

PAPER DETAILS

TITLE: MODERN CEZALANDIRMA SİSTEMLERİNİN BÜYÜK ANLATILARI

AUTHORS: Hakan KARAKEHYA

PAGES: 87-108

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95677>

MODERN CEZALANDIRMA SİSTEMLERİNİN BÜYÜK ANLATILARI

Dr. Hakan Karakehya*

Çalışma Planı: Giriş; Modern Süreçte Aydınlanma ve Aydınlanmanın Cezalandırmaya İlişkin Olumlu Yansımaları, Modern Süreçte Cezalandırma Sistemlerinin Bilimsellik Vurgusunda Ortaya Çıkan Çatlaklar; Modernizmin Büyük Anlatıları ve Nesnellik İddiaları; Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatılarının Değerlendirilmesi: Genel olarak, Cezalandırmanın ıstırap veren bir gösteri (seyirlik) olmaktan çıkması ve ıslahın amaçlanması, Suçlu iradenin cezalandırılmaya başlanması ve isnat yeteneği olmayanlara emniyet tedbiri uygulanması, Cezaların infazında gözetimin boyutlarının artması; Modern Cezalandırma Sistemlerine Getirilen Eleştiriler Bağlamında Cezalandırmanın Gerekliliği; Sonuç, Kaynakça

GİRİŞ

Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda büyük değişimleri beraberinde getiren modern sürecin en önemli özelliklerinden birisi, bilimsel verilerle ortaya konmuş büyük toplumsal projeler üretmesidir. Bu bağlamda modernist bir sosyal projede ilk göze çarpan hususlar, bilimsellik vurgusu ve geniş kitleler için güzel bir gelecek vaadidir. Ancak modern süreçte tüm bireylerin özünde tek kabul edilerek insanlık için genel-geçer projeler üretilmesi, bu projelerin sonuçlarının manipüle edilerek yüzde yüz başarı sağlanmış gibi topluma sunulması ve bilimselliğin bir meşrulaştırma aracı olarak kullanılması gibi nedenlere bağlı olarak, zaman içerisinde modern süreç eleştirilmeye başlanmıştır.

Biz bu çalışmamızda modern düşünce yapısının etkisinde gelişen modern cezalandırma sistemlerinin büyük anlatılarına ve kendileri için yaptıkları bilimsellik vurgusuna eleştirel bir inceleme gerçekleştirmeyi amaçladık. Bunu yaparken de modern süreçte cezalandırma alanında yaşanan devrim niteliğindeki olumlu gelişmeleri de atlamamaya özen gösterdik. Ancak çalışmamızın odak noktasını, modern cezalandırma sistemlerinin çelişkileri oluşturmaktadır. Çalışma konumuzu bu şekilde belirlememizdeki temel gerekçe ise, özellikle modern süreçte yaşanan aydınlanmayla birlikte, cezalandırma alanında görü-

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

len olumlu gelişmelerin doktrinimizde ağırlıklı olarak işlenmesi; buna karşın bu alanda yaşanan çelişkilere çok fazla yer verilmemiş olmasıdır.

Bu bağlamda çalışmadaki amacımız modern ceza hukuku üzerinden modernizm eleştirisi yapmak ya da ceza hukukunun modern toplumdaki konumunu ortaya koymak değildir. Bilakis amacımız doğrudan modern cezalandırma sistemlerinin eleştirisini yapmaktır. Bu eleştiri yapılırken, modern süreçte cezalandırma alanını etkileyen bazı önemli sosyal gelişmelere de ayrıntıya girmekle kaydıyla yer verilecektir. Çalışma içerisinde düşüncelerinden faydalandığımız yazarlardan bir kısmı anarşist eğilimli ya da cezalandırma sistemlerinin gereksizliğini savunan yazarlardır. Ancak modern cezalandırma sistemlerine bazı noktalarda bu yazarlarla ortak eleştiriler getirmemiz, onların tüm düşüncelerini paylaştığımız şeklinde yorumlanmamalıdır. Çalışmamızın son bölümünde daha da ayrıntılı şekilde vurgulayacağımız üzere, devletlerin ceza hukukunu da içinde barındıran cezalandırma sistemleri, toplumsal yaşamın vazgeçilmez öğeleridir. Bununla birlikte böyle bir sisteme ihtiyaç duyulması bu sistemin eleştirilmesini engellememelidir. Nitekim eleştiri, her zaman, eleştirilenin tamamen değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasını içermez. Çoğu kez eleştiri, mevcut olanın daha iyiye götürülmesi gayretidir. Bu bağlamda biz de çalışma içerisinde modern cezalandırma sistemlerini eleştirmekte; ancak onların gereksizliğini savunmamaktayız.

Çalışmamızın başlığı "*Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları*"dır. Çalışacağımız alanı ifade etmek için başlıkta, ceza hukuku veya infaz hukuku gibi kavramlar yerine *cezalandırma sistemleri* kavramını kullanmamız belki yadırganabilir. Ancak bu kavramı kullanmamızın nedeni, ele alacağımız konuların ne sadece ceza hukukuna ne infaz hukukuna ne de kriminolojiye ilişkin olmalarıdır. Aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, modern süreçte, cezanın amacının ne olduğuna, kimin-neden cezalandırılacağına, infazın ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin yeni fikirler ortaya çıkmış ve bunlar büyük oranda uygulanmaya başlanmıştır. Bu konulardan her biri cezalandırmaya ilişkin olmakla birlikte, farklı bilim dallarının konularıdır. Bu nedenle üst başlıkta, bu alanların hepsini içinde barındırdığını düşündüğümüz *cezalandırma sistemleri* kavramının kullanılmasını daha uygun bulduk.

Çalışma sırasında bu alanda çalışmış düşünürlerin yol gösterici fikirlerinden faydalanmak ve kendi görüşümüzü diyalektik olarak ortaya koymak, temel çalışma yöntemimizi oluşturacaktır.

1. MODERN SÜREÇTE AYDINLANMA VE AYDINLANMANIN CEZALANDIRMAYA İLİŞKİN OLUMLU YANSIMALARI

Modernizm, 17. yüzyılda Avrupa'da başlayan ve sonrasında neredeyse tüm dünyayı etkisi altına alan, toplumsal yaşam ve örgütlenme biçimini ifade eder¹. Bu sürecin üç temel yansıması vardır. Birincisi ekonomik alanda sanayi-

¹ Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (Çev. Ersin Kuşdil), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 2004, s. 11; Modernizmi toplumsal sonuçları bakımından üç alt safhaya ayırarak inceleyen yazarlar bulunmaktadır. Örneğin Özcan'a göre bunlardan birincisi ticaretin ortaçağ tarım ekonomisini değişikliğe uğratması olarak erken modernlik safhası, ikincisi belirgin şekilde kendisini sanayi devrimiyle açığa vuran kapitalist toplumun tipik özelliklere büründüğü yüksek modernlik safhası ve üçüncüsü kapitalizmin tekelleri bir aşamaya ulaşmasıyla gelişen bir toplumsal formasyon olarak kitle toplumu safhasıdır. Mehmet Tevfik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2008, s. 50 vd. Buna karşın, ikinci

leşme yaşanmış, üretim tarzı ve ilişkileri geleneksel yöntemlerden tamamen farklılaşmıştır. İkinci olarak sanatta, mimaride ve kültürde bir yenileşme ve farklılaşma başlamıştır. Üçüncüsü ise düşünsel alanda olmuştur. Bu dönemle birlikte akılcılık ön plana çıkmış, bilginin tek kaynağı olarak bilim kabul edilmiş ve *aydınlanma* gerçekleşmiştir.

Aydınlanma, modern sürecin düşünsel alandaki yansımaları oluşturur. Gerek eski çağlardaki toplumsal hayatta gerekse ortaçağ feodal toplumunda bilginin kaynağı bilimden farklı alanlar olabilmekteydi. Örneğin metafizik bir takım yöntemler, geleneksel veya dinsel inançlar toplumsal hayatta kabul gören bilgi kaynaklarıydı². Özellikle dinsel bilginin Ortaçağ Avrupa'sında diğer bilgi kaynaklarına nazaran daha fazla geçerliliği ve etkinliği söz konusuydu.

Modern süreçte bilimselliğin ön plana çıkartılması ve aydınlanmanın gerçekleştirilmesi, biraz da bu döneme duyulan tepkinin sonucunda olmuştur. Nitekim ortaçağ boyunca, kilise sosyal hayatın her alanında tartışılmaz, tabusal, dinsel bilgiyi hakim kılmaya çalışmış ve bu bilgi türünü yadsıyan, yanlışlayan her türlü girişimin de, en ağır şekilde cezalandırılmasını sağlamıştır. Masumiyetin ispatı için, sanıktan yanan ateşin içindeki kaya parçasını almasının istenmesi gibi ritüellerden oluşan dayanıklılık testlerinin uygulanması³, bazı kimselerin içinde bulunduğu inanılan şeytanın çıkartılması için onlara işkence yapılması, dünyanın düz kabul edilmesi ve buna karşı çıkanların en ağır şekilde cezalandırılmaları⁴, insanlığın ortaçağda yaşadığı büyük ıstıraplar olmakla birlikte, aydınlanmanın da uygun zemininin oluşmasını sağlamıştır.

Aydınlanmayla birlikte tabusal bilginin yerini bilim almıştır. Bu yer alışı sırasında ise iki farklı anlayışın egemenliği dikkati çekmektedir. Bunlar rasyonalizm ve pozitivistizmdir. Rasyonalizm bilimsel bilginin aklın analitik gücü ile (sınıflama, çözümleme, yorumlama, mantığa indirgeme, vb.) elde edilebileceğini ileri sürerken; pozitivistizm, gerçek bilimsel bilgiye ancak deney, test, uygulamalı

dünya savaşından sonra, dünyayı modernliğin de ötesine götüren yeni bir sürecin başladığı da ileri sürülmektedir. Yeni bir sürecin içinde olduğumuzu ileri süren yazarların önemli bir kesimi ise, bu süreci postmodern dönem olarak adlandırmaktadırlar. Postmodern kavramının içeriği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. J. F. Lyotard, *Postmodern Durum*, (Çev: Ahmet Çiğdem), Vadi Yayınları, Ankara 2000, s. 144 vd.

² İnsanlar dünyayı tanımak ve anlamak için farklı bilgi türleri kullanmaktadırlar. Thomson ve Hickey tarafından yapılan bir ayrıma göre bilgi türleri deneyim, kültürel gelenek, inanç, otorite ve bilim olmak üzere beşe ayrılır. Bu sınıflandırmanın ayrıntıları ve bilgi kavramına ilişkin olarak bkz. Veysel Bozkurt, *Değişen Dünyada Sosyoloji*, Ekin Yayınları, Bursa 2007, s. 64 vd.

³ Bu dönemde sıklıkla akıl dışı yapılan karakter denemeleri ile ispata ulaşılmaya çalışılmıştır. İspat için sanık ve bazen sanıkla birlikte davacı çeşitli acılara maruz kalırlardı. Örneğin sanıktan, kaynar kazanın içine atılmış bir taş, çıplak ellerini kazana sokarak alması istenirdi. İstirap veren bu tür uygulamalara katlanabilen kişiye tanrının yardım ettiği ve bu nedenle suçlu sayılamayacağı kabul edilirdi. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 42 vd.

⁴ Bu dönemde dünyanın düz olarak algılanması, Bourdieu tarafından eleştirilmeden ve sorgulanmadan kabul edilen en önemli ortaçağ doxalarından birisi olarak kabul edilmektedir. Doxa, Bourdieu'nun dünya ve onun içindeki yerimizle ilgili daha bilinçli düşüncelerimizi biçimlendiren, gerçekliği sorgulanmayan, bilinç-öncesi anlayışları anlatan terimdir. Craig Calhoun, "Bourdieu Sosyolojisinin Ana Hatları", Ocak ve Zanaat-Pierre Bourdieu Derlemesi, İletişim Yayınları, İstanbul 2007, s. 101

araştırmalar vs. ile ulaşılabileceğini iddia eder. Rasyonalizmde diyalektik akıl yürütme merkezi bir noktada bulunurken; pozitivizmin merkezinde deney ve gözlem yer alır. İki anlayış arasındaki bu ayrışma günümüzde de hala devam etmektedir.

Bu akımlarla birlikte oluşan aydınlanma düşüncesine göre, bilim sayesinde insanlık için en iyi olan tespit edilecek, bu en iyi olana ulaşmak için bilimsel yöntemler geliştirilecek, amaçların gerçekleştirilmesiyle de küresel çapta mutluluk ve refah sağlanacaktır. Dolayısıyla modern düşüncede, akılcı olan ve deneysel bilgiye dayanan faydalı olandır, düşüncesi hakimdir⁵.

Aydınlanma süreci, aşağıda daha ayrıntılı sıralayacağımız olumsuz bazı sonuçları nedeniyle eleştirilebilir olmasına karşın; genel olarak sosyal ve kültürel alanda insana bakışı değiştirmiş ve kamusal faaliyetlerin merkezine insanı koymuştur. Bu dönemle birlikte artık her insanın, nasıl bir suç işlerse işlesin, nasıl bir kişiliğe sahip olursa olsun, sırf insan olma vasfı nedeniyle saygıdeğer olduğu düşüncesi hakim olmaya başlamıştır⁶. Sosyal ve kültürel alandaki bu gelişmelerin, cezanın belirlenmesi ve cezalandırma sürecine ilişkin bakış açısını ve uygulamaları etkilememesi de düşünülemezdi⁷. Nitekim modern dönemin daha başlarında suçluluğun ispatına, cezaların türüne ve infazına ilişkin büyük değişimler olmuş, insanlık adına çok önemli adımlar atılmıştır⁸.

⁵ Horkheimer modernitenin bu anlayışını şu örnekle ortaya koyar: “sıradan bir insana akıl teriminin anlamını açıklamasını isteyin, hemen her zaman bir duraksamayla sıkıntılı bir çaresizlikle karşılaşacaksınız... gene de cevap vermek için sıkıştırıldığında, akla uygun şeylerin yararlı şeyler olduğunu ve her akla uygun insanın da kendisine neyin yararlı olduğunu bilmesi gerektiğini söyleyecektir... Bu akıl tanımını ne kadar masum ya da yüzeysel görünürse görünsün, batı düşüncesinde son yüzyıllarda meydana gelen derin bir değişimin belirtisidir.” Max Horkheimer, *Akl Tutulması*, Metis Yayınları, (Çev: Orhan Koçak), İstanbul 2005, s. 54 vd.

Bu bağlamda kapitalizm, özel mülkiyetin ve tam rekabetçi ortamın tüm insanlığın gelişimi ve refahı için en uygun model olduğu iddiasıyla hareket ederken; sosyalizm, mülkiyetin ve sınıfsal ayrımların en büyük eşitsizlik ve mutsuzluk kaynağı olduğunu noktasından hareket eder. Her iki düşünce yapısı da, kendi tezlerini akılsal ve bilimsel argümanlarla destekler, söylem olarak bilimselliğe dayanırlar. Aynı zamanda vaat ettikleri de belirli bir bölgeye ya da kıtaya ait bir mutluluk ve refah değil, küresel anlamda bir mutluluk ve refahtır. Bu nedenle her iki proje de modernist toplumsal projelerdir.

Bununla birlikte modernitenin günümüzde bilinen ideal tipinin gelişmiş kapitalizm olduğu da ileri sürülmektedir: “Modernite üzerine biraz kitap okumuş herkesin bildiği gibi, modernitenin günümüzde bilinen ideal tipi gelişmiş kapitalist toplumdur.” Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Set Yayınları, İstanbul 2003, s. VIII

⁶ Kaldı ki, insan hakları kavramı, insanların sırf insan oldukları için, doğuştan bazı hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve devlet tarafından bunlara dokunulamayacağı yolundaki temel düşüncenin bir ürünü olarak, ilk kez bu dönemde geniş kitlelerce dile getirilmeye başlanmıştır. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Dayanışma Hakları*, TODAİE Yayını, Ankara 1996, s. 1

⁷ Tarihsel sürecin de gösterdiği üzere cezalandırma amacının ve cezalandırma metotlarının belirlenmesinde içinde bulunulan dönemin sosyal değerlerinin ve ekonomik yapısının çok önemli bir etkisi vardır. Georg Rusche-Otto Kirschheiner, *Punishment and Social Structure*, Transaction Publishers, New Brunswick and London 2003, s. 3 vd.

⁸ Bu noktada Toroslu'nun aydınlanmanın ceza hukuku üzerine etkileri konusundaki şu düşüncelerini aktarmak isteriz: Ceza hukuku bugünkü anlamıyla bilimsel niteliğe aydınlanma ile kavuşmuştur. Nitekim bu dönemde cezai kurumlara eleştirel olarak bakabilme ve tabusal bazı kurumları tartışmaya açabilme imkanı doğmuştur. Nevzat Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, Nurullah Kunter'e Armağan, İÜHF yayınları, İstanbul 1998, s. 367

Cezalandırma ve cezanın belirlenmesi sürecine ilişkin ilk önemli gelişme cezalandırmanın gayri insani bir toplumsal gösteri olmaktan çıkması şeklinde kendini göstermiştir⁹. Gerçekten de daha önce büyük kalabalıklar önünde gerçekleştirilen infazlar yerini yavaş yavaş daha insani cezalandırma yöntemlerine bırakmıştır. Ayrıca işkence bir ispat ve cezalandırma aracı olmaktan çıkartılmıştır¹⁰. Gelişen süreçte cezalandırmanın amaçları arasında ıslah da yer almaya başlamış, isnat yeteneği olmayanlar için ceza yerine, onların tehlikelilik haline karşı alınan önlemleri ifade eden güvenlik tedbirleri kavramı ortaya konulmuştur¹¹. Cezalandırma sürecine ilişkin yaşanan bu gelişmelerde, Montesquieu, Voltaire, Beccaria gibi aydınlanma dönemi yazarlarının 18. yüzyıldan itibaren ortaya koydukları fikirlerin önemli etkileri olmuştur¹². İtalya'da Beccaria, İngiltere'de ise Bentham, daha sonraları klasik okul olarak adlandırılan akım içerisinde, ceza hukuku alanındaki aydınlanmanın öncülüğünü etmişlerdir¹³.

2. MODERN SÜREÇTE CEZALANDIRMA SİSTEMLERİNİN BİLİMSSEL-LİK VURGUSUNDA ORTAYA ÇIKAN ÇATLAKLAR

Modern süreçte aydınlanmanın ve aklın önderliğinin hiç de beklendiği kadar küresel çapta bir refah ve mutluluk getirmede; aksine birçok açıdan insan ilişkilerinin büyümesini bozduğu, insanı makineleştirdiği görüldü. Ayrıca akıl yoluyla yapılan icat ve buluşlar sadece insanlığa hizmet etmemekte, aynı zamanda ona büyük zararlar da verebilmekteydi. Son olarak bilimselliğin bir meşruiyet aracı olarak kullanılmaya başlandığı fark edildi. Nitekim iktidarlar bilimsellik vurgusuyla kendilerini temize çıkarmakta, en anti-demokratik uygulamalarını bu vurguyla bireylere kabul ettirmeye çalışmaktaydı.

Gerçekten de, aklın ve bilimin kullanılmasıyla geliştirilen ağır silahların kullanıldığı iki dünya savaşı insanlık tarihinde büyük yaralar açmıştır. Bunun yanında atom bombasının icadı, teknolojik üretimin çevreye verdiği zararlar,

⁹ Michel Foucault, Hapishane'nin Doğuşu, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 2006, s. 44

¹⁰ Aydınlanma öncesi ortaçağ engizisyon muhakemesinde, sanık muhakemenin objesi olarak görülmekte ve cezai takibat karşısında genellikle savunmasız bırakılmaktaydı. Aydınlanma ile birlikte, ceza muhakemesinde yapılan reform hareketleri sonucunda, sanığın da her şeyden önce muhakemeye ilişkin haklarla donatılmış bir muhakeme süjesi olduğu kabul edilmiştir. Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, C.H. Beck, München 1998, s. 117; Engizisyon muhakemesinde sanığa karşı gerçekleştirilen gayri insani uygulamaların başında işkence gelmektedir. İşkence her şeyden önce insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir yöntemdir. Öte yandan işkence ile sanıldığının aksine, her zaman doğrunun elde edildiği de söylenemez. Nitekim işkence ile elde edilen itiraf, çoğu defa işkenceden kurtulmak için gerçeğe aykırı olarak suçu kabullenmekten ibarettir. Son olarak belirtmek gerekir ki, işkenceyi hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırmak da mümkün değildir. Zira hukuk devleti, her şeyden önce insan haklarına ve onuruna saygılı devlet demektir. Nevzat Toroslu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2001, s. 7 vd.

¹¹ Foucault, Hapishane, s. 53. vd.

¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Füsün Sokullu-Akıncı, Kriminoloji, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 108 vd.

¹³ Ertuğrul Uzun, "Doğuştan Suçlular", Gün Işığı Dergisi, Temmuz-Ağustos 2003, s. 19; Aydınlanma sürecinde ceza hukuku ve suç genel teorisi alanında yaşanan gelişmeler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Rusche-Kirscheimer, a.g.e., s. 72 vd.

ikinci dünya savaşı sırasında yaşanan Yahudi soykırımının (holocaust'un)¹⁴ son derece akılcı bir şekilde ve modern yöntemlerle gerçekleştirilmesi, bilimin kötü amaçlara alet edildiğinin en açık göstergeleri olmuştur¹⁵. Bunun dışında bireyler arası ilişkilerde de akılcılığın hakim olması ve bunların karşılıklı birer fayda analizinin yapıldığı ilişkilere dönüşmesi, insani ilişkilerin duygusal büyü-sünü bozmuş, insanları makineleştirmeye başlamıştır¹⁶. Ayrıca büyük anlatılar tasarlayıp, rasyonel bir toplum oluşturmaya çalışan modern iktidarlar da, bu anlatılarını en azından söylem olarak akılcı ve bilimsel ilkelere dayandırmış, bu sayede kendi anlatılarını ve ideolojilerini meşrulaştırmış, bu durumu da muhaliflerinin önünü kesmek ve onları susturmak için bir araç olarak kullanmışlardır. Böylelikle bilimsellik, anti-demokratikliğin de en önemli dayanağını oluşturmaya başlamıştır¹⁷.

Adorno, Horkheimer, Habermas¹⁸, Popper, Foucault, Feyerabend ve Lyotard modern sürece, yukarıda açıkladığımız doğrultuda eleştirilerini yönel-

¹⁴ Holocaust terimi genelde soykırımı ifade etmekle birlikte, daha çok Almanya'da gerçekleştirilen Yahudi soykırımını belirtmek için kullanılmaktadır. Holocaust'un nasıl modern yöntemler kullanılarak gerçekleştirildiği konusunda özgün bir eser için bkz. Zygmunt Bauman, *Modornite ve Holocaust*, (Çev. Süha Sertabiboğlu) Versus Yayınları, İstanbul 2007.

¹⁵ Bu iki büyük savaş sonrasında da Ruanda, Burundi, Demokratik Kongo, Bosna ve Kosova gibi yerlerde yaşanan iç çatışmalarda yine milyonlar hayatını kaybetmiş ya da hayatlarının kalan kısmını büyük acılar içinde geçirmelerine sebep olacak gayri insani fiillere muhatap olmuşlardır. 20. yüzyıl içinde, uluslararası hukuk alanında, bir taraftan birey en merkezi konuma gelirken ve devletler, vatandaş olsun veya olmasın tüm bireyler bakımından bir takım temel hakları giderek daha çok teminat altına alırken, diğer taraftan bu gayri insani olayların yaşanması büyük bir tezat olarak karşımıza çıkmaktadır. Herman von Hebel, "An International Criminal Court-A Historical Perspective", *Reflections on the International Criminal Court*, T.M.C. Asser Pres, The Hague 1999, s. 13-4; Şiddet olaylarının bu kadar çok yaygınlaşmasında ve insanlığa verilen zararların katlanarak artmasında, daha çok zarar vermeyi, daha fazla acı çektirmeyi ve daha çok öldürmeyi mümkün kılan modern silahların "olmazsa olmaz (sine qua non)" bir etkisi olduğu açıktır.

¹⁶ Bireylerin insani ilişkilere olan ihtiyacını vurgulayan Habermas, bu tür ilişkilerin devamını sağlamak için bilimsel olmayan bilgi kuramlarına da mutlaka ihtiyaç olduğunu ileri sürmektedir. "Burjuva kültürü... her zaman geleneksel dünya görüşlerinin etkili desteğine muhtaç olmuştur. Özne inanç alanına çekilmiş olan din, artık, burjuva ideolojisinin laik özellikleriyle bir araya geldiğinde bile insanların ihmal edilmiş paylaşım gereksinimlerini karşılayamamaktadır. Sadece kendi özelelerinden beslenen burjuva ideolojileri: *hayatın temel riskleri (...hastalık, ölüm) karşısında, beklenmedik olayların üstesinden gelinmesine yarayacak bir destek sağlamazlar. *büyük ölçüde nesnelleştirilmiş bir doğayla insani ilişkiler kurulmasını sağlamazlar. *gruplar veya bireyler arası dayanışma ilişkilerine duygusal bir katılım yapılmasına izin vermezler. *siyasal etiğe yer vermezler; siyasal ve sosyal yaşamda bireylerin kendilerini nesnel olarak yorumlayan, eyleyen süjeler olarak görmelerini sağlarlar. Jürgen Habermas, "Meşrulaştırma Krizi", in: *Siyasal Düşünce*, Derleyen: Michael Rosen-Jonathan Wolff, (Çev: Sevdâ Çalışkan-Hamit Çalışkan), Dost Yayınevi, Ankara 2006, s. 426

¹⁷ Bu nokta özellikle Feyerabend sosyal hayatta bilimin mutlak egemenliğinin demokrasinin en önemli tehditlerinden birisi olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, bilimselliğin kendisine uymayanı dışlaması, farklılıklara açık olmaması, gerek sosyalistlerde gerekse akılcı liberallerde görülün ve demokrasi için tehdit oluşturan bir durumdur. Bkz. Paul Feyerabend, *Özgür Bir Toplumda Bilim*, (Çev: Ahmet Kardam), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s. 103 vd.

¹⁸ Bu üç yazar, sosyalist bakış açısına farklı bir yorum getiren Frankfurt okuluna mensuplardır.

ten düşünürlerin başında gelmektedirler¹⁹. Bu düşünürlerden Lyotard, söz konusu tespitler ve başkaca bazı sebeplere bağlı olarak modern dönemin sona erdiğini ve artık postmodern dönemin başladığını ileri sürerken; Habermas modern sürecin devam ettiğini, aslında bu sürecin iyi bir süreç olduğunu, ancak bilimin kötüye kullanılması gibi bazı yanlışlıklarının düzeltilmesi gerektiğini savunur.

Cezalandırmaya ilişkin olarak da bilimsellik vurgusu, özellikle pozitivist okul mensupları tarafından sert biçimde yapılmış ve bilimsellik adı altında bir takım gayri insani uygulamaların önü açılmıştır. Auguste Comte, 19. yüzyılın ilk yarısında yazdığı eserinde, bilimsel yaklaşımla temellendirilmediği takdirde, toplumsal olgunun gerçek bilgisinin mümkün olamayacağını iddia etmiştir. Daha sonra ise Charles Darwin, türlerin evrimi teorisi ile insanın doğal seçilimle ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Bu gelişmeler, sadece bilim düşüncesinde değil, insanla ilgili tüm araştırma alanlarında ve özellikle de ceza hukukunda önemli bir kırılma noktasını oluşturmuştur. İtalya’da, Cesare Lombroso ile başlayıp Raffaele Garofolo ve Enrico Ferri ile ceza hukuku alanındaki yansımasını bulan görüş, pozitivist okul olarak bilinmektedir. Pozitivist okul taraftarlarının ortak noktası, suçluya ve cezalandırmaya ilişkin görüşlerini bilimsel temellere dayandırma çabalarıdır²⁰.

Pozitivist okulun en önemli temsilcilerinden, fizikçi ve doktor Cesare Lombroso, *L'uomo Delinquente* (Suçlu İnsan) isimli kitabında, suçluların doğuştan gelen bazı fiziksel ve ruhsal bozukluklara sahip olduğunu iddia etmiştir. Evrimin kesilmesi nedeniyle bazı maymunso özellikler taşıyan bu suçlulara, daha sonra teorisinin de ismi olarak anılacak olan “doğuştan suçlular” ismini vermiştir²¹. Lombroso’ya göre, bireyler eğer doğuştan suçlu iseler ve bu özellik onlara kalıtsal olarak geçmişse; sahip oldukları değiştirilemez biyolojik özellikler nedeniyle öldürülmeleri gereklidir. Bununla birlikte, içinde bulundukları toplumsal hayata adapte olamayan suçlular için sürgün, akıl hastaları için tedavi ve gözetim altında tutma, çok zararlı olmayan tedavi edilemezler için ise ömür boyu hapis cezası verilmelidir²².

Pozitivist okulun cezaların bireyselleştirilmesi, cezalar belirlenirken failin kişisel özelliklerinin de göz önünde bulundurulması, bilimsel araştırma konularının sadece suçla sınırlı kalmayıp; aynı zamanda suçlunun da inceleme kapsamına alınması gibi sosyal ve hukuksal alanda olumlu katkıları olmuştur. Ancak bununla birlikte bazı fiziksel farklılıkların, zorunlu olarak suçluluğu göstereceği iddiası, bugün tam anlamıyla uygulanmıyorsa da, uzun süre ırk ayrımcılığının temel dayanağını oluşturmuştur. ABD’de zencilerin, Avust-

¹⁹ Bu yazarlardan Popper’in şu tespitlerini, bilimselliğe eleştirel bakışa örnek olması bakımından alıntılanmayı uygun buluyoruz: “Bütün bilimler kayan kum üzerinde durur. Bilimde hiçbir şey kesin değildir ve hiçbir şey, bilimsel çalışma bize dünyayla ilgili isteyebileceğimiz en güvenilir bilgiyi sağlasa bile, kanıtlanamaz.” (aktaran Giddens) Giddens, Modernlik, s. 44

²⁰ Uzun, a.g.m., s. 20

²¹ Bu suçlular, bazı fiziksel özellikleriyle diğer normal bireylerden ayrılmaktadırlar: “...bakışları vahşi ve sert, küstah bir gülüş, normalden kısa boy, kafatası küçük, brakisefal, çehresinde iki yanın birbirine benzemesi hali yoktur; alnı dardır ve kaşları altındaki kemikler ileri çıkıktır. Gözleri çukur ve eğridir; gözler birbirinden uzaktır. Çehresi uzun ve geniştir. Çene ve yanak kemikleri büyük ve çene kemiğinde maymuna benzer bir şekilde fazlalıklar vardır... Kollar fazla uzundur” Sulhi Dönmezer, Kriminoloji, İÜHF Yayınları, İstanbul 1981, s. 116 vd.

²² Uzun, a.g.m., s. 20

ralya’da ise Aborjinlerin potansiyel suçlu olarak görülmeleri, bu biyolojik açıklamalarla desteklenmiştir. Ayrıca Nazi Almanya’sında bazı hastalar ve Yahudiler öldürülürken gösterilen gerekçeler, pozitivistlerinkilere son derece benzerdir²³.

3. MODERNİZMİN BÜYÜK ANLATILARI VE NESNELLİK İDDİALARI

Modernizmin en önemli özelliklerinden birisi umutvar bir süreç olması ve tüm insanlık için mutluluk getirecek büyük projeler üretmesidir. Bu büyük projeler büyük anlatılara dayanır. Büyük anlatılar ise en azından söylem olarak bilimsel verilerle ortaya konulan ve büyük projelerin düşünsel temelini oluşturan sosyal teorileri ifade eder²⁴. Örneğin, sadece gözlem ve deneye dayanan bilginin dünyayı mutluluk ve refaha götürebileceği düşüncesi, pozitivistlerin bir büyük anlatısıdır. Bu büyük anlatılar kendilerine tezat oluşturan ve kendilerini yanlışlayan alt anlatıları her zaman için dışlar ve kabul etmezler. Bunu yaparken de modernizmin büyük anlatıları “çünkü ben bilimselim” argümanından güç alırlar²⁵.

Ancak bu bilimsel söylemlerin makro ölçekte ve küresel çapta geçerlilikleri konusunda ciddi şüpheler vardır. Çünkü büyük kitleler içindeki eylemlerin toplumsal sonuçlarını yüksek bir kesinlik içinde öngörmek çoğu kez mümkün değildir. Buna rağmen modern iktidarlar sürekli kendi büyük anlatılarının bilimselliği ve genel geçerliğini ileri sürmekten geri kalmazlar. Çünkü toptancı bir düşünce tarzına sahiptirler. Modern anlayışta tüm bireyler özünde aynıdır ve benzer durumlarda benzer tepkiler verirler. Ancak doğu ve batı toplumlarının birbirinden farklılığı, hayattan beklentilerinin, hayata dair tercihlerinin ve mutluluk sebeplerinin birbirinden birçok noktada ayrıldıkları bugün geniş kitlelerce kabul edilmektedir. Hatta aynı toplumun farklı kesimlerindeki alt grupların, aynı eylemler karşısında birbirlerinden çok farklı tepkiler verebilmeleri mümkündür²⁶.

²³ Uzun, a.g.m., s. 21

²⁴ İnsanlık tarihinin modernliğe denk gelen bölümü boyunca devlet, egemenliği altındaki insanları, koyduğu yasalarla uyumlu bireylerden oluşan bir toplum haline getirmeyi kendine misyon edinmiştir. Akla dayalı, rasyonel şekilde oluşturulan böyle bir toplum, modern devletin nihai amacı olarak görülmektedir. Zygmunt Bauman, Modernlik ve Müphemlik, (Çev. İsmail Türkmen) Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003, s. 24; Aynı yönde bkz. Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 27

²⁵ Bu noktada özellikle postmodernistlerin modern teorilere çok sert eleştirileri vardır. Buna göre sosyal alanda kesin hakikat diye birşey yoktur. Hakikat aydınlanmaya ait bir değerdir ve çoğuldur. Yani kişiden kişiye değişebilir. Modern teoriler (ve hatta genel olarak teoriler) gizler, çarpıtır, bulanıklaştırır. Bir konuda teori oluşturmak, rakip güçleri dışlamak ve denetlemek anlamına gelir. Teori zorbadır, egemen bir güç olmayı amaçlar. Postmodernistler düşünsel disiplin ve düzen telkin eden kişiler değildir. Hayatlarını hakikat sunucuları (yasakoyucular) olarak değil; yorumcular olarak sürdürürler. Bozkurt, a.g.e., s. 57

²⁶ Buna rağmen bugün hala batı modernizminin, batının değer yargıları ve batı toplumunun mutluluk kriterleriyle doğuyu değerlendirmesi, doğu insanı için modernleşme projeleri geliştirmesi söz konusudur. Batının bu bakış açısına ilişkin olarak eleştirel ve özgün bir çalışma için bkz. Edward W. Said, Oryantalizm, Sömürgeciliğin Keşif Yolu, (Çev: Nezih Uzel), Pınar Yayınları, İstanbul 1982

Cezalandırmaya ilişkin modern teorilerin de en önemli dayanak noktaları akla ve deneye dayanmalarıdır. Tüm diğer modern projeler gibi, cezalandırmaya ilişkin modern teorilerin de suç ve cezalara ilişkin olarak, tüm suçlular bakımından ıslah edici ve tüm toplumlar bakımından suçlulukla makro düzeyde mücadele edecek hipotezler oluşturdıkları görülür. Ancak tarihsel süreçte bunlardan bazılarının büyük yanlışlar olduğu ortaya çıkmıştır. Örneğin yukarıda ele aldığımız pozitivist okulun bilimsellik ve nesnellik iddialarıyla ortaya koyduğu doğuştan suçlular teorisi, bugün ciddiye alınmayacak iddialardan oluşan bir teori olarak görülmektedir. Bununla birlikte bilimselliğe insani değerlerden daha fazla önem verilmesinin bir sonucu olarak, bu teorinin etkin olduğu dönemde, insanlığın büyük acılar ve ıstıraplar çektiği de unutulmamalıdır²⁷. Doğuştan suçlular teorisinin kurucusu olan Lombrosso, sayısız ceza davasında bilirkişi olarak dinlenmiş, sanıkların fiziksel görünüşlerine bakarak, onların suçlu olup olamayacaklarına ilişkin kanaatini açıklamış ve mahkemeler de hüküm verirken bu görüşlere itibar etmişlerdir²⁸.

Genel olarak sosyal bilimlere ve özellikle de cezalandırmaya ilişkin bilimsel çalışmalar bakımından şu hususa da dikkati çekmekte fayda vardır: Çalışma konularının yapısından kaynaklanan nedenlerle, genel olarak sosyal bilimlerde büyük bir anlatı oluşturulurken deney yapmak ya da matematiksel hesaplara başvurmak çok mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu alanlarda genelde diyalektik akıl yürütmeler veya küçük örneklemeler üzerinde yapılan incelemelerin genelleştirilmesi yoluna başvurulmaktadır. Bu bağlamda yapılan çalışmaların daha çok rasyonalizm ışığında gerçekleştirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak her ne kadar rasyonalistler evrensel bir ortak aklın varlığından söz etseler de; birçok konuda kullanılan farklı mantıksal yorumlar, bireyleri farklı sonuçlara götürebilmektedir. Sonuçta herkes akla dayandığını ve bilimsel olduğunu ileri sürmekte, bilimsellik vurgusu da bir meşrulaştırma aracı olarak kullanılmaktadır²⁹. Ayrıca sosyal araştırmalar sırasında oluşturulan örneklem gruplar da bazen büyük handikaplar doğurabilmektedirler. Nitekim küçük gruplar arasında yapılacak gözlem ve deneylerde hangi toplumsal eylemlerin hangi sonuçları doğurabileceği daha büyük ihtimalle ortaya konulabilirken, grubun büyüklüğü arttıkça bu öngörülebilirlik ortadan kalkmakta ve

²⁷ Bilim ve hümanizm kökenleri birbirinden açıkça ayrı değerlerdir. Birincisi insanın doğa üzerindeki kudretini sağlamaya gayret eder. İkincisi ise insanı biyolojik bir varlık olmaktan çıkarıp ahlak varlığı haline getirme amacındadır. Bununla beraber bu köken ayrılığı, birinin diğerine bağlanması gayretine engel sayılmamalıdır. Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 5

²⁸ Örneğin, üvey annelerini öldürme isnadı altındaki iki kardeşin yargılaması sırasında mahkeme, Lombrosso'dan hangi kardeşin annesini öldürebileceği konusunda uzman görüşü vermesini ister. Lombrosso da fiziksel görünüşlerine dayalı olarak yaptığı inceleme sonucunda, kardeşlerden birisinin görüntü olarak, doğuştan suçlu tipine mükemmel şekilde uyduğunu beyan eder. Neticede mahkeme onun işaret ettiği kardeşi üvey annesini öldürmekten mahkum eder... Rebecca B. Fleming, "Scanty Goatees and Palmar Tattoos: Cesare Lombrosso's Influence on Science and Popular Opinion" http://www.tcr.org/tcr/_essays/EPrize_Lombroso.pdf s. 204

²⁹ Lyotard'a göre, özellikle bir takım dil oyunlarının kullanılması yöntemine dayanan meşrulaştırma, "bilimsel söylemle ilgilenen bir 'kanun koyucunun' konulan şartlarda (genelde içsel tutarlılık ve deneysel doğrulama şartları) bir önermenin bilimsel cemaat tarafından ele alınması için bilimsel söyleme içerilip içerilmeyeceğini belirlediği bir süreçtir. Lyotard, a.g.e., s. 28

özellikle küresel boyutta bir proje üreten büyük anlatılarda bu öngörülebilirlik iyice flulaşmaktadır³⁰.

Bu bahsettiğimiz nedenlerle bilimi insani değerlerin üstüne koyarak, bazı gayri insani muameleleri meşrulaştırmaktan kaçınmak gerekmektedir. Nitekim birçok örneğinde olduğu üzere, bugünün nesnel ve bilimsel bilgisi, yarının hürufesine dönüşebilmektedir. Bu bağlamda cezalandırmaya ilişkin olarak da suçluluğun nedenlerinin araştırılması ve buna yönelik tedbirler içeren teoriler ortaya konulması sosyal hayat adına son derece elzem çalışmalardır. Ancak bunu yaparken insan iradesine saygı duymak ve suçu tedavi edilmesi gereken bir hastalık olarak görmemek gerekir. Bu bağlamda örneğin, insanı suç işlemekten alıkoyacak bir rehabilitasyon yöntemi geliştirilse ve bu yöntemin uygulandığı kimseler artık hiçbir şekilde suç işleyemez olsalar; söz konusu yöntemin bireylere uygulanması kabul edilemezdir³¹. Nitekim böyle bir uygulama insanı insan yapan seçme iradesini (irade serbestisini) ortadan kaldırmak ve insanı makineleştirmek sonucunu doğurur³².

4. MODERN CEZALANDIRMA SİSTEMLERİNİN BÜYÜK ANLATILARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

4.1. Genel Olarak

Modern sürecin başlarında yaşanan aydınlanma sayesinde, cezalandırma insanileşmiş ve insan odaklı bir kamusal faaliyet haline gelmiştir. Bunu başlangıçta açıkça ortaya koymakla birlikte, modern süreçte cezalandırma bakımından ortaya çıkan bazı aksaklıkların da tespiti gerekir. Nitekim daha iyiye ulaşılabilmesi için, mevcudun ya da içinde bulunulan sürecin eleştirilmesi en etkili yollardan biridir. Yukarıda yeri geldikçe, modern cezalandırma sistemlerinin toplumsal yaşamın insanileşmesine ilişkin olumlu katkılarından kısaca bahsettik. Ancak başlangıçta da söylediğimiz üzere, bizim bu çalışmadaki temel amacımız modern cezalandırma sistemlerindeki olumsuzlukları ve

³⁰ Burada biz daha çok sosyal bilimlerin alanındaki bilimsel bilginin zaaflarından ve bunun gerekçelerinden bahsettik. Ancak fen bilimleri de bu eleştirilerin çok uzağında değildir. Giddens'e göre, modernlik koşullarında hiçbir bilgi, "bilme"nin emin olmak demek olduğu eski anlamda bilgi değildir. Bu durum doğa ve toplum bilimleri için eşit derecede geçerlidir. Ancak bununla birlikte sosyal bilimlerin alanında, bu alanın yapısı nedeniyle belirsizliğin daha da arttığı söylenebilir. Bkz. Giddens, Modernlik, s. 44 vd.

³¹ Bu örneğe ilişkin eleştirel bir sanat eseri için bkz. Otomatik Portakal (Sinema Filmi-Clockwork Orange); Yönetmen: Stanley Kubrick; Senaryo: Anthony Burgess'in romanından uyarlama; Oyuncular: Malcolm McDowell, Patrick Magee; Yapım Yeri ve Yılı: Birleşik Krallık, 1971; Yapım Şirketi: Warner Bros. Süre: 136 dak.

³² Bu noktada Uzun'un konuya ilişkin paylaştığımız şu görüşlerini aktarmayı uygun buluyoruz: "...Geçen aylarda İngiltere'deki bir enstitünün raporu gazetelerimizde de haber olarak yer almıştı. Rapora göre, insanı suç işlemeye iten bazı genler var. Eğer suç işleyen kişide bu genler varsa, işlediği eylemden dolayı daha az sorumlu olmalıdır. Rapor, bu genlere sahip suçluların cezalarında bir indirime gidilmesini teklif etmiştir. İleride, bu genlerin varlığının bir hastalık belirtisi olarak kabul edilmesi ve genetik müdahale ile suçluların ortadan kaldırılmaya çalışacağı muhakkak. Ancak akıldan çıkarılmaması gereken bir şey var: suç doğada bulunan bir olgu değildir. Suç, hukuku yaratan anlayışın değer yargısıdır. Suçu hastalık, suçluyu ise hasta olarak görmek, düzeltilmesi için geriye dönüşü olmayan müdahalelerde bulunmak, insana yapılacak en büyük kötülüktür. Pozitivist okulun yanlılarından çıkarılması gereken ders, bilimsel araştırmaların ulaştığı göz kamaştırıcı başarılarla göz ardı edilmemelidir." Uzun, a.g.m., s. 21

çelişkileri ortaya koymak yönündedir. Bu nedenle burada eleştirel bölüme fazla yer ayırmamız, modern cezalandırma sistemlerine tamamen karşı olduğumuz şeklinde anlaşılmamalıdır.

Modern cezalandırma sistemlerinin toplumsal yaşamda getirdiği değişimler birçok konu ve alt başlık halinde incelenebilir. Ancak bunların tamamını ele almak bir makalenin değil; bir monografinin içeriğini oluşturacak kadar geniş çaplı bir çalışmayı gerektirmektedir. Bu nedenle biz burada cezalandırma alanında modern süreçle birlikte ortaya çıkıp, önemlerine binaen ilk bakışta dikkati çeken gelişmeleri ve bunların dayandığı büyük anlatıları inceleyeceğiz. Söz konusu büyük anlatıların ilişkin olduğu gelişmeler ise üç temel başlıkta toplanabilir: 1. Cezalandırmanın ıstırap veren bir gösteri (seyirlik) olmaktan çıkması ve ıslahın amaçlanması 2) Suçlu iradenin cezalandırılmaya başlanması ve isnat yeteneği olmayanlara emniyet tedbiri uygulanması 3) Cezanın infazında gözetimin boyutlarının artması.

4.2. Cezalandırmanın ıstırap Veren Bir Gösteri (Seyirlik) Olmaktan Çıkması ve ıslahın Amaçlanması

Modern cezalandırma sistemlerinin en önemli anlatılarından bir tanesi, *ceza ıstırap veren bir gösteri olmaktan çıkmalı ve ıslah edici olmalıdır ki; hükümlü yeniden topluma kazandırılabilir* şeklindedir³³. Bu bağlamda Avrupa'da cezanın seyirlik olmaktan çıkartılması 1800'lerin başına rastlar, azap çektiirmenin bir başka deyişle doğrudan fiziksel şiddet uygulanmasının son bulması ise 1830-1848 yılları arasında gerçekleşmiştir. Böylece modern süreçle birlikte, kalabalıklar önünde işkence suretiyle gerçekleştirilen infazlar giderek azalmış; doğrudan bedene yönelik ıstırap verici cezalar yerini yavaşta hürriyeti bağlayıcı cezalara bırakılmışlardır³⁴. Bu dönemin başlarında cezalandırma sisteminde yaşanan gelişmelerle, eski uygulamalar tamamen bırakılamasa da, büyük ölçekli bir değişim yaşanmıştır³⁵. Örneğin, Fransa'da ölüm cezası, acı vermemek amacıyla giyotinle infaz edilmişse de, uzunca yıllar seyirlik bir şenlik olmaktan çıkartılamamıştır³⁶.

³³ Modern ceza hukukunda cezanın amacına ilişkin teoriler üç grupta toplanabilir. Bunlar; cezanın kefaret işlevini baz alan mutlak teoriler (absoluten Strafzwecktheorien), cezanın önleyici işlevini baz alan nispi teoriler (relativen Strafzwecktheorien) ve her iki amacı da bünyesinde barındıran karma-birleştirici teorilerdir (Vereinigungstheorien). Cezanın fail bakımından etkilerini dikkate alan özel önleme amacı, nispi teoriler tarafından ortaya konulmuştur. Buna göre, özel önleme negatif ve pozitif özel önleme olarak ikiye ayrılır. Negatif özel önlemede suçlunun kapatılmasıyla toplumun ondan korunması amaçlanırken; pozitif özel önlemede failin iyileştirilmesi amaçlanır. Johannes Wessel-Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2003, s. 4; Cezaların amacına ilişkin ayrıntılı bir çalışma için ayrıca bkz. Kayıhan İçel-Fusun Sokullu-Akıncı-İzzet Özgenç-Adem Sözüer-Fatih S. Mahmutoğlu-Yener Ünver, *Yaptırım Teorisi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s. 28 vd.

³⁴ Ceza maddi yönden bireysel bir varlığın yok edilmesinden veya sınırlamaya uğramasında ibarettir. Modern devletlerde ceza, genellikle üç varlık üzerinde etkili olmaktadır. Bunlar hayat (ölüm cezası), özgürlük (bireysel özgürlüğü bağlayıcı ceza) ve malvarlığı (para cezası)dır. Toroslu, Genel Kısım, s. 358, Bununla birlikte modern devletlerde suç karşılığı olarak en sık görülen ceza türü ise hürriyeti bağlayıcı cezalardır.

³⁵ Modern dönemin başlarında cezalandırma metotlarında görülen değişimler konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Rusche-Kirscheimer, a.g.e., s. 53 vd.

³⁶ Bu dönemde cezalandırma tarzındaki değişikliği ele alan Foucault, "Hapishanenin Doğuşu" isimli eserine, 75 yıllık bir farkla uygulanan iki farklı cezalandırma türünü ortaya koyarak

Cezalandırma seyirlik bir unsur iken, çoğu kez, vahşilik bakımından suçu aşmakta veya ona eşit olarak ortaya çıkmaktaydı. Bu durumda halka açık infaz edilen cezalar, izleyicileri vazgeçirmeyi amaçladıkları bir kıyıcılığa alıştırılmakta, onlara suçların sıklığını göstermekte, celladı canıye, hakimi katile benzetmek suretiyle rolleri ters yüz edebilmektedirler. Bu düşünceler ışığında, modern dönemde cezalandırmanın etkinliği, onun ağırlığında değil; kaçılmaz olmasından beklenir hale gelmiştir. Suçluyu damgalayacak husus ise, mahkumiyetin kendisi olarak anlaşılmaya başlanmıştır. Böylelikle mahkeme kararları halka açık hale gelmiş, infaz ise adaletin mahkuma dayatmaktan haya ettiği ek bir utanç olmuştur³⁷.

Yaşanan değişimle birlikte yeni cezalandırma sistemine yöneltilen en büyük eleştiriler ise, cezaların ağır olmayışına ilişkin olmuştur. Bu eleştirilere göre hapishane yeteri kadar cezalandırmamaktadır: *Mahkumlar daha az aç kalmakta, daha az üşümekte, sonuç olarak fakirlerin veya işçilerin çoğundan daha az yoksunluk çekmektedirler. Adil olan bir mahkumun diğer insanlardan fazla acı çekmesidir. Bedene ulaşmayan ve yeterince acı vermeyen ceza nedir ki?*³⁸ Günümüzde de cezanın ıslah edici olabilmesi için belirli oranda acı ve ıstırap içermesi gerektiği baskın görüştür³⁹.

Değişime karşı getirilen bu eleştirilere rağmen, ıslah modern devletlerde cezanın amaçlarından bir tanesi olarak görülmeye başlanmış; kanun gerekçe-lerinde ve doktrinde diğer amaçlardan daha çok üzerinde vurgu yapılarak, temel amaç haline getirilmiştir. Nitekim akıl, ıslah edilmeden serbest bırakılan bir kimsenin muhtemelen tekrardan suç işleyeceğini söylemektedir. Modern süreçte, cezanın seyirlik olmaktan çıkması, her bireyin insanca muamele görmesi bakımından önemli bir gelişmedir ve kendi içerisinde tutarlı bir uygulamadır. Ancak modern söylemdeki ıslahın, modern uygulamalarla ne kadar gerçekleştirilebilir olduğu ise çelişkilerle dolu bir konudur.

Modernizmin büyük anlatısı hep ıslah odaklı olmasına rağmen bu ıslahın ne şekilde gerçekleştirilebileceği üzerine çok fazla çalışma yapılmamakta, “nasıl?” sorusu üzerinde durulmaksızın, sürekli olarak içi boş bir ıslah ama-

başlar. Öncelikle 1757’de babasını öldürmekten mahkum bir kimsenin, etlerinin kerpetenle kemiklerinden kopartılmasını ve elleri-ayaklarından bağlanıp atlarla dört bir tarafa çekilerek parçalanmasını anlatır. Daha sonra bu şekilde işkence edilerek öldürülen ve sonrasında cesedi yakılan mahkumun muhatap olduğu cezalandırma biçiminin uygulanmasından yaklaşık 75 yıl sonra yürürlükte olan, mahkumların kalkış, güne başlayış, çalışma ve günü bitirilerine ilişkin ayrıntılı kuralların yer aldığı bir infaz kurumu yönetmeliğini okuyucuya sunar. Bu iki farklı cezalandırma biçimini okuyucuyla paylaştıktan sonra, bu iki farklı uygulamanın, kısa süre içerisinde cezalandırma tarzının nasıl değiştiğini apaçık yansıttığını tespit eder. Artık devletin cezalandırma hakkının siyasi ve ahlaki açıdan yeni bir meşrulaştırılması sürecine girilmiştir. Foucault, Hapishane, s. 33 vd.

³⁷ Bu konuda Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında isimli önemli eserinde şöyle demektedir: “Cezanın amacı, ne duyarlı bir varlık olan insanı üzüp bunaltmaktır ne de daha önce işlenmiş olan bir suçu işlenmemişcesine yadsımak, yok saymaktır... işkence gören mutsuz bir zavallının çığlıkları, daha önce işlenen eylemleri, geri dönülmesi artık olanaksız bir zaman diliminin içinden söküp atabilir mi?” Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev. Sami Selçuk) İmge Kitabevi, Ankara 2004, s. 69

³⁸ Foucault, Hapishane, 49 vd.

³⁹ “Ceza bir emri ihlal eden kimseye çektirilen acıyı ifade eder. Cezanın asıl karakteri, acı verici olmasıdır. Gerçekten acı vermeyen bir cezadan söz etmek, karanlık ışıktan veya soğuk ateşten bahsetmek gibidir.” Toroslu, Genel Kısım, s. 357

cından ve bunun toplum için ne kadar yararlı olduğundan söz edilmektedir. Gerçekten de Türkiye örneğinde olduğu üzere, sadece bazı infaz kurumlarında, mahkumları meslek edindirmek için düzenlenen kurslar ve boş vakitlerini geçirmeleri amacıyla imkan tanınan kısıtlı spor faaliyetleri, bir yere kapatılmış insanların ıslahı için son derece yetersiz kalmaktadırlar. Bunlar dışında ıslaha yönelik olarak yapılan uygulamalar ise fiilen yok denecek kadar azdır⁴⁰.

Ayrıca bireyin suç işlemede, bireysel eğilimleri ve iradesi kadar, sosyal çevresinin de çok önemli etkileri olduğu bir gerçektir. Bu durumda bir çok suçlunun bir araya geldiği, yani bir çeşit suçlular topluluğunun oluşturulduğu kapalı mekanlarda (infaz kurumlarında), ıslahın ne oranda gerçekleştirilebileceği de ayrı bir soru işaretidir⁴¹.

Islah amaçlı cezaların verilmesine ilişkin üzerinde durulması gereken bir başka konu da, suç tipleri için öngörülen cezaların hangi kıstasa göre belirlendiğidir. Hükümlülerin işledikleri suç türüne göre, ıslahları için rehabilitasyon altında geçirmeleri gereken süreler bilimsel olarak araştırılıp cezalar ona göre mi belirlenmektedir; yoksa afaki olarak işlenen suçun ağırlığına göre özgürlükten mahrum kalma şeklinde çekilmesi uygun görülen bir ıstırap süresi mi tespit edilmektedir. Bu bağlamda neden hırsızlığa 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası verilirken; yağmaya 6 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası verilmektedir? Her ne kadar teorik olarak sürekli cezanın rehabilite ediciliği üzerinde durulsa da; suç karşılığı olarak öngörülen cezaların tespitinde rehabilitasyon pek göz

⁴⁰ Burada fiilen ifadesini kullanmamızın nedeni, hukuki düzenlemeler bağlamında infaz kanununda iyileştirmeye ilişkin birçok hükme yer verilmiş olmasıdır. Kanunkoyucu yine söylem olarak gereğini yapmakta; ancak genelde yaşandığı üzere, fiili durum bakımından kanunda öngörülen faaliyetler uygulanamamaktadır. Bu bağlamda 5275 s. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 73 vd. maddelerinde iyileştirme faaliyetlerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak kendi kişisel çalışmalarımızda mahkumlarla ve infaz görevlileriyle yaptığımız görüşmelerden çıkan sonuç şudur ki; bu düzenlemeler büyük oranda iyi niyet göstergesi olarak kalmaktadırlar. İyileştirme faaliyetleri bir tarafa, bir çok infaz kurumunda mahkumlar, bazen yatacak yatak bile bulamamaktadırlar. Dolayısıyla daha uygulanan iyileştirme programlarının ıslah edici olup olmadığına bakmadan, fiziki şartların ne kadar kötü olduğunu göz önünde bulundurmak daha gerçekçi olacaktır. Konumuzla ilintili olması bakımından şu alıntıyı yapmayı uygun buluyoruz:

“İstanbul Emniyet Müdürlüğü’nde görevli birkaç yetkiliden aldığımız bilgiye göre, cezasını tam olarak çekerek dışarı çıkan hükümlülerin yüzde 90 kadarı aynı suçu tekrar işliyor. Bu bilginin anlamı şudur: Bugün cezaevindeki hükümlüler affedilse de, affedilmeyip cezalarını zamanında tamamlayarak hapisten çıksalar da önemli bir kısmı yeniden suç işleyecektir. Bu sonuç açısından bakıldığında affetmekle affetmemek arasında fark yoktur. Daha da vahim olanı, Türkiye’de hükümlülerin hapisten çıktıktan sonra suç işleme oranının yüzde 100’e yakın olmasına ilişkin bilgi, Türkiye’deki ıslah edici hukuk sistemimizin hiçbir işe yaramadığını gösteriyor.”

Melih Arat, “Affedersiniz” <http://www.milliyet.com.tr/2001/01/04/isyasami/ais.html> (04 Ocak 2001)

⁴¹ İçinde bulunulan grup veya toplumun birey üzerinde yadsınamayacak kadar büyük etkileri vardır. Bu bağlamda bireysel gibi gördüğümüz birçok sorunun aslında toplumsal bir temeli olduğuna tanık oluruz. İçinde bulunduğumuz grupların ve çevremiz bizim eğilimlerimizi otomatikman olarak etkilemektedir. Toplumsal faktörlerin birey üzerindeki etkisini anlamak bakımından Durkheim’in İntihar adlı eseri son derece önemli ipuçları vermektedir. Bu konuda ve Durkheim’in eserinin analizi için bkz. Bozkurt, a.g.e., s. 13

önünde bulundurulmamakta; sadece suçun ağırlığına göre, çekilmesi gereken bir ıstırap süresi tayin edilmektedir⁴².

Sonuç olarak, her ne kadar modern cezalandırma söyleminde mantıklı esaslar üzerine oturtulmuş bir ıslah amacı söz konusu olsa da, uygulama bakımından bu amaca yönelik faaliyetlerin göz ardı edilebilecek kadar az olduğu ve ıslah amacının retorik bir söylem olmaktan öteye geçemediği görülmektedir. Modern cezalandırma sistemleri sadece cezaları insanileştirmiş; bunun dışında ıslaha yönelik olarak daha önceki uygulamalarının neredeyse bir adım ötesine geçememiştir. Modern öncesi dönemde ceza olarak işkenceye muhatap olan hükümlü, aynı uygulamaya muhatap olma korkusu nedeniyle, infazdan sonra ne kadar suç işlemekten uzak kalıyorsa; modern cezalandırma sistemlerinde özgürlüğü bağlayıcı cezaya muhatap olan kimse de, rehabilitasyona yönelik faaliyetlerin yok denecek kadar az olması nedeniyle, en fazla o kadar suç işlemekten uzak kalmaktadır.

4.3. Suçlu İradenin Cezalandırılmaya Başlanması ve İsnat Yeteneği Olmayanlara Emniyet Tedbiri Uygulanması

Modern cezalandırma sistemlerinin bir diğer önemli anlatısı, “*failin bedeni değil, ondaki kötülük doğuran irade cezalandırılmalıdır.*” şeklindedir. Bu görüşün ceza hukuku alanında yerleşmesinde, özellikle aydınlanma ile birlikte ortaya çıkan rasyonalizm ve doğal hukuk akımlarının etkisinde filizlenen klasik okulun önemli katkısı olmuştur. Klasik okulun “irade özgürlüğü” kavramını ceza hukuku alanına sokmasıyla birlikte, özgür iradesine rağmen suç işleyen bireylerin cezalandırılması ve dolayısıyla isnat yeteneği olmayanlarla, sağlıklı olarak irade edemeyenlerin cezalandırılmaması düşüncesi ceza hukuku alanında baskın olmuştur⁴³. Bu anlatı doğrultusunda modern dönemde, fiili gerçekleştirirken failde bulunan kötü irade ve onun ruhu cezalandırmanın odağı haline gelmiştir. Artık ceza yargılamalarında, sadece fiil, fail tarafından mı işlendi ve hangi normu ihlal ediyor diye sorulmamakta; bu yeni süreçle birlikte *sanığın nedensel süreçteki rızası nedir? Sanık fiili nedeniyle kınanabilir mi?* diye de araştırılmaktadır⁴⁴.

Bu bağlamda cezalandırmanın seyirlik olmaktan çıkması ve fiziksel şiddetin ortadan kaldırılmasıyla birlikte ortaya çıkan ikinci değişim süreci, ruhun cezalandırılmaya başlanmasına ilişkin olmuştur⁴⁵. Foucault, bu noktadan

⁴² Bu konuyla ilgili olması bakımından Özbek’in 5237 s. TCK’ya yönelik şu eleştirilerini de paylaşmak isteriz: “Yeni yasayı oluşturan düzenlemelerin gerekçelerine bakıldığında yasanın suç ve ceza politikası bakımından özel önlemeyi amaçladığı söylene de, getirilen yaptırımlara bakıldığında sanki kefaref amacının öne çıktığı görülmektedir.” Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı-TCK İzmir Şerhi, Cilt 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 34, Ancak kanaatimizce bu sadece bizim kanunkoyucumuza has bir durum değildir. Genelde modern iktidarlar hep cezaların insani ve ıslah edici yönünü vurgulama eğiliminde olsalar da; uygulamalar kefaref amacının ön planda olduğunu göstermektedir. Bu konuya bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı olarak değinileceği için burada fazla girmemeyi uygun buluyoruz.

⁴³ Toroslu, a.g.m., s. 368 vd.

⁴⁴ Foucault, Hapishane, s. 44

⁴⁵ Beccaria’da cezanın beden üzerinde değil, ruh üzerinde izler bırakması gerektiğini savunmaktadır. “...Cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey

hareketle, modern cezalandırma sistemlerinde sadece suçların değil; aynı zamanda suçluların ruhlarının da yargılandığını ileri sürmektedir⁴⁶.

Bu yeni dönemde, ceza kanunlarında akıl hastalığı (delilik), önceki dönemlerin devamı olarak, isnat yeteneğini ve dolayısıyla cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir⁴⁷. Bununla birlikte mahkemelerde bu kuralın yansımaları, deliliğin derecesi arttıkça cezanın azaltılması şeklinde olmuştur. Sonraları mahkeme kararlarındaki bu durum kanunlara yansımış ve deliliğin derecesi arttıkça cezai sorumluluğun azalması esas kanunlara da girmiştir. Ayrıca deliliği tespit etmek üzere mahkemeler, sıklıkla uzmanlara başvurmaya başlamışlardır. Bilirkişi olarak isimlendirilen bu uzman görüşlerinin, sanıkların ne kadar ceza alacaklarına giderek daha çok etki ettikleri görülmektedir⁴⁸.

Gelişen süreçte, pozitivist okulun etkisiyle ceza hukukunun içerisine “tehlikelilik hali” diye yeni bir kavram da girmiştir. Buna göre; isnat yeteneği olmayanlar, tıpkı klasik okul düşüncesinde olduğu gibi cezalandırılmamalı; ancak tehlikelilikleri nedeniyle, emniyet tedbiri adı altında bazı tedbirlere maruz bırakılmalıdırlar⁴⁹. Küçükler ve akıl hastaları gibi isnat yeteneği olmayanlara, tehlikelilik halleri nedeniyle uygulanan bu tedbirler de, çoğu kez bu kişilerin mahkumlar gibi zoraki olarak belirli alanlarda kapalı tutulması esasına dayanmaktadır. Bu nedenle bu tedbirlerin, fiili anlamda cezadan farklarını net olarak ortaya koymak çok zordur.

Foucault, tüm bunların mevcut yeni sistemin kendini meşrulaştırmak için kullandığı saçmalıklar olduğunu ileri sürmektedir. Yeni sistemin söylemi: “Biz ceza vermiyoruz, tedavi etmeye çalışıyoruz. Bakın hakim dışında başkaca uzmanlardan da yardım alıyoruz. Amacımız tedavi etmek, failin tehlikelik halini ortadan kaldırmak” şeklindedir; ancak basbayağı cezalandırıyordu⁵⁰.

4.4. Cezaların İnfazında Gözetimin Boyutlarının Artması

Gözetim sözcüğü ilk olarak, hakkında toplandığı bireylerin eylemlerini yönlendirmek amacıyla kullanılabilen şifrelenmiş bilgi birikimini ifade ederken; ikinci olarak, bireylerin davranışlarının, bu bireyler üzerinde otorite kuran diğer bazı bireyler tarafından doğrudan izlenmesini ifade eder⁵¹. Bu bağlamda modern cezalandırma sistemlerinin bir diğer anlatısı da cezaların infazı sırasındaki gözetime ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Söz konusu anlatı “suçluların

değildir. Bu nedenlerle söz konusu cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar.” Beccaria, a.g.e., s. 69 vd.

⁴⁶ Foucault, Hapishane, s. 53

⁴⁷ Örneğin Roma’da ve eski Germen hukukunda da akıl hastalarının cezai sorumluluklarının olmadığı kabul edilmekteydi. Kayıhan İçel-A. Hakan Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler-II, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 177

⁴⁸ Foucault, Hapishane, s. 55 vd.

⁴⁹ Toroslu, a.g.m., s. 370

⁵⁰ Foucault, Hapishane, s. 58

⁵¹ Anthony Giddens, Ulus Devlet ve Şiddet, (Çev. Cumhur Atay), Kalkedon Yayınları, Yer Belirtilmemiş 2008, s. 24 vd.

ıslahı, ancak hükümlülerin kapalı mekanlarda tutulması ve etkin şekilde gözetilmesi halinde mümkün olabilir.” şeklindedir⁵².

Bu düşüncenin oluşmasında Avrupa’da yaşanan veba salgınlarının önemli bir etkisi olmuştur. Nitekim Ortaçağ Avrupa’sında bir kentte veba salgını çıktığı zaman uygulanacak bazı kurallar oluşturulmuş, bunlara uymama da çok ağır yaptırımlara bağlanmıştı. Örneğin söz konusu kent, derhal çevrelerin ve giriş-çıkışlara kapatılır, aksine davranışlar ölümle cezalandırılırdı. Başboş hayvanlar öldürülür; kent, her birinin başına bir denetimcinin verildiği küçük parçalara bölünürdü. Halka belirtilen günde evde kalma emri verilir, uymayanlar ölümle cezalandırılırdı. Her aile önceden erzak stoklamış olmalıydı. Sadece ekmek ve şarap için caddede ve evlerin arasında küçük tahta kanallar yapılmıştı. Bunlar mal sağlayıcılarla halk arasında, temas olmaksızın ihtiyaçların karşılamasını sağlamaktaydı. Kurallara uyulup uyulmadığı sıkı bir şekilde görevliler tarafından denetlenmekteydi. Bu sistemde teftişler sürekli, bakışlar her yerdedi. Böylelikle vebalı kentler için getirilen bu uygulamalar sayesinde fark edildi ki, bireyleri sabit bir yere kapatmak, bütün hareketlerin denetlendiği, iktidarın hiyerarşik ve sürekli bir biçimde icra edildiği, her bireyin kapalı mekan içerisindeki hemen tüm noktalarda gözetlendiği disiplinsel bir modeli oluşturmaya imkan vermektedir⁵³. Başta vebalı kentler için düşünülen bu modelin, zamanla suçluları gözaltında tutmak için de uygulanabileceği düşüncesi ortaya çıktı ve yavaş yavaş bugünkü anlamıyla hapisaneler inşa edilmeye başlandı.

Suçlulardan toplumu korumak ve onları terbiye etmek için, bu kimselelerin kapalı mekanlarda tutulması gerektiği düşüncenin yaygınlaşmasıyla birlikte, hapisanelerin sayısında önemli bir artış gözlenmiştir. Gelişen süreçte modern devletler, teknolojik gelişmelere paralel olarak, infaz kurumlarında bulunan hükümlüler üzerindeki gözetimin boyutlarını da arttırmışlardır. Yoğunlaşan bu gözetimin temel amacı ise hükümlüler hakkında bilgi sahibi olmak ve böylelikle onları itaate mecbur kılıp, terbiye etmektir⁵⁴.

Bir nesneyi, bireyi ya da bireylerden oluşan toplumu kontrol etmek için, öncelikle onu iyi tanımak ve bilmek gerekir. Kontrol edilmek istenen nesneyi, bireyi ya da toplumu bilmek ise onu gözetlemekten geçmektedir. Modern devletin infaz kurumları da, hükümlülerini kontrol etmek için onları daha çok tanımak ve bilmek ihtiyacı içindedirler. Bu amaçla ellerinde olan imkanlar ölçüsünde yoğun olarak hükümlülerini gözetlerler. Bunun yanında devletin hükümlülerini gözetleme sebebi sadece bilgi edinmek değildir; aynı zamanda devlet, gözetlemek suretiyle kendi öngördüğü sınırlar dahilinde hareket eden ve koy-

⁵² Modern dönemde infaz kurumları dışında toplum üzerinde gerçekleştirilen gözetimin boyutlarının da arttığı görülmektedir. Bu bağlamda sosyal hayatın kurumsallaşmış bir şekilde yaygın olarak gözetimi modernizm ile birlikte ortaya çıkmıştır. Etrafta giderek artan MOBESE kameraları, PVSK m.5 kapsamında polisin hükümlü veya sanık statüsünde olmayan kimselerin dahi belirli işlemler nedeniyle parmak izlerini alma yetkisine sahip olması, önleme amaçlı iletişimin geniş çaplı dinlenmesine yönelik uygulamalar, Türkiye açısından gözetimin ne boyutlarda olduğunun en açık göstergeleridir. Modern toplumda gözetimin boyutlarını ortaya koyan ayrıntılı ve özgün bir eser için bkz. David Lyon, *Elektronik Göz-Gözetim Toplumunun Yükselişi*, (Dilek Hattatoğlu), Sarmal Yayınevi, 1997, s. 42 vd.

⁵³ Foucault, *Hapishane*, s. 289 vd.

⁵⁴ “Nitekim bilgi, yönetene, hem meşruluk hem de etkinlik kazandırır. Bu bağlamda bilgiye sahip olmak, iktidar olmaktır.” Zygmunt Bauman, *Yasa Koyucular ile Yorumcular*, (Çev. Kemal Atakay), Metis Yayınevi, İstanbul 1996, s. 62

duğu kurallara uyan bireyler oluşturmak için gözetlemeyi bir terbiye aracı olarak da kullanır. Bu bağlamda, devletin hükümlü hakkında gözetimle bilgi edinmesi, çoğu kez gözetlenenin (hükümlünün) terbiye edilmesi ile eş zamanlı olarak gerçekleşir.

Modern dönemde cezalandırmanın belirli bir kapalı mekanda gerçekleştirilmesi ve böylelikle gözetimin etkinleştirilmesi konusunda, Bentham'ın ortaya koyduğu "Panopticon" isimli hapishane projesi, çok önemli ipuçları vermektedir. Görülmeden gözetlemeye olanak veren bu hapishane, sürekli görmeye ve hemen tanımaya olanak veren mekansal birimler oluşturmaktadır⁵⁵. Bu itibarla panopticon sadece bir hapishane değil, bir iktidar teknolojisi, bir gözetim projesidir⁵⁶. Nitekim Bentham bu projede, hem mahkumları gözetleyerek bilgilenmeyi hem de onları ıslah etmeyi amaçlamıştır. Bentham'dan sonra özellikle 19. yüzyılın ilk yarısında inşa edilen hemen tüm hapishaneler bir şekilde Bentham'ın projesine atfen, onun bazı uygulamalarını örnek almak suretiyle yapılmışlardır⁵⁷.

İşte bu düşünsel temeller ve uygulamalar doğrultusunda, modern cezalandırma sistemlerinde suçlular kapalı mekanlarda tutularak ve teknolojik imkanlar kullanılarak sürekli gözetlenmeye, terbiye edilmeye çalışılmıştır. Özellikle yakın dönem içerisinde, özel eğitilmiş, profesyonel infaz koruma memurlarının istihdamı, sürekli izleme imkanı sağlayan kamera sistemlerini kurulumu, aramaların sıklıkla yapılması ve haberleşme araçlarıyla (telefon, mektup, vs.) gerçekleştirilen iletişimin devamlı surette kontrol edilmesi gibi uygulamalarla, gözetimin boyutları üst seviyelere ulaşmıştır. Ancak bu gözetim ve terbiye modelinin ne kadar başarılı olduğu da tartışmaya açıktır. Gerçekten de gözetimin yoğunluğu nedeniyle mahkumların infaz süresince kural ve emirlere itaatlerinin sağlanmasında başarı yakalanabilir. Ancak bu uygulamaların, aynı kişilerin infazları tamamlandıktan sonra, yani başlarında birer gözetmen veya kamera yokken de, kural ve emirlere riayetlerini sağlayacak bir ıslah modeli oluşturduğunu söylemek son derece zordur. Dolayısıyla, mevcut modern modelin, hükümlülerin sadece cezalarının infazı süresince, infaz kurumunun emir ve kurallarına itaatlerini sağlamak konusunda belirli bir oranda başarılı

⁵⁵ Ana hatlarıyla Panopticon'da, halka halinde bir bina, bu halkanın ortasında yani merkezde ise bir kule vardır. Ortadaki bu gözetleme kulesinin, onun etrafını saran halka şeklindeki binanın iç cephesine bakan geniş pencereleri bulunmaktadır. Halka şeklindeki bina hücrelere bölünmüştür. Hücrelerin de biri içeri diğeri dışarı bakan iki büyük penceresi vardır. İçeri bakan pencere tam kuleninkilerin karşısına denk gelmektedir. Dışarıya bakan pencereden gelen ışık sayesinde, halka şeklindeki binanın içinde yer alan hücrelerdeki mahkumların silüetlerini, kuleden rahatlıkla takip etmek mümkündür. Kulenin içerisi dışarı yansımadığı için de, kulede kaç kişinin olduğunu bilmek hücredekiler bakımından mümkün değildir. Foucault, Hapishane, s. 295 vd.

⁵⁶ Michel Foucault, İktidarın Gözü, (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 2003, s. 87; İzlenip izlenmediğini, kulenin içerisini göremediği için bilemeyen ama orada izlemek için birilerinin var bulunduğunu varsaymak durumunda olan mahkum açısından tek makul seçenek itaattir. Bu nedenle Bentham, hapishanesi için Yunancaya dayanan "göz önündeki yer" anlamında bir kelime türetmiştir: "Panopticon". Hem kolay gözetleme olanağı hem de mahkum üzerinde oluşturduğu "sürekli gözetleniyorum" hissi nedeniyle, bu hapishanenin çok sayıda gardiyana ihtiyacı yoktur. Lyon, a.g.e., s. 93

⁵⁷ Foucault, İktidarın Gözü, s. 86

olduğu söylenebilecektir⁵⁸. Sonuç olarak modern düşüncenin büyük anlatısında olduğunun aksine, infaz sırasında gözetimin yoğunlaşması, hükümlülerde gerçek anlamda terbiye ve ıslahı sağlayamamakta, sadece belirli bir süre kurallara uyma konusunda itaati gerçekleştirebilmektedir.

5. MODERN CEZALANDIRMA SİSTEMLERİNE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER BAĞLAMINDA CEZALANDIRMANIN GEREKLİLİĞİ

Modern cezalandırma sistemlerine yönelik olarak yukarıda getirdiğimiz eleştiriler, “bu sistemler fonksiyonel değildir; o nedenle ne ceza hukukuna ne infaz hukukuna ne de ceza muhakemesine ihtiyaç vardır” şeklinde bir düşünce doğurabilir⁵⁹. Zaten çalışma içerisinde modern cezalandırma sistemlerine ilişkin fikirlerinden yararlandığımız bazı yazarlar, yaptıkları tespitlere bağlı olarak bu tür sonuçlara ulaşmışlardır.

Modern cezalandırma sistemlerinin gerçekleştirdiği ileri sürülen suçluların ıslah ve rehabilitasyonu gibi amaçların, fiilli durum bakımından hiç de söylendiği boyutta gerçekleştirilemediği, bu iddiaların modern düzenin kendisini kitleler karşısında meşrulaştırma çabası olduğu söylenebilir⁶⁰. Bu durumun tespiti ise, en azından resmi söylemle fiilli durum arasındaki farkı görerek bu sistemlerin sorunlarına çözüm bulmak adına faydalı olacaktır. Gerçekten de koşulları iyileştirilmiş infaz kurumlarında, alanında uzmanlaşmış görevliler rehberliğinde hükümlülerin ıslahları mümkün kılınsa ve cezalar tespit edilirken bireylerin rehabilitasyonu için gerekli olan süreler göz önünde bulundurulsa, cezalandırma alanında modern söylemde ileri sürüldüğü boyutta bir başarı elde edilebilecektir.

Bununla birlikte yukarıda tespit ettiğimiz sorunlarla birlikte işleyen şu anki modern cezalandırma sistemlerinin de önemli bir toplumsal işlevi yerine getirdikleri göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla yukarıda yaptığımız tespitlere bağlı olarak getirdiğimiz eleştiriler, modern cezalandırma sistemlerinin tamamen ortadan kaldırılmasına değil; bilakis bu sistemlerin iyileştirilmesi ve daha işlevsel hale getirilmesine yöneliktir. Kanaatimizce bu sistemler olmaksızın, sosyal hayatın belirli bir düzen içerisinde sürdürülebilmesi, aşağıda açıklayacağımız nedenlerle mümkün değildir⁶¹.

Devletin temel ortaya çıkış nedenlerinden birisi toplum içerisinde adaleti sağlamaktır⁶². Eğer devlet toplumda adalet hislerini genel olarak tatmin ede-

⁵⁸ Hatta Türkiye örneğinde olduğu üzere, büyük koğuşlardan oluşan ve fiilli olarak çeteleşmenin önüne geçemeyen infaz kurumu modellerinin, infaz süresince dahi emir ve kurallara itaat konusunda başarısız olduğu ileri sürülebilir.

⁵⁹ Bazı ütöpiist ve anarşist düşünürler de insanın doğasına ilişkin iyimser bir anlayıştan hareketle, yeniden yaratılacak insanların oluşturacağı yeni bir toplumda suçluluğun tamamen ortadan kalkacağını ve ceza hukukuna gerek kalmayacağını bir kehanet olarak ileri sürmektedirler. Toroslu, Genel Kısım, s. 20; Buna karşın Hobbess gibi bazı yazarlar da insanın temelde kötü bir varlık olduğundan hareketle onun sürekli sert bir disiplin altında tutulması gerektiği yönünde fikirler ileri sürmüşlerdir. Hobbess’in bu konuya ilişkin görüşleri için bkz. Thomas Hobbess, *Leviathan*, (Çev. Semih Lim) Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1995, s. 76 vd; 127 vd.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Foucault, *Hapishane*, s. 58

⁶¹ Aynı yönde bkz. Toroslu, Genel Kısım, s. 20

⁶² İnsan topluluklarında giderek artan nüfus, beraberinde kargaşa ve düzensizliği de getirince, insanlar kendilerini güven altına alabilmek ve haklarını koruyabilmek açısından, devlet

mezse, temel ortaya çıkış nedenlerinden birisinin gereğini yerine getiremiyor demektir. Bu durum ise yavaş yavaş bireylerin kendi haklarını kendilerinin yerine getirmeye çalışmalarına neden olacaktır. Sonuçta bu şekilde devlet otoritesi zayıflayacak, toplumda otorite boşluğu doğacak ve kamusal düzenin temelleri sarsılacaktır.

Cezalandırma sistemleri de devletlerin en önemli adalet mekanizmalarından birisini oluşturur. Çoğu kez bireyler kendilerine karşı gerçekleştirilen haksızlıkların faillerinin cezalandırılması isteği içerisindeyler. Devletin yeni yeni ortaya çıktığı dönemlerde haksız fiili cezalandırmak, mağdura veya mağdurun bağlı olduğu gruba ait bir yetkiyken, modern dönemde faili cezalandırma yetkisi sadece devlete aittir. Nitekim cezalandırma tekeli de içinde barındıran şiddet tekeli, modern devletlerin en önemli özelliği ve egemenlik göstergesidir⁶³. Bu itibarla bir görüşe göre, suçtan zarar gören kimsenin bu haksızlığın failini bizzat cezalandırmasına izin verilmediğinden, faili cezalandırmak devlete tanınmış bir hak değil; bilakis ona yüklenmiş bir ödevdir⁶⁴. Eğer devlet, bireylere karşı gerçekleştirilen özellikle ağır haksızlıklar için belirli müeyyideler öngörmez veya uygulamazsa; bireylerin devlete olan inançlarının ve bağlılık hislerinin kaybolması da muhtemeldir.

Bu bağlamda yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz problemleri olan modern cezalandırma sistemlerinin mevcut halleriyle işlerliklerinin bile sosyal alanda çok önemli bir işlevi yerine getirdiği göz ardı edilmemelidir. Ayrıca toplumdaki adalet duygularının genel olarak tatmin edilmesi dışında, modern cezalandırma sistemlerinin yerine getirdiği diğer iki temel fonksiyon da kamusal düzenin sağlanması bakımından büyük önem arz etmektedir: Birincisi ıslah uygulamalarının yetersiz olması nedeniyle hükümlüde toplumla uyumlu bir insan olma isteği uyandırılmasa bile, yeniden ceza görme korkusu hükümlüyü yeniden suç işlemekten bir ölçüde alkoymaktadır. İkincisi ise suçluların cezalandırıldığını gören toplumdaki diğer bireyler de yine belirli ölçüde suç işlemekten uzak kalmaktadırlar. Dolayısıyla gerek toplumdaki adalet duygularının genel olarak tatmin edilmesi ve böylelikle bireylerin devlete olan aidiyet bağının devamının sağlanması gerekse suçluların ve toplumdaki diğer bireylerin suç işlemekten bir ölçüde uzak tutulmaları bakımından modern cezalandırma sistemleri önemli bir işlevi yerine getirmektedirler. Bu nedenle bu tür sistemlerin olmadığı bir toplum düşüncesi hayal olmaktan öteye geçemeyecektir kanaatindeyiz⁶⁵.

kurumuna ihtiyaç duymuşlardır. Anıl Çeçen, İnsan Hakları, Gündoğan Yayınları, Ankara 1995, s. 93; Büyüyen tehlike ve tehditler karşısında bireysel savunmanın yetersizliğini gören insanlar, kolektif güvenlik sistemleri kurmaya başlamışlar ve bu amaçla bir araya gelerek ilk devlet örneklerini oluşturmuşlardır. İlerleyen süreçte bu yapılar giderek daha çok kurumsallaşmış ve kurulan düzen zaman içerisinde adaletle uyusturilmaya başlanmıştır. Bu şekilde adaletten nasibini alan devlet doğa ve nitelik değiştirmiş bu arada da adaletin değişik görünüm ve anlayış şekilleri ortaya çıkmıştır. Yahya Kazım Zabunoğlu, Kamu Hukukuna Giriş-Devlet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973, s. 65 vd.

⁶³ Weber, devlet tanımını yaparken şiddet tekeli elinde bulundurmaya belirleyici unsur olarak kullanmıştır. Bu bağlamda en kısa tanımıyla devlet; belli bir arazi içinde fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde bulunduran insan topluluğudur. Tanım ve şiddet tekeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Christopher Pierson, Modern Devlet, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çivi Yazıları, İstanbul 2000, s. 24 vd.

⁶⁴ Werner Beulke, Strafrecht, C.F. Müller, Heidelberg 2005, s. 3

⁶⁵ Cezanın amacı bağlamında bu fonksiyonlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. İçel-Sokullu Akıncı-Özgenç-Sözler-Mahmutoğlu-Ünver, a.g.e., s. 30 vd.

Bununla birlikte bu fonksiyonları modern öncesi cezalandırma sistemlerinin de önemli ölçüde yerine getirdiği unutulmamalıdır. Modern söylem ise, başta suçluların rehabilitasyonu olmak üzere, modern öncesi dönemlerin cezalandırma sistemlerinin çok daha ötesine geçtiğini iddia etmesine karşın, bu dönemde cezaların insanileştirilmesinden daha fazlasının anlamlı şekilde başarıldığını söylemek zordur. Sonuçta modern dönemde cezalandırılma alanında gerçekten önemli gelişmeler sağlanmıştır; ancak modern söylem, gerçekleştirdiklerini manipüle etmekte ve bizlere fazlasıyla abartarak sunmaktadır.

SONUÇ

Modernizm, 17. yüzyıldan itibaren sosyal, ekonomik ve kültürel alanda yaşanan büyük değişim sürecine verilen isimdir. Modernizmin en önemli özelliklerinden birisi tüm insanlık için mutluluk getirecek büyük projeler üretmesidir. Bu büyük projeler büyük anlatılara dayanır. Büyük anlatılar ise en azından söylem olarak bilimsel verilerle ortaya konulan ve büyük projelerin düşünsel temelini oluşturan sosyal teorileri ifade eder.

Modern dönemin bu düşünce ortamında oluşan cezalandırma sistemlerinin de bazı büyük anlatıları söz konusudur. Bu anlatılar doğrultusunda, cezalandırma genel olarak modern süreçte insanileşmiş ve insan odaklı bir kamusal faaliyet haline gelmiştir. Bununla birlikte özellikle pozitivist okulun etkisiyle bir dönem bilimsellik, insani değerlerin önüne geçmiş ve modern süreçte cezalandırmaya ilişkin bir takım gayri insani muameleler de yaşanmıştır. Modern cezalandırma sistemlerinin büyük anlatılarının genelde üç temel gelişme üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bunlar; Cezalandırmanın ıstırap veren bir gösteri (seyirlik) olmaktan çıkması ve ıslahın amaçlanması, Suçlu iradenin cezalandırılmaya başlanması ve isnat yeteneği olmayanlara emniyet tedbiri uygulanması, Cezanın infazında gözetimin boyutlarının artması olarak sıralandırılabilir.

Fiili durum bakımından modern cezalandırma sistemlerinin bu büyük anlatılarının gerçekleştirilmesi, cezaların insanileştirilmesi ve yoğun gözetim sayesinde infaz sürecinin daha güvenli olmasının ötesine geçememiştir. Özellikle ıslah ve yeniden topluma kazandırma amaçları, sıklıkla dile getirilip fiilen gerçekleştirilemeyen retorik söylemler olmaktan kurtulamamışlardır.

Bununla birlikte modern söylemin çizdiği tozpembe ortamın uzağında, önemli sorunlarla birlikte işleyen şu anki modern cezalandırma sistemlerinin de önemli bir işlevi yerine getirdikleri göz ardı edilmemelidir. Nitekim bu sistemler sayesinde halkın adalete olan inancı ayakta tutulabilmekte ve kamusal düzenin devamlılığı sağlanabilmektedir. Dolayısıyla çalışma içerisinde modern cezalandırma sistemlerine getirdiğimiz eleştiriler, önemli bir işlevi yerine getiren mevcut sistemin daha iyiye götürülmesine yöneliktir. Bu bağlamda koşulları iyileştirilmiş infaz kurumlarının oluşturulması, suçlar için belirlenecek cezaların miktarında ve infaz şekillerinde ıslahın göz önünde bulundurulması, infaz sürecinde alanlarında iyi yetişmiş rehberlerden faydalanılması gibi hususlar hayata geçirilirse, cezalandırmaya ilişkin modern söylemle fiili durum arasındaki farklar ortan kaldırılabilir.

KAYNAKÇA

- ARAT, Melih. "Affedersiniz" <http://www.milliyet.com.tr/2001/01/04/isyasami/ais.html>
- BAUMAN, Zygmunt. Modernlik ve Müphemlik, (Çev. İsmail Türkmen) Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003
- BAUMAN, Zygmunt. Modernite ve Holocaust, (Çev. Süha Sertabiboğlu) Versus Yayınları, İstanbul 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. Yasa Koyucular ile Yorumcular, (Çev. Kemal Atakay), Metis Yayınevi, İstanbul 1996
- BECCARİA, Cesare. Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev. Sami Selçuk) İmge Kitabevi, Ankara 2004
- BEULKE, Werner. Strafprozessrecht, C.F. Müller, Heidelberg 2005
- BOZKURT, Veysel. Değişen Dünyada Sosyoloji, Ekin Yayınları, Bursa 2007
- CALHOUN, Craig. "Bourdieu Sosyolojisinin Ana Hatları", Ocak ve Zanaat-Pierre Bourdieu Derlemesi, İletişim Yayınları, İstanbul 2007
- ÇEÇEN, Anıl. İnsan Hakları, Gündoğan Yayınları, Ankara 1995
- DÖNMEZER, Sulhi. Kriminoloji, İÜHF Yayınları, İstanbul 1981
- EREM, Faruk. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995
- FEYERABEND, Paul. Özgür Bir Toplumda Bilim, (Çev. Ahmet Kardam), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999
- FEYZİOĞLU, Metin. Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2002
- FLEMING, Rebecca B. "Scanty Goatees and Palmar Tattoos: Cesare Lombroso's Influence on Science and Popular Opinion" http://www.tcr.org/tcr/essays/EPrize_Lombroso.pdf
- FOUCAULT, Michel. Hapishanenin Doğuşu, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 2006
- FOUCAULT, Michel. İktidarın Gözü, (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 2003
- GIDDENS, Anthony. Modernliğin Sonuçları, (Çev. Ersin Kuşdil), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 2004
- GIDDENS, Anthony. Ulus Devlet ve Şiddet, (Çev. Cumhur Atay), Kalkedon Yayınları, Yer Belirtilmemiş 2008
- HABERMAS, Jürgen. "Meşrulaştırma Krizi", in: Siyasal Düşünce, Derleyen: Michael Rosen-Jonathan Wolff, (Çev. Sevdâ Çalışkan-Hamit Çalışkan), Dost Yayınevi, Ankara 2006
- HOBBS, Thomas. Leviathan, (Çev. Semih Lim) Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1995
- HORKHEİMER, Max. Akıl Tutulması, Metis Yayınları, (Çev. Orhan Koçak), İstanbul 2005
- İÇEL, Kayıhan-A. Hakan Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler-II, Beta Yayınevi, İstanbul 2007
- İÇEL, Kayıhan-Fusun Sokullu Akıncı-İzzet Özgenç-Adem Sözüer-Fatih S. Mahmutoglu-Yener Ünver, Yaptırım Teorisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2002

- KABOĞLU, İbrahim Ö. Dayanışma Hakları, TODAİE Yayını, Ankara 1996
- LYON, David. Elektronik Göz-Gözetim Toplumunun Yükselişi, (Dilek Hattatoğlu), Sarmal Yayınevi, 1997
- LYOTARD, J. F. Postmodern Durum, (Çev: Ahmet Çiğdem), Vadi Yayınları, Ankara 2000
- OTOMATİK PORTAKAL, (Sinema Filmi-*Clockwork Orange*); Yönetmen: *Stanley Kubrick*; Senaryo: *Anthony Burgess*'in romanından uyarlama; Oyuncular: *Malcolm McDowell, Patrick Magee*; Yapım Yeri ve Yılı: *Birleşik Krallık, 1971*; Yapım Şirketi: *Warner Bros.* Süre: *136 dak.*
- ÖZBEK, Veli Özer. Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı-TCK İzmir Şerhi, Cilt 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik. Hukuk Sosyolojisine Giriş, Set Yayınları, İstanbul 2003
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik. Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha Yayınları, İstanbul 2008
- PIERSON, Christopher. Modern Devlet, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çivi Yazıları, İstanbul 2000
- ROXİN, Claus. Strafverfahrensrecht, C.H. Beck, München 1998
- RUSCHE, Georg-Otto KIRSCHHEIMER, Punishment and Social Structure, Transaction Publishers, New Brunswick and London 2003
- SAİD, Edward W. Oryantalizm, Sömürgeciliğin Keşif Yolu, (Çev: Nezih Uzel), Pınar Yayınları, İstanbul 1982
- SOKULLU-AKINCI, Füsün. Kriminoloji, Beta Yayınevi, İstanbul 2007
- TOROSLU, Nevzat. Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005
- TOROSLU, Nevzat "Ceza Hukukunda Okullar", Nurullah Kunter'e Armağan, İÜHF Yayınları, İstanbul 1998
- TOROSLU, Nevzat. Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2001
- UZUN, Ertuğrul "Doğuştan Suçlular", Gün Işığı Dergisi, Temmuz-Ağustos 2003
- VON HEBEL, Herman. "An International Criminal Court-A Historical Perspective", Reflections on the International Criminal Court, T.M.C. Asser Pres, The Hague 1999
- WESSELS Johannes-Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2003
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım. Kamu Hukukuna Giriş-Devlet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973