

CEZANIN TARİHİ MENŞEI

Yazan: Ord. Prof. Vasfi Raşid SEVIC

Cezanın tarihi menşei eski kavimlerin ceza hukuku tarihinin en önemli kısmını teşkil eder. İnsanlığın en uzak menşelerinde bile ceza kanununa veya fıkıhın tâbiriyle "ukubat" a rastlanır ; hattâ " ukubat " tek hukuk olarak gözüktür. Meşhur hukuk tarihçisi Summer Maine bu hususta şu büyük hukuku ifade eylemiştir: "Eski kanunların bütün koleksiyonları, onları daha ileri hukuk sisteminden ayıran bir farika ile temayüz eyleyler: bu farika ceza ve medeni hukuk arasındaki nisbetin eski hukukta bugünkünden tamamiyle ayrı olmasıdır... Bir kanunun eski olduğu nisbette cezaya ait hükümlerinin daha çok, yayılmış ve daha ince işlenmiş olduğu görülür". Çünkü o zamanlar kapalı aile iktisadi zamanı idi. Medeni yani hukuki münasebetler çok nadir ve bugünkü gibi mürekkep değildi. Bundan başka bugün her hakkın ihlâli cezai bir müeyyideye tâbi tutulmaktadır. O ilk devirlerde ise borçlar hukukunun haksız fiil adını verdiği teaddiler ile ceza kanununun suç dediği teaddiler arası pek iyi fark edilemezdi. Hala bugün Almanyada borç ve suç kavramları aynı tek kelime ile ifade edilir: Schuld. Schuld kelimesi, çok eski zamanlarda borç ile suçun arasının tefrik edilememiş olduğunun izi olarak kalmıştır.

Enrico Ferri Cınai Sosyoloji adlı eserinde der ki: "eski kanunlarda, cezai adaletin hukuki adaletten daha fazla gelişmiş olduğunu görürüz; bu hal de eski kanunların farikasını teşkil eder" hukukun ilerlemesi hukuki adaleti cezai adaletten daha fazla geliştirmektedir söylediklerimizi hülasa edelim: İlk kanunlar ceza kanunlarıdır. Fakat ceza Garraud'un belirttiği gibi kurulmuş ve yerleşmiş bir otorite namına verilmezdi. Ceza ne adalete dayanır ne de içtimai menfaatle sınırlandırılırdı. Ceza hakkın müdafaası için tatbik edilmezdi. Bu sonuca varmak için asırlar ve devirleri geçmek ıktiza ediyordu.

Teaddiye uğramış hakkın ilk hissi yapılan haksızlığa yani zulme karşı — zülüm her türlü haksızlığın müşterek adıdır — evet zulme karşı şiddetli bir aksulâmelde bulunmaktır. Ayağının nasırına basılmış ve

canı fena halde yanmış her adam bu aksülâmelin şiddetini ruhunda duymuştur. Aksülâmel insanın özünü müdafaa etmesinden ve intikam almasından başka bir şey değildir. Bacon bu aksülâmelin doğurduğu intikama "Vahşi adalet" adını verir. Vahşi adalet bütün hakların kaynağıdır. Vahşi adalet, devletin çıkmasından evvel mevcut olan Kahos'un kendisidir; Kuvvet ile hakkın birbirinden henüz ayrılmadıkları devirdir Hukuktan henüz bahsedilmeyen devirdir. Hukuk ancak devletin, bu subjektif adalet hissinin taşkınlıklarını yenmesinden sonra doğabilir. Hukuk ancak Devletin hakkı gerçekleştirmekle ödevli organları yarattıktan sonra doğabilir. Hukukî nizam hakkın devamlı ve emin bir tarzda gerçekleştirilmesinden başka bir şey değildir. Binaenaleyh hukukî nizam ile adaletin Devlet tarafından idaresi aynı manaya gelir.

Üç büyük kısma, yani üç büyük devre ayrılan hukukun — İptidai devri — daha doğrusu intikam almak insanlığın menşelerine aittir. Elde bu devre ait vesika yoktur; Fakat hala bu devri yaşıyan iptidai insanlar vardır.

Gerek XII. Levha kanunu gerekse salık kanunları ve hattâ tarih itibarile çok eski zamanlara çıkan diğer vesikalar hakikatte iptidai devri çoktan aşmış halkın kanunlarıdır.

Homer'in şiirleri, İskandinavya'nın masal ve tarihini anlatan "Sagas", Hind'in kutsal kitapları ve Tevratın tekvine (kâinatın yaradılışına) ait kısmı belki hukukî vesikalardan daha kıymetli vesikalardır. Fakat bu edebî eserlerin hiç biri iptidai devirlere ait değildir. Bu eserler medeniyetin epeyce yol almasından sonra yani iptidai âdetlerin ve iptidai imanların değişmiş olmasından sonra yazılmıştır; Eski âdetlerin, artık silinmiş ve çok uzak hatıralar haline gelmiş olduğu zamanlarda yazılmıştır.

Arzylediğim kanunlar ve şiirler bize ancak çok eski devirlerden arta kalmış şeylerdir; Bu izlerden ilmi bir netice çıkartabilmek için onları en sıkı bir tenkite tabi tutmak ve sonra da yine bir çok hata ihtimalleri taşıyacak olan bir inşaya (yapıya) koyulmak lâzım gelir. Eski formüller hakkında sizlere bir misal vereyim: İçinde yaşadığımız âlemin zihniyetine tamamiyle aykırı bir zihniyetin ve âdetin ifadesi olan meselâ "Ocağın sönsün" bed duası ile "Ana babanın dizinin dibinde yaşamak", "tanrı misafiri" olmak gibi tâbirleri bugün manalarını nüfuz edemededen sadece tekrarlıyoruz ve onlara belki bu günkü anlayışımızın icabettirdiği manaları da veriyoruz. Eski kanun ve edebiyat parçalarının bize kadar gelen sözleri hakkında da aynı suretle hareket ediyor ve onların ha-

kiki manalarına nüfuz peyda edemedi o sözleri sadece tekrarlıyoruz. Bereket versin ki en iptidai devirlerin zihniyetlerini taşıyan ve vahşi dediğimiz çok geri cemiyetler imdadımıza yetişiyor, onların âdetleri, inanışları ve zihniyetleri bizi tenvir eyliyor. Bu iptidai devirde cezalandırmak kudreti pedeşahi ailelerin reislerinde olmakla başlar, sonra kurumağa başlamış olan devlete geçer..

Cezalandırmak kudretinin devlete geçmesi iptidai devirin ikinci kısmını teşkil eder. Devletin menşei meselesi bu devre ait en mühim meseleyi teşkil eyler. Devlet kuvvetleştikçe hususi adalet kamu adaletine çevrilmiştir; kan gütmeyi kaldırmıştır.

II. İkinci devir devletin cezalandırmak kudretini düzenleme devridir; 1789 Fransız inkılabının son verdiği bu devirde: Avrupada XVI. inci, XVII.inci ve XVIII. inci asırların Türkiyemizde ise tanzimattan evvelki devrin Hukuku hâkimdir. Bu sebepten bu devre gerek Avrupada gerek bizde bu günkü hukuktan evvelki hukuk manasına gelmek üzere eski hukuk devri deniyor.

III. Genel tarzda insaniyetperver devir adını taşıyan Üçüncü Devir muasır devirdir, 1789 büyük inkılabının açmış olduğu devirdir. Bu üç büyük devri tali taksimatları ile de göstermek lâzımdır. Bu tali kısımlar ceza hukukunun geçirmiş olduğu safhaları arzeyler, ceza kanunları her memlekette birbirini takip eden aynı esas ve tali safhalardan geçmiştir.

Devletin mevcut olmadığı ve her ailenin küçük çapta olmakla beraber birer müstakil devlet oldukları devirde intikam yani yapılan kötülüğe misli veya daha fazla kötülükle mukabele etmek zarurî bir adalet tarzı olur. Bu gün de müstakil devletlerin birbirleriyle münasebetleri yapılanın eşile yani "Kıyas" ile mukabele eylemek esasına dayanır.

Devletin teşekkülü, yani birleşmiş müstakil ailelerin tabi olacakları bir siyasi organın vücuda gelmesi birleşmiş aileler arasında daima harbe varan intikam almaları kaldıracak ve hususi adaletin yerine kamu adaletini geçirecekti.

Fakat insanlık hususi adaletten umumî adalete bir çırpıda varamamış ve bir takım safhalardan geçmeğe mecbur kalmıştır. Birinci safha kıyası "Diyet" e çevirmek safhası olmuştur. Mağdur intikamını fiilen almaktan ise yerine bir miktar para almağı kabul eylemiştir.

Diyet ilk safhasında ihtiyarî idi, yani ne mağdur verilecek parayı kabul eylemeğe ne de zalim yani suçlu parayı vermeğe mecbur idi. Di-

yet'in miktar üzerinde serbestçe pazarlık yapılabilirdi. Fakat yavaş yavaş bu istimâl yani yapılan işler bir örf ve âdet yarattı ve artık kırılan kol, çıkartılan göz vesaire hakkında verilecek diyetin miktarı tayin edilmiş oldu.

İkinci safha Devletin intikamı kaldırması ve miktarını kendisinin tayin ve tesbit etmiş olduğu diyetin kabulünü ve bu suretle intikamından vazgeçmesini mecburi kılması devridir ki insanlığın ceza sahasında vardığı gelişme merhalesinin ikinci konağını teşkil eder. Artık diyet taraflar arasında bir pazarlık mevzuu olamazdı; her suç için verilecek diyet miktarı devlet tarafından kesilmişti. Bu devreye diyetin kanunileştirilmesi devri deniyor. Cezanın mali ve şahsi hale gelmesi medeni (hususî) suçlar sınıfının çıkmasına vücut verdi.

Üçüncü safha ve gelişme merhalesinde intikamın hafifletirilmiş şekli olan kanunî diyet devri yerini şahsî intikam fikrini büsbütün ortadan kaldıracak yeni bir devre terkedecekti. Devletin kuvvetleşmesinin tesirile varılan gelişmenin bu üçüncü konağında ceza mağdurun iğbirarı namına verilmekten çıkacak ve umumî intizam ve menfaatin bozulmuş olmasından ötürü cemiyet namına verilecekti. Artık ceza bir ferde karşı yapılmış haksızlığın mağdura ait bedeli olarak verilmeyecek cemiyeti korumak için verilecekti. Böylece suç hususî hukuka girmekten ve tazminata benzemekten çıkacak âmme hukukuna ait olacaktı. Bunun için de evvelâ bazı suçlar cemiyetin menfaatini ihlâl eder olarak kabul edilecekti. Hangi suçların umumî menfaati ihlâl eylediğini ise Devlet tayin edecek ve o suçları devlet takip edecekti. Meselâ Yunan'da hırsızlık umumî suç olarak kabul edilmiş olduğu halde öldürme hususî suçtu. Adaleti dağıtma işini devletin kendi eline almamış bulunduğu bu safhaya "hususî adalet" devresi denir. Bu safhayı bir az daha geniş bir surette izah edeyim: hususî adalet demek hakkı takip etmeğin fertlerin özel menfaati gibi telâkkisi demektir. İhering Roma hukukunun ruhu adli eserinde hususî adaletin gelişmesi neticesinde husule gelen vaziyeti anlatırken der ki: "Bugün en geniş manasıyle nazara alınan hususî adaleti üç tali fikre ayırmaktayız: 1) hususî müdafaa ki filhal mevcut tehlikelere karşı korunmaktır. 2) intikam ki bize yapılmış bir fenalıktan hincımı almaktır. 3) dar manada hususî adalet ki hakkımız olduğunu sandığımız eşyayı temellüktür."

Bugün bu üç parçadan birincisine meşru müdafaa, ikincisine tahrik, üçüncüsüne bizzat istihkak-i hak denmekte olduğunu söylemek hata olmasa gerektir. Ceza kanunumuzun 461 ve 462 inci maddeleri

de intikamdan kalma izlerin Hegel'in "peşin hükümsüz zulüm" diye ifade eylediği objektif haksızlık ile subjektif haksızlık arası ayırt edilmeden evvel ve yapılan haksızlığın netice bir ceza verilmesini intaç ettiği takdirde hususî adaleti unsurlarına veya başka bir deyim ile nevilerine ayırmağa imkân yoktu: gerek hususî adalet, gerek intikam, gerek hususî müdafaa arası ayrılamazdı hepsi "Vindicta" adı altında toplanırdı: Vindicta uğranılan bir haksızlığa karşı duyulan şiddetli bir aksülâme! idi. Artık intikamın haksız bir tecavüzü T. ceza K. 49 uncu veya medeni K. 894 maddelerinde zikredildiği üzere haksız bir tecavüzü def'ini veya yine medeni K. 894 maddesinin 1 fık. son cümlesinde bahsedildiği gibi alınan istirdat'ı teşkil eylediği yahut bu sınırlar tecavüz edilerek başka bir şey daha mı talep edildiği tefrik edilemezdi.

Tabiat halindeki insan deniz ve kara avı ile yaşar. Ağaçların yemişlerini devşirir ve yerlerin otlarını toplar. Geçimi bu tarzda olan insanlar ancak kelimenin hakiki manasile sürü halinde yaşarlar. Binaenaleyh sürü hali olan göçebelik iktimai topluluğun en eski halidir; taazzuv etmemiş halidir.

Sonra insanlar bitkileri ve hayvanları ehlileştirmek suretiyle maişet sebeplerine bir düzen verdiler ve maişetlerini emniyet altına aldılar. Topluluğa aşağı yukarı bir nizam verilebildi, ve topluluk bir disiplin altına alınabildi. Müşterek bir sermaye teşkil eden ehlileştirilmiş hayvan sürüsünün etrafında daimî olan menfaatler birleşti ve müstakar kurullar tesis edilmeğe başlandı. Kurulan bu müesseseler topluluğu bir yerde tesbit eyledi, Ziraatın yayılması ile kemalini buldu. O zaman topluluk aile bağlarına dayandı. Fakat aile bugünkü gibi, yalnız kan koca ve küçük çocuklardan mürekkep çok küçük bir aile değildi; hatırası silinmiş, efsane halini almış bir şahıstan gelen bütün nesilleri bir arada tutan büyük çapta bir aile idi. Ihering bu çeşit aileyi "küçük çapta bir devlet" olarak vasıflandırır. Meselâ: Arap yarım adasının batısı çok büyük iki aileye ayrılırdı: sağ taraf yani güney ve mes'ut manalarına gelen Yemen'de ahali Kahtan ve yolu kapatan, engel manasına gelen Hicaz'da Adnan ailelerinden mürekkepti. Adnan'ların hazreti İbrahim oğlu hazreti İsmail'den üremiş olduğu söylenir; bu sebepten büyük ve geniş bir aile olan Adnan ailesine mensup bulunan hazreti peygamber, neshini Halil İbrahime dayandırır. İsrail oğullarının en eski atası olan ve hazreti Musa'dan çok, pek çok zaman evvel dünyaya gelmiş ve Kâbenin kurucusu olarak tanınmış bulunan Hazreti İbrahim'in oğlu İsmail'in zamanı ile Hazreti Peygamber'in zamanı arasında binlerce ve binlerce sene sıkışmış bulunmasına göre Adnan ailesi yüzlerce

nesli bir arada toplayan bir aile idi. Hicaz'ı baştan aşağı kaplayacak kadar büyük olan bir ailenin parçalara ayrılması kadar tabii bir şey olmaz. Büyük aileler kırılmak suretile etrafa yayılıyorlardı ve yeni topraklar üzerinde, meselâ Adnanların ayrılan kısmı Necit'de yerleşiyorlardı.

Aile denilen bu büyük insan toplulukları kabile adını ahırlar Asım Efendi kamus tercümesinde kabilenin kafa manasına geldiğini yazar. Kafa tasımı teşkil eden kemiklerden her birine kabile denir bu kemiklerin birbirlerine sıkı bir surette bağlı bulunması ailelerin kafa kemikleri gibi birbirine bağlanıp bir vücut haline gelmelerinden ibarettir. Adnan'ın ayrıldığı iki büyük parça Rebia ve Mozar adlarını taşırlar. Bu kabilelerin parçaları Fırat ovasına göçerek Rebia ve Mozar diyarları adlarını taşıyan yerlere yerleştiler. Bu iki büyük kabile de bir çok parçalara ayrıldı. Dört kabilede birleşerek (Şa'b) ı vücuda getirir.

İnsan toplulukları insan vücudunu örnek almışlardır, vücudun tertibi üzere tertip olunmuşlardır. Vücutta evvelâ baş gelir, kabile kafatasının 4 kemikten tereküp eylediği kabul edilerek aile dört kabileye ayrılır ve bunların hepsine birden (Şa'b) denir. (Şa'b) baş kemiklerinin bitiştiği ektir. Büyük kabile dağ manasına da gelir. Baştan sonra göğüs gelir. Amare hem göğüs hem de çok zaman yaşayıp kalmak manasınadır. Amare adını taşıyan parçalardan biri de Peygamberimizin mensup olduğu Kureyş amaresidir.

Amareler batınlara (karınlara) ayrılır. Abdi Mennaf'ın oğulları Kureyş amaresinin batınlarnı teşkil eder. Batınlarn parçaları oyluk manasına gelen "Fahz" lara vücut verir. Abdi Mennafın bir oğlu Haşimiler diğer oğlu olan Abdi Şems (güneşin kolu) Emeviler fahzına vücut verdiler.

Fahzlardan ayrılan kollara fasile deniyor. Fasil birleştirmenin zıddını yani ayrılığı ifade eden bir kelimedir. Dilimizde bu kelime kitaplardaki bölümlerden mevsimlere kadar birbirinden ayrılan şeyleri ifade için kullanılır; hattâ bitkilerin çeşitli guruplarından her biri "fasile" kelimesile ifade olunurdu. Davalarda hâkim haklıyı haksızdan ayırdığı için görülen davaların karara bağlanmasına da fasiletmek deriz: "davanın halli (çözülmesi) ve fasıl" tabirini hâla kullanırız. Aile topluluklarında fasile diye pek yakın olan husımlarla teşkil edilen parçaya denir. Şa'b den fasileye kadar olan bütün toplulukların hepsine birden "Hayat" denir.

Abdi Mennaf'ın oğlu Haşimin dört torunu vardı. Abdülmuttalibin oğulları olan bu torunlardan biri Hazreti Peygamberin babaları Abdül-lah, biri Hazreti Ali'nin babası Abutalip, birisi oğullarının Bağdat'a kurdukları hilâfete ismini veren Abbas idi diğeri de Uhud muharebesinde şehit düşen hazreti Hamza idi. Bunlardan her birinin kurduğu aileye Fasile deniyor;¹

Abbas oğulları, Ebu Talip oğulları biren fasiledir. Topluluğun şeflerine Araplar "Şeyh" derler. Büyük parçaların her birinin bağımsız bir hükümeti vardır. Aynı ailenin bu muhtelif parçalarına birbirlerinden bağımsız demek kâfi gelmez. Bunlar birbirleriyle hemen hemen irtibat ve münasebet kurmaksızın yaşarlar ve her şey onları ayırır idi.

Özel Tanrıları, âdetleri ve hususile menfaatleri aralarında derin ayrılıklar yaratırdı. Kâbedeki putların sayılarının 360 ı geçmiş olması bu sözlerimizi kuvvetlendirir. Çok kere ayrılıklara, anlaşmazlıklar sebep olurdu. Meselâ aynı atanın torunları olan Haşimilerle Emevileri bu anlaşmazlıklar ayırdı. Bazı topluluklar yol kesmekle yaşarlar ve komşularını soymakla geçinirlerdi. Hazreti Peygamberin, "çalışmasile kazanan Allahın sevgilisidir" diyen ve her islâm ticaret evinde levha halinde asılı duran meşhur sözü Arapları haydutlukla ve kervan soymakla geçinmekten vaz geçirtip ticarete saptırmak arzusundan başka bir şey ifade etmez. Fıkıhta hırsızlıkla adam öldürme suçlarından mürekkep bir suç olan yol kesmek suçunun kamu davası olarak kabul edilmiş olması bu sözlerin delilidir. Çünkü içtimai kurullarla o kurulların içinde geliştiği muhit arasında zarurî bir münasebet vardır.

Montesquieu bu hakikatı "Kanunlar, en geniş manasile, mahiyeti eşyadan çıkan zarurî münasebetlerdir, bu itibarla her varlığın kendi kanunları vardır: Tanrılığın kendi kanunları vardır. Maddî âlemin kanunları vardır; İnsana üstün olan yüksek zekâların kanunları vardır; Hayvanların kanunları vardır. İnsanın kendisine mahsus kanunları vardır."

Plutarque de Pindare'in fikrini tekrarlayarak "Kanun bütün ölmezlerin ve fanilerin kraliçesidir." der ki Montesquieu bu fikri "Ulûhiyetin de kendi kanunları vardır." sözü ile ifade eylemiş bulunur.

Cemiyet ile kurulları arasındaki zarurî münasebetlerden her şeyden evvel iktisadi olaylara ve insanı tabiatın kuvvetlerine hâkim kılan fennî keşiflere ve snai icatlara tabidir.

1) Asım efendi Kabilenin türkçesin boy ve oymak olduğunu yazar. Amareyi anlatır iken "Kendi başlarına konup göçer olan çokluk cemaattir" der ve " türkmenler bunlardır " der.

Kabilelerden ayrılan her parça, kaplumbağa gibi kendi kabuğuna çekilmeğe ve a) hısımlarile; b) aileye kandan başka bir bağ ile (meselâ akit veya azat ile²⁾) intisap etmiş mevalileri ile; c) üzerinde yerleştiği arazisi ile; d) malik olduğu sürü ile; e) tasarruf edilmiş servetleriyle bölünmeyen bir bütün teşkil ederdi.

Topluluğu teşkil eden fertleri birbirine bağlayan bağ çok sıkıdır. Bunları birbirine bağlayan tesanüt kan birliğine, din birliğine, müşterek olarak malik buldukları mâmelek birliğine ve menfaat birliğine dayanır. Bu pek basit muhitte her fert hayatının, hürriyetinin, maişetinin mensup olduğu gurubun kuvvetine bağlı bulunduğunu içinden duyar; emniyetini yalnız ve yalnız müşterek kuvvetin sağlayabileceğini anlar. Fakat diğer topluluklarla aralarında en ufak bir içtimaî bağıklık yoktur. Muhtelif toplulukların birbirine daimi düşman olduğunu iddia edenlerin mübalağaya düştüklerini hocam rahmetli Garçon ceza hukukunun menşesine, gelişmesine ve hali hazır vaziyetine dair yazdığı o güzel risalede söyler; çünkü baş halinde yaşayan kabileler de vardır, der.

Hakikat şudur ki muhtelif topluluklara mensup olanlar kelimenin mutlak manasile birbirlerine yabancıdır ve binaenaleyh aralarında hiç bir hukuki münasebet yoktur. O devirlerde yabancı, hakkın himayesinden tamamiyle mahrum bir kimsedir. Sumner Maine yabancıların bu halini daima tekrarlanan şu üç cümle ile çok güzel bir tarzda ifade etmiştir: "Topluluğun varlığında kampı takip eden köpeklerin, hısımlık bağı ile bağlı bulunmayan yabancıdan fazla payı olduğunu söylemekle pek az bir mübalağaya düşülmüş olur."

Hususi intikam ve diyet denilen sistem bu içtimaî teşekkül içinde doğmuş ve işlemiştir. Şimdiden şunu arzedelim ki hususî adaleti teşkil

2) Hukukun yerine tesadüf geçmemiştir. Hukukun yerine fizik kuvvetin ağırlığı ve ölçüsü geçmemiştir. Demek ki o zamanlar dahi eksik bir tarzda da olsa hukuk fikrinde gerçekleşmek insiyaki bizatihi mevcut uğradığı haksızlıktan zulümden ötürü "hususî adalet" müracaat eden kimse, ekseriya zayıf olan, kendi kuvvetile başbaşa ve yalnız kalmazdı arkasını kuvvetli bir topluluğa dayayan, mukavele ile kuvvetli bir ailenin himayesi altına girer ve karşılıklı borçları beraber yüklenirlerdi. Himaye eden kabile reisine "Patronus" denir Arabcası "mevlâ" dir: "Allah en iyi mevlâ ve en iyi yardımcıdır" (ayet). Himaye altına girene "cliens" denir; arabcası, "mevâli" dir.

Köle bir eşyadır. Azat ona şahsiyet verir; insan kılar o dakikadan itibaren nesebi sabit olur ve onu azat eden babası hükmüne geçer ve mevlâsi olur. Mukaveleden doğan mevlâlık ve azattan doğan mevlâlık. Allahın mevlâlığı "Elest meclisinde insanların ruhu ile Hak arasında yapılmış akitten doğar.

eden unsurlardan intikam en evvel kalkacaktı. İntikam devlet adaleti ile uyuşamazdı. Çünkü zulmün kolunu bükeceği yerde o kolu çift kalıyordu; mevcut zulme bir yenisini ekliyordu. Çünkü gadre uğrayan kimsenin keyfi kudretinden başka bir sınır kabul etmeyen intikam teessüs edecek nizamın önünde silinecek ve yerini "hususî cezalara bırakacaktı, diyet o hususî cezayı" teşkil edecekti.

Bir cinayet işlendiği zaman mağdurun suçluyu hattâ öldürerek intikam almağa hakkı vardı; çünkü intikam sınırlandırılmamış idi. İntikam almak bir hak idi; suçluya yapılan kötülük gerçekten bir ceza idi; meşru ve hak edilmiş bir ceza idi. İntikam alanın karşılık intikamdan masun olduğunu iddia edenler de çıkmıştır. Çünkü gadre uğrayan kimsenin ailesile gaddarlık eden suçlunun ailesi bu intikam almakta birleşirlerdi; intikam almakta birbirlerinin ortağı olurlardı.

Fakat toplulukların medeniyet yolunda bir adım daha ileriye varılması sayesinde mağdur ve ailesi diyet almak suretile intikam almaktan vaz geçtiler; Diyet hem haksızlığın tazminatını hem de cezayı ihtiva ediyordu. Ve nihayet üçüncü bir adımda devlet, otoritesine dayanarak miktarını bizzat tayin eylediği diyeti, mağduru almağa ve gaddarı vermeğe mecbur etti. Hareket tarzını anlatan bu izahlar bu adımların nasıl atıldığını, bu konakların nasıl kesildiğini anlatmadan pek iyi anlamıyor; Bu değişikliklerin neden yapılmış olduğunu bildirmiyor. Aca-ba, bu değişmelere göre zengin bir kimsenin korkusuzca zulüm işleyebildiği bir devir olmuş mudur?

İntikam ve diyet usulü başlangıçta yalnız birbirinden mutlak surette müstakil ailelerin münasebetlerinde işlemekle başlamıştır. Bu itibarla hak olduğu iddia edilen intikam almak ve diyet istemek mahiyet-i eşyadan tevellüt ediyordu; Çünkü başka türlü hareket edebilmek imkân yoktu. Bu cihetle intikam ve diyet gerçek bir tarzda ceza hukukuna ait kurul değildi; Devletler hukukuna giren bir müessese idi. Gerçektir ki egemenliği haiz bir kabilenin diğer kendi gibi hâkimiyeti haiz bir kabileye zarar vermesi halinde zaranı tazmin ettirtecek ve suçluyu cezalandıracak bir makam mevcut değildi. Binaenaleyh gadre uğrayan kabile mallarının muhafazası ve fertlerinin emniyeti için yalnız ve yalnız kendi kuvvetine dayanmağa, yalnız ve yalnız kendisine güvenmeğe mecbur idi. Taarruza uğradığı zaman silâha sanılmaktan ve bu tarzda taarruzu başından savmaktan başka çaresi yoktu. Yağmacılar bir kabilenin mallarını talan etmişler ise o kabile de mütecavizlerin kampına saldırarak çadırlarını yakacak ve onlara mislile veya bir az eksik yahut daha faz-

lasile mukabele eyliyecekti. Eğer mukabele etmez ise cür'etleri artmış düşmanlarının daimi taarruzuna maruz yaşardı. Mukabelesi parlak olur ise düşmanlarının cür'eti kırılırdı: "Ey akıl sahipleri kisasda sizler için hayat vardır" (Kur'an âyeti)

İntikam ferdi bir hak değildi. Toplulukla müşterek bir haktı ve müşterek bir tarzda alınmak şeklinde tecelli ederdi.

Kabile fertlerini birbirine bağlayan tesanüt yüzünden bir kişiye yapılan hakaret ve haksızlık hepsine birden yapılmış sayılırdı. Zaten mallar müşterek olduğunda çalmanın, talan etmenin doğurduğu zararlar bütün kabile fertlerine şamil ve sari olurdu; hepsini birden açığa uğrattırdı.

Suçlu ve kabilesi işlenen suçta müteselsil mesuliyet taşınırdı. Çünkü çok kere suç münferit bir tarzda işlenmezdi; Ancak elbirliği ile işlenebilirdi; yani akın halinde, harp halinde işlenebilirdi. Bir kaç koyun çalmak, bir kız kaçırmak, bir kişiyi öldürmek gibi işlenmiş bir suç tek bir kimse tarafından işlenmiş olsa dahi gadre uğrayan kabile o tek suçluyu da cezalandırabilmek imkânına malik değildi. Çünkü kaçıp gitmiş olan o yabancı suçlu kabilenin kudretinin ve yargı erkinin dışında bulunuyor. Tanmadıkları, elde edemiycekleri o suçlunun şahsına karşı bir şey yapmağa imkân yoktur. Binaenaleyh suçlunun mensup olduğu topluluğa müracaat etmekten başka yapılabilecek bir şey yoktur.

Bu günkü telâkkilerimiz bir topluluğun, içlerinden birinin yaptığından müşterek mesul tutulmalarını anlyamaz; fakat o günkü telâkkiler de münferit mesuliyeti anlyamazdı.

Bir topluluğun harice karşı emniyeti ancak hariçten gelen ve taarruzu cezasız ve karşılıksız bırakmamak ile sağlanabilirdi. Mahsullerin ve sürülerin müdafaası; ataların ihya eylemiş ve üzerinde yaşamış oldukları toprakların müdafaası; Düşman tarafından öldürülecek veya esir edilerek kul kılınacak kabile fertlerinin de müdafaası vatanseverliğin en iptidai şeklidir. Müşterek müdafaaya katılmak vazifelerin en mübremi oluyor. Dinî hisler de bu mübrem vazifeyi kuvvetleştiriyor.

O zamanların itikatlarına göre ölümlerin ruhları, hayaletleri dirilerin etrafında dolaşır. Hayalet bu gün dahi korku veren bir ölü gölgesidir; ölünün ayakta duran bir gölge şeklinde gözüküşüdür. Ölü ancak içinde rahat yatacak bir mezara malik olmakla sükûnete kavuşur; yanına silâhını ve en çok sevdiği süs eşyalarını koymak lâzımdır. Mezarının üzerinde kesilecek kurbanlarla ihtiyaçlarının temin edilmesi lâzımdır.

Yenecek ve içilecek şeylerin ölü ile paylaşılması lâzım gelir. Eğer diriler bu vazifelerini yerine getirirler ise ölü onlar için koruyucu bir tann olur; fakat ditiler bu ödevlerine riayet etmezler ise ölü onlar için zalim olur; sürüleri öldürür, mahsullere ziyan veririr; kadınlara karınlardaki çocuklarını düşürtür ve onlara her çeşit eziyetlerde bulunur. Bu vazifelerin yapılması öldürülmüş bir kimse hakkında daha da mübrem ve zarurî olur. Eğer ölü mezarısız kalırsa ruhu serseri kahr ve huzur, rahat nedir bilmez. Bugün memleketimizde ölülerin çabuk toprağa verilmesi lüzumu hakkındaki kanaat bu eski kanaatlerin kalmış izleridir. Öldürülmüş bir ölünün öbür dünyada aradığı huzur ve rahata kavuşabilmesi için dökülen kanın intikamının alınması mutlaka lâzımdır. Ölünün ruhu ancak katilinin veya katiline mensup kimselerin ve daha iyisi hem katilinin ve hem de ona mensup olanların birlikte ruhuna kurban edilmesidir. Binaenaleyh kanın intikamı kefareti zunub mahiyetini alır. Kanın intikamını almak kanı dökülen mağdurun ailesi için dini ve mukaddes bir borçtur. Kimse bu mukaddes borcu yerine getirmekten kaçınmaz; Çünkü kaçındığı takdirde ölünün kinine ve yaşayanların takbihine maruz kahr.

Ölü ile öldüren aynı topluluklara mensup iseler dökülen kanın öcünü almak ölünün mensup bulunduğu topluluğun bütün ferdi için kutsal bir borç olur. Kabileye mensup herkes bu öcü alacak olan kimseye yardım etmeğe ve savaşa katılmağa mecburdur. Diğer taraftan katil de kendi gurubunda emîn bir sığınak ve kendisini bütün tenkillere karşı koruyacak emîn müdafiler bulur. Çünkü işlediği fiil kendi hısmalarının gözlerinde bir cinayet teşkil etmez, belki de bir kahramanlık olarak telâkki edilir. Binaenaleyh öç iki kabile arasında gerçek bir savaş açar. Rahmetli hocam Garçon bu savaşa hususî intikam, özel öç adının verildiğini yazar.

D i y e t : Diyet te öç gibi anlatılabilir; O da muhitin icab ettirdiği bir zaruretin ifadesidir.

Diyetin mahiyeti üzerinde çok tartışmalar yapıldı ve çok şeylet söylendi; fakat tazminat veya işlenmiş cinayetin kefareti, yahut da suçluyu mağdurun ve hısmalarının intikamından kurtaracak bir usul olarak mı telâkki edilmesi lâzım geleceği hususunda çok şeyler söylendi. Bu telâkkilerin her birinde belki ufak bir hakikat parçası vardır. Rahmetli hocam Garçon bu telâkkilere sapsmış olanları işin kaynağına

çıkılmamış olmakla hatalandırıyor ve kendisi aşağıda yazılı tarzda izahlara giriyor:

Öç almak hakkı iki egemen gurup arasında bir savaş hakkı ise Diyet de savaşa son veren bir andlaşmadır. Savaş ebediyete kadar devam edemez; çünkü bir gün gelir zayıf olan taraf yenilgeyi kabul eder ve barışı ister. Gerçi galip bu isteği red ve düşmanını tamamiye yok edebilir. Fakat o da savaştan fazla yorulmuş ve artık bunun bir sona varmasını istiyor ise veya kuvvetler aşağı yukarı müsavi olmakta devam ediyor ise o zaman barış şartlarını konuşmaya koyulurlar. Belki de komşu kabilenin koyunlarını çalmış veya mallarını talan etmiş yahut bir kızını kaçırmış olan suçlunun mensup olduğu kabile gadre uğramış kabilenin intikamından ürkererek savaş başlamadan evvel başlayacak savaşı bertaraf edecek tekliflerde bulunur ve müzakereler bu tarzda başlamış olabilir. Belki diğer kabileler her iki tarafın arasına girer ve öç alacak kabilenin hırsını tahrik edecek zamana göre serveti teşkil eden zengin hediyeler verilmesini meselâ koyun sürüsü, öküz, silâh, altın, ve gümüş vazolar gibi mallar verilmesini teklif eyler. Eğer ortada adam öldürme var ise intikama maruz kabile belki maktulün mezarı üzerinde kurban edilmek üzere katili ve daha bir kaç genci birlikte teslim etmeği kabul eder¹.

Medeniyet tarihinde çok büyük bir ilerlemeyi sağlayan bir inkılâp vücuda geldi: İnsan yerine hayvan kurban edilmeğe başlandı. Bu hâdiseyi şarkın mukaddes kitapları Hazreti İbrahim'in, oğlu İsmail'i kurban

1) Bu teslime Romalılar "Noxal terk" adını verirler: "Noxae dare" yani zarara uğramış olan kimseye teslim ki bu teslim sayesinde mağdur bizzat intikamını almış olacak veya teslim edileni çalıştırmak suretiyle zararını tazmin etmiş olacaktır. Platner gibi bazı cezacılar hırsız öldürmeği meşru müdafaa olarak görür ve kabul ederler. İhering ise bu görüşe iştirak etmez, diğer bazı cezacıların görüşlerine katılarak "Noxal terk davaları başlangıçta suçlunun mutlak surette teslimini istemek davası idi. Bu teslim suçlunun vücudu üzerinde intikam alabilmek gayesini güder" der. Roma kendisile aralarında muahede mevcut olan bir millete hakaret etmiş kimseyi: meselâ elçisine hakaret etmiş kimseyi hakarete uğrayan millete teslim ederdi. Düşmanla Roma Devletinin kabul etmediği bir muahedeyi yapmış bir Roma ordusu Kumandanı da düşmana teslim edilirdi ve böylece Roma halkı ve devleti, elçiye hakaret etmek gibi suçtan doğmuş bir borçtan veya "sponsio" dan (mukaveleden) doğmuş bir borçtan kurtulmuş olurdu milletler arasında cari olan bu prensip fertler arasında da cari idi suçluyu veya borçluyu teslim etmek istemeyen (baba veya kulun efendisi) zulme iştirak etmiş ve aynı zulüm ile suçlanmış olurdu.

edeceği zaman bir Meleğin Hazreti İbrahim'in elini tutmuş ve İsmail'in yerine kurban edilmek üzere gökten koyun inmiş tarzında ve şeklinde anlatır.

Putta tapan Roma ve Yunan'ın tarihleri de insan kurban edilmek âdetini Herkül'ün ortadan kaldırmış olduğunu naklederler. Mukaddes kitaplar kurban edilecek insanın yerine bir hayvan koymuştur. Herkül ise kurban edilecek bir baş yerine diğer bir baş konabileceğini söylemiş ve sarımsak veya soğan başı koymuştur. Acaba bu gün lohusaların odasına al basmamak için yani lohusa kadının lohusalara mahsus korkunç hastalıkla ölmemesi için bir şişe soğan başı saplayıp al gaze sararak yatağın yanına asan insanlar korumak istedikleri lohusanın başı yerine soğan başını kurban eylediklerini biliyorlar mı? İnsan hafıza ve hatırasının varamıyacağı kadar çok eski bir zamanın itikatlarını yaşatmakta olduklarını acaba fark ediyorlar mı?

Baş şartları tesbit edildikten ve yerine getirildikten sonra başın dini merasimle teyit edilmesi de itikatların icabındandı. Dini kurbanlar kesilir ve her taraf diğer taraf için ebedi bir dostluk muhafaza etmeği vaad eylerdi. Bu hali anlatan muharrir "Bu ziyafette içilenlerden hasıl olan sarhoşluk esnasında yeni bir kavga çıkmaz ve yeni öldürmeler yeni intikamlar doğurmaz ise ne mutlu" demiştir.

İntikam devrinin zihniyeti kasıtlı ve kasıtsız olarak yapılan zararlar arasında bir fark gözetmeğe ve yaratmağa müsait değildi; Fiil'nin maddi kısmına kıymet verilir ve yapılan zararın maddi şekilde yapılacak bir tazmin ile izalesine gidilirdi. Ölünün kasten yapılmış veya kaza eseri olarak ve kasıtsız vücuda gelmiş olmasının ehemmiyeti ve farkı yoktu; Çünkü ölü her iki halde de aynı intikamın alınmasında, aynı kurbanların kesilmesinde, aynı dini ayinlerin yapılmasında ısrar eylerdi.

İntikam sisteminin ceza hukuk olarak telâkki edilebilmesi pek güçtür. Ceza hukuku ile münasebeti pek uzaktır. İntikam ailenin düşmanlarını korkutmaktan başka bir şey gütmmez, adam öldürme halinde ise kefareti fikrine dayanır. Diyet bazı hallerde haksız yere uğranılan zarar karşılar. Fakat bütün bunlar hukukun doğumundan evvelki bir hali: Şiddet ve kuvvetin biricik hâkim bulunduğu ve hakka üstün tutulduğu hali ifade eyler. Bir hak olarak ileri sürülen intikam Pedersâhi ailenin kollektif bir tarzda malik olduğu fiili bir kudretten başka bir şey değildir; fakat her zaman bu fiili kudret saldırmalara karşı korunmak vasıtası değildir; çok kere de haksız saldırmalara imkân verir. Bu da ailelerin bağımsızlıklarından doğan bir sonuçtur. Bugün medeniyetleri-

le mağrur devletler de birbirlerine karşı başka tarzda hareket etmiyorlar. Mahiyet itibarile harp tazminatları diyetten farklı değildir. Modern devletler de tebaalarını korumak hak ve vazifesine maliktir. Tebaadan birisi başka bir devlet askerleri veya memurları tarafından öldürülür ise tebaası öldürülen devlet ölümden mesul olan devletten tazminat ister ki mahiyet itibarile diyetten başka bir şey değildir. Ölümden mesul olan devletin tebaasını teslim etmemesi daha geniş bir ifade ile kendi tebaasından olan suçluyu hiç bir münasebetle iade eylememesi eski zamandaki tesanüdün yaşayan bir şeklidir.

Binaenaleyh intikam sistemini bir nevi ceza kanunu olarak telâkki eylemekten ise ona devletler arası bir hukuk mahiyeti vermek daha doğru olur. Çünkü ceza kanununu ayıran, belirten şey cezadır; ceza suçluya ancak bir otorite tarafından verilebilir; Çünkü otorite ceza vermek suretile içtimai disiplin sağlar: “İnsanlar arasında adl-ü nizamı bozulmaktan korumak için adl-ü nizamı teyit eyleyecek, müeyyide altına alacak bir takım hukukî hükümlere ihtiyaç vardır.” (Mecelle madde: 1)

İmdi ceza kanunu ceza verebilecek bir otoritenin kurulabilmiş olduğu yerde mevcut olabilir. O zamanlarda otorite ancak aile içinde mevcut idi. Eski zamanın geniş ailelerinde aralarındaki kan bağına suur peyda eylemiş hısımlar, ailenin velâyeti altına girmiş yani reisinin otoritesini kabul eylemiş (bugünkü anlayışla küçük bir devlet olan ailenin tabiiyetine girmiş) yabancılar, müsafirler, kullar var idi. Ailenin müşterek sürüsü ve müşterek malları var idi; yerleştiği köy var idi ve aile her taraftan düşmanla sınırlanmış idi. Bu itibarla varlığını devam ettirebilmek için durmadan savaşması gerekirdi. Bütün bu haller bir otoriteye ihtiyaç gösterirdi. İlk anarşist bu otoriteyi yani babaya el kaldırmış, isyan eylemiş evlâttır. Kur'an'da “Ana babamıza “of” bile demeyiniz.” âyet yalnız ahlakî teyit etmez, o kabile devrinde ve hattâ bugünkü, çok büyük bir topluluk teşkil eden aile içindeki otoriteye itaatı sağlar; “Allaha ve rasulüne ve sizin üzerinizde emir sahibi olana itaatı, bu itibarla ceza kanununun aile içinde aramak lâzımdır; fakat o zaman aile içinde hukukî bir düzen aramak abestir. Her şey aile reisinin kırgınlık derecesine sertliğine veya yumuşaklığına, hülâsa keyfine bağlı kalırdı. Fakat aile reisini Yunan trajedilerinde izlerine rastlanan müthiş vicdan buhranlarına atacak olaylar da tabiidir ki eksik olmazdı; Hazreti Ömer'in evlâdını cezalandırması ve döğdünmesi haline, yani insani şefkati ile vazifesi arasında güç durumlara düşüren hâllere muhakkak ki eski ailelerin içinde daha çok rast-

lanardı. Aile fertlerinden birinin ailenin diğer bir fertini öldürmesi olayı sanki ölü yabancı bir kabile ferdi tarafından öldürülmüş imiş gibi intikamının alınmasını istetir ve ölü intikamı alınuncaya kadar kabileyi iz' aç eyler. Döğmek o zamanın en ziyade tatbik edilen cezası olsa gerektir; Öldürmek ve öldürmeğe eşit olan sürmek en ağır suçların cezası idi. Kabileden dışarıya atılan, sürülen kimse her türlü hımayeden mahrum bırakılmış kimsedir; herkes tarafından öldürülebilir ve esir edilebilirdi. Bu itibarla sürgün cezası ölüm cezasına eşitti. Ölümden de kötü idi. Çünkü artık ilâhsız (Allahsız) kalmış oluyordu. Öldüğü zaman dini âyinlerle gömülemediğinden ruhu ebediyete kadar serseri olarak kalacak ve huzur, rahat nedir bilmeyecekti. "Garip" kabilesinden sürülmüş, insanların ve dinin hımayesinden mahrum bir hale düşmüş kimsedir. "Gurbet hayatı" kabilenin dışında geçecek emniyetsiz hayattır. Devlet teşekkül etti, fakat bu âdetler devam edegeldi; nisbeten çok yakın bir zamana kadar ferde vatani dışında hak tanınmazdı, onun içindir ki atalarımız bu faciayı: "Garibe bir selâm bin altuna bedeldir." veya "Garip yiğitin dili kısa, boynu eğri olur." gibi sözlerle ifalde eylemişlerdir.

Dayak şeriatte dahi en çok tatbik edilen bir ceza idi Osmanlı devletinde "Nizamı âlem" denilen padişahın, tıpkı eski aile reisleri gibi tebaasından her hangi bir ferdi öldürtmeğe hakkı vardı.

b) Devletin Menşei ve Cezalandırmak Hakkı :

Kabilelerin büyük çapta bir aile küçük çapta bir devlet teşkil eyledikleri devirde kabilelerin yerleştikleri köylerde teşkil eyledikleri devlete "Köy devlet" deniyor. Avrupalılar Köy-devleti "Pagus" kelimesile ifade ederler. Hint Avrupalı kelimelerin hiç birile münasebeti tesbit edilemeyen bu kelimelerin menşei Ural-Altay kelimelerde aramak lüzumu bir Alman müellifi tarafından iddia edilmiş ve P harfi ile B harfinin daima birbiri yerine kullanılmaları dolayısıyla Pag kelimesinin Bag (bağlayan) kelimesile aynı olduğu belirtilmiştir. Pagus bağlamağı ve bağlanmağı ifade eder.

Köy devleti, birer devlet olan köylerin birleşmesinden vücuda gelen Kasaba devlet, Şehir devlet takip eyledi. Şehir devlette vatandaş hemşehri diye ifade olunur. Arapça "Medine" kelimesi de Şehir, kasaba demektir. Şehir devletin hukukuna hemşehrilere mahsus kanun denir ki, Medinelilere mahsus kanun manasına olmak üzere "Medeni kanun" tâ-

birile ifade ederiz. Vaktile hemşehrilere mahsus haklardan yalnız hemşehri olanlar istifade ederdi, bugün ise "her şahıs medeni haklardan istifade eder."

Hukuk tarihinin çözüme uğraştığı en büyük meselelerden biri de devletin menşei meselesidir. XVIII. inci asrın bu menşei bir içtimai mukavelede aramış olduğu malumdur. Devlet ile cemiyeti birbirine karıştıran Jan Jak Ruso (Jean Jacques Rousseau) nun bu menşei bağımsız ve hür yaşamaktan bıkmış ve yorulmuş insanlar arasında serbestçe müzakere edilmiş ve kabul olunmuş bir içtimai mukavelede görmüş olduğu da malumdur. Bugün Ruso'nun bu hatasını red ve cerh eylemeğe dahi lüzum görülüyor. İnsan cemiyeti, tabiatı itibarıyla medeni olan, yani cemiyet halinde yaşamağa tabiat tarafından zorlanmış bulunan insan kadar eskidir. Devlet ise Cemiyet gibi asli bir teşekkül değildir. Fer'i bir teşekküldür. Yavaş yavaş gelişmiş bir teşekküldür.

XIX. uncu asrın ortasında Ruso'nun içtimai mukavele nazariyesi yerini Darwin'in "Hayat için savaş" ve "tabii olarak seçilmiş" nazariyesine terkeyledi. Çünkü Darwin'in bu nazariyesinin devletin menşei de anlamakta olduğu ve devletin feth ile kurulmuş bulunduğu kanaatını yaydı. "Cennet kılıçların gölgesi altındadır." hadisi cenneti şehitler için de gaziler için de kılıçların gölgesi altında bulunduruyor ve Darwin'in görüşünü kuvvetleştiriyor. İçtimai gurupların en kuvvetlisi, en iyi düzenlenmiş olanı ve en ahlâklısı yani siyasi hükûmet: devlet hayatın zaruretlerine iyi intibak etmemiş olan diğer gurupları yeniyor ve onları otoritesi altına alıyordu. Böylece otorite galibe geçiyor ve bundan böyle kumanda etmek yetkisi yalnız galipte bulunuyordu. Galipler ise, kumanda kuvvetlerini, bundan böyle yüce bir birliğin içinde kaynaşmış bulunan eski kabileler arasında banşı devam ettirmek ve ondan sonra da suçluları cezalandırmak suretile nizam ve intizamı korumak için kullanıyorlardı.

Darwin'in nazariyesinden doğan bu tahminler büsbütün de yanlış tahminler değildir. Zaten her nazariyede hakikatten daima bir zerre bulunur. Tarih zorla ilhak edilmiş toprakların acıklı hikâyeleri ile doludur. Büyük devletler fetihlerle kuruldu; her fatih devlet, Roma olsun Osmanlı devleti olsun memleketlerinin içinde, bütün eyaletlerine Roma sulhunu veya Osmanlı sulhunu kabul ettirdiler ve onların aralarındaki savaşlara son verdiler. Ağrı hareketleri doğuda Türk sulhunu korumak ve müeyyide altına almak için yapılmış hareketlerdir. Fakat harp ve şiddet devletin kurulmasında biricik usul değildir; Devlet mevcut gurupların ser-

best nizaları ile de teşekkül edebilir. Meselâ Roma'nın Gentesler'in yani kabilelerin ittihadile vücude geldiği iddia edilir; Yunan şehir devletleri de kabilelerin ittihadile vücude gelmiştir. Arzeylediğim gibi her nazariyede hakikatten bir zerre bulunur. Fakat bu ittihat yani içtimai federasyon mukavelesi XVIII. inci asır muharrirlerinin hayal etmiş oldukları içtimai mukaveleden tamamile ayrı bir mahiyet taşır. Çünkü tabiat halinde yaşayan ve tamamile hür olan münferit şahıslar tarafından yapılmış olmayıp teşekkül etmiş aile grupları tarafından yapılmıştır.

O güne kadar bağımsız ve egemen olan ve birbirine düşman bulunan kabileler komşuların ardi arası kesilmeyen saldırılarına ve talanlarına karşı koyabilmek için birleşmek zarureti duymuş olabilirler. Yahut kendilerinin komşularına muvaffakiyetle saldırabilmeleri için kumanda birliğini kurarlar ve bütün kuvvetleri sevk ve idare edecek bir şef tayin ederler. Binaenaleyh teşekkül eden siyasi devlet, siyasi hükümet evvelce egemen bulunan içtimai gruplar üzerinde egemenlik üstü bir kudret kazanır ve üzerlerinde kudret aldığı içtimai gruplar arasında barışı devam ettirmeye uğraşır; hukuk mahiyeti itibarile nizam, husumeti defeder. Biz mecelle okur iken her hükme gerekçe olarak "nizamdefi" maksadı zikredilirdi.

Cemiyeti fertler arasındaki husumetten ziyade içtimai gruplar arasındaki yani devletler arasındaki nizam korkutur; bunu bertaraf etmeye uğraşmak devletler arası hukukun başlıca endişesini, gayesini ve faaliyetini teşkil eder. Devletlerin iç işlerinde de içtimai sınıflar arasındaki nizam defetmek bugün en büyük endişeleri yaratmaktadır. Atatürk'ümüzün "cihanda sulh, yurtta sulh" dediği zaman Türkiyenin başka milletlerle bir harbe sürüklenmesine ve içeride sınıf kavgalarının doğmasına mani olmağa çalışılmasını emretmiş oluyordu.

Roma'da hukuk yalnız ve yalnız içtimai gruplar yani federasyona giren aileler arasında nizam defetmek için vücude getirilmişti; çünkü şahsiyet yalnız aile reislerinde mevcut idi, aile çocuklarında ve fertlerinde şahsiyet yoktu.

Siyasi hükümet yani devlet zorla veya eski tâbirimizle "cebren ve kahren" kurulmuş bulunuyor ise yenilmişlerin ne kendisine karşı ayaklanmalarına ne birbirlerine karşı savaşmalarına müsaade eylemez; Devlet ittihat ile kurulmuş ise otoritesi altına girmiş ailelerin iç harplerile birbirlerini yemelerine müsaade etmez. Meselâ 48 bağımsız devletin ittihadile kurulmuş olan Birleşik Amerika Devleti bu devletlerin birbirleriyle harp etmelerine asla müsaade edemez. Dış emniyeti sağlamakla ödevli olan, müşterek kuvvetlere kumanda eyliyen devlet, bünyesinin iç harplerle

zayıflatılmasına asla müsaade edemez. Bazı kere merkezi kuvvetin yani devletin yalnız kabileler arasındaki münasebetleri düzeltmek, kavgalarını yatıştırmak suretile intikamları önlemek ve sülh içinde anlaşmalarını sağlamak gayesile kurulmuş olduğuna dair bir çok tarihi misaller de gösterilebilir. Bu takdirde kurulan devlet askeri bir şekil almayuo hukuki bir şekil alır; yani iktidar bir askerın eline verilmez, sülhçü ihtiyarların eline, bir mahkemenin eline verilir. Mahkeme bir hakem mahiyetini alır ve kararları müeyyide altına alınmış bulunmaz. Bugün mahkeme kararları devletin kuvvetinin; askeri kuvvetinin müeyyidesi altında bulunur. Bu hali anlatmak için frenkler hükümlerin “Asker elile” infazı tabirini kullanırlar; “Mahkemelerin kararlarını Türkiye Büyük Millet Meclisi ve İcra Vekilleri Hey’eti hiç bir veçhile tebdil ve tağyir ve tehir ve infaz ahkâmına mümanaat edemez” (Anayasa madde 54). Fakat o zamanlar hukuki şekil almış devlette kararlar zorun müeyyidesi altına konmazdı; yalnız tarafların karar kabul etmelerinin kılıca sarılmaktan daha ehven olacağını anlamalarından aklın müeyyidesi altında bulunurdu.

Devletin kuruluşu hakkında Arap tarihinden misal vereyim: İslâmiyetten evvel kabilenin reisi aynı zamanda kabile devletinin hükümdarı idi. Hükümdarlığa “Emaret” derler. Türkçesi Beylik demektir; Emir, Bey, dir. Beyliğe kabilenin en akıllı, idareye en çok kabiliyetli adamı seçilirdi; Bir kabilede aynı vasıflarda kimselerin mevcudiyeti halinde içlerinde en yaşlısı üstün tutulurdu. Birkaç kabile dış düşmana karşı bir savaş muahedesi yaptığı takdirde birleşmiş kabilelerin şeflerinden kur’a ile seçilecek birisi Reis olurdu. Mekke şehrinde oturan ve ticaretle meşgul olan kabilelerde Reislik, Kâbenin hizmeti ve perdedarlığı kendisine ait bulunan zata aitti. Bu hizmet ve perdedarlık sonradan Kureys kabilesine geçmiş olmakla her şeyde egemenlik dahi o kabileye geçti.

Her kabilenin Kâbede bir put’u vardı; Kabilelerin her biri belirli bir günde Kâbeye giderek putunu ziyaret eyler ve putuna kurbanlar keserdi. Sayıları 300 den fazla olan putların Kâbeye çektiği kabileler Mekke’yi bir ticaret şehri yapmıştı. İslâmiyet çıkınca 300 den fazla put etrafında parçalanmış kabileleri bir tek Allahın etrafında toplayan din ile dini yayan harpler kabileleri birleştirdi ve devleti vücuda getirdi. Fakat asabiyet denilen kan birliğinin, kan bağının vücut verdiği tesanüt birden bire ortadan kalkmadı. İslâmiyet asabiyeti (kan hısnlığını, bağllığını) kaldırdı ve bütün Arapları İslâmiyette birleştirdi. Hazreti Ömer bu Arap ittihadının bozulmamasına çok itina eylerdi. Emeviler Arapların lehine çok çalıştılar ise de kendi kabileleri olan Kureys kabilesini de çok tutarlar ve onu diğer kabilelerden her hususta mümtaz sayarlardı. Bu hal de

diğer Arapları gücendirdi ve asabiyeti (soy bağılığını) tekrar uyandırdı, Arapları Emeviler ve Haşimiler arasında bir aynılığa sevk eyiedi; İslâm şehirlerini birbirine rakip hattâ düşman kıldı. Fakat bu tefrika nesep asabiyetinden (soy asabiyetinden) başka bir şey olan vatan asabiyetini yarattı, şehirlerin içindeki muhtelif kabileleri bir siyasi maksat uğruna birleştirdi. İki düşman şehir birbirile harbe girince bir şehrin içindeki bir kabile diğer düşman şehrin içindeki bir kabile diğer düşman şehrin içindeki aynı kabile efradı ile savaşırdı. Böylece siyasi asabiyet nesep asabiyetinden daha üstün tutuluyordu. Meselâ "Cemel" muharebesi Kûfe ile Basra şehirleri arasında geçmişti. Bu muharebede Basra'daki Yemen kabileleri Kûfe'deki Yemen kabileleri ile; yine Basra'daki Mozar kabilesi Kûfe'deki Mozar kabilesine ve Basra'nın Rebia kabilesi Kûfe'nin Rebia kabilesi ile savaşırdı. Aynı hal Siffin muharebesinde de gözükürmüştü. Çünkü vatan ittihadı siyasi emellere ve şahsi menfaatlara nesep birliğinden fazla hizmet eyler. Basra Hazreti Osman taraftarı idi, Kufe Hazreti Ali taraftarı idi. Şam Emevilere taraftardı; Cezire harici, Hicaz sünni idi. Bu hal birbirini takip eden devletlerle değişmiş ve siyasi değişmeler yeni müteaddit ittihatlar vücude getirmiştir. Arap yarınmasında nesep ittihadı devam ederken Şam, Mısır ve İrak vatan ittihadı ile birleşmişlerdi. Bu ittihatlar hâlâ devam eden Sünnilik, Şülik, mu'tezilelik gibi mezhep ittihatları şeklinde de tecelli eylemiştir. Hicaz daha Emeviler zamanında siyasi ehemmiyetini kaybeyledi fakat dini ehemmiyetini bugüne kadar muhafaza etti. Emeviler, Haşimilere bağ olan Kâbenin maddi kısmını mancınıklarla tahrip eylediler fakat İslâmlar nazarındaki mânevî cephesini yıkamadılar. Abbasilerin de Alevilere bağ Kâbenin ehemmiyetini kırmak için Bağdat'ta yeşil kubbeyi (Kubbei hadrâ) yı inşa etmiş omaları bir netice vermedi. Nitekim onlardan evvel Emevilerin meşhur İrak valisi zalim Haccac da Bağdat'ta bir yeşil kubbe inşa ettirmiş idiyse de o zamanlarda Alevî nüfuzuna temel taşı olan Harameyn'in nüfuzunu kırılmamıştı.

Hülâsa, İslâm devleti hem ittihatlarla hem de savaşlarla kurulmuştu. Devlet daima ilerlemeler ve gelişmelerle çok mütevazi menşei aştı ve bu günkü haline ulaştı. Devletin bugünkü vazifeleri bir milletin iç ve dış emniyetini sağlamak, içtimaî disiplini devam ettirmek, ferdi hürriyetleri korumaktır. Devlet ödevlerini asayiş ve intizamı bozan bütün olayların tenkilini düzenlemekle başarr. "Her şahıs kendine hoş gelen şeyi istemesinden ve zahmetli olan şeye kızmasından ötürü insanlar arasında adaletin ve nizamın bozulmaktan korunması için bir takım müeyyide teşkil edecek kanunlara ihtiyaç vardır. Medeniyetin devam edebilmesi

için cezai hükümler tertibi lâzımdır. Bu cezai hükümlere fıkıh, azap etmek yani işkence etmek, eziyet etmek manasına gelen ukubat adını verir” (mecelle).

Elde edilen bütün ilerlemeler ukubatın telâkkisinde ve düzenleme tarzındadır. Siyasî bir hükümet olan devlet ile bağımsızlığını büyük bir kıskançlıkla müdafaa eden pedereşahi aile arasındaki bu savaş en güç meselelerin ortaya çıkmasına sebep oluyordu. Sonundan bu manevî kuvvetler devletin ve onunla birlikte medeniyetin galebesini sağladı. Kabileler arasında çıkan savaşlara bir felâket gibi tahammül ediliyor ve ağır bir vazife olarak kabul olunuyordu. Her intikam bir karşılık intikama sebep oluyordu. Devlet ise kabileler arasında barışı sağlıyordu. Her ne denirse densin insanlık daima barışı özlemiş ve onu en büyük nimet olarak görmüştür.⁴

Yalnız hiç bir şeyde mübalâğaya kaçmamak ve hiç bir iddiada ifrata varmamak lâzımdır. Devlet te daima diğer bir devletin saldırışı tehdidi altında yaşar; fakat ne de olsa kabileler arasında harbi kaldırmak dahi büyük bir ilerleme oldu.

Diğer taraftan durmadan savaşan düşman kabileler bu hallerile her şeylerini, mukadderatlarını tamâmile zalim kuvvetin ve kör talihin keyfi olacak takdirine bırakmış oluyorlardı. Hakarete ve zulme uğramış evlâtlarından birinin intikamını almak için silâha sarılmış kabile kendisini mahvolmak tehlikesine de maruz bırakmış oluyordu; yenilmek onu

4) Roma'lı şair Horace, "Türküler" adlı manzumelerinde harp için "anaları dehşete salan harp" der. Anaların en çok nefret ettikleri, tiksindikleri harptir. Paris'de Vendôme sütünü, Napoleon'un harpte esir aldığı toplar eritilerek yapılmıştır; sütunun üzerinde Napoleon'un heykeli vardır. Şair Barbier bu sütun hakkında ilhamını Horace'den alarak şu mısraı söylemiştir: "Anaların asla bakamadıkları bu tunç". Roma'nın bulunduğu Latium ovasına çok eskiden Janus adlı bir hükümdar hâkim idi. Bu hükümdar zaman tanrısı olan Saturn'e misafirperverlik gösterdiğinden ötürü tanrı mükâfat olarak onu istikbalî de mazi gibi görür kıldı. Janus'un bu hassası dolayısıyla biri öne diğeri arkaya bakan iki yüz ile tasvir ederlerdi. Sonraları tanrılaştırılan Janus için Roma'da inşa edilmiş olan Tapınak'ın kapıları barış zamanında kapalı tutulurdu. Dünyanın en savaşçı milleti olan Roma'lular bile Janus tapınağının kapıları kapanır iken alkış tutarlardı.

Aziz meslektaşım Konya barosundan Galip Bilge bana Karaman analarının Atatürk hakkındaki minnet hislerini şöyle anlattı: İzci gençler ve mutlak surette Karaman çocukları Atatürk büstünün önünde bir merasim için toplanmış bulunurlar iken bunu seyr eden kadınlar "epeyce çocuk ve genç olmuş. Atatürk ölünce bu gençlik acaba yine böyle çoğalabilecek mi?" demişler.

tamamile mahvedebilirdi. Kör ve zalim kuvvetin hakim olacağı bu vaziyetlerde hakkın mağlûp olabilmesi ihtimali de var idi; O zamanlarda kuvvet daima hakkın hizmetinde değildi ve kuvvet daima hakkı iptal eylerdi. Adaletten bahseyleyen devlet ise zayıf himaye edebilirdi. Kabile veya fasile olsun o eski ailelerin içinde disiplin çok sert idi. İnsan, tahammül edilmez dereceye vardırılan bu disipline zoraki katlanırdı; çünkü insan için aile dışında ve aileden başka içtimai hayat imkânı yok idi. Fakat insan can ve malının devlet tarafından emniyet altına alındığını gördüğü andan itibaren kabilenin tahakkümüne güçlkle katlanmağa başladı. Çünkü ferdiyetçi duygularını, haklarını ve hürriyetlerini nazara alan devlet ferdi daha az sert kaidelere tabi tutuyordu. İktisadi muhitte baş gösteren değişiklikler de ferdin aile tahakkümünden kurtulmasına yardım ediyordu. Sınıf doğmuş ve neticesi olan iş bölümü ufak çapta da olsa cemiyette yer almağa başlamıştı. Bu da menkul ve gayrimenkul mülkiyeti genişletiyor ve yayıyordu. Eski pederşahi aile, beliren bu harekete karşı mukavemet eyliyor devlet ise harekete karşı müsait davranıyordu.

Devletin dağıttığı adaletin aile adaleti gibi keyfi olmaması da ferdiyetçi hareketi belki her şeyden ziyade ilerletiyordu. Gerçi devlet de uzun zamanlar makul, kanunî ve sabit kaidelere tabi olmayacaktı; fakat ne de olsa devletin adaletinde hukuki bir çeşni var idi ve bu da zamana göre gerçek bir ilerleme teşkil eylemeğe elveriyordu.

Aile guruplarının muhafazakâr mukavemetlerine ve onun aristokratik düzenine karşı devlet fertlerde, ezilmiş kimselerde, plebsde en emin istinatgâhını ve en sağlam temelini buldu. Siyasi ve içtimai büyük inkılâplar ancak çoğunluğun iradesi ve muvafakatile başarılabılır. Binaenaleyh devletin galebesi kendisini aileler arasında bir sulh âmili ve ferdi aile adaletinin zulmüne karşı koruyucu olarak görmüş olanların yardımınla mümkün olmuştur.

Bununla beraber devletin yenmeğe mecbur olduğu güçlükler çok büyüktü; Her şey siyasi hükûmetin eğemenliğinin kurulmasına karşı koyuyordu. Binaenaleyh devletin ailelerin bağımsızlıklarını yenmesi ve yok etmesi; bütün aileleri mütecanis bir bütünlük içinde eritmesi ve hepsine birden tek başına komuta eylemesi lâzım geliyordu. Devlet aileye karşı dışardan yapılacak cinayetleri tenkil etmek yükünü yüklenmek suretile aileler arasındaki savaşı yasak edebilir ve aile adaletini kaldırabilirdi. Arzettiğimiz gibi aileler eğemenliklerinden kolay kolay vaz geçemezlerdi. Kendilerine yapılmış olan tecavüzün ve hakaretin

intikamını bizzat kendi kuvvetleriyle almaktan yine kolay kolay vaz geçemezlerdi. Aileler harici emniyetlerini intikam alabilmek yetkileriyle sağlayabilmişlerdi; İç emniyetlerini de aileye mensup her hangi bir şahsı cezalandırabilmekle temin etmişlerdi. Devletle birlikte vücuda gelen inkulâp en eski örf ve âdetleri inciltiyordu; sayılan âdetlere bağlılığı kaldırıyordu ve ailelerin asırlarca temelini teşkil etmiş olan itikatları zedeleyordu. Binaenaleyh devleti aile guruplarına hâkim kılabilmek için çok büyük kudretler sarfedilmek icap ediyordu. Krallar, Askerî şefler ve bir çok devlet adamları gayret ve kuvvetlerini temsil eyedikleri devletin hizmetine koydular ve böylece mukavemetleri kırabildiler. Bu saydıklarımıza usları ile rey fikirlerinde doğrulukla meşhur ve hususile manevi otoriteleri ile mümtaz kimseler de katıldı. Bu hâkim aileler arasındaki husumetleri yatıştırarak kaideler koydular. Yine bu hâkimler siyasi hükûmetin emniyeti ile birlikte fertlerin de mal ve can emniyetlerini tehdit eden cinayetlerin tenkili hususunda kaideler bulup koydular. Tarih kitapları bu hâkimlerin terakkiye ve medeniyete yaptıkları hizmetler üzerinde henüz durmuyor. Bu hâkimler hem ikna hem kuvveti kullandılar. Bunlar her şeyden evvel bir içtihat kurmağa uğraştılar; yani yatıştırıcı gayretlerine lâzım olan her şey hakkında bir masebk yaratmağa bir emsal kurmağa çalıştılar ve böylece yeni temüller yani yeni örf ve âdetler yarattılar. Bu hâkimlerin faaliyetleri münhasıran hukuki ve adli olmakla da kalmadı. Bunlar sıra gelince cür'etli yenilikler de yaptılar; bunlar derin siyasi vukuf ve maharetlerini yorulmaz ve bıkmaz sebatlarını içtimai huzur ve asayişin ve içtimai disiplinim hizmetine koydular. Teşekkül eden hukuki ilim uzun zaman dinî bir mahiyet aldı ve gizli tutuldu. Hukuk ilmi yalnız sözlenakledilirdi; bir "nakl", "rivayet" mahiyetini taşırdı. Bizim an'ane tabirimiz ki manası "falandan filâna" (söz ile, rivayet ile geçen) demektir, Frenklerin örf ve âdeti ifade etmek için kullandıkları ve lugat manası uzun bir müddet rivayet suretile, sözle, nakil suretile geçmiş demek olan "tradition" kelmesinin karşılığıdır. Nihayet günün birinde gizli tutulan hukuk kaideleri yazılı bir metin haline getirildi ve daha müstakar daha az sırlı bir mahiyet aldı. Böylece nesiller ve nesil'er boyunca yapılmış bir mesai resmen ilân edilmiş bir kanunda özetini ve ifadesini buldu. Bu büyük eserin müessirleri çok kere meçhul kaldı. Bazan Musa, Dragon, Solon, Lykürk veya Numa Pompilius gibi belirli bir isme bağlandı.

Bu intikal kanunlarından bir çoğu bize kadar gelmiştir; bu sahadaki kaynaklarımız bereketlidir. Fakat devletin eğemenliği için yaptığı

savaşlarda kullandığı vasıtalar çok değişik olmuştur. Bu sebepten bize kadar gelen bu intikal kanunlarının iyi anlaşılması lâzımdır. Bunun için de kanunların zamana göre tarihlendirilmelerinden ziyade içtimaiyata göre tarihlendirilmeleri iktiza eder. Meselâ devletin daha yeni olarak vücuda gelmiş ve düzenlenmiş olmasına ve daha evvel teşekkül etmiş devletlerin arz eylediği örneklerden müteessir olup olmamış bulunmasına göre intikal kanunlarının mahiyeti değişir. Siyasi hükümet İsrail oğullarında, Mısırlılar'da ve Yunanlılar'da aynı şekilde teşekkül etmedi. Roma tarihe doğduğu zaman Latinler'de ve Latinler'e komşu gruplarda devlet kavramı oldukça vazih bir tarzda teşekkül eylemiş ve bunlarda cezalandırma yetkisi devlete geçmiş bir kaç suç vücut bulmuştu. Roma imparatorluğunu istilâ eyleyen barbarlar istilâ zamanında gerçi millet halinde teşekkül eylemiş bulunuyorlardı: Şefleri Kraları ve siyasi bir teşekkülleri var idi; yani iptidai bir kabile halî çoktan bozulmuş bulunuyordu. Fakat barbarlar, devletin tamamile gelişmiş, egemenliğin bütün sıfalarına malik ve hususile çok ileri bir ceza kanununun yürürlükte olduğu memleketlere yerleştiler. İmdi Salık kanunda Roma'nın tesir ve nüfuzu az gözükiyor ise de "antiqua Wisigotorum" ile rivayetlerin Burgonya kralı Gondebaud'ya izafe eylediği "Gombette" kanunlarında daha fazla gözükiyor. Bu noktâ nazardan "antiqua Wisigotorum" ile "Gombette" kanunları ilgi celbedecek bir hal arz ederler. Bu kanunlar eski Jermen âdetlerinin nihayete erdiği, müşterek mülkiyetin yerini ferdi mülkiyete terkettiği zamanı açıkça gösteren ve barbar kralların en önemli cinayetleri cezalandırabilmek çarelerini aradıklarına dair çok meraklı ve çok kıymetli malûmatları ihtiva eyler. Buna mukabil tarzeylediğim kanunlardan çok daha sonra Şarleman'ın emriyle Roma medeniyetine yabancı kalmış mağlup milletler için tanzim edilmiş kanunlar iptidai âdetlere daha yakındır. Fransa'da ilk sülâle olan Merovingien'lerle onu takip eden Şarleman'ın adını taşıyan Karlovingien (Şarlevingien) kanunları içtimai cezaları arttırmış iseler de teşrii usul ile yenilikler koyması dolayısıyla itaatı sağlyamamıştır; Çünkü halk vicdanına uymuyordu. Zaten Karlovingien'lerin son ferdi ile bütün Avrupa'da merkezî devlet çökmüş feodalite teşekkül etmiş ve yeni bir tenkil usulü yer almıştı.

Bütün bu anlattıklarımızdan çıkan sonuca göre iptidai ceza hukukunun düşmesi ve ortadan kalkması ve mekâna göre, içtimai ve iktisadi şartlara göre, halkın kültür derecesine ve medeniyete istidadına göre değişen bir çok sebeblere dayanır. Binaenaleyh ceza hukukunun özel ve kısmi tarihleri yazılabilir; fakat genel bir tarihi yazıla-

maz. Bu sebeble iptidai ceza hukukunu genelleştirmek bir hata ve bir cür'et olur, ve bu itibarla da ilmi metotlara aykırı düşer. Yine bu sebepten ceza hukukunun en kesin gelişme merhalelerini kavramağa imkân verecek, en ziyade bilinen ve en ziyade karakteristik olan vakıaların zikri ile iktifa etmek zaruri oluyor. Kısas aileler arasındaki savaşları yatıştırmak için kullanılan ilk çare olmuştur. Kısas uzun zaman en vahşi ve en feci bir tenkil usulü olarak görüldü ise de bugün mahiyeti daha iyi anlaşılmuş ve büyük, çok büyük bir ilerleme eseri olarak kabul edilmiştir. Hiddetin, gazabın ilham eylediği intikam, ölçü ve hudut kabul eylemez. Tecavüz ve hakarete uğramış olan aile, yapılan hakaret ve tecavüz ne olursa olsun karşılık olarak hasmına her türlü fenalığı yapabiliirdi ve kimse onu bundan men edemezdi; Çünkü muhasımların arasına girebilecek, onlardan üstün bir makam ve otorite yoktu. Binaenaleyh evvel emirde onlara suçun uğranılan zarar nisbetinde tazmin edilmesinin muhik ve meşru olduğu ve tazminin yani mukabelelerin ancak uğranılan zarar nisbetinde yani göze göz diş diş almak suretile muhik ve meşru olacak fikrini kabul ettirmek lâzımdı. Bu itibarla ceza hukukunun kısas ile başladığını iddia etmek pek yanlış bir fikir olmaz. Hamurabi kanunu da kısası kabul eder, göz çıkartanın gözü çıkarılır, diş kıranın da dişinin kırılmasını emrederdi. Yıkılan bir ev altında sahibi öldüğü takdirde evi yapan kalfa da öldürülürdü. Evlâdı öldürülen kimsenin katilin evlâdının öldürülmesini istemek hakkı olurdu. Hitit kanunu da kısası kabul ederdi. Karanlık kafalara ve iptidai vicdanlara kabul ettirilebilecek adalet bundan ibaretti. Çünkü başka türlü bir adaleti tasavvur bile edemezlerdi. Gerçi bir fenalığa karşı işlenecek aynı fenalığın yapılmış fenalığa ivaz olamayacağı; tecavüze uğrayanın karşılık olarak yapacağı fenalığı ölçemeyeceği ve mütecavizin açtığı yaraya mukabil aldığı yaradan ölebileceği ileri sürüldü. Fakat iptidai bir şahsın mantığı bu gibi inceliklerden müteessir olmaz.¹

Manası ödeşme (takas) demek olan kısasın, bu kadar çeşitli iptidai âdetler arasına nasıl girebilmiş olduğu malûm değildir. Fakat kısasın elimize geçen metinlere girmeden çok daha evvel tatbik edilmiş olduğunu iddia eylemekle fazla bir hataya düşülmüş olmaz. Tecavüz ve hakarete uğramış ailelere kısasın ifade edeceği tazmin ve tarziyeyi kâfi olarak kabul ettirmiş büyük adamların çıkmış olduğunda şüphe yoktur. Tecavüzü yapan aile de fenalığı yapan kimseye aynı fenalığın yapılmasını belki daha kolayca kabul etmiştir. Çünkü böylece ağır bir

1) Kısasta eşitliğin neden ibaret bulunduğunu Roma ceza hukukunu anlatır iken "Aulus gellius" ten naklen bildireceğim.

tesanüitten tabir caizse bir müteselsil borçluluktan ve neticesi şüpheli olan kanlı bir savaşa atılmaktan kurtulmuş oluyor.

Devletin kurulmasından çok zaman sonra İsrail oğullarına tanrı namına hitap etmiş olan Hazreti Musa; XII levha kanunu ve daha diğer kısıstan bahseden kitaplar ve kanunlar kısası mecbur kılmak suretile önemli bir terakkiyi sağlamış oluyordu. Çünkü tecavüze uğramış aile kısıstan, yapılanın eşini yapmaktan fazla bir şey isteyemezdi; mütecevazın da kısasa rıza göstermesi mecburi idi. Kısas kanı gütmeyi bertaraf edecek büyük bir yenilik idi. Kur'anda kısas "Ey iman edenler hür'ün öldürülmesinin hür ile, öldürülen kölenin köle ile kadının kadınla kısas edilmesi (misli ile, eşi ile takas edilmesi) sizlere farz oldu" (Kısanın emredildiği âyeti ihtiva eden sure üç isim taşır : Elif, Lâm, Mîm suresi veya İnek suresi İsrail oğullarının İnek suresi); yahut "Kürsi" suresi (Hak taalanın Kürsisi suresi).

İsrail oğullarının kitaplarında (Tevratta) öldürmeğe öldürme ile mukabele edilmesi emrolunuyordu. Yahudilerde biri diğerinden daha şerefli olan iki kabîle arasında bir öldürme yak'ası çıkınca daha şerefli kabîle öldürülen bir kölesi için suçlu kabileden bir hür adamın öldürülmesini isterlerdi; öldürülen bir kadına karşılık bir erkek, ve öldürülen bir erkek yerine iki erkeğin öldürülmesini isterlerdi. Kendi yaralarını düşmanların yaralarının iki misli sayarlardı, bazan de daha ileri giderlerdi. "Rivayet olunur ki bir kere birisi eşraftan bir adam öldürmüştü; katilin akrabası öldürülenin babasının yanında toplandılar ve ne istersin dediler. O da üçten biri dedi; nedir onlar diye sordular. "Ya oğlumun diriltirsiniz veya evimi göklerin yıldızlarla doldurursunuz yahut bütün kavminizi bana teslim edersiniz hepsini öldürürüm ve yine de oğluma karşılık bir ivaz aldığım reyinde bulunmam demiş idi."

İşte böyle insanların (Hazreti peygamber'e; hicret ettikleri zaman onu kabul edip ona yardım eden Medine'lilerin) iki kabîlesi arasında islâmiyetten evvel çıkmış kan davaları var idi; bir taraf şeref ve kuvvete güvenerek diğerine karşı ileri gidip bizden bir köle karşılığında sizden hür ve bir kadın karşılığında bir erkek öldüreceğiz diye yemin etmişlerdi. Bunlar İslâm olduktan sonra Peygamberimize gelip muhakeme olmak istediler. Öldürme'erde eşi ile misli ile takas yapılması: Öldürülen hür'e karşı katil olan hür'ü tek olarak öldürmekle öldürülen köleye karşı katil olan köleyi tek başına öldürmekle, öldürülen kadına karşı katil olan bir kadını tek başına öldürmekle ödeşilmesini (kısası) emreden bu âyet bu vesile ile indi ve öldürmeden, dolay yalnız öldü-

renin kısas edileceğini ve öldürmeyenlerden kimsenin öldürülmiyeceği bildirildi. İnsanlığı terakki ettiren bu âyet insanlığı terakki ettiren en büyük adamın mübarek ağzından insanlığa ilân olundu. Kısasın yapılan zararın misli olarak kalmak şartile icrası umum iman sahiplerine farz kılındı. Âyet islâmdan evvelki, tabir caizse faizi mürekkepli kısasları kaldırıyor, hür olsun köle olsun kadın olsun herhangi öldürülen bir şahsı kim öldürdü ise yalnız o öldüren: ister hür ister köle ister kadın olsun ivaz olarak öldürülür. Bir erkeği bir kadın öldürmüş ise yalnız erkek kısas edilir. Bir erkeğin şerefi kadından üstündür ve bir kadın için kısas edilemez denemez. Elleri kana bulanmamış masumlar da öldürülenin mensup olduğu kabilenin şeref ve haysiyeti namına katilin yanı başında ve onunla müteselsil suçlu olarak kısas edilemezler.

Kısasta istenilen şey benzerlik ve eşitliktir. Can benzerliği ve eşitliğidir. Hayat hakkı herkes için müsavidir; kısas bu eşitliğe bu müsavata dayanır. Öldürülen kim olursa olsun onu öldüren katil veya katiller o öldürülenden fazla bir hayat hakkına malik değildir. "Nefis nefise ödenir". Nefis insanın kendisi manasına gelir; Nitekim "nefislerinizi öldürmeyiniz" âyeti hem intiharı, hem Hint fakirlerinin yaptıkları gibi nefisi son derece baskı altına almağı ve ona son derece eziyet vermeğı, hem de adam öldürmeyi men eder. Yine Kur'an danışma (şûra) suretinde "haklarına tecavüz edilenlere yardım edip öçlerini alanlardan" bahseyler ki tecavüzün men'inin cemaatin vazifesi olduğuna bir işarettir. Böylece kur'an intikamın meşru olduğunu beyan eyledikten sonra hemen arkasından intikamın meşru olmasının şartını şu suretle tayin eyliyor: "Kötülüğün cezası o kötülüğün mislidir." Yani kötülüğün cezası o kötülüğe ölçüde ve benzerlikte tamamen müsavi bir kötülüktür. Buna ceza suç olan işin cinsinden olmalıdır deniyor: "Elbette olur ev yıkanın hanesi viran ekser görünür çünkü ceza cinsi amelden" (Ziya Paşa); amel yapılan şey demektir. Misil kelimesi "talio" nun karşılığıdır. Bütün dillerde kısasa latince benzer, eş manasına gelen "talio" kelimesinden yapılmış bir kelime olan "talion" kelimesile ifade olunur. Diyet intikamı hafifleten ve binaenaleyh eski âdetleri medenileştiren bir sistemdir. Kısas, eğer tabir caiz ise "aynıyat" a giren yani bedele çevrilmiş olmayan ve aynen verilen bir cezadır. Diyet bedele çevrilmiş bir cezadır. Şadre uğramış kimseye tazminat vermek suretile kısasın suçlunun cismi üzerinde yaratacağı eza ve cefayı kaldırmaktır. Diyet veren verdiği diyetle meselâ gözünün çıkarılmasını önüyor ve gözünün bedelini vermiş ve gözünü âdeta satın

almış oluyor. Nitekim harpte esir düşen de hayatını satın alabiliyor ve hayatına bedel verdiği paraya "fidye" deniyor.

Devlet diyetlerin tayinine müdahale etmek suretile hem aileler arasında savaşların doğmasına mani olabilmış hem de onlara içtimai nizamın kurulabilmesi için lâzım olan barışı zorla kabul ettirebilmiştir.

Kısasa iptidai cemiyetlerin, ilham kaynakları birbirine benzemeyen kanunlarında rastlanır; fakat Jermenler gibi kısas kendilerine meçhul kalmış milletler de vardır. Halbuki diyet istisnasız surette bütün milletlerin kanunlarında yer bulmuştur; mağdura tazminat vermek suretile intikamını bertaraf etmek olayı çok yayılmış bir hâdisedir.

Ailelerin bağımsız ve egemen buldukları devirde diyet diğer ailelerin uzlaştırıcı olarak araya girmelerinden doğmuştur. Teşekkül eden devletin aileleri mecburen uzlaştırıcı olacak olan organları uzlaştırmağa daha da kolaylaştıracak ve hattâ mecbur kılacaktır; bunda şüphelenilemez.

Tecavüze uğramış ailenin iddialarındaki mübalâğa uzlaştırıcıların rastladıkları esaslı engeli teşkil ediyordu. Çünkü iddiada mübalâğaya kaçınca suçlu o iddiaları ya kabul edebilecek güçte olamazdı yahut da kabul edemezdi. Bu itibarla her hâdisede diyetin miktarı üzerinde tartışmaların çıkması tabii idi. Binaenaleyh uzlaştırmayı kolaylaştırmak için araçlar örf ve âdetin kuvvetini ileriye sürüyorlardı, emsal gösteriyorlardı ve bu sayede tecavüze uğrayanı "bizzat ihkaki hak" arzusundan vaz geçirebiliyorlardı. Çünkü örf ve âdetin tayin eylemiş olduğu miktar diyeti kabul etmekte haysiyet ve şeref kırıcı bir hal yoktur. Devlet kuvvetleşince ve malûmatlar yayılınca örfler yazılmağa da başlandı. Fakat bu yazılan örfler, eski âdetleri, eski kararları, eski emsalleri müeyyide altına almakla kalmıyordu, hakiki yenilikleri de ihtiva ediyordu. Bu yeniliklerde uzlaştırmayı kolaylaştırmaktan başka bir gaye bulunmuyordu. İptidai kanunlarda suç üstü yakalananlar için tayin edilen diyet ile meşhut olmayan suçlar için tayin edilmiş bulunan diyet miktarları değişiktir. Gerçi meşhut olan suç ile meşhut olmayan suçta ağırlık ve zarar aynı ise de meşhut olmayan suçun üzerinden geçecek zaman mağduru yatıştırır; bu sebepten diyeti daha kolay kabul ettirir. Fakat suçlu suç üstü yakalanırsa o zaman mağdurun şahlanmış duygularını yatıştırmak çok güç olur. Binaenaleyh meşhut suçların mağdurlarını, bizzat ihkaki haktan vaz geçirebilmek için ona önemli bir diyet teklif etmek ictiza eder; uğra-

diği zarardan çok üstün bir taminat ile öfkесinin önüne geçmek lâzımdır.⁵

En ziyade Yunanistan'da tatbik edilmiş olan ihtiyari sürgün gurbete çıkmak âdeti aynı suretle izah edilebilir. Elinden öldürme işi çıkmış ve böylece kendisini kan davasına maruz kılmış bir adam kendisini tehdit eden tehlikeden memleketi terk ile kurtulmağa çalışır. Binaenaleyh sürgün bir ceza değildir; bir kaçıştır; alınacak intikama ortadan kaybolmakla fiilen mani olmaktadır; zamanla da öfkeleri yatıştırabilmeğe imkân vermektedir. Bazan gurbet ebedi olur; bazan da öfkeleri zamanla yatıştırılmış olması dolayısıyla geçici olur. Fâlhakika araçlar intikama sebep veren aile ile intikamı alacak aileyi uzlaştırabilir ve gurbeti geçici kılabilirler.

Atina'da ihtiyari sürgün tesanüt yükünü hafifletmek için de kullanılıyordu.

Araplar'da suç işleyen adamın hiç kaçmamış olduğu yani ihtiyari ile kabilesini terk edip gurbete çıkmamış olduğu iddia olunamaz. Fakat onlarda ailenin suçtan mütesanit olmasını önleyecek başka bir müessesе var idi ki; o müesseseye Hal' deniyordu. Hal' kelimesini bugün biz Türkçemizde yalnız padişahların tahttan indirilmiş olmalarını ifade için kullanıyoruz.

Hal' aileden atılmaktır. Kabile kötü ruhlu mensuplarını içinden atmak suretile onun işleyebileceği kötü işlerin meşuliyetinden kendini kurtarırdı. Kabile hal' ettiği kimsenin hakkını da arıyamazdı. Malumdur ki kabiledе iki türlü kimse vardır; biri öz evlâtlar ki bunlar bir devletin aynı ırk ve dinden olan tebaalarına benzerler, bunlar arasında kan hısımlığı vardır; diğer tabiiyette de tabiiyete alınmış yabancılarına benzerler ve bunlara Mevali denir; kul iken azât edilmiş veya bir sözleşme ile aileye iltihak etmiş olanlar Mevalidir.⁶ Binaenaleyh Araplar kendi hısımlarından gerek mevalilerinden hal' ettiklerini Ukâz panayırında münadiler vasıtasile ilân ederlerdi.

5) Romalılar meşhud zulümlerde mağdurun gaddarının cismini zapt edip ondan diyeti yalnızca kadar vücudunu elinde tutmasına müsaade ederlerdi. İhering bu neticeyi meşhud hırsızlık, borcunu veremeyen acze düşmüş verecekliye, ve suç işlemiş evlat veya köleyi teslim etmeyen aile reisine karşı yapılan sonraki muameleden çıkartmaktadır.

6) Romalılarda da eski efendi hürriyetini verdiği kulunun "mevlâsı" (patronus) patronu olarak kalırdı. Hürriyete kavuşan azatlı kendisini anadan hür doğmuş kimselerden ayıracak bir lakabla ayırt edilirdi. Aileye bir sözleş-

İslâmdan evvel en meşhur hal' Mısır fatihi Amr bin As'ın hal'ıdır. As oğlu başka bir kabileye mensup olan Amare ile ve Ticaret kasdile Habeshistan'a gitmiş idi. Yolda Amare Amr'ın karsına göz dikti ve geminin kenarında duran Amr'ı iterek denize attı. Amr yüzünü tekrar gemiye çıktı. Fakat Amare'den intikam almağa karar verdiğinden pederine yazıp hal'etmesini istedi. Amare'nin mensup olduğu kabile de Amarenin hakkını aramağa mecbur kalmamak için Amareyi hal' eyledi.

Bu sürülmüşler ve hal' edilmişler de kendilerini korumak için toplamlardı; çölde hal' edilmiş kötü kişilerden pek çok kimseler birleşmiş idi. Bunlar bir arada toplanarak yolları kesmek ve kabilelere saldırmak üzere bir takım eşkiya çeteleri teşkil ederlerdi. Roma bu gibi kimseler tarafından kurulmuştur, denir.

Roma'nın kurulmasını daha ziyade "sığınacak yer" müessesesine bağlayanlar da vardır. Intikama uğramaktan korkan kimse dini bir kavrama dayanan "sığınacak yer" e sınırdı; çocukların analarının arkalarına sınırmaları gibi intikama uğramaktan korkanlar da bir tapmağa veya diğer mukaddes olarak kabul edilen bir yere: mezarlara ve mukaddes sayılan ormanlara sınırlardı. Sığınan kimseyi sığındığı yerden almak olmazdı; çünkü sığınak masumiyeti vardı.

Sığınmağa Araplar "dehalet" dahi derler. "Dahilek ya Resul-Allah" tabiri ahiretteki azaptan peygambere sığınmağa ifade eyler. Intikama maruz kalanlar vakit kazanmak ve kinleri yatıştırarak zamanı beklemek üzere bazı sığınaklara iltica ederlerdi. Roma bu sığınaklardan biri idi; oraya dehalet eden, borcunu ödemekten âciz borçlular, suçlular ve hattâ mahkûmlar himaye görürlerdi. Fakat sığınan kimse kurtuluşunu dini duygulardan beklerdi.

Yunan düşüncesinden doğan dehalet hakkı müessesesi çeşitli sebeplere bağlandı; bu sebeplerin başında "Kader" den korku gelir. İnsanın her fiilinde hattâ işlediği cinayetlerde "Kader" in bir tahriki kabul edilirdi. Bu gün bile izah edemediğimiz halleri "Olacak" kelimesiyle kaderin bize yaptığını veya bizi içine attığını anlamağa çalışırız. Düşünüşün neticesi olmaktan ziyade sevki tabiiinin neticesi olan bu fikir ve kanaat, kendisini mukaddes bir yere sığınmak suretiyle Tanrının adaletine

me ile iltihak etmiş olanların da "mevlâ" ları iltihak eyledikleri ailenin şefi dir. Mevâli azat ile veya iltihak ile velâyet altına girmiş kimselerdir. Roma da iltihak eylemişlere mahmî (himaye gören) manasına olmak üzere "Cliens" denirdi.

tevdî eden kimseyi insan adaletinin yargılamaya yetkisi olmadığı neticesine vardı. Sığınma hakkını, mukaddes yerlerin dinin men eylediği zorlama ile tecavüze uğratılmaması; mukaddes yerlerin dökülecek kan ile kirlenmemesi fikrile izah edenler de vardır. Bu düşünce Kâbe'de kan dökülemediği hakkındaki düşüncelerimize daha uygun düşer.

Sığınak masuniyetine taarruzun mutlak cezası sürgün idi; fakat bu müeyyideye riayet edilmediği haller de görülmüştür. Sığınmış yalvaranları tapınaktan zorla çıkartma vak'aları pek çok görülmüş olduğu gibi, sağın kapısı örülmek ve böylece sığınanı âdeta diri diri gömmek; yemek ve uykudan mahrum bırakmak; yangın çıkartmak veya buna benzer diğer teşebbüslerle vasıtalı zorlamalar da pek çok görülmüştür.

Roma'luların hukuki fikirleri sığınma masuniyetini pek kabul edemiyordu; bu sebepten kaldırımağa hiç olmazsa tahdit eylemeğe çalıştılar. Roma'da Vestal'ların imtiyazları sığınma hakkına benzetilebilir. Vestal'ları siyaset meydanına götürülen bir hükümlüye rastladıkları zaman o hükümlüyü, bu rastlatmanın tamamile tesadüfi olduğunu beyan etmeleri suretile ölümden kurtarabilirlerdi.

Vestal'lar, asalete mensup (patrici) genç kızlardan olup kendilerini tanrıca Vesta'ya vakfetmişlerdir; vazifeleri Vesta'nın şerefine olarak yakılmış ateşi sönmekten korumak ve onu ebedi bir surette yanar tutmaktır. (7)

İsrail oğulları sığınak şehirler kurdular. Fakat Yahudi sığınakları

(7) Dinin ölmüş Atalara tapmaktan ibaret olduğu devirde — ki bu gün cenaze merasimine yalnız ölünün dininden olanların katılması ve ayrı dine mensup olanların ayrı mezarlıklara gömülmesi bu Atalara tapmak dininin genişlemiş şekli ve kalmış izlerinden başka bir şey değildir. Bir ailenin cenaze alayına yabancı bir aile ferdi katılamazdı. Ve bir ailenin mezarına yabancı bir aile ferdi gömülemezdi. Çünkü her ailenin Atası ve binaenaleyh Tanrısı ayrı idi. Karındaş bir karından çıkmış kimseler değildi, bir mezarı paylaşacak olan kimselerdi. Evet, Atalara tapmak devrinde Ocak, aileyi koruyan ve devam ettiren ocağın içinde yanan daimi ateş de Tanrı idi. Ateş Tanrı olan Ataların ruhları idi. Herhangi bir Atanın hâtırası Ocağa bağlı idi. Tanrıca Vesta Ocaktan başka bir Tanrıca değildi. Lisanımızda yaşamakta olan " Ocağın sönsün " bedduası o eski devirlerin zihniyetinin ifadesinden başka bir şey değildir. Tanrı olarak kabul edilen ateş sonraları Tanrılar ile temas vasıtası olarak kabul edildi ve Habilin kestiği kurbanın nezdinde makbul olduğunu Allah kurbanın üzerine ateş (yıldırım) indirmekle ifade eyledi ve böylece ateş ulûhiyetin iradesini tebliğ vasıtası oldu. Bir mezara nur yağdığını söylemek ve bir mezara kandil yakmak hep o eski zihniyetin izleri olarak yaşamaktadır.

katilleri korumağı istihdaf etmezdi. Kasdi olmayan öldürmelerde ölen kadar kötü bahıtlı olan kusursuz katili ölenin kanını teminatları altında bulunduranların intikamından korkardı. Sanıklar bu sığınak şehirlerde ancak mahkemeye çıkımlarına kadar kalabilirlerdi.

Hristiyanlık Roma'nın resmî dini olunca tapınaklarına saygıyı iktidara ve halka bir borç ve bir vazife olarak yükledi. Bu tapınakların masuniyetini bozmağı imparatorların zatına karşı işlenmiş suçlara benzetti ve eski dehalet hakkına benzeyen masuniyetler elde etti. Bu masuniyetlerin tarihi kilisenin âtme işlerine ve adalet sahasına müdahale tarzının güzel bir tarihini teşkil eder.

Araplarda dahi bu âdet carî idi. Medeniyeti İslâmiye tarihi müellifi derki: "Bir kimse başına gelecek bir fenalıktan korkarak koruyacak bir adamın yanına gider ve ona "beni koru" der ise koruyucu her türlü kuvvet ve nüfuzu ile onu korur.

İslâmiyeti kabul etmeyen kimselerin kötülüklerinden korkup kaçıp Habeşistana göçen ilk İslâm'lar Habeşistan'dan geri dönünce her biri puta tapanlardan birinin himayesini sağlayarak Mekkeye girebilmişlerdir. Sığınma tarzı hakkında Medeniyeti İslâmiye tarihi güzel bir misal verir. Peygamberimizin henüz sağ buldukları zamanda Peygamberliğini iddia etmiş olan Esved'i methetmiş ve ondan hediye olarak zengin elbiseler ve anberler almış olan Şairlerden A'sa, Âmir oğulları kabilesinin yurtlarından geçerken soyulmaktan korkarak sahabeden "Âlkame" ya sığınmak ister ve ona beni koruyacak mısın? diye sorar. Âlkame evet cevabında bulunur. Şair tekrar cinler ve insanlardan koruyacak mısın? der. Âlkame bu soruyu da evet ile cevaplandırır. Şair bu sefer Âlkame'ye ölümden de koruyacak mısın? diye sorunca, bir insanın ecelden korunmasına imkân olmadığını düşünen sahabe, "Hayır" diye cevap verir. Bunun üzerine Şair Âlkame'nin himayesinden vaz geçerek doğru Âmir'in yanına varır ve ona aynı soruları sorar. Şairin üçüncü sorusuna da Âmir'in evet ile cevap vermesi üzerine şaşırarak şair "Beni ölümden nasıl koruyabilirsin" der. Âmir de şayet "civarında" yani himayemde iken "ölür isen diyetini ailene gönderirim." der ve himayesini kabul eder.

Araplar için yakınlık yalnız manevî unsurlardan teşekkül etmezdi; mesafe itibarıyla da yakın olmağı yani bir de maddî unsuru haiz bulunmağı iktiza ettirirdi. Bu itibarla yakında bulunan komşu, uzakta olan kardeşten ziyade önem ahvâl. Yakında bulunmağı, yani komşuluğı Araplar "Civar" derler ki kelime Türkçemizde de aynı şekilde ve aynı manada olarak kullanılır. Kira mânasına gelen icare tabiri de yakınlığı

gösterir. Bugün kira ile tutmak manasında olarak kullandığımız “isticar” kelimesi Arap'ta kira aktinin mevcut olmadığı o zamanlarda yakınlığı, komşuluğu istemek manasına gelirdi. Hımaye istiyen lügat manasına göre “beni yakınına al” manasına gelen sözü söyliyerek hımaye isteğinde bulunurdu.

Kendisine sığınan kimse çadırında değil idiye elbisesinin bir ucunu çadırına bağlamak suretile hımayesine girmiş olurdu.

İslâm devleti kurulduktan sonra Araplarda hımaye istiyeni Hamî'nin bizzat kendi kabilesine karşı dahi koruması devam eyledi ise de devleti kuvvetlendirmek için sultana karşı hımaye kabul edilmez oldu. Bir devlet adamından diğer bir devlet adamına sığınmak devleti yıkarı. Bugün her hangi bir devlet adamına karşı hattâ bizzat devlete karşı yalnız mahkemelere baş vurulabilir. Fakat oraya da sığınamaz. İslâm'da Kâbe'de kan dökülemezdi. Binaenaleyh Kâbe'de intikamda alınamazdı.

Pederşahi ailenin dağılması devletin çıkmasına sebep oldu. Devletin çıkması da eski özel intikam usulünü yok edip yerine uzlaşma usulünü geçirdi. Cezanın suçlu ile masum hısmılarına birden kollektif bir tarzda verilmesi yerine cezanın yalnız suçlunun şahsına verilmeğe başlanması (Cezanın suçlunun şahsına mahsus kılınması) usulü ile Noksal (noxal) terk usulü bunun en belirtici bir delilidir.

Kollektif (müşterek) ceza mesuliyeti usulü iptidai cemiyetlerde çok şiddetli bir surette yürümlükte bulunur; çünkü bu usul Kabile mensuplarının içlerinden birinin yaptığı kötülükten mütesanit bulunmalarının doğrudan doğruya meydana getirdiği zarurî sonucudur. Çünkü cemiyet topluluğunun bu en iptidai devrinde tecavüzler ve taarruzlar kabile tarafından toplu bir halde yapılırdı; çünkü tecavüz ve taarruzun gayesi kendisine taarruz eyledikleri komşu kabileyi talan etmekten ibaretti, (Bu taktirde ise mesuliyetin taarruza katılmış kabilenin bütün fertlerine bulaşması kadar tabii bir şey olamazdı. Suçun münferiden bir fert tarafından yapılmış olması halinde dahi mesuliyet müşterek kalmakta devam eylerdi. Tecavüze uğrayan ferdin kabilesi fertleri de intikam almağa müşterek bir surette borçlu olurlardı. Gittikçe tesanüt bağları gevşedi, tecavüzün ve taarruzun müşterek bir tarzda icrası azaldı. Bu sebepler kollektif mesuliyetin yerine suçlu olan şahsın şahsi mesuliyetini geçirdi ve buna cezanın suçlunun şahsına mahsus olması usulü dendi. İntikamı kaldırmağa uğrayan devlet cezanın şahsileştirilmesini teşvik eyledi. Cezanın şahsileştirilmesi âmme vicdanının da hak ve misfet telâkilerine uygun geliyordu. Kabile içinde dahi ceza yalnız hakikî suçluya verilmeğe başlandı. Bu hal de, yani bu tarihi olayda cezanın şahsileş-

tirilmesi gibi mantıklı neticeye varlabilmesini kolaylaştırıyordu. Bir kabilenin çobanı muhafazası altında bulunan koyunları kurt'a kapınca aile adaleti yalnız o çobanı münferiden cezalandırırdı. Bir kabiledeki kadın zina eder ise aile adaleti yalnız o kadını cezaya çarptırırdı. Bununla beraber mübalağaya düşmekten korkmak lâzımdır. İnsanlık suçuna ceza mirasçı olunabileceği zihniyetinden kolay kolay kendini kurtaramadı. Medeniyetin geliştiğini kabul eylediğimiz zamanda dahi büyük cinayetlerin yakın hısımları canı ile birlikte ceza görmüşlerdir. Gerçi kanunlar artık bu büyük zulmü irtikâp etmiyorlar ise de âmme vicdanı büyük canilerin yakın hısımlarını da mesul tutmaktan kendini alamıyordu.

Her ne ise kabileler arasındaki münasebette kısas ile suçlunun şahsi mesuliyeti kabul edilmiş oldu. Göz çıkartmanın kısası olarak göz çıkartmış olanın gözü çıkartılır. Oğlu öldürülmüş bir adam evlâdının kaatilinin evlâdının öldürülmesini istiyor ise sebebi bir masumu cezalandırmak değildir. Katil yapanı verdiği evlât acısının eşi bir acı ile cezalandırmaktır.

Noksal terk ailenin müşterek mesuliyetinden suçlunun şahsi mesuliyetine geçişi arasındaki intikal devresinin en belirtici bir kurulumdur. Fazla olarak Noksal terk içtimaiyat kanunlarının evrenselliklerinin en belirtici misalini teşkil eder; Çünkü Noksal terk medeniyetin belirli bir merhalesine varmış milletlerin cümlesinde bulunur. Yunan'da, Roma'da, Kelt'lerde, Jermen'lerde ve İslav'larda bulunur. Hattâ noksal terkin devletin çıkışından evvel çıkmış olduğu dahi sanılır. İçlerinden birinin işlediği bir iş yüzünden bütün aileyi kanlı ve korkunç bir tenkile maruz bırakacak bir mesuliyetten ailenin suçluyu teslimile yakasını kurtarmağa çalışmak istemesi kadar tabii bir şey olamaz. Suçlunun sürülmesi aileyi intikama maruz kalabilmekten kurtaramaz; halbuki noksal terk aileyi intikamdan kurtarmak için daha sağlam bir çare teşkil eder. Her aile kendi muhiti çevresi dışında işlenmiş olan suç (Bugün buna memleket dışında işlenmiş suç diyoruz) ya bizzat muhakeme eyler ve cezalandırır; yahut suçluyu tecavüze uğrayan ailenin keffi muamelesine tevdi eyler (Bugün bu muameleye suçluların iadesi diyoruz.) Mağdurun ailesi kendisine tevdi edilmiş suçluyu ya, ruhu intikam diye bağırarak ölünün ruhuna kurban eyer yahut onu köle kılarak tazminat yerine geçecek bir çalışmaya tabi kılar.

Aile yalnız kendisine kan ile bağlı bulunan asabelevinin hatasından sorumlu kalmaz; kullanın, hayvanlarının ve kendisine ait cansız eşyasının cinayetlerinden de yani yaptıkları zararlardan da mesul tutu-

lurdu. Bugün de borçlar kanunu her insanı çocuklarının, istihdam eylediği kimselerin, hayvanlarının ve cansız eşyalarının vücutta getirdiği zararlardan mesul tutuyor (Borçlar kanunu madde 54, 55, 56, 58). Bugün dahi borçlar kanunu uğranılan zararın tazminatını emniyet altına alabilmek için mağdura zarar veren hayvanı hapsetmek hakkını veriyor (Borçlar K. Madde 57). Binaenaleyh eski iptidai devirde zarara sebep olan şeyi tıpkı suçluyu teslim eder gibi mağdura teslim etmek tabii görünürdü. Mağdur kendisini teslim edilen şeyi veya şahsı bir kâr kaynağı kılmak suretiyle intikamını durduracak bir tazminat olarak kolayca kabul ederdi.

Noksal terk de diyetin geçirdiği merhalelerden geçti. Mağdur suçlunun kendi eline terk edilmesini veya ademi kabulde tamamen muhtardı. İster ise bizzat ihkakı doğuracağı bir harbin bütün tehlikelerini göze alarak teklifi reddederdi, diler ise zarara sebep olan şahsın kendisine terkinden başka daha sair şeylerin de birlikte verilmesinde ısrar edebilirdi. Fakat devlet kurulunca mağdurun iddia ve talepleri de tahdide uğradı, ve kendisine zarar veren şahıstan veya şeyden fazlasını isteyebilmesine müsaade olunmadı. Daha sonra suçlunun ailesinin suçlu-yu hal' eylemesi (içinden bazı sembolik merasimle atması) yahut mağdura teslim etmesi hallerinde mağdurun artık intikamını yalnız suçlunun şahsından alabileceği esas kabul olundu; o günden itibaren de cezai mesuliyet şahsileşmiş oldu.

Kanunlarımızın bizzat ihkakı hak tabirile ifade eylediği özel adaletin kalkması ve yasak edilmesi uzun bir gelişmenin sonucudur. Aileler arasındaki savaşların ihtiyari bir uzlaşma ile yani hukuktaki manasile tarafların sulh olması ile bitmesi âdetler arasına girince devletin diyeti mecburi kılması kolaylaşmış oldu. Yunan kanunlarında hususile Girit adasında İda dağıın eteğinde kâin Gortyne şehrinin metinleri 1884 de keşfedilen ve Yunan hukuk tarihi için çok büyük önem taşıyan kanunların diyetin başında devlete de bir "Cerime" yani bir nevi para cezası verildiği de görülür. Yunan hukukunda "Cerime" borçlarını nzasile yerine getirmekten kaçınan ve bu suretle içtimaî adaletin müdahalesini davet eden kimseye verilmiş bir nevi ceza gibi gözüktür. Halbuki Roma'lı meşhur tarihçi Tacite'in Jermen'lere ait yazdığı eserde bahseylemiş olduğu ⁸ "Fredum" veya "Fredus" suçluya fiili ile umu-

8) Kisas ve şahsın intikamını almak hakkı Şarlıman sülâlesine kadar yegâne tenkil usulü olarak kaldı. Umumî huzur ve asayişî muhafaza edebilmek için topluluk arasından alınmış kimseler uzlaştırıcı ve yargıç olarak nasbedildiler. Eğer uzlaştırma mümkün olur ise intikam hakkının yerine uzlaştırıcıya verilen ve Fredum veya Friedensgeld (Barış parası) denen bir para

mi huzur ve asayışı bozmuş olmasından ötürü verilmiş bir ceza gibi gözüktür. Kanuni Sultan Süleyman'ın kanun namesinde ise suçlunun servetine mütenasip olarak alınan "Cerime" "Fredum" un sanılan mahiyetine benzer: meselâ "1 — bir müslüman zina kılrsa, şer'ile sabit olsa ve zina kılan evli olsa bin akçaya (veya) daha ziyadesine gücü yeterse yani malik olursa üçyüz akça Cerime alna, ve orta halli olup altıyüz akçaya malik olsa iki yüz akça Cerime alna. Andan aşağı dört yüz akçaya gücü yetse yüz akça cerime alna ve andan aşağı halli olur ile elli akça cerime alna ve gayetle fakir olsa kırk akça cerime alna."

Bu maddede kime zengin (gani) kime orta halli, kime aşağı halli ve fakir denilebileceği de bildirilmiştir.

Arz edilen bu misalde görülen cerimenin mahiyeti 11. inci madde ile ondan sonra gelen döğüşmeğe ve insan öldürmeğe ait olan maddelerden daha iyi anlaşılır: "11.— ve eğer bir kişi zinayı bilip kimseye demez ise cerime yoktur ve illa oğurluğu (hırsızlığı) bilip kadiya demezse on akça cerime alna."

"13 — Eğer iki kişi birbirine yapışıp yakasun yırtsa Kadı tazir eyliye cerime yoktur ve eğer birbirinin saçın veya sakalın yolup sabit olsa gani (zengin) ise yirmi akça cerime alna ve fakir ise on akça cerime alna."

"15 — Baş yarılıp kan çıksa otuz akça cerime alna ve eğer kemik çıksa otacılı olsa (Ot ilâç demektir; sanırım ilâç faide verse demektir) baş yaran bay olsa bin akçaya ya daha ziyadeye gücü yetse yüz akça cerime alna, altıyüz akçaya gücü yetse elli akça cerime alna, fakir olasa kırk veya otuz akça cerime alna."

"16 Eğer adam öldürse yerine kısas etmeseler bin akçaya ya daha ziyadeye gücü yeterse dört yüz akça cerime alna ve altı yüz akçaya gücü yeterse İki yüz akça alna andan aşağı halli olur ise Yüz akça cerime alna Gayetle fakir ise elli akça cerime alna."

cezasile mağdura veya ailesine verilen diyet geçiriliyordu. Yavaş yavaş diyet tamamen sabit kaidelerle tayin edildi ve bu da uzlaştırıcıların mevcudiyetlerini lüzumsuz kıldı ve böylece Fredum umumi asayişin ve Kralın kanununun bozulmuş olmasından ötürü verilen bir para cezasından ibaret olarak kaldı. Nasıl ki diyet ferdin ve allenin huzur ve asayişinin bozulmasından ötürü verilen bir tavizdi, Frederic von Schulte (Alman Hukuk ve Müesseselerinin tarihi.)

“18 — Ve eğer bereğünün (öteki beriki tabirinde rastlanan beriki kelimesi, bir kimsenin veya başkasının demektir) gözün veya dışın çıkarup kastile kısas etmeseler ganî olsa iki yüz akça cerime alna, orta halli olsa yüz akça cerime alna, gayetle fakir olsa kırk veya otuz akça cerime alna.”

Müellifler Fredus'un para cezasının gelişmesine âmil bulunmuş olduğunu da söylerler. Rahmetli hocam Garçon derdi: “devlet tarafından alınan bu resim (cerime) devletin suçların tenkil edilmesinde mağdur kadar ve belki daha ziyade menfaati olduğu kanaatını âmme vicdanına kabul ettirmeye âmil olmuştur. Mevcut mali menfaat devlete bu menfaati unutturmuyordu.”

Şimdi diyeti ödemek istemeyen suçluya borcunu ödetmek tarz ve usulünün izahına gelelim:

En eski âdetlerin suçluyu, diyeti ödemeğe mecbur etmek için baş vurduğu çarelerden biri de vermeğe mecbur olduğu diyeti vermeyen suçlunun kanun dışı kılınmasıdır. Jermenler'de huzursuzluk ve asayişsizlik diye tercüme edebileceğim “Friedlosigkeit” hali büyük tartışmalara yol açmış olduğundan bu tartışmaların içine girmek istemem. Yalnız diyet borcunu ödemiş olan suçlu hiç bir yere sığınamazdı; kimse onu kabul etmezdi ve kanı heder olarak ilân olunurdu. Yani herkes o kimseyi, kuduz bir köpek öldürür gibi öldürmeğe yetkili idi.

Bizzat ihkakı hak etmek sistemi arzylediğimiz gelişme neticesinde ortadan kalktı. Fakat eski kurullardan hiç biri tamamen ortadan kalkmamaktadır. Her biri arkasından uzun zaman yaşamakta devam eden ayrı parçalar bırakır, ebedî samlacak derecede uzun süren canlı hâtıralar bırakır. Binaenaleyh canlı hâtıraları asırların ötesine kadar varan ve devam eden o eski ve iptidai müesseselerin yaşamakta devam eden parçalarının künhüne ancak mazi ile varılabilir. Meselâ bugün iltica hakkı kadar manasız gözükcek bir kurul yoktur. Halbuki bir katili ictimai adaletin pençesinden kurtarmağa çalışmak kadar abes ve vicdan tırmalayıcı bir sey olan iltica hakkı Fransa'da XVI ıncı İspanya'da XIX. uncu asra kadar devam eylemiştir.⁹

9) Geçen asırlar kilisenin sığınacak kucağını durmadan genişletiyordu. Evvelâ kilisenin mihrap diye ifade edebileceğim kısmına sığınılabilirdi. Üzerine istavrozun konduğu ve önünde keşiş tarafından İsa'nın vücudunun ve kanının kurban edildiği açıkçası ekmeğin İsa'nın etine şarabın İsa'nın karnına çevrilmesi sırtının yapıldığı otel denilen taştan masanın arkasından taşan sığınak zamanla kilisenin duvarları arasına dahi sıkışamadı; müstemilâtım

c) Siyasî Devleti, özel adaleti yani öç almağı sınırlandırmağa sonra da yasak etmeğe, diyetlere evvelâ müdahale eylemeğe sonra kabulünü mecburi kılmağa daha sonra da büsbütün kaldırmağa vardiran ve yukarıdan beri izah edilmiş bulunan geniş hareketlerin iyi anlaşılabilmesi için bu hareketlere muvazi (paralel) olarak devletin suçları cezasız bırakmaması için, hattâ suçları kalplere korku salacak ve müessir bir ibret teşkil edecek tarzda tenkil eyleyebilmesi için kendisinin bir tenkil tarzı vücade getirmiş olduğunu da bilmek lâzım gelir. Devletin vü-

kaphyacak derecede taşı. Eğer müstemilât bir duvarla çevrilmiş bulunmuyor ise müstemilâtтан itibaren büyük kiliseler için 40, Küçük kiliseler için 30 adım ilerisine haçlar dikilmek suretile sınımlanabilecek yer yani sığınak masuniyetini hâiz saha gösterildi. Bu da kâfi gelmedi. Papasların evleri, manastırlar, mezarlar hattâ yollara dikilmiş haçlar sığınak olarak kabul edildi. Kasabaların kale duvarlarına demir halkalar çakılmak suretile de kilisenin himaye sahası genişletildi. Kurtuluş yani selâmet halkaları diye anılan bu halkaları kilisenin ve Allahın sulhünü isteyerek tutan kimse her türlü taarruzdan masun tutulurdu. Dehalet edenler için kilisede Otel'in yanı başında taştan oturulacak yerler yapılırdı. Bu iskemelere de sulh taşı deniyordu.

Kilisenin, kendisine sığınmış olanlara sağladığı himayenin gayesi suçluyu adaletin elinden kurtarmak değildi. Suçlunun silâhını alır, sorguya çeker ve sonra hâkimlerine tevdi eylerdi. Fakat kilise kendisine sığınmış olanları adalete ve hâkimlerine mutlak surette tevdi etmezdi. Kilise daima muhakemeye müdahale etmek ve muhakemeyi durdurmak hakkını muhafaza ederdi. Kilisenin müdahalesine hâkim olan düşünce azize Ogüsten tarafından şu suretle ifade edilmişti. "Cezanın da tıpkı hidayet gibi tek bir gayesi vardır: İnsanı islâh eylemek".

Suçlu hayatını kaybederse artık islâhı mümkün olmaz; Suçlunun ayağının veya diğer bir azasının kesilmesi suretile çalışma kabiliyeti yok edilirse yine islâhı mümkün olmaz. Suçlu adalete hayatının ve uzuvlarının masun kalması şartile tevdi olunurdu. 511 de Orlean şehrinde toplanan Konsil suçluların mağdura teslim edilmesi için evvelâ suçlunun hayat ve uzuvlarına hürmet edileceğinin ve idam ve uzuv kesmek gibi cezalardan kaçınılacağıının teminat altına alınmasını şart edilmesini karar altına almıştır. Bunun için de mağdura İncile el bastırılarak yemin ettirilir ve ondan sonra suçlu mağdur ile uzlaştırılmak sulh edilmek üzere kendisine teslim edilirdi. Eğer sulh mümkün olmaz veya mağdur suçlunun hayatına ve uzuvlarının tamamıyetine taarruz etmiyeceğine dair istenilen yemini yapmaz ise Papas dehalet edenin kaçmasını kolaylaştırmağa mecbur idi. Kilise sığınak masuniyetinin ihlâl edilmesini veya o masuniyetin bir çare ile bertaraf edilebilmesini asla kabul etmez ve şiddetle cezalandırır idi. Bu dinî müeyyideleri laik hükümet de müeyyidesi altına aldı; meselâ 630 tarihinde çıkartılan bir emirnamede suçlunun teslimi için papasla uzlaşması lüzumu bildiriliyordu. Emirnamede aynen "Allahtan korku ve azizelerine hürmet nişanesi olarak kısıstan vaz geçilmeyecek, ölümden ibra edilmeyecek kadar büyük bir cinayet yoktur." denmişti. Emirname sığınak masuniyetini ihlâl etmiş kimsenin kiliseye diyet

cude getirdiği tenkil sistemi daha doğru ve daha müessir idi; çünkü umumî intizamı, can ve mal emniyetini sağlıyordu; fert haklarına daha fazla teminat bahşeyliyordu. Bütûn bu haller iptidai halleri değiştiriyor ve iptidai âdetler kendiliklerinden kalkıyordu.

Diyet sistemi gittikçe siliniyordu mecburi olduktan sonra aileler arasında işlenmiş cinayetlerin, mağdura tazminat olarak bir miktar akça vermekten başka bir müeyyidesi de kalmadı, yani şahıslara karşı

olarak hazneye de cerime olarak 40 ar Sous (kara onluk) vermesini de emrediyordu. "Çünkü, diyordu, herkes daima Allahı taziz ve tekrim eylemeğe ve azizelerine saygı göstermeğe ve mukaddes kiliseye ubudiyet arzetmeğe borçludur." Bu hükümler gerçi sığınak masuniyetini sağlamağa daima elvermiyordu, fakat kilise sığınak hakkının ihlâlinden de masuniyete müteallik imtiyazlarına hürmet kadar istifade temin ediyordu. Çünkü ihlâl edene tazminat yükletiyordu.

Bu rejimin sebep olduğu kargaşalıkları tasavvur eylemek pek kolaydır; Hasıl olan bu karışıklıkların ilk kurbanı kötülüklerle kirlenen, koruduklarının hakka karşı koymaları ile rahatsız kılınan kilise idi.

Sığınak hakkının yürürlükte olduğu bu devirde zaten kemalinde olan asayıssızlık ve emniyetsizlik yürürlükte olan bu imtiyaz ve hakkın canilerin ceza görmelerine mani ve cezaların hafifletilmelerine sebep olması dolayısıyla daha da artıyordu, pek fazla artıyordu. Evvelâ yahudileri sığınma hakkından mahrum kıldılar; hattâ hıristiyan olmağı kabul eylemeleri halinde dahi yahudiler bu haktan mahrum kıldılar. Sonra 774 tarihli emirle adam öldürmüş kimseler ile diğer, ölüm cezasını icapettiren cinayetleri işlemiş kimselere yemek vermek yasak edildi. Şarhman 779 tarihli emirnamesile Kont'lara, (İdarî taksimatın başında olan sancak beylerine) adam öldürme, hırsızlık ve diğer cinayetler mürtekiplerinin teslim edilmesini papaslardan istemelerini ve kesin olarak vermedikleri takdirde sığınaktan zorla alınmalarını emreylemiştir. Hulâsa sığınak hakkından adam öldürmüş olanlarla "kanunlara göre öldürülmeleri lâzım gelen" diğer suçlular mahrum kılınmıştır. Bizzat Papalar dahi: Üçüncü Innocent (1212); Dokuzuncu Gregoire (1237); Beşinci Martin (1418); İkinci Jules (1504) bazı nevi suçlular hakkında sığınma hakkını kaldırdılar; Bununla beraber kilise masuniyeti Gratien'in mecmuasında topladığı (1150) Papa emirnamelerinden anlaşıldığı üzere o emirnamelerde tayin ve tasrih edilmiş olduğu şekilde de bırakıldı. Aşağıda arzedeceğim gibi çok defa ihlâl edilmiş olan bazan de itiraza uğramış bulunan ve Krallar tarafından verilmiş bir imtiyaz gibi telâkki edilmiş olan sığınak masuniyeti XV. inci asra kadar gerçek bir kıymet taşıdı, fakat sonra sığınak hakkı sözde kaldı ve fiiliyatta kaldırılmış bulundu.

İhlâl edilmiş bir sığınak hakkına dair bir davada (Cevdet Paşa merhumun bizim eski divanı istinafiyelere "Büyük istinaf mahkemelerine" benzetmiş olduğu) "Parlman" bir karar ile hükmü belirsiz bir zaman yani sonsuz bir zamana talik eylemiştir (1433). Bundan sonra da sığınmışların, tetkikten sonra mahal olduğu takdirde tekrar iade edilmek şartile celpleri âdet kıldı,

işlenmiş en ağır cürümler dahi netice itibarıyla bir para cezasile cezalandırılmış oluyordu. Tabiidir ki böyle bir sistem intikal devresi için kabul edilebilse dahi umumi bir sistem olarak devam edemezdi. Çünkü böyle bir sistem muntazam ve usulünde işleyecek bir içtimai nizam ile bağdaşmazdı. Aileler arasında işlenecek cürümler özel menfaatleri ihlâl eder gibi gözükseler dahi umumi intizama da bir teaddi teşkil eylemekte olduklarında şüphe edilemez. Bu itibarla da devletin bu cürüm-

fakat celbedilmiş olanları pek nadir olarak iade eyledi. Parlmanın bu içtihadını saltanat tasvip ve tasdik eyledi. 1539 tarihli emirname şu hükmü ihtiva eder idi: "kendilerine isnat edilen ve ittihamlarına sebep olan suçların tahkikından sonra haklarında ahz-ı girift (yakalama) müzekkeresi verilmiş kimseler sığınmış oldukları mukaddes yerlerden Yargıç'ın emrile alınabilirler; şu şartla ki lâzım olduğu taktirde tekrar alındıkları yere iade edileceklerdir. Parlmanın teamülleri hükmün sonuna eklenen şartın manadan ziyade mebnaya (binaya, şekle, lâfza) ait olduğunu göstermiştir. Bu sebepten ikinci Hanrı'nın hükmü tekrar eden 1547 tarihli emirnamesinde şart zikredilmemiş bulunuyor ki bu sükût ilgaya, kaldırılmış olmaya eşittir.

Katolik kilisesinin otoritesine karşı yapılmış bir hareket olan Reformu kabul etmiş milletler sığınak hak ve masuniyetini kaldırmakta daha da geciktiler

Noksal (Noxal) terk yavaş yavaş mecburi ve hukukan beraatlandırıcı oldu. İleri kanunlar dahi muhafaza edildi. Aile fertlerini şahsan işlememiş oldukları suçtan ötürü sorumlu tutan pasif taselsül çok uzun zaman devam eyledi. Gerçektir ki fertlerin birbirleriyle olan savaşlarının yani özel savaşların hâtırası halk zihninde çoktan silinmişti; artık devlet özel şiddetlere müsaade eylemiyordu, halbuki kanun mağdurun ailesine dökülen kanın intikamını almak için suçluyu takibe müsaade eyliyordu. Gerçi mağdurun ailesi bu takibi ancak, hakkını mahkemelere kabul ettirmek şartıyla yapabiliyordu, fakat hükmün icrası mağdurun ailesine veriliyordu. Bu âdetleinin hâlâ bugün yürürlükte olduğu yerler vardır.

Diyyet ise en fazla gelişmiş kanunlarda dahi devam edegelmiştir. Atina'da adam öldürmeden dolayı takibat icrası, inhisar halinde mağdurun ailesine aittir. Hattâ Drakon'dan sonra, hattâ Solon'dan sonra ve hattâ Demostien devrinde kan bedeli üzerinde uzlaşma (sulh) âdetler arasında yaşamakta devam ediyor ve katil mağdurun ailesine tazminat vermek suretile her türlü cezadan kurtuluyordu. Roma hukuku da özel suçlar denilen yani mağdurun üzerinde hudutsuz surette tasarruf etmek hakkı olan suçları (ki bugünün takibi şikâyete bağlı bulunan ve feragatle düşen suçlara benzer) muhafaza eyliyordu. İslâm hukukunda da Kamu suçlarını teşkil eden "Allahın hakkını ilgilendiren suçlar" ın yanı başında özel suçlara yani kulun (yani ferdin) hakkını ilgilendiren ve âmmeyle ilgilendirmeyen suçlara da rastlanır. Roma'da Pretör özel suçları kaldırmaktan ziyade bu eski sistemi tamamlamağa ve düzeltmeğe çalıştı. Hakaret için hâkimin nasafetle takdir edeceği diyyeti dava etmek hakkı veriyordu. Hırsızlık için hırsız aleyhine suç üstü yakalandığı taktirde çaldığı eşyanın kıymetinin dört misline dava hakkı ihdas eyledi.

leri tenkil eylemekte menfaati bulunduğu inkâr olunamaz. Binaenaleyh devlet suçluları bizzat cezalandırmakta hem haklı ve hem de vazifeli idi. Böylece devletin cezai adaleti yükseldikçe öç olma ve diyet verme usulü de düşüyordu. Orta çağda âmme kudreti gevşeyip bozulduğunu ve binaenaleyh devlet cezai adalet görevini yerine getiremediği zamanlarda eski diyet usulünün yeni bir canlılık ile tekrar meydana çıkması gözükmüştür. Bu da her iki hâdisenin mütekabül olduğunu, karşılıklı olarak gözüktüğünü ayrıca ispat eyler. Bundan çıkacak sonuç ise ferdin bizzat ihkaki haktan menedilebilmesi herkesin hakkının içtimai adalette emniyetini bulabilmesine bağli olduğudur. İçtimai adaletteki inhitat fertte tepkiler uyandırır ve ferdin şiddet kullanmasına yol açar.

Diyetin ortadan kalkması ve eski âdetlerle birlikte pederşahi ailelerin parçalanıp dağılması başka neticeler de hasıl ediyordu; bu neticeler ise umumî intizama çok daha fazla aykırı düşüyor ve umumî

Aynı dava hakkını çalınan malı bilerek saklayanlar aleyhine de verdi. Bu prensipler pek ufak rötüşlerle Justinianus'un Mültekatın'da (topladığı ve derlediği hükümlerle vücade getirdiği kanunlarda) dahi yer almıştır. Hakikatte hırsız cezai yollarla da takip edilebilir cismanî cezalara çarptırılabilirdi. Fakat maddi varlığı olan bir hırsız karşısında mağdur daima eski medenî hukuka ait davayı tercih ederdi; çünkü hukuk davası kendisine malını istirdada inkân verdikten başka büyük bir de kazanç sağlardı.

Diyet usulü Fransa'da ve Almanya'da yakın zamanlara kadar devam eyledi ve tenkili adaleti devletin tamamiyle eline almasıyla kalktı. Türkiyemizde kısas ve diyet usulleri Cumhuriyetimize kadar devam etti. Tanzimattan sonra (1274-1858) tarihinde Fransız ceza kanununun kabul edilmiş olmasına rağmen yine de devam eyledi.

İngiltere tapınağa sığınmak imtiyazını 1624 tarihine kadar muhafaza eyledi. Prusya'da ancak 1794 de kaldırıldı; Wurtemberg'de daha da geç kalktı (1804). İtalya'da ise XIX. asrın tam ortasında kaldırılmağa banlandı; bu hareket ilk defa İtalya birliğini vücade getirmiş olan Sardunya devletinde Siccardi kanunu ile (1850) başladı.

Avusturya şehirlerinden Trente'de 1545 tarihinden 1563 tarihine kadar toplanmış ve katolik dininde lâzım olan büyük islâhâtı başarmış bulunan dini meclis kilisenin sığınak teşkil etmek hususundaki imtiyazını muhafaza eyledi. Katolik hükümdarlara "Kilisenin haklarını iade eylemelerini emretmekle beraber memurlarına Allahın emrile kurulan kilise masuniyetini ihlâl eylememelerini emretmelerini de istedi." Bununla beraber Öndördüncü Gregoire (1951) de; Önüçüncü Benoit (1725) de; Onikinci Clement (1735) de Öndördüncü Benoit (1751) de; Önüçüncü Clement (1760) da kilisenin haklarını modern cemiyetlerin asayiş şartlarile telif edilmesini kabul eylediler ve nihayet (1852) de Dokuzuncu Pie suçluların on günden fazla kilisede sığınamayacaklarını ve üç gün zarfında terkedip gitmelerini emreyledi; acele hallerde de laik adaletin papasın rehberliği altında kiliseye girmelerine ve bir zabıt tutmalarına da müsaade eyledi.

intizam tarafından çok daha fazla tahammül edilmez bir hal ahyordu. Diyet mecburi olunca hiç olmaz ise ortada müeyyide olarak bir para cezası olsun bırakmış bulunuyordu. Halbuki aile zayıflayıp parçalanınca aile içinde işlenmiş suçlar bir para cezasının dahi müeyyidesinden mahrum kalyordu; babasını öldüreni kim cezalandıracaktı? Atina adam öldürme için intikam sistemini muhafaza eylemiş ve katilin takibini yalnız ölünün hısmlarına hasreylemişti. Bu sebepten baba katilliği gibi çok kötü bir cinayet cezasız kalabilirdi. Yunan dehası bu çok kötü cinayetin cezasız kalmaması için bir çok incelikler buldu; fakat tatmin edici bir sonuca varamadı. Bununla beraber bu hal çok istisnai bir haldir. Hakikatte aile reisinin ceza vermek hakkı, devletin ağır suçları tenkil edebildiği gün kalktı. Çünkü bundan evvel bu suçları münhasıran aile reisleri cezalandırır. Devletin suçları tenkile kudreti yettiği gün de aile adaleti âmme intizamına bir zarar vermeden ortadan kalktı ve yerine cemiyetin adaleti geçti. Cemiyetin adaleti eksik bir hal arzulemekle başlamış olmasına rağmen bir adli düzen ifade ediyor ve aile adaletinden daha az keyfi gözüküyordu. Aile reisinin bütün evi halkı üzerinde büyük ve geniş bir otorite muhafaza etmekte asırlarca devam eylemiş bulunduğu muhakkaktır. Hattâ bazı suçlar hakkında eski hukukun eserleri de yaşamakta devam etmiştir. Meselâ zina suçu hakkında Türk cemiyeti aile reisine kanyı veya kız kardeşi öldürmek hakkını, yeni kanunumuzun yürürlüğe girmesine değin tanıdı¹. Avrupa cemiyetlerinin bir çoğu da bu eski gelenekten henüz tamamiyle kurtulamadı fakat aile esas itibarıyla disiplin kudretini muhafaza eyledi, hattâ devletin sırf ailevi olan suçları dahi cezalandırabilmek hakkını kullanmasına mani olmaksızın muhafaza eyledi.

Binaenaleyh cezalandırmak hakkı egemenliğin, hâkimiyetin bir vasfıdır. Bu egemenlik evvelâ ailede idi; fakat cemiyet medeniyet yolunda ilerledikçe ailenin egemenliği devletin egemenliği önünde silinip gitti.

Devletin tenkile başladığı ilk suçlar kendi emniyetine karşı işlenmiş suçlardır. Devletin illet-i vücudu, yukarıda arzedildiği üzere taarruz ve müdafaa harpleri hazırlamaktır; Binaenaleyh ilk tenkil eylediği suç askerî suçlardır. Sonraları devlet kuvvet kesbedince tenkil edeceği cürümlerin listesini yavaş yavaş tamamladı ve ahlâka, şahıslara ve mallara karşı işlenmiş suçların cümlesini içine aldı. Cezalandırmak hakkını kemaline vardırarak devlet muntazam bir surette teşkil edilmiş adalet cihazları vasıtasıyla içtimâî disiplini, umumî asayışı ve intizamı sağladı. Böylece şiddetler bastırıldı; şahıs ve mal masuniyeti âmme kudreti tarafından teminat altına alındı. Caniler kanuna saygı göstermeğe mecbur bırakıldı. Medeniyet de bu müesseselerin gölgesi altında gelişebildi.