

1858 TARİHLİ CEZA KANUNNAMESİ İLE 1926 TARİHLİ TÜRK CEZA KANUNU'NUN FOUCAULTÇU PERSPEKTİFTEN KARŞILAŞTIRILMASI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/...>

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK*

Öz

Hapis cezası, on dokuzuncu yüzyıl başında Avrupa ülkelerinin ceza sistemleri için öngörülen ceza reformunda yer verilen bir yaptırım türü değildir. Buna rağmen çok kısa bir süre içinde, öngörülen yaptırımların yerine geçerek başat bir yaptırım türü haline gelmiştir. M. Foucault, bunun altında yatan nedenin zihniyet değişimi olduğunu savunur. Ona göre on dokuzuncu yüzyıl ile bütün ceza usulü bir denetim sistemi haline gelmiştir. Bu makalede söz konusu anlayışın peşinden gidilerek Tanzimat döneminin temel ceza yasası olan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile yeni cumhuriyetin ilk ceza kanunu olan 1926 tarihli Ceza Kanunu, cezalara öngördükleri yaptırım türleriyle, özel olarak da hapis cezasına yaklaşımlarıyla karşılaştırılacaktır. Her ikisi de kodifikasyon çalışmalarının ürünü olan ve esasında, yaklaşım itibarıyla benzer bir gelenekten iktibas edilmelerine rağmen farklılık gösteren iki kanunun yaptırım tercihleri tartışmaya açılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Hapis Cezası, 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1926 tarihli Ceza Kanunu, M. Foucault, Denetim Sistemi

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya (afurkan.kaynak@selcuk.edu.tr), ORCID: 0000-0001-7674-0396 (Geliş Tarihi: 03.09.2021-Kabul Tarihi: 20.12.2021) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**A COMPARISON OF THE PENAL CODE OF 1858 AND
THE TURKISH PENAL CODE OF 1926
FROM FOUCAULT'S PERSPECTIVE**

(Research Article)

Abstract

Imprisonment is not a type of sanction included in the penal reform for the penal systems of European countries at the beginning of the nineteenth century. In spite of the fact that it has become a dominant type of sanction in a very short time. M. Foucault argues that the underlying reason is a change in mentality. According to him, in the nineteenth century, all criminal procedures became a control system. In this article, following this understanding, the Penal Code of 1858, which is the basic penal code of the Tanzimat period, and the Penal Code of 1926, the first penal code of the new republic, will be compared with the types of sanctions they envisage. The sanction preferences of the two laws, both of which are the product of codification studies and differ, despite being quoted from a similar tradition in approach, will be discussed.

Keywords

Imprisonment, Penal Code of 1858, Penal Code of 1926, M. Foucault, Control System

GİRİŞ

Ceza hukuku tarihinin belirli bir noktasında Avrupa'da, o dönemki gelişmelere tamamen aykırı bir yaptırım türü, yeni bir ceza kurumuyla doğdu: Hapis cezası ve hapishane kurumu. Daha önceki dönemlerde asli ceza vasfını kazanmamış olan bu yaptırım türü, dönemin özgün şartlarının yardımıyla önce Avrupa'da, ardından bütün dünyada ceza kanunlarındaki temel yaptırım türü olmayı başardı. Peki hapis cezasına, bir yaptırım olarak Osmanlı Ceza Hukukunda ve yeni cumhuriyetin ilk ceza kanunu olan 1926 tarihli Ceza Kanununda nasıl yaklaşmıştır? Bu çalışmada, Tanzimat döneminin temel ceza yasası olan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile yeni cumhuriyetin ilk ceza kanunu olan 1926 tarihli Ceza Kanunu, cezalara öngördükleri yaptırım türleriyle, özel olarak da hapis cezasına yaklaşımlarıyla karşılaştırılacaktır. Her ikisi de kodifikasyon çalışmalarının ürünü olan ve esasında, yaklaşım itibarıyla benzer bir gelenekten iktibas edilmelerine rağmen farklılık gösteren iki kanunun yaptırım tercihleri tartışmaya açılacaktır. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu arasındaki yaptırım farklılıklarının nedenini soruşturmayı amaçlayan bu çalışmada, M. Foucault'nun düşüncelerinden hareket edilecek ve 1926 Türk Ceza Kanunu ile bizim hukukumuzda da egemen hale gelen hapis cezasının bir zihniyet değişiminin sonucu olarak diğer yaptırımlar karşısında öne çıktığı savının peşinden gidilecektir.

I. FOUCAULTÇU ANALİZDEN HAREKETLE HAPİS CEZASININ GELİŞİMİ

A. Ortaçağ'dan Yeni Sisteme Doğru Hapis Cezası

Hapishanenin kendi başına bir ceza olduğunun kabulü Ortaçağ'a tamamen yabancı bir düşüncedir. Bu nedenle Ortaçağ toplumlarında modern anlamda hapis cezası ve hapishane kurumunun varlığından bahsedemeyiz¹. Ortaçağ toplumu, uzun süreli hapis cezalarını karşılayabilecek ekonomik ve fiziksel olanaklardan yoksun olduğu için hapis cezasının yerine icrası görece çok daha kolay olan bedensel cezalarla idam cezalarını tercih etmiştir². Bedensel cezalar ve idam cezaları karşısında hapis cezası, temel bir ceza yerine suç işleyen kişinin, infazına kadar geçen sürede kapatılmasına yarayan

¹ **Foucault**, Michel (çev. Işık Ergüden): "Büyük Kapatılma", Büyük Kapatılma içinde, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015, s. 105.

² **Roth**, Mitchel P. (Çev. Barışhan Erdoğan): Göze Göz, Suç ve Cezanın Küresel Tarihi, Can Yayınları, İstanbul 2017, s. 196.

bir araç olarak kullanılmıştır. Ortaçağ'ın yaptırım uygulamalarına bakıldığında yaptırımların büyük oranda bedensel cezalara dayandığı, bu süreçte bedene çektirilen acının giderek artırıldığı, bedensel cezanın son noktası olan idam cezasının da giderek yaygınlaştığı görülecektir. Örneğin İngiltere'de, 1536 yılında idam cezasını gerektiren suçların sayısı korsanlık, cinayet, tecavüz, kutsal değerlere saygısızlık, yollarda yapılan soygunlar, insan kaçırma, bazı hırsızlıklar ve haneye tecavüzü de içerecek şekilde artırılmış³, on sekizinci yüzyıla gelindiğinde 315 farklı fiilden dolayı bireylerin idam cezasıyla yargılanabildiği bir noktaya varılmıştır⁴. Üstelik cezalar, çoğunlukla halkın da katılımın sağlandığı bir seyir gösterisine dönüştürülmüş, törensel bir eda ile gerçekleştirilmiştir. Dönem Avrupası uygulamalarına bakıldığında, idam cezasının bir tiyatroya dönüştürüldüğü, bu uygulamayla izleyenlerde bir dehşet uyandırarak caydırıcılığı sağlamanın amaçlandığı görülecektir. Bu amacı gerçekleştirmek için idam cezası tek başına yeterli görülmemeyerek idamın uygulanmasının öncesinde suçluya Foucault'nun deyimiyle "azap çektirilmiştir."⁵ Ancak ceza hukuku tarihinin belirli bir noktasında bu anlayış terk edilmiş ve beden, ceza ile yıldırmanın ana hedefi olmaktan çıkmıştır⁶.

Bedensel cezaların mutlak üstünlüğü on sekizinci yüzyılın sonuna kadar devam etse de on sekizinci yüzyılın sonu ve on dokuzuncu yüzyılın başında gerçekleştirilen hukuk ve ceza sistemi reformuyla yeni bir anlayış doğmuştur⁷. Farklı ülkelerde farklı biçimlerde gerçekleşen bu dönüşüm, temelde ceza yasasının teorik olarak yeniden hazırlanmasıdır. Foucault öncelikle bu yeniden hazırlanmanın tarihsel gelişimini takip ederek başat yaptırım haline gelen hapis cezasının nasıl bu konuma vardığını araştırmıştır.

B. Yeni Ceza Sisteminin Temelleri

Foucault'ya göre bu dönüşümün temellerini Beccaria'da, Bentham'da, Brissot'da ve devrim dönemi birinci ve ikinci Fransız ceza yasalarını hazırlayan yasa koyucularda görebiliriz⁸. Bu yazarlar öncelikle ceza yasasının

³ Roth, s. 178.

⁴ Foucault, Michel (Çev. Işık Ergüden): "Hakikat ve Hukuksal Biçimler", Büyük Kapatılma içinde, s. 218.

⁵ Foucault, Michel (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay): Hapishanenin Doğuşu, İmge Kitabevi, Ankara 2015, s. 39-41.

⁶ Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 39.

⁷ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 218.

⁸ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 219. Panoptikon fikrinin mucidi olarak modern hapishaneyi mümkün kılan Bentham'ı diğer isimlerden farklı bir noktaya koymak gerekebilir.

teorik sisteminin temel ilkesini tanımlayarak yasa ihlalinin ahlaki ya da dinsel hatayla hiç ilişkisinin olmadığını altını çizmiştir⁹. Suç ya da cezai ihlal, siyasi iktidarın yasama kanadı tarafından bir toplumun içinde özellikle oluşturulan medeni yasadan kopmadır. İhlalin olması için öncelikle siyasi bir iktidarın, bir yasanın olması ve bu yasanın formüle edilmiş olması gerekir. Bu teorisyenlere göre ancak yasa tarafından kınanacak davranışlar olarak tanımlanan davranışlar cezalandırılabilir¹⁰.

Reform yazarlarının altını çizdiği ikinci ilke, bir ceza yasının, sadece toplum için yararlı olan şeyi temsil etmesi gerekliliğidir. Bu yazarlara göre iyi yasaların olabilmesi için siyasi iktidar tarafından formüle edilen ve hukuk sistemi içerisinde yer alan yasaların, doğal yasayı, dinsel yasayı ya da ahlaki yasayı yeniden yazmaktan kaçınması gerekir¹¹. Buradan anlaşılacağı üzere siyasal iktidar tarafından yasa; dine, ahlaka vs. atıf yapmadan, hukuk sistemi içerisinde anlam teşkil edecek şekilde formüle edilmelidir.

Bu iki ilkenin sonucu olarak üçüncü ilke, suçun açık ve basit bir tanımı olması gerektiğini ifade eder. Suç, günah ve hataya yakın olan bir şey değildir; tüm topluma yapılmış bir haksızlık, tüm toplum için bir rahatsızlıktır. Reform yazarlarına göre suç, toplumsal bir zarardır¹². Suçun yeni tanımıyla birlikte suçlu da artık yeni bir tanım kazanır: Suçlu, topluma zarar veren, toplumu karıştıran kişidir. Suçlu, iç düşmandır¹³. Bu noktada artık suçun ve suçlunun yeni bir tanımı vardır ve değişen tanımlar, suça ve suçluya gösterilen tepkinin de değişmesi gerektiğini ileri sürer. Reform yazarlarına göre,

Nitekim Beccaria, döneminin henüz yeni bir cezalandırma sistemi olan hapis cezasının önemini fark etmiş, bu cezanın cezalandırmanın amacını sağlayabilecek cezalandırma tipi olduğunu belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Bentham**, Jeremy (çev. Ömer Saruhanhoğlu, Uğur Kaşif Boyacı): Ahlak ve Yasama ilkeleri, Litera Yayıncılık, 2017.

⁹ Örneğin Beccaria yasaların, birbirlerinden bağımsız ve ayrı yaşayan insanların toplum halinde yaşamalarını, birleşmelerini sağlayan koşulları belirlediğini söyler. Bu ifade de dine ya da ahlaka bir atıf olmadığı açıktır. **Beccaria**, Cesare (Çev. Sami Selçuk): Suçlar ve Cezalar Hakkında, İmge Kitabevi, Ankara 2014, 4. Baskı, s. 25.

¹⁰ **Beccaria**, s. 31; **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 219.

¹¹ Beccaria, suçların ağırlıklarını işlenen günahın ağırlığına göre ölçme düşüncesini tutarsız, temelsiz ve insan ile Tanrı arasındaki ilişkiyi anlamamış kişilerin önereceği bir yöntem olarak görmektedir; **Beccaria**, s. 52-53. **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 219.

¹² Nitekim Beccaria, suçların gerçek ağırlık ölçüsünün söz konusu suçun topluma verdiği zararın ölçüsüyle belirlenebileceğini savunur, bkz. **Beccaria**, s. 55. **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 219.

¹³ **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 219-220. Suçlunun toplum düşmanı olma düşüncesinin köklerini J. J. Rousseau'nun Toplum Sözleşmesi'nde görebiliriz. Detaylı bilgi için bkz. **Rousseau**, J. J. (Çev. Vedat Günyol): Toplum Sözleşmesi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019, s. 31-34.

suçun hata ile, doğal, ilahi, dinsel hukukla ilişkisinin kesilmesi, ceza yasasının bir intikam ya da bir günahın kefareti istemeyeceği anlamına gelir. Onlara göre ceza yasası öyle olmalıdır ki, bireyin topluma verdiği zarar silinebilmelidir; eğer bu mümkün değilse, zararın söz konusu birey ya da bir başkası tarafından tekrarlanamaması gerekir. O halde ceza yasası ya zararı telafi etmeli ya da zararın tekrar ortaya çıkmasını engellemelidir¹⁴. On sekizinci yüzyılın sonunda ortaya çıkan yeni ceza hukuku düşüncesi, aslında bir idealin peşindedir: Toplumu korumak, evrensel akla uygun cezalandırmak¹⁵. Cezanın bireyi eğitebileceği inancı, o dönemde ortaya çıkmıştır.

Bütün bunların ışığında reform yazarlarına göre, bu amacı sağlayacak dört tür ceza ortaya çıkar. Bu cezalardan ilki, Beccaria ve Bentham'da sık sık rastlanan hukuk alanının dışına çıkan bireyi toplumsal mekândan kovmak gerektiğine ilişkin fikre göre insanları basitçe kovmak, sürgün etmek, sürmek ya da ihraç etmektir. Bu cezada suç işleyerek toplumsal gövdeden ayrılan birey, toplumsal mekândan da uzaklaştırılır. Dört tür cezanın ilki ihraç, yani sürgündür¹⁶.

İkinci tür ceza, suç işleyen bireyin bulunduğu yerde dışlanmasıdır. Bu cezada birey, toplumsal alanın dışına çıkarılmaz, kamuoyunun oluşturduğu ahlaki, psikolojik baskı ile kamusal alan içinde tecrit edilir. Bireyin suçu açığa vurulur; suçlu, herkesin önünde teşhir edilir, kamuda bir tiksinti, küçümseme, mahkûm etme tepkisi kışkırtılır. Örneğin kürek cezasına çarptırılan suçluların cezalarını çekecekleri yere bütün şehri dolaşarak götürülmelelerinin altında yatan sebep de bu kamusal tepkiyi oluşturmaktır. O halde dört tür cezanın ikincisi utanç, kamusal skandaldır¹⁷.

Üçüncü ceza, suç neticesinde ortaya çıkan toplumsal zararın telafi edilmesidir. Suç işleyen bireyleri, devlete ya da topluma yararlı bir faaliyete zorlayarak neden olunan zararın telafi edilmesi öngörülür. Reform yazarlarının önerdiği dört tür cezadan üçüncüsü zorunlu çalışmadır¹⁸.

Son olarak dördüncü tür ceza, suç neticesinde ortaya çıkan zararın tekrar meydana gelmesini önlemek amacıyla suç işleyen kişinin ya da başkalarının suçu yeniden işleme arzularını engellemektir. Bu sonucu elde etmek için düşünülen ceza kısasa kısastır. Böylece başkalarının da aynı suçu işlemesini engellemek için bir hakka tecavüz eden kişi benzer bir şeye maruz

¹⁴ **Beccaria**, s. 69-70. Ayrıca bkz. **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 220.

¹⁵ **Ergüden**, Işık: Hapishane Çağı Kapatılan İnsan, Versus Kitap, İstanbul 2007, s. 23.

¹⁶ **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 220.

¹⁷ **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 220-221.

¹⁸ **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 220.

bırakılmalıdır. İnsan öldüren kişi öldürülür, hırsızın çaldığı mal elinden alınır vs. Dördüncü tür ceza, kısasa kısastır¹⁹.

O halde reform yazarlarının önerdiği ceza sistemi, teoride ihraç (sürgün), zorunlu çalışma, utanç (kamusal skandal, aşağılama) ve kısasa kısas cezalarından müteşekkildir. Peki teoride bu şekilde planlanan yeni ceza sistemi, uygulamaya nasıl yansımıştır? Ceza hukuku tarihine bakıldığında, yeni ceza sistemi düşüncelerinde adı pek sık geçmeyen²⁰, önemsiz görülen bir yaptırımın, tam da bu dönemlerde etkili hale geldiğini ve giderek tüm ceza sistemlerinin temel yaptırımı noktasına ulaştığını görüyoruz. Bu yaptırım, hapis cezasıdır. Yeni ceza sistemi düşüncelerinde bahsi geçmeyen hapis cezası, bedensel cezalara karşı geliştirilen yeni ceza sisteminde yer almayan bir yaptırım olarak yeni ceza sisteminde öngörülen yaptırımların yerini, çok büyük bir hızla almıştır.

C. Varılan Nokta: Hapis Cezası

Pratik, teoriden farklı bir yöne sapsmış ve 1820'lerde, gelişme halindeki sanayi toplumları, birkaç yıl önce tasarlanmış olan ceza sisteminden farklı bir ceza sistemi yaklaşımı benimsemişlerdir. Bu yaklaşım ile yeni ceza sisteminin önerdiği dört yaptırımdan hızlıca uzaklaşmıştır. Kamusal tepkiyi hedefleyen yaptırımlar, tam anlamıyla hiçbir zaman uygulamaya konmamıştır. Kısasa kısas cezası ise, gelişmiş bir toplumda eskimiş bir ceza olarak görülerek hızlıca kaybolmuştur. Son olarak zorunlu çalışma da temel bir ceza olarak kabul edilmek yerine simgesel bir ceza olarak görülmüştür²¹. Yukarıda anlattığımız dört tür cezadan yalnızca sürgün, hukuk sistemlerinde kendisine bir süre yer bulabilmiştir. O halde denebilir ki yeni ceza sistemini savunan yazarların öngördüğü dört yaptırım türü karşısında hapis cezası, hızlı ve mutlak bir zafer kazanmıştır. Bu noktadan bakıldığında, on sekizinci yüzyıldaki ceza usulü reformunun teorik projesine dahil olmayan hapis cezasının ve beraberinde getirdiği hapisane kurumunun, ceza sistemine, böylesine bir anda ve hızlıca yerleşmesinin nedenlerine bakılmalıdır. Foucault da bu sorgulamayı yapmıştır.

¹⁹ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 221.

²⁰ Beccaria hapis cezasından birkaç yerde bahsederken Brissot, bu cezayı önemsiz olarak anar. Foucault, Büyük Kapatılma, s. 221. Ayrıca Foucault hapis cezasının toplum için yararsız olduğu, mahkûmları aylak tuttuğu, onların kötülüklerini artırdığı gerekçeleriyle eleştirildiğini de söyler, Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 181.

²¹ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 221.

Foucault'ya göre bu değişimin sebebi, bir zihniyet değişimidir. Yeni ceza sistemini öneren isimlerin toplumsal faydayı ön planda tuttıkları ve ceza sisteminden beklediklerinin toplumu savunmak olduğu aşıkardır. Suçu toplumsal bir zarar olarak gören bu isimlerin belirlediği temel ilke de sarıh bir yasa ve yasa ihlali olmadan cezalandırmanın da olamayacağıdır²². Ancak pratikte gelişen ceza usulü, başta Beccaria olmak üzere reform yazarlarının ilkelerinin dışında bir yöne sapmıştır. On dokuzuncu yüzyılda, ceza usulünün amacı, toplumu genel olarak savunmaktan çok bireylerin tavır ve davranışlarının denetimiyle psikolojik ve ahlaki reformu sağlamak olmuştur²³.

Foucault, on dokuzuncu yüzyıl ile bütün ceza usulünün bir denetim haline geldiğini belirtir. Bu dönemde ceza sistemi, bireylerin yaptıkları şeyin değil, yapabilecekleri şeyin, yapmaya muktedir oldukları şeyin, yapmaya yükümlü oldukları şeyin ve pek yakında yapacakları şeyin denetimini konu edinmeye başlamıştır²⁴. Böylece tehlikelilik kavramı ortaya çıkmış, bireylerin suç işlemelerinden önce denetlenmesi fikri kuvvetlenmiştir. Bu fikir beraberinde, bireylerin gözetlenmesi ve ıslah edilmesi gerekliliğini getirmiş ve böylece on dokuzuncu yüzyılda, hukuk kurumları etrafında ve bireylerin tehlikelilikleri düzeyinde denetlenmesi işlevini üstlenmesini sağlamak için, bireyleri kuşatacak bir dizi dev kurum gelişmiştir: Okul, hastane, tımarhane, polis²⁵. Hapishane de bu kurumlardan biridir. Foucault'ya göre, hapishane kurumu, "ıslah etmek için hapsedmek" fikriyle birlikte gelişmiştir.

Foucault, "Hakikat ve Hukuksal Biçimler" başlıklı sempozyumunun bir oturumunda ıslah etmek için hapsedmek fikrinin tarihsel kökenlerini araştırır. Ona göre bu fikir, İngiltere ve Fransa kaynaklı iki farklı geleneğin bir araya gelmesinden doğmuştur. İngiltere örneğinde denetim mekanizmaları, üst bir iktidarın etkisi olmadan bireylerin oluşturduğu gruplar tarafından yasaya karşı öz savunma grupları olarak kurulmuştur. Bu öz savunma grupları, başlangıçta toplumun alt kesiminin kontrolünderken on sekizinci yüzyılın sonunda aristokrasi, rahipler ve toplumun zengin kişilerin yönetiminde olduğu iktidarın denetim araçları haline gelmiştir. Fransa'da ise toplum, kendi kendini, kraldan talep edilen *lettre de cachet* ile denetlemiştir. *lettre de cachet* ile bir kişinin sürgün edilmesi, bazı işlevlerden yoksun bırakılması, mahkûm edilmesi mümkündür. Dönemin Fransa'sında eşini aldatan erkek, müsrif evlatlar, doğru davranmayan köy papazı hakkında kraldan bir *lettre de cachet*

²² Foucault, Büyük Kapatılma, s. 222.

²³ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 222.

²⁴ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 223.

²⁵ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 223.

arak o kişilere yaptırım uygulanabiliyordu. Bunlar bir anlamda toplumsal denetim araçlarıydı. Zamanla *lettre de cachet*'nin cezalandırıcı kullanımını yaygınlaştırmış ve hapis cezası sistemde kendisine yer bulmaya başlamıştır²⁶. Dikkat edilirse, *lettre de cachet*'nin herhangi bir hukuki soruşturma yapılmadan, kişinin ıslah olduğuna inanılana kadar hapse atılması sonucunu doğurduğu görülecektir. İşte, ıslah etmek için hapsedmek fikrinin kökeni, Foucault'ya göre bu uygulamadır²⁷ ve bu fikir, Beccaria'nın öncüsü olduğu yeni ceza sistemini, çok kısa bir sürede unutturmayı başarabilmiştir.

Bu noktada, Foucault'a göre, geriye sadece, bunun nasıl olduğunu açıklamak kalmıştır. Soru açıktır: “Bireylere, davranışlarına ve potansiyel üzerine kurulu ve onları ıslah etme işlevi taşıyan tamamen farklı bir ceza pratiği, nasıl olmuş da Beccaria'nın çok büyük dersini unutturabilmiş, uzaklaştırmış ve sonunda da boğabilmiştir?”²⁸ Sorunun cevabını, Foucault'ya göre, üretimin üstlendiği yeni biçimde aramak gerekir. On sekizinci yüzyılda giderek ivme kazanan kapitalizm, yeni bir üretim biçimine bağlı yeni bir zenginlik biçimi de getirir. On altıncı ve on yedinci yüzyılların zenginliği esas olarak toprak üzerinden tanımlanırken on sekizinci yüzyılda, artık parasal olmayan, yeni bir zenginlik biçimi ortaya çıkmıştır: Mallara, stoklara, makinelere, atölyelere, hammaddelere, gönderilecek mallara yapılan yatırım²⁹. Kapitalizmin getirdiği yeni üretim biçimi olan fabrikada üretim, üretimin yapıldığı yer ile serveti aynı mekâna yerleştirir. Fabrikanın kendisi, yeni zenginliğin hem ürünü hem de bir bakıma üreticisidir. Bununla beraber yeni bir tehlike doğar: Stoklardan, hammaddelerden, ithal mallarından, makinelerden, atölyelerden ibaret bu yeni servetin doğrudan tahribata maruz kalma tehlikesi. Yoksullardan, işsizlerden, iş arayan insanlardan oluşan bu nüfusun şimdi servetle, zenginlikle doğrudan, fiziksel bir teması vardır. Örneğin on sekizinci yüzyılda İngiltere'de gemilerin soyulması, mağazaların ve depoların talanı, atölyelerdeki tahribat yaygınlaşmıştır³⁰. İşte Foucault'ya

²⁶ “On yedinci ve on sekizinci yüzyıl ceza usul sisteminde hapisyanenin yasal bir ceza olmadığını görmek ilginçtir. Hukukçular bu konuda çok kesindirler. Yasa birini cezalandırdığında cezanın ölüme mahkûm etme, yakılma, kol ve bacakların çekilerek koparılması, damgalanmak, sürgüne gönderilmek, ceza ödemek olacağını belirtirler. Hapis, bir ceza değildir. On dokuzuncu yüzyılın en önemli cezası olacak olan hapisyanenin kökeni, kesinlikle, bu *lettre de cachet*'nin hukukun yanı sıra yer alan uygulaması, krallık iktidarının grupların kendiliğinden denetimi tarafından kullanılmasıdır.” Foucault, Büyük Kapatılma, s. 233.

²⁷ Detaylı değerlendirme için bkz. Foucault, Büyük Kapatılma, s. 225-234.

²⁸ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 234.

²⁹ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 235.

³⁰ Foucault, Büyük Kapatılma, s. 235.

göre on sekizinci yüzyıl sonunda yeni toplumsal denetimleri gerekli kılan şey, sanayi ve tarım zenginliğinin mekânsal ve toplumsal yeni dağılımıdır³¹. Hapis cezası ve hapishane kurumu, yeni gelişen zenginliğe yönelik tehdidi engellemeyi amaçlayan özel bir denetim kurumu olarak ortaya çıkmıştır. Gözetlemenin tanıdığı imkanla, bireylerin çeşitli uygulamalarla yeni gelişen üretim aygıtına bağlanmalarını gerçekleştirmeyi amaçladığı için de iktidar tarafından sahip çıkılmıştır. Hapishaneler nüfusun bir bölümünü tehlikeli bularak elemeye imkân tanımış³²; geliştirdiği uygulamalar ile de yeni gelişen üretim biçiminin ihtiyaç duyabileceği iş gücünü, her ne kadar bu iş gücünü belirli bir mekânda pasif halde tutuyor olsa da herhangi bir sorunla karşılaşmayacağından emin bir şekilde hazırda bekletmeyi planlamıştır. Mahkûmun bedeni artık, çalışan bedene dönüşmeye aday olmuş, Ortaçağ'ın bedeni hedef alan cezaları, bedenler faydalı hale geldiği için çağdışı görülmeye başlanmış; bedenin kontrolü, bedenin imhasına karşı galip gelmiştir. Hapishaneler, üretim biçimine dahil edilebilecek bedenlerin eski ceza sisteminin acımasızlığından korunabileceği kurumlar olmuştur³³.

Hapishane, modern zamanların modern bir kurumudur³⁴. Hapis cezası ve hapishane kurumunun yeni ceza sisteminin yerini hızlıca almasının nedeni, yeni üretim biçimiyle ortaya çıkan bireylerin denetlenmesi ihtiyacını karşılamaya en büyük aday olmasıdır. Yönetsel bir aygıt olan hapishane, aynı zamanda zihinleri dönüştürecek bir makine olarak tasarlanmıştır³⁵. Üretim için ihtiyaç duyulan işgücünün sağlanmasının yolu, çalışmayanlara çalışmayı hapishane kurumunda öğretmek olarak görülmüştür³⁶. Dönemin ceza yasaları ile yeni ceza sisteminin önerdiği yaptırımlar yerine hapis cezasına ağırlık verilirken amaçlananın ortaya çıkan iş gücü ihtiyacına hızlı ve kesin bir cevap verme isteği olduğu söylenebilir. Hapis cezası ve hapishane kurumuyla o dönem gelişmekte olan yeni ceza sisteminin aksine bir ceza sistemi gelişmiş ve çalışmayan bireyin ıslah edilerek “normalleştirildiği” bir anlayış egemen hale gelmiştir³⁷. Böylece elli yıldan daha kısa bir sürede

³¹ **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 236.

³² **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 105.

³³ **Catucci**, Stefano: “The Prison Beyond Its Theory Between Michel Foucault’s Militancy and Thought”, Prison Architecture and Humans, (Editörler: Elisabeth Fransson, Francesca Giofre, Berit Johnsen), Cappelen Damm Akademisk, 2018, s. 335.

³⁴ **Ergüden**, s. 41.

³⁵ **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 196.

³⁶ **Ergüden**, s. 42.

³⁷ **Ergüden**, s. 46.

Avrupa'da halka açık infazlardan hapis hane sistemine geçilmiştir³⁸. O halde bu aşamada yapılması gereken, bu tezi, Osmanlı Devleti'nin 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile test etmek, eğer ortada bir fark var ise bunun nedenini açığa çıkarmaya çalışmaktır. İzleyen bölümde 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, kaynak alındığı 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ile birlikte değerlendirilecektir.

II. 1858 TARİHLİ OSMANLI CEZA KANUNU'NUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kanun Hakkında Genel Bilgiler ve Çeviri Tartışması

Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile başlayan Tanzimat Dönemi, Osmanlı Devleti'nde duraklama döneminden bu yana ihtiyacı hissedilen ciddi reformların yapılmasına uygun bir zemin olmuştur. Bu dönemde gerek devlet yönetiminde gerek toplum hayatında önemli reformlar yapılmış, hukuk sistemi de Avrupa örneği alınarak güncellenmiştir. Ceza kanunu da bu anlayışın ürünüdür. Nitekim 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda da özellikle kanun önünde eşitlik ve cezaların eşitliği konularını güvenceye alacak yeni bir ceza kanunu yapılmasının gerekliliğinden bahsedilmiştir³⁹. Bu nedenle öncelikle 1840 tarihli Kanunname ilan edilmiş, ancak beklenen sonuçları sağlayamamıştır. Ardından bu kanunun eksikliklerini ortadan kaldırmak amacıyla 1851 tarihli Kanunname ilan edilmiştir. 1851 tarihli Kanunname, 7 yıl yürürlükte kalsa da sorunları çözmekte başarılı olamamıştır.

Tanzimat Dönemi'nin bu ilk iki ceza kanununun ardından, 1856 tarihli İslahat Fermanı'nın da etkisiyle yeni bir kanun hazırlanması gündeme gelmiş ve 1926 yılına kadar yürürlükte kalacak olan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır⁴⁰. Çok tartışmalı olan "esas alınma" konusuna geçmeden önce Kanunname'nin hazırlanışına, sistemine ve özelliklerine bakmak gerekir.

1858 tarihli Kanunname, başkanlığını Ahmet Cevdet Paşa'nın yaptığı ve Meclis-i Ali-i Tanzimat'ın sekiz üyesinden meydana gelen bir komisyon tarafından hazırlanmış, 9 Ağustos 1858 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴¹. 1840

³⁸ **Catucci**, s. 334. Foucault, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda, belli bazı biçimler altında olmak üzere hapis cezasının ceza alanının tümünü işgal ettiğini ifade eder. Detaylı açıklama için bkz. **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 182.

³⁹ **Gökçen**, Ahmet: Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s. 12.

⁴⁰ **Gökçen**, s. 14.

⁴¹ **Cin**, Halil/**Akgündüz**, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1989, C. 1, s. 288; **Akgündüz**, Ahmet: Mukayeseli İslam ve Osmanlı

ve 1851 tarihli Kanunnamelerden farklı olan kanunname, bir mukaddime ve üç baptan müteşekkildir. Mukaddime 4 fasıla ayrılırken birinci bap 16 fasıla, ikinci bas 12 fasıla bölünmüştür. Üçüncü bap ise fasıllara ayrılmamıştır. Mukaddimedede genel hükümler, suçların taksimi ve cezaların neveleri gösterildikten sonra, birinci bapta ammeye karşı, ikinci bapta kişiler aleyhine, üçüncü bapta da kabahatlerle ilgili suçlara yer verilmiştir⁴².

1858 tarihli Kanunname, kendinden önceki iki kanunnameden her yönüyle farklı bir kanundur. Buna sebep olarak söz konusu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun çevirisi olması gösterilmişse⁴³ de kanunnamenin çeviri olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Akgündüz, Kanunname'nin bir çeviri olduğu konusunda kararsızdır. "Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı" isimli kitabının "Osmanlı Ceza Hukuku" başlığında, 1858 tarihli Kanunname'yi eserine almayı ilk başta düşünmediğini belirten Akgündüz, buna gerekçe olarak kanunnamenin İslam Hukuku menşeli olmamasını göstermiş, devam eden satırlarda da kanunnamenin "tamamen batı menşeli yani 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun basit bir tercümesi ve kopyası olmayışı ve yüzde yetmiş yakın hükümlerinin İslama ve eski Osmanlı Ceza Kanunlarına dayanışı sebebiyle" metni eserine eklemeye karar verdiğini belirtmiştir⁴⁴. Gayretli de Akgündüz ile aynı kanıya sahiptir⁴⁵. Gayretli, Kanunname'nin Fransız Ceza Kanunu'nun basit bir tercümesi olmadığını ve metnin aynen iktibas edilmediğini savunmaktadır⁴⁶. Cin ve Akgündüz'ün ortak kanaatine göre ise Kanunname'nin "Fransız Ceza Kanunu'nun yanlış bir tercümesi ve nerede uygulanacağı bilinmeyen acayip bir kanun olduğu" yönündeki görüşler, belgelere ters düşmektedir. Yazarlara göre kanunun vasfını, Tanzimat Dönemi'nin kozmopolit niteliğinde aramak gerekir⁴⁷. Ekinci'ye göre ise Kanunname, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Bununla beraber yazar, kanunun mukaddimesinde, "bu kanunun ta'zir suçlarını tanzim ettiği, hukuk-ı şahsiyyeye, yani mağdur ve

Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986, s. 806-807.

⁴² **Gökçen**, s. 26; **Akgündüz**, s. 807; **Cin/Akgündüz**, s. 288.

⁴³ **Gökçen**, s. 26.

⁴⁴ **Akgündüz**, s. 806.

⁴⁵ **Gayretli**, Mehmet: "1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler", <http://earsiv.ebyu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12432/1763/mgayretli-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s. 3. (E.T: 23.12.2020)

⁴⁶ **Gayretli**, s. 3.

⁴⁷ **Cin/Akgündüz**, s. 288, 289.

maktulün velisinin kısas ve diyet taleplerine hanel getirmeyeceğinin” yazılı olmasından hareketle kanunun laik bir kanun olarak sınıflandırılmayacağını savunmaktadır⁴⁸.

Son olarak Gökçen'e göre kanunname, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun tercümesi olmakla birlikte içinde İslam Hukuku'ndan gelen hükümler de mevcuttur⁴⁹. Buna ek olarak Gökçen, Kanunname ile batılı hukuk sistemine girildiğini savunmuştur⁵⁰. Bu husus, çalışmamız bakımından önemlidir. Bir önceki bölümde Avrupa ceza hukukunun geçirdiği değişimden bahsedilmişti. Bu değişimin yaşandığı dönemi takip eden dönemde ilan edilen ve kendisine kaynak kanun olarak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nu alan Kanunname'nin Avrupa'daki değişimlerden etkilenip etkilenmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Batılı hukuk sistemine girilip girilemediği, tam anlamıyla girilemediyse bunun nedenlerinin ne olduğunun saptanması önemlidir. Bu nedenle izleyen başlıkta, karşılaştırmalı bir inceleme yapılacak ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ile 1858 tarihli Kanunname, sistematikleri ve suçlar ile cezalara yaklaşımları göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir.

B. 1810 Fransız Ceza Kanunu Karşısında 1858 Tarihli Ceza Kanunnamesi

1858 tarihli Kanunname, hukuk tarihimiz bakımından kendine has bir yere sahiptir. Çeviri olup olmadığı hakkındaki tartışmalar bir kenara bırakılırsa, ilan edildiği dönemin ruhuna uygun şekilde Avrupa'daki gelişmeleri dikkate alan, ayrıca İslam Hukuku'ndan gelen hukuk anlayışına da sırtını çevirmeyen yaklaşımıyla Kanunname'nin, Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti'nin yaşadığı ikiliği bünyesinde barındırdığını söyleyebiliriz. Bir yanıyla yüzünü Batı'ya dönen Kanunname, geçmişinden gelen uygulamalardan da kopmamış, ancak bu iki anlayış arasındaki çelişki nedeniyle bir çatışma ortamı oluşturmuş; böylece Akgündüz'e göre, “*kendi yürüyüşünü terk etmiş, başkasının yürüyüşünü de öğrenememiştir.*”⁵¹

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu (Code Pénal De L'empire Français), Napolyon Bonaparte'nin kendini imparator ilan ettiği 1804 yılından altı yıl

⁴⁸ **Ekinci**, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008, s. 563.

⁴⁹ **Gökçen**, s. 26.

⁵⁰ **Gökçen**, s. 28.

⁵¹ **Akgündüz**, Ahmet: İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İmak Ofset Basım Yayın, C. 1, İstanbul 2011, s. 542.

sonra ilan edilmiş, 484 maddeden müteşekkil bir kanundur⁵². Her ne kadar Kanunname'nin yalnızca Fransız Ceza Kanunu'nu kaynak almadığı, söz konusu kaynakla aralarında ciddi farklılıklar olduğu ileri sürülmüşse de⁵³ de iki kanunun sistematigi incelendiğinde 1858 tarihli Kanunname'nin kanun sistematigi başta olmak üzere, suçlar ve yaptırımlar açısından 1810 tarihli Kanun'u kaynak aldığı söylemek mümkündür. Kanunname'nin İslam Hukuku'ndan gelen ve Osmanlı Hukuku'na yüzyıllardır egemen olan yaklaşımları da bünyesinde barındırması onun, Fransız Ceza Kanunu'nun birebir çevirisi olmadığını düşündürmektedir. Yine de iki kanun, farklı açılardan değerlendirildiğinde farklılıklar kadar benzerlikler de ortaya çıkacaktır. Bu nedenle bu iki kanun, kanun sistematigi ve suçlar ile cezalara yaklaşımı açılarından değerlendirilecektir.

1. Kanunların Sistematiği Açısından Değerlendirilmesi

İki kanun, kanun sistematigi açısından incelendiğinde kanunlar arasında benzerlik olduğu görülecektir. Bununla beraber öncelikle, 1858 tarihli Kanunname'nin bir çeviri olmadığını savunanların iddialarına kanıt olarak gösterdikleri madde sayısı farklılığına bakmak gerekir. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu 484 madde iken Kanunname 264 maddedir⁵⁴. Aradaki 220 maddelik fark, kaynak kanundan ilk kopuş olarak değerlendirilebilir. Değerlendirmeyi en başta yapmak gerekirse Kanunname, kaynak kanunu birebir almak yerine ihtiyaçlar çevresinde yorumlayarak almıştır. Benzer yaklaşımı, alt başlıklar ve sınıflandırmada da görmek mümkündür⁵⁵.

Fransız Ceza Kanunu, suçların düzenlendiği kitaplardan önce bulunan bir *Dispositions Préliminaires* (Başlangıç Hükümleri) bölümü ile dört kitaptan oluşmaktadır. Kanunname ise bir mukaddime ile üç baptan oluşmaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun birinci kitabı *Des Peines En Matière Criminelle Et Correctionnelle, Et De Leurs Effets* (Ağır Suç ve Islah Konularındaki Cezalar ve Bunların Hususları) başlığını; ikinci kitabı *Des Personnes Punissables, Excusables Ou Responsables, Pour Crimes Ou Pour Délits* (Ağır Suçlar ya da Suçlar ile Cezalandırılabilir, Affedilebilir ya da Sorumlu Tutulabilir Kişiler) başlığını; üçüncü kitabı, *Des Crimes, Des Délits Et De*

⁵² Öner, Senem: "Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, <http://dSPACE.yildiz.edu.tr/xmlui/handle/1/168>, s. 27 (E.T. 24.12.2020)

⁵³ Gayretli, s. 1-2.

⁵⁴ Kanunname'nin tam metni için bkz. Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, s. 834-876.

⁵⁵ Öner, s. 28.

Leur Puniton (Ağır Suçlar, Suçlar ve Cezaları) başlığını; dördüncü kitabı ise *Contraventions De Police Et Peines* (Polise Karşı Kabahatler ve Cezaları) başlıklarını taşımaktadır⁵⁶. Kanunname'de ise kitaplar yerine baplar üzerinden ayırım yapılmıştır. Birinci bap, “*Zararı Âmm Olan Cinayet ve Cünha ile Mücâzât-ı Müterettibeleri Beyanındadır*” (Zararı Umumi Olan Cinayet ve Cünhalar ile Bunlara İlişkin Cezaların Düzenlenmesi Hakkındadır) başlığını; ikinci bap, “*Eşhaş Hakkında Vuku Bulan Cinayet ve Cünhalarla Mücâzât-ı Müterettibeleri*” (Şahıslar Hakkındaki Cinayet ve Cünhalarla İlişkin Cezaların Düzenlenmesi) başlığını; üçüncü bap, “*Umur-u Tahaffuziyye ve Tanzifiyye ve Zabıtaya Muhalif Hareket Eden Aşhab-ı Kabayihin Cezaları Beyanındadır*” (Temizlik, Koruma ve Zaptiye ile İlgili Kabahatlerin Cezaları Hakkındadır) başlığını taşımaktadır⁵⁷.

Fransız Ceza Kanunu'ndaki kitaplardan ilk üçü alt bölümlere ayrılmıştır. Birinci kitap dört fasıldan (*chapitre*) oluşmaktadır. İkinci kitap bölümlendirilmemiştir. Üçüncü kitap iki bap (*titre*) içermekte; birinci bap üç fasıldan, ikinci bap iki fasıldan oluşmaktadır. Dördüncü kitapta iki fasıl bulunmaktadır⁵⁸. Kanunname'de ise Mukaddime bölümü dört fasla ayrılmıştır. Birinci bap on altı fasıl, ikinci bap on iki fasıla ayrılırken üçüncü bap kısa olduğu için fasıllara ayrılmamıştır⁵⁹.

1858 tarihli Kanunname'yi kendine has konumuna yerleştiren, kaynak kanunda yer almayan birinci maddesidir. Mukaddime'nin birinci faslında yer alan bu madde şu şekildedir:

“Doğrudan doğruya hükümet aleyhine vuku bulan cerâyimin icrây-ı mücâzâtı devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhinde vuku bulan cerâyimin âsayiş-i umumiyi ihlal eylemesi ciheti dahi kezalik devlete ait olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ulül-emre ait olan ta'zirin tayin-i derecâtını dahi işbu Kanunname mütekeffil ve mutazammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuk-u şahsiyeye hâlel gelmeyecektir.”⁶⁰

Bu madde, Kanunname'nin kabul edildiği tarihe kadar ikili bir yapıya sahip olan Osmanlı Hukuku'nun ikili yapısını, en azından şahsi haklar bakımından devam ettireceğini belirtmesi bakımından ilginçtir. Bir yandan suçların devlet tarafından cezalandırılacağı belirtilmişken şahsi hakların saklı

⁵⁶ Öner, s. 28.

⁵⁷ Öner, s. 28-29; Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 834-876.

⁵⁸ Öner, s. 29.

⁵⁹ Gökçen, s. 26.

⁶⁰ Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 834.

tutulmuş olması, batılılaşma çabalarının yarattığı çelişkiyi ortaya koymakta⁶¹, yüzyıllardır devam eden İslam hukuku geleneğinin, hukuk sisteminde ikilik yaratma pahasına sürdürüleceğini göstermektedir. Buradan, Kanunname'nin yalnızca bir çeviri olmadığı, kanunu yapanların Batılılaşmayı arzulayan Osmanlı Devleti'nin hukuk geleneğini de geride bırakmayı tercih etmediği sonucuna varabiliriz. Nitekim suçlar ve cezalar kısmında göreceğimiz üzere, İslam Hukuku'ndan gelen yaptırım anlayışı, kaynak kanunun yaptırım anlayışının önüne geçmiştir.

2. İki Kanunun Suçlar ve Cezalar Bakımından Değerlendirilmesi

İki kanun öncelikle suçların ayrımı bakımından karşılaştırıldığında kaynak kanunda suçların kanunun birinci maddesinde sınıflandırıldığı görülecektir. Bu ayrıma göre 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu suçları, kabahatler, suçlar ve ağır suçlar olmak üzere üçe ayırmıştır. Bu üçlü ayırmada kabahatler polis cezaları ile; suçlar ıslah cezaları ile; ağır suçlar ise acı verici ya da onur kırıcı cezalar ile cezalandırılacak fiiller olarak tanımlanmıştır⁶². Kanunname'de ise suç ayrımı, Mukaddime bölümünün birinci faslında 2., 3., 4. ve 5. maddelerinde yapılmıştır. Bu maddelerde suçlar cinâyet, cünha ve kabahat olarak ayrılmıştır. Cinâyet suçları mücâzât-ı terhibiye (korkutucu cezalar); cünha suçları mücâzât-ı tedibiye (ıslah edici cezalar); kabahatler muamele-i tekdiriye (azarlama) ile cezalandırılacak davranışlar olarak tanımlanmıştır. Buradan yola çıkarak kaynak kanun tarafından belirlenen suç ayrımlarının Kanunname'de de benimsendiğini söyleyebiliriz. Yalnızca, kaynak kanunda suçlar, hafiften ağıra doğru sıralanırken Kanunname'de tam tersi bir yöntem benimsenmiş ve ağırdan hafife doğru gidilmiştir⁶³.

Suçların ayırımından sonra bu suç teşkil edilen hareketlere verilen cezalara göre bir ayrıma gidilirse kaynak kanunun, ilk bölümde anlatılan yeni ceza sistemi ile hapis cezalarının gelişimini takip eden, farklı anlayışları bünyesinde barındıran bir kanun olduğunu görüyoruz. Nitekim kanun metni incelendiğinde gerek yeni ceza sisteminin önerdiği yaptırımlar gerek de hapis cezasının kanunda kendilerine yer bulduklarını söyleyebiliriz. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu, kabahatleri tanımladıktan sonra dokuzuncu maddede bu suçlara uygulanacak yaptırımları öngörmüştür. Maddeye göre bu cezalar; bir ıslahevinde geçici hapis, belli haklardan geçici süre ile mah-

⁶¹ Gökçen, s. 30.

⁶² Öner, s. 31.

⁶³ Öner, s. 32; Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 835; Gökçen, s. 28-30.

rumiyet ve para cezasıdır⁶⁴. Kanun sekizinci maddesinde suçları tanımladıktan sonra bu suçların onur kırıcı cezalar olarak tanımlanan boyunduruk, uzaklaştırma (sürgün) ve medeni haklardan mahrumiyet cezaları ile cezalandırılacağını belirtmiştir⁶⁵. Son olarak ağır suçları tanımlayan kaynak kanun, altıncı maddesinde ağır suçların acı verici ve onur kırıcı ya da sadece onur kırıcı cezalarla cezalandırılacağına hükmetmiş, yedinci maddede bu cezaları idam, müebbet kürek, sürgün, geçici kürek ve ağır hapis cezası olarak saymıştır⁶⁶. O halde kaynak kanunun tercih ettiği yaptırımlara bakıldığında kanunun, hem ilk bölümde saydığımız dört tür yaptırımı hem de hapis cezasını (ağır ve geçici olmak üzere) kabul ettiğini görürüz.

1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'ni cezalar bakımından incelediğimizde kanunnamenin cezalar bakımından zengin bir yapıya sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bunun sebebi, kaynak metinden gelen cezaların yanı sıra İslam Hukuku'ndan gelen yaptırımlara da yer verilmesidir⁶⁷. Kanunname, kaynak kanundan idam, müebbet kürek, geçici kürek, sürgün, medeni haklardan mahrumiyet, geçici hapis, para cezasını alırken ağır hapis cezasını kalebentlik cezası olarak almıştır⁶⁸. Bunlara ek olarak İslam Hukuku'ndan gelen kısas, diyet gibi şahsi haklarla ilgili cezalara da yer vermiştir.

Bu noktada hapis cezasının üzerinde daha dikkatli durmak gerekmektedir. Yukarıda kaynak kanunun, hapis cezasına ağır ve geçici olmak üzere iki farklı şekilde yer verdiği belirtilmişti. Buna karşın Kanunname, ağır hapis cezasını kalebentlik cezasına çevirmiş; geçici hapis cezasının ise üst sınırını değiştirerek cezayı bir hafta ile sınırlandırmıştır⁶⁹. Ağır hapis cezası yerine getirilen kalebentlik cezası ilk defa bu kanunnamede düzenlenmiştir. Kanunnamenin 23, 24, 25, 26, 27, 30, 32 ve 33. maddelerinde kalebentlik cezası ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır⁷⁰. Kalebentlik cezası, devletçe belirlenen kalelerden birinde hapis olarak kalmak olup geçici veya müebbet olarak verilebilen bir ceza olarak tasarlanmıştır. Kalebentlik cezasını hapis cezasından ayıran, kalebentlik cezasının bir hapishanede değil, etrafı surlarla çevrili bir kalede infaz edilmesidir. Bir kale sınırları içerisindeki kalebent, kale içinde ve dışındaki şahıslarla konuşabilmekte, buralarda çalışabilmekte,

⁶⁴ Öner, s. 37-38.

⁶⁵ Öner, s. 36.

⁶⁶ Öner, s. 34-35.

⁶⁷ Gökçen, s. 31.

⁶⁸ Gökçen, s. 31; Öner, s. 35.

⁶⁹ Öner, s. 38.

⁷⁰ Gökçen, s. 43.

sanatlarını icra edebilmekte, hatta eğer varsa ailelerini yanlarına aldırarak bir arada yaşayabilmekte, hatta evlenebilmektedir⁷¹. Kanunname'nin hapis cezası yerine tercih ettiği ve ağırlık verdiği kalebentlik, birinci bölümde anlattığımız üzere, hapis cezasından beklenen amaçları sağlamaktan uzak bir yaptırım türü olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Kalebent olanların, kale içinde kalmak şartıyla hayatlarına devam edebilmeleri, Avrupa'da yaşanan ve hapis cezasının ceza kanunlarında hâkim yaptırım olmasıyla sonuçlanan süreç düşünüldüğünde, dönemin anlayışıyla çelişmektedir. Kaynak kanundan bir kopma yaşanan bu noktada, bu kopmanın nedenlerine bakmak gerekir. Şahsi kanaatimize göre bu kopmanın sebebi, Osmanlı Hukukunu etkileyen İslam Ceza Hukuku anlayışının hapis cezasına yaklaşımıdır.

C. İslam Ceza Hukukunda Hapis Cezası

İslam Ceza Hukuku'nda suçlar ve cezalar bir arada düzenlenmiş ve suçlardan ayrı sadece cezalarla ilgili ayrımlar yapılmamıştır⁷². Suç sayılan eylemlere ilişkin adlandırmalar cezalar için de kullanılmıştır. Bu akılda tutularak suçlar ve cezaların üçlü bir ayrıma tabi tutulduğu söylenebilir. Bunlar had, kısas (cinâyet) ve ta'zirdir⁷³.

Had suçları, uygulamadaki bazı aksaklıklara rağmen İslam devletlerinin tamamında, itirazsız kabul edilen ve değiştirilemeyen suçlar ve cezalardır. Değiştirilememelerinin sebebi had suçlarının ve cezalarının Kur'an ve sünnette kesin sınırlar içinde belirlenmiş olmalarıdır⁷⁴. Belirlenen sınırlar aşıldığı anda had cezasını gerektirecek bir suç oluşmamış demektir. Son derece katı bir şekilde belirlenen bu suçlar yedi adettir: Zina, iffete iftira, içki içmek, hırsızlık, yol kesme (hirabe), dinden dönme ve isyan⁷⁵.

Kıyas ya da daha yaygın kullanımıyla cinâyet suçları, insanın canına, malına ve ırzına yönelik şer'an yasak olan fiillere denir. Bu suçlara verilen ceza kısas veya diyet cezaları olmuştur⁷⁶.

⁷¹ Gökçen, s. 43-45.

⁷² Gökçen, s. 65.

⁷³ Akgündüz, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 513-514.

⁷⁴ Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 804; Cin/Akgündüz, s. 264-265.

⁷⁵ Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 804; Cin/Akgündüz, s. 265.

⁷⁶ Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 804; Cin/Akgündüz, s. 271.

Ta'zir suçları ise had ve cinâyet suçları dışında kalan, miktarı ve keyfiyeti Kur'an ve sünnet tarafından belirlenmemiş suç ve cezalara denir⁷⁷. İslam Hukuku, bütün suçların cezalarını kesin olarak tespit etmeyip suçlar ve cezaları belirleme işini, belli esaslar çerçevesinde zamanın kanun koyucusuna bırakmıştır. Kanun koyucu ihtardan idama kadar bu suçların cezalarını belirleyebilir. Ayrıca had ve cinâyet suçlarının aksine ta'zir cezaları için affin mümkün olduğu kabul edilmiştir⁷⁸. İslam Hukuku tarafından kesin olarak yasak kabul edilen fiiller, hakkında had veya cinâyet cezası öngörülmele beraber suçun unsurlarının tam olarak gerçekleşmemesi nedeniyle ta'zir cezasıyla cezalandırılması öngörülen fiiller, had veya cinâyet olarak görülmeyen, ancak yasaklanmış fiiller ve aslında yasak olmadığı halde kamu yararı ve düzeni açısından yasak kabul edilen fiiller ta'zir suçunun kapsamına girer. Örnek vermek gerekirse bazı yasak yiyecek ve içeceklerin yenilmesi ve içilmesi, ölçü ve tartıda hile yapılması, faiz, sövme, hakaret, rüşvet, ihracat yasağına uymama gibi eylemler ta'zir suçları olarak kabul edilmiştir⁷⁹.

Kaynaklarda ve uygulamada görülen bazı ta'zir cezaları ise şunlardır: İdam, celd (sopa ile dövme), hapis, sürgün (nefy), öğüt verme, kınama, tehdit, teşhir, para cezası. Osmanlı Devleti'nde bu cezalara ek olarak kürek cezası, prangabentlik ve kalebentlik cezaları uygulanmıştır⁸⁰. Görüleceği üzere hapis cezası da ta'zir cezaları arasındadır.

İslam Hukuku'nda hapis cezalarının niteliğine geçmeden önce İslam Hukuku'nun cezalandırmadaki amacına bakarsak temel amaç toplum düzenini sağlamak olduğu için ceza ile zulüm çektirmek ya da intikam almak amaçlanmamıştır⁸¹. Genel önleme düşüncesinin hâkim olduğu İslam Hukuku'nda cezalarda sosyal fayda gözetilmiş, bunun yanı sıra özel önleme düşüncesine de önem verilmiştir. Cezanın, suçlunun ahlakını güzelleştirmek, onu uslandırmak, böylece de tekrar suç işlemesini engellemek için verildiği düşüncesi ön planda tutulmuştur⁸². Bu yaklaşımı, konumuz özelinde hapis cezalarında görebiliriz.

⁷⁷ **Akgündüz**, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, s. 804; **Cin/Akgündüz**, s. 277.

⁷⁸ **Cin/Akgündüz**, s. 277; **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 533.

⁷⁹ **Cin/Akgündüz**, s. 278-279; **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 534.

⁸⁰ **Cin/Akgündüz**, s. 279-281; **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 535-536.

⁸¹ **Gökçen**, s. 65; **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 513.

⁸² **Gökçen**, s. 65.

İslam Hukuku'nda taziren verilen hapis cezası, süresi belirli ve belirsiz olmak üzere iki şekilde uygulanır. Süresi belirli olan hapis cezaları müebbet hapis cezası ve muvakkat hapis cezası olmak üzere ikiye ayrılır. Muvakkat hapis cezasının alt sınırı bir gündür. Üst sınırı ise kimilerine göre altı ay, kimi İslam hukukçularına göre ise bir yıl olmalıdır. Üçüncü bir görüş, üst sınırın devlet başkanı tarafından takdir edilmesi gerektiğini savunmuştur⁸³. Süresi belirsiz hapis cezası ise, suçlunun tövbe ettiği ve ıslah ettiği anlaşılınca kadar verilen, amacın suçlunun ıslahını sağlamak olduğu cezadır.

Hapis cezası, İslam Hukuku'nda hiçbir zaman asli ceza olarak görülmemiştir. Diğer cezalara ek olarak uygulanmıştır. Hapis cezasının temel ceza olarak öngörüldüğü durumlarda da eğer hapis cezasının suçluyu ıslah etmekte etkili olmayacağı anlaşılırsa başka bir cezanın uygulanabileceği öngörülmüştür⁸⁴. İslam hukukunda hapis cezası ile amaçlanan suçluların, suçlarıyla ilgili olarak tövbe edinceye kadar tutulmaları olduğu için bu ceza, çok uzun süreli olarak tayin edilmemiş; suçlunun pişmanlık hissetmesini sağlayacak bir araç olarak düşünülmüştür. Öyle ki, suçlulara takdir edilen cezanın miktarı önceden belirlensin ya da belirlenmesin, suçlu tövbe etmişse ya da ıslah olduğu görülmüşse, takdir edilen cezanın süresinin dolup dolmadığına bakılmaksızın, hapis cezasının amacı olan ıslahın gerçekleşmiş olması sebebiyle, suçlunun cezasını tamamladığı kabul edilmiştir⁸⁵. Ayrıca suçluların, bakmakla yükümlü oldukları aileleri olduğu ve hapis cezasının, suçlunun ailesini zor durumda bırakacağı düşüncesinden hareketle uzun süreli hapis cezalarına sıcak bakılmamıştır. Hapis, suç ve cezanın şahsiliği prensibine aykırı görülmüş; insanın ibadetlerini ve himayesi altındakilere karşı mükellefiyetlerini yerine getirebilmek için serbest olması gerektiği düşünülmüştür⁸⁶. Özellikle Osmanlı Devleti'nde, 1858 Ceza Kanunnamesi'nde hapis cezasının yerine daha rahat bir yaşam imkânı sunan kalebentlik cezasının öngörülmesinin sebebinin bu olduğu söylenebilir. Nitekim kalebentlik cezasında mahkûm, ailesini yanına alabilmekte ve kalebent olduğu kalede ekonomik hayatını sürdürebilmekteydi.

Bakıldığında, hapis cezasının İslam Hukuku'ndaki fer'i niteliğinin, Osmanlı Hukuku'nu da etkilediği görülecektir. Osmanlı hukukunda asli

⁸³ **Gökçen**, s. 81; **Görkemli**, Burcu: "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Hapis Cezası ve Hapishaneler", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2015, s. 179, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/issue/35605/395564> (E.T: 24.12.2020).

⁸⁴ **Gökçen**, s. 81.

⁸⁵ **Görkemli**, s. 181-182.

⁸⁶ **Ekinci**, s. 340-341.

ceza, bedene yönelik cezadır. Çünkü bedene yönelen cezanın herkeste aynı acıya sebep olduğundan, adaletin tecellisine daha elverişli olduğu düşünülmüştür. Hapis cezası, İslam Hukuku'ndan hareketle fer'i olarak nitelendirilmiş ve suçluyu bir işi yapmaya, bir malı teslim, borcunu ödemeye, suç ortağını söylemeye, suç aletini göstermeye sevk etmek için geçici bir ceza olarak uygulanmıştır⁸⁷.

O halde hapis cezasından beklenene bakıldığında modern anlamdaki hapis cezası ile İslam Hukuku'nun benimsediği hapis cezası anlayışının birbirlerinden farklı olduğu görülür. İslam Hukuku'nun suçlunun ıslahından anladığı ahlak temelli bir ıslahdır. Buna bağlı olarak hapis cezası kişinin vicdanına yönelen bir uygulama olarak görülmüştür. Diğer cezalar gibi hapis cezası da suçlunun ahlakını güzelleştirmek için verilmiştir⁸⁸. Avrupa'da ise ıslah, bireyin sosyal ve ekonomik yaşantısını denetim altına almayı amaçlayan bir dizi iktidar mekanizmasının yöneldiği bir hedef olmuştur. İslahın amacı, insanların yaşamını üretici güce dönüştürmek olarak görülmüş ve bunu sağlamanın en iyi yolunun, hapishanenin de içinde bulunduğu kapatma kurumları olduğu düşünülmüştür. Fabrika, okul, psikiyatri kliniği, hastane gibi kapatma kurumları arasında hapishanenin öne çıkmasının nedeni, bütün bu kapatma kurumlarının yoğunlaşmış, örnek teşkil eden, sembolik biçimi olmasıdır⁸⁹. Hapishane, bünyesindeki mekân içindeki hayatını dakikalara bölerek kontrol etmiş, onları üretici güce dönüştürmek için bir dizi uygulama geliştirmiştir. İslam Hukuku'nda ise tövbe etmeye daha fazla önem verildiği için haliyle hapishaneden ve hapis cezasından, suçluyu dönüştürme işlevini gerçekleştirmesi beklenmemiş, bu nedenle de hapis cezası fer'i niteliğini sürdürmüştür. İslam Hukuku'nda hapis cezası, kişisel bir nitelik taşıyan tövbe mekanizmasını varlığı nedeniyle özel önlemeye daha yakın olmuş, kişinin kendi kendine ıslah olması beklenmiştir. Avrupa uygulamasında ise hapishane mekânında kişinin ıslah edilmesi bir dizi uygulamayla sağlanmaya çalışılmıştır. Bu açıdan baktığımızda İslam Hukuku'ndaki hapis cezasının beklemeye geçen pasif bir süreç, sanayileşmeye başlayan Avrupa'da ortaya çıkan ve hapishaneyle birlikte sisteme dahil olan hapis cezasının ise mahkumların sonunda dönüştürülmesini hedefleyen aktif bir süreç olduğunu söyleyebiliriz.

Bütün bunların ışığında 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'ne baktığımızda bu iki anlayışın karşılaştığını görürüz. Kaynak kanun, hapis cezasına

⁸⁷ **Ekinci**, s. 338.

⁸⁸ **Gökçen**, s. 65.

⁸⁹ **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 252.

yer vermiş olmasına rağmen Kanunname’de İslam Hukuku’ndan gelen anlayışla hapis cezasına sıcak bakılmamış, bunun yerine kalebentlik cezası uygulanmıştır. Bu tercihin bilinçli olduğu açıktır. Zaten Kanunname incelendiğinde batılılaşma düşüncesinin yanında gelenekleri terk etmeme düşüncesinin de bulunduğu görülecektir. Hazırlık çalışmaları sırasında Kanunname’nin, Şeyhülislamlık makamına gönderilip bu makam tarafından önerilen bazı önemli değişikliklerin ve ilavelerin metne işlenmesi de buna işaret etmektedir⁹⁰. Sonuçta Kanunname’nin İslam Hukuku’ndan gelen hükümlerle uyumlu olmasına dikkat edilmiştir. Belki de bu düşünce, Kanunname’nin tartışmalara konu olan sistematığının oluşumunda da etkili olmuştur. Ancak sonuçta hapis cezalarının asli ceza olarak kabul edilmemesi, hapishanelerin kuruluşunu da etkilemiştir. Avrupa’da hapishaneler 1760-1865 yılları arasında muntazam şeklini alırken Osmanlı Devleti’nde 1840’larda başlayan hapishane yapımı, 1870’te ilk örnek hapishanenin Sultanahmet’te açılmasıyla hız kazanmış, ancak Avrupa’daki hapishanelerin seviyesine ulaşamamıştır⁹¹.

Son olarak Kanunname’nin ilanından sonra hapis cezalarının kısa süreli olmasının bilhassa istenmesine ek olarak, kısa süreli hapis cezalarının yerine para cezasının tercih edilmesi ya da kısa süreli hapis cezasını gerektiren fiillerin suç olmaktan çıkarılması önerileri de getirilmiştir. Bu önerilerin sebebi, kısa süreli hapis cezalarının mahkûmun ıslahını sağlayamaması, aksine diğer mahkûmların kötü huylarını alması nedeniyle beklenen ıslah etkisinden uzaklaşıldığı düşüncesidir⁹². Hapis cezası ve hapishane kurumunun bu kronik sorununun⁹³, 1858 Kanunnamesi döneminde tartışılması ve bu sorunun çözümü için öneriler getirilmesi önemli bir noktadır. Bu sorunun görülebilmeye başlamasının temel nedeni, İslam Hukuku’nun hapis cezasına karşı tutumudur.

⁹⁰ **Akgündüz**, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 806.

⁹¹ **Yıldız**, Özgür: “Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği”, Akademik Bakış, C. 9, S. 17, 2015, s. 92-95. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/74051> (E.T: 24.12.2020). 1914 yılında Trabzon Valisi Salih Rifat, Adliye Nezareti’ne gönderdiği raporda 200 kişilik şehir hapishanesinde 600’den fazla mahkûm ve mevkufun sağlıksız koşullarda yaşadığını anlatmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **Soran**, Volkan: “Cumhuriyetin İlk Yıllarına Ait Hapishaneler Raporu Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, S. 59, 2016, s. 113-114.

⁹² **Mustafa Reşit**’ten aktaran **Gökçen**, s. 47.

⁹³ Hapishane, ilk ortaya çıktığı andan beri reform çabalarının ve tartışmalarının odağı olmuştur. **Ergüden**, s. 37.

Sonuç olarak her ne kadar 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan etkilenmişse de 1858 tarihli Kanunname'nin dönemin anlayışını tam anlamıyla yansıtan bir kanun olmadığını söyleyebiliriz. Bu durumun en büyük sebebi, Osmanlı Hukuku'na uzun yıllardır egemen olan İslam hukuku anlayışından o dönemde vazgeçilmemesidir. İslam hukukundan gelen hükümlerin korunmak istemesi ve İslam hukukunu hapis cezasına bakış açısı, dönemin kanunkoyucusunu da etkilemiş; yeni gelişen ve benzer tarihli diğer kanunlarda kendisine yer bulan hapis cezasına sıcak bakılmamasına neden olmuştur. Bu anlayış, Osmanlı Devleti'nin sona erip yeni Türk Cumhuriyeti'nin kurulmasına kadar devam etmiştir. İzleyen bölümde incelenecek olan 1926 tarihli Ceza Kanunu, 1858 tarihli Kanunname gibi kaynağını Avrupa'dan almışsa da -görüleceği üzere- yeni anlayışı da benimsemiştir.

III. 1926 TARİHLİ TÜRK CEZA KANUNU'NUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kanun Hakkında Genel Bilgiler

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması, pek çok bakımdan Osmanlı Devleti'nden kesin kopuş ve yeni bir başlangıç anlamına gelmiştir. Hemen hemen her alanda önemli reformların yapıldığı bu dönem de yeni bir kanunlaştırma hareketine girişilmiştir. Cumhuriyet dönemi kanunlaştırma hareketleri ile yapılmak istenen yalnızca mevcut kanunların reforma tabi tutulması değil, yeni siyasi rejimle birlikte yeni bir hukuk düzenine de geçmektir⁹⁴. Bu nedenle bu kopuş ve yeni başlangıç, hukuk alanında köklü değişimlerle gerçekleştirilmiştir. Osmanlı Devleti'nin dini hukuk sisteminin yerine geçmesi planlanan yeni hukuk düzeninin laik bir sistem olması düşünülmüş ve bu nedenle “modern, zinde, dinamik bir toplum yaratmak” için yeni bir hukuk düzeni oluşturulmaya çalışılmış, bunun yolu da o dönem için “resepsiyon” yolunda bulunarak Avrupa'daki kanunlar incelenmiştir⁹⁵. 1926 tarihli Ceza Kanunu da bu arayışın bir ürünüdür.

Cumhuriyetin ilanı sırasında yürürlükteki ceza kanunu, bir önceki başlıkta incelemiş olduğumuz 1858 tarihli Kanunname'dir. Kanunname'nin

⁹⁴ **Sözüer**, Adem: “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü, Yarını (Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 3039, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/ADEM-SOZUER.pdf> (E.T. 02.01.2021)

⁹⁵ **Hafizoğulları**, Zeki: “Türk Ceza Hukukunun Esasları, Pazar Ekonomisinin Oluşması ve İşlemesinde Önemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1, 1993, s. 24, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/629618> (E.T. 02.01.2021)

birtakım sorunları bünyesinde barındırdığını, bu nedenle de tartışıldığını ifade etmiştik. Tartışılan Kanunname'nin yerini alacak yeni bir ceza kanunu için çalışmalar, İkinci Meşrutiyet'ten sonra başlamıştır⁹⁶. Bu doğrultuda 1909 yılında dönemin Adliye Nazırı Necmettin Molla Bey, 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nu tercüme ettirmiş ve bu tercümeden hareketle bir "Ceza Kanunu Layihası" hazırlanmıştır. Ancak kanun tasarısının müzakeresinin ve kabulünün seneler süreceği, halbuki mevcut kanundaki eksikliklerin bir an önce giderilmesi gerekçe gösterilerek layiha 1911 yılında geri alınmıştır⁹⁷.

Kanunname'nin yerine yeni bir ceza kanununun meydana getirilmesi çalışmaları Birinci Dünya Savaşı'nın bitimiyle devam etmiştir. Adliye Nezareti 1920 yılında bir komisyon oluşturmuş, 1921 yılına kadar otuz sekiz toplantı yapmış, ancak o dönem çalışmalarına devam edememiştir. 1923 yılında ise "Tadili Kavanin Komisyonları" adı altında altı komisyon kurulmuş ve çalışmalara hız kazandırılmıştır⁹⁸. Kesintiye uğrayan çalışmalarına 1924 yılında tekrar başlayan komisyonlar, her ne kadar belirli maddeler üzerinde anlaşmışlarsa da 1925 yılına gelindiğine hala metnin son halini şekillendirememişlerdir. Bunun üzerine, tasarının bir an önce Meclis'e sunulmasını isteyen Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt, Eskişehir'de Mehmet İhsan Bey başkanlığında yeni bir komisyon kurduğunu⁹⁹. Eskişehir Komisyonu olarak adlandırılan bu komisyon, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 1909 yılında Adliye Nezareti tarafından yaptırılan tercümesini esas alarak çok kısa bir sürede ceza kanunu tasarısını hazırlayarak meclise sunmuştur. Üzerinde pek çok değişiklik yapılan metin 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilmiştir¹⁰⁰.

Kanunun 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan çevrilmiş olması o dönem tartışmalara neden olmuştur. Adalet Komisyonu raporunda İtalyan Kanunu'nun en yeni ve en mükemmel ceza kanunlarından biri olduğu belirtilmiş, daha sonraki yıllarda doktrinde de kaynak kanunun inkılapçı, insani ve liberal olduğu görüşüne yer verilmiştir¹⁰¹. Ancak esas nedenin elde hazır bir çevirinin bulunması olduğu söylenebilir. Nitekim Kunter'e göre, kanu-

⁹⁶ **Artuk**, Mehmet Emin: "1926 Türk Ceza Yasası ile 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'nın Hazırlanması Üzerine Düşünceler", 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Dicle Üniversitesi Yayınları, 1998, s. 158.

⁹⁷ **Artuk**, s. 158.

⁹⁸ **Kunter**, Nurullah: "Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi – Ne Bulduk, Ne Yapmalıyız?" İstanbul Barosu Mecmuası, S. 10, 1948, s. 543, **Artuk**, s. 159.

⁹⁹ **Kunter**, s. 545; **Artuk**, s. 159.

¹⁰⁰ **Kunter**, s. 546; **Artuk**, s. 160.

¹⁰¹ **Artuk**, s. 160.

numuzun kabul edildiği dönemde, kendi ülkesinde eleştirilen ve değiştirilmesi için çalışmalara başlanmış olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun alınmasının nedeni elde mevcut ve çevirisi hazır bir kanun olmasıdır¹⁰². Ancak tartışanların üzerinde uzlaştıkları nokta, tamamen milli bir kanun, üç beş senede yapılamayacağı için yeni cumhuriyetin acil ihtiyacının göz önünde tutulmasının doğru olduğudur. Bu durum ne kadar kabul edilebilir olsa da 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 1909 tarihli çevirisinin, birkaç değişiklik yapılarak kullanılması ve oluşturulan tasarıya çarçabuk birkaç değişiklik eklenmesi, kanunun sistematikliğini problemlile hale getirmiştir. Kanunun yirmi iki senede on bir değişiklik geçirmesinin sebebi de aceleden kaynaklı eksikliklerdir¹⁰³.

B. 1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanunu İle Karşılaştırma

Zanardelli Kanunu olarak da bilinen 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 1890-1930 tarihleri arasında İtalya'da uygulanmış, birçok Avrupa ceza kanununun yanı sıra Güney Amerika yasalarını da etkilemiştir¹⁰⁴. 1930 yılında yerini Rocco Kanunu'na bırakan Zanardelli Kanunu, o dönemde İtalya'daki ceza yasalarını birleştirmiş, idam cezasını kaldırmış, işçilere grev hakkı tanımış; şartlı tahliyeyi, suçluların rehabilite edilmelerini, hakimin takdir yetkisini ve akıl hastalığının kişiyi yargılamadan muaf tutacağını kabul etmiştir. Zaten bu özellikleriyle döneminin en liberal ve en çok övülen kanunlarından biri olmuştur¹⁰⁵. Kanunun ruhuna egemen olan bu anlayış, esasında Zanardelli'nin düşünceleridir. Ona göre, bir suçluyu sadece dizginlemek yeterli değildi, suçluyu düzeltmek ve eğitmek de gereklidir. Zanardelli, bu düşüncelerini kanun metninde de yansıtmış ve ortaya Zanardelli Kanunu çıkmıştır.

Liberal bir anlayışın ürünü olan Zanardelli Kanunu, döneminde ülkesinde de eleştirilmiştir. Özellikle 1930'da yerini Rocco Kanunu'na bırak-

¹⁰² **Kunter**, s. 546.

¹⁰³ **Kunter**, s. 549. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar, 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu toplamda 54 kez değişikliğe uğramıştır.

¹⁰⁴ **Cadoppi**, Alberto: "The Zanardelli Code and Codification in the Countries of the Common Law", James Cook University Law Review, Vol. 7, 2000, İtalyanca'dan çeviren: Justice Cullinane, s. 120. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/JCULawRw/2000/5.pdf> (E. T. 05.01.2021)

¹⁰⁵ **Skinner**, Stephen J.: "Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy", International Journal of Law in Context, Vol. 7, 2011, s. 8. <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/3416/S.%20Skinner%20-%20%27Tainted%20Law%27%20IJLC%202011.pdf?sequence=6&isAllowed=y> (E. T. 05.01.2021)

madan önce söz konusu kanun, bireyin özgürlüğünü bir dogma olarak kabul ettiği ve onu fetişleştirdiği gerekçeleriyle bizzat Rocco tarafından eleştirilmiştir¹⁰⁶.

Bakıldığında 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nun dönemin gelişen anlayışını yansıtan bir kanun olduğunu söyleyebiliriz. Bizzat Zanardelli'nin suçluların eğitilmeleri ve düzeltilmeleri gerektiği yönündeki düşüncesinin ürünü olan Kanun'un idam cezasını kaldırması, hapis cezasına ağırlık vermesi yeni ceza sistemini benimsediğini göstermektedir. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ile karşılaştırmak gerekirse 1889 tarihli Zanardelli Kanunu, hapis cezasıyla ortaya çıkan sistemi daha rafine bir şekilde bünyesinde barındırmış ve sürgün cezası dışında, Beccaria ve takipçilerinin önerdiği yaptırımlardan uzaklaşmıştır. Zanardelli Kanunu'ndan çevrilen 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu da 1858 tarihli Kanunname'nin aksine kaynak kanuna, bir istisna dışında, daha sadık kalmıştır.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, 1858 tarihli Kanunname'nin cinayet, cünha ve kabahat olarak kabul ettiği suç ayrımı yerine, 1899 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun benimsediği cürüm ve kabahat ayrımını tercih etmiştir¹⁰⁷. Söz konusu ayrımı ifade eden birinci maddede ayrıca kanunilik ilkesine de yer verilmiştir.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun suçlar ve kabahatler için kabul ettiği cezalar da 1858 tarihli Kanunname'nin yaklaşımından farklıdır. Öncelikle 1858 tarihli Kanunname'de suçları ve cezaları bir arada ifade etmeyi uygun bulan anlayışının aksine yeni Türk Ceza Kanunu'nda suçlar ve cezalar farklı maddelerde ele alınmıştır. Kanun'un birinci maddesi suçları açıklarken 11. maddede suçlara mahsus cezalar belirtilmiştir. Buna göre cürümlere idam cezası¹⁰⁸, ağır hapis, hapis, sürgün cezası, ağır cezayı nakdi, hidemati ammeden memnuiyet cezaları; kabahatlere ise hafif hapis, hafif cezayı nakdi, muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası cezaları verilecektir. Aynı maddede şahsi hürriyeti tahdit eden cezalar tabirinden ağır hapis, hapis, sürgün ve hafif hapis cezalarının anlaşılacağı belirtilmiştir¹⁰⁹. 12-30. maddeler

¹⁰⁶ Skinner, s. 10.

¹⁰⁷ Her ne kadar kanunun yetiştirilmesi için acele edilmesinden kaynaklı terim yanlışlıklarına metinde rastlansa da Kunter'e göre ilk tasarının aksine ikili ayırım, özellikle tercih edilmiştir. Kunter, s. 545.

¹⁰⁸ 1926 tarihli TCK'nın 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'ndan cezalar açısından ayrıldığı en önemli nokta idam cezasına yer verilmesidir. TCK'da idam cezası, 2004 yılına kadar varlığını sürdürmüştür.

¹⁰⁹ Kanun metni için bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>, (E. T. 05.01.2021)

arasında söz konusu cezaların ne oldukları ve nasıl uygulanacaklarına yer verilmiştir. 15. maddede ise hapis cezasının yedi günden yirmi seneye kadar olduğunun ifade edilmesi yine 1858 tarihli Kanunname'nin anlayışından farklı bir anlayışla karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, suçlar ve cezaları açısından incelendiğinde hapis cezalarının yeni kanunda başat bir konumda bulunduğu kolaylıkla söylenebilir. Kanun, sürgün cezası dışında (ki bu ceza da sadece 249, 512 ve 587. maddelerde düzenlenmiştir.) suçların temel olarak hapis cezası ile cezalandırılmasını tercih etmiş, belirli özel suçlar için farklı cezalar öngörmüştür. Ama temelde, kanunun benimsediği temel ceza, hapis cezasıdır. Bu durum kaynak kanundan, 1858 tarihli Kanunname'nin aksine uzaklaşmadığını göstermektedir. Esasında hem Kanunname hem de 1926 tarihli Kanun temelde Avrupa kanunlarını örnek alsalar da bu kanunları örnek alma biçimleri birbirlerinden ayrılmıştır. 1858 tarihli Kanunname'nin 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan neden farklı bir yola saptığı bir önceki bölümde anlatılmıştı, izleyen bölümde 1926 tarihli Ceza Kanunu'nun yeni sistemi benimsemesinin nedenleri tartışmaya açılacaktır.

C. Yeni Anlayış, Yeni Kanun, Yeni Sistem

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti'nin gerçekleştirmek istediği hukuk reformunun önemli adımlarından biridir. Yukarıda bahsedildiği gibi bu reform, yeni bir hukuk sistemine geçişi amaçlamış, Osmanlı Devleti'nin iki başlı ve İslam Hukuku'nun etkisindeki hukuk sisteminin yerine laik bir hukuk sistemi tercih edilmiştir. Bu tercih, öncelikle suçların ayırımında kendisini göstermiş, İslam Hukuku'ndan gelen üçlü ayırım yerine ikili ayırım tercih edilmiştir.

Laik bir hukuk sistemine geçme tercihi beraberinde Avrupa kanunlarının incelenmesini getirmiştir. Bunun sebebinin Avrupa hukuk sistemine dahil olmak isteği olduğunu söyleyebiliriz. Bunun için de Avrupa hukuk sisteminin, özellikle yeni ceza hukuku sisteminin en saf örneklerinden biri olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu tercih edilmiştir. Her ne kadar İtalyan Ceza Kanunu'nda döneminin en yeni kanunu olmasa da¹¹⁰ gelişmekte olan ceza teorisini temel almış ve kanunun ruhuna işleyebilmiş bir metindir. İdam cezasından uzaklaşılması, hapis cezasının merkezi konumu ve cezalara suçluları rehabilite etme işlevi veren yaklaşımıyla tarihin akışında ceza teorisini-

¹¹⁰ Nitekim İtalyan Ceza Kanunu, dönemin en yeni kanunu değildir. 1896 Bulgaristan ve 1905 Rusya Ceza Kanunları bu kanundan daha yenidir. **Artuk**, s. 162, 26 numaralı dipnot.

nin ilerlemekte olduğu yolun önemli bir yolcusudur¹¹¹. Yukarıda bu yolun, gelişen kapitalizm ve burjuvazinin takip etmek istediği bir yol olduğu ifade edilmişti. Yeni kurulan ve muasır medeniyetler seviyesine ulaşmayı temel hedeflerinden biri haline getiren Türkiye Cumhuriyeti'nin bu kanunu tercih etmesindeki sebeplerin bir diğeri de budur. Yeni, laik bir hukuk sistemiyle Avrupa hukuk sistemine dahil olmak, muasır medeniyetler seviyesine ulaşma hedefini sağlamakta önemli bir adım olarak görülmüştür.

Bununla birlikte yeni cumhuriyetin doğduğu koşulları da değerlendirmek gerekir. Osmanlı Devleti'nin son yıllardaki ekonomik çöküşü, yüksek borçlanma ve üzerine iki büyük savaşın yarattığı yıkım, Türkiye Cumhuriyeti'ni daha kuruluşta çok zor bir mücadeleyle karşı karşıya bırakmıştır. Bu koşullarda devlet, yerli bir burjuvazinin oluşturulmasını kendi eliyle sağlama görevini üstlenmiştir. Bu nedenle İslam Hukuku'nun neden olduğu hukuki ikilikten uzak, bedensel cezaların yerini toplumu şekillendirecek hapisanelerde geçirilen hapis cezasının aldığı bir hukuk sisteminin tercih edilmesi, yeni cumhuriyetin amaçlarına da uygundur. Kurulmasının ardından hiç vakit kaybetmeden ekonomik hamleler yapan cumhuriyet, yeni bankalar, fabrikalar açmış; istihdamı artırmak için çabalamış, üreten bir toplum yaratmak için mücadele etmiştir. Bu mücadelenin eskimiş bir hukuk anlayışıyla yapılamayacağı açıktır. İşte sanayi ve tarım zenginliğini yaratmak için mekânsal ve toplumsal bir yeniden dağılımın peşinde olan Türkiye Cumhuriyeti, hukukunu da bu amacına uygun hale getirmeyi tercih etmiştir. Nitekim hukuk reformu, yalnızca ceza hukukuyla sınırlı kalmamış, özellikle Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku bağlamlarında çok önemli reformlara imza atılmıştır. Bu atılımları, iktidarın disipline edilmiş bireye olan ihtiyacını karşılama hamleleri olarak okumak mümkündür. Avrupa'da XVII. ve XVIII. yüzyıllarında genel egemenlik kurma formülleri haline gelen disiplinler, bağımlı ve idmanlı bedenler, "itaatkâr" bedenler imal etmiştir¹¹². Mekânsal ve toplumsal bir yeniden dağılımın peşinde olan yeni cumhuriyetin de disiplin araçları yoluyla bu dağılımı gerçekleştireceği bireyleri yetiştirmeyi planladığı söylenebilir.

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan kodifikasyon yoluyla alınarak kabul edilen 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun, benzer bir kodifikasyonla 1810 tarihli Fransız Kanunu'ndan alınan 1858 tarihli Ceza Kanunname-

¹¹¹ Bu ilerlemenin biraz geç kalmış olduğu söylenebilir. Nitekim Foucault, Avrupa ceza kanunlarının bedeni hedef almaktan çıkmasının 10 yıl içinde gerçekleştiğini belirtmiştir. Bizde ise 68 yıl beklemek gerekmiştir. Bkz. **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 39.

¹¹² **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 211.

si'nden, kaynak kanuna bağıllık bakımından ayrılmasının nedeni zihniyet değişimidir. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, ikili bir hukuk sistemine sahip olan imparatorluğun ceza yasalarını birleştirmeyi amaçlayan, ancak yüzyıllardır taşıdığı ikiliği bünyesinden atamayan bir kanundur. Devletin pek çok kurumunu etkileyen İslam hukukunun yorumlarından etkilenerek o dönem gelişmekte olan hapis cezasına, kanunnamede yer vermeye sıcak bakılmamıştır. Üstelik Avrupa'da gelişmekte olan kapitalizm ve yeni üretim biçimi, Osmanlı Devleti ülkesinde gelişme koşullarını bulamadığı için yeni bir zenginlik üretilmemiş ve üretilemeyen zenginliğin korunması, elbette ki gerekmemiştir. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu ise yeni bir devletin yeni bir anlayış benimseme yolunda, istenen anlayışı çok iyi temsil ettiği düşünülen bir kanun kaynak kabul edilerek hazırlanmıştır. Ancak Avrupa'dan farklılaştığı noktalar vardır. Hapis cezası ve hapisane kurumu, devlet eliyle yapılan yatırımlar neticesinde oluşması beklenen zenginlik henüz oluşmadan, sermaye birikimi gerçekleşmeden sisteme dahil edilmiştir. Foucault'ya göre hapis cezası sisteminde beden, bir araç ya da aracı durumundadır¹¹³. Bir yasaklar sistemi içerisine alınan bedenden beklenen, bu sistem içerisinde çalışmayı öğrenmesidir.

Avrupa'da, zenginliğin artması ve sermayenin birikimiyle bu yeni gelişen zenginliğe yönelik tehdidi engellemeyi amaçlayan özel bir denetim kurumu olarak ortaya çıkan hapis cezası ve hapisane kurumuna karşılık Türkiye'de hapis cezasının sistemin temel cezası haline gelmesi, zenginliğin gelişmesinden önce olmuştur. Ancak yine de hapisanelerde çalışmanın önünün açılması, bu konuda düzenlemeler yapılması¹¹⁴ ve hapisanelerde mahkumların çalıştırılmalarının önerilmesi de devlet eliyle topluma benimsenilmeye çalışılan yeni üretim biçimine katkı sağlamak amacıyla atılmış adımlardır. Bu amacın Foucault'nun cezai tedbirlere yönelik düşünceleriyle örtüştüğü görülebilir. Foucault'ya göre cezai sürecin yalnızca kişileri bastır-

¹¹³ Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 43.

¹¹⁴ 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun 14. maddesine göre "Mevkuflardan çalışmak isteyenler ceza ve tevfik evi dahilinde çalıştırılabilirler." Adliye Vekaletince hazırlatılan 24.12.1931 tarihli hapisanelerin durumuna ilişkin raporda da "Hapishane hayatının esasını teşkil eden, iktisadi olduğu kadar sıhhi ve terbiyevi maksatlar taşıyan çalışma meselesinin hapishanelerimizde tamamen denebilecek bir derecede ihmal edilmiş olduğu" kaydedilmiş ve bu konuda çalışmalar yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca raporda mahkumların çalıştırılmalarındaki faydanın tüm dünyaca kabul edildiği ifade edilmiştir. Son olarak raporda, hapisanelerin büyük merkezlerin yakınında veya sanayi merkezlerinde tesis edilmeleri önerilmiştir. Bu öneri, yukarıda ifade ettiğimiz hususlarla örtüşmesi bakımından önemlidir. Detaylı açıklama için bkz. Soran, s. 118-127.

maya, engellemeye, dışlamaya veya onları yok etmeye olanak veren olumsuz mekanizmalar olmadıklarının farkına varılması gerekir¹¹⁵. Hapis cezasının cezalandırmada başat öge konumuna yerleşmesi, bu cezanın olumsuz yanı sebebiyle değil, beden üzerinde hakimiyet kurabilmesi ve bedeni istediği gibi şekillendirebileceği düşüncesine inanılmasıyla sağlanmıştır. Foucault'ya göre hapis haneye konulan bedenin hem üretken beden hem de tabi kılınmış beden haline getirilebilirse devlet için yararlı olacağı düşüncesinden hareket edilmiştir¹¹⁶. Modern bir devlet yapısı ve üreten bir toplum modeli kurmak isteyen Türkiye Cumhuriyeti, devlet eliyle başlattığı ekonomi hamlesini hukuk ile sürdürmüştür. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nda, diğer devletlerin ceza kanunlarına benzer şekilde, hapis cezasına önem verilmesinin nedeni, Osmanlı Devleti'nden farklı bir zihniyete sahip olan Türkiye Cumhuriyeti'nin modern bir devlet yapısı kurma isteğidir. Bu isteğin etkisiyle eski dönemin bedene yönelik ceza sisteminden ruha yönelik ceza sistemine geçilmiştir¹¹⁷.

Bu noktada yukarıda da ifade edilen bir anlayışa geri dönmek gereklidir. Hatırlanacağı üzere İslam hukukunda hapis cezasının suçlunun ıslahının beklendiği pasif bir süreç olduğu ifade edilmişti. Bu sürecin etkililiği tartışmalıdır. Nitekim İslam hukukunda suçlunun ıslah olduğunu söylemesi, hapis cezasının kaldırılması için yeterli görülmüştür. Ancak bu kabulün, yeni cezalandırma sisteminden bekleneni karşılamayacağı açıktır. Avrupa'da başlayan ceza hukuku ıslahatı, cezalandırma iktidarının etkilerini artırma, cezalandırmanın ekonomik ve siyasal maliyetini düşürme amacıyla gerçekleşmiştir¹¹⁸. İslam hukukunun hapis cezası anlayışında hapis hanedeki suçlunun ıslah olduğunu beyan etmesini bekleyen iktidarın, cezalandırmadaki etkisi az olacaktır. Üstelik bu sistemde, cezanın sona ermesi, suçlunun ıslah olduğuna yönelik ifadesine bırakılmıştır. Cezalandırmadan beklenen amacı zedeleyebilecek bu kabul karşısında iktidarın pasif kaldığı söylenebilir. Yeni ceza sisteminde ise cezalandırma iktidarı daha düzenli, etkili ve sabit hale gelecek; süreç, suçlunun inisiyatifinden kanunlara, yani iktidara geçecektir. Türk Ceza Kanunu'ndaki bu değişikliği, bu açıdan da okumak önemlidir. Yeni sistemle birlikte Foucault'nun belirttiği üzere "daha az cezalandırmak değil de daha iyi cezalandırmak" tercih edilmiştir¹¹⁹.

¹¹⁵ Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 61.

¹¹⁶ Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 63.

¹¹⁷ G. De Mably'den aktaran Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 51.

¹¹⁸ Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 135.

¹¹⁹ Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 137.

Bakıldığında, hapis cezasına yaklaşımları açısından 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu arasındaki fark, kanunların ilanı arasındaki 68 yılda yaşanan zihniyet değişikliğidir. Cezalandırmanın amacının toplumu korumak olduğu bir anlayıştan bireylerin denetlenmesinin esas amaç olduğu bir anlayışa geçilmesinin sebebi de budur¹²⁰. Osmanlı Devleti'nin ardından kurulan yeni Türkiye Cumhuriyeti, kurulduğu anda hedefini muasır medeniyetler seviyesine ulaşmak olarak belirlemiş, bunun için modern bir devlet yapısı kurması gerektiğini gördüğü için gereken adımları atmıştır. Bunun neticesinde 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin aksine kaynak kanunu takip eden, yeni ceza hukuku sistemini benimsemiş 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu kabul edilmiş ve 68 yıl önceki kanunda kendisine zoraki yer bulabilen hapis cezası, cezalandırmanın başat ögesi olmuştur.

SONUÇ

Bu makalede 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, hapis cezasına yaklaşımları açısından karşılaştırılmıştır. Böyle bir karşılaştırmanın hareket noktası, her iki kanunun da dönemin Avrupası'nın ceza kanunlarından kodifikasyonla alınmış olmasıdır. Her iki kanuna da kaynak olan kanunlar, Avrupa'nın ceza hukuku tarihinde yeni geldiği bir noktayı temsil etmelerine ve hapis cezasına yer vermelerine karşın 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu arasındaki farkın nedeni sorunsallaştırılmıştır.

On sekizinci yüzyılın sonu ve on dokuzuncu yüzyılın başında gerçekleştirilen hukuk ve ceza sistemi reformuyla yeni bir anlayış doğmuştur. Esasında hapis cezası ve hapisane kurumu, bu yeni ceza sistemine dahil değildir. Hatta yeni ceza sistemiyle aynı dönemde ortaya çıkmasına rağmen, yeni ceza sisteminin öngördüğü yaptırımları geride bırakmış ve -günümüzde de devam ettiği üzere- ceza hukukunda başat yaptırım haline gelmiştir. Foucault'ya göre, Beccaria, Bentham gibi ünlü düşünürlerin savunuculuğunu yaptığı yeni ceza sistemi reformu karşısında hapis cezasının başarılı olmasının nedeni dönem Avrupası'nda gelişmesi hız kazanan kapitalizm ve yeni üretim biçimidir. Kapitalizmin beraberinde getirdiği yeni üretim biçimiyle beraber yeni bir zenginlik oluşmuş, bu zenginliği oluşturan üretim araçları da zenginliğin bir parçası görülmüştür. İşte, yeni oluşan bu zenginliği korumak ve zenginlik artışının devamını sağlayacak bireylerin üretimi için diğer

¹²⁰ Nitekim bu değişimin ilk olarak yaşandığı Avrupa'ya bakıldığında XVIII. yüzyılın sonundan itibaren mülkiyete karşı suçlarda büyük bir artış yaşanması, bireyin denetlenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bkz. **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 128.

disiplin kurumlarının yanı sıra hapisane kurumuna da ihtiyaç duyulmuştur. Hapis cezasının temel ceza haline gelmesinin sebebi, çalışmayan bireyin denetlenmesi, dönüştürülmesi ve sisteme dahil edilmesi ihtiyacıdır. 19. yüzyıl ceza kanunları, bu ihtiyaca cevap verecek şekilde ve giderek artan bir oranda hapis cezasını bünyelerine almıştır.

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nu esas alınarak hazırlanan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ise döneminin kanunlarından farklı olarak hapis cezası verilmesine pek sıcak bakmamıştır. Bunun en temel sebebi, Osmanlı Devleti'nin hukuku etkileyen İslam Hukuku'nun hapis cezasına bakışıdır. İslam Hukuku'nda hapis cezası hiçbir zaman temel ceza olmamış, ıslahı sağlamakta etkili bir ceza olarak görülmemiştir. İslam Hukuku'nun etkisinin çok bariz bir şekilde hissedildiği 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi de bu nedenle hapis cezasından uzaklaşmış, kalebentlik cezasına yer vermiştir.

Osmanlı Devleti'nin ardından kurulan Türkiye Cumhuriyeti ise kuruluşuyla birlikte esaslı reformlar planlamış, hukuk sistemini modern bir hale getirmek için çalışmalara başlamıştır. Devletin öncelikli hedefleri, ekonomik kalkınmayı sağlamak ve muasır medeniyetler seviyesine ulaşmak olduğu için dönemin Avrupası örnek alınmış, yapılan hukuk reformlarında önce de Avrupa kanunları incelenmiştir. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu da 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiş, 1858 tarihli Kanunname'nin aksine hapis cezasına sırt çevrilmemiştir. Aksine yeni Türk Ceza Kanunu, hapis cezasını temel ceza olarak kabul etmiştir. Bunun öncelikli nedeni laik bir hukuk sistemi kurulmak istendiği için İslam Hukuku anlayışının terk edilmesidir. İkinci neden, ekonomik kalkınmayı sağlamak isteyen yeni cumhuriyetin bu amacının, hapis cezasının dahil olduğu yeni ceza sistemiyle sağlanabileceği düşüncesidir. Zihniyet değişikliği neticesinde, esasında aynı gelenekten gelen kanunlardan iktibas yoluyla alınan iki kanun, hapis cezasına farklı yaklaşmış; 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu ile hapis cezası, cezalandırma sistemimizde temel öge olmuştur.

KAYNAKLAR

- Akgündüz**, Ahmet: İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İmak Ofset Basım Yayın, C. 1, İstanbul 2011.
- Akgündüz**, Ahmet: Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986.
- Artuk**, Mehmet Emin: “1926 Türk Ceza Yasası ile 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'nın Hazırlanması Üzerine Düşünceler”, 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Dicle Üniversitesi Yayınları, 1998.
- Beccaria**, Cesare (Çev. Sami Selçuk): Suçlar ve Cezalar Hakkında, İmge Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2014.
- Bentham**, Jeremy (çev. Ömer Saruhanlıoğlu, Uğur Kaşif Boyacı): Ahlak ve Yasama ilkeleri, Litera Yayıncılık, 2017.
- Cadoppi**, Alberto: “The Zanardelli Code and Codification in the Countries of the Common Law”, James Cook University Law Review, Vol. 7, 2000, İtalyanca'dan çeviren: Justice Cullinane, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/JCULawRw/2000/5.pdf> (E. T. 05.01.2021)
- Catucci**, Stefano: “*The Prison Beyond Its Theory Between Michel Foucault's Militancy and Thought*”, Prison Architecture and Humans, (Editörler: Elisabeth Fransson, Francesca Giofre, Berit Johnsen), Cappelen Damm Akademisk, 2018.
- Cin**, Halil/**Akgündüz**, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1989, C. 1.
- Ekinci**, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008.
- Ergüden**, Işık: Hapishane Çağı Kapatılan İnsan, Versus Kitap, İstanbul 2007.
- Foucault**, Michel (çev. Işık Ergüden): “Büyük Kapatılma”, Büyük Kapatılma içinde, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015.
- Foucault**, Michel (Çev. Işık Ergüden): “Hakikat ve Hukuksal Biçimler”, Büyük Kapatılma içinde.
- Foucault**, Michel (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay): Hapishanenin Doğuşu, İmge Kitabevi, Ankara 2015.

- Gayretli, Mehmet:** “1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler”, <http://earsiv.ebyu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12432/1763/mgayretli-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s. 3. (E.T: 23.12.2020)
- Gökçen, Ahmet:** Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.
- Görkemli, Burcu:** “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Hapis Cezası ve Hapishaneler”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2015, s. 179, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/issue/35605/395564> (E.T: 24.12.2020).
- Hafizoğulları, Zeki:** “Türk Ceza Hukukunun Esasları, Pazar Ekonomisinin Oluşması ve İşleminde Önemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1, 1993, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629618> (E.T. 02.01.2021)
- Kunter, Nurullah:** “Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi – Ne Bulduk, Ne Yapmalıyız?” İstanbul Barosu Mecmuası, S. 10, 1948.
- Öner, Senem:** “Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, <http://dspace.yildiz.edu.tr/xmlui/handle/1/168>. (E.T. 24.12.2020)
- Roth, Mitchel P. (Çev. Barışhan Erdoğan):** Göze Göz, Suç ve Cezanın Küresel Tarihi, Can Yayınları, İstanbul 2017.
- Rousseau, J. J. (Çev. Vedat Günyol):** Toplum Sözleşmesi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019.
- Skinner, Stephen J.:** “Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy”, International Journal of Law in Context, Vol. 7, 2011, <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/3416/S.%20Skinner%20-%20%27Tainted%20Law%27%20IJLC%202011.pdf?sequence=6&isAllowed=y> (E. T. 05.01.2021)
- Soran, Volkan:** “Cumhuriyetin İlk Yıllarına Ait Hapishaneler Raporu Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, S. 59, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624719> (E.T: 25.12.2020)
- Sözüer, Adem:** “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü, Yarını (Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar)”, Dokuz Eylül

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/ADEM-SOZUER.pdf> (E.T. 02.01.2021)

Yıldız, Özgür: “Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği”, Akademik Bakış, C. 9, S. 17, 2015, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/74051> (E.T: 24.12.2020)

Online Kaynaklar

<https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>