

**TÜRK HUKUK TARİHİ  
ARAŞTIRMALARI**

**Journal of Turkish Legal History**

**ISSN: 1306-6889**

# Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 19-20, 2015 (Bahar-Güz)

<b>Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü</b>	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
<b>Kurucular</b>	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
<b>Yayın Kurulu</b>	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
<b>Danışma Kurulu</b>	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
<b>Editör</b>	Fethi Gedikli
<b>Yardımcı Editör</b>	Ali Adem Yörük
<b>Sekreterlik</b>	Furkan Şahan
<b>Baskı</b>	Mikyaz Basım Yayın Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti Örnektepe Mahallesi, Pazaraltı Sokak No:96 Beyoğlu/İstanbul 0212 528 95 28
<b>Baskı Tarihi</b>	Ekim 2019

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.  
Dergide yer alan yazıların ilmî ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

## Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal  
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina  
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye  
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Sancaktepe Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.  
Belediye Başkanı Av. Şeyma Döğücü'ye teşekkür ederiz.

# Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 19-20 • 2015 (Bahar-Güz)

## İçindekiler

Osmanlı Devleti'nde Anonim Şirket Hukukunun Gelişiminde Bankaları <i>Erol Ortabağ</i>	5
18. Yüzyılın İlk Yarısında Kırım'da Bir Dava: Beş Akçelik Bir Nezir Hücjeti ve Tahlili <i>Mahmud Esad Kalıpçı</i>	35
Yirminci Yüzyılın Başında Deniz Hukukuna Bakış: Lassa Oppenheim ve Osman Sermed Örneği <i>Said Emre Kumral</i>	53
<i>Belgeler/Notlar</i>	
Trabzon Şer'iyeye Sicillerinde Geçen 'Bitemi' Kelimesi <i>Fethi Gedikli</i>	79
Alman Hukuk-ı Medeniyesinin Suret-i Tedvini <i>Rudolf Heinze - Haz. Serhan Yıldırım</i>	85
Mücrimlere Ceza Vermek Bir Hak Mıdır? Yoksa Bir Mecburiyet Midir? <i>Bünyamin Ferid - Haz. Aslıhan Nesli</i>	93

## MÜCRİMLERE CEZA VERMEK BİR HAK MIDIR? YOKSA BİR MECBURİYET MİDİR?\*

Bünyamin Ferid, haz. Aslıhan Nesli\*

A'sâr-ı sâlifede mücâzâtın şedid ve ağır olmasının sebebi araştırılacak olursa intikam ve menfaat-i umûmiyeden neş'et ettiği görülür. Cürümden tevellüd eden, melhûz olan tehlike-i içtimâiye ile ona karşı isti'mâl olunan tedbir-i zecrî ve tehdidin mütenâsib olması arzu edildiğinden, tasavvuru bile veleh ve hayret verir dereceye vâsıl olacak sûret[t]e sanatkarâne ve îcâdkarâne işkencelere terfîk edilir idi. İstirâhat-ı umûmiye ve asayiş ve intizam-ı memleketin muhafaza ve vikâyesi için şimdiki gördüğümüz zabıta teşkilatı mevcut olmadığından fecâyî' ve fezâyihin tekerrürü neticesinde mücâzâtın şiddeti tezâyüd ederdi.

Bir vakit geldi ki mücâzâtın şiddeti derece-i ifrâta varmasıyla efkâr-ı umûmiyede bir aks-i te'sir rû-nümâ olmağa başladı. Teşkilât-ı cezaiyeyi bir takım nazariye ve kavâid-i esâsiye üzerine binâ ve inşâ ettiler. Ahkâm ve nazariyât-ı mezkûrenin tatbikatıyla mücâzâtın ta'dil ve tahfif[i] neticesine vâsıl olmak istediler. Bu bâbda vaz' olunan nazariyât ve efkârdan en ziyâde tarafgîri olan esas: Mücrimîn aleyhinde cemiyetin ceza vermesi, hâiz olduğu bir hakkın isti'mâli neticesi değildir; ancak hakk-ı müdâfaası îcâbâtındandır.

Bu esasın izâh ve tefsiri için denilir ki "İnsanlar ceza vermek hakkını hâiz değildir. Böyle bir hak; kat'î ve mutlak olur ve bunu isti'mâl etmek kat'î ve mutlak sûrette ilim ve adl sâhibi olmağa tevakkuf eder. Cezayı verecek kimse[nin] bi-hakkın ve sıhhat-i tâmme ve isâbet-i kâmile ile cürmü vezn ve takdir,

\* Araş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

\*\* Bursa İstinaf Mahkemesi üyesi Bünyamin Ferid tarafından kaleme alınan bu yazının künyesi şöyledir: "Mücrimlere Ceza Vermek Bir Hak mıdır? Yoksa Bir Mecburiyet midir?", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası, sy. 21-22, 1327 [1911], s. 667-677. Bir hukuk dergisi olan İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası'nda, Bünyamin Ferid'in yanı sıra, Hasan Fehmi Paşa, Kont Leon Ostrogog, Ahmed Şuayb, Kirkor Zöhrab, Yanko Vitinos, Agob Babikyan gibi hukuk alanında çalışan önemli kimselerin makaleleri de

mücrimin efkâr ve niyyâtını tefahhus, onun vicdanının a'mâk ve esrarına nüfuz edebilmesi meşrûttur. Diğer cihetten ceza vermek hakkı affetmek hakkını da mutazammındır. Fî'l-hakika ceza vermekten feragat edemeyen, bir hak isti'mâlinde bulunmaz, belki bir mecburiyet, bir emr-i âlîye tâbi bulunmuş olur demektir. İnsanın affetmek hakkını kim teslim eder? İnsan bilâ-tehlike ve bilâ-mahzûr tecziye etmeyebildiği, [v]urmayabildiği vakit her hâlde istinkâf etmesi, ictinâb ve ihtirâz etmesi îcâb eder. Böyle bir hâlde affetmiş addolunmaz. Ebnâ-yı cinsinin hürriyet-i harekâtına mâni olacak hiçbir hâlde bulunamaz. Bu bâbda vukua gelen her gûnâ teşebbüsü bir tecâvüz teşkil eder. İnsanlar müsâvi olduklarından mevt muvâcehesinde, ahlâk nazarında, vicdanen ve hürriyeten müsâvi olduklarından ne nâm ile, ne sıfat ile bir insan diğerini hükm ve muhâkeme edecek? Diğerine ceza verecek? Bunun için her hâlde bir

yayınlanmıştır. Dergide Bünyamin Ferid'e ait, ceza hukuku alanında yazılmış iki makale daha bulunmaktadır. "Sarhoşluk Hakkında Kavânîn-i Medeniye ve Kütüb-i Fıkhiyeden İstihsâl Edilmiş Bazı Mütâlaat-ı Kanuniye" ve "İlm-i Ta'zir, İlm-i Ceza Hakkında Bazı Malûmat" başlıklı makaleler, 1326 (1910) yılında çıkarılan 14 ve 16'ncı sayılarda yer almaktadır. Bunların dışında bir tercümesi kataloglara geçmiştir: Garraud, Telhis-i Usûl-i Ceza, trc. Bünyamin Ferid, İstanbul, Matbaa-i Cihan, 1328/1912. Çeviri yazı olarak hazırlamayı seçtiğimiz makale, hem dönemin ceza felsefesi alanındaki yaklaşımları ortaya koyması, hem de İtalya'daki bir fikri akımın (pozitivist yaklaşımın toplumsal savunma fikri), 1900'lerin başında tartışıldığı göstermesi bakımından önemlidir. Nitekim İtalyan sistemiyle olan düşünsel boyuttaki etkileşim, Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk ceza kanunu olan 1926 Türk Ceza Kanunu'nun, İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmesiyle neticelenmiştir. Bunun yanında söz konusu makale, hâkim sıfatı ile görev yapan bir hukukçunun, hukukun teknik kısmı dışında, felsefe alanında çalışmış olması bakımından da ilgi çekicidir. Makalede tartışılan temel husus, suçlulara ceza vermenin bir hak mı, yoksa bir mecburiyet mi olduğu meselesidir. Yazar tarafından eleştiri konusu yapılan görüş, ceza vermeyi mecburiyet olarak değerlendiren görüştür. Ceza hukuku okullarından pozitivist okula yakınlığı ile dikkat çeken bu görüşün esasları, toplumsal savunma ve tehlike sorumluluğu üzerine inşa edilmiştir. Nitekim o dönemde en fazla taraftar olunan görüş, suçlu hakkında toplumun ceza vermesinin sahip olunan bir hakkın kullanımını neticesi değil, savunma hakkının gereği olduğu yönündeki görüştür. Bir başka deyişle, bu görüş, "ceza verme hakkı" adlı bir hakkın bulunmayıp, ceza vermenin savunma hakkının doğal bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Bu yönüyle yazar, dönemin ceza felsefesi alanında çoğunlukla kabul gören bir görüşe karşı çıkmıştır. Bununla birlikte yazarın bazen anlam çıkarmayı güçleştirecek dolaylı bir anlatım tarzı olduğunu da belirtmek gerekir. Bir başka husus, pozitivist yaklaşımda "ceza" kavramı yerine, güvenliği sağlayan ve kişiyi iyileştiren "güvenlik tedbirleri" ifadesinin kullanılmasıdır. Pozitivist okulda, önleyici, ıslah edici, zorlayıcı ve tasfiye edici tedbirler uygulanabilmekte, hangisinin uygulanacağını, failin tehlikelilik hâli ve toplumsal çevreye uyma yeteneği belirlemektedir. Makalede ise, sadece "ceza" kavramı kullanılmıştır. Son olarak yazar makalede, cezanın amaçları ve belirlenmesine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Bu kapsamda cezanın eza ve cefa dışında, suçlunun ahlâkını düzeltme, suçluyu ıslah etme ve diğer suç adaylarına karşı ibret olma amaçlarını vurgulamış; genel önleme amacı ile suç ve ceza arasında denge bulunması ilkesine dikkat çekmiştir. Bu ilkeler günümüzde de kabul edilmesi bakımından önem taşımaktadır.

ihtiyâc-ı mübrem, bir sâik-i âlî olmak muktezîdir. İnsan şahsen ve münferiden tedkik olunduğu vakit ceza vermek hakkını hâiz olmadığı yeknazarda teyakkun eder. Cemiyet-i beşeriyenin, hey'et-i içtimâiyyenin böyle bir hakkı olduğunu iddia edemeyiz. Bu dâ'iyede bulunulmak için delil ne olabilecektir? Ma'lûmdur ki hey'et-i içtimâiye ayrı bir şahıs değildir, terekküb ettiği efrâdın hayat ve mevcudiyetinden gayrı bir hayat ve mevcudiyete mâlik değildir. Cemiyet nâmına isti'mâl olunan haklar efrâdın hâiz olduğu hukukun neticesi olup onların nev'inden gayrı bir hak olamaz. Birçok kuvvetlerin muhassalası onu terkib eden kuvvetlerden ziyâde olabilir ise de nev'î her hâlde aynı olacağından, insanların içtimâından dahi her birinin hâiz olduğu hakkın sûret-i isti'mâlini ta'dîl edebilir ise de hukûk-ı mevcûdenin nev' ve cinsini tebdil edemez”.

“Fakat ebnâ-yı beşer zî-hayattır. Hayat her türlü mehâlike ma'rûz ve ufak bir ârıza ile münkatı' olur. Hayatın inkisârı için dünyaların yıkılması, muvâzene-i kainâtın haleldâr olması muktezî değil; bir damla su, bir buhâr, bir hava, bir nefesin az veya çok olması hayata hâtime verir. İnsanlar gâyet nahif ve zayıf ve âciz, nâzik ve münkesir, hayat ve mevcudiyeti muhafaza etmek mecburiyetinde bulunur. Müdafaa ve muhâfaza-i nefis etmek hayatın şerâitinden, ihtiyacâtından, nizamâtından birincisi ve ehemmidir”.

“İnsanlar şahsiyet ve mevcudiyet-i maddiyesini muhafaza ettiği gibi hürriyet, tasarruf ve sâir hukuk-ı ma'neviyesini dahi muhafaza ve müdâfaa eder”.

Bu mütalaât ve nazariyattan mücrimlere tayin olunan muamelatın ceza addedilerek esbâb u vesâit-i müdâfaa gibi addedildiği ve bu sûretle eski şiddetini tadil etmek istenildiği anlaşılır.

Dermiyân olunan şu nazariye doğru mu? Ondan muntazar netice, matlûba muvâfık ve musîb midir? Orasını tedkik edelim:

Birisinin aleyhinde bir fiil îka' olunup [da], [bu fiil], ceza kanunnâmesinin taht-ı temine aldığı hukuku ihlâl eylemiş bulunur [ise], ortada şahs-ı mağdur ve mutazarrırı müdâfaa etmek yoktur, zira fiil tamam olmuş bitmiştir. Bu nazariye mücebince fâili tecziye etmek hakkını dahi hâiz değiliz. Şu kadar var ki eşhâs-ı sâire dahi ef'âl-i mümâsilede bulunabilirler. Ona imtisâl edebilir. Fâillerin tehdidi ve terhibi ve bu sûretle ahvâl-i mümâsilenin men'-i vuku' ve tekerrürü efrâdın muhâfaza-i hukuk ve âsâyişi için hâkim, fâile bir ceza veriyor. Fâile ceza verilebilmesi için asl-ı fiilin tehlikeli olması yani hey'et-i

içtimâiyenin taht-ı muhâfaza ve vikâyesinde bulunan hukuk-ı umûmiyesini muhill bulunması; kasdî, ihtiyârî veya hiç olmaz ise hata ve taksirinden neş'et etmiş olması îcâb eder. Bu şerâiti câmi' olmadığı vakit sû-i emsâl olamayacak ve binaenaleyh tehlike ihtimali ile cezanın tatbiki lüzumu mürtefi olmuş olur. Fiilin ahlâka muhâlif ve ihtiyârî olması şart-ı a'zam değildir. Bir insandan sâdır olan fiil-i gayr-ı ahlâki onun gibi insan olan, ona her cihetçe müsâvi olan insan tarafından tecziye edilemeyeceği gibi, efkâr ve makâsıdı bi-hakkın tefahhus zımında a'mâk-ı vicdânına nüfuz edemediğinden bi-hakkın takdir ve vezn edilemez. Bu gibi fiile ceza vaz'ından maksad bir fiil-i gayr-ı meşrûu mu'âteb kılmak değil, belki bir tehlikenin önünü almaktır.

Bundan fiilin kavâid-i ahlâkiyeye derece-i muğâyeretiyle olmayarak ancak ondan tevellüd edebilecek tehlike ve mahzur-ı içtimâînin ehemmiyeti mertebesiyle mütenâsib olmak üzere cezayı tayin etmesi iktizâ ettiği istidlâl olunur.

Hey'et-i içtimâiyenin tehlikesinin takdiri için yalnız hukuk-ı muhtelenin ehemmiyeti ve fiilin nev' ve mâhiyetinin tayini kâfi olmayıp ef'âl-i mümâsilenin men'-i vukuu için ve hey'et-i içtimâiyenin karşısında bulunduğu müşkilâtı dahi nazar-ı dikkate alınmak îcâb eder.

Bizâtihi kanuna muhâlif olmamakla beraber tekerrür ve tevessü'ü cemiyete muzır olan serseriliğin, kumarbazlık, sarhoşluk gibi ahvâlin tezâyüd ve tekessür ettiği görülür ise hafif cezaların teşdid edilebildiği bu esasın tatbikatı cümlesinden olarak zikrolunabilir, fakat bu nazariye harfiyyen tatbik edilmeye kalkışılırsa asıl ihtirâz ederek önünü almak istediğimiz teşdid-i cezaya diğer tarikle vâsıl olacağız.

Ef'âl-i hafife-i cürmiyyeye şiddetli ceza vaz' ve tatbik edileceği itirazına re'y-i meşrûh taraftarları şu yolda cevap veriyorlar:

“İnsanın birinci vazifesi mevtten, vefattan kaçmak değildir. İnsan işbu fâni dünyanın hayatına fâik makâsıdı âliye-i ma'neviye[ye] mebnî halk buyrulmuştur. Mücadele-i hayat bir takım kavâid ve nizâmâta tâbi olup müdâfaanın dahi bir hak teşkil edebilmesi için meşru olmak îcâb eder”.

“Müdâfaa ne vakit meşru olur?”

“İnsanların bu hayât-ı süfliye-i dünyeviye ve maddiyeden gayrı bir maksad-ı âlî ve ma'neviye[ye] binâen halk buyurulduğu kabul ve teslim olundukça -bunu

kabul etmeyenlere tevcih-i hitâb edilmediği[ni] istitrâd sûretinde söyleyelim-onun birinci vazife ve menfaati kavâid ve ahkâm-ı ahlâkiyeye tâbiyet ve riayet etmektir. Eşhâsın menfaati tehlikede kaldı ve binâenaleyh müdâfaa-i meşruaya mahal vardır denilebilmek için fiil-i vâki'in ahkâm-ı ahlâkiyeye münâfi olması îcâb eder. Ahkâm-ı ahlâkiye ve ma'neviye aynıdır ve cümleye âmm ve şâmil olduğundan müte'arrız-aleyhin şahsında (mef'ûl bir surette) haleldâr olduğu gibi mütecâvizin şahsınca dahi bir sûret-i âmile ve fâilede ihlâl edilmiş olur. Şu takdirde tecâvüzün haksızlığı müdâfaanın meşruiyetiyle merbût ve ona müterâfik olduğundan mütecâviz-aleyhin müdâfaası müte'arrızın men'î, zecri, tecziyesini tevlid ve intâc eder.

Bu zann-ı muhakeme vehleten fikri zabt ve teshir ve idrâki tatyib ve tatmin eder gibi görünür ise de tedkik ve ta'mik edildikte külliye mugâyir-i ma'delet bir neticeye îsâl edildiği görülür. Fî'l-hakika ceza kanununun yalnız ahlâka mugâyir ef'âli mu'âteb[e] ve mücâzat eylediği ne kadar iddia ve î'lân edilir ise edilsin ef'âl-i cürmiye kavâid-i ahlâkiye[ye] derece-i mugâyeretiyle değil belki arz ve intâc eyledikleri zarar ve tehlike ve mahzur-ı içtimâî ile mütenâsib olarak mazhar-ı mücâzat olurlar. Bunun neticesi de teşdid-i cezadır. Diğer cihetten doğrudan doğruya cevap olarak denilebilir ki ahlâkiyat ve ma'neviyatın menâfiini[n] hasren ceza ile müdâfaa edileceği[ni] iddia etmekte isâbet yoktur. Vâkıâ ceza kanununun temin eylediği hukuk[u] ihlâl eyleyen mücrimlere ceza verilmekle, namus ve iffet sahipleri mesleklerinde sâbit olurlar ve şâyed bunlar cezasız kalacak olurlar ise nâmuslular ve hüsn-i ahlâk sahipleri mazlum olacaklarına zâlim olmayı tercih edecekler. Fiilin kavâid ve ahkâm-ı ahlâkiyeye mugâyereti hey'et-i içtimâiyenin bekâsı için tehlike olup cezanın tayin-i mikdâr ve mâhiyeti hakkında esas olabilir ise de ceza vaz'ının sâik-i münhasırı olduğu iddia edilemez.

Ceza vermek hakkı yerine lüzum-ı müdâfaa nazariyesinin bu sûretle adalete münâfi netâyic tevlid eylediği görüldükten sonra esasının dahi metin ve musib olup olmadığını tedkik edelim:

Nazariye-i meşrûhanın erkân-ı esasiyesi “İnsan ceza vermek hakkını hâiz değildir. Zira bu hak mutlak olduğundan lâ-yuhtî bir hüküm tasavvur edilmek îcâb eder”.

“Ceza vermek hakkı affetmek hakkını mutazammın ve müfiddir. Ceza vermekten istinkâf edemeyen kimse bir hak isti'mâl eder değil, bir mecburiyet

tahtında bulunur demektir; insan ise affetmek hakkını hâiz değildir”.

“Bilcümle insanlar ahlâk ve vicdân ve mevt huzurunda müsâvi olduklarında bunlardan hiçbiri diğerini muhakeme ve tecziye edemez”.

Bu üç rüknün dikkat ile mütâlaasından anlaşılır ki bu nazariyenin taraftarları ceza vermenin bir hak olduğunu kabul etmeleri için bu hakkın mutlak tasavvur edilmesi iktizâ eder. Tabir-i diğerle bunların fikirlerince cezaya hükmedecek hâkim[in] sûret-i mutlakada bilâ-kayd u şart, bir gûnâ takyid ve tenkide tâbi olmayarak ceza vermek hakkını hâiz olduğunu tasavvur ediyorlar. Bu mutlak hakkın isti'mâl salâhiyetine gelince, bu sûretle ceza vermek hakkı ancak hata etmeyen bir hâkimin sıfât-ı mahsûsa ve mümtâzesinden olabilir. İnsan böyle bir hakkın isti'mâline kıyâm ve teşebbüs edemez.

Bir hakkın nisbî olması ve adâlet-i mutlaka ve ilahiyeden gayrı dûn bir mertebede ve ona takliden bir adâletin cereyan ve tatbikine sa'y edilmesi ve ebnâ-yı cinsimizin hafâyâ ve esrâr ve vicdâniyâtına bi-hakkın nüfuz edemediğimizden tahmin ve ta'mîk edilmesi gayr-ı câiz olduğunu iddia etmek o derece boştur ki red ve cerhi için tatvîl-i makal etmeyeceğiz. Fikir erbâbı olsa olsa insan akıl ve zekâ, kuvve-i müdrike ve müfekkiye ve muhâkeme ve sâir havâss-ı ma'neviyeden mahrûmdur diyebilirler. Bunu diyemedikten sonra her hâlde insan ceza vermek hakkını hâiz ve isti'mâl edebildiğini teslim etmelidirler. Ceza vermek kanuna riayet ve itaati temin zımında ona karşı harekette bulunan kimseye azâb, ezâ, cefâ çektirmektir. Hey'et-i içtimâiye bunu hilkat-i Âdemden beri isti'mâl edegelmektedir. Evet diyor ki bunu yapıyorlar ise de hey'et-i içtimâiyenin menfaati için oluyor, hakka müsteniden değil; burası doğrudur, cezadan bir menfaat, maksûd ve muntazardır. Buna hey'et-i içtimâiye tevessül etmeğe mecburdur. Bu vechile mecbur olmasıyla bir hak isti'mâlinde değil, bir mecburiyete, bir emr-i âlîye, bir kanun-ı umûmîye tâbi bulunmuş demektir.

Bu âdeta bir münâkaşa-i lafziye, kelimelerle oynamaktan ibarettir. Lüzum ve mecburiyet tabirinde tedkik olunduğu nokta-i nazara göre hak fikrini hem câmi' hem de dâfi'dir. Mecburiyet ve lüzum-ı maddi, insanın arzu ve ihtiyârını kuvvetsiz bırakır, hükmü lâ- yetegayyerdır. İnsan ister istemez hasta olur, vefât eder. Bunda ne hak ne vazife vardır.

Mecburiyet-i ma'neviyeye gelince gerek kanundan ve ahlâktan gerek bir menfaat-i umûmiyeden tevellüd etsin insanın arzu ve ihtiyârına emreder. Bu

hâlde gayr-ı kâbil-i ihtirâz olarak mecburiyyü'l-icra ve'l ittiba' değildir. İnsan o emrinden, ahkâmından kaçınabilir. İnsan hayatını muhafaza edebilir ve etmelidir. Kavâid-i sıhhiyeye [ister ise] tâbi' olur ister ise riâyet etmez. İster ise çalışır, ister ise çalışmaz. Namus dâiresinde imrâr-ı hayat eyler, diler ise sârik, kâtil olur. Bunda hem hak ve hem de vazife vardır. Her bir hakk-ı insanî bir vazife ile müterâfıktır, yekdiğerine nazaran sebep ve müsebbibdirler. Hak ekser-i ahvâlde vazifenin icrasına hâdim ve sâikdir. Nitekim zevce zevcine itaat vazifesiyle mükellef olduğundan zevciyle beraber aynı yerde ikâmet etmek hakkına mâliktir. Zevci dahi onu kabul etmek vazifesiyle mükelleftir. Kezâ peder evladını terbiye etmeye mecbur ve muvazzaf olduğundan te'dib etmek hakkını dahi hâizdir.

Şerh ve tefsirinde bulunduğumuz nazariye erbabının hak ve mecburiyet beyninde farz eyledikleri tenâkuz ve mübâyeneti teslim edebilmek için lâzım olmadığı hâlde, bir şeye fâidesi dokunmaksızın ancak bir hakkın mevcut olabileceğini iddia etmek iktizâ eder. Hey'et-i içtimâiye kendisini müdâfaa etmek mecburiyetinde bulunduğu cihetle yegâne vâsıtâ bu olduğundan ceza vermek hak ve mecburiyetinde bulunur. Vâkıa hey'et-i içtimâiyye eşirrânın te'dib ve tecziyesinde o derece alâkadar[dır] ki maddeten ve taharruzu mümkün olmayarak mecburiyet tahtında bulunur, fakat mutlak ve kat'î bir mecbûriyet de değildir. Mesele ta'mîk ve tahkik edilecek olursa görülür ki mücrimînin tecziyesi bir salâhiyet, ihtiyârı serbest bir hâldir, ihtiyaç ne kadar şedid, mübrem olur ise olsun yine kat'î ve mecburiyyü'l-ittibâ' değildir. Nitekim bazı usûl-i mahsûsada küllen veya bazen ceza ref' olunur. Bâlâda izah olunduğu vechile mecburiyet-i maddiye tahtında olmayarak bir mecburiyet-i ma'neviye olduğundan hukuk-ı sâire-i insaniye gibi ceza vermek bir hak olduğunu kabul etmekte isabet vardır. Hak ve vazife ayrı ayrı, kâbil-i tefrik husûsattan değildir. Birini kabul ve tasdik ettikten sonra diğeri reddetmek tarz-ı muhâkeme ve telakkide bir sehv ve hatanın vücûdca noksanına delâlet eder. Ceza da cürüm işlemiş olana ezâ ve cefâ çektirmekten ibarettir, güya bir gûnâ menfaat gözetilmeyerek, kabahat, sû-i harekete karşı ezâ ile mukâbele etmeğe münhasırdır. Fakat yalnız bu kadar mı? Bu sûretin kabulü cezanın bi-hakkın tasavvuruna hizmet eder mi? Cezada her ne kadar mücrime bir ezâ vermek var ise de vâzı'-ı kanun onun tehzib-i ahlâk ve ıslâh-ı hâl, kendisine ve sâir cürüm namzedlerine ibret-i müessire olacak terhib ve te'dib maksadını gözetmiştir. Ceza tatbik olunup da bazı ahvâlde bundan muntazar makâsıddan birinin adem-i husûlü mümkünâtandır.

Kısa bir müddette mahbûs ve mevkûf kalmasıyla mücrim ıslah-ı hâl etmeyebilir ve muahharan aynı fiilde bulunabilir. Bu hâller cezanın mâhiyetini, maksadını tebdil ve tağyir edemez. Kanuna muhâlif harekete mukabeleten verilen ezâ ve cefâyâ ceza ve bunu tatbik etmek hakkına “hakk-ı tecziye” denilir.

İkinci itiraza gelince diyorlar ki ceza vermek hakkı, affetmek hakkını da tazammun eder. Ceza verenlere istinkâf edemeyen kimse, bir hak isti'mâl eder değil bir mecbûriyet tahtında bulunur demektir. İnsanın affetmek hakkını hâiz olmadığı teslim edilecek olsa bile bundan ceza vermek hakkını hâiz olmayacağı neticesi istihsâl edilemeyeceği âşikârdır.

İnsanlar mevt ve ahlâk nazarında müsâvidir yani bilcümle insanlar vefât ederler ve mahkeme-i kübrâda muhâkeme olurlar. Cenâb-ı Hakk onları muhâkeme edebilir. İnsanları muhâkeme edebilmek için vâzı'-ı kanunu ve ahkâm-ı kanuniyeyi tatbik memur hükkâmın efrâddan âlî bir mertebede bulunduğunu farz etmek îcâb eder. Fakat böyle bir iddia ve faraziyatta bulunacak hangi âkıl tasavvur edilebilir? Âile reisi evlâdını te'dib eder. Bu te'dib keyfiyetinde kendisini müdâfaa kasdı yok, onların ıslâh-ı hâl etmeleri maksûddur. Böyle bir hakkın meşruiyetini kimse inkâr edemez. Pederle evlâd mevt ve ahlâk nazarında müsâvidirler, hey'et-i içtimâiyenin tatbik eylediği mücâzât ile âile reisinin te'dibâtı yekdiğerine makîs olamaz denilecek mi? Nisbet-i mevcûde gözetilecek olursa aynı hakkın isti'mâl olunduğu cüz'î teemmül ile teyakkun eder. Aynı mâhiyette olduğu, aynı maksada müstenid olduğu -tazmini, tehzib ve tehdidi, ibret-i müessire sıfâtı- görülür. Bundan anlaşılıyor ki ceza vermek ve hükmetmek için mahkûma nisbetle âlî ve mümtâz bir mevkide bulunulması şart değildir.

Fakat her hâlde hükmedecek, ceza verecek kimsede bir tefevvuk olması îcâb eder. İnsan böyle bir şey'e müstahak olur mu? Böyle bir hakk-ı tefevvuk ve âmiriyet iddia edebilir mi?

Re'y-i meşrûhun taraftarlarının nazariyeleri harfiyyen takip edilecek olursa insanların bir gûnâ tefevvuk ve âmiriyeti vârid ve makbul değildir. Ceza verebilmek için her hâlde emretmek lâzımdır.

Ceza emrin vâsıta-i te'yidiye ve takviye ve zecriyesi, emrin (kanunun) netice-i tabiiye ve lâzımıdır. Emretmek hakkını inkâr etmeksizin ceza vermek hakkını reddedemeyiz. Bu hatadan bir hakikat tecelli ve tezâhür ediyor. İnsanlar diğerklerini arzusuna tâbi kılmak, onlara emretmek hakkını hâiz ise de

ona temellük ve tasarruf etmez. Kat'an ve harfen mâlik değildir. Zira doğrusunu söylemek icâb etse insan hiçbir şeye mâlik değildir. Hakk-ı tasarruf kat'î ve mutlak mıdır? İnsanın bu hayatı müste'âr olduğu gibi onun teferruatına nasıl mâlikiyet iddia edebilir? Emvâl ve emlâkin tasarrufu kavânîn ve nizâmât-ı medeniye ve evâmîr-i ahlâkiye ve ahkâm-ı ma'neviye ve vicdâniye gibi bir takım kuyûd ve şarta tâbî' değil midir? Bir aile sahibi emvâlini itlâf ve israf edebilir mi? Hâne sâhibi evini satabilir ise de ihrâk edemez. İnsanın hakkı taalluk eylediği ve mutasarrıf ve mütemelliki olduğunu iddia eylediği her şeyde sıfatı ancak müste'îr, muhâfızdır.

Bir takım kuyûd ve şurût ile mukayyed ve muvakkattir, keyfe-mâ-yeşâ tasarruf edemez, lâ-yüs'el ammâ yef'al değildir.

Âile reisinin efrâdı üzerindeki hakk-ı te'dîb ve hâkimiyeti meşru ve Cenâb-ı Hakk'ın izin ve ruhsat-ı mahsûsasına mebnî cârîdir. Mesele hey'et-i içtimâiyeye intikal edince bu hakk-ı te'dîb ve tecziye efrâdın hâiz oldukları bu gibi hakkın muhassalası mı, yoksa Cenâb-ı Hak tarafından hey'et-i içtimâiyeye tefviz olunup da hey'et-i içtimâiyenin me'murîn-i mahsûsaya tevdi eylediği bir hak gibi mi, add u itibar edilecektir? Çok derin gidilmeğe hâcet görülmeksizin diyeceğiz ki ceza vermek Hâlık-ı a'zam ve Hâkim-i mutlak hazretleri tarafından hey'et-i içtimâiyeye yani hükümdâra tefvîz buyurulmuştur. Hükümdârlar her tarafta, her memlekette, her zamanda "zillullah fi'l-arz" diye tavsif edilmiştir. Hey'et-i içtimâiye, vâzı'-ı kanun. Hükümdâr, evâmîr-i ilahiye. Kavânîn-i ahlâkiye ve ahkâm-ı vicdâniyeyi muhafaza etmekle mükelleftir. Diyebiliriz ki kâinatta yalnız bir kanun vardır, Âdil-i mutlaktan, Cenâb-ı Vâcibül-Vücûd'dan sâdır olmuştur. Şâri'ler, vâzı'-ı kanûnlar efrâdın ve hey'et-i içtimâiyenin muhafaza ve devâm-ı bekâsını temin zımnında ihtiyâcât ve vesâit-i zamanîye nazaran onları tefsir ve i'lân ederler.

Mücrime bir ceza veriliyor ki mütenebbih olsun. Cürme karşı ezâ, cefâ ile mukâbele olunuyor. İşbu hakkın hududu maksadıyla muayyendir. Kanuna itaati temin zımnında ceza te'dibî ve tehzibî olmalı [ki] tekerrüre mani olsun. Sâirlere ibret-i müessire olacak sûrette terhibî olmalı. Fiilin mâhiyetiyle ceza mütenebbih olmalı, tabir-i diğerle ceza ancak cürmü [v]urmalı cürümden fazlasına, ötesine geçerse bir tecavüz teşkil ve o fazla mikdâr bi-gayr-ı hakkın tatbik edilmiş olur; o, cürüm olmuş olur.

Şurası da var ki cezadan mutlaka tehzibin tamam olmasını intizâr etmek

olamaz. Kanuna riâyet lüzumu mümkün merteye temin edilmesi kâfidir. Fazladan, ifrâttan, hadd-i ma'kûlden ihtirâz lâzımdır. Ahz-i sâr ve intikâm hakkı Cenâb-ı Hakk'a mahsûsdur. Cezanın vaz'ı için müdâfaa-i içtimâiyenin derece-i lüzumunu esas ittihâz etmek doğru bir miyâs olmaz. Fiilin ahlâka derece-i mugâyereti ve kanuna riâyet mecburiyetinin mertebesi -bu derecelerin ednâ mertebesini esas tutmak şartıyla- ile mütenâsib olmak îcâb eder.

Ceza vaz' ve tatbikinde her hâlde ifrâttan, mübalağadan ihtirâz edilmek muktezîdir. Mahkum olan şahıs hey'et ve kuvve-i içtimâiyeyi kendisini zebûn kıldıktan sonra darb eden bir düşman gibi telakki edeceğine bilakis umûmun, bilcümle efrâdın -kendisi de dâhil olarak- hayır ve menfaati, kendisini ıslâh ve efrâd-ı beşeri muhâfaza için ta'zîb eden bir hâkim, bir mürebbi-i âdil görmeğe alışmalı ve alıştırmalıdır.

Cezanın hasren hakk-ı müdâfaadan neş'et ettiği nazariyesi umûmun isti'mâlince, efrâdın akl-ı selîmince merdûddur. Arz ve emirlerini diğerlerine riâyet ve itâat ettirenlere vâzı'-ı kanun, hâkim hükümdâr<sup>خادو</sup> denilip müdâfi denilmediği, cezaya te'dib denilip müdâfaa tevsim edilmediği ne kadar zayıf olsa da bunun merdûdiyetine delildir. Lisân-ı beşer fikri tamamen ifâdeden ne kadar âciz olur ise olsun müdâfaa-i meşrua ile tatbikatı, âmiriyet ve hâkimiyet ve netâyicinden büsbütün farklıdır.

Hülâsa her şeyde zâhir olan intizâm ve âhenk-i umûmî kavâidi bunda dahi hüküm-fermâ olduğu görülür. Efrâd-ı cemiyet her gün, her dakika hayat, hayat-ı câvidânî ve ahlâkînin idâme ve temini için mücâdele ve mübâreze eder. Bu mücâdele intizâm-ı umûmînin muhâfazasına hâdim [ خادم ] ve fenâlığın zararları hâdim [ هادم ] olur.

Bunda adâletin vahdet ve hâkimiyeti görünür. Fikr-i beşer her tarafta rû-nümâ olan âhenk ve intizâm-ı umumînin tatbikatına sa'y eder. Efrâdın isti'mâl edegeldikleri hakk-ı tecziye ve te'dibi, o Hakk-ı mutlak, Hâkim-i âdil ü zül-celâl hazretlerinin hakk-ı rabbânîsinin enmüzec ve numûnesidir. Daha doğrusu o külden bir cüz, o evcâ'ın bir şerâresi bir kıvılcımıdır.

Cenâb-ı Hâlık-ı a'zam hazretleri kanunları vaz' ve fermân buyurmuştur. Şâri' ve vâzı'-ı kanun-ı beşer onları nakl ve tercüme sa'y eder. Bizim kanunlarımız kavânîni ilahiye ve ezeliyenin kopyaları ve günden güne teamül ettiğini gördüğümüz birer sûret ve tatbikatıdır.