

CEZA HUKUKUNDA AKTÜEL MESELELER [*]

E. GARÇON

Kitabımızın bundan evvelki kısımlarında Devletin, mebadide iptidai grupmanlara ait olan, ceza vermek hakkını ne suretle iktisap etmiş olduğunu, daha sonra, bu hakkın, medenî milletlerin Ceza Kanunlarında halen görünmekte olduğu şekli almak bakımından, hukuk ilminin nasıl zatını teşkil etmekte bulunduğunu izah eylemiştik. Ceza hukukunun inkişaf ve tekâmülüne müteallik izahları tamamlamak için, günümüzde, çok şiddetli ve çetin münakaşaların mevzuu ve halen bir hal şekline bağlanması zarurî olan meseleleri tebarüz ettirmemiz lâzımdır.

Sık sık bir Ceza hukuku «kırız» inden ve tenkilin «iflâs» indan bahsedilir oldu. Bu tâbirler mübalâğalı ve mutlak mânada doğru olmakla beraber, devrimizdeki umumî fikir hareketlerinin, bunun gibi, muasır ilim metodlarının, tenkilin müstenit bulunduğu an'anevî kaideleri sarstığı, suçluluk meselesini yeni bir şekilde vazeylediği, ve, nihayet, muvacehesinde âmme vicdan ve kanaatinin mütereddit bulunduğu şüpheler tevlit ettiği de inkâr olunamaz.

Bu güçlükleri biraz vuzuhla görebilmek için, ceza vermek hakkının esasına müteallik telâkkilere kadar çıkmak icap etmektedir; zira, ister şuurlu ister şuursuzca olsun, pratik hayatta hâkim bulunan daima bu telâkkiler olmuştur.

İmdi, muasır ceza hukuku felsefesi, ceza vermek hakkının esasını suçluda mevcut kusurun kefaretinde gören spiritüalist doktrini yenileş-

[*] E. Garçon: Le droit pénal, origines, évolution, état actuel, Paris, 1922. Muhtelif kısımları ihtiva eden E. Garçon'un bu kitabının «medhal», «iptidai ceza hukuku», «Devletin ceza vermek hakkının menşei» başlıklı kısımları Doçent Dr. Sulhi Dönmezer'le tarafımızdan müstereken; «muasır ceza hukuku» başlıklı kısmı da tarafımızdan münferiden tercüme edilerek, Hukuk Fakültesi Mecmuasının 1944 tarihli 3 üncü ve 4 üncü, 1945 tarihli 1 inci ve 2 nci; 3 üncü ve 4 üncü, 1946 tarihli 2 nci ve 3 üncü sayılı nüshalarla, aynı yılın 4 sayılı nüshasında nesredilmiştir (Mütercim).

tirmek mevzuunda hiçbir ciddi teşebbüse girişmemiş bulunmaktadır. Bunun böyle oluşunun adı geçen doktrinin taraftarlarının kalmamış olmasından ileri geldiği sanılmamalıdır; bu telâkkinin hâlen dahi birer otorite olan ve, çok yüksek ve üstün vasıfta fikir adamlarından müteşekkil müteaddit taraftarları mevcuttur. Nazariyeyi, olduğundan daha mergup ve makbul kılmak için, faydacı düşüncelerle mütedil bir hale ifrağ etmiş olan eklektik mektep, son yapıcı gayretini de vermiştir. Bu büyük nazariye an'anevî vazediliş şekli içinde kalmış bulunmaktadır. Bahse mevzu olan nazariyeyi kabul etmiş olanlar, inançlarına mesned teşkil eden yeni yeni deliller vermekten ziyade, kendilerini, muhaliflerinin nazariyelerini çürütmeğe vermişlerdir.

Buna mukabil, bütün bu meseleler, pozitivist filozoflar tarafından yeniden ele alınmış ve yenileştirilmiştir.

Pozitivist filozoflar, her şeyden önce, klâsik denilen nazariyeyi çok şiddetli tenkitlere hedef ittihaz etmekle işe başlamışlardır. Bunlar klâsik doktrinin hem çok, hem de çok az adette fiilleri cezalandırmağa sevk etmekte olduğunu kabul ederler. Bu telâkki neticesi cezalandırılacak fiiller çoktur, çünkü, her ahlâkî kusur bir cezayı icap ettirdiğinden, Ceza Kanununun bütün ahlâka mugayir fiilleri tecrim etmesi lâzımgelir; çok azdır, çünkü, bir kefarete olan cezanın ancak gayri ahlâkî fiiller için verilmesi iktiza eder. Bu ise katmerli bir imkânsızlık tevlit eyler. Söylemek lâzımdır ki ceza kanunlarının ahlâka mugayir bütün fiilleri kucaklayabilmesine imkân olmadıktan başka, adı geçen kanunların cezalandırdıkları fiillerin büyük bir ekseriyeti ahlâk bakımından ehemmiyeti haiz olmıyan fiillerdir. Ahlâk sahası ile pozitif ceza hukuku sahası birbirinden tefrik edilmiş olmak ve bu iki sahayı birbirile karıştırmamak lâzımdır.

Eklektik mektep, cemiyetin, ahlâka mugayir fiiller içinde ancak menfaatine hâlel iras edenleri cezalandırması lâzımgeldiğini beyan suretile, yapılan bu itirazları bertaraf eylemeyi düşünmüştür. Fakat adı geçen mektebin bu telâkkisi —cezada kefarete vasfının mevcudiyeti kabul edildiği müddetçe— ahlâk bakımından ehemmiyet arzetmeyen fiilleri tecrimin doğruluğunu gösterememektedir. Filhakika kanun vazı, her vakit, suçların ve bunlara verilecek cezaların listesini tanzim ederken sadece, sırf içtimai faydayı nazarı itibara almamıştır. Bunun dışında söylenecek her söz hakikatten uzaklaşmaktan başka bir şey değildir.

Dahası da var! Cezada kefarete vasfının mevcudiyetini kabul eden her nazariye, esaslı bir surette beşerî mesuliyete müstenit bulunmaktadır. Bu keyfiyet ise, metafizik mahiyetini muhafaza eden irade serbestisi meselesinin halledilmiş olduğunu farzettirir. Halbuki, pek çok filozof irade serbestisini inkâr etmektedir; herhalde, irade serbestisi ispat edilmemiş bir

postulat'dır. Böyle olunca, pozitif ceza hukukunu pek çok münakaşa mevzuu ve o nispette nazik olan bir temel üzerine nasıl bina etmeli? Zaten, insan serbes tirade ile hareket ettiği ve mesul olduğu, binnetice cezanın mânevî kusuruna nispet ettirilmesi lâzımgeldiği farzedilirse, bu mesuliyetin derecesini kim ölçecektir? Hâkim, müttehimin şuur ve vicdanının sırrına nasıl nüfuz edebilecektir? Bu nokta üzerinde yapılabilecek her türlü takdir haddi zatında ve bizzarure sübjektiftir. Hâkim suçlununkini değil ancak kendi vicdanını sorguya çekebilir ve hakikatte yaptığı da şudur: O, başkasını bir tahayyül gayreti ile, kendisi o şahısmış gibi muhakeme etmeğe çalışır. Fakat muhakemenin doğru olması için hâkim ile suçlunun vicdanlarının birbirinin aynı olması, mutabakat arzylemesi lâzımdır. İmdi bu vicdanların birbirinin aynı olması, mutabakat arzylemesi şöyle dursun, müşabih oldukları da söylenemez; hattâ hâkimle suçlunun vicdanlarının birbirine benzemediğini söylemek daha doğru olur; zira birinin ve diğerinin vicdanı, irsî olan veyahut muhitten gelen ve nâmûtenahî tenevvü arzeyliyen tesirlere itaat eder. Bu itibarla, insan irade serbestisi ile hareket etse bile, beşer adaleti, cezayı suçlunun msuliyetine göre ölçmekten vazgeçmelidir. Böyle bir ölçüye kadir olan yalnızca Allah'tır.

Nihayet, kusur ile ceza arasında nasıl bir müşterek ölçü tesis edilmek istenilmektedir? Kusur, nedametle, ve teolojik bakımdan da azapla silinir; maddî, fizik bir ıstırapla kusur nasıl telâfi edilebilir? Para cezası yahut hürriyetten mahrum edici bir ceza, merdiven kurarak hırsızlık veya ırza tasaddî fiilinin telâfi vasıtası nasıl olabilir? Para cezası miktarı ve hapis günleriyle failin mânevî mesuliyet derecesi arasında — bu derecenin kat'i ve sarîh surette bilindiği farzedilse bile — nasıl bir nispet tesis edilebilir?

Bu tenkitler, pozitivist filozofları, cezayı sırf faydacı bir temele istinat ettirmeğe sevkeylemiştir. Pozitivist filozoflar, ilmin meydana çıkarılması ve formüle etmesi iktiza eyliyen suç, tabii kanunlara tâbi içtimai bir hâdise olarak mülâhaza etmişlerdir. Diğer taraftan bir çok maruf sosyoloğlar cemiyette bir organizm görmektedirler; bu organizm, herbiri kendine mahsus hayatiyeti olan ve fakat bütün organizmin tahaffuzunu gaye edinmiş bulunan hücrelerden mürekkeptir. İnsan ferden inkişaf ve tekâmül eder, ancak tamamlayıcı bir cüzünü teşkil eylediği sosyal muhite intıbak zorundadır. İşte bu andan itibarendir ki, tenkil, her organizme kendisini empoze eden tahaffuz tabii kanununun bir tatbikatı olarak manzur olmaktadır. Cemiyet harici ve dahili tehlikelerle tehdit edilebilir. Bir Devlet diğer bir Devlet tarafından tehdit edilince, aksülâmel tedafüi bir harp şeklinde manzur olur. İç düşmana, yani içtimai sükûn ve emniyeti tehdit eyliyen suçluya karşı bu tedafüi aksülâmel — iktiza ederse onun cemiyetten çıkarılmasına kadar giden — ceza ile olur. Bir memleketin,

müstevliyi defeylemek için silâha sarılmak hakkını haiz olduğundan asla şüphe edilmemiştir. Ceza vermek hakkının esasını da başka yerde, ne de daha uzakta aramakta zaruret ve fayda yoktur. Bu, içtimai uzviyetin zaruri ve insiyaki bir aksülâmelidir. Ceza, kusurun karşılığı olarak verilen bir azap değil, âmmenin huzur ve emniyetinin basit bir ölçüsüdür. Bu aksülâmel Devlet içinde nizamı tehdit eden bütün insanlar için —bunların irade serbestisine sahip olup olmadıklarını taharri ve tespitinde zaruret bulunmaksızın — gösterilmek lâzımdır. Müdafaa hakkı akıl ve muhakemeden mahrum olanlar muvacehesinde mevcuttur. Emniyet tedbiri sadece, tesadüfi veya gayri kabili ıslah ve tashih bir suçlu; akli melekelerine tam bir surette sahip bir mücrim veya akıl hastasına göre mütenevvi şekiller alacak ve rejimi, ona göre değişecektir; fakat bütün bu hallerde emniyet tedbirinin ölçüsü, failin mesuliyet derecesi değil, âmme nizamını ve sükûnünü temin sadedinde vacip olan ne ise, o olacaktır.

Bu nazariye bir çok fikirleri teshir etti. Fakat nazariyenin ancak sureti zahirede yeni olduğunu ve çok eski faydacı doktrinden başka bir şey olmadığını sezınlemek kolaydır. Bu nazariye devirlere göre en mütenevvi şekiller almıştır. Gerçekten XVIII inci asırda, nazariye, içtimai mukavelelerin bir neticesi olarak; Bentham tarafından da daha başka bir surette gösterilmiştir. Yalnız pozitivistlerdir ki nazariyeyi — ona ilmi bir gidiş vermek ve biyoloji ve tıptan alınmış bir terminoloji kullanmak suretile— zamanlarında cari düşüncelere daha iyi tekabül eyliyen değişik bir şekilde ifade etmişlerdir. Tâbir caizse, pozitivistler adı geçen nazariyeyi günün modasına uygun olarak telbis eylemişlerdir. Fakat, esasta, onlar da, o tesiri bilinen fikirlerde büyük bir değişiklik yapmamışlardır. Binaenaleyh, pozitivistlere yöneltilmiş ve iki esasa ircaı mümkün olan tiraz muvacehesinde hayret edilmemek iktıza eyler: birinci esaslı itiraz, ne olursa olsun, faydacı nazariyelere daima yapılmakta olan itirazdır; ikinci esaslı itiraz ise ifadesini, cemiyet ile canlı bir uzviyetin aynıyyetinde bulmaktadır. Böyle bir mukayese, daha uzağa götürüldüğü takdirde her türlü doğruluktan ve ilmi salâbetten âridir denilmektedir ve hakikatte de böyle bir yapının bazı taraflardan rakik olması mümkündür. Fakat bu büyük nazariyenin, cezanın kefarete müstenit olduğunu tenkît etmesi nispetinde, belki de daha fazla, vazeylemiş bulunduğu esaslar dolayısıyla icra ettiği tesiri kabul etmemek mümkün değildir.

Bundan maada bu nazariyeler, kâinatın gidişine müteallik umumî kaideleri ve sistemi taharri ederken karşılarında tenkil meselesini bulmuş ve mahallinde halleylemiş olan filozofların eseri idi. Ancak sözü geçen bu filozoflar, bahse mevzu nazariyeleri sırf nazari sahada bırakmışlardı. Bütün ilmi faaliyetini münhasıran ceza meselesi üzerinde teksif etmiş ve

âmmme efkâr ve kanaati üzerinde çok daha vasıtasız bir şekilde tesir icra eylemiş olan Antropolojik Mektep'tir ki bu nazariyeleri kabule şayeste olmağa ve herkesin anlıyabileceği bir hale koymağa doğru sevk etmiştir.

Antropolojik Mektebin şefi ve müessisi Doktor Lombroso'dur. İlk çalışmaları Lombard Enstitüsünün 1871 den 1878 e kadarki compte-rendülerinde görülmüştür. Bilâhare bunlar Uomo delinquente'de ve Lombroso'nun inkıtasız bütün ilmî hayatı boyunca neşreylemiş olduğu diğer eserlerinde yeniden ele alınmış ve itmam edilmiştir. Lombroso İtalyada ve bütün dünya memleketlerinde fikirlerine mutlak surette kanaat getirmiş âteşin tilmizler bulmuştur. Bir aralık fikirleri, Fransada, Liyonda doktor Lacassagne'ın idare ettiği Revue muhitinde revaç bulmuştur. Zaten yeni nazariyeyi yaymak için bütün propaganda usullerinden, azcümle kitap, ders, konferans ve nutuklardan, mecmua ve kongrelerden, günlük gazete makalelerinden ve mülâkatlardan faydalanılmıştır. Böylece yeni nazariye en mütenevvi muhitlere nüfuz eylemiştir. İhtilâlcî gidişi, ekseriya, gayritam ve gayrisahih şekiller altında «klâsik mektebi» istihfaf eylemesi ile, yeni nazariye, bir müddet, hakikî surette umumun teveccühüne mazhar olmuştur.

Anthropologiste'lerin azîm çalışmalarını birkaç sahife içinde hülâsa eylemek imkânsızdır; böyle bir şeyi yapmağa tevessül etmek; düşüncelelerinin mahiyetini değiştirmek tehlikesini göze almayı tevlit eyler. Bunlar evvelâ, pozitivist filozofların bütün doktrinlerini ileri sürmekte, ve bu noktadan, bizzat müntesip oldukları mektebi «Pozitivist Mektep» ismi altında göstermektedirler. Anthropologiste'ler, cezaya, kefarete değil, faydacı bir gaye tefviz etmektedirler; ve hiç kimse, M. Lombroso'nun en esaslı tilmizlerinden birisi kadar, ceza hukukunda, canlı uzviyet olarak kabul edilen cemiyet, tekâmül ve tabiî ıstıfa nazariyelerini tatbik etmemiş bulunmaktadır. Fakat, evvelce de söylediğimiz veçhile, müteaddit filozoflar bunu anthropologiste'lerden evvel yapmıştır, ve bu itibarla bu sonuncuların orijinalitesi bu noktada değildir. Antropolojik mektebin kendisine hâs eseri, Fransada Broca ve talebeleri tarafından yaratılmış olan antropoloji ilminin metodlarını kriminoloji tetkiklerine ithal etmiş olmaktadır. Bu mektep — nasıl Moęol ve Kafkasyalı tipini tayin mümkün ise — bahse mevzu metodlarla suçlu tipinin karakterlerini tavsif etmeğe muktedir olduğu iddiasındadır. İşte bu itibarladır ki, İtalya hapishanelerindeki suçlular tartılmış, ölçülmüş, fizyolojik gayritabîlikleri meydana çıkarılmış, yaptıkları işler, psikolojileri, argoları, yazıları, vücutlarındaki veşimeler (dövmeler) tetkik edilmiş, yapılan müşahedeler ve elde edilen neticeler askerlerdeki, talebe, memur, yahut, adli sicilli olmadığından namuslu addedilen diğer bütün insanlardakilerle mukayese olunmuş, ve bu

mukayeseden, mahkûmlarda, hiç mahkûm olmamışlardan daha kesretle bazı kusur ve noksanlıklara tesadüf edileceği neticesini istihraç iddia olunmuştur. Bu kusur ve noksanlıkların bir araya gelmesi ise, irsi mukadderatı neticesi kendisini suç işlemeğe hasretmiş olan doğuştan suçluyu tavsife medar olacaktır.

Bununla beraber bu nazariyeler esaslı ve kat'i bir çok itirazlara maruz kalmıştır. Doğuştan suçlu tipinin objektif bakımdan hakikate hiçbir gûna tevafuk etmediğini ispat eylemek güç olmamıştır; suçluyu basit ölçüler ve sırf fizyolojik bazı müşahede ve mülâhazalar üzerine teşhis etmiş olmayı iddia eylemek çok tesadüfi bir şey olsa gerektir. Tecrübi metod çok daha ihtiyatı icap ettirdiği gibi, hakiki ilmî tefekkür de çok daha fazla katiyet ister. Antropolojik Mektep, canlı bir lem'a ile parladıktan sonra inhitata çoktan yüz tutmuş görünmektedir; tıpkı, muvaffakiyet anları idrâk etmiş olmakla beraber, pek serî bir surette unutulmak âkibetine duçar olmuş phrénologie [*] gibi. Antropolojik mektebin sadece tarihi bir kıymet taşıdığı söylenmek suretile, hakikat ifade edilmiş olur.

Bununla beraber, haklı olarak denildiği gibi, anthropologiste'lerin bu büyük gayreti semeresiz ve faydasız kalmamıştır. Mektebin varmış olduğu neticeler itirazlara uğramış, düştüğü hatalar cerhedilmiştir, fakat bunları tashih etmek yapılacak yeni taharrilere ait bulunmaktadır. Ağır tenkitler altında hakikate erişebilmesi tamamen abes ve talihe bağlı faraziyeler yapmak, mütevalî tashihat ile uğraşıp hareket etmek, ihtimalât içinde tereddüt ve şüphe ederek ilerlemek, her şeye rağmen, umumî bir surette ilmin takip eylediği yol değil midir ki? Antropolojik Mektep, vazeylemiş olduğu meseleler üzerine cezacıların ve âmmenin dikkat nazarını çekmek suretile, kriminolojik tetkiklerin terakkisine kuvvetli bir şekilde iştirak etmiş bulunmaktadır. İtalyan mektebinin suçluluk meselesini tecrübi sahaya ithal etmek suretile yapmış olduğu hizmeti takdir eylememek doğru olmaz. Tababet, hastalıkları tetkik etmek değil, hastaları tedavi etmek iktiza eylediğini anladığı gün tahavvül etmiş ve veçhe değiştirmişti. İşte, anthropologiste'lerin de, artık sadece hukukî bir varlık (entité) olan suçla değil, canlı ve müessir bir realite olan suçlu ile yakından meşgul olmağa başladıkları gün, kriminolojik tetkikler de buna müşabih bir terakki vücuda getirmiştir. Bihakkın ilmî bir kriminoloji tesis ve teşkil olunmak isteniyorsa bu yolda yürümekten başka çare yoktur. Suç üzerinde yapılan rasyonel tetkik ve mütalâalar, hâkimlerin ve avukatların müphem empresyonları, hattâ umumî müşahedeler ve istatistikler bize ancak muğlak

[*] Phrénologie, insan kafasının şekil ve suretine göre akıl ve zekâsından bahsedilen ilmî ifade eyliyen bir tâbirdir (Mütercim).

ve gayri kat'i neticeler verir. Suçlunun fizik teşekkülâtına ve irsiyetine, bunun gibi, içinde yaşadığı muhite, ruhiyatına, vasıflarına ve kusurlarına, bir kelime ile, üzerinde tesir icra etmiş ve bu itibarla onu suç ikâna sevkeylemiş muhtelif ve mütenevvi âmillere, elhasıl kendisinin ferdiyet ve şahsiyetine müteallik müşahedesidir ki muknî ve kat'i neticeler formüle etmeyi tevlit ve temin eyliyecektir.

İlave edelim ki, akliyecilerin yapmış olduğu çalışmalar unutulduğu takdirde, suça ve suçluya müteallik muasır ilmi hareket bakımından çok nakıs bir görüşe sahip olunurdu. Filhakika, filozoflardan ve anthropologiste'lerden ziyade akliyecilerdir ki tenkil tatbikatı üzerinde tesir icra etmişlerdir. Mahkemelerde, mesleklerine taallûk ettikçe, ehlihîbre sıfatile bulunmuş olan akliyeciler, zahirde ceza hukukunun an'anevî esaslarına riayetkâr ve fakat hakikatte tatbikatını altüst eden bir jürisprüdans îdama geniş bir ölçüde iştirak etmişlerdir.

Tababeti akliye ilmi bakımdan teessüs etmeğe başlar başlamaz, akıl hastalığı ile cürmü birleştiren bağın yakınlığı görülmüştür. Eski hukukumuzda akıl hastası suçlular hapisanelere atılmakta, bazı defalar da ölüm cezasına mahkûm edilip bu ceza infaz olunmakta idi. Fakat maruf akliyecî Pinel'in çalışmalarından sonra vaziyet değişti. Gayri mesul addedilen bu hastaların, tecziye edilmemeleri lâzımgeldiği kabul edilip, akıl hastalığı, cezaî mesuliyeti refeden sübjektif bir sebep olarak bütün ceza kanunlarında yer aldı. Bununla beraber, XIX uncu asrın birinci yarısında, sadece, idraki tamamile muzlim ve akıl teşevvüşü zahir bulunanlarla, azgın deliler, her türlü temyiz ve idrakten mahrum mecnunlar tenkil hukukunun dışında bırakılmıştı. Fakat psişiyatrinin tekâmülü, deliliğin —hiç bir garabet ve acaiplikle ve akli melekelerin açık bir teşevvüşü suretinde tezahür etmemekle beraber, mükemmelen tavsifi mümkün patolojik haller vücuda getiren — neveleri olduğunu gösterdi. Bu monomanie'ler, ekseriya hastayı —ve meselâ bir persécuté persécuteur'ü— muayyen bir şekilde hareket etmeğe icbar eylemektedir. İşte bunlar dahi delidir ve hattâ mahsûs bir tehlike arzeden akıl hastalarıdır. Dahası da var: Akliyeciler, bütün kanaatleri tatmin eden ilmi bir açıklıkla, idrak ile cinnet arasında gayri kat'i bir hudut bulunduğunu ispat ettiler. İnsanların ya akıl hastası veya idrak ve muhakemesine sahip, ya mesul veya gayrimesul olduğunu zannetmek büyük bir hatadır. Bilâkis, idrakın nerede bittiği ve cinnetin nerede başladığı katiyetle bilinmeksizin, az veya çok parlak muhakemeli, az veya çok mütereddit iradeli kimseler vardır. Bu nevi kimselere akıl hastası demek mümkün olamayacağı gibi, yine bunların aklen sıhhatli olduklarını teyit de indî olur. Dejenerelerin arzettiği durum budur. Bunlar, umumiyetle, çok vahim bir irsiyetin, hususile alkolizme müteallik irsiyetin yü-

künü çekerler ve şahısları üzerinde, Lombroso'nun büyük bir suçlu adedinde bulduğu stigmatlar ve kusurlar kabili mülâhaza ve müşahededir. Bunlar ahlâk bakımından, uzağı göremiyen ve ona nüfuz etmekten âciz, boş şeylerle gururlanan, yalancı, kararsız, noksanları fazla, nörasteni habile tenbel, her türlü disiplin muvacehesinde sabırsız ve tahammülsüz, hususile atak kimselerdir. Suçluların büyük bir kısmını şu nevi kimselerin teşkil eylemekte olduğu düşünülecek olursa, keyfiyeti itiraf etmemeğe imkân yoktur. Felsefi prejuheler, dinî inançlar, fikir itiyatları ve meseleye müteallik olmak üzere varılmış olan düşünce ve kararlar, pek çok delil ile ve mutlak bir katiyetle ispat edilmiş bir hakikati inkâra ruhsat vermemektedir.

İzah edegeldiğimiz bütün nazariyeler, ilim sahasında müessir olmuştur. Şimdi, bu nazariyelerin, ceza hukukunun pratik hayatı üzerinde hüsule getirmiş olduğu tesiri tebarüz ettirmeğe çalışmamız lâzımdır.

Bizce, hiçbir hataya düşmek korkusu olmaksızın denebilir ki, ne filozofların, ne de anthropologiste'lerin müşahedeleri beşer vicdanından, onun şan ve şerefi olan iki fikri — istihkak veya ademî istihkak fikri ile adalet fikrini — silememiştir. Fazilet tebci edilmiş, kötülük takbih olunmuştur. Şerefli insanın en iyi mükâfatı başkalarının itibarını kazanmaktır; âmmenin fena nazarları altında duyulan hicap ise, beşer ruhunu zedeleyen en büyük ıstıraplardan biridir. En kara ve en basit vicdanlara kendisini kabul ettiren, bunun gibi, çocuk fikrinde ilk uyanan hislerden madut bulunan bu iptidai duygular, içtimaî nizamı muhafaza eden, âdetlere mesned olan, ahlâk dünyasını sevk ve idare eyliyen en muktedir kuvvetlerden birini vücuda getirmektedir. Şu duyguların müşterek hayatın mücbir zaruretlerinden doğmuş olması mümkündür; ve, bunlar, bizatihî sosyal sevkıtabiidinden neşet eylemektedir. Fakat sözü geçen duygular, çözülemez bir şekil ve surette beşerî mesuliyet fikrine bağlanmış bulunmaktadır. Nasıl suçlu kusurunun kefarecini çekmek lâzımgelirse, faziletkâr insan da, aynı sebepten dolayı; mükâfatlandırılmağa lâyıktır: çünkü biri ve diğeri buna müstahaktır ve çünkü bunu istemiştir. İnsan ister serbest iradeye sahip olsun ister olmasın, muhakkak olan şudur ki, o buna inanır ve hiçbir muhakeme ve düşünce, bu imanı izaleye muvaffak olamamıştır. İşte bu noktadadır ki, diğerk bütün içtimaî vakıalar gibi, sosyolojinin nazarı itibara almaktan sarfınazar edemiyeceği bir vakıa kendisini empoze etmektedir. Bu inancı kanunlarla ortadan kaldırmanın mümkün olabileceğini ve — beşer vicdanından silmek ve ceza tatbikatından hasfetmek için — her türlü mesuliyet mefhumundan tecerrüd ederek ceza kanunlarını kaleme almanın ve neşir ve ilân eylemenin kâfi geleceğini zannetmek bir hayal olur.

Adalet fikrinin de insan kalbinde çok derin izleri vardır; ve bunlar âm ve şâmildir. Bu fikrin mevcudiyetini Etnografya en geri ırklarda, tarih en iptidai milletlerde müşahede ettiği gibi, herkes dahi bu fikrin çocukta battâ, en katı yürekli suçluda bile ne kadar canlı olduğunu bilir. Şüphesiz bu adalet mefhumu tenkit edilmiş ve bu mefhumda katiyet ve sabitlik olmayıp bunun zaman ve mekâna göre değiştiği söylenmiştir: O, yüksek bir kültür derecesine ulaşmış olan bir ahlâkçının kafasında başka, bir iptidainin vicdanında yine başkadır. Bütün hallerde, adalet mefhumu, esash, tek ve çok basit bir muadele fikrine irca olunmuş görünmektedir. Mebadide, bu mefhum kısas şeklini almakta, muasır düşünce tarzında ise, ceza ile suçlunun mesuliyet derecesi arasında bir müsavat esası olarak mütalâa olunmaktadır. Bütün bunlar mümkündür. Fakat, bu adaleti tahakkuk ettirmek arzusu beşer fikrinin temel kanunlarından biri olmakla beraber, ona iktidarı nispetinde yaklaşımağa çabaladığı ve bunu yüksek bir gaye edindiği, ona ulaşmak için boş gayretler sarfettiği ve hiç olmazsa ona, temayül edilmesi muktazi bir ideal gibi baktığı da bir hakikatin ifadesi olarak kalmaktadır.

Bu mânevî mesuliyet ve adalet fikirleri beşer vicdanında el deymemiş olarak kalmakta ise de, muasır nazariyeler, bilâkis, bunlardan istihraç edilmesi muktazi pratik neticeleri istihsal etmiştir. Hattâ son bir tahlil ile denebilir ki muasır nazariyeler, netice olarak, bu fikirlerin daha doğru ve daha mantikî yeni tatbiklerini vermişlerdir.

Mesuliyet gayri kabili taksim ve tecezzi mütalâa olundukça hâkimin gayret ve vazifesi kolay görünmekte idi. O sadece bir tek meseleyi halletmekle mükellefti: Müttehim aklen sıhhatte midir yoksa akıl hastası mıdır? Zaten hâkimin, hiçbir hususî taharriye kendisini vermeksizin ve hiç bir ehlivukufa müracaat etmeksizin, bu meseleyi halledebileceğine itibar olunmakta idi. Hâkim suçlunun mesul olduğunu düşünüyor idi ise, daha ziyade objektif görüş noktasına yerleşmek, sosyal tenkilin zaruretlerini nazarı itibara almak suretile, cezayı tatbik ediyordu. Bu ceza âdildi, çünkü işlenmiş olan suç bu cezaya müstahaktı.

İşte muasır nazariyelerin tezelsüle uğrattığı bu nevi görüşlerdir. Artık hiç kimse insan iradesinin mütenevvi şartlar içinde bulunabileceğini inkâr etmiyor; bundan da mesuliyetin dereceleri olacağı neticesi çıkarıldığı gibi, onun, her suçlu bakımından sonsuz mütenevvi imkânlara göre değiştiği kabul ediliyor ve mesele ne kadar iyi tetkik edilirse, o nispette de mesuliyeti azaltan bu sebepler artıyor. Bu hafifletici sebepler, önce, akliyecilerle birlikte, temyiz kudretini az veya çok zulmete garkeden ve iradeyi az veya çok sabit kılan fizyolojik noksan ve kusurlarda bulundu. Lombroso'nun doğuştan - suçlusuna inanmaksızın, evvelce de söylediğimiz

gibi, kendilerini kolayca empulsionlarına, fena ihtiraslarına, fasık sevkı-tabiiilerine kaptıran *défectueux*'lerin mevcudiyetini kabul etmek lâzımgeldi. İçtimaiyatçılarla birlikte de, muhitten gelen sosyal âmillerin irsi âmillerden daha da müessir olduğu kabul edildi. Fena terbiye, tehlikeli örnekler, bozuk bir muhitin sürüklemesi, fakrüsefalet, işsizlik, şehir hayatının fenalığa sevkedici oluşu suçluların hattı hareketinde ve kararında ağır surette yükünü hissettirmektedir. Sinesinde suçun şu sebepleri tekemmül ve inkişaf eyliyen bizatihî cemiyet dahî, kusursuz ve günahsız addedilebilir mi? Mesuliyetin bütün bu tahfiflerini nazarı itibara almak ve bu sebepler hasebile suçlulukları azalmakta olan mücrimleri daha az şiddetle cezalandırmak âdil ve munsif değil midir?

Böylece mantık, lâalettayin bir sebep dolayısıyla sadece mahdut bir mesuliyeti olduğu görülen her suçlunun cezasını tadil ve tahfife sevketti. Adli tabib mahdut mesuliyetin mevcudiyeti neticesine varınca cezanın asgarî haddi tatbik edildi. Fransız jürisprüdansı ve hususile tatbikatı bu nazariyeyi kabul etti ve bizim hafifletici sebepler sistemimiz bu nazariyede rasyonel ve kanunî bir esas buldu. Müteaddit yabancı kanunlarda müesseseyi resmen kabul etti, ve, bu suretle bunların hakikî bir tekâmül icra ettikleri mütalâa ve mülâhaza olundu.

Fakat, bu nazariyelerin pratik bakımdan vahim mahzurları ve maruz kaldığı itirazlar zuhur etmekte gecikmedi.

Evvelâ, cezaların şu umumî yumuşaklığı, tenkilin zayıflamasına geniş bir ölçüde iştirak etti. Prensip itibarile insanın mesul olduğu esası vazedilmekle beraber, suçluların, bir çokları mesuliyetlerini mahdut olarak mütalâa ve mülâhaza etmek için bazı sebepler bulunduğu neticesine varılmaktadır. Normal insan kanunen muayyen cezanın tamamını çekmek iktiza eder, bunda şüphe yoktur, fakat dikkatle bakılacak olursa, aleltakrib bütün müttehim veya maznunlar, hâkimin, cezayı tadil ve tahfif etmesi muktazi anormaller veya biçareler suretinde manzur olmaktadır. İşte hafifletici sebeplerin, hürriyeti bağlayıcı kısa müddetli cezaların, tecilin istismar ve suiistimali izah ve ifadesini bu noktada bulmaktadır. İmdi, adalet bu müsamahayı empoze etmeyi müstelzim ise, cezanın, çok yumuşak olması dolayısıyla bütün müessiriyeti ve korkutucu vasfı kaybolmağa, suçlunun ıslahı oldukça temdit edilmiş bir hapsi icap ettirmesi hasebile tashih ve terbiye edici vasfı, artık hiç kimse müşabih bir cezadan korkmıyacağı için de ibret verici vasfı nihayete ermeğe doğru gitmez mi? Deniliyor ki *dejenéré* ve anormal kendisini kolayca empulsionuna kaptırır ve bu itibarla iradesi çok gevşektir. Şu halde bunlar, şiddetli olduğu kadar kaçınılmaz ve kat'î bir cezanın tehdidi altında hattı hareketlerini daha iyi ve daha emîn bir şekilde tayin etmek ihtiyacında bulunmaktadırlar.

O suretle ki bu muhakeme neticesinde şöyle mütevad bir duruma ulaşılmaktadır: Suçlulara iradelerinin gevşekliği ve kararsızlığı nispetinde yumuşak cezalar verilmektedir, halbuki cezanın şiddetile daha fazla korkutulması iktiza eden, hiç şüphe yok ki, bunlardır. Adalet bakımından, mahdut mesuliyet cezayı azaltıcı bir sebeptir, fakat faydacı bir noktai nazardan cezayı teşdit etmesi lâzımgelir ve, hakikatte de, ciddi bir tehlike içtımâi nizamı tehdit edince yapılan bu değil midir? Fransız anavatanına avdet edememek üzere müstemlekelere sürülen mükerrirler arasında kararsız ve iradesi gevşek, empülsif, Lombroso'nun doğuşta suçlusu yok mudur?

Dahası da var. Mahdut mesuliyet nazariyesini tatbik etmek için, bir taraftan bu mesuliyetin derecesini tayin etmek, diğer taraftan buna teka-bül eden cezayı tespit eylemek lâzımdır. İmdi, bu meseleler halledilmek istenildiği zaman, ne kadar güçlüklerle maruz kalındığını gösterdik.

Evvelâ, alettahmin de olsa, ceza ile mânevî kusur arasında nasıl bir nispet tesis etmek lâzımdır? Mahdut mesuliyet tezi ilk defa, mühim bir vakıa dolayısıyla, cinayet mahkemesinde mevzuubahs olmuştu. Bu vakıa, bakımından bilirkişilerin vardığı netice gayet vâzihtı: Bunlar, hâkimleri ölüm cezasına hükmetmemeğe davet etmişti, fakat mütalâalarında, daha ziyade, ölüm cezasını bertaraf etmek muasır temayülünün yeni bir tezahürü görülmektedir. Fakat bu nazariyeler kabule şayeste telâkki edilmişdir. Akıl hastası olmamakla beraber, tam mânasile de normal bulunmayan bir canıye cezası indirilerek verilirse, aynı hal şekli, diğer bütün suçlular, ezcümle, empülsionunun tesiri altında hareket eden şedit mizaçlı bir kimse, âdâbı umumiyyeye mugayir bir fiil işlemiş bir sadık, sergide önüne yığılan kumaşların cazibesine mukavemet edemiyerek hırsızlık yapan bir kadın, nörastenik bir serseri bakımından da varit olmak iktiza eder. Fakat o zaman, suçlunun, muhaffef mesuliyeti ölçüsünde, cezasını tespite medar olacak, para cezasının miktarını, hapis cezasının müddetini tayin etmek imkânsızlığı zuhur etmektedir.

Nihayet ve hususile mahdut mesuliyet nazariyesi, filozoflar tarafından formüle edilmiş olup, tatbikatça da katiyetle terviç edilen esaslı bir itiraza maruz bulunmaktadır. Bu da, suçlunun mesuliyet derecesinin nasıl tespit edilmesi lâzımgeldiği meselesidir. Hâkimler böyle bir meseleyi halledemiyeceklerini hissetmişler ve bu itibarla meselenin hal şeklini akliyecı bilirkişilere bırakmışlardır. Bu sonuncular, kendilerine bu suretle vaz edilen meseleyi halletmeyi ve — suçlunun mesuliyet derecesini nasıl tespit etmelidir — sualine cevap vermeyi kabul ettikleri zamandadır ki, herkesi tatmin eder gibi görünmüş olan mahdut mesuliyet nazariyesini tahayyül eylemişlerdir. Fakat nazariyenin katiyetten âri olduğunun çabuk farkına

varılmıştır. Bazı tabibler riyazî bir hal şekline ulaştıkları iddiasında bulunarak bu hududu kesri adı ile tespit, ve meselâ, müttehimin sekiz tak-sim on nispetinde mesul olduğunu beyan etmişlerdir. Fakat şu şeklile, keyfiyet, sistemin red ve cerhinden başka ne temin edebilir? İşte bu itibarladır ki bugün, makul bilirkişiler mesuliyete müteallik meseleler üzerinde beyanı mütalâada bulunmayı reddetmektedirler. Filhakika bunlar, bir müttehimin normal veya anormal, aklen sıhhatli veya melekâtı akliyesinde bazı teşevvüşler bulunduğunu beyanla iktifa etmeyi istemekte olup, müspet ilmin bundan daha uzağa gitmeğe müsaade etmediğine, tıbbî müşahedelerden metafizik neticeler istihraç eylemek hakkını haiz olmadıklarına kani bulunmaktadırlar. O suretle ki, hâkimlerin, suçlunun mesuliyeti derecesini tespit etmek azim gayret ve vazifesini akliyecilere bırakabileceklerini zanneylemelerine bedel, bugün, tabibler, bunu red ile meseleyi hâkimlere bırakmaktadır; şu vaziyete bakılacak olursa, adı geçen mesele halledilmeksizin kalmak tehlikesine maruz bulunmaktadır.

Diğer taraftan, daha ziyade hissiyata müstenit olan insanî - humanitaire nazariyeler, ceza esas telâkkisini tağyir etmekle ve böylece tenkili zaafa uğratmış olmakla itham olunmaktadır. Islahî mektebin, cezanın — yegâne değilse bile — belli başlı gayesinin, suçlunun ıslahına taallük ettiğine kani olduğu söylenmektedir. Şüphe yok ki bu mektebin en maruf simaları cezanın kefaretçi karakterine inanmakta berdevamdırlar, ancak bu fikirden hiçbir pratik netice çıkarmamışlardır. Bunlar, cezanın müessir olması için, korkutucu ve ibret verici olması lâzımgeldiğini unutmuşlardır. Tenfiz sistemini teşkilâtlandırmak suretile, daha ziyade mahkûmun intibakını kolaylaştırmağa bağlanılmıştır. İnfaz müesseselerinde mahkûm namuslu bir insan yapılmak istenilmektedir; Fransada, hapis-hane rejimi yumuşatılmakta, mahkûm, cezasını çekmesi için tespit edilmiş günden önce tahliye edilmekte, ilk defa suç işlemiş bir kimseyi mahkûm etmektense cezasını tecil eylemek tercih olunmakta, mahkûmiyetin mucip olacağı şerefsizliği sağlamağa bağlanılmakta, ve, bu yolda gidilerek resmî evrakta sahtekârlık yapılmaya ve adli sicil hakikate muhalif kılınmasına kadar varılmaktadır. En ağır müşterek hukuk suçları için umumî ve hususî aflar sık sık yapılmaktadır. Bu suretle, tenkil, artmakta olan suçluluk muvacehesinde kifayetsiz bir hal almaktadır.

Bu ithamlarda çok mübalâğa vardır. Hakikatte takbih edilmesi lâzımgelen, insan eseri olan kanunlar değil, bunların kullanılış tarzı ve tatbik edilirken vukubulan suiistimallerdir; şu suiistimallerin mevcudiyeti de gayri kabili inkârdır.

Bu suretle ve hülâsaten, adalete riayet maksadile, bir taraftan, ceza, suçlunun mesuliyeti ile mütenasip kılınmak istenmekte, fakat tatbikatta

bu hareket bütün cezaların tahfif edilmesine müncer olmaktadır. Diğer taraftan da muasır vicdanın şanından olan bir insaniyet duygusu ile, suçlunun ıslahı ve itibarının iadesi arzulanmış, binnetice, bu cezaların infazındaki mülâyemet bunların müessiriyetini azaltmıştır. Bugün henüz bu noktada bulunmaktayız. Vaziyet böyle olunca hâkimin vicdanındaki tereddüdü, metanet ve salâbetindeki gevşemeyi ve muayyen bir cesaretsizlik duymasını hayretle karşılamaya mahal yoktur. Bizzat cemiyet dahi cezalandırmağa müteallik hak ve vazifesi hususunda sarıh bir bilgiye sahip değildir; gerek adalet gerekse tenkilin müessiriyeti bakımlarından cemiyet tereddütlerin hücumu altında bunalmaktadır. Sistemli bir müsamaha, bir liberalizm delili addedilmekte olup, ceza hukukunun terakkî ve inkişafının mütemadî bir surette cezaların mülâyimleştirilmesine bağlamak lâzımgeldiği mülâhazasına varılmıştır. İşte, sadece Fransada değil, bütün memleketlerde cezaî adalet marazının derin sebepleri bunlardır, ve dert umumidir.

Vaziyetin bu şekli ile temadi etmesi içtimaî nizam bakımından tehlikesiz değildir, ve, bu suretle vazedilegelen meseleler bir hal suretine bağlanmalıdır. Zaten ceza hukukunun mazideki uzun inkişafı, istikbal bakımından alınacak dersleri ihtiva etmektedir. Aksi takdirde, halihazırın suç, suçlu ve ceza mefhumlarının katiyetlerine kanaat getirilemeyecektir. Bu mefhumları tâdil edebilecek derin tahavvüllerin vukua geleceği âşikârdır.

Sözü geçen tahavvüllerin neler olabileceğini araştırmak, cüretkârlık olur. Şüphe yokki, dogmatik telâkkilerinin zirvesinden, mütemadî bir itimat ve emniyetle, istikbalin, kendi fikirlerini tahakkuk ettireceğinden bahsedecek hâkimler vardır. Zaten dinî veya ilmi her itikat bu kabil cüretkârlığı müstelzimidir. Bununla beraber, istikbal sırrını muhafaza etmektedir. Müstakbel cemiyetlerin, bize bugün gâyri makul ve hayalî görünen, yahut havsalamızın dahi almadığı hal suretlerini kabul etmesi mümkündür. Bizden sonra gelecek olanlar, bugünkü kanunlarımız hakkında, eski hukukumuzun barbarlıklarına müteallik olmak üzere verdiğimiz hükümlerden, belki de, daha şiddetli hükümler vereceklerdir. Başkalarının, nihai olarak iktisap ettiğimizi sandığımız terakkileri, kör bir aksülâmelle, bir tarafa atmıyacağını kim temin edebilir? Bizatihî medeniyeti tehlikeye sokan derin içtimaî ihtilâçlar, felâket ve tahrîbatın tesiri altında, en iptidai tenkil şekillerine, cezaların şiddeti ve işkencelerin dehşeti ile korkutma esasına, rücu edilmeyeceğini kim temin edebilir?

Bu mülâhazaların ışığı altında, hiç olmazsa bugün için zarurî görülen ıslahatın, ve, muayyen bir nispet dahilinde bunların tahminini mümkün kılan umumî temayüllerin tayinine çalışmak imkân dahilindedir.

İtalyada, ceza kanununu tadil gayesiyle teşkil edilen resmî bir komis-

yon, bu meselelerin en ihtilâlcı vasıtalarla hallini derpiş eden bir ön-proje neşretmiş bulunmaktadır. Bu ön-proje, cezaî anthropologie mektebinin teşriî beyannamesini teşkil etmektedir. Hakikatte irsî kusurlarile tanınan doğuşta-suçluya, metinde, sanıldığı kadar büyük bir mevki verilmiş değildir; fakat kanun, içtimai müdafaa pozitif doktrininden geniş surette mülhemdir; mânevî mesuliyet ve kefarete fikri alınmamıştır. Suçlu kusurundan değil, fiilinden mesuldür, ve, bu bakımdan, suçu az veya çok serbest bir irade ile işleyip işlemediğinin araştırılmasına lüzum yoktur. Böylece, akıl hastası, dejenere, çocuk, en salim şuura sahip bir suçlu gibi, içtimai bakımdan hareketlerinin hesabını vermekle mükelleftirler.

Bununla beraber, bu suçlulardan hiçbirisine ceza verilmeyecektir. Kefarete doktrinini hatırlatan böyle bir kelime ceza hukuku dilinden çıkarılmıştır. Cemiyet, bütün suçlulara «Müeyyideler», yani içtimai emniyeti temin sadedinde en müessir ve en uygun gördüğü tedbirler tatbik edecektir. Bu gayeye ulaşmak için suçlunun münhasıran «timibilité» si nazarı itibara alınacaktır. Çok tehlikeli, mükerrir veya profesyonel suçlular muvacehesinde, şedit denemiyecek ve fakat onu cemiyetten çıkarmağa varabilecek derecede tedbirler ittihaz olunacaktır. Tesadüfi suçlular ise, bilâkis, mevcudiyetleri cemiyet için tehlike arzemediği anda son verilecek ıslah ve terbiye tedbirlerine tâbi tutulacaktır. «İnfirmité de mente», suçlular, patolojik durumlarının mahiyet ve vahametine göre tenevvü edecek müesseselere sevkedilecektir. Mecnun suçlular, akıl hastalarına mahsus müesseselerde tedavi edileceklerdir: alkoliklerle bedenî gayri tabii-likleri olanlar, iş kolonilerinde tecrit edilecekler, nihayet küçük suçlular, durumlarına göre, dürüst ve namuslu ailelere tevdi olunacak, yahut meslek veya terbiye mekteplerinde, bir mektep gemisinde, iş yurtlarında veya ziraî kolonilerde terbiye edileceklerdir. Bütün bu müeyyideler arasında yapılacak seçim bakımından hâkim, işlenen suçun vahametinden çok daha fazla olarak, bizatihî suçlunun durumunu nazarı itibara alacaktır. İtalyan projesinde suçluya bütün bir başlık tahsis edilmiştir. Bir madde, hâkimi, bilhassa şiddetli emniyet tedbirleri hükmetmeğe icbar eden *maggiore pericolosità del delinquente* hali, diğer bir madde de bu tedbir-lere mülâyemet verecek *minore pericolosità* hali tadat etmektedir. Nihayet hâkim, eski klâsik kanunların arzusuna uygun bir şekilde, cezanın müddetini tespit etmiyecektir. İtalyan projesi müddetsiz hüküm sistemine mühim bir yer ayırmıştır. Mahkûmiyet kararı, sadece mahkûmun muayyen müesseselerde meselâ beş seneden on seneye kadar kalabileceğini tayin ile iktifa edecektir. İslahınefis ettiği takdirde asgarî, tehlike arzettekte devam eylediği takdirde de âzamî müddetle müessesede bırakılacaktır. Hattâ proje, bazıları muvakkat bazıları müebbet olmak üzere,

nisbî veya mutlak surette müddetsiz müeyyideler vazeylemekle bu sistemi müdil bir hale sokmaktadır.

Söyliyelim ki adı geçen proje, ilk nazarda görüldüğünden veya görünmek istediğinden daha az mütecasirdir. Proje, akıl hastalarını, bu nevi hastalıkların tedavisine muhtas müesseselere göndermekte, küçükleri terbiye tedbirlerine tâbî bulundurmakta, tecili, affı, meşrutan tahliyeyi, muhakeme müddetince vaki mevkufiyeti mahpusiyete mahsup eylemeyi, ve nihayet gayri kabili ıslah kimseleri de cemiyetten çıkarmayı kabul etmektedir. Bu yenilikler bir çok mevzuat, hususile Fransız mevzuatında tahakkuk ettirilmiş bulunmaktadır. Fakat proje, açıkça ve pervasızca beşerî mesuliyetle alâkalı bütün an'anevî fikirlerle hali tearuzdadır. Günümüz kanunları bu mesuliyeti kabul etmektedirler ve, göstermiş olduğumuz veçhile, zayıf noktaları da budur. İtalyan projesi malûm metafizik münakaşayı determinist mânada kesip atmakta, en fazla noksanla malûl olduğu nokta da bu olmaktadır. İrade serbestisine inananlar — ki yekûnları hayli kabarıktır — ceza kanununun bu prensipinden kolay kolay vazgeçmemektedirler. İtalyan projesi, İtalyada bile en hararetli bir muhalefet ve mukavemete maruz kalmıştır; İtalyan parlâmentosunda müzakere edilmesi kat'î olmadığı gibi, kabulü de şüpheden vareste değildir; parlâmento kabulüne iktiran ettiği farzedilse dahi, tatbikatta hayli mânia ile karşılaşacaktır.

Evvelce de söylediğimiz veçhile, beşerî mesuliyete olan inancın bertaraf edilebileceğini düşünmek büyük bir hatadır. Hâkimler, müstahak olduğu cezayı — veyahut müeyyideyi — tespit ederken failin suçluluğunu nazarı itibara almakta devam edeceklerdir. Bununla beraber, İtalyan projesi, hedefine varamasa dahi, uzun bir müddet cezacıların dikkatini üzerinde toplıyacak nazarı bir değere sahip olacaktır.

Tahmin edildiği nispette, müstakbel ve yakın ıslahat, başka bir yoldan tahakkuk edecektir. Ceza hukuku, irade serbestisi meselesi muvacehesinde gittikçe ihtiyatlı bir tavır takınacaktır. Başarı ile tahakkuk ettirdiği durum da hâlen budur. 1885 tarihli kanunumuz mükerrirler hakkında relégation'u [*] kabul ettiği zaman hiç kimse buna itiraz etmemiştir. Evvelce işlemiş olduğu suçların kefaretni çekmiş olan itiyadî suçlu, cemiyete ancak son suçunun hesabını vermekle mükelleftir; imdi, bu suç objektif bakımdan hiçbir vahamet arzetyemiyebilir, ve, bu takdirde, failin duçar olacağı çalışma mecburiyetini de mutazammın müebbed sürgün ce-

[*] Relégation, gayri kabili ıslah ve tehlikeli mükerrirlerin Fransız anavatanından Fransız müstemlekelerine veya himayesi altında bulunan topraklara sürgün edilmesini mutazammın bir cezasıdır (*Mütercim*).

zası mânevî kusuru arasında hiçbir münasebet tesis edilemiyebilir. Fakat bu tedbir, âmme emniyetinin sağlanması bakımından zarurî görülmüştür, aynı zamanda doğru da addedilmiştir, çünkü mükerrir, umumî bir surette ağır bir suçlu sayılmıştır. Büyük bir suçlunun hafif bir suçundan dolayı hüküm ve tecil edilebilecek bir kaç günlük hapis cezasına mukabil, küçük bir suçlunun, büyüyünceye kadar, aynı suçtan dolayı bir ıslah müessesesine konulmasını âmir kanunlar herkes tarafından tasvip edilmiştir. İşte burada dahî, ittihaz olunan tedbir ile mânevî kusur arasında hiçbir nispet görülmemektedir. Bütün şüpheleri bertaraf etmek için, ıslah evine sevkedilmenin bir ceza olmayıp bir terbiye tedbiri teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Kanun vazının bu yolda yürümekte devam edeceğini, gerek deterministler ve gerekse spiritüalistler tarafından tasvip edilebilecek hal suretleriyle iktifa ederek hakimane bir felsefî bitaraflık muhafaza edeceğini şimdiden söylemek kehanet sayılmaz. Bu kabil kanunlar kimsenin inancına dokunmayacak ve gürültülü beyanlara mevzu teşkil etmeyecektir. Bu kanunların yapacağı ıslahat, herkes nazarında içtimai bakımdan faydalı bir terakki addedilmesi ve âmme vicdanının sözü geçen ıslahatı hakkaniyetli, insanî ve âdil sayması kâfidir.

Önce, ceza sistemini tekemmül ettirmek ve bu bakımdan başlamış olan tekâmülünü takip etmek mümkün görünmektedir. Bir zamanlar, terakki ve tekâmülün, cezaları, tevhit etmeğe ve basitleştirmeğe taallük ettiği, ve varılması gereken gayenin de, bir günden başlayıp gitgide müebbedliğe varacak hürriyetten mahrum edici tek cezadan ibaret olduğu noktai nazarı müdafaa edilmiştir. Bu telâkki tarzı hem amelî hem de nazarî bakımdan bir hata teşkil etmektedir. Bütün suçlular aynı muameleye tâbi tutulamazlar. Bilâkis hâkime, ittihaz edilecek tedbirler arasından bir seçim yapmak hakkını vermek lâzımdır, zira bu tedbirler suçun mahiyetine ve suçlunun tab'ına göre değişmek iktiza eder.

Cezalar ile emniyet tedbirleri arasındaki tefrikin gittikçe ehemmiyet kesbedeceği anlaşılmaktadır. Fransız mevzuatı relégation'u kabul ettiği zaman bu yola girmiştir. Bu tedbirlerin gayesi, suçluyu ıslah etmekten ziyade, onu zarar vermek imkânından mahrum etmek ve ledelhace mevcudiyetile mahsus bir tehlike teşkil ettiği içtimai muhitten uzaklaştırmaktır. Yeniden teşkilâtlandırılan muayyen bir mahalde ikamet memnuiyeti, sürgün ve müstemleke cezaları, bu bakımdan, ceza mevzuatında gittikçe daha geniş bir yer işgal etmelidir. Bu tedbirlerin tatbiki hususunda sadece suçlunun tehlikeli hali nazara alınır. Böylece bir tek ceza halinde birleştirilen müstemlekelere nefy ve tağrip ile relégation cezaları, ancak kabili ıslâh olmıyan suçlular hakkında tatbik edilebilecektir.

Diğer taraftan, siyasi cezalarla adi hukuk cezaları arasındaki tefrik,

yeni inkişaflara müsaîf görünmektedir. Gördüğümüz veçhile, siyasî suç nazariyesi, gelişme yolundadır. Daha yukarıdan bir bakışla bu nazariyenin, tatbik edilecek cezayı tespit hususunda hem failin saiklerini hem de gayesine varmak için kullandığı vasıtaları nazarı itibara almağa sevkeylediği görülür. Fakat bu fikirler yalnız siyasî suçlara mı tatbik edilebilir? Mer'î kanunlar hâkimlere ancak asgarî hadde kadar ve takdiri hafifletici sebeplerin ölçüsü dahilinde cezayı indirmek hususunda failin saikini nazara almak salâhiyetini tanımaktadırlar. Saikin bayağı ve hacil duygulardan ileri geldiği anlaşıldığı ve cinayet veya cünhanın işleniş tarzı fasık saikleri açığa vurduğu takdirde, cezanın mahiyetini değiştirmek hususunda hâkime salâhiyet vermek daha iyi olmaz mı? «Muvazi cezalar» sisteminin kabulü, tenkili daha kesin bir hale getirmekle beraber, ceza mevzuatının da daha âdil olmasını mucip olmayacak mıdır? Bazı yabancı mevzuatın bu yeni yola zaten girmiş bulduklarına bakılırsa bu fikirdeki isabet daha iyi anlaşılır.

Bununla beraber, bütün bu hususlar klâsik cezalar sisteminde yapılacak ıslahattan ibaret kalacaktır. Fakat başlamış olan hareket, bazı hallerde, âmme nizamının korunmasını temin için cemiyetin ittihaz edebileceği tedbirlerin mahiyetini bile tamamen değiştirmek hususunda bir temayülü belirtmektedir. Muasır medeniyette o kadar geniş bir gelişme kaydetmiş olan umumî ve hususî yardım, hâlen halledilmemiş olan en karışık aktüel meseleleri belki de halledebilecektir.

Yardımanın tenkil yerine kaim olması bir asırdan fazla bir zamandanberi akıl hastaları hakkında tamamlanmış bulunmaktadır. Bu gibi şahısların ceza kanununca memnu bir fiil işlemeleri halinde cezalandırılmalarını artık kimse hatırlanmadan geçirmemektedir. Bunlar hakikî yerleri olan bir tedavi evine konulurlar. Biz bu gibi akıl hastalarının hususî müesseselerde muhafaza edilmelerine bile taraftarız. Çok kere, cânî denilen deli ancak çok geç tımarhaneye konulmuş olması bakımından diğer delilerden ayrılır.

Küçük suçlular hakkında yapılmış olan bilûmum ıslahat ta esas itibarile aynı şekilde izah olunabilir. Bugün çocuğun tenkili hukukun sahası dışına çıktığı umumen kabul edilmiştir. Cezanın onun için en münasip bir tedbir olmadığı; onu korkutmak maksadile ıstırap çektirmekten ziyade, çocuğa kâfi bir ilk ve meslekî tahsil ve bilhassa iyi bir ahlâkî terbiye vermenin mevzuubahs olduğu anlaşılmıştır. Bu tahsil ve terbiyenin fıkdanı halinde, çocuğu okutmak ve terbiye etmek için bir suç işlemesini beklemenin esef verici bir keyfiyet olduğu kabul edilmiştir, nitekim bizim Fransız kanunları çocuğun ifsat edici veya açıkça ihmalkâr bir baba hâkimiyetinden alınarak kendisini doğru yola sevk etmekle mükellef bulu-

nan umumî veya hususî müesseselere tevdi edilmesine müsaittir. Bu gayeye erişmek için, bir aile nezdine verilmekten bir infaz müessesesine gönderilmeğe varıncaya kadar ittihaz olunabilecek bütün tedbirler, esas itibarile yardım tedbirlerinden başka bir şey değildir.

İmdi, düşünülecek olursa, bu yoldan gidilerek diğer bir takım durumların da tatminkâr bir surette halledilebilecekleri derhal görülür. Ser-serilik ve dilencilğin sun'î, tamamen kanun tarafından ihdas edilen suçlar olduğu uzun zamandanberi bilinmiş bulunmaktadır. Zenginlere müsaade edilen tenbelliğin fakirlerde hapisle cezalandırılması doğru mudur? Diğer taraftan bu cezanın bu gibi suçluların ıslahı hususunda tamamen gayri müessir olduğu sabit olmamış mıdır? Bunları yardım müesseselerine koyup, sakatları barındırmak ve diğerlerini çalıştırmak tercihe şayan olmaz mı? Kırallarımızın eski Emirnameleri, İhtilâlden itibaren fransız kanunları bu fikirlerden mülhem olmuşlar ve bu fikirler yüzlerce defa kongrelerde, yardım cemiyetlerinde, parlâmento kürsüsünde ifade edilmiş ve bu meselelerle iştigal etmiş olan herkes tarafından tasvip olunmuştur. Yabancı memleketlerde pratik sahada tatbik edilmiştir. Bizde bu fikirler tatbik edilememişse, bunun yegâne sebebi yardım bütçelerinin kifayet etmemesidir; ve hal sureti de buradadır.

Hata etmekten korkmaksızın, aynı şeyi alkolizmin tenkili hakkında da söyleyeceğiz. İtiyadî veya açık sarhoşluğu bir suç telâkki eden sarhoşluğa mütedair kanunların kat'î ve cihansümül bir tecrübe neticesinde hiç bir işe yaramadıkları anlaşılmıştır. Cezaevine göndermekle bir alkoliğin kötü huyu, daha doğrusu hastalığı tedavi edilmez. Onun yeri, tedavi edileceği veya hiç olmazsa hastalığını geçirmek ihtimalinin bulunduğu sarhoşlara mahsus bir müessesededir.

Nihayet mahdud mesuliyet meselesinin hallini de bu yoldan giderek bulmıyacağımızı kim temin edebilir? İşaret ettiğimiz veçhile, bugün «défectueux», mütereddi, empülsif aleyhine hükmedilen muhaffef ceza cemiyeti yeter derecede himaye etmemektedir. Diğer taraftan, hekimler bu gibi yarı-mesullerin akıl hastalarile karıştırılmamak icap ettiğini ileri sürüyorlarsa da, bunlar üzerindeki tıbbî otoritelerini de tebarüz ettiriyorlar, çünkü bunlar bazan tedavisi mümkün olmıyan, bazan ise iyileşebilen ve fakat her halde hasta olan şahıslardır. Bu keyfiyet bu gibi kimselerin de tenkil sahasından ziyade yardım sahasına dahil olduklarını ispat etmez mi? Bu suretle bu kimseler hakkında ceza tatbik edilmeyecek ve kendilerini hem tedavi edecek hem de zarar veremeyecek bir hale getirecek olan tedbirler uygulanacaktır. Fakat bu tedbirler ne işlenmiş olan suçun objektif ağırlığına ne de suçlunun mesuliyetine göre değil, fakat suçlunun tehlikeli haline ve mânevî ve bedenî sıhhat durumuna göre tespit edile-

cektir. Bu mebhaste bir çok teklifler ileri sürülmüştür ve muhakkak ki bunlar günün birinde münakaşa edilecektir. Bu emniyet tedbirlerinin muhaffef ve gayri kâfi olan cezadan sonra tatbik edilmesi veya, çok daha mantıkî ve pratik bakımdan daha yerinde olarak, cezanın yerine geçmesi istenmiştir. Bu ıslahat yapılacak olursa, hâkim suçlunun mesuliyet derecesini tespit zımnında imkânsız araştırmalara girişmeyecek, sadece, cemiyeti müdafaa ve adalete hizmet bakımından, bu suçlunun tenkil veya yardım sahasına mı girdiğini, kendisini cezaevine mi yoksa bir tedavi müessesesine mi göndermek lâzım geldiğini düşünecektir. Ceza hukuku sahasına girdiğini kabul ettiği takdirde, korkutmak ve ibret teşkil etmek bakımından yeter derecede şiddetli olan cezanın tatbikine hiç bir engel kalmıyacaktır. Buna mukabil yardım sahasına dahil olduğuna karar verdiği takdirde, bir tedavi müessesesinde failin uzun müddet tutulması hiç olmazsa âmmenin emniyetini temin edecektir.

Fakat bu yardım tedbirlerinin şu hususiyeti vardır ki, bunlar yardım edilen kimseye tahmil edilirler ve bu suretle şahsî hürriyetin açık bir ihlâlini teşkil ederler. Kendisine bir ceza çektirilmediği fakat yardım edildiği bahanesile bir vatandaş keyfi olarak bir müesseseye kapatılabildiği takdirde, bu hürriyet, büyük bir tehlikeye maruz kalmış demektir. Bu kadar yavaş ve güç olarak elde edilen İhtilâlin temin eylediği ve her türlü halelden masun kalması icap eden terakkilerden fedakârlık yapılarak ödenecekse cezaların mecburî yardım tedbirlerine inkılâp etmeleri hâdisesi pek pahalıya satın alınmış olur. Biz bu tedbirlerin içtimai ehemmiyetini gösterdik, bu itibarla bunları her ne pahasına olursa olsun terketmemek icap eder. Bu yardım tedbirleri ne idarenin, ne kaza kuvvetinin, ne filantrop komisyonlarının, ne de mütehasıs kimselerin keyfi takdirlerine bırakılmamalıdır. Hürriyetin en iyi teminatı içtimai tehlikenin kanun tarafından men ve tarif edilmiş olan bir fiilden istinbat olunacağı kaidesidir. Önleyici mecburî yardım tedbirlerini kabul etmek için çok ihtiyatkâr olmak lâzımdır ve bunlar içtimai tehlikenin bedihî olduğu kanunen ve muayyen tamamile istisnai hallerde tecviz edilebilirler.

Bundan başka bu yardım tedbirleri tetkik etmeyi kararlaştırdığımız sahadan yani sırf tenkil sahasından farklı yeni bir alana bizi sokmaktadır. Bizim bu sahada ilerlememize imkân yoktur, fakat, sözümüze son verirken, suçlulukla mücadele hususunda bu önleyici tedbirlerin tenkili tedbirlerden daha iyi ve çok kere daha müessir olduklarını da söylemememiz edemeyiz. Bütün muasır tetkikler cinayet ve cünhanın içtimai sebeplerini meydana koymuşlardır ve ancak bu sebepleri imha etmek suretiledir ki, en kat'î neticeler elde edilebilecektir. Yolların açılması, şimendiferin icadı, şoför ve haydutların mahkûm edilmesinden çok köylerin emniyetini te-

min etmiştir. Sarıh ve münakaşa edilmez misaller zikretmek için, alkolizmle mücadele hususunda ittihaz edilmiş olan bilûmum tedbirler ve hususile kabarelerin kapatılması, bugün cinayet ve cünhaları azaltmak bakımından müessir bir vasıta olacaklardır. Hiç bir zaman tekzip edilmemiş olan bir çok tecrübeler bu ciheti hakikatin kuvvetile ispat etmiş bulunmaktadır. İşçi meskenlerinin bir arada bulunuşu ahlâkî noktai nazardan olduğu kadar fizik bakımdan da gayri sıhhidir ve işçilere münasip meskenler temin etmekle veremin menbaı kurutulacağı kadar ahlâkî bakımdan da iyi bir iş yapılmış olacaktır. Baba ile çocukların içine girmek istemedikleri küçük ve pis oda şehir işçi ailesinin çözülmesinin ve bu suretle suçluluğun başlıca sebeplerinden biridir. Çocuğu kadrosu içine alan ve tehlikeli yaş bakımından faideli bir disipline tâbi tutan meslek mektepleri bir çok içtimaî uçurumlara düşmeyi önliyecektir. Bütün bu fikirler tamamile yeni değildir. Fakat bunlar sevki tabii ile ve binnetice hayal meyal hissedilirken, modern ilmî metotlar sayesinde yeni bir veçhe ile ve daha büyük bir vuzuhla meydana çıkmıştır. Şüphesiz ki kriminoloji her şeyi tamam bir ilim olmaktan uzaktır. Suç hâdisesine hâkim bulunan tabii kaideler hâlâ çok gayri muayyendir. Fakat bunları bulmak ve tespit etmek için takip edilmesi gereken yol görünmektedir.

Netice itibarile, kriminalistlerin geçmişinin ve hâlen oynadıkları rolün ne olduğu görülüyor.

Bunlar uzun asırlar boyunca, içtimaî nizam ve emniyeti ihlâl veya tehdit eden fiilleri cezalandırmak hakkını Devlete temin etmek için mücadele ettiler. Bu ilk adım atıldıktan sonra, bu hakkı kanunî esaslara tâbi tutmağa ve önceleri örf ve âdete dayanan ve nihayet yazılı metinlerde tespit olunan bir hukuk ilmini vücuda getirmeğe uğraştılar. Böylece suç ve cezalardaki keyfiliği ortadan kaldırdılar, idarecilerin, hâkimlerin, hattâ vazı kanunun salâhiyetlerini tahdit ettiler ve bu suretle medenî hürriyeti daha sağlam bir esasa istinat ettirdiler. Nihayet beşerî vicdanın ebedi şerefini teşkil edecek olan insanlık ve adalet fikirlerini tenkil sistemine ithal eylediler. Bu işi başarmak için asırlar süren mücadeleler ve yorulmak bilmeyen bir sebat lâzımgeldi. Bazan eserin yıkıldığı görüldü ve ebediyen ortadan kalkmış olduğu zannedildi. Barbarların istilâsı Roma âlemini iptidaî hukukun karanlıklarına tekrar gömmemiş miydi? Fakat binanın temelleri baki kaldı ve bu temeller üzerine hukukçular yeni terakkilerin elde olumasını sağlayan bir ceza hukukunu tekrar inşa ettiler.

Bugünkü cezacıların tehlikeye düşürmemekle mükellef oldukları terakkiler işte bunlardır. Bunlar, kendilerine iras edilebilecek herhangi bir ihlâle tahammül edilemeyecek derecede pahalıya mal olmuşlardır. Biz bilhassa şahsî hürriyeti temin eden âmme hukuku prensiplerinin muhafaza-

sına nezaret etmekle mükellefiz; hattâ bunların daha doğru ve iyi bir şekilde tatbikına çalışmağa mecburuz, ve bu suretle müsmir bir yolda yürüdüğümüzden emin olabiliriz. Fakat muasır hukuk cezacıların vazifesini tevsi etmiş ve mahsûs bir şekilde yükseltmiştir. Bugün cezacılar, yalnız suçu tetkik etmenin kâfi gelmediğini, suçlunun vicdanî sırlarına nüfuz etmenin icap ettiğini, onun irsiyetini ve bedenî yapısını, psikolojisini ve ihtiraslarını, başvurulacak tedbirlerin tespiti bakımından, suçun ferdî ve içtimaî sebeplerini öğrenmeğe çalışmak lâzımgeldiğini bilmektedirler. Hiçbir içtimaî yara muvacehesinde onlar lâkayıt kalamazlar. Muasır şuur ve vicdanı teşviş eden büyük ahlâkî ve içtimaî meselelerden hiçbirini ihmal edemezler. Bu suretle şahsî hürriyetten hiçbir fedakârlıkta bulunmaksızın içtimaî nizam ve disiplini daha iyi vasıtalarla temin edecek ve kanunlara zavallılar için daha fazla bir merhamet, insanlık ve adalet duygusunu ifade eden hükümler ithal edecek, kendilerine tekaddüm eden büyük cezacıların medenileştirici eserlerini devam ettireceklerdir.

E. GARÇON

Tercüme eden: *Naci ŞENSOY*

BİBLİOGRAFYA

Allmena, *I limiti e i modificatori dell' imputabilità*. — Cuche, *De la possibilité pour l'école classique d'organiser la responsabilité pénale en dehors du libre arbitre*. (Annales de l'Université de Grenoble). — Paul Fauconnet, *La responsabilité* (1920). — Enrico Ferri, *Sociologie criminelle* (Edit. Franç., 1905). — Franck, *La philosophie pénale*. — Garofalo, *La criminologie* (Paris, 1897). — Grasset, *De la responsabilité des criminels* (1902). — *Demi-fous et demi-responsables* (1907). — Lombroso, *L'homme criminel*. — *L'homme de génie*. — *Le crime, causes et remèdes*. — Lucchini, *Le droit pénal et les théories nouvelles* (trad. Henri Prudhomme, 1892). — Prins, *Science sociale et droit positif* (1899). — *La défense sociale et les transformations du droit pénal* (1910). — Rappaport, *La lutte autour de la réforme pénale en Allemagne* (Travaux de la Conférence de D. P. de la Faculté de Paris). — J.-A. Roux, *Répression et prévention* (1922). — Salelles, *L'individualisation de la peine*. — Tarde, *La philosophie pénale*. — *Les lois de l'imitation*. — Vidal, *Principes fondamentaux de la pénalité*.

Mecmualar için hususile sunlara müracaat olunmalıdır: *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. — *Archives d'anthropologie criminelle de Lyon*. — *Bulletin de l'Union internationale de droit pénal*. — *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.