

## CEZA HUKUKU

Menşeleri — Tekâmülü — Halihazır vaziyeti (\*)

Maurice Garçon

### GİRİŞ

Çok geniş mânada anlamak suretiyle cürüm, sosyetenin kendisine karşı ceza vasıtasıyla aksülâmelde bulunduğu, bir fiildir, diye tarif edilebilir. Şu halde cürüm ve ceza, içtimaiyat kanunlarına tâbi ve bundan dolayı meselâ iktisadî muhitin tenevvüleriyle ve daha ziyade her devrin ve he milletin manevî inançları ve kültür derecesiyle içtimai orgaizasyona getirilen bütün değişikliklerle taayyün eden içtimai hâdiselerdir. Fakat bu tenevvüler hilâfına, cürüm ve ceza telâkkileri, tarihî asırların imtidadı esnasında mütenevvi şekiller altında bulunan ve medeniyetin en yüksek derecesine ulaşmış milletlerin ceza hukukunda bulunmakta devam edip iptidai âdetler içinden zuhur eyliyen esaslı bazı prensiplerin daima hükmü altında bulunmuşlardır, çünkü bunlar insanın bizzat tabiatına ve aklının temel kanunlarına taallük ederler.

İnsanın basit değil fakat mudil olduğu, bir vakiadır. İnsan, bir taraftan şahsiyetine has inkişafını ve ihtiyaçlarının ve ferdi ihtiraslarının tatminini temin etmeği aramakta olan ve diğer taraftan müşterek hayatın zaruretlerine tâbi içtimai bir mahlûktur. En vahim hatalara düşmeğe maruz kalınmaksızın bu temayüllerin ne birini ne ötekini tanımamazlık edilemeyecektir.

Cemiyet halinde yaşayış insana bizzat bünyesinin tahmil ettiği bir zarurettir ve ondan, telef olmaksızın çıkamaz. Artık bugün hiç kimse insanın topluluk hayatına tekaddüm eden bir devirde, tabii halde, diğerlerinden mücerret ve tam manasiyle serbest yaşadığını

(\*) E. Garçon: Le Droit pénal, origines — évolution — Etât actuel Paris 1922.

müdafaa edemez. 18 inci asır felsefesinin bu akli faraziyesi içtimai ilme güvenli tecrübi metodların tatbik edildiğindenberi hâdiseler karşısında mukavemet edememiştir. Tecavüz için olduğu kadar müdafaa için de aynı şekilde kötü silâhlanmış olan insan kendisini her taraftan tehdit etmekte olan tahribat tehlikelerinden kurtulamamış, buna, hayat için mücadelede, birleşmenin kuvvetiyle galebe çalabilmiştir. Sadece bu birleşmedir ki, insana, ırkının taliini temin etmek için zekâsının çarelerini kullanmağa müsaade etmiştir. Sözle, bu en mükemmel içtimai âletle o diğerlerine tecrübesinin semerelerini nakledebilmiş, onlar kendilerinden sonra gelenlere devretmiş, nesillerden nesillere çoğalan beşerî bilgileri ulaştıkları yüksek kütür derecesine götürmüşlerdir. Şu halde cemiyetin menşeiini aramak tamamiyle faydasızdır: O, hayvan cemiyetlerinde olduğu gibi kendisini bir vakıa olarak kabul ettirir.

Fakat insanı müşterek muhit içinde temessül olunmuş ve her türlü şahsiyetini kaybeden mücerret sosyal bir hücre olarak mülâhaza etmek daha az vahim bir hatâ olmayacaktır. Onun kendine has menfaatleri, ihtiyaçları, arzu ve ihtirasları vardır ve o başkalarını, hattâ cemiyeti kendi fayda ve menfaatini istismar pahasına da olsa, kendisinde şahsiyetini tezahür ettirmeğe sevkeden bir kudret iradesi taşımaktadır. Ve bu egoist duygu, ona, yaşamasına ve tarakki etmesine imkân vermek için çok zarurîdir. Ferdî teşebbüs ve şahsi menfaat gayret ve çalışmanın kudretli muharrikleridir. Kendi varlığı hakkında hiç bir endişe duymaksızın sadece sosyal bakımdan hisseden ve düşünen yâni bu suretle şahsını temamiyle unutan insan şüphe yok ki şahsının tahribine yürüyecektir. Bazı ahlâkçılar, tarakkinin son bir merhalesi olarak, sırf altruistlerden müteşekkil, bir cemiyet kehanetinde bulunmuşlardır. Bu, tabii hal gibi vakıaların müşahedesine çarpan ve dağılan sırf tahayyül fantezisidir.

Âşikârdır ki içtimailik ve egoizm, bu iki duygu, birbirini lağveder. Bir taraftan müşterek hayat herkese vecibeler tahmil eden bir disiplin tesisini talep etmekte ve, diğer taraftan, benlik her türlü cebri reddeder görünmekte ve, hattâ cemiyetin menfaatine de olsa, muayyen bir nokta dışında tazyik de olunamamaktadır. Bu temayüllerden birini veya diğerini ortadan kaldırmağa muktedir olmadığınan, kuvvet, bunları, hem ferdin haklarını taşıyan ve garanti eden, hem de âmme nizamını temin için kendisine tahmil edilen vazifeleri tâyin eyliyen kaideleri uzlaştırmada oldu. Fakat bu mükellefiyetleri kabul ettirmek için ıstıraplı, uzun, tükenmek bil-

mez mücadele asırları lâzımgelmiştir, zira bunları kabul ettiren kuvvetler gevşer gevşemez ferdi ihtiraslar yeniden serbest gidişlerini almakta ve cemiyet yeniden keşmekeşe düşmektedir. Bu mükâfatı medeniyet olan muazzam ve durmak bilmez gayrettir.

Ahlâk, dinler ve ceza hukuku, içtimai disiplinin muhafazası ve müeyyidelerini tesis —ki bu müeyyideler olmaksızın kaidelerin kuvveti bulunmıyacaktır— için bu esaslı kaideleri tâyin etmek ve kat'ileştirmek hususunda istimal olunan başlıca üç vasıtadırlar. Evvelâ, bir nevi sosyal sevki tabii ile sevkedilip, kanunlara göre yaşayanları şereflendiren, bundan istisnaiyetini iddia eden serkeşleri takbihe düçar eyliyen bu müeyyidelerden biri beşerî vicdanda bulunmaktadır. Şeref ahlâkının kötü iradeleri iğmek için yeter olması inkâr edilebildi, fakat başkalarının takdirini kazanmak arzusu ve zillet korkusunun insanların amelî hattıhareketini idare eden kudretli saikler arasında bulunduğu inkâr olunamaz. Bunun devamı olan dinî duygu ve tabiat üstü müeyyideler, içtimai hayat için zarurî kaidelere hürmeti tahmil etmek hususunda daha az müessir olarak iştirak etmemiştir. İman, hiç bir münakaşaya müsamaha etmiyen bir amel prensipinin hâkim kudreti ile emreder. Bu, her türlü akli mantığa yabancı, ilâhî adaletin ictinabı gayri mümkün cezalarına maruz bulunmaksızın kurtulmak mümkün olmıyan bir emirdir. Fakat sırf manevî ve dinî olan bu müeyyideler gayri kâfidir. Şerefsizlikten korkmıyan fasikler vardır, ve dâima imanın kuvvetsiz kaldığı imansız ve dinsizler olmuştur.

Şu halde, kanunlara itaatsizlik eden, birliğe karşı isyan eyliyen ve diğerlerinin haklarını gaspeden kimseye, bir kötülük yapmak suretiyle, sırf dünyevî beşerî müeyyideler vücuda getirmek lâzımgeldi. Bu kötülük, öçten mülhem mücerret mukabele bilmişillerden sırf bir adalet fikrine müstenit cezaya kadar, en mütenevvi şekiller aldı. Bu tekâmül de, bütün gayretleri tenkilin hudut ve şartlarını tesbit etmeğe teveccüh etmiş bulunan hukuk ilmi tarafından vücuda getirilmiştir. İşte, bizim umumî hatlarını çizmeğe çalışacağımız bu tekâmülün tarihidir. Bu tekâmülün tarihi, en karakteristik görünüşlerinden biri altında, beşeriyetin, asırlar imtidadınca hallini takip ettiği normal meselenin tetkikinden başka bir şey değildir, bundan, medeniyetin, fizik âlemdeki fetihlerinden daha ziyade, mantiki tarakkileri ve istikbali neşet etmektedir.

## Birinci Bölüm

### İPTİDAİ CEZA HUKUKU

İptidaî ceza hukukunun tetkikine ancak yeni olarak teşebbüs olunmuş ve sadece içtimaiyattır ki bunun ilmî ehemmiyetini göstermiştir. Mevzu olarak içtimaiî hâdiseleri idare eden tabii kanunların taharrisini ve metot olarak da vakıaların müşahedesini alan içtimaiyat, pek tabii olarak menşelere çıkmağa götürülmüştür. Filhakika içtimaiî kanunlar iki nevidir: bazıları statiktirler ve muayyen bir içtimaiî muhitteki hâdiselere hükmederler: meselâ mütemeddin ve büyük sanayii yapan memleketlerde cürüm. Fakat, aynı zamanda dinamik içtimaiî kanunlar da vardır ki, zaman içinde, tenkili müesseselerin tahavvüllerini, tarakki ve gerilemeleri idare ederler. Bunları keşfetmek ve formüle eylemek için, zâhirdir ki, en eskilerine varıncaya kadar, müşahedemiz sahasına girebilen bütün vakıaları taharri eylemek lâzımdır.

Fakat bu araştırmalar başladığındanberi iptidaî müesseselerin zaman itibariyle devrelere bölünemediği çabucak görülmüştür. Bu müesseselere, kendilerini tavsif eden bütün hatalarla, en eski zamandan bugüne kadar tesadüf edilmektedir. Hakikatta, bu müesseseler muayyen bir muhitte doğmakta ve zaman ve mekân ne olursa olsun, aynı şartların tahakkuk ettiği her yerde, aynı kalmaktadırlar.

İmdi, iptidaî müesseseleri yeniden teşkil için, evvelâ, eski teşriî dökümanlar kullanılabilir. Fakat bu kaynaklar çok emin değildir ve daima tefsir edilmeğe muhtaçtır. Hukuk tarihçileri, uzun zamandır, kat'î olarak ruhunu anlamaksızın ve hakikî mânasına nüfuz eylemeksizin, en eski kanunlar olarak, XII levha kanununu ve loi salique'î zikretmektedirler. Hakikatta, bu metinler, bize, esaslı olarak tekâmül etmiş bir hukuk vermektedir, ve; bunlar iptidaî hukukun zaten tam mânasiyle inhitatta bulunduğu devirde yazılmıştır. Kronolojik bakımdan en eski zamana kadar çıkan, ve fakat, iptidaî sosyolojik devri uzun zamandanberi aşmış bir millet için yapılmış olan Hamurabi kanunları için de aynı şey söylenebilecektir. Tarihi XII nci asra çıkan Gragas'lar, belki de menşelere daha yakın bulunmaktadırlar, fakat, bununla beraber bunları, kendilerine has şekilleri içinde arzetmekten uzaktırlar.

Homer'in şiirleri, Lagos'lar, Hind'in mukaddes kitapları, Génèse gibi eserler ihmal edilemeyecek, belki de en kıymetli kaynakları ver-

mektedirler. Fakat bihakkın söylemek lâzımgelirse, bunlardan dahi hiç biri, iptidai zamanların muasırı değildir. Bunlar, medeniyet zaten büyük ilerlemeler yaptığı, orijiner âdetler ve inançlar derin bir surette tahavvül eylediği zamanda yazılmış veya toplanmıştır, ve eski âdetler ancak, zengin halk efsanelerinin meydana çıktığı devirde, uzak ve hemen hemen silinmiş hâtaralardan başka birşey değildi.

Bu suretle bu kanunlar ve bu şiirler bize ancak eski zamanlardan kalma izleri vermektedir. İlmî neticeler çıkarmak için, evvelâ, bunları en sıkı bir tenkidi tetkike tâbi tutmak ve bütün farzî şanslarla bir yeniden vücuda getirme mesaisine kendini vermek lâzımdır. Bu arada, bu mânada teşebbüs olunan tetkikler zaten müsbet neticelere sevkemiş ve, bu uzak mazinin karanlığını canlı bir ışıkla aydınlatmıştır.

Fakat, çok şükür, biz, modern düşüncenin, kendisine alıştırdığı dünyaya pek çok yabancı bu müesseselere daha samimiyetle nüfuz etmemize imkân veren başka bir bilgi kaynağına sahibiz. İptidai medeniyet devrini aşmadığından, örfleri ve eski âdetleri, bütün safiyeti içinde henüz muhafaza eden haklar vardır. İşlediğini gözümüzle gördüğümüz bu örf ve eski âdetler sadelikleri içinde görünmekte, ve biz, bunların mevcudiyeti sebebini, ruh ve kıymetini kolayca anlatmaktayız onlar önümüzde yaşıyorlar. Bu etnolojik mutalar sayesinde tarihi kaynaklar aydınlanmakta ve farkına varılmadan geçilmiş veya mutlak olarak anlaşılmamış metinler yeni bir kıymet almaktadır. İtiraf etmek lâzımdır ki, maalesef, bu müşahedeler yeter bir ilmî ciddiyetle nadiren toplanmıştır. Meçhul memleketleri dolaşmış olan seyyahlar arasında birçoğu tabiat ilmini biliyorlardı, fakat keşfe gönderilen heyetlere hukuk tarihçilerini tefrik etmek aslâ düşünülmemiş görünmektedir. Bunlar da en ehemmiyetli vakıaları anlamaksızın, etrafında dolaşmışlardır. Bunlar, ekseriya, en malûm kategorilere giren ve iptidai âdetlerin en âdilleri olan âdetleri, kendilerini bile şaşkınlık ve hayrete düşüren hususiyetler olarak beyan etmektedirler. Diğer taraftan, müstemleke fetihleri, bu archaïque örfleri muhafaza eden halkların adedini, her gün azaltmaktadır, ve bunların büsbütün kaybolacağı saati tahmin etmek mümkündür. Bu tetkikleri, sadece bazı nadir sosyologlar ulaşılacak gayenin ciddi ve şuurlu bir metoduyla takip etmişlerdir. Fakat müşahedeleri bunlardan daha kıymetlidir, ve o kadar mebzuldür ki, iptidai hukukun heyeti mecmuasının yeniden kurulmasını en emin ilmî kaideler üzerine oturtmağa imkân vermektedir.

Bütün bu tetkiklerden çıkan ve bugün kat'î bir surette kazanılmış olarak mülâhaza olunabilen esaslı kaide şudur ki içtimai müesseselerle, içinde bunların teşekkül ve inkişaf ettiği muhit arasında zarurî bir münasebet mevcuttur, ve bunlar, her şeyden evvel iktisadi hâdiselere, insana tabiat kuvvetlerini hükümü altına almağa imkân veren ilmi keşifler manzumesine ve sınaî icatlara bağlıdır.

Münhasıran meyva toplamakla, hayvan ve balık avıyla geçinen insan, evvelce ancak sürü halinde yaşamıştır, ve içtimai birliklerin en eskisi olarak görünen bu sürü takriben tam gayri uzvîdir. Bilâkis muntazam iaşesini temin etmek suretiyle, hayvanların ve nebatların ehlileştirilmesi ona, muayyen bir içtimai nizam ve disiplin tesisine imkân vermiştir. Müşterek bir sermaye vücuda getiren sürü etrafında daimî menfaatler yerleşiyor ve sabit müesseseler vücud buluyor. Bu müesseseler, grupu muayyen bir yerde yerleştiren ziraatin yapıldığı zamanda tarakki ediyorlar. İşte o zaman bu sürü esaslı olarak ailevi bir rabıtaya istinad ediyor. Fakat burada aile, hâtırası umumiyetle gaip veya efsanevi olmuş bir aslı müşterekten gelen birçok nesilleri aynı vahdet içinde ihtiva etmek suretiyle, en geniş mânasında anlaşılacak lâzımdır: Samî kabilesi, Yunan Yevoç'u Lâtin gens'i, Arap duar'ı. Klan toprağa bağlandığı zaman köy gibi.

Bu birliklerden her biri, en mütenevvi şekilleri gösterebilen bir hükûmete maliktir. Şüphesiz en müştereki doğumla taayyün eden şefin elleri arasında bütün salâhiyetleri topladığı mutlak krallıktır ve şef birliğin aynı zamanda askerî şefi, ruhanî reisi, hâkim ve idarecisidir. Fakat bu şef, başka yerde, intihap edilmiş ve mühim hallerde, yaşlıların hattâ grupun bütün âzalarının muvafakati olmaksızın müessir olamıyan bir kimse olarak görülecektir. Bu suretle en eski âileler, bütün esas teşkilât şekillerini, monarşik veya aristokratik veya demokratik şekli, bilmiş ve tecrübe etmiş görünmektedirler.

Fakat, hususî tetkiklerimiz için en ehemmiyetli nokta, bu ailevi kabilelerin aralarındaki mütekabil vaziyettir. Onlar mutlak surette ve esaslı olarak birbirlerinden müstakildirler ve hakikatte müstakil devletçikler teşkil ederler. Çok vazih hukukî bir tabir kullanmak için, onların hâkim oluğunu söyleyelim. Hiç kimse dahili idarelerinde, bunun gibi karşılıklı münasebetlerinde müdahale edemez, zira, onların üstünde, kendilerine emirler vermek fiili hakkını haiz veya kudretine sahip herhangi bir uzuv mevcut değildir.

Hattâ bu kabilelerin birbirinden müstakil olduğunu söylemek

kâfi değildir. Bunlar hemen hemen aralarında münasebet olmaksızın yaşarlar, ve hakikatta herşey onları ayırır: kendilerine mahsus ilâhları, örfleri, âdetleri ve daha ziyade menfaatleri. Bilhassa hem-hudut topraklarda yaşayanlar arasında mücadele sebepleri çoktur. Bazılarının uzak müşterek menşeleri olduğu doğrudur: kabileler sissiparité ile yayılırlar ve, yeni topraklar üzerinde teessüs eden ve aralarında, menşe grubu ile inançlar ve müşterek bir dil muhafaza eyliyen koloniler teşkil ederler. Fakat hicretin sebebi ekseriya ilk bir imtizaçsızlık da bulunur. Zaten hakiki eşkiyalardan müteşekkil bazı kabileler, komşularını yağma etmekten başka bir sanat icra etmezler.

Bu suretle patriyarkal aile kendi üzerine kıvrılmaktadır. Onu teşkil eden akrabalar, kölelerle kabul edilen müşteriler, üzerinde teessüs ettiği toprak, sahip olduğu sürüler, biriktirilmiş zenginlikleri; bütün bunlar gayri kabili taksim bir bütün teşkil eder. Bir klanın azalarını ihata eden rabita mahsus bir şekilde dar ve sağlamdır. Onları birleştiren tesanüdün esası, babadan akrabalık, dinî inançlar, müştereken sahip oldukları mülk, en zâhir ve en açık menfaatlerdir. O kadar basit bu muhitte her fert, hayatının hürriyetinin, nafakasının grubunun kudretinden neşet ettiğini hissetmektedir. Emiyetini onun sadece kollektif kudreti temin edebilir. Fakat, bilâkis, ayrı kabilelere ait olanlar arasında hiç bir içtimaî rabita mevcut değildir. Onların birbirlerini düşman mülâhaza ettikleri söylenmek suretiyle mübalaga ediliyor. Muvakkaten de olsa bir sulh esası üzerinde yaşayan klanlar vardır. Fakat, ayrı gruplara mensup iki fert, kelimenin en mutlak mânasında yabancıdırlar. Aralarında hiç bir hukuk münasebeti yoktur. Summer Maine, ekseriya zikredilen şu cümleyi yazdığı zaman, bu fikri, pitoresk ve kavrayıcı bir şekil altında ifade etmiştir: «Birliği takip eden köpeklerin, yabancı ve akrabalık rabitası olmayan bir kabile âzalarından daha ziyade topluluğun mevcudiyetine iştirak ettiğini söylemek pek de mübalagalı olmaz.»

Bu içtimaî organizasyon içindedir ki şahsî öç ve uzlaşmalar denilen sistem doğmuş ve işlemiştir. Bu sistem patriyarkal kabilenin bütün müesseseleriyle yekvücuttur ve onlarla kabili izahıdır. Müverrihlerin uzun zamandanberi tavsif ettikleri gibi, şahsî öç ceza hukuku tekâmülünün birinci safhasını vücuda getirecektir. Filhakika, menşede, bir suç ika olununca, mağdur, faili öldürmek suretiyle de intikam almak hakkını haizdi, çünkü bu intikamın hududu yoktu. O bir haktı; faile ika olunan kötülük hakikî, meşru ve müstahak bir

cezadır, o kadar ki, bazılarına inanmak lâzımgelirse; öç alan her türlü mukabele bilmisilden masun olacaktı. Zaten mütecavizle, tecavüze uğrayanın alleleri öce iştirak edeceklerdir; fakat bazı müellifleri okurken, onların, bundan, takriben; günümüzde vücut bulmuş aileyi anladıkları görülür. Bir kelime ile, bu telâkkide, şahsî öç hakkı Vendetta Carse gibi gösterilir. Bununla beraber, ikinci bir merhalede mağdur ve ailesi, bir tazminat meblağı tavsit, yani sebebiyet verilen zararın tazmini ve suçun cezasını aynı zamanda ihtiva eden nakdî bir uzlaşma bedelini tavsit suretiyle ihkakı haktan vazgececektir. Nihayet üçüncü bir safha da, Devlet, otorite yoliyle miktarını tesbit edeceği bu uzlaşmayı, suçluyu tediye, mağduru kabule icbar için tavassut edecektir.

Şu şekil değiştirmeleriyle görünen bu sistem, anlaşılamaz. Hakikatta zengin bir adamın, keyfine, geçici hevesine ve ihtiraslarına göre, tecavüzlerin en kızdırıcısı olan bir hırsızlık, bir adam öldürme ika edebildiği bir devrin mevcut olduğu sanılmaktadır: Böyle bir kimsenin, kurtulmak için, mağdura veya ailesine birkaç altın para vermesi kâfi gelecektir!

Bununla beraber, bu sistem muhitinde, ve iptidai safiyeti içinde tesis bulunduğu zaman; herşey basit, mantıkî ve pratik olmaktadır. onun menşede tavsif ettiğimiz veçhile, ancak, birbirinden mutlak bir şekilde müstakil aileden aileye, kabileden kabileye olan münasebetlerde işlediğini mülâhaza etmek kâfidir. O zaman, iddia olunan şahsî öç hakkı ve uzlaşmaların eşyanın tabiatından neşet ettiği görülür. Onlar olması lâzımgelendir, çünkü başka hiç bir şey mümkün değildir. Fakat hakikatta ve doğru söylemek lâzımgelirse bunlar ceza hukuku müesseseleri değildir.

Bir klan diğer bir klana zarar iras edince, zararın tazminini tanzım ve kabul ettirebilen ve suçluyu tecziye edebilen hiç bir kudret yoktur, zira bu klanlar hâkimdirler. Şu halde tecavüze uğayan klan, mallarının muhafazasını ve azalarının emniyetini temin için, kendine, ve kendi kuvvetlerine güvenebilir. Tecavüze uğradığı zaman, silâha sarılmaktan ve mütearrız defetmekten başka çaresi yoktur. Bir yağmacı güruhu bir kabilenin hayvan sürülerini yağma için tecavüz edince, bu kabile ancak hırsızın peşinden koşabilir, onlarla muharebeye tutuabilir, hayvanlarını geri alabilir, sırası gelince; düşman topluluğuna perişanlık verebilir, çadırlarını veya kulübelelerini yakabilir, ve onu imha edebilir. Şayet tecavüze maruz kalan klan, uğradığı hakareten dolayı şiddetli bir intikam alırsa, düşman-



larını yeni bir teşebbüsten vazgeçirecek bir korku telkin edecektir. Fakat kötülüğe katlanacak olursa, cezasızlık mütearrızları cesaretlendirecek ve cüretlerinden her zaman ürkütecektir.

Bu öç hakkının ferdî değil de kollektif bir şekil altında nasıl görüldüğünü izah etmek daha az kolay değildir. Hangi dar tesa-nüdün aile kabilesinin bütün âzalarını bağladığını söyledik. Birine yapılan hakaret onun şahsına mahsus değildir, o, cebri bir şekilde diğerlerine tesir eder ve hepsi onu mütesaviyen hissederler. Zaten mallar müşterektir ve hırsızlık veya yağma ile sebebiyet verilen maddî haksızlık, bütün gruba iras olunmuştur. Hayvan sürülerinin yağması, bütün âzaları fakru zaruret ve kıtlığa duçar etmektedir. Ve pasif mesuliyet daha az kendisini kabul ettirmiyor. Evvelâ cürmî teşebbüs, umumiyetle, hepsinin fiilidir: Bu bir harp seferidir. Fakat, birkaç koyunun çalınması, bir kadının kaçırılması, hattâ bir adam öldürme gibi, yabancı kabileye, zarar iras eden bir tek fert tarafından işlenmiş bir fiil farzedilse de, mağdur ve klanı bunun tecziyesini temin imkânsızlığı içindedir. Suçlu kendi kaza salâhiyetinin dışındadır. Mağdur ve klanın, onun üzerinde hiç bir hükmü yoktur. Şu halde onu yakalayamayacak, şahsı üzerinde intikam alamıyacaklardır. Zaten ekseriya onu tanımayacaklardır. Binnetire, ancak mensup olduğu gruba teveccüh edebilirler. Bütün yeni telâkkilerimize muarız bulunan bu kollektif mesuliyet muvacehesinde hayret edilmiştir. Bunun üzerinde düşünülürse, şu içtimaî muhitte, izahı gayri mümkün ve anlaşılması güç olan ferdî mesuliyettir.

Bu iptidai âlemde, hariçten gelen hiç bir tecavüzü cezasız bırakmamak suretiyle, grupun ve onu terkip edenlerin hepsinin emniyetini temin etmek o kadar açık olarak görünmektedir ki, o, herkesin vicdanına kendisini tahmil eylemektedir. Ferdî ve kollektif tahafuz sevki tabîisi, klana yapılan tecavüzlerden intikam almağı o kadar kuvvetle emretmektedir ki, hiç kimse böyle bir mecburiyetten kendisini azade kılmağı düşünemez. Mahsulün ve sürünün, ecdadın üzerinde yaşadığı, temellük ettiği, sürdüğü ve zereylediği toprağın müdafaası, hattâ düşman grup tarafından öldürülmeğe veya kölelik haline konulmağa maruz insanların müdafaası iptidai şekli altında vatanseverliktir. Müşterek müdafaaya iştirak vazifelerin en hâkimi oluyor. Bazı halklarda, dinî inançlar, kendileri bakımından, bu vazife hissini takviye ediyor. Fakat dinî inançlar nâmütenahi değıştiklerinden ve en mütenevvi şekiller altında tezahür eylediğinden, bunların umumî bir tablosunu arzetmek de tehlikeli olduğu kadar güç-

tür. En iyi bir şekilde müşahede olunmuş vakıalarla karşılaşmağa ve cerhî mümkün olmıyan metinlerin tekzibini kabule maruz kalınmaktadır, çünkü bunlar hususi inançlara taallük etmektedir. Yegâne meşru metod, bu vakıa ve metinleri taharri ederek, tehlikeli tamimleri tecrübe etmeksizin, bunları arzulemektir. Bazıları, dinle- in ve iptidai ceza hukukunun şu ikili tarihi üzerine canlı bir ışık saçmış olan, müteaddit kısmî tetkiklere bu suretle teşebbüs olunmuştur; ve, bu müşahedeler mucibince bunlardan çok kıymetli ma- lûmat istihraç olunabilir.

Ölülere saygı evrensel bir vakıa değilse bile, hiç olmazsa umu- midir: bu, en muhtelif milletler ve ırklarda bulunmaktadır. Ölülerin ruhu yaşıyanların etrafında, bilhassa korku, ilham eden bir hayal gibi dolaşmaktadır, ve onda kendisinden kurtulmak için herşey vardır. Teskin etmek için, evvelâ ona huzur içinde istirahat edebile- ceği bir medfen vermek lâzımdır. Nâşın yanına silâhlarını ve ken- disini süslemeği sevdiği eşyayı koymak lâzımdır. Bilhassa, kabrinde kurbanlar kesmek suretiyle, bütün ihtiyaçlarını ve bütün hazlarını tatmin etmek, onunla yiyecek ve içecekleri paylaşmak lâzımdır. Yaşıyanlar bu mukaddes vazifelerini ifa ederlerse, ölü, onlar için hi- maye eden bir üluhiyet olacaktır; fakat bunları ifa etmezlerse, ölü kötü olacaktır: sürüleri itlâf edecek, mahsulâtı eksiltecek, kadınlara çocuk düşürtecek, harplerde ihanet edecek ve onları her türlü suretlerle muazzep edecektir.

Fakat bütün bu vecibeler, bir adam öldürme kurbanı olan kim- seye karşı, mahsus bir şekilde kat'i olmaktadır. O medfensiz kalır- sa, bu dolaşan ruhu huzura ulaşamayacak bir felâket getirici olur. Bu huzuru bulması için, kanının intikamı alınmak zaruridir; o, ancak, katili veya akrabalarından biri, veya daha iyisi, katili ve akrabaları cedlerine kurban edildiği takdirde tatmin olunabilecektir. Bu, suret- le kan intikamı, esash bir şekilde kefarete teşkil edici bir vasıf almak- tadır. O, mağdurun ailesi için, en korkunç müeyyidelere düşer ol- maksızın hiç kimsenin kurtulamıyacağı dinî ve mukaddes bir veci- be olmaktadır: ölünün kını ve yaşıyanların lâneti.

Şimdi, katil ve mağdur muhtelif kabilelere mensup iseler, bu va- zife, aktif ve pasif olarak, grupun bütün âzalarına terettüp edecek tir. Şüphe yok ki, hususî olarak bir oç alıcı tâyin edilebilir; oç al- mağı temin borcu, akrabaların muhtelif kategorilerine az veya çok kuvvetli olarak tahmil olunabilecektir, fakat klanın âzası olan her- kes, onlara yardıma ve mücadeleye iştirakle mükellef olacaktır. Di-

ğer taraftan adam öldüren de, kendi grupunda emin bir melce, ve kendisini her türlü mukabele bilmiş müvacehesinde himayeye hazır müdafiler bulacaktır. İka ettiği adam öldürme kendi akrabaları nazarında bir suç değildir. Hattâ, belki de, onlar tarafından şan şeref temin eden bir hareket olarak mülâhaza olunacaktır. Bu sunetle kan intikamı iki klan arasında hakikî bir harp açmaktadır. Umumiyetle oç hakkı denilen bu harptir.

İptidai besateti içinde uzlaşma da, aynı suretle, muhitin tahmil ettiği zaruretle, kabili izahtır. Bu uzlaşmanın, mahiyeti ve bunun suçun tazmini ve kefaleti mi yoksa, faili, mağdurun ve akrabalarının öcünden kurtarmak için bir usul mü olduğu hususunda çok münakaşa edilmiştir. Bu her iki kanaatin de müstenit bulunduğu fikirlere hak verilmiştir, çünkü her iki fikir de mütesaviyen bir hakikat hissesi ihtiva etmektedir. Fakat bütün bu izahların müşterek noksanı, sistemin hakiki menşesine hiç çıkmamış olmalarıdır.

Öç hakkı, müstakil ve hâkim iki grup arasında harp hakkı ise, uzlaşma da, muhasamayı bitiren veya önünü alan bir sulh muahedesidir. Filhakika harp ebedî olamaz. Bir gün gelir, daha zayıf olan mağlûp olduğunu beyan eder ve sulh talep eyler. Şüphesiz, galip, hasmını yok edinceye kadar mücadeleye devam edebilir. Fakat kendisinin de dövüşmekten yorulduğu ve muhasamaya son vermek arzusunda bulunduğu olur. Zaten kuvvetler de hissedilebilir şekilde müsavî olabilir. İşte o zaman sulh şartları münakaşa edilir, ve bunlar şüphe yok ki, ahvale göre nâmütenahî tenevvü edecektir. Sulh şartları galip tarafından dikte edilmiş olabilir, ve mağlûp kendisine tahmil edilecek olan bütün bu şartları çekecektir. Ekseriya da taraflardan biri, müzakere edilecek ve bir anlaşmaya varacak tekliflerde bulunacaktır. Bu anlaşmanın da, her türlü muhasamanın açılmasından evvel araya girmesi gayri mümkün değildir. Hırsızlık, evli bir kadının kaldırılması, adam öldürme gibi zararlı bir fiil failinin mensup olduğu kabile, tecavüze uğrayan kabilenin öcünden korkmak, hakkın kendi tarafından olmadığına şuur edinmek suretiyle, mukaddem tarzîyeler vererek harbi bertaraf etmeği arıyacaktır. Niha yet ihtilâfa yabancı aileler, bir uzlaşma elde etmek için, taraflar arasında tavassut edeceklerdir. Bitaraf kabile şefleri, ihtiyarlar, hükümleri mecburi bir vasıf alamıyacağı için, hakem değil de, uzlaştırıcı rolü oynıyacaklardır. Galibin veya tecavüze uğrayanın öcünü takip ten vazgeçmesi için hırs ve tamamının tatmini lâzımgeldiğine pek haklı olarak işaret olunmuştur: Ona zengin hediyeler takdim oluna-

caktır: Atlar, koyunlar, öküzler, silâhlar, altın veya gümüş vazolar, bu iptidai zamanların servetini vücuda getiren her şey. Bununla beraber, adam öldürme halinde de mağdur da kendisine borçlu olunan tatminleri elde etmelidir. Akrabaları, mezarında kurban etmek üzere, failin, hattâ bir mikdar gençlerin, kızların, kölelerin teslimini talep edecektir. Fakat, insandan kurbanların yerini, saçılan kanı müteveffanın ecdadını teskin edecek hayvandan kurbanlar almak suretiyle büyük bir tarakki de vukua gelecektir.

Sulh şartları nihayet tesbit edilince, kabileler anlaşıp, uzlaşma kabul ve tediye olununca, pek çok muhtelif zamanlarda ve muhitlerde tesadüf olunan çok umumî bir âdet, sulhü, âyine müteallik merasimin ihata etmesini istemektedir. Dinî kurbanlarla merasim icra olunur, her taraf, diğerine ezeli bir dostluk besliyeceğini vadeder; büyük merasimlerle icra olunan yeminler teati olunur, nihayet müşterek büyük bir ziyafette birleşilir. Bir müellifin işaret ettiği gibi, içkileri takip eden sarhoşluk içinde, bazı yeni münazaalar ve bazı yeni adam öldürmeler, yeni öçleri tevliid etmezse, ne saadet.

Ve bütün söyliyegeldiğimiz, bu iptidai hukukun neden dolayı istenilerek veya istenilmiyerek ika olunan zarar arasında hiç bir fark gözetmediğini de izah eder. Patriyarkal kabilelerin düşüncesinde, düçar oldukları zararın tazmini lâzımdır, bu, bütün hallerde maddî bir tazmini intac etmesi lâzımgelen sırf maddî bir vakıadır. Katil ister kasden, ister taksir ile ika edilmiş olsun, mağdurun korkutucu ruhu daima aynı öcü, kefarete ve âyine müteallik aynı fedakârlıkları talep edecektir.

Asli besateti içinde arzettiği şekilde bu sistem ceza hukuku ile çok uzak münasebetleri halizdir. Şüphesiz, istenilirse, öcün ve uzlaşmaların cezanın karakterine iştirakleri vardır. Öç, gayri kabili itiraz bir şekilde, ailenin düşmanlarını korkutmaya ve onları kendine karşı yeni tecavüzler ika eylemekten vazgeçirmeğe müteveccihdir. O, adam öldürme halinde, bir kefarete fikrine istinad eylemektedir.

Uzlaşma, bazı hallerde, haksız olarak düçar olunan zararın tazminini temsil edebilmektedir. Fakat, hakikatta, bütün bunlarda yalnızca cebrin hâkim olduğu ve hukuka tefevvük ettiği hukuka tekaddüm eden bir halden başka birşey görmemekteyiz. Son bir tahlil ile iddia edilen şahsî öc hakkı, haksız bir tecavüze karşı kendini müdafaa etmek için kuvvet kullanmak ve tazminat elde etmek sadedinde, patriyarkal aileye müştereken ait olan fiilî bir kudretten başka bişey değildir. Yalnız, bu aynı fiilî kudretin, kuvvetli bir ka-

bileye, haksız bir tecavüze mukabele etmek ve mağlûba, hakkı en zelilâne bir surette ihlâl eden şartlar kabul ettirmeğe de müsaade eylediğini unutmamak muvafık olur.

Bütün bunlar, medeniyetlerin menşesinde bulunan ailelerin istiklâlinin gayri kabili ictinab neticesidir; ve bu o kadar doğrudur ki, üstün bir kudretin mevcut olmamasının iki hâkimiyeti intaç ettiği her halde aynı sistem bütün esaslı hatlariyle yeniden meydana çıkmaktadır.

Devlet, Karolenj monarşisiyle ortaçağ anarşisine gark olunca, feodal toplulukta muayyen içtimai bir nizam yeniden vücut buldu. Zayıflar bir hâmi aradılar, köylüler, kendilerine muayyen bir emniyet vadeden bir senyörün etrafında, tehlike halinde kendilerine bir melce bulabildikleri şatonun eteğinde toplandılar. Bu himayeyi elde etmek için bütün külfetleri kabul ettiler. Fakat bu senyörlerden her biri hâkim oldular, ve, o zamandan itibaren, münazaaları tesviye etmenin yegâne vasıtası olan hususi harplerin yeniden doğduğu görüldü, zira üstün adaletine müracaat olunabilecek Devlet henüz mevcut değildi. Belki de kâfi derecede işaret olunmamıştır, esasında, patriyarkal aile ile feodal topluluk arasında büyük bir benzeyiş mevcuttur, bu içtimai topluluktan biri ve diğeri birbirlerine müşabih sebeplerle izah olunur ve bütün hallerde, her fiyef senyörüne tanınan harp hakkı, iptidai dünyada, klana ait olan oç hakkından esaslı bir şekilde farklı değildir.

Zaten, bugün dahi, medeniyetleriyle en çok mağrur milletlerin, birbirleriyle olan münasebetlerinde tatbik ettikleri bu sistem değil midir? Bu milletler, her birinin adalet talep edebildiği ve kararlarının icrasını kabul ettirecek kuvvete sahip olup hepsine kumanda eden üstün bir kudretin yokluğunda, emniyetlerini temin için, cebre cebre, kuvvete kuvvetle cevap vermekten başka bir vasıtaya malik değildirler. Şüphe yok ki bir tecavüzü defetmek için yapıldığı takdirde harp meşrudur, zira o, haksızlığa karşı mümkün yegâne çaredir. Fakat harbe, hâkim bir Devlet tarafından en insafsız bir gaye için de ve sırf bir istilâ fikriyle de teşebbüs olunabilir. Zaferden sonra, mağlûp galibin kanununa tâbi olacaktır. Hak galebe ederse ne âlâ, kabul ettirilen sulh en gaddar haksızlığı ihdas ederse ne yapılır. Bunca sulh muahedelerinin şartlarını tâyin ettiği tazminat, aslında, iptidai kavimlerin çok eski uzlaşmalarından çok farklı mıdır? Bu da, onun gibi, hak verilmeyen bir tecavüzle zarar iras etmiş kimse tarafından ödendiği zaman meşrudur. Bu devletlerarası münasebetlerde mesuliyet patriyarkal ailede olduğu gibi, müşterek değil midir? Modern Dev-

let, tebalarını himaye etmek hak ve vazifesini haizdir, fakat bu himaye, başka bir devletin tebasına karşı, ancak ona müracaat suretiyle icra olunabilir. Alman gümrükçüleri, huduttan üzerine ateş etmek suretiyle bir Fransızı öldürdükleri, askerlerimizden biri Berlinde katlolunduğu zaman, kuvvei kazalyemizin dışında bulunan faili cezalandırmağı düşünemeyiz. Talep ettiğimiz tazminatı ödeyecek olan Almanıdır. Acaba bu kan bedelinden başka bir şeymidir? Tebalarımızı iade yoliyle teslim etmeğı reddedişimiz hissettiğimiz bu tesanütten dolayı değil midir?

Bu suretle öcün ve uzlaşmaların, ilk menşelerinde, müstakil ve hâkim patriyarkal aileler arasında bir nevi devletler hukuku olduğunu göstermiş oluyoruz. Birçok müverrihler bunda haksız olarak iptidai bir ceza hukuku sistemi görmüşlerdir. Fakat bu müverrihler, bundan başka, bu sosyolojik devrede cinayet ve cünhaları menetmenin başka hiç bir çaresi bilinmediğini zannetmiş görünmektedirler ki, bu ikinci hata birinciden daha az vahim değildir. Bugün hiç kimse bu hususta şüphe edemez. Filhakika, içtimai nizamı temin eden bir otorite tarafından faile verilen bir ceza ile tavsif olunan ceza hukuku, en eski zamanlarda ve öç ve uzlaşmalar sistemine muvazi olarak tatbik edilmiştir. Yalnız bunu, teşkilâtlanmış içtimai bir kudretin mevcut olduğu her yerde, yani aile, kabile, klan veya gens içinde aramak lâzımdır.

Söylediğimiz gibi, tabiatın insana tahmil ettiği müşterek hayat, muayyen bir disiplin olmaksızın, herkesin, ister arzu ederek ister cebirle, kendisine itaat ettiği bir otorite bulunmaksızın tasavvur olunamaz. Bu disiplin vahşi bir sürüde dahi tam olarak gayrimevcut değildir. Fakat o, çok enerjik bir surette patriyarkal ailede kendini gösterir. Filhakika, akrabalar grubu olan bu ailenin, kendilerini birleştiren akrabalık rabitasının açık şuuru ve kendileriyle birlikte müşterileri, misafirleri, köleleri vardır; onun müşterek sürüleri ve malları, hattâ ekseriya, üzerinde yerleştiği toprağı vardır; tehlike ile muhat, düşmanlarının tecavüzüne maruz olan bu aile, emniyetini temin için daimî olarak mücadele etmekle mükelleftir. Bütün bunlar müşterek malları idare eden, harp seferlerinde kabilenin kuvvetlerine kumanda eyliyen, klanın muhtelif âzaları arasında sulhü kabul ettiren, ve aralarında zuhur edebilecek ihtilâfları tanzim eyliyen bir otorite talep eder. Kumanda eden ve itaat ettiren bu otorite olmaksızın, grup anarşi içinde inhilâl edecek ve daha iyi teşkilâtlanmış komşularının şikâri olacaktır.

İmdi, patriyarkal kabilenin şefi, vazifesini ifa için, zarurî olarak

cebir kullanmak zorundadır. Emirleri bir mukavemete maruz kalacak olursa o, bunu kırmakla mükelleftir, grupun umumî disiplini ihlâl edilmiş olursa, onun, bunu yeniden tesisi lâzımdır. Şüphesiz ki şef bunu, müeyyideler tesis etmek kudretine sahipse yapabilir.

Buraya kadar basit bir mantıkî istidlâlin neticesi olan bu faraziye tecrübi olarak, gayrikabil cerh tarihî deliller ve en mütebeyyin müşahedelerle teyid olunmuş bulunmaktadır. Bunlar aile adaletinin, sadece mukaddem mevcudiyetini kabul eden tarihî devirlere kadar kalan eserleri değil, onun tam mânasiyle işlediğini gösteren, iyi anlaşılabilir ve iyi tefsir edilmiş doğrudan doğruya şahadetlerdir. Bu patriyarkal teşkilâtın kâfi bir açıklıkla baki olduğu her yerde bunu idare eden otoritenin ceza vermek hakkını icra ettiği müşahede olunur.

Şüphesiz ki, bu çok eski ceza hukukunda, hukukî bir nizamlaşma mevcut değildir. Müsait olmayan sahih kat'iyetler dermeyeran etmek ve meselâ bir suçlar listesi yazmağa teşebbüs etmek istemek gülünç olacaktır. Bu liste aslâ mevcut olmamıştır; o, hiç bir zaman hiç bir yerde ne vücuda getirilmiş, ne yazılmış ne de neşir ve ilân olunmuştur. Bu liste, muhakkak surette hâkim - reisin keyfi iktidarına, kendisini harekete getiren duygulara, ihtiraslarına ve hiddetlerine tâbi bulunuyordu. Bununla beraber, bu keyfiyet belki de zan nedildiğinden daha az variddir, zira bu şef, grupun bütün âzalarının daimî kontrol ve nezaretine tâbidir ve o an'anelere ve adetlere riayetkâr olmakla mükellef kılınmıştır. Hakikatta suçlar, bu grupun takbihini tevlid eden, örflerini, inançlarını, düşünce tarzlarını, hayatî menfaatlerini rencide eyliyen birliğin sulh ve nizamını tehlikeye sokan antisosyal fiillerdir. İmdi, bu takdir unsurları ilânihaye tenevvü etmektedir.

Bununla beraber, bu iptidai suçlar hakkında bazı umumî işaretler vermek imkânsız görünmemektedir. Şurası muhakkaktır ki, bunlar az adette idiler. Şüphesiz bu basit cemiyetlerde, medeni milletler kanunlarının tesbit ettiği birçok suçlar bilinmiyordu. Bunlarda para hiç bir suretle mevcut olmadığından kalpazanlık, yazı yazılmadığından, evrakta sahtekârlık, mülkiyet herkese müşterek olduğundan, mülkiyet aleyhinde işlenen suçların birçoğu, ne dilencilik, ne serserilik, ne de balık ve sair av suçları bilinmiyordu, ve bu liste uzun müddet böyle devam edecektir. Fakat, suçları doğrudan doğruya aile grupunun emniyetini tehdit ettiğinden, düşman bir kabile lehine casusluk eden bir hain, harplerden kaçan bir firari tecziye olunmakta idi. Dinî duyguları ihlâl eden ve bütün grup üstüne ölümlerin kinini ve ilâhların gazabını çekebilen dinsizlikler ve mukaddes şeylere hür-

metsizlikler de menolunmakta idi. Örflere karşı işlenen bazı suçlar ve, herşeyden önce, oğulu babasına bağliyan kanuni karineyi —ki bu karine ailevi bağın ve ecdat dilinin hakiki ve sağlam esasıdır— yıkan zina cezalandırılıyordu. Müşterek mülk için tahmil edilmiş vazifelerin icrasında tenbellik de suç olarak telâkki olunuyordu. Bir sürünün güdülmesi kendisine emanet edilen ve bu itibarla bazı hayvanları kaybeden veya onları vahşi hayvanlara karşı müdafaa etmiyen çoban cezasız bırakılmıyordu.

Fakat beytî adaleti ihlâl eden suçların başına, ailenin bir uzvu tarafından diğer uzvuna karşı işlenen adam öldürmeyi koymak lâzımdır. Malûmdur ki en eski kanunlar bunu vazetmemekte idiler. Bundan, adam öldürmenin cezalandırılmadığını mı istihraç etmek lâzımdır? Eski Yunan kanun vazı usulü öldürmeği cezalandırmağı, bu suçun nazara alınmak için çok korkunç olduğundan dolayı mı reddetmiştir? Bu fikirlerdeki abeslik zâhirdir. Bunun izahı çok basittir. Bu eski metinler uzlaşmaların bir tarifesini tesbit etmektedirler. İmdi, aynı sosyal grupun taraflarını teşkil edenler arasında, uzlaşma mevzuubahs değildir, çünkü, mallar, umumiyetle müşterektir. Bilhassa bu kanunlar ailelerin hâkimiyetine henüz riayetkârdırlar, ve bir akrabanın diğer bir akraba tarafından fenalığın tecziyesini beytî adalete terketmektedirler. Faili cezalandırmak yalnızca ona aittir. Diğer gruplar için kendilerine hiç bir zarar iras etmemiş, haklarını hiç bir suretle haleldar eylememiş ve kendilerine mutlak bir surette yabancı kalan bir suçun tecziyesine müdahale hususunda mühim bir sebep yoktur. Zaten, kan suçları olan bu hususî fiiller için aile içinde işlenmiş olsalar bile, evvelce işaret ettiğimiz dinî inançları nazarı itibara almak lâzımdır. Suçun bir akraba, bir oğul, veya karısı tarafından işlenmesi dolayısıyla, mağdurun kanı daha az öç talep etmesini icap etmez. Eğer grupun heyeti umumiyesi bunu temin etmezse, o zaman, bizzat ailenin sinesinde kendisine dinî vazifelerin en mukaddesi terettüp eden adaleti icra etmek hakkını haiz muayyen bir kimse zuhur edecek ve faili, suçunun kefareti olarak, merhamet etmezsiniz, şefkat göstermeksizin tecziye edecektir.

Bu ilk insanların ruhunu muazzep eden ve Yunan trajedisinde in'ikâs eden ıztırap verici vazife ihtilâflarını teşkil etmiştir.

Patriyarkal aile tarafından tatbik edilen cezalar sistemi, kat'iyete suçlar listesi kadar daha müsait değildir. Sadece bunların hakikî cezalar olduğunu anlamak ehemmiyetlidir: Bunlar cezaların bütün vasıflarını haizdirler; bu cezalar içtimaî bir otorite tarafından verilirler; gayeleri failin cemiyetten çıkarılması ve ıslahıdır; bu cezalar ke-



faret verici ve ibret teşkil edicidirler. Nihayet bunlar, teşkilâtlanmış içtimai bir grupun sinesinde nizam ve disiplini temine müteveccih-tirler. Fakat bu cezalar nelerdir? Şurası muhakkaktır ki, burada, hürriyeti bağlayıcı cezalar, bunun gibi, hususî mülkiyet henüz az inkişaf etmiş olduğundan para cezaları büyük bir mevki işgal etmi-yordu. Metinlerde çok nadir görülmekle beraber, en çok kullanılan-lar cismani cezalar olmak lâzımgeliyordu. Birkaç kamçı veya dayak darbesi, çok az vahim ve en umumî kusurları düzeltiyordu. Şüphe yok ki, âmmenin takbihi, zelil telâkki olunmak da bu ceza sisteminde mühim bir rol oynuyordu. Nihayet en vahim hallerde, fail ölüm veya sürgün cezasına mahkûm ediliyordu.

Bütün şu söylediklerimizden, müstakil ve hâkim ailenin, âzaların-dan her biri üzerinde hayat ve memat hakkını haiz olduğu kolayca anlaşılacaktır, ve o bu hakkı, büyük bir suç işliyenî öldürmek sure-tiyle kullanıyordu. Bu suretle tecziye edilen ve, cesedi hudutların ötesine atılan kimsenin öç alıcısı yoktu. Fakat sürgünün ölüm cezası yerine ikamesi çok sık bir vakıa olarak görünmektedir: Bu, belki de bir akrabanın kanını akıtmaktan istikrah olunduğundandı. Fakat sür-gün de ölüm cezasından daha az korkunç değildi. Evvelâ bu ceza, bir-liği kötü unsurlarından temizlemek suretiyle, tasfiye edici bir ceza olarak iş görüyodu, fakat bu, mahkûm için korkunç bir ceza idi. Fil-hakika sürgün nereye iltica edebilirdi? Kırlara mı? Orada kendisini açlıktan ölüme mahkûm edecektir; komşu bir kabileye mi? Orada öldürülmek tehlikesine, ve, kabul edildiği takdirde köle olmağa ko-şacaktır. Fakat daha ziyade, ve işte en kötüsü, bu sürgünün bir afa-roz olması idi. Sürgün artık ailenin dinine iştirak edemiyor, beytî ilâhlara malik olamıyordu. Öldüğü takdirde dolaşan ruhu aslâ huzu-ra kavuşamıyordu.

Zaten, şunu itiraf etmek lâzımdır ki, bu eski ailevi hukukta kat'i-yetsizlikler mevcuttur. Patriyarkaî ailenin teşkilâtı bile karanlıkla muhat kalmaktadır. Bu suretle, hususiyle bu iptidaî sosyal halde, umumî grupun, kabilenin, klanın, kelimenin dar mânasiyle, babayı, karılarını ve çocuklarını —ki onun tamamlayıcı kısmını teşkil eder-ler— ihtiva eden ailelerin her biriyle münasebetlerinin ne olduğunu bilmiyoruz. Roma Hukuku mütehassısları bize gens ile agna-tik ailenin mütekabil haklarının ne olduğunu hiç söylememiş-lerdir. En bilgin müverrihler ve sosyoloğların çalışmaları bu nokta üzerinde büyük bir iltibası devam ettirmektedir. Kabilde tek cezaî adalet mi vardır, yoksa, biri klanın şefi diğeri peder tarafından ak-rabaları üzerinde icra edilen müteaddit cezaî adalet mi vardır? Bu

nokta aslâ tavzih olunmamıştır. Zaten bu teşkilâtın değıştiği tahmin olunabilir: O, kavimlere göre değışik olmak zorunda kalmış, zaman içinde tekâmül etmiştir, ve, bu tenevvü, metinlerin yokluğu nisbetinde, her türlü beyanı muhataralı kılmaktadır.

Bununla beraber, zannediyoruz ki, meydana koyageldiğimiz umumî prensipler nihaî olarak kabul edilmiş mülâhaza olunabilir. En geri zamanlardanberi ailevî gruplar içinde işliyen sosyal bir ceza hukukunun mevcudiyeti, bize, gayrikabil inkâr görünmektedir. Hakikî iptidâî ceza hukuku buradadır ve başka yerde değildir. Birçokları bunu, teşriî metinler içinde bulmadıklarından, ehemmiyetini anlayamamışlardır. Fakat bunda niçin hayrete düşülmeli? Patriyarkal aile içinde kullanılan âdetler kaleme alınacak nevide değildiler. Bu hukuk, babanın veya ananın tedip kudreti şekli altında, bugüne kadar yaşıyan izler bırakmıştır. Şurası muhakkak ki, hiç kimse bu beyti ceza hukukunu yazmağı aslâ düşünmemiştir.

## İkinci Fasıl

### DEVLETİN CEZA VERMEK HAKKININ MENŞELERİ

Geçen fasılda hakikaten iptidâî olan devirde, ceza vermek hakkının o zamanlar teşkilâatlanmış yegâne kudret yâni patriyarkal aileyi idare eden şefler tarafından nasıl istimal olunduğunu gösterdik. Bu aileler arasındaki münasebetler ancak cebir ve şiddet ile tanzim olunmakta idi. Fakat, daha yüksek bir medeniyet derecesine vasıl olan milletlerde Devletin vücade getirilişı, bu eski müesseselerin harabiyetini intac edecek ve tamamıyla farklı bir ceza hukukunun teşkilini mucip olacaktır. Şüphesiz, dedik, cebre müracaat ve harp hakkı devletlerin aralarındaki münasebetlerde mevcudiyetini muhafaza etmektedir; fakat, dahilî egemenliği hudutları içinde, Devlet ailede mevcut kudretin yerini almakta ve çok daha geniş bir esas üzerine daha âdilâne surette âmme nizamını ihlâl eden bütün fiilleri cezalandırmak vazifesini deruhte ederek, içtimaî disiplini temin eylemektedir. İşte, şimdi dikkatimizi çekmesi lâzımgelen, bu yeni sistemin menşeleridir.

Devletin menşei, belki hâlâ bitirilmemiş olan, uzun münakaşaları mucip olmuştur. XVIII inci asırda, müsteşrek fikir bu menşei bir içtimaî mukavelede aramakta idi: Jean-Jacques, Devlet ve sosyete arasında bazı karıştırmalar da yapmak suretiyle, bu menşei,

müstakil ve hür yaşamaktan bıkmış olan fertler arasında serbest olarak müzakere ve kabul olunmuş bir mukavelede buluyordu. Bugün, sözü geçen hatayı reddeylemek lüzumsuz gözükmektedir. Sosyete —tekrar etmeğe ihtiyaç vardır— hattâ insan kadar eskidir, çünkü ona kendi tabiatı icabı ibram olunmuştur. Bilâkis Devlet tâli bir yaratıktır, ona daha iptidai sosyal organizasyonlar, daha az tekemmül eylemiş grupmanlar tekaddüm eylemiştir. Artık hiç kimse Devletin, bugün, kendisine tanınan bütün sıfatlarla şeriklerin meş'ur iradeleri ve hâkimiyetine tâbi ferdin sarih rızasıyla doğmuş bulunduğunu iddia edemeyecektir.

Diğer bir nazariye de, XIX uncu asrın nısfında, muayyen bir talie mazhar oldu. Darwin, tabii istifa ve hayat için mücadele doktrinini henüz ortaya koymuştu. Bu nazariyenin, aynı zamanda, Devletin teşekkülü probleminin de hal tarzını getirdiği zannedildi. Devlet buna nazaran fetihle müesses bulunmakta idi. En kuvvetli en iyi teşkilâtlanmış, en ahlâki bulunan sosyal grup, hayatın zaruretlerine daha az intibak eylemiş olan grupları yıkmış ve onları otoritesine tâbi kılmıştır. Böylece, hâkimiyet, yalnız başına kumanda etmek hakkına malik bulunan galiplere geçmiş olacak ve halen üstün bir birlik içinde imtisas edilmiş bulunan bu galipler, hâkimiyeti, eski grupmanlara kat'i sulhü tahmil eylemek ve sonra suçluları cezalandırarak, âmme nizamını temin etmek için, kullanacaklardır. Burada bir hakikat payının mevcut bulunduğunu inkâr eylemek imkânsızdır. Tarih kuvvetle elde olunan ilhakların hikâyeleri ile doludur ve en kudretli imparatorluklar fetih ile tesis edilmişlerdir. Bizim kolonilere yaptığımız seferlerde ilk ihtimam gösterdiğimiz nokta, yerlilere yağma ve akınları menetmek ve onlara Fransız sulhünü tahmil eylemek değil midir? Ve otoritemiz teessüs edince Ceza kanunumuzu neşretmekte acele etmiyor muyuz?

Fakat hâdiselerin müşahedesi isbat etmektedir ki, cebir Devletin teşekkülünün yegâne şekli değildir. Devlet, evvelce mevcut bulunan grupların serbest rızalarıyla de teşkilâtlandırılabilir. Hattâ, belki, devletlerin büyümesi ekseriya fetih neticesi olmuş ise de, bilâkis, bunların başlangıcının daha ziyade, mukavelelerde araştırılması icap edeceğini beyan etmek cüretli bir hareket olmayacaktır. Yalnız bu kadar aktif sosyal mukavele XVIII inci asır püblisistlerinin tasavvur eylediklerinden çok farklıdır. Bu mukavele, tabii halde yaşayan ve tamamiyle hür bulunan fertler arasında değil fakat evvelce teessüs eylemiş bulunan ailevî klanlar arasında mevcut bulunmaktadır. Bu mukavele hususî ve mahdud bir maksat bakımından ve son derecede

dar hükümlerle doğmaktadır. O zamana kadar müstakil ve ekseriya düşman olan müteaddit kabileler, her sene kendilerini yağma ve üzerlerine akın eden komşularının tecavüzlerine mukavemet etmek için birleşmek hâkim ihtiyacını hissediyorlar; yahut, bilâkis, harbin kendileri için başlıca sanat olduğu klanlardır ki, seferlerinin muvafakiyetini daha iyi temin bakımından bütün kuvvetlerini idare için bir şefi tâyin ve kumanda birliğini tesis ediyorlar. Bu nevi anlaşmalar, müşterek bir kökten doğan, hudutları bitişik topraklara serpiştirilmiş bulunan, aynı dili konuşan ve müşabih âdet ve inançlara malik bulunan patriyarkal aileler arasında, kolaydı. Böylece, Yunan siteleri yevoç'lar federasyonu olarak meydana çıkmaktadırlar; Roma da, Lâtin gentes'lerinin taklidi olarak, sun'î surette yaratılmış bir gentes'ier federasyonu olarak gözükmektedir. Tacite'in isimlerini bilmediği Franklar, fetih için teşkilâtlandırılmış ve Clovis ile Charlemagne'in kudretinin evci bâlâsına çıkarıldıkları, Cermen kabilelerinin bir federasyonundan başka birşey değildir. Zaten en mamur olanları arasında menşeleri federatif bir mukavele olan ve hâlâ federatif Devlet halinde bulunan ne kadar modern devletler mevcut bulunmaktadır. İşin esasında, bu, patriyarkal aile tarihinin uzaklığında müşahede eylediğimiz hâdiseden başka birşey değildir.

Eskiden müstakil sosyal gruplar üzerinde, üstün bir eğemenliğe sahip bulunan siyasi hükümet teessüs edince —bununla devletin hükümetini anlıyorum— bunun, mezkûr gruplar arasında, zarurî olarak, sulhün hâkimiyetini temine gayret eylemesi iktiza ediyordu. Eğer bu hükümet cebir ve fetih ile teessüs eylemiş ise, ne mağlûp olanların bizzat kendisine isyan eylemelerine ve ne de mağlûpların kendi aralarında muharebe etmelerine müsamaha edecektir. Ve eğer federatif bir esasa müstenit bir mukavele ile teşkil edilmiş ise, onun en açık olan vazifesi, otoritesi altında bulunan ailelerin dahili harplerle birbirlerini tahrip eylemelerini menetmek olacaktır. Bunların haricî emniyetini muhafaza vazifesiyle mükellef bulunduğundan ve müşterek kuvvetlere kumanda ettiğiinden, onların hususî harplerle zayıflamalarına tahammül edemeyecektir. Esasen, bazan, merkezî bir kudret tesisi gayesinin, ailevî klanlar arasındaki münasebetleri ıslah eylemek, tekemmül ettirmek ve onların kavgalarını teskin ederek ve muslihane anlaşmaları kolaylaştırarak öçlerin önünü almak, olduğunu isbat eden tarihî misaller verilebilir. Böyle müşabih hallerde Devlet artık askerî bir şekil değil fakat adli bir şekil alır; kudret artık bir askere değil, fakat sulhçü ihtiyarlara ve, ilkönce sırf bir hakem müessesesi mahiyetini arzeden ve kararlarının maddî müey-

yidelerden mahrum bulunduğu ve taraflara ancak aklın kuvveti ve kendilerine mahsus menfaat dolayısıyla tesir eden bir mahkemeye emanet olunmuştur.

Bu mütevazı başlangıçlardan, her medeniyetin tarihinde müşahade olunan sabit bir tekâmül ile, bugün idrak eylediğimiz ve kendisine bir milletin harici ve dahili emniyeti temin vazifesi emanet edilmiş olan, sosyal disiplini muhafaza etmek, ferdi hürriyetleri himaye etmek asli vazifesiyle mükellef bulunan ve bunu nizam ve umumî sulhü ihlâl eden bütün fiillerin tenkilini teşkilâtlandırmak suretiyle temin eden Devlet çıkmıştır. Fakat hareket noktasından gayeye doğru yol, uzun ve manialarla dolu idi.

Filhakika merkeziyete teveccüh eden siyasi hükümet ile istiklâlini kıskanç bir surette müdafaa eden patriyarkal aile arasındaki bu mücadele en çetin meseleleri ortaya koymakta ve en şiddetli ihtirasları tahrik edecek mahiyette bulunmakta idi. Fakat Devlet sulh, adalet ve hürriyet fikirlerini temsil ediyordu ve neticede onun ve medeniyetin muvaffakiyetini temin edenler de, bu manevî kuvvetler oldular. İçinde intikamın intikamı doğurduğu klanlar ve kabileler arasında patlıyan harpler önüne geçilemez bir fatalite olarak çekilebilirler ve, zahmetli ve ağır bir vazife olarak kabul edilebilirlerdi. Fakat bu harplerden en kötü belâlar olarak nefret ediliyor ve menfur bir felâket olarak korkuluyordu. Devlet ne denilirse denilsin beşeriyetin en yüksek bir kıymet olarak daima arzu beslediği sulhü getiriyordu. *Bella matribus detestata* milletlerin en cengâveri olan Roma dahi, Janus mabedinin kapılarının kapanışını alkışları ile selâmlıyordu. Şüphesiz, hiç bir şeyi mübalaga etmemelidir, harici harpler yine bir tehlike olarak kalıyorlardı, fakat aileleri aralarında çarpıştıran mücadelelere son vermek büyük bir tekâmül idi.

Diğer taraftan, düşman kabileler arasındaki sonsuz mücadeleler herşeyi kaba kuvvetin kararına ve muharebelerin taliine terk ediyordu. Çok açık idi ki hak bunun yerini alabilirdi. Kendisinin mensubu olan şahsın intikamı için silâhları ele alan zarara uğramış aile daima ağır bir mağlûbiyete katlanmak tehdidi ile karşı karşıya bulunuyor, bazan, hattâ tamamiyle ortadan kalkmak vaziyetinde oluyordu. Devlet ise adaletten bahsediyor ve zaife bazı teminat veriyordu. Hattâ ailenin içinde bile disiplin şedid ve cebredici idi. İnsan bunu, bundan başka sosyal bir hayat kendisi için imkânsız olduğu zamanlar zaruret dolayısıyla ona katlanmağa mecbur olduğu için, kabul etmişti. Fakat siyasi devletin müdahalesiyle şahsın ve temin olunan mallarının emniyetini hissedebildiği gün bu cebre, sabretmeksizin, artık tahammül

eylemedi. Bu beriki devlet, ona daha az şedit daha iğilebilir, ferdiyetçi sevki tabiiilerini, haklarını ve şahsiyetini hesaba katan bir kaide tahmil eyliyordu. Bundan başka bütün bu değişmeler iktisadî muhitteki şartların değişmesine de bağlanıyordu. Küçük sanayiîin ithali, ve bunun neticesi olan, muayyen bir iş bölümü menkul ve gayri-menkul mülkiyetin tevessuunu mümkün kılıyordu. Devlet eski patriyarka] aile teşkilâtının mukavemet gösterdiği bu hareketi kolaylaştırıyordu. Nihayet, ve bütün bu söylenenlerden fazla olarak devletin temin eylediği adalet, aile adaletinden daha az keyfî olarak gözüküyordu. Şüphesiz! Başlangıçlarında ve hattâ uzun asırlar zarfında, bu adalet rasyonel, kanunî ve sabit prensiplere tâbi olmaktan uzak kalacaktır. Fakat o, menşeinden itibaren, hukukî bir renge malik olmuştur ve bu onun hakikî bir tekâmül olarak gözükmesi için kâfi bulunmuştur.

Böylece, aile grupunun muhafazakâr kuvvetlerine ve aristokratik teşkilâtına karşı mücadelesinde Devlet, fertlerde, ezilenlerde, plepde en sıkı dayanak ve en sağlam esasına tesadüf eyledi. Hiç bir siyasî yahut sosyal büyük ihtilâl büyük adette olanların rıza ve iradesi olmaksızın tahakkuk edemez. Devletin zaferi ancak, onda, aileler arasındaki harpleri sulhen hal edeni ve aile adaletinin istibdadına karşı bir himaye ediciyi, arayanların iştiraki ile olur ki mümkün olabilmiştir.

Bununla beraber güçlükler büyük idi ve herşey siyasî hükümetin hâkimiyetinin tesisine karşı muhalefet eder olarak gözüküyordu. Devletin yalnız kendisinin kumanda etmek hakkına malik olacağı klanların, eriterek bir homojen bir bütün halinde dökmek için, istiklâlîni tahrip eylemesi lâzımgeliyordu. Onun, aileye karşı ve aile dışında ika edilen suçları cezalandırmak yükünü deruhte eylemesi ailelerin içinde hususî harpleri meneylemesi ve yine aile içindeki kazâf salâhiyeti ilga eylemesi icabediyordu. Şüphesiz aile grubu böylece hâkimiyetinden mukavemetsiz olarak feragat etmiyecek, ve, bugüne kadar, yalnızca haricî emniyetini temin eden, yapılan tecavüzlerden kendine mahsus kuvvetleri ile intikam almak, hakkından vazgeçmiyecek nihayet kendi dahilî emniyetini ihlâl eden kabahatleri cezalandırmak hakkını istimal etmemeğe razı olmayacaktı. Böyle bir tekâmül bütün muhafazakâr kuvvetlere çatacaktı. Zira en eski âdetleri ihlâl eylemek, riayet olunan an'aneleri kırmak ve ailelerin asırlarca istinad ederek yaşadıkları inançları devirmekten başka birşey mevzuu-bahs olmuyordu.

Eser büyük idi: Onu tamamlamak için uzun bir zaman ve büyük

adette işçilerin gayretleri lâzımgeliyordu. Askeri şefler, krallar ve onların bakanları bu hususta faaliyetlerini icra ve temsil eyledikleri Devletin hizmetine, tasarruf eyledikleri kuvveti koydular. Bu kuvvet olmasaydı bazı mukavemetleri kırmak ve sosyal müeyyideleri temin etmek imkânsız olacaktı. Fakat, bu çok uzak zamanlardan itibaren hikmet ve nasihatları ve manevi otoriteleri ile, yavaş yavaş, aileler arasındaki ihtilâfların teskini ve yalnız siyasi hükûmetin iyi nizamını değil fakat, aynı zamanda fertlerin şahsî mal ve emniyetini tehlikeye koyan, suçların tenkili için, kâideler ibram edebilen kimselere tesadüf olundu. Belki, medeniyet ve tekâmülün bu sulhculara, papazlara, kanunşinaslara, hakemler, hâkimler, diplomatlar ve kanun vazılarına, medyun bulunduğu şeylerin farkına kâfi derecede varılmamıştır. Onlar sırası geldikçe, ikna ve kuvveti istimal eylediler; hal ve şartlara kendilerini uydurabildiler. Ancak tedbirli bir surette ve birbirini takip eden derecelerle hareket eylediler ve kesilen işlerini tekrar ele almak için müsait zamanı beklediler. Onların usulü, evvelâ ve herşeyden önce jürisprudansı tesbit etmek ve sulhü temin edici işlerinin icrasına yarayan şeylerde emsale dönmek ve böylece yeni an'aneler yaratmak oldu. Bundan başka onların faaliyeti sadece adli olmadı; fakat aynı zamanda yaratıcı oldu ve ihtiyaç hasıl olunca ve imkân da gördükleri zaman, cesaretli yeniliklerle harekete geçebilmeyi bildiler. Böylece, onlar sulh ve içtimaî disiplinin hizmetine derin bir siyasi mahareti ve bıkmaz bir sebatı koyabildiler. Uzun zamanlar, bu suretle teşekkül etmiş bulunan ve ekseriya dinî bir karakter arzeden hukuk ilmi, şifahî an'ane yoluyla naklolundu. Hattâ o gizli kalıyordu. Nihayet bir gün geldi, ve bu ilim daha sabit ve yazılı bir metinde daha az esrarlı bir şekil aldı ve bu kadar insan nesillerinin bu büyük eseri merasimle ilân olunan bir kanun içinde hulâsa olundu. Ekseriya bu eser anonim olmuştur; sadece bazan, efsanenin dağınık ışıklarıyla aydınlanan ve —Musa, Dracon, Solon, Lycurgue yahut Numa Pompilius gibi— milletlerin hâtırasında dindarane bir hürmetle muhafaza edilen bir isim bunlara bağlanmıştır.

Bu intikal kanunları bize büyük adetlerde olmak üzere vasil olmuşlardır bu husustaki me hazlar hassaten zengindir. Fakat devletin hâkimiyeti için yapılan mücadele, vasıtaları itibariyle sonsuz olarak değişik olmuştur ve bu kanunların iyi anlaşılmağa ihtiyaçları vardır. Böylece, evvelce de söylediğimiz veçhile, bunların kronolojik olarak değil fakat sosyolojik bakımdan tarihlerini ele almak ve tefsir eylemek lâzımdır. Bu kanunların karakterleri çok farklıdır; meselâ, Devletin ilk defa teşkilâtlandığı ve mütekaddim modellerin tesirine ma-

ruz kaldığı zamanlara göre karakterleri başka başkadır. Siyasî hükümet Yahudilerde, Mısırlılarda, ve eski Yunanda aynı şekilde teessüs etmemiştir. Tekrar etmelidir ki Romanın tarihte çıktığı zamanlarda, öyle geliyor ki, Lâtinlerin ve onları ihata eden milletlerin, Devlet mefhumu açık bir şekilde elde olunmuş ve bunlar da site tarafından cezalandırılan muayyen cürümler mevcut bulunmuş idi. Barbarlar imparatorluğu istilâ ettiklerinde milletler şeklinde teessüs eylemişlerdi. onların şefleri, kralları, siyasî bir teşkilâtı vardı ve iptidai tribü tam bir parçalanma yolunda idi. Bundan başka, bunlar, Devletin tamamiyle tekâmül eylemiş bulunduğu hâkimiyetin bütün salâhiyetlerine malik olduğu ve içinde bilhassa çok mütekâmil bir ceza hukukunun cari bulunduğu memleketlerde yerleşiyorlardı. Binaenaleyh loi salique'de Roma tesiri az görünür bir mahiyet arz ediyor ise de, bilâkis lex antiqua Wisigotorum ve Gombette'de bu tesir çok daha berak olarak kendini göstermektedir. Bu noktai nazardan, zözü geçen iki mesele, hukuk tarihçilerinin, belki de kâfi derecede farkına varmadıkları, çok dikkate değer bir vaziyet arz etmektedirler. Bunlarda, eski Cermen âdetlerinin nihayete erdiği, kollektif mülkiyetin yerini ceza vermek hakkını elde eylemeğe çalıştıkları kat'î an hakkında en kıymetli alâkayı çekici bilgiler mevcut bulunmaktadır. Diğer cihetten Charlemagne'nin emri ile, zaptedilmiş olan memleketler için kaleme alınan kanunlar, çok sonradan neşredilmiş bulunmak ve imparatorun kudretlerinin kendilerini tahmil eylediği bir devreye taallük eylemek ve fakat Roma medeniyetine yabancı kalmış milletler için yapılmış bulunmakla beraber, iptidai âdetlere çok yakındırlar. Nihayet Mérovingiens ve Carlovingiens'lerin kapitülerleri sosyal cezaları çoğaltmaktadırlar; fakat, teşriî yol ile yenilikler ibram eden bu teşriî emirnamelerin otoritesi, çok daha zayıf olarak gözükmektedir. Kendileri tarafından vücuda getirilmediği için halk vicdanına daha az tekabül eden bu metinlere fena itaat olunmuştur. Esasen sonuncu Carlovingiens'lerin devrinde, bütün Avrupada, merkezi devlet yıkılmakta ve feodalite yeni bir tenkili sistem tesis etmektedir.

Bütün bu söylediklerimizden anlaşılacaktır ki, iptidai hukukun inkırazı, zaman ve mekânlara iktisadî ve sosyal şartlara, milletlerin kültür ve medeniyete olan istidatları derecesine göre nâmütenahi değişen hal ve şartların neticesi olmuştur. Binaenaleyh bunlar ancak hususî ve kısmî olarak tavsif olunabilirler ve her nevi tâmir tecrübesi çok cesaretli ve ilmin saf metotlarına aykırı olur. Binaenaleyh biz, en çok tanınmış ve karakteristik olan ve ceza hukuku tekâmülünün



bu kat'i safhasını en iyi olarak kavramağa imkân verecek olan hâdiselerden birkaçına işaretle iktifa edeceğiz.

Sulhcüler tarafından, aileler arasındaki harpleri teskin için kullanılan vasıtalarından biri, onlara kısas kanununu tahmil eylemek olmuştur. Bu kanun, uzun zaman, mukabele bilmisillerin en vahşi ve barbarı olarak telâkki edilmiştir; bugün daha iyi anlaşılınca, o, çok büyük bir tekâmül olarak gözükmektedir. Hiddetin ilham eylediği intikam ölçü tanımaz. Binaenaleyh taarruza uğrayan kabile, tecavüz ne olursa olsun, düşmanına mümkün olan her fenalığı yapabiliirdi. Muharipler arasında tavassut eylemeğe muktedir üstün hiç bir kudret olmadığına göre, kim bunu, ona menedebilecekti? Binaenaleyh, ilk önce, onlara, tamirin, hissolunan zarar hudutları içinde meşru olduğunu ve ancak bu hudutlar içinde meşru olduğu fikrini kabul ettirmek lâzımgeliyordu: Göze göz, dişe diş, uzuva uzuv. Hamurabi kanunu, oğlu öldürülen kimseye katilin oğlunun öldürülmesini talep etmek hakkını vermiyor muydu? Bu, bu karanlık ve iptidai vicdanlara ibram olunabilecek yegâne adalet idi. Bu vicdanlar başka hiç birini kabul edemezlerdi. Fenalığın mutlak bir şekilde müşabih bir fenalıkla öde-tilenmeyeceği zarara uğrayanın darbelerini ölçemeyeceği, suçlunun basit bir yaranın mukabili olarak yapılan bir ceriha neticesinde ölebileceği, boşuna olarak ve fiilen itiraz suretinde dermeyan olundu. İptidai bir şahsın mantığı bu neticeleri ihata edemez.

Esasen, kısas kaidesinin, bu kadar değişik iptidai âdetlere nasıl dâhil olduğunu bilmiyoruz. Çok büyük hataya düşmeksizin tahmin olunabilir ki, bize kadar gelmiş olan metinlerde formüle edilmiş olarak onu bulduğumuz zamandan önce, tatbik edilmiştir. Hakemler, dinî ve sivil reisler ilkönce, taarruza uğrayan aileleri bu tazmini kâfi olarak kabule sevk için tavassut etmişlerdir; ve diğer taraftan, tecavüze uğrayanın ailesi, fazla mukavemet etmeksizin suçluya yaptığına müşabih bir fenalığın tatbikini kabul etmiştir; bu suretle onlar, ağır bir tesanüitten kurtulmakta ve kanlı bir mücadele ve gayri kat'i bir şanstan sakınmakta idiler. Bununla beraber, Allah namına Yahudilere hitap eden Musanın kanunu, XII levha kanunu, içinde kısas kaidesi mevcut bulunan bütün kanunlar, —ve bu kanunlar Devletin ötedenberi mevcut bulunduğu bir zamana kadar çıkarlar— bu tatbikatı mecburî bir hale koyarken dikkate değer bir tekâmül getirmiş oluyorlardı. Taarruza uğrayan taraf, kendi cihetinden suçlunun da tâbi olmağa mecbur olduğu bu tatmin dışında artık hiç bir şey talep edemez. Düşünülecek olursa, kan dâvalarının önünü almak için icra edilmesi icabeden en mes'ut tesir de bu idi. Esasen, aynı za-

manda, eski âdetlerin sertlik ve barbarlığı da, bizzat kendi hayatı satın alınıyor gibi, mağdurun gözünün, dışının yahut kolunun tazminatını ödeyerek, kisasın hazin fenalığından kurtulmağa imkân veren uzlaşmalar sistemi ile, insanileşiyordu.

Filhakika, uzlaşmalara müdahale etmek suretiyledir ki Devlet bilhassa, aileler arasındaki hususi harpleri önlemeğe ve onlara sosyal nizamın teessüsü için zarurî olan sulhü tahmil etmeğe muvaffak olmuştur. Kısasa, çok farklı esaslara müstenit iptidai mevzuatta tesadüf olunur, fakat bazı mevzuat bunu tanımamaktadır: Meselâ, Cermenler, onu tatbik eylemiş olarak gözükmüyorlar. Bilâkis, zararını ödemek suretiyle mağdurun intikamından sakınabilmek âdeti umumî bir hâdisedir. Mütalâa eylediğimiz devrede onun, hemen hemen âlemşümül olduğu beyan olunabilir.

Dedik ki, hattâ, ailelerin hâkim bulunduğu zamanda, kavgalar, muharebenin talihine göre değişen, şartları galip tarafından mağlûba tahmil edilen bir sulh ile nihayete erebilirdi. Mücadelede, alâkasız bulunan ailelerden üçüncü şahıslar, bitaraflar sadece hakem olarak, bu anlaşmaları kolaylaştırmak için tavassut ediyorlardı. Doğan devletin uzuvları bu vazifeyi yerine getirmek için tamamen ehil oldular.

Sulhcülerin tesadüf eyledikleri başlıca mani, muhakkak ki zarara uğrayan ailenin, mütecavizin mensup bulunduğu ailece kabul edilmek istenilmiyen yahut kabul edilemeyecek olan mübalâgalı iddiaları idi. Her işte tazminat miktarının münakaşası icabediyordu. Bu münasebetleri, daha kolaylaştırmak için, hakemler âdet ve an'anelerin kuvvetine müracaat ediyorlardı. İhtiyarlar, müşabih bir hale benzer bir zarar için, uzlaşmanın eskiden muayyen adette baş hayvan yahut muayyen bir miktar para miktarı olarak tesbit edilmiş bulunduğunu hatırlıyorlardı. Bu emsal, ekseriya, zarara uğrayanı bizzat ihkâkı haktan vazgeçmek ve sulhü akdeylemeğe sevk için kâfi geliyordu. Bu suretle iki tarafın izzeti nefsi de kurtarılmış oluyordu. Mağdurun ailesini intikam almağa sevkeden şeref hissi, sağlam, dokunulmamış olarak kalıyordu. Âdet tarafından tesis edilmiş olan bir uzlaşma, utanılmaksızın ve şerefsizlik te teşkil etmeksizin kabul olunabilirdi. Devlet kâfi derecede kuvvetlenince ve bilgiler tekâmülü de bu hususa imkân verince, bu âdetler, söylediğimiz veçhile, yazılı hale sokuldular. Bu ilk kanunlar, bilindiği veçhile, hemen hemen sırf bir uzlaşma tarifesi şeklinde idiler.

Bununla beraber, sözü geçen kanunların, sadece eski bir jürisprü-

dansı tesbit ile mahdud kaldıklarını zannetmemek lâzımdır. Bu eski metinler mütalâa olununca, bunların, muslihane anlaşmaları kolaylaştırmak evvelce tesbit edilmiş gayesiyle mevzu, hakikî teşriî yenilikler ihtiva eylediklerine kolayca kani olunur. Burada, bu iptidai kanunlarda bol olan meşhut suç için daha yüksek, meşhut olmıyan suçlar için ise daha az, farklı bir uzlaşma tesis eylediklerine dair olan hükümleri misal vermek istemiyorum. Suç bu hallerden birinde diğerine nazaran daha ağır değildir ve hissolunan zarar aynıdır. Fakat fiilin ikandan itibaren muayyen bir zaman geçince tecavüze uğrayanın intikam hissi teskin olunmak için zaman bulmuş olur ve ona bir tazminat kabul ettirtmek nisbeten daha kolay olur. Buna mukabil, suçlu, fiil üstünde yakalanınca mağdurun hiddetini yatıştırmak, bizzat ihkakı haktan vazgeçirmek daha zahmetli olacak ve bu gayeye, ona, uğradığı gaibi geçecek kazancı tahakkuk ettirmeğe imkân verecek ehemmiyetli bir uzlaşma bedeli vererek vasıl olmağa çalışılacaktır.

Bilhassa eski Yunanda tatbik edilmiş olan, ihtiyarî sürgün âdeti de aynı suretle izah olunur. Bir adam öldürme fiili ika eylemiş ve kanın öcüne kendini arzylemiş bulunan kimse kendisini tehdit eden tehlikeden, memleketi terketmek suretiyle kurtulmağa çalışır. Burada aslâ bir ceza mevzuubahs değildir ve bunda gerek hususi ve gerekse umumî bir (ıztırap verici müeyyide) vasfı da görülemez. Fakat o kaçarak, ortadan kaybolarak, öcün icrasına fiilî bir mani koymuş olur; böylece, zamanın tesirini göstermesine ve hiddetleri teskin eylesine imkân vermiş bulunur. Bazı kere bu sürgün daimî idi; fakat ekseriya, bu şekilde elde olunan mühlet, sülhü temin edicilere faydalı olarak müdahale etmek ve katil ve öç alacak olanın ait buldukları kabileler arasında bir uzlaşmayı pazarlık etmek imkânını temin ediyordu. Hattâ, göreceğiz. Atınada bu iradî sürgün âdeti ailenin tesanüd yükünü azaltmak ve halk vicdanına, kasden adam öldürme ile taksir ile adam öldürme tefrikini sokmak için istimal olundu. Gayri iradî olarak öldürmüş bulunanın sürgün müddeti daha az sürüyor ve zarara uğrayan kabilenin bir tek âzasıyla vaki bir anlaşma ile sona eriyordu.

Bundan başka, aynı gayeye, iltica mahallerinin tesisi suretiyle varılmağa çalışıldı. Bu mahaller, bir intikam ile tehdit olunanlara karşı, düşmanlarının darbelerinden sakınmak imkânını temin ediyor ve kanunî uzlaşmayı tahakkuk ettirmek ve bedeli vermek için zarurî olan zamanı veriyordu. Bu kaçaklardır ki Romulus doğan Roma şehrini iskân eyledi. Bu eski müesseselerin sebebi, mantığı hiç kimse

tarafından anlaşılmadığı zamanlarda, böylece, ebedi şehrin İtalyanın bütün haydutları için bir yatak olduğu iddia olundu. Burada, kan davası tehlikesi karşısında bulunan Lâtin ailelerine verilmiş bir iltica mahalli sıfatını görmek daha doğrudur; bunlara, yeni site kudretli gentes'ler federasyonu ile temin olunan bir emniyet vadeliyordu. Fakat, mutaden, ilticagâh, müessiriyetini dinî hisse borçlu idi. Roma imparatorluğunda, suçluların imparator heykellerinin ayakları dibindeki mabedlere nasıl iltica ettiklerini, barbar istilâsından sonra şahsî öç hakkı tekrar meydana çıkınca papazların, muayyen mabedlere sığınan bedbaht mültecilere karşı her türlü cebir istimalini men etmeğe muvaffak olduklarını hatırlatmak lüzumsuzdur. En korkunç intikamlar, ekseriya, korkuya kapılarak, Sait-Martin'nin mezarının kapısı önünde durmuşlardır.

Gördüğümüz veçhile Devletin teessüsünün neticelerinden biri olan patriyarkal ailenin eriyişi, eski şahsî öç sistemini tahribe imkân verecek değişiklikleri gerekli ve muslihane anlaşmaları daha bol kılmalı idi. Cezanın şahsileştirilmesi ve abandon noxal tatbikatı bunun iki karakteristik misalini vereceklerdir.

Kollektif cezaî mesuliyet, söylediğimiz gibi, garip bir enerji ile, iptidai dünyada kendini gösteren bir hâdisedir. Bu aile grupundaki tesanüdün zarurî ve doğrudan doğruya olan bir neticesidir. Bu sosyolojik devirde, tecavüz, kabilenin bütünü tarafından yapılıyor ve komşu kabileye akın edilerek o yağma ediliyordu. Bu takdirde hiç şüphesiz mesuliyetin herkese ait bulunuşu kadar tabii olan birşey yoktu. Fakat ferdî cürüm halinde de vaziyet, başka türlü değildi. Mütecavizin ailesi, bu takdirde, bölünmez bir şekilde sebep olunan zardan dolayı mesul idi; zarara uğrayanın ailesinin hakaretin tamirini talep etmek ve mağdurun kanının intikamını almak mecburiyetinde bulunması gibi. Bununla beraber, tesanüt bağı gevşemekte bulunduğu için, bir tek kişinin suçu için, müştereken harekete geçiş daha nadir olmaya başladı ve ferdî mesuliyet, gittikçe, kollektif mesuliyetin yerini almağa doğru gitti. Hakemler sonra devletin organları, intikamı tahdit ve bilâhara suçları tecziye eylemek için müdahale edince, niyetlerini destekliyen bu temayülü kolaylaştırmaktan başka birşey yapmadılar. Zaten, ferdî mesuliyet, öyle zannediyoruz ki, beşer vicdanının hiç bir zaman inkâr etmediği bir nısfet ve adâlet fikrine tekabül eder. Menşede, tenkili fonksiyonun içinde faaliyet gösterdiği yerde, yani ailenin içinde, ceza hakkı faile ve yalnız ona taallük etmiştir. Akli mantık, ihtiyaç halinde tarihî hâdiselerin tasdik edeceği bu hal tarzına sevkeder. Eğer bir çoban, muhafazası al-

tında bulunan koyunları paralaması için bir yabani hayvanı serbest bırakırsa, şüphesiz cezalandırılacak olan kendisidir. Yoksa onunla beraber aslâ bir başkası değil; zina yapan kadın, aile adaletince şedit cezalarla tecziye olunacaktır: Onun akrabaları, hâkimi de olacaklardır. Kim onu cezalandırabilmeyi düşünebilir? Bununla beraber, hiç bir şeyi mübalâğa etmemelidir. Ne kadar gayri âdil olursa olsun, kusurun intikali, veraset yolu ile geçişi, insan ruhunun hiç bir zaman tamamiyle kendini kurtarmağa muvafık olamadığı bir telâkkidir. Göreceğiz ki tam medeniyet içinde dahi büyük suçluların yakın akrabaları cezalandırılmıştır. Ve bizim kanunlarımız, nihayet bu işkenceyi reddetmişler ise de halk vicdanı bundan tamamiyle kurtulabilmiş değildir.

Ne olursa olsun, hâdiseler göstermektedir ki, hattâ aileler arasındaki münasebetlerde, şahsî mesuliyet telâkkisi, bazı müelliflerin zannettiklerinden çok daha geç olarak meydana çıkmıştır. Menşei hiç şüphesiz eski olan kısas, bunun zarurî olarak, kabul edilmiş bulunduğunu farzeder. Bedihi olarak, mağdurun gözünün karşılığı olarak feda edilecek olan göz, katilinkidir; ve eğer bazı iptidailerin zihniyetinin izah edebileceği bir dalâlet ile oğlu öldürülen baba mağdurun ölümünü talep edebilmek hakkını haiz bulunuyorsa, bu artık aslâ çocuğu değil, fakat bizzat katili cezalandırmak içindir.

Abandon noxal (\*), ailenin kollektif mesuliyeti ile suçlunun ferdi mesuliyeti arasındaki bu intikal devresinin daha karakteristik müessesidir. Bu müessese, sosyolojik kanunların âlemşümüllüğü hakkında verilebilecek en iyi misallerinden biridir, zira ona, bu medeniyet safhasında her yerde tesadüf olunmaktadır: Bugün müşahede edebildiğimiz barbar halklara kadar Yunanda, Romada, Seltlerde, Cermen ve Slavlarda bu müessese görünmektedir. Ve hiç birşey bu iptidaî âdetlere tesadüf eden seyyahlardaki söylediğimiz salâhiyetsizliği bu kadar teyid eylemez. Orta Afrikanın yerlilerinde abandon noxal'i anlatanların, çok müşterek ve çok tanınmış bir hukukî hâdiseyi teşkil eylediğinden şüphe etmeksizin keşiflerinden hayrete düşmeleri kadar bir şey eğlenceli değildir. İptidaî hukuk ve sosyolojiye müteallik ne kadar kıymetli vesikalar müşabih cehaletler yüzünden kaybolmuştur.

Abandon noxal en eski devirlere kadar gerilere gider ve muhakak surette siyasî devletin bütün teşkilâtına mukaddem olan bir devirde tatbik olunmuştur. Filhakika, çok tabiidir ki kendisinden olan

(\*) Suçlunun mağdurun mensup olduğu tarafa teslimi (tercüme edenlerin notu).

birinin huzuru dolayısıyla en kanlı ve müthiş mukabele bilmisillere maruz bulunan aile bu ağır mesuliyetten kendisini kurtarmağa çalışsın. Suçlunun sürgünü bu neticeye müteveccihdir fakat daima, bu, suçlunun akrabalarını intikamdan kurtarmağa kifayet etmiyordu. Zarara uğrayanlar, onlara müracaat edebilirlerdi. Ve sulhün temin olunması için onların rızası zarurî bulunmakta idi. Abandon noxal bunu elde eylemek için daha emin bir vasıta idi.

Yunanistanın en eski an'aneleri, bu noktada, hassaten enteresandır. Mütecavizin ailesi, suçluyu bizzat muhakeme ederek grup dışında işlenen suçu —hattâ diyebileceğimiz ki— yabancı memlekette işlenen suçu cezalandırarak, zarar görenleri tatmin edebiliyordu: Dardanos, İdaia'yı ölüme mahkûm ediyor ve onu öldürtüyor. Yahut —ve daha ziyade böyle oluyordu— suçluyu iade eder ve onu zarara uğrayanın takdirine teslim eder. O da, bunu, kanı intikam isteyen mağdurun cedlerine kurban eder yahut onu esir haline kalb ve hissolan zarara tekabül edecek bir çalışmaya tâbi tutabilir.

Zaten, aile, yalnız âzalarının kusurundan dolayı değil fakat esirlerinin, hayvanlarının ve hattâ kendisine ait bulunan cansız şeylerin kusurlarından dolayı da mesuldür. Bunun böyle olması da lâzımdı. Zira, zararı tamir ettirmek için başka bir vasıta da mevcut değildi. Bugün de, bir küçük, bir hayvan yahut muhafazası kendisine ait bulunan bir şeyin vukuuna sebebiyet verdiği haksız fiilden dolayı vaziyet aynı değil midir? İptidaî zamanlarda, şuurlu suçlunun verilmesi gibi zararın sebebini, tazminat sıfatıyla teslim eylemek tamamiyle tabii gözükmüştür. Bu veriş, tevdi olunan şahıs için bir fayda menbaı olacak mahiyette bulundukça çok daha kolay olarak kabul edilebilirdi.

(Devam edecek)

Tercüme edenler

Doçent Dr. Sulhi Dönmezer ve Asistan Naci Şensoy

Prof. Maurice Garçon