

ESKİ ÇAĞLARDA SUÇ HUKUKU

*Prof. Dr. Sami SELÇUK**

I-GENEL DEĐERLENDİRMELER

Sıklıkla belirtildiği gibi, tarih, kimileyin insanbilimsel (antropolojik), yani insanı somut olarak bütün “varlık koşulları” ile birlikte ele alır. Tarih konularına bu biçimde yaklaştığı zaman, “yazılı tarih öncesi”nden (prehistoria)¹ bu yana suç(luluk) olgusuna rastlandığı ve bu olgunun topluma ve toplum içinde yaşamak zorunda olan insana özgü en eski ve en sürekli bir gerçek olduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü adalet kavramı insanın tarihiyle yaşıttır.

Öte yandan, yine yukarıda da belirtildiği üzere, yasa koyucuların ve öğretinin suç ve suçluluğa karşı verdikleri yanıtların, tepkilerin ve sergiledikleri çözümlerin tarihi, evrimsel kaynaklar, geniş anlamda suç politikasına temel oluşturmaktadır.

Suç hukukunun tarihsel açıdan evrimini salt zaman dizisine göre incelemek elbette olanaklıdır. Nitekim çoğu zaman böyle yapılmış ve suç hukuku dört evrede incelenmiştir: İlkel, ortak (müşterek), yeni zamanlar ve çağdaş suç hukuku evreleri².

Ancak, bu yöntem salt zaman dizinsel bir hukuk tarihi için geçerlidir.

Suç hukuku için doğru yöntem, elbette başlıca belirleyici etkenlerden yola çıkarak ve kırılma noktalarını gözeterek konuya yaklaştırmaktır. Çünkü belirleyici etkenler, suç hukukunun evriminde kırılmalar doğurmuş; keskin dönemlere yol açmıştır.

Bu belirleyici etkenlerden birincisi hiç kuşkusuz “devlet”tir. Devlet ile birlikte kamu yetkesi (sulta, otorite) ortaya çıkmıştır. Böylelikle suç hukuku kamu hukukunun kapsamında görmüş, suçu kovuşturma ve cezalandırma, devlet egemenliğinin doğal sonucu olarak, kamusal nitelik kazanmış, yazılı hukuka gereksinme duyulmuştur.

* Eski Yargıtay Başkanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Mengüşoğlu, İnsan Felsefesi, İstanbul, 1988, s. 145, 146.

² Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, I, İstanbul, 1998, n. 54 vd.

Bir başka belirleyici etken, Rönesans olgusudur. Rönesans ile birlikte ortak hukuka doğru önemli adımlar atılmıştır.

Önemli etkenlerden biri de Aydınlanma ve Sanayi Devrimidir. Aydınlanma ile birlikte din ve hukuk ayrışması yaşanmış, suç hukukunda akılcılık ve laikleşme/sekülerleşme/insancılık ivme kazanmıştır. Sanayi Devrimi ile birlikte ise suç hukukuna doğal bilimler açısından yaklaşılmaya başlanmış, okullar çatışması yaşanmış ve yeni suç türleri ortaya çıkmıştır.

Bütün bu etkenler gözetildiğinde suç hukukunun evriminin kimi çarpıcı uğrakları ortaya çıkmaktadır:

Birincisi, toplum barışını ve düzenini kurmak ve yürütmek, suç hukukunun temel amacı ve işlevi olmuştur.

İkincisi, düzenlemeler somut, özel ve olaycı/saymacı (casuistique) yöntemden soyut, genel ve dizgesel (sistematik) yönetime kaymıştır. İlkel dönemlerde töreye dayanan suç hukuku; belli ve bilinen suçlarda somut ve olaycı/saymacı düzenlemelerle yetinmiş, daha sonraları deneye dayalı hükümlere yaslanmış, son aşamada ise soyut ve genel tanımlarla genel bir suç kuramına ulaşmıştır. Bu, binlerce yıldan bu yana binlerce düşünürün beyninden süzülüp gelen bir ilerlemedir.

Üçüncüsü, bu evrimin doğal sonuçlarından biri de şu olmuştur: Suç hukuku başlangıçtaki kişisel/özel eylemlere ve genel geçerli duruma (konjonktür) göre değişen başına buyrukluktan kurtulmuş, nesnel, genel ve yasalarla belirlenen kurallara bağımlı ve daha güvenceli bir noktaya ulaşmıştır.

Dördüncüsü, sorumluluk; ortaklaşa (kolektif), sonuca dayalı, nesnel (objektif) temellere yaslanmaktan çıkmış, kişisel ve öznel (sübjektif) ilkelere dayanmaya durmuştur.

Beşincisi, hukukun tanrısal kaynağı, bugünü biçimlendirmiş, ancak dünde kalmıştır. Yaşadıkları dönemlerde peygamberler, dönemlerinin törelerini derleyen yasa koyuculardır. Aydınlanma ve Sanayi devriminin etkisiyle, suç hukuku bir yandan laikleşirken/sekülerleşirken, bir yandan da kendi alanına çekilmiş, öbür hukuk dallarının yetmediği zamanlarda başvurulan “*son çare*” (ultima ratio, extrema ratio) olmuştur. Bilimsel araştırmalar zenginleşirken ve okullar çatışması yaşanırken, suç ve suçlulukla savaşılırken, suç işleyenin yaptırımla karşılaşacağı inancının kesinliği ön plana alınmış; insancı akımların etkisiyle gelişme, yaptırımlarda yumuşamaya doğru olmuştur. Ancak Jhering’in ünlü sözü, sadece bu yumuşama açısından doğrulanmıştır: “Cezanın tarihi, sürekli kaldırmanın (ilganın) tarihidir”.

Altıncısı, bir yandan suç hukukunun küresel kurallarına ulaşılrken, öte yandan da suç hukukunun bir toplumun gelişmesi ve kültürel dokusu ile çok yakından ilgisi bulunduğu ortaya çıkmıştır³.

Yedincisi, suç hukukunun evrimi, günümüzdeki birçok kavramların çok eski tarihlerde de ortaya çıktığını göstermektedir. Söz gelimi, “*tekerrür*” kavramının bundan üç bin yıl önce Çin hukukunda yer aldığı anlaşılmıştır. O nedenle tarihsel evrimi bilmenin birçok hukuksal kurumun kökenini bilmek ve suç hukukunun kültürel kaynaklarının temellerini eşelemek anlamına geldiği açıktır. Bu temelin bir kavramı ve kurumu algılamada ve yorumda önemli olduğunu söylemeye gerek yoktur.

Ortolan, 1880’lerde değişik dönemler, yerler, halklar ve birbirini izleyen toplumsal olaylar gözetildiğinde, insanlık tarihinin kimi yasalara yaslandığını, bunun suç hukukunun evriminde de görüldüğünü ileri sürmüştür. Yazara göre bunlardan birincisi, nesnelere gibi olaylar da birbirini izler. Görünüşte ve kaçamak nedenler, olayların birbirleriyle ilgili bağlantısını etkilemez. İkincisi, bu olaylar insandan insana, kentten kente, halktan halka iletilir ve öykünme konusu olur. Üçüncüsü, çeşitlilikte birlik ve benzerlik vardır. Böylelikle karanlıktan aydınlığa, yanlıştan doğruya doğru yol alınmış olur. Suçların yargılanması da elbette bu doğrultuda gelişmiştir. Aile ya da oymak (klan, kabile, aşiret) başkanları yahut da senyörler, krallar ile sıradan insanlar, kanıtların inandırıcı olup olmadığını önce sığ ve akıl dışı denemelerden/sınamalardan (ordalie) geçirmek gibi yöntemlere başvurmuşlardır. Daha sonraları akılcı ilkelere bağlı biçimde örgütlenen ceza adaletine ulaşılmıştır⁴.

Öte yandan toplumbilimsel açıdan her toplumda bir *düğüler* (norm) dizgesi görülmüştür. Toplumsal düğülerin oluşum sürecinde kesinlikle bir hukuksal dizge ortaya çıkmıştır⁵.

Cezanın evrimini irdeleyen Durkheim, ceza yaptırımının evrimine iki toplumbilimsel yasanın yön verdiği kanısındadır. Birincisi, “*nicelik yasası*”dır. Bu nicelik yasası uyarınca cezanın katılığı ve ağırlığı, toplumun gelişme düzeyine ve rejimin/iktidarın yapısına göre değişmektedir. Cezalar, az gelişmiş ve merkezi iktidarın güçlü olduğu toplumlarda daha ağır; gelişmiş ve merkezi iktidarların güçsüz olduğu toplumlarda daha hafiftir. Bunun yanı sıra cezalar, tanrısal/dinsel suçlarda daha ağır, insanlar arası suçlarda daha

³ Benzer görüşler için bk: Dönmezer/Erman, n. 55, 56; Vidal/Magnol, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, Paris, 1935, n. 13; Garraud, Théorique et pratique du droit pénal français, I, Paris, 1913, n. 49; Charles, Histoire du droit pénal, Paris, 1955, s. 18.

⁴ Ortolan, Eléments de droit pénal, Paris, 1886, n. 49-59.

⁵ Özcan, İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol, Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk, İstanbul, 2012, s. 38.

hafiftir. İkincisi ise, **“nitelik yasası”**dır. Bu nitelik yasasına göre, cezada gelişme, özgürlükten yoksun kılma cezasına doğru olmuştur⁶.

Bütün bunları, dünyada, özellikle Batıda gelişen ve dolayısıyla bütün dünyayı etkileyen suç hukukunun evrimini göz önünde tuttuğumuzda Aydınlanma öncesi ve sonrası olarak iki başat bölüme; Aydınlanma öncesi evreyi de devlet öncesi ve sonrası evre; devlet sonrası evreyi ise eski çağlarda suç hukuku evresi ve ortak suç hukuku evresi olarak iki bölüme ayırarak incelemekte yarar vardır. Aydınlanma sonrası suç hukuku evresini de öğretiler dönemi suç hukuku ve çağcıl suç hukuku evresi olarak irdelemek gerekir⁷.

Bu incelemede sadece Aydınlanma öncesi eski çağlarda suç hukukunun evrimine değinilecektir.

A-DEVLET ÖNCESİ SUÇ HUKUKU EVRESİ

Hiç kuşkusuz, devlet, dünyanın her yerinde aynı anda ortaya çıkmamıştır.

Devletin olmadığı ve kamu yetkesinin bulunmadığı her yerde görüldüğü üzere bu evrede **“insana özgü adalet”** (la justice privée) geçerlidir. Bu adalet anlayışı ise sık sık **“tanrıya özgü adalet”**le (la justice divine) keşişir. Suça karşı toplumun tepkisi, dinseldir, gizemlidir (mistik), katıdır. Tarihin ilk dönemlerinden bu yana güç sahipleri, hukuksal her işlemde, dolayısıyla suç hukuku yaptırımı uygulamalarında tanrısal gücü ve istenci (irade) arkalarına almayı laik dönemlere dek sürdürmüşlerdir⁸.

İlkel topluluklarda topluluk üyeleri arasında benzerliğe dayanan biçimsel (mekanik) bir dayanışma bulunmaktadır⁹. Hukuk uygulamasını da bu biçimsel dayanışma belirlemektedir. Dolayısıyla sorumluluk ortaklaşadır¹⁰.

Bu evre ile ilgili bilgiler ise çoğu zaman güvenilir nitelikte değildir. Söylenceler, kutsal metinler, öyküler, destanlar kimi ipuçlarını vermektedir.

Soy, din, toplulukların yapısı, iklim; tepkinin örgütleniş biçimini belirlemiştir. Bunlar değiştikçe tepkiler ve çözümler de değişmiştir. Ancak

⁶ Durkheim, (Hamide Topçuoğlu), Ceza Evriminin İki Kanunu, Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, 1966, s. 117-148.

⁷ Garraud da, evreleri üçe ayırmaktadır: a-Yabanıl (barbar) suç hukuku ve insana özgü suç evresi, b- Suç hukukunun dinsel anlayışını yansıtan evre, c-Siyasal (laik) suç hukuku evresi (n. 50).

⁸ Jeandidier, Droit pénal général, Paris, 1988, n. 34; Ekinci, Hukukun Serüveni, İstanbul, 2011, s. 26.

⁹ Özcan, s. 20.

¹⁰ Özcan, s. 285 vd.

yine de yeryüzünün çeşitli kesimlerinde görülen suça tepki biçimlerinin kimi ortak yönleri dikkati çekmektedir. Toplumsal örgütlenmenin ve uygarlığın gelişimine bağlı olarak, benzer evrelerin yaşandığı görülmektedir. Günümüzde bile, henüz **“oymak”** (klan, kabile) evresini yaşayan topluluklarda oymaklar arası savaşın ve kisasın (talion) var olduğu bilinmektedir. Bugünkü suç hukukunun, inanılandan daha çok, insana özgü adalet geleneklerinden, içgüdüsel tepkilerden ve kimi büyülere ilişkin esinlerden kaynaklandığı ileri sürülmüştür¹¹.

Tarihin karanlık dönemlerinde birey, aynı soydan gelenlerin koruması altında bulunmuştur. Bu insanların oluşturduğu topluluklar, doğanın zorlamasıyla bütünleşmiş, aile oymak boyutunda genişlemiştir. Yönetimsel ve siyasal birlik, ancak böylelikle sağlanabilmiştir. Oymağın üyeleri tam bir biçimsel dayanışma içinde olduklarından kendilerini korumak için kendi olanaklarıyla davranmak zorunda bulunan insanlar, elbette gittikçe şiddetlenen **“öç”**e başvurmuşlardır¹². İlkel olsa da, öç kadar insanın doğasında var olan ve insanı kışkırtan bir gücün bulunmadığı, ayrıca öcün ahlaksal açıdan iyilikle kötülüğü ayırt etmede ve haksızlığa yanıt vermede ölçüt oluşturduğu ileri sürülmüştür¹³.

Bu durumuyla devlet öncesi ilkel topluluklarda iki türlü dönem ve hukuk anlayışı ortaya çıkmıştır: Birincisi, **“insana özgü öç”** (la vengeance privée), savaş (faida) dönemi ve hukuk anlayışı; ikincisi, **“Tanrı’ya özgü öç”** (la vengeance divine) ve hukuk anlayışı.

İlkel dönemin değişmez özelliklerinden birincisi, suçun kötü ruhların etkisiyle işlendiğine; ikincisi de, tarihin ve mantığın çürüttüğü cezanın caydırıcılığına olan inançtır. İlkel topluluklar, doğaüstü güçlerin korkusuyla kuşatılmıştır. Gelenek ilkel topluluğun şansıdır. Geleneğin dışına çıkmak, bilinmez dertlere yol açar. Dahası, sorumluluk ortak olduğu için de bütün topluluğu tanrıların öcüyle karşı karşıya getirir. Sözelimi, aile içi evlilik, büyücülük, temel yasakları (tabu) çiğnemek anlamına gelir ve ağır biçimde cezalandırılır. Cezanın ağırlığı, suçluya acı vermekten çok, tanrıların öfkesini yatıştırarak, onların topluluğa vereceği zarardan kurtulmaktır. Bu nedenle aşığılama ve sürgün cezaları sıkça kullanılmıştır. Yunanlılarda bile sürgün edilecek kişinin adı, sürekliliği sağlamak için, bir kabuğa yazılmıştır¹⁴.

Suç hukukunun evrimini iyi kavramak için bu hukuk anlayışlarını ve ana çizgilerini bilmek gereklidir.

¹¹ Stefani/Levasseur/Bouloc, Droit pénal général, 2000, Paris, n. 56.

¹² Adolphe/Hélie/Villey, Théorie du Code pénal, Paris, 1887, I, s. 3.

¹³ Solomon, (Ertuğ Altınay), Adalet Tutkusu, İstanbul, 2004, s. 64.

¹⁴ Barnes/Teeters, (Devrim Aydın), İlkel Cezalar ve Fiziksel Cezanın Başlıca Türleri, Ankara Baro Dergisi, 2011, S. 4, s. 163-165.

Bu tarihsel süreç incelendiğinde şu olgu, açıkça görülmektedir: Suçların ve cezaların evrimi, dünyanın her köşesinde az çok birbirine benzer biçimde olmuştur. Özetle kişisel öç almadan kamusal suç kavramına doğru yürüyen bir süreçtir bu¹⁵.

1- İNSANA ÖZGÜ ÖÇ VE SAVAŞ DÖNEMİ VE HUKUK ANLAYIŞI

a-Bu hukuk anlayışının türleri

Bir toplulukta devlet gücü yok ise, dolayısıyla adalet bağımsız yargı organlarının ve üçüncü kişilerce, yansız yargıçlarca dağıtılmıyorsa, herkes uğradığı haksızlığa karşı biçim seçmede ve öcünü almada özgürdür, kendi davasının da yargıcısıdır. Bunun adı da “insana özgü öç”tür. Elbette bir savaştır, bu.

İlkel topluluklardaki adalet anlayışı budur.

Bu olguyu iki başlık altında incelemek olanaklıdır: Aile içi ya da oymak içi adalet, oymaklar arası adalet.

1.Aile ya da oymak içi adalet ve suç hukuku

Oymak/aile içinde bir kimsenin bir başkasına zarar verici bir eylemi söz konusu olduğu zaman tepkinin, hatta aile içindeki savaşın (faida) boyutunu belirlemek, sorun yaratmamaktadır. Çünkü ailenin ya da oymağın başı/başkanı, savaşta komutan, barışta siyasal, yargısal ve dinsel başkan olarak mutlak yetkilere sahiptir. Hatta Eski Mısır’da, Yunanistan’da, Roma ve benzeri devletlerde bile ailelerin ya da oymakların başkanları, bu yetkileri uzun süre korumuşlardır¹⁶. Özellikle babanın başkan olarak kendisine karşı çıkan çocukları, zina yapan eşi ağır cezalarla cezalandırması, aile içinde düzeni sağlamıştır¹⁷.

Aile ya da oymak içi adalet anlayışına gelince, burada egemen ilke şudur: İnsanlığın her döneminde olduğu gibi, iyiler ödüllendirilmeli, kötüler cezalandırılmalıdır. Söz gelimi, bu durum, Konfüçyüs’ün anlayışta da vardır. Oymağa yararı olan da, zararı olan da oymak başına (bir tür hakana, hükümdara) bildirilecektir. Bildiren ödüllendirilecek, zarar veren cezalandırılacaktır. Hatta oymağa zararı olan kişiyi bildirmeyen kişi de, onunla eş düzeyde tutulacak ve cezalandırılacaktır¹⁸.

¹⁵ Imbert/Levasseur, Le pouvoir, les juges et les bourreaux, 25 siècles de répression, Paris, 1972, s. 13.

¹⁶ Sefani/Levasseur/Bouloc, n. 57; Vidal/Magnol, n. 14, 19.

¹⁷ Ortolan, n. 54; Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, Paris, 1943, n. 19.

¹⁸ Campbelle (K. Emiroğlu), Doğu Mitolojisi, Tanrı'nın Maskeleri, Ankara, 2003, s. 400, 401.

Bu dönemlerde suçların yasallığı ilkesinden söz etmek olanaksızdır. Bu nedenle oymak başkanlarının yetkileri kural olarak mutlaklıdır. Ancak başkanlar yine de başına buyruk (keyfi) değildirler. Her şeyden önce, oymak başkanlarının yetkilerini sınırlayan toplumsal denetim düzenekleri, her toplumda görüldüğü gibi, oymak aşamasını yaşayan topluluklarda da görülmüştür. Topluluğun yararı; kişisel duyguları izin vermese bile, başkanı ceza vermeye zorlamıştır. Oymak ile Tanrı, yani kutsal güce sahip totem arasındaki bağ, çok güçlüdür. Dahası totem, oymağın bütün üyelerini birleştiren öğedir. Totemcilikte ayrıca yoksunlukları, acıları gerektiren kimi yasaklar (tabu) da söz konusudur¹⁹. Çünkü ilkel topluluklarda insan davranışlarını yasalar değil, totemler, yasaklar, gelenekler belirlemektedir. Yakınlar arası cinsel ilişkinin (ensest), şeytansı büyücülüğün, oymak yiyeceklerinin tehlikeye düşürülmesi, topluluğun gizli dinsel törenlerine karşı çıkılması yasaklarının nedeni budur²⁰. Bu yüzden başkan, söz gelimi, bir insanın kanını dökme eylemi gibi bir olayda, Tanrı'nın, totemin öfkesine yol açmamak ve oymağın güvenliğini tehlikeye düşürmemek için suçluyu cezalandırmak zorundadır. Çünkü ilkel çağlarda suç, kötü ruhların eylemiydi, cezanın da amacı tanrıların öfkesini dindirmektir. Topluluk, ancak bu yolla suçludan uzaklaştırılarak korunmuş, onu topluluk ve dayanışma dışına itmiş olmaktadır. Tanrı'yı aşağılama, savaştan kaçma, dinden çıkma, insan öldürme gibi eylemlerin cezaları genellikle ölümdür ya da sürgündür. Ölüm cezası çoğu zaman acımasızca yerine getirilmektedir. Sürgün cezası ise kimi zaman ölüm cezasından daha ağır sonuçlar doğurmaktadır. Çünkü oymaktan uzaklaştırılan ve onun korumasından çıkan bir insan, sahipsiz yarı hayvan gibi algılanmakta ve herkesin onu öldürme ve/ya köle yapma hakkı bulunmaktadır²¹.

Aile içinde ceza, kendi kurallarına göre verilmektedir. En etkili yöntem, aile tanrılarının yasalarına göre, sürgündür. Bu cezanın anlamı, suçlunun bu dünyanın ve ruhlar dünyasının korumasından uzak kalacak olmasıdır²².

2.Oymaklar arası adalet ve suç hukuku

Oymak içinde adalet dağıtımı, yukarıda değinildiği üzere, çoğu zaman sorun yaratmamaktadır. Ancak, birbirlerinden bağımsız, özerk, egemen oymaklar arasında suç işlendiği zaman, bu eylemleri cezalandıracak ortak ve

¹⁹ Challye, *Petite histoire des grandes religions*, Paris, 1947, S. 16, 19, 20.

²⁰ Day, (Devrim Aydın), *Ceza Hukukunun Kökeni ve Doğası*, CHD, Ağustos 2011, S, 16, s. 240.

²¹ Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 57; Dönmezer/Erman, n. 58; Barnes/Teeters, s. 163.

²² Barnes/Teeters, s. 165.

üst bir yetke bulunmamaktadır. Bu yüzden, öç alma ve dolayısıyla oymaklar arasında savaş kaçınılmaz olmaktadır. Gerçekten bütün ülkelerde, uzun süre Korsika adasında görüldüğü üzere, suç hukukunun kökeninde “öç” (intikam, kanı yerde bırakmama, kanın öcünü alma, vendetta, vengeance) anlayışının yattığı görülmektedir²³.

Öç ve savaş adaletinin ahlaki temellerine ve özniteliklerine (karakteristik) gelince, hemen vurgulamak gerekir ki, hiç kuşkusuz burada, yukarıda değinildiği üzere, “tanrısal/ilahi öç” değil, “insana özgü öç” söz konusudur.

b-İnsana özgü öç/savaş dönemi ve hukuk anlayışının öznitelikleri

1.Ahlaki öznitelikler

Her şeyden önce “öç”, edilgin özne (mağdur) ve ailesi için bir “hak”tır. Oymak dışında bir yabancıнын öldürülmesi, eğer bundan bir yarar umuluyorsa, önceleri olağan bir olay olarak algılanmıştır. Öyle ise oymağa zarar veren bir saldırganın öldürülmesi öncelikle (a fortiori) haklı ve ahlaki bir eylem olarak algılanacaktır.

Bunun yanı sıra öç, edilgin öznenin yakın akrabasının yerine getirmesi gereken bir “ödev”dir/”yükümlülük”tür de. Bu ödev/yükümlülük yerine getirilmediği takdirde aşağılanma söz konusu olmaktadır. Oymak, öç alması gereken kişinin zamanaşımına uğramayan bu ödevi yerine getirip getirmediğini sürekli gözetler, gerektiğinde ona yardımcı olur. Eğer öç alıcı, düşman oymağa karşı bu ödevi kurallarına uyararak yerine getirirse, bu konuda hiçbir sınırlama getirmeyen ahlaka uymuş olmaktadır. Dahası, amacın kutsal olması, kullanılacak bütün araçları haklı kılmaktadır. Düşman oymağın hiçbir üyesi, yaşı ya da cinsiyeti ne olursa olsun, öç almanın konusu olmaktan kurtulamamakta ve verilen zarar gittikçe katlanabilmekte; dolanlı (hileli) ve ahlak dışı bütün yöntemlere başvurulabilmektedir²⁴.

2.Hukuki öznitelikler

Özellikle oymaklar arası ilişkilerde insana özgü öç, ne denli katı ve ilkel olursa olsun, toplum düzeninin sürdürülmesinin kesin güvencesi olmuştur. Çünkü öç alınacağını bilen kişi, öldürmekten cayacaktır. Öç korkusu ve öcün doğuracağı sonuçlar, bu güvenceyi ve karşı oymağa saygıyı sağlamıştır. Ayrıca, öç kullanımı, topluluğun etkin ve edilgin dayanışmasına da katkıda bulunmuştur. Edilgin öznenin (mağdur) oymak üyelerinin hepsi, öç alıcıya

²³ Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 57.

²⁴ Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 58.

yardıma; saldırganın oymak üyelerinin hepsi, öç alıcının hedefi olmaya hazırdır. Çünkü yalnızca suçlu değil, yakınları, oymak üyelerinin bütün seçkinleri de bu hedefin konusudur. Suç sorumluluğu ortaklaşadır (kolektif); kişisel değildir. Öyle ki, çok ileri bir düzenleme olan Hammurabi Yasaları'na göre, bir evi yıkan etkin özne (fail), bu eylemi nedeniyle evin sahibi olan edilgin öznenin (mağdur) çocuğunun ölümüne yol açmışsa, kendisinin de, yani eylemi yapan suçlunun da çocuğu öldürülürdü. Aynı mantıkla bir kimse, dövdüğü kadının çocuğunun düşmesine yol açmışsa, kendi kızı da öldürürdü. Ölümlere karşı bile dava açılabilirdi²⁵. Eylem ister kasıtlı, ister taksirli, ister rastlantı sonucu olsun, yol açılan zarardan herkes sorumludur. Hatta doğal ölüm bile kimi zaman komşu oymakta yaşanan bir kötülüğe bağlanabilmekte ve sorumluluğu gerektirmektedir. Çoğu zaman vücut bütünlüğüne ve yaşama yönelik zararlar, öç almayı zorunlu kılmaktadır. Ayrıca bir hayvan sürüsünün çalınması, töreye karşı suçlar, kutsal varlıkları aşığılama eylemleri de öç almayı zorunlu kılmaktadır²⁶.

3-İnsana özgü adalet dönemi ve hukuk anlayışı

Jhering'in dediği gibi, insana özgü savaş/insana özgü öç, yukarıda da belirtildiği üzere, zarar görene sınırsız bir alan tanımaktadır. Oysa insana özgü adalet anlayışında, sınırlar, kurallar, hukuksal bir örgütlenme söz konusudur. Ancak, bu da insana özgüdür ve öznedir. Çünkü edilgin özne ya da ailesi, cezalandırmayı kışkırtan, yaptırım uygulayan, her zaman bu uygulamadan yarar sağlayan taraftır. Kamusal güçlerin işlevleri ikinci plandadır. Kuşkusuz, bu işlev gittikçe gelişecektir. Devlet, ortaya çıktıkça ve çizgileri belirginleştikçe kurallar keskinleşecek, cezalandırmanın çarklarına egemen olmaya başlayacak, edilgin özne ise bu çarkın iyi işleyip işlemediğini gözetleyen bir konuma gerileyecektir²⁷.

a- İnsana özgü öç, insana özgü savaş döneminden insana özgü adalet dönemine geçiş nedenleri

Bu evrim, çeşitli açılardan gözetildiğinde nedenler de ortaya çıkmaktadır.

Toplumbilimcilerin belirttikleri üzere, hemen her yerde, bitmez tükenmez kavgalar, savaşlar, öç almalar, her toplumu tüketip yok eder. Çünkü öç şiddeti, şiddet kuşaklar boyu süren kan davalarını sürgit kışkırtacaktır. Herkes bunun ayrıımıdadır. Nitekim Sardinya adasındaki eski bir öç kuralı şöyledir: **“Kan su değildir”** (bambene no est abba). Yeni Gine'deki bir geleneğe göre, her ölüm başka bir ailedeki ölüme bağlanmakta

²⁵ Rousselet, (Adnan Cemgil), Adalet Tarihi, İstanbul, 1963, s. 10, 11.

²⁶ Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 59.

²⁷ Vidal/Magnol, n. 20; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 60.

ve o kişi büyüklükle suçlanarak ölünceye dek sopa ile dövülmektedir. Her şeyin, bu arada mülkiyetin de ortaklaşa olduğu bir toplulukta ortaklaşa bir sorumluluk anlayışına dayanan öçler, savaşlar, bir yerde çekilmez hale gelir. Bu durum, sonsuza dek süremez. Her an tedirginlik içinde yaşamayı kışkırtan, zararların katlanarak arttığı bir dizgenin süreklilik göstermesi düşünülemez²⁸.

Yarışan oymakların ancak ortak bir yetke (otorite) altında örgütlenerek bu savaşa son verecekleri açıktır. Kent devletinin oluşumu, yöneticileri, örgütlenmeyi zayıflatan bu tür savaşları bir iç uyumsuzluğa indirgemeye itmiştir. Kuşkusuz oymak, iç dayanışmasını ve oymak başkanı da sınırsız gücünü yitirecektir, bu durumda. Ancak, oymak üyelerini canından bezdiren öç almalar, savaşlar yüzünden herkes bu türlü çözümlere boyun eğmiştir²⁹.

Öte yandan bu konuda dinsel etkenler de yeni hukuk anlayışına geçmeyi zorlamıştır. Dinsel kurallar, suçlunun eylemlerine karşı kentin yetkesinin harekete geçmesini desteklemiştir. Böylelikle kent devletinin yaptırım uygulayan kurumları ortaya çıkmıştır.

b-İnsana özgü adalet anlayışının cezai örgütlenmeye getirdiği yenilikler

Bu yenilikler, ilkin sınırlamalar ve denetimler biçiminde olmuştur.

Bu dönemde ortaya çıkan yeniliklerden ve sınırlamalardan biri, edilgin özne tarafın ellerine bırakılan yaptırımın uygulanmasının merkezi iktidar tarafından denetlenmesidir. Her şeyden önce, resmi yetkeler öç almayı öngörmüşlerse ve bizzat edilgin özne için haklı bir öç söz konusu ise öç almaya izin verilmektedir. Böylece kent, öç zincirine yavaş yavaş son vermeyi amaçlamıştır. Ayrıca, kent devleti, öç almak isteyen haklarını ve onun uygulanış biçimini denetim altına almıştır. Bundan başka, insana özgü öce getirilen kimi sınırlamalar, öç almaya meşru bir çerçeve çizmiştir.

İnsana özgü öç ilkesi ve bu öcün meşruluğu, misilleme/karşılıklılık ilkesine dayanmaktadır. Öç, bireysel ve ortaklaşa korkutmanın meşru yoludur. Raymond Saleilles'in vurguladığı üzere, "Her şey, zorun, şiddetin gelenekselleştiği savaşçılardan meydana gelen bir toplulukta oluşmaktadır"³⁰. Özetle öcün yerindeliği benimsenmekle birlikte, kent devleti, öç hakkının etkin ve edilgin öznelerini de sınırlamıştır. Bu hak, yalnızca edilgin öznenin kimi yakınlarına tanınmış, başkalarına yasaklanmıştır. Özellikle topluluk, suçluyu dışlamışsa ya da teslim etmişse bu sınırlamaya kesinlikle uyulmuştur. Bu arada öznelci bir anlayışın da

²⁸ Solomon, s. 65; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 61; Dönmezer/Erman, n. 59. é

²⁹ Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 61.

³⁰ Saleilles, s. 27; Merle/Vitu, *Traité de droit criminel*, I, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Paris, 1997, n. 54.

gittikçe ortaya çıktığı, istenç dışı suçlar söz konusu olduklarında bireysel öce oranla daha yumuşak bir dizgeye (dizge) geçildiği görülmektedir. Kuşkusuz taksirli insan öldürmelerde zarar yine de büyüktür. Ama kasıtlı insan öldürmelere oranla daha ılımlı bir anlayışın yeğlendiği görülmektedir. Bu durumda merkezi iktidarın kanın öcünü alma anlayışını dışlayacak çözümleri zorladığı anlaşılmaktadır.

c-İnsana özgü öc almaya sınırlayan kurumlar

Yasal olarak izin verilen öcün derecesine de sınırlar getiren kurumlar geliştirilmiştir. Bütün bunlar, bireysel savaş evresinin aşıldığını ve bireysel öc anlayışına oranla ilerlemeyi gösteren kurumlardır.

Bu kurumlardan biri suç hukukunda bulunduğu takdirde insana özgü savaş aşamasının sona erdiği rahatça söylenebilir. Çünkü bunların her biri az çok merkezi bir gücün olaya el attığını ve öc anlayışını ılımlılaştırdığını göstermektedir³¹. Öte yandan bu kurumlardan kimilerine uzun süre kamusal adalet anlayışının egemen olduğu dönemlerde de rastlanmaktadır. Bunların kimilerine değinmekte yarar vardır³².

1.“Birlikte ant içenler/söz verenler” (cojureurs)

Bu yöntemle göre, insana özgü savaşta aile üyeleri suçluyu mahkemeye götürürler ve ant içerek bunu desteklerler.

2.“Yargısal savaşım” (combat judiciaire)

Aileler arasındaki öc tekil basit bir savaşım ile sınırlandırılır. Burada uyuşmazlık olayı ile ilgili bir kanıt elde etmek için Orta Çağda kullanılan Tanrı kararı söz konusu değildir.

3.“Ailesel terk” (abandon noxal)

Saldırganın bulunduğu toplumdaki kovularak ya da ailesinden alınarak öcün edilgin dayanışmasını güçlendirecek biçimde edilgin öznenin topluluğuna teslim edilmesidir. Buna önceleri bütün aile karar verirdi. Daha sonraları aile başkanı karar vermeye başlamıştır. Böylelikle suçlu, zorunlu olarak öldürülme tehlikesinden kurtulmuş olmakta, saldırıya uğrayanın ailesi de kendi yararı için suçluyu köle yapmak hakkını kazanmaktadır. Bu uygulamaya, eski Roma, Eski Yunan hukuklarında, İncil’de, Frank yasalarında, İskandinav ve Sakson törelerinde rastlanmaktadır³³.

³¹ Vidal/Magnol, n. 21.

³² Vidal/Magnol, 22, 23; Jeandidier, n. 36-39; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 62-63; Dönmezer/Erman, n. 61-65; Donnedieu de Vabres, n. 22, 23; Thiry, Cours de droit criminel, Liège, 1909, n. 6-7; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2009, s. 29-32; Constant, Traité élémentaire de droit pénal, I, Liège, 1965, n. 1.

³³ Imbert/Levasseur, Le pouvoir, les juges et les boureaux, Paris, 1972, s. 285-286; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 63; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 31; Donnedieu de Vabres, n. 22.

4.“Kıyas” (misilleme, talion, kıyas yasası: lex talionis)

Bu kurum, “göze göz, dişe diş” biçimindeki ünlü anlatımı ile Hammurabi ve özellikle kutsal kitaplarda, ilkin Musa’nın yasalarında (Mısır’dan göç, Exode XXI) bulunmaktadır. Tevrat’ta, öldürülmesi gereken katilin kesinkes öldürüleceği belirtilmiş, kanlık (diyet) kabulü yasaklanmıştır. Ayrıca kıyas, Kur’an’da (XI, 173), Persler’de, Eski Yunan’da, başlangıçta Eski Roma’da (membrum ruptum), barbar Cermen yasalarında yer almıştır.

Kıyas, zarara yol açan kimseye, aynı oranda ve yoğunlukta zarar vermedir. Bu kurum, barbarlığa karşı kazanılan bir utku ve hukukta ilerlemenin bir göstergesidir. Dinsel nitelikteki ödetme (kefare) anlayışını yansıtır. Topluları ilk uygarlaştıranlar, din insanlarıdır. Kıyas kavramında ilerlemeyi onlar sağlamışlardır. Eski dönemlerde dinin başat işlev gördüğü kesindir. Nitekim doğal olarak dinin de etkisiyle kaleme alınan Hammurabi Yasası’nın 197. maddesi kıyas anlayışını yansıtır; özgür insanın kemiğini kıranın kemiğinin kırılacağını, dişini kıranın dişinin kırılacağını belirtir. İnsan öldüren de elbette öldürülecektir. On İki Levha Yasası’nda, Tevrat’ta, İslâm’da, Yunanlı Dracon’un Yasası’nda da kıyas öngörülmüştür³⁴.

Elbette kıyas bir ilerlemedir. Çünkü öcün sınırı ve yoğunluğu belirlenmiştir; ceza yaptırımı bireyselleştirilmiştir; taksirli suçlarla sınırlandırıldığı zaman suç kavramının öznel ögesi, boyutu kavramına ulaşılmıştır. İnsanlarda adalet ve eşitlik bilincini yaratmıştır. Son olarak da, kıyası Dracon gibi kesin sınırlarla belirleyen merkezi iktidarın, dolayısıyla edilgin özne tarafın parasal bir uyuşmayla yetinmesini sağlamıştır. Fustel de Coulanges da ünlü yapıtı “Eski Kent” (La cité antique) de bunları doğrulamaktadır³⁵.

5.“Gönüllü sürgünlük” (exil volontaire)

Suç işleyen kimsenin kendi isteği ile oymağının bulunduğu yeri bırakıp başka yere, bu arada sığınma yerlerine gitmesidir. Böylece suçlu hem dokunulmazlık kazanmakta, hem de zaman etkeninin yatıştırıcı etkisinden yararlanmaktadır.

6.“Gönüllü uyuşma” (diyet, kanlık, composition volontaire)³⁶

Zararın karşılanması yolu ile zarar gören tarafın ölç alma hakkını kullanmaktan vazgeçmesi anlamına gelen bu kuruma, On İki Levha,

³⁴ Okandan, ‘Hammurabi Mecellesi’, İÜHF, 1951, s. 283 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 29, 30; Özcan, 73, 74.

³⁵ Vidal/Magnol, n. 25.

³⁶ Ortolan, n. 77; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 30, 31; Liszt, (R. Lobstein), Traité de droit pénal allemand, I, Paris, 1908, s. 4 vd.; Jeandidier, n. 37; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 62.

Cermen, Salik (Lex salica) Yasalarında, Charlemagne'ın buyruklarında ve İslâm hukukunda rastlanmaktadır. Cermen hukukunda, ağır suçlar karşılığı ödenen paraya “*Wehrgeld*” (Wehr, savunma; geld, para), hafif suçlar için ödenen paraya da “*Buse*” denmektedir. Salik Yasaları'nda, insan öldürmenin cezası, öldürülenin yaşı, cinsiyeti gibi nitelikler gözetilerek öngörülmüş, öldürme ve yaralamalarda da ödenecek miktar belirtilmiştir. Böylece savaş durumu da sona ermektedir. Bununla birlikte, eğer merkezi iktidar öç alma hakkını benimsemiş ise edilgin özne tarafın uyuşma önerisini ret hakkı vardır. Bu yöntem, önceleri mal olarak, paranın çevrime girmesi ile para olarak yönetenlerin, bilgelerin, peygamberlerin dilekleri sonucu çok sık kullanılmıştır. Miktarlar, başlangıçta bu gibi kişilerce eski örnekler gözetilerek tarifelerle belirlenmiş, daha sonraları ise çıkarılan yasalarda devletçe saptanmıştır. Ancak kimi zaman, miktar neredeyse suçlunun mallarının *genel zoralım* (müsadere) boyutuna ulaştığından, saldırgan bunu ailesinin yardımı ile ödeyebilmiştir. Son aşamada ise devlet, uyuşmayı zorunlu kılmış, ödenen paranın bir miktarını hazineye almıştır. Bunun krala ödenen kesimine “*fredum*”³⁷ adı verilmiştir.

d- Bireysel öç almanın yerine getirilmesi biçimlerini sınırlayan kurumlar

Sürgün cezalarının sığınma yerlerinde (lieux d'asile) yerine getirilmesi bunlardan biridir. Bu yerlere girenlere orada buldukları sürece kimse dokunamamaktadır. Bir başka yöntem, ara verilmedir (trêve). Böylece zaman etkeninin kinleri yatıştırması beklenmektedir³⁸.

B) DEVLET SONRASI SUÇ HUKUKU EVRESİ VE KİMİ DEVLETLERDE SUÇ HUKUKU

Devletin yaptırım uygulama, özellikle ceza verme yetkisini tekeline alması, hiç kuşkusuz uzun bir evrimin sonucudur. O nedenle devletler ortaya çıkar çıkmaz bu tekelin doğduğunu ileri sürmek elbette olanaksızdır. Bu gelişme ucun ucun başlamıştır. Devlet, kendisine karşı olan egemenlik sahiplerini yok edinceye dek bu tekeli kuramamıştır. Devlet, her şeyden önce egemen bulunduğu toplumu dış tehlikelere, düşmanlara karşı korumakla yükümlüdür. İlk suçlar, bu değerlere zarar veren ya da onları tehlikeye düşüren eylemlerdir. Daha sonra iç barışı da sağlamak yükümlülüğü ortaya çıkmış, bu yükümlülük gittikçe genişleyerek bireylerin güvenlik içinde yaşamalarına yönelik eylemler de cezalandırılmıştır. Son çözümlemede, devlet, ilkin özellikle kendi kurumlarına, yapısına ve işlevlerine yönelik

³⁷ Barış sözcüğü olan Friede'den türetilmiş bir tür barış ücreti, parası (S. S.).

³⁸ Vidal/Magnol, n. 21-25; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 62; Dönmezer/Erman, n. 62.

suçları, daha sonra da iç barışla ilgili eylemleri, yakınma olmasa bile, cezalandırmaya başlamış, böylece “*kamusal suç*” (delictum publicum) kavramına ulaşılmıştır. Bu kavram, gittikçe genişlemeye başlamışsa da öç alma hakkı hemen sona ermemiş, ancak gittikçe yumuşamış ve insana özgü öç, yerini ilkin tanrısal/dinsel öce, daha sonra da toplumsal öce bırakmıştır. Daha sonraları öç alma bireylere yasaklanmış, krallar kendi görevlendirdikleri kişilerle bu hakkı yerine getirmeye başlamışlardır. Burada dikkati çeken nokta şudur: Devletin zayıfladığı ve etkisini yitirdiği dönemlerde insana özgü adalet anlayışı hemen ortaya çıkmakta, devlet adına adaletin yerleşiklik kazandığı dönemlerde ise bireysel adaletin gerilediği görülmektedir. Şunu da eklemek gerekir ki, devlet adaletinin bireysel adaletin yerini almasının nedenleri arasında devletin yalnızca egemenlik hakkını başka oluşumlarla paylaşmayı reddetmesi değil, ortaklaşa mülkiyetin yerini bireysel mülkiyete bırakması olgusu da etkili olmuştur³⁹.

Bu dönemin temel özelliği, sorumluluğun, eylemin sonucuna göre belirlenmesidir. Maddi/nesnel sorumluluk esasına yaslanan bu anlayışa göre, suçun etkin öznesinin (fail) yasaklanmış eylemi yapması yeterli görülmüş; bunun nedensel sonucu olan zarar, kusurun yerini almıştır. Bu yüzden, bu dönemin bir adı da “*suçun maddi görünüş evresi*”dir⁴⁰.

Bu evrede düello, uzlaşma, ödence gibi ceza uygulamalarını iyileştirecek kurumlar ortaya çıkmıştır. Mahkemeler, yansız ve taraflardan uzak kurumlar olarak belirmiştir. Bununla birlikte, kırbaç cezası, uzun süre gündemde kalmıştır. Bırakın ilkel çağları, 20. yüzyılda bile görülmüş, sözgelimi, Delaware eyaletinde bu ceza son olarak 1952’de uygulanmış, 1972’de kaldırılmıştır. İlkel dönemde kırbaç cezası yaygındır ve değnek, kayış, kamçı, Huş ağacından yapılmış sopa, çengelli Rus kamçısı, saç fırçası gibi araçlarla yerine getirilmiştir. Bu dönemde sakatlama da önemli bir ceza yöntemidir. Sahtecilerin ve hırsızların ellerinin, yalancı tanıklarının dillerinin, cinsel suç işleyenlerin üreme organlarının kesilmesi ve casusların gözlerinin oyulması yaygındır. Burun, üst dudak, kulak kesme ve kafa derisinin yüzülmesi de sıklıkla görülmektedir. Vücudun geri kalan kısmının suçlunun suçunun ve günahının belirtisi olması, organ kesme cezasının temel nedenidir. Sözgelimi, 1584’te Felemenk Cumhuriyeti’nde Orange’lı William’ı öldüren suçlunun ilkin sağ eli kızgın demirle yakılmış, eti kemiklerinden kerpetenle kopartılmış, vücudu dört parçaya ayrılmış, karnı

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Garçon, Le droit pénal, origines, évolution, état actuel, Paris, 1922. Ayrıca bkz: Donnedieu de Vabres, n. 20, 28; Dönmezer/Erman, n. 66-68.

⁴⁰ Dönmezer/Erman, n. 69; İçel/Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza hukuku, Genel Kısım, I, 2006, s. 39; İçel, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul, 1967, 32..

deşilmiş, yüreği çakarılıp yüzüne fırlatılmış, sonra da boyun vurulmuştur. Doğu toplumlarında dağlama, Romalılarda damgalama cezalarına sık rastlanmaktadır. Dağlama ve damgalama, 17. Yüzyıl Amerika'sında da vardır. İlk hırsızlıkta suçlunun eli üzerine "T", ikinci hırsızlıkta ise "R" harfi dağlanarak damgalanmıştır. Maryland'da tanrı'ya söven, "B" (blasphemy), halkı asılsız haberlerle kışkırtan "S.T" (seditions) harfleriyle damgalanmış, Vermont'ta ve New England'da zina suçlusu kadın, üzerinde simgesel "kırmızı harf" taşımak zorunda bırakılmıştır⁴¹. 1775'te bile Fransa'da kilise kapısı önünde önce suçluya ilkin suçunu itiraf etmesi önerilmiş, sonra darağacına çıkarılarak vücudunun çeşitli yerleri kerpetenle çekilmiş, bu yerlere erimiş kurşun, kaynar yağ, reçine, balmumu, kükürt dökülmüş, bedeni dört ata bağlanarak ve çektirilerek parçalanmış, yakılan cesedin külleri savrulmuştur⁴².

Suçlunu elleri ve ayakları kilitli bir kafese bağlanarak oturması, ayakta başının ve ellerinin kilitli olarak kafese bağlanması biçiminde yerine getirilen kızak ya da boyunduruk cezaları, ilkel dönemde yaygındır. İngiltere'de bile 1837'de kaldırılmıştır. Amaç, halkın aşağılamasını ve ruhsal baskı sağlamaktır. Suçlular, kızak ve boyunduruk cezaları uygulanırken kırbaçlanabilmekte, dağlanabilmekte, kimileyin de kulaklar boyunduruğa çivilenebilmektedir. Suçlu, boyunduruktan kurtulmak için çırpındığında kulaklarını yırtmaya zorlanmakta ya da kulaklar görevlilerce kesilmektedir. Bu ceza, ilkel dönemde çok uzun süre gündemde kalmış, Delaware'de 1905'te kaldırılmıştır⁴³.

Demire vurup hapsedme, çalışırken ya da geceleri vagonlarda birbirine zincirleme, kelepçe gibi araçlara başvurmak da eski dönemlerin cezayı çektirme biçimidir. Dedikoducu ve hırçın kadınlara uygulanan iki tür ceza bulunmaktaydı. Birincisi, hükümlünün uzun bir kaldıraçın ucuna oturtulmuş bir tabureye bağlanması, nehir ya da göl kıyısında tabure daldırılırken halkın alay etmesinin sağlanmasıdır. İkincisi de, kafaya geçirilen demir kafestir (kadın başlığı). Bu yüzden 1787'de Bağımsızlık Bildirisi sözcülerinden Benjamen Rush, bu cezalara karşı çıkmış, bunların suçludaki utanç duygusunu yok edeceğini, suç işleme eğilimini kamçılacağını, suçluları arsızlaştıracağını, suçluları iyileştirmekten uzak olan bu tür cezaların tarihin tozlu sayfalarına bırakmak gerektiğini belirtmiştir⁴⁴.

⁴¹ Barnes/Teeters, s. 169-171.

⁴² Ayrıntılı bil için bk. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, 1984, s. 9 vd.; Foucault, (Mehmet Ali Kılıçbay), *Hapishanenin Doğusu*, Ankara, 200, s. 33 vd.

⁴³ Barnes/Teeters, s. 171.

⁴⁴ Barnes/Teeters, s. 171, 172.

1-Mezopotamya devletlerinde hukuk

a-Sümer hukuku

Mezopotamya'nın tarihi, kent devletinden yerel devlete, yerel devletten bölgesel devlete, bölgesel devletten imparatorluğa doğru yürüyüşün tarihidir⁴⁵.

Turan soyundan Sümerler, M. 3500 yıllarında Fırat ve Dicle dolaylarına gelip devletler kurdular. Kentlerin her biri bağımsızdı. Krallar yasalar yaptılar. Bunlardan iyileştirici nitelikteki Gudea, Ana İttişu, Lipit-İştur, özellikle Lagaş Kralı Urukagina (MÖ 2351-2342), 1952 yılında bulunan Ur-Nommi (Ur-Nammu) (2111-2094), Şulgi/Dungi (MÖ 2095-2038), Eşnunna (MÖ 1950) yasaları başta gelmektedir⁴⁶.

MÖ 1792 yılında kral olan Hammurabi'nin çıkardığı yasaların kaynağı olan bu yasalara göre cezayı devlet verirdi. Kölelerin cezası daha ağırdı. Özgür insanı yaralamak kisası gerektirirken, köleyi yaralamak para cezası ile karşılanırdı. Mülkiyet çok önemli olduğundan cana karşı suçlara göre daha ağır cezalandırılırdı. Tapınaklara ya da krala ait eşyayı çalan ya da yangından yararlanarak, duvar yıkarak hırsızlık yapan ölüm cezasına çarptırılırdı. Çalınan malını sahibi geri alabilirdi. Çalınan malı satın alan satanı bildirmese hırsız sayılırdı. Köle ve çocuk kaçırma, kızın ırzına geçme, kadının zinası suçlarının cezası da ölümdü. Büyücüler, atıldıkları suda boğulmazlarsa suçsuz sayılırlardı⁴⁷.

b-Akad hukuku

Irak'a göç eden Akadlar, Sümerleri yendikten sonra kurdukları devlette Sümer hukukunu benimsediler. Nitekim Kral Lipetiştur Yasası (MÖ. 1934-1924) Sümerce kaleme alınmıştır. Hukuk kuralları tanrısal istencin ürünüydü. Ancak yasalar halktan gizli tutulmuş, egemen sınıfın tekelinde kalmıştır. Kisas kuraldı. Cezada kişiselilik ilkesi ve eşitlik yoktu. Ceza karşı taraftan bir başkasına verilebilir ve seçkin birisi halktan birini öldürürse yakınları sadece diyet isteyebilirlerdi. Kisas yoluna gidilmezdi⁴⁸.

c-Babil hukuku ve Hammurabi yasaları

Sümer ve Akad egemenliği çöktükten sonra Bağdat'ın güneyinde devlet kuran Babil halkı, Akad dilini benimsemiştir. Fırat nehri boyunca kurulan Babil dönemi yasaları son derece önemlidir. Erken dönemde Eşnunna Kralı

⁴⁵ Şenel, Kemirgenlerden Sömürgenlere İnsanlık Tarihi, Ankara, 2009, s.621 vd.

⁴⁶ Kozak, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ankara, 2011, s. 34-45; Ekinci, E. B., s. 41 vd; Okandan, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, 1951, s. 114, 115..

⁴⁷ Ekinci, E. B., s. 41, 42, 44, 45;

⁴⁸ Ekinci, s. 46.

Daduşa'nın (MÖ. 1950) Yasası Akadca yazılmıştır. Irza geçme, evli kadının zinası⁴⁹, insan kaçırma suçları ölümle, yaralama suçları para cezasıyla cezalandırılmıştır. Özellikle Amurru oymağından Kral Hammurabi'nin (MÖ 1792-1749) Yasalar derlemesi ile Ammi-Şaduqa'nın buyruktusu (ferman) çok önemlidir⁵⁰.

Krallığının 38. yılında Hammurabi, bir dizi fetih başarısını kutlamak amacıyla üç bölümden oluşan ve ortasında uzun bir yasa listesi bulunan üç anıt dikilitaş üzerine bu yasaları Sami dilleri arasında yer alan Akadca çivi yazısıyla 282 madde olarak yazdırmıştır. Son sözlerinde de adil bir kral olarak, güçlülerden yana olmadığını, güçlülere ve kötü niyetlilere karşı güçsüzleri korumak istediğini açıklamaktadır. Buyruklara verilecek tepkiler, "o insan öldürülecektir" biçimde ve buyruk kipindedir⁵¹.

1901 yılında Sus kentinde bulunan, yerel törelere ve daha önceki uygulamalara göre birleştirici bir mantık ve adalet kaygısıyla düzenlenen Kral Hammurabi Yasalar derlemesi, özel hukuk yanında suç hukukuna ilişkin maddeleri de içermektedir. Daha önceki krallarca çıkarılan yasalardan esinlenmiştir. Büyücülük, hırsızlık, köle hırsızlığı, insan öldürme, konut dokunulmazlığını bozma, yakınlar arası cinsel ilişki, yalancı tanıklık, iftira, yaralama, zina, mesleki yanılğı sonucu zarar verme, yetkiyi kötüye kullanma gibi suçlar genellikle ölümle cezalandırılmıştır. Ancak suçlar tanımlanmamıştır. Söz gelimi, insan öldürme tanımlanmamış, çeşitli olaylara göre cezası belirlenerek düzenlenmiştir: Kavgada öldürme, kadının kocasını öldürmesi, ustanın yaptığı binanı çökmesi sonucu ölüm gibi. Ayrıca cezalar toplumsal yapıya uygun olarak ve uğranılan zarara göre derecelendirilmiştir. Kısas ve yaptırımları başattır ve sıklıkla uygulanmıştır. Ölüm cezasının yerine getirilme biçimleri, suçlara göre değişmekte, genelde asma, ateşte yakma ya da nehre atma, canlı gömme, çarpmıha germe, kazığa oturtma biçimindedir. Ancak, kısas ilkesine (lex talionis) göre ceza kişinin toplumsal konumuna göredir. Toplum, özgür insanlar, köleliklerine son verilmiş bağımlılar ve köleler olarak katmanlara ayrıldığından cezalar da bunlara göre öngörülmüştür. Söz gelimi, çıkarılan göz, kırılan kol ya da diş için, suçlu özgür insan ise para cezası ile yetinilmiş; suçlu köle ise kısas uygulanmıştır.

⁴⁹ Mezopotamya hukuklarında zina suçu için bk. Özkorkut, Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, Ankara, 2009, s. 34-39.

⁵⁰ Tosun/Yalvaç, Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, Ankara, 1975, s. 11-15; Kozak, s. 75-79; Van de Mieroop, (Bülent A. Doğan), Babil Kralı Hamurabi, İstanbul, 2012, s. 95-105; Tosun, Sumer, Babil ve Assur'lularda Hukuk, Kanun ve Adalet Kanunları ve Bunlarla İlgili Terimler, Belleten, cilt n. 37, sayı. 148, s. 563 vd.; Ekinci, s. 47, 48; Şenel, Kemirgenlerden Sömürgenlere insanlık Tarihi, Ankara, 2009, s. 422-426.

⁵¹ Van de Mieroop, (Bülent A. Doğan), Babil Kralı Hamurabi, İstanbul, 2012, s. 96; Kozak, s. 100, 101.

Bunun yanı sıra dövme, yaralama suçlarına dayak, hastasını kör eden ya da öldüren hekime el kesme, hırsızlık suçlarına ölüm ya da malın değerine göre para cezası uygulanmıştır. Açıktaki ya da emanetteki eşya çalmanın cezası el kesme ya da paradır. Etkin öznesi (fail) belirsiz hırsızlık suçunun cezasını mahalle halkı para cezası olarak üstlenmektedir. Zina suçlusu erkek ve kadın bağlanarak suda boğulmaktadır. Kendi kızı ile yatan sürgün, gelini ile yatan ölümle cezalandırılmaktadır. Yetkisini kötüye kullanan kamu görevlisine verilen cezalar da ağırdır. Kendisi yerine başkasını askere yollayan kimse ölümle cezalandırılmaktadır. Zoralmı cezası sıklıkla uygulanmıştır⁵².

Sorumluluk nesneldir; sonuca göredir, kişisel değildir. Bir kadının çocuğunu düşürenin çocuğu öldürülmekte, yaptığı evin yıkılması yüzünden ev sahibi ya da bir çocuğu ölmüşse mimarın da çocuğu öldürülmektedir. Ölüm cezasını gerektiren suçlarda suda boğulma denemesi kanıt olarak benimsenmiştir⁵³.

Bununla birlikte, bu yasalarda, suçun öznel (sübjektif) ögesine de yer verildiği anlaşılmaktadır. Taksir konusunda “orta yetenekli insanın göstermesi gereken özen” ölçütü olarak uygulanmıştır. Öküzünün tehlikeli olduğunu bildiği halde onun başkasına zarar vermemesi için boynuzunu bezler sararak önlem almayan kişi, zarardan sorumlu tutulmuş, para cezasıyla cezalandırılmıştır⁵⁴. Ancak, olayda rastlantı söz konusu ise etkin özne sorumlu tutulmamaktadır. Yasalara göre rastlantı biçimleri, düşmanın (m. 103) ya da aslanın (m. 166) kullandığı zor, kasırga ve kuraklık (m. 48), yağma (gasp, m. 103, 111) gibi nedenlerdir. Kasten insan öldürme ölüm cezası ile cezalandırılırken kargaşalık sırasında taksirle insan öldürme suçuna ödence (tazminat) niteliğinde para cezası öngörülmüştür. Eğer sadece yaralama söz konusu ise suçlu tedavi giderlerinden sorumlu tutulmuştur. Dikilitaşlarda belirtildiği üzere, Kral Hammurabi adil bir devlet başkanı olarak tarihe geçmiştir⁵⁵.

Ur-Nommi (Urnammu) Hammurabi Yasalar derlemesi ve Ammi Şaduqa buyruktusu Babil hukukuyla ilgilidir. Bu yasaların Musa yasalarından temel ayrılığı ve ortak özelliği, laik olmalarıdır⁵⁶.

⁵² Ekinci, s. 53; Kozak, s. 100-107; Okandan, s. 143-147, Dinçol, Eski Önasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza, İstanbul, 2003, s. 14 vd.; McNeill, (Alaeddin Şenel), Dünya Tarihi, Ankara, 2002, s. 65; Şenel, s. 625..

⁵³ Ekinci, s. 53, 54.

⁵⁴ Benzer düzenleme, daha önce çıkarılan Eşnunna Kralı Daduşa'nın (MÖ. 1950) Yasası'nda da bulunmaktadır (Van de Mieroop, s. 104).

⁵⁵ Okandan, Umumi Hukuk Tarihi Derleri, İstanbul, 1952, s. 144; İçel, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 32, 33; Van de Mieroop, s. 106 vd.

⁵⁶ Tosun/Yalvaç, s. 17 vd.; Charles, s. 19.

d-Asur hukuku

Asurlular, Babil devletinin yerine geçmişlerdir (MÖ 2480-609). Çok yabancı oymaklardan oluşan bu halk, köleleri öldürmek, gözleri oymak, kentleri yakmakla ün yapmıştır⁵⁷.

Sami kültürünün egemen olduğu Asur devletinde Hammurabi Yasaları derlemesinden yararlanılarak “**Asur Yasası**” yapılmıştır⁵⁸. Ölüm, organ kesme, sakatlama, kısırlaştırma, dayak, angarya başlıca yaptırım biçimleridir. Kölelere ve özgürlere eşit ceza uygulanmıştır. İnsan öldürme, hırsızlık, çocuk düşürme, evli kadınla zina, ırza saldırı ve büyücülük ölümle cezalandırılmıştır. Ancak cezalar kimi zaman değişiklikler göstermektedir. Yaralama, sövme eylemleri de suçtur. Söz gelimi, çocuğunu düşüren kadın kazığa vurulmakta, zinayı kanıtlayamayan ve zina iftirasında bulunan kimse suya atılmaktadır. Zina eden kadının kocası eşinin ölümle cezalandırılmasını istemezse, kadının burnu kesilmektedir. Ölüm, organ kesme, kısırlaştırma, dayak ve angarya başlıca cezalardır. Suda boğulma denemesi burada da geçerlidir⁵⁹.

2-Hitit hukuku

İç Anadolu’da kurulan Hitit devleti, bütün ilkel devletlerde görüldüğü üzere, köleci devlet olmanın özelliklerini yansıtmaktadır. Hititler, Mezopotamya yasalarından esinlenmişler, ancak daha gelişmiş ve ılımlı dizgeleri benimsemişlerdir.

Hitit hukukunun, doğacı ve insancı bir yapıya sahip olduğu, Roma hukukuna yakın bir gelişme gösterdiği, Hitit Yasalar Derlemesi’nin krallara göre aşamalar geçirdiği, Kral Telipinu ve Şuppliluliuma dönemlerinde yenilikler getirdiği, Sami hukukunda bulunan kısas kavramına yer verilmediği, ayrıca ölüm cezasına çok az başvurulduğu belirtilmiştir⁶⁰.

Hititlerde özgür insanlarla köleler arasında büyük ayrılıklar vardı. Bir suç işlendiğinde özgür insan diyet (kanlık) ile kurtulabilmekteydi. Köle ise, bunu ya yaşamıyla ya da burun, kulak kesme gibi bedensel bir ceza ile ödemekteydi. Köleyi öldüren özgür insan, kölenin sahibine köle vererek kurtulmaktaydı. Anadolu’da kurulan Hitit devletinde çıkarılan ve 1906’da bulunan Yasa, Hititlerin ikinci dönemine aittir (MÖ XV-XIII). Yasa yalnızca suç hukukuyla ilgiliydi. Bu Yasa’da insana özgü öç dönemi aşılmış, suçlarda özellikle kusura göre indirici ve ağırlaştırıcı nedenler düzenlenmiştir. Suçlar

⁵⁷ Ekinci, s. 55.

⁵⁸ Şenel, Kemirgenlerden Sömürgenlere insanlık Tarihi, Ankara, 2009, s. 626,

⁵⁹ Ekinci, s. 57; Kozak, 141-146.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bk. Doğan, Hitit Hukuku, Belleklerdeki “Kayıp”, İstanbul, 2007, s. 69-71, 164; İmparati; (Erendiz Özbayoğlu), Hitit Yasaları, Ankara, 1992; Alp, Hitit Kanunları Hakkında, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Fakültesi Dergisi, v, S 5, Kasım-Aralık, 1947.

iki kesime ayrılmıştır: Birinci öbek, başkaldırma gibi kamu düzenini; ikinci öbek, insan öldürme, hayvanlarla cinsel ilişki, yağma, ürünlere zarar verme gibi bireyleri ilgilendirmektedir. Birinciler kişisel sorumluluğu ve cezayı gerektirmekteydi. Cezalar, çoğu kez bedenseldi (cismani). Ancak ölüm cezası az verilmekteydi. Kralın cezayı af yetkisi bulunmaktaydı. Eğer insan öldüren etkin özne bulunmazsa kentte oturanlar edilgin özneye para cezası öderlerdi. Kadının zinası gibi aile yapısına karşı suçlarda ölüm cezası daha çok uygulanırdı. Bununla birlikte Telepinu Buyruktusu (ferman) ile birçok suçlarda ölüm cezası kaldırılmıştır. Bedensel, özellikle sakatlama gibi cezalara az rastlanmakta, hırsızlık ve ev yakma suçlarını işleyen kölelere uygulanmaktadır. Köleler, Roma hukukunda görüldüğü üzere, bir nesne değil, öznedir. Cezalar arasında, kafa kesme, tekerleğe bağlama, boyunduruğa koşma, kazığa oturtma, siyasal nitelikteki suçlar için ortak cezalar gibi ilkel uygulamalar da bulunmaktadır. Suç, tanrıların öfkesini doğuracağından onları yatıştırmak için önce insan, daha sonraları hayvan kurban etme dönemleri yaşanmıştır. Çoğu zaman bireysel konularda olmak üzere, eylemlerin ağırlığı, suçlunun kastı ve edilgin öznenin niteliği gözetilerek uzlaşmaya başvurulmaktaydı. Söz gelimi, yağma suçunda on iki köle, hayvan hırsızlığında otuz baş hayvan, adam öldürmede dört köle uzlaşma karşılığı olarak belirlenmişti. Çocuk düşürmenin cezası, ayak kırma idi. Hititlerde en ilginç olan Buyruktu, MÖ XIV. Yüzyıldaki Kral II. Tuthaliya'nın yargıçlara yansız olmaları, rüşvet ve armağan almamaları ve yargı kararlarına herkesin uymaları yolundaki buyruğudur. Yargı kararlarına uymamanın ceza ölümü⁶¹.

Yargı yetkisinde son söz kralındı. Mahkemelerin kararlarına karşı temyiz yoluyla krala ulaşılırdı. Ölüm cezasını, sadece krallar verebiliyorlardı. Davanın makul sürede bitmesi gerekliydi. "Panku" kurumu, yargısal denetim görevini üstlenmişti, kral bile onun kararına uymak zorundaydı. Kişisel sorumluluk ilkesine geçilmişti. Bedensel cezalar kaldırılmıştı. Taksir kavramına bir az çok yer verilmişti. Kavga sırasında insan öldürmenin cezası yarıya indiriliyordu. Bu konuda "onun eli suç işler" (kessarsis wastai) ilkesi geçerliydi⁶².

3- Mısır (Nil vadisi) hukuku

Tarihçiler Mısır tarihini dört döneme ayırırlar: MÖ 3100-2686, 2686-2133, 2133-1552, 1552-525. Kurallar firavunların buyruklarıdır. Kazılarda bulunan ehramlar, sandukalar ve ölümler kitaplarında hukuka ilişkin kurallara rastlanmaktaydı. Cezalandırma tekeli Mısır'da devletindi. İnsana özgü ölç

⁶¹ Charles, s. 19; Ekinci, s. 62, 63; Kozak, s. 188-203.

⁶² Doğan, s. 72, 73, 95-99, 170.

yasaktı. Totem hayvanlarının öldürülmesi, o totemin tapınığında yerine getirilen ölüm cezasıyla cezalandırılırdı. Sözdən dönme, iftira ölümle cezalandırılırdı. Yalancı tanığın ilkin eli kesilir, sonra kendisine ölüm cezası uygulanırdı. Zinada erkeğin cinsel organı, kadının burnu kesilirdi. İşlenen suç haber vermeyenin cezası dayaktı. Hırsızlık yapan malın değerinin iki katını öderdi. Ölüm cezası boğma, ateşte yakma biçiminde yerine getirilirdi. Bundan başka sürgün, angarya, organ kesme gibi cezalar da uygulanırdı. Bu dönemde ileri ve insancı uygulamalar da olmuştur. Söz gelimi, cezada amaç, öç değil, iyileştirmeydi. 8. Yüzyılda Habeş kökenli Firavun Sabacos, ölüm cezası yerine sürgün cezasını öngörmüştü⁶³.

4-Arabistan hukuku

İslam öncesi Arabistan'da, özellikle Mekke'de insan öldürme, yaralama suçlarının cezası kısastı. Eylem kasıtsız ise edilgin özneye kanlık ödenirdi. Etkin özne belirsizse o bölgeden elli kişi seçilir, suçsuz oldukları konusunda ant içerlerdi (kasame)⁶⁴. Hırsızın eli kesilir, yol kesen asılırdı⁶⁵.

Yedinci yüzyıldan sonra ortaya çıkan İslam sonrası suç hukuku ise ayrıca incelenmek gerekir.

5-İran hukuku

Elamlar (MÖ. 2550-640), Medler (MÖ, 708-550), Ahemenid (MÖ, 550-330) Partlar (MÖ, 249-MS, 226), Sasani (MS, 226-635) gibi gelişmiş bir örgütlenmeye sahip devletlerin kurulduğu İran'da hukukun temeli, Zerdüştinin kutsal kitabı Avesta'dır. Dine ve devlete karşı suçların cezası ölümdü. Bu ceza, çarmıha germe ya da taşlanarak öldürme (recm) biçiminde yerine getirilirdi. I. Keykavus döneminde cezalar ılımlı duruma getirilmiş, hapis cezası öne çıkmış, sadece başkaldırma ve askerlikten kaçma suçları devlete karşı suç olarak belirlenmişti. Kişilere karşı suç işlendiği zaman, para ya da bedensel cezalar verilir, kasıtlı insan öldürmede ölenin yakınlarının isteği üzerine kısas uygulanırdı. Rıza bulunduğu takdirde kanlık da ödenebilirdi. Başkaldırma suçlarında suçlunun ailesi de cezalandırılırdı. Tanık kanıtının yanı sıra suya atma, kızgın demiri tutturma gibi deneylere de başvurulurdu. Önemli noktalardan biri de cezanın suçlunun toplumsal durumuna göre bireyselleştirilmesiydi⁶⁶.

⁶³ Ekinci, 32, 39; Kozak, s. 259-262.

⁶⁴ "Kasame", güzellik, cemal, barış, bir konuda ant içip tanıklık etme anlamlarına gelmekte olan bir yargılama hukuku kavramıdır. İslam hukukuna da geçmiştir (Dini Kavramlar Sözlüğü, ortak yapıt, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara, 2006, s. 361, 362).

⁶⁵ Ekinci, s. 68.

⁶⁶ Ekinci, s. 70, 71, 76; Kozak, s. 401, 402.

6-İbrani (Yahudi) hukuku

Filistinliler Ürdün nehrinin “karşı yaka”sına (Heb-ru) gelip yerleşenlere İbraniler denmiştir. İbrani hukukunda⁶⁷ temel kaynak, elbette Tevrat’tır⁶⁸. Ancak, kaynağı Musa diye benimsenen ve yorumları içeren “Talmut” ve “Midraş”, yasaları ve kuralları içeren “Tosifta”, gelenekleri içeren “Kabala” da önemli kaynaklardır.

Hitit hukukunun İbrani hukukunu etkilediği konusunda görüş birliği bulunmaktadır.

Ancak Yahudi hukuku, sadece Yahudi halkıyla ilgili suçlar için geçerlidir. Yahudi olmayan edilgin özne ya da suçlularla ilgili değildir. Söz gelimi, o dönemde bir yabancıyı öldürmek bile suç değildir⁶⁹. Tevrat, insana özgü ölç almayı yasaklamıştır. Cezalandırma yetkisi devlete aittir. Ancak, insan öldürme suçunda yakınlar suçluyu izleyerek öldürebilmektedir. Yeter ki, suç ve suçu işleyen kişi ortaya çıksın ve bu hususlar kanıtlanınsın. Suç hukukunda dört ilke geçerlidir: Kısas, ölç, suç ve cezanın kişiselliği, hayvanların da cezalandırılması⁷⁰. Hz. Musa'ya Sina Dağı'nda Tanrı (Yehova) tarafından iki taş tablet üzerinde verildiği bildirilen dini ve ahlaki öğütler bütünü olup Tevrat'ın “Çıkış” (Exodus) kesiminde yer alan, Eski İbranicede “Aseret ha-Dvarîm”, Yeni İbranicede “Aseret ha-Dibrot”, Latince “Decalogus” diye adlandırılan “On Buyruk” elbette çok önemli bir kaynaktır. Bu kaynak, Roma hukukuna temel olmuş ve Batı insanınca bütün yasaların özü olarak yorumlanmıştır. Gerçekten Roma hukukunda ve yargı dizgesinde yer alan terimler ve yorumlarda On Buyruk örneği geçerli olmuştur⁷¹. Bu Buyruk'ta insan öldürme, zina, hırsızlık açıkça; rüşvet, yalan tanıklık, başkasının evine, karısına, kölesine, cariyesine, mallarına saldırı, hayvanla ve yakın akraba ile cinsel ilişki dolaylı biçimde suç olarak öngölmüştür. Tevrat'ta kasten insan öldürmenin cezası ölümdür. Bu

⁶⁷ Ekinci, s. 194 vd; Kozak, s. 304 vd.

⁶⁸ Pek çok bilimsel kaynağa göre, İbranice, Horah, “Tora”, Tura, Torah sözcüğünün Arapçalaşmış biçimi olan Tevrat, yasa, birlik, anlaşma, sözleşme, öğrenim ve eğitim, öğretme, öğretme, yol gösterme gibi anlamlara gelmektedir. İslam anlayışına göre Hz. Musa'ya indirilen dört büyük kutsal kitaptan biridir; birçok sure ve ayette geçmektedir (Al-i İmran 65, Nisa 46, Maide 13, 41, 44. ve 46, Enbiya 48, Bakara 41, 53 75, 79, 89, 91, Saffat 117, En'am 20, Furkan 35). İslam kaynaklarında “Eş'ar-ı Hamse” ve Yahudi geleneğinde Ahd-i Atik (Eski Ahit) olarak geçen kitaplar bütününe ya da çoğu yazarlara göre hem Eski Ahit'in bütünü olan ve beş bölümden oluştuğu için Batı'da “Pentateque” diye anılan Tevrat'a Almancada, npr. Testament; altes testament; Fransızca, ancien testament, pentateuque; İngilizcede, tora, torah, old testament, pentateuch, Aramcada, orayta; Yunancada, nomos, pentateuch denmektedir (S. S.).

⁶⁹ Ekinci, s. 225.

⁷⁰ Kozak, s. 325-329.

⁷¹ Arendt, (Onur Eylül Kara), Devrim Üzerine, İstanbul, 2012, s. 255.

nedenle insana özgü öç alma ve kanlık (diyet) yasaklanmış, suçlunun öldürülmesi buyrulmuştur. Ancak sorumluluğun kişiselliği ilkesi ve herkesin kendi suçu (günahı) için öldürüleceği kuralı bir ölçüde benimsenmiş, babanın yerine çocuğu, çocuğun yerine babanın öldürülmesi yasaklanmıştır. Duvar delen hırsızın öldürülmesi hukuka uygun sayılmıştır. Öte yandan, suçun öznel ögesi önem kazanmış, kasıt aranmış; taksir kasıttan ayrılmış, ancak rastlantı ile karıştırılmıştır. İnsan öldürme eylemi kasıtsız ise, suçlu dinin koruması altındadır. Söz gelimi, Tevrat'ta düşmanlığı olmaksızın birine ansızın vurma, pusuya yatmadan birinin üzerine bir şey atma, görmeden birini öldürebilecek bir taşı üzerine düşürme, ormanda ağaç kesmek için baltayı indirdiği sırada demirin sapından çıkarak komşusunun ölümüne yol açması örnekleri, taksir ve rastlantının birbirlerine karıştırıldığını göstermektedir. Taksirle insan öldüren suçlu, belirlenen üç kentten seçilen sığınak-kente sığındıktan ve orada bir süre kaldıktan sonra eski oturduğu yere dönebilmekteydi. Amaç, bir sürenin geçmesiyle öfkelerin yatışmasını, üzüntülerin unutulmasını ve böylelikle öç alma hakkının kullanılmasını sağlamaktı⁷².

Çocuk düşürmede çocuk sağlıklı doğarsa, etkin özne erkeğe ödence ödemekte, çocuk ölürse zarar karşılığı kısas uygulanmaktaydı.

Musa'nın yasalarına göre, insanı boynuzlarıyla yaralayan ya da öldüren boğa yargılanarak linç edilir, ama eti yenmezdi⁷³.

Cezalar kişiseldi. Kırdan etkin öznesi (etkin özne) belirsiz bir ceset görülürse, en yakın kentin yaşlıları boyunduruk vurulmamış bir inek almakta, ekilmemiş bir vadiye indirerek onu kesmekteydiler. İneğin üzerinde ellerini yıkamakta, "ellerimiz bu kanı dökmedi, gözlerimiz de onu görmedi" diyerek ant içmekte, böylece temize çıktıklarına inanmaktaydılar. **Kasame** denilen İslam öncesi Arap ve İslam hukukunda da rastlanan bu yöntem, kişisellik ilkesinin ayrıksı bir durumudur⁷⁴.

Zinanın, özgür insan kaçırmanın, büyücülüğün, eşcinselliğin, hayvanla cinsel ilişkinin, dinden dönmenin, puta ya da başka şeylere tapmanın, Tanrı'ya sövmenin yaptırımı ölüm cezasıydı. Bu cezanın çektirilme biçimi, taşlayarak öldürme idi (recm)⁷⁵.

Yahudi hukukunda asıl olan kanıt, tanıklıktı. Yalancı tanıklık suçtu. Denemelere/sınamalara (ordalie) izin verilmişti. Söz gelimi, zina ile

⁷² Okandan, s. 186 vd.; İçel, s. 33, 34; Kozak, s. 329-341.

⁷³ Imbert/Levasseur, s. 195. İsa'nın ve Hıristiyanlığın İbrani suç hukukuna etkileri için bk. Ekinci, s. 261-263.

⁷⁴ Kozak, s. 333, 334.

⁷⁵ Ekinci, s. 211, 224, 225; Özkorkut, s. 56-62..

suçlanan kadına rahip dua yazarak bunu su içinde eritmekte, kadının karnı şiştiği takdirde suçlu sayılmaktaydı⁷⁶.

7-Hint Hukuku

Hindistan günümüze dek hiçbir dile, dine ve soya kapalı olmamıştır. Ancak Hindistan'da Brahman dini egemendir. Veda (Sanskrit dilinde bilgi anlamında) ve Upanişad adlı kutsal metinler temel kaynaktır. Ayrıca Dharmaşāstra, Dharma yorumları, Manava Dharma Şāstra (Manu din kitabı), Manu, Vişnu ve Yajñavalkya gibi daha birçok hukuk yorum metinlerinin yanı sıra töre hukuku da önemlidir. Manu yasalar derlemesi 12 kitap ve 2685 beyitten oluşmaktadır. 8. kitap yargıçlar, hukuk, yargılama ve cezalarla ilgilidir. Hukuk ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Eski Hint'teki bu yasalarda suç hukukuna ilişkin önemli düzenlemelere rastlanmaktadır. Her şeyden önce, ceza, toplum düzeni açısından zorunludur. Kast sınıflarına göre cezalar değişmektedir. Üst ya da kendi kastındaki birini öldürmenin cezası ölümdür. Ancak alt kasttan birini öldürenin cezası kanlıktır. Kasıt ve taksir kavramlarına yer verildiği, istençli olan ve olmayan suç ile kaza ve rastlantı ayrımlarının yapıldığı görülmektedir. Arabanın dingilinin ya da tekerleklerinin kırılması, hayvanın kayışlarının kopmasıyla bir zarar doğmuş ise, bunlar rastlantıya sokulmakta, suçlu cezalandırılmamaktadır. Buna karşılık, özensizlik yüzünden taksirle ölüm söz konusu ise suçlu cezalandırılmaktadır. Kasıt kanıtlanmadığı zaman taksir nedeniyle ceza verilmektedir. Esasen Eski Hint'te insan öldürme, yaralama, sövme, kutsal nesnelere aşağılama, hırsızlık, zina, ırza geçme, yalan tanıklık, fuhşa kışkırtma, hayvan öldürme suçları bilinmektedir. Yabancı kadına armağan vermek, ona elle dokunmak suçtur ve cezası sürgündür. Aynı kasttaki kişilerin zinası suç değildir. Ancak üst sınıftan biriyle zinada erkek yakılarak, kadın köpeklere parçalattırılarak cezalandırılmaktaydı. Devlet ve krala karşı suçlara ölüm cezası verilmekteydi. Ölüm cezası, köpeklere parçalattırma, fillere ezdirtme, kazığa çakma, boynu vurma, parçalama, suda boğma biçimde yerine getirilmekteydi. Organ kesme, kırbaçlama, hapis, sürgün, para, kasttan çıkarma cezaları ve zoralım yaptırımları da öngörülmüştü. Tekerrür ağırlaştırıcı nedendi. Kendi yaşamına son verme (özöldürme, intihar), ne suç ne de günahı. Buna başvuran ilkin üç gün oruç tutar, sonra ölüncüye dek aç kalır, karlara gömülmek, timsahlara yem olmak, kendisini hançerlemek yollarından birini seçebilirdi. Özellikle yaşlılar kendilerini Ganj nehrine atarlardı⁷⁷.

⁷⁶ Ekinci, s. 211.

⁷⁷ Çığ, Kur'an, İncil ve Tevrat'ın Sümer'deki Kökeni, İstanbul, 1997, s. 19 vd.; İçel, s. 35; Arsal, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul, 1949, s. 42, 43; Ekinci, s. 76-78, 87; Özkorkut, s. 40; Kozak, s. 475-485.

8-Eski Çin hukuku

MÖ 3000 yıllarından bu yana geniş topraklarda yaşayan Çinlilerde hukuk uygulamaları Çu (MÖ, 1125-250) Hanedanlığında dönemde iyice belirginleşmiştir. O dönemde Lao-Tse, Kung-Fu Tse, Mo-Tse, Meng-Tseve, özellikle Konfüçyüs (Kong Fu Tse, MÖ, 551-479) gibi ünlü düşünürler yetişmiştir. Konfüçyüs ve çoğu düşünürlere göre, yönetenler halka örnek olacak denli iyi ise iyi yönetim için bu yeterlidir. Ancak hukukçular/yasacılar (legalistler) diye anılan düşünürlere göre yönetim, ayrıntılı yasalarla güvence altına alınmalıdır. MÖ 213 yılında gerçekleşen büyük kitap yakma olayında imparatorun buyruğu ile Konfüçyüs'ün bütün kitapları yakılmış, ancak düşünürün kimi kitapları öğrencilerince saklanmıştır⁷⁸.

MÖ 7. yüzyıldan sonra yasalar çıkarılmıştır. İmparator Gaozu'nun çıkardığı Tang yasaları (Tang lü) 12 bölümden ve 500'den çok maddeden oluşmaktadır. Bunlarda Konfüçyüs'ün etkisi sezilmektedir. Ch'ing (Mançu) Yasası da buna benzemektedir. Suç hukuku, kişisel öç ve nesnel/ortaklaşa sorumluluk temelinde gelişmiştir. Sonraları devlete başkaldırma dışındaki suçlarda kişisel sorumluluk temeli benimsenmiştir. İnsan öldürme ölüm, yaralama bacak kesme, cinsel özgürlüğe karşı suçlar kısırlaştırma ve dolanlı eylem burun kesme cezasıyla cezalandırılmıştır. Ayrıca başka suçlarda yüzü damgalama, kanlık yaptırımları öngörülmüştür. Daha sonra çıkan Quin Yasası'nda kısırlaştırma ve organ kesme cezaları kaldırılmış, dayak ve sürgün cezaları benimsenmiştir. Özel hukuk davalarında da cezalar uygulanmıştır⁷⁹.

Çin toplumunun özelliği, hiçbir dönemde öbür dünyalı inanç ve tanrısal temellere dayanmamış ve gelişmenin önünü kapatmamış olmasıdır⁸⁰. Bu özellik, elbette hukuka da yansımış, Çin hukukunun tanrısal kökeni hiç olmamıştır. Eskilerin yolunu (tao) ve davranışlarını temel edinen Çin hukuku, kutsal törenlere çok az yer vermiştir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere cezanın zorunluluğuna inanıldığından, suçlunun hemen cezalandırılması hukukun gereğidir. Ancak eşitlik ilkesi hiç gözetilmemiş, ayrıcalıklar sürekli yaşanmıştır. Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı yapılmamıştır. Bu hukukta Hint kamışından bir sopa ile dövülmesi gibi buyruklara rastlanmaktadır. Toplumsal düzene saldırılar, aileye, oymağa saygısızlıklar, ahlak ve dince onaylanmayan davranışlar, ağır suç sayılmıştır⁸¹.

⁷⁸ Störig, (Nilüfer Epçeli), Vedalardan Tractutus'a Dünya Felsefe Tarihi, İstanbul, 2011, s. 96.

⁷⁹ İkinci, s. 100, 102, 109; Kozak, s. 589-591..

⁸⁰ Lipson, (J. Çam Yeşiltaş), Uygarlığın Ahlaki Bunalımları, İstanbul, s. 191.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bk. Huff, (İ. Kalaycıoğulları, e. Tağman, A. Yetmen), Modern Bilin Doğu ve Yükselişi, İstanbul, 2010, s. 359-363.

9-Eski Japon hukuku

Bu hukuk Çin'den esinlenmiştir. Şinto dini temel kaynaktır. Deneme uygulaması (ordali, Japonca kukatchi) yaygındı. Taihō, Yōrō, Taika (646-666), 22 ciltlik Asuku No Kiyomihara yasaları ünlüydü. Suçlar ağır ve sıradan suçlar diye ikiye ayrılır; birinciler ölümle cezalandırılır, etkin öznenin ailesi sürgün edilir, asla bağışlanmazdı. İmparatora suikast, kutsal nesnelere hakaret, göç, yakınlarını öldürme eylemleri bu türden suçlardı. Suçluyla uzlaşma yasaktı ve suçtu. Suça katılmanın kimi türleri cezalandırılmıştı. Cezalar beşe ayrılmıştı: Ölüm, sürgün, kürek, dayak, kamçı. Olasılıkla daha önceleri organ kesme cezası da vardı. Ağırlaştırıcı ve indirici nedenler benimsenmişti. Para cezaları tarifeye göre alınır ve hazineye ödenirdi. Suçlu kamu görevlisi ise işten çıkarılırdı. Hükümetin af yetkisi vardı. İnsan öldürme suçunu öğrenen kişi bunu bildirmek zorundaydı⁸².

10-Moğollarda suç hukuku

Moğollarla Türkler hiçbir zaman kaynaşmamış, birlik olmamışlar ise de, Moğolların Türk devlet yapısı ve kuşkusuz hukuk düzeni üzerinde etkili oldukları bilinmektedir. Bu nedenle Moğollardaki suç hukuku anlayışını özenle incelemek gerekir.

Moğollar, yalnızca Türkler üzerinde değil, Asya ve Avrupa'nın büyük kesimlerinde de izler bırakmışlardır. Bozkır hukukunun özelliklerini taşıyan Moğol hukuku, Cengiz Han döneminde bütün Moğolistan'ı, parçalanma dönemlerinde ise dağınıklık yüzünden, kimi boyları etkilemiştir⁸³.

Moğol hukuku hakkındaki kaynaklar, her zaman yetersiz kalmıştır. Zira Türkler gibi Moğollar da göçebeydiler. Yazı yazmak göçebelerde saygın bir uğraş değildi. 13. yüzyılda kendilerine özgü bir yazıyı benimsemeleri üzerine yazılı hukuk ve yazın da gelişmeye başlamıştır. Ancak bunların büyük kesimi yitmiştir. Ele geçenler de, o dönemlerde çok katlı görkemli Roma hukukuna göre son derece ilkel bir bozkır hukukudur⁸⁴.

14. yüzyılda töre hukuku yazılı hukuka dönüşmüş, bütün Moğollarda uygulanan Cengiz Han'ın Büyük Yasası, 1320 tarihli Yüan Yasası, Eski Tsaayin Biçik (yargıçlar kitabı), 1640 tarihli Yeni Tsaayin Biçik (Oyrat-Moğol Yasası), Halha Cirom (tüzükler) ve Çinlilerin Moğollar için çıkardıkları yasalar hukuk düzenini oluşturmuştur. Bu yasalarda, suç hukukuna önemli ölçüde yer verilmiştir⁸⁵.

⁸² Ekinci, s. 111, 112, 114.

⁸³ Alinge, (C. Üçok), Moğol Kanunları, Ankara, 1967, s. 2.

⁸⁴ Alinge, s. 2; Cin/Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Konya, 1989, s. 63, 64.

⁸⁵ Alinge, s. 88-119, 123, 124, 128, 129, 136-139, 152-165, 173-175, 193-215.

Devlete, prenslere, din insanları gibi belli kişilere; zina ve kadın kaçırmaya gibi aileye; ırza geçme gibi cinsel özgürlüğe; insan öldürme ve yaralama gibi yaşama ve vücut bütünlüğüne; kuyu kirletme gibi sağlığa; hırsızlık, kıymız hırsızlığı, güveni kötüye kullanma, yataklık, mala zarar verme, dolandırıcılık gibi malvarlığına karşı suçların yanı sıra, tehdit, hakaret, iftira, kundakçılık, büyücülük, köle ticareti, memurlukla ve avlanmayla ilgili suçlar ile konuksever göçebe kültürünü yansıtan susayan birine istediği içecek, yorulmamış at ya da geceleyin kalacak yer vermeme, kesilmesi yasak hayvanı kesme gibi eylemler saymacı yöntemle cezalandırılmıştır.

Bu yasalarda yer alan cezalar, genellikle hayvan ya da ev eşyası gibi malvarlığı biçimindedir, işlenen suça göre oranlanmıştır. Kimileri de, özel çıkarların çiğnenmesi üzerine uygulanan ödence niteliğindedir. Öbür türden cezalara ise çok az yer verilmiştir. Söz gelimi, ölüm cezasına, sadece askeri yasalardaki ya da savaş sırasında prensi terk etme gibi suçlarda rastlanmaktadır. Ölüm cezası, vücudu parçalama, kafa kesme ya da boğma biçiminde yerine getirilirdi. Ölüm cezası yerine getirilinceye dek hapis, zorunlu iş, sürgün gibi özgürlüğü ve üç kez yanlış karar veren yargıcın işini yitirmesi (memurluktan çıkartma) gibi hakları sınırlayıcı; çok az uygulansa da sakatlama, kırbaçlama, demire vurma, üzerinden araba tekerleği geçirilerek yüzü damgalama gibi bedensel cezalara da yer verilmiştir. Cezaların dönüştürülmeleri benimsenmiştir. Ölüm cezasının bile karşılığı ödenebilmiştir. Suça özendirme de cezalandırılmış, haklı savunmaya (meşru müdafaa) yer verilmiştir.

Kusur yeterliliği, on yaşın doldurulmasıyla başlamaktadır⁸⁶.

Sonuca göre belirlenen nesnel sorumluluk esastır. Bu nedenle “**İnsani eylem öldürür**” ilkesi egemendir. Hayvanlar tarafından insan öldürüldüğünde bile, gözetim yükümlülüğünü savsayan hayvan sahibi cezalandırılmıştır⁸⁷.

11-İslamlık öncesi Türklerde suç hukuku

Türkler, Orta Asya’da en eski ve çok güçlü siyasal örgütlenmeleri, devletleri kurmuş, elbette bu örgütlenmeler bir hukuksal düzeni de gerektirmiştir. İslam’ın benimsenmesinden sonra da aynı bölgede ve Anadolu’da da durum böyledir. İslamlıktan önceki dönem ile sonraki dönemler kuşkusuz birbirlerinden çok başka olmuştur. Bu nedenle de haklı olarak, araştırmacılar bu iki kesimi birbirinden ayırmaktadırlar⁸⁸.

⁸⁶ Alinge, s. 138.

⁸⁷ İçel, Taksir, s. 46.

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. Togan, Umumi Türk Tarihine Giriş, İstanbul, 1946, s. 8 vd.

İslamlıktan sonra ise, Tanzimat dönemiyle birlikte hukuk dizgesi artık Batının etkisi altındadır.

Çinlilerin adlandırmasıyla Hi-ung-nu'lardan (Hi-ong-nu, Aşyalı Hunlar) günümüze Türk tarihinin geçirdiği bin yıllar ve yerleşilen alanlar düşünülürse Türk hukuk kurumlarının kökenleri ve evrimlerinin incelenmelerindeki zorluklar kolaylıkla anlaşılabilir⁸⁹.

Yerleşilen bölgenin yapısı, kültürü belirleyici etkenlerden biridir. Türkler, yaylalar, bozkırlar, çöller, vahalarda yaşamışlardır. Bu yerler, onları daha çok hayvancılıkla uğraşmaya, uzun süreli dönemsel kuraklıklar göçebe (göçerlik) kültürünü benimsemeye sürüklemiştir; kadın geri planda kalmıştır. Yerleşik kültüre geçemediklerinden yazılı topluma dönüşmeleri zorlaşmıştır. Göçebe oymaklarını, boylarını bir arada tutabilmek için güçlü başbuğlara ve katı kurallara gereksinme duyulacağı açıktır. Eğer toplumun ya da devletin başındaki kişi yeterince güçlü ise bağımsızlık ve yükselme yaşanacaktır. Güçlü önder ölünce yerine güçlü biri geçmezse dağılma yakın demektir⁹⁰. Özellikle Hunlar, kuruluş ve çöküşleri açısından göçebe devletlerin iyi bir örneğini vermişlerdir⁹¹.

Bu göçebelik nedeniyle Türkler, iletişim kurdukları çeşitli topluluklardan etkilenmişler, birçok alfabeyi, İslamlıktan önce birçok dini ve hukuku benimsemişlerdir. Hiç kuşkusuz Türkler, yüzlerce yıl Şamanlık inancını benimsemişlerdir. Şamanlık, sonraları benimsedikleri dinleri ve dolayısıyla hukuk düzenlerini de etkilemiştir. Daha sonra Türkler, hemen bütün dinleri, bu arada büyük inanç dizgelerinden Buda, kitabı Avesta olan Mazda, Mani, Nesturi, Yahudilik dinlerini, en son olarak da İslamı benimsemişlerdir⁹².

İslamlık öncesi Türkler hakkındaki başlıca kaynaklar, Moğolların ve yüksek bir felsefe ve tarih kültürü hazinesine sahip Çinlilerin ulaşılabilen kaynaklarıdır. Bunların yanı sıra epigrafik, arkeolojik, etnografik araştırmalar, töreler ile dil üzerine yapılan incelemeler de son derece önemli bilgiler içermektedir⁹³.

Kuşkusuz bu kültür yapısına göre eski Türklerde bir hukuk anlayışı oluşmuştu. Bütün Türk boylarında **“töre”** temel kaynaktı. Özellikle Oğuz soylarına ait Oğuz Töresi, sıkı kurallar getirmişti. **“İl gider, töre kalır”**

⁸⁹ Köprülüzade M. Fuad, Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri, Türk Hukuk ve İktisat Mecmuası, 1931, I, s. 181; Jean-Paul Roux, Türklerin Tarihi, Pasifik'ten Akdeniz'e 2000 yıl; İstanbul, 2007, s. 55 vd. .

⁹⁰ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 15-18, 263; Selçuk, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara, 1999, s. 268 vd.

⁹¹ Ligeti, (S. Karatay), Bilinmeyen İç Asya, I, Ankara, T. E. 1970/, s. 29.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bk: Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 39-44; Jean-Paul Roux, s. 96 vd. 151.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bk: Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 11-15; Cin/Akgündüz, 1989, s. 20-28.

ilkesi geçerliydi. Yukarıdaki kaynaklar, bu konuda yeterli değildir. Ancak devlet öncesi evrede, bütün ilkel oymaklarda görüldüğü üzere, suç, sadece kişiyi ilgilendiren bir olgu olarak değerlendirilmiş, insana özgü öç, kefaret ve uzlaşma kurumlarına yer verilmiştir. Devlet sonrası evrede ise, Türklerde toplum düzenini bozduğu biçiminde değerlendirilen kimi ağır eylemler, “yasa”⁹⁴ adı altında toplanmış ve cezalandırılmıştır⁹⁵.

İlk Türk devleti kuşkusuz Hunların kurduğu devlettir (MÖ 220-174). Hunların hem Türklerin hem de Moğolların ataları oldukları belirtilmişse de, en azından Türklerin Hunların bir kolu oldukları bir gerçektir. Hunlar, ilk kez Asya topluluklarını bir bayrak altında toplayarak bir devlet kurmuşlar ve Çin kaynaklarına göre, ünlü Çin Seddi'nin yapılmasına yol açmışlardır. Çünkü savaşkan bir soydular. En ünlü hakanları, Mete (Oğuz, Mao-tun, Motun, Şan-Yu, Tan-Hu, Gücünü gökten alan) ve Atilla'dır⁹⁶.

Çin kaynaklarına göre, Hun devleti, baskıyla ayakta duran bir devlet değildir ve toplumun en küçük birliği olan aileye dek örgütlenmiştir. Hunların hukuku/töresi, toplumun geleneklerinden, hakanın istencinden ve Kurultayın kararlarından oluşmuştur⁹⁷.

Hun yasalarına göre cezalandırma devlete aitti. Suçlar ve cezalar önceden hakan buyruklarıyla duyurulurdu. Bu nedenle kan davalarına rastlanmazdı. Cezalar kişiseldi, yakınlarla uygulanmazdı. Suçlar ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılmıştı. Yurda ihanet, başkaldırma, devletin esenliğine tehdit, bir insana kılıç çekme (insan öldürme), başkaldırma, savaştan kaçma, evli kadınla zina, bağlı atı çalma, ikinci kez hırsızlık, yağmacılık, bütün ağır suçlar gibi, ölümle cezalandırılırdı. Ölüm cezası herkese açık yerde boyun vurularak, hakan mensuplarının ölüm cezası ise, kanları toprağa akması diye, boğularak yerine getirilirdi. Suçüstü hırsızlıklar, ölüm cezasının yanı sıra genel zoralmaya (müsadere) da yol açardı. Yağma suçunu işleyenin eşi rehine olarak tutulurdu. İşkence, dayak, ayaklara bukağı geçirme, asma, kızgın demirle dağlama, dar sandığa koyma, boyun vurma, zincire vurma ceza ve yerine getirme türleriydi. İbn Fazlan ve İranlı Gerdizi gibi kimi yazarlar, Türklerde törenin, evlilik birliğinin ve eşlerin birbirlerine bağlılığının sürdürülmesinin önemine değinmişler, kadına saldıran kişinin iğdiş edildikten sonra parçalanarak ölüm cezasını yerine getirildiğini belirtmişlerdir. Daha hafif suçlar, etkin öznenin yüzünü damgalamak için

⁹⁴ “Yasak” sözcüğü de buradan türemiştir. Yasaklanan nesneyi ya da eylemi göstermektedir (S. S.).

⁹⁵ Taner, s. 145; İncalcık, Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları, AÜSBFD, XIII, Haziran, 1958, s. 105; Aydın, s. 15; Ekinci, s. 94, 95.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 18-19; Jean-Paul Roux, s. 57-60, 71 vd.

⁹⁷ Avcı, Türk Ceza Kanunu Reformu, II, TBB, Ankara, 2004, s. 199.

araba tekerleği altında ezilir ya da sopa ile dövülürdü. Yani dayak ve akçalı cezalar da vardı. Cezayı “*yargucu*” (yargıç) verir, yargan (infazcı) uygulardı. Göçebe kültüründe özgürlüğü bağlayıcı (hapis) ceza kurumlaşmadığından Hunlarda bu ceza on günü aşmamıştır⁹⁸.

6. yüzyılda Orta Asya'da kurulan Göktürk Devleti, Türk sözcüğünün ulus olarak kullanıldığı ilk devlettir. Bu devlette, suç hukuku kamusal bir hukuk dalı olmuş; suç kişiye özgü öç alanından çıkmış, devletin kamusal alanına girmiştir. Artık cezayı belirleyip uygulayacak olan, suçtan zarar gören kişi değil, devlettir. Bununla birlikte kimileyin cezanın suçlunun yerine onun yakınlarına uygulandığı görülmektedir. Söz gelimi, birinin gözünü kör etmek gibi yaralama suçlarında suçlu, kızının ya da eşi kadının mallarını, özellikle hayvanlarını edilgin özneye vermek zorundaydı. Çünkü bu devlette oğullar, kızlar ve evli kadınlar, aile başkanı olan erkeğin velayeti altındaydı; onlara uygulanan ceza aile başkanına uygulanmış sayılmaktaydı. Göktürklerde, devlete başkaldırma, insan öldürme ve evli kadının ırzına geçmenin cezası ölümdü. Hırsızlığın cezası ise, çalınan nesnenin sayı ve değer olarak on katı ödencedir. Kızları baştan çıkarırlar, hem cezalandırılırlar, hem de o kızla evlenmeye zorlanırlardı⁹⁹.

8. yüzyılda Uygurlar¹⁰⁰, Göktürklerden ayrıldılar ve bağımsız devlet kurdular. Uygurların uygarlaşma yetenekleri, Göktürklerin örgütleme güçleri çok yüksekti. Uygurlarda yasalar önünde herkesin eşitliği ve devletin adalet ve doğruluk temelinde gelişeceği ilkeleri benimsenmiştir¹⁰¹. Daha çok devlet yönetimiyle ilgili bilgiler içeren felsefi nitelikteki Kutadgu Bilik, Doğu Türkistan'da bulunan belgeler, Orhun Yazıtları, suç hukuku ile ilgili bilgiler içermemektedir.

Başka Türk boylarında da “*küre*” denilen yasa ve gelenekler önemliydi. Bu boylar, silahla kurulmuş, ancak kalem ve yaslarla yönetilmiştir. İster at, ister çadır, ister göçebe, ister bozkır kültürü densin, eski Türkler, kendilerine özgü bir hukuk oluşturmuş, batılı tarihçilere göre de ilk yasa koyucu halklar arasında sayılmayı hak etmişlerdir¹⁰².

10. yüzyılda da Türk boylarında zinanın v çocukların ırzına geçmenin cezası ölümdü. Bu ceza, suçlunun kolları ve ayakları, ağaçların eğilen

⁹⁸ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 20; Ekinci, s. 95; Ligeti, s. 29; Aydın, M. A., Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2010, s. 15; Cin/Akgündüz, s. 33, 34; Arsal, Türk Hukuk Tarihi ve Hukuk, İstanbul, 1947, s. 206, vd., 261, 285, 286, 337; Kafesoğlu, Milli Türk Kültürü, Ankara, 1977, s. 239; İbn-i Fazlan Seyahatnamesi, (El-Rihle), (Bedir Y. Şeşen), İstanbul, 1975, s. 112.

⁹⁹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 27; Cin/Akgündüz, s. 43.

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bk. 180. Jean-Paul Roux, s. 153-180.

¹⁰¹ Ligeti, s. 33; Cin/Akgündüz, s. 61.

¹⁰² Arsal, s. 167; Kafesoğlu, s. 189-199.

dallarına bağlanır, daha sonar bu dallar serbest bırakılır ve vücut parçalanır; ölüm cezası bu biçimde yerine getirilirdi¹⁰³.

12-Eski Yunan hukuku

Eski Yunan'da önemli düşünürler yetişmesine karşılık hukukun yeterince geliştiği söylenemez. Oysa hukuk da bu bilgelerin elinde biçimlenmiştir¹⁰⁴.

Kentlere (sitelere) göre değişen bir hukuk anlayışı bulunmakla birlikte öç kurumunun ortak bir uygulama olduğu görülmektedir. Aristoteles, suçlunun bir hayvan olarak cezalandırılmasını önermektedir. Ancak, Isée, Lysias, Demostenes, korkutmanın ve örnek olmanın insancılaştırılmasını salık vermişlerdir. Başta Homeros olmak üzere ozanların, yazarların yazdıkları şiirlerde, piyeslerde, tarihsel yapıtlarda, istenç dışı insan öldürme suçları için iki yöntem belirlenmiştir. Birincisi edilgin öznenin ailesiyle uzlaşmadır. Homeros, bu yöntemle kısas anlayışının yumuşatılacağını düşünmüştür. İkincisi ise, öçten kurtulmak için yurdundan ayrılmaktır. Yasalara göre taksirle insan öldüren suçlular, sürgüne gönderildikleri takdirde mallarına el konmakta; ancak haysiyetsiz sayılmadıklarından yurttaşlıktan çıkarılmamakta ve dönüşlerinde de arındırma törenleriyle siyasal ve dinsel ayrıcalıklarına kavuşmaktadırlar. Hayvanların yol açtıkları zarardan dolayı da suç sahiplerinin sorumluluğu bulunduğu görülmektedir. Ancak, günümüz hukuk anlayışı ile bağdaşmayan durumlara da rastlanmaktadır. Söz gelimi, insanı ısırdığı için cezalandırılan bir köpek, 160 santimetrelik bir tahta parçasını boynunda taşımak zorundadır. Kasıtlı ve taksirli insan öldürme ayrımı yapılmış, ikinci tür suçlara daha az ceza verilmesi benimsenmiştir. Ancak yine de ince ayrımlar gözetilmemiştir. Söz gelimi, taksir ile rastlantı ayrımı yapılmamış, spor ya da halk oyunları sırasında rakibini öldüren kişi sorumlu tutulmuştur. Zaleucos, MÖ 624 yılında çıkarılan Drakon yasalarına göre, öç almayı önlemek için "Aeropaj" adlı meclisin temsil ettiği devlet yetkesine yer vermiş, kasıtlı ve taksirli insan öldürmeler birbirinden ayrılmış, kan gütme güdüsüyle insan öldürmeler bir ölçüde önlenmiştir. Aeropoj, dine ve bireylere karşı işlenen suçları düzenlemiştir. Daha sonra Solon (640-558) yasaları Drakon yasalarını kaldırmış ve cezaları yumuşatmıştır. Bu arada hırsızlık suçunu kamu suçları arasına sokmuştur. Ancak MÖ 403 yılından sonra demokrasiye geçilmesi üzerine, ölüm cezası hükümlülerinin ailelerinin mallarının zoraltımına ve özel haklardan yoksun kılınmalarına son verilmiştir. Devletin cezalandırma yetkisini tekeline alması önemli bir gelişmedir. Üç öbek ceza öngörülmüştür.

¹⁰³ İbn-i Fazlan Seyahatnamesi, s. 31, 34. Ayrıntılı bilgi için bk.: Selçuk, Adalet ve Yaşayan Hukuk, Ankara, 2009, s. 138 vd.

¹⁰⁴ Ekinci, s. 119.

Yüz kızartıcı cezalarda yurttaşlık haklarından yoksunluk (atimia), özellikle hırsızlık ve rüşvet suçlarında söz konusuydu. Bu cezaya hüküm giymesine karşın yurttaşlık haklarından yararlanmaya kalkan kişi ölümle cezalandırılır, devlete borcunu ödemeyenlere de atimia cezası verilirdi. Teşhir, kimi suçlar içindi ve halka açık yerlerde yerine getirilirdi. Halk kararıyla ülkeden kovulan siyasal suçlulara uygulanan ceza (ostrakismos), sürgünden ayrıydı. Bedeni cezaların en ağırı olan ölüm cezası, Atina'da Sokrates'in öldürülmesindeki gibi baldıranla zehirlenerek, uçuruma atılarak, kafa kesilerek, boğularak, taşlanarak (recm), köleler dövülerek; Isparta'da ise çoğu kez boğularak, kimileyin de uçurumdan atılarak yerine getirilirdi. Solon'un getirdiği para cezası Atina'da yaygındı. Ölüm ve sürgün cezasına çarptırılanların malları zoralıma tabiydi. Atina'da devlete ve kişilere karşı suçlar ayrılmıştı. Rejimi değiştirmeye kalkışma, casusluk, gemiyi ya da kaleyi düşmana teslim, kalpazanlık, elçilik görevinde ağır suç işleme ölüm ya da ağır para cezası; savaşa katılmama, halk toplantılarında gündem dışı konuşma, rüşvet, askerden kaçma, fahişelik atimia; dine karşı eylem, devlet malını çalma para cezalarıyla cezalandırılırdı ve bunlar kamusal suçtu¹⁰⁵. Yurda ihanet suçunun cezası ölümle birlikte etkin öznenin cesedinin yurt dışına çıkarılmasıydı. Siyasal kurumları, söz gelimi hükümeti yıkma eylemi her zaman suç olarak görülmüşse de ilk kez dört yüzleri darbeyle iktidardan uzaklaştıran Démophante tarafından 5. yüzyılda düzenlenmiştir. Bu Yasa'ya göre hükümeti deviren suçlu, Atinalıların düşmanı sayılarak öldürülür ve mallarına el konurdu. Suçluyu öldüren ise suçsuz sayılırdı. Özel suçlara gelince, kasıtlı öldürme, zehirleyerek öldürme, çocuk düşürme, kundakçılık, evli kadınla zina eden erkeğin eylemi, belli değeri geçen malı çalma ölümle; taksirli insan öldürme, yaralama sürgünle cezalandırılırdı¹⁰⁶. Yargılamada işkence yöntemine başvurulurdu. Yasalara ve bu arada Dracon Yasası'na göre, insan öldüren hayvan ve ölmüş insanın cesedi yargılanırdı. Kişisel sorumluluğun yanı sıra ortaklaşa sorumluluk da benimsenmişti¹⁰⁷. Kadının zinası ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve bunun için ağır cezalar öngörülmüştü¹⁰⁸.

Her yıl Atina'da halk tarafından seçilmiş 6.000 kişiden oluşan yargıçlar topluluğu (dikasteres) on eşit kesime ayrılır ve bunlar yargılama yaparlardı. Perikles, 1500; Sokrates 502 yargıç tarafından yargılanmıştır¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Vidal/Magnol, n. 24, 26; Thiry, n. 6; Charles, s. 21; İçel, s. 35, 36; Mansel, Ege ve Yunan Tarihi, TTK yayımları, Ankara, 1995, s. 185, 191; Arsal, s. 119, 161; Imbert/Levasseur, s. 249; Ekinci, s. 131, 132.

¹⁰⁶ Ekinci, s. 132.

¹⁰⁷ Imbert/Levasseur, s. 57, 75, 169, 196, 200, 218.

¹⁰⁸ Özkorkut, s. 42-46

¹⁰⁹ Rousset, s. 17-19.

Isparta’da altın ve gümüş kullanmak, şişmanlık, evlenmemek suçtu. Ancak zina ve ustalıklı hırsızlık suç değildi. Özellikle kölelerin (hilot, heilotes) malını çalmak ödüllendirilen bir eylemdi. Ölüm cezası ise çok azdı¹¹⁰.

13-Eski Roma hukuku

a-Tarihsel dönemlere ve yönetim biçimlerine göre Roma suç hukuku

Roma suç hukukunu, Roma’nın tarihsel dönemlerine ve yönetim biçimlerine göre incelemekte yarar vardır: Krallık, Cumhuriyet ve İmparatorluk.

1.Krallık Dönemi

Eski Roma’nın Krallık döneminde (MÖ. 754-509), özellikle başlarda töre ve geleneklere yaslanan bir hukuk vardır. Suç hukukunun özel hukuk görünümü ağır basmaktadır. Aile içinde babanın cezalandırma yetkisi sınırsızdır. Kan davası yok denecek denli azdır. Ancak kısas uygulanmaktadır. Suçtan zarar gören kişi ile suçlu, hırsızlık ve hakaret gibi bireysel/özel suç (delicta privata) kapsamına giren kimi eylemlerde mal karşılığında uzlaşabilmektedir. Bununla birlikte Roma devletinin kuruluşu, suç hukukunun kamusal niteliğine ivme kazandırmıştır. Kişiyeye özgü ölç hakkının kullanıldığına ilişkin izlere Roma hukuk tarihinde rastlanmamaktadır. Mutlak yetke sahibi kralın devlete egemen olmasıyla birlikte hukuku krallar oluşturmaya başlamıştır. Bu dönemde, edilgin özne uzlaşmayı reddettiği takdirde kısas yöntemi gündeme gelmiştir. Kişiyeye özgü ölç hakkının uzlaşma (compositio) karşılığında ortadan kalkması, Roma Hukukunda özel suçların doğmasının nedeni olmuştur. Suçüstü yakalanan etkin özne öldürülebilmektedir. Ayrıca ilkel suç hukuku dizgelerinde görülen “sığınma hakkı”na da yer verilmiştir. Kusurluluk üzerinde durulmamış, sorumluluk nesnel sonuca göre belirlenmiştir. Kralın, dolayısıyla onun adına yargılayan ceza yargıcının (magistrato coercitio) ceza adaletindeki yetkileri sınırsızdır. Babayı öldürme ve yurda ihanet suçları ölümle cezalandırılmaktadır¹¹¹.

2.Cumhuriyet (konsüller) dönemi

Bilindiği üzere, Roma’da üstün sınıf patriciuslar, alt sınıf plebler diye anılmaktadır. “Atalar töresi” (mos maiorum) diye anılan hukuk, patriciusların hukukudur. Bu hukuk belirsizdir. Bu yüzden özellikle konsüllerin yargılanmasında başına buyrukluğa yol açmıştır.

¹¹⁰ Ekinci, s. 140, 141.

¹¹¹ Demirbaş, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 66.

Bunu önlemek için MÖ 5. yüzyılın ortalarında Senato, yasaların yazılı olmasına ve yayımlanmasına karar vermiştir. Bu kararın, yani hukukun yazılı metne dönüştürülmesinin kökeninde “uzlaşma” anlayışı bulunmaktadır. Latince “lex” sözcüğü, kökbilim açısından iki şey, iki insan arasında sıkı ilişki, sıkı bağlantı anlamına gelmektedir. Lex sözcüğünün çoğulu ise “leges”tir. Yasa böylelikle uzlaşma sonucu iki sınıfı birbirine bağlayan kavram olmaktadır. İtalyan Ozanı Vergilius’un açıklamalarına göre, İtalyan yerlileri “Saturnus” soyundandı. Hiçbir yasa onlar için adaleti engelleyemezdi. Kendi özgür istençleri doğrultusunda eski tanrıların yolundan giderlerdi. Ancak Aneas ve askerleri, Troya’dan geldikten sonra ve işgalciler ile yerliler arasında bir savaş patlak verdiği zaman yasalara gereksinme duyulmuştu. Bu yasalar sadece barışı sağlamamış, bunun yanı sıra partici ile plebleri, yani iki başka toplumu, sınıfı birbirine bağlamıştı. Romalıların amacı, bütün dünyayı Roma’nın gücüne, egemenliğine (imperium) bağlı kılmak değil, Roma’nın düşmanlarını dost durumuna getirmek, Roma’ya özgü birlik dizgesini yaymaktı. Roma halkı (populus romanus) varlığını soylular ile halk arasındaki birliğe, birlikteliğe, bağlılığa borçluydu. Uzak amaç, soylular katmanı ile sıradan katman arasındaki sonsuza dek sürecek birliğe, bütünlüğe ilişkin Roma toplumunu (societas Romana) oluşturan ve sürekli genişleyen Roma’ya özgü ortakları, dostları (socii) bir araya getirmektir. Bu amacı gerçekleştirecek olan en önemli araç, elbette yasalardı (leges). Dolayısıyla bu birliktelik, hangi toplumsal katmandan olursa olsun herkesin uyacağı, adalet ve dürüstlük temeline dayanan nesnel bir uzlaşma metnine dönüştürülmüştür. Romalıların haklı olarak övündükleri bu eski, kırsal kesime özgü bir dizgeyi öngören yazılı metnin adı, “On İki Levha Yasaları”dır (Leges Duodecim Tabularum)¹¹².

Yukarıda değinilen amaçla MÖ 452 yılında on iki üyelik bir kurul (decemviri legibus scribundis) oluşturulmuş, iki yıl çalışmıştır. İlk bütün üyeler patricius oldukları halde, daha sonraları yarısı patriciuslardan, yarısı pleblerden seçilen kurulun başında Appius Claudius bulunmakta idi. Solon Yasaları’ndan da yararlanılarak kotarılan metin iki yılda hazırlandı. 12 madeni ya da tahta levha üzerine yazıldı, meclisin onamasından sonra, herkesin görebilmesi için Roma’nın en büyük meydanına (Forum Romanum) asıldı ve MÖ 307’de Galler’in Roma’yı yağmalamaları sırasında yok edilinceye dek orada kaldı. Böylece On İki Levha Yasaları, yazılı hukukun (ius scriptum) önemli bir örneğini oluşturdu. Roma’nın amacı, yeryüzündeki bütün ülkelere Roma’ya özgü birlikte yaşama (unitas multiplex) örneğini yaymaktı. Atina’nın Roma’ya verdiği felsefi düşüncenin elbette bunda payı

¹¹² Arendt, (Onur Eylül Kara), Devrim Üzerine, İstanbul, 2012, s. 252, 253.

vardır. Roma, bu metinle yüzyılları etkileyecek güçte bir hukuk öğretisini kurabilmiştir¹¹³.

Bu Yasalar'da, yukarıda Arendt'in vurguladığı üzere, iki amaç güdülmüştür. Birincisi, siyasal niteliktedir: Soylular ile halk arasında eşitliği sağlamak ve Romalıları yöneticilerin başına buyrukluğundan korumak. İkincisi, hukuksal niteliktedir: Yazılı olmayan töre hukukunu derleyip yazılı hukuka dönüştürmek. Bu Yasalar, çağcıl Avrupa uygarlığının üç temel düşüncesini öngörmüştür: Kişisel mülkiyet, vasiyet ve kişisel hak. Bütün bu nedenlerle kimi düşünürlerce söz konusu Yasalar, insan haklarına ilişkin bildirilerin temeli sayılmıştır. On İki Levha Yasaları, eski hukuku korumakla birlikte birçok yenilik de getirmiştir. Bunlar arasında en çarpıcı olanları şunlardır: Kişiye özgü öç ve işkence yasaklanmış, suçluların yalnızca devletçe cezalandıracağı kuralı benimsenmiştir. Kısas, ancak tarafların anlaşamaması durumunda geçerli kılınmıştır. Davayı yargıcın önüne getirebilme hakkı tanınmıştır. Borcunu zamanında ödemeyen ve verilen ödeme süresini aşan kimseye öngörülen hapis cezasının son sınırının altmış günü geçmemesi ve suçlunun cezaevinde aç bırakılmaması kuralları benimsenmiştir. Bu Yasalar'a göre, kamusal suçlar genellikle ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. Yangın, başkalarının yaşamını etkileyeceği için büyüculük ve üfürükçülüğe benzeyen eylemler (malum carmen, occentatio), ırza geçme, başkasının ağacını kesme, dört ayaklı hayvanların verdikleri mala karşı zarar, yaralama suçları çeşitli biçimlerde cezalandırılmıştır. Sözgelimi, bir organı sakatlama (membrum ruptum), kısası (talio esto) gerektirirdi. Ancak kemik kırma (os fractum) suçunun cezası, kısas zorluk doğurduğu için, özgür ve köle ayırımına göre değişen para cezasıydı. Bu dönemde hırsızlık suçları ayrıntıyla düzenlenmiştir. Bunlar arasında özellikle dinsel eşyaya (sacrilegium) ve kamuya ait mallara karşı hırsızlık (peculatus) suçları dikkati çekmektedir. Suçüstü hırsızlık (furtum manifestum), özellikle geceleyin hırsızlık yaparken yakalanan kişinin öldürülmesine, halkın bilgilendirilmesi koşuluyla, izin verilmiştir. Suçüstü olmayan hırsızlık (furtum nec manifestum) içinse, çaldığının iki katını ödeme cezası getirilmiştir. Bir başka anlatımla hırsızlık suçlarına değişik para cezaları öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Suçlu, yurda ihanet, ana ya da babayı öldürme, kundakçılık suçlarında kırbaçlandıktan, zincire vurulduktan sonra ateşle yakılarak; yalancı tanıklık suçunda uçuruma atılarak öldürülmüştür. Yargıcın rüşvet alması ağır biçimde ve yurda ihanet ölümle cezalandırılmıştır. Kasıtlı ve taksirli insan öldürme ya da yangın çıkarma suçları arasında ayırım yapılmıştır. Kamusal suçlar için öngörülen ölüm cezasının yerine getirilmesi suçlara göre değişik olmuştur. Burada dinsel hukuk ön plana geçmiştir. Söz

¹¹³ Tahiroğlu/Erdoğan, Roma Hukuk Dersleri, İstanbul, 2010, s. 46.

gelimi, bir kimse bir başkasının ekinlerini geceleyin yok ederse, Tanrıça Ceres'in kurbanı olarak "uğursuz ağaç"a (infelix arbrar) asılmıştır. Bu dönemin özellikleri, temel suçların ortaya çıkmaları, yargıçların ağır cezalara eğilimli olmaları, bireysel suç sorumluluğunun ve aile düzenini korumanın belirginleşmesi olarak özetlenebilir¹¹⁴.

Bu dönemde (MÖ 509-27) yargı işiyle görevli yargıç (magistra) yine geniş yetkilere sahiptir. Kamu hukuku yasaları yavaş yavaş ortaya çıkmıştır. Ölüm cezasına çarptırılan yurttaşa yasa yolu (provocatio ad populum) açılmıştır. Yurttaş, Halk Meclisine (Centuriate) başvurabilmektedir. Halk Meclisi, majistranın kararını destekleyebileceği gibi, sanığın aklanmasına da karar verebilmektedir. Suçlu, kendi isteği ile sürgüne gittiği takdirde, cezadan kurtulmaktadır. Ancak, devlet mallarına el koyabilmektedir. Bu dönemin sonlarına doğru, devletin güçlenmesiyle birlikte, kimi yasalarda hem "**kamusal suç**" (delicta publica, crimen legitimum) hem de bunlara ilişkin yaptırımlar (poena legitima) gösterilmiştir. Kuşkusuz, bu gelişme, suç hukukunda çok önemlidir. MÖ. 149'da yürürlüğe giren Calpurnius Yasası'yla sürekli görev yapan ceza mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler, yargılama ile görevli "**praetor**"ların başkanlığında, seçilmiş halk yargıçlarından (jüriler) oluşmaktadır. Roma'da özellikle Cumhuriyet döneminin sonları, hukuk kültüründeki önemli bir gelişmenin var olduğunu ortaya koymaktadır. Gerçekten bu dönemde yukarıdakilerin yanı sıra suç türleri, yaptırımlar, yargılama yöntemleri açıkça belirlenmiştir¹¹⁵.

Bu dönemde ortaya çıkan başlıca suçlar şunlardır: İnsan öldürme, konut dokunulmazlığını bozma, hakaret, tehdit, yaralama, adam kaçırma, dinsel ve devlete ait mallara karşı hırsızlık, tefecilik, oy satın alma ve seçime hile karıştırma, kamu görevlisinin armağan alması, vasiyetname ve paralarda sahtecilik, cinsel özgürlüğe karşı suçlar¹¹⁶.

Cumhuriyet döneminde suç hukuku kamu hukuku özelliğini kazanmış, kusur anlayışında önemli gelişmeler yaşanmıştır. Kasıt (dolus), düşünüldükten sonra karar verme, başkasına zarar verme, yasaya aykırılık istenci ve özellikle amacı olarak algılanmıştır. Bu amaç (animus), öldürme amacı (animus occidenti), hakaret amacı (animus iniurandi), hırsızlık amacı (animus furandi) gibi suçtan suça değişmektedir. Buna karşılık, ağır bile olsa

¹¹⁴ İpek, XII Levha Kanunu, Argumentum, yıl 3, sayı 34, s. 614; v. Hippel, (Roberto Vozzi), Manuale di diritto penale, Napoli, 1936, s. 17, 18; Yüce, Ceza Hukuku Dersleri, I, Manisa, 1982, s. 39. Ayrıntılı bilgi için bk. Garraud, I, n. 53-57; Ortolan, n. 61, 62; Koschaker, (Kudret Ayiter), Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1950. S. 230, 231; Tahiroğlu/Erdoğan, s. 44-52.

¹¹⁵ v. Hippel, s. 19; Yüce, s. 39.

¹¹⁶ v. Hippel, s. 19; Önder, I, s. 56; İpek, 609 vd.

taksirin böyle bir amacı içermediği, “*öngörülebilir bir durumun öngörülmemesi*” (culpa est quod, cuum diligenti providere potuerit, non esse previsum) olarak tanımlandığı ve “*başkasına zarar verme!*” (neminem ledere!) buyruğunu çiğnediği belirtilmiştir. İmparatorluk döneminde tanımındaki kasıt kavramının daha belirginleştiği, suçtaki öğeleri istençli ve bilinçli olarak gerçekleştirmek diye algılandığı, bunlardan birini bilmemenin kastı kaldırdığı ileri sürülmüştür¹¹⁷.

3. İmparatorluk Dönemi

Bu dönemde cezalandırma yetkisi, yasalar üstü olan İmparatora aittir. İmparatorluk Mahkemesi de, yetkisini kraldan alır ve önemli davalara bakardı. Bu evrede kamusal suçların ve gittikçe azalan özel suçların yanı sıra, yeni olağanüstü suçlar (crimina extraordinaria) benimsenmiştir. Bu yasalarda cezalar belirlenmemiş, mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Uydurma dava açma ve tereke hırsızlığı bu tür suçlara örnektir¹¹⁸.

Bu dönemde, bütün cezalandırma yetkisi imparatorun ve kamu gücünün tekelindedir. Bu başına buyruklu, bireyi hukuk güvencesinden yoksun bırakmıştır. Yasal bir görevi ya da buyruğu yerine getirme, haklı savunma, zorda kalma, işlenen suçun hukuka aykırı olmasının engellemektedir. Ölüm cezası, bedensel (cismani) cezalar, özellikle özel/bireysel suçlarda para cezaları başlıca yaptırımdır. Zorluluk ve işkence sıklıkla uygulanmaktadır¹¹⁹. Roma’da yurda ihanet suçunun cezası vücudu parçalayarak öldürmedir. Siyasal kurumları yıkmaya suçlu olarak en ünlü dava Cicero ile Catilina arasında geçen davadır. Ortaklaşa sorumluluk da söz konusudur. İnsan öldürme suçlarının cezası çoğu kez ölümdür. Ancak Sylla’nın Corneliade Sicaris Yasası’na göre, soylular için sürgün, özgür yurttaşlar için kafa kesme (decollatio), köleler için çarımha germe cezası öngörülmüştür¹²⁰. Bu dönemde zina suçu ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir¹²¹.

b-Roma hukukunun değerlendirilmesi

Roma hukuku, Romalıların uygarlığa, kültür değerlerine, dünya tarihine en kalıcı katkısıdır. MÖ 5. Yüzyılda kotarılan On İki Levha Yasaları, yurttaşlar arasında eşitlik ilkesine yaslanmış, yurttaşlar hukuku (ius civile) ve uluslararası hukuk (ius gentium) olarak iki kesimden oluşmuştur. Benimsenmiş gelenekleri ve uygulamaları bir araya getirme anlamındaki

¹¹⁷ İçel, s. 37; Demirbaş, s. 66.

¹¹⁸ v. Hippel, s. 20; Yüce, s. 40; Demirbaş, s. 66.

¹¹⁹ v. Hippel, s. 21; Yüce, s. 41.

¹²⁰ İmbert/Levasseur, s. 58, 77, 78, 88, 169, 249; Ekinci, s. 188-189.

¹²¹ Özkorkut, s. 46-51.

Prudentia¹²² gittikçe genişlemiş ve gelişmiştir. Hadrianus Buyruktusu'yla daha sonraki değişiklikler durduruluncaya dek bu türden yasa yapma biçimi, yargıçlarca (praetor) kotarılan hukukun kaynağını oluşturmuştur. Ancak hukuk uygulamasının karmaşıklığı ve eskiliği kaçınılmaz olarak yargılamanın uzamasına yol açmıştır. Ancak bu gelişme, iki büyük hukukçunun ölüm cezasıyla cezalandırılmasıyla gerilemeye yüz tutmuştur: Caracalla tarafından cezasıyla yaşamına son verilen Yunanlı Aemilius Papinianus (Papinian, Papinien, ölümü MÖ 213) ve Papinianus'un yardımcısı olup uyuşmazlığa düştüğü Pretoryenlerce öldürülen Domitius Ulpianus (Ulpian, Ulpian, MÖ 170-223).

Roma hukukunun en büyük yanlılığı, belki de "köle" kavramını aşamamış olmasıdır. "*Institutiones*"te kölenin kişi olmadığı yazılmıştır. Gaius, "köleler, hayvanlar, başka nesnelere", Ulpianus, "köle ya da bir başka hayvan" deyişleriyle bu durumu açıklamışlardır.

Bununla birlikte Roma hukukunun etkisini çok geniş olduğu unutulmamalıdır. Kotarıldığı dönemde başta Yunan, Mısır olmak üzere Akdeniz çevresi ülkeleri, Orta Çağda bütün Kara Avrupa, özellikle Cermen ve Kanonik, daha sonraki çağlarda ise Rusya dışında bütün Avrupa ülkeleri, Portekiz ve İspanya kanalıyla güney ve kuzey Amerika ülkeleri, Çin ve Japonya hukuk düzenlerini etkilemiştir. Roma hukuku, sadece hukuk tarihinin değil, karşılaştırmalı hukukun da vazgeçilemez bir ögesidir¹²³.

Bu nedenle eleştirel bir gözle değerlendirmekte yarar vardır.

Baştan belirtmek gerekir ki, Carrara'nın, Romalıların dev bir özel hukuk meydana getirdikleri, suç hukukunun ise cüce kaldığı biçimindeki yargısı, bütün hukukçularca paylaşılmamıştır¹²⁴.

İlkin, Roma hukukunda suç ile haksız eylem arasında ayırım yapılmamıştır. Gerçekten bu hukukta, Ulpianus'un "*iniuria*" (*hukuka aykırılık, haksızlık*) kavramını, *haksız eylem* ile *kamusal suç (delicta publica)* biçimlerinden hangisi için kullandığı belirsizdir. Bununla birlikte, özel suç (*delicta privata*) deyişinin yalnızca kişilere, aileye ya da kişilerin şerefine karşı işlenen suçları kapsadığı belirtilmiştir. Ayrıca savsama (ihmal) suçlarına da sonucu önlememe biçiminde ve kimi durumlarda yer verilmiştir.¹²⁵

¹²² Terimin anlamı, yasal sakınlı yöntem olup, "iurisprudentia" (jurisprudence, yargısal görüş, hukuk bilimi) kavramı bundan türetilmiştir. Burada dikkati çeken nokta, "iurisprudentia", "jurisprudence" sözcüklerinin "hukuk" (iuris, juris) ve "sakınım" (prudentia, prudence, ihtiyat) sözcüklerinin birleşmesiyle oluşan birleşik bir sözcük/terim olmasıdır (S. S.).

¹²³ Tahiroğlu/Erdoğan, s. x-xx; Arendt, s. 267.

¹²⁴ Cassinelli, L'Avvenire del diritto penale, Roma, 1930, s. 9.

¹²⁵ Umur, Roma Hukuku, İstanbul 1984, 194-195, 485-489; v. Hippel, s. 22.

İkinci olarak, cezalandırma yetkisinin devlete verilmesiyle birlikte önemli bir değişim yaşanmıştır. Önceleri, devlet, yargılama yapıp ceza verilmesi için, özel hukuk davalarında olduğu gibi, suçtan zarar gören bireyin başvurusunu aramıştır. Bunun örneği özel suçlardır. Daha sonraları ise devlet, cezalandırma yetkisini, günümüzdeki gibi, istek olmadan da kullanmıştır. Kamusal suçlar buna örnektir. Bundan da anlaşılıyor ki, suçlar, kamuya karşı işlenen ve kamu suç hukuku diye adlandırılan “*kamusal suçlar*” (*delicta publica*) ve yukarıda belirtildiği üzere kişilere karşı işlenen, haksız eylem diye adlandırılan ve özel hukuk alanına giren “*özel suçlar*” (*delicta private*) olarak ikiye ayrılmıştır. Kamusal suçlardan hüküm giyenler, şerefsiz (infamia) sayılmış, birçok kamusal ve özel haktan yoksun kalmışlardır¹²⁶.

Üçüncü olarak, suçların bu iki kesimden hangisine gireceği ve uygulanacak yargılama yasaları belirlenmiştir. Kural olarak kamuya karşı işlenen suçlar kamu hukuku yargılama, özel hukuka ilişkin haksız eylemler de özel hukuk yargılama kurallarına göre kovuşturulmuştur. Kamusal suçlarda bireysel istenç (irade) dışlanmış, suçların devletçe kendiliğinden kovuşturulmasının ve yaptırıma bağlanmasının yasallığı ve tekdüzeliği sağlanmıştır. Ancak, çok sınırlı kimi durumlarda kişisel dava yoluna olanak tanınmıştır. Devlet düzenine karşı işlenen suçlar ile insan öldürme, kısırlaştırma, zina gibi kamusal nitelikteki suçlar kendiliğinden (re’sen) kovuşturulmuştur¹²⁷.

Dördüncü olarak, suçun hukuka aykırılık ögesi üzerinde durulduğu anlaşılmaktadır. İnsan öldürme suçları gibi, kamusal suçlarda kişinin/edilgin öznenin tasarruf yetkisi ve rızası söz konusu olmamakla birlikte, bu rızanın, kişisel suçlarda hukuka aykırılık ögesini ortadan kaldırdığı, kavram tam anlamıyla belirgin olmamakla birlikte, bunun hukuka uygunluk nedeni olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Görevin ya da bir buyruğun yerine getirilmesi, haklı savunma kurumları benimsenmiştir. Kurallarına uygun gladyatör dövüşlerinde insan öldüren cezalandırılmamaktadır. Zorda kalmada ise suçluya ceza verilmemektedir.¹²⁸

Beşinci olarak, yukarıda belirtildiği üzere, Roma suç hukukunda suçun öznel ögesi konusunda önemli adımlar atılmıştır. Kasıt ile taksir kavramları birbirinden ayrılmıştır. Kasıtlı işlenen suçlar, genelde kamusal suçtur. Taksirli suçlar ise ayırıktır. Özellikle insan öldürme ve yangın suçlarında taksir kavramı benimsenmiştir. Rastlantı (casus) kavramı; taksirin bittiği yerde başlamakta ve doğal güçleri (vis naturalis), tanrısal güçleri (vis

¹²⁶ Tosun, Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1982, s. 8; Umur, 194, 485; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2011, s. 16.

¹²⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

¹²⁸ v. Hippel, s. 22; Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

divina), zorlayıcı nedeni (vis maior fortuna) kapsamaktadır. Eylemsel ve hukuksal yanılığ ayırımına ulaşılamamış, yasanın bilinmesi kural olarak zorunlu görülmemiş olmakla birlikte suçun maddi ögesini bilmemek, kası ortadan kaldıran neden olarak benimsenmiştir¹²⁹.

Altıncı olarak, sorumluluk konusunda da ilerlemeler gözlenmektedir. İlk dönemlerde ceza sorumluluğu ile hukuksal sorumluluk özdeş görülmüş, On İki Levha Yasaları'nda zarar görenin zararlarının giderilmesi esas alınmış ise de, kimi suçlar açısından insana özgü ölç ve kısas gibi kurumlara da yer verilmiştir. Özel sorumluluk, ancak Cumhuriyet döneminde gerçekleşebilmiştir. Bu arada davranış yeterliliği, akıl hastalığı ve yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğunu etkilediği ve yedi yaşından küçük olanların ceza sorumluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir¹³⁰.

Yedinci olarak, Roma hukukunda suçun özel yansıma biçimleri de gündeme gelmiştir. Ancak, hazırlık davranışları, kalkışma (teşebbüs) ve suçun tamamlanması kavramları oluşmamıştır. Buna karşılık, eylemi yapma niyetinin dışa yansıtılması yaptırıma bağlanmış ve özel suçlarda zararın giderilmesi yaptırımı uygulanmıştır. Öte yandan suça katılma (iştirak) konusuna sınırlı olarak yer verilmiş, asıl etkin özne ve yardımcı etkin özne ayrımı yapılmıştır. Ancak, yardımcı etkin öznelerin kasıtlı davranışları benimsenmekle birlikte cezaları açısından bir ayırım yapılmamıştır. İlk dönemlerde *“her suça ayrı ceza”* (quot delicta, tot poena) kuralına uyulmuşken, daha sonraları, bir ölçüde suçların birleşmesi anlayışına ulaşılmış, tek eylem ile yasanın başka başka hükümlerinin ihlali durumunda, suçluya ağır olan suçun cezası verilmiştir¹³¹.

Sekizinci olarak, dava zamanaşımı benimsenmekle birlikte ceza zamanaşımı öngörülmemiştir. Af, Cumhuriyet döneminde çok az, İmparatorluk döneminin başlarında çok fazla uygulanmıştır. Özel şenlik/bayram günlerinde davalara yasal olarak son verildiği görülmüştür¹³².

Dokuzuncu olarak, son dönemlerde dahi cezaların belirlenmesi, kimi kurallar getirilmekle birlikte, büyük ölçüde yargıcın takdirine bırakılmıştır. Tekerrür, suçlunun kötü biri olması, sık suç işlemesi gibi nedenlerle cezalar artırılmış; kadın ve genç olması, sarhoşluk, iyi dürtü/güdü, sonucun gerçekleşmemesi gibi nedenlerle de ceza indirilmiştir¹³³.

¹²⁹ v. Hippel, s. 21, 22; İçel, s. 37, 38; Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

¹³⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

¹³¹ v. Hippel, s. 23,24; Centel/Zafer/Çakmut, s. 17.

¹³² v. Hippel, s. 23; Önder, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, I, İstanbul, 1991, s. 56-57.

¹³³ v. Hippel, s. 23.

14-Cermen hukuku

Vizigotlar, Ostrogotlar, Vandallar, Franklar, Angollar ve Saksonlar, Cermen soyundan topluluklardır. Romalılar bu toplulukları barbar olarak adlandırmışlardır¹³⁴. Gaius Cornelius Tacitus, “De Moribus Germanorum” adlı yapıtında, bu barbarların egemen olmalarıyla birlikte Cermen oymaklarındaki geleneklerin Avrupa uygarlığı üzerinde etkilerinin başladığını belirtmiştir. Daha sonraları, Latin Tarihçi Ammiano Marcelino, eski Türkistan halkına ait metinleri aktarmıştır. Bu halk, bir yüz yıl sonra İspanya’daki Vizigotlarca yok edilmiştir¹³⁵.

Cermen hukuku, iki ilke ile Roma hukukundan ayrılmaktadır: Birincisi, ceza örgütlenmesinde siyasallığın ve toplumsallığın olmayışı, bireyselliğin ve kişiselliğin ön plana çıkması. İkincisi, suçun ağırlığını ölçmek için, onu işleyen etkin öznenin kastına değil, doğan sonuçlara bakılması. Bu iki özellik, Orta Çağın ileri dönemlerine dek sürmüştür¹³⁶.

Cermen hukukuna göre, suç hukuku, özel hukuk dalının bir koludur. Suç ise, suçlunun başka bir kişiye ya da ailesine karşı gerçekleştirdiği ve kuşaklar boyu süren savaflara yol açan bir eylemdir. Bu nedenle eski Cermen hukukunda, edilgin öznenin rızası çok önemliydi. Rıza söz konusu olduğunda, bu türden suçlar cezalandırılmamaktaydı. Ancak, yurda ihanet gibi toplumun güvenliğini ve esenliğini ilgilendiren, barışı tehlikeye düşüren suçlarda, rızanın önemi yoktu. Bu tür suçları işleyen kişi, herhangi bir karşılık/bedel/diyet ödenmesine izin verilmeksizin, öldürülürdü¹³⁷. Söz gelimi, yurda ihanet suçunun cezası, asma, diri diri gömme ya da boğma biçiminde yerine getirilen ölüm cezasıydı¹³⁸.

Suç oymak içinde işlendiği takdirde insana özgü ölçü adaleti geçerliydi. Oymaklar arasında olduğunda, geleneksel ölçü miras yoluyla geçer ve oymaklar arası savaş başlardı. Daha sonraları para cezasıyla yetinilmeye başlandı. Bu yöntem gittikçe gelişti. Sorumluluk anlayışı da buna elverişli idi. Zira Cermen hukukunda, sorumluluk, yukarıda da değinildiği üzere, doğan zararlı sonuca göre idi. Yani nesnel idi. Ancak, edilgin özne ya da yakınlarına bir karşılık/bedel/diyet (Wehrgeld [Wehrgeld, birleşik sözcüktür: Wehr savunma, Geld para demektir], Manngeld) ödenerek uyuşma yoluna gitme olanağı vardı. Bu karşılık/bedel/diyet, kamusal niteliği ağır basan bir ceza idi. Her suç için ödenmesi gereken bu karşılıklar/bedeller/diyetler, özel tarifelerde ayrıntıyla belirlenmişti. Böylece etkin özne, bu karşılığın/bedelin/diyetin bir kesimini edilgin özneye ya da ailesine vermekle

¹³⁴ İçel/Donay, s. 41.

¹³⁵ Charles, 26.

¹³⁶ Garraud, n. 58.

¹³⁷ Charles, s. 27; Centel/Zafer/Çakmut, s. 19.

¹³⁸ Imbert/Levasseur, s. 58.

hem cezasını çekmiş, hem adalet yerine gelmiş, bir kesimini de kamusal nitelikte olmak üzere hükümdara ödemekle hizmeti karşılığı egemene barış/uzlaşma ücreti (fredum) vermiş oluyordu. Özellikle kasıtsız, istemeyerek insan öldürme suçlarında, söz gelimi Angollarda bu yola zaman zaman başvurulmuştur. Fransa İmparatorluğunda ise, diyet yolu hazinenin geliri arttığından, kısasın, neredeyse bütün suçlarda benimsenmesi eğilimi ortaya çıkmıştır. Öte yandan zaman içinde uyuşmayı sağlamak amacıyla kimi kurumlar da ortaya çıkmıştır. Söz gelimi, suçlu, edilgin özne ile uyuşmaya yanaşmadığı zaman yasa dışı sayılır ve bütün haklarını yitirdiğinden herkes etkin özneyi öldürme hakkına sahip olurdu. Bu kuruma, **“Friedlosigkeit”** denmiştir.¹³⁹

Roma hukukundaki suçun ağırlığını belirlemek için başvuru olan öznel öğeye karşılık, Cermen hukukunda, kusursuz sorumluluk ilkesinin de benimsendiği, söz gelimi, kölelerin işledikleri suçlardan efendilerinin sorumlu tutuldukları da görülmektedir.¹⁴⁰

Bu ilkel hukuk anlayışı, Roma ve Kanonik hukuk dizgelerinin etkisiyle zamanla değişmiş, özellikle Karolenjler döneminde suçun öznel (sübjektif) ögesi önem kazanmaya başlamıştır. Bu arada yüz yılı aşan bir süre uygulanan kısas ve suçun diyetle satın alınması biçiminde yansıyan kamusal ceza yöntemi, 1152'de eski Cermen yasalarında bütünüyle kaldırılmış, genel hukuk anlayışının değiştirilmesi gerektiği düşüncesi ilk kez İmparatorluk reformunda başarılı ve etkili olmuştur.¹⁴¹

Zina ağır bir suç olarak benimsenmiş ve ayrıntılarıyla düzenlenmiştir.¹⁴²

15-Kilise hukuku

İncil, müjde anlamına gelmektedir. Kilise hukukundan amaç, kuşkusuz Kanonik (benimsenmiş İncillere yaslanan) hukuk, yani Katolik Kilisesi hukukudur. Bu hukuk dizgesinde, hem dinsel yükümlülükler uymayanlar, hem de dinsel nitelikte olmamakla birlikte toplum düzeninin sarsan eylemler cezalandırılmaktadır.¹⁴³ Bu nedenle dizge, her şeyden önce, Katolik Kilisesinin varlık nedeninin temelindeki dinsel/tanrısal özü yaşama geçirmek ve Kiliseye hizmet amacını taşımaktadır.¹⁴⁴

Doğu Roma İmparatoru Konstantin (MS. 288-337), Hıristiyanlığı devletin resmi dini olarak benimsemiştir. Böylece, Kilisenin dinsel suçları

¹³⁹ Thiry, n. 7; Garraud I, n. 60, 61; İçel/Donay, s. 41, 42; Charles, s. 27.

¹⁴⁰ İçel/Donay, s. 42; Charles, s. 27.

¹⁴¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 20.

¹⁴² Özkorkut, s. 51-56

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bk: Ortolan, n. 63-73. İçel/Donay, s. 42.

¹⁴⁴ Garraud, I, n. 62-64; Centel/Zafer/Çakmut, s. 18.

yargılama yetkisi kendiliğinden ortaya çıkmıştır. Cermen ülkelerinin yanı sıra, Clovis'in 481'de tahta çıkması ve Hıristiyan olmasıyla birlikte, Kilisenin yargı yetkisi, Fransa'da da benimsenmiştir. Gittikçe güçlenen Kilise, Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcisi iddiasıyla 10-12'nci yüzyıllarda din dışı suçlara ve yasalara da el atmaya başlamıştır. Böylece hukukun ilk ve temel kaynağı ortaya çıkmıştır: **"Corpus iuris canonici"**. Bunun yanı sıra başka kaynaklar da bulunmaktadır¹⁴⁵.

Katolik inanışa egemen görüş şudur: İnsana özgü bütün dinsel ve dünyasal haklar, Tanrı tarafından var edilmiştir. Doğal hukuk ile tanrısal hukuk birbirinden ayrıdır. Doğal hukuk, insanlar arası ilişkilerde söz konusudur ve vicdana seslenen ahlak kurallarıdır. Bu tür hukuk kuralları değiştirilebilir. Bunun sonucu ise bellidir. İnsanlar arası ilişkileri düzenleyen bu hukuk kuralları çiğnendiğinde, eylemi yapanları, eylemden etkilenenler cezalandırılacaklardır. Oysa tanrısal hukukun kuralları değiş(tirile)mez. Çünkü bu kurallar, yeryüzünde tanrısal bir düzen yaratma amacını güder. Bu inanç ve amaç doğrultusunda Katolik Kilisesi, iki tür suç anlayışına ulaşmıştır¹⁴⁶: Birincisi, Tanrı'nın insanlara uymaları için gönderdiği ahlaki yasakların ihlalidir. Bu ihlaller, yalnızca tanrısal amaçların gerçekleştirilmesini engeller. İkincisi, kişilerin yararlarının ihlalidir. Verilen ceza ise, suçlunun hem Tanrı'yla, hem de toplumla barışmasını sağlayan ve bu yüzden kullanılması gereken bir araçtır¹⁴⁷. Bir başka anlatımla, işlenen bir haksızlığın cezalandırılmasıyla birlikte, ilkin, Tanrı, **"doğal barış anlaşması"** olarak cezasını özgür istenciyle gönüllü olarak çeken suçluyu bağışlamaktadır. İkinci olarak da, bozulan toplumsal düzen yeniden kurularak dünyaya özgü adaletin gereği yerine getirilmekte, suçlu da topluma karşı manevi borcunu ödemektedir¹⁴⁸.

Kilise, her şeyden önce kutsal yerlerde, tapınaklarda ve mezarlıklarda işlenen inanca karşı suçları, özellikle sapkınlık, cadılık, büyücülük, kutsal varlıklara sövme, zina, tefecilik gibi eylemleri cezalandırmıştır. Özellikle zina ayrıntılı biçimde ele alınmıştır¹⁴⁹.

Kilise hukukunun ilk dönemlerinde sorumluluk, doğan sonuca göre belirlenmiştir. İnsanı alın yazısının oynacağı yapan temel kural şu olmuştur: **"Hukuka aykırı durumda bulunan, bunun sonuçlarını da istemiş/irade etmiş olur"**¹⁵⁰. Daha sonraları ise, sorumluluk saptanırken, insan

¹⁴⁵ Demirbaş, s. 67; Yüce, s. 41.

¹⁴⁶ Eichmann/Mörsdorf, iletenler: Centel/Zafer/Çakmut, s. 19.

¹⁴⁷ Weissenberger, iletenler: Centel/Zafer/Çakmut, s. 19.

¹⁴⁸ Eichmann/Mörsdorf, iletenler: Centel/Zafer/Çakmut, s. 19.

¹⁴⁹ Özkorkut, s. 62-65.

¹⁵⁰ Versari in re illicita.

davranışlarının istenç özgürlüğünün ürünü olduğu görüşü benimsenmiştir. Bu konudaki kural şudur: **“İstençli olmayan günah yoktur; öç almayı izleyen suç, istençli işlenmiştir”**¹⁵¹. Demek, bu hukuka göre, doğan zararlı sonucun istençli olup olmadığını saptamak için karşı tarafın tepkisine bakmak gerekmektedir. Tepki varsa, suç istençle işlenmiştir. Tepki yoksa suç istenç dışında işlenmiştir. Bundan çıkan sonuç ise, yine sonuca yaslanan sorumluluk olmaktadır. Zira istencin belirlenmesi, karşı tarafta doğan sonuca, yani tepkiye göre olmaktadır¹⁵².

Daha sonraki dönemlerde ise, Kilise hukuku, etkin özne ile doğan sonuç arasında öznel bağlantı aramış ve kasıt kavramına ulaşmıştır. Ancak, kasıt kavramında istencin yanı sıra, günümüz anlayışına ters düşen biçimde, kötü niyet de aranmıştır. Bununla birlikte, istenç dışında gerçekleşen sonuç ile etkin özne arasında nedensellik bağlantısı kurularak, taksir kavramına ulaşılmıştır¹⁵³.

Bu hukuka göre ceza verme yetkisi ve tekeli, kuralları koyan ve adalet dağıtan Kilisenindir. Amaçlarına göre cezalar dörde ayrılırlar: Tıbbi, öç alıcı, iyileştirici, ödetici (kefaretçi). İlk para cezası, 675'te XI. Toledo Din Kurulu tarafından insan öldürme ve hoyratça davranışlardan sorumlu tutulan piskoposlara uygulanmış, böylece cezalar arasına 7. yüzyılda giren para cezası, daha sonraları gittikçe geniş biçimde uygulanmaya başlanmıştır. Toplanan para cezaları, yerel papazlarca hayır işlerine harcanmıştır¹⁵⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Kilisenin kendi özel yargı kurumları (officialité) vardır ve engizisyon yöntemi, insanlığa Kilise hukukunun armağanıdır(!) Bu yöntemde, engizisyon yargıcı, suçlara kendiliğinden el koyan ve soruşturan hem bir savcı, hem de hüküm kuran bir yargıçtır. Bu nedenle suçluların hiçbir güvencesi yoktur. İtiraf kanıtların kraliçesidir; onu elde etmek için her yol, bu arada işkence meşrudur. Her Hıristiyan, suçlu ihbarla yükümlüdür. Suçlu ant içirilerek sorgulanmaktadır. Engizisyon demek, işkence ve kan demektir. Ancak, Kilise, **“Tanrı'nın yüce şanına yakışır biçimde”**¹⁵⁵ ve **“Kilise kandan tiksindir; kan akıtulmasını istemez”**¹⁵⁶ biçimindeki tanrıbilimsel kuralları gereğince ölüm cezasının yerine getirilmesini dünyalık güce bırakmıştır. Zira ölümden sonra dirilme inancı gereğince neşter vurularak insan bedeni parçalanamaz. Bu kurallara aykırı

¹⁵¹ Non datur peccatum nisi voluntarium; voluntaria tantum commissa sequitur delictorum vindicta.

¹⁵² Caiazzo, iletenler: İçel/Donay (1999), s. 43.

¹⁵³ Caiazzo, iletenler: İçel/Donay (1999), 44; İçel, Taksir, s. 41.

¹⁵⁴ İçel/Donay (1999), 44; Garraud, I, n. 62.

¹⁵⁵ Ad moxiam del gloriam.

¹⁵⁶ Ecclesia abhorret a sanguine, Ecclesia non sitit sanguinem.

davranma “*sapkın mezhebe katılma*”dır (héréticité) ve “*doğru inançtan/yoldan ayrılma*”dır (hétérodoxie). Bu suç manevi bir suç iken, devlet ile Kilise ilişkisini artması üzerine dünyalık olan ile öbür dünyalık olan örtüşmeye başlamış, bu suç da dünyalık bir suçta dönüşmüştür. Devlet baskısı ve din tekelciliğinin el ele vermesiyle de 5. yüzyıldan sonra hoşgörüsüzlük yoğunluğunu artırmıştır. Sonuçta suçlananlar zorbaca soruşturmaya (inquisition) tabi tutulur ve onlar için iki yol vardır: “*Kara listeye alınmak*” (Index expurgatorum) ya da Montségur, Jeanne d’Arc, Gilles de Rais, Kral Philippe ve en ünlüsü de 1630’da Giordano Bruno gibi açık alanda “*odun yığına*” (auto-dafé) üzerinde yakılmak¹⁵⁷. Bu engizisyon mahkemeleri İtalya, Almanya, Fransa ve İspanya’da kurulmuştur. En ünlüsü ve acımasız olanı da İspanya’daki mahkemedir¹⁵⁸. Kilise, sadece kendi cezalandırma alanına giren kutsallıklarla ilgili suçlarda tekele sahip olmamış, dünyasal gücün alanına giren ve doğal ahlaka karşı olan suçlara (delicta carnis) da el atmıştır.¹⁵⁹

Şu nokta unutulmamak gerekir: Kilise hukuku, Konstantin’in Hıristiyanlığı benimsemesinden (313) sonra Roma hukukundan da esinlenmiştir. Nitekim 8. yüzyılda kotarılan Frank (Ripuarian) Yasası’nın benimsediği ilke bunun kanıtıdır: “*Kilise Roma hukukuyla yaşar*” (Ecclesia vivit jure romano)¹⁶⁰. Orta Çağ hukukunu da, Cermen ve Kilise hukukları dokumuştur¹⁶¹. Batı hukuku ise Roma, Cermen ve Kilise hukukunun ortak yapısıdır.

¹⁵⁷ Bu nedenlerle Galileo Galilei, 70 yaşında iken yargılanmış ve kendisini bekleyen bu tür uygulamalardan korkarak, 22 Haziran 1633’te işkencecilerin önünde diz çekerek, görüşünden caydığını belirten ünlü itiraf belgesini imzalamıştır. (Belgenin aslı için bk. Russell, [Avni Yakalıoğlu], Bilimden Beklediğimiz, İstanbul, 1962, s. 30, 31).

¹⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. Dumont, Les grandes erreurs historiques, procès contradictoire de l’inquisition espagnole, Genève, 1983.

¹⁵⁹ Thiry, n. 9; Cassinelli, s. 14; Demirbaş, s. 19. Ayrıntılı bilgi için bk. Dossier, L’inquisition, Paris, 1946; Fernand, Que faut-il de l’inquisition? Paris, 1958; Dominique, L’inquisition, Paris, tarihsiz; L’Testas G./Testas j., L’inquisition, Paris, 2006; Batuhan, Batı’da Tolerans Fikrinin Gelişmesi, İstanbul, 1959.

¹⁶⁰ Huff, s. 176.

¹⁶¹ Ferri, Principii di diritto criminale, Torino, 1928, s. 16.