

ESKİ DEVİRLERDE VE İSLÂMDA YAŞIN CEZÂİ MESULİYET ÜZERİNDEKİ TESİRİ

Asistan Naci Şensoy

A — Umumî malûmat :

1 — Kanunun suç olarak tavsif etmiş olduğu bir fiili ika eylemiş olan kimsenin cezalandırılabilmesi bazı unsurların mevcudiyetini istilzam eder. Filhakika böyle bir kimsenin tecziye olunabilmesi onda bir taraftan serbest irade ve temyiz kudretile teessüs eden ehliyetin mevcudiyetini, diğer taraftan, ika olunan fiilin o kimseye isnad olunabilmesini, yani neticenin işlenen filden tevellüt etmesini ve bu kimsenin bir kusurunun olmasını icap ettirir.

Cezaî mesuliyetin zikrettiğimiz bu unsurlarından birinin bulunmaması, mesuliyetin de bulunmamasını tevlit eder; unsurların mevcut ve fakat tam olmaması mesuliyetin de azalmasını istilzam eyler.

Bu izahlardan anlaşıldığına göre cezaî mesuliyeti tamamile kaldıran veyahut onu tahfif eden sebepler vardır. Bu sebepler umumiyet itibarile ikiye tefrik edilir:

Birinci kısımda fiile taallûk eden objektif sebepler yer alır; nazariyatta beraet sebepleri de denilen objektif sebeplerin mevcudiyeti cezaî mesuliyetin tevcihine mâni olur, meşru müdafaa, mecburiyet halinde... olduğu gibi.

İkinci kısımda, failin iradesine, temyiz kudretine taallûk etmeleri hasebile onun şahsında bulunan sübjektif sebepler yer alır; nazariyatta mesuliyeti büsbütün kaldıranlarına muafiyet sebepleri denilen sübjektif sebeplerin bazıları psikolojik olur, cebir ve ikrah.. gibi..; bazıları psikolojik ve psikopatolojik olur, akıl hastalığı ve muhtelif dereceleri gibi; nihayet bazıları da fizyolojik olur, yaş küçüklüğü gibi [1].

2 — Yaş küçüklüğünün cezaî mesuliyet üzerindeki tesiri bugün bütün memleketler kanunlarına kabul edilmiş bulunmaktadır. Düşünülecek

[1] Tahir Taner, Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1937, s. 296 - 297; s. 315.

olursa yaşı küçük kimseler tam ve olgun bir insan gibi akli melekeleri tekemmül etmiş mahlûklar değildir. Bunların, vücutlarının ve yaşlarının büyümesiyle mütenasip olarak mevzu bahis melekelerinde de bir olgunlaşma ve inkişaf husule gelir.

Şu olgunlaşma ve inkişaf bakımından insanların hayatını doğumdan itibaren başlamak suretile bir kaç devreye ayırmak iktiza eder. İlk bir devrede cezaî ehliyetin mevcudiyeti için bulunması meşrut olan serbest irade ve temyiz kudreti hiç yoktur; bir ikinci devrede bunların belirlediği, üçüncü devrede arttığı, dördüncü bir devrede de tamamlandığı görür. İşte muhtelif memleketlerin ceza kanunları, akli melekelerin tekemmül edip etmemiş olması düşüncesile, zikretmiş bulunduğumuz devreleri göz önünde bulunduran muhtelif hüküm ve esaslar kabul etmişlerdir. Bu hüküm ve esaslara göre mebdede doğum, münteha, 1932 Polonya Ceza Kanunu gibi bunu tesbit keyfiyetini hâkimin takdirine bırakan sistemler dışı da, memleketlerin iklimine, ırk, mizaç ve terbiyeye... göre değişebilen bir yaş olmak üzere, evvelâ kat'î bir mesuliyetsizlik devresi tesbit olunmuştur. Sonu bilfarz memleketimizde 11, Fransa'da 12, İtalya'da 14 yaş olan bu devrede çocukta temyiz kudretinin bulunmadığı kanunî bir faraziye'dir. Bu münteha yaştan itibaren başlayarak temyiz kudretinin bulunup bulunmadığı şüpheli olan devre ile, temyiz kudreti varsa da henüz olgun bir halde bulunmayan devreler bakımından da muhtelif kanunların tespit ettikleri yaş hadleri birbirine uymamakta, bu devrelerde temyiz mevcudiyeti tespit edilebilen ahvalde çocukların cezaî mesuliyeti kabul edilmekte ve fakat ceza indirilerek verilmektedir [2].

3 — İnsanın, doğumdan itibaren fizyolojik ve ruhî gelişme bakımından tedricî olarak teşekkülü bedaheti, iptidai medeniyetlere mensup milletlerce de ahlâkî ve hukukî mânasında değerlendirilmiş, eski devirlere ait hukukta dahi yaş küçüklüğünün cezaî mesuliyet üzerindeki tesiri nazarı itibara alınmıştır. Ancak, işaret edelim ki, çok eski ve Romalılara takaddüm eden devirlerde yaşamış olmakla beraber, zaman zaman parlak bir medeniyet seviyesine ulaşmış olan kadim Hind, Çin, Mısır, Sümer, Asur, Babil, Eti, İbrani milletlerinin hukukunda suç işlemiş kimselerin mesuliyetlerinin muhtelif yaş derecelerine göre tespit ve tayin edildiği söylenemez. Filhakika bu çok eski devirlerin, Âmme Hukuku gibi, Hususî Hukuk telâkkilerine makes teşkil etmiş olan büyük din ve hukuk kitaplarında - ve meselâ kadim Hind Brahmanlarının Vedasında, Manu kanununda, Budizmin hukuk telâkkilerini ihtiva edip Kautilya veya Çan-

[2] Tahîr Taner, s. g. e., s. 318 ve müt.

kaya tarafından yazılmış Arthaçastrada, kadim Babilin Hamurabi kanununda - yaş küçüklüğünün cezai mesuliyeti tahfif edeceğine müteallik bir işarete dahi tesadüf etmek mümkün olmadığı gibi, Thonissen'in 1869'da Paris'de neşretmiş olduğu «Etudes sur l'histoire du droit criminel des puples anciens» adlı iki ciltlik eserinin tetkikinden de, bu çok eski devirlerde suç işlemiş kimselerin yaşları nazarı itibara alınmaksızın aynı derecede mesul addedildikleri anlaşılmaktadır.

Şu izahlardan anlaşıldığına göre yaş küçüklüğünün cezai mesuliyet üzerinde husule getirdiği tesirin tarihen tetkikine Romalılar zamanından başlamak iktiza etmektedir.

B — Eski devirlerde ve İslâmda yaşın cezai mesuliyet üzerindeki tesiri :

a) *Romada :*

4 — Romada yaş küçüklüğünü klâsik hukuka takaddüm eden devre ile, klâsik hukuk devresini birbirinden tefrik suretile tetkik etmek lâzımgelir:

Klâsik hukuka takaddüm eden devrede, yani eski ceza hukukunda, hususile daha 12 Levha Kanunundan itibaren insanlar baliğler ve baliğ olmıyanlar diye ikiye ayrılmakta ve cezai mesuliyet şu tefrika göre mütalâa olunmakta, başka bir ifade ile, bir kimsenin cezai mesuliyet dışında bırakılabilmesi onun muayyen bir yaşa irtika etmiş olmasına değil, bülûğa erip ermemiş bulunmasına bağlı tutulmakta idi [3]. Cezai mesuliyeti tam telâkki edilen baliğlere mukabil, gayribaliğlerin işledikleri fiiller muvacehesinde sadece zabıta bazı tedbirler alınmakla iktifa edilirdi. Meselâ, ölüm cezasını müstelzim olan mezruatın geceleyin kesilmesi veya tahribi suçu bülûğa ermemiş bir küçük tarafından işlendiği takdirde hakkında ölüm cezası tertip olunmaz, sadece zabıta tarafından ihtar mahiyetinde bir tedbir olan Castigatio'ya maruz bulundurulur [4]; ancak gayribaliğ ika olunan zararın iki mislini tazmin ile mükellef tutulurdu.

Buna müşabih bir hüküm meşhuden işlenen hırsızlık fiillerinde de görülmekte, bu nevi hallerde de bülûğa ermemiş olan küçüğe ceza yerine, bir zabıta tedbiri olmak ve ihtar mahiyetinde bulunmak üzere bir Verberatio tatbik edilmekte, buna zamîmeten, hırsızlık fiili ile husule gelen

[3] Théodor Mommsen: Le Droit Penal Romain, traduit de l'allemand par J. Duquesné. Cilt 1, s. 86.

[4] Ferrini, Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano in Pessina, Enciclopedia del diritto penale italiano, cilt 1, s. 62.

zararın tam karşılığı kendisine tazmin ettirilmekte idi. İlâve edelim ki *Senatus Consultus Silanianus* bülûğa ermemiş köleleri de ihtiva ettiği müeyyedelerin dışında bırakmıştı.

Hulâsa, Romada klâsik hukuka takaddüm eden eski ceza hukukunda, umumî usulü muhakemeye müteallik kanunlar *Leges judiciorum publicorum*'un bazıları, kanunen cezalandırılmış fiilleri işlemiş olanlara ceza tatbik edilebilmek için fiili işleyenin baliğ olmasını arıyordu [5].

Klâsik hukuka gelince: Zamanın tekâmülü ile devrin hukukçuları arasında meselenin ihtilâflı olduğu görülmektedir [6]. *Labeo Roma* eski hukukunda mevcut baliğ ve gayribaliğ tefrikini ancak bazı nevi fiillerde kabul etmekte, meselâ bir gayribaliğin ne kasten ika ettiği ne de iştirâk suretile işlediği hırsızlıktan dolayı cezalandırılmıyacağını ve çünkü birinci halde gayribaliğde lüzumlu kast ve kurnazlığın bulunamayacağını, ikinci halde ise teşvik edebilme ve fikir verebilmenin olamayacağını söylemekte, buna mukabil, gayribaliğin bizzat ve doğrudan doğruya yaptığı hırsızlıktan dolayı cezalandırılması lâzımgeldiğini ifade eylemektedir [7].

Roma hukukçularından *Ulpianus* da gayribaliğin mesul tutulup tutulmayacağı meselesini münakaşa etmiş ise de, bu mevzuda esas itibarile hukukçu *Salvius Julianus*'un büyük tesirler icra ettiği görülmüş ve bu zatın mesaisi bu mevzuda, klâsik hukukun istikrar kesbetmiş bir doktrinine bâdi olmuştur:

Salvius, Romada ötedenberi mevcut umumî ve hususî suçlar tefrikini nazarı itibara alarak, hususî suçlarda, doğumdan, çocuğun sühuletle konuşabileceği zamana kadar devam eden devreyi kat'î mesuliyetsizlik devresi olarak telâkki etmiştir.

Müntehası, hâdiseye göre tespit edilmek iktiza eyleyen bu devreyi geçirmiş olan, yani konuşabildikleri halde henüz bülûğa ermemiş bulunan küçüklere *impueres infantia maiores*'e gelince:

Julianus bunları da *proximi infantiae* - konuşamıyanlara yakın olanlar ve *proximi pubertati* - bülûğa yakın olanlar diye ikiye tefrik etmiş, bunlardan birincileri tamamiyle gayri mesul kabul ettiği halde, ikincileri, işledikleri fiillerden dolayı mesul telâkki eylemiştir.

Klâsik hukukta küçüklüğün cezaî mesuliyet üzerindeki tesiri *Salvius Julianus*'un bu tefrikine göre mütalâa edildiği muhakkak ise de, *proximi pubertati* devresinde olan yani bülûğa yakın bulunan ve mesul addedilen

[5] Ferrini, *Diritto penale Romano*, Milano 1899, s. 128 ve müt.; Ferrini, s. g. *Ansiklopedi*, cilt 1, s. 64.

[6] Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino 1920, cilt II, s. 40.

[7] Ferrini, s. g. *Ansiklopedi*, cilt 1, s. 64.

küçüklerin işledikleri fiiller muvacehesinde bir miseratio aetatis - yaştan mütevellit rahim ve şefkat kabul edilmekte ve ceza indirilerek verilmekte idi.

Hususî suçlarda, mesuliyetin tayini bakımından müesses bu kaideler umumî suçlara teşmil edilmemiş, bu nevi fiilleri işleyenlerin mesuliyetini tesbitte ve umumî suçların cezalarının tatbik edilebilmesinde bülûğ esas alınmış, bülûğa ermemiş olanlara Castigatio ve saire gibi zabıta tedbirleri tatbik olunmakla iktifa edilmişti [8].

5 — Justinien hukukuna gelince: Bu hukukta cezaya ehliyetsizliğin müntehası 7 yaş olarak tespit edilmiş, 7 yaşını ikmal etmiş olanların mesuliyeti mevzuunda da klâsik hukukun tefriki esas alınmıştı [9].

b) *Kilise Hukukunda :*

6 — Geniş miyasta Roma Hukukunun tesiri altında kalan ve hususile Justinien hukukundan mülhem olan Kilise Hukuku, cezaya ehliyetsizliğin müntehasını 7 yaş olarak tespit etmiş ise de, bu hukukta, 7 yaşını ikmal etmiş olup ta bülûğa ermemiş bulunanların işledikleri fiillerden dolayı mesul edilip edilmeyecekleri münkaşa olunmuştur:

Bazılarına göre pubertati proximi'ler, yani bülûğa yakın olan küçüklerin temyiz kudreti ile hareket ettiği tespit olundukça kendileri mesul tutulmak ve fakat kâhillere nisbetle daha hafif bir ceza ile tecziye olunmak, infantiae proximi'ler ise, gayri mesul addedilmek iktiza eder.

Diğer bazılarına göre de 7 yaşını ikmal etmiş gayribaliğler herhalde mesul addedilmeli, ve fakat, cinsî suçlar müstesna olmak üzere ika ettikleri bütün suçlar hakkında kâhillere nisbetle daha hafif cezalara maruz bulundurulmalıdırlar [10].

Bir taraftan Kilise Hukukunun ruhuna daha uygun olması, diğer taraftan adı geçen hukukta küçüklüğe müteallik bazı metinlerle telifinin kolay ve mümkün bulunması hasebile birinci fikri kabul eden müellifler varsa da [11], esas itibarile Kilise Hukukunun 7 yaşını bitirmemiş küçükleri, kendisinde kast bulunabilmesi imkânsız olan akıl hastası gibi telâkki ettiği ve binnetice gayrimesul addelediği, 7 yaşını bitirmiş gayribaliğ küçükler muvacehesinde de, hâkime her hâdisede maznun gayribaliğin kasta ehil olup olmadığını araştırmak ve takdir etmek ve şüphe

[8] Bütün bu noktalar için: Ferrini, Diritto penale Romano, s. 128 ve müt.; Ferrini, s. g. Ansiklopedi s. 64 ve müt.

[9] Manzini, s. g. eser, s. 41.

[10] Schappoll, Diritto penale canonico, s. g. Ansiklopedi, cilt 1, s. 688 ve müt.

[11] Schappoll, s. g. Ansiklopedi, cilt 1, s. 689.

halinde maznun küçük lehine hareket eylemek külfetini tahmil ettiği muhakkaktır [12].

c) *Cermen Hukukunda :*

7 — Mebadide Cermen Hukukunda cezanın başlıca gayesi zararın tazmininden ibaret telâkki edildiğinden ve, zararın tazmini de suçlunun mensup olduğu zümreye terettüp eylediğinden, failin yaşına hiç bir ehemmiyet izafe edilmezdi. Fakat, daha sonraları, Cermen Hukukunda da suçun manevî unsuruna ehemmiyet izafe edilince, filler iradî ve gayri iradî diye ikiye tefrik ile, çocuklar tarafından ika olunan suçlar daha hafif cezaları müstelzim olan gayri iradî fiillere ithal olunmuş, gayribaliğ olmak devresinin intihası da 12 yaş olarak tesbit edilmişti.

Bu mevzuda hususî hükümler ihtiva etmeyen Statüler muvacehesinde hukukçular «kasta ehliyetsizlik» nazariyesini inkişaf ettirmişlerdi: Faraza adam öldürenin ölüm cezasile tecziye edileceği sarahatini ihtiva eyleyen bir Statü muvacehesinde, adam öldüren bir infans'ın kasta ehil olabilecek bir yaşta bulunmaması hasebile ölüm cezasına maruz bulundurulamayacağı, aksi takdirde kastsız olarak suç işleyen bir kimseyi tecziye etmek gibi bir durumun hasıl olacağı, bunun ise en büyük bir adaletsizlik tevlit eyliyeceği düşünülürdü.

Demek oluyor ki bu telâkkide mesuliyetsizliğe esas bizatihi yaş küçüklüğü değil, küçük yaşta bulunan bir kimsede kastın olamayacağı keyfiyetidir [13].

Kasta ehil olmamaları hasebile gayri iradî bir fiil işlemiş telâkki edilen küçükler cezalandırılmamakta beraber, mensup oldukları aile veya zümreye muayyen bir tazminat tahmil edilirdi. Bunu teyiden Gragas der ki: «12 yaşından küçük olan bir kimse adam öldürürse, maktule hiç bir kusur isnadı mümkün olmayacağından fail cezaî takibata maruz bulundurulamaz; fakat yakınları uzlaşma bedelini ödemekle mükellef tutulur».

Bu esaslar Cermeniyada yaşayan muhtelif kavimlerin hukukunda câri bulunuyordu. Ezcümle Loi Salique 12 yaşından küçük olan suçlu çocuğun gayrimesul olduğunu tespit etmekte olduğu gibi Frisia kanunu da aynı esası vaz ile müessir fiillerde, ödenmesi muktazi uzlaşma bedellerinin, büyüklerin ödeyeceklerinden daha az nisbetlerde ödenmesini başkaca tasrih eyliyordu [14].

[12] Manzini, s. g. eser, s. 41.

[13] Manzini, s. g. eser, s. 41.

[14] Del Giudice, diritto penale germanico, s. g. Ansiklopedi, cilt 1, s. 498.

ç) *Orta Çağda :*

8 — Küçüklük mevzuunda bir taraftan Roma, diğer taraftan Cermen hukukunda câri ve yukarıda izahına çalışılan esaslar bütün Ortaçağ Garp milletlerinin hukukunda memzucen icrayı tesir eylemiş ve durum Avrupa reformuna kadar devam etmiştir [15].

9 — Filhakika eski Fransız jürisprüdansları, Roma hukukşinasları tarafından vaz' ve kabul edilmiş kaideler çerçevesi içinde teessüs ederek 7 yaşını ikmal etmemiş çocuklarla, bülûğdan ziyade infans'a yakın küçüklerin işledikleri fiillerden dolayı tecziye edilemeyeceklerini kabul etmiştir [16]. Bunu teyiden söyliyelim ki, 1630 tarihli bir karar, adam öldürme fiilini işlediğinden dolayı mahkûm edilen 11 yaşındaki bir gayribaliğe müteallik hükmü tadil eylemiş, bunu cerheden diğer bir çok kararlar da aynı mânada gayribaliğlerin işledikleri fiillerden dolayı mahkûm edilemeyeceklerini tazammun etmiştir. Bununla beraber Fransa'da gayribaliğlerin iştirâk suretile işledikleri hırsızlık fiillerinde âdet, bunların, muhtelif şekillerde cezalandırılmaları yolunda manzur olmuştur [17]. Fransada ilk defa 1791 kanunudur ki, cezayı tahfif eden sebepler meyanında küçüklerin durumunu da tesbit etmiş, 1810 kanunu ve küçüklüğe müteallik diğer bazı kavanin bu duruma bugünkü şeklini vermişlerdir.

10 — İngiliz mevzuatı da Roma, hususile Justinien Hukukunun tesiri altında, 7 yaşını ikmal etmemiş çocukların işledikleri suçlardan hiç bir cezaî takibe maruz bulundurulamayacakları prensipini kabul eylemiştir.

d) *İslâmda :*

11 — Küçüklük mevzuunda bir taraftan kadim Roma, diğer taraftan onun tesiri altında kalmış olan Kilise Hukukunda olduğu gibi, İslâmın hukuk ve ceza telâkilerinde de insanlar, esasta, baliğler ve baliğ olmıyanlar diye bir tefrika tâbi tutulmakta, cezaî mesuliyetin mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti de bir kimsenin baliğ olup olmadığına göre mütalâa edilmekte idi. Ancak İslâmda cezaî mesuliyete esas alınan bülûğ, kadim garp memleketlerine nisbetle bir taraftan, bu mesuliyete sebep gösterilmek bakımından çok daha mukni, diğer taraftan tespit edilmiş yaş hadleri itibarile çok daha ihatalı ve dakik tetkiklere tâbi tutulmuş bulunmaktadır.

[15] Calisse, «Barbar istilâsından 18 inci asrın reformlarına kadar İtalyada Ceza Hukukunun tarihi inkişafı» başlıklı makale, s. g. Ansiklopedi cilt 2, s. 69.

[16] Ortolan, Droit Penal, cilt 1, s. 119.

[17] A. Chanveau et Faustin Hélie, Théorie du Code Pénal, cilt 1, s. 502.

12 — Mahiyeti ne olursa olsun, işlenilen fiil cezaî bir müeyyideyi müstelzim ise, failin cezalandırılması için onun mecnun, matuh olmaması iktiza ettikten başka, baliğ olması da şarttır. Binaenaleyh bülûğa erişmemiş bir kimseyi işlemiş olduğu fiilden dolayı cezaî takibata maruz bulundurmak mümkün değildir.

İslâmda bülûğun cezaî mesuliyete esas alınmasının sebebi şudur: Cinsî olgunluğu ifade eden bülûğ, buna erişmiş olan kimsede «ehliyeti kâmile» nin mevcut olduğunu gösterir. Bir taraftan hukukî, diğer taraftan cezaî mesuliyeti tazammun eden «ehliyeti kâmile», bedenî bir «kudreti kâmile» ile hasıl olur [18]. Bülûğ ise «istikmalî zat» için vücudu lâzımgelen sebeplerin tecellî zamanıdır. Başka bir ifade ile bülûğ, insanda aklın tecellî etmesine, teemmül ve tefekkür hassalarının tebarüz eylemesine sebep olacak bir haldir. Bülûğa erişen bir şahsın bedenî kuvvetleri tekemmül edip, mizacı itidal halinde bulunacağı gibi bir takım hâdiselere ıttılâ kesbederek bir hayli tecrübe devreleri geçireceğinden, akli kuvvetinin de kemal bulmuş olacağı zarurîdir. Baliğ olmıyan kimseler «akılları henüz inkişafa başlamadığı, kendilerinde teemmül ve tefekkür kuvveti kâfi derecede inkişaf etmemiş olduğu cihetle nefislerini eğlenmeye inhimâkten menedemezler; umurun akıbtlerini düşünmeğe, güzel hareketlerle çirkin hareketlerin vasıflarını tefrik etmeğe kadir olamazlar» [19]. Binaenaleyh, bülûğa ermemiş olan bir erkeğin (mûrahik) veya bir kızın (mûrahika) işlemiş olduğu cezaî fiillerden dolayı mesuliyeti cihetine gidilemez.

Cinsî olgunluğu ifade ettiğine işaret eylediğimiz bülûğ, erkeklerde ihtilâm, ihbal, inzal; kızlarda habil, hayız, ihtilâm gibi fizyolojik hâdiseler ve alâmetlerle tezahür eder.

Bu olgunluğun mebdai kızlarda 9, erkeklerde 12 yaşın hitamıdır. Bu yaşları ikmal etmiş olup da biraz evvel işaret ettiğimiz fizyolojik alâmetler kendilerinde beliren kız veya erkekler hakikî bülûğa erişmiş bulunurlar.

Bülûğ yaşının müntehasına gelince: Bu mevzuda fukaha ihtilâfa düşmüşlerdir.

İmamı Azama göre, ihtilâm, ihbal, inzal gibi bir sebeple baliğ olmıyan erkekler için bülûğ yaşının müntehası 18; hayız, ihtilâm, habil gibi

[18] Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiye ve Istılahatı Fıkhiye Kamusu, cilt 1, Münakihât, s. 40 altındaki not; (bu eser müellifin el yazısıyla olup henüz neşredilmemiştir.)

[19] Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiye ve Istılahatı Fıkhiye Kamusu, cilt 2, Ukubat, s. 137; bu cilt dahi müellifin el yazısıyla olup henüz neşredilmemiştir.

bir sebeple baliğ olmıyan ve erkeklere nisbetle neşvüneması daha seri bulunan kızlar için de 17 dir. Çünkü bu yaşlardaki bir insan reşit olacağından artık onun baliğ sayılmaması muvafık değildir [20].

İmameyne (İmamı Yusuf ve İmamı Muhammed) göre, gerek erkek ve gerekse kızlar için bülûğ yaşının müntehası 15 dir. İnsanların ömürleri kısa olduğundan kendilerinin bu müddetten ziyade «ehliyeti kâmile» den mahrum tutulmaları muvafık görülemez.

Eimmei Selâseye (İmamı Maliki, İmamı Şafii, İmamı Ahmet ibni Hanbel) göre de bülûğun müntehası 15 olmak lâzımgelir [21].

Bülûğun müntehası bakımından bu nevi ihtilâflar mevcut olmakla beraber, İslâm'da, umumî ve galip olarak kabul edilmiş bulunan esas, mebde için mevzu yaş hadlerini aştıkları halde bazı fizyolojik alâmetlerle hakiki bülûğa erişmemiş kız ve erkeklerin 15 yaşlarını idrâk edince baliğ sayılmaları şeklinde manzur olmuştur ki buna da hükmen bülûğ denmiştir. Artık bu yaşı idrâk etmiş olanların bülûğları galip ve şayi'dir [22].

Şu izahlardan anlaşılmiş olduğuna göre İslâm'da bülûğ [23] hakiki ve hükmi olmak üzere ikiye ayrılmakta, bir taraftan hakiki bülûğ, diğer taraftan mebde ve müntehasıle hükmi bülûğ kat'î, sabit yaşlara göre tayin edilmiş bulunmaktadır [24].

13 — Hakiki olsun hükmi olsun, bülûğa ermemiş kimseler, İslâm Hukukunda sabî diye tevsim olunmuşlar, bunlar da bir tefrika tâbi tutularak, gayri mümeyiz sabîler, mümeyiz sabîler diye iki kategoride toplanmışlardır. Gayri mümeyiz sabîler hayır ve şerri müdrük olmıyan mümeyiz sabîler ise hayır ve şerri farik çocuklardır. Bu iki kategori çocuklar

[20] Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiye ve Istilahatı Fıkhiye Kamusu cilt 1, Münakihât, s. 40 altındaki not,

[21] Ömer Nasuhi Bilmen, s. g. e., s. 40 altındaki not.

[22] Ömer Nasuhi Bilmen, s. g. e., s. 40 altındaki not; bu esas Medeni Hukuk bakımından Mecellenin 986 ncı maddesinde ifadesini bulmuştur.

[23] Cezai mesuliyetin mesnedi olan bülûğun tespit ve tayininde de şu esaslar göz önünde bulundurulur: Baliğ olduğu iddia ve dermeyan olunan kimse mürahik ise 12, mürahika ise 9 yaşını ikmal etmiş olmalı; mürahik veya mürahika bülûğunu ikrar etmeli, mürahik veya mürahikanın cüssesi bülûğa mütehammil olmalı, mürahik veya mürahika bülûğuna ne ile muttali olduğunu beyan eylemelidir. Ömer Nasuhi Bilmen, s. g. e., s. 40 altındaki not.

[24] Aksi kanaat için: Sabri Şakir Ansay, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara 1946, s. 33.

Medeni Hukuk bakımından olduğu gibi, Ceza Hukuku bakımından da farklı hükümlere tâbi tutulmuşlardır.

Mümeyiz olsun, gayri mümeyiz olsun, bütün sabîler gayribaliğler grubunda yer aldıklarına, gayribaliğlerin ise cezaen mesul addedilmeleri - evvelce vermiş olduğumuz izahlardan da anlaşılacağı veçhile - imkânsız olduğuna göre mümeyiz sâbilerle gayri mümeyiz sabîlerin Ceza Hukuku bakımından farklı hükümlere tâbi tutulduklarına müteallik sözlerin mâna ve medlûlünü tayin eylemek iktiza eder.

Filhakika, İslâmın cezaî mesuliyet telâkkilerinde, bu mesuliyetin teveccüh edebilmesi için aranan şartlardan biri de bülûğ ise de, yani baliğ olmamış buldukça bir kimseyi işlediği fiilden dolayı cezaî takibata maruz buldurmak mümkün değil ise de, cezalandırılmıyan bir gayribaliğin - bu tâbirin bir taraftan mümeyiz sabîleri diğer taraftan gayri mümeyiz sabîleri ihtiva eylediğine işaret etmiştik - bazan tâzire düçar edildiği vakidir.

Bu noktayı tebarüz ettirebilmek için, kısaca, İslâmın «ceza» telâkkisine temas zarureti vardır:

İslâmda ceza tâbiri umumî bir tâbir olup bir taraftan «had» di, diğer taraftan «tâzir» i ihtiva eder. İslâm hukukunda derin bir vukuf sahibi olan İstanbul Müftüsü sayın Ömer Nasuhî Bilmen had ile tâzir arasındaki farkları on üç noktada toplamaktadır [25]. Biz, had ile tâzirin mahiyetini tebarüze medar olacak farklardan bir kaçını ele almakla iktifa edeceğiz:

Had, nevi, miktar ve ölçüsü şer'an muayyen ceza demektir; tazir ise «hakkında muayyen bir ukubet, bir haddi şer'î mevcut olmıyan cürümler en dolayı tertip ve tatbik edilecek tedip ve ceza» [26] demektir. Tazirin nev'ini, miktarını, ölçüsünü tayin ve takdir, Ulülemre ve onun namına kadılara aittir; bunu diledikleri ve münasip gördükleri şekilde tatbik ederler. Had ise mukadderdir, muayyendir ve bunda ziyade ve noksan câri olamaz; haddin şüphe ile sakıt olmasına bedel, tazir şüphe ile sakıt olmaz.

Tebarüz ettirmek istediğimiz noktaya taallûku itibarile, had ile tazir arasındaki en mühim farklardan bir de, haddin - ika olunan fiil onun tatbikini müstelzim bulunduğu takdirde - sadece baliğlere verilen bir ceza olmasına mukabil, tazir mevzuunda baliğlerle gayribaliğlerin müsavi olmasıdır. Başka bir ifade ile, haddi müstelzim bir fiil işlemiş olup bülûğa

[25] Bu farklar için: Ömer Nasuhî Bilmen, Hukuku İslâmiye ve İstilahatı Fıkhiye Kamusu, s. 279 ve müteakip.

[26] Ömer Nasuhî Bilmen, s. g. e., s. 256.

ermemiş bulunması dolayısıyla kendisine cezai mesuliyet tevcihi mümkün bulunmayan bir gayribaliğe, işlediği bu fiil neticesinde had tatbik edilemezken, hakkında şar'î had olmıyan ve fakat tâzirî müstelzim bir fiil ika eylemiş aynı gayribaliğe tâzirin tatbiki mümkündür; ancak bu gayribaliğin mümeyyiz sabî olması meşruttur.

Gayribaliğlerin gayri mümeyyiz sabiler grupunda yer alanlara gelince: Bunlar ika ettikleri fiillerden dolayı asla cezaya uğramazlar; yani, haklarında, işlemiş oldukları fiillerin mahiyeti ne olursa olsun, ne had, ne de tâzir tatbik olunabilir. İşte gayribaliğler grupunda yer alan mümeyyiz sabilerle, gayri mümeyyiz sabilerin Ceza Hukuku bakımından tâbi tutuldukları farklı hüküm, bu sonuncuların tâzire dahi uğratılamıyacakları esasında ifadesini bulmaktadır.

Hatıra gelebilir ve denebilir ki, İslâmda bir kimseye cezai mesuliyetin tevcih edilebilmesi şartlarından biri de bülûğa ermiş olması idi; hakkında şer'î had tatbiki mümkün olmıyan gayribaliğ bir mümeyyiz sabîye tâzir cezasının tatbiki, onun cezaen mesul telâkki edildiğini tazammun etmez mi?

Bu düşünce varid değildir. Bir kere, her ne kadar tâzir, İslâmın geniş ve umumî ceza tâbirinde yer almakta ise de, bunda, cezanın bütün zecir ve cebredici karakterlerini ihtiva eyleyen haddeki şiddet ve değişmezlik yoktur.

Bundan başka, adeden on yediye baliğ olan ve tâzir namı altında toplanan cezalardan [27] suç işlemiş mümeyyiz sabî hakkında sadece, ilâm, bilceb ilâm, vâzunasihat, tevbih ve tekdir, sert yüz göstermek gibi, hâkimin ahval ve şeraiti ve hususile failin bir mümeyyiz sabî oluşunu göz önünde bulundurmak mecburiyetinde olduğu ve bir cezadan ziyade küçüğün psikolojisine ve mânevi durumuna hitabı mutazammın ve ika ettiği fiilin kötülüğünü anlatmağa matuf, ve bir müellifin de işaret ettiği veçhile [28] sırf terbiyevî tedbir nev'inden olanlar kabili tatbiktir. Bunlar dışında tâzir cezaları muvacehesinde, mümeyyiz sabî ile gayri mümeyyiz sabî arasında hiç bir fark mevcut değildir.

e) Memleketimizde:

14 — Diğer bütün hükümleri gibi, İslâmın, yaş küçüklüğünün cezai mesuliyet üzerindeki tesirlerine müteallik esasları da, teokratik bir bünyeye sahip olan Osmanlı İmparatorluğunun teessüs ve teşekkülü anla-

[27] On yediye baliğ olan bu tâzir cezaları hakkında mufassal malûmat için: Ömer Nasuhi Bilmen, s. g. e., s. 256 ve müteakip.

[28] Nicolaus Tormauw, Das Molemische Recht, Leipzig, 1855, s. 87.

rından itibaren benimsenerek, 28 Zilhicce 1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayununun 40 ncı maddesi - 6 Cemaziyelâhır 1329 tarihli kanunla - tadil edilinceye kadar tatbik olunmuş, yani bir kimsenin cezaen mesul edilip edilemeyeceği keyfiyeti onun baliğ olup olmadığına bağlanmıştır.

Filhakika tetkik edilecek olursa görülür ki, bizde, ne Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesinde, ne Sultan Süleyman devrinde tanzim olunmuş Ceza Kanunnamesinde [29] ne Sultan İbrahim ve 4 üncü Mehmet zamanlarında mer'î ceza kanunnamelerinde [30] ne de Tanzimattan sonra tedvin edilmiş olan 1 Rebiülevvel 1256 tarihli Ceza Kanunnamesile, 15 Ramazan 1267 tarihli Kanunu Cedidde [31] cezaî mesuliyete müstenit olarak bülûğdan gayri bir esasın nazarı itibara alınacağını gösterir metinler yoktur.

Her ne kadar 15 Ramazan 1267 tarihli Kanunu Cedidin üçüncü faslının birinci maddesinde «tarafı Devleti Aliyyeden kimsenin mal ve emlâkine vaziyet olunmıya ve büyük ve küçük bir kimse diğer birisinin mal ve emlâkine bigayri hak taarruz ve tasallut ve müdahale etmek veyahut cebren almak... caiz olmıya...» dendikten sonra, «ol şahsın hilâfı kanun cesaretine binaen erbabı münasıp ve memuriyetten ise hizmetinden tard ve ihraç olunup bu takımdan olmadığı halde memleketinden ahar mahalle bir sene durmak üzere nefy ve tagrip kılına» çağrı söylenmekte ise de, bu maddedeki «büyük ve küçük» tâbirinden maksat, büyük veya küçük, yaşı ne olursa olsun, mülkiyet hakkına tecavüz eden herkesin aynı suretle ve derecede mesul edilip cezalandırılacağı değil, her sınıf ve tabakaya mensup herkesin ve meselâ bir vezir ile bir çobanın mülkiyete vaki tecavüzlerinin müsavat mprensipi üzere cezaî takibata maruz bulundurulacağı, başka bir ifade ile, 26 Şaban 1255 tarihli Gülhane Hattile ilân edilip 1 Rebiülevvel 1256 tarihli Ceza Kanunnamesinde ifadesini bulmuş olan müsavat prensipinin teyid ve tekididir.

15 — Buraya kadarki izahlarımızdan, Osmanlı İmparatorluğunda yaş küçüklüğü bakımından İslâmın esaslarının aynen alınmış olup bu esaslarla amel edildiği anlaşılmış bulunmaktadır. Bu noktayı, 1810 ta-

[29] Birincisi üç babdandır, ikincisi üç babda 18 fasıldan müteşekkil olan bu kanunların tam metinleri için: Tarihî Osmanî Encümeni mecmuası ilâvesi, Kanunname-i Al Osman, İstanbul 1330, s. 9 ve müteakip; s. 1 ve müteakip.

[30] Bu kanunların metni için: Ahmet Lûtfî, Mir'atı Adalet yahut Tarihçel Adliyel Devleti Aliyye, İstanbul 1304, s. 75 ve müteakip.

[31] Bu kanunların metinleri için de: Ahmet Lûtfî, s. g. e., s. 127 ve müteakip; s. 150 ve müteakip.

rihli Fransız ceza kanunundan nakil ve tercüme edilmek suretile vücuda getirilmiş olan 28 Zilhiççe 1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayununun muaddel 40 ncı maddesinin tadilden önceki şekli de kuvvet ve kat'iyetle teyid eylemektedir. Ancak yine aynı madde İslâm Hukukunda mevcut ve gayribaliğlerin, evvelce yaptığımız tafsil dairesinde, mutlak mesuliyetsizliğine müteallik esasından da ayrılmış bulunmaktadır. İzah edelim:

Mehazi olan kanun, mutlak bir mesuliyetsizlik devresinden sonra, muayyen yaş hadleri içinde cezayı tenzil ve onun nisbetini yaşa göre tespit ve tayin ettiği halde, 1274 tarihli kanunumuz nakil ve tercüme edilirken, mehaz kanunun 66 ncı maddesi yerine ikame edilen 40 ncı maddesinde şöyle demektedir: «Haddi bülûğa vâsıl olmıyan mücrim, işlediği cürme müterettip olan cezaya müstahak olmayıp kuvvei mümeyyize ashabından dahi olmadığı surette kefaleti kaviyyeye raptla peder ve validesine veya akrabasına teslim olunur... Amma ol mücrim nâbaliği mûrahik bulunduğu yani fiil ve amelinin neticesi bir cürüm olacağını fark ve temyiz ederek müteammiden ol cürmü işlemiş olduğu surette...» fiile terettüp eden ceza, kanunî nisbetler dahilinde tahfif edilerek verilir.

Metnin tetkikinden anlaşıldığı veçhile, 40 ncı maddeye göre, bülûğa ermemiş bir kimseye cezaî mesuliyet tevcihi imkânsızdır, meğer ki o kimse kuvvei mümeyyizeden mahrum olmaya. Binaenaleyh, maddenin daha sonraki ibaresinin de tasrih ettiği gibi, baliğ olmadığı halde, fiil ve amelinin neticesinin fark ve temyiz ederek cürüm işlemiş kimsenin cezaî mesuliyeti vardır, ancak gayribaliğ olması hasebile cezası indirilerek tertip olunur. Şu halde 1274 tarihli kanunumuz gayribaliğlerin mutlak mesuliyetsizliğini esas alan İslâm Hukukundan bu noktada ayrılarak, kendisinde temyiz kudreti bulunan bir gayribaliğe cezaî mesuliyetin teveccüh edeceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

40 ncı maddede zikredilmiş olan bülûğun mebde ve müntehasile sureti tesbitine gelince: Gerek adı geçen maddenin, gerekse ona takaddüm eden kanunların mer'î bulunduğu zamanlarda, fıkıhın bu hususlara müteallik ve evvelce izahına çalıştığımız esaslarının câri olduğunda şüphe yoktur.

16 — Bir kimsenin baliğ olup olmadığına, baliğ değilse mümeyyiz bulunup bulunmadığına göre cezaî mesuliyetin tevcih veya ademî tevcihini esas alan 40 ncı madde, 6 Cemaziyelâhır 1329 tarihli bir kanunla tadil edilerek, bir çok hükümleri lâyük esaslara iptina ettirilmiş olan 1274 tarihli kanunumuz, bu noktada dahi şer'î hükümleri ve binnetice bülûğu cezaî mesuliyetin şartlarından biri olmak esasını terketmiştir.

Gerçekten muaddel 40 ncı madde, 1810 Fransız Ceza Kanununun

66 ncı maddesini - bazı farklarla - esas alarak, doğumdan başlamak suretile 13 yaşını doldurmamış kimseleri temyiz kudretinden mahrum adedip mutlak bir mesuliyetsizlik devri ihdas eylemiş, 13 yaşını ikmal etmiş ve fakat 15 yaşını bitirmemiş olanlarla, 15 yaşını bitirmiş ve fakat 18 yaşını tamamlamamış bulunanlara cezai mesuliyetin tevcih olunabileceği, ancak cezalarının, tasrih eylediği nisbetler içinde azaltılarak verileceği hükmünü vazetmiştir.

1274 tarihli kanunumuzun yaş küçüklüğüne müteallik şu esasları, 1 Temmuz 1926 ya kadar yürürlükte kalmış, bu tarihte meriyet mevkiine girmiş olan 765 sayılı bugünkü ceza kanunumuz, bir çok modern memleketler kanunları gibi - ayrıca incelenmeğe değer ve eski kanundan farklı hükümlerle - küçüklüğün cezai mesuliyet üzerindeki tesirlerini, 53, 54, 55, 56 ncı maddelerinde, muhtelif devreler ve yaş hadleri tesbit etmek suretile mütalâa eylemekte bulunmuştur.

17 — Bahse nihayet vermezden önce, ve hususile memleketimiz bakımından yaptığımız tarihçeyi itmam sadedinde, işaret edelim ki, İslâmın küçüklük hakkında yukarıda arzolunan esas ve hükümleri, teokratik bir bünyeye sahip bulunan Osmanlı İmparatorluğunun teessüs ve teşekkülü anından itibaren benimsenip - 1274 tarihli kanunun muaddel 40 ncı maddesinin 6 Cemaziyelâhır 1329 tarihli kanunla değiştirilmesine kadar - tatbik edilegelmeğe beraber, İmparatorluk içinde her kabile veya mahal için, örf ve âdetlere göre, o mahallin hususiyetlerini câmi Kanunnameler isdar olunarak, bunlar da mevzu hükümlerle amel edilmiştir.

Bu kabilden olmak üzere, hakikî tarihi tesbit edilememiş olan Kanunnamei Kazai Bozok'un Ahkâmı Kuttauttarik ve Sürrak başlıklı fasilinin 40 ncı maddesine göre, bu nevi fiilleri işleyen «oğlancıklar baliğ olmadık olsa, yani 10 yaşından aşağı olsa cürüm alınmaya. Lâkin tahvif idüp tâzir ideler yani döğüp incideler» [32].

Çok dikkate şayan olan bu maddenin ihtiva eylediği hüküm, bülûğ bakımından - İslâmdaki hadler hilâfına - 10 yaşı ve hem de kat'î olarak almakla, Fıkıhta bu mevzuda mevcut esasları bertaraf eylemiş bulunmakta, bülûğ haddinin her kabile veya mahal için başkaca tayin ve tesbit edilebileceğini tebarüz ettirmektedir.

Buna müşabih bazı esaslara Alâüddeve Bey Kanununda, hususile bu kanunun livata fiillerine müteallik hükümlerinde tesadüf etmek müm-

[32] Bu kanunun metni için: Ömer Lûtfi Barkan, XV ve XVI ncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziral Ekonomik Hukuki Ve Mali Esasları, Birinci Cilt, Kanunlar, İstanbul 1945, s. 124 ve müteakip.

kündür [33].

f) *Netice* :

18 — Tarihte, yaş küçüklüğünün cezai mesuliyet üzerinde husule getirdiği tesir bakımından yapmış olduğumuz şu uzun tetkiklerden bir netice çıkarmak lâzımgelirse denebilir ki, gerek Romada klâsik hukuka takaddüm eden devrede, gerekse klâsik hukuk devrinde, bunun gibi, bir taraftan Kilise ve Cermen Hukukunda, diğer taraftan Avrupa Reformuna kadar Ortaçağda, nihayet, İslâmda ve 1274 tarihli kanunumuzun 40 ncı maddesinin tadiline kadar memleketimizde - hadler, mebde ve münteha bakımından mevcut bazı farklar ve değişik esaslardan kat'annazar - bülûğ, suç işleyen bir kimseye cezai mesuliyet tevcih edebilmenin şartlarından telâkki ve kabul edilmiş bulunmaktadır.

Eski devirlerde ve hattâ yeni zamanlara kadar bu şekilde bir telâkkiye bağlanılırken düşünölmüştür ki bülûğ, buna erişen kimsede bedenî bakımından kuvvet ve kudret, fikri ve dimağî bakımdan da tam bir olgunluk bahşetmekte, binnetice bülûğa ulaşmış kimse, içinde yaşadığı câmiaca menfur telâkki edilip aksülâmeller ve cezri müeyyedeler davet eyleyen ve bu itibarla kendisine suç vasfı izafe olunan fiil ve hareketleri; bir taraftan fikri ve dimağî olgunluk sayesinde, yine o câmiaca uygun ve iyi telâkki edilen fiil ve hareketlerden tefrik ve temyiz etmeğe, diğer taraftan bedenî kuvvet ve kudret sayesinde de iyi veya kötü bir fiil ve hareketi tahakkuk ettirmeğe kadir bir hal arzulemektedir.

Fizyolojik bir hâdise ve cinsî olgunluğun bir işaret ve alâmeti olan bülûğun, bedenî ve fikri bir kuvvet ve kudretin de tecelli zamanı olduğu bugün fennen ve tıbben de teyid edilmekte ise de, bülûğa erişmiş bir insanın, hususile bütün akli ve psişik melekelerinin olgun bir hale gelip, kendisinde temyiz kudretinin, istemek ve anlamak kabiliyetinin tamamile tekemmül etmiş bulunduğu iddia olunamayacağı gibi, ileri bir yaşa ulaştığı halde baliğ olmamış bir kimsenin de, temyiz kudretinin, anlamak ve istemek kabiliyetinin ademi mevcudiyeti ileri sürölerek, mutlak mesuliyetsizliği cihetine gidlmes lâzımgeldiği söylenemez; başka bir ifade ile, 9 yaşını idrâk etmiş olduğu bir sırada baliğ olmuş bir çocuğun bütün akli ve psişik melekelerinin, bunun gibi temyiz kudretinin ve anlamak ve istemek kabiliyetinin tamamile olgunlaşabilmesine imkân bulunamayacağından, kendisine, işlediği fiilin tam cezasını vermek, şartı ve mesnedi olmaksızın ona, cezaya ehildir demediği tazammun edeceği gibi, 15 hattâ 18 yaşına geldiği halde henüz bülûğa erişmemiş bir kimseyi, bu sebepten do-

[33] Bu kanunun metni için: Ömer Lûtfi Barkan, s. g. e., s. 121 ve müteakip.

layı temyiz kudretinden, istemek ve anlamak meleke ve kabiliyetinden mahrumdur ve bu itibarla mutlak surette cezaya ehil değildir demeyeği istilzam eyler.

İşte, mebde ve müntehası bakımından da kat'î esaslara ve hadlere bağlanması mümkün olmayıp, bazı kimselerde 9, hattâ 7, bazılarında 15 hattâ 18 yaşında tecelli eyleyen bülûğ, arzelmekte olduğu ittiratsızlık ve kat'iyetsizlik, bunun gibi, bir kimsede, her bakımdan ve her mevzuda bedenî kuvvet ve kudret gibi psişik ve akli melekeleri de tam olgunluk ve tekemmülünün bir alâmet ve işareti olamamak dolayısıyla, cezaî ehliyete mesnet yapılmaktan vazgeçilerek, günümüz ceza kanunlarında - mer'î oldukları memleketlerin iklim şartları, tabîî durum ve içtimâî telâkkileri göz önünde bulundurularak - doğumdan başlamak suretile insan hayatı - her memlekete göre değişen ve fakat o memleket bakımından muayyen olan bir yaş haddine kadar mutlak bir mesuliyetsizlik devri tesbit edildikten sonra, temyiz kudretinin ve istemek ve anlamak kabiliyetinin inkişafı derecesine göre ve ona nisbet edilerek mesuliyeti azaltan veya çoğaltan yine muayyen yaş hadlerini muhtevi - muhtelif devrelere ayrılmıştır.

Naci ŞENSOY