

# CEZA EVRİMİNİN İKİ KANUNU<sup>1</sup>

**Yazar: Emile Durkheim**

*Çeviren: Hâkim Burak POLAT<sup>2</sup>*

Toplumsal bilimlerin mevcut durumu içerisinde, çoğunlukla müşterek yaşamın sadece en genel görünümüleri anlaşılabilir düzenlemelerle ifade edilebilir. Muhakkak ki, sadece genel ve bütüncül tahminlere ulaşabilmiş olsalar da bu görünüm de faydasız değildir. Onlar soruna yapılmış ilk entelektüel hücumu ifade eder ve ana hatlarıyla ortaya koymuş olsalar da daha isabetli sonuçlara ulaşacak şartların teşkilinde elzemdirler.

Bu çekincelerle birlikte, bize göre cezai (*repressive*) sisteme yön vermiş olan iki kanunu incelemeye çalışacağız. Şu kesinlikle açık ki ulaşacağımız sadece en genel değişkenler olacak; fakat kusurları olsa dahi bu derece karışık veri yığınının asgari bir düzen içinde ortaya koymayı başarabilirsek çabamız beyhude olmayacaktır.

Ceza uygulamasının tarihinde ortaya çıkan değişkenler iki türdür; nicel ve nitel. Doğal olarak her iki türe ilişkin kanun da farklıdır.

## **I. Nicel Değişimler Kanunu**

Bu kanun şu şekilde ifade edilebilir: *“Toplum daha az gelişmiş tipte ve merkezi güç daha mutlak karakterde oldukça cezanın sertliği artmaktadır.”*

Bu ifadenin ne anlama geldiğini açıklamakla başlayalım.

İlk etkenin fazlaca bir tanımlamaya ihtiyacı yoktur. Bir toplumun diğerinden az veya çok gelişmiş olduğunun tayini görece olarak kolay bir iştir. Bizim sadece onların ne derece müesses olduklarına, bu noktada birbirlerine denk iseler hangisinin daha örgütlü olduğuna bakmamız gerekir. Dahası toplumlar arasındaki bu hiyerarşi, toplum tiplerinin tek ve doğrusal bir dizilim üzere olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine bu dizilimin az çok birbirinden farklı kolları olan bir ağaç olarak tasavvur edilmesi daha mümkündür.<sup>3</sup> Bu ağaçta toplumlar ortak

---

<sup>1</sup> Bu makale Prof. William Jeffrey Jr.'ın Cincinnati Law Review'in 1969 yılı 38 cilt 1 numaralı sayısında yayımlanan “Two Laws of Penal Evolution” adlı çevirisi esas alınarak Cincinnati Üniversitesi'nden alınan 07.02.2018 tarihli izinle Burak POLAT tarafından hazırlanmıştır.

<sup>2</sup> Hâkim, e-mail: motpolat@gmail.com

<sup>3</sup> E. Durkheim, Les Regles de la Methode Sociologique 20 (1893) [The Rules of Sociological Method adıyla S. Salovay ve J.Muller tarafından çevrilmiştir. (Şikago, 1938)]

kaynaklarından değişen uzaklıkta olmak üzere birbirinden daha yüksekte veya alçakta konumlanmışlardır. Ancak bu şartlar çerçevesinde ortaya konacak bir bakış açısıyla toplumların genel evrimi hakkında konuşmamız mümkün olacaktır.

Ortaya koyduğumuz ikinci etkenin ise daha geniş bir muhakemeye ihtiyacı vardır. Başka bir toplumsal kurum ile karşı karşıya geldiğinde doğal olarak iktidar gücünü dengeleyecek veya ona etkili bir sınırlama getirecek herhangi bir imkan olmadığında bu gücün mutlak olduğunu söyleyebiliriz. Hiç bir sınırlamanın olmadığı bir durum vaki değildir; hatta böyle bir halin akla uygun olmadığı da söylenebilir. En güçlü iktidarlarda dahi gelenek ve dini inançlar birer kontrol kurumu olarak hizmet etmektedir. Dahası, kendini öne sürüp direnmekle mükellef ikincil toplumsal yapılar her zaman mevcuttur. Üstün bir düzenleyici gücün üzerine uygulandığı hiçbir tali güç asla tamamen bireysel gayretten mahrum değildir. Buna rağmen bu olgusal sınırlamaların, anılan güç uygulamasını yürüten iktidar üzerinde onu yasal olarak yükümlenici herhangi bir imkanı yoktur. İktidar bu egemen ayrıcalıklarını icra ederken yazılı ya da örfi hukuk tarafından mecbur olmadığı halde belirli bir ölçüye riayet eder. Bu halde iktidarın mutlak olarak nitelendirilebilecek bir güç uygulama tasarrufu vardır. Şüphesiz iktidar kendisinin aşırılığı kaçmasına imkan verirse buna karşı çıkan toplumsal güçler de ona tepki vermek ve engel olmak üzere birleşeceklerdir. Bu muhtemel tepkinin vereceği caydırıcılıkla iktidar kendisini bir öz-kısıtlama ile sınılayabilir. Bu kısıtlama ister iktidar tarafından kendiliğinden yapılmış olsun ister ona yaptırılmış olsun esasında arızidir; kurumların olağan işleyişinin sonucu değildir. Anılan kısıtlama iktidarın kendi inisiyatifli sonucu ortaya çıkarsa lütufkar bir taviz, iktidarın yasal yetkilerinden gönüllü bir vazgeçme olarak takdim edilir. Müşterek bir direnişin sonucu olduğu zaman ise açık şekilde devrimci bir karakterdedir.

Mutlak iktidar başka bir yolla daha karakterize edilebilir. Yasal düzen iki kutup arasında seyretmektedir: Onu oluşturan ilişkiler ya tek taraflı ya da iki taraflı ve karşılıklı bir görünüm arz etmektedir. En azından bunlar ilişkilerin etrafında kümelendiği iki tiptir. Birinci tip ilişkiler, yükümlülüklerine mukabil herhangi bir hakka sahip olmayan tarafa karşı münhasıran diğerine isnad edilen haklar üzere oluşturulmuştur. İkinci tip ilişkilerde, hukuki münasebet taraflardan her birine kusursuz bir karşılıklılık üzere bahşedilen haklardan doğmaktadır. Aynı haklar, özellikle mülkiyet hakkı birinci tip ilişkinin en gelişmiş örneğini sergiler; mülkiyet hakkı sahibi kendi eşyası üzerinde bir kısım haklara sahipken eşya malik üzerinde herhangi bir hakka sahip değildir. Mübadeleye konu şeylerin (edim/fayda ) toplumsal değerinin kusursuz bir denklik içinde olduğu sözleşme,

özellikle adil bir sözleşme tipik bir karşılıklı ilişki durumudur. Şimdi, üstün gücün toplumun geri kalanıyla ilişkisi ne denli tek taraflı olursa – diğer deyişle bu ilişki malik ile eşyası arasındaki ilişkiyi andırırsa - iktidar da o denli mutlak olur. Tersine, idarenin diğer toplumsal güçlerle ilişkisi ne denli iki yanlı olma karakteri gösterirse iktidar o denli az mutlak olur. Mutlak egemenliğin en kusursuz örneği antik Roma Medeni Hukuku'nda çocuğun kişisel bir mala/köleye benzetildiği “*patria potestas*”<sup>4</sup> kurumudur.

Nitekim merkezi bir gücün az veya çok mutlak oluşunu belirleyen onu az veya çok düzeyde dengelemek üzere teşekkül etmiş karşıt bir gücün mevcut olmayışıdır. Toplumun yönetici işlemlerinin az ya da çok tek elde toplanmasının bu türde bir güce hayatiyet verdiğini öngörebiliriz. Hayati öneminden ötürü bu işlemler görüşünün alınması noktasında toplumun geri kalanı üzerinde istisnai üstünlüğü olan birinde teksif edilemez. Bu üstünlük mutlaklığı doğurur. Böyle bir yetkiyi elinde bulunduran kendini tüm müşterek kısıtlamalardan arı görüp sonucunda, en azından belli bir raddeye kadar kendi çıkar ve rahatının olduğunu düşündüğü durumda her istediğini dayatabilir. Böyle bir merkezileşme, diğerleri üzerine tahakküm edilecek ve onları kendine tabi kılacak nevişahsına münhasır yoğunluktaki bir toplumsal kuvveti açığa çıkarır. Böyle bir üstünlük kendini sadece fiiliyatta değil yasal olarak da hissettirir: Zira bu türde bir ayrıcalığın verildiği kimse insan doğasının üstünde sıradan insanların tabii olduğu mutlak yükümlülükler tabii olması tasavvur edilemeyecek bir varlık olarak görülür.

Bu çalışma her ne kadar öz ve kusurlu da olsa, en azından halen yaygın olarak hüküm süren belirli hatalara karşı bize bir ön uyarı olmaya kafi gelecektir. Şunu gerçekten görebiliriz ki- Spencer tarafından öne sürülen kafa karışıklığının aksine- iktidarın mutlaklığı idari yetkilerinin sayısına ve önemine göre değişiklik göstermez. Bunlar sayıca ne kadar çok olursa olsun, sadece bir kişinin elinde toplanmadığı sürece iktidarın mutlak olduğundan söz edilemez. Bugün başta Fransa olmak üzere önde gelen Avrupa ülkelerinde cari olan da budur. İktidarın faaliyet alanı XIV. Louis zamanındakine göre farklı yönere doğru genişlemiştir ancak, devletin toplum üzerinde sahip olduğu haklar buna karşılık gelen görevlerden hali değildir. Bu hakların hiçbir surette mülkiyet hakkına benzeme imkanı yoktur. Aslında cari olan duruş şudur ki; üst düzey düzenleyici yetkiler sınırları belirli, bağımsız ve görece özerk birimler arasında bölüştürülmüş olmanın yanı sıra, aynı zamanda diğer sosyal görevlerin belirli iştiraki ile icra edilmektedirler. Nitekim devlet, eylemlerini bir çok noktada hissedilir kılıyor

---

<sup>4</sup> Patria Potestas : Roma'da babanın çocukları üzerinde onların ölümüne karar vermeye kadar genişleyebilen yetkileri.

ise de bu durum devletin daha mutlak hale gelmesine neden olmamaktadır. Gerçekten, aksinin olma imkanı mevcuttur ancak bunun olabilmesi için devletin elindeki karmaşıklığı artmış güçlerin yanına başka farklı koşulların da eklenmesi gereklidir. Aksine sıradan kapsamlı yetkiler devletin bu karaktere bürünmesine zemin oluşturmaz. İdari yetkilerin filyatta sayıca az ya da etkinlikten uzak oluşunun sebebi bizatihi toplumun yaşantısının genel olarak kısır ve gevşek oluşudur. Merkezi düzenleyici birimin gelişen derecelerdeki gelişimi, bireyin sinir sisteminin boyutunun organik değişimlerin önemine göre çeşitlenmesi gibi müşterek yaşamın genel gelişiminden nadiren etkilenir. Bir toplumdaki idari işlevler ancak diğer toplumsal işlevler de aynı doğaya sahip olduğunda az gelişmiş kalır; ikisi arasındaki ilişki her zaman sabittir. Sonuç olarak idari yetkiler üstünlüğünü korur ve bu yetkilerin tek bir kişide toplanması onu diğerlerinden üst bir noktaya yerleştirir; toplumun çok üzerine çıkarır. İlkel berber kralların yönetiminden daha bayağısı olmadığı gibi bu yönetimlerden daha mutlak karakterde olanı da yoktur.

Bu belirleme konumuzu daha çok ilgilendiren bir diğerine yönlendiriyor; iktidarın daha az ya da daha çok mutlak oluşu herhangi özel bir toplum tipi ile bağlantılı değildir. Gerçekten mutlak iktidar müşterek yaşamın oldukça basit olduğu yerlerde bulunabildiği gibi çok girift olduğu yerlerde de bulunabilir; bu hal diğerlerine nazaran münhasıran ilkel toplumlara özgü değildir. Şu doğrudur ki bir kimse, iktidar gücünün teksifinin, sonucu ya da belirleyici etkeni olarak her zaman toplumsal yığınin teksifine eşlik ettiğine inanabilir. Hiç de öyle değil, özellikle kralların tahttan indirilmesinden sonra Roma şehir devleti Cumhuriyetin son yüzyılına kadar bütün mutlaklıklardan arı idi; zira devleti şekillendiren değişik toplum kesimleri Cumhuriyet yönetimleri altında çok yüksek derecede bir yoğunlaşmaya ve kaynaşmaya ulaşmıştı. Gerçekten de “mutlak” olarak nitelenmeyi hak eden yönetim biçimlerine çok çeşitli toplum türlerinde rastlanabilir; 17.yüzyıl Fransasında, Roma İmparatorluğunun son döneminde ya da bir çok barbar monarşilerinde. Diğer taraftan, bir insan topluluğu farklı şartlar altında mutlak bir idareden tamamen farkı birine geçiş yapabilir. Bununla birlikte bir hayvanın bireysel mevcudiyeti sırasında türünü değiştirememesi gibi bir toplum da evrimi sırasında tipini değiştiremez. 17. ve 19. yüzyıl Fransası aynı toplum tipindedir ancak üstün düzenleyici birim dönüşüme uğramıştır. Fransız toplumunu 1. Napolyon’dan Louis Philippe ya da tersine de olsa Louis Philippe’den 3. Napolyon’a geçerken bir toplum tipinden diğerine geçtiğini kabul etmek imkansızdır. Bu tür bir değişim tür kuramına aykırı düşer.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Spence ve Steinmetz’in yaptığı gibi toplumları medeniyet seviyelerine göre sınıflamak bize

Siyasi örgütlenmenin muayyen biçimi, bu halde doğuştan toplum teşekkülünden ziyade bireysel, geçici ve tesadüfi koşullara dayanmaktadır. Bu sebepten ötürü ceza sistemlerinin evrimindeki iki etmen- toplumsal tipin doğası ve iktidar organının doğası- birbirinden dikkatlice ayrıştırılmalıdır. Bağımsız olmakla, bu iki etmen birbirinden bağımsız, hatta bazen birbirlerinin zıttı yönde hareket eder. Örneğin, ilkel bir tipten daha gelişmiş bir toplum tipine geçişte cezalandırmanın beklendiği kadar düşüş göstermediği gözlenebilir. Bunun sebebi idari örgütlenmenin toplumsal örgütlenmeyi etkisiz kılmasıdır. Bu süreç oldukça girifttir.

Bizim açıklanan konunun formülasyonu ile gerçeklere uygunluğunu göstermemiz gerekmektedir. Tüm halkların ya da milletlerin göz önüne alınması hususunun bahis dışı bırakılması ile karşılaştırma için ceza kurumları belirli bir gelişme düzeyine ulaşmış ve yeterli belirlilikte bilinenleri seçeceğiz, dahası başka bir yerde göstermeye çalıştığımız üzere, sosyolojik bir tahlilde temel unsur verilerin yığılması değil fakat “birbiri ile en muhtemel devamlılıkla ve yeterli kapsamda bağlantılı şartların düzenli bir değişkenlik dizisini oluşturmaktır.”<sup>6</sup>

Bir çok büyük antik toplumlarda saf ve basit ölüm en büyük cezayı teşkil etmiyordu. En vahşi addedilen suçlar için ölüm cezasını daha korkutucu hale getirmek amacıyla ek olarak bedeni cezalar da uygulanıyordu. Rastladığımız kadarıyla Mısırlılarda asarak ve başını keserek idam etme cezasının yanında kazık, kül ile işkence ve çarpmıha germe uygulanıyordu. Kazığa bağlanarak yakmada cellat, sivriltilmiş çubuklar ile suçlunun etine kesikler atarak başlar ancak ondan sonradır ki suçlu ateşli bir diken yatağına yatırılır ve canlı canlı yakılırdı. Kül ile işkence ise zanlının bir kül yığını içine gömülerek boğulmasına dayanıyordu. “Bunun yanında, Thonissen’in aktardığına göre, yargıçların suçun doğasının gerektirdiğine inandığı yahut kamuoyunun talebine göre başkaca işkenceler eklemesi de mümkündür.”<sup>7</sup> Asya halklarının zalimlikte daha ileri

---

güç bela bilimsel görünmektedir. Zira, bu halde “aynı toplumu” başarılı bir şekilde büründüğü siyasi formlara yahut ulaştıkları medeniyet derecelerine göre bir “tür çokluğuna” mal etmek zorunda kalırız. Bir hayvanı bu şekilde farklı türler arasında bölümlendiren bir zoolog hakkında ne düşünürdük? Bir toplum, her şeye rağmen belki bir organizmadan fazla olarak belirli bir kişiliğe, varlığı boyunca belirli yönlerden bir öz kimliğe sahiptir; sonuç olarak bu temel birliği anlamakta akim kalan bir sınıflandırma ciddi bir şekilde gerçeği tahrif etmektedir. Biz gerçekten toplumlara değil fakat toplumsal koşulları sınıflandırabiliriz; ve ikisi arasındaki bağlantıyı sağlayan dayanaktan kopulduğunda bu koşullar karmaşıklaşır ve havada kalır. Bu dayanak ile değişen yaşamın değil ve fakat bu dayanağın analizi mantıklı bir sınıflandırmaya temel sağlayabilir. (Karş, E. Durkheim, 1.Dipnot, bölüm 4 özellikle s.88(çeviri s.88)

<sup>6</sup> E. Durkheim, dipnot 1., s.134 (çeviri s.135)

<sup>7</sup> J.Thonissen, Etudes sur l’Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens, s.142(1869)

gittikleri görülüyor. “Asurlularda suçlu ya vahşi hayvanlara ya yanan bir ocağa atılır veya bronz bir fırında yavaş bir ateşte yakılır ya da gözleri oyulurdu. Boğma ve boyun vurma yetersiz olduklarından kabul görmemiştir. Suriyedeki çeşitli kabilelerde suçlular ölene kadar taşlanır, oklanır, asılır ya da çarmıha gerilirlerdi; kemikleri ve iç organları meşalelerde yakılır dörde bölünürler, kayalıklardan atılır veya hayvanlara çığnetilirlerdi.”<sup>8</sup> Manu Kanunları basit ölüm (boyun vurma) ve şiddetlendirilmiş ya da nitelikli hale getirilmiş ölüm arasında ayrıştıyordu. İkincisi yedi türden oluşuyordu; kazığa oturtma, ateş, file çığnetme, boğma, ağızdan ve kulaktan kızgın yağ dökme, köpeklere parçalatma ve keskin bıçaklar ile parçalama.

Aynı halklar arasında basit ölüm cezası esirgemenen ve hatta müsrifçe uygulanmıştır. Dökümü yapılan bu vakıalar bunun imkansızlığını gerektirmektedir. Bir gerçek bunların sayıca ne kadar çok olduğunu gösterecektir; Diodorus’un aktardığı bir hikayeye göre bir Mısır kralı suçlu bir kişiyi çölde ölüme gönderirken orada yeni bir şehir keşfeder, başka bir kral suçluları kamu işlerinde çalıştırarak birçok su yolu ve kanal inşaatını tamamlamıştır.<sup>9</sup>

Ölüm cezasının bir alt derecesinde ise, etkili sakatlamalar yer almaktadır. Örneğin Mısırdaki sahtecilik yapanların ve kamu kayıtlarını değiştirenlerin her iki eli kesilirdi; özgür bir kadına tecavüz edenin cinsel organı kesilirdi; casusun dili kesilirdi vb.<sup>10</sup> Benzer şekilde Manu Kanunları’na göre, Dwidjas’a<sup>11</sup> hakaret eden düşük sınıftan birinin dili kesilirdi. Bir Brahman’ın yanına oturmaya cürret eden bir Soudra’nın<sup>12</sup> kalçası dağlanırdı.<sup>13</sup> Bu karakteristik sakatlamalara ek olarak bir çok diğer bedeni cezalar bu halkların her birinde yaygındı. Bu türden cezalar yargıç tarafından keyfi olarak tayin edilirdi.

İbrani toplumu kesinlikle zikredilen bu tiplere dahil değildir. Gerçekten görece geç bir krallık dönemine kadar toplumsal yığınların temerküzü sağlanamamıştır. Bu zamana kadar bir İsrail devleti yoktu ancak anlık olarak ortak bir tehdit karşısında birleşen az veya çok özerk kabile ve klanlar mevcuttu.<sup>14</sup> Bununla birlikte Musevi hukuku, Manu Kanunları ya da Mısır kutsal kitaplarına göre daha yumuşaktır. Ölüm cezalarına benzer zalimane düzenlemeler eşlik etmez

---

<sup>8</sup> Age, s.69

<sup>9</sup> Diodorus Siculus, I, s.60 ve 65

<sup>10</sup> J.Thonissen, age, s.160

<sup>11</sup> Üç üst sınıfta mensup herhangi bir kimse

<sup>12</sup> Soudra en ağır işleri görmekte yükümlü olan ve kendisinden yukarıda olan üst kast mensupları için çalışmak zorunda olan sınıftır.

<sup>13</sup> Manu Kanunları, VII, bölüm.281

<sup>14</sup> I. Benzinger, Hebraische Archaologie 202-03, 71, bölüm 41 (1894)

gerçekten, uzun bir süre taşlamanın tek geleneksel ceza olduğu görülmektedir; yakma, boyun vurma ve boğma sadece Hahamlık yazıtlarında görülür.<sup>15</sup> Doğunun diğer halklarında geniş şekilde uygulanan sakatlama Tavratta yalnız bir kere geçer.<sup>16</sup> Suç yaralama olursa kısas sakatlamayı gerektirebilirdi fakat çoğu zaman suçlu maddi bir karşılık ile bundan kurtuluyordu. Böyle bir karşılık sadece cinayet için yasaklanmıştı.<sup>17</sup> Kırbaçlamaya kadar bir kısım diğer bedeni cezalar çok sayıda suç için uygulanıyordu.<sup>18</sup> Fakat azami kırbaç darbesi kırktı; uygulamada sayı otuzdokuzda kalıyordu.<sup>19</sup> Peki bu görece yumuşaklığın sebebi nedir? Cevap şu ki Yahudi halkı içinde hiçbir zaman süre giden bir mutlak iktidar oluşmamıştır. Daha önce belirttiğimiz gibi Yahudi toplumu uzunca bir süre siyasal örgütlenmeden mahrum kalmıştır. Daha sonra monarşinin kurulduğu doğruysa da kralların gücü sınırlı kalmaya devam etmiştir. “Halkın kral için değil, kralın halk için var olduğu; kralın insanlara yardım etmek zorunda olup onu kendi çıkarı için kullanamayacağı.” düşüncesi İsrailde oldukça yaygındır.<sup>20</sup> Bazen belirli kişilerin istisnai yetkileri ellerinde bulundurması vaki olsa da onların kişisel itibarlarından ötürü kamu efkarı esasında demokratik kalmaya devam etmiştir.

Ceza Hukukunun kati bir seyir izlediği daha önce belirtilmiş olabilir. Erken dönem toplumlarından su götürmez şekilde daha üstün olan şehir devleti tarzındaki toplumsal tipe geçerken ceza hukukunda keskin bir gerilemenin olduğunu saptıyoruz. Her ne kadar Atina’da belirli durumlarda ölüm cezası şiddetlendirilerek uygulanıyor ise de bu büyük bir istisnadır.<sup>21</sup> Kural olarak ölüm cezası baldıran zehri, kılıçla yahut boğma suretiyle gerçekleşiyordu. Gözle görülür sakatlamalar ise ortadan kalkmıştı. Köleler ve alt tabaka vatandaşlar hariç olmak üzere aynı durum bedeni cezalar için de geçerliydi.<sup>22</sup> En doruk noktasında bile Curiae ve Gentes’in<sup>23</sup> hatırlanamayacak kadar uzak olduğu Roma’daki gibi hiçbir zaman tamamen ortadan kalkmadı. Dolayısıyla Atina’daki cezalandırma

---

<sup>15</sup> Karş, age, s.333, Thonissen, age, s.28

<sup>16</sup> Deuteronomy (5.Kitap) 25:11-12

<sup>17</sup> 5.Kitap 35:31

<sup>18</sup> 5.Kitap 25:1-2

<sup>19</sup> Josephus, Jewish Antiquities, IV, 238, 248

<sup>20</sup> Benzinger, age, s.312

<sup>21</sup> Karş, K.Hermann, Lehrbuch der Griechische Antiquitäten, Rechtsalter Thumer 124-125 (1884)

<sup>22</sup> Age, s.126-127

<sup>23</sup> **Curiae: Curia**, Roma’nın erken dönemlerinde aşağı yukarı kabilelere göre yapılmış toplumsal taksimle oluşmuş her bir alt bölüm ve aynı zamanda bir Mecaz-ı mürsel olarak kabile üyelerinin bir araya gelerek kabile ile ilgili meselelerini tartıştıkları yer. **Gens(çoğulu gentes)**: Antik Roma’da gens klan, kast, ya da ortak bir atadan geldiklerine inanılan ve aynı adı (nomen) paylaşan bir aile topluluğunu tanımlamak için kullanılırdı. Romalı şahıs isimlerinde bulunan ikinci ad kişinin ait olduğu gens’i ifade ederdi.

sistemi Roma'dakinden daha sertti. Öncelikle Atina hukuku söylediğimiz gibi ağırlaştırılmış cezaları tamamen gözden çıkarmamıştı. Demosthenes, suçluların darağacına çivilendiğini zikrediyor.<sup>24</sup> Lysias ölüme kadar dövülenler arasından suikastçileri, eşkiyaları ve casusları sayıyor.<sup>25</sup> Antiphon zehir hazırlayan bir kadının işkence tekerleğinde parçalandığından bahsediyor.<sup>26</sup> Bazen ölüm işkence sonucu gerçekleşiyordu.<sup>27</sup> Ek olarak kayda değer sayıda durum için ölüm cezası öngörülmüştü; “İhanet, Atinalı insanları yaralama, siyasi kurumlara saldırma, milli kanunu bozma, halk meclisi mahkemesine yanlış bilgi sunma, diplomatik makamları tahkir etmek... “ Gasp, dinsizlik, kutsal şeylere saygısızlık vs daimi olarak korkunç onbirler meclisinin müdühalesini gerektiriyordu.<sup>28</sup> Diğer taraftan Roma'da ölüm cezaları sayıca oldukça daha azdı. Leges Porciae<sup>29</sup> Cumhuriyet dönemi süresince ölüm cezasını sınırlandırmıştır.<sup>30</sup> Ayrıca çok istisnai durumlar haricinde ölüm cezası işkence ile birlikte uygulanmamış ya da başka şekilde sertleştirilmemiştir. Çarmıha germe sadece köleler ile sınırlandırılmıştır, dahası Romalılar ceza sistemlerinin yumuşaklığı ile gurur duymuşlardır; örneğin, Livy “Başka bir ulusun daha yumuşak cezalara sahip olduğunu iddia etmelerine imkan vermeyin.”<sup>31</sup> demiş ve Cicero “Özgürlükleri kanunların yumuşaklığı ile koruyan ve onları cezaların sertliği ile kuşatmayan” atalarına atfı yapmıştır.<sup>32</sup>

Ancak idari güç mutlak olma eğilimine girdikçe ceza hukuku kötüleşmiştir. İlk olarak ölüm cezası gerektiren suç sayısı artmıştır. Zina, ensest, geleneklere karşı her türlü baş kaldırma ve özellikle giderek artan sayıdaki büyük ihanet suçları ölüm ile cezalandırılmaya başlanmıştır. Aynı zamanda daha sert cezalar yürürlüğe konmuştur. Önceleri istisnai siyasi suçlar için öngörülmüş kazık kundakçılar, kutsal şeylere hakaret edenler, büyücüler ve ihanet suçunu işleyenlere karşı da yürürlüğe konmuştur; Ad Opus Puplicum<sup>33</sup> tarzı mahkumiyet gelişmiş, belirli suçlar için sakatlama uygulanmaya başlanmıştır. (Örneğin törelere karşı işlenen suçlarda hadım etme, kalpazanların elinin kesilmesi gibi) Son olarak önceleri

---

<sup>24</sup> Demosthenes, *Contra Midias* 105; Plato, *Republic*, II, 362

<sup>25</sup> Lysias, *Contra Agoratos* 56,67,68; Demosthenes, *on the False Legation*, 137

<sup>26</sup> Antiphon, *Prosecution for Poisoning* 20.

<sup>27</sup> Lysias, *age*, 19,54; Plutarch, *Phocion*, xxxiv.

<sup>28</sup> J.Thonissen, *age*, s.100

<sup>29</sup> Milattan önce 199 yılında yürürlüğe giren ve suçluların temyiz yolu olmaksızın infaz edilmelerini engelleyen Roma yasası

<sup>30</sup> F.Walter, *Histoire du Droit Criminel chez les Romains* 821(trans. J.Piquet Damasme, 1863);W. Rein, *Das Kriminalrecht der Romer, von Romulus bis auf Justinian* 55 (1844)

<sup>31</sup> Livy, I, 28: “Nulli gentium mitiores placuisse poenas”

<sup>32</sup> Cicero, *Pro Rabirio perduellionis reo*, 3: “vestram libertatem, non acerbiate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voluerunt”

<sup>33</sup> Ad Opus Publicum : Alt sınıftaki kişilere verilen zorla kamu hizmetinde çalışma cezası



imparatorluk döneminde uygulanmış sonraları ise orta çağ tarafından ödünç alınmış işkence uygulama sahasına girmiştir.

Şehir devletlerinden Hristiyan toplumlarına geçtiğimizde ceza hukukunun aynı kanuna göre evrildiğini görürüz.

Feodal düzen altındaki ceza hukukunu vahşilikle ünlenmiş Orta Çağ anlayışına dayanarak değerlendirmek hata olur. Olgular incelendiğinde ceza hukukunun önceki toplum tiplerine göre, en azından bu tipler geçirdikleri evrim süreçlerine ve gelişim dönemlerine göre karşılaştırmalı olarak ele alındıklarında daha yumuşak oldukları görülecektir. Ancak bu şartlar altında karşılaştırma inandırıcı bir değere sahip olur. Ölüm cezaları sayı olarak çok değildi. Beaumanoir'a göre affi olmayan suçlar yalnızca cinayet, ihanet ve tecavüzdü.<sup>34</sup> Saint Louis düzenlemelerine göre bunlara adam kaçırma ve kundakçılık eklendi.<sup>35</sup> Bunlar yüksek yargının temel konularıydı. O şekilde tanımlanmasa da eşkiyalık da ölüm cezasını gerektiriyordu. Bunun yanında pazarda işlenmiş suçlar ve yollara zarar veren eylemler (yol kontrol mekanlarına zarar verme) de özel olarak derebeyinin haklarına karşı işlenmiş suçlar olarak addediliyordu.<sup>36</sup> O zamanlar ölüm cezası verilen dini suçlar yalnızca sapkınlık ve kafirlikti. Kutsal şeylere karşı saygısızlık yapanların cezası bir miktar para yahut telafi edici başka bir cezaydı. Saint Louis'nin gençlik taassubu zamanında alınları damgalanıp dilleri delilenen bu kişilerin cezası Papa IV.Clement zamanında tazire indirildi. Klise kendi değerlerine karşı suç işleyenlere, geç bir döneme kadar amansız bir sertlikte mukabele etmedi. Cezalar gibi başka herhangi bir konuda da bu kişilere karşı olağan dışı bir uygulama olmadı. Uygulanan tek sertlik suçluyu infaza sürükleyerek götürmek ve onu canlıyken yakmaktı. Sakatlamalar ise nadirdi. Bildiğimiz diğer yönlerden de Klisenin ceza sistemi insancıldı. Uygulamayı tercih ettiği cezalar para cezaları ve küçük düşürmeydi. Yetki sınırında da olsa kamuya açık şekilde küçük düşürme cezasını –demir boyunduruk ve teşhir direği- uygulamaktan imtina etmiştir. Şu da bir gerçek ki Klise suçlunun zalimane bir şekilde cezalandırılması gerektiğini düşünüyorsa onu seküler yargıya teslim ederdi. Buna rağmen şu da büyük önemi olan bir gerçek ki bu dönemin en büyük manevi gücü Klisenin bu tür cezalara seyirci kalmasıydı.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Coutume du Beauvoisis, ch.xxx, no.2

<sup>35</sup> I Establiessements de Saint Louis, chs.4 and 40

<sup>36</sup> A. Du Boys, Histoire du Droit Criminel de Peuples Modernes Considere dans ses Rapports avec le Progres de la Civilisation 231 (1854-60)

<sup>37</sup> Cezalandırmadaki bu görece yumuşaklık serbest komün adı verilen toplumun demokratik şekilde yönetilen yerlerinde daha belirgindi. Serbest şehirlerde daha doğru söyleyişle komünlerde, cezaların paraya çevrildiği ve bastırıcı araç olarak bedeni veya zorlayıcı cezalar

Ondördüncü yüzyıla kadar genel durum böyleydi. Bu zamandan itibaren kraliyet gücü çok daha sağlamlaştı. Bu gücün pekiştiği kapsamda ceza hukukunun sertleştiğini görmekteyiz. Öncelikle daha önceleri feodal sistemde bilinmeyen krala karşı suçlar zuhur etmeye başladı ve listesi de oldukça uzundu. Dini suçlar dahi bu kapsamda değerlendirilmeye başlandı ve bunun sonucu kutsal şeylere hakaret için ölüm cezası öngörüldü. Aynı durum imansızlara karşı girişilen uygulamalarda ve Kutsal Mesih inancına aykırı olan ya da olması muhtemel her türlü inanç ve tartışma için de geçerliydi. Aynı zamanda cezaların uygulanması sırasında artan insafsızlık da belirginleşti. Ölüm cezasını gerektiren bir suçtan suçlu olanların tekerlekte parçalanması (tekerlekle işkence bu dönemde ortaya çıkmıştır.) canlı canlı yakılması ya da derisinin yüzülmesi ve suda kaynatılması mümkündür. Belirli bazı durumlarda suçlunun çocuğu da onun cezasını paylaşırdı.<sup>38</sup>

Mutlak monarşinin zirvesi cezai uygulamaların da zirvesini ortaya çıkardı. Onyedinci yüzyılda hala uygulamada olan cezalar yukarıda sayılanlardı. Buna ek olarak suçlunun kurtulmak için kolunu ya da elini kesmesini gerektirecek kadar korkunç yeni bir ceza, kürek cezası uygulamaya kondu. Bu uygulama o kadar yaygınlaştı ki 1677'deki bir bildiri ile ölüm cezasına karşılık sayıldığı ilan edildi. Bedeni cezalar açısından konuşmak gerekirse sayısız oldukları söylenebilir; dilin koparılışı ya da delinmesi, dudakların kesilmesi, kulakların koparılması, dağlama, kırbaçlama, demir boyunduruk vs. Son olarak şu da unutulmamalı ki işkence sadece yargı sürecinin bir parçası olarak değil aynı zamanda sık sık başlı başına bir ceza olarak da uygulanmıştır. Aynı dönemde krala karşı işlenen suçlar sayıca arttığından ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı da katlanmıştır.<sup>39</sup>

Ceza hukukunun onsekizinci yüzyıl ortasına kadarki seyri bu şekildedir. Bu tarihle birlikte Becarria'nın öncülüğünde tüm Avrupa'da bir başkaldırı başlamıştır. Şüphesiz ki kesintiden hali olmadan bu gelişmenin başlangıç etkeni bu İtalyan ceza hukukçusu değildir. Bu hareket onun zamanından önce ortaya çıkmış, reformu dile getiren şimdi unutulmuş birçok çalışma yapılmıştır. Buna rağmen onun çalışması "Dei delitti e delle pene"<sup>40</sup>'nin ceza hukukunun köhnemiş ve tiksiniç rutinine en ölümcül vuruşu yaptığı yadsınamaz.

---

yerine suçlunun terzil edildiği görülebilir. Nitekim Mont Chabrier'de 2 kuruş çalan biri tüm gün ve gece bunları boynuna takarak gezmek zorunda bırakılır ve ardından 5 kuruşluk bir cezaya çarptırılırdı. (2 Du Boys, age, s.370)Kohler de İtalyan şehirlerindeki benzer durumlardan bahsediyor.(Kohler, Das Strafrescht der Italianischen Statuten vom 12-16.Jahrhundert (1885-97)

<sup>38</sup> Du Boys, age, 234-237

<sup>39</sup> Age, 62-81

<sup>40</sup> Suçlar ve Cezalar Hakkında

1788 tarihli bir emirname ile önemi yadsınamayacak bir kısım reformlar hayata geçirilmişti ancak, yeni talepleri büyük oranda 1810 tarihli ceza kanunu tatmin etmiştir. Bu kanun yürürlüğe girdiğinde sadece Fransa’da değil Avrupa’nın önde gelen diğer ülkelerinde de çekincesiz bir takdirle karşılandı. Bu kanun fiiliyatta yumuşama ve hafifleme anlamında kayda değer ilerleme sağladı fakat gerçekte haddinden fazla olarak geçmişe bağlıydı. Yeni iyileşme talepleri gecikmedi. Her ne kadar eski düzendeki gibi şiddetlendirilmiyorduysa da ölüm cezası hala sık sık uygulanmaktaydı. Dağlama, demir boyunduruk ve evebeyn katillerinin ellerinin kesilmesi türü cezaların muhafazası insanlık dışı görülüyordu. Bu eleştirilere yanıt 1832 tarihli bir gözden geçirme ile verildi. Bu düzenleme tüm sakatlamaları yürürlükten kaldırıp, ölüm cezası gerektiren suç sayısını azaltarak ve yargıçlara hafifletici sebepler ile cezanın indirilmesi imkanı vererek ceza hukuku sistemimize çok daha büyük bir yumuşama getirdi. Bugün uygulamanın çok rahat olduğuna ilişkin şikayetler başlayana kadar bu hareketin aynı yönde devam ettiğini göstermeye hacet yoktur.

## II. Nitel Değişimler Kanunu

Bir önceki bölümde ortaya koyduğumuz kanun özel olarak cezaların büyüklüğü yahut çokluğuyla ilgiliydi. Şimdi üzerinde duracağımız kanun ise onların niteliksel özellikleri ile alakalıdır. Bu kanun şöyle tanımlanabilir: “Özgürlüğü kısıtlamaya ve cezanın vahametine göre sadece belirli zaman dilimlerine göre değişmeye dayalı cezalar artan bir şekilde ceza yönteminin olağan türü olma eğilimindedir.”

İlkel toplumlar bu tarz cezaların bilgisinden tamamen uzaktır. Manu Kanunları’nda bile hapisane sorunu ile ilgilenen en fazla bir dize vardır. “Bırakın kral bütün hapisaneleri, halkın görebileceği şekilde yerleştiresin; böylelikle o muzdarip ve iğrenç suçlular herkesin nazarına açılsın.”<sup>41</sup> Böyle bir hapisane dahi bugünkünden tamamen farklı bir karaktere sahiptir, daha ziyade teşhir direğini andırmaktadır. Teşhir edilecek suçlu kişi hapsedilir zira hapsedme ilerde ona uygulanacak cezanın zorunlu bir şartıdır. Ancak, bu hapsedme bizatihi cezanın kendisi değildir. Ceza başat olarak hapsedilenlerin zorlu yaşam koşullarına dayanmaktadır. Musevi Hukuku’ndaki sessizlik ise daha eksiksizdir. Pentateuch’ta<sup>42</sup> herhangi bir şekilde hapisane bahsi geçmez. Daha sonra Chronicles ve Jeremiah kitaplarında<sup>43</sup> hapisanelere, prangalara ve zindanlara değinen birkaç bölüme rastlanmaktadır.<sup>44</sup> Ancak, tüm bu durumlar birer önleyici

---

<sup>41</sup> Laws of Manu, IX, 288

<sup>42</sup> **Pentateuch** : Tevratın ilk beş kitabı

<sup>43</sup> **Book of Chronicles** : Tevratın son kitabı **Book of Jeremiah** : Tevratın ikinci kitabı

<sup>44</sup> Chronicles 16:10, 18:26; Jeremiah, 37:15-16

tutuklama meselesidir; bu yerler şüphelilerin yargılanmayı beklediği ve ağır koşullarda yaşamaya maruz bırakıldığı yerlerdir. İhtiyari ya da değil bu idari düzenlemeler özel suçlara karşılık gelen belirli ceza niteliğinde değildir. Sadece Esdra kitabında<sup>45</sup> ilk kez hapsedme gerçek bir ceza olarak sunulmuştur.<sup>46</sup> Aynı şekilde kadim Slav ve Germen hukuklarında da salt özgürlüğün kısıtlanması bir ceza olarak bilinmiyordu. Aynı durum ondokuzuncu yüzyıl eski İsviçre kantonları için de geçerliydi.<sup>47</sup>

Bu türden cezalandırma şehir devletleri ile ortaya çıkmaya başladı. Schoemann'ın düşüncesinin aksine Atina'da belirli durumlarda hapsedmenin özel bir ceza olarak uygulandığı görülmektedir. Demosthenes mahkemelerin hapsedme yahut başka bir ceza ile cezalandırma gücü olduğunu açık bir şekilde ifade etmektedir.<sup>48</sup> Sokrates daimi tutsaklığın kendisine ceza olarak verilebileceğinden bahseder.<sup>49</sup> *Kanunlar*'ında çizdiği ideal düzende Platon, kayda değer sayıda ihlali bastırmak üzere hapsedmenin uygulanmasını önermiştir; biliyoruz ki bu Ütopya tarihsel gerçekliğe sanıldığından daha yakındır.<sup>50</sup> Buna karşın bu tür cezanın Atina'da az-gelişmiş düzeyde kaldığında herkes hemfikirdir. Hatiplerin nutuklarında hapisten çoğunlukla sanığın kaçmasını önleme üzere bir araç yahut borçluların borçlarını ödemeye zorlamak üzere uygun bir usûlde veya asıl cezaya bir tamamlayıcı olarak sunulmuştur. Yargıçlar para cezasına hükmetme konusunda sınırlandırılmış olsa da bu cezaya ek olarak suçlunun ayaklarına pranga vurulmak suretiyle hapiste çekilecek beş günlük bir mahkumiyete hükmetme hakları vardı.<sup>51</sup> Roma'da da durum farklı değildi. Rein'a göre hapisane kökeninde suç önleyici tutuklama niteliğindedeydi; ceza olması ise daha sonraya rastlar. Bununla beraber hapis köleler, askerler ve oyuncular haricinde nadiren uygulanmıştır.<sup>52</sup>

Hapsedme yalnızca Hristiyan toplumlarında tekamülünü sağlamıştır. Gerçekten de Klise belirli suçlara karşı geçici bir tutukluluk ya da manastırda bir ömür geçirme uygulamasını getirmiştir. İlk başta bu bir gözetim yolu olarak

---

<sup>45</sup> **Book of Esdras** : Nehemiah kitabıyla beraber ibrani incilini oluşturan kitap

<sup>46</sup> "Senin tanrının ve kralının kanununa riayet etmeyenleri yargıla; onları ölüme, sürgüne yada hapse mahkum et" Esdras 8:24

<sup>47</sup> A. Post, Bausteine für eine Allgemeine Rechtswissenschaft auf verg-leichend-ethnologischer Basis 219 (1880-81)

<sup>48</sup> Demosthenes, Contra Timocrates 151.

<sup>49</sup> Plato, Apology, 37C.

<sup>50</sup> Plato, Laws, VIII, 847; Laws, IX, 864-80.

<sup>51</sup> K.Hermann, age, s.126.

<sup>52</sup> W.Rein, age, s.914.

görüldü. Ancak, daha sonra hapsedme olarak gerçek bir ceza niteliğini almıştır. En uç noktası mahkum tarafından yapılmış hücrede müebbet mahpusluktu ki bu durum cezanın geri dönülemezliğini sergilemekteydi.<sup>53</sup>

Uygulama buradan seküler hukuka geçti. Her ne kadar hapsedme aynı zamanda idari bir önlem olarak uygulandıysa da cezai görünümü uzun zaman muğlak kalmıştır. Ancak onsekizinci yüzyıl iledir ki hapsedmenin belirli davalarda, örneğin hapsedme ebedi olduğunda ya da ölüm cezasının hafifletilmesi amacıyla uygulandığında ceza karakteri gösterdiğinde uzlaşmaya varmışlardır. Kısacası bu yargısal soruşturmanın hapsedmeye takaddüm etmesiyle gerçekleşmiştir.<sup>54</sup> 1791 tarihli Ceza Yasası ile hapsedme ölüm cezası ve demir boyunduruğa ek olarak tutuklamanın değişik görünümlerini ihtiva eden ceza sisteminin temeli oldu. Buna karşın, salt hapsedme yeterli bir ceza olarak görülmedi; buna ek olarak çeşitli ağırlaştırıcı unsurlar da (suçluya giydirilen kemer yahut zincirler, yiyecek kısıtlaması) uygulandı. 1810 tarihli Ceza Yasası ise ağır çalışma cezası dışında bu ağırlaştırmaları kaldırdı. Özgürlükten mahrumiyete dayalı diğer iki ceza ise ancak suçluların hapsedme süreleri ile ayırt edilebiliyordu. Bu zamandan itibaren ağır çalışma cezası tüm karakteristik özelliklerini kaybetti ve tutuklamanın bir türü olma eğilimine girdi. Aynı zamanda ölüm cezasının uygulanması da giderek seyrekleşti, bazı yasalardan tamamen çıkarıldı. O derece ki belki bir zamana bağlı yahut ebedi özgürlüğü kısıtlayıcı ceza tüm cezalandırma sistemine tahakküm etmeye başladı.

### III. İkinci Kanununun Açıklanması

Cezalandırmanın zaman içerisinde ne tür bir değişim geçirdiğini ortaya koyduktan sonra bu değişimlerin ardındaki sebepleri araştırmak durumundayız. Bu kapsamda eldeki makalenin önceki kısımlarında ortak konmuş iki kanunu açıklamaya çalışmalıyız. Bu açıklamaya ikinci kanundan başlayacağız.

Gördüğümüz üzere tutuklama ilk olarak salt önleyici bir tedbir olarak ortaya çıkmıştır. Daha sonra bastırıcı/cezai bir karakter kazanmış ve sonrasında *tipik* cezalandırma halini almıştır. Bu evrimi açıklamak için öncelikle hapsedmeyi ilk haliyle ortaya çıkaran sebepleri, ardından da bunu izleyen dönüşümleri hakkında ortaya koymak durumundayız.

Önleyici tutuklamanın ilkel yahut az gelişmiş toplumlarda neden mevcut olmadığını anlamak kolaydır. Zira onlarda tutuklama herhangi bir ihtiyaca

---

<sup>53</sup> Du Boys, age, s.88-89.

<sup>54</sup> Age,s.60.

cevap vermemektedir. Bu toplumlarda sorumluluk müşterektir; cezadan yahut tazminattan sorumlu olan tek başına suçlu birey değildir; onunla birlikte yahut onun yerine klanı da suçlu bireyin yanlışlarından sorumludur. Devamında, klan ailesel niteliklerini kaybetmişse çok geniş bir akraba çevresi vardır. Bu şartlar altında faili tutuklamanın veya gözlem altında tutmanın bir mantığı yoktur. Bu fail herhangi bir sebeple bulunamamışsa diğer sorumlular hala mevcuttur. Dahası her bir ailesel grup tarafından kabul edilmiş ahlaki ve yasal bağımsızlık, üyelerinden birinin salt bir şüphe üzerine teslimi fikrine ters düşmektedir. Ancak bu birincil gruplar özelliklerini kaybettiği ve toplum çoğunluğu ile birleştiği ölçüde sorumluluk *bireyselleşmiştir*. Bundan böyle cezalandırmanın, üzerine uygulanacağı kişinin kaçmasıyla akim kalmasını engelleyecek ve hüküm süren ahlaki değerleri daha az rencide edecek tedbirler zorunlu hale gelir ve hapisane ortaya çıkar. Nitekim bunu Atina'da, Roma'da ve hicret sonrası Yahudilerde görmekteyiz. Tüm eski toplumsal müesseselerle ters düşmesi nedeniyle hapisane, ilk zamanlarda geleneği güç bela kısıtlayabilen bir dirençle karşılaştı; en azından devlet gücünün sınırlamaya maruz kaldığı her yerde böyle oldu. Bu nedenle özellik gösteren ciddi davalar dışında Atina'da önleyici tutuklamaya müsaade edilmedi.<sup>55</sup> Hatta bir katilin bile hüküm giyinceye kadar özgür kalması mümkündü. Roma'da kişi açıkça ve göstererek suç işlemedikçe ya da suçunu itiraf etmedikçe hapsedilmezdi; serbest kalması için ise mutad olarak bir kefalet yeterli oluyordu.<sup>56</sup>

Önleyici tutuklama üzerinde bu görünür sınırlamaları şahsi onur ya da şehir devletlerinin ahlaki yapısında pek bilinmeyen bir çeşit erken gelişmiş bireycilik çerçevesinde açıklama noktasında dikkatli olmalıyız. Devlet gücünün sınırlanması bireyin hakkından değil ve fakat aile yahut klanın hakkından ya da en azından bunlardan geriye kalanların hakkından doğar. Bu sınırlama bizim modern ahlaki bakımımızın bir beklentisi değildir, geçmişimizden ayakta kalan bir bakiyedir.

Bu açıklama yine de eksiktir. Bir kurumu açıklamak gerektiğinde onun cevap bulduğu bazı faydalı amaçları ortaya koymak yeterli değildir. Bu kurumun arzu edilir olması onun mümkün olmasını gerektirmez. Bizim ayrıca bu amaçların gerçekleşmesi için gerekli şartların nasıl oluştuğunu da görmemiz gerekir. Bir ihtiyaç, hatta yoğun bir ihtiyaç durduk yere kendi tatmin araçlarını yaratmaz; bu araçların kaynağının aranılması gerekir. Şüphesiz ilk bakışta hapisanenin toplumlar tarafından yararlı olduğunun anlaşılmasıyla insanlığın onu inşa etme

---

<sup>55</sup> Caillemer and Humbert, Carcer, in Darember & Saglio, Dictionnaire des Antiquities Grecques et Romaines (1887)

<sup>56</sup> F.Walter, age, bölüm 856.

fikrinin oluştuğu düşünülebilir. Buna rağmen hakikatte hapisanenin varlığı, yokluğu halinde hapisanenin oluşumunun imkansız olacağı bazı şartları gerektirmektedir. Bu ise özelde mekan olarak yeterli, korunaklı ve dışarı ile ilişkisini engelleyecek şekilde dizayn edilmiş olmayı ifade etmektedir. Bu düzenlemeler ise bir anda düşünülmemiştir. İlkel toplumlarda da bunların izine rastlanmaz. Oldukça sığ ve süresiz bir toplumsal yaşamın insanların toplanacağı yerler dışında özel bir tertibe ihtiyacı yoktur. Evler oldukça özel amaçlarla inşa edilirdi; onlar ancak daimi olarak şeflerin bulunduğu yerlerde diğerlerinden ayırt edilebilirdi. Tapınakların kökeni ise görece olarak daha eskiye dayanır. Son olarak koruyucu duvarlar ise henüz bulunmamıştı; onlar ancak şehir devletleri ile ortaya çıktı. Bu şartlar altında hapisane düşüncesinin ortaya çıkması mümkün değildi.

Diğer taraftan toplumsal anlayış, vasat sayılabilecek çoklu ve küçük ailesel yapılara parçalanmış olmaktan ziyade müşterek yaşamın daha az sayıdaki yerlerde yoğunlaşması yönünde genişlediğinde toplumsal yaşam daha yoğun ve daimi olmaktadır. Müşterek yaşam daha önemli hale geldiğinden sonuç itibarıyla yetki sahibi kişilerin ellerindeki mekanlar da dönüşüme uğramıştır. Kendilerine devrolunmuş geniş ve daimi işlevlerin idamesine yönelik olarak bu mekanlar genişletilmiş ve yeniden düzenlenmiştir. Bu mekanlardaki kişilerin sahip olduğu yetkiler arttıkça bu mekanlar da toplumun diğer üyelerinin sahip olduğu mekanlardan ayrılmaya başlamıştır. Bu mekanlar daha göze çarpar hale gelmişler ve güç sahipleri ile onlara tabi olan kitle arasındaki çizgiyi belli edecek şekilde daha yüksek duvarlar ve daha derin hendeklerle korunmaya başlanmışlardır. Bu vaziyet içinde hapisane için gerekli şartlar verilidir. İnsanların zihinlerinde hapisane fikrinin doğmasını sağlayan onun kökeninde çoğunlukla sarayların korunaklı yerlerinde ya da tapınakların eklentilerinde veya benzer yerlerde görünmesidir. Asuri işgali zamanında Kudüs'te üç hapisane olduğunu biliyoruz: Birisi "Benjaminin üst kapısında"<sup>57</sup> ve biliyoruz ki bu kapılar müstahkem yerlerdi: diğeri ise sarayın avlusundaydı<sup>58</sup> ve üçüncüsü bir Kraliyet memurunun evindeydi.<sup>59</sup> Roma'da en eski hapisaneler kraliyet kalelerindeydi.<sup>60</sup> Orta Çağ'da hapisane derebeylerinin şatosunda ya da şehri çevreleyen surların kulelerindeydi.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Jeremiah 20:2.

<sup>58</sup> Age, 32:2

<sup>59</sup> Age, 37:15

<sup>60</sup> Caillemer and Humbert, age

<sup>61</sup> J.Schaffroth, Gesichte des Bernischen Gefangniswesens (1898); L.Stroobant, Notes sur le Systeme Penal des Villes Flamandes du Xve au XVIIe siegle (1897).

Nitekim zamanla müşterek sorumluluğun ortadan kalkıp aynı zamanda alıkoyma mekanlarının yararlı olduğu anlaşıldığında büyük ve gösterişli yapılar da bu amaç için kullanılmaya başlanmıştır. Şu bir hakikat ki hapisane hala önleyici bir işleve sahiptir. Fakat bir kez bu amaçla kurulduktan sonra çok geçmeden, en azından kısmi olarak bastırıcı bir karaktere bürünmüştür. Aslında hapsedilenler, çoğunlukla ağır suçlardan olmak üzere şüphelilerdi ve buralarda cezalandırmaya yakın sertlikteki koşullara tabi idiler. Henüz tam anlamıyla cezalandırma kurumu olmamış bu hapsanelerle ilgili bildiklerimiz onların kasvetli hallerini göz önüne sermektedir. Dahomey’de hapisane, suçluların pislik ve mikrop içinde yaşadıkları bir delik gibiydi.<sup>62</sup> Eski Filistin’de hapsaneler derin çukurlardan oluşmaktaydı. Antik Meksika’da hapsaneler mahkumlara çok az yemek verilen tahta kafeslerdi.<sup>63</sup> Atina’da, alıkonmuş kişiler onur kırıcı şekilde zincirlere bağlanırdı.<sup>64</sup> İsviçre’de mahkumlar demir bir boyunduruk giymek zorundaydılar ki bundan kaçış neredeyse imkansızdı.<sup>65</sup> Japonya’da hapsaneler “cehennem” olarak anılırdı.<sup>66</sup> Tabiidir ki bu tarz yerlerde kalmak gerçek bir ceza olarak algılanıyordu. Alt sınıftan insanlar, Romalıların deyimiyle *personae humiles*<sup>67</sup>, tarafından işlenmiş küçük suçlar da bu şekilde cezalandırılıyordu. Bu ceza ise hakim tarafından az veya çok keyfi olarak tayin edilmiş, düzeltmeye yönelik cezaydı.

Yukarıdaki düşüncelerle cezalandırmanın zamanla zayıflayışına ilişkin kuralın terki bu yeni cezalandırma yönteminin yargısal geleceğini açıklamak için kafidir. Aslında bu hafifleme cezalandırmanın her derecesinde meydana gelmiştir. Genel olarak en sert cezalar da bu geri çekilmeden en çok ekilenenlerdir; örneğin ilk yumuşayan ve daha sonra ortadan kalkan onlardır. Tamamen ortadan kalkana kadar geçen sürede ölüm cezasını gerektiren haller de sayıca azalmıştır. Sakat bırakmaların akıbeti de aynı kurala tabi olmuştur. Bunun sonucunda en düşük derecedeki cezalar cezai gerilemedeki boşluğu doldurmak durumunda kalmıştır. Kadim cezaların cezalandırma yelpazesinden çıktığı ölçüde yeni tipte cezalar önlerinde açık bulunan bu alanları istila etmiştir. Yeni gelen cezaların çoğunu değişik biçimlerdeki tutuklamalar oluşturmaktadır. Bunlar başlangıçta cezai yelpazenin en altındaydılar; yürürlüğe girdiklerinde bir ceza olarak dahi adlandırılmıyorlardı ancak gerçek cezalandırmanın bir şartı sayılıyorlardı ve

---

<sup>62</sup> Abbe J.Laffitte, *Le Dahome, Souvenirs de Voyage et de Mission* 81 (1873)

<sup>63</sup> H.Bancroft, *The Native Races of the Pacific States of North America* 453 (1874-76)

<sup>64</sup> J.Thonissen, age, s.118.

<sup>65</sup> J.Schaffroth, age

<sup>66</sup> C.Letourneau, *L’évolution Juridique dans les Diverses Races Humaines* 199 (1891)

<sup>67</sup> **Personae Humiles** :Roma’da düşük, zelim addedilen kimseler.



uzunca bir süre bu karma ve belirsiz niteliklerini sürdürdüler. Buna rağmen şu sebeptedir ki gelecek onlara aitti: Onlar ortadan kalkmış cezaların yerini alabilecek yegane zorunlu ve doğal karşılıklardı. Diğer taraftan kendileri de bizzat bu hafifleme kanununa maruz kaldılar. Bu nedendir ki başlangıçta tali bir sertlikten ibaretlerken kendilerini en yalın şekillerine, tabi olunan süre dışında herhangi bir farklılık içermeyen özgürlüğü kısıtlayıcı cezaya indirgemişlerdir.

Cezalandırmadaki nicel değişimler böylece benzer bir yönde ilerleyen nitel değişimlere kısmen bağlıdır. Diğer değişle ortaya koyduğumuz iki kanundan ilki ikincisinin açıklanmasına katkı sunmaktadır. Şimdi ise sıra ikinci kanunu açıklamaya geldi.

#### **IV. Birinci Kanunun Açıklanması**

Bu açıklamayı oluşturabilmek için ortaya koyduğumuz iki etkeni ayrı ayrı değerlendireceğiz ve ikinci etken daha az önemli olduğundan onu geçici olarak göz ardı edeceğiz. İktidar gücünün mutlaklığından kaynaklanabilecek bozuklukları şimdilik bir kenara bırakarak ilkel toplumlardan gelişmiş toplumlara geçildikçe cezalandırmanın nasıl yumuşadığını araştıracağız.

Bu yumuşamanın törelerde meydana gelen incelikten kaynaklandığı fikrine kapılabiliriz. Biz git gide artan bir şekilde şiddetten nefret ediyoruz; şöyle ki şiddetli yahut zalimane cezalar bizde hoşnutsuzluk uyandırıyor. Ne yazık ki bu açıklama kendi içinde çelişkilidir; bir tarafta eğer yüce insanîyetimiz zalimane cezalardan kaçınmamızı gerektirirken diğer taraftan cezalar ile bastırılan insanlık dışı eylemlerin bize evleviyetle iğrenç gelmesi gerekir. Eğer bizim gelişmiş diğerkamlığımız bir başkasının acı çekmesi fikri ile karşı karşıya gelirse aynı sebepten bu hassasiyetler ile uyuşmayan suçların bizlere daha iğrenç görünmesi gerekir ve bunun sonucu kaçınılmaz olarak bu tarz eylemleri daha büyük bir sertlikte bastırma eğiliminde olmamız icap eder. Buna rağmen bu eğilim ancak kısmen ve zayıf olarak bir karşıt eğilim (aynı zamanda bu eğilim de aynı diğerkamlığa sahiptir) ile etkisizleştirilebilir ki bu da suçlulara olabilecek en düşük cezayı tatbik etmemizi sağlar. Şu aşıkâr ki suçluya olan sempatimiz kurbanı duyduğumuzdan daha az olmalıdır. Bunun sonucunda törelerde meydana gelen incelmeye kendini çok geçmeden cezaların, en azından bir başkasına zarar veren suçlara ilişkin olanların ağırlaşması şeklinde kendini gösterecektir. Gerçekte bu ahlaki incelmeye tarihte belirli bir usûl üzere ortaya çıkmaya başladığında aynen bu şekilde kendini göstermiştir. İlkel toplumlarda cinayet ve adi hırsızlık hafif bir şekilde cezalandırılmıştır zira buna karşılık gelen töre henüz çok yalındır. Roma'da uzunca bir süre şiddet sözleşmeyi ihlal edici ve hatta cezalandırmaya

değer olarak telakki edilmemiştir. İnsanın insana karşı cana yakın duygularının gelişmeye başlamasıyla bu tarz suçlar daha sert şekilde cezalandırılmıştır. Başka bir sebep engel olmasaydı bu gelişim bu şekilde devam ederdi.

Cezalandırma suçtan doğduğu ve onun kamu vicdanını etkileme tarzını ifade ettiğinden ötürü cezalandırmanın evrimini belirleyen etkeni suçun evriminde aramalıyız.

Ayrımı haklı kılan tüm delilleri ortaya koyup tartışmaya gerek yoktur zira bizce bilinen tüm toplumlarda suç sayılan eylemlerin iki temel kategoriye ayrıldığı herkesçe kabul edilecektir: 1.Müşterek şeylere karşı suçlar (fikri ya da maddi farketmez) önde gelenleri kamu otoritesine ve onun temsilcilerine, törelere, geleneklere ve dine karşı olanlar ile 2.Sadece bireylere zarar veren suçlar (cinayet, hırsızlık, şiddet ve her türlü hileli alışveriş). Suçluluğun bu iki şeklini farklı terimlerle izah etmek icap eder. Birinci kategori “*dini suçluluk*” olarak ifade edilebilir zira büyük kısmını dine karşı suçlar oluşturur ve geleneklere ya da devlet büyüklerine karşı işlenen suçlar da az ya da çok dinsel karakterlidir. İkinci kategori için ise “*beşeri suçluluk*” terimini kullanabiliriz. Ortaya konan bu kategorilere göre şunu biliyoruz ki birinci kategorideki suçlar, diğer hepsinin farazi olarak hariç tutulmasıyla, ilkel toplumlarda ceza hukukunun tamamını oluşturmaktadır. Şunu da biliyoruz ki insanlara karşı işlenen suçların bu alanı işgal etmeye başlamasıyla birinci kategoriye oluşturan bu suçlar evrimdeki gelişmeye paralel olarak düşüşe geçmiştir. İlkel insanlar yönünden suçlar hemen tamamen dini görevleri getirmeme, ayin yasaklarını ihlal etme, atalarından gelen geleneklerden sapma ve otorite tarafından yeterli bir kararlılıkla oluşturulmuş kuralları çiğneme üzerinde toplanmıştır. Diğer taraftan günümüz Avrupalısı için suçluluk beşeri bir çıkarı zedelemeye dayanmaktadır. Dolayısıyla bunun sonucu olarak suçluluğa ilişkin bu iki kategori birbirinden çok geniş biçimde ayrılmaktadır zira müşterek hassasiyetleri ihlal eden eylemlerin doğası farklıdır. Bunun sonucu olarak da her iki kategoriye karşılık gelecek tepki de farklı olmak durumundadır.

İlkel toplumlara özgü suçların ihlal ettiği müşterek hassasiyetler iki sebepten müşterek olarak addedilebilir. Sadece öznelerin müşterekliğinden ve dolayısıyla bireysel telakkilerde böyle karşılık bulmasından değil aynı zamanda “*konularının da müşterek olmasından*” dolayı müşterek sayılırlar. Doğası gereği bu “şeyler” bizim şahsi ilgimizin dışındadır. Bizim bu surette bağlı bulunduğumuz akıbetler bizlerin küçük ufuklarının sınırını aşar. Onlar bireysel olarak bizlerle değil müşterek varlıkla ilgilidirler. Bu sebeple onlara erişmek için bizden beklenen eylemler bizim doğamıza uygun değildir. Ancak kişisel mahrumiyet

ve fedakarlıkları, tanrıların yahut geleneklerin beklediği tatmini ya da otoritenin beklediği itaati sağlamada zorlayıcıdır. Bizim oruç tutmak, riyazet, belirli yiyeceklerden kendimizi mahrum etmek, hayvanlarımızı kurban etmek, bazı geleneklere saygı adına rahatımızı bozmak içimizden gelen şeyler değildir. Bunun sonucu olarak dış dünyadan gelen duyarlılıklara benzer şekilde bu tarz hissiyatlar bizim çabamız olmadan – bazı durumlarda bize rağmen bizimledir ve uyguladıkları kısıtlamalar nedeniyle bize böyle gözükürler. Demek ki kendi hissiyatlarımıza yaptığımız gibi bir çeşit dış güçten kaynaklanmakta olan bu tip hissiyatları da kendimizden ayırmamız gerekir. Dahası bu güç bize emrettiği ve bizim bizim de ona itaat ettiğimiz derecede onu, sadece yabancı bir kuvvet olarak değil aynı zamanda bize üstün olarak da tasavvur etmek durumundayız. İçimizdeki emredici tonda konuşan ve bizi doğamıza ayırı davranmaya zorlayan bu ses ancak bizlerden farklı ve aynı zamanda bize tahakküm eden bir varlıktan kaynaklanabilir. İnsanlık bu gücü hangi biçimde tahayyül ederse etsin (tanrılar, atalar ya da herhangi bir çeşit yüce kişilik) onun her zaman, bu ilişki noktasında, aşkın insan üstü bir tarafı vardır. Ahlakın bu kısmının tamamen din ile doldurulmasının sebebi budur. Ahlakın tarafımıza biçtiği görevler bizi, kendi şahsiyetimizi çok aşan bir şahsiyete, bizim öz saflığı ile veya çoğu zaman olduğu gibi dini sembollerin yardımı ile düşündüğümüz müşterek şahsiyete tabi kılmaktadır.

Vaziyet böyleyken bu hassasiyetleri yaralayan ya da bu özel görevleri ihmalen kaynaklanan suçlar bize bu aşkın varlıklara yönelmiş olarak görünür ki gerçekte de onları etkilemektedir. Bunun sonucunda anılan suçlar bize özel olarak tiksindirici görünür, zira zarar görenin tabiatı ya da itibarı zarar verenden ne kadar yüksek ise suç da o derece isyan edicidir. Bir kimse saygı göstermeye ne kadar mükellef ise onun bu saygıyı göstermekte akim kalması da o derece tiksindirici olur. Aynı eylem eşit düzeyde birine karşı işlenirken sadece kınanabilir olurken daha üstün birine karşı işlenince bir nevi küfre dönüşür. Bunun ortaya çıkardığı dehşet ise ancak sert cezalar ile yatıştırılabilir. Mutat ilişkileri sürdürerek tanrılarını yatıştırmak adına kişinin binlerce mahrumiyete katlanması gerekir. Peki onları kızdırdığı zaman ise daha hangi mahrumiyetlere tabi olacaktır? Suçlu her ne kadar güçlü bir merhamet hissi uyandırsa da bu kutsal şeylere karşı yapılan eylemlere karşılık gelebilecek bir şey değildir. Bunun sonucu olarak da, kabul edilebilir derecede cezayı yumuşatması mümkün değildir. Bu iki hassasiyet eşit olmaktan çok uzaktır. İnsanlık tarafından özellikle hataya düşmüş olan türdeşine duyulan sempati ilahi olana saygıdan ileri gelen korkunun etkilerini azaltabilecek değildir. Kendini kat be kat aşan bu güç ile kıyaslandığında birey öyle küçük kalır ki çektiği sıkıntı görece değerini kaybeder ve o ihmal edilebilecek bir sayıdan

ibaret kalır. Bir *tanrıyı* yatıştırmak söz konusu olduğunda, bir bireyin acısı nedir ki?

Müşterek hassasiyetlerin konusu birey olduğunda durum farklı olur, zira bu sefer konuyu biz teşkil etmekteyiz. Hepimiz insan olduğumuzdan birimizi ilgilendiren hepimizi ilgilendirir. İnsan onurunu koruyan hisler hepimizi ta kalbimizden etkiler. İnsan dostlarımızın hayatlarına ve mülkiyetlerine onlarda müteakabil bir karşılık bekler şekilde hesabi bir tarzda saygı duyduğumuzu savunmuyorum. Eğer biz bu saygıdan yoksun eylemleri reddediyorsak bunun sebebi insan oğluna genel olarak duyduğumuz sempattir. Bu hassasiyetler kesin olarak çıkarsızdır, zira genel bir konuya sahiptir. Kant'ın ahleki bireyciliği ile yararcılar arasındaki büyük fark burada yatmaktadır. Bir bakıma her ikisi de bireyin gelişimini ahlaki tutumun konusu olarak ele alır. Yararcılara göre söz konusu birey her birimizin özgün bilincinde mevcut olan duyarlı, tecrübi bireydir. Diğer taraftan Kant'a göre ise söz konusu olan göz önüne serilen muhtelif ve somut şekillerden ayrı olmak üzere, bizatihi insan şahsiyeti genel olarak ise insanlıktır. Bunun yanında her ne kadar evrensel olsa da böyle bir amaç bize bencil eğilimlerimizin yönlendirmesi noktasında yoğun şekilde bağlıdır. Genel olarak insan ile halihazırda olduğumuz insan arasındaki fark bir insan ile bir tanrı arasındaki fark ile aynı değildir. Bu fikrin tabiatı bizimkinden sadece derece itibarıyla farklılaşır; o bizim içinde değişken örneklerini oluşturduğumuz salt bir modeldir. Bizleri ona bağlayan hassasiyetler kısmidir. Öyle ki bunların genişlemesi bizi birbirimize bağlar. Bu durum şu deyişle özetlenebilir; kendine yapılmasını istemediğini, başkasına yapma.

Buna bağlı bir sonuç olarak bu hassasiyetlerin ve bizi harekete geçiren eylemlerin izahı için aşkın bir temel aranmasına gerek yoktur. İnsanlığa duyduğumuz saygının izahı için insanlığa üstün harici bir gücün bize bunu yaptırdığını varsaymaya gerek yoktur. Kendimizi insan olarak görüp bunun idrakine vardığımız gerçeği ortadayken bu durum gayet anlaşılabilir. Gerçekten bu saygının bizim hislerimizin doğal temayülüne uygun olduğunun farkındayız. Bundan dolayı bu gerçeği inkar eden saldırılar bize yukarıda bahsedildiği şekilde insan üstü bir varlığa karşı yapılmış gibi görünmemektedir. Biz bunlarda uluhiyete. karşı değil insaniyete karşı yapılmış eylemler görmekteyiz. Şüphesiz bu fikrin her türlü aşkınlıktan ari olması şimdilik uzaktır. İdealin gerçeği olması ve ona tahakkümü doğasında vardır ancak bu aşkınlık çok belirgin değildir. Numune olan bu "İNSAN" kendini bizlerle karıştırmasa da her birimiz kısmen de olsa onu gerçeğe dökmekteyiz. Bu tasarım her ne kadar yüce de olsa nihayetinde özünde insan olduğundan bir bakıma bizle mündemictir.

Bu halde cezalandırmanın şartları artık öncekinden farklıdır. Suçlu ile suçtan zarar gören arasındaki mesafe aynı değildir; eşit düzeyde bir hal üzeredirler. Bu hal o kadar böyledir ki her özgün durumda suçtan zarar gören insan kendini belirli bir bireyselliğin doğasıyla sunar ki bu bireysellik suçlununkiyle aynıdır. Dolayısıyla suç filinde içkin bulunan ahlaki rezillik daha az isyan edicidir ve bundan dolayı çok şiddetli bir cezayı gerektirmez. Bir insanın bir insana saldırısı, bir insanın tanrıya saldırısı kadar bir kızgınlık ortaya çıkarmaz. Aynı zamanda ceza çekenin içimizde uyandırdığı merhamet hissi suçlunun zarar verdiği ve kendisine tepkiyi doğuran hassasiyetler tarafından kolay kolay bastırılmaz, zira her ikisinin de doğası aynıdır. Birincisi ikincinin bir tür çeşididir. Cezalandırmanın ruhunu teşkil eden bu yıkıcı şiddet nedeniyle içimizdeki dehşeti meydana getiren müşterek öfkenin sebebi, acı çeken insana karşı duyduğumuz sempattir. Diğer taraftan bu öfkeyi tutuşturan şey de tam olarak aynı sempati ve dehşettir. Bu durumda cezai süreci harekete geçiren sebep aynı zamanda ona ket vurma eğilimindedir. Aynı zihinsel durum bizi hem cezalandırmaya hem de onu yumuşatmaya sevk etmektedir. Hafifletici etki kendini hissettirmekten hali olamıyordu. Bir insanın onurunun tahkir edilmiş kutsallığa karşı kayıtsız şartsız feda edilebilmesi gayet doğal görünüyordu. Halbuki kurbanın şahsında zarar görmüş insan insan onurunun öcünü suçlunun ihlali ile almak hakiki ve kaçınılmaz bir çelişki olarak durmaktadır. İki arasındaki zıtlığı gideremeyecek (zira bu tamamen mümkün değildir.) ancak onu yumuşatabilecek tek çare cezalandırmayı olabildiğince yumuşatmaktır.

İlerleme sağlandığı derecede dini suçluluk azalıp suçun beşeri suçluluğa indirgenmesiyle ortalama ceza kaçınılmaz şekilde zayıflamaya devam etmiştir. Bu zayıflama törelerin zayıflamasından ziyade ceza hukukunun ve müşterek hassasiyetlerin teşekkülündeki etkisi büyük olan dinin yok olmaya başlamasından ileri gelmektedir. Şüphesiz insana duyulan sempati hisleri aynı zamanda daha yoğunlaşmıştır ancak artan bu canlılık cezalandırmanın tedrici yumuşamasını açıklamaya yetmez. Aksine bu durum tek başına insanlığın mağdur olduğu suçların karşısında daha sert olmamıza ve cezalarını arttırmamamıza neden olurdu. Asıl sebep ise suçluya duyulan merhamet hissinin artık bunun tesirine izin vermeyen karşı hassasiyetler karşısında üstün gelemeyeşidir.

Şu soru yine de sorulabilir; Eğer öyleyse neden kişilere kaşı işlenen eylemlere öngörülen cezalar genel gerilemeye tabi olmak durumunda kalmıştır? Çünkü bunlar diğerleri kadar ortadan kaybolmuş değillerse de şu da kesin ki bunlar genel olarak iki üç yüzyıl öncesine nazaran daha az göze çarpar durumdadır. Buna rağmen eğer doğası gereği bu suçlar sert cezaları ortaya çıkarıyorsa bu

etkinin, anılan eylemlerin cezai karakterini tanımasıyla beraber kendini en başta göstermesi gerekirdi. Onların içerdiği cezaların zamanla yumuşamak yerine tek ve bir seferde söylenen yumuşaklık derecesine ulaşması gerekirdi. Ancak bu tedrici yumuşamanın asıl sebebi şudur ki bu saldırılar (uzun süre ceza hukuku sınırlarının eşliğinde durarak) ceza hukukunun alanına girip, orada sınıflandırıldığında alanın hemen tamamı dini suçluluk tarafından istila edilmiş haldeydi. Bu baskın konumun sonuç olarak dini suçluluk, ortaya çıkar her yeni suç kendi yörüngesine sokuyor ve onu kendi izi ile etiketliyordu. Genel anlamda suçun kutsallığa karşı işlendiği düşüncesi hakim oldukça insana karşı işlenen suçlara ilişkin düşünce de aynı kaderi paylaşacaktır. Biz bu suçluların da tanrı tarafından yasaklandığı için tiksindirici olduğuna ve onları küçük düşürdüğüne inanıyoruz. Zihnin alışkanlıkları öyledir ki ototritesini tüm ahlakiliğin kendine özgü kaynağı sayılan bir kaynaktan almayan ahlaki bir kaidenin, yeter derecede bir otoriteye sahip olması zor gözüktür. Bugün bile yaygın olan ve dine yahut mantiki teolojiye dayanmayan, buyrukları aşkın bir varlıktan kaynaklanmayan ahlakın temelsiz olacağına ilişkin teorilerin kaynağı budur. Beşeri suçluluk geliştiği ve dini suçluluk gerilediği nisbette evvelki kendi bireysel yapısını ve bizim onu tanımladığımız ayırıcı özellikleri daha belirgin olarak açığa vurmaktadır. Kendi olmasını engelleyen etkilerin tahakkümünden kendisi kurtarmaktadır. Sayıları azalmakta olsa da bugün hala ceza hukukunu, daha genelde ahlakı tanrı fikrinden ayrı görmeyen ve bu ilkel bakış açısına sahip kimseler vardır ki bunlar bile bu iki fikri eski çağ Hristiyanlarının yaptığı kadar birbirine bağlamıyorlar. Beşeri ahlak artan bir şekilde ilkel dini karakterinden kurtulmaktadır. Bu gelişme süreciyle ahlakın öngördüğü en büyük ihlalleri karşılayan cezaların azalma yönündeki evrimi gerçekleşmiştir.

Burada kaydedilmesi önemli olan bir etkileşim süresince beşeri suçluluk alanını genişlettikçe, dini suçluluğa müdahale etmiş ve onu kendine benzetmeye başlamıştır. Başlıca suçları bugün nnsana karşı yapılan eylemler oluşturuyorsa da müşterek “şeylere” (aileye, töreye, devlete karşı) karşı işlenebilen suçlar da bulunmaktadır. Diğer taraftan bu müşterek “şeyler” de kendileri dini karakterlerini yitirme eğilimindedirler. Bir zamanlar oldukları gibi ilahi olmaktan insani bir gerçekliğe evrildiler. Biz artık toplum ya da aileyi aşkın ve gizemli varlıklar olarak kutsallaştırmıyoruz; onlarda gördüğümüz insani amaçları gerçekleştirmek için bir araya gelmiş gruptan fazlası değil. Bunun sonucu olarak anılan müşterekliklere yönelen suçlar da bireylere yönelenlerin karakterini paylaşıyor ve bu birinci grubu oluşturan suçlara karşılık gelen cezalar da gittikçe yumuşuyor.

Cezalandırmanın tedrici hafiflemesi böyle bir sebebe dayanır. Sonuç mekanik olarak elde edilmiştir. Cezalara karşılık gelen müşterek hassasiyetlerin içinde bulunduğu tutum değişmiştir zira bu müşterek hassasiyetler değişmiştir. Alana yeni güçler girmiştir; etkinin aynı kalması düşünülemez. Bu büyük değişim bir ön yargılı amaca ulaşmak adına gerçekleşmediği gibi herhangi bir yararçı mütalaa etkisiyle de gerçekleşmemiştir. Buna rağmen dönüşüm bir kez tamamlandığında, kendini oldukça doğal olarak faydalı amaçları tabi kılınmış buldu. Basitçe bu dönüşüm toplumların kendilerini içinde buldukları yeni şartlardan doğduğundan, bu şartlarla ahenkli bir ilişkiden hali olamazdı. Gerçekte, cezalandırmanın sertliği ancak bireyler tarafından toplumsal kısıtlamaların gücünün hissedilemesine hizmet eder. Dahası cezaların sertliği bu kısıtlamalara göre değişmediği takdirde kullanışsız kalır. Öyleyse şunu söylemek uygundur ki, müşterek cebrin hafifleyip daha esnek ve özgür düşünceyi daha az dışlayıcı olduğu derecede cezaların sertliği azalmaktadır. Ahlaki evrim sürecinde gerçekleşen büyük değişim budur. Her ne kadar en güçlü ifade şekli ahlak olduğu söylenen toplumsal disiplin faaliyet alanını artarak genişletse de otoriter sertliğini git gide kaybetmektedir. Toplumsal disiplin daha insani bir hale büründüğünden, bireylerin plansız kendiliğinden eylemlerine daha fazla alan açmakta hatta onları buna teşvik etmektedir. Bu sebeple şiddet yoluyla uygulanmaya daha az ihtiyacı olmaktadır. Bu sonuç karşısında bu saygıyı temin eden yaptırımların her türlü girişimi ve tepkiyi daha az kısıtlayıcı olması zorunludur.

Şimdi daha önce bir kenara kenara bıraktığımız ceza evrimindeki ikinci etkene dönebiliriz. İktidar örgütünün doğası. Daha önceki düşünceler bu etkinin nasıl bir tarzda işlediğini açıklamamızı kolaylaştıracaktır.

Mutlak bir gücün tesisi sahibini, özellikle kuşandığı güç farazi olarak sınırsız olduğunda zorunlu olarak diğer insanlardan üst bir yere taşır, onu insan üstü bir şey haline getirir. Gerçekten iktidar ne zaman böyle bir şekle bürünse gücü icra eden kişi diğer insanlara bir kutsallık arzeder. Özel olarak bir tanrı haline getirilmese de kendisinde zuhur eden gücü böyle bir kutsallıkla eşdeğer görülür. Bunun sonucunda böyle bir kutsallık cezalandırmaya etki etmekten hali olamaz. Evvela, faillerine karşı açık bir şekilde üstün olan bir varlığa karşı işlenmiş eylemlerin sıradan suçlar olarak görülmesi imkansız olduğundan dine karşı işlenen suçlarda olduğu gibi şiddetle bastırılırlar. Mutlak iktidara tabi tüm insanlar için hükümdara karşı işlenmiş suçlar için ceza hukuku tarafından atfedilen bu duruşun kaynağı budur. Bir diğer husus ise, bu tip toplumlarda hemen hemen tüm kanunların bu egemenden zuhur ettiği ve onun dileklerini ifade ettiği addedildiğinden, hukukun ihlali ona karşı yapılmış bir eylem olarak

görülür. Bu eylemlerin oluşturduğu kınama ise daha ılımlı ve dağınık bir otorite ile ters düşüldüğünde verilen tepkiden daha serttir. Şu bir gerçek ki otorite kendini daha yoğun hale getiren bir düzeyde teksif edilmiştir ki bu durum aynı zamanda onu kendisine yapılan ihlallere karşı daha hassas ve tepkisinde daha şedid hale getirmektedir.

Böylelikle birçok suçun vahameti kendini çeşitli derecelerde artmış bulur; bunun sonucunda cezalandırmanın ortalama sertliği fazlasıyla artmıştır.

## V. Sonuç

Bu yönde anlaşıldığında yukarıda açıkladığımız kanun çok farklı bir anlam kazanır. Gerçekten sorunun kökenine indiğimizde ilk bakışta öyle görülebileceği gibi bu konunun cezalandırmada sadece nicel değişimleri ifade ettiği sanılabilir ancak doğrusu nitel değişimleri de ifade ettiği. Cezalandırma bugün eskisine nazaran yumuşaksa bunun sebebi kadim cezalandırma kurumlarının kendi benliklerini korumak suretiyle tedricen sertliklerini yitirmeleri değil yerlerine başka kurumlar getirilmesidir. Her ikisinin düzenini tayin eden güdü farklıdır. Bu güdü artık değeri suçlununkiyle kıyaslanmayacak bir varlığa karşı yapılan eylemlerin verdiği şevk, ani bir taşkınlık veya şaşkınlıktan kaynaklanmayıp, yerine iki eşit arasında gerçekleşmiş bir suçtan ileri gelen daha sakin ve daha temkinli tepkiye dayanmaktadır. Kınama da eskisi gibi değildir, merhameti dışlamamaktadır; kendisi başlı başına yumuşamayı gerektirmektedir. Bundan dolayı yeni anlayışa uygun yeni cezalar zorunlu olmaktadır.

Bu bakış açısıyla bir hata giderilmiş ve gerçeklerin dolaysız tahlili için yol açılmıştır. Cezalandırmanın evrimsel gelişme içinde nasıl zayıfladığını gözlemlerken okuyucu bu gidişin amacına sınır gözetmeksizin ulaşacağını öyle ki cezalandırmanın sifıra ineceğini düşünebilir. Ancak böyle bir sonuç öne sürdüğümüz kanunun ruhuyla bağdaşmaz.

Gerçekte cezalandırmayı tayin eden sebep hafifletici etkilerini belirsiz bir tarzda ortaya çıkarmadı. Bu sebep canlılığını ve hassasiyetini giderek kaybeden ve zinde bir cezai tepki olma özelliğini yitiren ahlaki bilincin uyuşukluğuna dayanmaz. Biz bugün ayırım gözetmeksizin tüm suçlara karşı eskisine nazaran daha kayıtsız değiliz ancak belki belirli suçlar bunun dışındadır. Gerçekten, daha sert olduğumuz kimi suçlar vardır. Yalnız, daha çok müsamaha gösterdiğimiz suçlar en büyük tepkiyi doğuran suçlardır; aksine sertliğimizi saklı tuttuğumuz suçlar ise ancak olağan cezaları gerektirmeleridir. Sonuç olarak birincilerin suç addedilmemeye başlanması nisbetinde ceza hukuku alanından çıkacak yerini diğerlerine bıraktıkça mecburen ortalama cezalarda bir yumuşama oldu. Diğer



tarafına bu zayıflama ikamesinden daha uzun dayanamaz. Bir zarar geldiğinde -ki yakındır- bireye karşı saldırıların ceza hukukunun tamamını kapladığı, diğer suç türlerinin eskilerden kalma bakiye dışında bir şey olmadığı düşünöldüğünde bu süreç tamamlanmış olacaktır. Bu gerileme hareketi böylece duracaktır, zira beşeri suçluluğun onu bastıran cezaların azalması gibi azalacağına inanmamızı gerektirecek bir sebep yoktur. Bundan ziyade, tüm verilen suç olarak nitelenen fiillerin artmasıyla ve bunların suçluluk karakterinin vurgulanmasıyla suçluluğun giderek artacağına işaret ediyor. Dünyü kamu vicdanını rahatsız etmeyen, sahtecilik ve haksızlıkları bugün onları isyan ettirmektedir ve bu hassasiyet zamanla artacaktır. Dolayısıyla, tüm bastırıcı sistemin duraksaması söz konusu değildir. Durum şudur ki belirli bir sistem kendisine de daha az sert ve vahşi bir sistem ile yer değiştirmiştir ki o da benzer sertliklerde hali olmayıp hiçbir surette esintisiz bir düşüşe kayıtlanmış değildir.

Böylece tüm medeni halkların içinde bulunan ceza hukukunun hassas durumunun izahı ortaya konmuştur. Biz eskinin ceza kurullarına ya tamamen yok olduğu ya da bir çeşit alışkanlık zoruyla ayakta kaldığı ancak ahlaki bilincin isteklerine daha uyumlu karşılık verecek yeni ve farklı ceza kurumlarının doğuyor olduğu bir zaman ulaşmış bulunuyoruz.