

TAKSİR VE CEZA [1]

I — Sevgi ve taksir dünya literatürünün üzerinde en çok durulan problemlerini teşkil ederler. Her iki mesele ekseriyetle birbirine bağlı olarak vazolunur. İkisi arasında bağ teşkil eden münasebet, sevginin taksirle bulanması, taksirin sevgi ile asilleşmesidir.

Umumen hâkim olan kanaate göre sevgi ile uğraşmak hukukçuya düşmez. Zaten kanunlar da hiç ondan bahsetmezler. Hatta nişanlanma veya evlenmeye esas olmasına bile lüzum göstermezler. Bu husustaki sükûtları mutlaktır.

Halbuki taksirde vaziyet değişir. Bu mefhumun hukuk tekâmülile daimî bir münasebeti vardır. Taksir açıktan açığa haksızlığın unsuru olarak ne kadar önemli bir yer alırsa hukuk ta o kadar kültive bir mahiyet arzeder. Çünkü o zaman devletin haksızlığa karşı reaksiyonu bir şarta, haksızlık işliyenin taksirinin tesbitine bağlı tutulur.

Bu tekâmülü aydınlatan program mahiyetindeki söz: «neticeyi değil taksiri esas tutan ceza hukuku» parolasıdır. Bu parolanın isteği şudur: fiile - hukuk tekâmülünün iptidai safhasındaki itiyada imtisalen - doğurduğu neticelere göre değil failin taksir derecesine nazaran kıymet biçilmek gerektir. Burada taksirin mânası failin hukuka aykırı zihniyetinden ibarettir.

Bu son cümle ile taksirin mahiyetine daha şimdiden işaret

[1] Taksir tabirini kanuna aykırı her ruhî haleti ifade eden umumî bir term olarak kullanıyorum. Yerine kusur kelimesinin kullanılması ilk anda daha munis gelebilirse de muhtevaca daha dar bir mâna anlatır kanaatindeyim.

etmiş olduk. Fakat bu noktada daha bir hayli durmak mecburiyetindeyiz. Çünkü hukukta olduğu gibi psikoloji - hatta tereddüdsüz söylenebilir ki - alelilâk felsefe sahasında da taksir kadar aydınlatılmağa değer hiç bir mefhum yoktur.

Bunun sebebi; taksir mefhumunun muhtevaca mürekkep ve mütenevvî oluşunda saklıdır. Bu mefhum ilk defa ruhi ve bu itibarla şe'ni ve filî bir şeye, insanın kendi fiilile içi arasındaki münasebete işaret eder. Bundan sonra bu münasebete kıymet biçmeyi - hem tamamen menfi mânada olmak üzere - ifade eder. Bu bakımdan taksir mefhumu, aynı zamanda normatif bir unsur da ihtiva ediyor. Kıymet biçmenin ise muhtelif neveleri vardır. İyi veya kötüyü tayin eden ölçü, insanın vicdanından alınırsa kıymet hükmü, ahlâkîdir. Eğer kıymet biçme ilâhî emir muhtevasına göre yapılırsa verilen hüküm, dinîdir. Nihayet aykırılık insan cemiyetinin kanunlarına tevfiikan tesbit edilirse hüküm, hukukîdir. Her hangi bir hâdise karşısında kıymet biçmenin saydığımız şu nevelerine göre insanın mes'ul olarak öne çıkacağı merci de değişir. Birinci halde yani ahlâkî bakımdan menfi bir kıymet hükmü mevzuubahas olduğu zaman bu merci, insanın kendi vicdanıdır. İkinci halde yani dinî bir kıymetsizlik hükmünde kabahatlinin mes'uliyeti, adına Allah dediğimiz daha yüksek bir varlığa karşıdır. Üçüncü hukukî taksir halinde, bundan cemiyet hayatı mutazzarır olacağı için mes'uliyet mercii bizzat cemiyettir. Bu merci değişmesi, taksirli hareketin bünyesinde de bir tahavvülü davet eder. Çünkü ahlâkî bakımdan vicdanın hükmünü davet eden kötü niyettir. Halbuki Allah nazarında - hiç bir şey gizli kalamıyacağı cihetle - sırf kötü düşüncede mes'uliyeti muciptir. Şu halde ahlâk nazariyesinde ve dinde içteki ruhi halete taksir isnat olunuyor. Hukuka gelince vaziyet değişir. Hukuk, cemiyet hayatının Devlet zecrile teminat altına alınmış nizamı olduğuna göre, ruhi halete taksir isnadının haklı olması için bu ruhi halletin cemiyet hayatına müessir bir fiil halinde zahire çıkması gerektir. Çünkü cemiyet hayatı üzerine tesir icra eden sadece **füllerdir**; düşünceler, duygular yahut henüz fiil haline çıkmamış niyetler değil.

Hukukî taksirin bu hususî vaziyeti «Nulla poena sine lege» hukukî prensipile ifade olunur. Bunun mânası «Ceza kanununun

önceden tayin etmediği bir ceza verilemez » dir. Bu prensip bütün kültür sahibi milletlerin hukukî şuur ve idraklerine uymakta ve bundan dolayı bütün modern ceza kanunlarının başında devletçe tanınmış bir hukuk hükmü sıfatile yer almaktadır. Bunun dayandığı esas düşünce şudur : Taksirli bir hareketin cezalandırılması, ancak o fiilin işlenmeden önce ceza tehdidinde maruz bulunması şartile caizdir.

Bu vaziyet açıkça gösteriyor ki ceza tehdidinden beklenen şey, hareketi yapan üzerine tesir etmesidir. Bu da yalnız ceza tehdidinin o şahsın içine, duygu, düşünce ve iradesine teveccüh etmesile mümkündür. Zikrettiğimiz hukuk hükmünün anlattıkları bu kadarla da kalmaz. O, kanunun koyduğu ceza verilmeden önce taksirin bir fiil ile açığa çıkması zaruretini de ifade ediyor. Nihayet taksirli fiilin neden ibaret olduğunu tayin etmenin kanuna düştüğünü başka bir deyimle taksirli fiilin unsurlarını kanunun tesbit etmesi lâzım geldiğini söylüyor.

« Nulla poena sine lege » prensipine şu işaretimizle hukukî taksir meselesinin tenevvüü içerisine girmiş oluyoruz. Vaziyetin daha canlı ve açık bir tarzda görülmesini temin için dilileri müsavî bir üç köşe şekline müracaat edeceğim. Üst köşe (reis zaviyesi) kanunu temsil etsin. Bu takdirde iki yan köşelerden biri taksirli fiili, diğeri de cezayı gösterirler. Bu şekil açıkça gösteriyor ki : Gerek fiilin taksirli oluşu, gerek ona tatbik edilecek cezanın nevi kanunun takdirine bağlıdır. Bu suretle kanunî bir hüküm olmaksızın bir fiile taksir isnat edilemeyeceği gibi bir ceza da verilemeyeceği söylenmiş oluyor.

Şu halde kanun vaznı, gerek taksirin mahiyeti, gerek cezanın gayesi hakkında açık bir fikre sahip olmalıdır. Bununla beraber kanunlar - bazılarınızca hayretle karşılanmağa değer bir tarzda - ne taksirin mahiyet itibarile neden ibaret olduğunu, ne de cezanın hangi gayeleri takip ettiğini bildirmezler. Kanunlar bize yalnız bir kimsenin ne zaman taksirli hareket ettiğini, Devlet cezasının nasıl tertip edileceğini söylerler. Böylece kanun vaznı, tâbir caizse taksirin muhtevasının ve ceza gayesinin tahlilinden ise taksir ve ceza şekillerinin tasvirine kaçıyor. Nazariye bu kaçışa iştirak edemez. Mezkûr kanunların muhtevasile hayat hâdiselerinin realite-

sini uyuşturmak ve bu maksadla da taksirin mahiyeti ile cezanın gayesini aydınlatmak teoriye düşen bir vazifedir.

II — Önce taksirin mahiyeti meselesini tetkik edelim : Kanunlar - evvelce de söylendiği gibi - yalnız taksirin tezahür şeklinden, meydana çıkma tarzından bahsederler. Taksirli hareketin umumî iki şeklini tanırlar. Bunlardan biri kasdî hareket, diğeri ise ihmal neticesi harekettir. Bu iki hareket tarzının cereyanı hususunda bütün kanunlar müttefiktirler. Kim kanunun ceza tehdidi altına koyduğu bir fiili bilerek ve isteyerek işlemişse, kasten hareket etmiştir. Eğer bir kimse ceza tehdidi altındaki bir fiili, onu önleyebilmek için zarurî ihtimamı göstermemek suretile işlerse ihmali tebeyyün etmiştir.

Taksir şekillerinin bu formel tariflerinden taksirin muhtevasına nüfuz etmeğe çalışırsak ilk tesbit edeceğimiz nokta, kasdî hareketin hiç şüphesiz ihmal neticesi harekettten daha büyük mes'uliyeti ihtiva ettiğidir. Çünkü birincide, cemiyet hayatı için zararlı yahut hiç olmazsa tehlikeli bir hâdisenin ikai maksadile, fiilin bile bile işlenmesi, ikincide ise failin iradesi bu neticeye tevccüh etmeksizin böyle bir vaziyetin ihdası mevzuubahstir. Bununla beraber taksir mefhumuna nüfuz işine kasdî fiilden hareketle başlanamaz. Zira dar lâfız mânasile asker düşmanını, cellât ta mahkûmu kasten öldürür. Bununla beraber her ikisinin de hareketleri taksirsizdir. Bunun niçin böyle olduğu da meydandadır: Çünkü düşmanın asker, mahkûmun cellât tarafından öldürülmesi cemiyet hayatına zarar vermiyor, bilâkis bu öldürmeler bilhassa onun lehine olarak yapılıyor. Fakat unutmamalıyız ki bu izah yalnızca kendi düşünce ve mülâhazalarımıza istinaden yapılıyor. Yoksa kanunlar bu türlü mülâhazalar serdetmezler sadece kasdî hareketin failin bilme ve istemesile yapıldığını beyan etmekle iktifa ederler.

Ihmal mefhumuna gelince vaziyet değişir. Kanunlar burada vaziyetin icap ettirdiği ihtimam ve itinanın gösterilmemesinden bahsettiklerine göre, bu tarifte ihmal isnadının neye dayandığı da zikredilmiş oluyor : Bu destek, bizim dikkatsizlik ve teseyyüp dediğimiz bir ruhî vaziyettir. Dikkatsizlikten ancak gösterilmesi istenen bir ihtimama nisbetle bahsetmek mümkündür. Burada

istenme, yalnız bir kaide, muayyen bir nizam tarafından talep edilme mânasına gelebilir. Bu sebeple hukukî mânada ihmal, kanunların tasvirlerine uygun olarak hukuk nizamının dikkatsizlik neticesi ihlâli şeklinde tarif olunabilir. Böylece meselâ bir şoför, fazla sür'at sebeble yoldan sapma mümkün olmamasından dolayı bir kaza yaparsa hareketinde ihmal göstermiştir. Yahut hastalığın seyrindeki tehlikeyi bilmesine rağmen şifa verici seromu vaktinde yapmamış olan hekimin hareketinde ihmal vardır. Bu hallerde şoför ve tabibe isnat olunan taksirin ifade ettiği mâna şundan ibarettir : Bunlar tecrübeleri ve dolaysüle tahsilleri sebebiyle hakikatte vukua gelen hâdisenin illi seyrini önceden görmeğe ehil oldukları halde bunu ya hatırlarına getirmemişler yahut şayet hâdisatın böylece seyri imkân ve ihtimalini düşünmüşler ise bunun hakikatte vuku bulmayacağını zannetmişlerdir. Her iki şıkta da fiili yapanın düşüncesinde hiffet var. Eğer hareketi yapan hakikaten vukua gelen illi seyri asla hatırlamamış yani düşüncesindeki hiffeti hiç bilmemişse bir gayri meş'ur yani bilinmeyen ihmal mevzuubahistir. Kaza ve felâketin vukua gelmeyeceğine emniyet ettiği ikinci halde ise meş'ur yani bilinen bir ihmal vardır. Her ikisinde yani gerek bilinen ve gerek bilinmeyen ihmalde hukuk nizamının tahtısına maruz kalan husus, hareket edenin normal basiret ve ihtiyat ile şahsî gaflet arasında ikincisinin lehine yaptığı tercihtir. Hukuk nizamı her şahıstan hareketinin bilinebilir neticelerini hesaba katmayı ve kötü akıbetleri önleyecek her şeyi yapmayı ister. Bir kimsenin fiillerinin neticeleri bu talebe aykırı düşerse, onun taksir ve mes'uliyeti zahir ve sabit olmuştur.

Bu tahlilden kasdî hareket için de bir netice çıkarabiliriz. Burada faile isnat olunan şey öldürmenin kendisi değil, hukukî nizama mugayir olan bir öldürmedir. Kast ve ihmal, taksirin cevher itibarile ayrı mahiyet taşımakla beraber müvazî istikamet takip eden tezahür şekilleri olduklarına göre kasdî hareket sahasında da taksir isnadı, hukukî nizamın ihlâline teveccüh etmek tabiidir. Bu müşterek noktaya rağmen kasdın hususiyeti mezkûr ihlâlin şururî olarak yani tamamen bilinerek yapılmasındadır. Ceza kanunları cezayı mucip, kasdî yapılan fiillerin tariflerinde

vakıa bu noktayı belirtmezler. Onlar sadece meselâ « her kim bir kimseyi kasten öldürürse ... Birini yaralarsa ... Bir kimse diğer birine ait eşyaya zarar verirse... şöyle şöyle cezalandırılır» derler. Fakat bu türlü bir ifadeye müracaat edilen her yerde söylenmek istenen maksat şundan ibarettir. «Bir kimse kasden ve hukuka aykırı bir hareket yapmak maksadile bilerek şu ve bu fiilleri yaparsa şu ve bu cezalarla cezalandırılır» Bundan dolayı bir icra memuru ile bir hırsız arasındaki fark, bilhassa birincinin başkasına ait malı bir hukukî mükellefiyeti yerine getirmek üzere bilerek almasında, buna mukabil sârikin diğerine ait taşınabilir malı onun rızası (491) olmaksızın almanın hukuk nizamına aykırılığını bilmesinde tecelli eder. Aynı farkı resmî evrakı tanzim eden memurla tahrif eden sahtekâr arasında da aynı şekilde tesbit etmek mümkündür. Evrakı tahrif eden resmî vesikayı tanzim etmekle hukuk nizamına mugayir bir tarzda hareket ettiğini müdriktir. Halbuki memur aynı işi yapmakla vazifesini yerine getirmektedir.

Toplu bir hülâsa : Görüyoruz ki kasdî hareket sahasında da taksir isnadı, hukuk nizamının ihlâlüne teveccüh ediyor. Buna mukabil anladık ki kasdî hareketten dolayı taksir isnadı, kasten bir şey işliyen failin hukuk nizamına aykırılığı bilmesi ve bunu istemesi itibarile ihmal neticesi hareketten doğan taksir isnadın dan ayrılır : Çünkü ihmal neticesi kanuna aykırı bir netice doğuran, bu aykırılığı bilse bile önüne geçmeği ummaktadır. Kasten işlenen bir hareketin, ihmal neticesi yapılan bir fiile nazaran yukarıda zikrettiğimiz veçhile daha ağır bir hükme maruz bulunmasının sırrı da buradadır. Hukukî nizama karşı şuuri olarak yapılan ihlâl onun belki önceden görülen fakat her halde istenmeyen ihlâlüne nisbetle daha şiddetli ukubeti davet eder.

Bununla beraber bu ikisi arasında kalan hâdiseler de mümkündür. Taksirin mahiyetini daha açık kavramk için bilhassa bu neviden, iki sınır arasındaki meseleleri tetkik etmemiz zaruridir.

Bu kabilden kast ve ihmal arasındaki ilk hattı vasıl olarak göze çarpan şey, meşhur dolus eventualis (muhtemel kast) dir. Meselâ bir bina inşasını deruhte eden kalfa inşaatın usulüne göre yapılıp yapılmadığında tereddüde düşüyor. Fakat o vakte

kadar harcanan paranın heba olmaması için, ileride bir kazanın vukuu ihtimalini de göze alarak inşaata devam ediyor. Sonradan ev yıkılırsa mezkûr kalfa yalnız ihmal neticesi değil, belki muhtemel kasdî öldürme, yaralama, eşyaya zarar vermeden dolayı mes'uldür. Çünkü bir kaza imkânını önceden görmüş olduğu halde iktisadi bir zarara katlanmak istemediği için bu ihtimali hesaba katmamıştır. Şu halde o, iktisadi bir zararın kat'i neticesine katlanmaktansa bir kaza imkânını tercihen göze alıyor. Bu suretle inşaata müteallik hükümlere bilerek aykırı hareketinin neticelerini doğuracakları kötü akıbetler bahasına tasvip etmiş oluyor. Muhtemel halin bu tasvibi, hukuk bakımından doğrudan doğruya istenerek yapılan bir hukukî ihlâl müsavî sayılmaktadır.

Aynı misal üzerinde yürüyelim, bu sefer de kazanın vuku bulmadığını, kalfaca inşaat hükümlerini ihlâlin asla idrak edilmediğini kabul edelim. Böyle bir halî hukukçular «hukukî hata» diye tavsif ediyorlar. Kalfa, inşaatın yanlış icra ettirilmesinden dolayı müvahaze edilebilir mi? Böyle bir müvahaze ancak ona, bir hukukî hata isnadı halinde yapılır. Bu isnadın ihtiva ettiği şey, kalfanın inşaata müteallik hükümleri tanıması zarurî iken onları bilmediği noktasıdır. Hatırlıyoruz ki bu isnat, ihmali taksirin ayırıcı vasfıdır. Şimdi acaba hukukî hata isnadının kalfaya dokunmaması da kabili tasavvur mudur? Elbette. Meselâ kalfanın inşaat hükümlerini yazılı şekilde malûm kılınmamış olmaları yüzünden bilmek zarureti mevzuu bahs değilse isnat ona dokunmaz.

Görüyoruz ki hukukî hata hem kabili isnat olabilir, hem de olmyabiilr. Buna göre mes'uliyeti mucip olan ve olmyan hukukî hatadan basholunur. Bununla hukukî taksir nazariyesinin özüne nüfuz etmiş oluyoruz. Hukukî nizama aykırı hareket kendine isnat olunabilen şahıs, bu aykırılığı istemiş yahut istememiş de bulunsa, taksirli hareket etmiştir. İsteyip istememe, onun taksirinin nüanslarıdır ve kast yahut ihmalle malûl hareket mefhumlarile bu nüanslar ifade ve tesbit edilmiş olur. Buna mukabil hukuk nizamına aykırılık nerede kabili isnat görünmüyorsa, orada artık taksirden de bahsedilemez. Daha umumî bir surette bunun ifade ettiği mâna şudur: Gerek ahlâk ve gerek hukuk gibi kaide ilimleri sahasında taksir, filî değil, kaidevî (normatif) bir mefhumdur. Yani taksir mefhumile failin bir

kaideye karşı müvahezeye şayan bir ruhî münasebeti belirtilmiş olur. Taksirli hareketin ruhî bünyesi yani taksir mefhumunun fiili (şeni) unsuru hukuk ilminde normatif unsura nazaran çok ehemmiyetsizdir. Bu ruhî unsuru daha çok aydınlatmak ve meselâ bilmenin, istemenin, dikkatsizlik ve şüphenin mahiyetini araştırmak psikolojinin işidir. Bu araştırmanın neticeleri de ancak umumun malı olmak şartile hukukî telâkki için ehemmiyet kazanabilirler. Hukuk için, bir daha hülâsaten tekrar etmek icap ederse, taksir mefhumunun ruhî - bünyevî cephesi ön safı işgal etmez. Asıl hukuku ilk plânda alâkadar eden failin kaideye karşı ruhî münasebetidir. Bu bakımdan aşağı imkânları hesaba katmak zarureti vardır : Bilerek ve isteyerek yahut ihtimali tasvip ederek hukuk nizamına aykırılık (vasıtasız yahut muhtemel kast) ; hukuk nizamına karşı mümkün tutualn, fakat vukuu muhakkak sayılmıyan bir aykırı hareket (bilinen ihmal) ; yahut failin asla hatırına getirmedeği ve fakat getirmiş olması icap eden bir aykırılık (bilinmiyen ihmal) ; nihayet hatırına gelmesi mümkün olmadığı için failin asla düşünmediği bir aykırılık (mes'uliyetsiz hukukî hata) .

III — İşte ancak taksir mefhumunun bu analizine istinaden cezanın gayelerine karşı kat'î bir vaziyet alınabilir. Taksir esasına istinat eden modern ceza hukukuna göre yalnız taksirle işlenen bir fiil cezalandırılabilir. Yani fiile karşı ceza şeklinde Devlet reaksiyonunun vuku bulması için hareketin taksirli oluşu şarttır. Şu halde taksir ile ceza arasında bir *conditio sine qua non* (lâzımı gayri müfarik) münasebeti vardır. Buna göre cezanın ruh ve mâna kazanması, maksadını yerine getirmesi yalnız taksire teveccüh ve onunla mücadele etmesile mümkündür. İşte bu iddialardır ki adlarına haklı olarak ceza hukuku nazariyeleri de denebilecek olan ceza nazariyelerine karşı vaziyetimizi tayin ve tahdit ediyorlar. Çoktan malûm bir hakikattir ki cezaya, nazari münakaşanın mevzuu olalıdanberi yani takriben milâddan 450 sene evvelinden başlayarak birbirine zıt iki hukuk siyaseti istikametinde tekabül eden iki ayrı fonksiyon izafe edilmiştir : Bir yandan yapılan haksızlığa aynile ve şiddetle mukabele diğer yandan fail üzerine önleyici bir şekilde tesir... Hukuk siyaseti

bakımından bunlardan kefarete düşüncesine istinat eden ilki yani cezayı misil telâkkisi konservatif, ikincisi yani cezanın suçu önleyici mâni tedbir olma fonksiyonu modern ve müterakki bir mahiyet arzeder. Bu vaziyet yukarıda temas ettiğimiz ceza hukukunun netice esastan taksir esasına intikal eden tekâmülile bağı ve alâkadardır. Bir fiili, onun yapılmasında taksir bulunup bulunmadığını nazarı itibara almaksızın, sırf hasıl ettiği tesire göre cezalandırmanın devam ettiği müddetçe cezanın mâna ve ruhunu, yapılan haksızlığı aynen karşılayarak tevazünü temin edecek bir kefarete aramak ve bulmak tabii ve kâfiydi. Bu düşünceye istinaden verilecek cezanın nisbeti âdile ölçüsü : kısas prensipidir ki «başa, baş - göze, göz» formülile ifade olunabilir.

Taksir prensipine dayanan ceza hukukuna geçişle yani cezanın yalnız taksiri görülen faile ve bundan dolayı verilebileceği esasının tanınmasıyla taksir icabatına göre cezanın ruh ve mânasıda değişiyor. Bundan sonra cezanın gayesi (cezadan maksat) taksirli hareketi önleme, ona karşı müessir değildir. Artık ondan beklenen failin üzerinde ruhî tesir icra etmesidir. Bu tesir, iki yol takip edebilir : Ceza, faili müteakip suçlar işlemekten çekindirecek (korkutacak) derecede sert olmalıdır. Diğer yandan ceza o şekilde tertip edilmelidir ki faili düzeltsin (ıslah etsin) ve suçluda tekrar cezayı mücip bir hareket yapma arzusunu önleyecek bir istinat noktası, bir destek yaratsın. Her iki noktaya nazır, yalnız taksir ve ceza arasındaki sıkı münasebeti tekit etmekle kalmıyorlar, aynı zamanda cezanın taksirli harekete karşı muvafık bir mücadele vasıtası olduğunu da ispat ediyorlar. Ne zaman bu mücadelenin akameti zahir olur, yani ıslahı kabil olmayan birisile karşılaşırsa, ceza faili zararsız hale koyacak şekilde tertip olunur. Ceza, bu son maksadı ise fail üzerine ruhen tesir suretile değil, ancak maddeten ve cismen tesir suretile elde eder.

Cezanın çekindirme - düzeltme gayeleri ve zaruret görüldükte faili zararsız bir hale koymaya yaraması taksir ve ceza arasındaki içli ve samimî alâkayı muhafaza ve idameye yaradıktan başka hukuk emniyeti ve âmme intizamını hesaba katmak suretile devlet siyaseti bakımından cezanın takip ettiği maksadı da istihsale müessir oluyor. Cezaca güdülen çekindirme ve düzeltme maksatlarının gerçekleştirilmesi nisbetinde âmme intizamı ve

hukuk emniyetinin artacağını ispat hususunda fazla izahata hiç te hacet yoktur. Zararsız hale getirmenin de aynı istikamette müessir olmasından şüphe bile edilemez.

Bununla beraber bugün de ceza hukuku nazariyecilerinin büyük bir ekseriyeti, cezada kefarete ve kısasın da lâıyk olduğu yeri alması zaruretine kanidirler. Bu dileği haklı göstermek için devlet menfaatini ileri sürüyorlar: halbuki biraz evvel gördük ki cezanın suçu önleyici gayeleri hukuk emniyetini ve âmme intizamını tesise kâfidirler. Bu münasebetle şu noktaya da işaret edebiliriz ki ceza tehdidinin kanunlarda yer alması bile haddizatında umumu çekindirici mâni bir tedbir tesirini icra etmekte yani camiayı hukuka aykırı hareketlerden alakoymaktadır. Bu umumu çekindirici mahiyetteki tesir ise tamamen hukuk emniyeti ve âmme intizamının lehinedir. Şu halde hukuk emniyetine taalûku itibarile kefarete ihtiyaç yoktur. Kefarete ve cezayı misil nazariyesi taraftarlarının kanaatlerini haklı göstermek için ileri sürdükleri ikinci delil, cezanın ahlâkî kıymetinin kefarete tecelli ve tezahür ettiğidir. Bu telâkkiye kat'iyetle ret ve nefyetmek icap eder. Çünkü, ahlâkî bakımdan ceza yalnız taksire bir aksül-amel teşkil ve insanı insanlığa irca ve iade etmesi sebebile meşru ve muhiktir. Daha milâddan önceki beşinci asrın ikinci yarısında Protagoras kefarete ve cezayı misil telâkkisini «yapılan bir şey asla yapılmamış hale konamaz» ihtarile reddetmişti. Bu mütevazi söz, bugün de kefarete telâkkisinin kullandığı silâhları yere indirmeğe kâfidir. Zira kefarete telâkkisi bugün, hukuk nizamının ihlâlden sonra eski haline konması zaruretine istinaden müdafaa olunuyor. Halbuki hukuk nizamının ihlâlini bertaraf etme, ona eski halini iade hiç te zararın ortadan kaldırılması demek değildir. Suçla doğan zararın ortadan kaldırma fonksiyonu hiç te cezaya izafe edilemez. Hattâ para cezası bile zarar görenin cebine değil, devletin kasasına girer. Hukuk nizamı kefarete ve cezayı misille değil, kötülük edenlerin sayısını azaltmak, hukukî nizama karşı isyan fikrini kırmakla temadisini temin eder. Bu maksada gidecek yolu açan ve yürümeyi kolaylaştıran kefarete ve cezayı misil değil, birinci sırada ıslah yani (düzeltme), onun yanında çekendirme ve zaruret hasıl olunca zararsız hale koymadır. Kefarete ve cezayı misil, kendinin mevcudiyet ve temadisi namına

hukuk nizamı tarafından istenmiyor, onun kaynağı ferdlerin intikam ihtiyacı ve hissidir. Intikam hissi ise, taksir ve cezanın karşılıklı münasebetlerini ve taksir esasına dayanan bir ceza hukukunun hakiki ve nihai mânasını idrak etmiş aydınlık bir telâkki karşısında mukavemet hassa ve imkânına sahip değildir.

Türkçeye çeviren
Doçent, Dr.
Yavuz Abadan

YAZAN
Ord. Prof. Dr.
RICHARD HONIG