektebin bir kalıntısı olarak gözükmektedir. Fakat bugün Yeni İçtimaî Müdafaa doktrini kabul edenler, bu hareketin pozitivistlerle doğmuş olduğunu veya daha doğru olarak pozitivistlerden sonradır ki İçtimaî müdafaa cerya-

(27) Jimenez de Asua, Traite c. II s. 196, zik. Ancel 18.

(28) Vidal Magnol, Cours de droit Criminel et de Science Penitentiaire, 9. bası c. I s. 15.

(29) Jerome Hall, Principles of Criminal Law, Iudianapolis 1947, 530.

(30) Frey, a.g.m. s. 421-422, bu müellif Rusyadaki «Nulla poena sine Lege» prensibinin kaldırılmasını dahi buna bağlamaktadır.

(31) Salielles, Individualisation des peines Paris, 1927 ş. 6.

nının meydana geldiğini, fakat pozitivist doktrinle birleşemeyeceğini ileri sürerler (32).

12 — Bugün İçtimaî Müdafaa mefhumu, sadece cemiyetin müdafaasını» değil, kendine münhasır bir dinamizmi ifade etmektedir. Bu dinamizm mevcut olana karşı bazı itirazları, olması lâzım gelen için de bazı vaziyetleri ihtiva etmektedir (33). Bu yeni görüşü savunan müelliflere göre, içtimaî müdafaa Ceza Hukukuna karşıdır. GRAMATİCA'nın önderliğini yaptığı bu grup «cezaya karşı savaş» açmış bulunmaktadır (34). Bu kimseler Ceza Hukukunun, Suç, suçlu ve cezadan başka tehlike hali kavramını dahi nazarı itibara almazlar. İçtimaî müdafaaaya pozitivistlerin «tehlike halini» geçen «anti socialité» mefhumu esas teşkil etmektedir. Böyle bir içtimaî müdafaa anlayışı, Devlete, Ceza Hukuku dışı kanun ve tedbirler ile «anti socialité» yi kaldırma vazifesini tanımaktadır. İçtimaî müdafaa vasıtaları ilmî bir şekilde ferdileştirilmeli ve her şahsın tezahür eden anti socialité'si nisbetinde tatbik edilmelidir, demektedirler.

Suçların sebep ve anti sosyalliğini araştırdığı için Kriminolojiye yaklaşmaktadır. Fakat içtimaî müdafaa, sosyal bir harmoni kurabilmek için bir tedavi sistemi tesis etmektedir. Böylelikle, Bentham'ın dediği gibi, İçtimaî Müdafaa, Devlet'e büyük kitleleri faydacı ve mesut kılacak bir rol vermekle kalmayacak vatandaşları koruyacak ve onları mesut edecek bir sistemi organize etmiş olacaktır. Gramatica ancak köklü değişikliklerden sonra bu hale ulaşılabilineceğini ileri sürmektedir (35).

13 — Ceza Hukukunu ve onu bugünkü hale getiren bir seri tecrübeleri tamamen ortadan kaldıran bir içtimaî müdafaa karşısında endişeler çıkmakta ve hukukî nizamı koruyan sistem ile, ceza hukukunun kaldırılması arkasında politik fikirler bulunan bir ihtilâlcî doktrin ile mi karşılaşıldığı sorulmaktadır (36).

Frey'e göre, Ceza Kanununun yerini İçtimaî Müdafaa Kanununun alması gibi bir reform suç siyasetinde en aşağı elli yıllık bir gerilemeğe yol açacaktır. Yeniden cemiyete intibak gibi mücerret bir mefhumun kabul edilmesi ve tam bir tarifinin verilememesi key-

(32) Ancel, a.g.e. ş. 58.

(33) Ancel, a.g.e. s. 26.

(34) Gramatica, «La difesa Sociale» Rev. Int. de Pol. Crim. 1949, no. 151.

(35) Gramatica, La Justice de «La Justice Sociale» Une Utopie Rev. Int. Crim. et de Police, Technique 1961 VI 5 No. 2.

(36) Frey a.g.m. s. 421.

filğin ve hudutsuz devletçiliğin bütün tehlikelerinin içine düşülmesine sebebiyet verecektir. Zira Nasyonel Sosyalizm ve Halk Demokrasilerinde olduğu gibi gayet küçük bir adım ile «danger socialé» sosyal tehlikeden, «danger étatique» devlet tehlikesine geçilebilecektir (37), denerek içtimaî müdafaa «utopie» sinden vazgeçilmesi istenmektedir.

14 — Diğer taraftan, içtimaî müdafaa doktrini taraftarlarının ekseriyeti, bu kimseleri ifratçı veya içtimaî müdafaa teorisini daha ileri götürmek isteyenler diye tavsif etmekte ve ceza hukuku ile içtimaî müdafaa arasında bir tercih yapmamaktadırlar. Ceza Hukuku mu içtimaî müdafaa mı sorusunu, ceza hukuku ve içtimaî müdafaa diye cevaplandırmaktadırlar (38).

Suç olayına karşı sosyal bir tepki mefhumu etrafında toplanan, içtimaî müdafaa terimi, yeni bir ceza hukuku felsefesi arayanlar tarafından kolaylıkla kabul edilmektedir. Ceza Hukukunun esaslarına dar bir şekilde bağlanan hukukçular ise bundan kaçmaktadırlar.

İçtimaî müdafaa'nın ele aldığı konu, İnsan ve Cemiyet problemi, onların mahiyet ve münasebetleridir. Bu felsefî ve içtimaî mesele insanlık ilminin yardımı ile çözülebilecektir. Hukukî cephesi ile içtimaî müdafaa, sosyoloji ve insanlık ilimlerindeki gelişmelerin geniş çapta hukuk içine girmelerini sağlamaktadır. Yeni içtimaî müdafaa'nın Hegel, Marx veya Lenine'nin sistemlerinde mevcut olan «Defense Sociale etatique et Policière» ile alâkası yoktur; aksine olarak diğerinde bulunmayan adilâne bir hüküm, ferdin şahsiyetine ve olaya uygun tedbirler tatbik edilmektedir (39).

15 — Bugün içtimaî müdafaa terimine değişik mânalar atfedilmekte, dolayısı ile tam ve açık olarak bilinmemektedir. Bazı müellifler hakikî bir siyasî felsefe havası vermekte ve tenkit etmektedirler. Gerçekte ise doktrinin içinde bulunanlar, onu yönetenler, daha başka bir mâna izafe etmektedirler. Bu yeni doktrinin en vazih nazariyecisi olan Ancel, bütün amprik ve hesaplı kullanışlarını göz önünde tutarak içtimaî müdafaa'nın esaslı unsurlarını araştırmaktadır.

(37) Frey, a.g.m. s. 421.

(38) Ancel, Droit Pénal et Défense Sociale, Rev. Sc. Crim. Dr. Pen Com. 1953, s: 144. Graven a.g.m. s. 5.

(39) Graven, a.g.m. s. 13.

Bugünkü içtimaî müdafaa doktrinin esası, bu müellife göre şöyle sıralanmaktadır (40).

a) İçtimaî müdafaa, bir kısım kanunî kaidelere göre müeyyidelendiren bir ceza hukuku görüşü değil, suç işleme teşebbüsleri karşısında cemiyeti koruyan genel bir ceza hukuku anlayışı aramaktadır. İşte bu yönden içtimaî müdafaa, pozitivistlerin klâsik ceza hukukuna karşı isyanlarını hatırlatır.

b) Cemiyetin korunmasından, içtimaî müdafaa doktrininin anladığı, tamamen ceza dışı tedbirlerle, suçluyu zararsız bir hale getirmektir. Bu suç işleyen kimseye öğretici veya tedavi edici metodların tatbiki veya suçluyu tasviye etmek gibi tedbirler ile elde edilebilir. (Burada Beynelmîlel Ceza Birliğinin ortaya atmış olduğu tehlike mefhumu ile içtimaî müdafaa fikri arasında bir münasebet göze çarpmaktadır.)

c) Kollektif önleme üzerinde, ferdi önlemeğe adım atan bir suç siyasetine yer vermektedir. Birleşmiş Milletler Teşkilâtı tarafından formüle edilmiş olan bu husus, suç siyaseti bakımından yeniden içtimaîleşmeğe doğru yönelen bir harekettir.

d) Bu yeniden içtimaîleştirmek hareketi, ferdin bütün kaynaklarından istifade edecek ve yeni ceza hukukunun insanî bir şekilde ilerlemesi ile gelişecektir. Suçluya insan olmak hasebi ile sahip olduğu haklara saygı gösterilmesinin temin edilmesi gerekir. - Burada Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve Liberal Hukuk anlayışı ile bir benzerlik göze çarpmaktadır.

e) Ceza Hukukunun bu insanîleşmesi sadece hümaniter veya hissî bir hareketin neticesi olmayıp, suç olayına ve suçlunun şahsiyetini tanıtan ileri bilgilere dayanacaktır. (Bu halde modern Kriminolojinin getirmiş olduğu kaçınılmaz fikirlere işaret edilmektedir.) İşte bu mânada İçtimaî Müdafaa Doktrini, Devlet ile Fert arasındaki münasebetler gibi esaslı bir probleme temas etmektedir. Yine bu mânadadır ki, cemiyet insandan meydana gelmiş ve insan içindir demekle, totaliterizmden ayrılmaktadır. Böylelikle esaslı olarak sosyal ferdiyetçilik denilebilen bir siyasî felsefeye dayanmaktadır (41).

III — İçtimaî Müdafaa Fikrinin Gelişimi

16 — İçtimaî müdafaa hareketinin menşei: İçtimaî müdafaa ce-

(40) Ancel, a.g.e. s. 35.

(41) Ancel, a.g.e. s. 36.

za hukuku tarihinde modern ve muasır bir fikir olarak gözükür. Bununla beraber tetkik edildiği zaman menşein eski devirlere ait olduğu anlaşılır (41). 19. yüzyıl pozitivist hareketlerini tanımak icap eder (fakat bu hiç bir zaman yeni içtimaî müdafaa'nın pozitivist bir doktrinin devamıdır mânasına alınmamalıdır). Yeni içtimaî müdafaa'nın kökü daha eski devirlere doğru gider. Cemiyetin korunması fikrinin ilk tezahürlerini araştırarak olursak, insan fikri tarihinin eski sahifeler arasına gitmiş oluruz.

17 — *Plâton'da Yunan felsefesi*: Yunan'da belki sadece Plâton, daha sonra içtimaî müdafaa olacak fikirleri farketmiştir; cezanın gayesinin evvelce yapılmış adaletsiz bir hareketin intikamını almayı, ilerde vukuu bulacak diğer suçları ortadan kaldırmak olduğunu ilk anlayanlardan birisidir (42). Plâton kanunların birincisi vazifeleri insanları suç işleyici hareketlerden uzaklaştırmak, şayet suç işlenmişse onları cezalandırmak olarak görmektedir. Plâton'da tehlikeli suçlara karşı cemiyetin korunması fikri görülmektedir. Plâton'un düşündüğü ceza sistemi yaşadığı asırdan yüzlerce ileri idi. Hapis cezalarının normal bir ceza olarak büyük ölçüde tatbik edilmesini istemekte idi. Ona göre «suçlu» merhamete lâyıktır, kötülüğün esiri olmuş bir kimsedir. Plâton'da suçlunun ıslâhı ve iyileştirilmesi fikrinden başka aşağı yukarı tıbbî tedbirlerin mevcudiyetine de rastlamaktayız.

18 — *Cin'de*: Milâttan önce 1500 yıllarında ıslâh üzerine kurulmuş bir suç siyasetini 9 bölümde inceleyen bir kitap neşreymiştir. Bu eski bir hukukun içtimaî müdafaa mefhumu hakkında oldukça kuvvetli fikirlere sahip olduğu anlaşılmaktadır. Meselâ burada, ağır dahi olsa, hata, şanssızlık eseri olarak bir suç işleyen kimseye karşı ölüm cezasına hükmedilemeyeceğini göstermiştir (43). Yine Cin'de oldukça enteresan bir müesseseye daha rastlamaktayız. Bu «Belle Pierre» bir taş odanın kapısına konmakta ve suçlu bu taşın karşısında 3 — 13 gün bırakılarak, bu taştan çıkan ahenkli ışıkların karşısında ıslâh edileceğine inanmakta idi ve sonra suçlu âmme hizmetlerinde çalıştırılırdı.

(41) Honig, a.g.m., s. 425.

(42) Honig, a.g.m., s. 425; Kazuk, a.g.m., s. 1053; Ancel, s. 41 (Bu hususta Bk. no. 5).

(43) J. Escarra, Introduction de la Traduction française du Code Pénal de la République de Chine, 1928 Lyon, 1930. s. XXVI.

19 — Avrupa'nın eski ceza hukuku sahalarında bazı içtimaî müdafaa fikirlerinin parıltılarına rastlanmaktadır. Meselâ Karolina'nın 166. maddesi şayet bir kimse bir suç işledikten sonra, bir ikinci suç işlemeye meylediyorsa, hâkim onu kâfi bir teminat gösterinceye kadar hapsedebilir, denmektedir. Eski Avrupa hukukunda hemen hemen her yerde, dilencilere, serseriler, kötü hayat süren kimselere karşı tedbirler alındığı görülmektedir. Meslâ 1389 da İspanya'da bir ordonansla serseriler mecburî çalışmaya tâbi tutulmuştur (44). Yine bu yolda olmak üzere 1770 te Fransa'da aynı konuda bir oordonans neşredilmiştir. Nancy'de serseri ve dilenciler arasında erkekler kumaş dokumak, kadınlar kendir işlerinde çalışmağa mecbur tutulmuşlardır. Kilise hukukunda da faydacı ve insanî ceryanlara rastlanmaktadır. Hristiyanlık adetleri içinde içtimaî müdafaa fikirleri ortaya çıkmaktadır. Cezaya ruhu tedavi edici bir rol vermektedir. Kilise adetinde insanlarda merhamet ve şefkat gibi hislerin bulunması gerektiği söylenmiştir. Bu fikirden mülhem olarak 1703 de Papa Clement XI. küçük suçlular için bir müessese tesis etmiştir (45).

20 — Hümanizma ve 18 yüzyıl felsefe hareketleri: 1576 yılında «Utoepia» adlı kitabı ile Thomas Morus hususî bir yer tutar, ölüm cezasına ve cismanî cezalara karşı, hürriyeti tahdid edici cezaların kabulü fikrini savunmuştur. 18 yüzyılda cezada işkencenin kaldırılması için filozofların çalışmalarını görmekteyiz. Montesquieu, cezaların hafifletilmesini bilhassa ceza ile suç meydana getiren sebebler arasında bir bağlantı kurulmasını ve ölüm cezasının suiistimal edilmesinin önlenmesini istemektedir (46). Daha sonraları Beccaria tarafından bu fikirler müdafaa edilmiştir (47).

Böylesine eski eylimlere sahip olmasına rağmen İçtimaî Müdafaa doktrini yakın zamanlardadır ki tam mânasıyla ceza hukuku sahasını çıkabilmiştir. 18. asırdaki felsefe hareketleri başka bir

(44) Francisco Olesa Mundi, Las mediadas de segurida, Barcelona 1951, p. 34, zikreden Ancel 43.

(45) Bu müessese üzerine yazılmış olan «Parum est cuercere inprobos poena nisi probos efficias diciplina» ceza infazında yeni bir anlayışı ortaya çıkarmıştır.

(46) Montesquieu Esprit des Lois liv. 12 ch. 4; Ancel 51; Montesquieu ölüm cezasını bir nevi kısas saymakta ve hasta bir adam için onu ilâç telâkki etmektedir.

(47) Beccaria, Suçlar ve cezalar, (türkçe tercümesi Göklü) İstanbul 1960.

yöne doğru hareket etmiştir. Bu hareketler insanî ve eski rejimin gaddarlıklarına karşı idi. Tabii haklar ve içtimaî mukavele teorilerini kendilerine esas ittihaz etmişlerdir. Montesquieu'e göre insan akıllı ve hareketlerinin sahibi olarak görülmekte, ve bütün diğer kimselere karşı hakları kanunla korunmaktaydı. Böylece 1748 de «Esprit des Lois» yayınlanmasından 1813 tarihli Feurbach'dan mülahem olan, ilk klâsik ceza hukuku görüşünü ortaya koyan Bavyera ceza kanununun yapılmasına kadar kanunilik ve manevi mes'uliyet konuları üzerinde çalışılmış ve suç objektif bir konu olarak kabul edilmiştir. Böylelikle belki istemiyerek içtimaî müdafaa fikrinden uzaklaşmıştır. 19. yüzyıl ceza kanunlarında içtimaî müdafaa'yı doğrudan doğruya ilgilendiren bir fikre rastlanmamaktadır. Tenkilî bir rejimde kendini bulan sistem suçluyu hiç gözönüne almamaktadır (48).

21 — XIX. yüzyılın sonunna doğru klâsik sisteme yönelen hareketler başlamış ve pozitivist akımın öncülüğünü yapan Lombroso, 1876'da *L'uoma Delinquente* adlı kitabını yayınlamıştır. Bu 1764 Beccaria'nın «*Delit et des Peines*» adlı küçük kitabı kadar Ceza Hukuku sahasında reform yapmıştır. Bundan sonra, Garofalo, Ferri'nin çalışmalarının neticesinde, suçlunun şahsiyeti, biolojik hususiyeti ve yaşadığı ortam gözönüne alınmıştır. Böylelikle yeni görüşlerle, Klâsik Ceza Hukukuna karşı cephe alınmış, iradîlik vasıflarına yıkıcı tenkitler ileri sürülmüş ve XX. yüzyılın başlarında Ceza Hukuku sahasında bir kriz meydana çıkmıştır (49).

İçtimaî Müdafaa fikri yine XIX. yüz yılın sonlarına doğru pozitivist cereyanla ele alınmış ve XX. yüz yılın ilk yıllarında, ilk İçtimaî Müdafaa nazariyesi ortaya çıkmıştır. Şüphesiz ki, Pozitivist ekol içtimaî müdafaa yolunu açmıştır, veya başka bir deyişle pozitivist isyandan sonra İçtimaî müdafaa teorisi yerleşme imkânını bulmuştur. Bugünkü mânada İçtimaî Müdafaa pozitivist doktrin değildir, fakat onun endirek bir neticesidir. Pozitivistler bilhassa Ferri İçtimaî Müdafaa tâbirini kelimenin karşılığı olan İçtimaî korunma şeklinde kabul etmiş kendi başına bir teori olarak kullanmamıştır. İşte böylece Pozitivistlerin çalışmaları İçtimaî Müdafaa teo-

(48) Ancel a.g.e. 51.

(49) Donnedieu de Varbre *La Crise Moderne du droit Pénal; La politique Criminelle des Etats autoritaires*, Paris 1938.

risini mümkün kılmış fakat onu formüle dememiştir. XX. yüz yılın başlarında Milletlerarası Ceza Hukuku Birliğinin kurucuları Adolphe Prins, Von List, Hammer ilk İçtimaî Müdafaa teorisini kurmuşlardır. Bu birliğin tesisi klâsik Ceza Hukukunun en mükemmel örneği olan Zanerdelli kanunu ile aynı tarihe rastgelir. Bu Birlik Ceza Hukukunun Vazifesini sosyolojik bir hâdise olan suçluluğa karşı savaşmak olarak kabul etmiştir.

Antropolojik ve sosyolojik etütlerin neticelerinin ceza kanunlarının hazırlanışlarında göz önünde tutulması gerektiği ileri sürmektedirler, ve suça karşı savaşta «ceza» nın yegâne vasıta olmadığını belirterek kısa müddetli hapis cezalarının yerini alacak tedbirleri araştırmışlardır (50). Klâsik ceza hukukunun mânevi mes'uliyet mefhumunun yetersizliği Prins'e bu teoriyi gerekli kılmıştır. Manevi mes'uliyet esası tatbikatta kısa müddetli hapis cezalarını çoğaltmış, mes'uliyet mefhumunu azaltmış, ve tehlikeli suçlulara karşı cemiyeti müdafaasız bırakmıştır. Gerçekten mânevi mes'uliyet üzerine kurulmuş bir ceza kanunu ve ceza adaleti cemiyeti tam bir şekilde koruyamamaktadır. Aynı fikirden mülhem olan klâsik infaz sisteminde kifayetsiz kalmakta, artan mükerrir suçluların sayısı bu sistemin cemiyeti koruyamadığını ortaya koymaktadır. Bu kimselere göre eksiklik mânevî mesuliyet doktrini taraftarlarının ceza adaletinin gerçekleştirilemeyecek mutlak bir gaye atfetmelerinden gelmektedir; Cezalandırmak, kelimenin tam mânası ile suçluyu kusuru ile mütenasip olarak cezalandırmak. İşte Ceza Hukuku gibi, insanî bir müessesenin böyle bir gaye gütmemesi lâzımdır. Oysaki, Ceza Hukuku bir toplumda can, mal emniyetini temin etmeli, fert ve vatandaşlık şerefini korumalıdır. Fakat bu gayeye, pozitivistlerin dediği tehlikeli hali gibi bir kıstas ile erişilemez. Prins'e göre tehlike hali mefhumu manevî mesuliyete karşı ileri sürülmüş olan bir hukukî mefhumdur. Ferdî hürriyet ancak yeni tedbirler çeşitli klâsik cezalar ve emniyet tedbirleri ile garanti edilebilir.

İdarî veya daha doğru olarak içtimaî bir karaktere sahip önleyici bir hareket ile suçun işlenmesinden önce tehlike halini doğuracak bütün halleri ortadan kaldıracak imkânlar sağlanabilir (51).

Aşağı yukarı iki dünya harbi arasında pozitivismin muhalefeti ve klâsik teori, kuvvetlerini kaybetmiş Ekletizm hâkimiyeti İtalyada

(50) Sur L'Union Internationale de Droit penal et sa Doctrine et son influence v. Le numero speciale de La Revue Int. de Droit Penal, 1951 No. 2-5.

doktrinal çalışmalar ve bilhassa Teknik Hukuk Mektebi ile hissedilmiştir. İçtimaî Müdafaa kelimesi kaybolmamış, fakat pozitivistlerin attığı renk, Von Listz'in tanıdığı olduğu humanizm, ve Prins'in verdiği doktrinal kuvvetten uzaklaşmış, değişik mânalar atfedilmiştir. Müsbet hukuk sahasında emniyet tedbirleri anormal suçlular ve mükerrirler hakkında tatbik edilmiştir. 1930 tarihli Belçika Kanunu İçtimaî Müdafaa'nın ilk tezahürü olarak ortaya çıkar (52).

22 — Daha sonraları yapılan kanunlarda yer alan çeşitli tedbirle Klâsik ceza ile karışık bir şekilde kabul edilmiştir. II. Dünya Harbinden evvel ortaya çıkan suç profilaksisi ilk içtimaî müdafaa nazariyesini ilerletmiş, bilhassa emniyet tedbirleri ve suçluların tasnifi konusunda çalışılmıştır. Harbten sonraki yeni doktrinlerin ele almış olduğu insan şahsiyetinin incelenmesi eğitimi gibi konular araştırılmıştır. 1938'de Roma'da yapılmış olan Beynelmilel Kriminoloji Kongresinde bu çalışmaların ilk yankılarına rastlanır. Bu hareketin önemi saf hukuk tekniği dışında Kriminolojik ilimleri yeni bir tarzda ele alan yeni bir doktrine öncelik etmesinden doğmaktadır.

Fakat 1939 yılında harbin patlaması, yukarıda belirttiğimiz hareketin ve İçtimaî Müdafaa fikrinin yeniden - Ceza Fikrine - dönülmesi ile durdurulmuştur. Harb esnasında Totaliter rejime tâbi memleketlerde hattâ Demokrasilerde dahi otoriter Ceza Hukukuna dönülmüştür. İşte Ceza Hukukunun otoriter cereyanla karşılaşması, İçtimaî Müdafaa'nın gelişiminin ikinci kısmının sonudur. Otoriter Ceza Hukuku, içtimaî müdafaa fikrine karşı bir tepkiyi gösterir. Zira bu rejimler korkutucu ve ödetici ceza üzerine inşa edilmiştir. Harbten sonra tamamen teknik hukuk dışında ilk doktrinal çalışmalar, Kriminolojik Bilimler, ceza ve korkutma

(51) Müsbet sahada Prins, kitabında İçtimaî Müdafaa'yı gerçekleştirecek cezanın yanında tedbirlerin de bulunmasını istemektedir. 1902 Norveç Ceza Kanunundaki bu yolda alınmış olan tedbirlere ve 1908 İngiliz Prevention of Crime Act'ine işaret etmektedir.

(52) 1919 ile 1939 arasında yapılan Ceza Kanunları bu doktrinin tesiri altında kalmışlar, tamamen müstakil olmamakla beraber bazı memleketlerde hususî kanunlar vaz ederek (1927 İsveç, 1928 Macar, 1929 Çekoslavak, 1930 Belçika, 1932 Finlandiya gibi..) İçtimaî müdafaa görüşünü benimsemişlerdir. Bu hususta bak: Kemalettin Kazuk, a.g.m. 1076; Erman, Akıl Hastalıklarına karşı Cemiyetin müdafaaası, Belçika İçtimaî Müdafaa Kanunu, İstanbul 1958; Dönmezer, Cezaî mesuliyetin esası, İstanbul, 1949.

fikirlerine karşı çalışmalarla başlamıştır (53). Ve bugün yeni İçtimaî Müdafaa bir doktrin olarak 1958 Stokholm (54), 1961 Belgrad Kongreleri ile kabul edilmiştir.

IV — İçtimaî Müdafaa Görüşünde Ceza

23 — Klâsik Ceza Hukuku için suç, hareketlerinden sorumlu olan bir kimsenin kasdî hareketi olmakta bunun tabiî bir neticesi olarak da böyle bir fiili ika etmiş olanlara hem mânevi kusurlarından ve hem de bozulan hukukî düzeni yerine getirmek için ceza müeyyidesi tatbik edilmektedir.

Determinizme dayanan mutlak bir pozitivizmde ise hiç kimse hareketlerinden sorumlu olamayacağına göre ceza anlaşılama-makta suçluya yalnız gösterdiği tehlike hali nisbetinde emniyet tedbirleri tâyin edilmektedir.

XX. asrın ilk yarısında beliren karma sistemde ise, bu iki ekol arasında bir muazene tesis edildiği görülür. İsnat kabiliyetine sahip kimseler manevî mesuliyet kaidelerine tâbi tutulmakta, olmayanlar ise emniyet tedbirlerine muhatap olmaktadır. Şayet herkesi kesin olarak böyle bir ayırma tâbi tutabilirsek, fevkalâde bir netice olabilir. Fakat bu hiç bir zaman mümkün olamamaktadır.

24 — İçtimaî Müdafaa'nın gayesi suç faillerinin hür ve şuurlu bir hayat yaşamalarını sağlamaktır. Cezada suçluya ıstırap çektirmek, geçmiş olayları ödetmek ve aynı zamanda nazarî ve mücerret olarak suç olayını silmek gayesini görmemektedir. İçtimaî Müdafaa'nın cezadan beklediği suçluyu islâh edebilmek (hususî önleme) ve yeniden cemiyete kazandırmaktır. Toplumun korunması ön plâna alan bir cemiyette suçlunun bir kere sosyolojik, biolojik, psikolojik şahsiyeti ele alınmalıdır. Sosyal bir yaratık olan ferde tatbik edilen içtimaî müdafaa tedbirlerinin bugün cezada olduğu gibi kat'î bir sınırı yoktur. Failin tedavi edilmesi, sıhhatini yeniden kazanması bilhassa onu anti sosyal hale getiren sebeplerin kaldırılmasını içine almalıdır. Hasta iyileşmeli, cahil cemiyette yaşayabilmek için aydınlanmalı, fert ihtiyaç nisbetinde yardım görmelidir. Suç işleyen ferdi cezalandıran cemiyet herşeyden evvel ferdî suç işlemek mecburiyetinde bırakmaması icap eder. Suç işlemiş bir ferdi ise infaz

(53) Revue de Science Crim. 1958, s. 916.

(54) Revue de Science Crim. 1961, s. 638.

sırasında Kriminolojik veri ve metodlarla islâh edebilmek çarelerine başvurulmalıdır.

Cezadan sonraki (Post - Penal) devreye de önem verilerek tahliye edilen kimselerin cemiyet dahilinde faal, faydalı birer eleman olarak tekrar yer alması hususunda gayretler sarfedilmesi gerekmektedir. Anlaşılacağı gibi yeni içtimaî müdafaa cezada hususî önleme gayesi gütmektedir. Nasıl ki, çalışkan bir kimsenin mükâfatlandırılmasındaki gaye ileride daha fazla çalışmasını temin etmek ise, suçlunun cezalandırılmasındaki gaye de ileride suç işlemesini önlemektir (55). Cezanın gerçek görevini islâh teşkil eder. Zira suçluluk sosyal bir felâkettir. Suçlunun içtimaî hayata katılabilmesi için bir rehber ihtiyacı vardır. Bu rehber de terbiye ve islâh gayesini güden ceza olmalıdır (56). Aksi halde ceza cebir halinin devamından başka birşey olamaz. Hükümlünün islâha erdiği görülünce derhal salıvermelidir ki, fazla ceza vermekle hükümlü hakkında hata edilmesin (57).

25 — Bugünkü yeni içtimaî müdafaa görüşü cemiyet kadar onun mevcudiyetinin sebebi olan ferdi de ele alarak suç işlemesine mâni olacak tedbirleri ele alan, suç işlenmesi halinde, bunun sebepleri üzerinde durarak tedbirler ittihaz eden, tedavi eden suçlunun tekrar cemiyet içinde yer almasına çalışan insanî (Hümanist) bir harekettir (58).

N E T İ C E :

30 — Asırlardan beri insanlığa karşı ceza problemi ortaya konmuştur. İçtimaî realitelerin ışığı altında an'anevî Ceza Hukukunun cezalandırma hakkı modası geçmiş ve tatbikatta tesirsiz gözükmektedir. Ceza antisosyallik problemini kaldırmamış bilâkis kuvvetlendirmiştir. Pozitivist ekol buna çare aramış, fakat tam olarak halle muvaffak olamamıştır.

31 — İşte yeni içtimaî müdafaa hareketi âzalarını müdafaası yolu ile cemiyetin müdafaasıdır. Bu gayeyi takip ederek insan kıymetine bir hürmet tanımıştır. Ferdîlik üzerine kurulmuş liberalizmden eşitlik üzerine kurulmuş komünizme kadar umumî arzu iyi

(55) Erem, a.g.e., s. 167.

(56) Antolisei, n. 147 zik. Erem 167.

(57) Lucas, zik. Chauveu - Helie, I. N. 50.

(58) Kemalettin Kazuk, a.g.m. s. 1076.

bir içtimai yaratık (bien - etre sociale) elde etmektir ki, daha kimse bu emele ulaşmamıştır. İnsanın tabii ihtiyaçlarını tanıyan ve hakları üzerinde bir düzen kuran içtimai müdafaa iyi bir içtimai yaratık yaratabilme çabası içindedir. Aynı görüş Ceza Hukukçuları tarafından suç siyaseti içinde tatbik edilmektedir.

32 — Yeni sistemin suçluluk denilen düzensizliği bertaraf etmek için yaptığı çalışmalar nelerdir? Akıl hastalıklarını ve psişik karışıklıkları önlemek suçluluğun antişambri ile mücadele etmek, suçluyu islâh etmektir. İkinci cephesile, müsbet veçhesile İçtimai Müdafaa siyaseti, Beşer nevini daha iyi bir hale getirmek için yeni neslin korunması, okutulması ve yetiştirilmesi, bir yön verilmesi, ailenin korunması, içtimai ve ekonomik adaletin sağlanması gibi iyi bir içtimai yaratık yapabilmek için gerekli bütün insanî kıymetleri müdafaa etmektir.

Böyle olunca cezanın tek izahı islâh etrafında toplanmaktadır. Modern devletin artık «cezalandırma hakkından» bahsedemeyiz; devletin islâh etmek hakkı söz konusudur (59). Mağduru da kendine yapılan zararların tazminini isteme hakkından bahsedilebilir. Zira bundan ilerisi Devletin hak ve vazifeleri arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla intikam, kefarete, mağduru tatmin gibi düşünceler cezaya yabancıdır. Suçluyu islâh hak ve vazifesi modern devletin sosyal yardım konularından biridir, hukukî bakımdan bir cezayı da gerektirir. Ceza yolu ile islâhın teşriî ve kazaî cepheleri de vardır. Suç sayılan hareketi sadece o an için geçici olarak cezalandırmak kâfi gelmez. Suç insanın tabiatindedir, tabiatle mücadele lâzımdır (60). Suçludan intikam almak, kefareti çekirmek gibi düşünceler suç işlemiş bir insandan kusurunu sormaktır. Hastahaneye kabul edilen bir hastadan hastalığı almaktaki kusurunun sorulması o kadar boş olur. Bazı hastalıklarda mecburî tedavi kabul eden anlayışı suçlular bakımından niçin tatbik etmiyelim? Suç işlemiş, hattâ ahlâk sahası içinde kalan sebeplerle suç işlemiş olan şahıslarda dahi islâha muhtaç bir taraf vardır. Aksi halde ya suç işlemezdi veya o fiil kanun koyucu tarafından suç sayılmazdı (61).

Bu yeni görüş açısından bakılınca, Hekim şimdiye kadar Hukuk tarihinin akışı içinde Hâkimin yanında yer almış olan Moralist

(59) Erem, a.g.e. 172.

(60) Erem, a.g.e. 173.

(61) Erem, a.g.e. 173.

ve İlâhiyatçı ile yer değiştirdiği görölmektedir. Geriye Hâkimlerin ve hukukçuların ceza sorumluluğu kavramına nasıl eğilmeleri gerektiği kalmaktadır. Bir suç siyaseti doktrini olarak Yeni İçtimaî Müdafaa, ceza sorumluluğunu toplumsal bir olay kadar, insanî bir olay olarak müşahhas bir şekilde ele almaktadır (62).

Hâkim karşısında bulunan suçlunun «Şahsiyetini» ve bütün mediko - psikiatrik incelemelere ve işlemiş olduğu suçun psikolojik sebebine dayanarak anlamaya çalışacaktır. Tıbbî bir tedaviyi gerektiren marazi bir durumda bulunup bulunmadığı ve tatbik edilecek müeyyidenin suçlunun üzerinde müsbet veya menfi psikolojik tesirlerinin ne olacağını araştırmak hukukçulara düşen bir görev olmaktadır (63).

İçtimaî Müdafaa doktrininin suç siyaseti bütün suçluları sorumsuz hastalar olarak kabul eden ve cezayı tamamen kaldıran bir sistem değildir. Kaldı ki bazı vaka ve şahıslarda cezasıyla bir islâh vasıtası olmaktadır. Yapılan denemeler sonunda anlaşılmıştır ki, şayet fail kendini sorumsuz bir kimse olarak kabul ettiği hallerde onu yeniden cemiyete kazandırmak güç ve tesirsiz olmaktadır. Ancak ceza eski mücerret fonksiyonundan uzaklaştırılarak suça karşı sosyal bir tepki, ferdi tretmanın bir şekli olarak kabul edilmektedir. Ceza ancak terbiye ve islâh zaruretinin gerektirdiği kadar tatbik edilecektir (64).

Kâinat daima tekâmül etmektedir. İlim alanında her gün yeni adımlar atılmaktadır. Mevcut bütün engellere rağmen doğudan batıya kadar yeryüzündeki bütün iyi niyetli ve imanlı insanların gayretleriyle daha da ileri gidecektir. Bunlar insanlığı bataklığa sürükleyen bütün kötü kuvvetlerden kurtarmak için birleşecekler ve çalışacaklardır.

(62) Ancel Marc, La Responsabilité pénale, au point de vue juridique (Rev. Int. Crim. Pol. Thec. 1964 n. 4 s. 271.)

(63) Graven Jean La Responsabilité Pénale, Synthèse, notion actuelles et d'avenir (Rev. Int. Crim. Pol. Thec. 1964 n. 4 s. 280.)

(64) Ancel Marc, a.g.e. 275.

- Ancel Marc* La Responsabilité pénale, au point de vue Juridique
Rev. Int. Crim. Pol Thec. 1964 n. 4, s. 270.
- Ancel, Marc*, Responsabilité Penale et Defense Sociale, (Rev. Sc. Crim. 1959, 179 ve son).
- Ancel, Marc* La defanse sociale, nouvelle - Paris 1954.
- Ancel, Marc* Droit Penal et Defense Sociale (Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé 1953, 144 ve son.)
- Bouzat, et Pinatel* Traité de Droit Pénal et de Criminologie, c. 1, Paris 1962.
- Dönmezer, Sulhi* Cezaî Mes'uliyetin esası, İstanbul 1949.
- Dönmezer - Erman* Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, I. İstanbul 1965, ve II, İstanbul, 1966.
- Cornil, Paul* Une politique criminelle réaliste Principaux aspécts de la politique criminelle moderne Paris 1960.
- Cornil, Paul* La peine et le crime (Rev. Int. du Droit Pénal et du criminologie, s. 1-10-1940, sh. 246).
- Erem, Faruk* Türk Ceza Hukuku, Ankara 1962, c. 1 (Umumî Kısım).
- Frey* Strafrecht oder sociale Verteidigung (Revue Pénal Suisse 1953, sh. 403).
- Honig, Richard* Ceza Gayeleri Nazariyesinin tarihine dair (İHFM. sy. 7-8 1936).
- Honig, Richard* Hukuk Başlangıcı ve Tarihi, İstanbul 1935, 2. Bası.
- Honig, Richard* Hukuk Felsefesi, İstanbul 1935, 2. Bası.
- Gramatica, Filippo* La Justice de «la justice Sociale» Une Utopie. (Rev. Int. de Criminologie et de Police Thec. 1961, vol. 15 No. 2).
- Gramatica, Filippo* La difesa Sociale (Rev. Int de Police Crim. No. 151.)
- Graven, Jean* La Responsabilite Penale (Rev. Int. Crim. Pol. Thec. 1964, n. 4. 280.)
- Graven, Jean* Droit Pénal et Defense Sociale (Rev. Pén. Suisse 1955).
- Lord, Longford* «The Idea of Punishment» London 1961.
- Natık, Halit* İçtimaî Müdafaa, Ceza ve Ceza Siyaseti (İzmir Baro D. s. 4, 1935).
- Kunter, Nurullah* Cezadan Neler Bekliyoruz (İHFM. 1943, s. 145).
- léaute et Vuin* Droit Pénal et Criminologie, Paris 1956.
- Taner, Tahir* Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1953.
- Vidal - Magnol* Cours de Droit Criminel et de science penitenti-aire, 9. bası, c. 1. Paris.