

## CEZA HUKUKU

Menşei — Tekâmülü — Hâlihazır vaziyeti (\*)

### E. Garçon

Gerçekten menşede suçlunun mağdurun ailesine terki (abandon noxal) tecavüze uğrayan tarafça iradî olarak kabul edilmeliydi. Bu beriki ise, böylece kendisine arz olunan tatmin vasıtasını reddetmek ve bizzat adaleti yerine getirerek mücadele şanslarına başvurmak yahut zararın sebebi olan fail şahıs veya şeyden, başka diğer bazı ödemler talebetmek hususunda serbestti. Fakat hakemler ve teşkilâtlanınca Devlet, halk vicdanına cezai mes'uliyet mefhumu hakkında kat'î bir tesir icra eylemek lâzımgelen hukuk kaidelerini nüfuz ettirmeğe giriştiler. İlkönce, mağdur uzlaşmaya razı olunca, ancak zarara sebebiyet veren şahıs veya şeyden hak talebedilebileceği, prensip olarak vaz'edildi; sonra, eğer suçlunun ailesi onu bırakırsa, sembolik bir merasimle onunla arasında mevcut bütün tesanüdü kırar, bu şahsı teslim etmeyi teklif ederse, tecavüze uğrayanın öcünü artık ancak yalnız bu şahsa karşı kullanabileceği kabul olundu. Bugünden itibaren cezai mes'uliyet şahsileştirilmişti.

İşaret etmiş bulunduğumuz muhtelif usullerin gayesi şahsi öcleri tahdidetmek, yahut önlemektir; fakat bunlar, her şeye rağmen, her türlü muntazam sosyal bir nizamla bağdaşamıyan bir kuvvete müracaat imkânını ortada mevcut bırakıyorlardı. Henüz tam olarak teşkilâtlanamıyan siyasi millet sulhu tahmil edemediği müddetçe vaziyet böyle kaldı. Fakat millet hâkimiyetini tesis ve otoritesini kabul ettirmeğe muvaffak olduğu her yerde ilkönce şahıslar tarafından her türlü cebre müracaat olunmasını men'ederek, sonra sosyal nizamı ve umumî sulhu bozabilmeğe müsait bütün fiillerin tenkilini bizzat organize ederek, sosyal disiplini muhafazaya girişti.

(\*) E. Garçon: La Droit pénal, Origines, Évolutions, État actuel. — Kısm kısmı tercüme etmekte bulunduğumuz bu eserin müellifinin adı geçen sayımızda, bir zühul neticesi olarak Maurice şeklinde çıkmıştır; özür diler, düzeltiriz.

Şimdiye kadar vermiş bulunduğumuz izahlar göstermiştir ki şahsî öçlerin men'i uzun bir tarihi hazırlanışın neticesi olmuştur. Filhakika öyle bir zaman geldi ki artık, aileler arasındaki kavgaların ekseriya idarî anlaşmalarla sona erdikleri ve tarifelere müstenit uzlaşmaların mutata hale girdiği görüldü, ve artık millet uzuvlarının bu anlaşmaları mecburî kılmaları kolay oldu. Bu tahavvül hiss olunmaz bir şekilde vukua gelmiş, ilkönce hiçbir şey değişmemiş gibi gözükmiştir. Mağdura ve ailesine, esasen an'anevî bir hale gelmiş bir tatmini talebetmek hakkını vermek suretiyle eski âdetlere hürmet ediliyor gibiydi; hakikatte, hiç kimsenin kendi kendine hakkı yerine getirmek yetkisine malik bulunmadığının, mağdurun, kendisine borçlu olunan tatmini elde eylemek için âmme kudretine müracaati lâzımgeldiği ve suçlunun bunu reddedemeyeceğinin kabul olunduğu gün kat'î bir takâmül husule getirilmiş oluyordu.

Esasen bu yeni değişme bizatihi ancak ağır olan ve birbirini takibeden derecelerle tahakkuk eylemiştir. Akıl ve basiretle hareket etmek, hal ve şartları hesaba katmak ve ancak âdet, ahval ve şeraitin elde olunmasına müsaade ettiği şeylere teşebbüs eylemek icab ediyordu. Böylece öc hakkı, ilkönce, yalnız bazı şahıslara karşı men'olunabildi, yahut bu hakkın istimali ancak bazı devirlerde yahut muayyen zamanlarda men'edildi. Bizim orta çağımızda Allahın sulhu ve kiralın karantinası, feodal senyorlar arasındaki harbleri azaltmak için, kilise ve Fransız Kırallığı tarafından tesis olundular. Patriyarkal kabîleler arasında intikamı kaldıran inkılâbın tahakkuk eylediği devirde de müşabih müesseselerin misallerine tesadüf olunur.

Devlet, böylece, uzlaşmayı mecburî kılmak için müdahale ederken, diğer bir şekilde de, suçluyu kendisine, bizzat kendisine, muayyen bir bedel ödemeğe cebreylemek suretiyle uzlaşmaların tanzimine de müdahale ediyordu. Yunan mevzuatında ve bilhassa Gortyne məcəllesinde, böylece, suç kurbanına borçlu olunan uzlaşmanın yanında siteye ödenen bir nevi para cezası mevcuttu. Tacite'in bahseylediği ve bizim barbar kanunlarda bulduğumuz Cermen *Fredum*'u üzerinde fazla ısrar etmeğe lüzum hissettirmeyecek derecede çok tanınmıştır. Esasen, bu müessese, Devlete borçlu olunan sözü geçen meblâğın nasıl hesaplandığı ve bunun karakteri ne olduğu bakımlarından şiddetli münakaşaları mucibolmuştur. Yunan hukukunda, mükellefiyetlerini iradi olarak yerine getirmeyi reddeden ve binnetice içtimaî adaletin müdahalesine sebebiyet veren kimseye tertip olunan bir nevi ceza olarak gözükmektedir. Fredum'a gelince, onun, tarafından âmmenin sulhunun ihlâl edilmesi dolayısıyla, suçluya çektirilen bir nevi ceza teşkil

ettiği iddia olundu. Ben bunda daha ziyade, taraflar arasında bir anlaşmayı temin etmek için müdahale eylemiş olan otoritenin bir hakkı ve hattâ belki bu otorite tarafından anlaşmanın icrasını temin etmek için verilen teminatın bir bedeli olmak vasfını görmekteyim. Ne olursa olsun millet tarafından alınan bu harçların ehemmiyeti kolayca anlaşılır: müellifler bunların para cezasının tekâmülü üzerinde icra eyledikleri tesir üzerinde ısrar ediyorlar. Bu harçlar bilhassa, Devletin mağdur kadar ve ondan fazla, suçların tenkiline alâkadar olduğu şuurunu âmme vicdanına sokmağa yardım ettiler, ve malî menfaat otoritenin bunu unutmamasına sebebiyet verdi.

Suçluyu uzlaşma bedelini ödemeğe mecbur etmek hususunda iptidai âdetlerce kullanılan vasıtalar arasında kanun dışına koymayı da zikrelemek lâzımdır. Cermenlerdeki *La Friedlosigkeit*'da hukuk tarihçilerini ihtilâfa düşüren halli müşkül güçlükler ortaya koymuştur. *Wargus* hiçbir yerde melce bulamıyordu. Hiç kimse onu kabul etmemeliydi ve herkes sanki vahşi bir hayvan öldürülüyormuş gibi, hiçbir cezaya maruz kalmaksızın, onu yok edebilmek hakkına malikti. Bazıları bu müessesede, şahıslara karşı işlenen suçlara mütaallik cezaların en eskisi sıfatını gördüler. Fakat bu fikrin birçok muarızları vardır. Öyle zannolunur ki bu müessese şimal kaynaklarında ve Cermen kanunlarında aynı karaktere malik olmamış ve zaman içinde mütaaddit ve derin tadilâta duçar olmuştur. Diğer taraftan salique kanunu şu vecizeyi ihtiva eylemektedir: «*Si quis ad mallum venire contempserit, si nec de compositione, nec in ev, nec de ulle legem facere voluerit, tunc ad regis presentia ipso manere debet. Tunc rex... extre sermonem suum ponet illum.*» İşte bunlar, hiç şüphesiz suçlunun uzlaşma bedelini ödemeyi reddetmesine asla müsaade etmiyen enerjik cebrî vasıtalarlardır.

Böylece, yavaş yavaş bizzat hakkı yerine getirmek hakkı ortadan kalktı. Fakat eski müesseseler asla tamamıyla ortadan kalkmazlar. Onlar kendilerinden sonra uzun izler ve eserler bırakırlar. İptidai hukukun bazı müesseseleri de asırları kat'etmişlerdir ve bunları, eğer tarihî menşeleri bilinmezse, son hallerinde anlayabilmeğe imkân yoktur. Bir katili içtimaî adaletin araştırmalarından kurtarmak neticesini husule getirdiğinden melce hakkından daha mânasız bir şey mevcut değildir. Bununla beraber, müessese, bu şekli altında Fransada onaltıncı asra ve İspanyada 19uncu asrın yarısına kadar mevcudiyetini muhafaza etmiştir. Mecburî ve kanunen ibrayı tazammun eden bir hale gelmiş bulunan suçlunun mağdurun ailesine verilmesi müessesesi çok müttekâmil mevzuatlarca da muhafaza olundu. Aynı

suretle ailenin pasif tesanüdü, umumî olarak erkenden ortadan kalkmış ve akrabalar asla şahsi olmıyan kusurlarından dolayı her nevi mes'uliyetten sıyrılmaya muvaffak olmuşlarsa da, aktif tesanüt çok daha uzun zaman yürürlükte kalmış gibi gözükmektedir. Hususî harb hakkı halk hâtıralarından asırlardan beri kaybolmuştu, kanunun, mağdurun akrabalarına kanın öcünü aramak hakkını tanıdığı sıralarda Devlet artık hiçbir nevi hususî cebir fiiline müsamaha etmiyordu. Hiç şüphesiz artık aile adı geçen hakkı muntazam mahkemelere tanıttırdıktan sonra icra edebilirdi, fakat hükmün infazı ekseriya onlara emanet olunmuştu. Bu âdetler, hattâ halen her tarafta ortadan kalkmış değildir.

Fakat bilhassa uzlaşmalar, tekâmülün en yüksek derecesine vâsıl olan mevzuatlarda mevcudiyetlerini muhafaza etmişlerdir. Atinada, adam öldürme cürmünden dolayı takip inhisarı daima mağdurun akrabalarına ait oldu. Hattâ Dracon'dan, Solon'dan sonra, daha Démosthène'in zamanında kan bedeli üstünde anlaşmalar hâlâ kullanılmakta idiler ve katil öldürdüğü kimsenin ailesine bir tazminat bedeli tediye suretiyle her türlü diğer cezadan kurtuluyordu. Roma hukuku daima hususî suçları muhafaza etti. Pretor, bu eski sistemi ilga eylemekten uzak olarak, onu tamamlamak ve ıslah etmeğe çalıştı. Sövme suçu için, hâkime uzlaşma bedelini *ex e quo et bono* tesbit etmeğe müsaade eden bir dâva hakkı veriliyordu. Hırsızlık için, hırsızlara ve yataklık edenlere karşı dört türlü dâva hakkı yaratılmıştı. ve bu prensipler azıcık retuş edilerek Justinien derlemelerinde mevcut bulunuyordu. Hakikatte, hırsız takibedilebilir ve cismanî bir ceza ile tecziye edilebilirdi. Fakat, zekâvet ve fetanetle müşahede edilebileceği gibi, tediye edebilecek bir hırsız karşısında, mağdur ekseriya, yalnız kendisinden çalınan şeyin geriye iadesini değil, fakat iyi bir kâr da temin eden eski hukuk dâva hakkını tercih eylerdi. Nihayet Fransa ve Almanyada uzlaşmalar usulü barbar devrinden sonra nisbeten yeni olan bir devire kadar uzun zaman mevcudiyetini muhafaza etmiştir. Bu usul ortaçağda hâlâ çok kullanılmakta idi ve bazı *chartes*'lar ve *bonnes coulumes*'ler bir uzlaşma listesinden başka bir şey değildirler. Bu usul, yeniden doğan bir Roma hukukunun tesiri altında, âmme otoritesi tenkilî adalet işini eline almak hususunda oldukça kuvvetli bir hale gelince, ortadan kalktı.

Filhakika, siyasi Devletin şahsî öcü tahdidetmesi, sonra men'eylemesi uzlaşmaların halline nüfuz etmesi, bunları mecburî kılması ve nihayet ortadan kaldırması şeklindeki bu umumî hatlarını çizdiğimiz

bütün hareket, eğer müvazi olarak aynı Devlet tarafından, cürümleri, bizzat, terhibî, ürkütücü ve ibret teşkil edici cezalarla tecziye ederek, yeni bir tenkilî sistem tesis olunduğu bilinmeseydi, anlamazdı. Söylediğimiz gibi, bu sistem daha müessir ve âdil olduğu, kamu nizamını, malların ve şahısların emniyetini daha iyi temin ettiği, ferdi haklara daha fazla teminat verdiği içindir ki, kendiliğinden, iptidai âdetler tahavvül ettiler ve nihai olarak da metrukiyete duçar oldular.

Uzlaşmalar sistemi sonuna doğru mecburî bir sıfat iktisap ettiklerinde aileden aileye ika olunan suçlar mağdura tazminat olarak ödenen para miktarından başka bir müeyyideye malik olmayacaklardı. Başka tâbirle şahıslara karşı işlenen en ağır suçlar dahi ancak bir malî para cezasıyla cezalandırılmış bulunacaklardı. İntikal devresinde keyfiyetin bazan böyle olmuş bulunması mümkündür. Fakat müşabih bir vaziyet, şüphesiz, genel sistem olarak mevcudiyetini muhafaza edemezdi. Bu, açık olarak, muntazam her sosyal nizamla gayrikabili telifti. Aileler arasındaki cürümlerin, hattâ ancak hususî menfaatleri doğrudan doğruya haleldar eyleseler dahi, aynı zamanda âmme nihamına müsamaha edilmez bir hâlel iras etmekte buldukları, Devletin bunların tenkiline en yüksek derecede alâkalı olduğu ve bizzat, suçluları cezalandırmak hâkim vazife ve hakkına malik bulunduğu çabuk olarak hissölundu. Böylece, öc ve uzlaşmalar, Devletin ceza adaleti büyüdükçe inkıraz ettiler. Bu iki hâdise birbiriyle mâkûsen mütenasip olmuştur. Bizim Fransız ortaçağımızda, teşkilâtı bozulan âmme otoritesinin cezaî-adli fonksiyonunu ifa edemediği zamanlarda eski uzlaşmalar sisteminin yeni bir kuvvet aldığıнын gösterilmesi kolaydır. Bütün bu ceza hukuku tarihinden, müşahedesî daima tahakkuk eden, şu esas prensip istihracolunabilir: ferde bizzat hakkını almak salâhiyetinin reddolunabilmesi için, herkesin haklarının, sosyal adalette, kâfi bir himayesini bulması lâzımdır. Bu adaletteki her zaaf, zarurî olarak, cebirle tezahür eden ferdi bir reaksiyonu mucibolur.

Uzlaşmaların ortadan kalkmasıyla beraber, eski âdetlerin terki ve ailelerin parçalanışı çok daha tahammül edilmez ve her türlü sosyal nizamla daha fazla gayrikabili telif bulunan diğer bir neticeyi husule getiriyordu. Mecburî olarak uzlaşma, hiç olmazsa bir nevi para cezasını ortada bırakıyordu; fakat, aile adaleti metrukiyete duçar olduğundan aileler içinde işlenen suçların hiçbir müeyyidesi kalmamıştı. Atınada usulü öldürme cürmü mevzuunda böyle bir vaziyet

hususla gelmişti. Burada adam öldürme için, öc sistemi kabul edildiğinden ve takibat yalnız mağdurun akrabalarına tahsis edilmiş bulunduğundan adı geçen menfur suç cezasız kalıyordu. Yalnız Yunan dehâsının, tatminkâr bir şekilde muvaffak olmamakla beraber, ne gibi incelikler ve çevirmelerle bu boşluğu doldurmağa çalıştığı gösterilmiştir. Fakat bu istisnaî bir haldir. Hakikatte, aile reisinin cezalandırma hakkı, eskiden cezalandırmak için yegâne salâhiyetli olduğu ağır cürümlerin tenkilini âmme kudreti temin edebilecek vaziyete geldiğini gündür ki metrukiyete duçar olmuştur. Fakat o gün, aile adaleti, âmme nizamı için tehlike olmaksızın ortadan kalkabilmiştir; zira bu hakkın yerini sosyal adalet almıştı. Sosyal adalet henüz gayritam olmakla beraber muayyen bir hukukî teşkilât arz ediyor ve her şeye rağmen, az keyfî olarak gözüküyordu. Aile reisi, şüphesiz, kendisine mensup bulunanlar üzerinde geniş bir otoriteyi muhafaza ediyordu ve daha uzun asırlar zarfınca bu kudret çok kuvvetli olarak teessüs etmişti. Hattâ bazı suçlar için, iptidaî hukuk, kendisinden sonra uzun eser ve izler bırakmıştır. Meselâ zina suçu için, hali hazır hukukumuz henüz bu eski izlerden kendini tamamiyle kurtarmış değildir. Fakat, umumî bir şekilde ve prensip itibariyle, sosyal adalet bütün cürüm ve suçları ve hattâ hassaten ailevi bir karakter arz edenleri kavramıştır. Aile reisi ancak Devletin cezalandırmak hakkının istimaline artık bir mâni teşkil edemeyecek olan bir disiplin kudretini muhafaza etmiştir.

Bütün anlatılanları hulâsa için diyelim ki, cezalandırmak hakkı hâkimiyetin esas sıfatlarından biridir. Bu hâkimiyet ilkönce aile gruna ait oldu; fakat yüksek bir medeniyet derecesine varan milletlerde bu egemenlik milletin hâkimiyeti önünde otradan kalkmalıydı. Şüphesiz burada da, sözü geçen tekâmül yavaş olarak ve dereceli bir surette vukua gelmiştir. Milletin doğrudan doğruya cezalandırdığı ilk cürümler, her yerde, onun kendi emniyetine teveccüh eylemiş bulunanlar olarak gözükmemektedir. Söylediğimiz veçhile, Devletin mevcudiyet sebebi, ilkönce, tedafüî ve tecavüzî cürümleri teşkilâtlandırmak olduğundan evvelâ askerî suçları tecziye etmiştir. Gerçekten, Cermenlerin, Tacite zamanında tanıdıkları umumî suçlar bunlardandır: «Prodiores et transfugas arboribus suspendut; ignavos et imbelles aut corpore infames, coeno ac palute, injecta super crate, mergunt.» Fakat Devlet muayyen bir kudret elde edince suçlar listesi yavaş yavaş tamamlandı ve nihayet âdetlere, şahıslara ve şeylere karşı işlenen suçları da ihtiva eyledi.

Esasen, bu birbirini takibeden tekâmülün tarihini her hususî mevzuatta bulabilmek güçtür. Fransada, bu eser Roma hukukunun *capitulaires*'lerin, kiralî emirnamelerin, beledi chartes'ların ve jürisprudansın tesiri altında husule gelmiştir. Fakat, hangi devir ve mahallerde ilkönce adaleti senyörlerin ve sonra kiralî adaletin her suçu terhibî cezalarla tecziye ettiklerini tâyin etmek ve bu mevzua kat'iyetler getirmek istenilirse dağıtılmamış olan ve belki içine nüfuz edilebilmesine de imkân bulunmayın karanlıklar karşısında kalınır. İtalyada şimal şehirlerinin statüleri önemli ve tecessüs çekici dokümanlardır: bir müellif, «Roma ve Hıristiyan prensibinden ilham alan sitelerin görüşlerini yükseğe kaldırdıklarını ve suçları bizatihi olarak ve umumun iyiliği için cezalandırdıklarını» söyleyebilmiştir. Yine böylece Sardunyanın Carta di Loga'sı adam öldürme, hırsızlık ve sahtekârlığı cezalandırmakta idi. 1231 senesinde II nci Frédéric tarafından kanun halinde toplanan *Constitutiones regni Seculi*'ler hususî harbleri ve adli düelloyu ilga ediyorlardı. Keza İspanyada *fueros*'lar ve *Siete partidas*'lar ihmal edilemeyecek olan dokümanlar teşkil etmektedirler. Nihayet Almanyada Landfrieden'ler, şehirlerin statüleri, aynalar aynı temayüle itaat etmektedirler. Bilhassa Saksonya aynasında birçok suçlar ölüm cezasıyla tecziye olunmuşlardır. Bu hareket XV inci asırda Wurzburg'un ıslahatiyle *Nurnberger halsgerichtsordnung Tiroler Malefizordnung* ile ve nihayet XVI nci asırda ilkönce Brandberg Piskoposu tarafından neşredilen ve kat'i şeklini 1532 de Charles-Quint tarafından neşredilen Carolina'da bulan Schwarzenberg'in eseriyle devam etmektedir. Bu kanun, Slavatorsche Clausel tarafından istisna edilen mahallî kanunlara hâlel iras eylemeksizin, ceza mesailinde Almanyanın müşterek hukukunu teşkil etmiş ve üç asır yürürlükte kalmıştır.

Esasen, bu tafsilât bilhassa tarihi derinleştirme mevzularını teşkil eder. Bizce, yalnız neticenin ehemmiyeti vardır: nihayet Devlet, bize, bu hareketler tamamlanınca ceza vermek hakkına tamamiyle sahip olarak gözükmektedir. O, muntazam birşekilde teşkilâtlandırılmış bir adaletin organlarıyla sosyal disiplini, nizam ve âmme sulhunu temin etmektedir. Bu suretle cebirler küçültülmüş, bastırılmış bulunacaklar, şahıslar ve malların emniyeti, âmme kudreti tarafından himaye ve temin olunacaklardır. Suçlular, ceza korkusuyla kanunlara hürmet vaziyetine sokulmuş bulunacaklardır. Bu müesseselerin himayesinde medeniyet ve sulh eserleri büyüyecek ve tekemmül edebileceklerdir.

## BİBLİYOGRAFYA

İptidai devirler hukuku için şu eserlere müracaat edilebilir:

- KOVALEWSKY. *Coutume contemporaine et loi ancienne; droit coutumier, Ossétien*, Paris, Larouse, 1893.  
 GLOTZ. *La solidarité dans le droit criminel en Grèce*, Fontemoing, 1904.  
 MAXWELL. *Le concept social du crime et son évolution*, Alcan, 1914.  
 FAUCONNET. *La responsabilité*, Alcan, 1920.  
 ADDE. *Les travaux de Summer Maine*.

Devletin ceza vermek hakkının menşei hakkındaki diğer çalışmalar için *Fauconnet*'nin eserinde iyi bir bibliyografi bulunmaktadır. Diğer çalışmalar için bilhassa şu eserlere müracaat olunabilir:

- DU BOYS. *Histoire du droit criminel des peuples modernes*.  
 DARESTE. *Ses trois séries d'Étude d'histoire du droit*.  
 TONISSEN. *Études sur l'histoire du droit criminel, L'Histoire du droit pénal dans la loi Salique*.  
 PARDESSUS. *La loi salique*.  
 GIRARD. *Son Manuel de droit romain* et un article dans la *Nouvelle Revue Historique* de 1886, p. 284.  
 CUQ. *Les institutions juridique des Romains*.  
 GLASSON. *Histoire du droit et des institutions de la France*.  
 ESMEIN. *Son livre de Mélanges* et son *Cours d'histoire élémentaire du droit français*.

Alman dilinde:

- VILDA. *Strafrecht des Germanen*.  
 VON BAR. *Geschichte des deutschen Strafrecht*, İngilizceye tercüme edilen ve THOMAS S. BELL tarafından tamamlanan eser.  
 MOMMSEN. *Romiches Strafrecht*, traduit en français par M. DUQUENE.

E. Garçon

Tercüme edenler:

- Doçent Sulhi Dönmezer  
 Asistan Naci Şensoy