

## CEZA GAYELERİ NAZARYESİNİN TARİHİNE DAİR

Bu yazımı, kıymetli ve aziz meslektaşım  
Tahir Taner'e saygılarla ithaf ediyorum

1 — Ceza Hukuku sahasında 1882 denberi açılmış bulunan yeni bir devre, Franz von Liszt'in adile bağlı bulunuyor. Çünkü onun, mezkûr senede intişar eden «Ceza Hukukunda gaye fikri — Der Zweckgedanke im Strafrecht» ne dair «Marburg programı — Marburger Programm» ile cezanın hukukî sebebi ve gayesi bakımından ilmi bir reform hareketi baş göstermişti. O vakte kadar hâkim mektep, devlet tarafından insanın şahsiyetine, hürriyetine, şerefine, servetine, hattâ bazan hayatına en ağır bir müdahale teşkil eden cezanın meşruiyetini kefarete düşüncesinde (1) görmüştü. Bu eski telâkkiye göre ceza meşru

(1) Burada kefarete şeklinde türkçeye çevirdiğimiz Vergeltung kelimesi aslında bir insanın diğer birine karşı iyilik veya kötülüğüne mukabele teşkil eden bir hareketi ifade eder. Bir insanın yaptığı ile çektiği arasında bir nisbet ve muvazene fikri, bu mefhumun içerisinde saklıdır. Bu muvazenenin teessüsü için, önceki hareket iyi ise karşılığının mükâfat, kötü ise mukabelelenin mücazat şeklinde tecelli etmesi tabiidir. Bu itibarla Vergeltung tâbirinin tam karşılığı «telâfilî mafat» olmak gerekirdi. Kefarete esasında dini bir tâbirdir. Kötü bir netice doğuran fiil veya ihmalin tesirini giderme hususunda nefse veya şahsa tahmil edilen bir mükellefiyeti ihtiva eder. Ceza hukukunun inkişafında dini tasavvurların aldığı yeri gözönünde tutarak burada bu mefhumu bu şekilde kullanmayı tercih ettik. Bu hususta fazla tafsilât için «Hukuk başlangıcı ve tarihi» kitabımızın 45 inci sahifesine müracaat olunabilir.

ve haklıdır. Zira hukuk nizamının tecavüzden masuniyet ve mahfuziyeti, ihlâl edilen hukukun tekrar eski haline getirilmesini ve irtikâp olunan haksızlığın cezaya çarpılmasını icap ettirir. Buna karşı Liszt'in ortaya attığı iddiaya göre: Cezanın gaye ve maksada uygunluğu onu haklı kılmağa kâfidir ve onun meşruiyetini tayin eden münhasıran bu uygunluktur. Ceza, yeni suçların işlenmesine mâni olmak için vardır. Ceza ya suçluyu yeni suçlar işlemekten çekindirmek (onu korkutmak) veya suçlunun üzerinde ferdi - terbiyevî tesirleriyle onu ıslah etmek, yahut ta nihayet failin redaeti ahlâkiyesi dolayısıyla bu türlü ıslahkâr tesirler artık mevzuu bahis değilse, ıslah imkânı olmayı zararsız hale getirmekle bu gayesine ulaşır. Suçluya taallûku noktasından hususi tedbiri mâni (Spezialprävention) mefhumu altında toplanan bu üç ceza gayesinin bir de umumi tedbiri mâni (Generalprävention) olma vasfı vardır. Yani faile verilen ceza sayesinde medenî cemiyetin suçluluğa mütemayil diğer unsurları da, devlet kudretini tezahür ettiren vasıtaların şiddet ve tesiri altında cezayı mucip fiillerin ikândan çekinirler (2).

Bu ilmi programın mücbir ikna kudreti tesirlerini göstermekten hali kalmadı. Bu türlü «gaye nazariyeleri» nin maksada elverişliliğine kanî cezacılar, bütün memleketlerde «modern mektep» denen çığırı açtılar. 1889 da v. Liszt tarafından Hamel (Amsterdam) ve Prins (Brüksel) ile müştereken tesis olunan «Beynelmîlîl kriminalistik ittihadı = Internationale Kriminalistische Vereinigung», arsulusal anlaşmalar için çalıştı. Bu istikamete karşı kefarete nazariyesi taraftarları kendilerini «klâsik mektep» telâkki ediyorlardı. Kefarete ve gaye bakımlarını telif etmek istiyen bir üçüncü mutavassıt cereyan, cezanın hakiki mana ve mahiyetini her iki noktai nazarın tevhidinde gördü. Bu istikamet, «telif nazariyesi = Vereinigungstheorie» olması hasebile, modern ve klâsik mektepler arasında sürüp giden ve bazan nahos bir şiddet iktisap eden noktai nazar münakaşasını yatıştırmağa uğraştı.

II— Ben şimdi klâsik ve modern mektebin, ceza hukukundaki esas prensip ve bilgilere tâbliyetini veya ne dereceye kadar uyduğunu araştırmak niyetinde değilim. Yalnız burada ha-

(2) Bu suretle cezada yer etmiş olan «terhib, ıslah, ifna» nazariyeleriyle bunların tedabiri manîa olarak arz ettikleri kıymet hakkında daha etraflı izahat yine «Hukuk başlangıcı ve tarihi» kitabımızın 46 ıncı sahifesindedir.

tırlatmakla geçeceğim ehemmiyetli nokta şudur: Ceza, kefaret tedbiri olarak devletin cezayı mucip fiil hakkında ahlâki - hukuki manada kötü bir kıymet hükmünü ifade eder. Böyle bir hükmün verilebilmesi için hareketin ahlâkan şayanı muahaza ve kabili isnad olması icap eder. Failin böyle ahlâki bir töhmet altında bırakılması ise onun irade serbestisini şart eder. Şu halde kefarete müstenit ceza hukuku ve endeterminizm (gayri muayyeniyetçilik) tev'emdirler.

Fakat diğer yandan modern mektep müntesiplerinin determinst (muayyeniyetçi) bakımından failin fiilinden dolayı mes'uliyetini inkâr etmek istedikleri zehabına düşmemelidir. Bunlar bilhassa bu noktada daha başlangıçta Lombroso'nun temsil ettiği cinaî - biyolojik istikametten tam bir sarahatle ayrılırlar. Lombroso'nun «fitri mücrim» (delinquente nato) mefhumu, failin fiilinden dolayı her nevi mes'uliyetini ve binnetice tıbbî - terbiyevi bir tedbir haricine çıkan herhangi bir ceza hukukunun meşruiyetini külliye ref ve inkâr eder. Halbuki modern mektep için failin determine olmaklığı (muayyeniyet prensipine tabaiyeti), daha ziyade onun muhitin umumî şartlarına, yani daha açıkca muhitindeki hâdise ve mutaların ruhî tesirlerinden ibaret tasavvur ve âmillere tâbiyeti manasını ifade eder. Şu halde bu mektebin tanıdığı, failin antropolojik bakımdan değil, belki sadece sosyolojik bakımdan tebriesidir. Fakat sosyal muhite intıbak zarureti ne kadar hâkim olursa olsun fail, içtimai şartlara karşı aldığı vaziyetten, başka bir tabirle, muhitin kendi hareketi üzerindeki tesirlerine ayırdığı hisseden, yani bu tesirlere atfettiği ehemmiyet ve kıymetten mes'uldür ve bu mes'uliyet - modern mektep telâkkisine göre de - mevcut ve baki kalır (3).

Şimdi ben, devlete ait cezalandırma hakkının, tâ Demokrit (milâttan önce 460 dan 370 e kadar) ve Aristo (kablemilâd 384 ile 322 arasında) zamanındanberi «determinizm» ve «endeterminizm» mefhumlarıyla tavsif olunan insanın dünya bün-ye ve nizamına bağlanış şekline tâbi olduğunu asla inkâr etmek istemiyorum. Fakat bu şekli vaz'ile ceza hukukunun bu nihai problemine karşı vaziyet almak için her şeyden

(3) Gerek endeterminizm ve determinizm mefhumları ve gerek bunların mes'uliyeti izah tarzları hakkında «Hukuk felsefesi» kitabının 77 inci ve müteakip sahifelerine bakılabilir.

önce bizzat determinizm ve endeterminizm yani irade bağıllığı ile irade serbestisi arasındaki münakaşa ve nizam kat'iyetle tevazzuhu şarttır. Bu münasebetin tevazzuhu ise, bu mefhumların bin seneyi aşan eski tarihini gözden geçirmeksizin imkânsızdır. Son yüz sene ilk yarısının tarihe yabancı, yalnız halihazıra bağlı zihniyeti, bu hususta, bazı hatalara sapmış - Ceza Hukuku ıstılahile söylenirse - «kabahat işlemiştir». Bu sebeple benim asıl buradaki maksadım, bu tarih yabancısı zihniyetin ceza nazariyelerine, yani cezanın gaye ve manası meselesine taallûku itibarile efkârı, Liszt'in nazariyesinin orijinalliği hakkında yanlış bir tasavvura götürdüğünü göstermektir. Yani umumiyetle ilmi düşüncelerde, en eski ceza gayeleri tarihinin tesirlerinin baki kaldığı gözden uzak tutulmuştur. Bu tarihi gözönünde bulundurunca, modern mektep denen cereyan hakikatte, kefaretnoktai nazarını esasen geride bırakmış olan eski klâsik ceza hukuku nazariyesini yeniden canlandırmaktan başka bir şey yapmamıştır, hükmüne varabiliriz.

III— Hakikatte bize intikal etmiş cezanın gayesi hakkındaki en eski nazariyeyi sofist mektebin başı ve müessisi olan **Protagoras** (kablemilâd 480 den 411 e kadar) a medyun bulunuyoruz. Bize Eflâtun vasıtasile intikal etmiş Protagoras ve Sokrat arasındaki bir mükâlemede bunlardan birincisi Sofistlerin noktâi nazar ve hedeflerini haklı göstermeğe çalışıyor. Bu meyanda Protagoras, fazilete uygun ve işe yarar bir hareketin kabili talim olması imkânına dellil olarak devletin cezasına işaret ediyor ve izahatına şu şekilde devam ediyor: Sofistler - o vakte kadar cari usul ve âdata mugayir olarak - bilgi konferanslarını devlet idaresi (idare san'atı) ne ve hukuki şura da teşmil ediyorlar. Yani bunların da bilgiye bağlı olmaları zaruridir. Zira bunların her ikisi de yararlılığı (faydalılığı) icap ettirir. Yararlılığa kabiliyet, kabili talimdir. Nasıl el işçisinin, faydalı olması için yetiştirilmesi icap ederse müşavirin, hâkimin, devlet adamının da o şekilde yetiştirilmesi mecburiyeti vardır.

Devletin cezası, haksızlık ve adaletsizliğe karşı bir aksülâmel teşkil eder. Âdil bir zihniyete ancak itinalı bir didinme ve öğrenme ile ulaşılabileceği kanaatine umumun iştirak ettiğine bu aksülâmelden daha iyi delil olur mu? «Herhangi bir kimsenin akılsız bir hayvan gibi intikam almağa çalışması hali istisna edilirse, hiç kimse suçluları haksızlık işledikleri için cezalan-

dırmaz. Bilâkis makul şekilde cezalandırmayı düşünen kimse, irtikâp edilen haksızlıktan dolayı değil - zira olanı, olmamış hale getirmenin imkânı yoktur. - belki istikbale muzaf olarak gerek bizzat failin ondan sonra bir daha haksızlık işlememesi ve gerek bir kabahatlinin nasıl cezalandırıldığını gören diğerlerinin de böyle bir fiili yapmamaları maksadile suçluyu tazir ve terbiye eder. Bu niyet ve tasavvurdan hareket eden kimse bununla aynı zamanda yararlılığın kabili talim olduğu, insanın faziletle müttasıf olarak yetiştirilebileceği noktai nazarına sahip bulunduğunu da ifade etmiş olur. Çünkü o, çekindirmek (korkutmak) maksadile cezalandırmaktadır.» (Eflâton, Protagoras 324 B. ve sonrası). «Bir devletin yaşaması icap ediyor ve bunun için de bütün vatandaşların (1) zaruri surette iştirak mecburiyetinde buldukları bir şey mevcut bulunuyorsa ve bu şey inşa san'at ve mehareteninden, kuyumculuktan, çanak ve çömlekçilikten değil de (324 E) bilâkis adalet, tedbir ve saffetten kısaca benim adam fazileti dediğim meziyetten ibaretse, herkesin iştirak mecburiyetinde olduğu bu şeye malik olmıyanı yetiştirmek, ona bunu öğretmek, bu meziyeti taşımayan ister çocuk, ister erkek, yahut kadın olsun, onu, ceza ile düzelinciye (ıslahı hal edinciye) kadar cezalandırmak lâzımdır. Fakat o şahıs, cezaya ve öğretmeğe kulak asmazsa, ıslâhı imkânsız bir kimse sıfatile devletten nefyi ve tebidî (sürülmesi), yahut asılması (idam olunması) mecburidir» (325 A),

İşte burada modern ceza gayeleri denen görüşlerin hepsini toplu ve beraber bir halde hazır buluyoruz: Terhip (korkutmak), düzelmiye istidadı olanın ıslahı, salâhı imkânsız olanın zararsız hale ifrağı (icabında ifnası). Devlet korkutma (çekindirme) maksadile = Ἐπειτα κολάζει cezalandırıyor ve bu korkutma ἵνα μὴ αὖθις ἀδικήσῃ μήτε αὐτὸς οὗτος «failin yeniden haksızlık yapmamasına müessir olmakla» hem hususî tedbirî mâni ve μήτε ἄλλος ὁ τοῦτον ἰδὼν κολασθέντα «onun cezalandırıldığını gören bir diğerinin de» muhtemel suçunu önlemek suretile (324 B), hem de umumî tedbirî mâni vasfını (mahiyetini) alıyor.

(1) Aslında burada vatandaş tâbiri yerine hemşeri kelimesi kullanılıyor. O zamanki şehir hudutlarıyla mukayyed devletlerde daha maruf ifadesile Yunan sitelerinde «Vatandaş» ve «Hemşeri» mefhumlarının yekdiğerinin aynı olduklarını hatırlatmak isteriz.

İslah gayesini canlandırmak üzere Protagoras, devletin ceza sahasındaki faaliyetini muallimin vazifesile mukayese ediyor: Muallim tıpkı eğrilmiş ve kanburlaşmış bir fidanı düzeltir gibi itaatsiz talebelerini tehditlerle, sillelerle doğru yola (tariki müstakime) sevkeder (325 D). Cezanın bu şekilde telâkkisinin kendine has ferdi bir kanaat olmayıp devlet reyi hükmüne geçmiş bulunduğunu açığa çıkarmak için Protagoras, cezaya Atina'da ve daha başka bir çok yerlerde εὐθύνη dendiğine işaret ediyor (326 D). Şüphesiz o zaman εὐθύνη nin asıl menşe manası herkesçe malûm idi. εὐθύνη aslında doğru istikamet manasına geldiği gibi sıfatı olan εὐθύς da menşei itibarile, doğru istikamete tevcih olunmuş (doğrultulmuş) manasını ifade ediyordu. εὐθύνη nin sonradan, hattâ Protagoras zamanında mecazi olarak «memuriyetin tarzı ifasından dolayı hesap verme», «mes'uliyet» ve nihayet «ceza» manalarını alması, bu aslı manaya tevafuk eder. Bu münasebetle herhalde oldukça geç teşekkül etmiş bir kelime olan εὐθενοϛ un «hâkim» manasına geldiğini, halbuki εὐθύνειν fiilinin «doğrultmak», «doğru istikamete çevirmek» manasını muhafaza ettiğini ve ayrıca «tekdir etmek», «cezalandırmak» manalarını da aldığını gözönünde tutmak çok faydalıdır.

Hattâ nüvesi itibarile ıslah gayesi o kadar etraflı ve noksan-sız düşünölmüş ki, yalnız ıslah bakımından meşru ve muhik telâkkisi caiz ve kabil «gayri muayyen ceza hükmü» denen (2) talep, Protagoras tarafından ortaya atılıyor: διδάσκειν καὶ κολάζειν ἕωσπερ ἂν κολαζόμενος βελτίων γένηται «fall kendini düzeltinceye (ıslahı nefsedinciye) kadar ceza vasitasile tedip ve terbiye olunmalıdır» (325 A). Kabil ıslah olmıyanı zararsız hale getirmek için idam ἀποκτείνειν yanında müebbed hapis (daimi hürriyetten mahrumiyet) cezası, tabiatile daha o zaman tanınmıyordu. Onun yerine daha ziyade henüz arzın yalnız bir kısmının mekşuf olması keyfiyetine binaen kültür devletlerinden çıkarma (sürme) ἐκβάλλειν ἐκ τῶν πόλεων cezası vardı. Fakat burada da modern salâhı geyrikabil ἀνίαντος mefhumunun ne kadar işlenmiş olduğu zikir ve işarete değer.

(2) Bu tâbirle önceden müddet ve mahiyeti malûm bir ceza hükmü değil, bilâkis ahval ve şeratte, mücrimin umumi vaziyetine göre sonradan miktar ve mahiyeti değıştirilebilecek bir ceza hükmü kasdolunuyor.

Buna mukabil Protagoras, kefareti reddediyor: οὐ τοῦ παρ-  
εληλυθότος ἕνεκα ἀδικήματος τιμωρεῖται = yapılan haksızlıktan  
dolayı intikam alınmaz» çünkü: οὐ γὰρ τὸ πραχθὲν ἀγέννητον θεῖν  
«yapılan şey nasıl olsa yapılmamış haline getirilemez» (324 B).

Şimdi biz Romalı Stoisyen (revakıyeci) Seneca (milâddan  
sonra 3 - 65) nın program mahiyetindeki şu bilgiyi nereden al-  
dığını görüyoruz: «Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed  
ne peccetur = bir kimse, eğer akıllı ise, bir suçun işlendiğın-  
den dolayı değil, belki böyle bir suçun işlenmemesi maksadile  
cezalandırır.» (De ira, 1, 16).

Daha sonra Grotius (1585-1645) meşhur «De iure belli ac  
paci» (1625) «Harp ve Sulh Hukukuna dair» eserinin 11, 20  
«Depoenis» (Ceza) faslında Seneca'nın bu formülünü aynen  
alıyor ve sonra ilâve ediyor: «Revocari emin praterita non  
possunt, futura prohibentur» = «geçmiş bir vaziyetin tekrar  
iadesine imkân yoktur, belki ancak gelecektekinin önüne geçi-  
lebilir.» Bütün bu sözlerde, açık ve sarîh surette Protagoras'ın  
yukarıdaki sade kelimelerle ifade ettiği noktai nazarın vuzuh ka-  
zanışını görüyor ve tanıyoruz: οὐ γὰρ τὸ πραχθὲν ἀγέννητον θεῖν.

Şu halde tefekkür tarihi bakımından yeni bir devri açan  
ekseriya yazıldığı gibi Grotius değil, Protagoras'dır. Bu suretle  
başhyan zaman, hakikaten yeni bir devirdir. Çünkü Protagoras  
yeni nazariyesile, nazari izahını Fisagörün telâkkis'inde bulan  
ve evvelce her hususta yegâne kabule şayan telâkki sayılan ke-  
faret fikrine, karşı koyuyor: Fisagor (Pythagoras) (kablemilâd  
580 den 500 e kadar) a göre adet (sayı) umumî mer'iyeti haiz il-  
mî esas prensip, murabba bilhassa adaletin prensipi idi. Nasıl  
murabbada ufkî dililerin büyümesile şakulî dililerin da büyü-  
mesi mecburî ise - hiç olmazsa ben, Fisagörün adalet sembolü  
olarak murabbai kabul eden tezini böyle anlıyorum - haksızlı-  
ğın tevessüü ile cezada yükselmek mecburiyetindedir. Bu ise  
pek eski kısas prensipi (1) nin riyazi bir ifadesinden ibarettir.

(1) Burada Talion prensibi denmektedir. Lâtince asıldan gelen bu ke-  
lime işlenen ile çekilen, verilenle alınan, kusur ile ceza arasında tekabül ve  
tevazünü ifade eder. İus Talionis ve poena tallonis, kefarete bakımından hu-  
kuk ve ceza telâkkisini gösterir ki bunun esası maruz kalınan fermalığa ay-  
nile mukabeledir. Bu esası, «kana kan, başa baş» fomülile, daha kısaca ki-  
sas ve cezayı misli kelimelerle açık ifade edebiliriz.

Riyazi - fizikî nazariye, tabiat felsefesine (hikmeti tabiiye) mütemayıl milâddan önceki altıncı asrın ahlâk ve örf nazariyesine temel teşkil etmişti. Protagoras cezanın kefarete gayesine karşı cephe almakla bu merkezi hukuk probleminden hareket ederek tabiat felsefesinin aynı zamanda insan hareketi için de kat'i prensipler verme iddiasını reddediyor.

IV — Eflâtun (kablemilâd 427 den 347 ye kadar) un hususî kanaatini bütün vuzuh ve teferruatile «kanunlar» da buluyoruz. Tekmil hukuk müesseselerile devlet idaresine taallük eden refah ve hayır tesisatına ait kanaatini bir ideal - düstur (Kodex) halinde toplama çalıştığı bu eserin bir çok yerlerinde Eflâtun, cezanın mahiyet ve gayesinden bahsediyor. Ona göre: Suç, ruhun bir hastalığına istinat eder. Eğer kabili tedavi ise, bu hastalığın şifayap olması vazii kanunun hedefi olmalıdır. Vazii kanun, suçun mahiyeti hakkında faili tenvir etmeli, haz yahut elemi, hürmet yahut tahkir (tezlil) i, para mükâfatını yahut cezayı naktiyi istimal ve tatbik ederek filen veya kavlen, yahut diğer herhangi bir suretle daima suçu onun nazarında menfur kılmalı ve bu vasıta ile gittikçe beterleşmenin önüne geçmelidir. Bundan başka o, adalet sevgisi telkin etmelidir. (Kanunlar, IX, 862 D).

«Menfur kılma» *μισῆσαι τὴν ἀδικίαν* tabirinden ileride yine suç ikandan çekindirme manasını çıkarırsak «adalete sevgi» *σπρέξαι... τὴν τοῦ δικαίου φύσιν* nin ıslah manasını ifade ettiğini anlamak hiç te güç bir şey değildir. Makul kanunlara tevfikân infaz olunan ceza, her iki gayenin, eğer sonuncusunun değilse, muhakkak ilkinin, husul ve tahakkukuna müessir olmaktadır. Buna mukabil makul bir cezalandırmanın, cezalanana bir fenalık ikaina matuf bulunması caiz olmadığı gibi, işlenmiş kötü fiil sebebiyle ceza verilmesi de doğru değildir - çünkü «vuku bulan, vaki olmamış hale getirilemez» *οὐ γὰρ τὸ γεγονός ἀγέννητον ἔσται ποτέ*. Şu halde cezanın birinci ve en mühim gayesi gerek suçluya gerek diğer kimselere, adaletsizliğe karşı ikrahi öğretmek ve onların kabil olduğu nisbette kötülüklerinden halâs bulmalarını temin etmektir. (Kanunlar, IX, 854 D, XI,934 A. f.)

Fakat, bir hemşeri (vatandaş) nin şayanı nefret bir fiil işlemek suretile ilâhlara, ebeveyne, yahut devlete bir fenalığı dokunmuşsa hâkimin onu gayrikabili salâh (şifa) addetmesi lâ-

zımdır. Çünkü bu vaziyette onun çocukluğundanberi almakta olduğu terbiye ve ders, onu bu türlü caniyane kötü fiillerden sakındırmağa muktedir olamamıştır. Bu sebeple bu türlü hallerde, zararsız hale koyma vasıtası olarak ölüm cezası zaruridir. Bu ceza bizzat fail için de ehveni şerdir, zira onun yaşamakta devam etmesi kendisi için de daha berbat bir vaziyet olurdu. Halbuki onun medeni cemiyetten uzaklaştırılması iki katlı menfaati muciptir: Bu şekilde cezalandırma diğerlerini aynı şekilde caniyane hareketten çekindirir ve devleti bu türlü kötülerin şerinden kurtarır (Kanunlar, 862 E).

Önce sırf objektif mahiyet taşıyan bu ceza nazariyesi, kanunların sonunda (XII, 957 E, 958) hâkimler için bir ihtar ve işaret, yani bir dereceye kadar pratik bir dava - ve infaz nazariyesi halinde bir daha kısaca hulâsa olunuyor. Hâkim, suçlu unsurları - daha henüz düzelme imkânını haiz iseler - çılgınlıktan, cür'etkârlık ve yüreksizlikten, kısaca her türlü haksızlık ve adaletsizlikten vazgeçirmekle mükelleftir. Fakat mukadderatın üzerlerine bu fezayihı silkinilemez bir yük halinde yüklediği insanlar mevzuu bahsolunca, böylelerinin ölüm cezasıyla zararsız hale sokulmaları, hem onların azad olmaları, hem de bizzat devlet için yegâne emniyet vasıtası mahiyetini taşır.

Ceza Hukukunun, gerek failin salâhında ve gerek hususî ve umumî tedbiri mâni olarak çekindirme gayesinin tesiratında tecelli eden terbiye fonksiyonu, Eflâtunun fazilet idealinde devlet hayatını üzerinde taşıyan temel mevkiini alıyor. Bu telâkkiye göre hakiki fazilet, nefse hakimiyet, yani ihtiraslara ve hevesatı nefsanîyeye mukavemet demek oluyor. İdeal devletin memuru nasıl έαυτοῦ άρχων «kendi nefesine hâkim olmak mecburiyetinde ise» (Gorgias, 491 D), diğer yandan nasıl müstebid, kendine hâkim olmıyan insan tipini teşkil ediyorsa (Polytheia, (573 C); Eflâtunun her ferd için gözönünde bulundurduğu hedef te, tıpkı bunlar gibi «nefse hakimiyet manasında adalet ve tedbiri mezceden» = δικαιοσύνη τε καί σωφροσύνη bir vaziyettir. (Protagoras 325 A; Gorgias, 504 D; Politheia, 430 D). Bizzat ferdin de, bu hedefin tesir ve nüfuzile meşbu bulunması lüzumu, kötü fiilin, suçlu üzerine - bilhassa onun cezadan kurtulması halinde - yapması icap eden aksülâmelde tezahür eder. «Fikrimce fenalık yapan ve haksız her halükârda bedbahttır. Hattâ bu bahtsızlık onun hakka razı olmaması, suçundan dolayı hak-

kinda ceza verilmemesi halinde daha artar. Çünkü bu takdirde mücrim fezayihından şifayap olamaz; ruhu fenalıktan, yalnız ceza kurtarır». (Bu hususta bilhassa Kanunlar, V, 728 ve Gorgias 477 A yi karşılaştırınız.) «Mücrim hakka razı olur, insanlar ve ilâhlar huzurunda cezaya maruz kalırsa daha az bahtsızdır» (Gorgias 472 E). Çünkü suçlu, bizzat ceza ile ıslahı hal etmese bile onun tatbikile vücudu ortadan kalkar «ve bu çekindirici örnek diğer bir çoklarını o hale düşmekten kurtarır» (Kanunlar, V, 728 C).

İşte bu noktada Ernst Howald, «devri kadimin ahlâkı = Ethik des Altertums» eserinde (S. 38), isabetli olarak «bütün ahlâki dileklerin en yüksek zirvesi» ni teşkil eden bir talebden, «günahkârın cezaya hakkı» ndan bahsediyor. Kötü fiil ruhu kirlettiğinden ve buna mukabil ceza onu temizlemeye elverişli olduğundan, kendi şahsî salâhını istiyen her makul varlık, hissesine düşen cezayı talep hakkına maliktir ve işte «cezaya hak» kın manası da budur. Halk dilinde de, suçun cezaya maruz kalmasile suçlunun günahıdan temizleneceğine delâlet eden sözler dolaşır. Böyle bir günahıdan temizlenmenin ancak failin nâdim olmasile husul bulacağı hakkında - mübhem de olsa - bir duygu vardır. Çünkü nedamet, salâhın şartı, salâh ise hakiki insanlığa ve binnetice devlet camiasına götürücü yolu açan «adalet ve nefse hakimiyet» e iştirak etmenin şartıdır. Eflatunu bu suretle anlayınca, aynı zamanda Hegel'in çok nakil ve iktibas edilen «ceza, suçlunun hakkı ve şerefidir» kaziyyesinin temellerini nerede aramamız icap ettiğini de öğrenmiş oluyoruz. (Hegel'in Hukuk felsefesinin ana hatları = Grundlinien der Philosophie des Rechts» § 100 ina bakınız) (1)

V — Aristoda ceza gayeleri probleminin yeni bir cepheden ahlâk cihetinden mütaleasına rasgeliyoruz. Zira Aristo'nun ceza meselesine ait pek nadir mülâhazalarının hemen hepsini «ahlâk = Ethik» inda buluyoruz ve nasıl «Aristo etikin hakikaten büyük, tek yani nev'i şahsına münhasır ve nümunei imtisal, hakikaten ilmi tarafı... ferdin psikolojik tetkikinde» mündemic ise (Howald, yukarıda zikredilen eserinin 48 inci sahifesinde böyle diyor), öylece Aristo'nun ceza gayesi nazariyesinde de ruhi - tahlili temel her şeyin üstünde takdire değer.

(1) Hegel'in ceza telâkkisi hakkında daha etraflı izahat «Hukuk felsefesi» kitabımızın 124 üncü ve müteakip sahifelerindedir.

Cezanın esas itibarile meşruiyeti de tamamen psikolojik - analitik yoldan izah olunur. Aristo'nun izahına göre: Kuru söz ve hitap ile yalnız asil ve hakikaten güzelliğe meftun mizaçlar fazilete rabt ve bendolunabilirler. Buna mukabil kütlenin sevk ve idaresine, mahiyeti icabı ahlâkî tevehhüş hissi değil, belki yalnız korku müessir ve hâkimdir. Kütleyi kötüden alıkoyan teline maruz kalma tasavvuru değil, belki sadece tehditkâr cezalardır (Aristoteles, Nikom, Ethik, X, 10, 1179 b).

Çekindirmeyi (korkutma) kanunun ceza tehditlerine irca eden, yani ceza tehditlerine haklı olarak yalnız çekindirici bir tesir atfetmekle kalmayıp onları sırf bu tesirin husulü maksadile veznedilmiş gören bu noktai nazar için, modern ceza ilmi, «ihtar nazariyesi = Warnungstheorie» mefhumunu yaratmıştır. Maamafih bu mefhum, şimdi görmüş olduğumuz vecihle bu noktai nazarı ilk ortaya atan Aristoya izafetle değil, Bavyeralı cezacı Feuerbach'ın telâkkisine taallük etmek üzere vücade getirilmiştir. Feuerbach da bundan önceki asrın başlangıcında ceza tehdidini, cezanın infazı keyfiyetine takdim etmiş ve «kanunda ceza ile tehdidin gayesi, vatandaşları hukukun her türlü ihlâlinden çekindirmektir.» demişti (Feuerbach, Cinal hukuk bilgisi kitabı = Lehrbuch des Peinlichen Rechts, 12 inci tabı, § 16).

Yalnız gençliğe verilen terbiye, bu hususta bütün maksadı istihsale kâfi gelmez. Bu maksada müteveccih cehtler - Aristo devam ediyor - daha yüksek yaşlarda da temadi etmelidir. Bu sebeple daha yüksek yaşlar için olduğu gibi, bütün hayatın devamınca da kanunlar lüzumlu ve zaruridirler. Çünkü kütle sözden ziyade cebre, ahlâkî güzellikten ziyade cezaya mutavaat eder (Nikom. Ethik, X, 10, 1180 a). İtaatsizleri ve süfli tabiatleri vazii kanun, ceza ve tazirlerle tedip etmeli, nihayet salâh bulmazları devlet arazisinden ebediyen nefi ve teb'it etmelidir. Zevk ve sefahete düşkün ahlâksız, tıpkı bir koşu hayvanı gibi azab ve elem dizginine vurulmalıdır. Bunun içindir ki ceza olarak, onu davet eden zevke muhteva ve mahiyet itibarile tamamen tekabül edecek azab çeşidleri seçilmelidir.

Bu meyanda Aristo'nun cezadan salâhı da beklediği X. 3. 1104 b. cezanın muhteva ve mahiyeti hakkında söylediklerinden çıkmaktadır:  $\lambda\alpha\tau\epsilon\sigma\iota\alpha\ \gamma\alpha\epsilon\ \tau\upsilon\upsilon\epsilon\acute{\iota}\varsigma\ \epsilon\lambda\omicron\upsilon\upsilon\ \alpha\acute{\iota}\ \delta\epsilon\ \lambda\alpha\tau\epsilon\sigma\iota\alpha\ \delta\iota\alpha$

τῶν ἐναντίων πεφύκασι γίνεσθαι = yani onlar (cezalar) bir nevi şifa tedbiridir. Şifa tedbiri tabiatı icabı panzehir olarak tesir eder. Fakat cezanın çekindirici tesirine taallûku itibarile bilhassa, Nikom. Ethik III, 5, 1136 daki sözü hatırlatmak isterim: «Vazî kanunlar kötü bir şey yapanları cezalandırır ve tedib ederler, buna mukabil ahlâkan güzel bir şey yapanları da taltif ederler. Bunları teşvik ve tenşit, öbürlerini ise korkutmak ve çekindirmek maksadile bu şekilde hareket ederler. ὡς τοὺς μὲν προοφείποντες, τοὺς δὲ κολύσσοντες.

Görüyoruz ki Aristo, büyük hocası Eflâtun'dan öğrenmiş olduğu gibi her yerde cezanın meşruiyetini doğrudan doğruya onun gayesinde, yani güttüğü maksat ta buluyor. Bu sebeple Gomperz (Yunan mütefekkeri. Cilt III, 3 ve 4 üncü tabı, S. 160 1931) in iddiası tamamen doğrudur. Ona göre: Aristo «fenalıkların (cezaların) tahmilini ancak onların istikbaldeki seyyiatan sıyanete hadim oluşları nisbetinde haklı gören» rasyonel bir ceza hukuku tatbikatı tavsiye ediyor.

Fakat şimdi izah ettiklerimizle Aristo'nun kefarete nazariyesinin bir muakkibi olduğu hakkındaki çok müteammim telâkki nasıl telif olunabilir? Ben burada yalnız bu telâkkinin en ehemmiyetli iki mümessiline işaret etmek isterim. Bunlardan biri olan Hukuk Felsefesi mümessillerinden Lasson, meşhur «Hukuk Felsefesinin sistemi = System der Rechtsphilosophie» eserinin 59 uncu sahifesinde, Aristo'ya nazaran ceza tevziinin müsaviye müsavi (ayna ayn), gayri müsaviye, gayri müsavi kaidel esasiyesine istinat ettiğini iddia ediyor. Diğer Ceza Hukukunun mümessillerinden v. Hippel, büyük «Alman Ceza Hukuku = Deutsches Strafrechts» manüelinde, hattâ daha ileri giderek «Aristo'da kefarete düşüncesinin izah ve tekâmülü» (Cilt, 1. S. 464; 1935) ünden bahsediyor ve Aristo'nun «cezanın anlaşılması için intikamın mahiyetinden hareket ettiği» ne işaret ediyor. (S. 463).

Aristo'nun: «Kim kefarete dilerse, intikam alır» (Rethorik II, 2) dediği muhakkaktır. Fakat yine o diyor ki: «İntikam ve ceza arasında bir fark vardır: Ceza onu çekenin, intikam ise hoşnud olması için onu alanın kısmet ve payıdır.» διαφέρει δὲ τιμωρία καὶ κόλασις ἢ μὲν γὰρ κόλασις τοὺς οἰσχόντας ἕνεκα ἔστιν, ἢ δὲ τιμωρία τοῦ ποιούντος, ἵνα ἀποπληρωθῆ.

Aristo'nun bunu, kâ'bına erişilmez bir açıklıkla bilmiş ol-

masına göre, cezanın manasını intikam prensipi olan kefarette görmüş bulunması en yüksek derecesile şüpheli bir vaziyet arzetmez mi? Filyat bu şüpheyi hak verdiriyor.

Nicomachus(1), Etikin, tevzin edici adaleti *διανεμητικὸν δίκαιον* tevzi edici adalet *διορθωτικὸν δίκαιον* den ayırdığı ve bunlardan birincisi için kefarete prensipi talep ettiği yerlerini, iyi ce gözden geçirecek olursak, bu prensipi Aristo'nun asla cezanın **hukuki sebep** ve gayesi olarak ele almadığı, belki nihayet ona ceza ölçüsü (Nestle Zeller — Yunanlıların Felsefesi II, 2, S. S. 738; h. 3; 1921) mahiyetini izafe ettiği meydana çıkar. Aristo, Nikom. Ethik V, 7 de şöyle diyor: «Herkes haksız olarak tesahub iddiasında bulunduğu fayda kadar zarara katlanmalıdır. Herkesin kazancından, haksızlığa düşer olan zararının baliğ olduğu miktar tarholunur» (geri alınır).

Ceza Hukuku münasebatına asla uymıyan bu garip ıstılatarzinin (terminoloji) burada kullanılmasının sebebi kolayca izah olunabilir. Aristo, bu satırlarda alelittlak hukuktan bahsediyor ve bu sebeple medeni hukuka ait münasebatı da birlikte kasdediyor. Şimdi bey., tırampa, icare ve saire gibi bir kıymetin diğer bir kıymete karşılık verildiği bütün medeni hukuka ait akıtlarda vukuu muhtemel bir haksızlığın, her iki taraftan hiç birinin diğerine karşı menfaatli ve yahut zararlı kalmıyacak tarzda refedilmesi, yani arada tevazünün temini şüphe götürmez bir hakikattir.

Bilhassa gerek bu Ceza Hukuku münasebetlerinin Medeni Hukuk münasebetleriyle aynı muameleye tâbi tutuluşu, gerek Ceza Hukuku terminolojisinin Medeni Hukuk telâkkisinden alınmış mefhumlara bağlanması, Aristo'nun kefareti mutlak mer'iyeti haiz bir kıymet ölçüsünden başka bir şey telâkki etmediğine en celi bir bürhandır. Kefaretin vazifesi «riyazi müsavata» yeneden tesis etmektir. Bu itibarla da sırf amelî bir maksada haddimdir:

Kefaret mazide haksızlık vukua geldiğinden dolayı değil, istikbalde haksızlığın devam etmemesi maksadile tatbik olunur. Bilhassa bu bakımdandır ki Aristo, cezanın ölçülmesi için dere-

(1) Aristonun Ethik'i. Oğlu Nikomachos'a ithaf olunduğu için Nikomahe Ethik'i adını taşımaktadır. Yukarıda Nikom. Eth. kısaltmaları hep aynı şeyi ifade ederler.

celi mikeyas olan kefareti, cezanın sebep ve gayesine, yani içtimal menfaate tâbi kılmıştır.

Şu izahata nazaran felsefenin bütün insan tefekkürü için en mühim bir safhası olan Protagoras'dan Aristo'ya kadarki felsefi devre, şu aşağıdaki hükmün ceza gayeleri âleminde de mer'i ve cari olduğunu bize öğretiyor:

Güneş altında yeni hiç bir şey (hakikat) yoktur.

Yazan:

**Dr. RICHARD HONIG**

Hukuk başlangıcı tarihi ve  
felsefesi ordinaryus profesörü

Türkçeye çeviren:

**Dr. YAVUZ ABADAN**

Hukuk başlangıcı, tarihi,  
felsefesi doçenti