

II. MEŞRUTİYET DÖNEMİNDE BİR CEZA HUKUKU FELSEFESİ ÇALIŞMASI: SUAD MUHTAR'IN FELSEFE-İ HUKUK-I CEZAIYE YAZILARI^{*,**}

A Study on the Philosophy of Criminal Law during the Tanzimat Period: Suad Muhtar's Publications on the Philosophy of Criminal Law

*Fatma SÜMER^{***}*

İlk eğitilmiş diplomatlarımız arasında yer alan ve aynı zamanda hukuk fakültesi mezunu olan Suad Muhtar, hakkında anı niteliği taşıyan birkaç eserde yer alanlar dışında bilgi bulmanın mümkün olmadığı bir tarihi kişiliktir. Aşağıda yer alan Suad Muhtar'ın hayatına ilişkin kısım, öncelikle ailesi aracılığıyla edinilen bilgilere dayanmakla birlikte, söz konusu çalışmalarda rastlanan bilgilerle teyit edilmeleri durumunda ayrıca bu eserlere atıf yapılması suretiyle yazılmıştır.¹

Suad Muhtar, 1876 yılının Ağustos ayında İstanbul'da dünyaya gelmiştir. Tavaslılardan Konya defterdarı Osmanlı Millet Meclisi Maliye Encümeni üyesi Ahmet Muhtar Bey ile Ayşe Aliye Hanımın oğlu ve ailesinin

* “Felsefe-i Hukuk-ı Cezaiye” yazılarının transkriptleri çalışmanın sonuna eklenmiştir. Çalışmada Suad Muhtar'a ait notlar “Yazarın notu” olarak yer almıştır. Diğer notlar ise tarafımıza aittir. Latinize ettiğim metni gözden geçirerek çalışmaya son halini vermeme yardımcı olan sayın hocam Prof. Dr. Fethi Gedikli'ye teşekkür ederim.

** Bildiri başlığı sehven “Tanzimat Döneminde Bir Ceza Hukuku Felsefesi Çalışması: Suad Muhtar'ın Felsefe-i Hukuk-ı Cezaiye Yazıları” olarak yayınlanmıştır. Bu durumun hatalı olduğu sunum sırasında da belirtilmiştir.

*** Fatma Sümer, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

¹ Yukarıda da belirtildiği üzere Suad Muhtar'ın, yaşamı ve çalışmaları üzerine herhangi bir eser bulunmamaktadır. Suad Muhtar'ın yaşamına ilişkin kısım, yazarın torunu Deniz Aslı Davaz'ın yönlendirmesiyle ulaştığımız ve aile arşivinden yola çıkarak Suad Muhtar'ın hayatını yazmakta olan Yrd. Doç Dr. Birsen Talay Keşoğlu'ndan öğrendiğimiz bilgilere dayanmaktadır.

ikinci çocuğudur. Kimliğindeki ismi Mehmet Suat Davas'tır. Ancak soyadı Türkçenin dil yapısına uygun olarak yumuşatıldığı için genellikle Davaz olarak anılmaktadır. İsmi ise "Kara Suat"², "Sa'ad Muhtar"³ gibi çeşitli versiyonlarda yazılmıştır. Bu farklılık kısmen eski Türkçe alfabesiyle yazılan ismin Latin alfabesine aktarılmasındaki farklı okumalardan ve Soyadı Kanunu öncesinde ismini babasının ismiyle birleştirmiş olmasından da kaynaklanmaktadır. Biz çalışmamızda, ismine ilk kez Karayalçın/Mumcu bibliyografyasında "Sa'ad Muhtar" olarak rastladığımız yazarı, hukuki çalışmalarında kullandığı "Suad Muhtar" ismiyle anmayı tercih edeceğiz.

Suad Muhtar, Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk dışişleri müsteşarıdır. Eğitim süreci, özel bir öğretmenden ders almasının ardından, Osmanlı Hariciyesi'ne bağlı Sicil-i Ahvâl Müdüriyeti tarafından 17 Kasım 1920'de düzenlenen sicile göre, Ayastefanos'ta bulunan Frerler Mekteb-i İdadisi'nde öğrenim görmesiyle başlamıştır. Bu okulda iki yıl eğitim gören Suad Muhtar, 1888 yılında Mekteb-i Sultani'ye kaydedilir ve 1896 yılında bu okuldan tam sertifika alarak mezun olan az sayıdaki öğrenciden biri olur. Daha sonra Darülfünun Hukuk Fakültesi'ndeki eğitim süreci başlar.

Suad Muhtar Mekteb-i Sultani'den mezun olmasının ardından Hariciye Nezaretinde stajyerliğe başlamış ve 1919 yılına değin stajyer olarak çalışmıştır. Stajyerliğinin 5. ayında Mart 1897 tarihinde Bakanlığa Mekteb-i Hukuk'a başladığına ve bundan sonraki işlerine hukuk teori ve pratiği çerçevesinde devam etmek istediğine dair bir dilekçe sunmuştur. Bu dilekçenin kabul edilmesiyle 22 Mart 1897 tarihinde Hariciye Nezaretinde İstişare odasında çalışması öngörülmüş yaklaşık 15 yıl kadar burada görev yapmıştır.

I. Dünya Savaşı'nın yaşandığı 1919 senesinde görevinden azledilen Suad Muhtar, 1921-1922 yılları arasında İktisat Meclis-i Âliyesi'nde üye

² Rıza Nur, **Hayat ve Hatıralarım 3-Atatürk Kavgası**, (Yayına Hazırlayan: Abdurrahman Dilipak), İstanbul, İşaret Yay., 1992, s. 541. Suad Muhtar, arkadaşları arasında da "Kara Suat" lakabıyla bilinmektedir (Bilâl N. Şimşir, **Bizim Diplomatlar**, İstanbul, Bilgi Yay., 1996, s. 204).

³ Yaşar Karayalçın, Ahmet Mumcu, **Türk Hukuk Tarihi Bibliyografyası (1727-1928)**, Ankara, 1972, s. 228.

olarak bulunmuş ve burada devletler özel ve devletler genel dersleri vermiştir.

Milli Mücadele döneminde Ankara hükümetinin yanında yer alan Suad Muhtar, Ahmet Muhtar, Yusuf Kemal ve Yusuf Hikmet Bayur ile birlikte Dışişleri Bakanlığı'nın kurucularından biridir. 30 Nisan 1921 tarihinde Hariciye Nezareti Müsteşarlığı'na atanmıştır. 1923 yılı itibarıyla 9 yıl Roma büyükelçisi, 7 yıl Paris büyükelçisi olarak görev yapmıştır. 1939 yılında Tahran büyükelçisi olarak atanmış ancak görevinin başında olduğu 1941 senesinde kalp krizi geçirerek vefat etmiştir.⁴

Ailesinin elinde Suad Muhtar'ın mason olduğuna ilişkin bir belge mevcuttur. Ancak dönemselsel olarak birçok aydınının o dönemde masonluğu tercih ettiği bilinmektedir. Ayrıca mason locasında aktif bir görevi de bulunmamaktadır.

Suad Muhtar, kişilik olarak sessiz ve agresif biri olarak nitelenmektedir. İngilizler tarafından hazırlanan jurnal niteliğindeki bir rapor çalışmasında Suad Muhtar hakkında şu ifadeler yer almaktadır:

“Suat (Davaz) Bey: 1878’de doğdu. Paris’te hukuk okudu ve 1912’de Bâb-ı Âli’de kâtip oldu. Talat Paşa’nın himayesinde hızlı bir şekilde yükseldi, konsolosluk ve ticari bölümler başkanı oldu. Mütareke boyunca Bâb-ı Âli’de genel idare müdürlüğü yaptı ama Ferit Paşa’nın iktidardan düşmesinden sonra istifa etti. 1923 yılında Ankara’da Dışişleri Bakanlığı Müsteşarı oldu. 1924’te Roma temsilcisi oldu ve Nisan 1924 Roma Büyükelçiliğine tayin edildi. Suat Bey biraz agresif ve insan ilişkileri açısından sıkıcı biridir.”⁵

Hukuki Kişiliği

Suad Muhtar'ın aile arşivinde yer alan bilgiler doğrultusunda, 1919 yılında açığa alınması üzerine Devletler Genel ve Devletler Özel dersleri

⁴ Şimşir, s. 204-219.

⁵ Ufuk Erdem, “İngiliz Elçisi George Clerk’in 1927 Türkiye Raporu (1927 Türkiye Fişlemeleri)”, *Atatürk Dergisi*, C.:3, S.:2, 2014, s. 60.

verdiği bilinmektedir. Ayrıca Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda **Muahadat-ı Nükte-i Nazarından İran ve İran'da Ecnibin Vaziyet-i Ahdiyye ve Hukukiyesi** başlıklı, Mayıs 1332 R. (M. 1916-1917) tarihli ve derginin C.:1, S.:2, s. 121-130 aralığında yer alan bir makalesine rastlamış bulunuyoruz. Yazarın, 2. Meşrutiyet döneminde İstanbul'da çıkardığı İstişare isimli bir de dergi bulunmaktadır.

İstişare dergisi, çeşitli hukuki ve siyasi makalelerin yanısıra çeviri niteliğinde çalışmalar da ihtiva eden, çıkarıldığı dönem için son derece nitelikli bir dergidir. Dergide Suad Muhtar'ın yanı sıra ağabeyi Kemal Muhtar'ın da bazı çalışmalarına rastlanmaktadır.

Derginin çıkarıldığı 1908 yılında Suad Muhtar henüz Hariciye Nezareti'ndeki İstişare odasında çalışmaktadır. Derginin adının İstişare olması Suad Muhtar'ın işine yaptığı bir vurgu olabileceği gibi tamamen tevafuk niteliği de taşıyor olabilir.

İstişare dergisinin kapağında şu ifadeler yer almaktadır: “Müessisi: Suad Muhtar. Müdür ve Ser Muharriri: Muhammed Sâlih. İstişare. Haftada bir def'a neşr olunur hukuk ve siyasetten bâhis, ilmî, edebî mecmuadır.” Derginin birinci sayısı 4 Eylül 1324 R. (17 Eylül 1908 M.) tarihinde yayınlanmıştır. Dergi kapağında ayrıca abonelik ücret bilgilerine yer verilmektedir. Son olarak dergi merkezi; “İstanbul, Mahalli İdaresi, Bab-1 Âli Caddesinde 52 numaralı 5 A Âsâduriyân Matbaası fevkindeki daire-i mahsusadır.” şeklinde gösterilmektedir. Derginin basıldığı yer ise kapağın arkasında yer alan bilgidен öğrenildiğine göre; “Şirket-i Mertiyye Matbaası ve Kütüphanesi, İstanbul, Bab-1 Âli Caddesinde Numara 52” dir.

Derginin ilk sayısında “Mesleğimiz” başlığı altında dergiyi çıkaranların amaçlarına yer verilmiştir. Kanun-ı Esasi'nin düşünce sisteminin, hukukçular tarafından, fakat mümkün oldukça açık bir fikir ve sade bir dil ile anlatılması ve uygulamaya olan aksinin takibi, diğer milletlerin mevcut düzenlerinin ne şekilde ortaya çıktığının siyaset ve hukuk tarihi çerçevesinde anlatılması, esas ve sınırlarının Kanun-ı Esasiden iktibas edilmesi gereken kanun ve adli ve idari düzenlemelerin hangilerinin ıslah ya da tebdile ihtiyaç duyduklarının ve ne gibi yeni teşkilatlara lüzum bulunduğunun açıklanması öncelikli amaç olarak belirtilmiştir.

Toplam 26 sayı olarak çıkarılan derginin son sayısı 12 Mart 1324 R. (25 Mart 1908 M.) tarihinde yayınlanmıştır.

Felsefe-i Hukuk-ı Cezaiye Yazılarına İlişkin Değerlendirme

Suat Muhtar'ın Felsefe-i Hukuk-ı Cezaiye yazıları, *İstişare Dergisi* nin 4 Eylül 1324 R. (17 Eylül 1908 M.) tarihli 1. sayısında 28-32; 12 Teşrinî Sâni 1324 R. (25 Kasım 1908 M.) tarihli 10. sayısında 465-468 ve 1 Kânun-ı Sâni 1324 R. (14 Ocak 1909 M.) tarihli 12. sayısında 762-765. sayfalar arasında olmak üzere 3 nüsha olarak yayınlanmıştır.

İstişare dergisinin çıkarıldığı dönemde Suat Muhtar henüz *İstişare* odasında çalışmaktadır. Yıllar sonra Fransa'ya büyükelçi olarak gidecek ise de henüz yurtdışında uzun süreli olarak bulunmamıştır. Felsefe-i Hukuk-ı Cezaiye yazılarını da önce *Frerler Mektebi*'nde, ardından *Galatasaray* yıllarında öğrendiği, tercüme odasında kullanma imkanı bulduğu Fransızca ile çevirmiştir. Nitekim çalışmalar profesyonel birer çeviri niteliği taşımamanın yanı sıra dağınık bir üsluba sahip, anlaşılması zor metinlerdir.

Birinci yazının ilk cümlesi, yazıların *Franck* isimli Fransız akademisyenin görüşlerinin iktibası niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Ancak çalışmada *Franck*'ın açık kimliğine ve yazılarının nerede yayınlandığına dair herhangi bir bilgi mevcut değildir. Biz araştırmalarımız sonucunda yazıların *Adolphe Franck* (1809-1893) isimli Fransız ceza hukukçusunun **Philosophie du Droit Pénal** (Ceza Hukuku Felsefesi) isimli ve ilk basısı 1864, ikinci basısı 1880 yılında yayınlanan kitabından yapılan alıntı niteliğinde çeviriler olduğu sonucuna ulaşmış bulunuyoruz.⁶

Çalışmanın Türk hukuk tarihi açısından önemi, ceza hukuku felsefesine ilişkin bir başlık taşımasına rağmen yaşanan dönemde kullanılmış olan hukuki terminolojiyi de görme imkanı vermesidir. Bu noktada yazıların çeviri niteliği taşıdıklarını hatırlamak yerinde olacaktır. Dolayısıyla çalışmada yer alan düşünceler *Franck*'a ait olsa da, bunları Türkçeye

⁶ Bu bilgiye ulaşmamı sağlayan Prof. Dr. Tahsin Görgün'e teşekkür ederim.

aktarmada kullanılan ifadeler Suad Muhtar'a aittir ve İkinci Meşrutiyet döneminde kullanılan terminolojiyi yansıtmaktadır.

Aşağıda yeri geldikçe ifade edileceği gibi, yazılarda yer alan tüm terimleri günümüz Türkçesine uyarlamak mümkün olmamaktadır. Örneğin aşağıda tekrar değinilecek olan “müdafaa-i ihtiyatkârâne” ve “müdafaa-i zecriyye” kavramları sırasıyla; “önleyici meşru savunma” ve “zorlayıcı meşru savunma” olarak birebir çevrilebilirler. Ancak bu kavramlar devletsiz toplum düzenini de gözetecek şekilde kullanılmış oldukları için bugün için bir karşılık bulamamaktadırlar. Bizim bu kavramları sözü edilen şekilde Türkçeye çevirmemiz ise anlam daralmasına yol açacaktı. Benzer şekilde çalışmanın bazı yerlerinde “devlet”i başka bazı yerlerinde “toplum”u ifade edecek şekilde kullanılmış olan “heyet-i içtimaiyye” ve “cemiyet-i beşeriye” kavramlarını değerlendirmemizde Türkçeleştirmeden kullanmayı uygundur.

Suad Muhtar tarafından kullanılan “hakk-ı mücazat” tabiri de, Türkçeye “cezalandırma hakkı” olarak çevrilebilecek ise de yazarın zaman zaman hakk-ı mücazatın heyet-i ictimaiye tarafından icrasından söz ettiği görülmektedir. Bu takdirde bu kavram esasen bir yetkiyi ifade edecek ve cezalandırma yetkisi anlamına gelecektir. Bununla birlikte kavramın literatürde de “ceza vermek hakkı”⁷, “cezalandırmak hakkı”⁸ gibi ifadelerle yer almış olması dolayısıyla Türkçe’ye “cezalandırma hakkı” olarak çevirmekte sakınca görmedik.

Çalışmanın çeşitli yerlerinde “hakk-ı müdafaa”, “müdafaa-i meşrua”, “müdafaa-i nefis” gibi ifadeler birbirinin yerine kullanılmıştır. Biz genel anlamın bu yönde olduğu sonucuna vararak tüm bu ifadeleri hal-i hazırda Türk Ceza Kanunu’nda da kullandığımız tabir olan “meşru savunma hakkı” kavramıyla karşılamayı tercih ettik. Nitekim çalışmanın ilerleyen kısımlarında bu hakkın ancak mevcut ya da muhakkak, henüz tamamlanmamış bir saldırı karşısında söz konusu olabileceğinin ifade edilmesi de,

⁷ M. Tahir Taner, **Ceza Hukuku-Umumi Kısım**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından: 434, Hukuk Fakültesi:95, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, 1949, s. 16.

⁸ **A.e.**, s. 24.

kavramın bizim kullandığımız meşru savunma tabirine karşılık geldiğini ortaya koymaktadır.

Düşünüre göre çalışma konusu hakkında dikkatli bir inceleme yapılabilmesi için öncelikle ceza ve cezalandırma hakkı kavramlarının ne anlama geldiğinin anlaşılması gerekmektedir. Bu sebeple düşünür, benzer kavramları tanımlayarak cezalandırma hakkı kavramının diğerlerinden farkını ortaya koymaya çalışmıştır. Nitekim birinci yazıya, “*hakk-ı mücazat, hakk-ı müdafaa, müdafaa-i ihtiyatkârâne, müdafaa-i zecriyye ve ârâ-yı muhtelif*” ifadeleriyle giriş yapılmasından dolayı, çalışmanın bu kavramların ve kavramlara ilişkin çeşitli görüşlerin açıklanması suretiyle kaleme alındığı anlaşılmaktadır.

Düşünür, kavramlar hakkında kendi görüşlerine yer vermiş, ardından konuyla ilgili diğer görüşleri incelemeye başlamıştır. Düşünür öncelikle meşru savunma hakkı ve cezalandırma hakkı arasındaki ayrımı örneklendirmiştir. Tehdit edilen, boyun eğmezse kendisine cebir ve şiddet uygulanan kişinin buna karşı kuvvet kullanması, kendisine saldıran kişinin hayatını tehlikeye düşürecek ölçüde bile olsa karşılık vermesi meşru savunma hakkının kullanılması anlamına gelmektedir; bu eylem kişinin saldırganına ceza vererek adaletin dağıtımına katılması olarak görülemez. Dolayısıyla cezalandırma hakkının kullanılması değildir.

Düşünür bu kavramın ardından “*müdafaa-i ihtiyatkârâne*” ve “*müdafaa-i zecriyye*” kavramlarına yer vermiştir. Bu iki kavram, devletsiz bir toplum düzeni için örneklendirildikleri için pozitif hukukta bir karşılığa sahip değildir. Böyle bir düzende herkesin kendi güvenliğini sağlaması ve cezalandırma hakkının bireyler tarafından kullanılması söz konusu olacaktır. Örneğin komşusunun, kendisini öldürmek ya da hırsızlık yapmak için evine gireceğini öğrenen kişi, onu kendisine zarar veremeyeceği bir duruma getirirse “*müdafaa-i zecriyye*”; ona kendisinden uzaklaşmasını tembihlerse “*müdafaa-i ihtiyatkârâne*” söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu iki kavram arasındaki esas fark, birincisinde sadece sözlü bir müdahale mevcut iken, ikincisinde fiili bir engellenmenin mevcut olmasıdır. Düşünüre göre bu kavramlar da cezalandırma hakkını tarif etmeye yetmemektedir.

Son olarak düşünür, kişinin bir hırsız ya yakalayıp kendisinden çaldığı şeyleri ve hırsızlığından kaynaklanan zararı tazmine zorlaması ya da iftiraya uğrayan kişinin faileri kaybettiklerini iadeye ve iade-i itibara zorlaması gibi durumların da cezalandırma hakkı olmadığını ifade ederken bu eylemleri tazmin müessesesi çerçevesinde değerlendirmektedir.

Düşünür, suçun işlenmesinden sonra, vefakat intikam hissiyle gerçekleşen eylemler hakkında ise, cezalandırma nasıl adaletin bir tecellisi ise, bu tür fiillerin de nefsin ve kin duygusunun bir görünüşü olduğu tespitinde bulunur. İntikam alan kişi haklı ya da haksız olduğunu düşünmemekte, sadece etkisi altında bulunduğu kuvvete itaat etmektedir.

Bu noktaya kadar cezalandırma hakkını benzer kavramlardan ayıran ancak onu tanımlamayan düşünür, hakkın meşruiyeti üzerinde de durmuştur. Cezalandırma hakkının meşruluğu, öncelikle genel ahlâk açısından kötü bir sebepten kaynaklanmasını, ikinci olarak işlenen fiille orantılı olmasını ve cezalandırılacak kişiye karşı adil olunmasını gerektirmektedir. Nitekim ceza, cezalandırılacak kişiye karşı adil olunmasını gerektirmesinin yanı sıra cezalandırma hakkını kullanacak olan kişinin de buna ilişkin bir hakkının bulunmasını gerektirmektedir.

Cezalandırma hakkının varlığının da ispata ihtiyaç duyurmayan bir gerçeklik olduğunu ifade eden düşünür, bunun başkaları tarafından vaz edilmesi ve uygulanması gerekmediğini ifade etmektedir. Bu görüşüne dayanak olarak ise, kişilerin suç işledikten sonra maruz kaldıkları ve aslen bir ceza niteliğinde olan vicdan azabını gösterir. Vicdan azabının varlığı, cezanın, kişinin kavuşmak istediği bir hak olduğunu ifade etmektedir.

Düşünür bu konudaki kısa açıklamasının ardından cezalandırma hakkının bulunup bulunmadığı konusundaki görüşlere yer verir. Nitekim cezalandırma hakkını inkâr edenler mevcuttur. Bu görüşün savunucuları, iyilik-kötülük sorunsalı çerçevesinde cezanın dayanağı olan kötülüğü ve bu çerçevede tartışılan iyiliği reddederler.

Bentham ve öğrencilerinin çalışmalarında ortaya çıkan bu görüş, *“İyilik faideli olan şey, fenalık da fidesi olmayan şeydir, bunları idame için*

mücazat-ı tehdidkarane kafidir.” demekte; böylece cezalandırma hakkının esasını adalet düşüncesine değil kamu yararına dayandırmaktadır.⁹

Bir başka görüş ise iyilik ve kötülüğün varlığını, bu iki kavram arasındaki farkın tespit edilebilmesi dolayısıyla kabul etmektedir. Ancak cezalandırma hakkının heyet-i ictimaiye tarafından kullanılmasının mümkün olmadığını ifade ederler. Zira bunun için insanların neyin iyi neyin kötü olduğunu, suçluluk derecelerini tamamen bilmeleri gerekmektedir. Suçluluk ise sadece vuku bulan fiilden değil, aynı zamanda bazı iç sebeplerden kaynaklanır ki insanlar bu sebepleri takdirden acizdir. Bu sebeple, heyet-i ictimaiye cezalandırma hakkının kullanılmasına imkân verecek olan şartları yerine getiremeyeceği için, cezalandırma hakkından vazgeçmeli ve müdafaa ile yetinmelidir. Görüldüğü üzere bu görüş aslında cezalandırma hakkının dayanağı olarak meşru savunma hakkını görmektedir. Bu görüşün savunucuları olan Locke ve öğrencileri Jan Jack Rousseau ve Grotius cezalandırma hakkının bireye ait olduğunu düşünerek bunun heyet-i ictimaiye tasarrufuna geçmesi için bir sosyal sözleşmenin yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

Kant ve takipçileri ile Crusin, Guizot, Duc de Broghe ve Rossi gibi ünlü düşünürler tarafından savunulan üçüncü görüş ise cezalandırma hakkını salt adalet düşüncesine dayandırmaktadır.

Son olarak soruna biyolojik bir yaklaşım getirerek suçu bir ruh hastalığı biçimi olarak tanımlayanlar bulunmaktadır. Bu görüşün savunucuları cezayı bu hastalıklara karşı bir iyileştirme yöntemi olarak görmektedirler.

Her ne kadar söz konusu görüşleri özetlerken düşünür, ceza kanunlarının ilahi kanunlardan çıkarıldığı yönündeki görüşe de yer vermiş olsa da daha önceki kısımda bu görüş üzerinde durmamıştır.

Düşünür bu girizgâhı yaptıktan sonra söz konusu görüşleri teker teker ele alarak incelemeye başlamıştır. Öncelikle Bentham ve öğrencileri tarafından ileri sürülen, cezalandırma hakkının kamu yararı düşüncesine

⁹ Bentham'ın görüşü ileride “ictimai fayda” ya da “cemiyetin müdafaaası” olarak ifade edilmiş ve pozitivistler tarafından cezanın cemiyete karşı işlenen tecavüzün bir karşılığı, cemiyetin buna karşı tepkisi olarak görülmüştür (Taner, s. 30).

dayandığı yönündeki görüşlerin reddedildiğini ifade eder. Bu reddedilmenin sebepleri üzerinde ise ikinci yazıda durmuştur.

İkinci yazı kamu yararı düşüncesinin cezalandırma hakkına esas alınması gerektiği yönündeki düşüncelere getirilen kısa bir eleştiri niteliğindedir. Bentham'ın, cezalandırma hakkının kamu yararı düşüncesine dayandığı yönündeki görüşünü incelerken, bunu birinci yazıda yer verilen fikirler arasında en tehlikeli ve hataya yol açabilecek olan görüş olarak nitelendirmektedir.

Düşünür Jouffroy'un "Doğal Hukuk Dersleri" isimli eserinde bu görüşü eleştirdiği belirtilmiştir. Düşünüre göre kamu yararını cezalandırma hakkına esas almak kamu yararına aykırı hareket ettiği düşünülen kişinin gerçekte suçlu olup olmadığı araştırılmaksızın cezalandırılması sonucuna yol açacaktır. Örneğin bir şahsa ağır bir suç isnat edilerek o kişinin derhal cezalandırılması temin edilebilir. Hâlbuki bir süre sonra cezalandırılan bu şahsın söz konusu suçun faili olmadığı, gerçek failin ise ortada olmadığı anlaşılabilir. Şayet bu durumda heyet-i içtimaiye bu kişiyi cezalandırmak istemezse bu sefer de adaletin yerini bulmadığı algısı hakim olacaktır.

Düşünür bu durumda masum bir kişiyi yaşatmamanın yaşatmaya tercih edilmesinde kuşku duyulmayacağını belirtir. Bu duruma şahit olan halkın halini ise zararlı bir kurdu ayakları altında ezerek topluma hizmet etmiş gibi gururlanan, vicdani yükümlülüklerini yerine getirdiği inancıyla mutlu bir kişiye benzetir. Düşünüre göre bu durum toplum için büyük bir kusurdur. Ancak bir suçlunun cezasız kalacağı düşüncesi de bir o kadar vahimdir.

Düşünür kamu yararının cezalandırma hakkına esas alınmaması gerektiğini açıklamasının ardından kamu yararından ne anlaşılması gerektiğini sorgular. Bir şahsın özel yararı ile bir grubun, sınıf ya da toplumun yararını ayırt etmek kolay değildir. Örneğin hak kavramı kendisine benzer bir kavram olan imtiyazdan kolaylıkla ayırddedilebilir. Çünkü hak ve adaletin değişmez ve kendine özgü bir görünümü mevcuttur. Kamu yararının ise özel bir görünümü mevcut değildir; bu emel ve heveslerimizin tatmininden ibarettir. Çoğunlukla bir toplumun emelleri ve kendine özgü fikirleri bir başka topluma ait olanların açıkça zıddıdır. Nitekim

Saint Barthelemy katliamı, kamu yararı için gerçekleştirilen vakaların sadece biridir.

Düşünür ikinci yazıyı bitirirken üçüncü kısımda Locke'un görüşlerine yer vereceğini belirtir.

Üçüncü yazının esas soruları, cezalandırma hakkının, meşru savunma hakkının uygulanışı ya da başka bazı menfaatler karşılığında kişilerin kendi haklarını heyet-i ictimaiyeye terk ve tevdiî niteliğinde olduğunun ileri sürülüp sürülemeyeceği sorularıdır. Düşünür öncelikle meşru savunma görüşünün savunucularını cezalandırma hakkını kamu yararı düşüncesine dayandıranlara nazaran hakikate daha yakın bulmaktadır. Zira meşru savunma hakkı, reddedilmesi mümkün olmayan bir hakikattir ve doğal haklar arasındadır. Kamu yararı düşüncesi ise bu tür bir niteliğe sahip değildir.

Bununla birlikte meşru savunma hakkı cezalandırma hakkına ve gerçek adaletin sağlanmasına esas alınmak için yeterli değildir. Düşünür bu konu hakkındaki görüşlerine biraz dağınık bir şekilde olsa da meşru savunma ve cezalandırma hakkı arasında üç temel teorik farka işaret ederek yer vermektedir.

Öncelikle meşru savunmaya, bir saldırgan tarafından açıkça meydana getirilen bir tecavüze ya da teşebbüs edilmek üzere olan, başlangıç hareketleri ortaya koyulmuş bir tecavüze karşı gelmek dışında bir anlam vermek zordur. Halbuki adaletin tatbiki için fail suç işleminin mümkün olmayacağı bir vaziyette bulunmalıdır. Nitekim ceza kanunlarının uygulanacağı kişi, ya silahsız ve tutuklu ya da firar durumunda olan faildir.

İkinci olarak meşru savunma hakkı bazen mücadelenin şiddetiyle orantılı olmaksızın kullanılır ve saldırganın gerçekleştirmek istediği suçtan daha ağır bir fiille karşılık görmesine yol açabilir. Ancak ceza kanunları hiçbir zaman faili suçla orantılı olmayan bir cezaya mahkum etmez. Zira ceza kanunları suçluların ahlâkını düzeltmeye ve ıslaha da imkan tanımakta ve bireylerde suçun vuku bulması sebebiyle oluşan korku ve dehşeti de teskin ederek ortadan kaldırmaktadır.

Üçüncü olarak meşru savunma hakkı, tecavüz ve saldırının gerçekleştirilmekte olduğu ana münhasırdır. Meşru savunmayı cezalandırma hakkının temeli olarak görenler nazarında, tecavüzün sona ermesinden sonra meşru savunma hakkı cemiyet-i beşeriyeye geçer. Cemiyet-i beşeriyenin en önemli görevlerinden biri suçların işlenmesini önlemek olduğuna göre bazı tedbirler alması, bu tedbirler arasında, kişinin suç işlemesi halinde karşılaşacağı cezayı da önceden belirleyerek topluma bildirmesi zorunludur. Locke'a göre şayet suç işleyen kişi, karşılaşacağı cezayı ya da cezanın şiddetini bilmiyorsa cezasının hafifletilmesi gerekmektedir. Zira gerçekleştirdiği fiilin karşılığını bilen kişi belki de o suçu işlemeyecektir. Düşünüre göre bu görüşün taraftarları masum ve mücrim arasındaki farkı dikkate almaksızın sadece ceza kanunlarında yer alan cezaların suçlu gibi görünen kişiye uygulanmasıyla diğer bireyler için ibret teşkil etmesini yeterli görmektedirler. Böylece ceza tehdidi adaletin sağlanması için yeterli sayılarak kişinin suçlu ya da masum olması dikkate alınmaksızın daima mahkumiyetine karar verilmekte ve bu şekilde cemiyet-i beşeriyeye hizmet edildiği zannedilmektedir.

Franck'ın bu ifadelerinden suçlu ve masum arasındaki farkla ne kastedildiği anlaşılammaktadır. Bununla birlikte konu hakkındaki görüşlerini cezalandırma hakkının kamu yararı esasına dayanmadığı gibi meşru savunma esasına da dayanmadığının ispata gerek duymayan bir husus olduğunu belirterek sonlandırmıştır.

Her yazının sonunda bir sonraki yazıda hangi konuyu anlatacağını belirten Suad Muhtar, üçüncü yazının son cümlesinde de bir sonraki çalışmaya suçlunun bir çeşit hasta olduğu düşüncesini taşıyan Docteur Gall'in görüşleriyle devam edeceğini belirtmiş ise de, yazılara devam edilmemiştir.

Çalışmanın, yapıldığı tarihten çok daha önce yazılmış bir kitaptan alıntı niteliğinde olması ve 26 sayı olarak çıkan derginin 12. sayısından itibaren de çalışmalarını yayınlamaya devam eden Suad Muhtar'ın bu çevirilere devam etmemiş olması bu çalışmanın yarım bırakılmış bir ceza hukuku felsefesi çalışması olduğunu ortaya koymaktadır.

Çalışmada görüşlerine yer verilen düşünürlerin isimlerinin okudukları şekliyle Eski Türkçe alfabeye yazıldıkları görülmektedir. Ancak

bazen orijinal yazıma da parantez içinde yer verilmiştir. Bununla birlikte sadece okunuşa yer verildiği durumlar da mevcuttur. Biz çalışmayı Latin alfabesine çevirirken ilk yazımda okunuşun yanısıra orijinal yazıma parantez içinde yer vermeyi, diğer yazımlarda ise orijinal yazımı kullanmayı tercih edeceğiz.

Felsefe-i Hukuk-ı Cezaiye

Fransa Enstitiva âzâsından ve meşahir-i cezaiyundan Fırank'tan¹⁰ muktebestir:

Hakk-ı mücazat, hakk-ı müdafaa, müdafaa-i ihtiyatkârâne, müdafaa-i zecriyye, ârâ-yı muhtelif, “Bentan”ın [Bentham] nazariyesi.

Hakk-ı mücazat mes’alesi gibi bir mevzuu hadde-i tedkikten geçirmek için evvel-emirde bu mevzu hakkında bir fikr-i tam hâsil etmek yani haddizatında mücazat nedir? Hakk-ı mücazat neden ibaretdir? Buraları anlaşılacak icap eder. Bilfarz sokakta giden bir adamın üzerine hücum edilerek evvela tehdidâtda bulunulur, o adam münkad olmaz ise derhal isti’mal-i cebr ve şiddet edilir o da üzerine gelen kuvveti kuvvet ile def’ e çalışır, nihayet muhacimin hayatı[nı] tehlikede bulunduracak noktaya kadar mukavemette bulunur, işte bu hal, müdafaa-i nefstir, hakk-ı müdafaayı isti’mal demektir. Yoksa muhacime kendiliğinden bir ceza i’ta ederek tevzi-i adalete bais olmak değildir.

Heyet-i içtimaiye halinde teşekkül etmemiş, kanunun hüküm ve kuvvetini takdir eylememiş bir kavim, bir memleket tasavvur edelim ki orada herkes kendi emniyet ve asayişini muhafazaya mecbur olsun binânealeyh hakk-ı mücazat da herkesin yed-i iktidarında bulunsun böyle bir yerde (s. 28) faraza bir gün komşunuzun, mamelekinizi aşırnak, yahut sizi katletmek için geceleyin hanenize gireceğini iştirseniz, tabii sizce derhal şu fi’l-i mutasavverin mevki-i icraya vazına meydan vermemek için, hiçbir şey beklemezsiniz, o komşunuzun önüne çıkıp onu kendinize

¹⁰ Adolphe Franck (1809-1893) isimli Fransız ceza hukukçusunun **Philosophie du Droit Pénal** (Ceza Hukuku Felsefesi) isimli ve ilk basısı 1864, ikinci basısı 1880 yılında yayınlanan kitabı kastedilmektedir.

bir ziyan iras edebilecek halden men eder, yahut sizden uzaklaşmasını tenbih eylersiniz, buradaki müdafaa bir müdafaa-i ihtiyatkâranedir, evvelkisi ise bir müdafaa-i zecriyyedir. Bir misal daha zikredelim: Paranızın veya eşyanızın elhâsıl semere-i sa'yinizin sirkat edildiğini anlarsanız, bir müddet sonra nasılsa sârikı derdest edip yalnız sirkat ettiği eşyayı değil, sirkatinden mütevellid bilcümle zarar ve ziyânı tazmine icbar eylersiniz yahut bir tahkir ve iftiraya düçar olursanız, namus ve haysiyetinize, itibar-ı malinize şiddetli bir darbe vurulur, siz de bu ef'alın fail, veya faillerini sizi hal-i sabıkınıza ve kaybetdiklerinizi iadeye icbar eylersiniz. Bu iddia-yı meşru mücazat değil belki taleb-i tazminattır.

Tazminat ise istirdada irca olunabilir çünkü haksız olarak sizden ref' edilen şeyler bilistirdad iade olunur. Bunlardan nümayan olduğuna göre hakk-ı mücazat, hakk-ı müdafaadan büsbütün ayrıdır. Acaba mücazat; ahz-ı sâr ve intikam ile birleşir mi! Lisan-ı kavaninde ve hukuk-ı mevzuada ekseriyetle isti'mal olunagelen bu intikam, ahz-ı sar tabir-i kadîmi, haddizatında mücazâtın efrad yedinden heyet-i içtimaiye yedine tevdiine vesile olan esbabdan sarf-ı nazar edilecek olur ise acaba yine hakk-ı mücazâtın intikamdan başka bir şey olmadığı fikrini ilka edebilir mi? Kabil-i inkar değildir ki ezmine-i kadîmede, insanların hal-i vahşet ve cehalette buldukları zamanlarda, efrad gibi heyet-i içtimaiye dahi akl-ı selîme tebe'iyet etmeyip kendi emellerine itaat etdiklerinden bu gibi birtakım tabirat elsine-i kavanîne bittabi' dahil olmuştur. Mücazat nasıl ki adaletin bir tecellisi ise intikam da kin ve nefsanîyetin bir sûretidir. İntikam alan adam haklı veya haksız olduğunu nazara dikkate almaz, iyi veya fena bir işde (s. 29) bulunduğunu mülâhaza etmez, taht-ı te'sirinde bulunduğu kuvvete tabi olur.

Biraz da hakk-ı mücazâtın kime ait olduğunu ve mücazâtın neden ibaret bulunduğunu tedkik edelim. Mücazat bi-hak ve meşru olmak için iki şart lazımdır:

Birincisi; ahlâk-ı umumîyye nokta-i nazarından fena bir sebebe iktiran etmesi, ikincisi işlenilen fiil ile mütenasip olmasıdır. Mücazat, ceza-dîde olacak adam hakkında adaleti istilzam eylediği gibi onu isti'mal edecek olanın da bir hakkı bulunmasını müstelzimidir. Böyle bir hak nizam-ı

alem için bütün kainatda cari bulunmak icap eder, bunu inkar etmek vicdana ve bütün nev-i benî beşere karşı isyan ve muhalefette bulunmak demektir. Bu kaide-i hakaik hendesiye gibi vücudu kendiliğinden müs-bitdir. Zaten bir kanun yani mücazat kaidesi fikr-i insaniyetin gayri bir sureti değildir.

Bu öyle bir kaide-i müessire ve şedidedir ki aharı tarafından vaz ve icra edilmek ihtiyacından varestedir. Mücrim, Cenab-ı Hak tarafından kalbine ilka edilen bir hiss-i şedidin zebunu olur, fesad-ı ahlâk cihetine mütemayil olamayan insanlar nezdinde fitratın en evvel ilka edeceği te'sir, azâb-ı vicdanîdir. Azâb-ı vicdanî, nedamet bir nev-i mücazat olmakla beraber mücrimin mahrum edildiği hukuka dest-res olabilmek ümidlerini uyandırır zira azâb-ı vicdanî insanda vicdanın daha tamamıyla hüküm ve te'sirini icra etmekte olduğunu, ve ahlâk-ı hasenenin kamilen mahvolmadığını, insanın maneviyattan kamilen maddiyata dönmediğini gösterir. Bunun içindir ki Felatun "İnsan için en büyük musibet, en büyük felaket bir fenalık ikandan sonra istihkak kesbetdiği mücazâtı görmemektir." diyerek azâb-ı vicdanînin ne kadar büyük bir mücazat olduğunu ima etmek istemiştir.

Azâb-ı vicdanî insanın meramından, irade-i cüz'iyesinden kamilen ayrı bir şeydir, ona tabi değildir. Bizi azâb-ı vicdanî ile mahkum eden kanun bir kanun-ı ilahîdir, bunda şübhe yoktur. Bizim mevzu-u bahsimiz ise bu değildir, maksadımız hakkı mücazattan (s. 30), insanların yedine teslim olunup da her an hata ve garaza meyl ve istidadı olan hakk-ı mücazattan bahsetmektir. Böyle bir hakkın mevcudiyetinde efkar muhtelif olup bir kısım hukema ve kanun-şinâsan tâbi oldukları meslek icabınca hakk-ı mücazâtı kâmilen inkar ederler. Zira mücazâtın mebn-i aleyhi olan fenalığı red ve inkar ettikleri gibi iyiliği dahi kabul etmezler ve "iyilik faydeli olan şey, fenalık da faydesi olmayan şeydir, bunları idame için mücazât-ı tehdidkarane kafidir." diyerek esas-ı mücazâtı fikr-i adalete istinad ettirmeyip menafi-i umumiyeye istinad ettiriyorlar. Bu meslek Bentham ve tilmizlerinin mesleğidir. Diğer bir sınıf erbabı ise fenalık ve iyiliği beyinlerindeki fark itibariyle tanımakla beraber hakk-ı mücazâtın heyet-i içtimaiye tarafından icrası aleyhinde bulunurlar ve derler ki heyet-i içtimaiye âzâsından bir ferde mücazat etmek için insanların yed-i iktidarında

olmayan bazı şeraiti ifa etmeleri, hangi şeyin fena ve hangi şeyin iyi olduğunu, derecat-ı mücrimiyeti tamamiyle bilmeleri icab eder, zira mücrimiyet yalnız fi'l-i vaki ile takdir edilemez, bazı esbab-ı dahiliyeden neşet eder ki insanlar onu takdirden âcizdir. Bütün bu şeraitin ifası müstehîl olduğundan heyet-i içtimaiye hakk-ı mücazattan sarf-ı nazar edip yalnız müdafaa ile iktifa etmeli ve esbab-ı müdafaaasını temine çalışmalıdır. Bazıları da yani hukukun şahsi olması tarafdârânı Luk [Locque]'un tilmizleri Jan Jak Rûsû [Jean Jacques Rousseau], Groçyus [Grotius] hakk-ı mücazâtı şahsa atfedip heyet-i içtimaiye yedine geçebilmesi için bir mukavele-i içtimaiyye (Contrat social)'nin vücudu elzemdir derler.

Üçüncü bir kısım yani Kant [Kant] tarafdaranı ve asr-ı hâzır feylesofların ekseri “hakk-ı mücazâtın sırf adalete müstenid olması” fikrinde bulunanlardır. Bu mesleğin, bu mektebin ehemmiyeti şununla tezahür¹¹ ediyor ki Kuzen [Crusin], Gizo [Guizot], Duk do Brugli [Duc de Broghe] ve ceza kanunnamesi müellifi Rûsi [Rossi] gibi meşâhir hep bu fikre bu mesleğe hizmet etmişlerdir. Bir kısım-ı etibba, hususiyle (s. 31) ile-i dimağiyeye etibbası da vardır ki cürüm “ruhun bir nev'i hastalığından, cümle-i asabiyeinin halel-pezir olmasından ibaretdir.” derler ve mücazâtı da bu hastalıklara karşı bir nevi ilaç addedip fail-i cürümü de dehşetli bir mariz farz ederler.

Yukarıdan beri serdetdiğimiz mülâhazat ve mesalikde birkaç türlü efkara tesadüf edilir. Evvela, heyet-i içtimaiye tarafından icra edilen kavanin-i cezaiyenin bir müdafaa-i meşruaya istinad etmesi, saniyen kavanin-i cezaiyenin, kavanin-i ilahiyeden ma'dud olması, salisen kavanin-i cezaiyenin bir mukavele-i içtimaiyyeye müstenid bulunması, rabian kavanin-i cezaiyenin tevzi-i adalet eylemesi, fenalığın fenalık ile men edilmesi fikrinden münbais bulunması, hamisen kavanin-i cezaiyenin gayesi heyet-i içtimaiyyeye muzır olduğu kadar efradından bir hastanın kendine de mazarratı derkar olan marazını teşfiye etmekden ibaret olmasıdır. Hakk-ı mücazâta müteallik nazariyat işte bunlardan ibaret olup bunun menafi-i umumiyeden münbais ve Bentham mesleğinin merdud bulunduğunu makale-i atiyemizde izah eyleyeceğiz.

¹¹ Metinde “tezamur” şeklinde yazılması basım hatasıdır.

Felsefe-i Hukuk-ı Cezaiye II

Bazı hukema ve hukuk şinâsânın hakk-ı mücazata müteallik efkâr ve ârâsını evvelki makalemizde izah ve hakk-ı mücazâtın menafi-i umumiyyeye müstenid idüğü fikrinde bulunan Bentham mesleğinin merdud ve mecruh bulunduğunu beyan eylemiş idik. Bu mekteb mesalikini mücazâtın mebni aleyhi olan fenalığı red ve inkar etdikleri gibi iyiliği dahi kabul etmezler. “İyilik faideli olan şey, fenalık da faidesi olmayan şeydir, bunları arama için mücaazat-ı tehditkârane kafidir.” diyerek hakk-ı mücazâtı fikr-i adalete istinad etdirmeyip menafi-i umumiyyeye istinad etdiriyorlar. Birinci makalemizde tedkik eylediğimiz efkâr ve ârânın en mühliki, en hata-âlûdı, şübhesiz bu meslek olduğu zahir ve hüveydadır. Hususen ki Bentham nazariyesi ahlâk nokta-i nazarından kemal-i şiddet ve muvaffakiyetle ve delail ve berahin-i muknia' ile red ve cerh edilmiştir.

Esasen âli olan tabiat-ı beşeriyeyi dereke-i süfliyyete indirmek için onu her dürlü hukukundan mahrum etmek esasına istinad eden nazariye-i mezkura zeval ve indirasdan daima masun olan hikmet-i tecrübiyye esasına müstenid bulunmaktan pek baîddir. Vukuat-ı bahire-i tarihiyye ve kanaat-i vicdaniye-i kat'iyye bu nazariyenin ma'kusini tamamıyla müsbittir. Meşahir-i hukukiyyundan Jufrova [Gouffroy] hukuk-ı tabiiye¹² nam eserinde meslek-i mezkûru tenkîden yürüdüğü şedîd mütalaat dahi bu babda pek kanaat-bahş edille teşkil etmektedir. Hukuk nokta-i nazarından işbu mesleğin ne kadar tehlikeli olduğunu beyan eylemek artık bî-faidedir. Kavanini menfaat esasına istinad etdirmekten başka bir kaide tanımak istemeyen bir cemiyet-i beşeriyenin nasıl bir halde bulunacağı edna mülahaza ile tezahür eder. Bu gibi kavaid-i esasiyyeye müstenid kavanine tabi milletlerin hissiyat-ı vatanperveraneleri, halât-ı ruhiyeleri, bedayia meftuniyetleri, namus ve istikamete meclubiyetleri, şân ve şerefe, vatan uğrunda fedakarlığa muhabbetleri (s. 465) tezelzülünden masun olduğu hiçbir zaman iddia edilemez. Bu gibi teferruat noktasından tedkik-i keyfiyete mevzu-ı mesele müsait olmadığından sırf kavanin-i cezaiye nokta-i nazarından ayrılmamak icab eder. Acaba kavanin-i cezaiye bu gibi esas ve kavaid müstenid olsaydı ne gibi netayic tehadüs ederdi?

¹² Jouffroy'un “Doğal Hukuk Dersleri” isimli eseri kastedilmektedir.

Şübhesiz, bir kâtil bir mücrim yerine bir masum, bir bîgünah prangabend hatta idam edilir. Mücrim-i hakikînin cezadîde olması ise sırf bir eseri tesadüfden ibaret kalır. Elverir ki birinin vefatı diğèrinin intikamını yerine getirsın, rastgele biri için verilen ceza diğèri için bir ders-i ibret teşkil etsin. Halbuki adalet-i hakikiye adaleti mahza, asıl mücrimi, asıl kâtili irtikab etdiği cürm ve cinayetle mütenasip bir surette cezadîde eylemektir.

Âbâ-yı İsrailiye Hz. İsa'dan bahs eyledikleri zaman "bir kavmin, bir milletin selameti için bir şahsın mahvolması lâbüddür." kaziyesini dermeyan eylerlerdi. Müteassıbın-i İsrailiyenin pek makbulü olan bu kaide birer hükümet teşkil eden kaffe-i milel ve akvam nezdinde muteber ve mamulün bih idi. Vukuat-ı tarihiyye pek ra'nâ isbat-ı keyfiyet eylemektedir. Gadr ve itisaf şeklinden başka olmayan bu kaidenin usul-i siyasiyede tatbiki ne kadar faide-bahş ise ahval-i hususiyede o derece mühlik ve muzırdır. Mesela bir güruh-ı müteassıbın, bir şahsa ağır bir cürüm, namus-siken bir töhmet isnad eyleyerek hemân o şahsın cezadide edilmesini, dar ağacına çekilmesini musırrâne iddia ve talep ve talep vakıalarının icrasını bittehdid temin ederler. Halbuki bu zavallı, bu biçare ferd kendisine isnad edilen cürmün faili değil, fail-i hakiki ise ortada gayrimevcud. Eđer hükümet o masumu, cürm-i vâkı'nin faili sıfatıyla tecrim etmek istemez ise adalet icra edilmedi, cürüm cezasız kaldı zannı tevellüd eder.

O masumu yaşatmamak yaşatmaktan evla olduğu bî-irtiyâbdır. O halk ise ayakları altında muzır bir kurdu itlaf ile cemiyet-i beşeriyeye hizmet ifa etmiş (s.466) bir adem gururiyle mahzuz, hissiyat-ı vicdaniyesini mesleğine tamami-i riayetle tedib eylemiş bir ademin neş'e-i payaniyle zevk-yabdır. İşte bu hal, cemiyet-i beşeriye için ne kadar büyük şeyndir. Ne kadar muzır bir keyfiyettir bir masumun, bir zavallı bî-günahın namusu, hayatı, ümid-i istikbali bu suretle ayaklar altında eziliyor, kırılıyor. Fakat zat-ı mesele cemiyet-i beşeriye için ne kadar tehlikeliyse halkın, ammenin bir mücrimin mücazatsız kaldığına kâni olması keyfiyeti de o kadar vahimdir, acıdır. Bu meslek erbabının, bu nazariye muakkiblerinin efkar-ı umumiyece hiçbir suretle hüsn-i telakki edilmediklerini yukarıda zikr eylediğimiz cihetle artık bu babda fazla delail serd ve ityanına mahal görülemez, hakk-ı mücazatın menafi-i umumiyeden inbias eylemediği şöylece anlaşıldıktan sonra menafi-i umumiye tabir eylediğimiz

esas nedir? Şu nokta-i mühimmeyi de hadde-i tedkikten geçirelim: Bazı kavanin-i cezaiye ve müessesat-ı hukukiyenin üssülesasını, mebnasını menafi-i umumiye teşkil eder. Bir şahsın, bir ferдин menfaat-i hususiyesi ile bir cemiyetin, bir sınıfın, bir halkın menfaat-ı umumiyesini nasıl tefrik edeceğiz. Gadr ve i'tisaf adaletden; hakkı, imtiyazdan; müsavatı istibdad- dan tefrik etmek mümkündür. Çünkü hak ve adaletin layetageyyer ve umumi eşkal-i mahsusası vardır. Halbuki menafi-i umumiyenin bir şekli mahsus olmayıb âmal ve hevesâtımızın temin ve tatmininden ibaretdir. Ekseriya bir sınıf halkın amel ve efkâr-ı mahsusası diğer bir sınıf halkın âmal ve efkârıyla pek zahir bir tezat teşkil eyler. Hatta bazen bir mühim ekseriyetin arzu ve hevasatı kavanin-i daime-i içtimaiyeye mugayeret-i külliye ile mugayir bulunur. Tarihin zapt ve izah eylediği vukuat-ı müdhişe, hatırası tüyleri ürperten, zihinleri dehşetlere ilka eden "Sent Bartelemi" [Saint Barthelemy]" vekâyi-i ciğer-sûzu kamilen menafi-i umumiye namına ika edilmiş vekâyi'-i elimdir. Fransa tarihinin pek hazin bir sahifesini teşkil eden "Eylül" katliamı hep menafi-i âmme namına icra edilmiş elim, müdhiş vukuat-ı faciâdır. Yine o menafi-i umumiye namınadır ki Amerika'da bir harb-ı hailin (s. 467) ilga eylediği usul-i esaret ibka edilmek isteniliyordu. Milletleri, efradını mahv ve müzmahil eden bundan menfur bir kaide mutasavver değildir. Makale-i âtiyemizde hakk-ı mücazatın müdâfaa-i meşrua şeklinde olmadığı kaidelerini vaz eden "Locke" ve telamizi meslekini izah eyleyeceğiz.

Felsefe-i Hukuk-ı Cezaiye III

Kavanin-i cezaiyenin, ve hakk-ı mücazatın menafi-i umumiyye esası- na istinad eylemediği geçen makalemizde¹³ edille ve berahin-i lâzimesiyle îzah ve isbat edilmiş idi.

Hakk-ı mücazatın, müdâfaa-i meşrûa hakkının basit bir suret-i tatbikinden; yahut hukuk-ı şahsiyenin, diğer bazı menafi mukabilinde terki caiz olan hakkın heyet-i içtimaiyeye terk ve tevdiinden ibaret bir hak olduğu dermeyeran edilebilir mi? Bentham nazariyesine en ziyade temas eden şu sualler makalemizin mevzuunu teşkil edecektir. Filhakika evve-

¹³ İstışare numara 10 sahife 465 (Yazarın notu).

lemirde şurası itiraf edilmelidir ki “hakk-ı müdafaa” taraftarını menafi-i umumiye taraftarına nisbetle hakikate daha ziyade yakîn bir meslek takib etmektedirler. Zira bazı ahvalde yekdiğerimize karşı gayet şedid, bazen de yekdiğerimizin hayatını ifna edecek hâlâte sevk ve mecbur eden müdafaa-i meşrûa hakkı gayr-ı kabil-i red ve inkar hakaik-i bedihiyye ve hukuk-ı tabiiyedendir. Menafi-i umumiye esasının ise bu eşkali caiz olmadığı zahirdir. Fakat müdafaa-i meşrûa hakkı tamamiyle hakk-ı mücazata, adalet-i mahzaya esas-ı kafi olamaz. Müdafaa-i meşrûaya, zahir ve mer’¹⁴ bir mütecaviz taraftan vukua getirilen bir tecavüz, mukaddematı teh-yie ve ihzar edilmiş ve hemân teşebbüs¹⁵ edilmek üzere bulunmuş bir tecavüze mukavemetten başka bir suret, başka bir şekil vermek düşvardır. Müdafaa-i meşrûa, kuvvete karşı ibraz-ı kuvvet eylemek, hitam bulmamış bir teşebbüs-i tecavüzkaränenin esbab-ı maddiye-i mania isti’ maliyle men-i vukuuna çalışmak suretleriyle ifade edilebilir. Halbuki, kavanin-i cezaiye ve bu kavaninin” keyfiyet-i tatbikine me’mur mehakim-i adliye kâbil-i isbat bir cürmün gayr-i müsella ve taht-ı mevkufiyyette bulunan veyahut bilakis gayr-i mevku ve hal-i firarda olan failini tecrim ve mahkum eder. Demek oluyor ki adaletin tatbiki için behemehal fail-i cürmün (s. 742) bir fenalık ikına muktedir olamayacak bir halde bulunması icab edeceği tahakkuk ediyor. Diğer taraftan hakk-ı müdafaa mücadele-nin suret-i cereyaniyle, derece-i şiddetiyle bazen mütenasip olmayarak isti’ mal edilir ve mütecavizin ika eylemek istediği cürümden fazla bir suretde failin tecrim edilmesine sebebiyet verilir. Fakat kavanin-i cezaiye hiçbir zaman cürüm ile mütenasip bulunmayan ceza ile mücrimi tecrim ve mahkum etmez. Kavanin-i cezaiye mücrimlerin ahvalini, ahlâkını tehzib ve ıslaha medar olduğu gibi cürmün vukûiyle efrad-ı beşere târî olan havf ve dehşeti de teskin ve izaleye hâdim ve enzar-ı ibret ve intibahı câlibdir. Hatta kavanin-i beşeriye muharip iki kavimden birinin imhasını değil bilakis tarafeynden birini harp ve zarar îka edemeyecek bir hale koymak cihetini tercih etmektedir. Binanaleyh mesrudat-ı ânifeye nazaran Layibnic [Leibnitz]’in bu babda dermeyan eylediği mütalaat pek müşib ve muhıktır. Filhakika hukukundan mahrum edilmiş, ibraz-ı mukavemetten âciz bulunmuş bir düşman ile ne harp edilir, ne de ona karşı

¹⁴ Mer’i kelimesi burada gözle görülen anlamında kullanılmıştır.

¹⁵ Kelimenin son harfinin “te” olması basım hatasıdır.

hakk-ı müdafaa isti'mal edilebilir. Bazıları ferdin isti'mal eylediği hakk-ı müdafaa ile cemiyet-i beşeriye yedine terkedilen hakk-ı müdafaa arasında bir fark görerek kavanin-i cezaiyenin esasını hakk-ı müdafaa esasına istinad ettirmek azminde bulunurlar ve cemiyet-i beşeriyenin yedine terk ve tevdi edilen hakk-ı müdafaayı ise hayat ve mevcudiyet-i beşeriyeyi tehlikeye ilka edenlere karşı kemal-i şiddetle icra ve isti'mal edilir bir hak addederler. Cemiyet-i beşeriyenin başlıca vazifesi teşebbüsat-ı cinaiyyenin mevki-i fiile zuhurunu men etmek olduğu cihetle bu babda bazı tedabir-i ihtiyatkârane vaz'ına mecbur olması pek tabiidir. Bu gibi tedabir-i ihtiyatkârane müracaatla cürmün vukuunda failin cürmiyle mütenasip ne kadar elim cezalara giriftar olacağını cemiyet-i beşeriyenin ihsas etmesi ve bu suretle efrada ibret-bahş olması muvafık-ı nefsülemrdir fakat tehdidin müessir olması ve umumun menafii nokta-i nazarından neticeyi matlubeyi i'ta eylemesi ancak bunun bir şekli icra iktisab eyleyebilmesi ile kâbilidir. Hakk-ı müdafaa evvelce vukua getirilen (s. 743) bir tehdidin mevki-i fiile isali demek değildir zira bazı kere pek büyük bir haksızlık olabilir. Müdafaa-i meşrua ihrazı galibiyetten sonra isti'mali kuvvet ve şiddet demek olmayıp mücadelenin hîn-i devamında ibraz edilen kuvvet demektir. Bu babdaki hak ve salahiyet tecavüz ve taarruzun devam eylediği zamana münhasırdır. Tecavü[z]ün inkızâsından sonra hakk-ı müdafaa cemiyet-i beşeriyeye intikal eder. Nitekim kavanin-i cezaiye ceraim-i hafife için mücazat-ı şedide vaz' etmemiştir. Bilakis tehdidatın yani mücazatın ceraimin derece-i vehameti ile mütenasip olması cihetini nazar-ı itibara almıştır. Tehdidi hakk-ı müdafaanın bir şekli mahsûsu farz ederek o yolda nazar-ı itibara almak istenilirse işbu tehdidin evvelce umum tarafından malum bulunduğunu farz ve tahmin eylemek zaruridir.

Kavanin-i cezaiyenin kaffe-i mevâddı umum halk nazarında, huzur-ı mehakime celb edilenlerce tanınmış olması icab eder. Fransa'da bundan hayli sene evvel heyet-i udul ve mahkemece kâtillîği rehin-i mertebe-i sübut olan bir şahsın idam cezasıyla mahkumiyetine karar verildiğinin kendisine tefhim edilmesi üzerine "ben idam cezasının kaldırılmış olduğunu biliyordum" sözlerini acı acı istihza ile heyet-i hakimeye fırlatmıştı. İstitraden şurasını ilave edeyim ki idam cezasının ilga ve adem-i ilgası fikrinde bulunan iki büyük fırka mevcuttur. Avrupa hukemasından

bazıları ida[m] cezasının asr-ı medeniyete ve efkar-ı insaniyeye muga-
 yeretini edille-i lazımesiyle izah eylemişlerdir. Medeniyetin terakkiyat-ı
 hâzırasıyle nisbet kabul etmez bir halde terakki eden medeni vahşiler
 hakkında idam cezasının devam-ı tatbikine Fransa parlamentosunun ka-
 rar vermiş olduğu ahiren varid olan ahbâr-ı telgrafiyeden anlaşılmıştır. Bu
 bahs-i mühim hakkında devr ü dıraz bast-ı mütalaata makalemiz müsait
 bulunmadığı cihetle bilahere buna dair olan mütalaatımızı arz eyleriz. Sa-
 dede irca-ı nazar eyleyelim: Locke nazariyesine göre şahsın cezasını tahfif
 etmek icab edecek zira cezanın şiddetine vakıf olsaydı belki de mücrim
 olmazdı. Bu meslek erbabınca mücrim ile masum (s. 744) arasında hiçbir
 fark görülüyor. Kavanin-i cezaiyede münderiç mücazatın mücrim gibi
 gözükken bir şahsa tatbiki ile efrad-ı saire-i beşeriyyeye izhar-ı ibret edilme-
 si kafi add ve itibar olunuyor ve bu suretle icra-yı tehdit ile te'min-i adalet
 ediliyor ve masumiyet ve mücrimiyet meselesi nazar-ı itibara alınmaya-
 çağına göre daima mahkumiyet cihetine gidilerek cemiyet-i beşeriyenin
 müdafasına hizmet edilmiş zannı da tevellüd ediyor. On sekizinci asır
 müellifleri tarafından ale'l-amyâ kabul edilen işbu nazariye en ziyade
 Locke nezdinde mazhar-ı rağbet olmuşdur, her ne kadar Jean Jacques
 Rousseau da bu nazariye[ye], taraftar bulunmuş ise de butlanı sabit oldu-
 ğu cihetle bu hususta daha ileri gidememiştir. Hakk-ı mücazatın menafi-i
 umumiye esasına müstenid olmadığı gibi müdafaa-i meşrua esasına da
 istinad eylemediği kaffe-i isbattan vareste bir keyfiyet bulunduğu zahir ve
 aşıkardır. Makale-i âtiyemizde mücrimin bir nev'i hasta olduğu fikrinde
 bulunan Doktor Gal: [Docteur Gall]'in bu babdaki nazariyatını mevzuu-
 bahs edeceğiz (s. 745).