

## CEZA HUKUKU

Mense, Tekâmül ve Halihazır Vaziyeti [\*]

E. Garçon

### MUASIR CEZA HUKUKU

Muasir ceza hukuku, tenkil tarihinin yeni bir safhasını arz etmektedir. Muasir ceza hukukunun maziye hiç bir güna borçlu olmadığı düşünöldüğü taktirde hata irtikâp edilmiş olur. Bilâkis o, maziye sıkı bir surette bağlıdır ve onu devam ettirmektedir. Hiç bir ferdin, teşekkül etmiş bir Devlette, kendiliğinden ihkakı hak edemeyeceği hususundaki kaide nihaî olarak iktisap edilmiş bulunmakta, ve, diğler taraftan eski cezacıların meydana koyduğu hukukî prensipler ceza hukuku tekniğinin sağlam temeli olarak devam etmektedir. Yeni terakki, tenkili mevzuata, esaslı bir surette, daha fazla hürriyet ve, hususile daha fazla insanîlik idhal etmeğe taallük eylemektedir.

Fransada Constituantle'la açılan bu büyük ıslahat, bütün XIX uncu asır boyunca devam ve tekâmül etmiştir. Bir kaç ayda tasavvur ve kabul edilmiş olan 1791 ve Brumaire de l'an IV kanunları gelişi güzel hazırlanmış eserlerin bütün hatalarını ihtiva eylemekte idi. Bu kanunların yerini halen meriyette olan 1811 kanunu almıştır. Fakat bu sonuncu daha yeni kanunlarla o kadar tadil, ıslah ve itmam edilmiştir ki, hakikatte Fransız cezaî mevzuatı taknin olunmağı bitirmiştir denebilir. Fransız cezaî mevzuatının bütün bu mütevali düzeltmelerle ve bugünkü şekli içinde hiç bir mevzuattan aşağı olmadığı ve bazı noktalarda tekâmülünün en yüksek noktasına ulaştığı söylenebilir. Zaten, Fransanın muasir ceza hukukunun ıslahında çok geniş bir hissesi, ve hatta bunun hakikî rehberi olduğu ne kadar doğru ise, bütün mütemeddin memleketlerin bu büyük esere iştirak ettiklerini kabul eylemek, bizim de diğler memleketlerin evvelce tahakkuk ettirdikleri terakkilerden faydalandığımız o nisbette doğrudur. Yabancı kanunlar bize has cezaî mevzuatımızla, veyahut bunlar kendi aralarında mukayese edil-

[\*] E. Garçon: Le Droit pénal, origines, évolutions, état actuel. Geçen nüshalardan devam.

diği taktirde, daha ziyade hukuk tekniğine taalluk eden farklardan katannazar, hepsinin müşterek temel taşlara müstenit bulunduğu görülür. Bu kanunların en yenileri ve meselâ Hollanda, İtalya, Japonya ve Mısır kanunları, İsviçrede olduğu gibi Çinde halen münakaşa edilen projeler, aynı prensiplerden mülhem olmakta ve, netice itibarile, çok dikkate şayan bir vahdet arz etmektedirler. Bugün sadece beyaz ırka mensup milletlere değil, fakat aynı zamanda Uzak-Şark memleketlerine de hakim olan adeta müşterek bir ceza hukuku vardır. Taklit kanunu, şüphesiz, bu müşaheretleri kısmen izah etmektedir; yeni mevzuat kendisine tekaddüm edenden mülhem olmaktadır; ve, hepsinin müşterek ceddî, bizim eski 1811 kanunumuzdur. Fakat tenkili kanunların bu müteakabil nüfuzu, hali hazır medeniyetin ihtiyaçlarına ve evrensel âmme şuurunun temayüllerine cevap verdiğiinden dolayı mümkün olabilmıştır. Böylece, zamanımız için, aynı içtimai bir muhitte, pozitif kanunların evrenselliği hakikati bir defa daha teyyüt etmiş bulunmaktadır.

Modern ceza hukukunun neş'et ettiği nazariyeleri formüle etmek ve ıslahatı hazırlamak şerefi umumiyetle 18 inci asır filozoflarına atfolunur. Filhakika bu filozofların, İhtilâl kanunları üzerinde kat'i bir tesir icra ettikleri gayri kabili itirazdır. Montesquieu, Kanunların Ruhu adlı eserinin dördüncü kitabında, fena ceza kanunlarının suçluluğu tezyidden başka hiç bir tesiri olamayacağını gösteriyordu. O, yavaş yavaş İngilterede tekâmül etmekte ve Amerikan Teşkilât Esasiyesini yapanlar tarafından resmen teyidine gidilmekte olan liberal bir âmme hukuku prensiplerinden, daha ziyade Fransayı haberdar ediyordu. Böylece Montesquieu, mutlak monarşinin bütün müesseselerini kaplayan ve tenkili hukuku çok kuvvetli bir surette tesiri altında bulunduran keyfilîği yıkıyordu. Beccaria'nın küçük kitabıdır ki eski cezalar sisteminin lüzumsuzluğu gibi şiddetini ilân etmiş, o zamana kadar bütün kara Avrupada kullanılmakta olan ceza muhakeme usulünün gaddarlığını göstermiş, bütün eski hukuku kökünden baltalamış ve yıkmış, tenkili hukuku adalet ve insaniyet esasları üzerinde yeni baştan inşa etmek zarureti mevzuunda, eski hukukun vahşetinden hicap duyan âmme efkârını ikna etmiştir. Voltaire suçlar ve cezalar, adli kitabın tercümesini tahşiye etmek ve Chevalier de la Barre ve Calas için unutulmaz kalem mücadelesine girişmek suretile aynı fikirleri yaymış ve halka indirmiştir. Rousseau'ya gelince, onun tesiri, başka bir istikamette icra edilmiş olmakla beraber, az olmamıştır. O, ceza hukukuna, Contrat Social'in, sadece içinde ölüm cezasını meşrulaştırdığı bir faslına tahsis etmiştir. Rousseau, mücrümün «mukavelelenin ihlâl edicisi olarak nef' cezasile, âmmenin düşmanı olarak da ölüm cezasile» sosyeteden çıkarılması lâzımgeldiğini ifade ediyor, zira diyor,



«bundan dolaydır ki harp hukuku yenileni öldürmektir». Fakat o, şunu da ifadeye müsaraat ile diyor ki: «Maamafih, cezaların kesreti hükümet için, daima bir zafiyet ve tenbellik işaretidir. Hiç bir kötü yoktur ki bir işe yarar bir hale getirilemesin. Örnek için de olsa, ancak, hiç bir tehlike arzitmeksizin muhafaza ve nezaret altına alınması imkânsız olan bir kimseyi öldürmek hakkı vardır».

Bu fikirler ne tam derin ne de tam vazih fikirlere. Fakat Jean - Jacques insanın haddizatında iyi ve namuslu olarak doğduğuna ve fakat cemiyetin onu kötü ve fasık kıldığına inandırmıştır. Şu halde bu cemiyet suçlu muvacehesinde nasıl merhametsiz olabilir? Cenevreli filozof, daha ziyade, hassasiyeti bir moda haline getirmektedir. İmdi, hangi «hassas ruh», suçluyu korkutmakta esas olarak sırf cezaların dehşetini arayan vahşî ve barbar bir tenkil ile uzlaşabilir? Bütün bunlar doğrudur. Fakat modern ceza hukukunun tadil ve ıslahında sadece bu filozofların nazariyelerinin hissemend olduğuna inanmaktan içtinap eylemek lâzımdır. Böyle bir görüş aldatıcı olur, ve, hakikat çok daha mudil ve seyyaldir. İnsan tefelsüfe başladığındanberi, cürme verilecek ceza meselesinin şuurunda ve zihninde vazettiği suali halletmeğe uğraşmış ve verilen bütün cevaplar irsî mantalitesinin teşekkülünde hâdim olmuştur. Kadim Yunan dehası bu azim meseleyi hayli tartaklamış, dramcılarını meseleyi sahneye getirmiş, filozofları kendisine rasyonel bir hal sureti vermeğe çalışmıştır. Zaten Skolastik devre ve Renessans kanalından da geçmek suretile su kadim san'at ve mantık muasır medeniyeti yapıp yoğurmuş muydı?

Evvelce de söylediğimiz veçhile muasır tenkili hukuk hristiyan dininin silinmez izlerini taşımaktadır, ve halk ruhunda cürüm ve ceza telâkisi günah ve çile (riyazet) mefhumu üzerinde taayyün etmiştir. Suçlunun ıslahı ve iadei itibarı üzerindeki muasır fikirler, hristiyanlığın, kusurun affını vaad ve, kurtuluşu, - tam olmasa da - pişmanlığa hamleden necat akidesinin (dogme de la rédemption) tesiri altındadırlar. Ve bu yüksek ahlâkî telâkkilerin, lâik ceza hukukuna, sırf İhtilâle müteallik hukuk vasitasile hakikî bir surette nüfuz ettiğini müdafaa eylemek belki de mücerred bir iddia olmayacaktır.

Mutlak monarşinin sukutu zamanında, eğer ceza kanunlarının büyük ıslahat safhalarının başında bulunan prensiplerin, arzolunduğu şekilde, çok eski menşei varsa, eski hukukla günümüz hukuku üzerinde tesir icra etmiş nazariyeler de o nisbette mudildir. Ceza vermek içtimai hakkının esası üzerinde, kadim zamanlardanberi efkârı ikiye ayıran iki büyük nazariye, bugünkü kadar başka hiç bir devirde derin olarak münakaşa, tenkid edilmemiş, yeniden ele alınmamış ve muhtelif veçheler



altında arzolanmamıştır. Kant'ın, kendisine en tam mânasını verdiği bu nazariyelerden biri, cezayı sadece adalet emperatifi üzerine istinad ettirmekte ve cezaya gaye olarak kefareti göstermekte, içine Bentham ve diğer filozofları alan ikinci nazariye de tenkili lüzumluluğu ve faydacı gayeleri içinde mütalâa eylemektedir.

Fakat, bakılacak olursa, zamanımızın müşterek mantalitesine hâkim fikirlerin teşekkülünde en çok hissesi olan bu yüksek nazariyeler değildir. Bunu, mudiliyeti içinde anlamak için, bütün memleketlerde en mütenevvi veçheler altında tenkil meselesini tetkik eden sayısız çalışmaları hesaba katmak lâzımdır: Kitaplar, broşürler, mecmua ve gazete makaleleri, Meclis ve kongrelerde yapılan münakaşalar ve verilen raporlar, müddeiummilerin iddianameleri, müdafilerin müdafaanameleri, Üniversite kürsülerinde yapılan dersler, konferanslar, ve saymağı ihmal ettiğim diğerleri. Bütün bu şekiller altında ve bütün şu vasıtalarla suçluluğun umumî gidişinin, suç ve sebeplerinin, suçlu ve ihtiraslarının, sevki tabiiyelerinin, psikolojisinin, ceza ve nevinin, müesseriyyetinin, icra ve infazı vasıtalarının meydana koyduğu meselelerin heyeti mecmuası âmme hüküm ve kanaati önünde tartaklanmıştır. Dahası var! Meseleye tahayyül ve tefekkür edebiyatı karışmış, roman ve tiyatro katillerin aşklarını ve en şenî canilerin vakalarını tasvir etmekten hâz duymuştur. İhtirası bütün ifrat ve mübalâğaları içinde mazur gören ve kötülük ve şiddetin temize çıkarılmasını iltizam eden romantizm ve onun şiddetli santimentalizmi jüri kararlarını ve, daha ağırı, üzerinde teemmül olunmaksızın yapılmış kanunları geniş bir ölçüde ve iyice izah etmektedir.

İşte bütün şu umumî fikirler, mantıkî olmak endişesinden âri bir surette, muasır halk hüküm ve kanaatini teşkilde birbiri içine girmiş ve karışmıştır. Umumî mantık, gayri şuurî olarak ve o nisbette sevki tabii ile bu umumî fikirlerden mülham olmuştur; kararnamelerini yazdıkları esnada kanun vazıları, hükümlerini verdikleri sırada ceza hâkimleri bu umumî fikirlere itaat etmişlerdir; tenkili adalet eserine iştirak eden veya bununla ilgilenen bütün kimselerin düşüncesinde bu umumî fikirler hâkim olmuştur. Nazarî olarak, mantıkî bir doktrin kabul ettiklerini iddia eyleyenler bile bu umumî fikirlerin tesirine maruz kalmışlar, ancak vakıalar sahasında hareket ettikleri zaman bu umumî fikirlerden uzaklaşmışlardır.

XIX uncu asrın başlangıcında mutavassıt görüş sahipleri, felsefî metodlarını ceza vermek içtimai hakkının esasını aramağa tatbik etmek suretile, bunu, adalet ve faydacılık nazariyelerinin uzlaştırılmasında bulduklarını sanmışlardır. Ceza kanunu ancak cemiyetin menfaati icap ettirdiği takdirde cezalandırmalıdır, ve bu ceza meşrudur, çünkü kendi-



sinde kefarete gayesi vardır. Bu mektebin nazariyeleri itiraza uğramış ve reddedilmişti; bugün hiç bir filozofun, bunun böyle olduğunu itirafa cesaret edemeyeceğini zannediyorum. Bununla beraber bu nazariye halen cezacıların büyük bir ekseriyeti tarafından kabul edilmiş, ve o, kelimenin hakikî mânasile, klâsik doktrin olarak kalmıştır. Bunun sebebinin neden ileri geldiğini söylediğimi zannediyorum: Bu nazariye, mütemeddin milletlerin, halen müşterek şuurunda yer aldığı şekilde cürüm ve ceza telâkkisine en çok yaklaşan bir nazariyedir.

Öyle zannediyoruz ki arzolunan bu umumî fikirler muvacehesinde, İhtilâldenberi ceza hukukunun yaptığı tekâmül ve bu hukuku mukaddem hukuktan tefrika medar olan hatlar daha iyi anlaşılacaktır.

Her şeyden evvel ceza hukuku, kanunî olmuştur. Bu esaslı ve kaide prensip, ihtiva ettiği tâbirleri, burada nakletmeden geçemeyeceğimiz 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesile ilân edilmişti. Madde 5: «Kanun ancak cemiyete zararlı fiilleri menetmek hakkını haizdir; kanun tarafından menolunmayan hiç bir şeye engel olunamaz, ve hiç kimse kanunun emretmediği bir hususu ifaya icbar edilemez.» - Madde 7: «Bir kimse ancak kanunen muayyen haller içinde ve kanunun emrettiği şekillere göre itham, tevkif olunabilir veya zan altına alınabilir. Keyfi emirler ısdar eden, gönderen veya icra eden veya icra ettirenler cezalandırılmak lâzımdır, fakat, kanun mucibince celbolunan veya yakalanan her vatandaş emre itaat etmek mecburiyetindedir; mukavemeti kendisini suçlu kılar.» - Madde 8: «Kanun, ancak tamamile ve açık bir surette zarurî cezalar ihdas edebilir, ve bir kimse ancak suçtan önce ihdas ve ilân olunmuş bir kanun mucibince ve kanunun bihakkın tatbiki suretile cezalandırılabilir.»

Bu metinler ceza hukukunun ilerilemesini göstermekte ve hür olmak isteyen bir milletin âmme hukuku kaidelerini tayin etmektedir. Bu metinler eski keyfilik yerine kanunilik rejimini ikame eylemektedirler. Bundan böyle, kabili tecziye fiilleri tarif, bunların tahdidî bir surette listesini tanzim etmek ve cezayı tayin eylemek sadece kanuna aittir. O, ne fertleri, ne de eşhası bilmeksizin, berveçhi peşin, umumî ve mücerred haller üzerinde hükümler sevkettiği gibi, ihtirasın sevk ve ilcalarından da kurtulmuştur; herkese, hattâ kendisini yapanlara dahi kabili tatbik bulunduğundan tazyikî mahiyette olmayacağını tahmin kolaydır. Böylece, onun, hiç olmazsa beşerî bir eserin kabil olabileceği ölçüde bitaraf ve âdil olduğu ümit edilebilir. Demek oluyor ki, kanunsuz olarak hiç bir cezanın tatbik edilemeyeceğini beyan etmek suretile ceza kanunlarının karakteri değiştiriliyor ve birdenbire bu kanunlar, ferdi hürriyetin en sağlam ve kavi kaidelerinden biri oluyordu. Tenkili kanunlara müteallik



bu yeni telâkki hem despotizme hem de hudutsuz serbestiye karşı yeni bir mâniya rekzediyordu. Despot, otoritesini icra etmek için heyfi bir surette cezalandırmak ihtiyacındadır. O, emirlerine karşı koyan iradeleri ve kumandalarına itaati reddedenleri sadece bu suretlemdir ki icbar edecektir. Teşriî kuvvetin tavassutunu icap ettiren kanunî ceza hukuku telâkkisi, bu korkunç silâhı elleri içinde parçalamakta veyahut, hiç olmazsa sureti istimalini tanzim etmekte ve onu daha az tehlikeli kılmaktadır. Fakat, diğer taraftan, anarşiye ve âmmenin sükûnile gayri kabili telif bir intizamı içine düşmek tehlikesine de girilmemektedir; zira içtimâî disiplin, müessir müyyedeler ihtiva eyleyen yazılı kanunlar vasıtasile muhafaza ve temin edilmiştir. Menedilmeyen her şeyi yapmağa cevaz vardır: İşte hürriyetin esası; fakat, hiç kimse, kendisini, cezaya düşar olmak muhatarasına arzetmedikçe, kanunun menettiği bir hususu yapamaz: İşte içtimâî nizamın teminatı *Sublege libertas*.

Bu prensipler sırf nazari değildir; bilâkis, bütûn ceza hukukuna nüfuz etmekte ve bir çok ameli neticeler tevliid eylemektedir.

Bu neticelerden birincisi bizzat kanun vazına kendisini kabul ettirmekte ve onu, herhangi bir cezaî hükme, geçmişe şâmil bir tesir bahşetmekten meneylemektedir. Bir memleketinde hürriyetin hakikî olarak temin edilebilmesi için, vatandaşın meriyetteki kanunlara müracaat suretile, bu kanunlarda yapması ve yapmaması icap eden hususlar hakkında kat'î bir cevap bulması lâzımdır. Vatandaşın, lâkayd olarak bakmağa ruhsatlı kılındığı, bunun gibi kanunun hiç bir cezaya tâbi tutmamış bulunduğu bir fiilden dolayı mallarından, hürriyetinden ve hayatından mahrum edilememesi iktiza eder. Bazı memleketlerde, şu kanunların geçmişe şâmil olmaması prensipi bizzat Esas Teşkilât Kanunile tayin olunmuş ve, Fransa'da, muhtelif Teşkilât Kanunlarından ancak bir tanesi bu prensipi zikretmiştir. Fakat 1875 Esas Teşkilât Kanunları mesele üzerinde sakittir ve, haddizatında Fransa'da kuvvei kazaîyenin, kanunların Teşkilâtı Esasiyeye muhalefetini tayin ve takdir bakımından hiç bir salâhiyetinin mevcut olmadığı malûmdur. Medenî Hukuk müellifleri ise, Medenî Kanununun 2 nci maddesini şerh ederken, kanun vazınının, istikbal gibi maziyi de sarahaten tanzim eyleyen metinler vazetmek salâhiyetine malik olduğunu birbiri ardınca tekrar etmektedirler. Bunlar, bazı hallerde, prensipe buna müşabih istisnalar yapmanın zarurî olabileceğini de ilâve ediyorlar. İhtiyatla telâkki edilmek şartile, bu doktrin, hususî hukuk hükümlerinin bahse mevzu olduğu hallerde kabul edilebilir. Fakat ceza kanunlarına müteallik ahvalde bu telâkki tarzının kabulü adimülîmkândır. Hiç bir hikmeti Hükûmet, hiç bir istisnâî hal, modern âmme hukukumuzun bu kadar esaslî bir kaidesinin ihlâlîni haklı göstermeğe vesile olamıya-

cağı gibi, mazur da gösteremez. XIX uncu asırda Fransa'yı idare eden otoriter rejimler, en reaksiyoner hükümetler dahi âmme hürriyetlerine karşı benzer bir tecavüz ika eylemeğe ictisar etmemişler, ve, İhtilâlden-beri, ceza kanununun geçmişe teşmilinin hiç bir misali görülmemiştir. Böylece, bu prensip, herkes tarafından riayet olunan ve, kendisini, nasafet ve hakkaniyetle olduğu kadar, memleketimizde asırlıktan daha fazla ananelerin kudretile de kabul ettiren şu teamüli Esas Teşkilât Hukukunun bir kısmı olarak mütalâa edilmek lâzımgelir. Eski hukukçularımız buna müşabih prensipleri bir *Lex sacrosancta quae reges ipsos adstrinigit* diye isimlendiriyorlardı.

Ceza hukukunun kanuniliği prensipi sadece, ancak müstakbele muhafaz hükümler vazedeabilecek olan teşrii kuvveti tahdid etmekle kalmaz, aynı zamanda, tenkil mevzuunda icrai ve idari kuvvetleri de her türlü müdahaleden meneder. Bundan dolayıdır ki hükümdar tarafından ısdar olunan hapis ve tevkif emirnameleri iptal olunmuş, Devlet hapishaneleri tahrip edilmiştir. Bastille'in alınması bu hürriyetçi fethin sembolik bir zaferi olmuş ve Fransız şuur ve vicdanı bunda asla aldanmamıştır. Şüphesiz, birinci Napolyon, yeni bir şekil altında gizlemek suretile, bu müesseseleri tekrar ihya etmeği aradı. Daha sonra, biraz önce mevzuu bahsolunan fiilleri ika eyleyen ve haziran âsileri diye anılan kimseler kütle halinde müstemlekelere nefyedildi ve üçüncü Napolyon emniyeti umumiye kararnamelerini ısdar etti, muhtelit komisyonları tesis eyledi, ve, hiç bir kazai tahkikata ve muhakemeye lüzum hissetmeksizin, müstemlekelere nef' cezası ve sürgün cezaları emretti. Fakat neticede bu reaksiyoner teşebbüsler muvaffakiyet ihraz edemedi; sadece, bu reaksiyoner teşebbüslerin âmme hürriyetleri bakımından arzettiği muhatarayı göstermekle iktifa etti.

Ceza hukukunun kanuniliği prensipinin tesirâtı bundan ibaret değildir. Bu prensipin mevcudiyeti neticesi, icrai ve idari kuvvet, sadece, bizzat ve keyfi bir surette cezalandırmak hakkını kaybetmemiş, aynı zamanda, tecrim eylemek, yani, emirlerini tenkilî bir müeyyede ile tehiz etmek hakkını da kaybeylemiştir. Her ne kadar idari nizamname ve talimatnamelerde mevcut hükümlerin ihlâli kabili tecziye ise de, bu kanun vazununun şekli bir tevkilinin neticesidir ve, cezanın kendisi daima kanun tarafından tesbit ve tayin olunmuştur.

Şüphesiz XIX uncu asır boyunca icrai kuvvetle teşrii kuvvetin bazan birbirine karıştığı görülmüştür. Birinci Napolyon ve Marie-Louise, imparatorluk Esas Teşkilât metinlerinin elâstikiyeti sayesinde, kanun kuvvetini haiz kararnameler ısdar etmişlerdir. Suçlar tesbit ve cezalar tayin etmiş olan bu kararnamelerden bazıları bugün dahi meriyettedir.



Prensipiere yapılmış olan şu istisna, Napolyon'un, Fransa'ya empoze ettiği müesseselerin reaksiyoner temayüllerile kabili izahtır. 1848 geçici hükûmetinin, 1871 milli müdafaa hükûmetinin, 1851 darbei hükûmetile iş başına gelen diktatoryal hükûmetinin kanun kuvvetindeki kararname-leri arasında dahi ceza hukukuna müteallik hükümler bulmak mümkündür. O zaman İhtilâlin içinde bulunulmakta idi. Esasen Restauration buna müşabih bir teşebbüste ademi muvaffakiyete uğradı ve temmuz vekayii onuncu Charles'in Emirnamelerinin ısdarına sebep oldu. Bilâkis kanunilik prensipine 1914 harbinin bütün süresince riayet olunmuştu Cümhuriyet hükûmeti hikmeti hükûmet iddiası altında bu prensipin ihlâlinin zarurî olduğuna inanmadı; o, kuvvetli bir iktidarda bulunması meşrut enerjinin, kanunun ihlâli cihetine gidilmeksizin tasavvur olunamayacağı düşüncesinde bulunanların telkinlerine kendisini kaptırmadı. Böylece tecrübe, en hailevi ve istisnai haller içinde, hattâ vatanın tehlikede olduğu zamanlarda dahi, tecziye ve tenkil eylemek zaruretinin, ferdi hürriyetin teminatı ile asla uzlaşamaz bir keyfiyet olmadığını ispat etti.

Nihayet ve daima aynı prensiplerin neticesi olarak, kuvvei kazaiyenin hududları da çizilmiş bulundu. İngiltere'de ferdi hürriyetin himayesi hâkimlerin vesatetinde arandı. Ferdi hürriyeti teminat altına almak için, hiç bir vatandaşın, hâkimin emri olmaksızın - bu hâkime örf ve âdet hukukunun ve jürisprüdansın karanlıkları içinde, hem kabili tecziye filleri, hem de cezaları tayin etmek için geniş bir kudret bahşolunmak suretile - cezalandırılmıyacağı ve hapis olunmayacağı kâfi geldiği zannedildi. *Habeas Corpus* İngilizlere liberal müesseselerin daima bel kemiği mesabesinde görüldü. Bizde, 1789 İhtilâlini yapanlar, tefriki kuvayi daha da ileri götürdüler. Filhakika İhtilâlciler, keyfiliğin, hâkimlerde bile, tehlikeli olduğunu, hâkimlerin de hatâ yapabileceğini, çünkü bunların da birer insan olduğunu ve bu itibarla bizzat hâkimleri dahi kanunun otoritesine tâbi kılmak lâzımgeldiğini düşündüler. Hâkimler kanunu tatbik etmelidirler, fakat kanunu yapmak hakkını asla haiz olmamalıdır. Neticede, hâkimlerin, her türlü teşriî kaide vücude getirmeleri men edildi ve, salâhiyetleri, kendilerine arzolunan ihtilâflı işleri, sadece rüyet ve muhakemeye inhisar ettirilmek suretile tahdid olundu. Ceza hukukunda kanun sakit ise, hâkimler onu itmamdan ictinap etmek mecburiyetindedirler, böyle hallerde yapacakları şey suç failini cezalandırmamaktır. Bu esasa teferru eden diğer bir netice de hâkimlerin metinleri harfiyyen tefsir etmekle mükellef tutulmuş olmalarıdır: Hâkimlerin, aşikâr ve açık olarak yapmaları menolunan bir şeyi, bilvasıta ve dolambaçlı yollardan giderek yapamamaları icap eder; filhakika, bir metni, tâbirlerini genişleterek ve onun hakikî mânasını tagyir eyliyerek tatbik



ederlerse, birinci vazifelerini ifa edemezler. Suçlu zannolunan ve belki de cezalandırılması faydalı ve haklı telâkki edilebilecek olan bir kimseyi, ceza hukukunun kanunilik vasfının yüksek prensipini ihlâl etmektense, beraet ettirmek evlâdır.

Bununla beraber, İhtilâl kanunları, bu prensipin tatbikinde ifrata gitmişlerdi. Cürümlerden bâhis Kanun sabit cezalar sistemini kabul ediyordu: Hâkimin, cürmün mevcudiyetini tesbit ettikten sonra yapacağı iş, kanunî metinle tayin olunmuş cezayı tatbik idi. Sadece cünha ve kabahatlere müteallik kanun bu şiddeti tahfif ediyor ve hâkime bazı muhayyerlikler bırakıyordu. Kanun vazı, cezaların kanuniliği prensipine böyle bir neticenin teferru etmesi lâzımgeldiğini zannetmiş bulunuyordu.

Bu suretle ve artık keyfilikten korkmağa mahal yoktu. Fakat tatbik edilmeğe başlanır başlanmaz, sistemin, eşyanın hakikatile olduğu gibi, en iptidaî adalet hisleriyle de hali taaruzda olduğu görüldü. Bu sistem, akıl hastası olmıyan her insanın kanunî bir mesuliyeti olduğunu bir mütearife (axiome) olarak kabul ediyordu. İmdi, söyliyelim ki bu nazari kanaat, âmme şuurunun itimadına mazhar olmaktan çıkmıştır. Bilâkis, âmmenin şuur ve kanaati, cezayı ferdlere göre değişebilen mesuliyet derecesi üzerinden ölçmeği iddia etmektedir. Objektif olarak ve sırf faydacı bir noktai nazardan bakıldığı takdirde dahi, denebilir ki, suçlar, kendilerine refakat eden, ve, fertlerin namütenahî tenevvülerine göre değişmesi dolayısıyla kanunun önceden tesbite takatı olmıyan hallre göre az veya çok şiddetle tecziye olunmak lâzımdır. Nihayet, suçlunun ıslahı daima aynı muameleyi icap ettirmez, ve, filân hırsız bir kaç günlük hapis cezası ile ıslah eylemeği ümid edebilmeğe bedel, müşabih bir suçun faili falan, aylarca sürecek ağır hapis cezası ile korkutulamiyabilir.

XIX uncu asır bu hatâları tashih etmiştir. 1810 Kanunu, bütün muvakkat cezalar için, arasında hâkimin serbestçe hareket edebileceği bir azamî bir de asgarî had tesbit ediyordu. Adı geçen Kanun sabit cezaları sadece müebbed cezalar için muhafaza etmişti. Fakat bu sistem yine de haddinden fazla sert olmakta devam ediyordu. Bunun pek tabii bir neticesi olarak, hâkimlerin ve jüri âzalarının vicdanları üzerinde tazyik yapmak, mahzuru dai olmaktan halî kalmadı. Filhakika hâkimlerle jüri âzalarının, kendilerine ağır gelen ve adalet hislerini rencide eyleyen cezayı vermek, veyahut da suçluyu beraet ettirmek gibi iki şıklı bir muhayyerlik içinde bırakılmış olmaları, onların ikinci şıkkı tercih etmekte olduklarını göstermekte gecikmedi. Bu suretle, behemehal kanunda yazılı cezayı vermek hususunda mübalâğa olunması, tenkili zaafa uğratması dolayısıyla bu esası bir defa daha teyid etti; filhakika kanunda yazılı cezalar tatbik olunmamağa başlandı. İşte bütün bu sebeplerden dolayıdır ki,



1824 ve 1832 kanunları, takdiri hafifletici sebepler sistemini kabul eylemek suretile, bütün cezaları tenzile, ölüm cezasını hürriyetten mahrum edici cezaya, müebbed cezaları muvakkat cezalara ve, cürümlere mahsus olup da miktar itibarile en az şedid olanları cünhalara mahsus cezalara kalbeylemeğe cevaz verdi. Bazı cünhalar için daha da ileri gidildi, ve, asgarî had 1 frank para cezası olarak tesbit edilmek suretile, bu asgarî, aşağı yukarı bilfiil sifira müncer oldu. Böylece, kazai keyfilik diye tavsif olunabilen, ve, cezaların kanuniliği prensipi ile, bu cezaların tatbikinde hâkime verilmesi zarurî olan salâhiyeti telif eden yeni bir kazai telâkki teessüs etti.

Fakat bu noktada meseleyi mübalâğa etmekten ve, cezanın şahsileştirilmesi iddiası altında, dolambaçlı yollardan gitmek suretile eski suiistimallere avdetten ictinab eylemek lâzımdır. Halî hazırdaki temayülün, hâkimin salâhiyetlerini tezyide müteveccih olduğu gayri kabilli itirazdır. Bugün artık cezalarda asgarî haddin tamamile kaldırılması taleb olunmakta ve bazı memleketler kanunları bu yola girmiş bulunmaktadır. Jürinin sadece suçluluk kararını vermekle iktifa etmeyip, ceza tayini kararının da jüri tarafından verilmesi, yani «jürinin cezaya hâkim» olması istenmektedir. Fakat unutmamak lâzımdır ki, cezanın - hiç kimse nin hasf edilmesini talep etmediği - azamî haddi müttehimlerin menfaatini vikaye ediyorsa, asgarî haddi de cemiyetin menfaatini temin etmek bakımından zarurîdir. Tecrübe, jürinin kendisini kolayca tesamühe kaptırdığını, meslekten olan hâkimin muhakeme etmek itiyadının da, cezaları tedricî bir tenzile sevkettiğini göstermektedir. Mahzuru muhakkak olan kısa müddetli hürriyeti bağlayıcı cezalara sık sık başvurulmasının yegâne sebebi budur. Kanun vazı, müstemlekeye nefyetmeğe müteallik kanunun (Loi sur la relégation) [\*] tatbik edilebilmesini temin bakımından, sabit ceza sistemine avdet etmek mecburiyetinde kalmıştır. Cezaların kanuniliği sisteminin mantıkî bir neticesi olan asgarî had, tenkilin salâbetini muhafaza etmek için zarurîdir.

Buraya kadar, İnsan ve Yuddaş Hakları Beyannamesile ilân olunan ceza hukukunun kanuniliği prensipinin ehemmiyetini göstermiş bulunuyoruz. Söyliyelim ki adı geçen Beyanname bununla iktifa etmemiş, baş-

[\*] 27 Mayıs 1885 tarihinde ısdar olunan bu kanunun birinci maddesine göre, relégation, gayri kabilli ıslah ve tehlikeli «mükerrirler» in Fransız ana vatanından uzaklaştırılıp, Fransız müstemlekelerine veya himayesi altında bulunan topraklara sürgün edilmesini tazammun eder; Fransız müelliflerine göre relégation'da cezadan ziyade, bir emniyet tedbiri mahiyeti vardır.



kaca yenilikler de ihtiva eylemekte bulunmuştur. Filhakika Beyannameye göre, «ister himaye etsin, ister cezalandırsın, kanun herkes için müsavidir» ve «bütün vatandaşlar kanun nazarında müsavidir». Bütün milletlerin modern âmme hukukuna hâkim olan, ve, neticeleri hususî hukuk ve malî hukuk üzerinde aynı zamanda görülen bu prensip, ceza hukukunda, herkesin aynı kanunî mecburiyetlere, aynı müeyyidelere tâbi olduğunu, ve herkesin aynı hâkimler tarafından ve aynı şekiller içinde muhakeme olunacağını ifade etmektedir. Yalnız, hemen söyliyelim ki, bu müsavatın mutlak olmadığını ispat eylemek kolaydır. Ferdî mülkiyeti ve binnetice iktisadî müsavatsızlığı esas alan bir cemiyette, para cezalarının, zenginlere nazaran fakir kimseler üzerinde çok daha hissedilir tesirler husule getireceğinde şüphe yoktur. Fakat buna mukabil, diğer cezalardan bir çokları da zenginler üzerinde ağır neticeler tevliid eder. Bazı haklardan mahrumiyeti müstelzim cezaların bir çoğu, profesyonel suçlular üzerinde aşağı yukarı tesir husule getirmez. Kanunî mahcuriyet cezasının bir serseri veya bir dilenci üzerindeki tesiri ne olabilir? Terzili cezaların, yüksek bir içtimaî itibar ve mevkie sahip olmuş bir şahıs üzerinde çok şiddetli tesirler icra edeceği bedihidir. Hürriyeti bağlayıcı cezalara katlanmak bile, mazilerine, içtimaî durumlarına, mizaçlarına, huy ve tabiatlarına göre, insanların bazıları için daha meşakkatli, diğer bazıları için daha kolaydır. İşin bir muhasebesi yapıldıkta, hürriyeti bağlayıcı cezaların ekseriya serveti sâman sahipleri ve refah içinde yaşayanlar üzerinde şiddetli aksülâmeller tevliid eyliyeceği görülür. Hiç bir tekâmül, hiç bir inkılâp ve teceddüd, insanların aynı bir muamele muvacehesinde, aynı fenalıkları hissetmesini, ve aynı surette ıztırap duymalarını asla temin edemez.

Mutlak müsavatı temin etmek imkânsız olmakla beraber, söyliyelim ki, insanların kanun önündeki müsavatı prensipi eski hukukun aşikâr haksızlıklarından birini ortadan kaldırmış ve keyfiyet, ehemmiyetini reddetmek mümkün olmıyan bir tekâmül vücude getirmiştir.

Vicdan hürriyeti de, İhtilâlin, ehemmiyetten âri bir zaferi olarak mütalâa edilmemek lâzımdır. Muasır Devlet metafizik ve teolojik meseleli halletmek iddialarını terketmiş ve, cemiyeti teşkil eden fertlere, şu veya bu iman ve akideye bağlanmalarını, aksi takdirde, işkencelere maruz bulundurulacaklarını veya, tecziye olunacaklarını tahmilden feragat eylemiştir. İşte bunun neticesi olarak, sadece sihirbazlık ve büyücülük gibi imajiner suçlar değil, aynı zamanda irtidat, dinî akidelerde dalalet yoluna gitmek, Papa otoritesini tanımamak gibi cürümler de kanunlarımızdan çıkarılmıştır. Bununla beraber, taassup zihniyeti bu hareketlere zaman zaman mukabelede bulunmakta gecikmemiştir. Bunun neticesi

olarak da Restauration devrinde, Temmuz İhtilâlinin akabinde ilga edilmiş olan ve mahiyeti itibarile hristiyanlığın esaslarına vaki şetim ve hakareti tecziye eyleyen Sacrilége kanunu ile, XIX uncu asrın sonunda ortadan kaldırılmış olan ve mahiyeti itibarile hristiyanların pazar günleri âyinlerine gitmeleri mecburiyetini, ve bu mecburiyete riayetsizliğin müeyyidelerini ihtiva eden Pazar kanunu ısdar olunmuştur. Bugün hâlâ dinî toplulukları mahsus hüküm ve şekillere tâbi bulunduran kanun, belki de, bu hatâyâ teferru eden bir netice olarak mütalâa edilebilir. Keyfiyet toplulukların, âmmenin selâmetini tehdid etmesi düşüncesinden neşet etmekte, ve, bu itibarla Devletin bunları esaslı bir nezarete tâbi tutmak ve hattâ bazı hallerde bunların teessüs ve teşekkülünü meneylemek hak ve salâhiyeti var idi ise, hepsinin, hattâ dinî mahiyette olanların da, müşterek hukuka tâbi kılınmaları icap ederdi. Fakat, netice itibarile dikkat edilecek olursa, bütün bu kanunların, dinî olmaktan ziyade siyasî gayeleri vardır. Yabancı memleketlerde, bilâkis, bazı kanunlar, metinlerinden dinî suçları çıkarmamışlardır; meselâ İngilterede Kiliseyi himaye eden eski kanunlar henüz tamamile ilga edilmemiştir. Fakat terakki ve tekâmülün, şu ademi tesamüh fikrinden mülhem olan suçları, ceza hukukundan çıkarmağa taallük ettiği doğru değil midir?

Mademki bu yazılarımızla ceza hukukunun tekâmülünü izah ediyoruz, İhtilâlin ceza muhakeme usulüne idhal ettiği, esaslı ıslahatı zikretmemek imkânsızdır. İhtilâl, ceza muhakeme usulüne alenilik ve vicahilik vasıflarını verdi: Maznun, suçlu addedilmediği müddetçe masumdur, müdafaasını serbestçe yapması müemmindir, yemin etmez, avukat bulundurabilir, delilleri tetkik eder, ve, suçlar hakkında verilecek hüküm jüriye mevdudur. İngilterede tekevvün etmiş olan bu kaideler, her türlü liberal usulün, daha yerinde bir tâbirle, her türlü rasyonel ve beşerî usulün sağlam temellerini vücude getirmektedir. Böyle olmakla beraber, her sahadan daha fazla bu sahada muannid mukavemetlere rastlanmaktadır. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, yapılmış olan küçük çapta tadillere rağmen, bunun aşikâr izlerini taşımaktadır; başka memleketlerde ise bu prensipler umumiyetle küçümsenmiştir. Bununla beraber, hür milletlerin bu prensiplere avdet etmek temayülünde olduklarını müşahede etmek güç değildir. Filhakika bu milletler, daha mükemmel bir adli zabıta teşkilâtı içinde suçluları meydana çıkarmak ve suçu işlediklerini ispat eylemek hususunda en müessir vasıtaları, diğer taraftan da cemiyetin - tehlikeye düçar olmaksızın reddi mümkün olmayın - teminatını araştırmaktadırlar.

İhtilâlin getirdiği yenilikler şiddetle reddedilmiştir. İnsan Hakları Beyannamesi tenkid ve hattâ istihza mevzuu olmuş, aydın bir zekâ bu



vesikaya sadece «tarihi bir değer» atfetmiştir. Zamanımızda iktisadi sahada, hususile mülkiyet, vergi, çalışma hürriyeti ve cemiyetler tesis etmek hakkı bakımından 1789 prensipleri şiddetli ve insafsız tecavüzlere maruz kalmış ve, eski Fransa'nın temel mefhumlarına avdet olunmuştur. Fakat İhtilâlin getirdiği ıslahat, ceza hukuku sahasında her türlü tecavülden masun ve hattâ nihâi kalmış görünmektedir. Bunun sebebini, bu ıslahatın mütemeddin milletlerin evrensel şuurunda kazandığı ve kazanmakta devam eden tasvipte aramak lâzımdır. Tebarüz ettirdiğimiz, ve İhtilâlin pozitif hukuka idhal eylediği kaideler bugün artık iptizale uğramıştır. Bunun sebebini, kendisinden rahat rahat faydalanılan bir iyiliğin çabuk unutulmasında aramak icap eder. Bununla beraber, bu kaidelerin tahakkuk ettirdiği büyük tekâmül ve terakkileri azımsamamak lâzımgeldiği gibi, metrükiyete düçar oldukları takdirde, tekrar zuhur edecek olan ve bu kaidelerin düzeltilmiş olduğu suiistimalleri de nazardan uzak bulundurmamak lâzımgelir. Bu prensip ve kaidelerden uzaklaşıldığı zaman sapılan yolun yanlış, uygun hareket edildiği zaman da doğru olduğu tereddütsüz söylenebilir.

*Tercüme eden:* NACİ ŞENSOY

E. GARÇON