

Türk ve Alman Ceza Hukuku Tarihi Yazımında Konu Edilen Sorunların Tespiti

*Mehmet Cemil OZANSÜ**

Değerli Dinleyiciler,

Bugün sizlerin huzurunda, henüz tamamlanmamış bir çalışmanın tespit edebildiği ön sorunlara değineceğim. Hepimizin malumu olduğu bir hususu vurgulayarak anlatıma başlamak isterim: Tarihin maddi (hakikat) içeriği kadar ilgi alanın tarih yazımı da tarihçiliğin konusuna girmelidir. Zira tarih yazımı incelemecinin bulunduğu döneme göre değişen tercihlerle, incelemecinin zamanına ait yargılarla bezeli bir biçimde ortaya çıkar. Henüz iki yüzyıllık bir bilim sahası olan hukuk tarihi bakımından da aynı kurallar geçerli olacaktır. Hukuk tarihçisi de, zamanın hukuk felsefesi ve mevzuatı dairesinde düşünmeye yatkındır. Bu nedenle yazdığı tarihin karakterini bu bilgiler açısından irdelemeye de yatkın olabilecektir. Hem tarih yazımının tarihini hem de maddi tarihsel bilgiyi paralel olarak tasavvur etmeye gayret edelim ve mukayeseye her iki ulusal tarih yazımının ilgili hukuk geçişini dönemlere taksim etme yöntemlerinden söz ederek başlayalım.

Tarih yazımında dönemlendirme sadece pedagojik gerekler nedeniyle tercih edilmez. İşaret ettikleri her bir dönüm noktasıyla beraber, hukuk düşüncesindeki esaslı bir farklılaşmayı tespit etmeyi de hedeflerler. Türk hukuk tarihi –tarihçilerin çok sevdiği üçlemeyle- üç kısıma ayrılır: Kadim Türk devri hukuku, İslamlaşma sonrası Türklerin hukuksal yapıları ve son olarak da Cumhuriyeti de kapsayan içeriğiyle Türk/Osmanlı hukuk modernleşmesi. Alman hukuk tarihi yazımında da tarihsel derinliği İlkçağa vardırıan bir dönemlendirme anlayışıyla karşılaşırız. Roma öncesi kadim Cermen dönemi ilk safha olarak ele alınır, Roma İmparatorluğunun eski toprakları üzerine yerleşen Cermen Krallıkları (bilhassa Frank Krallığı) Hıristiyanlaşmanın ilk uğrağı olarak tanımlanırken, bunu takip eden Ortaçağlar büyük bir parantez altına alınır. Anılan üçüncü kısmı takiben Erken Modernlik ve İmparatorlukta Reform dönemi ele alınır ve son olarak Büyük Devrim sonrasında günümüze kadar uzanan modern burjuva rejimi izah edilir. Şu halde tektanrıcılıkla tanışma ve modernleşme iki önemli dönüm noktası olarak tespit edilmektedir.

Şüphesiz ceza hukuku tarihi dönemlendirmeleri de bu tasniften çok uzak düşmemekle beraber dönüm noktaları genel hukuk tarihi yazımıyla birebir örtüşmemektedir. Zira ceza hukuku tarihi, genel hukuk tarihi yazımından farklı olarak, kişisel nizaların ne derecede “kamusallaştırılabildiği” ölçütüne sıkı bir bağlılık içinde kaleme alınır. Buna göre ceza hukuku tarihi yazımında ilk evreyi kısas/kan hukukunun asli öge olarak varlığını mutlak bir biçimde koruduğu dönem teşkil eder. Temel toplumsal ilişkilere hakimiyeti bakımından kompozisyon sistemi olarak da karakterize edilen bu dönemde kısas hakkı, diyet cetvelleri ve uzlaşma aygıtları hu-

* Araş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

kuksal yapının esaslı unsurlarındandır. Klan/aşiret bazlı toplumsal örgütlenmenin tasfiye edilmesi ve derinleşen “yeni” feodal ilişkilerle beraber kan davasının ve kısas hakkının “hukukileştirilmesi” süreciyle karşılaşırız. 10. yüzyıl ve sonrasına raptedilecek olan bu başlangıç sonrasında ilahi barış hareketleri, yurt barışı hareketleri adı altında kümelenen bir çeşit daimi uzlaşma ve kan davasını sınırlandırma eğilimi hem hâsıl olur hem de kısmen ve tedricen başarılı olur. Bedeni cezaya yoğun önem atfeden “azap muhakemesi” dönemi başlamıştır. Bu bağlamda Engizisyonun ortaya çıkması da incelenir. Büyük İhtilal dönemine kadar devam eden ve her asırda “bilimselleşen”, ceza hukuku pratiğinde kurumsal entelektüelliği yapılandıran anılan dönemi takiben 19. yüzyıl ve bu çağın liberal dönüşümü esas alınır ki halen evrensel hukuk kültürü bu evrenin içinde yer alıyor.

Yukarıda aktardığımız genel tarihsel şablon içinde hukuk tarihi yazımı bakımından önem taşıyan kavramsallaştırma 1797 yılında kültür tarihçisi Fischer’in “özel ceza hukuku” (Privatstrafrecht) ifadesini icad etmesiyle ortaya çıkmıştır. Anılan kavramsallaştırmaya göre, kısas/diyet hukuku bir özel ceza hukuku uygulamasıdır ve tarihsel bir anı ifade ettiği gibi, dünyanın o anda (18. yüzyıl) birçok noktasında da varlığını sürdürür. Dönemin Alman “ceza hukuku bilimi” açısından özel ceza hukuku ve uygulamaları artık aşılıştır.

Tanımladığımız bu algı, 19. yüzyıl içinde dönemin meşhur hukukçuları/hukuk tarihçileri olan Brunner, Osenbrüggen ve Wilda tarafından daha da derinleştirilir. Anılan âlimler asrı hukuku yetkin bir kamusalığa sahip olarak tanımladıkları gibi, “millî ruhu” Alman tarihinin her anında karşılık bulabilmiş bir dinamik olarak görürler. Örnek olsun, kadim Cermen döneminin klan/aşiret yapısından kaynaklanan bazı yapısal özellikleri, millî ruhun “hürriyete düşkünlüğüne” bir delil olarak takdim edilir. Ya da 19. yüzyılda anlam kayması yaşayan “ihanet suçları” katalogu, Cermenlerin öz varlıklarında içkin bir yurt ve memleket sadakati olgusuna dayanılmaya çalışılırdı. Esasen bu dönemde tarihsel malzeme sistematize ediliyor, dogmatize ediliyor ve hakikatte o şekilde bulunmayan bir kurguya göre yeniden inşa ediliyordu. 19. yüzyılın son çeyreğine damgalarını vuran Jhering ve Binding gibi dogmatisyenler, Alman kodifikasyonunun netice verdiği bir evrede bulunmak nedeniyle olsa gerek hukuk tarihinin süreğen ve devamlılık arz eden bir içerikte olduğunu iddia ediyorlar. Buna göre karanlık ve hürriyet fikrinden uzak geçmişten farklı olarak ortaya çıkan her yeni vakıya bir çeşit ilerlemeye işaret eder. Böylece “özel olandan” “kamusal olana” bir geçiş tanımlanır. 19. yüzyılın anılan tarihsel kavrayışı dâhilinde Hegelyen ekol, genel tarih felsefesinden mülhem biçimde eski formun içinde saklı olan bir yeninin mevcudiyetini iddia eder.

20. yüzyıla yaklaşırken ceza hukuku tarihçileri, tarih yazımında iki kutbun bulunduğu söz ederler. Buna göre bir yandan tarihsel materyalin işlenmesi ve diğer taraftan felsefi donanımın sağlanması gerekecektir. Hukukun ne olduğunun bugüne ait bir felsefi sorun olduğunu kabul eden tarih yazımı, izini sürdürdüğümüz “hukuk tarihi kalıntılarının” bugüne ait bir “hukuk” tanımını ihtiva etmeyebileceğini kabul eder. Dolayısıyla hukukun felsefi tanımının tarihsel malzemeye tahakkümüne son vermesi gerektiğini savunur. 20. yüzyıl anılan düşünsel daire içinde 19. yüzyılın revizyonuna sahne olur.

Günümüz Alman ceza hukuku tarihi yazımının ne gibi sorunları ön plana çıkardığına da değinelim: Temel tartışma ve araştırma konusu, “cezanın doğumu” ve dolayısıyla “kamusal cezalandırmanın tarihinin” belirlenmesine dairdir. İkinci temel sorun, hukuk tarihçisinin mevcut hukuk bilgi birikiminden kendini ve incelemesini ne kadar azade etmesi gerektiğine dairdir. Örneğin, kanunilik ilkesi veya insan hakları bloğu gibi modernleşme mahsulü biçimlerin varlık/yokluk saptaması üzerinden tarihsel malzemeye yaklaşmak ne kadar doğrudur? Ayrıca hukukun normatif varlığı ile hukuksal yapının fiili imkânları arasında maksadlı veya maksadsız farklılıkların olmasını da dikkate almak gerekip gerekmeyeceği tartışmalı bir konu olup, felsefî ve tarihî yaklaşım sorununu yeniden üretir.

Dönemlerin nitelendirilmesinde ve anlamlandırılmasına temel sorular olarak, bedenî cezaların ortaya çıkması ve aşılması; teşhir cezasından vaz geçme, yansıtıcı cezaların (örn. yalan söyleme veya küfür suçlarında dilin kesilmesi gibi) terk edilmesi üzerinde durulur. Muhakeme hukuku bakımından ise, ispat usulündeki değişme inceleme alanı içindedir. Örneğin yemin yardımcısı şöhret tanıklığının yerini görgü tanığının alması ve pek tabii engizisyonun kurum olarak ihdası. Son olarak da “kan davasının” hukukileştirilmesi ve kamusal hayatta kurumsallaştırılması meselesi ceza hukuku tarihi yazımında konu edilen esaslı sorun başlıklarıdır.