

AYDINLANMA ve CEZA HUKUKU

THE ENLIGHTENMENT AND CRIMINAL LAW

Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR*

Özet: Modern ceza hukuku Aydınlanmanın eseridir. Bu çalışmada, Aydınlanmanın tarihsel ve felsefi kökenleri incelenmiş, Aydınlanma felsefecilerinin ceza hukukuna etkileri saptanmış, Aydınlanmanın felsefi ikliminde oluşan siyasi ilkelere değinilmiştir. Aydınlanma felsefesi ve onun siyasi ilkeleri ışığında, ceza hukuku üzerinde yapılan üç temel tartışma konusu olan, ceza sorumluluğu, suç ve ceza ele alınmış, bu üçlünün etik, ceza siyaseti ve ceza adaleti açısından değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu bağlamda, Aydınlanma felsefecilerinin düşüncelerinin, günümüze ve bilhassa Aydınlanmanın doğrudan etkilerini taşıyan Klasik Ceza Hukuk Okulu'na yansısıları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Aydınlanma, doğal hukuk okulu, klasik ceza hukuku okulu, ceza hukuku, suç genel teorisi, ceza siyaseti, ceza adaleti, ceza sorumluluğu, suç, ceza.

Abstract: Modern Criminal Law is the work of the Enlightenment. In this study, historical and philosophical origins of the Enlightenment and Enlightenment philosophers are examined to determine their effects on the criminal law. Political principles which developed in the philosophical climate of the Enlightenment are referred. In the light of Enlightenment philosophy and its political principles, three main issues of criminal law; the criminal liability, crime and punishment are considered. This trio's evaluation was made in terms of the ethics, penal policy and criminal justice. In this context, the thoughts of philosophers of the Enlightenment, the Enlightenment's effects to contemporary criminal law and in particular, the Enlightenment's direct reflections on Classical School of Criminal Law are discussed

Keywords: The Enlightenment, natural law school, classical school of criminal law, criminal law, general theory of crime, penal policy, criminal justice, criminal liability, crime, punishment.

* Arş. Gör., Başkent Üniversitesi Kamu Hukuku - Ceza ve Usul Hukuku Anabilim Dalı

I-GİRİŞ

Modern ceza hukukunun Aydınlanmanın eseri olduğu yadsınmaz bir gerçektir.¹ İnsan hayatının anlamına ve insanın bu dünya içindeki yerine, aklın ve doğa bilimlerinin kültür dünyasına uygulanmasıyla ışık tutulmaya çalışıldığı, 18.yüzyıl kültür felsefesi “Aydınlanma Felsefesi”; bu felsefenin içinde yer aldığı tarihi dönem ise “Aydınlanma Çağı” olarak adlandırılmaktadır.² Aydınlanma felsefesi, o dönemin aydınlarının neredeyse tamamının üzerinde kalıcı bir etki bırakmıştır. Aydınlanma Çağı düşünürlerinin ortak paydası, aklın, taassup, dogma ve zorbalık karşısında üstünlüğünü savunmaları ve insanın aklını kullanarak özgürlüğe kavuşacağına dair derin inançlarıdır.³

Çağımız, “modern”⁴ ceza kanunlarının, Aydınlanmanın ürünü olan Alman idealizminin epistemolojisine ve aydınlanmanın politik felsefesine dayandıkları söylenmektedir.⁵ Aydınlanma felsefesi ve modern ceza hukuku arasındaki bağı açıklamayı amaçlayan bu çalışmanın ilk kısmında, Aydınlanmanın Çağının düşünürlerine ve felsefesine; bu çağın düşünürlerine kaynaklık eden filozoflardan doğrudan ceza hukukunu etkilediğini düşündüklerimize Aydınlanmanın tarihsel ve felsefi kökenleri başlığı altında değinilmiştir. Çalışmanın ikinci kısmında, Aydınlanmanın felsefi ikliminde oluşan siyasi ilkelere değinilmiştir. Çalışmanın üçüncü kısımdaysa, Aydınlanma felsefesi ve siyasi ilkeleri ışığında, ceza hukuku açısından üç temel kavram olarak ele aldığımız, ceza sorumluluğu, suç ve ceza kavramlarına Aydınlan-

¹ Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Y., Ankara, 2010, s.123; Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Y., Ankara, 2012, s.348; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, İstanbul, 2011, s.22; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2010, s.73

² Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, Ankara, 2003, s.289 vd.

³ Immanuel Kant, “Aydınlanma Nedir?” Sorusuna Yanıt, *Fikir Mimarları Serisi-2: Kant*, Say Yayınları, İstanbul, 2008, s.261-275. Braudel, 18.yüzyıldan günümüz dünyasına, Batı’nın temel probleminin hala “özgürlükler” olduğunu söyler. (Fernand Braudel, *Hitory of Civilisations*, Penguen, England, 1995, s.315)

⁴ “Modernite, 17. yüzyıldan itibaren Avrupa’nın ekonomik, toplumsal, kültürel ve siyasal alanda yaşadığı büyük ve köklü değişiklikleri ifade eder.” (bkz. Gamze Yaşar, “Ortaçağdan Günümüze “Modernite”:Doğuşu ve Doğası”, *AÜSBED*, Ankara 2011, Y.4, S.7)

⁵ John Hassamer, “German Legal Philosophy and The Criminal Law”, *Tel Aviv University Studies in Law*, 1990, (187-194), s.187 (HeinOnline ,http://heinonline.org, Fri Nov 8 05:47:03 2013)

ma felsefesinin etkileri incelenmiştir. Son olarak da bu üç kavram, yine Aydınlanma felsefesinin ışığında, etik, ceza siyaseti ve ceza adaleti açısından değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, Aydınlanma felsefecilerinin düşüncelerini ve bu düşüncelerin doğrudan etkilerini günümüze taşıyan “Klasik Ceza Hukuk Okulu” ele alınmıştır.

II. GENEL OLARAK AYDINLANMA FELSEFESİ

A-Aydınlanma Çağı ve Felsefesine Genel Bir Bakış

1. Aydınlanma Çağının Felsefi Kökenleri

Aydınlanmanın ilk felsefi temelleri, Antik Yunan’ın *Stoa Okulu’na* dayandırılmaktadır. Aydınlanmacılar da Stoa Okulu gibi insanı merkez almışlar ve insanın her şeyin ölçüsü olduğunu savunmuşlardır. Stoa Okulu’nun, kozmopolit ve panteist düşünce sistemi, kozmosu yöneten belirli kanunlara kaynaklık eden bir güç tasavvuru, daha sonra Aydınlanmacı doğal hukuk okulunun savunacağı, evrensel değerlerin ve insanın irade hürriyetinin kökenlerini oluşturacaktır.⁶ Aydınlanma düşünürleri, özellikle hukuk alanında, *Roma’nın* Stoacı düşünürü Cicero’dan etkilenmişlerdir.

Cicero (*M.Ö 106-43*), modern ceza hukukunun temel kavramlarının Roma Hukuku dönemindeki ilkel halleri üzerine sistematik olarak çalışmış ve düşünce üretmiş önemli bir hukukçu düşünürdür.⁷ Cicero, tek bir adaletin olduğunu, tüm insanlığı bağlayan tek bir hukuktan kaynaklandığını, yasa koyma sürecinde doğru aklın/mantığın kullanılarak bu tek hukukun bulunması gerektiğini yoksa çıkarılan kanunların adaletten yoksun olacağını ifade etmiştir.⁸ Cicero, bu evrensel ve tek hukuku ihlal edenlerin cezalandırılmayı hak ettiklerini ama insanların itaate ceza yaptırımını ile zorlanmalarının, erdemli olduklarının bir kanıtı olduğunu belirtmektedir. Aynı zamanda Cicero, cezanın caydırıcılığı üzerinde durarak cezanın genel önleyici işlevine önem vermiştir.⁹

⁶ Hermann Mannheim, *Comparative Criminology*, Mifflin Company, Great Britain, 1965, s.43

⁷ Örneğin, Cicero’nun kast, irade, talih üzerine düşünceleri için bkz. Özgür Küçüktaşdemir, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Seçkin, Ankara, 2012, s.31

⁸ bkz. Cicero, *Concerning the Laws*, Harvard University Press, 1918

⁹ Doğan Soyaslan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2012 s.65

Stoa Okulu'nda köklerini bulan Aydınlanma felsefesinin tohumlarının aslında *Rönesans* döneminde atıldığı söylenebilir. Bir anlamda Rönesans, Aydınlanmanın habercisi gibidir. Rönesans, 15. ve 16. yüzyıl İtalya'sında yaşanmış bir dönem olup, Antik Yunan ve Avrupa arasındaki düşünsel ve kültürel bağın yeniden kurulduğu, böylelikle de *hümanizmin* ortaya çıktığı, matbaanın bulunmasıyla bilginin hızla geniş kitlelere yayıldığı (Aydınlanmayla birlikte bilgi metalaşacaktır), zamanın görece özgürlükçü bu ruhu sayesinde sanat eserlerinin yaratımında büyük bir artışın olduğu ve aynı Aydınlanma Çağı gibi beklenmedik ve ani değişimlerin yaşandığı bir çağdır.¹⁰ Bu radikal ve keskin değişimin yaşandığı dönemin sonlarına doğru karşımıza üç düşünür çıkmaktadır: Descartes, Grotius ve Hobbes.

Rene Descartes (1596-1650), algılama ve düşünme üzerindeki farka dikkat çekerek, kesin olarak bilinebilecek bir bilgi olup olmadığını sorgulayacak, bu sorgulaması sırasında nesnel ve mantıksal bir şüpheyi yöntem olarak kullanacaktır. Decartes, şüpheciliği sayesinde en sonunda sadece kendi düşüncelerinden emin olabilmiş ve "*cogito ergo sum*" deyişini söylemiştir.¹¹ Decartes'in düşüncelerinin etkisiyle Aydınlanmacılar, insan aklını küçümseyen Stoa okulundan ayrılacaklardır. Decartes'in düşünceleriyle birlikte, insanın varoluşunun kanıtı kendi düşünceleri olmaktadır. Böylece, Descartes, bilinçli, madde dışı bir öze sahip olan insanı ve onun aklını, yani "bireyi" öne çıkartarak, Rönesans'ın hümanist düşünce akımlarına ve ardılı Aydınlanmacılara yön veren en önemli kişi olmuştur.¹² Aynı zamanda, Decartes, modern

¹⁰ Bu dönemde bir yandan buluşlarıyla Kilise'nin dogmalarını çürüten Copernicus, Galileo ve Kepler bilimsel keşiflerini yapmış, Kilise'nin inandırıcılığını sarsmış, buna karşılık Kilise tarafından acımasızca baskı görmüşlerdir. Modern bilim onlarla başlatılmaktadır. Yine, aynı dönemde, gökbilimci ve felsefeci G. Bruno kiliseye muhalefet ettiği için engizisyon mahkemelerince yakılmasına karar verilmiştir. 1492'de Amerika keşfedilmiş, bu dönem ve sonrasında coğrafi keşifler yapılırken bir yandan ilk defa ayak basılan yerlerin yerli halklarıyla tanışılmaya başlanmış ve bir yandan da gidilen yerler yağmalanmıştır. Böylelikle insanın iki ayrı yüzü, barış içinde yaşayan ilkel yerliler ve onları yağmalayan vahşi Avrupalı imgeleminin sonraki düşünürleri etkilediği kanaatindeyiz. Özellikle, tabii hukuk okulunun, dayanaklarından birini oluşturan "insanların doğal durumu" hipotezlerinde bunun net bir şekilde gözlemlenebileceğini düşünüyoruz. (bkz. Dorinda Outram, Aydınlanma, Dost Kitabevi, Ankara, 2007)

¹¹ Decartes, Yöntem Üzerine Konuşma, Çev. Afşar Timuçin, Bulut, İstanbul, 2010, s.21

¹² Niyazi Öktem/ Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul, 2003, s.138 vd.

felsefenin temellerini atmış ve bilginin ilahi bir olgu olmaktan çok insan zihnine ait olduğunu vurgulayarak bilgi felsefesini teolojinin bir alanı olmaktan çıkarmıştır.

Hugo Grotius (1583-1645), rasyonel doğal hukukun, toplum sözleşmesi kavramının yaratıcısı ve dolayısıyla hukukun dünyevileşmesini sağlayan en önemli düşünürdür. Grotius, insanların barış içinde yaşamak ve birbirlerine saygı göstermek için bir araya geldiklerini, bir arada kalma iradelerini, anlaşarak bir sözleşmeyle onayladıklarını, ikinci adımdaysa nasıl yönetileceklerine dair siyasi bir sözleşme imzaladıklarını ileri sürmüştür. Böylece, özgür iradelerin bir araya gelmesiyle devlet kurulmuş, aklın buyruğu olan uyum içinde yaşama sağlanmıştır.¹³ Grotius, devletin cezalandırma yetkisi üzerinde de durmuş, cezanın genel anlamda kötülük işlemiş olana kötülük çektirme olduğunu, cezanın toplum, mağdur ve fail bakımından faydalı olması gerektiğini söylemiştir.¹⁴ Cezaların intikam aracı olamayacağını ifade eden düşünür, ilahi hukukun yorumuyla, yanlış davrananları cezalandırmanın doğru ve haklı olamayacağını, bu kişileri Tanrı'nın cezalandırabileceğini söyleyerek, laik (seküler) hukukun temellerini atarak, ceza hukuku açısından yaşadığı zamana göre ileri sayılabilecek fikirler üretmiştir.¹⁵

Thomas Hobbes'a (1588-1679) göre insan, doğal halinde, acımasız, şiddete yatkın, içgüdülerinin esiri, mutsuz bir varlıktır. Bu nedenle, Plautus'un insan insanın kurdudur cümlesini ilk sarf eden kişi olarak tanınmıştır. Hobbes'a göre insanlar sadece barış ve güvenliğe kavuşmak için anlaşıp, iradelerini bir sözleşmeyle beyan etmişler ve sahip oldukları özgürlüklerini bu sözleşme karşılığında üçüncü bir tarafa, Leviathan'a (herkesi ezebilecek ve böylelikle caydıracak yüce güce) yani devlete devretmişlerdir. İktidar, cezalandırılma korkusu vasıtasıyla tebaasını korku dolu bir saygıyla birbirine bağlayacak, buna karşın tebaası hükmetmesi yönünde kendi katılımı ve rızası olduğu için iktidarı asla suçlayamayacaktır.¹⁶ Hobbes'un bu düşünceleri, hukuk düzeninin meşruluğunda iktidarın iradesini esas alan hukuki pozitivizme kaynaklık edecektir.

¹³ Öktem/Türkbağ. s.142

¹⁴ Demirbaş, s.74

¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut,s.23

¹⁶ bkz. Hobbes, Thomas, Leviathan, YKY, İstanbul, 2005

Aydınlanma akımının önderleri olan doğal hukuk okulu düşünürlerinin ortak paydaları sosyal sözleşme düşüncesidir. Ama bunun yanında, aralarında Grotius'ü veya Hobbes'ü seçenler olarak ikili bir ayrıma gidilebilir.¹⁷ Grotius'ü seçenler, her yerde, her zaman geçerli ilkeleri ve adil olan normun meşru olduğunu savunan doğal hukuk okuluna bağlı kalacak; Hobbes'ü seçenlerse egemenin kuvvetine vurgu yaparak ve adalet gibi değerleri reddeden düşünceleriyle pozitivist hukuk okulunun temellerini atacaktır.¹⁸

2. Aydınlanma Çağı ve Felsefesi

Aydınlanma felsefesi, 17.yüzyılın sonlarında filizlenmeye başlamış ve 18.yüzyılda tek egemen, felsefe olmuştur. Bu tarih aralıkları Avrupa'da mutlak monarşilerin¹⁹ hüküm sürdüğü ve iktidarın kullanımında keyfilikğin hâkim olduğu²⁰ bir dönemdir. Bu tarihsel koşullarda iktidarın yetkilerini sınırlandırmak için yollar aranmış ve bu nedenle Aydınlanmanın siyasi ilkeleri ortaya çıkmıştır.²¹ Aydınlanma Felsefesi, 17.yüzyılda üç düşünürün eserlerinden filizlenmiştir. Bu düşünürler: John Locke, Isaac Newton ve Francis Bacon'dur.

F. Bacon (1551-1626) deneyselliğe ve deneyselliğin sağlayacağı ob-

¹⁷ Lester Crocker, "Interpreting the Enlightenment: A Political Approach", Journal of the History of Ideas, Apr. -Jun., 1985, Vol. 46, No. 2, pp. 211-230, p.215

¹⁸ bkz. Kemal Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", Muhafazakar Düşünce, Kış 2008, Yıl 4, Sayı 15, (s.77-90)

¹⁹ Modern devletin oluşmaya başladığı 16. yüzyıl ve 17.yüzyılda, mutlak krallıkların mutlak egemenliği, Bodin(1530-1596) gibi düşünürler tarafından kilisenin egemenliğine yeğlenmiştir. Böylelikle sekülerizmin sağlanabileceği düşünülmüştür. Bu nedenle Kralların otoriteleri Kilise'nin aleyhine güçlendirilmeye çalışılmıştır. Mutlakiyet sayesinde, Avrupa Devletleri kendi sınırlarına ve halklarına sahip olmuş, merkezileşmeye başlamış ve böylelikle uluslaşmanın ilk kökleri atılmıştır. Aynı dönemde, 14.Louis kendisine atfedilen ve dönemin simgesi olan sözü söyleyecektir: "Devlet benim." (Braudel, s.324 vd) Aydınlanmayla birlikte 14.Louis'in bu sözü değişecek, Büyük Frederic kendini "devletin birinci hizmetkârı" olarak adlandıracaktır.(Outram, s.63)

²⁰ Suçlar ve cezalar açısından 17.yüzyıldan Aydınlanmaya kadar olan dönemi aktaran Dolu'ya göre, cadı avları, hükümdarların keyfiliklerinin, karmaşanın kısa bir özetiydi ve en önemlisi cezalar, işlenen ya da işlendiği iddia edilen suçlarla orantısız ve keyfiydi. İki insanın, işledikleri aynı suç için farklı türlerde ve seviyelerde cezalar almaları gayet mümkündü. Suçların tanımları üzerinde bir netlik yoktu. (bkz. Osman Dolu, "Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinden Suçu Açıklama ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi", Polis Bilimleri Dergisi, 2009, Cilt.11 S.4, s.1-32)

²¹ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul, 2003, s.93

jektifliğe verdiği önemle insan deneyiminin oluşumuna ilk dikkati çeken düşünür olmuştur. Böylelikle İngiltere’de deneycilik felsefesini başlatan kişi olacaktır.²² Bacon, Aristo’nun ereksel nedenler düşünce-sini neredeyse bütünüyle güvenilmez bulmuş ve bunun yerine nedenlerin fiziksel olduğunu ileri sürmüştür. Bu yüzden deney, ampirik gözlem ve tümevarım yoluyla bilginin ortaya çıkartılabileceğini savunmuştur. Bu yüzden deneyciliğin temellerini atan düşünür olarak kabul edilmektedir. Bacon için bilgi, kutsal kitaplar kaynaklı değil, deneysel olduğu ölçüde dünyevi kaynaklıdır. Bilim ve bilim adamı kavramlarının ortaya çıkacağı 19.yüzyıla kadar bilim, doğa felsefesi olarak adlandırılacaktır.²³ Bacon ise doğa felsefesine deneyi bir yöntem olarak sokarak bilimin doğuşuna ilk katkıyı yapacaktır.²⁴

John Locke(1632-1704),²⁵ “*İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme*” ve “*Yönetim Üzerine İki İnceleme*” adlı yapıtlarıyla Aydınlanma Çağını başlatacak ve bu iki yapıtı Aydınlanma dönemi boyunca şiddetli tartışmalara neden olacaktır. Bu yapıtlarının ilkinde Locke, insanın doğuştan getirdiği bir bilginin olmadığını, insanın bilgiyi, dış algıları ve iç düşünceleri vasıtasıyla deneyimleyerek elde ettiğini savunmuştur. John Locke, doğuştan gelen bilginin olmadığını hepsinin deneyimle elde edildiğini iddia ederek Decartes’in insan aklına ve ruhuna yaptığı vurguyu, deneyimleriyle değişen ve kendini yaratan bir varlık olarak insanın, “benliğine” çekecektir.

Locke, ikinci eserindeyse; hükümetin gücünün halkın rızasına dayandığını, insanların doğal ve doğuştan getirdikleri hakları olan yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarının korunması dışında devletlerin başka görevi olmadığını, meşru yönetimi oluşturan unsurun ilahi bir hak değil, iktidarla halk arasındaki bir anlaşma olduğunu, bu görevlerin ihlal edilmesi halinde insanların isyan etme haklarının doğacağını

²² Gökberk,s.306

²³ Dorinda Outram, Aydınlanma, Dost, Ankara, 2007, s.121

²⁴ Bacon’ın, bir ütopya olarak yazdığı Yeni Atlantis adlı kitabında da görülebileceği gibi, sadece bilimin egemen olduğu bir toplum ve devlet düzeni hayal ederek, Newton’un buluşlarıyla beraber felsefeden bilime geçişin en önemli hızlandırıcılarından biri olmuştur. Bir İngiliz siyasetçisi olarak ilk defa “Bilgi iktidardadır/güçtür.” sözünü söyleyen kişi olacaktır.(bkz. Storck, “Francis Bacon and Contemporary Philosophical Difficulties”, The Journal Of Philosophy, 1931, Vol. XXVIII, No.7,(169-186))

²⁵ bkz. J. Yolton, “Locke On The Law of Nature”, The Philosophical Review, Oct., 1958, Vol. 67, No. 4, pp. 477-498

iddia edecektir.²⁶ Locke'a göre, ilkel ve de doğal halinde, doğal hukuka tabi olup huzur ve barış içinde yaşayan insanın, mülkiyetini, yaşamını ve özgürlüğünü savunma ve bunun için ceza verme hakkı vardır. Locke'a göre yasal savunma adeta doğal hakların bir uzantısıdır. İnsanlar, kendi aralarında yaptıkları toplumsal sözleşme ile toplumun bir bireyi olarak devletin çatısı altına girerken bu savunma ve cezalandırma haklarını devlete devretmişlerdir.²⁷ Kısacası Locke'a göre insanların doğal yaşama halinden siyasi bir topluluk haline dönüşmelerinin temelinde bu cezalandırma hakkı vardır.²⁸

Başta boş bir levha olan ve deneyimleriyle bilgilerini edinen Locke'un ilkel insanı, tabiat halindeyken doğal hukuka göre yaşayarak usuyla hareket ettiğini göstermektedir. Bu yüzden insan, ilahi olduğu söylenen yasalara değil, tersine bir "akıl kanununa" (*law of reason*) tabidir.²⁹ Locke'un liberal devlet anlayışına ilişkin bu düşüncelerinden etkilenecek en önemli kişilerden biri modern ceza hukukunun kurucusu C. Beccaria olacaktır. Beccaria'nın hümanist ve laik bir nitelik taşıyan "Suçlar ve Cezalar Üstüne" adlı eseri, suça ve cezaya yaklaşımıyla, Locke'un psikoloji ve doğal hukuk anlayışını yansıtmaktadır.³⁰ Çağdaşlarına göre Locke'dan en fazla etkilenecek diğer bir kişiye Montesquieu'dur ve Voltaire ile birlikte fikirleriyle Fransız Devrimini hazırlayacaktır.³¹

Aydınlanma Çağına üçüncü ve belki de en büyük etkiyi yaşadığı dönemde bir paradigma değişikliği yaratan Sir Isaac Newton (1643-1727) yapacaktır. Newton kütle çekiminin ve hareketin evrensel yasalarını bulmuş, bunları matematiksel bir kesinlikle ifade etmiştir. Newton'un bu bilimsel başarıları, evrenin nedensel ve mekanik algılanmasına neden olacaktır. O'nun buluşları sayesinde, Tanrının ve doğanın yasaları özdeşleşmeye başlayacak ve dünya talih, kader vb. gibi kavramlardan arındırılmış, giderek daha mekanik bir yer olarak algılanacaktır. Bacon ve Newton ile birlikte artık doğru bilgi dinden

²⁶ Outram, s.62

²⁷ Demirbaş, s.74

²⁸ İlhan Akipek, "John Locke'un Siyasi Fikirleri", AÜHF Dergisi, 1953, Cilt.10, S.1-4, s.255 vd.

²⁹ Akipek, s.259

³⁰ David Williams, *The Enlightenment*, Cambridge University Press, UK, 1999, s.59

³¹ Gökberk, s.337

değil, bilimden gelecektir. Newton ile beraber, Tanrının toplumsal hayata karışmayan, doğayı bir saati yaratır gibi kurup sadece işlemeye bırakan bir saat tamircisi olduğu görüşü giderek yaygınlık kazanacaktır.³² Tabii ki bu algıdan, egemenliklerini Tanrıdan aldığını söyleyen krallar da etkilenecekler, kralların egemenlikleri de tartışmaya açık hale gelecektir.³³ Böylelikle toplumsal sözleşme teorisi bir kere daha ve çok daha ciddi bir şekilde kendini belli eder. Newton'un bilimsel başarıları ve yarattığı paradigma değişikliği, 19.yüzyıl ceza hukukuna hakim olan klasik suç teorisinin, "nedensellik bağlantısı" merkezli olmasına yol açacaktır.³⁴

İngiliz Aydınlanması ise, töz ve nedensellik kavramlarını tartışacak olan en derin filozofları ve şüpheli bir ampirist olan Hume (1711-1776) ile sona ermiş, İngiliz ampirizmi en büyük ve son başarısını onda göstermiştir.³⁵ Hume, nedenselliğin geçmiş insan deneyimlerinin bir ürünü olduğunu ileri sürmüş, ahlaki inançları kanıtlamanın mümkün olmadığını ve insanın, doğanın yarattığı sınırlar içinde özgür olduğunu savunmuştur. Töz ve nedensellik üzerine düşünceleri Kant'ın dogmatik uykusundan uyanmasına neden olmuştur.³⁶

Bu noktada Aydınlanma Çağının dünyevi ve özgürlükçü düşüncelerinin başka bir ürününe, bu çağın sonlarına doğru ortaya çıkan, Kıta Avrupa'sının tersine Anglosakson dünyasına hakim olacak farklı bir felsefeye, faydacı felsefeye ve onun ortaya çıkarttığı Faydacı Hukuk Okuluna değinilmesi yerinde olur. Faydacı Hukuk Okulu, Jeremy Bentham(1748-1832) tarafından kurulmuştur (daha sonra J.S Mill tara-

³² bkz. Maria Boas / Rupert Hall, "Newton's Mechanical Principles", Journal of the History of Ideas, Apr., 1959, Vol. 20, No. 2, pp. (167-178) Aynı zamanda, Newton'un buluşları, Aydınlanma Çağı için dinin yenilgisi, deizmin zaferi olacak ve evrenin nakli algılanması yerine akli algılanmasına çok büyük katkı sağlayacaktır. Bu laik/seküler düşüncenin de büyük bir zaferi olarak görülmüştür.

³³ William McNeil, Dünya Tarihi, İmge Y.,2002,Ankara,2002, s.567

³⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 2012, Ankara, s.139

³⁵ Gökberk, s.310

³⁶ Kant, "Saf Aklın Eleştirisi" adlı eserinde Hume'un nedensellik ile ilgili bu şüpheli bakış açısını tartışmıştır. Saf akıl yoluyla elde edilen bilgilerle, tecrübeler ışığında elde edilen ampirik bilgilerin varlığını tartışan Kant, her bilginin deneyimle başladığını ama bu bilgilerin insan aklı tarafından işlendiğini; bu yüzden sadece deneyimle değil akılla da edinilebilecek saf bilgiler olduğunu ileri sürmüş, matematiği örnek vermiştir. Böylelikle rasyonalizmle deneyciliği bir anlamda bağdaştırmıştır. Bu, daha sonra da göreceğimiz, Kant tarafından dile getirilen kategorik ve hipotetik buyrukların da temeli olarak görülebilir.

findan geliştirilmiştir). Bentham bir avukattır ve hukuk ile ahlak ilişkisiyle ilgilenmiştir. Doğal hukukun varlığına karşıdır. İnsanın doğasının bilimsel tanımını yapmayı amaç edinmiştir.

Temelinde Epikür'ün hedonist felsefesi yatan bu okul, yarattığı fayda ilkesi gereği, hangi faydanın diğerinden üstün olduğunu ve tercih edileceğini belirlemeye çalışırlar.³⁷ Bu yapılırken matematikten yararlanılabileceği düşünülmüştür. İdealistlerin aksine, faydacılar için ceza dâhil her şey araçtır. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler gibi kavramlara farklı şekillerde yaklaşabilmekte, mutlak hakların olmadığını, hakların birbirleriyle karşılaştırılabileceğini düşünmektedirler (Örneğin İngiltere, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden çekilmeyi tartışabilmiştir). Hukukun ekonomik analizi de bu okulun eseridir. Bentham sosyal kurumlar üzerine düşünmüş, tasarladığı *Panoptikon* adlı hapisane O'nun düşüncesinin maddi bir temsili niteliğini kazanmıştır.³⁸ Bu okula göre cezadan duyulacak elem, suçtan elde edilecek hazdan daha fazla olmalıdır.

18.yüzyıl aydınlığı İngiltere'den³⁹ önce Fransa'ya, daha sonra Almanya'ya geçmiş ve orada Kant'la birlikte son bulmuştur.⁴⁰ Her ne kadar Aydınlanma felsefesi kökenlerini İngiliz filozoflarda bulunmaktaysa da Aydınlanma akımı için merkez ülke Fransa olacaktır. Mutlak monarşilerin daha fazla etkili olduğu Kıta Avrupa'sında Aydınlanma felsefesinin politik ilkeleri daha net bir şekilde ortaya çıkmış ve uygulanmaya çalışılmıştır. Aydınlanma döneminde yazan düşünürler Fransızca'yı kullanmış, eserlerinin ve dolayısıyla kendilerinin başarılarını Paris'deki entelektüel çevreye kabulleriyle ölçmüşlerdir. Bu çevrenin içinde, bir sonraki başlıkta da bazılarına değineceğimiz, Montesquieu, Voltaire⁴¹,

³⁷ Orhan Hançerlioğlu, , *Düşünce Tarihi*, Remzi, Ankara, 2002, s.294

³⁸ bkz. Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 3.Baskı, Ankara, 1992.

³⁹ Bu dönemde II.James Katolik yanlısı politikaları nedeniyle devrilince 1689'da İngiliz Haklar Bildirgesi ortaya çıkar. Böylelikle kralın yetkileri keyfilğin önlenmesi için sınırlandırılacak, kişi hak ve özgürlüklerinin önemine dikkat çekilerek, parlamentonun yetkileri arttırılacaktır. Bu metin modern anayasalara da taşınacak ilkeleri barındıracaktır.

⁴⁰ Hançerlioğlu, s.223 vd.

⁴¹ Voltaire, döneminde Newton'un ve Beccaria'nın düşüncelerinin popülerleşmesine neden olacaktır. Aynı zamanda azılı bir kilise karşıtıdır. İngiltere Üzerine Mektuplar eserinde, Avrupa Aydınlanmacılarını politik olarak etkilemiş olan İngiliz Monarşisi üzerine gözlemlerini aktaracaktır. En bilinen ve klasik eseri *Candide*

Diderot⁴², Rousseau, d'Holdbach,⁴³ Helvetius,⁴⁴ D'Alembert,⁴⁵ Condillac⁴⁶ gibi Fransız düşünürler başı çekecektir.⁴⁷

Gerçekten de Aydınlanma felsefesinin Kant (1724-1804) ile doruk noktasına ulaştığı ve bu çağın O'nda son bulunduğu söylenebilir.⁴⁸ Kant Aydınlanma felsefesi içinde yer almakla birlikte onu aşarak bir dönüm noktası olmuştur.⁴⁹ Kant idealist felsefesini oluştururken Decartes ve Hume'dan, devletin kökeni ve doğası konusunda Rousseau'dan, idareyle ilgili analizlerindeyse Montesquieu'dan etkilenmiştir.⁵⁰

Kant, şeylerin göründükleri gibi algılanabildikleri somut dünya (*fenomenal*) ile insanın iç dünyasını, zihnini, yani ahlaki yasaların, düşüncenin egemen olduğu alanı (*numenal*) ayırmaya çalışır. Kant, insan zihninin kendi yapısal özelliğinden dolayı dünyada "nedensellik" algıladığını ileri sürer. Böylece akılcılarla deneyicilerin düşüncelerini kendi felsefesinde bağdaştırmıştır. Kısacası, duyu organlarımız vasıtasıyla aldığımız duyular, bu organlarımızın kapasitesiyle sınırlıdır. Aynı şekilde bu duyuların yorumlanması ve algılanması da yine beynimizin oluşturduğu zihinsel yapımızın sınırları çerçevesinde gerçekleşecektir. Kant, insanın, cansız nesnelere veya bilinçten yoksun canlı-

adlı romanıdır.

⁴² Materyalizmi, duyumculukla tamamlayan Fransız düşünür. (Hançerlioğlu, s.230)

⁴³ Her şeyi maddeyle açıklayan, erdem in fizik olduğunu ileri süren Alman asıllı Fransız maddeci düşünür. Beccaria'nın, Alman bilimci Holdbach'ın cemiyet toplantılarının başlıca misafirlerinden olduğu söylenir.

⁴⁴ Duyumculuk üzerinde durmuş, maddeci filozof.

⁴⁵ Duyumculuk üzerine felsefesini inşa etmiş, materyalist filozof, hidrodinamik ve mekanik üzerine çalışmış bir matematikçi. Beccaria, D'Alembert gibi o dönemin birçok Fransız Aydınlanmacısıyla mektuplaşmıştır. (bkz. Beccaria, Suçlar ve Ceza, 2.Baskı, Güven Y., İstanbul, 1961)

⁴⁶ Bütün insan zihninin duyumlardan oluşabileceğini ileri süren Fransız filozof.

⁴⁷ Fransız Aydınlanma düşünürleri ise birleştirip örgütleyecek ve bu örgütlenme sayesinde Aydınlanmanın en etkileyici eserlerinden Encyclopedie'nin ortaya çıkmasını sağlayacak olan Diderot olacaktır. Bu Fransız düşünürlerden d' Holdbach, Montesquieu ve Rousseau yine Aydınlanmanın ürünü olan, kişinin eğitiminin ve sosyal çevresinin üzerinde duran Fransız Suç Sosyolojisi Okulunun da temellerini atmışlardır. (Demirbaş, s.80)

⁴⁸ Kant'ın eserlerini verdiği dönemde Aydınlanma Çağı neredeyse yüz yaşına girmiştir. Bir Alman dergisinin açtığı "Aydınlanma Nedir?" başlıklı bir yarışmayı, yazdığı makalesiyle kazanmış ve Aydınlanmanın mottosu olarak "Spare Aude" (Bilmeye Cesaret Et) cümlesini kullanmıştır.

⁴⁹ Gökberk, 348

⁵⁰ A. Dunning, "The Political Theories of the German Idealists I", Political Science Quarterly, 1913, Vol. XXVIII, N.2, (193-206), s.194

ların aksine, zihnini kullanarak, yani numenal dünyanın yardımıyla, nesnelere fenomenal dünyasının nedenselliğinden kurtulabileceğini iddia etmiştir

Böylelikle Kant'a göre, bir insan davranışının iyi olarak nitelendirilebilmesi için, insan zihninin bir ürünü olan bütüncül, zorunlu, genel ve koşulsuz kategorik bir buyruktan, yani ahlak yasasından kaynaklanması gerekir. Bu sayede, ahlaki ödevini gerçekleştiren insan, fenomenal dünyanın nedenselliğinden ve kendi itkilerinden sıyrılarak kendini özgür kılacaktır.⁵¹

Kant'ın "*Her seferinde öyle eyle ki, eyleminin ilkesi aynı zamanda genel bir yasa olabilsin.*" ifadesi, kendi kişisel güdü ve çıkarlarından soyutlanmış insanı ifade etmektedir. Bu bağlamda Kant'a göre, ceza korkusu ve göreneğe uyma zorunluluğu gibi etkenlerle gerçekleştirilen iyilik gerçek iyilik değildir.⁵² Kant'ın kategorik buyrukları öne sürmesiyle, irade unsuru, diğer ülkelerin aksine Almanya'nın gündeminde daha çok kalmış ve insan, rasyonel, bilinçli, özgür ve kendine yeten bir canlı olarak algılanmıştır.⁵³

Kant, devletin kökeni ve doğasıyla ilgili düşüncelerinde, devletin amacının ahlaki değerleri gerçekleştirmek olduğunu savunan Rousseau'nun bir adım önüne geçerek özgürlüğü ahlak yasası olarak tanımlamıştır ve Montesquieu'nun savunduğu kuvvetler ayrılığı olmadan bir hukuk devletinin oluşamayacağını belirtmiştir.⁵⁴Böylelikle Kant, aklın kamusal kullanımı söz konusu olduğunda özgür olması gerektiğini, başka türlü bir politik kısıtlamaların Aydınlanmanın temelinde yatan düşüncelere engel olacağını savunur ve insanın kendisinin bir amaç olduğunun altını çizer.

Kant'ın yukarıdaki düşüncelerinin, aşağıda da görüleceği üzere ceza hukukunda, ölçülülük ilkesi, garantörsel ihmali suçlar⁵⁵, huku-

⁵¹ Gökberk; s.361 vd.

⁵² Hançerlioğlu, 244 vd.

⁵³ Dunning, a.g.m s.197

⁵⁴ Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap, Ankara, 2002, s.101

⁵⁵ Failin ihmali hareketinden dolayı kasten bir icra hareketinde bulunmuş gibi sorumlu tutulmasına neden olan hukuki ilişkiye denir.(Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, Ankara, 2011, s.142 vd.) Kant'ın ödev ahlakının ihmal suretiyle icra suçlarının cezalandırılmasının kökenindeki düşünce olduğu da söylenmektedir. Kant, boğulmakta olan bir insana yardım edilmemesi ve böy-

ka aykırılık, kusurluluğu azaltan nedenler gibi ceza hukuku kurumları ve kavramları üzerinde doğrudan etkisi olmuştur. Cezalandırma söz konusu olduğundaysa kefarete teorisini ortaya çıkarmıştır. Kıta Avrupa'sı ülkelerinin ceza kanunları, Kant'ın düşüncelerine dayanan Alman idealizminin bilgi felsefesinin (epistemolojisinin) ve Aydınlanmanın siyaset felsefesinin eseridir.⁵⁶

III- DOĞAL HUKUK OKULU ve AYDINLANMANIN SİYASİ İLKELERİ

Ceza sorumluluğunun, faile mi fiile mi dayandığı, devletin hangi fiilleri, hangi yollarla cezalandırma yoluna gittiği, cezalandırmanın ne şekilde yapıldığı, hukuki konular olmanın yanı sıra aynı zamanda siyasi tercihlerdir. Çağımız modern devletleri, kendilerini yaratmış olan Aydınlanma Çağının siyasi felsefesinin doğrudan izlerini taşımaktadır.

Doğal hukuk teorisi, Aydınlanma düşünürlerinin siyaset felsefelerinin yorumlanmasında çok önemli bir rol oynamakta yani Aydınlanmanın siyasi ilkelerini içinde barındırmaktadır.⁵⁷ Doğal hukuk okulları arasında hukuku ilahi kaynaklı veya akli kaynaklı algılamaları açısından farklılıklar bulunsa da ortak yönleri; hukukun sınırsız ve formdan bağımsız ezelden gelen genel ilkelere işaret ettiğini savunmalarıdır.⁵⁸ Doğal hukukçular, insan aklının doğada bulunan genel geçer kanunları ortaya çıkartabileceğini, aynı kanunlar vasıtasıyla doğal ve doğal olduğu ölçüde nesnel, adil bir düzen kurulabileceğini düşünmüşlerdir. Kısacası, rasyonel doğal hukukçulara göre, insanın doğası gereği akli olanın, aynı zamanda iyi ve nesnel olduğu söylenebilir.⁵⁹

lelikle birinin ölümden kurtarılmasını ahlaki ödeve aykırılık olarak görmüş, bunun kategorik buyruğun ihlal edilmesini oluşturacağını söylemiştir. (George P. Fletcher, "The Fall and Rise of Criminal Theory", Buffalo Criminal Law Review, 1997-1998, Vol.1, p.291)

⁵⁶ Hassamer, s.187 vd.

⁵⁷ Crocker, a.g.m s.214

⁵⁸ H. Silving, "The Twilight Zone of Positive and Natural Law", *California Law Review*, 1955, Vol.43, pp.(477-513),p.477. Örneğin bir doğal hukukçu olan Vahit Bıçak, 2010 yılı basımlı Suç Muhakemesi Hukuku adlı eserinin önsözünde "...fiziksel kurallar henüz keşfedilmeden önce nasıl kainatta mevcut ise, hukuk kuralları da keşfedilmeden, farkında olunmadan ve dillendirilmeden önce evrende vardı. Hukuk bilimi var olan ve tek olan hukuku keşfetme gayreti içindedir." diyerek doğal hukukçuların düşüncesini yalın bir dille ortaya koymuştur.

⁵⁹ Outram, s.119 vd.

Aydınlanma düşünürleriyse, insan aklını temel alarak, sorumluluk sahibi, otonom bir varlık olarak insanı felsefi antropolojinin öznesi yapmışlar ve aklılığı, ilahi ve kozmolojik doğal hukuk anlayışlarının önüne geçirip, rasyonel bir doğal hukuk yaratarak, Roma'dan sonra laik/seküler bir hukuk düzeninin temelleri atmışlardır.⁶⁰ Böylelikle evrenin nakli ve ilahi değil, akli algılanmasının sonucu olan laiklik ve sekülerizm kavramları, Aydınlanma Çağının en büyük eserleri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶¹ Bu akli hukuk düzenleri, aynı zamanda günlük hayatın akılcılıkla örgütlendiği laik/seküler bir toplumsal düzeni de yansıtmaktadır.⁶²

İnsan aklına ve hürriyetine verilen bu önem; hukuk yapısında, insanın ilahi kaynaklı hiyerarşik düzenli gruplara dahil olan, hakları kısıtlı, ilahi bir iradenin yönetiminde değersiz bir varlık olarak görüldüğü statü hukukundan; insanın, doğuştan ve dolayısıyla doğadan gelen aklıyla (ve iradesiyle) tam ve eşit haklara sahip özgür bir varlık yani birey olarak görüldüğü sözleşme hukukuna geçişin yaşanmasına neden olmuştur.⁶³ Kısacası insan tabiatı ve aklı, tabii hukuk okulunun başlıca hareket noktası olmuş, bu bağlamda sosyal sözleşme teorisinin üzerinde sıklıkla durulmuş, devredilemez ve değiştirilemez insan haklarının varlığından söz edilmiş ve doğal hukuk kanunlarının mantık yasaları kadar açık ve seçik olduğu ileri sürülmüştür.⁶⁴

Toplumsal sözleşme teorisi, insanların irade hürriyetinin altını çiziyor, sözleşme yapan taraflara soyut bir eşitlik bahşediyordu. Locke'un her insanın doğuştan gelen bazı hakları olduğu fikri bu eşitlik düşüncesinin diğer bir kaynağıydı. Böylelikle insan, doğal hukukun ona bahşettiği haklarla irade sahibi, eşit ve özgür bir varlık olarak başlı başına bir değerdir artık.

⁶⁰ Hassamer, a.g.m s.188

⁶¹ bkz. Zeki Hafızoğulları, Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayıncılık, Ankara,1997.

⁶² Bületn Acar, Türk Hukuk Düzeninin Temel Normunun Korunması Sorunu, US-A, Ankara, 2010, s.15. Kimi düşünürse, laik toplumsal düzenlerin kademeli olarak ortaya çıktığını, Aydınlanma Çağında ve sonrasında asıl uğraşın dinin de rasyonel bir şekle sokulmaya çalışılması olduğunu, laikliğin ise ancak sanayi devriminden sonra tam manasıyla ortaya çıkabildiğini belirtmiştir. (Outram, s.136 vd.)

⁶³ Manfred Rehbinder, "Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri, Statü-Sözleşme-Rol", Çev. Hikmet Sami Türk, s.97-98 (<http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1241/1837.pdf>)

⁶⁴ Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, İkinci Baskı, AÜHF Y., Ankara, 1987, s.149 vd.

Bu açıdan, Aydınlanmanın siyasi ilkelerini Amerikan ve Fransız Devrimlerinde gözlemleyebiliriz. Gerçekten de, Amerikan Devriminin mottosu olan, yaşamak, özgürlük ve mutluluğu arayış ve Fransız Devriminin eşitlik, özgürlük ve kardeşlik üçlemeleri, Aydınlanma döneminin politik prensiplerinin özeti niteliğindedir.

Başta Locke'un özgürlükçü felsefesi olmak üzere, Aydınlanma felsefesinin ürünü olan siyasi düşünceler, ilk önce Amerikan Devrimi ile Bağımsızlık Bildirgesi'nde hayat bulacaktır.⁶⁵ Locke'un yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarının doğuştan geldiği ve bunlara dokunulamayacağı düşüncesinin yansıması, Virginia Beyannamesi'ne (1788), insanların yaşamak, özgürlük ve mutluluk üçlemesinin yazılmasında görülmektedir. Tüm insanlar bu haklara sahip olmakta eşit sayılmıştır. Bilindiği üzere, Amerikan Devrimi vasıtasıyla ilk anayasa ortaya çıkmış, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları bu anayasa ile kuramsal alandan pratiğe dökülmüştür.

Aydınlanma felsefesinin etkisiyle egemenlerin ilahi yetkilerini sorgulayan, asiller karşısında eşitlik talep eden Fransız Halkı, burjuvaların önderliğinde, krallarının idam edilmesine, Kilise'nin ağır bir şekilde bastırılıp mallarına el konulmasına neden olacak Fransız Devrimi'ni yapacaktır. Fransız Devrimi'nin babalarıysa, Montesquieu, Rousseau ve Voltaire olarak kabul edilmektedir. Bu düşünürlerden ilk ikisi hukuk ve devlet teorisi bağlamında yeni düşünceler ortaya koymuştur. 1789 Fransız Devrimi, bu üç büyük filozofun etkisinde, Aydınlanma idealleriyle kaleme alınmıştır. Devrimin ardından Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1789) ilan edilmiştir.

Montesquieu (1689-1755),⁶⁶ diğer Aydınlanma Çağı düşünürleri gibi esas olarak toplumların siyasi rejimleriyle belirlendiğini düşünmüş ve özgürlük anlayışını düşüncelerinin temelinde tutmuştur.⁶⁷ Montesquieu; tiranlık ve keyfilikle, ancak güçler ayrımı sistemiyle

⁶⁵ Thomas Jefferson'un kütüphanesine Aydınlanma Çağını başlatan üç İngiliz'in, Locke, Newton ve Bacon'ın portresini ismarladığı söylenir.

⁶⁶ Montesquieu, diğer klasik düşünürlerin aksine hukukun evrensel niteliğine karşı çıkmakta, gözlem ve deney yoluyla edindiği düşünceleriyle hukukun sosyolojik boyutunun altını çizmektedir. Bu nedenle, Montesquieu, siyasi kurum ve düzenlerin ortaya çıkışında çevresel etmenleri göz önüne almıştır. (Ülker Gürkan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s.70 vd)

⁶⁷ Ülker Gürkan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005 s.85 vd.

başa çıkılabileceğini ileri sürmüş, İngiltere'yi örnek alarak güçler ayrımını teoriye dökmüştür. Montesquieu'ya göre gücün sadece kralda toplanması keyfiliğe ve bu bağlamda yozlaşmaya neden olduğundan güç tek elde toplanmayıp dağıtılmalıydı.⁶⁸ Montesquieu, başta kuvvetler ayrılığı olmak üzere, "Kanunların Ruhü" adlı eserindeki birçok düşüncesiyle, aşağıda daha ayrıntılı değinileceği gibi suçta ve cezada kanunilik ilkesine işaret etmiştir. Bunun yanında Montesquieu, orantılı bir cezanın genel önleme özelliği üzerinde durmuş, cezaların ağırlığının değil suçların cezasız kalmasının suç işlemeye ittiğini savunmuştur.⁶⁹ Montesquieu'ya göre bir suç cezalandırılırken başka bir suç işlenmemeli, bu nedenle ölçülü olunmalı, insanların duygularına aykırı kanunlar yapmaktan kaçınılmalıdır.⁷⁰

J. J. Rousseau (1712-1778), toplum sözleşmesi düşüncesini savunmuş, toplumun genel iradesinin her zaman haklı olduğunu iddia etmiştir. Kralın, ilahi kaynaklı yetkilerini sorgulamış, egemenliğin, ilahi kaynaklı olmayıp, halka ait olduğunu, yani kişilerin içinde eşitlendiği genel iradenin kullanılması olduğunu belirtmiştir.⁷¹ Kısacası, Rousseau'nun toplum sözleşmesinde insanların doğasında yerleşik bir özgürlük ve hak eşitliliği vardır.⁷² Böylelikle, ahlak değerlerini gerçekleştirmek devletin hedefi olacak, bireyin iradesi genel iradenin içinde eriyecek, hükümdarın değil halkın genel iradesiyle yönetim sağlanarak, bireyin özgürlüğü keyfiliğe karşı güvence altına alınacaktır.⁷³

Aydınlanma dönemi, Fransız Devrimi ve onu takip eden terör dönemiyle Fransa'da son bulacaktır.⁷⁴ Aydınlanma felsefesi ise başta da belirttiğimiz gibi Almanya'ya geçerek Kant ile beraber doruk noktasına ulaşacaktır.

⁶⁸ bkz. Emin Başgül, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Yıl:68, Sayı:4, s. 79-101

⁶⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.23 vd.

⁷⁰ Gürkan, s.98

⁷¹ Teziç, s.94

⁷² Gökberk, s.342

⁷³ Doehring, s.101

⁷⁴ Aslında, Aydınlanma Çağı, keşifler, bilimdeki ilerlemeler, kentleşmenin başlaması gibi yukarıda sayılan tüm bu tarihi koşullar nedeniyle bir bunalım çağıydı. Yaşadığı çağı Rousseau Yeni Heloise adlı eserinde: "Her daim çarpışıp duran gruplar ve hizipler, durmaksızın ortaya çıkıveren, yenilenen önyargılar ve çatışan kanaatler, herkes sürekli kendisiyle çelişkide her şey sağma ama hiçbir şey çarpıcı değil, çünkü herkes her şeyi kanıksamış." olarak anlatır.

Aydınlanma Çağında, tüm bu politik prensiplerin önündeyse siyasi olarak eski rejimler ve iktidarlarının mutlak gücü durmuştur. Bu yüzden, Amerikan ve Fransız Devrimlerini yapanlar, anayasaları sadece devleti örgütleyip statülerini belirleyen bir belge olarak değil, aynı zamanda hükümdarın iktidarını sınırlandırmasının bir aracı olarak da görmüşlerdir ve bu anayasaların siyasi niteliğini de ortaya koymaktadır.⁷⁵ Hükümdarlarının ilahi yetkilerini tanımayan aydınların ve burjuvazinin önderliğindeki halk, egemenliği ilahi ve aşkın olmaktan çıkarıp yere, kendi ellerine indirecektir. Böylelikle Aydınlanma felsefesinin teokrasiye ve mutlakiyetçi rejimlere karşı ciddi siyasi eleştiriler de içerdiği ve bu eleştirilerin hayata geçirilmesinde başarılı olduğu söylenebilir.

Aydınlanma felsefesinin siyasi ilkeleri, bugünkü anlamıyla, insanın bir değer olarak görülmesini, eşitliği ve özgürlüğü, egemenliğin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle paylaşılmasını, genel iradeyi temsil eden parlamento eliyle çıkartılan kanunlarla ülkenin yönetilmesini, kişi hak ve özgürlüklerinin kanunlarla sınırlandırılabilmesini, suçlarda ve cezalarda kanunilik ilkesini, idarenin kanuniliği ilkesini, kanunlar önünde eşitliği, devlet erklerinin yargısal denetimini ve böylelikle insanların hak ve özgürlüklerine keyfi müdahalelerin önlenmesini amaçlayan “*hukuk devleti*” kavramının ortaya çıkışına da yol açacaktır.⁷⁶

Aydınlanmanın siyasi ilkelerinin gerçekleşmesiyle birlikte suç dünyevi bir fenomen haline gelmiş ve suçun önlenmesi açısından artık ilahi amaçlar aranmamış, sosyal amaçlar ağır basmıştır.⁷⁷ Suçun dünyevi bir olgu haline gelmesi, insana ve aklına verilen değer, ceza hukukunda reform yapılmasını savunan Aydınlanmacı düşünürlerin etkinliğini artırmıştır. 1762 ile 1789 yılları arası bu düşünürlerin ciddi anlamda düşün dünyasında etkin oldukları dönemdir. Bu düşünürlerden en ünlüsü, hümanist, laik ve eşitlikçi “*Suçlar ve Cezalar Hakkında*” adlı eseriyle modern ceza hukukunun kurucusu, Cesare Beccaria’dır.⁷⁸

⁷⁵ Teziç, s.138

⁷⁶ Doehring, a.g.e s.208 vd.

⁷⁷ H. Johnson/N. Wolfe /J. Mark, History of Criminal Justice, 4.Edition, Lexis Nexis, USA, 2008, s.135

⁷⁸ Williams, s.58

IV- AYDINLANMA ve KLASİK CEZA HUKUKU OKULU

Klasik Ceza Hukuku Okulunun, isimlerinin birçoğuna çalışmanın başında da değindiğimiz Hobbes, Grotius, Locke, Montesquieu, Rousseau, Fichte, Beccaria, Bentham, Feuerbach, Kant, Hegel gibi düşünürlerin felsefi eserlerine dayandığı söylenmektedir.⁷⁹ Bu düşünürler eski devrin ceza anlayışına ağır eleştiriler getirmiş, böylelikle Aydınlanma felsefesi ve siyasi ilkeleri, ceza hukukuna bakışı da etkilemiştir.⁸⁰ Modern ceza hukukunun kurucusu Beccaria, (1738-1794) Suçlar ve Cezalar Hakkında adlı eserinde, Aydınlanma dönemi düşüncelerini, ilk kez bütüncül biçimde ifade eden kişi olmuştur.

Klasik Ceza Hukuku Okulunun felsefi temellerini iki felsefe okulu oluşturmaktadır. Bunlar, Grotius, Hobbes, Locke, Rouessau ve Fichte tarafından savunulan ceza vermek hakkının meşruluğunu toplum sözleşmesine dayandıran, sözleşmeciler ile, Kant'ın başını çektiği Alman idealizminin eseri olan cezanın meşruluğunu adaleti sağlama-sında bulan adaletçileri (kefaretçiler) içinde barındıran Doğal Hukuk Okulu ve Beccaria'nın ile Bentham'ın başını çektiği, cezalandırmanın meşruluğunu toplumsal yarar da bulan faydacıları içine alan, Faydacı Hukuk Okuludur. Yukarıda isim ve eseleri geçen düşünürlerden ve yazının devamından da anlaşılacaktır ki, Klasik Ceza Hukuku Okulu-nun dayandığı ilke ve kavramların çok büyük kısmının Tabii Hukuk Okulu kaynaklı olduğu görülebilir. Bu bağlamda, aslında Klasik Ceza Hukuku Okulu, Aydınlanma döneminde ortaya çıkmış rasyonel tabii hukuk doktrinine dayanmaktadır.⁸¹

Modern ceza hukukunun kurucusu Beccaria, düşünceleri itibariyle bir toplumsal faydacı olmasına rağmen, Klasik Ceza Hukuku Okulu mensubu düşünürlerin görüşleri, Kıta Avrupası'nda eklektik bir yapıdadır ve büyük oranda doğal hukuk okulundan etkilenmiştir. Gerçekten de sayılan bu düşünürlerin tamamı -Bentham hariç- ilk elde sosyal sözleşmenin varlığını kabul etmekle birlikte, cezalandırmanın amacı ve meşruluğu hakkında farklı görüşlere varmaktadırlar. İngiltere ve

⁷⁹ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt.1, Beta, İstanbul, 1997, s.54 vd.

⁸⁰ Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s.30 vd.

⁸¹ Hafızoğulları/Özen, s.126.

Amerika’da ise Bentham’ın etkisiyle Faydacı Hukuk Okulunun bakış açısı egemendir.

Böylelikle Klasik Ceza Hukuku Okulunu, tabii hukukçular, faydacılar ve bağdaştırıcılar olmak üzere üçe ayırabiliriz. Doğal hukukçularsa kendi içlerinde sözleşmeciler ve idealistler (adaletçiler) olarak ikiye ayrılmaktadır. Günümüzde İngiltere’de faydacı felsefe hakim görüşken, bağdaştırıcılarla birlikte Kıta Avrupa’sında, Alman idealizminin öne alındığı karma bir hukuk anlayışı gelişmiştir.

Ceza hukukunu, teorik, sistematik ve teknik bir şekilde incelemiş olan ve bu nedenle Klasik Ceza Hukuku Okulunun bilimsel anlamda bir “okul” olarak anılmasına neden olan kişinin ise Carrara (1805-1888) olduğu söylenebilir.⁸² Carrara, Klasik Okulunu kurarken, eklektik bir yöntem izlemiş, hem toplumsal faydayı, hem de mutlak adalet (kefare) düşüncelerini esas almış, böylelikle toplumsal gereklilik ve adalet düşüncelerini bağdaştırmıştır.⁸³ Bağdaştırmacılarla beraber, ceza sorumluluğunun esası, cezaların ölçüsü ve infazı, tekerrür, teşebbüs, hangi fillerin suç olması gerektiği, ceza verme hakkının dayanağı gibi konularda fikir birliği sağlanmış ve modern ceza hukukunun teorik çerçevesi oluşmuştur.⁸⁴ Ama bağdaştırmacı yazarlardan hiçbiri, “okul” sıfatını kullanmamış, “Klasik Ceza Hukuku Okulu” adı, bu dönemin eleştirisini yapan Pozitivist Ceza Hukuku Okulunun düşünürleri tarafından koyulmuştur.

Klasik Ceza Hukuku Okulunun, Pozitivist Ceza Hukuku Okulu tarafından, “klasik” kelimesiyle nitelendirilerek adlandırılmasının nedeninin, 18. ve 19. yüzyılda Avrupa’da egemen olan, “Yeni-Klasikçilik” adlı sanatsal ve entelektüel akımda aranmasını gerektiğini düşünüyoruz. Yeni-Klasikçilik akımı, Aydınlanma felsefesi ve Fransız Devrimiyle çok yakın bağlantısı olan, sanatta geçmişte kalan üslupları (özellikle de hümanizm ve Rönesans ile ortaya çıkan, eski Yunan ve Roma’ya hayranlığın bir ifadesi olan klasikçilik akımını) canlandırma-

⁸² Hafızoğulları/Özen,s.126. Tahir Taner, Rossi’nin 1829 tarihli Ceza Hukuku (Traite de droit penal) adlı eseriyle Klasik Ceza Hukuku Okulunun ilk kurucusu olduğunu söylemektedir. (Taner, s.32)

⁸³ Demirbaş, s.77

⁸⁴ Dönmezer/Erman, s.61

rak, onları modern değerlere sahip çıkmak için kullanan, ahlakı ve akılcılığı ön plana alan bir akımdır.⁸⁵

Klasik Ceza Hukuku Okulu, 19.yüzyıl sonlarında ve 20.yüzyıl başlarında Yeni Klasik Okul adıyla önemli sayıda ceza hukukçusunu bünyesinde toplamıştır. Bu okul, klasik okulun bütün özelliklerini taşımakla birlikte pozitivist okulun itiyadı ve mükerrer suçlulukla ilgili düzenlemelerini ve güvenlik tedbirlerini bünyesine almıştır.⁸⁶ 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bu okulun eseridir.⁸⁷ Aynı zamanda, 21.yüzyılın son çeyreğinde, cezanın caydırıcılığını esas alan teorilerle birlikte, “neo klasik okul” adıyla yeniden gündeme gelmiştir.⁸⁸

A-Klasik Ceza Hukuku Okulunun Suça Bakışı

1- Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi

Kanunilik İlkesinin, teorik temellerini ilk ortaya çıkartan kişi, Montesquieu olmuştur. Montesquieu, bireyin özgürlüklerine, devlet gücünü elinde tutanlar tarafından yapılacak kısıtlamaların, ancak kanunla gerçekleştirilebileceğine işaret etmiş, kuvvetler ayrılığının keyfiliği önlemek için zorunlu olduğunu belirtmiştir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi de bu iki görüşün doğal sonucu olarak dolaylı yoldan Montesquieu'nun eserlerinde karşımıza çıkmaktadır.⁸⁹

⁸⁵ Stephen Little, ...izimler, Sanatı Anlamak, Yapı Yayın, 2006, İstanbul, s. 66 vd. Aynı zamanda, bu akımın en büyük sanatçısı ve ressamı için bkz. Jaques-Louis David (1748-1825)

⁸⁶ Demirbaş, s.78

⁸⁷ Hafızoğulları/Özen, s.127. Bu noktada, Türkiye Cumhuriyeti ve İslam âlemi açısından Aydınlanmanın yerini tartışabiliriz. İslam tarihinde bize göre en büyük Aydınlanmacı Gazi Mustafa Kemal Paşa'dır. Mustafa Kemal Paşa'nın önderliğini yaptığı Türk Devrimi, hayata geçirdiği hukuk devrimi ve harf inkılabıyla, modern kıyafeti kabulüyle, üniversiteleriyle Hasan Ali Yücel'in çevirttiği kitaplarıyla, köy enstitüleri gibi okullarıyla, laiklik ilkesini hayata geçirmesiyle bir kültür felsefesi olan Aydınlanmanın, cumhuriyetin gelecek nesilleri tarafından özümsemesini amaçlamıştır. Bu niteliğiyle Türk Devrimi bir kültür devrimidir ve Braudel'in de belirttiği gibi Türkiye'yi 20.yüzyılda Ortadoğu ülkelerinin acı kaderinden kurtaran da bu olmuştur.(Braudel, s.93)

⁸⁸ Osman Dolu, “Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinden Suçu Açıklama ve Önlene Kapasitesinin Değerlendirilmesi”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2009, Cilt:1,1 S.4,s.103 vd.

⁸⁹ Uğur Alacakaptan, İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Y., Ankara, 1958, s.4. Bu paralelde,

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini net bir şekilde ifade eden, ceza hukuku biliminin kurucu babası Beccaria'dır. 1764 yılında Suçlar ve Cezalar adlı eserinde *Beccaria*, hâkimlerin keyfi cezalar veremeyeceğini söylemiş, hükümdarınsa genel bir ceza kanunu yapabileceğinden bahisle, suç ve cezaların keyfi olarak belirlenmesine karşı çıkmıştır.⁹⁰ Roma hukukunda bulunmayan, Latince "*Nullum Crimen, nulla poena sine lege*." (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ifadesini kullanan ilk kişiyse Feuerbach'dır.⁹¹ Kanunilik İlkesine ilk yer veren Ceza Kanunu, idam cezasının da ilga edildiği, 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'dur.⁹² (dikkat edilirse, bu Kanun 1776'da Virginia Anayasası ve 1789 Fransız Devrimi arasında çıkartılmıştır.) Kanunilik İlkesine ilk yer veren ilk anayasa ise 1791 tarihli Fransız Anayasası'dır.

Parlamentonun çıkardığı ve bu nedenle maddi kaynağı halkın iradesi olan ceza kanunlarının, önceden ilan edilmelerinin sağlanarak ve aleyhe geri yürütülmelerinin bu ilke vasıtasıyla engellenerek, insanlara, hangi fiillerinin suç olduğunu öngörmeleri ve böylelikle kendi davranışlarını yönlendirmeleri imkânı tanındığı düşünülür.⁹³ Kanunlar, ilke olarak genel ve soyutturlar. Bu nedenle kanunilik ilkesine, sadece tipik fiili tanımladığı, failin ve fiilin soyut kaldığı eleştirileri getirilmiştir. Ancak, bir fiil tipikleştikçe soyutlaşır ve soyutlaştıkça genelleşir; genelleştikçe insanlara eşit olarak uygulanır.⁹⁴

Aynı zamanda bu ilke vasıtasıyla yargısal denetim yapılabilmekte ve böylelikle kuvvetler ayrılığı tesis edilebilmektedir. Bunun yanında, kanunilik ilkesi, hakimin kanun koyucunun alanına girmesini engel-

Magna Carta Libertatum(1215) ilanı ile ilk kez bir hükümdarın keyfiliği, İngiliz derebeylerin krallarının yetkilerini sınırladığı bu belgeyle azaltılmış ve bu belge hem ilk anayasal metin hem de kanunilik ilkesinin ilk çıkış noktası olarak doktrinca kabul edilmiştir.

⁹⁰ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, 2.Baskı, Güven Y., İstanbul, 1961, s.119

⁹¹ Ezgi Aygün Eşitli, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *TBB Dergisi*, 2013, S.104, s.230 vd.

⁹² Dönmezer/Erman, s.65.

⁹³ Aslında bu insan iradesine verilen değer ve bunun sonucunda ortaya çıkan iyimserliğin ürünüdür. Çünkü insanın rasyonel bir varlık olarak hareket edeceği düşünülür. Bu düşünüşün alt yapısı, Aydınlanma döneminin ekonomi politikasını ortaya koymuş olan Adam Smith'in (1723-1790) "piyasa" anlayışı ve "görünmez el" düşüncesinde gözlemlenebilir. (bkz. Adam Smith, *Milletlerin Zenginliği*, Türkiye İş Bankası Y., İstanbul, 2006)

⁹⁴ Kanunilik ilkesinin eleştirisi için bkz. M Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, İmge, Ankara, 2006, s.399-400

lemeyi, yani hakimın keyfiliğini de önlemeyi amaçladığından, ilke gereğince kıyas ve kıyasa varan yorum da yasaktır.⁹⁵

Dönmezer/Erman'ın dikkati çektiği üzere, kanunilik ilkesiyle beraber, hukuka aykırılık suçun bir unsuru haline gelmiştir.⁹⁶ Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi vasıtasıyla ki, suç ilahi bir olgu olmaktan çıkmış, dünyevi ve hukuki bir olgu haline almıştır. Bu ilke sayesinde, Kutsal Kitapların hükümleri değil, parlamentoların çıkardığı kanun hükümleri ihlal edilmekte, Hafızoğulları'nın deyimiyle hukuk düzeni bir kutsal kitabın naklettiklerinin dışında, akli ve dünyevi olarak algılanmaktadır.⁹⁷

Bu, felsefi, sosyal ve hukuki işlevleri, Aydınlanmanın siyasi prensiplerinin uygulanabilmesi için, kanunilik ilkesini dahiyane ve gerekli bir araç kılmaktadır. Yani devletin her türlü erki karşısında, birey, yönetenlerin ve yargılayanların keyfiliğinin kanunlarla önlenmesi amaçlanarak korunmaya çalışılmıştır.⁹⁸ Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, tüm bu özelliklerinden dolayı, Erem'in deyimiyle, Aydınlanmanın bir "siyasi özgürlük" aracı olarak karşımıza çıkmakta ve "hukuk devleti" olmanın bir şartı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yerini almaktadır.⁹⁹

2-Klasik Ceza Hukuku Okulunun Suç Teorisi

Klasik okul, suçu ilahi bir olgu olarak kabul etmemekte, dünyevi bir hukuki kavram ve kurum, yani fikri bir yapı olarak ele almaktadır.¹⁰⁰ Yani suç, bir hukuk kuralının ihlali olup, hukuki bir konudur. Bu nedenle Klasik Okul, suçu ve dolayısıyla suçluyu da soyut bir şekilde ele alır.¹⁰¹ Aslında bu soyutluk, yukarıda gördüğümüz gibi suçların ve

⁹⁵ Johnson/Wolfe/Mark, s.137

⁹⁶ Dönmezer/Erman, s.19

⁹⁷ Zeki Hafızoğulları, Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayıncılık, Ankara,1997.

⁹⁸ Bu bağlamda, idarenin keyfiliği kanuni idare ilkesiyle, yargının keyfiliği suçların ve cezaların kanuniliği ilkesiyle, yasamanın keyfiliği ise anayasalar ve çağımızda ek olarak anayasa mahkemeleriyle önlenmeye çalışılmaktadır.

⁹⁹ Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt1, 10.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s.15 vd.

¹⁰⁰ Hafızoğulları, Özen, s.127

¹⁰¹ Taner, a.g.e s.33

cezaların kanuniliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu soyutluğun diğer bir nedeninin de fiilin nedensel algılanışında yattığını düşünüyoruz. Aydınlanmayla birlikte evrenin mekanik algılanışı ve nedensellik ilkesi çerçevesinde, belirli hareketlerin belirli neticeleri verdiği düşünüldüğünden, fiil, objektif ve maddi bir unsur olarak algılanmıştır. Nesnel ve gözlemlenebilir olması soyutluğunun bir nedenidir.

Gerçekten de, Klasik Ceza Hukuku Okulunun suç genel teorisinde, hareket sadece belirli neticelerin oluşumuna neden olan, doğal ve nesnel bir olgu olarak ele alındığından, belirli bir değerden yoksundur.¹⁰² Böylelikle suçun maddi unsuru fiilden, objektif ve sübjektif unsurlarıyla geniş anlamda fiil değil, sadece dış dünyada gözlemlenebilen, hareket, illiyet bağı ve neticeden oluşan objektif bir bütün olan fiil anlaşılmaktadır.¹⁰³ Bu nedenle ilk önce maddi unsurun belirlenmesine gidilir. Daha sonra hukuka aykırılık ve kusurluluk ele alınacaktır. Günümüzde, failin fiilinin varlığı mahkemece kanıtlanamıyorsa, suçun sübuta ermediğine hükmedilmektedir.

Klasik Ceza Hukuku okulunun suç genel teorisi ilkel haliyle ikili ayrıma dayanır.¹⁰⁴ Buna göre suç kusurlu iradeyle işlenmiş beşeri fiildir.¹⁰⁵ Böylece suçun bu ikili ayrımı Kıta Avrupa'sında, maddi (objektif) unsur, hareket, illiyet bağı ve netice olurken, manevi unursa failin kusurluluğudur.¹⁰⁶ Nesnel nitelikteki fiili, faile manevi unsur bağlamaktadır. Bu ayrımda, hukuka aykırılık, zaten ihlale neden olan fiile mündemiç bir unsurdur. Anglosakson ülkelerinde ikili ayrım, maddi (dış) unsur (actus reus), manevi(iç) unsur(mens rea) olmak üzere en ilkel ve basit hale sahip olup, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde etkili olan ayrımdır.¹⁰⁷ Daha sonra Kant'la birlikte, Klasik suç genel

¹⁰² Klasik Ceza Hukuku Okulunun suç genel teorisinin eleştirisi için bkz. Özgenç, s.138 vd.

¹⁰³ Hafizoğulları/Özen, a.g.e s.188

¹⁰⁴ Türk Ceza Hukuku Doktrininde, Faruk Erem ve Nevzat Toroslu bu ikili ayrımı benimseyen düşünürlerdir. Aslında bunun, Platon'dan beri gelen antik bir düalizmin eseri olup dış dünya ile insan zihni arasındaki yapılan ikili ayrımın eseri olduğu söylenebilir.

¹⁰⁵ Hafizoğulları/Özen, s.189

¹⁰⁶ bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş Y., Ankara, 2012.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi ve suçun unsurlarının Kıta Avrupa'sındaki ayrımlarıyla karşılaştırılması için bkz. Fletcher; The Grammar of Criminal Law, Volume 1, Oxford U.

teorisinin, suçun unsurlarına “hukuka aykırılık” diye bir üçüncü unsur eklenmiş ve suç, hukuka aykırı kusurlu bir fiil olarak üç unsurla tanımlanmıştır.¹⁰⁸

İlkel toplumlarda sadece netice ile insan hareketi arasındaki maddi nedensellik cezalandırmak için yeterliydi.¹⁰⁹ İradi olmayan hareketlerin faile yüklenilemeyeceği ve akıl hastaları ile çocukların cezai sorumluluklarının olmadığı Aydınlanma öncesi çağlarda da, Eski Yunan’da ve Roma’da gözlemlenebilmiştir.¹¹⁰Burada Aydınlanmanın en büyük katkısı kişinin benliğine dikkat çekerek, insan aklına ve iradesine, insanın seçim yapma yeteneğine vurgu yaparak suçun bir unsuru haline getirmesi; bir anlamda kast ve taksir kalıplarıyla insan zihninin incelenmesini sağlamasıdır. Diğer taraftan Aydınlanma felsefesi, suç teorisinin nedensellik bağlantısı merkezli olarak ele alınmasına neden olmasındır.

İlk nedensellik teorileri ve suç açısından neticenin algılanışı da klasik okulun suç teorisi etrafında şekillenmiştir. Tabii nedensellikte neticeyi meydana getiren her münferit şartın aynı değerde olduğu düşünülmüş ama sonradan failin sorumluluğu, iradesiyle oluşturduğu şart nedenle sınırlandırılmaya çalışılmıştır.¹¹¹ Ek olarak, neticenin tabiatçı anlayışında, netice, hareketten sonra gelen ve dış dünyada algılanabilen, zamansal ve mantıksal olarak hareketten ayrı bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹²Bu bağlamda, gerek neticenin tabiatçı anlayışını gerekse de tabii nedensellik düşüncesini niteleyen “tabiat” kelimesi, Aydınlanma kökenli olarak ele alınabilir. Çünkü o tarihlerde bilime doğru evrimleşmekte olan doğa felsefesi, Bacon ve Newton’un etkisiyle maddi varlıklar arasındaki gözlemlenebilir ve dolayısıyla deneyimlenebilir, sebep ve sonuç ilişkilerini ele almıştır. Yani, Aydınlanma anlayışına göre, tabii(doğal) olan, “nesnel” olandır.¹¹³

Press, New York, 2007, s.43 vd.

¹⁰⁸ Üçlü ayırım aralarındaki ufak farklılıklarla birlikte öğretilerde, Tahir Taner, Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen ve Kayıhan İçel tarafından benimsenmektedir.

¹⁰⁹ Hafızoğulları/Özen, s.265

¹¹⁰ Aristoteles; Nikomakhos’a Etik, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2007, s.44; fiili hata içinse bkz. Devrim Güngör, Fiili Hata, Yetkin, Ankara, 2007

¹¹¹ Hafızoğulları/Özen; s.203 vd.

¹¹² Hafızoğulları/Özen; s.200

¹¹³ bkz. Outram, Aydınlanma

Gerçekten de Aydınlanmaya kadar maddi unsur, manevi unsurdan önce gelmekteydi. Hatta manevi unsur ikincil ve manevi unsura göre daha önemsiz kalmaktaydı. Aydınlanmaya kadar olan dönemde, hukukun gelişimi içinde failin iradesi, fiil kadar önemli bir unsur olmaya başlamıştır ama çoğu durumda suçun kurucu unsuru hala değildir. Aydınlanmayla beraber insan aklına ve bu bağlamda irade özgürlüğüne verilen değer, suçun manevi unsurunun maddi unsuru kadar önemli olmasına yol açmıştır.

İrade, failin hareketini önceleyen son zihinsel eylemdir ve bu bağlamda irade özgürlüğüne, bir kişinin hareket edebilme özgürlüğüne sahip olması, yani başka türlü davranma konusunda seçeneklerinin olması, bu seçenekleri seçme özgürlüğüne sahip olması ve böylelikle kendi eylemlerinin nedensel kaynağı olmasını ifade eder.¹¹⁴ Böylelikle iradi bir şekilde hareket eden kişi, kendi fiilinin nedeni sayılmıştır. Diğer adımdaysa, yine Aydınlanmayla beraber, insan iradesinin kusurlu olup olmadığının belirlenmesi yoluna gidilecektir. İşte kusurluluğun ilk anlayışı olan psikolojik anlayış, irade özgürlüğünün bu üç unsur üzerinde yapılan tartışmalar neticesinde şekillenmiştir.¹¹⁵

Aydınlanma öncesi dönemde failin kusurlu iradesi, kötü niyet, lanetlenmiş irade vb. gibi dini ve ahlaki kavramlarla tanımlanmıştır.¹¹⁶ Aydınlanmayla beraber manevi unsur maddi unsur kadar önemli hale geldiği ve suçun kurucu unsurlarından biri olduğu gibi, aynı zamanda dini ya da ahlaki nitelendirmelerinden arındırılmış, salt akli bir maksat/istek (mental intent) olarak ele alınmıştır.¹¹⁷ Bu nedenle Klasik Okul'da sorumluluğun esası manevi sorumluluktan doğan kusur olmuş, bir insanın kusurlu sayılabilmesi için irade özgürlüğüne ve temyiz kudretine sahip olması gerektiği düşünülmüştür.¹¹⁸ Böylelikle kusurlulukla ilgili ilk görüşleri barındıran, tabiatçı (psikolojik) anlayışın temelleri atılmıştır. Böylece kusurun konusu nedensel bir bağlantının

¹¹⁴ Özgür Küçüktaşdemir, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Seçkin, 2012, s.68 vd.

¹¹⁵ Bu tartışmalardan mücbir sebep, maddi cebir gibi hukuki kavramlar doğmuştur.

¹¹⁶ Elizabeth Wilson, "Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture", *New England Journal on Criminal&Civil Confinement*, Winter, 2013, Vol. 39, N.1, p.41

¹¹⁷ Wilson, a.g.m. s.41

¹¹⁸ Devrim Aydın, "Ceza Hukukunda Okullar", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 15, Nisan, 2011, s.48-49

eseri olan fiil olmakta ve burada failin fiile bağlı iradesi kusurluluk altında değerlendirilmektedir.¹¹⁹Bu paralelde, failin fiili hatası, bir kurum olarak Aydınlanmadan sonra ceza hukukunda yer bulmuştur.¹²⁰

Üçüncü eklenen unsurun “hukuka aykırılık” olmasının nedeni, Alman Klasik Ceza Hukuku Okulunun, zorunluluk halini ikiye bölerek, hukuka aykırılık ile mazeret nedenleri arasında Kant’ın ahlak teorisinin etkisiyle birlikte bir ayrıma gitmesidir.¹²¹ Kant iki deniz kazazedesini verdiği örneğinde, hayatta kalmak isteyen iki denizcinin bir kütüğe tutunabilmek için diğerini itmesini örnek gösterir. Diğer denizciyi iten, yaşamını kurtarmak için hipotetik buyruğa göre hareket edecek ama kategorik buyruğun bir amaç olan insanı öldürmeyi yasaklayan mutlak emrini ihlal etmiş olacaktır. Kant, bu çelişkiyi, Ahlak Metafiziği adlı eserinde çözümlenmiştir.¹²² Fail, kesin olan boğularak ölmeyi göze almak yerine, henüz kesin olmayan mahkemenin ceza hükmünü göze alacaktır. Bu nedenle de faili cezalandırmak akla

¹¹⁹ Hafızoğulları/Özen, s.265. Aynı sayfanın dipnotunda Hafızoğulları/Özen, Welzel’in “davranışın amaçsallığı” teorisine de değinerek, bu teoriyle, kastın fiile ait bir unsur olarak görüldüğünü, çünkü failin iradesi değerlendirilirken “amacının” esas alındığını, böylelikle “amaç” dendiğinde önceden belirlenmiş bir plan ve hedef söz konusu olacağından bunun hukukçuyu hukuk öncesi ontolojik verileri keşfetmeye çalışmaya iteceğini ifade etmektedir. Welzel’in öğretisi, Klasik Okulun Aydınlanmanın eseri olan suç genel teorisine bir eleştiri olarak değerlendirilebilir.

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, Devrim, Fiili Hata, Yetkin, Ankara, 2007.

¹²¹ Fletcher: Grammar of Criminal Law, s.49 Bu unsurun ortaya çıkış nedeni, yukarıdaki belirtilen, Kant’ın kategorik buyruk ve hipotetik buyruk ayrımından da anlaşılabilir. Şöyle ki, kategorik emirler koşullar ne olursa olsun aklın emri(nuemenal dünyaya ait) olduğu için ahlaken mutlak ve koşulsuz doğru olanı yani “olması gerekeni” yapmayı, hipotetik emirlerse dış koşullara(fenomenal dünyaya) uygun olanı yapmayı emreder. Bu bağlamda hukuk kuralları hipotetik buyruklar içinde değerlendirilmektedir.

¹²² Kant, eserinde,“Herhangi bir ceza kanunu yoktur ki gemi kazası geçirmiş birine kendi hayatını kurtarmak için, hayatı eşit derecede tehlikede olan başka birini, hayatını kurtaran tahtadan itmesi nedeniyle ölüm cezası versin. Bu durumda kanunun ceza tehdidi bu kişinin kendi can kaybından daha büyük değildir. Bu çeşit bir ceza kanunu, bunu yapmaya kastetmiş olanı etkileyemez çünkü hala kesin olmayan kötülük tehdidi(mahkemenin ölüm hükmü) kesin olan kötülüğe(boğulma) ağır basmamaktadır. Bundan dolayı birinin hayatının şiddet yoluyla kurtarılması halinde o kişi suçsuz olarak değerlendirilemez ama aynı zamanda cezalandırılmaz da ve değişik bir karşılıkla hukukçu bu öznel cezadan muaf olma halini objektif cezadan muaf olma halinden ayırt etmelidir. Zorunluluk hali için bir deyiş zorunluluk kanun tanımaz demektedir. Hiçbir zorunluluk olamaz ki bir ihlali hukuka uygun hale getirebilsin.”(Kant, The Metaphysics of Morals, USA, 2003, s.28) Aynı şekilde, bu bağlamda, “beklenemezlik ilkesi” de ele alınabilir.

uygun değildir; çünkü failin seçim şansı kısıtlandığından kefarecini ödeyeceği bir iradesi de yoktur.¹²³ Bu nedenle hukukçu, failin bu öznel halini, nesnel olan hukuka aykırılıktan ayırt etmelidir. Kısacası diğerini tahtadan iten fail cezalandırılmasa da fiili suç olarak kabul edilmelidir velev ki başka bir hukuk kuralı bu fiili hukuka uygun hale getirsin. Kant bunu adı geçen eserinde, “ Zorunluluk hali için bir deyiş zorunluluk kanun tanımaz demektedir. Hiçbir zorunluluk olamaz ki bir ihlali hukuka uygun hale getirebilsin” şeklinde ifade etmiştir.

Böylelikle objektif nitelikte olan ve bir haktan doğan hukuka uygunluk nedenleriyle, fiilin manevi (subjektif) unsuruna vurgu yapan kusurluluğu kaldıran nedenler ayırımına gidilmiştir.¹²⁴ Bu da hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak ele almayı gerektirmiştir. Yukarıda görüleceği gibi hukuka aykırılığın ayrı bir unsur olarak karşımıza çıkmasının birinci nedeni kanunilik ilkesiyse, ikinci nedeni, suçun manevi (subjektif) unsurunun Aydınlanmayla beraber kurucu unsur olmasıdır. Böylelikle, manevi unsura etki eden durumlar, kusurluluğu kaldıran haller olarak ayrı bir şekilde ele alınmıştır.

Aynı zamanda, manevi unsurun, maddi unsurla eşit öneme gelmesiyle birlikte, objektif sorumluluktan, subjektif sorumluluğa geçilmiştir. Manevi sorumluluğun öneminin artmasının diğer bir sonucuysa, aşağıda da değinileceği gibi, şahsi ceza sorumluluğunun benimsenmesidir ki, Fransız İhtilali’ne kadar cezaların şahsiliği ilkesinin hukuk düzenlerince bütünüyle kabul edilmediği ifade edilmektedir.¹²⁵ Sonuç olarak, Aydınlanma döneminde manevi unsurun ön plana çıkması hem suç teorisinin yeniden şekillenmesine yol açmış hem de suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

¹²³ bkz. Özgür Küçüktaşdemir, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012

¹²⁴ Günümüzde, bu bağlamda, meşru müdafaa, rıza, hakkın kullanılması ve üst değer/hakkın korunmasına dayanan zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedenleri olarak değerlendirilmektedir. Fiil bu nedenlerin varlığı yüzünden hukuka uygun hale geldiğinden failin beraati gerekecektir. Denk değerlerin ihlal edildiği veya mevcut koşullar içinde kişiden başka türlü davranılmasının beklenilemediği zorunluluk hallerindeyse, failin fiili suçtur ama kusurlu sayılamayacağından faile ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

¹²⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, 2009, s. 731

B- Klasik Ceza Hukuku Okulunun Ceza Sorumluluğuna Bakışı

Ceza sorumluluğu, başkasından fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk, kusurlu sorumluluk ve kişilik yönünden sorumluluk kavramları altında, ceza hukukunun tarihi kesitleri içinde çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır.¹²⁶ Eski, Orta ve Yakın Çağlara gelinceye kadar insanlar genel olarak sadece fiziksel hareketler sonucu ortaya çıkan zararlara göre sorumluluğu ele alıyorlardı.¹²⁷ Hatta bu dönemlerde, sadece failin hareketleri esas alındığından ceza da şahsileşmemiş ve başkalarının fiilinden dolayı da insanlar sorumlu tutulabilmiştir.

Güçlenen burjuva sınıfı için, ticaret yapabilmek ve serbest girişimin önünü açabilmek, mülkiyet ve yaşam hakkı, ifade hürriyeti gibi özgürlüklerinin genişlemesiyle mümkündü. Bu özgürlüklerin temelinde de irade hürriyeti yatıyordu. İşte irade hürriyetine verilen bu önem yavaş yavaş suçun manevi unsurunun ön plana çıkmasına neden olmuş ve bu da yukarıda değinildiği üzere cezaların yumuşatılmasına vesile olmuştur.¹²⁸ Doğal Hukuk Okulu, "kusursuz suç olmaz" (*nullum crimen sine culpa*) ve "kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz" (*cogitationis poenam nemo patitur*) ilkeleri arasındaki dengeyle hem kusurluluğun üzerinde durmuş, hem de failin davranışlarını dışa yansıyabilmesini esas alarak, en azından teşebbüsün oluşması şartını aramıştır.¹²⁹ Suçun manevi unsuruna verilen bu önem ve doğal hukukun yukarıdaki iki ilkesi aynı zamanda suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin de ortaya çıkışına vesile olmuştur.¹³⁰

Suç ve cezaların şahsiliği ilkesi, hiç kimsenin iradi bir davranışı bulunmadıkça, bu fiilin doğurduğu veya ona bütünüyle yabancı bir neticeden sorumlu tutulamaması anlamına gelmekteydi ama bu yine de ceza kanunlarında düzenlenmesi halinde failin sadece fiilinden ötürü, objektif olarak sorumlu tutulmasını engellemiyordu.¹³¹ Bu ne-

¹²⁶ Toroslu; 186 vd.

¹²⁷ Shaul Avinor, "The Fallacy Of The Conventional Theory On The Historical Development Of The Concept Of Criminal Liability", *Criminal Law Forum*, 2004 S.15, s.453

¹²⁸ Öztekin Tosun, *Suç Hukuku El Kitabı*, Göktaş Matbaası, İstanbul, 1979, s.10

¹²⁹ Dönemezer/Erman; s.215

¹³⁰ bkz. Özgür Küçüktaşdemir, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Seçkin, 2012, Ankara.

¹³¹ Muharrem Özen, *Objektif Sorumluluk*, US-A Y., Ankara, 1998, s.307

denle işlenen belirli bir fiil yönünden kusurluluk ilkesi 18.yüzyıl liberal ceza hukukunun en önemli aşamalarından biri olmuştur.¹³² Objektif sorumluluktan tam manasıyla subjektif sorumluluğa geçiş, suçlarda sorumluluğun kasta dayandırılması Aydınlanmanın eseridir.¹³³

Subjektif sorumluluk, insana ve aklına verilen değer bir ifadesi olup, kişinin seçim yapma ve bu seçimleriyle hayatını yönlendirmesine duyulan saygının eseridir. Bu düşünce Aydınlanmanın ürünü olan “modern” toplumların demokratik bir siyasi yapıya yönelimle de doğrudan bağlantılıdır.¹³⁴ Bu yüzden günümüz liberal demokratik hukuk düzenlerinin yasa koyucuları, objektif sorumluluk hallerini azaltmakla veya tümünden kaldırmakla övünmüşlerdir.

Bu bağlamda, Klasik Ceza Hukuku Okulu, suçu soyut olarak ele aldığı ve failin maneviyatına da dikkat ettiği içindir ki suç ile karşılığı olan ceza arasında belirli ve adil sayılabilecek bir oran aramıştır.¹³⁵ Böylece, ceza adaletinin sağlanmasında, “takdiri indirim nedenleri” gibi ceza hukuku kurumları ve kusurluluk yoluyla failin cezasının ağırlığının kademelendirilmesi yoluna gidilebilmiştir.

C- Klasik Ceza Hukuku Okulunun Cezalandırmanın Esasına Bakışı

1-Toplumsal Yarar(Faydacı Okul) Kuramına Dayanan Görüşler

Cezalandırmanın amacını cezadan beklenen toplumsal yarara bağlayan başlıca düşünürler Beccaria, Bentham ve Feuerbach’dır. Ama bu kuramı en net ifade eden kişi Bentham olmuştur.¹³⁶

Beccaria, insanların huzurunu toplumun huzuruna bağlamış, cezaların toplumun huzuru için gerekli olduğunu ve suçların topluma verdikleri zarar oranında cezalandırılmaları gerektiğini, cezaların ağırlığının değil suçların cezasız kalmasının suça teşvik ettiğini, söyleyerek toplumsal faydacılar arasında yer almaktadır.¹³⁷ Hatta

¹³² Özen, a.g.e., s.20

¹³³ Soyaslan, s.61

¹³⁴ N. Lacey, “Responsibility and Modernity in Criminal Law”, *The Journal of Political Philosophy*, 2001, C.9, S.3, s. 251

¹³⁵ Taner, s.33

¹³⁶ Dönmezer/Erman, s.56

¹³⁷ Demirbaş, s.75

Beccaria'nın hapis cezasıyla ve cezaevlerinin koşullarıyla ilgili görüşlerinde hümanist düşüncelerinden çok faydacı felsefesinin ağır bastığı söylenebilir.¹³⁸

Faydacı okulun kurucusu Bentham'a göre, insan, zevk ve elem arasından hangisinin kendisine maksimum faydayı vereceği üzerinde hesapta bulunarak hareket ettiğinden tüm ceza değerinin tüm zevk değerinden fazla olması, cezanın caydırıcı olmasına neden olacaktır.¹³⁹

Feuerbach (1804-1872)¹⁴⁰, toplumsal yarara cezanın genel önleme amacı ile ulaşabileceğini söylemiştir. ¹⁴¹ Alman Ceza Hukuku'nun başta Kant'a ve daha az olmakla birlikte de Hegel'e dayandığı söylenmekle beraber, aslında her iki filozofun etkilerinin sınırlı olduğu, modern Alman Ceza Hukuku'nun Feuerbach'a dayandığı ileri sürülmektedir.¹⁴² Günümüzde Alman Ceza Hukukundaki hakim ilke pozitif genel önlemedir ve böylelikle özel önlemenin ve ödetici adaletin olumsuz unsurları giderilmeye çalışılmıştır.¹⁴³

2- Sosyal Sözleşme Kuramını Savunan Görüşler

Cezalandırmanın meşruluğunu toplumsal sözleşmede bulan bu görüşü, Aydınlanma öncesinde, Hobbes'da ve Grotius'da, sonrasında da Rouessau ve Fichte'de¹⁴⁴ görüyoruz. Fichte ve Rousseau'ya göre bir

¹³⁸ Beccaria'ya göre cezaevinde hayvana dönüşen insan, topluma verdiği zararı kendi yorucu çalışmasıyla gidermektedir. Bkz. Emine Eylem Aksoy Retornaz, Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme, *TBB Dergisi*, 2014, Sayı 112.

¹³⁹ Dönmezer/Erman, s. 57

¹⁴⁰ Hegelcilik ve maddeciliği bağdaştırmış, materyalist bir düşünürdür. (Gökberk, s. 410) Aynı zamanda, sosyal sözleşme teorisinin içeriğini de Feuerbach'ın düşüncelerinde görmenin mümkün olduğu söylenmektedir. (Hassamer, s.189)

¹⁴¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.37

¹⁴² Markus Dubber, "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", *German Law Journal*, Vol., 2005, 06, No. 07, (1049 -1072),s.1063 vd. Dubber'a göre, Feuerbach her ne kadar kendini Kantçı olarak görse de, (hukuk ve ahlak ayrımında) Kant'ın aksine ödetici adaletten ziyade cezanın genel önleyici özelliğini savunmuştur. Bu nedenle Dönmezer/Erman düşünürü faydacı okul içinde değerlendirmektedirler. Biz yukarıda yazılanlar ışığında, Feuerbach'ın hem Alman idealizmini(ağırlıklı olarak) hem de faydacılığı kendi ceza hukuku düşünceleri içinde eriterek eklektik bir anlayışa vardığını düşünüyoruz.

¹⁴³ Dubber, a.g.m s.1070

¹⁴⁴ Fichte romantik döneme içinde değerlendirilse Kant ile Hegel arasındaki bir geçişi simgelediği söylendiği ve klasik okul içinde değerlendirildiğinden bu başlık altında kendisine yer verdik.

suç işlendiğinde sosyal sözleşmeyle varılan anlaşma ihlal edilmekte ve fail de bu nedenle cezalandırılmaktadır.¹⁴⁵

Rouessau'ya göre, kişiler kendi güvenliğini sağlamak için toplumun diğer bireyleriyle toplumsal bir sözleşme yapar ve devleti oluştururlar. Kişi, sosyal sözleşmeye katılarak bu sözleşmeyi ihlal ettiği takdirde cezalandırılabilirliğini kabul etmiş ve bu yetkiyi de topluma vermiştir.¹⁴⁶

Fichte (1762-1814)¹⁴⁷, hukukun toplumsal bir sözleşmeden doğduğuna inandığından "insanın asli/temel hakları" düşüncesini geliştirecektir.¹⁴⁸ Fichte'ye göre suç hukuk düzeninin bir saldırıdır ve devletin bu saldırının etkilerini gidermesi gerekir. Bu nedenle ve Fichte bireysel özgürlüğe çok önem verdiği için, kuramındaki devlet, cezalandırmak yerine eğiterek insanların toplum sözleşmesine uymasını sağlar.¹⁴⁹

3-Kefaret Teorisi ve Alman İdealistleri

Kant, mutlak adalet teorisini savunmuştur. Kant, kategorik buyruk çiğnendiğinde insanın pratik usunun bunun bir ceza gerektirdiğini hatırlatacağını, cezanın salt kötü bir nesne olarak kendi adına gerekli görülmesi gerektiğini söyleyecektir.¹⁵⁰ Kısacası, pratik us, kişinin, ceza ile kusurunun kefareti ödemesi gerektiğini buyurur. Bu nedenle de cezalandırma, mutlak ve kategorik bir zorunluluktur.¹⁵¹

Hegel (1770-1831)¹⁵², her ne kadar Romantik düşünce akımları dö-

¹⁴⁵ Soyaslan, s.65

¹⁴⁶ Dönmezer/Erman, s.54-55

¹⁴⁷ Kant'ın kategorik buyruğu yerine vicdan kelimesini koymuş ve toplumdaki bireylerin birbirleri arasındaki ilişkinin, rasyonel bir varlık olarak diğerlerinin özgürlüklerini tanıdıkları oranda hukuka dayanacağını belirtmiştir.(Duning, s.199) Fichte, aynı zamanda, özgürlüğün bireysel değil toplumsal da bir gerçek olduğunun altını çizicek, Herakleitos'dan sonra diyalektik yöntemi kullanan ilk düşünür olacaktır.(Hançerlioğlu; s.256 vd)

¹⁴⁸ Gökberk, s. 375

¹⁴⁹ Carl Von Bar, History of Continental Criminal Law, The Law Book Exchange, USA, 1999, s.424 vd.

¹⁵⁰ Kant, Pratik Usun Eleştirisi, 5.Baskı, Say Y., İstanbul, 2001, s.65 vd.

¹⁵¹ Dönmezer/Erman, s.58,59

¹⁵² Hegel, insanın doğal durumunda, özgürlüğün dolaysız bir şey olmayıp kazanılması gereken bir şey olduğunu düşünmekte, doğal durumun aslında dizginlenmemiş içgüdüler ve şiddetten oluştuğunu, bununsa en başta devlet tarafından

nemine girmekte ise de, hem cezalandırma konusunda Kant'ı takip ettiğinden, hem düşüncelerinin kökeni Aydınlanmaya dayandığından burada değinme gereği duyduk.¹⁵³ Hegel, insanın irade hürriyetinin ve bunun doğal sonucu olan eylemlerinden sorumluluğunun altını çizer ve yalnızca hayvanların gerçek anlamda sorumsuz ve suçsuz olabileceklerini söyler.¹⁵⁴ Kısacası Hegel'e göre, her bir haksız saldırı veya ihlal, bir hakkın inkârıdır ve her savunma veya ceza ise hakkı inkâr eden saldırının ret ve inkârı olarak hakkın doğrulanmasına vesile olmaktadır.¹⁵⁵

Sanayi Devrimi ve pozitif bilimlerdeki gelişmeler, felsefenin etkisini azaltmış, Hegel okulunun çözülmesiyle pozitivizm felsefi düşüncesi hakim olmaya başlamıştır.¹⁵⁶ Böylece, tabii hukukun eleştirisinden, Aydınlanmanın diğer bir ürünü Pozitivist Ceza Hukuku Okulu doğmuştur.

4-Karma Teori

Faydacı ve idealist teorilerin birleştirilmesiyle kurulmuş olup, Fransa'da Rossi¹⁵⁷, İtalya'da Beccaria, Almanya'da Geyer gibi düşünürler öncülüğünü yapmıştır. Bu görüşe göre suçların cezalandırılması toplumsal barışın korunması açısından faydalıdır ancak cezalandırma adaletli olmalıdır.¹⁵⁸ Yine de, teorinin saydığımız, başlıca savucularının kimisi toplumsal faydayı kimisi ise adaleti ön plana almıştır.¹⁵⁹

dizginlenmesi gerektiğini söyleyerek Hobbes'un doğal durumuna yakınlaşır. (G.W.F. Hegel, Tarihte Akıl, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1995, s.116) Romantizm döneminde Hegel, bilginin her zaman bağlama tabii olduğunu, her zaman çatışma halindeki düzlemlerin koşulları sonucu oluşacağını söyleyecektir. 19.yüzyıl sonları, arkeologlar ve Darwin, böylelikle fizikçilerin öne sürdüğü gibi mutlak evrensel yasalar aramak yerine belirli koşullardaki evrimci gelişmenin şartlarını araştırdılar. (McNeil, s.673) Böylelikle 80 yıldan uzun bir süre Alman idealizmi felsefi dünyanın fikirler tarafından kurulduğunu söyleyecektir.

¹⁵³ Beccaria'nın ünlü Suçlar ve Cezalar Hakkında adlı yapıtı, Katolik Kilisesi'nin baskısıyla Almanya'da uzun yıllar yasaklı kitaplar listesinde kalmış, Kant ve Hegel'in kefaret teorisini geliştirmeleriyle birlikte bu yasak ancak kalkmıştır. (Demirbaş, İnfaz Hukuku, s.123)

¹⁵⁴ G.W.F Hegel, Tarihte Akıl, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1995, s.107

¹⁵⁵ Muharrem Özen, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Yetkin, 1995, s.37

¹⁵⁶ Gökberk; s. 410

¹⁵⁷ Rossi'nin görüşleri için bkz. Dönmezer/Erman, s.61

¹⁵⁸ Demirbaş, s.77

¹⁵⁹ İlhan Üzülmöz, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", *AÜEH Dergisi*, 2001, C. V. S. 1-4, (s.259-294), s.269

Yani kimine göre cezalandırmanın meşruluğu adalete dayanmakta ve toplumsal faydayla sınırlıyken, kimine göre tam tersidir.¹⁶⁰

Karma teoriyle beraber modern ceza hukuku bilim halini almıştır.¹⁶¹ Ceza hukukunun, kusurluluk, isnat yeteneği, takdiri hafifletici nedenler, cezanın kusurla orantılı olarak verilmesi gibi ceza hukuku ilke ve kurumları yerleşmiş, bu teori 19.yüzyıldan itibaren de çeşitli ülkelerin ceza kanunlarını etkisi altına almıştır.¹⁶² Aydınlanmanın bir ürünü olan karma teorinin amacı, insan temel hak ve özgürlüklerine hiçbir şekilde tehlikeye düşürmeden, her zaman temel hak ve özgürlükleri önceleyerek, ceza vasıtasıyla toplumsal düzeni savunmaktır.¹⁶³

D- Aydınlanma Bağlamında Etik, Suç Siyaseti ve Ceza Adaleti İlişkisi

Önceki başlıklarda da değinildiği üzere, bilimin doğal konusu olan “doğa”, doğa felsefesindeki gelişmeler neticesinde Aydınlanmanın etik ölçütü olarak tanımlanmıştır.¹⁶⁴ Bu yüzden doğal hukukçular, pozitif hukukun tabii hukuka uygun olması gerektiği varsayımıyla hareket etmektedirler.¹⁶⁵ Bu nedenle, hukuk felsefesi doğmuş, düşünürlerine göre kimi zaman ahlaki kimi zaman ideolojik temel alan bu hukuk bilim dalı, değerler âleminde faaliyet gösterip, hukukun ne olması gerektiğini incelemiştir.¹⁶⁶ Günümüzde dahi hala, hukuk devleti olabilmek için, sadece idarenin, suçun ve cezanın kanuniliği ilkesiyle mi yetinileceği, yoksa pozitif hukukun başka ilkeleri de içermesinin gerekir gerekmediği hukuk felsefecileri tarafından tartışılmaktadır.¹⁶⁷

Hangi fiillerin suç olduğu sorusuna uzun yüzyıllar boyunca en basit ve ilkel yanıtlar olan, birbirleriyle iç içe geçmiş din ve ahlak kurallarını ihlal eden davranışlar cevabı verilmiştir. Aydınlanmayla beraber suç dünyevi bir olgu olarak algılanmaya başlanmasıyla din artık

¹⁶⁰ Demirbaş, s.77

¹⁶¹ bkz. Zeki Hafızoğulları “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları”, *AÜHF Dergisi*, 1978, C.35, S. 4, s.235-279

¹⁶² Taner, s.33

¹⁶³ Dönmezer/Erman, s.62

¹⁶⁴ Outram, s.119 vd.

¹⁶⁵ Hafızoğulları/Özen, a.g.e s.126.

¹⁶⁶ Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Y., Ankara,1998, s.10-11

¹⁶⁷ bkz. *Hukuk Devleti: Siyasi Bir İlke, Hukuki Bir İdeal*, Ed. Çoban/Canatan/Küçük, Adres Yayınları, Ankara, 2008

yanıt olmaktan çıkmıştır.¹⁶⁸ Bu nedenle hemen sonrasında rasyonel doğal hukukçulara göre uzun süre suç ahlaka aykırı olan fiil olarak algılanmıştır.¹⁶⁹ Çünkü, doğal hukukçulara göre irade özgürlüğüne sahip insan iyi veya kötü arasında seçimde bulunur ve bu da toplum halinde yaşayan insanın etik yapısını ortaya koymaktadır. Bu nedenle uzun süre ahlak kurallarıyla ceza hukukunun çakıştığı düşünülmüştür ama tabii hukuk en büyük sınavını Kant ile yaşamıştır.¹⁷⁰

Her ne kadar, ceza hukuku normlarının bir dönemin kristalize olmuş ahlakı veya her suçun bir ahlak ihlali olduğu düşüncesini savunanlar günümüzde hala olsa da, suçlara ahlaki açıdan bakan tabiatçı anlamda suçluluk ile yasal suçluluk, adam öldürme, hırsızlık vb. "mala inse" suçlar dışında örtüşmemektedir.¹⁷¹ Gerçekten de kanun koyucunun koyduğu bir çok suçun ahlakla bağlantısı olduğu söylenemez.¹⁷²

Ahlak ve hukuk ilişkisine etkileri günümüze kadar süren en büyük faydayı Kant yapmıştır. Faydacı hukuk okuluysa, ahlak ve hukuk ilişkisinde farklı bir şekilde ilerleyecek, İngiliz İçtihat Hukuku bu konuda uzun süre net bir ayırım koyamayacaktır.¹⁷³ Kant, ahlak ve hukuk arasında ayrıma gitmiştir. Kant, doğal hukukun ahlaksal olana yani kategorik buyruğa bağlı ve içsel olduğunu, pozitif hukukun ise hipotetik bir buyruk olduğunu, kaynak ve makam olarak dışsal kaldığını

¹⁶⁸ Aslında dinin aklileştirilme çabaları, 20.yüzyıla kadar hala Anglosakson mahkemelerinin Hıristiyan ahlakına değindikleri kararları değerlendirildiğinde, en azında ahlak alanından dini çıkarmak çok kolay olmamıştır. Ama bu noktada yazının devamında da bahsedileceği üzere Kant büyük bir yol gösterici olarak görülebilir.

¹⁶⁹ Yukarıdaki önermemize örnek olarak, Rousseau'nun devletin amacını ahlak kuralları çerçevesinde özgürlüğün korunması olduğunu düşünmesi verilebilir. Yine suçu ahlaki açıdan ele alan tabiatçı anlamıyla suçluluk(misal mala inse suçlar) ile yasal suçluluk (misal,mala prohibita suçlar)ayrımındaki "tabiatçı" kelimesi de bu bağlamda düşünülebilir. Aynı şekilde, yukarıdaki hususa, Kant'ın kategorik buyruğunun doğal hukuk okulu bağlamında değerlendirilmesi de örnek olarak verilebilir.

¹⁷⁰ Mannheim; a.g.e s.46

¹⁷¹ Toplumsal yaşamdaki iş bölümü sanayi devriminden sonra son derece artmış ve çeşitlenmiş, devletin görev ve işlevleri de aynı oranda çoğalmış ve bu bağlamda, "mala in se" suçlar, "mala prohibita" suçların yanında azınlıkta kalmıştır.

¹⁷² Toroslu, Genel Kısım, s.24

¹⁷³ Faydacı felsefe ve ahlak ilişkisi için bkz.(Fletcher, a.g.e s.193-198.) Faydacı Okula mensup İngiliz Ceza Hukuku'nda da eşcinsel cinsel ilişki fiiliyle ilgili benzer bir ahlak tartışması 20.yüzyılda yaşanmıştır. İngitere'de konuyla ilgili yaşanan Lord Devlin ve H. L. A. Hart tartışması için bkz. Mannheim, Comparative Criminology, Houghton Mifflin Co.,Great Britain, 1965, s.53 vd.

belirtmektedir.¹⁷⁴ Ama Kant'ın deontolojik ve laik ahlak felsefesi bize pozitif hukukun kanunlaştırılması sırasında yasa koyucu tarafından uyulması gereken bazı ilkeler olabileceğini ifade etmektedir.

Bir pozitivist olan Hafızoğulları'nın da belirttiği üzere, ceza normları, olanı değil olması gerekeni ifade ettiklerinden etik/siyasi bir değerlendirmenin ürünü olan bir değer hükmüdürler ve bu bağlamda ceza hukuku belirli bir toplumsal gerçeklik üzerine oturan değerler bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷⁵ İşte bu etik ve siyasi değerlendirmenin siyasi kısmını, suç siyaseti oluştururken, etik kısmını ise laik ahlakı yaratan Kant'ın ahlak felsefesi oluşturmaktadır. Suç siyaseti, suça ilişkin kanunların yapılmasını, uygulanmasını, infazını, suça ilişkin sosyal tepkilerin belirlenmesini kapsayan bir uygulama disiplini olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷⁶ Batı Uygarlığında, suç siyaseti belirlenirken, Aydınlanmanın politik ilkelerinden yararlanılmaktadır. Kant'ın seküler ahlak felsefesi ise bu siyasetin etik çerçevesini çizmekte ve aynı zamanda ceza adaletinin sağlanması için de bize yol göstermektedir. Kant'ın ahlak felsefesinin, bu etik/siyasi değerlendirmenin etik kısmı ve dolayısıyla ceza adaleti açısından en önemli unsurları, beraberinde getirdiği "insan onuru", "insan hayatının değeri" ve "eşitlik" kavramlardır.¹⁷⁷

İnsan onuru kavramı, Kant'ın hukuk üstüne yaptığı çalışmalarında açık bir şekilde dile getirilmemekle birlikte, bu kavram İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, AİHS gibi metinlerle anayasal ve mutlak bir değer olarak geliştirilmiştir. Kant'ın ahlak yasası ve bu bağlamda insanın bir araç olarak değil bir amaç olarak görülmesi gereği esas alınarak, insan onuru kavramı evrenselleştirilmeye çalışılmış ve böylelikle insan hakları hukukunun felsefi temelleri Kant'ın düşünceleriyle ortaya çıkmıştır.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Öktem/Türkbağ, s.167

¹⁷⁵ Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu, US-A Y., Ankara, 1996, s.11,12

¹⁷⁶ Mustafa Tören Yücel, Yeni Türk Ceza Siyaseti, İmge, Ankara, 2011, s.22

¹⁷⁷ Fletcher, Grammar of Criminal Law, s.198 vd. Evrenselden yerele inildiğinde, Aydınlanmayı benimsemiş hukuk düzenlerinde bulunan, hakkın kötüye kullanılması (abus de droit) kavramında yine Kant'ın felsefesinin izlerine rastlıyoruz. (Fletcher, Grammar of Criminal Law, s.202 vd.) Yine, liberal demokratik hukuk devletlerinin anayasalarında bulunan, temel hakların özüne dokunacak düzenlemelerin yapılamayacağı ilkesi de bu bağlamda düşünülebilir.

¹⁷⁸ Fletcher, Grammar of Criminal Law, s.202 vd. Örnek olarak belirtmek gerekir ki günümüzde AİHM'ne taşınan birçok insan hakları ihlali cezai uyumsuzlukların

İnsan hayatının değeriye, idam cezasının reddedilmesinde, savaş hukukunda ve ceza hukuku açısından en temel şekliyle, meşru müdafaa, zorunluluk hali gibi durumlardaki oranlılık şartında karşımıza çıkmaktadır.¹⁷⁹ Bunun nedeni, gerek meşru müdafaa, saldıran kişinin, gerekse zorunluluk halinde hakkı ihlal edilen üçüncü kişinin insan olarak bir değeri ve yaşam hakkı en son ihlal edilecek en üstün değer olmasıdır.

Eşitlikse aslında önceki iki kavramın sonucudur. İnsan onurlu bir varlıktır ve bu onuru paylaşan her kişi diğer insanlarla birlikte kanunlar karşısında eşit olmalıdır. Eşitlik ilkesi cezalandırmada (aslında kanunilik ilkesi bu açıdan eşitliği sağlamaktadır) ve daha belirgin bir şekilde ceza yargılamasında (silahların eşitliği, tabii hâkim ilkesi gibi) karşımıza çıkmaktadır.¹⁸⁰ Bu bağlamda belirtmemiz gerekir ki, ceza genel hukuku kurumlarının birçoğunun ilkel hallerini Aydınlanmadan önce de (örneğin Roma Hukukunda, özellikle de Roma Özel Hukukunda¹⁸¹) gözlemleyebiliyorken, ceza muhakemesi hukuku ilkelerinin neredeyse hiçbirini Aydınlanmadan önce göremediğimizi söyleyebiliriz. Çünkü ceza hukukunda reformu savunan Aydınlanmacı düşünürler, ceza adaletini sağlamak için aynı zamanda bireyin özgürlüklerini hiçe sayan, Engizisyon'dan kalma tahkik sistemini de şiddetle eleştirmişler ve reforma tabii tutmuşlardır. Karma sistemin, masumiyet karinesi, silahların eşitliği, adil yargılanma, savunma hakkı, yasal hakim güvencesi, tutuklu ve hükümlü ayrımı, jüri, işkence yasağı gibi birçok kurum ve ilkesi Aydınlanmacıların eseridir.¹⁸² Aynı zamanda, Aydınlanmayla beraber, suçun, ilahi amaçlarla değil de sosyal amaçlarla cezalandırılır olması, insan aklına ve mantığına duyulan derin güven, hakimin delilleri serbestçe takdir ederken vicdani kanaatini kullanmasının beklenmesine neden olduğu söylenebilir.¹⁸³

Bu anlamda, Aydınlanmayla birlikte ceza adaletinin sağlanmasının

yargılanmasından veya infazından kaynaklıdır.

¹⁷⁹ Fletcher; Grammar of Criminal Law, s.203

¹⁸⁰ Fletcher; Grammar of Criminal Law, s.203 vd.

¹⁸¹ Bu durumda alt yapı üst yapı ilişkisi esasında düşünülebilir. Bir savaş ve ticaret imparatorluğu olan Roma'da en kapsamlı şekilde borçlar hukuku gelişmiştir. Borçlar hukukunda geliştirilen kavramlar, ceza hukukuna taşınmış olabilir. İrade, hata, kusur vb.

¹⁸² Johnson/Wolfe/Mark, s.136 vd.

¹⁸³ bkz. Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin, Ankara, 2002.

da insancılık artmış, cezaların niteliği tartışılmaya açılmış, cezaların failin kusuruyla orantılı olması aranmış ve insan hayatı korunması gereken bir değer olarak ele alınarak Ortaçağın işkenceyle karışık seyirlik idam cezaları kaldırılmıştır.¹⁸⁴ Örneğin Almanya'da Aydınlanma Çağının sonlarında, hümanist anlayışın etkisiyle bedeni cezalar hürriyeti bağlayıcı cezalarla değiştirilmiştir.¹⁸⁵

Fakat, Foucault'a göre ceza siyasetindeki bu değişimin nedeni, tek başına Aydınlanmanın siyasi ilkeleri ve dolayısıyla insan onuruna verilen değer olamaz. Çünkü Aydınlanmayla beraber insanın zihninin öne çıkmasıyla, insan bedeni ceza ile yıldırmanın ana hedefi olmaktan çıkmıştır.¹⁸⁶ Aydınlanmayla beraber, hapishaneler yoluyla ve insanın bedeni kullanılarak zihnine etki edilmeye çalışıldığı bir döneme girilmiştir.¹⁸⁷ Foucault, Aydınlanma felsefesinin infaz tekniklerine etkisini açıklamak için simgesel bir örnek de bulmuştur ve bu da Fransız Devrimi ile adını duyuran giyotindir. Deney ve mantığın eseri, matematiksel hesaplamalara ve sabit mekanik araçlara dayanan bir makine olarak giyotin, tek bir darbeye adeta bedene hiç dokunmadan ve de insanın canını hiç acıtmadan hayatına son vermektedir.¹⁸⁸

Foucault'a göre, Aydınlanmaya kadar, fiilin gözlemlenebilir olması yeterlidir. Yani fiilin gerçekliğinin ortaya koyulması, failin belirlemesi ve faile yaptırım uygulanmasıyla ceza yargılaması tamamlanmaktadır. Ama Aydınlanmayla beraber, failin maneviyatının suçun kurucu bir unsuru haline gelmesi, suç oluşturmanın nedensel sürecin, failin bu süreç içindeki yerinin de belirlenmesi zorunluluğunu doğurmuştur.¹⁸⁹ Bu sayede, yeni ceza muhakemesi kurumları, sorgulama teknikleri, failin temyiz kudretinin tespiti yöntemleri, adli tıp gibi bilim dallarının doğduğu ileri sürülebilir. Artık diğer bilim dalları ve bu dalların uz-

¹⁸⁴ Milan Zafirovski, *The Enlightenment and Its Effects On Modern Society*, Springer, USA, 2011, s.263

¹⁸⁵ Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2008.

¹⁸⁶ Foucault, s. 39. Gerçekten de, 18.yüzyılın sonlarından itibaren halkın gözü önünde yapılan, kızgın yağ dökülerek, kazığa oturtularak, yakılarak, uzuvlar parçalanarak icra edilen idam cezaları hukuk düzenlerinden kaldırılmıştır.

¹⁸⁷ Bunun yanında cezanın toplumsal bir savunma aracı olarak görülmesi, Aydınlanma döneminde gelişmekte olan bilimsel araştırma teknikleri ve Aydınlanmacıların cezaların meşruluğu üzerine yaptıkları tartışmalar ışığında cezaların niteliğinin değişmesi, ceza biliminin (penology) doğmasına neden olmuştur. (Johnson/Wolfe/Jones, s.135 vd.)

¹⁸⁸ Foucault, s.46

¹⁸⁹ Foucault, s.54

manları da yargılamanın içinde yer almakta, diğer bilim dalları yargılamanın bir parçası olduğu ölçüde ispat hukuku da gelişmektedir.¹⁹⁰

İnsan aklının kutsallaştırılması ve evrenin mekanik algılanması karşısında, insan duygularının geri plana atılması, insan zihninin ön plana çıkmasıyla ona yapılan müdahalelerin, yani yargılama, cezalandırma ve ıslah tekniklerindeki uzmanlaşmanın, Ortaçağın işkencelelerinden daha ağır bir zihinsel eza verme tehlikesi, bireyin kendi kişiliğinden arındırılarak bireyselliğinin elinden alınması, gibi olasılıklar her zaman vardır. Foucault¹⁹¹ ve diğer Aydınlanmayı eleştiren post yapısalcı düşünürlerin dikkat çektikleri hususlar¹⁹² karşısında bizce hala Kant'a başvurulabilir. Çünkü Kant'ın düşünceleri, günümüzde, insan hakları kavramına dayanılması, yasaların yapımında ve uygulanmasında, etik bir değer olarak insanın temel alınmasının savunulmasını sağlamıştır.¹⁹³Bu da bizim en büyük umudumuzdur.

¹⁹⁰ Bizce, günümüzde, ceza muhakemesindeki bilirkişilik kurumu bu çerçevede düşünülebilir. Bu bağlamda Foucault, Hapishanenin Doğuşu adlı eserinde, artık yargılamanın aslında perde arkasında hukukçulardan çok teknik uzmanların elinde olduğu eleştirisini getirmektedir.

¹⁹¹ Foucault da, insanın doğal bir özü olduğu, "insan onuru" gibi liberal demokratik devletlere ait kavramların bütün bir insanlık tarihi göz önüne alındığında son derece yeni ve küçük bir alanı kapladığını ileri sürecektir. Foucault, iktidar ve bilginin karşılıklı olarak suç ortaklığı içinde olduğunu ileri sürer ve Foucault'a göre toplumsal kontrol sistemleri Aydınlanmadan itibaren beşeri bilimlerle birlikte geliştiğini belirtir. (bkz. Gutting; Foucault, Dost Kitabevi, Ankara, 2010)

¹⁹² Lyotard'ın "büyük anlatıların çöküşü" fikri Aydınlanmanın doğrusal ilerleme fikrini kendisini sarsacaktır. Lyotard, Horkheimer'le birlikte yazdığı çalışmasında Aydınlanmanın olguların şüpheli ve eleştirel ele alınması olarak kavranan usun kendi kendini yıkıma uğrattığını ileri sürmüştür. (Bottomore, Frankfurt Okulu ve Eleştirisi, Say Y., İstanbul, 2013, s.22) Gerçekten 2.Dünya Savaşı'nı yaşayan insanoğlu nasıl bir ilerleme sergilemiştir? Aydınlanmanın özgürleşme ve servet yaratımı hayalleri gerçekleşti mi sorusunu sormuştur. Gelişmekte olan ülkeler göz önüne alındığında kısmen cevabını verebiliriz. Diğer bir eleştiri de Derrida'dan gelecektir. Evren akli algılanırken, farklı akıllarla farklı algılanabilir miydi? İşte Derrida bunu sorgulayacaktır. Aynı zamanda aklın ürünü olan bilgiyi taşıyan dil yapılarının kendileri bilgiyi ifade etmek açısından ne kadar güvenilir ve anlaşılabilirlerdir? Aydınlanmayı sorgulayan post modern düşüncenin ceza hukukuna somut ne gibi bir katkısı olabilir? Bizce sadece uygulama ve teorinin eleştirilmesinde ya da yeni cezalandırma ve infaz yollarının bulunmasında katkıları olabilir. Gerçekten de somut olaylar karara bağlanırken her karar bir yorum işi olarak belirli bir siyasal bağlamda gerçekleştiğinden nesnel ve nötr ilkeler aramak yanılsama olacaktır. (Ahmet Türkbağ, İki Soruda Post-Modernizm ve Hukuka Yansımaları, İÜHFİM, 2003, C.LXI. S, 1-2, (175-183),s.182) Günümüz Türkiye'si'nin Balyoz ve Ergenekon adlarıyla anılan vb. tarihi ceza davaları da bu düşünceyi doğrular niteliktedir.

¹⁹³ bkz. İonna Kuçuradi, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, TFK, Ankara, 2007

V- SONUÇ

“Aydınlanma Akımı Başarılı Oldu Mu ve Devam Ediyor Mu?” sorusunun cevabını aramalıyız ki, Aydınlanma üzerine yapılan tartışmaları somut sonuç ve amaçlara yönlendirebilelim. İster Kant ve Hegel gibi Aydınlanmanın ürünü felsefeciler olsun, isterse de Aydınlanmanın eleştirisini yapan, Foucault, Adorno, Horkheimer gibi post modern akımın düşünürleri, bütün bu düşünürlerin hepsi Aydınlanmanın günümüzde henüz etkinliğini yitirmemiş bir tarihsel çağ olduğu inancıyla yazdılar.¹⁹⁴ Standartlaşma, bürokratik modeller, ticaretin ve finans kapitalin oluşumunu sağladığı küreselleşme, modernleşme, ilerlemeye ve maddi zenginleşmeye duyulan inanç bugün bize hala Aydınlanma ideallerinin ufak değişikliklere uğramış da olsa sürdüğünü göstermektedir.¹⁹⁵

Günümüz filozoflarından Habermas, Aydınlanmanın yılmaz savunucularından biridir. Çünkü Aydınlanmayla beraber akıl otoriteyi ve metafiziği yenilgiye uğratmıştır ve Aydınlanmanın ideallerine sadık kalınmazsa modernite projesinin çökeceğini ileri sürmektedir. Gerçekten de II. Dünya Savaşı sonrası Doğal Hukuk Okulu tekrar bir canlanma yaşamıştır.¹⁹⁶ Çünkü Tabii Hukuk Okulunun savunduğu ilkelerin olmadığı bir hukuk düzeni, totaliter ve/veya teokratik bir hukuk düzenidir ve daha iyi, farklı bir hukuk düzeni bulunamamıştır.¹⁹⁷

Günümüzde hala Klasik Ceza Hukuku Okulunun öğretileri önemli bir yer tutmaktadır. Kanunilik ilkesinin yanı sıra, bugün insan hakları kavramını Tabii Hukuk Okuluna borçluyuz. Liberal demokratik devlet düzenlerinin temelinde bugün hala Tabii Hukuk Okulunun ilkeleri yatmaktadır. Ceza Kanunları açısından da aynı durum geçerlidir. Şu an için elimizde daha iyisi olmadığı sürece Aydınlanma felsefesi hem onu savunanların, hem de onu eleştirenlerin önlerini aydınlatmaya devam edecektir.

¹⁹⁴ Outram, s.24.

¹⁹⁵ Outram, s.25

¹⁹⁶ bkz. Hamide Topçuoğlu, 20.Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı, İstiklal Matbaacılık, Ankara, 1953.

¹⁹⁷ bkz. Zeki Hafızoğulları, “Hukuk Devleti”, (<http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/Hukuk%20Devleti.doc>) Erişim Tarihi: 19.12.13, 00.04)

KAYNAKÇA

- Acar Bülent, Türk Hukuk Düzeninin Temel Normunun Korunması Sorunu, US-A, Ankara, 2010
- Akipek İlhan, "John Locke'un Siyasi Fikirleri" , (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1953-10-01-04/AUHF-1953-10-01-04-Akipek.pdf>, Erişim Tarihi: 10.12.2013, 05.24)
- Alacakaptan Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensipleri, AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Y., Ankara, 1955
- Aristoteles Nikomakhos'a Etik, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2007
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, 2009
- Avinor Shaul, "The Fallacy Of The Conventional Theory On The Historical Development Of The Concept Of Criminal Liability", Criminal Law Forum, 2004 S.15
- Aydın Devrim, "Ceza Hukukunda Okullar", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 15, Nisan, 2011
- Başgül Emin, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, Sayı: 2010/4, (s.79-101)
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar, 2.Baskı, Güven Y., İstanbul, 1961
- Boas Maria/Hall Rupert, "Newton's Mechanical Principles", Journal of the History of Ideas, Vol. 20, No. 2 (Apr., 1959), pp. (167-178)
- Braudel Fernand, History of Civilisations, Penguin, England, 1995
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2011
- Crocker Lester, "Interpreting the Enlightenment: A Political Approach", Journal of the History of Ideas, Vol. 46, No. 2 (Apr. - Jun., 1985), (pp. 211-230)
- Decartes Yöntem Üzerine Konuşma, Bulut, İstanbul, 2010
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2010
- Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin, Ankara, 2008
- Doehring Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap, Ankara, 2002
- Dolu Osman, 2009, Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinden Suçu Açıklama ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi, *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt:11 (4), (s.1-32)
- Dönmezer Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt.1, Beta, İstanbul, 1997
- Dubber Markus, "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", German Law Journal, Vol. 06, No. 07,2005, (s.1049 -1072)
- Dunning A., "The Political Theories of the German Idealists I", Political Science Quarterly, Vol. XXVIII, N.2, 1991,(pp.193-206)
- Erem Faruk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt1, 10.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974
- Eşitili Aygün Ezgi, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", TBB Dergisi, S.104, Yıl: 2013

- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin, Ankara, 2002
- Fletcher G., "The Fall and Rise of Criminal Theory", Buffalo Criminal Law Review, Vol.1,1997-1998, (s.275-294)
- Fletcher The Grammar of Criminal Law, Volume 1, Oxford U. Press, New York, 2007
- Foucault M., Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 3.Baskı, Ankara, 1992.
- Gökberk Macit, Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, Ankara,2003
- Gözler Kemal, "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", Muhafazakar Düşünce, Yıl 4, Sayı 15, Kış, 2008, (s. 77-90)
- Güngör Devrim, Fiili Hata, Yetkin, Ankara, 2007
- Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, İkinci Baskı, AÜHF Y., Ankara, 1987
- Gürkan Ülker, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005
- Hafizoğulları Zeki, "Hukuk Devleti", (<http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/Hukuk%20Devleti.doc>)
- Hafizoğulları Zeki, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları", AÜHFD, C.35, S. 4, 1978
- Hafizoğulları Zeki, Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayıncılık, Ankara
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", US-A Y., Ankara, 2010
- Hançerlioğlu Orhan, Düşünce Tarihi, Remzi, Ankara, 2002
- Hassamer John, "German Legal Philosophy and The Criminal Law", Tel Aviv University Studies in Law, 1990, (187-194), s.187 (HeinOnline ,<http://heinonline.org>, Fri Nov 8 05:47:03 2013)
- Hegel G.W.F; Tarihte Akıl, Kabalıcı Yayınevi, İstanbul, 1995
- Hobbes Thomas, Leviathan, YKY, İstanbul, 2005
- Hukuk Devleti: Siyasi Bir İlke, Hukuki Bir İdeal, Ed. Çoban/Canatan/Küçük, Adres Yayınları, Ankara, 2008
- Johnson H./Wolfe N./Mark J., History of Criminal Justice, 4.Edition, Lexis Nexis, USA, 2008, s.135
- Kant E., Pratik Usun Eleştirisi, 5.Baskı, Say Y., İstanbul, 2001
- Kant Immanuel, The Metaphysics of Morals, USA, 2003
- Kuçuradi İonna, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, TFK, Ankara, 2007
- Küçüktaşdemir Özgür, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012
- Lacey N., "Responsibility and Modernity in Criminal Law", The Journal of Political Philosophy, C.9, S.3, 2001
- Little Stephen, ...izimler, Sanatı Anlamak, Yapı Yayın, 2006, İstanbul
- Mannheim Hermann, Comparative Criminology, Mifflin Company, Great Britain, 1965
- McNeil William; Dünya Tarihi,İmge Y.,2002,Ankara,2002

- Outram Dorinda, *Aydınlanma*, Dost Kitabevi, Ankara, 2007
- Öktem Niyazi/ Türkbağ Ahmet Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, 2003
- Özen Muharrem, *Objektif Sorumluluk*, US-A Y., Ankara, 1998
- Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Yetkin
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, 2012, Ankara
- Rehbinder Manfred, "Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri, Statü-Sözleşme-Rol", Çev. Hikmet Sami Türk, s.97-98 (<http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1241/1837.pdf>)
- Silving H., "The Twilight Zone of Positive and Natural Law", *California Law Review*, Vol.43, 1955, (pp.477-513)
- Soyaslan Doğan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2012
- Storck J., "Francis Bacon and Contemporary Philosophical Difficulties", *The Journal Of Philosophy*, Vol. XXVIII, No.7, 1931 (pp.169-186)
- Retornaz Emine Eylem Aksoy, *Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme*, *TBB Dergisi*, 2014, Sayı 112
- Taner Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 2003
- Topçuoğlu Hamide, *20.Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı, İstiklal Matbaacılık*, Ankara, 1953
- Toroslu Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Y., Ankara, 2012
- Tosun Öztekin, *Suç Hukuku El Kitabı*, Göktaş Matbaası, İstanbul, 1979
- Üzülmez İlhan, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", *AÜEFHD*, C. V. S. 1-4, 2001, (s.259-294)
- Von Bar Carl, *History of Continental Criminal Law*, The Law Book Exchange
- Von Bar Carl, *History of Continental Criminal Law*, The Law Book Exchange, USA, 1999
- Williams, David, *The Enlightenment*, Cambridge University Press, UK, 1999
- Wilson Elizabeth, "Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture", *New England Journal on Criminal&Civil Confinement*, Vol. 39, N.1, Winter, 2013
- Yolton J., "Locke On The Law of Nature", *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 4 (Oct., 1958), pp. (477-498)
- Yücel Tören, Mustafa, *Yeni Türk Ceza Siyaseti*, İmge, Ankara, 2011
- Zafirovski Milan, *The Enlightenment and Its Effects On Modern Society*, Springer, USA, 2011