

TÜZE KURUMLARI¹⁾

Adaletle hüküm sürdürebilmek için insanlar nelere girişmişlerdir, bunları görelim.

Yeryüzünde hayat evrensel bir savaş rejimi altında gelişmiştir. Her mevcudın, yaşamak için, yaşar gıda yemeğe mecbur olması genel kavganın etrafında döndüğü merkezi alın yazısını teşkil eder. Bazılarını yemek, başkaları tarafından yenilmemek işte hayvanların çoğu için daha doğar doğmaz, bütün ihtiyarlarını ve ellerindeki bütün enerjileri yutan ilk ve çok büyük iş budur. Organlaşmış mevcutların tekâmülü, evrensel nizamda, silahlanma yarışını, hücum ve müdafaa, takip ve kaçma vasıtalarının zahmetle elde edinişlerini göstermektedir. Her cins, özel bir silâh için yetginleşmektedir: yumuşak hayvanların (naime), kabuklu hayvanların (kışriye) veya haşerelerin bağaları veya kıskaçları, iğneleri, yılanın zehri, kurdun dişleri, insanın eli. Her yerde harp var; ormanlarda, denizlerde, yerde, havada. Dünyanın yaradılışından beri bir tek hayvan mütemadiyen yenileşen bir yoketmeğe, metolla takip edilen çok büyük bir öldürüşe baş vurmadan bir saniyecik olsun yaşayışını temin edememiştir.

Bununla beraber bu tüyler ürpertici savaşa muvazı olarak ve ondan kurtulmak için fertler hiç durmadan ittifaklar aramışlardır.

¹⁾ René Allendy, *Justice Intérieure*, ed. Denoël et Stecle, Paris, 1931. Birinci kısım, Birinci başlık.

Bunu daha ilk günlerde, az rastlanan senbiyoz veya bir çeşit tufeylilik şeklinde, veyahut daha çok sabit ve daha muntazam ırk gurubu halinde gerçekleştirmişlerdir. Şu çok genel bir hadisedir : Bir ırkı temsil edenler, aynı silâhlarla teçhiz edildikleri ve müsavi kuvvette buldukları zaman normal hallerde sistematik bir şekilde birbirlerine saldırmazlar. Aralarındaki çatışmalar arizidir. Daha ziyade, iyice anlaşarak tecavüzi ve tedafüi iştirakler yapmağa çalışırlar. Yakınlarile dayanışarak genel savaştan korunmak için uğraşırlar. Birbirlerini yemekten kaçınırlar. Burada, cinslerin çiftleşmesi sulhu sağlamlaştırır veya izah eder. Ve hatta bol çocuk yetiştirmek, müşterek düşmanlara karşı, değeri çok bir kuvvet halini alır. Barış salan tenasül böylece yiyecek vahşetlerine karşı koyar. Bundan başka, doğan çocuklar, polib kolonileri, haşere cemiyetleri gibi iştirakler teşkil edebilirler. Hatta bu kollektif ve organlaşmış birliğe inhimakin, arıların veya ulusun içtimailiğine ve hatta dini mistiklerin evrensel ittihadı temayülünü olduğu kadar, protozoer veya Metazoer'lerin tekâmül yolunu çizdiği gözükmektedir.

Böylece, hazım cihazı veya cins, iki makûs kuvvet, ki mihveride üzerinde mevcutların kaderi döner, bahis mevzuu olduğuna göre harp veya sulh daha ilk günlerden beri yeryüzünde vardır. Demek ki herkes yemek için hücum ettikleriyle hısımlık veya çiftleşmek yüzünden kendini bağlı duyduğu kimseler arasında hareket tarzını tanzim edecektir. Ve her yerde ferdi, gıda rekabetle, ırk, doğum sosyallığı arasında bir uyuşma, hatta tesahüple fedakârlığı birbirine karıştıran ve seveceklerini ısırın biz insanlarda bile kabataslak, bellisiz, çok defa yetkinsiz bir uzlaşma çizilmekte olduğunu görmekteyiz.

Hakikaten, kavgada bulunan böyle bir evrenden doğan, fakat sosyal yaşayışın yüksek bir derecesini gerçekleştiren insanlık müesseselerinde, yıkıcı vahşetle saklayıcı dayanışma arasında çok karışık bir uzlaşma baş göstermektedir. Bir yandan fertler arasındaki daha geniş ve daha çeşitli münasebetler çatışma kaynaklarını çoğaltır, öte yandan emniyetin sosyal zaruretleri çok geniş ve çok sık karşılıklı yoketmelere engel olur. Çok özel menfaatler üzerinde yapılan, alâkadar olamayacağı, ferdi mücadelelerle karışıklığa uğratılan insan muhiti o mücadeleleri kötü görmeğe, icabında karışıklığa sebep olanları vurmak için birleşerek onları azaltmağa çalışır.

Bu ihtilâflar insan zekâsını tabiatile yardıma çağırarak onu sabit bir düzen düşünmeğe sürüklemiştir. Bir insiyak çatışmasından (ferdî saldırma insiyakı, ölç alma insiyakı, ve komşuların kızgınlıklarından korkma şeklinde kendini gösteren sosyal insiyak) husule gelen bu meselelerin medeniyet ilerlemelerine büyük ölçüde yön vermiş oldukları düşünülebilir. Hem o kadar ki Hukukun doğuşu ve gelişmesi insan yetkinliklerini çok tam bir şekilde işaretler.

Adalete, yani topluluğun göbeğinde fertler arasındaki çatışmaları halle bağlamakla ilgili insan müesseselerine bakacak olursak, yırtıcı ve amansız ferdî rekabetin çok fazla sertliklerinden, iyi sever ve acır dayanışmanın daha açıkça emeklenmesine kadar uzun ve güç bir yürüyüş buluruz.

Önce, umumiyetle insanlarda, suç müeyyedesinin çok elzem bir ihtiyaca cevap verdiği göze çarpar. Her kişi bütün insanlara faydalı bir nizamı saydırmak şuurlu ve makul kaygusunu kat kat aşan bir çeşit hırsıla suçlunun ceza görmesini ve âdilin mükâfatlandırılmasını temenni eder. Şüphesiz ilkin sosyal zaruretlerden doğan, fakat bizatihî bir maksat halinde tesbit edilerek ahlâksal bir ülkü haline geçen adalet hissinin insiyakîlik vasfı bu hırs içinde gözükür. Kaldı ki, aynılaştırma (identification) nun teessürî sıralaması ile, her kişi kendisine haksızlıkta bulunan bütün insanlara karşı topladığı kını suçlu üzerine ve zarara uğradıkça kendikendine lâyük gördüğü bütün merhameti suça kurban gidene aksettirir. Öyle ki ötekilerin menfaatları için ölç almak isterken, her kişi, değişme; benzeyiş veya yerine geçirme yoluyla kendi kırgınlıklarını takip eder. Bunun içindir ki tüze kurumları, onları yaratan veya kabullenen fertlerin, hassasiyet ve anlayış derecelerine göre, teessürîyetlerle damgalı gözükürler. Tüze kurumlarının, umumî bir şekilde suçluyu az veya çok yırtıcı bir ölüm, sürgün veya hapis (senbolik ve tahfif edilmiş ölüm) ile ber taraf ederek suç üzerinde cemiyete verilmiş bir intikam (ihtiyacını) tatminden ibaret buldukları birinci staddan, suçluyu hem kendi hem de onu ilerde tekrar içine alabilecek ve bazı şartlar altında kullanacak topluluk menfaatına, ona töbe ve istiğfar ettirmeği, onu yadsosyal inhimâklerinden çevirmeği, devşirilmesini kolaylaştırmağı hedef tutan daha yetgin bir stada yükseldiklerini görüyoruz. Bu hal çaresi elbette daha âlimane ve daha ekonomiktir. Fakat cemiyetce birinci stadın kinci vahşetinden vaz geçilmesini tazammun eder. Netice itibarile

tüze sıralaması yavaş yavaş yok etmekten iyi etmeğe, vahşetle bertaraf etmeden tekrar cemiyet içerisine almak için çalışmağa, yok edici harpten hayat katıcı sulhe geçmektedir.

Tam iptidai halde sosyal Hukuk yoktur. En kuvvetli olan en zaifa dilediği gibi hükmeder, ve bu sonuncu muayyen hiç bir himayeyi hesaba katamaz : kudretli olanlara kendini beğendirmeğe çalışmak ve böylece hüsnü tevccühlerini kazanmak mecburiyetindedir. Bu bir çeşit kuvvete esirlik rejimidir. Çocuklarda bu sosyal stadi hatırlatan bir hal bulunur : Mektep hayatında alay ve hakaret yalnız (yenilere) ve orada hiç müttelikleri olmıyan küçüklere tahsis edilir. Ona kurban olan kimse üzerinde bu rejim çok şiddetli öç almak veya hiç olmazsa vaziyeti kendi lehine çevirmek arzusunu uyandırır. En insiyakî tepki başkalarına, ele imkân geçer geçmez o kadar veya hatta daha çok izdirap vermekten ibaret olur. Bundan sonra zarar vermek arzusu ancak intikam korkusile itidal bulur. Bu noktada kalmış olan ehalilerde pek tabii olarak adalet tevzii yoktur : Hahsızlığa maruz kalan haksızlığı yapandan, elinden gelirse ve yapabildiği kadar öç alır. Ailesi ve komşular mümkün olduğu kadar az ve yalnız kendi emniyetleri, kırgınlıkları ilgilendiği zaman işe karışır. Bu hallerde de ne acımak ne de bağışlamak vardır. Her kes kendi emniyeti için yalnız kendinden yardım umabilir. Kasdı fena olanlardan mümkün olduğu kadar köksel bir şekilde kurtulmak elzemdir. Ölüm hemen her zaman bu öç almaların en yakın maksadını teşkil eder. Her hangi başka bir müeyyede ilerde harbin yeniden başlaması tehlikesini gösterdiği için tam ve kat'i emniyet ancak suçlunun ölmesiyle kabildir. Bundan başka çok basit bir psikoloji denemesi düşmanları korkutmağı öğretir. İntikam ne kadar zalimane olursa onu yapan o kadar saygı görür. Demek oluyor ki öç alma fiilinde yalnız kurban olmak çükük vaziyetinden çıkarak yenen şerefli mevkiine geçmek için bir izzeti nefis duygusunu tatmin etmek bahis mevzuu değil, fakat mümkün olduğu kadar ilerde her hangi bir hücum teşebbüsüne mani olmaktır. Böyle bir statü, pek tabii olarak, tamamile en kuvvetlinin hukukuna dayanır. Mutlak ve itiraza uğramayan bu hukuk iptidai kimselere adil gözükür. Bu sonuncular, insiyak kanunlarına uygun ve örfle tesbit edilmiş olduğu için en kudretlinin keyfi idaresile tahakküm etmesini normal, demek ki nısfete de uygun, gibi duyarlar. Muvaffak olmak, bugün nasıl iyi deliller bulacak veya faydalı ahlâksal ve daha başka tesirleri işe katacak kadar fikren maharetli olmaktan ibaretse, o za-

man da cismen kuvvetli veya mahir olmaktan ibaretti. Fakat bu ilk stadi vasıflandıran, çatışmanın adeli veya fikri mahiyetinden ziyade, tek geçer korunma çaresi maznunun ve onu müdafaa edebilecek herkesin ortadan kaldırılması olduğundan, yapılan haksızlıkla alınan öc arasındaki alışılmış nisbeksizliktir. Böyle kuvvet ve korku ile korunma çaresini, müstesna bir kudret veya nadir haller dışında, uzun zaman tutmak güçtür. Ekseriya böyle bir tarz sonsuz Vandetta'lar doğurur ve tarafsızlıklarını muhafaza etmek kendileri için kârlı olan guruplar arasında az veya çok yaygın bir harbin tutuşmasına sebep olur. Öte yandan, bir zaman gelir ki, ilk çatışmada bahis mevzuu olan menfaatların artık kimseyi ilgilendirmediği görülür. Uyuşmazlıkların yayılmalarına karşı bir tepki vücutlaşmağa başlar. Bir önder prestijini veya mes'uliyetlerini öne süremeyecek ferdi kudretlerin hadden fazla çoğalmalarına karşı da bir tepki gövdeleşir. Topluluk ayrı ayrı düşmanları üzerinde çok kudret kazanan veya onlara çok şiddetle muamele eden kimseye karşı — ki herkes için bir tehlike halini almıştır — birleşir. Böylece sosyal yaşayış, her çeşit tepkisel mekanizmlarla, pek çok daha önceki örneklere veya kendiliğinden alınan itiyatlara dayanan ferdi çatışmaları tanzime, kanallaştırmağa, azaltmağa çalışır. İşte öc alma vasıtalarının malûm formüller halinde bir çeşit tebellürü olan Hukukun menşei budur.

Halbuki bu iptidai staddan iki gelişim çizgisi çıkar. Birincisine göre şahsi intikam etrafça tasdik edilen bazı törüleri (coutume) takiben kodlaşır. İkincisine göre, adalet, yani ilkin intikam işini, topluluk üstüne alır.

İntikamın alâkadar tarafından gerçekleştirilmesi bir çok teşrii mevzuatta önemli eserler bırakmıştır. Ve bugün bile kodumuzun ruhundan ne kadar uzak olursa olsun, mahkemelerimiz aldatıldığı için karısını veya rakibini öldüren kocayı beraat ettirdikleri zaman aşağı yukarı bu öc almayı bir hak olarak tanımaktadırlar: Burada yakın intikam bahis mevzuudur. Geç öc alma düelloda aranmıştır. Fekat bu müessesenin başlıca vasfı mahkemelerin az veya çok yetkesiz buldukları çatışmaları halletme vasıtası olmasıdır. Bu noktaya daha ilerde tekrar geleceğiz. Ne olursa olsun ilgili tarafından öc alma cemiyetçe bir çok tahditlere tabi tutulmuştur: Yakın intikama, yalnız çok dikkatle tayin edilmiş bir kategori haksızlık

için müsamaha edilir¹⁾. Daha geç öc alma, ihtimamla bütün fiillerini tanzim eden bir takım muameleler bütünlüğüne tabidir.

Doğrusunu söylemek lâzım gelirse, bu tahditleri mecburî kılan ve kabul ettiren yalnız sosyal bağın gelişmesi ve onun bir neticesi olan emniyettir. Fert kuvvetli bir topluluk tarafından tasdik ve himaye edildiğini duyduğu kadar, her zaman dilediği gibi öc almak duygusundan kısmen vazgeçer²⁾. İşte böylece sosyal yaşayış en kuvvetlinin hakkına ilk tahditleri koyar. Ferdî insiyak, eğer belli bir hadde sosyal kötü görmeye rastlamasa, öc almayı en son ucuna götürmeğe çalışacaktır (haksızlığa uğrayan daima haksızlığı yapana kanunca verilen cezayı lüzumundan az bulur). Adaletten konuşmak için suçla ceza arasında, tayin edilmiş bir nisbetin gözükmesi zarurîdir. Böyle bir tüze ancak üçüncü şahısların kontrolü veya onların vasıtasile icra edildiği vakit mümkündür. Harplar, ihtilâller, bu kontrol bir kere tâlik veya ilga edildimi, adı medenî olan bu insanların yaptıkları vahşetin nasıl bir hadde çıkabildiğini göstermektedir. Kurulmuş iktidarlar bile ayrı ayrı fertlerin kendiliklerinden gelen ve ilkel sadizme kadar aşkın bir ceza dereceleri tesis edebilirler. Çinliler bu sahada korkunçluğun en son noktasını bulmuşlardır: en küçük bir hırsızlık onlarda halâ feci bir ölümle cezalandırılır. Bu vahşet Buda dininin bütün tesir ve gayretlerine rağmen yine devam etmektedir. Çinliler ve az rastlanır bir takım vahşi ahâlilerden sonra, düzenli kodlarında vahşetin en kötüsünü gösteren, işkencelerile *Roma Hukuku* ve *Inguition*'un yakdığı insanlarla *Roma Kilisesi* olmuştur. Eğer X ve XII inci asırlarda ölüm cezasına karşı dinin ilham ettiği bir tepki olmuşsa, bu da onun yerine en korkunç sakatlamaları koymak içindi. (Guillaume le Conquerant'ın bir emirnamesinde gösterilen göz çıkarmalar ve kemik parçalamalar gibi).

Mevzuatın bu sonsuz şiddeti iptidai insandaki tekâmül etmemiş insiyakla elbette ilgilidir. Suçlunun düşmanca yok edilmesi peşinde koşan çok geri bir adalet şeklini tavsif eder. Şüphesiz ceza vermek sosyal kudretin vazifesidir ve topluluğun heyecanlı tepkisini temsil

1) Eski Çinde mahkeme yalnız Devlete, dine, aileye karşı yapılan suçlarla meşgul olurdu. Hindistanda Manu kodu (VII-4-7) mahkeme için ancak 18 suç göz önünde tutuyordu; geri kalanlar hakkında şahsî adalet kısmen kabul edilmişti.

2) İncilde şu okunur: «Bana açılan her yara için bir adam, her vuruk için bir çocuk öldürürüm. Kabil yedi defa öç alır. Lémec 77 kere».

etmektedir. Bu bakıma göre Abel Rey haklı olarak şahsî öc almanın her noktadan sosyal otoritece vurulan cezadan ayrıldığını iddia eder (1). Şu var ki, ilkin cezanın sosyal bir öc alma gibi anlaşıldığını ve bu sığata dayanarak hiç olmazsa ferdi intikamla benzeyiş münasebetleri gösterdiğini inkâr kabil gibi gözükmemektedir. Psikoloji bakımından bir çok - ana babanın çocuklarını nasıl cezalandırdığı araştırılırsa verdikleri cezalarda bu öcalma vasfını bulmakta gecikilmeyecektir. Kaldı ki *Abel Rey* iptidai cezanın sırf vahşî bir ihtiyacın harekete getirilmesinden ibaret olduğunu kabul etmektedir.

Yasalamalar (législations), cürme mümkün olduğu kadar müsavî bir ceza kurmak istediğini gösterdikleri ve talyon (kıyasa kıyas) kuralını benimsedikleri zaman büyük bir ilerleme gerçekleştirmiş oldu. Elbette böyle bir adet yine bir öç almadan ibarettir. Ona bundan başka bir gaiyet bulmak da güçtür. Fakat bu öyle bir intikamdır ki insiyakî tazyik, orada, objektif bir kriteriyomla her noktadan tahdit edilmiş olur. Denebilir ki talyon ilk objektiflik gayretini temsil eder ve bununla şimdi konuştuğumuz ihtiraslı öcalmadan sarîh olarak yüksek bir stadı işaretler. Halbuki bu talyon anlattığımız yasalamalardan çok önce olanları ilham etmiştir. İlerleme zaman içinde sürekli bir çizgi beşinde gitmez. Tersine, insan cemiyetlerinde fertlerin derecelerine göre bazıları geri, bazıları çok yetkin temayüller bir arada bulunurlar. Siyasa dalgalarının tesadüfile bazan bunların en aşağıları, bazen de en yüksekleri gerçekleşmek iktidarını elde ederler. Şunu söylemek lâzımdır ki her pratik yasalama, bazıları ussal (rationnel) ve daha yüksek ilhamlardan gelen, bazıları da insiyakî ve hakikaten vahşetten başka bir şey olmayan karışık bir prensib halitasından ileri gelmektedir. Ne olursa olsun, talyon, romalılarda eski XII levha kanununda gözükmektedir. İsrail kodunun esasını teşkil eder. Exode'da söylenmiştir ("göze göz ve dişe diş,"). Sayılarda (*Nombres*) şu okunur: "Bir kimse demirle vurur ve vurulan ölürse, adam öldürmeden suçlu olacak ve kendisi de ölümlle cezalandırılacaktır... eğer bir tahta aletle vurursa ve vurulan ölürse, ölenin öcü vuranın kanı akıtılmak suretile alınacaktır. Öldürülenin akrabası adam öldüreni öldürecektir. Onu, ele geçirir geçirmez

1) Abel Rey *Logique et Morale*, Paris, 1916, s. 922-923.

öldürebilecektir (XXXV, 16-19). Öc alma düşüncesi burada açıkça anlatılmıştır. Talyon, Mısırın *Hammourabi* kodunu ilham etmiştir., 200 üncü madde derki, eğer bir insan kendine müsavi olan bir insanın dişini düşürürse onun da bir dişi düşürülür., Muhammedin kodudu da - ki vandettalara karşı bir tepkidir - Talyonu esas olarak almaktadır: Meslâ açılan yaraların öcü, onlara kurban olanların en yakın akrabası tarafınd alınmalıdır. Belli bir tüze ilerlemesi teşkil etmekle beraber Talyon çok iptidaî ahalilerde vardır. Afrika zencilerinde uzuv eksiltmeler Talyonla cezalandırılır ¹⁾. Avusturalyalılarda küfreden adam hakaret edilen kimseden başına bir yumruk yiyecektir. Yaralayan, ona kurban olandan aynı yarayı alacaktır ²⁾. Talyonun orta çağda da yaşadığı ve bazan çok kaba bir şekil aldığı görülür: İngilterede *Leges Henrici*'ye göre bir ağaçtan bir kimse üzerine düşerek onu öldüren adam, aynı ağaca çıkan ölenin akrabasından birinin kendi üstüne düşmesine tahammül etmeğe mahkûm edilirdi ³⁾.

Bu hukukî gelişme stadında en göze çarpan şey mesuliyetin yalnız suçluya hasredilmemiş olmasıdır. Bu, objektiflik ülküsüne karanlık katar ve bir sukut vasfı gösterir. Serbestçe öc alma stadından şu duygu kalmıştır: Suçlunun bağlı olduğu aile, etraf, adli hareketi eline alan cemiyet kadar (ve mukabil yönde) işle ilgilidirler. Demek oluyor ki suçlunun yakınları suçludan, kurbanın yakınları da kendisinden yana çıkmış sayıldıkları için onları da suçlunun yerine veya onunla beraber cezalandırmak haksız bulunmamıştır. İncil haksızlık yapan adamın oğullarına ve torunlarına uzun bir nesil basamağı üzerinde, cezalar vadetmektedir. Yalnız Avusturalyalılar, zenciler, çinliler, amerikan hindlileri suçlu bulunamasa onun yerine akraba veya çocuklarını öldürmezler. Mısırın *Hammourabi* (Hammurabi) kodu bu yolda daha ileri gider: "Eğer bir evin yaparı yanlışlıkta bulunur ve ev yıkılırken sahibini öldürürse, onu kuran öldürülür (madde 229). Fakat «eğer ev sahibinin oğlu yok olursa evi yapanın oğlu öldürülür (madde 230)». Nihayet "eğer yok olan bir esir ise evi yapan bir başkasını temin edecektir.,

Bununla beraber otoritelerin iktidarı çoğaldıkça talyon kanunu

¹⁾ Post *Afrikanische Jurisprudenz* 1887 et Odenburg 1895.

²⁾ P. Curr. *The Austuralien Race*, 3 vol. Melbourne, 1866-1867, I, p. 339

³⁾ Pallock et Maitland. *The History of English Law before Edward I.* 1898 ill, p. 470.

yumuşamağa yüz tutmuştur. Önce fayda sebepleri araya girer : suçluluğa itirazlar ve meşhut cürüm dışında herkesce kabul edilecek bir hüküm verebilmek zorluğu, sonra çok hoşnutsuzluk yaratmak ve öc alma korkularını kamçulamak endişesi, nihayet adaleti temin etmek vazifesini üstüne alan topluluğun maddî menfaati ve herkesin — kurban veya hak sahipleri, hâkimler veya klan üyeleri— istifade edeceği bir para cezasını ölüm kıyalı yerine komadan doğacak kazanç. Hakikat aranırsa bu takas sistemi ancak hâkimin elinde ödemeği isteyecek ve şikâyetçilere kararını zor zoruna kabul ettirecek kadar kuvvetli bir yürütüm iktidarı varsa tatbik edilebilir. *Post* para cezasının bütün suçlar için tatbik edildiği 10 Afrika ahali listelerini vermekte ve yalnız cinayetin bu şekilde ödenemediği 3 başkasını da söylemektedir¹⁾. Eski cermenlerde yalnız cinayet ve adam kaldırma ölümle cezalandırılırdı. Öteki suçlar için para cezası vardı²⁾. Orta Kaliforniya Hintlilerinde bir erkeğin öldürülmesi 10 ve bir kadının ki ise 5 çakıl destesi para cezasma tarifelendirilmişti³⁾. Böyle bir takas sistemi Malezyalılarda, Yeni ginelilerde, Kalmuklarda, Kırgızlarda, Bedevilerde, Somalılarda, Garp sahili zencilerde, İç Kongolularda vardır.

Bu stadda, cezayı suça mütenasip kılan bir tarife kurulmuştur. Para cezasının miktarı kurban olanın sırasına ve kategorisine bağlıdır: Olgun bir adam bir çocuktan, bir erkek bir kadından, hür bir kimse bir esirden daha fazla eder. Hamurabinin meşhur kodu talyonu yalnız yüksek sıfatlı kimselere tahsis eder. Daha az saygı değer kurbanlar için para cezası tatbik edilir. Böylece bir patrisyenin kızına vuran bir adam onun çocuğunu düşürtürse 10 shekel gümüş ödeyecektir. Eğer kız ölürse suçlunun kızı ölümüne çarptırılacaktır. Fakat bahis mevzuu olan bir plebeyyen'in kızı ise, saldıran düşürme için 5 shekel ödeyecek ve ölüm halinde yarım (min) gümüşle kurtulacaktır (madde 209 dan 212 ye). Bu jüris prüdanslarda tarife yalnız ahaliilere göre de değişmektedir: Orta çağ İngilteresinde kan akıtmak *Lewes* de 7 şilin, fakat *Shropshire*'de 40 şilin para cezasına tabi tutulurdu⁴⁾. Bu sistemlerde haksızlığa uğrayanın, ekseriya, para cezası kabul etmemek ve talyon istemek

1) L. c. cilt II, s. 30

2) Waitz. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. Berlin (s. d.), c. I, s. 437

3) Powers. *Tribes of California*. Contrib. to *North America Ethnology*. 1871-c. III.

4) Pallock et Maitland, *J. c.*, c. II, s. 457

selâhiyeti vardır: Böylece *Charlemagne*'ın 802 kapitüleri, cinayet halinde, fenalığı daha çok çoğaltmamak için ailelere para takasını kabul etmelerini tavsiye etmektedir ¹⁾. Bununla beraber genel olarak, bir suçu para cezasile ödemek kolaylığı dava açanın elinde olmasına rağmen bazı sosyal sınıfların (bu hukukî yumuşaklıktan esirler istifade edemedikleri için) ve bilhassa bir topluluğun (yabancılar açıkta bırakıldığı için) imtiyazı idi.

Yalnız klana tahdit edilmiş olması ve onun dışında daha çok şiddet göstermesi bu adalet stadının başlıca vasfıdır. Bundan başka para cezasından mesuliyet, vücut cezasından çok kollektif addedilir ve suçlunun bütün ailesine genişletilir. Bu bize ne kadar garip gelirse gelsin, henüz çok yakın bir zamanda para borcundan dolayı bir oğul babası yerine hapse girebilirdi. Mesuliyetin yalnız suçluya hasrı iptidai bir mefhum teşkil etmekten çok uzaktır. Yasalamalar ona pek geç varmışlardır. Hamurabi kodunun erkek için erkek, kız için kız öldürdüğünü gördük. Çinde de böyledir. Bir adam bir ailenin 4 üyesini öldürürse başı kesilir ve erkek çocukları, yaşları ne olursa olsun onunla beraber, kurban miktarı kadar öldürülürler. *Post*'a göre on yaşında bir çocuk babasının suçları için ve daha başka çocuklar da aynı sebeple ölüme mahkûm edilmişlerdir ²⁾. Bu adete Kora'da, Japonyada rastlanır. İhtilâl zamanında bile Fransa sıyasal suçları cezalandırmak için bu çeşit örnekler göstermiştir. Otorite, vakarını muhafaza edebilmek maksadile, her yapılan hata için, yakışıklı bir taksim kaygusunu duymadan ve hakikî suçluyu bilmeden, bir ceza vermek ihtiyacını hisseder. Kollektif ceza mekteplerimizde, kışlalarımızda, hapishanelerimizde çok onurdadır. Aynı şartlar içinde ve hücum edilmeyecek kadar kendini kudretli hissettiği zamanlar tüzel otorite "bir örnek olsun diye,, masumları, bilerek, vurmuştur.

Her ne kadar talyon yalnız öcalma ülküsünü tecelli ettiriyorsa da, bütün azaltmalar, meselâ para cezası gibi, tüzeyi anlayışta yeni bir stad şafağının doğuşunu gösterdikleri meydandadır. Denebilirki yeni bakım kurbanın öcünü almaktan çok, amme intizamını temin etmek isteğini gözönünde tutmaktadır. Artık adaletin savaştığı insan olarak suçlu değil, fakat daha ziyade mücerret olarak suçtur.

1) Jenks *Law and Politics in the Middle Ages*. London (Murray) 1919.

2) *Post*, l. c., c. II, s. 164 ve 226

Doğrusunu söylemek lâzımgelirse böyle bir stada, gerçekleşmek yolunda olduğu meydanda bulunmasına rağmen, bugünkü en ileri, arkaik bakayalarla dolu, mehakim içtihatlarımızda bile tamamen erişilememiştir.

Halbuki, günün tüze fikri, bugünkü tekâmül noktasında, birçok bakımlardan, iptidai anlayışlardan farklıdır. Elbette bu, muasırlarımızda daha ince teessürî temayüllerden ileri gelmektedir. En önemli vasıflardan biri kollektif mes'uliyetin — hiç olmazca teoride — kaldırılmasıdır. Şu kadar var ki buna erişebilmek için fert serbestisini kabul etmek ve (hukuku beşer beyannamesine) yazılmak lâzım gelmiştir. Gördük ki pratikte kollektif mes'uliyet tamamiyle ortadan kalkmamıştır. Her ne kadar vücutla zecir munhasıran şahsî ise de, bu, suçluya hükmedilen para cezalarile malen aileye dokunulmasına engel olmaz.

Bugünkü tüzenin bir başka önemli vasfı da, suçluluk evetlendikten sonra, manevî mes'uliyetin ölçülmesi için, girilen gayrettir ki bunun neticesi olarak ceza başka bir şekil alacaktır.

Her vakıada kurnaz bir ruhun tezahürünü, bir çeşit tutkunluğu aramağa meyleden iptidailerin ruhunda, istiyerek yapılan suçla kaza arasındaki fark pek vazıh değildir. Meselâ yahudilerde *Exode*, ihmal yüzünden adam öldürenlere ölüm cezası yerine bir (sığınak-şehir) e sürgün cezasını vermektedir (XXI, 13, 41). (XIX, 4-6) kazaen adam öldürmeği "öldürenin kurban için önceden kını yoksa¹⁾," şeklinde tarife çalışmaktadır. Bununla beraber *Exode* garip bir tezatla yalnız (Zend-Avesta gibi) hayvanların cezalandırılmasına değil, fakat bir suç veya kazaya sebep olan cansız eşyaya karşı harekete geçilmesini emretmektedir. Bu sonuncular yok edilecek veya satılacaktır. Burada bir büyü tesiri fikri hala tutunur gibi görünmektedir. Şu var ki, bu şartlar içinde delilerin, aptalların, küçüklerin mes'uliyetlerini takdir nasıl mümkün olur? Mehakim içtihadımızın da böyle zıtlıkları vardır: Bir tutkunluk suçunu (crime passionnel) işleyen, genel bir şekilde, beraat ettirilir; fakat bir otomobil kazası yapan kimse en nefret edilecek haydutlarla birlikte hapislerde sürüklenebilir. Eşyayı cezalandırmaya gelince, bunlara hala bazı ör-

¹⁾ Sayılar, XXXV-15, 20, 21, 24'e de baktınız.

nekler bulunabilir : Amerika birleşik devletlerinden *New-Jersey*'de kazaen bir adamın ölümüne sebep olan otomobil, oranın otoritesi tarafından yakılır. Bütün bunlar bugünkü tüzeyi, manevî mes'uliyeti takdir ve bu unsura göre müeyyedelerini tanzim etmek isteğinden alıkoyamaz. Böylece suçu işleyen aleyhine eski öcalma yerine suçlu bir niyetin bir çeşit kefareti geçer. Cemiyet, zarar vermek arzusu — ki kıyılacak tek unsur odur — cezalandırılmak şartile yapılan fenalığın sayıscı bir izdıraba yol açmaktan geri kalabileceğini az çok kabul etmektedir. Bu hiç olmazsa, başka istekler arasında, gerçekleşmeğe çalışan bir ülküdür. Birbirlerinden çok ihtimamla ayrılması lâzım gelen bakımların karıştırılmalarından bir sürü tezatlar doğmaktadır. Hakikaten, bir yandan her suç fiili, psikolojik saikler, yettiği kadar bir incelikle tahlit edilir ve yadşuurel faktörlerin de araya katılmaları bilinirse, hür olmadığını kabul etmeği mümkün kılacak kadar *muayyen* gözükür. Bir başka kimsenin aynı şartlar içinde başka türlü tepkide bulunacağı anlaşılır. 2) Onu böyle hareket ettirecek olan şahsî mekanizmalar sezilir. Bu mekanizmalar kudretinin büyüklüğünü psikopatoloji bize göstermiştir. Alexander ve Staub¹⁾ tarafından açıkça dile getirilen mes'uliyet meselesinin psikanalitik sonuncu bu mes'uliyeti kat'iyen reddetmektedir. Ve bu, meselenin ilimsel bakımı denebilecek yönü teşkil eder. Fakat *Pichon*'un metafiziko-moral adını verdiği bakımdan da münakaşa kabildir. Bu son bakıma göre dinamik aksanı ister bozucu kuvvet üzerine, ister karşı koyucu kuvvet üzerine götürerek, psikik mekanizmaya harekete geçme iznini vererek veya vermiyerek bu harekete geçmeyi müsait bir değişmeye doğru götüren, bir yüceleme (sublimation) veya hakikî bir cinayete varmağa izin veren psikolojik belliliklerin gerisinde hakikî bir mes'uliyet iş görmektedir³⁾, ve bir mekanizmanın izahı onda iş gören kuvvetlerin mahiyetlerini bildirmediği için, "niçin,, metafizik suali hiç bir zaman "nasıl,,ın ilimsel izahile örtülemez. Bütün bunlardan çıkan şudur : Mutlak mes'uliyet öyle bir alanda tekerrür eder ki daha önceki saha ile hiç bir temas imkânı göstermez.

Fakat nazarı hülâsaların yanında, ne hukukî-sosyal bakımı ihmal etmek, ne de, insanların sosyal insiyakından doğan hukukî mûes-

1) Alexander ve Staub, *Der Verbercher und seine Richter*. Wien, 1929

2) Cf. Dr. E. Pichon in *Revue francaise de Psyhanalyse*, 1929

seselerin bu insiyak icaplarını yerine getirmek yükümünde bulduklarını unutmak mümkündür. Bu yönden, fena harekete meyyal fert nezdinde sosyal kötü görmeleri frenleyici temsiller teşkili gibi yalnız pratik bir maksat için değil, fakat kalabalığın yadşuurunda bulunan ve çok ağır tepkilere maruz kalmak tehlikesi olmadan ihlâl edilemeyecek olan cezalandırma çok kuvvetli teessürü ihtiyacını doyumak için de müeyyedelerin zarurî oldukları gözükmektedir. Pratikte Kaza (Jurisdiction) bu meseleleri değiştirmez. Mesuliyetin takdiri kabataslak ve itibarî bir halde kalır. Psikolojik öğrenme usulleri iptidailikten çıkmaz. Böylece suçta önceden düşünmeği tayin için keyfi kriteriyomlara baş vurulur: Portekiz kodunun bir paragrafı öldürmek tasavvurunun hiç olmazsa fiilden 24 saat önce mevcut bulunduğu tesbit edilebilirse suçun önceden tasarlandığına hükmetmektedir. Sanki bu tedbirin ahlâksal bir değeri varmış gibi. Bundan başka sorgusuzluk ancak çok sarîh patolojik ve çok mahdut psikoz hallerinde öne sürülür. Kod kategorilerine yabancı olan bu takdir mahkemece psikiyatir eksperden istenir. Fakat bu sonuncunun vazifesi az çok itibarî veya keyfidir. Değer biçmede nevrozların büyük bir yer tutmaları âdet olmamıştır. Kaldı ki göz önünde tutulan faktörlerin önemi hakkında objektif bir dakiklik (précision) bulmak imkânsızlığı içinde azaltılmış bir mesuliyet anlayışı meseleyi daha çok karanlığa boğan bir ara bulmadır. Nihayet tüze, mesuliyeti takdir için yalnız psikopatolojik faktörleri değil fakat normal bir adamda ihtirazî faktörleri de hesaba katmak ister. Burada selâhiyetle değer biçme imkânı hiç olmadığı için, tesiri, kendilerinden, yalnız bir duygu notası istenilen kimselerin tepkisiyle yetkeli hâkimlerin kararını tahdit etmek olan, bu garip jüri müessesesi kurulmuştur. Hüküm, hâkimin ussal (rationnel) faktörile, kalabalık değişmelerinin göstericisi olarak alınan jüri üyesinin teessürü faktörünü birleştirir. Bu bellisizlikler (hâkimin ahlâksal ödevi) yadussal (irrationnel) kaotik bir faktörün tesirile yumuşatılmış olsaydı çok ağır bulunacaktı. Bu tesadüfe veya yadşuura baş vurma, tetkikimiz için pek çok önemlidir. Kaldı ki, usulde yeni bir hâdise teşkil etmekten de çok uzaktır. Tersine çok eski bir prensibin bugün hâlâ yaşadığını gösteren garip bir mümessilidir ki daha ilerde ondan yine söz açacağız. Bugünkü tuzenin başka bir vasfı da, yalnız suçu cezalandırmakla kalmıyarak, iade ye zarar ödemelerle haksızlığa kurban olanın haklarını korumaktır. Şüphe yok ki ilkel tüze de bazen bu maksadı takip ederdi. Fakat böyle bir hareket, cezalandırmak için işe karışanların yanın-

da, daima ikinci sırada kalırdı. Davacının ödevi ise her zaman karışık ve tehlikeli idi. Bu şekildedir ki bir çok eski yasalamalara göre, davasını kaybedince, kazanmış olsaydı karşı tarafın çarpılmış bulunacağı cezaya müsavi bir cezaya uğrardı. Bugün davacı suçluyu haber vermekle iktifa eder; Haklarını yettiği kadar isbat edemezse davanın yalnız çok ağır finansal hükümlerine maruzdur. Her halde suçluyu cezalandırmak bahis mevzuu oldukça aktif olan mahkeme, şikâyetcinin haklarını tesbit etmiye gelince pasif kalır. İşte bu yöndedir ki 1927 Sovyet kodu, usulü çabuklaştırarak, ucuzlatarak tüzeyi hakikaten herkesin erişebileceği bir hale getirerek, şikâyetçiye beyyineleri bulmağa yardım etmek ve davayı karmakarışık etme teşebbüslerine karşı komak için mahkemeye aktif bir rol vererek yeni bir ilerleme gerçekleştirmek istemiştir. Kaldı ki tüze "dul kadın ve öksüzün erişemediği bir şeydir. Masumu korumak vazifesinin daha çok yetginlenebileceği muhakkaktır.

Bugünkü kanunlar, mahkeme çıkabilecek olan bütün çatışmaları üstüne aldığı için, teorik bakımdan hususî şahısların kendi kendilerine haklarını almalarını kaldırmıştır. Pratikte ise, yukarıda gördüğümüz gibi ihtirasî suçlardan sistematik bir şekilde beraat ettirmeler, bize cinsî münasebetler bahis mevzuu olduğu zaman şahsî adaletin meşru bulunduğu hissini jüri üyelerinin ruhunda halâ yaşatmakta olduğunu gösterir gibi gelmektedir. İki yıl önce, çoktan hazırlanmış ve doğrudan doğruya yapılmış bir suikastta karısının sevgilisini bir kurşunla yere seren Parisli bir tecimene berat ettirildi. Halbuki Çinin eski yasalarında bile o cezalandırılırdı ¹⁾. Paris gazetelerinden birinin direktörünü öldüren bir sıyasa adamının karısı için de berat kararı verildi. Mahkemede öne sürülen sebep kendi hususî hayatını tehlikeye koyacak neşriyatın önüne geçmekti. Fransada düello için de aynı zıtlıklar görülür. Vahim hallerde ağır ceza mahkemesi jürisi beraat ister, halbuki en önemsiz hallerde bile asliye ceza mahkemesi durmadan mahkûm eder. Açıkça görülüyor ki kollektif duygu, teorik prensibi pek güçlkle takip ediyor.

Nihayet, bugünkü tüze sanılı veya suçlunun vücudu üzerinde

¹⁾ Cf. Alabaster. *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law* Londra 1889, s. 5-6

yapılan vahşetleri yavaş yavaş bırakmakla vasıflanmıştır. Prensib itibarile istenmiyen ölüm cezası pratikte gittikçe az tatbik edilmektedir. Kamçıyı hâla muhafaza eden İngiltereden başka memleketlerde vücut üzerindeki cezalar yerine, teoride, ancak duygu için acı olabilir tedbirler alınmıştır. Para cezası, hapis, sürgün, kürek gibi. İşgence Fransada yalnız bir, Mayıs 1788 de kaldırıldı. Şu var ki, pratikte, mevkıflar üzerinde, klasik "falakaya yatırmak,, dan daha korkunç şiddetlere kadar dayak faslının yapılıp yapılmadığını bilmek kalıyor. Her halde gardıyanlar, vahşet ve sadizimlerini büyük bir kötü görülme tehlikesine maruz kalmadan, maddi ihmaller veya teessürî hakaretlerle her zaman yürütebilirler. Halkın duygusu barbarca muamelelere halâ bu kadar yakındır. Genel heyetile cezacılar ve hâkimler, yavaş yavaş, pratik tesiri suçtan çevirmek değil, fakat sadizmi tahrik etmekten ibaret olan zalimane bir muameleinin hatasını anlamışlardır. Çin yasalamaları bu hususta çok sonuçsuz bir deneme gibi gözükmektedir. Bununla beraber, İngilteredeki kırbaçlama ile sömürgelerdeki falakadan yana çıkanlar halâ vardır. Her ne olursa olsun, bunlar, adalet duygusunun aşağı bir derecesine tekabül etmektedir. Cari efkâr, bu sonuncuya göre ceza vermek hakkı zaruret kanunlarile tahdit edilmiştir diyen hukukî beşer beyannamesile mutabıktır; veya 1791 meclisile beraber "kıyallardan maksat yalnız ceza vermek değil, fakat suçluyu uslandırmak,, olduğunu kabul etmektedir.

Bu düşüncelerle hapsa çok özel bir önem vermek lâzımdı. Suçluyu tecrittet ibaret bu eski usulden şiddeti kaldırarak, aklâksal düşüncelere fırsat vermek, neticeleri yüzünden suçsal fiilden nedamet getirmeğe davet etmek ve iyi kararlar verdirmek imkânının hazırlanacağını sanmışlardı. Halbuki, denemeler ilerledikçe, hapsin psişik bakımdan yıkıcı olduğunu ve suçlunun uslanacağı yerde daha çok düştüğünü kabul lâzım geldi. Hemen 1339 dan beri, *Frederiek Hill* gibi müellifler bu yolda bir fikir hareketine başladılar. Amerikanın birleşik devletlerinden bazıları *Elmira* sistemini kabul ettiler. Bu sonuncuya göre ceza müddeti hakimlerin kararile tamamen tayin edilmemiştir. Suçlunun mevkıfluk zamanındaki tavır ve hareketine bağlıdır. 1922 sovyet kodu hapis yerine para cezasını veya hapıssız mecburî hizmet koymaya elinden geldiği kadar çalışmıştır. Bilhassa her yıl ailelerinin yanında 15 tatil günü geçirmek hakları vardır.

Her yerde mahpusun vaziyetini daha az zor bir hale koymaya sosyal yalnızlığını azaltmağa, ona muhite uyabilmesi için daha iyi şartlar temin etmeğe, bir sözle onu terbiyeye (éduquer) çalışıldığı gözükmemektedir. Her gün ilerliyen, cezaî psikoloji tetkikleri, mesuliyet mefhumunu gerilettikçe, suçlunun umumiyetle bir hasta olduğunu ortaya koymakta, sırf adli vazifeler aleyhine doktorun veya psikologun rolünü genişletmekte ve istemeye değer maksadın ceza çektirmeden çok hastayı iyi etmek olduğu neticesine götürmektedir. Bu ülkü, ki hâla tam bir tahakkuktan uzaktır, tüze düşüncesinin bugün anlayabileceğimiz en yüksek ülküsünü göstermektedir. Her halde şimdi bile tüzel kurumların tekâmül çizgisine bir sosyallaştırma ve dayanışma yönü verebilecek kadar dile gelmiş ve gururludur. Bugünkü cemiyet, ilkin olduğu gibi, suçluyu kinle ortadan kaldırmağa çalışacağı yerde, onu kendi içine alabilmek ve onun fertliğinden mümkün olan istifadeyi elde etmek için normal hale, ahlâksal sıhhata kavuşturmak daha ekonomik çaresine başvurmaktadır. Hoşa gitmiyen her hangi bir en iptidai insiyak tepkisi, ilk zamanlardaki savaş halini hatırlatan, bir yok etmek gayretidir. Karışıklığa sebep olan enerjileri işledikten ve iyiye çevirdikten sonra kullanmak temayülü, daha geç, fakat her yerde ortaya çıkmıştır. İlerleme barış yayıcı ve fayda arayıcıdır. Deliler için de böyle hareket edilmiştir. Onları zincirle bağladıktan, dövdükten, hatta şeytana kapılmışlar diye yaktıktan sonra, rahat ettirmek, hatta bazı sömürgelerde olduğu gibi içlerinden en kolay devşirilebileceklerini, çalışmağa ve faydalı olmağa çağırarak mümkün olan bütün sosyal verimi elde etmek için bu zavallıları anlamağa çalışmak akla gelmiştir. Genel bir şekilde hastalıklara karşı insanların ruh durumları hakkında, başka bir yerde, buna tamamen müvazi bir yürüyüş göstermiştik ¹⁾.

Adaletin sosyal mefhumu yavaş yavaş ve bin engel ortasında tekâmül etmiştir. Çünkü bütün yetginlik ve geriklikleri sosyal kadroların sağlamlığına ve bundan doğan emniyete bağlıdır. Adalet fayda arayıcı ve pratiktir. İptidailerde hareket tesirini klanına tahsis eder. Faydalarını ilgilinin sosyal önemine göre satar: Mülkiyete sahip olmayan esire hukukî teminat verilmez. Sıyasa hayatına iştirak etmiyen ve yasalamanın küçük muamelesi yaptığı

¹⁾ R. Allendy. *Orientation des idées médicales*. Paris (Sans Pareil), 1928.

kadın mahkemeler önünde ötekilerden geri ve aşağı bırakılmıştır. Bugün bile evli kadın, kocası ona izinler ve imzalarla yardım etmedimi, bir çok engellerle karşılaşmaktadır. Mülkiyet hakları olmıyan çocuklar, eski zaman esirleri gibi, kanunî hiç bir durumları (statuts) yoktur ve tamamen ana - babalarının keyiflerine bırakılmışlardır. Şüphesiz çocuk ölümüne sebebiyet veren ağır dayak teoride ceza görür. Fakat, pratikte âmme kudreti, çocuklarına işkence eden ana -babaya karşı işe karışmaktan büyük bir nefret duyar. Ancak en son ande müdahaleye boyun eğer. Çünkü bu kurbanların sosyal önemleri yoktur. Harp divanları ve süel Tüze şekillerinde hala kلام ve istisna adaletini görmekteyiz : Kollektif tehlikeye göre cezaların şiddeti değişir. Demek oluyor ki tüze koruyucu topluluğun işgal zaruretlerine bağlıdır. Tüze duygusu, sosyal kadro sarsıldı ve sosyal insiyak karıştı, en medenî adamlarda bile çok kolaylıkla sönüp gider. Harpler ve ihtilâllerde manası derin vakıalar çoktur : Hakem usulünün yokluğu veya reddi, en kuvvetlinin hakkı, öcalma hakkı, karşı tarafı kinle yok etme, kollektif mesuliyet, rehine, gaddarlık, zülüm ve itisaf ve daha başkaları. Genel olarak, şiddet ve tecavüzlerin ceza görmemelerini temin eden, yenilmiş veya silâhı alınmış memleketlere girme gibi, haller bugünkü insanda hukuk mefhumunun ne kadar zaif olduğunu müşahedeye imkân vermektedirler. Tüzenin yalnız sosyal bağa tabi olduğunu isbat eden bir şey daha varsa o da çok yakın bir devre kadar uluslar arası hiç bir hukukun ve hiç bir hakem usulünün bulunmaması ve bu yolda yapılan ilk gayretlerin pek iptidaî vasıfta olmasıdır. Tüze bahsında, ulusal topluluk onlarla birlikte çatışmaya girişti ve vatan-klan'ın kötü görmesine maruz kalmadılar mı, insanların en iptidaî stadlara yuvarlandıkları görülmektedir. Bu hadiseler gösteriyor ki insiyakın iptidaî tazyikleri, mutat saklılıklarına rağmen, insan ruhunun derinliklerinde eksiksiz bir kudret taşımaktadırlar : Bu bize kendi kendini cezalandırma yadşuur sıralanışlarında hayret verici tesirliliklerini anlatacaktır. Bundan başka, tüzel kurumlarda, asli adalet (Justice immanente) tetkikimiz için en yüksek önemi olan, bütün bir seri hususiyetler vardır. Bunlar, tüzenin, ussal (rationnel) gidişleri bırakarak ve en az bir tali işaretime dayanarak suçlunun yadşuuruna kendini ifade etmek imkânını verdiği, böylece her kesin rızası ve tatmin edilmesile - kendi kendini cezalandırma mekanizmalarında yine rastlıyacağımız asli adalet sırlı kuvvetini kullandığı bütün usullerdir. Hakimin mesuliyeti, meşhut cürüm hususî hadiseleri müstesna, daima ağırdır.

İnkâr eden bir sanılının suçluluğuna karar vermekte yalnız hata kolay değil, fakat hükmün bir partiyi kızdırmak ve öcalmalara sebep olmak tehlikesi de vardır. Bizimkiler gibi pek korunmuş cemiyetlerde bile hakim dargınlıklardan kurtulmuş değildir.

Bu son zamanlarda bir eksper hoşnutsuz bir dava olunan tarafından öldürülmüştür. Sanılı sıyasal bir parti, gizli bir teşkilât veya bir oy (opinion) tarafından tutulduğu (onlardan yardım gördüğü) takdirde tehlike daha büyüktür. Böyle bir halde sanılının suçu gerçekten işleyip işlemediği meselesi, hemen hemen 35 sene önce Fransayı ikiye ayıran ünlü Dreyfus işinde olduğu gibi, ikinci plâna geçer. Bu gibi hallerden başka, hâkim, kendi psikolojisinde fazla kuruntularla ıztırap çekebilir. Her ne olursa olsun mesuliyetinin en büyük kısmını kurtarmak onun için pek faydalıdır. Bugün hâkim eksper raporları gerisine veya, cinayet bahsinde, jürinin çok hissi cevapları arkasına saklanabilir. Şu var ki bu sonuncuya, sualleri sormak tarzına göre, istediğini söyletmek elindedir. Eski zamanlarda bu gibi çareler ellerinde olmıyan hâkimler iki başka usul kullanmışlardır. Bunlardan birisi tazyik edilen sanılının katî itiraflarını elde etmeği gözetken, ötekisi kararın tanrı müdahalesinin öne sürülebileceği sırlı kudretlere bırakan yoldu.

İtirafa tazyik bilhassa Roma hukukuna bağlıdır. Bu sonuncu esirler için her vakit işkence kullanırdı. İşkencenin en güzel gelişmelerinin Roma kilisesine (Inquisition) ve onun tesirine borçlu bulunduğu malûmdur. Her hangi bir kimseye, her hangi bir şeyi söyletmek için baş vurulan korkunç usullerden söz açmak boştur. Bunlar, bilhassa, hakikatta kilise adamlarının sadik nevrozlarından doğan budalaca şeytan hikâyesini mazbatalar ve şehadetlerle tevsiye yaramışlardır. Bu gibi hallerde itirafların kıymeti yalnız itibari olabilir. Fakat tüze duygusuna şekli bir kayra (concession) dır. Şüphesiz ki bu işkenceler karşısında suçluların masumlardan daha az cesaret göstermiş olmaları, hiç olmazsa genel heyetinde, mümkündür. Fakat bunu pratik bakımdan takdire imkân yoktur. Her halde gönül ezgisi suçlunun şuurlu ve istekli müdafaa vasıtalarını az veya çok bağlar. Ve bugün, o, bir çok saat süren bir sorguya çekme yüzü altında, (teessüri plan üzerinde olduğu için) daha hafif, (ilimsel emarelere dayandığı için) daha ilimsel bir şekilde kullanılır: Tezada düşürmek veya anlamlı itirafı elde edebil-

mek için sanılının manen bitgin bir hale gelmesinden yardım umulur. Bu tesirler mevkufiyetin verdiği, maddî değilse bile, manevî izdiraplarla çoğaltılmıştır. Amerikada kullanılmakta olan adli istintakın en büyük ilerlemesi, söz oyunları ve istekli kontrolü aldatan bir çeşit boş bulunma ile, yadşuura doğru itilmiş, işlenmiş suçun dolambaçlı yoldan gönül ezgili temsilinin ifadesini söyletmekten ibarettir. İpnotizma uykusu, eğer telkini imkânlar sebebile şüpheli olması teoride bile kullanılmasını menetmemiş olsaydı, buna benzer neticeler verebilirdi. Hakikatta, çok ince ve yettiği kadar emin olmalarına rağmen, günün itirafları elde etme usulleri, eski işkence ile aynı çizgi üzerindedirler. Yalnız azap psikolojik plana alınmıştır. Kollektif şuur bunları tamamen kabul emektedir.

Bahsettiğimiz öteki usul, hâkimin emniyetini temin etmek için tesadüf veya sırlı kuvvêter tarafından tecrimde, iptidaî ehalilerde, suçluyu bulmak maksadile yapılan sihirbazlıklarda, kendini gösterir. Avusturalyalılarda, yakıldıkları zaman ölümlerden çıkan dumanın aldığı yön suçlunun ne tarafta olduğunu gösterir. Yahut kurbanın mezarına yaklaşan ilk insan suçluymuş gibi ölümle cezalandırılır. Eski Yunanlıların¹⁾, İbranilerin, İrlandalıların, Afrika zencilerinin ve Amerika hindlilerinin tüzelerinde tanrısal beyyineler rastlanır. Bapularında ve Avrupalılarda 17 nci asıra kadar kullanılmış olan tabut imtihanı da böyledir. Bu deneme, cinayettèn şüpheli bütün kimşeleri ölünün önünden geçirerek cesedin üzerinde, kim önünde iken bir değişme hasıl olmuşsa, onu suçlu ilân etmekten ibaretti. Cessette değişme : kan gözükmesi, göz veya ağzın açılması ve daha başkaşekillerde olabilirdi. Avrupada adalet beyyineleri, bilhassa orta çağ Cermenlerinde kullanılır ve *Urteil* adı ile bilinirdi. Mehakim içtihadımıza *Ordalie* veya *jugement de Dieu* (hakkın hükmü) ismile geçmişlerdir. Fakat nè hususiyetle Cermenlere nè de hususiyetle Hıristıyanlara ait değildirler. Meselâ Afrika ve Madakasgar zencileri sanılıya bir zehir içirirler, kusarsa onu masum, ölürse suçlu sayarlar. Küçük suçlar için zehiri koyununa veya tavuğuna vermekle iktifa ederler²⁾. Başka defalar ona normal fakat büyülü bir gıdayı yedirirler: Eğer gıda boğazında kalırsa bu suçluluk işaretidir (bunun bir emniyetsizlik duygusu test'i olduğunu söyleyeceğiz). Afrika kabilelerinden bazıları, Birman'lar, eskiden anglo-saksonlar (*Corsnead*, *Nedbred*), Frizon'lar ve başka cermenlerin (*Corbita*, *Casibrodeum*)

1) G. Glotz *L'ordalie dans la Grèce primitive*, Paris, 1909

2) Cf. Lévy-Bruhl. *La mentalité primitive*. Paris, 1925, s. 244, 296

yaptıkları gibi, bu usule baş vurmuşlardı. Kilise, 6 ıncıdan 8 inci asıra kadar kullanılan *Eucharistie* denemesini yaratmıştı : Sanılı, merasimle, eğer yalan söylüyorsa derhal Allahın kendisine çarpmasını isterdi. Buna o kadar inanırdı ki böyle bir lânet tehlikesi karşısında kalmaktansa çoğun insan adaletine itirafta bulunmağı tercih ederdi. Hindistanda, içinde bir idol'un yıkandığı su içirilirdi. İbraniler kadına, bir parşömen üzerine yazılmış lânet kazıntılarını, *acı suya* karıştırıp içirerek zinayı bulurlardı : Karnı şişerse suçlu sayılırdı.

Aurupa *Ordalie*'lerinde soğuk su denemesi çok kullanılırdı: Sanılı, elleri kolları bağlı, bir havza atılırdı. Tamamen dibine batarsa masum, yüzerse suçludur denirdi. Papularda, malezyalılarda, birmanlarda, bir koşucunun ok attıktan sonra onu bulacak kadar bir zaman, su altında kalması lâzımdı. Aynı deneme, başka başka çeşitlerde Slavlarda, Anglosaksonlarda, Cermenlerde ve daha başkalarında da vardı. Kaynar su veya zeytinyağı veyahut ateş denemesi, kolu, sıcak bir mayie sokturmak veya harareten kızıl bir halde bulunan bir madeni tutturmak ve ertesi günlerde yangın ağırlığına veya çabukca iyileşmekten uzak olmasına bakarak suçluluğa hükmetmekten ibaretti. Buna Papularda, Malezyalılarda, Zencilerde, Mongollarda, Kafkasyalılarda, Hindlilerde, Gallilerde, Slavlarda, İskandinavyalılarda, rastlanır. Salik, ritüer, şamar, Frizon, Anglosakson, Lombard kanunlarında kullanılmıştır. İslâm-dan evvel Arablar, eski Yunanlılar, Somalılar gibi onu kullanırlardı. Kaplan veya timsah gibi hayvanlara karşı bırakma denemesi Afrikalılarda, Madagaskar yerlilerinde, Okyanuslularda vardır. Roma medeniyetinin Hristiyanları arslanlara atmasını belki o ilham etmiştir.

Bilhassa Hristiyan olan haç denemesi; davacıları bir haçın dibinde, ayakta durdurmaktan ibaretti. Hareketsizliğini ilk bozanın veya yorgunluğuna ilk yenilenin suçlu olduğuna hükmedilirdi. Bütün bu denemeler, bir yandan fizik bir işkenceye (zehir, ateş) öte yandan manevî gönül ezgisine (takdis edilmiş gıdalar) temas ederlerdi. Şahsî bir vasıf gösterirlerdi. Kurtarıcı yemin (serment purgatoire) tüzel kurumu sırf manevî fakat kollektifti.

Avrupada bilhassa eski Cermen hukukunda bilinirdi. Fakat başka ehalilerde de kullanılırdı. Şikâyetçi için, şikâyetinin doğru olduğunu yemin ile evetlemekten ve bilhassa yeminine iştirak et-

tirmek için mümkün olduğu kadar çok anddaşlar (conjurateurs) bulmaktan ibaretti. Burada hâkim, bir veya öteki tarafın doğruluğu hakkında, kendi görüşüne göre hüküm veremezdi. Kararı, karşı tarafın istenildiği kadar compurgatores'leri bir araya toplamak hususunda göstereceği maharete bağlı idi. Yalan yere yemin etmenin, bu dünyada korkunç bir kıyalla değilse bile, öteki dünyada tükenmez cezalarla cezalandırılacağına inanan ehalilerde sayı üzerine yemin bir parça sadakat kıymetini elde eder. Kafkasyada, hâlâ devam etmekte iken bu adalet usulünü tetkik eden *Kovalewski* şuna işaret etmektedir: Kötü inzibatlı bir memlekette şahsî öcâlmalardan, karşılık yapmalardan (représailles), klan ruhunda korkma sebebiyle hemen hemen bütün kıymetini kaybeder. Halbuki tabiatın üstün ve korkunç bir cezaya sağlam inanmanın daha çok pratik kıymeti vardır ¹⁾. Dinsel yemine hâlâ mahkemelerimizde rastlanmaktadır. Fakat bugünlerde siyasal bir korunmanın veya birkaç banknotun cehennem korkusundan ağır gelmesi pek mümkündür.

Şimdi başka bir tüze kurumuna geçmemiz lâzım: Kanunî düello ki bir yandan hususî ve şahsî bir adaletin kodlaşmış gelişmesini temsil eder; fakat bir yandan da, suçlunun zararına mücadelenin neticesini tüze yönüne döndürecek gizli bir kuvvete meydan verir. Bu bakımdan aslî bir adalete inanmaya delil olduğu için bizi bilhassa alâkadar eder. Yedinci asırda Grégoire de Tours düelloya *Allahın hükmü* sıfatını vermiştir. Kanunlarda, hâkimler tarafından emredilen denemeler arasında yazılmıştır: Burgonyalıların, Ripüerlerin, Almanların, Bavyeralıların, Saksonların, yasalarında rastlanır. Bir Arap gezgini, İbni Dost, Slâvlarda da bulunduğunu söyler. Başka yerlerde, İskandinavlılar, ve İrlandalılarda, âmme otoritesinin kontrolüne tabi olmamakla beraber çok bulunur. Yasa bilmezliğin âdet olduğu onuncudan on ikinci asra kadar, bütün törü (coutume) devrinde düello çok onurda tutulmuştur. Suçlu beyan edilen mağlûp, cinayetin cezasını görür ve bazen de onunla beraber yemin edenler de aynı cezaya çarpılırlardı. Kiliseler, kanon hukukunda düello kabul edilmemiş olmakla beraber, dünyevî işleri için iddialarını teke tek savaşlarla halletmekte tereddüt etmiyorlardı. *Saint Augustin*, Boniface'a yazdığı bir mektupta şöyle diyor:

1) Esmein. *Historie du Droit français*, Xlci basılış, 1912, s. 108.

"Savaş sırasında tanrı gökleri açık bekler ve haklı gördüğü tarafı korur,,. Halbuki 9 uncu asırla beraber, kilisenin kendi içinde, düelloya karşı, bir parti teşekkül etmiş bulunuyor ve *Concile de Trente* düelloyu mutlak surette mahkûm ve onu kullananlara karşı bitmez cezalar gösterdiği ane kadar büyüyordu. Afaroz düellolarının devamına ve yayılmalarına engel olamadı. Savaşanların arkadaşlarının da ikişer ikişer dövüşmeleri bile âdet oldu. *Richelieu* düelloculara karşı şiddetli cezalar koydu. Fakat bu da Mme. de Nesle ve Mme de Polignac gibi kardinala tutkun iki kadının kılınçla karşılaşmalarına mani olamadı. Çok şey anlatan bir hal daha var: Fransız kodu, ne çok yayılmış bir âdete karşı koymak, ne de hukuk nazariyesine bu kaçır muhalif bir adalet şeklini muteber kılmak elinden gelmediği için 1810 a kadar düello hususunda susmuş kaldı. Ağır ceza mahkemelerinin önemli hallerde beraet ve asliye mahkemelerinin ise daha az ciddi hallerde mahkûmiyet kararı verdiklerine işaret etmiştik: Bugün düello âdetten düşmüştür.

Mücrimiyyetin tayini için tüzel düelloya baş vurmak bugün bize ne kadar garip görünürse görünsün, cinayet davalarının, teessürî pilânda, aynı cinsten bir atılış gösterdiklerini kabule borçluyuz. Orada avukatın, müddeii umumînin belâgati, jüriden, kararı, iskrim darbaları kadar az ussal (rasyonel) bir şekilde koparır. İster ceza ister korunma çeresi olarak göz önünde tutulsun, mahkûmiyet geniş bir şekilde, söz düellosunun tesadüflerine bağlı kalır. Tesadüfün bu işe karışmasını fazlalaştırmak için, çok sübjektif veya tesadüfi saikler üzerine verilmiş cezayı değiştiren ve mucizeye yeni bir başvurma çeşidi teşkil eden özel veya genel bağışlama hakkı da vardır. Denebilir ki bugünkü tüze yalnız masumun korunmasında veya hususî hukuk davalarında objektif olmağa çalışmaktadır. Başka taraflarda psikolojik tesadüf, sinir veya adele mukavemeti tesadüfünün yerine geçmiştir. Fakat bu işde her zaman yine kudretli veya maharetli olan kazanmaktadır.

Bu gözden geçirmemizin bize verdiği en garip noktalardan biri, hiç şüphesiz ki, insanların çok şiddetli nısfet ihtiyaçlarına rağmen, çok kudretli ve sırlı bir tüze prensibine eğiliyorlarmış gibi, tesadüfe boyun kırmalarıdır. Tesadüf, ki ussal bakımdan tüzesizliğin kendisidir, Adalet duygusunun tessürî temayüllerini doyurmaktadır. Fransada asker almanın kur'a çekmek suretinde yapıldığı zamandan bugüne kadar çok olmamıştır (zengin çocuğu her vakit, kay-

betse bile, kendi yerine askerlik yapacak birini satın alabilmek imkânını muhafaza ederdi). Piyangolar, tesadüf oyunları, görünüşte bellisizlikleri bu mucizeyi tasavvur etmeğe imkân verdikleri için, halkın teessüriliği üzerinde çok büyük bir çekiş yapmaktadır. Aynı sebeplerdir ki, bir dereceye kadar, tek bir denemenin taliine bağlanmış bir vaziyeti hükmeden musabakar, bugün bizle beraber yaşayanların adalet duygusunu isyan ettirmektedirler.

Lévy-Bruhl, iptidaî zihniyete dair tetkikinde, iptidaîlerin *Ordalié* veya tüzel denemeler hakkında tam, yenilmez itimatları üzerinde ısrar etmektedir. Bunu, tabii hadiseleri ruhun hareketine atfeden *animisme* ile anlatmaktadır. İnkâr edilemez ki en medenî insanlar bile halâ bir çok hadiseleri tanrıya, azizlere, gizli kuvvetlere veya şeytana atfetmek inhimakini göstermekte ve aynı inkimakter yurd-daşlarımız arasında iş görmektedirler.

İşte, insanların, içlerindeki tüze duygusunu doyurmak için yaptıkları kurumlar. Fakat, kollektif bir gaiyeti olan kanunun, ferdi temayüllerle sık sık çatışmasının önüne geçmek imkânsızdır. çok kere fertler, ne kendilerine zorla kabul ettirilen hakemlikleri, ne de boyun eğdikleri kanunları sevmemişlerdir. Yüce, ulu, mutlak, müstakbel bir taviz hülyasında bulunmuşlardır. Hep birlikte yaratılan bu hülya dinsel inanları ilham etmiştir.

Dr. RENÉ ALLENDY

Çeviren : D. Orhan Arsal

Devletler Umumi Hukuku Doçenti