

CEZA ADALETİ VE ZARARIN TAZMİNİNE DAİR DENEME

Prof. Giorgio Del Vecchio

- I — Fenaliğa karşı fenalıkla mukabele etmek hususundaki zahiri mecburiyet. Mesru müdafaa ve tazmin zarureti.
- II — Cezanın esasî mesruiyeti. Malum actionis malum passionis ve bonum actionis.
- III — Ceza sistemlerinde tadil temayülleri. Suçlunun şahsiyetine hürmet ve suçun mutlak olarak tazmininde güçlükler.
- IV — Sosyal bir vakıa olarak suçluluk: bundan doğan mesele ve vazifeler. Mukabele vasıtası olarak kıymete göre seçiş. Zararın tazmini ve alacakların korunması.
- V — Mükâfatlandırıcı adalete dair mülâhazalar. Ahlâkî vicdan ve adaletin gerçekleşmesi.
- VI — Hülâsa ve neticeler. Zararın tazmininin şekil ve hudutları. Borçların eda edilmesi için çalışma mecburiyeti. Bu gayeye matuf muhtemel bir mazeret ve zecrin mesruiyeti.

Fenalığa karşı fenalıkla mukabelede müsavat prensibi (*Wiedervergeltungsrecht; jus talonis*) bilindiği üzere bilhassa Kant tarafından, ceza adaletinin cihanşümul kıymette temeli olarak ortaya atılmıştır¹. Bu mânada, yani yerine getirilmesi zarurî bir mesele olarak, (de jure condendo) böyle bir prensip hiç olmazsa kabili münakaşadır ve esasen çok da münakaşa edilmiştir². Aşikârdır ki, yüksek adalet ideali nazarı

1) Bk. KANT, metaphysiche Anfangsgrunde der Rechtslehre, II, Teil I, Abschn., Allgem. Anm. E. Aynı tezi müdafaa edenler meyanında meselâ MAMİANI'yı hatırlayalım. Mümaileyh aynı zamanda kısas kaidesine baş vurup, prensip itibariyle bu kaideyi tasvip ederek beşer cemiyetine şu vazifeyi de tahmil etmektedir: fenaliğa karşı aynı derecede fenalıkla mukabelede bulunmak hususundaki ebedî kaideyi veryüzünde tatbik etmek. (Fondamenti della Filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire. T. MAMIANI ve P. S. MANCINI'nin mektupları. Livorno baskısı. 1875, S. 39 ve m. ve 51 ve m.)

2) Kant'ın ceza doktrinine karşı bizzat Kant devrinden itibaren ortaya çıkan muhalefet hakkında SOLARI'nın enteresan etüdüne bakınız: (Riv. di Filosofia, Sene XX; 1929, s. 25-28). Bu etütde, bu doktrini (sadece tarihi bakımdan izah değil) fakat felsefi noktadan mesru gösterme teşebbüsü, kanaatimizce muvaffak olmamıştır

itibara alınınca, cezanın esasî meşruiyeti meselesi, ne sadece bizatihi cezanın tarihî menşeinin isbatı, ne de şekli bünyesi ile, yani adaletin mantıkî kısmına ait oluşu ile halledilmiş addedilebilir (hukukîlik). Bu meselenin hallini kolaylaştırmak için, bazı basit noktalara işaret edilebilir.

Başkalarına karşı yapılan her hareket (dolayısıyla suç vasfını taşıyan bir hareket), tamamen mücerret bir sıra dahilinde, (adaletin mantıkî şeması gereğince muhtelif süjelerin ikame veya kaybolma imkânı dolayısıyla) mukabil bir harekete cevaz verir, yani mukabil hareketi hukuken mümkün kılar. Bununla beraber bu hareketi zarurî kılmaz, (bir vazife

ve zaten olmasına da imkân yoktu. Kant'ın ceza hukuku doktrinine tevcih edilen pek çok kritikten meselâ şunları hatırlatalım: FRANCK, *Philosophie du Droit Pénal* (Paris 1864), s. 110 ve m.; SEEGER, *Die Strafrechtstheorien Kants und seiner Nachfolger* (Festschrift für Berner'den ayrı bası, Tübingen 1892), s. 20 ve m.; HOFFDING, *Morale* (2. bası, Paris 1907), s. 525 ve m.; JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Stafe* (2. bası, Berlin 1908), s. 99 ve m. 106 ve m.; Umumiyetle bk. GUNTHER, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts* (Erlangen 1889-1895); MERKEL, *Ueber vergeltende Gerechtigkeit*, *Gesamm. Abhandl. aus dem Gebiet der Allgem. Rechtslehre und des Strafrechts içinde*. Strasbourg 1889, I. s. 1-14); A. m. Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht (aynı eser II, s. 687-723); BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht* (Leipzig 1908); EXNER, *Ueber Gerechtigkeit in Strafmass* (Gerechtigkeit und Richter amt içinde Leipzig 1922) Cezayı suça mütenasip kılmanın imkânsızlığı daha GODWIN tarafından açıkça hissedilmişti: «Daha yeni bir cereyan meselâ umumiyetle sadece cezanın lüzumsuz değil, fakat aynı zamanda gayri mütenasip olduğunu ispata çalışmış ve her hâdisede suçla cezanın tetabukunun imkânsız olduğunu belirtmiştir.» (*Enquity concerning political justice and its influence on morals and happiness*, Kitap VII, kısım IV; 4. tabı Londra 1842, cilt II; s. 166). Aynen RODER de tıpkı fasit daire meselesi gibi şu sorunun çözülmesini imkânsız buluyor: Suçun saiklerine tesir eden harici unsurlar nelerdir? (*Grundzuge des Naturrechts oder der Rechtsphilosoph* (sic) 2 Aufl.; Leipzig 1860-1863 II Abt. s. VII; bk. kısım 124, s. 163 ve m. ayrıca bk. aynı müellifin *Ueber den wahren Rechtsbegriff içindeki Strafvollzugs*, Prag 1869, s. 29-47). BOVIO'nun aynı istikametteki müşahedelerine bk. *Saggio critico del diritto penale* (Napoli 1872, 3. bası, 1883, s. 32, 37 ve m.) ve TISSOT'nun *Introduction philosophique à l'étude du droit pénal* (Paris 1874, s. 316 ve m.) Daha yeni olarak ceza ile suç arasındaki hakiki bir muadelete varmanın imkânsızlığı bilhassa HEIMBERGER tarafından ileri sürülmüştür: *Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht* (Leipzig 1903). Buradaki fikirler de SEUFFERT'in müşabih kanaatini hatırlatmaktadır (s. 6 ve 10 ve m.). Hattâ E. FERRI'ye göre dahi, suç ile ceza arasında kat'î bir nisbet kriteri tesbit edilemez, zira bu iki mefhum mütecanis bir manzara arz etmeyip bir arada ölçülmeleri imkânsızdır. (*La giustizia nel secolo XX*, Roma, 1912, s. 29 ve m.) Ayrıca bk: S. GLASER, *L'idea di giustizia nel diritto penale* (*Riv. internaz. di Filosofia del diritto içinde sene IX*, s. 769-787).

gibi). Zira bir kimsenin, böyle bir haktan sonuna kadar istifade etmesi için hiç bir mecburiyet mevcut değildir; ve sonra haksız muameleye maruz kalmış kimsenin ihtiyarına, sembolik veya hafif bir reaksiyonla tatmin olmak veya iktifa etmek, veyahut hususile haksız muamelenin faili pişman olup elinden geldiği kadar hatasını tamir etmesi halinde³, hristiyan ahlâkının ilâhî tavsiyesi gereğince onu affetmek gibi, yine hukukî diğer bazı ihtimaller katılmaktadır. Bir haktan vaz geçmek, aynen borcun ibrası gibi, (burada bazı iptidaî hakikatleri zihnimizde hazır bulundurmaliyiz), bizatihî hakkın inkârı demek değildir; bilâkis vaz geçme hakkı peşinen zarurî kılar ve zımnen ifade eder⁴. Zaten burada hukuk ve ahlâk arasında bir mübâyenetten bahsedilemez, çünkü daima, her zaman olduğu gibi burada da hukuk (daima icbar etmemekle beraber), ahlâkî vazifenin yerine getirilmesini mümkün kılar⁵. Diğer taraftan fena-

3) Quicumque homo remittit offensam in se absque satisfactione misericordier et non injuste agit St. THOMAS D'AQUIN. Summa Theol. 3 a, quaest 46, madde 2 ilâ 3. Bk: RQTTECK, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften III (Stuttgart 1834), s. 228: «Şayet tecavüze uğrayan affeder, veya tecavüze uğrıyanın veya tecavüzden mutazarrır olan cemiyetin menfaati ceza hakkını kullanmamayı iktiza ederse, o zaman kimseye haksızlık edilmemiş olur ve dolayısıyla adalet incinmez..» Pozitif bir şekilde teessüs etmiş bir sistemde metnin atıf yaptığı ihtiyarın sadece ferde değil fakat ihlâl edilen hukukî nizamın süjesi olması dolayısıyla Devlete de raci olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Hem de ferdin iktidarı maruz kaldığı haksızlık sebebiyle yaptığı şikâyetten muhtemel bir vaz geçme hususunda, Devlet tarafından vaz edilmiş kaidelerle tahdit edilmiş olmakla beraber ve zati olarak nazarı itibara alındıkları takdirde, şahsî vicdanların hukuken tesbitinin, menşei bir karakter arzetmesi ve bir mânada muhtar olması, her pozitif sisteme has mantık icabıdır. (Şu etüdümüze bk. A propos de la conception étatique du droit, Justice, Droit, Etat cildi içinde, Paris 1936, s. 282 ve m.) Demek ki, mesele sadece beşeri vicdanın çerçevesi dahilinde değil (forum internum), teşriî sahada da (ve buna bağlı olarak hukukî sahada da) ele alınmalıdır. Bunlar hiç bir zaman daha yukarda zikredilen, meselin hakikiliğini haleldar etmez, sadece tatbikinin çeşit ve sınırlarına taallûk eder.

4) Bu kanaate göre St. AUGUSTIN, eski vasiyetin kaideleri (Göze göz, dişe diş) ile yeni vasiyetinkiler arasındaki (Fenalığa mukavemet etmemek vs.) tezaadın sebeplerini buluyor: İlk kaideler, borcun hukukî sınırını ifade ederler: Est enim quaedam justa cum ignoscimus, de nostro quodam modo jure largimur. Quod debetur etsi benigne dimittitur non tamen inique repetitus. Peccat enim qui exigit ultra debitum non peccat autem qui exigit debitum: sed tutior longe est a peccato injusti exactoris qui omnino exigit debitum (Contra Faustum Manichaeum L. XIX, C. 25; MIGNE, Patrol T. XLII, s. 364 içinde) Debitores igitur Lege monstrantur ut quando ignoscitur appareat quid dimittatur Neque enim debita dimitteremus nisi quid nobis deberetur Lege indice disceremus. (Quaest in Heptateuchum L. II. quaest 80); MIGNE, Patrol T. XXXIV, s. 626).

5) Tabii ki, aralarında bir nevi uygunluk bulunması zarurî olan ahlâkî ve

lîğa fenalıkla mukabele etmek ihtiyarını (tekrar edelim, bu kaide hukukun mücerret hududunu teşkil eder), cezanın temeli hakkındaki doktrini, Kant gibi bir mantık hatasına düşerek, kategorik bir emir saymamak lâzımdır ⁶.

Zaten buna dolayısıyla bir delili şu vakiada buluyoruz ki, mutlak kısas formülü, yani suçla ceza arasında maddî tetabuk (meselâ: *per quod quis peccat, per idem punitur* formülü gereğince hırsızın elini, yalancının dilini kesmek v.s.) ancak iptidaî örf ve âdet ve kanunlarda yer almaktadır. Bilâkis, daha yüksek bir ahlâkî ve hukukî vicdan, sadece maruz kalan için değil ve belki de bilhassa tatbik eden için alçaltıcı olan, insan şahsiyetinin özüne tevcih edilen cezaların kaldırılması veya değiştirilmesi suretile, kıymetler arasında mantıkî bir müsavat veya muvazene arar.

Bütün bunlar tabiatile (tamamen başka bir mânası olan), bir hakka tecavüz vukuunda *meşru müdafaa* prensibini ihlâl etmez. Bu tecavüzler sadece *in abstracto* muhtemel oldukları halde değil, *in concreto* tehditkâr ve başlamış bulundukları halde (zira hak daima maddeten ihlâl edilebilir) ve bu muayyen ve aktüel sebep dolayısıyla çizilmiş dar hudutlar çerçevesinde (*cum moderamine inculpatae tutelae*) meşru müdafaaya baş vurulabilir. Müdafaanın meşruiyeti hakikatte, karşılıklı muhtelif kimselerin durumlarını hudutlayan ve zararı önleme ihtimalinden başka bir şekilde ifade edilmesine imkân olmayan, bizatihî hakkın şekli mefhumundan derhal çıkmaktadır.

Her halü kârda geriye, hattâ ceza hususuna da şamil olmak ve ceza için yegâne umumî temel olarak şu yüksek adalet iktizası kalmaktadır: herkesin başkalarile olan münasebetlerinde, bizzat kendi hareketlerinin faili sayılması ve bunların neticelerine katlanması, (*sübjektivitenin azaltılması* prensibi): bundan, başkasına ika edilen zararın tazmini ve dolayısıyla duçar olunan zararın mümkün olduğu nisbette münasip bir şekilde tazminini talep ihtiyarı doğmaktadır.

II

Mamaafih bu konuda bazı tefrikler yapmak zaruridir.

Bir insanın yaptığı bir hareketi anlayıp ve hakkında hüküm verebil-

hukukî kaideleri ihtiva eden *ayni etik sistemi* dahilinde bahis konusudur. Bk. bizim *Concetto del Diritto*, s. 64 ve m.

6) Metap. Anfangsgrunde der Rechtslehre (a.g.e.); HOFFDING, bu emrin keyfi olduğunu beyan ediyor (a.g.e., s. 526) fakat isbat etmiyor (ve meselenin hatanın menşesinde yani bir gerçek payı taşımakla beraber mantıkî bir noksanlıkla malûl Kant doktrininde, başkaları tarafından izah edildiğini sanmıyoruz. Bk. KANT'ın hususile mukabele hakkına (vazifesine değil) atıf yaptığı şu pasaja: *Prolegomena zu einer jeden Künftigen Metaphysik* bl. 58).

mek için sadece dış görünüşünü ve maddî tesirini değil, fakat aynı nisbette, irade, niyet ve vicdanî yani ruhî veya iç elemanı da nazarı itibara almak gerektir. Bir hareket, bir başkasına haksız bir zarar verince fail için tazmin mecburiyeti doğar. Hattâ failin zarar vermek niyeti olmasa dahi: zira herhalde meydana gelen zarara onun yerine başkalarının maruz kalması âdil olmazdı. Fakat eğer hukuka mugayir hareket, bilerek ve mahsus (kasden) yapılmışsa, veyahut da kasda müsavî sayılmasını intaç ettirecek derecede bir hatanın mahsulü ise, meydana gelen hasar, sadece tesadüfen bu zarara maruz kalmış şahsı değil, fakat aynı hukukî sisteme iştirak eden herkesi ilgilendirir. Bu itibarla, hususî tazminden daha ileri giden, umumî mahiyette bir tazmin, yani ceza, zaruridir.

Cezaların esasî meşruiyeti bilhassa ihlâl edilen hakkı tazmin ve iade fonksiyonunda bulunmaktadır: mantıkî hududuna da orada erişmektedir. Bu mefhumların mücerret bir karaktere sahip oluşları, tatbiklerini oldukça güçleştirmektedir. Nitekim bu hususta, doktrinde olsun, pozitif kaide-lerde olsun, hattâ vahim denilebilecek hatalara, sık sık rastlanılır⁷. Fenalığa karşı aynı nisbette fenalıkla mukabelede bulunmak, bozulan muvazeneyi yeniden temin etmenin en kolay yoludur, fakat en sahihi değil⁸: hakikatte fenalık ancak iyilikle tazmin edilebilir⁹. Bu itibarla

7) Bundan başka hiç bir hususta hukukî muhtevadan âri mücerret bir ilmin kifayetsizliği ve tehlikesi bu derecede bariz bir şekilde müşahade edilemez. Meselâ. HEGEL'in formülü gibi (Die Tat des Verbrechens ist... ein Negatives, so dass die Strafe nur Negation der Negation ist. v.s....; Grundlinien der Philosophie des Rechts bl. 97 Zusats bk. bl. 98-103; C. Lasson'un ikinci baskısında 1921 ,s. 87 ve m. s. 309 ve m.) formüller bütün ceza neveleri ve hattâ en vahşilerine kadar aynı şekilde tatbik edildiklerinden en vahim haksızlıkları örtmeğe yardım edebilirler, nitekim fiilen etmişlerdir de.

8) St. Augustin'e göre, insan adaleti uzaktan ilâhî adaletin dunundadır ve hususile fenalığa karşı fenalıkla mukabele ettiği için sadece zahiri bir adalettir. Nam et malum pro polo reddere justitia videtur; sed non est ejus de quo dictum est: Qui facit oriri solem suum super bonos et malos... Homo autem cum malum pro malo reddit malo voto id facit: ed ob hoc prior ipse malus est dum punire vult malum (Enarrationes in Psalmos, V bl. 10; MIGNE, Patrol T. XXXVI, s. 87 içinde).

9) Burada St. PAUL'un şu değerli vecizesi hatırlanabilir: Noli vinci a malo sed vince in bonomalum. (Rom., XII, 21; ayrıca bk ib. 17). Karşılaştırınız DAVID: Diverte a malo et fac bonum. Psaume'larda XXXIII (XXXIV)) 15) Declina a malo et fac bonum. XXXVI (XXXIII) ve St. PIERRE'inkiler: Non redentes malum pro malo nec maledictum pro maledicto sed o contrario benedicentes... Melius est enim benefacientes si volunt Dei velit pati quam malefacientes. (Epist I, III, 9, 17). Az veya çok ustalıkli muhtelif tefriklere başvurmak suretile bu mefhumları hakikî suç faillerine veya fail oldukları sanılan kimselere tatbik edilen bilhassa vahşî cezaların istimâl ve suiistimâli ile uzlaştırmaya çalışıldığını bilmiyoruz değiliz. Fakat hususile

şu prensip ileri sürülebilir: suçun temsil ettiği *malûm actionis'e*, adalet icabı olarak, kadîm formül gereğince bir *malûm passionis* değil¹⁰⁻¹¹ fakat

bu derece sun'î inşalar, doktrinin ana fikrini kaybettirmek tehlikesini arzederler. Bu fikir bütün mutlak karakteri ile TOLSTOY tarafından kabul edilmiş ve cezaya dair önemli istihraçlar yapılmıştır. (bk. bilhassa *Non posso tacere* (ital. terc. Milano 1908) ve muhaberatına: *Ueber das Recht - Briefwechsel mit einem Juristen* (terc. A. Skarvan, E. Schmitt'in ön sözü ile, Heidelberg, 1910), ceza sistemlerinin sert bir kritiği içinde *Basübadelmevt* isimli romanına bak. Muhakkak ki, Tolstoy'un hukuk telâkkisi umumiyetle mükemmel değildir. Zira mesru müdafaa ile zararın tazmini mecburiyetini dahi sınırları dışında bırakmaktadır. TOLSTOY'un ahlâkî ve hukukî düşünceleri hakkında bk. OSSÍPLOURÍE, *La philosophie de TOLSTOÏ* (Paris 1899) bilhassa s. 129 ve m. KOVALEVSKY, *la morale de TOLSTOÏ* (Morale Sociale cildi içinde, Paris 1899, s. 169, 191); ELTZBACHER, *Die Rechts philosophie Tolstoj's* (Preussische Jahrbucher içinde, bl 100, Berlin 1900, s. 266-282); CRESSON, *Le Christianisme de Tolstoi* (Revue de Métaphysique et de Morale içinde. Yıl IX, 1901, s. 764-773, hususiyle, 767 ve m.); PETRONE, *F. Nietzsche e L. Tolstoi* (Napoli 1902) s. 127-163); A. S. GOLDENWEISER, *Das Verbrechen als Strafe und die Strafe als Verbrechen* (Berlin 1904); DORADO, *El derecho protector de los criminales* (Madrid 1916), T. II, s. 579-609; A. S. GOLDENWEISER (jun) *Tolstois Kampf gegen das Recht* (Archiv. f. Rechts-und wirtschaftsphilos içinde bl. XXII 1928, s. 98-116); M. MARKOVITCH, *J. J. Rousseau et Tolstoi* (Paris 1928), s. 159 ve m.; SAPİR, *Dostojewsky und Tolstoi über Probleme des Rechts* (Tubingen 1932). Ayrıca: STAMMLER'in kritik denemelerine bk. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (3. Aufl. Berlin 1929), s. 208, RADBRUCH'un *Rechtsphilosophie* (3. Aufl. Leipzig 1932), s. 38, 94 ve bizim şu denememize bk: *Il fenomeno della guerra e l'idea della pace* (2. baskı, Torino 1911).

10) GROTIUS'un cezayı şöyle tarif ettiği malûmdur: *Malum passionis quod infligitur ob malum actionis*. (De jure belli ac pacis K. II, bl. XX, I) ve bu telâkki, (ki ceza hukukunun iptidalarına kadar çıkar) umumiyetle takip edilmiş ve edilmektedir. Meselâ CARMIGNANİ için ceza: suçlulara, işledikleri suça mukabil tevcih edilen fenalıktır. (Elementi di Diritto Criminale, Milano 1863, s. 105). CARRARA'nın (Programma del corso di Diritto criminale, 3. tabı, Lucques, s. 333, 1867). P. ROSSI'nin (Trattato di Diritto Penale, Milano baskısı, 1853, s. 359) tarifleri de buna müşabihdir. Prensip itibariyle GROTIUS'un formülüne iltihakla onu benimseyen PESSİNA hakikaten aşırı bir incelikle bunun fenalığa karşı fenalıkla mukabele etmek olduğunu inkâr eylemekte, zira ceza, demektedir, bir fenalığın acısı olmayıp bir acının fenalığıdır. (Elementi di Diritto Penale, Cilt I, Napoli 1882, s. 330); FLORIAN, cezanın suçlu için bir fenalık teşkil edebileceği müstakbel bir ceza hukuku temenni eder. Fakat bu müellif şunu tanır: Halen kanunlarda itibar edilen ceza mefhumu bir suçluya tevcih edilen fenalık şeklindeki an'anevi ceza mefhumudur. (Trattato di Diritto Penale, umumî kısım, 4. tabı, C. II, Milano 1934, s. 762). Hattâ BATTAGLINI'ye göre cezanın maziden bize intikal eden ve halen hukukî müesseselerimizde kullanmakta olduğumuz şekli ile özü itibariyle bir eziyet vasıtası olduğuna şüphe yoktur. Bu husus müelliflerin ekserisi tarafından kabul edilmiş olup, müellifler cezayı bir fenalık, bir eziyet, bir acı olarak tavsifte ittifak etmektedirler. (Diritti Penale, umumî kısım, 3. bası Padova, 1949, s. 520); Kanonik Ceza Hukuku için meselâ şu müellifleri hatırlatalım: *lega praelectiones in textum juris canonici. De delictis et poenis*

bilâkis bir *bonum actionis*, yani suç failinden aksi istikamete müteveccih bir hareket, mümkün olduğu nisbette suçun tesirlerini yok eden veya azaltan bir hareket tevcih etmek gerektir. Böyle bir borcun yerine getirilmesi, tabii ki, bir miktar acıyı da zarurî kılacaktır. Tazmin hareketinin öncüsü olan veya olması gereken pişmanlık (nedamet) nasıl tabiatı icabı acı ile müterafık ise, yukarda zikredilen borç da bir cebir neticesi olduğu nisbette aynı duygu ile karışık olacaktır. Demek oluyor ki, kaideten suç, bizzat kendisinde, her şeyden önce kendi cezasını ihtiva etmektedir¹². Fakat bir başkasına acı vermek keyfiyeti, mukabele kasdı ile dahi olsa, yüksek etik idealinin ışığında, meşru bir gaye sayılamaz¹³.

(2. bası, Roma 1910); «Poena definiri potest; Malum passionis propter malum actionis a competenti potestate sanctum» (s. 86); WERNZ-VİDAL, Jus canonicum C. VII Jus poenale ecclesiasticum (Roma 1937) «Malum quoddam passionis aut privationis... ad conservandum socialem Ecclesiae ordinem juste inflictum. (S. 170). Aynı mevzuda bk. CAVAGNIS, Institutiones juris publici ecclesiastici, Cilt I (4 tabı, Roma 1906) s. 76.

11) Basitliği dolayısıyla bu formül bazılarına mutlaka aşikâr gelebilir. (Bu denemenin ilk defa neşrinde olduğu gibi) Bununla beraber daha önce bahis konusu husus için ne zikredilmiş, ne de hattâ tatbik edilmiştir. (Bilâkis aksi mefhum bu sahada daima hâkim olmuştur. Bir önceki nota bk.) Belki burada, (bazen SCHOPENHAUER tarafından da müracaat edilen) şu ata sözü de tatbik alanı bulacaktır: *Simplex sigillum veri*. Bizzat formül ve aynı zamanda hakikiliği diyeceğimiz, yukarda zikredilen (not 9) Mukaddes Kitap vecizelerinin neticeleridir ki, bunların ahlâkî mânalarından kimse ciddi bir şüphe duymamıştır. Nadir cezacılar meyanında RODER hususile evvelce zikredilen eserlerinden ikincisi için zikre lâyıktır. Ayrıca bk: SALEİLLES, L'individualisation de la peine, 1898, s. 11.

12) Doğru olarak St. AUGUSTIN şöyle müşahade etmişti: Jussisti en im et sic est ut poena sua sibi sit omnis inordinatus animus (Confessions I. 12). Gerçekten eğer şahsî vicdan boş bir kelime değil de bir ana hakikat ise, yapılan iyiliğin mükâfatı olduğu kadar işlenen kötülüğün cezası da onda mündemiçtir. «Fena bir hareket için en büyük ceza tasvibe mazhar olmamaktır» (MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, K. 4, Ks. IX) «Cürmün cezası onu işlemiş olmaktır» (A. FRANCE, Sur la pierre blanche, s. 90). Vicdanın yolunu şaşırdığı veya karanlıklara boğulduğu hallerde onu muhakkak yeniden terbiye edip aydınlığını iade etmek gerektir; ve tamamen bozulduğu hallerde de hakmeden veya etmeyen bahis konusu olmayacağına göre, mükâfat ve cezaya da yer olmayacaktır.

13) Daha EFLATUN, Socrates namına (ve hakikatte muhtemelen Socrates bizzat) adaletin, dostlarına iyilik düşmanlarına kötülük yapmaktan ibaret olduğunu söyleyen bir telâkkiyi, Hristiyanlığın en yüksek doktrinlerinden birine dayanarak cerhediyordu. Bilâkis âdil insana düşenin, ne düşmanına ne de başka bir kimseye zarar vermemek olduğunu söylüyordu. Cumh. I, 9, 335 d. ayrıca bk: (Criton X): Fenalığa fenalıkla mukabele etme imkânının kabul veya inkârına göre, umumî adalet ve ahlâk telâkkisi arasındaki antitez hususiyle İncil'de kıymetlendirilmiştir:

Başkalarını aynı kötü misali tekrar etmekten korkutmak veya caydırmak için, bir kimseyi ika ettiği zararlarla mütenasip olmayan veya hakketmediği bir cezaya tâbi kılmak hâdisesinde olduğu gibi, aynı ideal gereğince, insan şahsiyetinin basit bir şey, yani kendi dışında bulunan bir gayeye ulaşmak üzere bir vasıta telâkki edilmesi büsbütün kabul edilemez. Yukarda işaret edilen hudutlar dahilinde âdil bir ceza tabîî ki böyle pedagojik veya terbiyevî bir tesiri haizdir. Fakat bu niyet hiç bir zaman fazla ve bizatihî gayri âdil bir cezayı mümkün kılmaya yarıyamaz.

Aynı sebepten ötürü, bütün insanlık tarihinin en haksız hükmünü meşru kılmak için ileri sürülen şu mesel de tabîî ki tecviz edilemez: Bütün bir milletin mahvındansa, (masum dahi olsa) tek bir insanın ölmesi müreccahtır¹⁴. Aldatıcı olduğu kadar da çirkin olan¹⁵ bu mesel, bilindiği üzere Devletin hikmeti vücudu¹⁶ nazariyesi taraftarları tarafından muhtelif tatbik şekillerine bürünerek benimsenmiştir. Hakikat şudur ki, masum bir kimse, gayet tabîî, umumî menfaat namına hayatını fedaya davet edilebilir, fakat netice itibarile bundan istifade edecekleri aynı

«Nisi abundaverit justitia vestra plus quam Sriborum et Pharisaerum non intrabitis in regnum caelorum» (St. MATHIEU, V. 5.) «Auditis quia dictum est: Diliges proximum tuum et odis habebis inimicum tuum» Equo dico vobis: Diligite inimicos vestros benefacite his, qui oderunt nos» v.s. (ay. e. 43 ve m.). Hattâ İbrani ahlâkında dahi daha yüksek olan bu ikinci mefhumun bazı emareleri eksik değildi. B. BONSIRVEN, *Le Judaïsme palestinien au temps de Jésus-Christ*, Paris 1935, c. II, s. 202, 204 ve m. Bk. Umumiyetle MANZONI, *Ossevazioni sulla morale cattolica*, c. I, Bl. V: «Bir insana eziyet vermek niyeti daima bir günah teşkil eder. Bu kötü gayeye tevcih edildikleri takdirde en meşru hareketler ve en sahih hakların ifası derhal bir suç teşkil eder». («Eserleri» içinde, Lesca tabı, Floransa 1923, s. 124).

14) «Expedit vobis et unus moriatur homo pro populo et non tota gens pereat» (St. JEAN, XI, 50, bk. XVIII, 14).

15) Böyle bir meseli ROUSSEAU gayet meşru bir şiddette reddetmişti: «Eğer hükûmete çoğunluğun selâmeti namına bir masumu feda etmek selâhiyetinin tanınması anlaşılıyorsa, bunu işkencenin icat ettiği en menfur, ileri sürülebilecek en sahte, kabul edilebilecek en tehlikeli ve cemiyetin ana kaidelerine en ziyade aykırı olan bir mesel addederim» (De l'Economie Politique, Oeuvres, Lefevre bas. Cilt IV, s. 235); KANT (Metaphysiche Anfangsgrunde der Rechtslehre 2. Aufl. 1798, s. 226) ve MANZONI (Del sistema che fonda la morale sull'utilità. Osservazioni sulla morale cattolica bahsinin ilâvesi. Eserleri içinde. Lesca tabı, s. 221) ki şöyle der: (Âmme menfaati daima adaleti ihlâl etmek için bir vesile olmuştur, a.g.e.) aynı şekilde düşünürler.

16) Bu mevzu hakkında umumiyetle bak: MEINECKE, *Die Idee der Staatsrason in der neueren Geschichte* (3. Aufl, Münich 1929); DE MATTEI, *Il problema della «Ragion di Stato» nel Seicento* (Riv. Internaz. di dir. içinde yıl XXVI, 1949, fas. II-III; yıl XXVII, 1950; fas. I, yıl XXVIII, 1951; fas. II).

şekilde haksız bir utanç ve zarara mahkûm etmeksizin böyle bir mahkûmiyete maruz bırakılamaz¹⁷.

Bu konuda bir diğer zarurî tahdit de şundan doğmaktadır ki, muhtelif şahıslar arasındaki münasebetlerde görülen, fiilî münasebet ve bağlar ekseri masumlar da zarar görmeden, suçluların tecziyesini mümkün kılmazlar. Şairin şu meşhur beytinde ifade ettiği gibi: *Pur che il reo non si salvi, il giusto pera*¹⁸ (suçlu kurtulmasın diye, isterse suçsuz da mahvolsun), bu zalimane fikir en basit adalet postülası ile aşikâr olarak mübâyenet halindedir ve şu şekilde baştanışağı tadili gerekir: *Pur che il giusto si salvi il reo non pera* (suçsuz kurtulsun diye, isterse suçlu mahvolmasın).

Bu mevzuda bir tereddütten bahsedilemez. Fakat bu mefhumu gerçekten takip edebilmek için, daha ileri gitmek ve mahkûmiyetin sadece doğrudan doğruya tesirlerini değil fakat dolayısıyla tesirlerini de, nazarı itibara almak lâzımdır. Aile bağının dar karakteri cezaların (ve bilhassa uzun bir müddet için veya müebbet ağır hapis gibi ağır cezaların) sadece suçlu üstünde değil, fakat masum aile efradı üstünde de ağır bir tesir icrasını intaç etmektedir. Bunun doğru olduğunu kimse iddia etmemektedir. Fakat umumiyetle önlenmesinin kabil olmadığı kanaati hâkimdir. Ve belki de bu kanaatten ötürüdür ki, ekseriya bu mesele hukukçular tarafından tetkik edilmemektedir. Bununla beraber, muhtaç veya suçsuz kimseler tarafından çekilen acıları ortadan kaldırmak için değilse bile, hiç olmazsa azaltmak üzere, muayyen bazı hallerde, tasarlanan hattâ hükmedilmiş cezaları; *in abstracto* azaltmak veya kat etmek suretile adaletin muhtelif icaplarını telif etmenin mümkün olup olmayacağı meselesi ortaya atılabilir. Aynı zamanda suçlunun kısmen dahi olsa, sadece cemiyete ve mağdur ettiği kimselere karşı değil, fakat çalışması ile kendilerini desteklemek zorunda olduğu kimselere karşı olan vazifeleri nokta-

17) A. FRANCE'a göre adalet saraylarına ve mahkemelere İsa'nın resmini asmak yersizdir, çünkü oralarda tatbik edilen «adalet» le tezat halindedir; (Bk: Crainquebille, s. 6, 8) «Bütün Hristiyan milletlerin müttefik kanaatine göre bir adli hataya kurban olan Allah'ın oğlu adına, mantıken hiç bir hâkimin, hiç bir kimseyi mahkûm edememesi lâzım gelir» (GAFFIOT, Les théories d'Anatole France sur l'organisation sociale de son temps, Paris 1928, s. 191). Diğer taraftan bu menfur yanlışlığın hatırasının hakimlerin vicdanına ihtiyatlı bir temkin ve zamanımızda dahi ekseri ağır olan, ceza kanunlarının tatbikine olgun bir müsamaha getirmesi, zarureti noktasından hayırlı sayılması icap eder (Gaffiot, a.g.e., s. 187 ve m.) Zaten mukaddimelerin tehalüfüne rağmen bu mevzuda A. France'ın verdiği neticelerin, daha yukarıda işaret ettiğimiz Tolstoy'unakilere uyması mânalıdır.

18) T. TASSO, Gerusalemme liberata, Bl. II, 12.

sından da bu mesele önemlidir. Muhakkak ki bahis konusu mesele çetindir ve belki de insan kabahat ve kötülüklerinin karışık ve değişik realitesi gözönüne getirilecek olursa, çözülmesi imkânsızdır. Bununla beraber kanaatimizce, kanun koyucuların ve hâkimlerin gayretlerini bu istikamete tevcih edebilmeleri için, ideal bir görüş zaviyesinden, kendi unsurları içinde vaz edilmeğe değer kıymettedir ¹⁹.

III

Yukarda işaret ettiğimiz ana prensiplere, gerek ceza hukuku müesseselerinde ve gerekse ceza dâvalarında, (ve hem de sadece uzak devirlerde ve iptidai kavimlerde olmamak şartile) sık sık riayetsizlik, hattâ tecavüz edilerek, adaletin mukaddes isminin çiğnendiği, o derece herkesin malûmudur ki, bu hususu ayrıca ispata lüzum yoktur. Her türlü peşin hükümden sıyrılarak, asırlar boyunca bu konuda birbirini takip eden muhakeme hataları serisinin, feci realitesini gözönüne getirecek olan herkes, ceza tarihinin, bir çok sayfalarının, insanlık için, suç tarihinin-kindenden daha az şerefsizlik teşkil etmediğini itiraf etmek zorunda kalacaktır ²⁰.

19) Bahis konusu kriterin tatbikinin, zayıf dahi olsa, bazı izleri, hamile kadınlarla, çocuklarını emziren annelere hapishanelerde tatbik edilecek muameleye dair hükümlerde bulunmaktadır. Ceza tatbikatının bir başka sahasında, kıyas yolu ile muayyen ailevi şartları haiz kimselerin askerlik hizmetlerinden kısmen veya geçici olarak muaf tutulmalarına cevaz veren kaideler de nazarı itibara alınabilir.

20) «Tarihi tetkik ederken insanların soğukkanlılıkla icat ve icra ettikleri vahşiyane ve lüzumsuz işkenceler karşısında dehşete düşmemek kabil midir? Bu lüzumsuz yaratıcılık insanları asla daha iyi kılmamıştır.» BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, bl. XXVII - XXVIII (başka tab. XV - XVI) Aynı zamanda VOLTAIRE şöyle yazıyordu: «Kanunî teamülün en korkunç manzaralar arzettiği memleketlerin, suçların en çeşitli olduğu yerler olduğuna dikkat etmiyor musunuz? Haysiyet aşkı ve utanç korkusunun cellâtlardan daha iyi terbiyeci olduğunun farkında değil misiniz? Fazilete mükâfat verilen memleketler, kan dökmek ve suçlu ahfadı yaymak için bahaneler aranılanlardan daha medenî değil midirler?» (*Prix de la justice et de l'humanité*, mad. XXVIII; Eserleri içinde C. XXIX, 1785, s. 347) Gerçekten cezaların gaddarlığı ekseriya bizzat cürüm ve suçları daha vahşi kılmak için bir tahrik teşkil etmektedir. Nitekim PAINE şöyle müşahede etmişti: İnsanlar ekseriya altında yaşadıkları idarelerde yapıldığını gördükleri şeyleri âdet eder ve görmeğe alıştıkları cezaları başkalarına tatbik ederler... Öyle ki, ağacı kökünden kesin ve idarelere insaniyet öğretin. İnsanlığı ifsat eden, onların kanlı cezalarıdır. Bu vahşi eziyetlerin meydana getirdiği netice, hissiyatın yok olması ve intikamın körüklenmesidir. İdareler halkın en aşağı tabakası üzerine dehşet saçmak isterler ve bu vasıtalar bilhassa bu sınıf üzerinde en kötü tesirlerini gösterirler. (*Droits de l'homme*, 2. tab. Paris

Saklamayalım ki, yukarda zikredilen prensiplere bağlanmak, ceza hukukunun az veya çok kötü şekilde sayılı derecede müesseselerini tadil suretile, hattâ halihazır hareket sahasının daralmasını intaç ettirecektir. Bu sahada mümkün reformlar yapmış veya önemli bazı takipleri lâğvetmiş milletler için de durum aynı olacaktır. Son olarak muhtelif Devletlerin mevzuatında yer alan bu reformlardan bazıları, henüz inkişaf halinde olan bir temayül arzetymekte, ve bizce yukarda arzedilen postülalara ancak kısmî bir yakınlık arzetymektedirler. Misal olarak şunları zikrederim: cezanın şarta bağılı olarak taliki müessesesi ve kazaî, adlî af (İtalyan CK. m. 163-165 ve 169); suçlular için yeniden talim ve terbiye vasıtası olarak, açık havada çalışma evleri ve ziraî koloniler; küçük çocuklar için hususî kanunlarla mücehhez mahkemeler, ki bunların da gayesi aynen kazaî, adlî af gibi — tecrübe ile de sabit olduğı üzere — islâh edici olmaktan ziyade, ifsad edici olan her nevi ceza şekillerinden kaçınmaktır ²¹. Bu misallerde ve diğery bazı nadir hallerde, ceza hukuku, bugün hâlâ cari olan sistemlerin temelini teşkil eden kriterleri, mutlak olarak tatbikten sarfı nazar etmektedir. Terhipli cezalar, suçları yarı mekanik olarak telâfi etmek için artık mutlak olarak lüzumlu ve değerli sayılmamaktadırlar. Bilâkis bunlar talik edilmiş, hafifletilmiş veya yerlerine, ihlâl edilen hakkı iade edip, iradeyi tashih edecek diğery vasıtalar ikame

1793, C. I, s. 50 ve m.) Aynı zamanda bk. GODWIN'in derin kritiğıne: Enquiry concerning political justice and its influence on morals and happiness. Kitap VII (a.g.e., cilt II, s. 154 ve m.).

Hattâ HOFFDING'e göre de zalim cezalar halkın ruhunda gaddarlık ve vahşet uyandırıp içtimai nizam için tehlikeli olabilirler (a. g. Morale, s. 515).

21) Hâlâ mer'i ceza sistemlerinin zararlı neticelerine bazen bir derece mübalağa ile fakat maalesef daima bir derece hakikat payı ile işaret edilmiştir (Bk. F. TURATI, I cimiteri dei vivi (Millet Mæclisinde söylenen nutuk, 18 Mart 1904); RUGARLİ, Riforma penitenziaria (Milano 1947) Bir diğery münekkid de şöyle demektedir: «Cezaevleri dahiyane bir cümle ile «suç Üniversiteleri» diye adlandırılmışlardır. Devlet suçluların tehlikelliklerini ve suç kabiliyetlerini arttırmak için muazzam masraflar yapmakta ve cemiyete öncekinden daha korkunç suçlular iade etmektedir. Kapalı ve dar hapisanelerdeki müsterek hayat ve işsizlik, mahkûmları büsbütün fenaliğe sevketymektedir» (BERRİNİ, La giustizia, Problemi giustiziari italiani, 1921, s. 42) Bu istikamette yeni bir şahadete daha bk.: La vita segreta di un ergastolo (Giustizia penale içinde cilt LII, 1947, K. I, s. 141-142) Bazı memleketlerde bu mevzudaki en vahim mahzurlarla mücadele için bazı ölçülerin arandığı doğrudur; ancak mahzur çok daha radikal bir reformla izale edilebilecek derinliktedir. Bu mevzua müteallik (bu mesele için nihai bir hal çaresi arzetymekten çok uzak olan) bazı elemanlar için meselâ bk: GUNZBURG, Les transformations récentes du droit pénal et international (Paris 1933); GRANDİ, Bonifica umana (Roma 1941).

edilmiştir²². Böylece bazı sınırlar çerçevesinde, fakat muhakkak ki maziden çok daha fazla olarak, suçlunun şahsiyetine hürmet istikametinde bir temayül mevcuttur. Suçlunun şahsiyetinin de daima mukaddes bir

22) Bu mevzuda halen Devletler camiasında hâkim olanlardan çok daha geniş kriterlerden ilham alan, kanonik hukukun bazı kaideleri zikre lâyıktır: Meselâ Codex juris canonici'ye göre (Can. 2223, Bl. 3) «Conscientiae et prudentiae iudicis vel Superioris committitur: 1 - Poenae applicationem ad tempus magis opportunum differre, si ex praepropria rei punitione majora mala eventura praevideantur; 2 - A poena infligenda abstinere si reus perfecta fuerit emendatus, et scandalum reparaverit aut sufficienter punitus sit vel puniendus praevideatur poenis auctoritate civili sancitis; 3 - Poenam de terminatam temperare vel loco ipsius aliquod remedium poenale adhibere aut aliquem poenitentiam injungere» v.s.... (Bk. Can. 2214 ve m.).

Bu denemenin bir kısmının ilk defa nesri dolayısıyla, katolik kilisesinin ceza hukukuna müteallik kaideleri yeniden nazarı dikkati çekmiştir; zira burada vaz edilen umumî prensiplerle bu kaideler arasında bazı benzerlikler görülmüştür. (Bk. F. A. LIUZZU, La giustizia penale e la Chiesa, 18 Şubat 1944 tarihli Osservatore Romano'da). Bu müşahede de kısmen doğrudur ve benzerlik tezimizi mahsus bir selâhiyetle takviye etmektedir. Şüphe yok ki, daha bir çoklarında olduğu gibi bu mevzuda da, Devletin teşriî mevzuatı, kanonik mevzuata devamlı bir muvazilik ve ölçülü bir yakınlaşmadan muhtelif fâydalar temin edebilir. Kanonik mevzuatın son tanzim edilen Kodla hatırı sayılır bir mükemmelliğe ulaştığı göz önünde tutulursa bu faydanın mahiyeti anlaşılır. Burada geçmiş tarihi devrelerden bahsetmek zait olacaktır. Umumiyetle müşahede edilebilir ki, bazı prensiplerin değişmezliğine rağmen Kilise ceza hukuku, Devletin ceza hukukuna müşabih bir tekâmüle marûz kalmıştır. WERNZ bu hususta diyor ki: «Cum huiusmodi poenae temporales et corporales multum pendeant ab hominum cultu et moribus mirum non est quod emollitis moribus in foro civili mitiores adoptarentur poenea et Ecclesia quoque a rigidiore praxi antiqua v. g. a. fustigatione recederet» (Jus Decretalium, C. VI, Jus Poenale Eccles Catholicae, Prati 1913, s. 99; VIDAL tarafından hazırlanan yeni baskı da aynıdır. Jus canonicum, C. VII, s. 345). Bu iki hukuk da meydana gelmiş yeni bir tekâmül misali olarak *damnatio condicionalis* veya cezanın şarta bağlı olarak taliki hatırlanabilir; (can. 2288) «novum juridicum per Codicem formaliter introductum in jus poenale Ecclesiae» (WERNZ-VIDAL, a.g.e., s. 357; bk. CHELODİ, Jus poenale et ordo procedenti in iudictis criminalibus, 4. tabı (Trento) 1935, s. 63 ve m.) Hakikatte bilhassa zamanımızda daha açıkça olmak üzere kanonik ceza hukuku daima Devletinki ile sıkı bir temas halinde bulunmuş ve hattâ bir iktibas karakteri arzetsin veya etmesin geniş ve sık atıflar yapmıştır (Bk. Can. 2198; WERNZ-VIDAL, a.g.e., s. 509); «Mutatis relationibus inter Ecclesiam et Statum et inde etiam popularu moribus in novo Codice congruenter facta est distinctio inter delicta commissa a clericis et delicta commissa a laicis; hos puniendos relinquit potestati saeculari, illorum punitionem sibi vindicat Ecclesia simul cum for privilegi to; sed cum de facto ipsi quoque clerici poenas saeculares non effugiant ad normam, Can. 2223, bl. 3 2 - huius facti rationem habere debet iudex ecclesiasticus juxta principium «ne bis in idem» solva tamen debita reparatione scandalı fidelibus dati praesertim a clericis quorum delicta sunt fidelibus maxime nociva») Vatikan Devletine ait olanlar için bk. 7 Haziran 1929 tarihli hukukun kaynaklarına dair kanunun 4. mad.: «Bundan önceki maddelerde

tarafı vardır, ve yapılan fenalıkla bu fenaliğe mukabelede tasavvur edilen bir müsavat uğruna dahi olsa bu şahsiyetin inkârı veya ayaklar altında çiğnenmesi, onu inkâr eden veya ayaklar altında çiğneyenlerin şereflerini haleldar eder ²³.

belirtilen kaydı ihtiraziler tahtında, İtalya kraliyetinin mer'î Ceza Kanunu ile, işbu kanunun meriyetine kadar, bu kanunu değiştiren veya tamamlayan nizamnameler ile kanunlar, Vatikan şehrinde müşahade edilmektedirler. Zikrettiğimiz sebepten ötürü dine doğrudan doğruya bağlı olmayan ceza sisteminin bazı kısımları bilhassa devrimizde Kilise tarafından teşrii ve adli bir tazmine tâbi kılınmamışlardır. Böyle bir tazmin yukarıda hatırlatılan daha geniş ve âdil kriterlerin (Can. 2223 ve m.) daha vasi bir saha içinde fiili tatbikatın gösterebileceğinden çok büyük bir ilgi arzedebilir.

Kanonik hukukla Devletin vaz ettiği arasındaki yakınlaşma her halde kendine has sınırlar dahilinde tutulmalıdır. Meselâ tebarüz ettirmek lâzımdır ki kilise hukuku kanunların tanzim etmediği sahalarda dahi ceza vermek ihtiyarını tanımaktadır. (Can. 2222 Vatikan Devleti için yukarıda zikredilen kanunun 23. mad. bk.); bu hal bu hukukun hususi bünyesi ile izah edilebilir, fakat gayet tabii ki medeni hürriyetlerin temel garantisi olarak bir asırlık bir çalışmadan sonra (bugün yeniden münakaşa konusu olan) «*nulla poena sine lege*» kaidesini vaz eden medeni Devletin hukuku için bir örnek teşkil edemez. Kanonik hukukun hususi karakterleri ve tekâmülünün muhtelif safhaları için bk: FRIEDBERG-RUFFİNİ, Trattato del diritto ecclesiastico cattolico evangelico (Torino 1893, s. 418 ve m.); HOLLWECK, Die Kirchlichen Strafgesetze (Mayence 1899) Einleitung; CAVAGNIS, Institutiones juris publici ecclesiastici, cilt I, s. 180 ve m.; SCHIAPPOLİ, Diritto penale canonico (Enciclopedia del Diritto Penale Italiano içinde, E. PESSINA'ya C. I, Milano, 1904), s. 625 ve m. 655 ve m. EICHMANN, Das Strafrecht des Codex Juris Canonici (Paderborn 1920); JEMOLO, Peculiarità del diritto penale ecclesiastico (F. Cammeo'ya armağan'da Padova 1933, C. I, s. 721-723); OTTOVIANI Institutiones juris publici ecclesiastici (2. tabi, Roma 1935), C. I, s. 323 ve m.; MICHELS, De delictis et poenis (Lublin 1934); WERNZ-VIDAL, a.g.e.; F. ROBERTİ, De Delictis et poenis, C. I, (2. tabi, Roma 1938); PELLE, Le droit pénal de l'Eglise (Paris 1939); ROMANİ, Summa juris canonici lineamenta (Roma 1939), s. 265 ve m.; DELLA VENERIA, L'inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio (Milano, 1939), s. 153 ve m.

23) An'anevi fenaliğe karşı fenalıkla mukabele etmek mefhumuna karşı sarıh ve umumî bir redden, Sovyet Ceza Kanununda buluyoruz, (M. 9). Bu kanuna göre (sosyal müdafaa vasıtası telâkki edilen) cezalar maddî bir acı vermeği veya insan haysiyetini alçaltmağı gaye edinemezler ve vazifeleri, ne *mükâfatlandırmak*, ne de cezalandırmaktır (Les Codes de la Russie Soviétique IV terc. J. Patouillet, Paris 1935, s. 10; Scuola Positiva içinde nesredilen İtalyanca metne bk. 1927, K. I, s. 435 ve m.). Bu teorik beyanlar aynı kanunda mündemiç cezai kaidelere tetabuk etmemektedirler. Sovyet Ceza Kanununun karakterleri ve tezatlarına (GARRAUD'nun tâbiri ile) dair bk.: A. MAKLEZOW, Das Strafrecht, Das Recht Sowjetrusslands içinde (Tubingen 1925 bilh., s. 378 ve m.; C. PERRIS, Le nuove teorie della Russia sovietica (Scuola Positiva içinde 1931, K. I, s. 1-21); P. GARRAUD, Introduction à la trad. française a.g.e., bilh. s. XXXVII ve m.; J. ANOSSOU, I termini «pena» e misure di difesa sociale nel diritto penale sovietico (Giustizia penale içinde C. XLII, K. I, s. 18-25).

Nasıl ki, meydana gelmiş bir hâdiseyi (*factum infectum fieri naquit*) maddeten yok edebilmeyi zannetmek mânasız ise, açıkça söylemek lâzım gelirse, işlenen her suçta da tazmini kabil olmayan bir şey mevcuttur. Ve gerek medenî hukukun, gerekse ceza hukukunun telâfi çareleri, adaletin özünü teşkil eden ana kaideye cevap vermemekle beraber, hem bahis konusu kaidenin şartlarında bir sınır bulurlar, hem de birinciye silmek gayesi ile ,onun aynı yeni bir suç işlemekte²⁴. Telâfi edici tazminat mümkün olduğu nisbette gayesine ulaşmalıdır, fakat her şeyden önce, ahlâkî bir müsavâtı gözönünde tutmak, ve her halde *ratiojuris*'e (hukuktan istihraç edilen esbabı mucibe) en yüksek mânasında hürmet etmek zorundadır. Bu itibarla tazminat bazen kısmî veya dolayısıyla bir tatminle iktifa etmeli ,hattâ (bazen işaret ettiğimiz üzere) yeni ve belki de daha vahim, bir haksızlığın önüne geçilmesi imkânsız olduğu hallerde sadece sembolik bir mâna ifade etmelidir. Halen bu istikamette yaygın ve kökleşmiş bir kanaat hâkim olmakla beraber²⁵, cezaların vahşetiyle elde edilecek mutlak tatmin, sadece zahiridir, aynen bu çarelere baş vurmak zaruretinin de zahirî oluşu gibi²⁶. Bu ve buna benzer kanaatlerin değerini objektif olarak, ölçebilmek için, meselâ az zaman öncesine kadar hukuk-

24) EFLATUN Criton X. 49. («Neque igitur rependere injuriam decet neque malis vicissim afficere quemquam hominum quocumque te affecerit»). Bunun gibi St. Thomas D'AQUIN de «Non enim debet homo in alium peccare propter hoc quod ille pecavit prius in ipsum» (Summa Theol. 2 a, 2 ae, quaest. 108 mad. 1c.).

25) İdam cezasının kaldırılması bahis mevzuu olduğunda, İtalyada sık sık rastlanan kan gütme hâdiselerinin artmasından endişe edilmişti. Halbuki İtalyada azalan tek suç şekli, idam cezalarının verildiği katil suçları olmuştur. Bütün diğer suçlar çoğalmıştır. Bu, bir yandan idam cezasının lüzumsuzluğunu isbat etmiş, bir yandan da suçları önlemek ve azaltmak için başka tedbirlerin lüzumunu göstermiştir. E. FERRI, La Giustizia nel secolo XX, cilt, s. II. Cezaların tesirlerinin azlığına dair yine aynı müellifin şu eserine bak: Sociologia Criminale (5. tabı, Torino, 1929-1930), C. I, s. 421 ve m.

26) Cezaların lüzum ve faydalarına dair muhakemeler ekseri fasit birer dairedir. Yegâne hakikî lâzime adalettir: Adalet kanun şekli altında dahi olsa bir kere tecavüz edilince, bu sefer de bu kanunlara tecavüz hususunda bir temayül belir-
mekte ki, bu da daha sert ve daha gayri âdil yeni kanunların kabulüne vesile olmaktadır. ROUSSEAU haklı olarak «Kanunların kudreti» diyordu «kendi cevherlerinden ziyade vekillerin sertliğine bağlıdır ve âmme iradesi en ağır yükü kanunu vaz eden sebepten çeker... Gerçekten kanunların ilki, kanunlara riayet etmektir: cezaların sertliği, elde edemedikleri bu riayetin yerine korkuyu ikame etmek için bir takım basit zihinlilerin tahayyül ettikleri beyhude bir çaredir. (De l'Economie politique, a.g.e., s. 228).

çuların, eziyetin, adaletin tecellisinde lüzumlu bir unsur olduğunda, hemen hemen müttefik olduklarını hatırlamak faydadan hâli değildir ²⁷.

IV

Yeryüzünde fenalığın kökleri, o kadar geniş ve derindir ki, hukuk (hukukçuların da ikrar etmeleri gerektiği üzere) kendisine karşı, kâfi bir müdafaa vasıtası teşkil etmemektedir. Cürümle mücadelenin sadece hukukî müeyyidelerle devam ettirilmesi ve suç faaliyetinin bu müeyyidelerde uygun bir tenkil vasıtası bulduğu hususundaki yanıltıcı kanaat, muhtemelen, cezrî veya önleyici mahiyette başka hukukî müessese ve vasıtaların, şimdiye kadar bu derece önemli bir gayenin gerektirdiği nisbette inkişaf edememiş olmasının sebeplerinden birisidir ²⁸. Halbuki

27) DE LUGO, karakteristik bir misal zikretmek için şöyle muhakeme yürütüyordu: «Sine illa (tortura) audaciores homines essent ad delinquendum cum plerumque non possint delicta plene probari sine propria confessione et haec non hageretur communiter sine tortura. Quare licet periculum sit ne innocentes torqueantur et ne dolore coacti feteantur quod non peccarunt. minus tamen reputatur hoc malum quam quod ex impunitate scelerum respublica humana pateretur; ex duobus autem malis minus est eligendum quando trumque vitari non potest» (De Justitia et jure, Disp. XXXVII, Kısım XII; Fournials, tabı içinde 1869, C. VII, s. 729). Aynı eser içinde bu metni çok teferruatlı bir kazüistik takip etmektedir ki, buna göre eziyet hattâ kadınlara (lohusalık hariç) ve ondört yaşındaki çocuklara verilebilecektir... (a.g.e., s. 730 ve m.). Bütün bu muhakeme ve kaideler o zaman bir *communio opinio*'ya tekabül ediyordu (Bk. MANCINI, Sommi lineamenti di una storia ideale della penalità. Roma 1874, s. 41 ve m.) ki, bugün hiç bir hukukçu kendini sayan hiç bir insan bu fikri benimsemeğe cesaret edemez. Bu mevzuda husule gelen köklü değişiklik hâlâ hâkim bazı doktrinler ve gelenekler tarafından bize devredilmiş başka cezaî usul ve müesseselerin doğruluk ve lüzumu hususiyle faydalı bir düşünme ve şüphe vesilesi olabilir. Nitekim HEİMBURGER şöyle sormaktadır: suçla ceza arasında hakiki muvazeneyi kim bulabilmiştir? Eskiler mi, yoksa yeniler mi? Modern zamanların çocukları olarak bizler tabii olarak, haklı olduğumuzu zannetmekteyiz. Fakat kim iddia edebilir ki, bizim atalarımızı tenkit ettiğimiz gibi, istikbal de, bizim ceza usullerimiz hakkında aynı tarzda karar vermiyecektir? (Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht, s. II), DORADO'nun El Derecho protector de los criminales, C. I, s. 523 ve m. ve TOULEMON'un müşabih mülâhazalarına da bk: Le progrès des institutions pénales (Paris 1928), s. 34. Umumiyetle J. S. MILL'in müşahadesini zihinde hazır bulundurmak gerektir: Bütün içtimai tekâmül tarihi, bir âdet veya müessesenin bir diğeri ardından içtima mevcudiyetinin iptidai bir zarureti olduktan sonra cihanşümul bir adaletsizlik ve zulüm seviyesine yükseldiği bir oluş serisinden ibarettir.

28) Son asırlar boyunca bu istikamette teşvikler olduğu bir hakikatse de bunlara az itibar edilmiştir. Meselâ, MONTESQUIEU'nün sözlerini hatırlatalım: «İyi

ceza hukukunu daha hakikî ve daha yüksek bir adalet'in tesbit ettiği kendi asıl sınırları dahiline irca etmek hiç bir surette bu mücadeleyi terk etmek değildir. Bilâkis, böyle bir hareket, aynı sosyal ve ahlâkî mahiyeti haiz ve aynı müsterek gaye uğrunda muhtemelen çok daha büyük bir müessiriyeti haiz olan mücadelenin daha da teksifinde bir tahrik vasıtası olabilir.

Suç sadece failinin mümkün olduğu nisbette tazmin etmekle mükellef olduğu şahsî bir vakıa değildir. Suç aynı zamanda, hususile en ağır ve devamlı şekillerinde, menşeinin vücut bulduğu cemiyetin, bizatihî yapısında, aksaklık ve muvazenesizlik işareti, sosyal bir vakıadır²⁹. Bu itibarla, ceza veya suçlunun mükellef olduğu tazmin hususlarından başka çeşitli meseleler tevhit eder: ahlâkî, siyasî, pedagojik ve ekonomik meseleler, ve hattâ diyebiliriz ki, hukuk kanunî mücazaatın dışında, bütün beşerî hayatı tanzim ettiğine göre ,hukukî meseleler. Bu gibi meselelerin çözülmesine, doğrudan doğruya veya dolayısıyla, bütün beşerî kuvvet ve iktidarlara yardım edebilirler ve etmelidirler de. Ve bu kuvvet ve iktidarlara sevkedici prensip ve yüksek ışık kaynağı olarak, insan şahsiyetinin temel kıymetini tesbit edip öğreten şu adalet ideali hakim olmalıdır: bu kıymete mutlak olarak hürmet mecburiyeti, insanlar arasındaki münasebetlerde belirdikleri her zaman ve mekânda kötülüklere çare aramak ve ifrat, haksızlık ve tecavüzleri bertaraf etmek zarureti. Sadece şahsen zarara maruz kalan kimseye değil, fakat aynı sosyal ve hukukî nizama iştirak eden herkese huzursuzluk getiren suç, herkes için bir ihbar ve bir nisbet dahilinde bir kefarete teşkil etmektedir. Ve suçludan, hasarın doğrudan doğruya tazminini elde etmek imkânsız olduğu nisbette bu ihbar daha kuvvetlidir ve daha fazla hissedilmelidir. Bu takdirde suçdan mağdur olan kimse lehine, ağırlığını cemiyet (ve onu temsil eden Devlet)

bir kanun vazıı suçları cezalandırmaktan ziyade önlemeğe önem verecek; eziyet etmekten ziyade an'aneler tesisine gayret edecektir» (De l'esprit des lois K. VI, bl. IX). Ceza kanunlarının had ve lüzumsuz sertliğine karşı bk: a.g.e., bl. XII.

29) Adalet cihazı, içtimai topluluğa, sadece ve yalnızca, suç failini, suçlu olarak takdim etmek gibi fâhiş bir hata işleyemez. Suç hâdisesinde, suçlunun iradesinin olduğu kadar, cemiyetin fakirliğinin, bedbahtlığının, cehalet ve sefaletinin de rolleri vardır. CAPOGRASSI, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi* (Lanciano 1921) s. 90. Gayet yerinde olarak ROSSI'nin güzel bazı satırlarını hatırlatıyor: İtiraf etmek lâzımdır ki, âmme kanunlarının cezalandırdıkları suçlar, fenalık unsurunu sadece kendilerinde taşımamaktadırlar... Bir hâdisenin neticelerini sadece tek bir görüş zaviyesinden, yani suçlular bakımından mütalâa etmeğe devam ederek, hayal kırıklığına uğrayan veya aldatılan insanları ihmal etmeğe devam ettiği müddetçe... ceza adaletinin hiç bir yerde mükemmeliyete erişmesi imkânsızdır, ve s. (Antropologia in servizio della scienza morale Milano, 1838, s. 459).

üzerinde hissettirecek, bir nevi tazmin borcu düşünmek yersiz olmaz. Veyahut da, sosyal ve hukukî tekâmülün halihazır durumu karşısında, burada dar mânada bir tazmin mecburiyetinden bahsetmek aşırı sayılabilirse, hiç değilse, aynı zamanda işlenen kabahat ve dolayısıyla suç tarafından bütün cemiyete karşı müşterek bir ikrar teşkil edecek bir yardım borcu ileri sürülebilir³⁰. Suçun doğurduğu problemleri, tekrar edelim, dikkatimiz daha başka mücadele ve koruma vasıtalarına kayacağına göre, sadece ceza hukukunun şekilleri içinde çözmenin imkânsızlığı açıkça belirmektedir. Unutmamalı ki, bu konuda bizzat adalet, vicdanın temel iktizası olarak, kod ve kanunlarda müeyyidesini bulmuş olanlardan başka icra ve tatbik şekilleri ihtiva etmektedir. Adalet bilhassa ve ilkönce şahsî vicdanlarda yaşar, sonra tatbikat ve âdetlerde ifadesini bulur. (Burada ahlâkî mecburiyet ekseriya hiss olunmadan hukukî mecburiyet haline inkilâp eder, veyahut bu sonuncuyla karışır). Ancak son merhalededir ki, o da sadece kısmen olmak şartıyla, teşriî metinlerde yer alır ki, bunlar ne şekilde olursa olsun, bu tabiî kaynağın akışını durduramazlar³¹.

30) MAZZINI diyordu ki: İnsanı nasıl koruyacaksınız? Ferdin iradesini, kardeşlerininle birlikte, Vatan mefhumunda mı, yoksa beşeriyet mefhumunda mı birleştirmesi lâzımdır? Şimdiye kadar cemiyetler sadece hapishaneler ve ıstıraplar hazırladı. Ama artık harpteyiz ve biz barış istiyoruz, ve iyi bir terbiye istiyoruz. (Doveri dell'uomo bl. I. Scritti editi e inediti içinde, C. XVIII, 1891, s. 14) Uzun bir tecrübenin olduğu kadar asil bir duygunun da neticesi olarak önemli olan L. SETTEMBRINI'nin düşünceleri de hatırlanmaya lâyıktır: Ey kanunları yapan ve insanları muhakeme edenler, sizlere soruyorum, cevap verin: Bu insanlar suç işlemekten önce kendileri için neler yaptınız? Küçükken kendilerini okutup gençken nasihatler verdiniz mi? Sefaletlerine çare aradınız mı? Kendilerini çalışmaya teşvik suretile terbiyeyi denediniz mi? Onlara vazifelerini öğrettiniz mi? Kendilerine kanunları izah ettiniz mi? Kendinizi ilim meş'alesi diye adlandıran sizler, cehaletin karanlığında yürüyen bu insanları aydınlattınız mı? Şayet size terettüp eden bu vazifeleri yapmadınızsa, onların suçlarında sizin de payınız yok mudur? Bu takdirde onları cezalandırmak hakkını kimden alıyorsunuz. Siz ki onları kendi kanunlarınız ve kendi adaletinize göre cezalandırıyorsunuz, unutmayınız ki, sizler de bir başka kanuna ve bir başka adalete göre sigaya çekileceksiniz v. s. (Ricordanze della mia vita. Bari baskısında 1934, C. II, s. 41). Şayanı dikkattir ki, aynı müşahedeler hemen hemen aynı tâbirlerle daha sonra TOLSTOY tarafından diğer bazı eserlerindeki gibi *BASÜBADELMEVT* de zikredilmiştir.

31) Bilindiği gibi kanunlara tâbi olarak faaliyet gösteren bizzat kazai fonksiyonda hattâ bir *yaratıcılık anı*, başka bir deyişle bir nevi muhtariyet sahası mevcuttur; bundan çıkan neticeye göre hâkim bir muhtariyet sahası içinde, aynen vazı kanun gibi doğrudan doğruya adalet fikrinden mülhem olmalıdır. Bu keyfiyet kazai faaliyetin (mümkün olduğu üzere) peşin hukuki tesbitler olmaksızın veyahut da son derece nev'i ve kifayetsiz tesbitlerle cereyan ettiği hallerde daha âşikâr olur, ki bu takdirde mesel veya kaidenin oluşu münferit hâdisenin kararına tekabül eder.

Herkesin hak ettiği şekilde muamele görmesi hususundaki kaide sosyal münasebetlerde rehber rolünü görür, hattâ şekli kaidelerle kaynaşmadığı hallerde dahi. Çünkü kanunların içinde veya yanında daima her ferde, yukardaki adalet kaidesinde kendi düsturunu bulan, bir derece *seçim iktidarı* (aynen özü itibarile âmme idarelerindeki «takdir salâhiyeti» gibi) kalmaktadır.

Bu düsturun tatbikinin neticeleri (bilhassa bahis konusu kaide, olması icap ettiği üzere sabit ve umumî ise) hayatın müşahhas olarak akış tarzında en büyük yüke maruzdurlar ve ahlâkî ve hukukî nizamı ihlâl edenlere karşı, kendiliklerinden, müessir olduğu kadar, meşru bir tepki teşkil ederler. Karanlık bir kinin değil, fakat berrak ve kuvvetli bir adalet zihniyetinin rehberliği altında, âmmenin tevbihi ve âmmenin nefreti, ahlâken sıhhatli bir cemiyette, suçluya yeniden itibarını kazanmak zaruretini hissetme hususunda belki de cezalardan çok daha müessirdir³². Ve bu ancak, iç pişmanlık ve zararın tazmini ile mümkündür ki, hapis veya işkence suretiyle elde edilmeleri kolay değildir. Bilâkis bir haksızlığın faili bu çeşit bir cezaya maruz kaldıktan veyahut herhalde bir cezaî hüküm giydikten sonra cemiyetle «bir hesabı kalmaması» hattâ (bazen gördüğümüz gibi) geniş imkânlarla kavuştuğu halde, zararı tazmin etmiyerek, böylece borcunu ödenmemiş bırakması, bizzat cemiyetin ahlâkî vicdanının aksak bir şekilde geliştiğine işarettir. Bu halde o cemiyetin ahlâkî vicdanı cezanın dış vakıasıyla tatmin olarak asıl adaletin derunî tecellisini nazarı itibara almamaktadır³³.

Meselâ SALMOND (Jurisprudence 7. bası, Londra 1924, s. 40; Parker'le hazırlanan yeni baskıya da bk. 1937, s. 52) şöyle diyor: Adaletin, hiç kanunsuz dahi tanzimi pekâlâ mümkündür... Bunun gibi adalet hattâ fert tarafından da, başkalarile olan münasebetlerde, hattâ teşriî ve kazaî tesbitlerin ulaşamadığı sahalarda dahi muhtar bir şekilde tatbik edilebilir ve edilmelidir de.

32) Bu hususta müsterek hayat ve haysiyete müteallik müeyyidelerin suçları önleme vasıtası olarak tesiri hakkında ROMAGNOSI'nin yüksek mülâhazaları hatırlanabilir («Sanzioni dell'onore e della convivenza») (Genesi del diritto penale P. V. Bl. V, mad. IIv e III), «Umumî ve hususî hayatını kendileriyle birlikte yaşamak zorunda ve hareketlerinin hesabını vermek mecburiyetinde olduğu, vatandaşlarının hükümünden kim kendini masun kılabilir? Bahsettiğimiz mülâhaza doğru ve aşikâr olmakla, demek ki, manevî müeyyidenin suçların önlenmesi için, devamlı ve muktedir olması gerektiğine inanmakta haklıyız. (bl. 1214). Âmmenin takbihi ve ticaretten men, adeta bir nevi afaroz teşkil ederler, öyleki, bu muameleye maruz kalan kimse, bir cemiyette yaşamağa devam etmekle beraber, kendini bu cemiyetin dışında hisseder ve her adımda yalnızlığını dâha fazla hisseder.

33) *Borç için hapis* müessesesi modern mevzuatta umumiyetle yerinde olarak lâğvedilmiştir, zira borçlunun hürriyetinden mahrum edilmesi muhakkak ki kendi-

V

Esası ceza hukuku ile müsterek olmakla beraber, ceza hukukunun antitezini teşkil eden hukuk dalı, yani mükâfatlandırıcı adalet nazarı itibara alınacak olursa, bazı hallerde adaletin, hususî teşriî ve adlî organlar olmaksızın da tecelli edebildiği açıkça meydana çıkar³⁴. Şüphe-

liğinden adaletin iktizasını tatmine kifayet etmez. Bununla beraber *alacakların himayesi* için, iyi âdetlere ve hüsnüniyete tevcih edilen hiç değilse en vahim teca-vüzleri önlemek gayesi ile, kanunen tanınmış borçlarını yerine getirmeyenlerin hayat standardını murakabe ile vazifeli hususî bir memuriyet ihdas edilebilir. Borcun menşei suç teşkil eden bir fiil veya kasda muadil bir ihmâl ise, bu himaye borcunun imkânları nisbetinde, hâdisenin mahiyetine ve daima kanunların tesbit edeceği insanî ve medenî şekiller altında bir çalışma mükellefiyeti şeklinde tezahür edebilmelidir. Sadece hususî şahıslara ve dolayısıyla bütün cemiyete verilen hasarın âdilâne bir şekilde tazmini gayesini güden böyle bir mükellefiyetin sadece tecrit eden cezalar veya eziyetlerin lüzumsuz vahşeti ile müsterek hiç bir noktası olmayacaktır. Burada bu mülâhaza ile iktifa ediyoruz. Bununla beraber bize öyle geliyor ki mesele hiç değilse bugün muhtelif suçlara (hiç bir ilmi mesnede dayanmaksızın) kaç yıl, kaç ay veya kaç gün hapis veya ağır hapisin tekabül ettiğini hesaplamak için sarfedilen mesaiye muadil bir ihtimamla tetkike şayandır.

34) Adaletin bu şekli (ki an'anevi taksime göre bazen farklı olarak nazarı itibara alındığı halde *tevzi edici* adalete dahildir) şimdiye kadar tetkik edilmemiştir. Yapılan atıflar umumiyetle arızî bir karakter taşırlar. Meselâ ULPİANUS'un şu meşhur sözleri hatırlansın: (Dig. I, I bl. I): «Justitam numque colimus... bonos non solum metu poenarum verum etiam proemiorum quoque exhortatione efficere cupientes» (bu mevzudaki Roma hukukçularının fikirlerinin modern fikirlerle mukayesesi için bk: JHERİNG, Der Zweck im Recht 4 Aufl. Leipzig 1904-1905, I Bd. s. 140 ve m.); St. Thomas D'AQUİN'e göre «Praemiare potest ad quemlibet pertinere sed punire non pertinet nisi ad ministrum legis cujus auctoritate poena infertur et ideo praemirare non ponitur actus legis sed solum punire» (Summa Theol. Ia, 2ae, quaest. 92, mad. 2, ad. 3). Skolastik felsefe bu meseleyi bilhassa ilâhî adaletin bir veçhesi olarak tetkik etmiştir: (Ms. Bakınız. SUAREZ'in monografisine «De justitia qua Deus reddit premis meriti set poena propeccatis, a.g.e. içinde, Be ton tabı, Paris 1856 - 1861, C. XI); veyahut da dolayısıyla *acceptio personarum* yani lâayık olmayan kimselere vazife tevcih ettiren *vitium oppositum justitiae distributivae* vesilesiyle (Bk. St. Thomas D'AQUIN Summa Theol, 2a, 2ae, quaest 63, bk. SANCHEZ, Consilia seu opuscula moralia K. II, B. I, Dub. XXXVI (Parma baskısı 1723, C. I, s. 87 ve m 114 ve m.). DE LUGO, De Justitia et jure Disput, XXXVI ve XXXV) (a.g.e., tabı, C. VII, s. 548 ve m.) ve s... Bununla beraber hattâ beşer adaletine müteallik olanlar dahil olmak üzere meseleye doğrudan doğruya imalar da yok değildir; meselâ bk. MARIANA de rege et regis institutione; K. III, B. XII (Mayence tabı içinde 1605, s. 311). SUAREZ De legibus ac DEO legislatore K. I, B. XVII bl. 10; WINSHEIM Politicae observationes circa principem (İena 1685) s. 319 ve m.; L. FERRARIS, Prompta Bibliotheca canonica juridica ve s... art. Jus.. justitia bl. 57 (Roma baskısı içinde 1784-1790, C. IV, s. 496); WAFFELART, De justitia

siz ki, aynı zamanda, maddî ve manevî mükâfatlar da prensip itibariyle liyakate göre tevzi edilmeli, yani en ziyade lâayık olanlara tevcih edilmelidirler; ve dolayısıyla en namuslular, en kâmiller ve en ehiller sadece

(Tractatus theologicus de virtutibus cardinalibus II Bruges 1886) C. II, s. 345, 355 ve m.; PESCH, De virtutibus moribus (Praelectiones dogmaticae, C. IX, 2. bası, Freiburg, Brigg. 1902) s. 190 ve m.

Devlet teorisyenleri taltif veya mükâfat tevcihi hususunda takip edilecek kriterleri ekseri nazarı itibara almışlardır, fakat bunu adalet noktasından ziyade umumî menfaat yönünden yapmışlardır; Meselâ bk. BODIN, De la République K. V. B. IV; MONTESQUIEU, De l'esprit des lois K. V. B. XVII; BECCARIA, Dei delitti e delle pene bl. XLIV (başka tabırlarda bl. XVI, in fine); FILANGIERI, La scienza della legislazione K. IV B. XLIV ve LIV; ROMAGNOSI, Genesi del diritto penale, K. V. B. III, bl. 982; C. V. bl. 1200. Aynı müellifin Dell'uso della dottrina della ragione ve s... bl. 598 (De Giorgi bask. C. I, s. 723 ve m.); G. DRAGONETTI, Delle virtù e de premj (2. Baskı Modena 1768) isimli monografide şu tezi müdafaa ediyor: Cemiyetin faydasının mürekkep vasfı dolayısı ile fazilet ve mükâfatlarla, failerin fedakârlıkları arasında bir münasebet bulunmak lâzımdır. İşte muhtelif milletler tarafından tevzi edilmekte olan adaletin bu muvazeneyi nazarı itibara alması gerekir, s. 15-16. Aşağıdaki treteler daha geniş ve derindirler: BENTHAM, Théorie des peines et des récompenses P. II (Eserleri içinde Dumont baskısı, C. II, Brüksel, 1829, s. 129 ve m.); M. GIOJA, Del merito e delle ricompense (Milano 1818, yeni baskı Lugano 1848), bunlardan birincisi hukukî mahiyette de önemli mülâhazalar ihtiva eder. ROMAGNOSI'nin (a.g.e.) işaret ettiği bu fikri genişleterek P. L. ALBINI dikkatli «diritto remuneratorio» üstüne çekmiş ve bir «codice dei meriti e delle ricompense come hanno que lo dei delitti e delle pene» (Saggio analitico sul diritto e sulla scienza ed istruzione politico legale, Vigevano 1839, s. 97 ve m.) G. P. TOLOMEI (Corso elementare di diritto naturale e razionale, 2. baskı Padova 1855, C. II, bl. 620) aynı fikirdedir. Bu meseleyi daha yakın zamanlarda şunlar incelemişlerdir: R. De La GRASSERIE, Droit prémial et droit pénal (Scuola positiva içinde, Sene X 1900, s. 385-402, müellif bu mevzuda kat'i olarak bir öncü olmakla övünmektedir ki, hakikatte bu doğru değildir); F. HOLBACH, Justice laudative-Recherche des éléments d'un droit social complémentaire de la justice pénal (Brüksel 1904) ki «övücü veya mükâfatlandırıcı hukuku» halen teşekkül halinde bir hukuk telâkki etmekte ve hiç de sebepsiz olmayarak «daha geniş bir hukukun yani terbiyevi hukukun gayri mantıkî yarısı» olarak vasıflandırdığı ceza hukukuna müşabih addetmektedir (s. 6); bu telâkki ROMAGNOSI'nin zikrettiğimiz telâkkisinin tamamen benzeridir, bu müellife göre: cezai müeyyidenin yanında, mükâfatlandırıcı bir unsurun bulunması da lâzımdır... Bu itibarla sadece cezai tehditle iktifa etmek, asıl ceza mefhumunu baltalamaktan başka bir şey değildir. İşaret edilebilir ki, De La GRASSERIE ve HOLBACH sadece yukarıda zikredilen İtalyan eserlerini değil, hattâ BENTHAM'inkini dahi bilmiyor görünmektedirler, ki bu, ilmi çalışmada umumî koordinasyon ve neticesi olan fikirlerin dağılmasına tipik bir örnektir.

Bu mevzuu ele alan müellifler meyanında şunları da zikredebiliriz: L. JIMENEZ ASSUA, La recompensa como prevencion general - El Derecho premial (Revista general de Legislacion y jurisprudencia içinde A.62, C. 125, Madrid 1914, s. 5-30, 353 -

daha büyük bir hürmet ve takdirden istifade etmemeli, fakat müşahhas olarak, âmme vazifeleri silsilesinde diğerlerinden daha ileriye seçilip yerleştirilmelidirler. Daha Eflâtun'un öz olarak bu mefhuma ideal Cumhuriyet³⁵ projesinde yer verdiği ve Aristo'nun, *Siyasetinde*³⁶ daha hususî bir şekilde belirtmek üzere Etik'inin bilhassa adalete tahsis ettiği kısmın bu fikirle başladığının söylenebileceğini hatırlatmağa lüzum yoktur. Herhalde bu meselenin doğruluğunu kimse inkâr etmediği halde, gerçekleşmesi hemen tamamiyle, yukarıda fenalara karşı reaksiyon bahsinde işaret ettiğimiz gayri muayyen, *seçim iktidarına* emanet edilmektedir. Kanunlar umumiyetle, bundan bahsetmezler, veyahut da sadece münasip bazı jenerik hususları işaret ederek, fiilen seçimi yapmakla vazifeli olan kimselerin «takdir selâhiyetine» daima çok geniş bir saha bırakırlar³⁷. Demek ki, bu seçim hemen tamamen, şahsî vicdanın ve örf ve âmme efkârı şekilleri altında aynı seçimin aksini teşkil eden sosyal vicdanın esası doğruluğuna bağlıdır. Bu doğruluğun aksadığı hallerde mükâfatlandırıcı adalet sadete bizatihî şekilsiz yani şeklen gayri uzvî olmaz, fakat aynı zamanda cevherî fonksiyonunu da yerine getirmemiş

394); DORADO MONTERO, Del Derecho premial (ölümünden sonra nesredilen Natureza y funcion del derecho içinde Madrid 1927, s. 163-175); DE MATTIA, Merito e ricompensa (Riv. Internaz. di Filosofia del Diritto içinde, Sene XVII, 1937, s. 608-624); GARILLI, Il concetto della sanzione (2. bası, Palermo 1938), s. 91 ve m. Övmenin «bir adalet unsuru» olarak müessiriyetine bilhassa BERNARDIS işaret eder. Del sentimento di Giustizia (Riv. militare italiana'dan ayrı bası, Roma 1912, s. 8 ve m. Mükâfatlandırıcı bir hukuk fikrine (FERRI tarafından da kabul edilmiştir. Sociologia criminale, 5. tabı, a.g.e., C. II, s. 119); A. PAGANO (Studi filosofico giuridici içinde C. II, Modena 1931, s. 177 kritiğini izah etmemekle beraber karşı gelir.

Son vermek için işaret edelim ki, mükâfat fikri (nisbî bir mânada) cezai mevzuat sahasında da tatbik sahası bulabilir. Nitekim, halen mer'î olan 1931 tarihli Ceza ve Tevkif Evleri Nizamnamesi şöyle der: Lâyük olan mahkûmların mükâfatlandırılmaları... mükâfat olarak şunlar verilir... (M. 148) ve bu talimatname takdirden affa kadar uzayan çeşitli taltif veya mükâfatları tesbit eder (151). Bununla beraber bu gibi imtiyazların elde edilmesi için icap eden şartlar izah edilmeyerek bir takdir selâhiyetine emanet edilmektedir. Bk: CARNELUTTI, Lezioni sul processo penale, C. IV (Roma 1949), s. 208-210. Yine mahkûmun cezasının bir kısmını çektikten sonra «abbia dato prove costanti di buona condotta» şarta bağlı olarak tahliyesini kabul eden Ceza Kanununun maddesi hatırlanabilir (m. 176).

35) Meselâ bakınız: Rép. III, 21, 415 a-c; VI, 1, 484 b; VII, 5, 521 a, 15, 535 a; ayrıca bk. Kanunlar, IV, 7, 715 c; VI, V, 757 c.

36) Bakınız: Eth. Nicom. V. 5 (2) 1130 b; 6 (3), 1131 a; bk: I, 7 (5), 1113 b; VII, 16 (14), 1163 b; Polit. III, 5 (9), 1281 a. III, 8 (13), 1283 a, 12 (18), 1288 a; ve s...

37) BENTHAM şöyle diyordu: «Mükâfat sahası, keyfî iktidarın mevzi aldığı son melcedir.» (Théories des peines et des récompenses. K. II Bl. XII, a.g.baskı, s. 155).

olur. Fakat sadece bu adalet değil, fakat her nevi adalet, eğer ahlâkî zihniyet doğru yoldan ayrılır veya alçalırsa, eğer egoizm, hile ve şer umumî hareketlere yayılır ve kolayca, şefkat, doğruluk ve olgunluğa müsavî hattâ üstün bir rıza ve tasdik bulursa hakikaten gerçekleşemez. Böyle bir vaziyette bozulan âdetlerin karşısında kanunların pek az bir kıymeti olacaktır. Bu halde kanunlar âdil dahi olsalar, fena tatbik edilecekler, halbuki aynı kötülükler aynı sebeplerden ötürü sinelerinde kolayca ifadelerini bulabileceklerdir.

Hatırlatmak yerinde olacaktır ki adalet her şekliyle ve temel prensibiyle ahlâk'ın bir kısmıdır; ve ancak umumî olarak ahlâk'la ahenk halinde, gerçekten tamam ve müşahhas bir hayat idame ettirebilir.

VI

Burada bazı aydınlatmalarla, etüdümüzün neticelerini hülâsa etmemize müsaade edilsin.

Bundan böyle ceza sistemlerinde derin bir reform yapmak üzere zamanın olgunlaştığında artık şüphe yoktur. Her şeyden önce, eğer ceza, suç işlemiş kimseye acı vermek gayesini güden tevbihi bir vasıta ise, aklen normal kimselere tatbik edildiği takdirde meşru sayılamıyacağı meselesi münakaşa dışı addedilebilir. Bu gibi vaziyetlerde tedviden, hattâ, şahsî hürriyetleri çok ağır tehditlere maruz bırakmamakla beraber, gaye olarak acı vermeği gütmeyen, emniyet tedbirlerinden bahsedilebilir. Tabii adalet mefhumuna dayanan (Roma hukukçularının tedris ettikleri veçhile) meşru müdafaa da yine münakaşa dışıdır. Bu prensip, *vim vi repellere* hâdisesinin ötelere, başlamamış olmakla beraber, fiilen tehdit edici olan suçlara karşı korunmayı da içine alacak şekilde teşmil edilebilir ve edilmelidir de. Tabii tehdidin daima hakikî ve müşahhas olması şartı ile, aksi halde yani, mefruz fakat tamamen imkân dahilinde, bir tehlikeye mukabele, hudutsuz bir keyfîliğe yol açmış olur.

Yukarıdaki basit mülâhazalarla sahamızı tesbit ettikten sonra, geriye şu ana meselenin halli kalmaktadır: *malum passionis propter malum actionis* şeklindeki an'anevî ceza mefhumu, meşru sayılabilir mi, evetse nasıl? Dikkatli bir tetkik, cevher itibariyle Hristiyanlığın prensiplerinin aynı olan, bizatihî ahlâkî vicdanımızın postülaları karşısında, bu mefhumun müdafaa edilemez karakterine bizi ikna edecektir. Böyle olunca, yukarıdakinin yerine şu yeni (yazılı olarak yeni, fakat ruh olarak çok eski) formülü ikame edebiliriz: *bönüm actionis propter malum actionis*.

Meydana gelen zarar mümkün olduğu nisbette suçlu tarafından tazmin edilmelidir. Şüphe yok ki, adaletin ilk ve peşin iktizası budur.

Bu iktizadan, bütün açıklığı ile zararın tazmini mecburiyeti çıkar. Fakat bu mefhum, ceza sahasında da tatbik edilmekle beraber, pekâlâ bilindiği üzere, asıl medenî hukuka aittir ve hiç değilse ceza an'anevî mânasiyle nazarı itibara alınmadıkça, asla cezanın spesifik cevherini alâkadar etmez. Bu vaziyet karşısında mesele şu soruya inhisar edecektir: zararın tazmininden *başka*, bir hata işlemiş bir kimseye bir acının da tevcihi nasıl meşru sayılabilir? Bu soruya, hukukî hatayı cezaî hatadan tefrik eden pozitif kanunlardan tabîî ki, tatmin edici bir cevap çıkarılamaz. Çünkü zaten burada bahis konusu olan şey bu tefrikin aklî esasıdır. Nitekim cezayı meşru kılmak için suç mefhumuna istinat etmek basit bir mugalata veya fâsit daire olacaktır; zira müsterek doktrine göre suç, kendisi için bir ceza tesbit edilmiş bir vakıadan başka bir şey değildir. Bu problemin halli için teklif edilen muhtelif teoriler kimsenin meçhulü değildir. Fakat bu teorilerden hiç biri yeter derecede kifâyetkâr sayılmadığından ekseri muhtelit sistemlere müracaat zarureti hasıl olmuştur. Ve dikkat edilirse bütün bu teorilerden her birinin en iyi tarafını, diğerlerinin tenkidine tahsis edilen kısmı teşkil etmektedir. Sonra yine dikkat edilsin ki, ardarda başvurulmuş, meselâ sosyal emniyetin zarureti ve suçluyu terbiye gayesi gibi en muknî deliller, hakikatte teklif edilen mevzudan çıkmaktadırlar. Zira bunlar hiç bir veçhile malum passionis'i meşru kılmayıp, daha ziyade cezaî müesseselerden çok farklı müesseselerde bir hal çaresi bulmaları gereken başka problemlere atıflar yapmaktadırlar.

Fikrimizce, bu mevzuda hakikate doğru daha kat'î bir şekilde ilerlenmemiş olmasının sebebi (vaktiyle kökleşmiş yanlış kanaatlerden sıyrılmanın güçlüğünden başka) zararın tazmini mefhumunun, cezaî müeyyidelerin mevzuunu teşkil eden vakıalarla münasebet halinde, gerektiği kadar derinleştirilmemiş olmasındadır. Hukuk ilminin diğer dallarıyla mukayese veyahut bu mukayeseye tamamen dayanmak vakıası sık sık, aynı ilmin filân veya falan dalının ilerlemesine hizmet etmiş olabilirse de, bize öyle geliyor ki bu hususî halde; medeniyeciler tarafından vaz edilen zararın tazmini mefhumunun tamamen ve münakaşasız iktibası, ceza hukuku ilminin zararına olmuştur. Bir an, bu mefhumun, medenî kanunlar tarafından tesbit edilen tatbik şekillerinin hususî hukukun gayelerine kâfi geldiğini kabul etsek bile, âşikârdır ki, aynı tatbik şekilleri, suçları tazmin etmekte kelimenin hakikî mânasiyle bahsedildiğinde tamamen tesirsiz ve yersizdir. Hal böyle olunca şöyle bir kıyası mukasem teşkil edilebilir: ya suçlunun şahıslara ve bütün sosyeteye karşı ika ettiği zararı fiilen (mümkün olduğu halde) tazminini mümkün kılacak başka çare ve şekiller bulmalı, yahut da sadece, ceza hukukunun, zararı asla tazmin etmeyen fakat geçmiş tarihî safhalardan

arta kalmış bir nevi kanunî intikam ifade eden müesseselerine baş vurmalıdır. Umumiyetle bu ikinci yol seçilmiştir; ve muhakkak ki, en yeni teşriî metinlere bu mevzuda ithal edilen seyrek tadil ve hafifletmeler cevherî hiç bir değişiklik yaratmamışlardır. Ancak tamamen yanıltıcı ve yersiz bir istiare ile; ika edilen hasarla esasî hiç bir bağı olmayan ve en ufak bir ölçü dahilinde dahi olsa onu azaltmağa yaramıyan ve ekseriya zalimane olan bir acıya «tazmin» adı verilebilir.

Burada cezanın güya terbiyevî ve mükâfatlandırıcı gayelerine karşı serdedilebilecek (yukarıdaki paragraflarda kısaca işaret ettiğimiz) tenkitleri tekrar edecek değiliz. Bu muhtelif doktrinleri müdafaa edenler de bizzat itiraf etmelidirler ki bu gayelere bazen zayıf bir ölçü dahilinde varılmakta, fakat asla bunlar hakikaten gerçekleşmemektedirler. Ve bu basit müşahede, bu gibi temeller üzerine bina etmek istedikleri bütün binayı sarsıp yıkmağa kâfi gelmelidir (Hakikatte de zaten durum bu merkezdedir).

O halde, eğer yanılmıyorsak, gerek medenî adalete, gerekse cezaî adalete, yegâne münakaşasız bir temel teşkil eden şu ilk prensibe çıkmak gerektir: yani hasarın ne cins olursa olsun tazmini zaruretine. Bu demek değildir ki, böyle bir iktizayı yerine getirmek için sadece tek bir yol mevcut olmalıdır. Bilâkis derhal işaret etmek lâzımdır ki, hasarın vücade geliş şekilleri muhtelif olduğu gibi, mütekabil tazmin şekilleri de muhtelif olabilirler ve olmalıdırlar da. Diğer taraftan sarahaten tanımak gerekir ki, bu mevzuda mümkün bütün şekiller bizzat hâdiselerin tabiatında bir mukavemet ve bir sınır bulurlar. Öyle ki tamamen tazmin, hattâ tamamen erişmek mümkün olmasa dahi, yönelmemiz gereken objektif ideali işaret eden, başlıca nazım prensiptir. Halen kullanılan usullerin sonradan ekseriya kusurlu ve aksak olduklarının meydana çıkması nadir değildir. Alacaklarını tevsik etmek zaruretinde olanların, fiilen tatmin olabilene kadar karşılaştıkları engeller, maniler kimsenin meçhulü değildir. Tatbikatta alacaklının hakkına nisbeten durumunun ekseriya, borcunu ifa zamanı gelince ihtara sebebiyet veren borçlununkine nazaran daha zayıf olduğunu söylemek mübalâğa olmayacaktır.

Medenî hukuk sahasında hiç değilse borcu (bazen sadece teori sahasında olsa bile) tesbite imkân veren bir kaideler sistemi mevcuttur. Ceza sahasında ise zararın sadece mütecaviz ile mağdur arasındaki değil, üstelik bu sonuncu ile bütün cemiyet arasındaki münasebetlere nazaran değerlendirilmesi zarureti, işi çok daha güçleştirmektedir. Medenî suçu, cezaî suçtan ayıran, hususile bu sonuncunun sadece hususî menfaatlere zarar vermeyip, aynı zamanda bütün sosyal nizamın emni-

yetini de haleldar edip tehlikeye düşürmesi vakıasıdır. Bundan şu netice çıkmaktadır ki, hakkın yeniden ihyası, şahsın maruz kaldığı zarardan başka, cemiyetin veya Devletin uğradığı hasarın da tazminini gerektirecektir. Fakat, belki tuhaf gelecek ama, doğrusunu söylemek icap ederse, bugüne kadar, meseleyi bu şekilde vaz etmeyi mümkün kılacak — hiç değilse bizim bildiğimiz — ilmî etütler mevcut değildir. Malî karakterdeki cezaî müeyyideler (para cezaları) tazmin edilmesi icap eden zararlar hakikî hiç bir münasebet gözetilmeden, tamamen ampirik veya keyfî bir şekilde tesbit edilmişlerdir. Diğer cezaların dahi (müebbet veya zamanla mahdud hapis v.s....) hakikatte, tetabuk etmeleri gereken fenalıkla rabitaları olsa, olsa, fantezist ve keyfîdir.

Ceza kanunlarının, suçun neticeleri olarak, iade ve tazmin mecburiyetine yer verdikleri doğrudur. Fakat bu kaidenin çok dar bir tatbik alanı vardır. Çünkü, hem intizamına tevcih edilen hasara teşmil edilmektedir, hem de ekseriya suçluların borçlarını ödeyemeyecek durumda olmalarına mukabil, üstelik mer'î sistemler tarafından kendilerine verilen cezalar, hasarın tazminini mümkün kılacak verimli bir iş tutmaları imkânını ellerinden almaktadır, ki bu hakikaten garip bir ahenksizlik teşkil etmektedir.

Muhtelif suç ihtimalleri için, keyfî olarak herhangi bir rakkama tekabül eden sene veya ay, hapis veya ağır hapis; veyahut da eski zamanlarda olduğu gibi, bir kaç sopa adedi veya benzeri işkenceler tesbit etmek ne kadar kolaysa, hiç şüphe yok ki, bu mevzuda kat'î hesaplar yapmak da o kadar zordur. Fakat tam bir değerlendirmenin zor oluşu, mutlak olmasa bile takribî bir kat'iyete ulaşmak için, muhakkak, böyle bir denemeye baş vurmak lüzumuna engel teşkil etmez. Ve bu, âmme nizamına verilen zarar için olduğu kadar, hususî menfaatlerin uğradığı zarar için de muteberdir. Bu veçhe altında dahi, suç hareketinin bizzat tabiatından doğrudan doğruya çıkmadığı hallerde (meselâ hırsızlıkta olduğu gibi) uğranılan zararı ve dolayısıyla icap eden karşılığı ölçmeye yarayan kriterler, hattâ mutlaka, muadelet kriterleri olmalıdırlar. Bundan çıkan neticeye göre, faraza, şahsî zarara mukabil, bahis konusu kimse-nin sosyal mevki ve şartları, gözönünde tutulmak suretile, geçici veya devamlı olarak çalışma kapasitesinin küçültülmesine baş vurulacaktır. Bunun gibi, kasdî veya taksirli adam öldürme hâdiselerinde de aile efradı ve mirasçılar için de mümasil şekilde hareket edilecektir. Daima mümkün olmakla beraber, şerefe tevcih edilen tecavüzlerde bir muadelet (daima takribî ve dolayısıyla olarak) hesaplanması çok daha çetin olacaktır. Mevzuatta, muayyen kaideler olmamakla beraber, bütün bu meselelerde kanunî içtihatlar (hattâ patrimoniyal olmayan hasarları dahi, nasafet

çerçevesinde takdir edebilmek için) hakikate ve adalete daha iyi tekabül edecek müstakbel teşriî tesbitlere yol açabilecek bazı ilerlemeler kaydetmiştir ³⁸.

Daima hakikî bir adalete vasıl olabilmek için, suç işleyen bir kimşenin, suça karşı korunma mekanizmasının, vergi mükelleflerine tahmil ettiği malî yükün bir kısmına iştirak etmesinin de icap etmeyeceğini sormak (de jure condendo) mevzu dışı görünmemektedir. Bu mekanizmaya, suçların nihayet bulacağı veyahut da hissedilir derecede azalacağı gün ihtiyaç kalmıyacağı tabiidir, ama bu türlü faraziyeler şimdilik mevhumdur.

Burada serdedilmesi mümkün önemli bir itiraz mevcuttur. Genişliği ile hasarın ve dolayısıyla suçtan mütevellit tazminatın yekûnunu tesbit etmek mümkün olsa bile, bu çeşit bir borcun tamamen yerine getirilmesi nasıl temin edilebilir? Bugün, şimdiye kadar kabul edilen mahdut kriterlerden hareket ettiğimiz halde ekseriya böyle bir borç sözde kaldığına göre, bu borcun ifadesindeki güçlük, medenî adaletin ve cezaî adaletin iktizalarını birlikte (mademki bu istikamete yönelmiş bulunuyoruz) tatmine muktedir, mutlak bir tatminin mecburi kılınması halinde çok daha fazla olacaktır.

Hakikatte esas itibarile tek bir problem mevcuttur. Ve hattâ yukarıda zikredilen tefrik dahi mutlak bir mânada anlaşılmamalıdır. Yerinde olarak müşahede edildiğine göre, suçların haleldar ettiği şahsî ve kollektif menfaatler, muhakkak ki Devletin hukukî nizamı muhafaza menfaatine tetabuk ederler ³⁹; ve sadece insanların birbirlerini boğazlamamaları veya yumruk yumruğa dövüşmemeleri değil, fakat meselâ borçluların borçlarını ödemesi de, interest rei publicae' (Devletin menfaatinden) dir ⁴⁰. Kabul edilebilecek şey, — Cernelutti'nin de haklı olarak işaret ettiği gibi ⁴¹ — sadece, sosyal nizamı, kimisi fazla, kimisi az bulandıran,

38) İtalyan Medenî Kanununun 1226' ve 2056 mad. ve Ceza Kanununun 18. maddesine bakınız. Bk. CARNELUTTI, Valutazione equitativa del danno (Riv. Di Diritto processuale civile içinde 1942, K. I, s. 53 ve m.); DE CUPIS, Il danno, Teoria generale della responsabilità civile (Milano 1946), s. 247 ve m. 331 ve m. ve burada işaret edilen karar ve monografilere. Hasarın tazmini ile nakdi tazmin arasında fark için bilhassa bk.: FAOLİ, Il reato, il risarcimento, la riparazione (Bolonya 1924), s. 179 ve m. Bu tefrik hususiyle italyan pozitif hukukuna aittir; fakat mantıkî zaviyeden yukarıda serdedilen prensiplere göre yeniden gözden geçirilmesi gerekir.

39) ARTURO ROCCO, L'oggetto del reato et della tutela giuridica penale (Torino 1913), s. 557.

40) CARNELUTTI, Il danno e il reato (Padova 1926), s. 52.

41) A.g.e.

haksız fiiller olduğu ve sadece bu sosyal nizam karşısında daha bariz bir tehlike teşkil edenler bulunduğu içindir ki, bunları önlemek üzere, hukuk nizamının, ceza dediğimiz daha enerjik çareye baş vurduğudur.

Bununla beraber, kanaatimizce, bu mülâhazalar nizamı, buraya kadar teklif edilenlerden çok daha radikal neticelere götürmelidir. Medenî müeyyideler yeter bir müessiriyet elde ettikleri takdirde, cezaî müeyyideler arasında kademeli bir eleme yapabilmek imkânı fikrini tebarüz ettirmeğe kadar varmalıdır.

Şurası doğrudur ki, felsefî noktai nazardan mütalâa edilince, hukukun realitesi olduğu gibi kalır ve hattâ maddî vakıa, yani inkârı ve tecavüzü vakıası kendisile çatışınca, bir mânada daha büyük bir aydınlıkla ışıldar. Mamaafih, bu, bizzat hukuk fikrinde mündemiç ahlâkî ve yerine getirilmesi zarurî iktizanın, tatbikatta gerçekleşmesi ve hukukun hakikaten kötülüğe karşı galebe çalması için mümkün olan gayretleri harcamaktan bizi müstağni kılmaz.

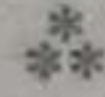
Madem ki bu gayeye matuf müesseselerin yetersizliği maalesef çok aşikâr ve inkârı imkânsızdır (o derece ki, bu hususta bir isbat bize tamamen fuzulî gelmektedir) o halde iyileştirmenin mümkün olmadığı yerlerde, fenalığı hafifletmeye matuf, herhangi bir reformun denenmesi gerekip gerekmediği sorulabilir. Meselâ daha yukarda da işaret ettiğimiz gibi, tanınmış alacaklarını tahsil imkânını bulamayan kimselerin hayat standardına yardımla vazifeli, alacakların korunması için hususî bir hâkimlik ihdas edilemez mi? Borcun menşei suç meydana getiren bir vakıa veyahut hattâ cezası olmayan bir kasıt veyahut kasda muadil bir ihmal olursa, kanaatimizce bu korunma, borçlunun imkânları dairesinde kanunen tanzim edilecek bütün garantilerle birlikte, hattâ bazı vazifelerin zorla kabul ettirilmesi şeklinde tezahür etmelidir.

Bu fikrin, şu veya bu ölçü dairesinde nazara alınıp alınmamasına ve icabında tekâmül ettirilmesi gerekip gerekmediğine, okuyucu hüküm versin. Meselâ, hattâ hususî bir hâkimlik müessesesine varılmadan, alelâde hâkimlere, kanunen bazı yeni vazifelerin tevcihi düşünülebilir. Bizim kanaatimizce, bilindiği gibi, ekseri memleketlerde deruhte edilen borcun teminatı, borçlunun şahsında değil, patrimuanındadır ⁴², prensibine izafe-

42) Bk: SCANDIANI, L'abolizione dell'arresto per debiti (Archivio giuridico içinde C. XVIII, 1877, s. 161 ve m.) İtalyada bu lâğv uzun münakaşalardan sonra 6 Aralık 1877 tarih ve 4166 sayılı kanunla müeyyidesini bulmuştur. Zikretmek icap eder ki, müdafaa edenler dahi, bu lâğva, mamelek üzerinde icrayı daha hızlı ve müessir ve iflâs hususundaki Ceza Kanununu daha sert kılmak üzere bazı tedbirlerin inzimam etmesi gerektiğini sarahaten beyan etmişlerdir. Bu kanun, hiç değilse, sonradan ya hükümden düşme, veya yeni kanunlar tarafından lâğv suretiyle ortadan

ten ilga edilen, borç için hapis müessesesinin dahi, yeni bir şekil altında, ve başka bir zihniyetle, ihyasını hesap dışı tutmamalıdır. Yukardaki formülde hiç şüphe yok ki, biraz hakikat payı vardır, fakat yine muhakkak ki, fazla kat'îdir. Zira patrimuan şahsa bağlıdır, şahıs hattı hareketile onu azaltabilir veya çoğaltabilir ve zaten mevzuubahis olan şey de hattı hareketinin hesabıdır. Bugün, modern hukukî vicdanı⁴³ tiksindirecek her nevi maddî cebir şekillerinin kabul edilemeyeceği doğru ise de, borçluya bizzat kendi taahhütlerini kendi isteği ile ihmâl etmesi hususunda tanınan mutlak hürriyetin münakaşasız tasvip edilmesinin mümkün olduğunu ispat etmez.

Başlıca iki taraflı olan hukuk için, taraflardan biri lehine fazla müsamaha, diğer taraf aleyhine müsavatsızlıkla ifadelenmek suretile neticelenir. Muhakkak ki, mer'î olduğu müddetçe sadece, Mattiolo'nun tarif ettiği gibi, mahiyet itibarile acı vermek gayesini taşıyan bir nevi ceza ifade eden borç için hapis gayri adildi. (Ve demek ki ilgası yerinde olmuştur.) Fakat bir hürriyetin tahdidi, bazı iptidai, hattâ mukaddes diyebileceğimiz vazifelerin ihlâline mani olmak lüzumu tarafından mecbur kılındığı takdirde, gayri âdil telâkki edilemez.



Kısaca da olsa dokunduğumuz suallerin nazik ve kompleks karakteri karşısında, son ve kısa bir hülâsa yapmak faydasız olmayacaktır. Adaletin tekâmülünün, umumiyetle bugün mer'î ceza hukuku müessesesi ve kaide-lerinin daha sertleştirilmesini gerektirdiği fikrinin müdafaası bize çok uzaktır. Kanaatimizce, bilâkis prensip itibarile, bunlar aklen meşru yegâne

kalkan, bazı istisnalar tanıyordu. Bk. LOMONACO, Arresto personale (Enciclopedia giuridica italiana içinde, 1893); MASEDARI, Digesto Italiano içinde 1896) ayrıca BRUNETTİ, Il delitto civile (Floransa 1906) s. 458 ve m. Nihayet işaret edelim ki, İngilterede «borç için hapis» umumî mahiyette olarak 1869 tarihli bir Statute tarafından (Debtor's act., 1869, 32 ve 33 Vict. c. 62) lâğvedilmekle beraber bazı haller için muhafaza edilmiştir, meselâ borcunu ödeyebilecek durumda olan borçlunun hileye başvurarak bundan kaçınmasında olduğu gibi (Bk.: GRASSETTİ, a.g.e.).

43) Bu mesele hakkında MONTESQUIEU'nün De l'Esprit des lois K. XX B. XV ve TROPLONG'un geniş tarihi izahatına bk.: De la contrainte par corps en matière civile et de commerce (Le droit civil expliqué, C. XVIII, Paris 847). Önsöz. Mütemerrit borçlular hakkında kadim hukukta ve umumiyetle iptidai kavimlerde tatbik edilen (kölelik gibi) müeyyideler hakkında bk. POST, Giurisprudenza etnologica (Milano baskısı 1906-1908), C. II, s. 415 ve m. VOLTERRA, Diritto romano et diritti orientali (Bolonya 1937), s. 193 ve m.; DECUGIS, Les étapes du droit des origines à nos jours (Paris 1946), C. II, s. 273 ve m.

gayeye, yani zararın tazminine yaramadıkları her halde, mümkün olan en geniş imkân nisbetinde daraltılmalı veya tasfiye edilmelidirler. Fakat bu gayeye ulaşmak için hâlen baş vurulan çarelerin büyük bir nisbet dahilinde uygun ve yerinde olmadığı, buna mukabil, hukuka tecavüzünde, en ileri Devletlerde dahi en ufak muhtemel bir kaybolma belirtisi göstermeksizin, bütün şekillerile çoğaldığı göz önünde tutulacak olursa, yeni çareler ve yeni müesseseler nazarı itibara almak zarureti belirir. Hukuk daima ahlâk tarafından tamamlanmak ve onunla ahenk halinde yol almak zorunda olduğundan, bu çare ve müesseseler, belki de muhakkak ceza hukuku sahasına girmeyecek hattâ hepsi hukukî olmayacaktır.

Bu mevzuda, kanaatimizce takibi icabeden yöneltici fikirler tarafımızdan başka yerde izah edilmiştir ve burada bunların tekrarını zait buluyoruz. Hukuk ve ahlâk şeklen ayrı olmakla beraber, şüphe yok ki tek bir kaynağa maliktirler. Bu itibarla cemiyet hayatının karışık meselelerini çözmek, hiç değilse anlamak isteyen herkesin zihninde bu vahdet ve bu ayrılık daima mevcut bulunmalıdır. Meselâ insan çalışmakla vazifelidir ve doğru olarak âmme efkârı âvareleri ayıplar. Fakat kaideten bu vazife hukukî olmaktan ziyade ahlâkîdir. Ve hattâ insanın ilk ve ana hakkı olan hürriyeti tehlikeye koymadan bu vazifenin daima ve olduğu gibi kanuniyet kesbetmesi imkânsızdır. Çalışma vazifesi gerçek mânada hukukî yani objektif olarak talep edilebilir hale, meselâ ex delicto (haksız fiilden doğan) hattâ ex contractu (akidden doğan) tazminlerde olduğu gibi, ancak ademi riayetin başkaları karşısında deruhte edilen mecburiyetlerin inkârını ifade etmesi halinde gelebilir. Bundan da Devlet tarafından alacaklıların korunması hususunda himayenin meşruiyeti doğar. Ve burada cebirden önce himayeden bahsetmek yerindedir, zira borçlu yukarıda zikredilen hedef uğrunda, faaliyetini kendi arzusu ile fiil haline koyana kadar ve koyması halinde cebir sadece bir iktidar olarak kalacaktır. Kanaatimizce, az veya çok nisbette hürriyetin tahdidine teka-bül eden zecrî çalışmalara icbar edilmesi ancak aksi faraziyyede meşru sayılabilecektir. Hattâ icbar edilecek çalışmaların seçiminde dahi daima muhtelif kimselerin imkân ve hakikî kabiliyetlerini ve borçlarının çeşitli mahiyet ve menşelerini göz önünde tutmak gerektir. Böylece çalışma vazifesi ve bu vazife üzerinde az veya fazla sert murakabe şekilleri hususunda dereceli bir sıralanma meydana gelecektir. Fakat en vahim hâdiselerde dahi, kadim ceza sistemlerinden yeni sistemlere intikal etmiş olan zulüm unsurlarından en ufak bir iz dahi bulunmayacaktır. Ve tabiatıyla çalışmanın semeresi, kısmen hattâ pek ufak ölçüde dahi olsa, haksız bir

zarara maruz kalmış olanın — ister cemiyet, ister fert — tatminine hasredilecektir.

Ancak hiç değilse böyledir ki, en büyük engellerle karşılaştığı yerlerde dahi, ebedî mesel unicuique suum'un hülâsa ettiği, adaletin temeli iktizası, gerçekleşmeğe bir başlangıç bulabilir.

Çeviren:

A. Rekin Teksoy

G. Del Vecchio