

PAPER DETAILS

TITLE: TIPIKLIK VE CEZA HUKUKU

AUTHORS: Selahattin KEYMAN

PAGES: 59-105

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/635693>

TİPİKLİK VE CEZA HUKUKU

Doç. Dr. Selâhattin KEYMAN

I. Hukuk genel teorisi ve tipiklik : A. Tipiklik ve nedensellik. B. Tipiklik ve hukuk düzeninin değerlendirici işlevi. II. Tipiklik ve ceza hukuku : A. Geniş anlamda tipiklik. B. Dar anlamda tipiklik : 1. Beling. a. İlk teori. b. Suç tipine hakim soyut çerçeve olarak tipiklik. 2. Delitala. a. Hukuka aykırılık ve kusurluluğun fiilin dışında kalması. (i) Hukuka aykırılık ve fiil. (ii) Kusurluluk ve fiil. (iii) Fiil ve objektif cezalandırılabilme şartları. b. Suçun objektif unsurları ile sınırlı fiil. 3. Grispigni. a. Tipiklik kavramı. b. Tipiklik ve özel kısmın genel teorisi.

I. Hukuk Genel Teorisi ve Tipiklik : Tipiklik¹, hukuk genel teorisi içinde önemli ölçüde değişiklik göstermiş bir kavramdır.

Tipiklik herşeyden evvel, bir fiilin görünümünü, adeta resmini ifade etmektedir. Kavram bu anlamı ile, hukuki düşünce içinde *model* işlevini yerine getirmekte, tasavvur edilen bir fiilî anlatmaktadır². Bununla beraber, tipikliğin, ceza muhakemesi hukuku içinde doğup geliştiği, oradan da hukukun diğer dallarına aktarıldığı gözlemlenmektedir.

¹ Almanca'da Taatbestand kelimesinden üretilen taatbestandmassigkeit veya Typizität, italyanca'daki corrispondenza al tipo legale veya tipicità (aynı zamanda fattispecie) yı karşılamak üzere, türkçe'de tipiklik teriminin kullanılması ilk defa Kunter tarafından önerilmiştir. Yazarın açıkça belirttiği üzere, bu, özünde, her suç tipinin suç yaratan norm tarafından belirlenmesi gereğini ifade etmektedir. Tipiklik kavramı ayrıca, somut değil de soyut suçu yani hukuki kurum olarak suçu ifade eder. Ceza Hukukunda teorik düşüncenin konusu soyut suç olduğundan, tipiklik terimi daha elverişli görülmektedir. Kunter, N. : Suçun kanuni unsurları nazariyesi, İstanbul 1949, 39 - 40. Yüce ise, buna suçkalıbı demektedir. «Tanım veya model yerine daha çok kalıp terimini tercih ediyorum. Çünkü kalıp kavramı, daha çok somutlaştırılabilen ve arapçadan gelmekle birlikte çok türkçeleşmiş ve halka mal olmuş bir sözdür». Bk. Yüce, T.T., Ceza Hukuku Dersleri, c. I., İzmir 1982, 184 not : 7, 237 vd. Hukuki kurum olarak suç konusunda bk. Grispigni, F. : Diritto penale, Milano 1952, c. II., 9 vd.; Ayrıca bk. Petrocelli B. : Riesame degli elementi del reato, Riv. it. di dir. e proc. pen., 1963, 344 vd.

² Cataudella, A. : Fattispecie, Encic. del dir., c. xvi, 926.

Tahkik usulüne dayalı ceza hukukunda, genel tahkikatla özel tahkikat birbirlerinden ayrılmakta idi. Bunlardan ilki, bir suçun işlenip işlenmediğinin, ikincisi de eğer işlenmiş ise suçun falinin kim olduğunun kanıtlanmasına yönelmiş araştırmalardı. Konusu, *corpus delicti*'nin araştırılması olan birinci tahkikat, ceza muhakemesi yönünden özel tahkikatın önşartını oluşturmakta idi. Bu nedenle, genel tahkikat, bir suçun işlenip işlenmediğinin kanıtı olmak işlevini yerine getirecek bütün objektif unsurları kapsamakta idi. Ancak doktrinde bundan sonraki gelişmelerle birlikte ve kısmen de ceza muhakemesinde tahkik usulünden itham usulüne geçilmesi nedeni ile, *corpus delicti* yerine tipiklik terimi kullanılmaya başlandı. Bu değişiklikle birlikte, kavrama daha ziyade ceza hukukuna ilişkin görevler yükleyen bir anlayış ortaya çıktı. Bununla beraber, günümüzde dahi, kavramın ceza muhakemesi hukukuna ilişkin izlerine rastlanmaktadır. Söz konusu etkiler, en açık olarak, yargıca herşeyden evvel, hareketin cezalandırma açısından ele alınmaya değer olup olmadığını araştırma görevini veren düşüncelerde görülmektedir. Diğer bir deyişle, dâvanın ilk aşamasında, ceza muhakemesi hukukunun gereklerine uygun olarak, dâva konusu olayın oluş biçiminin araştırılmasını isteyen düşüncelerin, söz konusu izleri taşıdığı kuşkusuzdur. Bunun gibi, tipik fiili, ceza hukuku bakımından önemli unsurların bütünü olarak anlayan görüşler için de aynı şeyler söylenebilir. Çünkü bunlar, bu yolla, yargıcın ilgisini çekecek ve hakkında hukuka uygunluk ve aykırılık yargısı verilecek davranışları ortaya koymak; bunları, çok açık biçimde hukuka uygun oldukları için herhangi bir şekilde ceza muhakemesi hukukuna ilişkin sorunlar doğurmayan davranışlardan ayırmak istemektedirler³. Nihayet, tipik fiili, suçun maddi unsurlarının bütünü, yani fiilin dış dünyada gerçekleştirdiği ve ceza hukuku bakımından önemli sayılan bütün maddi unsurlar diye tanımlayanlar da, kavramın ceza muhakemesi hukukundan gelen etkisi altındadırlar. Zira bunlar, tipik fiilin, ceza hukuku alanındaki özel işlevini göstermeksizin, hareketin cezalandırılıp cezalandırılmayacağını araştırılması sürecinde ilk aşamayı oluşturduğunu kabul etmektedirler⁴. Görüldüğü üzere, bu anlayışta, suçun diğer unsurlarının tahlili daha ilerideki bir aşamaya bırakılmaktadır. Zaman içinde birbirini izleyen araştırmalara atıfta bulunan hukuki kavramlar, temelde, muhakeme hukuku kökenli olduklarından, anılan görüşün de, ceza muhakemesi hukukunun etkilerini taşıdığını kabul etmek yanlış olmaz⁵.

³ Bk. Pagliaro, A. : Fatto (dir. pen.) Encic. del dir., c. xV1, 951; Pagliaro, A. : Principi di diritto penale, Milano 1980, 237.

⁴ Petrocelli, B. : Principi di diritto penale, Padova 1934, c. I., 285, 287.

⁵ Pagliaro, Fatto, 951.

Tipikliğin, ceza hukuku alanında, ceza tehdidini belirleyen tüm veya bir kısım şartlar anlamında kullanılması, söz konusu kavramın, hukuki sonuçlar açısından neden - sonuç ilişkisini gösterdiği yolundaki görüşü doğurmuş, tipiklik böylece, bütün hukuk disiplinlerine yayılan ortak bir kavram haline gelmiştir. Diğer bir deyişle, tipiklik, hukuk sonuçlar yaratılması sürecinin dinamiğini açıklayan temel bir kavram olmuştur⁶.

A. *Tipiklik ve nedensellik* : Geleneksel doktrin, tipikliği, hukuki sonuçların nedeni olarak tanımlar⁷. Bu görüşün kökleri, doğal gerçeklikle

⁶ Cataudella, 926.

⁷ Cataudella, 927; Bu anlayış aslında, genellikle hukuku nedensellikle/illiyetle açıklamak isteyen teorinin bu alana aktarılmasından başka bir şey değildir. Hukuku nedensellik ile açıklama girişimi, hukukun bilimselliği konusundaki kuşkuları ortadan kaldırmak istemektedir. Bunun için de, hukuk anlamındaki kanunlarla fizik kanunlar arasında bir benzerlik kurmağa çalışılmaktadır. Bu benzerlik de, fizik kanunların dayandığı nedensellik ilkesi etrafında kurulmaktadır. Buna göre, fizik dünyada olduğu gibi hukuk dünyasında da bazı durum ve ilişkilerde bir değişiklik olmaması, diğer bazı durum ve ilişkilerde de bir değişiklik olmamasına tekabül eder. Bunun gibi, bazı değişikliklerin varlığı da başka değişikliklerin varlığı sonucunu doğurur. Suç dediğimiz olay gerçekleşmedikçe, ceza dediğimiz olay da gerçekleşmez. Birinci gerçekleştiğinde ikinci de gerçekleşir; hiç değilse gerçekleşmesi gerekir. Gaspari, P. : La meccanica del diritto, Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, c. I, 119; Hukuku nedensellik ile açıklama çabalarında Carnelutti önemli bir yer işgal eder. Yazara göre hukuki hayatın şeması şudur : Bir şeyin maliki olan A bunu B'ye satar; B bu işlem aracılığı ile A'nın yerine o şeyin maliki olur. Ya da A,B'nin bir şeyini çalar ve bu nedenle hırsızlık için öngörülen cezaya tâbi olur. Bütün bu ilişkilerde bir **önceki**, bir de **sonraki** vardır. **Önceki**, alım/satım işlemi veya hırsızlık, **sonraki** de, A'nın mülkiyetinin son bulup B'nin mülkiyetinin doğması veya A'nın cezai sorumluluğunun ortaya çıkmasıdır. Hukuk, **önceki** ile **sonraki** arasında, **önceki**'nin vukubulduğu her seferinde, **sonrakinin** de vukubulmasını sağlayacak cinsten ilişkileri belirlemek suretiyle işler. Yani hukukun, nedensellik aracılığı ile işlediğini söyleyebiliriz. Carnelutti, F. : Teoria generale del diritto, Roma 1951, 192, 295 vd.; Ancak, fizik kimya gibi bilimlerde sadece nedensellik ilkesine göre düşünüldüğü, bunların her türlü değerlendirmeden uzak olduğu gözönüne alındığında, hukukun nedensellik ilkesi aracılığı ile bilimselleştirilmesinin pek mümkün olmadığı ortaya çıkar. Gaspari, 122; Bu konuda ayrıca bk. Kelsen, H. (Çev : Hafızoğulları) : Nedensellik ve isnadiyet, AÜHFD., 1978, 219 vd.; Hukukun bilimselliği sorununu, yasa koyucunun faaliyetinin bilimselliği sorunu ile eş tutan bir anlayış daha vardır. Bu, biyoloji ile fizik arasındaki farktan yola çıkan bir görüştür. Bir patalogun zihni şöyle çalışır : Patalog önce farklı anatomik durumları ve organların davranışını işlevsel açıdan değerlendirir ve bunlardan hangisinin biyolojik bakımdan olumlu hangilerinin olumsuz değere sahip bulunduğunu, yani hastalıkları oluşturduğunu belirler. Patalog ikinci olarak, hastalığa neden

hukuki gerçeklik arasında öze ilişkin bir benzerlik bulunduğunu kabul eden anlayıştır. Gerçi söz konusu geleneksel anlayış, tipiklikle hukuki sonuçlar arasında doğal bir nedensellik değil de, hukuki nedensellik adını

olan ve hastalığı ortadan kaldıran olayları araştırır. X olayının hastalığı oluşturduğu önermesi, doğal nedenselliği ifade eder. Hastalığa son verenin de Y olayı olduğu önermesi, aynı biçimde bir nedenselliği gösterir. Öyle ise X ile Y arasında, mekanik nedensellik diye nitelendiremeyeceğimiz bir ilişki vardır. Zira, X olayının hastalığa neden olduğunu kabul ettiğimizde, bundan zorunlu olarak Y sonucunun (hastalığın ortadan kalkması) doğması gerekmez. Diğer bir deyişle hastalık nedeni X, zorunlu olarak Y'yi (iyileşme) doğurmaz. Ama yine de, X ile Y arasında, deneyden doğan ve deneysel bilimsel kanunlar diyebileceğimiz bir ilişki vardır. Öyle ise, zorunluluğu gösteren doğa kanunları yanında elverişliliği (amaca uygunluğu) gösteren kanunlar da vardır. Bu sonuncuların özelliği, bir olayın diğer bir olaya, kendisi bulunmaksızın sahip olamayacağı bir değer atfetmesi, vermesidir: hastalık nedeni X olayı olmasa idi, Y de, iyileştirme nedeni olmak değerine sahip bulunmayacak idi. Patalogla yasa koyucunun düşünce biçimi arasındaki benzerlik işte bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira yasama politikası, hukuka aykırılıkları, bunların nedenlerini ve hukuka aykırılıkların tedavi çarelerini, yani müeyyideleri belirler. Diğer bir deyişle, yasa koyucunun belli insan davranışları arasında kurduğu meşruiyet ilişkisi, patalogun hastalık ve bunu ortadan kaldıran nedenler arasında kurduğu ilişkiye benzer ve bunu da elverişlilik ilişkisi diye nitелеmek mümkündür. Demek ki, sorun, yasa koyucunun normları koyduğu sırada sahip bulunduğu bilginin, deneyden elde edilen bilgi olup olmadığı sorunudur. Yasa koyucu, bazı normların, toplumun korunması ve gelişmesi açısından zorunlu olduğunu ifade ettiğinde, bunun temelinde deneysel veya hiç değilse deneye elverişli bir bilgi var demektir. Bir normun uygulanmasının toplumda ne gibi sonuçlar verebileceği, tıpkı bir tedavi usulünün vücut üzerindeki etkileri gibi, tesbit edilebilir. Bunun tesbiti, yasama faaliyetinin temelinde sosyoloji, ekonomi, siyasal bilim gibi dalların bilgilerinin olmasına bağlıdır. Gerçi bu alanlarda, bioloji ölçüsünde bir kesinlik olmadığı doğrudur. Ama bu, söz konusu dalların deneye dayalı bilimler olmadığı anlamına gelmez. Bu nedene, yasama faaliyeti, bunların ifadesi olmalıdır. Yasama faaliyetinde gözönünde bulundurulacak ahlaki değerler de böyledir. Çünkü etik, sadece olayları, fiilleri değerlendiren değil de, tıpkı sosyoloji, bioloji, ekonomi gibi, olaylar ve fiiller arasındaki zincirleme ilişkiyi gösteren bir bilgidir. Etik, soyut olarak bir fiili iyi veya kötü olarak değerlendirmez; bir fiilin hangi belli şartlarda iyi veya kötü olduğunu gösterir. Öyle ise, yasama faaliyetinin temelinde, biolojideki elverişlilik kanuna benzer siyasal meşruiyet kanunları vardır. Hukuk sisteminin ahlâkiliğine, bunlar aracılığı ile ulaşılır. Yorumcu da, bu faaliyete yasa koyucunununki gibi katılmaktadır. Bu nedenle, içtihatların bilimsel olduğu da doğrudur; şu kadar ki, bu faaliyet yasa koyucunununkiye nazaran ikinci eldendir. Gaspari, 123 - 125, 126 - 127, 128; Hukukta norm - olgu ilişkisi için bk. Keyman, S.: Hukuka giriş ve metodoloji, Ankara 1981, 133 - 136.

alan ve doğal nedenselliğe kıyas edilebilecek bir nedensellik görmektedir. Bununla beraber, tipikliği, hukuki sonuçların doğması sürecine ilişkin neden - sonuç ilişkisi içinde ele almak, yine de, tipikliğe, doğa bilimlerindekine benzer bir illi değer tanımak, yani bunu bir *neden* saymak anlamına gelecektir⁸.

Tipikliği, hukuki sonuçların nedeni olarak tanımlamak, herşeyden evvel, bunu hukuki sonuçlar dinamiği içindeki işlevi ile sınırlamak olur. Tipiklikle hukuk düzeninin değerlendirmeleri arasındaki ilişki gözden uzak tutulunca, kavramın tam olarak öğrenilmesi de engellenir. Bu nedenle, nedensellik teorisi, tipikliği sadece işlevi yönünden açıklayan bir teoridir. Bunun tesbit edilmiş olması önemlidir. Zira, başka noktalardan hareket etse bile, sonuçta yine tipikliğin hukuki sonuçlar bakımından işlevini göstermekle yetinen teorileri, nedensellik teorisi ile aynı kategoriye sokmak yanlış olmayacaktır⁹.

Tipikliği açıklamak için başvuru nedensellik kavramı, yukarıda da değindiğimiz gibi, doğa bilimlerindeki nedensellik anlayışından kaynaklanmaktadır. Bu, iki olgu arasındaki illi bağı anlatan, doğada her olayın bir nedeni olduğunu ve aynı nedenin her zaman aynı sonucu doğurduğu varsayımına dayanan bir düşüncedir¹⁰. Oysa, hukuk açıklanırken, işlevi bakımından doğa bilimlerindeki nedensellik ilkesine benzeyen, fakat niteliği açısından bundan çok farklı bir ilkeye başvurulmaktadır. Örneğin, *hukuka aykırı bir fiil işlenirse, bir müeyyide uygulanmalıdır* hukuki önermesinde, doğa kanunlarındaki gibi iki unsur ve bunları birbirlerine bağlayan bir bağ vardır. Kuralın kurduğu bu bağıntı, işlevi yönünden, doğa kanunlarındaki bağıntıya benzemekle birlikte, anlam ve yapısı açısından birinciden tamamen farklıdır. Nitekim, ceza hukukuna aykırılıkla ceza, medeni hukuka aykırılıkla tazminat arasında, doğa kanunundakine benzer bir neden - sonuç bağıntısı yoktur. İkisi arasındaki fark, doğa kanunundaki neden - sonuç ilişkisinin her türlü insal fiilinden bağımsız olmasına karşılık, hukuka aykırılıkla müeyyide arasındaki ilişkinin, bir insan fiili (norm) tarafından kurulmasıdır¹¹. Bir insan fiili ile kurulan bu bağıntıya biz, sonucun nedene yüklenmesi anlamında *isnadiyet* diyoruz. İki bağıntı arasındaki yapısal fark, nedenselliği ifade eden önermenin *olan*'ı tasvir eden, isnadiyete ilişkin önermenin de *olması gere-*

⁸ Cataudella, 927.

⁹ Cataudella, 927, 931, 932.

¹⁰ Bk. Bunge, M. : Causality, Meridian books, New York 1963, 3 - 4; Eren, F. : Sorumluluk açısından uygun illiyet bağı teorisi, Ankara 1975, 10.

¹¹ Kelsen, 220.

ken'i anlatan formüller kullanmasına yol açmıştır. Gerçekten de nedensellik ilkesi, *eğer (A) olursa (B) olur veya olacaktır* der. İsnadiyet ilkesi ise *eğer (A) olursa (B) olmalıdır veya olması gerekir* biçimindedir. Doğa kanununda nedeni temsil eden şartla sonuç arasındaki ilişki insan iradesinden bağımsız ve gözlem yolu ile araştırılıp tasviri biçimde açıklanan bir ilişkidir. Oysa isnadiyette, şartı oluşturan neden yani insan fiili ile hukuki sonuç arasındaki ilişki bizzat kural tarafından kurulur ve *olması gereken'i* gösterir^{11/a}.

Doğa kanunlarındaki nedensellik hukuki nedensellik arasındaki bu farkın temeli, doğanın dinamiği ile hukuk hayatının dinamiği arasındaki derin farklılıktadır. Diğer bir deyişle, doğa ile hukuk hayatının dinamiği arasındaki derin farklılıklar, doğal nedenselliğin hukuk alanına aktarılmasına veya hukuk olaylarının kendisine kıyasen açıklanmasına engelidir¹². Soruna bu açıdan baktığımızda, iki olay arasındaki illî bağ anlamındaki doğal nedenselliğin¹³ içerdiği özelliklerin, hukuki nedenselliğe ne kadar yabancı olduğu ortaya çıkar.

Her şeyden evvel, doğal nedensellik, aynı gerçekliğe ait iki olay, yani homojen iki olay arasında kurulan bir bağdır. Hukuki nedensellik ise, biri doğal gerçekliğe (fiil) diğeri de toplumsal gerçekliğe (hukuki sonuçlar) ait iki olay arasında kurulmaktadır¹⁴.

^{11/a} Kelsen, 226; Keyman, Girig, 42; Keyman, S. : Hukukta bir tanım önerisi, Prof. Dr. Akif Erginay'a Armağan, Ankara 1981, 18 vd. ; «Güneş ısıyı erimeye neden olur» önermesi ile, «usulüne uygun yapılmış bir sözleşmeden borcu ödeme görevi doğar» önermesi arasında önemli bir fark vardır. Birincisinde sonuç gerçek, ikincisinde ise idealdir; yani olması gerekir, yapılması gerekir cinsindendir. Ayrıca, buna fiili bir yapmanın tekabül etmemesi mümkündür. Ödeme görevinin gerçek değil de ideal bir zorunluluk olmasının kanıtı, ödemenin gerçek dünyada vuku bulmamasının mümkündür; yani ödeme, gerçek dünyaya ilişkin bir zorunluluk değildir. Öyle ise hukuki önerme, bilimsel/illî önermeden farklı olarak şöyledir : belli bir zamanda A olgusu (sözleşme) varsa, hukuk düzeni, bunu takiben B olgusunun vuku bulmasını (ödeme) ister (bu bir istektir, gerçek dünyaya ait bir zorunluluk değildir). Falzea, A. : Efficacia giuridica, Encic. del dir., v. xiv, 436 - 437.

¹² Cataudella, 928.

¹³ Bunge, 3.

¹⁴ Cataudella, hukuki sonuçları spritüel gerçekliğe ait saymaktadır. Oysa bunların, insanı içiçe saran doğal ve toplumsal gerçeklikten ikincisine ait olduğunu kabul etmek daha doğrudur. Bk. Cataudella, 928; Gerçi, hukuk insanı saran doğal düzenin bir parçasıdır; ama bunun içinde doğa ile toplumsal düzen birlikte bulunmaktadır. Bk. Selznick, P. : The sociology of law (Interdisciplinary readings, Ed. : Simons, R. J.), 193; Bk. Falzea, 434.

Doğal nedensellik ilkesi, aynı neden her zaman aynı sonucu doğurur¹⁵ önermesini de içinde taşımaktadır. Oysa, hukuk alanında, aynı tipik fiil, sürekli ve değişmez biçimde aynı belli hukuki sonucu doğurmamaktadır. Aynı tipik fiilin değişik hukuk sistemlerinde, farklı ve hattâ çoğu zaman birbirleri ile çatışan sonuçlar doğurdıkları gözlemlenmektedir. Bu durumu, aynı hukuk sistemi içinde, müsbet hukukun zamanla değişmesi süreci içinde de gözlemek mümkündür¹⁶.

Doğal nedensellik ilkesi, aynı zamanda, neden ile sonuç arasındaki hareketliliğin devamlılığını; yani, illi seride boşluklar, kesiklikler bulunmaması fikrini içerir. Nedenle bunun yarattığı değişiklik arasında bir devamlılık ve bir derecelenme vardır¹⁷. Süreklilik ve derecelilik ilişkisini içinde taşıyan neden - sonuç ilişkisi böylece, dış dünyada evvelden mevcut şartların değişimine yol çar¹⁸ ve bu değişiklik sonsuza değin uzar gider. Zira doğada ne mutlak başlangıçlar ne mutlak sonlar vardır; her şeyin bir başka şey içinde kökleri mevcuttur ve her şey bir başka şeyin içinde izler bırakır. Bu nedenle her şey bir şeyin sonucudur ve kendisi de başka olayların doğumuna neden olabilir¹⁹. Oysa hukuki sonuçlar bir süreklilik ve derecelenme olmaksızın ortaya çıkmakta ve mutlak bir yeniliği temsil etmektedirler^{20 21}. Bunu da doğal karşılamak gerekir : zira, doğal nedensellik zincirinin halkalarının sonsuza değin uza-

¹⁵ Bunge, 4; Eren, 5.

¹⁶ Neppi, V. : Il concetto di causalità giuridica, Riv. int. di fil. del dir., 1955, 613.

¹⁷ Bunge, 137 - 138.

¹⁸ Cataudella, 928.

¹⁹ Bunge, 24 - 25.

²⁰ Cataudella, 928.

²¹ Doğal ve hukuki nedensellikler arasındaki farklardan birinin de, doğal nedensellikte neden - sonuç arasında bir zaman farklılığının bulunmasına karşılık, hukuki nedensellikte nedenle sonuç arasında bir hemzamanlık ilişkisinin bulunması olduğu söylenmiştir. Fillele sonuç arasında bir zaman aralığının bulunduğunu kanıtama girişimlerine rağmen, bunların hemzaman olduğu düşüncesi yaygındır. Cataudella, 928, 928 not : 26; Böyle düşünenlere göre, hukuki sonucun gerçekleşmesinin başlangıç anı, kanundur. Başlangıç ile hukuki sonucun doğması, yani son bulma anı arasında tipik fiil gerçekleşmektedir. Ancak bu hukuki olayı mükemmel biçimde anlayıp algılayabilmek için, hukuki sonucu maddi/somut gerçekliği içinde değil de, mantiki görünüşü açısından ele almak gerekir. Diğer bir deyişle, fille sonuç arasındaki birbirini izlemek süreci, amprik değil de ideal alanda cereyan eder. Bütün sorun ve zorluk, hukuki sonucun mükemmelliğe ulaşması sürecini, ideal alanın dışına çıkmaksızın belirlemektir. Bunu yapabilmek için, normun şartlı bir emir içerdiğini unutmamak gerekir : normun emir kısmının fiiliyata dönüşmesi, soyut olarak öngörülmüş tipik fiilin somut

olarak gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Yani normu uygulayabilmek için, soyut tipik fiilin gerçekleşmesi şart'tır. Ama bu, maddi ve amprik anlamda değil de, biçimsel mantık anlamında bir şarttır. Bunu şöyle de açıklayabiliriz : Fiil, normun ileriye dönük olarak öngördüğü soyut tipik olayın somut olarak ortaya çıkması ile gerçekleşir; yani soyut tipe uygun somut fiilin gerçekleşmesi. Öyle ise, şart, normun somut fiile uygulanabilir hale geldiği anda gerçekleşmiştir. Norm da, somut tipik fiilin gerçekleşmesi ile uygulanabilir hale geldiğine göre, ideal alanda, şartın gerçekleşmesi, normun uygulanabilir hale gelmesi ve dolayısıyla hukuki sonucun doğması hemzamandır. Kısacası, somut fiile hukuki sonucun gerçekleşmesinin hemzaman oluşunu, hukuki sonuçlar dinamiğinin, amprik dünyada değil de ideler dünyasında yer aldığını kabul etmekle açıklayabiliriz. Böyle düşünme, aynı zamanda, hukukun kesinliği gereksinmesi bakımından da haklıdır. Zira, fiille bunun sonuçları arasında zaman farkı bulunması, az veya çok, kesinlik ilkesine zarar verecektir. Bk. Neppi, 614-615; Bu anlayışın kökleri şuradadır : Hukukçu, ilke olarak, incelediği normların saf ve ideal sonuçları ile meşgul olur. Bu sonuçların amprik dünyada gerçekten de vuku bulup bulmaması ile ilgilenmez. Bu sonuncu konu, sosyolojinin görevidir. Hukukçunun görevi, hukukun koyduğu ideal gerçeklikleri, ideler dünyasındaki gerçeklikleri incelemektir. Falzea, 438; Bu sonucu doğrulamak için, suçun sonucu olan cezalandırma yetkisinin mahkûmiyetten evvel doğduğunu, yani bunun, ceza dediğimiz sonucun amprik dünyada gerçekleşmesinden evvel ortaya çıktığını; kronolojik olarak mahkûmiyetten evvel var olduğunu; diğer bir deyişle, cezalandırma yetkisinin, hukuk dünyası bakımından, suçun işlenmesi ile doğduğunu söyleyebiliriz. Bk. Keyman, S.: Ceza muhakemesinde savcılık, Ankara 1970, 90; Kunter, N.: Ceza muhakemesi hukuku, İstanbul 1979, 126 vd.; Hukukun ve hukukla ilgili bütün sorunların, somut yani amprik dünya ile yakından ilgisi, hukukun toplumsal işlevi konusundaki yeni anlayışlar karşısında, biçimsel mantığa dayalı ve sadece ideler dünyasını ilgilendiren çözümlerin geçerliliği bir yana (Bk. Keyman, Giriş, 86, 91, 93 vd., 142 vd.), doğal nedensellik anlayışının da, neden - sonuç arasındaki öncelik sonralık ilişkisi konusunda değişmeler vardır. Nedensellik konusundaki klâsik görüşün temsilcilerinden Hume ve Mill, neden - sonuç ilişkisinin esasının, bunların birbirlerini izlemesi olduğunu, yani nedenin önce gelip sonucun da bunu izlemesi gerektiğini belirtmişlerdir. Bk. Bronowski, J.: The common sense of science, Penguin books 1968, 72; Bunge, 62; «Bazı olaylar diğerlerinden önce veya onlarla aynı anda ya da daha sonra cereyan eder. Ancak, kural olarak olayların bazıları daha önce, bazıları ise daha sonra cereyan eder. Zaman itibariyle diğerlerinden daha önce cereyan eden olaylara, ön olaylar... yada kısaca sebep adı verilir.» Eren, 10; Mill'e göre, doğa olguları karşılıklı iki ilişki içindedirler: hemzamanlık ve birbirlerini izleme... Nedenin hiç değilse kısa bir zaman için, sonuçtan evvel gelmesinin zorunlu bulunup bulunmadığı sorununa gelince : ... bir olayın başlaması, her zaman için, neden'i ifade eden bir şeydir. Nedensellik de olguların birbirlerini izlemesi kanunudur. Zira sonucun, kronolojik bakımdan, kendisini doğuran şartların sonuncusu ile aynı zamana rastlamasının ve hemen bunu takiben gerçekleşmesinin bir önemi yok-

masına karşılık, hukuki illiyet zincirinin ise sadece iki halkası (fiil - hukuki sonuç) bulunmaktadır. Örneğin hukuka aykırılık karşısında cezalandırma, zincirin son halkasını oluşturmaktadır²². Bunun gibi, hukuki sonuç, kendiliğinden, başka hukuki değişikliklerin nedenini oluşturmaz.

Nihayet modern bilim anlayışının nedensellik ilkesi konusunda doğurduğu kuşkular²³ ya da hiç değilse bu ilkeye getirdiği sınırlamalar²⁴

tur. Fakat olayların hiçbirinde **sonuç neden**'den evvel gelmez. Aynı anda mevcut iki olgu karşısında, bunlardan hangisinin **neden** hangisinin **sonuç** olduğu konusunda tereddüt ettiğimiz takdirde, bunlardan hangisinin diğerinden evvel geldiğini tesbit edebiliyorsak, sorunu çözdüğümüzü düşünebiliriz. Mill, S. (Çev : Peisse, L.) : *Système de logique*, Paris 1909, c. I., 365, 386, 387; Mill'e göre **neden**, bir sonucun değişmez biçimde kendisini izlediği olumlu olumsuz şartların bütünüdür. Mill, 375; Aynı şekilde Russel, **nedenler** ve **sonuçlar** varsa, bunlar ölçülebilir bir zaman aralığı ile birbirlerinden ayrılabilirler, N. Hartmann da, **nedensellik**, sadece, olayların vukubulması sırasında, sonucuların daha öncekiler tarafından belirlenmesi anlamına gelir demek suretiyle buna işaret etmektedirler. Bununla beraber, nedenselliğin genetik bağı ifade eden bir anlamı daha vardır. Nedenselliğin bu dinamik üretici karakteri diğerlerince ihmal edilmiştir. Bu ilişkide, sonucun nedene eşlik etmesinin ötesinde, nedenin sonuca vücut vermesi, sonucu yaratması gibi bir olay vardır. Diğer bir deyişle, zaman bakımından öncelik, ilişkinin bir özelliğini/karakterini oluşturmamaktadır. Burada önemli olan, nedenin sonuç karşısında, varlığa (existantial) ilişkin önceliğidir. Yani etki ortaya çıkacaksa nedenin orada olması gerekir. Bk. Bunge, 46 - 47, 62 - 63; Bundan hareketle, tipikliğin hukuki sonucu içinde sakladığını ve aralarında genetik bir ilişki olduğunu söyleyerek, yeniden **neden-sonuç** ilişkisine dönülemez. Çünkü fizik dünyada gözlemlenen bu ilişki, örneğin, **güç hız neden olur** kanununda görüldüğü üzere, güçle hız arasında genetik bir bağa işaret etmektedir (Bunge, 63). Oysa, tipik fiil ile hukuki sonuç arasında genetik değil de ideal bir ilişki vardır. Aradaki ilişkinin genetik bir bağ olmaması bir yana, tipik fiil her zaman, gücün hızı yaratması gibi, hukuki sonucu doğurmaz. Biz sadece bu hukuki sonucun doğmasını isteriz.

²² Kelsen, 226.

²³ Kuantum fiziği, klâsik neden - sonuç örneğine dayalı genel teoriler kurulamayacağını göstermiştir. Olayların bugününü ve yarınını, bunları tam bir belirlilik içinde gösterecek biçimde tasvir etmek mümkün değildir. Fizikçi Heisenberg, buna, belirsizlik ilkesi ismini vermiştir. Bu ilke, doğanın her zaman için bir belirsizliği içerdiği anlamına gelir. Bu nedenle, doğa alanındaki belirsizliği hesaba katmaksızın, geleceği de kestiremeyiz. Diğer bir deyişle, doğa olayının mevcut durumuna bakarak, bunun geleceğini söylemek mümkün değildir. Öyle ise, doğayı, katı ve bükülmez bir neden - sonuç ilişkisi içinde açıklayamayız. Belirsizlik ilkesi, düzen fikrini bilimin dışına çıkarmış değildir; sadece metafiziği bilim dışına atmıştır. Bilimin amacı, dünyayı, ileriye bakmamıza yardımcı olacak biçimde, düzenli bir şema

gözönünde tutulduğunda, tipikliği hukuki nedensellik ile açıklama çabasının geçersizliği daha iyi anlaşılır.

Tipikliği neden - sonuç ilişkisi içinde açıklamak konusundaki bu zorluklar, yeni arayışlara yol açmıştır. Bunların bir kısmı, tipikliği hukuki sonucun birden çok nedeninden biri olarak almışlardır. Diğerleri bunu,

içinde anlatmaktadır. İstediğimiz, dünyanın gelecekte, aralarında şimdiden bir seçim yapmağa uğraştığımız hareketlerimizin etkisi ile nasıl davranacağını kestirmektir. Bu amacın, neden - sonuç ilişkisinin evrensel işleyişi ile, hattâ nedensellik ilişkisinin kendisi ile bir ilişkisi yoktur. Bu amaç açısından, dünyanın düzeninin şöyle veya böyle olmasının önemi yoktur. Dünyanın düzeni, bilim aracılığı ile bulduğumuz ve fiilen işleyen düzendir. Öyle ise bilim, bir gerçekliği tasvir etme biçimidir ve bu nedenle, gözlemin sınırları ile sınırlıdır. Bilim, gözlemin dışında kalan herhangi bir şeyi iddia etmez. 19 uncu yüzyılda, Laplace'ın, herşeyin nedenleri ile açıklanabileceği inancı egemen olmuştur. Diğer bir deyişle, günümüzü tam olarak öğrenirsek geleceği de tam olarak belirleyebiliriz inancı, bilimi yöneltmiştir. Oysa bu, gerçekliğe ilişkin bir önerme değildir. Herşeyin nedenleri ile açıklanabileceği inancı, ortaçağa egemen olmuş, herşeyin **ilk nedenin** içinde varolduğu inancından daha az skolastik değildir. Bronowski, 73 - 77; Laplace'ın determinizmi konusunda bk. Eren, 7; «... nedensellik ilkesi geçerli olsa bile, yalnızca ideal nesneler için doğrudur; bizim uğraştığımız gerçek nesneler ise, nedensel yapılarını tüketici biçimde betimleyemediğimiz için, ancak belli bir olasılık içinde belirlenmeye elverişlidir», «... kesin nedensellik arayışında vazgeçilmesi gerekmekte, nedensellik yasalarının yerini olasılık yasalarında bırakması zorunluluğu...» doğmaktadır. Reichenbach, H. (Çev: Yıldırım, C.) : Bilimsel felsefenin doğuşu, Remzi Kitabevi 1981, 114.

- 24 Kuantum teorisi, alışılmış formülleri içinde nedenselliği ortadan kaldırmıştır. Zira bu formüllere göre, aynı bir fiziksel durumu, öngörülmesi mümkün olmayan biçimde, sonsuz sayıda değişik durumlar izleyebilir. Kuantum teorisinin nedenselliğe getirdiği bu sınırlama, determinizmin iflâsını gerektirmez; zira istatistik determinizm tamamen kabul edilmektedir. Öte yandan, Kuantum teorisinin ortodoks yorumu da, tamamen reddetmemekle beraber, nedenselliğin alanını sınırlar. Gerçekten de, bir fiziksel sistemin x durumundan y durumuna geçmesi ihtimalini hesap ettiğimizde, çoğu zaman bu geçişi bir güce, yani bir **neden'e** atfederiz. Ancak burada neden ve sonuç, nedensellik ilkesinin ifade ettiği gibi, sabit ve yeknesak bir biçimde birbirlerine bağlanmamışlardır. Diğer bir deyişle, Kuantum teorisinin alışılmış yorumu, nedenleri ve sonuçları ortadan kaldırmaz, yok etmez; sadece, bunlar arasındaki sert ve bükülmez bağı reddeder. Bunge, 14 - 15; Nedensellik ilkesi ile determinizm arasında yakın ilişki vardır. Determinizm, objektif ve evrensel illiyete, yani olaylar arasındaki değişmez, zorunlu neden - sonuç ilişkisine dayanır. Buna göre, bütün olaylar, kendilerinden evvel mevcut olayların zorunlu sonucudur. Gerek fizik gerek psikolojik olaylar, daha önceki nedenlerle, değişmez bir biçimde belirlenmiş, tayin edilmişlerdir. Eren, 6 vd.

hukuki sonuçların gerçekleşmesi dinamiği içinde önşart saymışlar; nihayet bazıları da, soyut normun somutlaşmasının aracı olarak görmüşlerdir. İlk gruba girenler, temelde, nedensellik anlayışına yöneltilen bütün eleştirilere açıktırlar. Sonucu görüş ise, esas itibarıyla, normu, hukuk düzeni ile aynı anladığı için başarılı olamamıştır. Hukuki sonuçları, tipik fiil ile norm arasındaki ilişkiyle açıklayan bu son teori, aslında, nedensellik görüşünden de tam olarak uzaklaşmamaktadır. Zira, hukuki sonuçların normun somutlaşması ile doğacağını, normun da tipik fiil aracılığı ile somutlaşacağını kabul etmek, soyut anlamda tipikliğe, hukuki sonuçların doğması sürecinde belli bir işlev tanımak ve tipikliği bu işlevi ile açıklamak olur²⁵.

B. Tipiklik ve hukuk düzeninin değerlendirci işlevi : Tipiklik konusunda geleneksel anlayış ve bunu aşma çabaları, hukuki sonuçların doğması sürecinin açıklanmasının tipiklik kavramından bağımsız olarak yapılamayacağını göstermiştir²⁶.

Hukuki sonuçlar, gerçekte, hukuk düzeninin yeni fiili durumlara verdiği cevapları oluştururlar. Hukuki sonuçların nedenini ve meşruiyetini, hukuk düzeninin bu fiili durumlar konusunda yaptığı değerlendirmede aramak gerekir. Bu anlayışın önemi, değerlendirilen konu ile, değerlendiren süje arasında bir ilişki kurması ve değerlendirmeyi, normun değil de hukuk düzeninin yaptığını ortaya koymasındır²⁷.

Hukuk düzeni, en elemanter parçaları normaler olan, karmaşık ve örgütlenmiş bir bütün, bir sistemdir. Bu nedenle, normla sistem arasında, bütün ile parça arasındaki ilişki vardır. Bir sistem oluşturan hukuk düzeninin kendine özgü parçaları (normlar), bu parçaları birbirine bağlayan unsurları, iç bölümleri bulunmaktadır. Bütün bunlar, tutarlı bir bütün oluştururlar. Bir sistem oluşturan bu bütünü parçalara bölmeğe başladığımızda, ulaşılan en son unsur normdur. Oysa geleneksel düşün-

²⁵ Tipikliği, hukuki sonuçlar dinamiği içinde neden - sonuç ilişkisi ile açıklayan anlayışın diğer türleri için bk. Cataudella, 929 vd.; Geleneksel anlayışı aşma çabaları içinde, hukuki sonuçları açıklamak için, tipik fiil ve normu birlikte ele alan görüş, özellikle ceza hukuku açısından elverişsizdir. Nitekim belli hukuki sonuçları açıklamak için, somut tipik fiilin soyut tipik semaya altlanması işlemi, ceza hukuku bakımından doğru sonuçlar vermemektedir. Zira, normun yasaklandığı davranışın gerçekleşmesi, hukuka uygunluk nedenlerinin müdahalesi halinde, cezai sonuçlar doğurmamaktadır. Bk. Cataudella, 933 not : 63.

²⁶ Cataudella, 932.

²⁷ Cataudella, 933.

ce, normu adeta sistemin atomu olarak gördüğü için, hukuki sonuçları da normun içinde arar. Ancak bu doğru değildir. Hukuki sonucu belirleyen, herhangi bireysel bir norm değil de, bütün sistemdir. Gerçi normların amacı, soyut tipte belirlenmiş hukuki menfaati korumaktır. Ama nasıl norm sistemden ayrılamıyorsa, menfaatleri de tek tek ve sistemi oluşturan menfaatler bütününden ayrı ve bundan soyutlayarak düşünmeğe imkân yoktur. Bu nedenle, menfaatlerin bütününe ele almadan ulaşılan bir çözüm doyurucu olmayacaktır. Diğer bir deyişle, her hukuki sorun, bir norma göre değil de, bütün hukuk düzenine göre çözülür. Esasen hukuki sonuç da, insan kavranışının, sistemin tüm değerleri karşısında kazandığı değerdir²⁸.

Yukarıda yapılan açıklamalar, hukuk normlarının bir araç işlevi yerine getirdiklerini açıkça göstermektedir. Nitekim normlar, hukuk düzeninin yaptığı değerlendirmelerin ifade biçimleridirler ve bunların, hukuki sonuçları soyut bir tipe bağlayan yapıları, arşsal niteliklerini ortaya koyar. Tek bir soyut tipin tek bir norm tarafından değerlendirilmesini fazla bir önemi yoktur. Bu değerlendirme ancak, normdaki formülü, hukuk düzeninin somut durumlar karşısındaki davranışını belirleyen zorunlu/vazgeçilmez araç olarak ele aldığımızda bir önem kazanır. Gerçekten de normatif formüller, hukuk düzeninin, toplumsal gerçeklik karşısında benimsyeceği davranışa ilişkin olarak duyduğu bazı gereksinmelere cevap verir. Benzer fiiller karşısında tek ve aynı bir davranış benimsemek zorunluluğu, hukuk düzeninin yaptığı değerlendirmelerin soyut olması gerekliliğini doğurmaktadır. Bu nedenle hukuk düzeni, sistemin parçalarını oluşturan ve norm adını verdiğimiz araçlar aracılığı ile, soyut tipte belirlenmiş karakteristikleri ortak olarak bünyesinde taşıyan sayıca belirsiz bir seri insan davranışı karşısında tavır takınır; bir değerlendirmede bulunur. Ama bu, hep, gelecekte vukubulacak fiili durumlar karşısında bir tavır alma; bir değerlendirmede bulunmadır. Bu nedenle, hukuk düzeninin yaptığı değerlendirmeler güncel değil de potansiyeldir²⁹. Yani değerlendirmeyi yapan, hukuk düzeninin bütünüdür; norm ise bütünün unsurlarından tek bir tanesidir. Hattâ, ortada iki değerlendirme olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, hukuki sonuçların gerekçelerini oluşturan ve bütün düzen tarafından yapılan değerlendirmedir. İkincisi ise, her münferit olayda, hukuk düzeninin yaptığı değerlendime konusunda

²⁸ Falzea, 457 - 458; Nuvolone, P. : I limiti taciti della norma penale, Palermo 1947, 22.

²⁹ Cataudella, 933.

işaretler taşıyan norm tarafından yapılır^{29/a}. Söz konusu değerlendirmeler, birbirileri ile sıkı biçimde bağlıdırlar ve her olayda birlikte nazara alınmaları gerekir. Bu nedenle, örneğin ceza hukuku alanında, tipik fiili o suçu yaratan temel norma bakarak belirlemek mümkün değildir. Tipik fiile ulaşabilmek için, temel normda bireyleşen hukuki menfaati korumağa ilişkin normların hepsinin birlikte ele alınması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, her olayda fiilin gerçekten de tipikleşip tipikleşmediğini araştırmak, yani o menfaatle ilgili bütün normları nazara almak gerekir. Zira, suç yaratan normun esas işlevi, yorumcuya yol göstermektir. Yani, suç yaratan normla buna bağlı diğer normlar birlikte gözönünde tutulmalıdır. Sonuç olarak, gerçek anlamda tipiklik, ancak sisteme yani tüm hukuk düzenine başvurularak açıklanabilir^{29/b}.

Hukuku sistem anlamında bütün hukuk düzeni olarak anlayan ve normu bu sistemin araç - aracı olarak gören bu anlayış, hukuki sonuçlar dinamiğinin kökünü, toplumsal gerçeklikle hukuk düzeni arasındaki ilişkide görmektedir. Diğer bir deyişle, hukuk düzeni ile belli şartlar/durumlar arasındaki ilişki önem kazanmaktadır. Hukuki sonuçların tek kaynağı hukuk düzeni olduğuna göre, bu sonuçların gerekçelerini/nedenlerini, hukuk düzeninin fiil konusunda yaptığı değerlendirmede aramak gerekir. Bunun nedeni, hukuk düzeninin fiil karşısında benimsediği tutumun, bu değerlendirmeye dayanmasıdır³⁰.

Öyle ise tipiklik, hukuki sonucun ne nedeni, ne nedenlerinden biri, ne de şartı/önşartıdır. Tipiklik, değerlendiren süje ile birlikte, hukuk düzeninin değerlendirme faaliyetinin unsurlarından birini oluşturur. Yani soyut tip, değerlendirmenin kosudur³¹. Tipiklik de, değerlendirilen konunun, kendisine uyması ve asgari şartlarını içermesi gereken çerçeve ve modelle olan ilişkisidir.

Bununla beraber ,soyut tipik fiilin, hukuki sonuçların doğabilmesi bakımından içermesi gerekli zorunlu unsurların ne olduğu konusu tartışmalıdır. Bu tartışmanın en yoğun olduğu alanlardan biri de, ceza hukukudur. Nitekim, ceza hukuku doktrini, tipikliği bazan suçun maddi unsurları ile sınırlamış, bazan da daha geniş anlayarak, cezalandırmanın gerçekleşebilmesi için zorunlu bütün şartları bunun içine katmış, bazan da önşartları veya objektif cezalandırılabilme şartlarını hariçte bırakmıştır.

^{29/a} Cataudella, 933.

^{29/b} Keyman, S. : Hekimin cezai sorumluluğu, AÜHFD., (c. 35) 1978, 60, 61, 66.

³⁰ Cataudella, 934.

³¹ Cataudella, 935.

II. Tipiklik ve Ceza Hukuku : Soyut tipin, hukuk düzeninin bir fiile ceza verilebilmesi için yaptığı değerlendirmenin konusu olarak nitelenmesi, ceza hukukunda tipikliğin ne olduğunun belirlenmesi bakımından yeterli olmamaktadır. Zira bu tesbit, tipikliğin unsurlarının ne olduğu sorusuna bir cevap getirmemektedir.

Ceza hukuku doktrininin bağlandığı geniş ve dar anlamda tipiklik anlayışları arasındaki fark şu temele dayanmaktadır : Suçun, normatif değerlendirmeye konu teşkil eden ve bu nedenle tasvire elverişli maddi unsurları yanında bir de sırf bir yargı oldukları için tasvir edilemeyen unsurları (kusurluluk, hukuka aykırılık) bulunduğunu kabul edenler ve bu ikisi arasında bir ayırım yapanlar, tipikliği dar anlarlar ve objektif unsurlarla sınırlarlar. Buna karşılık, suçun sadece objektif unsurunun tasviri olduğunu yani değerlendirmeye konu teşkil edebileceğini reddedenler, kusurluluk ve hukuka aykırılığın yargıdan ibaret bulunmadığını, bunların fiille eş olduğunu düşünürler. Böyle düşünenler, tipikliği geniş olarak anlarlar.

Geniş anlayış, tipikliğin suçun varlığı için gerekli unsurların bütünü nü ifade ettiğini kabul eder. Geleneksel düşünceyi temsil eden bu anlayışta, tipiklik, bir cezanın verilebilmesi için gerekli unsurların hepsini içerir. Bu nedenle tipiklik, hareket ve netice gibi unsurları değil, aynı zamanda kusurluluğu, hukuka aykırılığı ve bunların ötesinde objektif cezalandırılabilme şartlarını da kapsar. Ancak bunlar arasında, tipikliği objektif unsurlarla sınırlandırmamakla beraber, kusurluluğu tipikliğe dahil sahip, hukuka aykırılığı bunun dışında bırakanlar da vardır¹.

Buna karşılık, dar anlayış tipikliği suçun objektif unsurları ile sınırlar. Günümüzde ceza hukuku doktrinine egemen olan anlayış, bu sonucudur. Özellikle Grispigni'nin objektif tipikliğe, ceza hukukunun özel kısmının incelenmesinde kazandırdığı işlev, üzerinde önemle durulması gereken bir konudur.

Biz de bu çalışmamızda, ayrıntılarına girmeksizin, tipiklik konusundaki geniş anlayışı, özellikle işlevi açısından açıkladıktan sonra, esas itibarıyla objektif tipiklik üzerinde duracağız.

İster geniş ister dar anlamda alınsın, tipikliğin ceza hukuku açısından özel bir önemi vardır. Zira suç, sadece hukuka aykırı bir hareketten ibaret kabul edilecek olursa, hukuk düzeninin herhangi bir kısmına ilişkin normlar, suçun temel unsurunu oluşturan hukuka aykırılık

¹ Tesauro, A. : La nozione del fatto nella teoria del reato, Il foro penale, 1952, 1.

üzerinde etkili olacaklardır. Böylece, cezanın en önemli önşartı haline gelen hukuka aykırılık, sürekli olarak değişiklik gösteren normlara bağımlı bir duruma gelecektir. Diğer bir deyişle , bireylerin hayatı, özgürlüğü, şerefi ile yakından ilgili olan ceza hukuku, müsamaha edilmesi mümkün görülemeyecek bir belirsizlik içine düşecek, yani kesinlikten uzaklaşacaktır. Ceza hukuku işte bu noktada, kendi alanında gerekli açıklığa kavuşma çarelerini arama zorunluluğunu duymuştur. Yani ceza hukuku, kendi alanındaki hukuka aykırılığın kesin ve iltibasa yer vermeyecek biçimde belirlenmesi gerekliliğini hissetmiştir. Ceza hukuku bu gerekliliği, *tipiklik* kavramı ile karşılamıştır. Ceza hukuku, kendi alanına giren ve ceza hukukunun düzenlemesine tabi hareketleri, diğer dallar ve alanlardan bağımsız olarak değerlendirip, belirlemiş, bu yolla, aynı zamanda, ceza hukukunun aletliği teorisinin yanlışlığını da ortaya koymuştur. Bunun somut sonucu şu olmuştur : ceza iddianının doğması bakımından, hukuka aykırı herhangi bir hareketin varlığı yeterli değildir. Ceza iddiasının şartı, özel bir hukuka aykırılığın bulunmasıdır. Bu da, kanuni soyut tipe uygun, yani tipikleşmiş bir hukuka aykırılıktır. Bu nedenle, hukuka aykırı bir hareketin cezalandırılabilmesi için, herşeyden evvel, bu hareketin ceza hukuku tarafından ele alınmış olması gerekir. Yani, tipiklik kavramı ile birlikte, kusurlu ve hukuka aykırı herhangi bir hareketin , ceza tehdidini doğurması anlayışı son bulmuştur².

Geniş ve dar anlamda tipikliği incelemeğe geçmeden evvel, bu çalışmanın konusunun, soyut anlamda suç ve soyut anlamda tipiklik olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu noktaya işaret etmemizin nedeni, bazan, suçun soyut olarak teorik açıdan incelenmesi faaliyeti ile, somut ve gerçek bir fiilin bu soyut şema ile karşılaştırılması faaliyetinin birbiri ile karıştırılması, tipiklikle tipe uygunluktan, sanki aynı şeylermiş gibi söz edilmesidir. Oysa bunlar, ayrı ayrı şeylerdir. Tipiklik, yani tip olarak inşa edilmiş bulunmak, soyut anlamda suç, buna karşılık tipe uygunluk ise, suçun oluşturması için tipe uygun olması gerekli somut fiili ilgilendirir. Nitekim tipiklik, norm tarafından yaratılan soyut bir çerçevedir ve bunun özelliklerine belirsiz sayıda olayda rastlanabilir. Yani tip, normun yarattığı soyut bir şeydir. Somut tipin tipik çerçeveye uygunluğu, bir insan hareketinin soyut tipin esaslı özelliklerini bünyesinde taşımasını ifade eder. Tipiklik, genelliği dolayısıyla, kendi başına bir varlığa sahiptir. Buna karşılık, tipe uygunluk, karşılıklı bir ilişki (fiil - tip) sonucu ortaya çıkar. Soyut anlamda suç, tipe uygun fiil değil de, bizzatıhi tipin kendisidir. Bu nedenle, somut suçun varlığı, önşart olarak, soyut bir tipin var-

² Mezger, E. (Çev : Battaglini, G.) : Diritto penale, Padova 1935, 194 - 195.

lığına bağlıdır. Soyut suç, yani tip ise, somut fiil hiç gerçekleşmese bile, hukuk düzeni içindeki varlığını sürdürebilir. Zira, kanunun soyut olarak öngördüğü şeyin, hiç bir zaman için, somut bir insan fiili biçiminde gerçekleşmemesi mümkündür³.

A. *Geniş anlamda tipiklik* : Tipikliğin geniş anlamda kabulü, bunun suçun bütününe kapsamasını ifade eder⁴. Bu anlayış, medeni hukuktaki hukuki fiil kavramının ceza hukukuna uygulanmasından başka bir şey değildir. Ancak bu kavramın, genelliği dolayısıyla, bütün hukuk disiplinlerine uygulanmağa elverişli olduğu unutulmamalıdır. Söz konusu anlayışa göre, kanunun kendisine hukuki sonuç bağladığı herhangi bir olay, hukuki fiili oluşturur. Bu nedenle, fiil kavramı, ceza hukuku alanında suça tekabül edecektir. Öyle ise tipiklik, bir cezanın uygulanabilmesi için varlığı gerekli şartların bütünüdür. Yani sadece hareket ve netice değil, hukuka aykırılık ve kusurluluk da tipikliğe dahildir; zira bu unsurlar yoksa, fiile ceza uygulanamaz^{4/a}.

Geniş anlamda tipiklik, hukuk düzenince gerçekleştirilen değerlendirmeye faaliyetinin, *konu ve değerlendiren yargı* diye ikiye ayrılabilceğini reddeder. Suçun unsurları ele alınırken, değerlendirmenin konusunu oluşturan hareket (objektif ve sübjektif unsurları ile birlikte ele alınan) ile bunun üzerindeki değer yargısını oluşturan hukuka aykırılık ve normativist anlamda kusurluluk arasında bir ayırım yapmak doğru değildir. Gerçi hukuka aykırılık ve normativist anlamda kusurluluğun (kınanabilirlik) bir yargı olduğu; yani bir hareketin hukuka aykırı ve kusurlu olduğu söylendiğinde, bir yargıda bulunulduğu kuşkusuzdur. Bununla beraber sorun, hukuka aykırılık ve kusurluluğun bir yargıya indirgenip, buna karşılık, sadece fiilin, değerlendirmeye ilişkin bir yargının konusunu oluşturabilecek yapısal bir gerçekliğe sahip olduğunun söylenip söylenemeyeceğidir. Soruna bu açıdan yaklaştığımızda, hukuk düzeninin yaptığı değerlendirmenin konusunun, normun içerdiği soyut suç şeması olduğunu tesbit ederiz. Bu soyut şemayı daha iyi anlayabilmek için parçalarına, unsurlarına ayırdığımızda, unsurlardan herbirinin, fiilin özelliklerinden, görünüm biçimlerinden farklı bir şey olmadıkları sonucuna varırız. Yani bunlar, normda yer alan soyut tipik fiil şemasının, yapısal unsurlarıdır. Bu nedenle, söz konusu unsurlardan bazılarını ifade etmek için, bir yargı fikrini de içinde taşıyan hukuka aykırılık ve kusurluluk terimlerinin kullanılması, bu unsurların bir yargı haline dönüşmesi, saf

³ Petrocelli, Rlesame, 344 - 346.

⁴ Mezger, 195

^{4/a} Delitala, G. : Il fatto nelo teoria generale del reato, Padova 1930, 112.

birer yargıya indingenmeleri anlamına gelmez. Hukuka aykırılık, kusurluluk gibi unsurlar, fiilin yapısal unsurları, suçu tahlil ederken ele aldığımız veriler olarak kahrılar ve bu bakımdan, fiile bunlar arasında herhangi bir farklılık yoktur⁵.

⁵ Petrocelli, 351, 355, 357; Normativistlere göre, kusurluluğun esası, bir yargı; daha doğrusu kınanabilirlik yargısından ibarettir. Ancak derhal belirtmek gerekir ki, yargıcın görevinin, kınanabilirliğin tayininden ibaret olduğu söylenemez. Kınanabilirlik vb. terimlerin hukuk alanında herhangi bir değeri veya önemi yoktur. Zira norm, davranışın, davranışın hangi unsurları itibarıyla kınanabilir hale geldiğini değil de, davranışın hangi unsurları itibarıyla belli hukuki sonuçları doğurduğunu gösterir. Yargıdan beklenen, davranışın kınanabilirliğini tesbit etmek veya faile bir kınama yöneltmek değil, davranışın, belli bazı hukuki sonuçların yaratılmasını sağlayan unsurları içerip içermediğini belirlemektir. Kınanabilirlik teriminin soyut tipin sübjektif unsurlarını gösterdiği, fiilin ahlâk açıdan faile yüklenebilirliğini ifade ettiği de söylenemez. Zira hukuken önemli olan, soyut tipin tipik unsurlarının gerçekleşmesidir. Bk. Petrocelli, B. : La colpevolezza, Pedova, 1951, 103.

Bununla beraber, böyle düşünenlerin temel hatası, kusurluluğu bir yargıdan ibaret saymalarıdır. Kusurlulukta, bir yargı vardır ama; kusurluluk bundan ibaret değildir. Nitekim, objektif unsurun varlığı için de bir yargıya gereklilik bulunmakla beraber, objektif unsur bir yargıdan ibarettir diyemeyiz. Tıpkı bunun gibi, kusurluluk sadece bir yargıdır da denemez. Suçu oluşturan fiilin tahlilinde araştırmanın konusu ve araştırıcının zihnini yönelten şey, kınama değil de kınamaya yer veren davranıştır. Yani yargı, beşeri bir durumu gözönünde bulundurmaktadır. Kusurluluk bunlardan biri veya diğesinde değil de, her ikisinin içindedir. Daha doğrusu, kusurluluk, beşeri durumla hukuk normu arasındaki ilişkidir. Böyle bir ilişkinin zorunluluğu, sadece kusurlulukla değil, bütünü ile alınan hukuki fiille ilgilidir. Petrocelli, Colpevolezza, 104 - 105; Yani norm ile, bütünlüğü içinde ele alınan hukuki fiil arasında bir ilişki olmalıdır. Diğer bir deyişle önemli olan, bu ilişkinin, hukuka aykırı fiilin bütünü bakımından taşıdığı anlamdır. Zira normatif olan, sadece kusurluluk değildir. Normatif olmak bakımından, objektif ve sübjektif unsur arasında bir fark yoktur. Nitekim objektif unsur, tıpkı sübjektif unsur gibi, normla olan çatışması nedeni ile yani bir yargı aracılığı ile, hukuk alanına girer. Bu nedenle, değer yargısının konusu, özellikle bir psikolojik veya fizik bütün değil de, fiili oluşturan çeşitli unsurlara göre, tabiatçı anlamda objektif ve sübjektif olan bir bütündür. Öyle ise, kusurluluğun normatifliği, bütün fiilin normatifliğinin bir görünümünden başka birşey değildir. Yani nasıl objektif unsur bir yargı değilse sübjektif unsur da bir yargı değildir. Normatiflik, doğal gerçeklikle norm arasındaki ilişkidir. Sonuç olarak, normatif kusurluluk teorisinin hatası, normatifliği sadece kusurluluğa alt saymasıdır. Petrocelli, Colpevolezza, 116; Normatif kusurluluk konusunda ayrıca bk. Gallo, M. : Il concetto unitario di colpevolezza, Milano 1951, 66 vd.

Bu nedenle, hukuka aykırılık ve kusurluluğu nazara almayan bir tipiklik kavramı yararsız, boş ve yüzeyseldir. Gerçi, sadece objektif unsurları kapsayan bir tipiklik kavramının, somut fiille soyut tip arasındaki uygunluğu tesbit edebilmek bakımından zorunlu olduğu düşünülebilir. Nitekim, ceza kanunları da, dış dünyada somut olarak gerçekleşmesi mutemmel sonsuz sayıda hareketi öngörebilmek imkânsızlığı karşısında, soyut bir tip ve model yaratırlar. Somut hareketin cezalandırılabilmesi için, bunun herşeyden evvel, diğer bütün unsurlardan ayrı olarak, normun öngördüğü soyut tipe uygun olması gerekir. Bundan çıkan sonuç, tipikliğin, açıklanan işlevi dolayısıyla, sadece objektif unsurlarla sınırlı kalması zorunluluğudur. Oysa, bu yetersiz bir görüştür. Zira, somut insan hareketinin soyut tipe uygunluğu, sadece objektif alandaki bir karşılaştırma ile belirlenemez. Somut hareketin tipikliği sonucuna ulaşabilmek, fiilin suç sayılması için aranan bütün unsurların var olduğunun tesbiti ile mümkündür. Öyle ise, soyut kanuni tipin gerçekleşip gerçekleşmediğini anlayabilmek için, herhangi bir hareketi değil belli bir hareketi, yani içeriği, yönü, içinde işlendiği şartlar, önşartları bakımından, devletin iradesi ile çatışan bir iradeyi temsil eden, böyle bir iradenin açıklanmasının aracı ve ifadesi olan hareketi nazara almak gerekir. Bu nedenle, hareketin sadece objektif unsurları ile yetinen bir tipiklik kavramına başvurduğumuz takdirde, bu, kendisinden beklenen işlevi yerine getiremeyecektir. Yani, dar anlamda tipiklik, soyut tipe somut fiilin birbirlerine uygunluğu yargısının verilmesinde yeterli olmayacaktır. Nitekim, hareket, insanın iradesinin dışı yansımasından başka bir şey olmadığından, davranışı sadece objektif bakımdan ele almak mümkün değildir. Bu nedenle, suçun objektif ve sübjektif yapısını birbirinden ayırmak yanlışır. Esasen, hareketi, psişik unsurlarından bağımsız ve sadece maddî yapısı içinde ele alan bir normun varlığı da düşünülemez. Hukuk, hareketi, dış dünyada etkiler meydana getiren bir irade tezahürü olarak ele almak zorundadır. Sonuç olarak, fiile ve bunun yapısına atıfta bulunan norm, aynı zamanda failin iradesinin de nazara alıyor demektir⁶. Gerçekten de, sübjektif unsuru gözönünde bulundurmaksızın, soyut suç tipini anlamak mümkün değildir. Örneğin, sigorta parasını almak için malını tahrip etme suçunun (TCK. m. 381) soyut tipini, sübjektif unsuru nazara almadan anlamak, tasavvur etmek mümkün değildir. Bunun gibi, kasten adam öldürme fiilini de, öldürme iradesinden bağımsız olarak ele almağa imkân yoktur. Bu nedenle, sübjektif unsur, sadece, kanunun, failin belli bir amaçla hareket etmesini aradığı hallerde değil, diğer bü-

⁶ Tesauro, 5 - 7.

tün suçlarda da tipikliğe dahildir. Zira, ceza kanununun uygulanmasında, özel kısmın hükümleri genel kısmın hükümleri ile bütünleşmektedir^{6/a}.

Bunun gibi, tipikliği hukuka aykırılıktan ayrı düşünmeğe de imkân yoktur. Gerçi, hukuka uygunluk nedenlerinin, görünüşte hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiilin tipikliğine dokunmadığı gibi bir izlenim edinmek mümkündür. Oysa aslında, böyle bir fiil hiçbir zaman ceza kanunun uygulanmasına konu teşkil etmez. Zira, hukuka uygunluk nedenleri, ta başlangıçtan itibaren, izin vermek veya mecburi kılmak suretiyle, bu fiili, tam ve kesin biçimde, ceza kanununun tecrim edici etkisi dışına çıkartmışlardır. Diğer bir deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu hallerde, ceza yargıcını ilgilendiren tipik bir fiil yoktur. Sadece görünüşte değil, gerçekten de tipe uygun fiilin, özü itibariyle, hukuka aykırı olmaması mümkün değildir. Bu nedenle, ikisi arasında ideal alanda yapılacak bir ayırım müstesna olmak üzere, tipiklik ve hukuka aykırılığın birbirlerine tekabül ettiği sonucuna varmak gerekecektir⁷.

Öyle ise, tipiklikle hukuka aykırılık arasındaki ilişki yönünden çözülmesi gerekli sorun, fiilin, saf, çıplak ve nötr hali ile, hukuka aykırı fiil karşısında bağımsız bir anlama sahip bulunup bulunmadığıdır. Suçun tipikiğinin, suçu yaratan normla ilgisi açıktır. Ortadan kaldırılması gerekli tereddüt, fiilin tamamen tasvirî ve her türlü değerden yoksun bir karakterde olup olmadığıdır. Sadece tasvirî ve her türlü değerden yoksun bir fiil kavramı, önce, bir davranışı tipik dış görünümü içinde tasvir eden ve bunun hakkında bir değer yargısında bulunma işini başka bir yere bırakan bir norm kavramını akla getirir. Diğer bir deyişle, sadece tasvirî bir fiilin varlığı, normun iki zamanda geliştiği anlamına gelir. Şöyle ki, ,birinci safhada değer yargısı askıya alınıp, sadece tasvir ile yetinilmekte, diğer bir aşamada ise, tasvir edilen davranış temel alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır. Oysa norm, iradenin bazı amaçları gerçekleştirmenini yasaklayıp, bireye yönelik bazı ideal istekler getirdiği safhada, zorunlu olarak, bu isteklerle çatışan davranışları tasvir eder. Yani değerlendirme ve tasvir, bir sürecin iki ayrı zamanı değildir. Hareketin dış yapısı, bunun beşeri içeriğinden ayrı değildir. Bir fiilin dış hatlarını ifade edebilecek unsur, bunun iç anlamıdır. Hareketin dış hatlarını çizen ve bunu farklı içerikteki hareketlerden ayıran tipiklik, fiilin hukuki değerini, dış dünyaya yansıyan bir şema aracılığı ile göste-

^{6/a} Antolisei, F. : L'analisi del reato, Padova 1939, 22 - 24.

⁷ Moro, A. : L'antigiuridicità penale, Palermo 1947, 129 - 130.

ren bir belirtiden başka bir şey değildir. Zira, hukuki anlamda hareket, her zaman için, hukukun değerlendirdiği amaçlara yönelmiş bir irade izharıdır. Bunun gibi, suç da, yasaklanan, engellenen amaçları gerçekleştirdiği için kınanan bir iradedir. Bu nedenle, hukuka aykırı hareket yani suçla hukuka uygun hareket arasında yer alan ve hukuka aykırılık veya uygunluk yargısının konusunu oluşturan, saf, nötr, içeriği itibarıyla değerden yoksun bir fiil kavramı yoktur. Zira, içeriği bakımından değerden yoksun hareket, hukuki anlamda bir hareket değildir. Böyle bir hareketi, tipikliği temsil eden şey diye göstermek anlamsızdır. Çünkü tipiklik, ceza hukukunun, kendi değerlendirmelerine konu teşkil eden fiiller karşısında tavır takınma biçimidir. Bu nedenle, tasvir etmek, hukuki anlamı olan bir fiili göstermek, buna işaret etmek demektir. Her soyut tip, bir fiil hakkında, olumsuz bir etik - hukuki değer yargısı ile doludur. Normun tasviri ve değerlendirici anını birbirinden koparmak veya ideal alanda da olsa, bunları birbirinden ayrı tutmak, insan hareketi dediğimiz ve hukukten değerlendirilen amaçlara yönelen, tek ve bölünmez bir gerçekliğin parçalara ayrılması anlamına gelir. Fiilin tipikliği, bunun hukuki değerinin ifadesidir. Sonuç olarak, tipiklik, tasvirî değil de, fiilin hukuka aykırılığının ifadesi olan, değer yargısına ilişkin bir veridir⁸.

Gerçi, dar anlamda tipiklik kavramının kurucusu ve en önemli temsilcisi olan Beling'in, iradeye hiç önem vermediği söylenemez. Tipikliği, suçun objektif unsurlarının bütünü olarak anlayan yazar, iradi olmayan bir davranışın, hukukten bir önemi bulunmadığını söylemektedir. Ancak bu, gerçek içeriği ve amacından soyutlanmış, sadece hareketin dış dünyaya yansıma safhasına ilişkin bir ifadedir. Beling, bu renksiz ve içeriksiz irade kavramını açıklarken, herşeyden evvel, failin genel anlamda bir harekette bulunup bulunmadığının tesbiti gerekliliğine işaret etmektedir. Buna göre, kaynağında iradi olan bedenî bir davranış insan hareketi olarak nitelenebilir. Zira hareket, insanın bedenine hakim olduğu bir sıradaki davranıştır. Diğer bir deyişle, ancak, bu anlamda iradi olan hareketin bir anlamı/önemi vardır. Bu nedenle, belli bir suç (hırsızlık, adam öldürme) oluşturan hareketin varlığından evvel, genel olarak bir insan hareketinin, yani failin, bedenine hakim olduğu sırada gerçekleştirdiği bir hareketin bulunup bulunmadığı tesbit edilmelidir⁹. Ancak, bu, tipikliği geniş olarak anlayanları tatmin etmemektedir. Böyle düşünelere göre, tipiklik bakımından yani soyut çerçevesi yönünden önemli bir

⁸ Moro, 131 - 132, 135.

iradenin varlığı, davranışın kaynağında iradi olması değil de, normun o suç tipi için öngördüğü iradenin bulunmasıdır. Bu nedenle içeriğinden soyutlanmış ve ayrılmış bir iradilik kavramı kabul edilemez⁹.

Tipikliği geniş olarak anlayanların çoğunluğu, objektif cezalandırılabilme şartlarını da bunun içine sokmaktadırlar. Böyle düşünenlere göre, her tipik fiilin diğer tipik fiillerden ayrı, kendisine özgü bir zararlılığı (objektif hukuka aykırılık) ve kusurluluğu yanında, bir de kendisine ait cezalandırılabilme şartları vardır¹¹. Diğer bir deyişle, objektif cezalandırılabilme şartları da fiile yabancı sayılamaz; zira bunlar yoksa, ceza da uygulanamaz hale gelir^{11/a}.

Sonuç olarak, tipiklik geniş anlamı ile, cezai sonuçların kendisine bağlandığı önşartların hepsini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle tipiklik, cezanın uygulanabilmesi için vazgeçilmez şartların bütünü, yani bir bakıma suçun tamamı ve kendisidir¹². Bu nedenle, suçun sadece objektif unsurlarından ibaret bir tipiklik gerçek anlamda tipikliği parçalamaktan, bazı metodolojik kategoriler yaratmaktan başka bir şey değildir¹³. Öyle ise, tipikliği, suç yaratan bireysel normda işaret edilen ve faille atfedilen objektif unsurlarla sınırlamak mümkün değildir. Tipiklik, belli bir suçun oluşması için varlığı gerekli objektif, sübjektif unsur ve özelliklerin tümünden oluşur¹⁴.

Türk doktrininde tipikliği ayrıntılı olarak ilk inceleyen Kunter de, geniş anlamda tipiklikten yanadır : «Kanuni tipte mevcut olması ve hat-tâ belli suçu tanzim eden ceza normunda tasrihi gereken unsurların ba-

⁹ Petrocelli, Riesame, 364 - 366; Marinucci, G. : Il reato come azione, Milano 1971, 48 vd.

¹⁰ Petrocelli, Riesame, 365; Beling'in iradilik kavramı, başka açılardan da eleştirilmiştir. Metodolojik açıdan her türlü sınırlama ve ayırım yapılabilir. Ancak, bu kategorilerden herbirinin tek başına ele alınıp incelenmeğe elverişli olması gerekir. İradilik bakımından bu mümkün değildir. Zira boş/renksiz ve içeriğinden soyutlanmış bir irade düşünülemez. Bk. Petrocelli, Riesame, 365; Öte yandan, hukuk öncesi bir hareket kavramı yaratmak hukukçunun görevi değildir; esasen, ceza hukuku açısından elverişli, böyle hukuk öncesi bir hareket kavramına ulaşmak, mümkün de değildir. Petrocelli, Riesame, 366; Marinucci, 22 vd., 49 vd.

¹¹ Bk. Pagliaro, Principi, 239; Pagliaro, Fatto, 952; Mezger, 197 vd., Objektif cezalandırılabilme şartları konusunda bk. Bettiol, G. : Diritto penale, Padova 1976, 212 vd.

^{11/a} Delitala, 113.

¹² Antolisei, 23.

¹³ Petrocelli, Riesame, 348.

¹⁴ Antolisei, 23.

şında, objektif unsurların geldiğini inkâr edecek değiliz. Hareket, netice, sebebiyet alâkasından ibaret üç çeşit objektif unsurdan en az birinin yani neticenin kanuni tipte tarif ve tesbit edilmesi zaruridir. Üçünün de kanuni tipte yer alması mümkündür, fakat zaruri değildir. Bazı suçlarda kanun koyucu sadece neticeye kıymet verir, onu tesbit eder. Adam öldürme suçunda olduğu gibi. Bazan kanun koyucu neticeyi meydana getiren hareketi de belli bir suç tipinde tarif eder. Siyasi hürriyeti tahditte (TCK. m. 174) olduğu gibi. Nihayet, kanun koyucunun bazan sebebiyet alâkasını da suç tipinde tesbit ettiği vakıadır. Taksirle adam öldürmede olduğu gibi. Belli bir suç tipini meydana getirmek için ceza normunda tesbiti gereken unsurlar arasında kusurluluk diye adlandırılan sübjektif unsur da vardır. Kasıtlı adam öldürme cürmü ile taksirli adam öldürme cürmünü birbirinden ayırdedecek yegâne noktanın manevi unsur olduğunu gözden uzak tutmamak lâzımdır. Manevi unsurun çeşidinin az oluşu sebebiyle çok defa umumi kısımla iktifa olunarak hususi kısımda kasdın zikredilmemesi, sadece taksirden ve neticenin kasdı aşması hallerinden bahsolunması, suç tipinde manevi unsurun mevcut olmadığı zehabını vermemelidir»¹⁵. Aynı şekilde Yüce de, tipikliğin objektif, sübjektif ve normatif unsurlarından söz etmek suretiyle, geniş anlamda tipiklik kavramından yana görünmektedir^{15/a}.

Amaççı teorinin de, daha ziyade, geniş anlamda tipikliğe yöneldiği söylenebilir : Amaççı teori, ilke olarak, cezalandırma önşartlarının bütünü olarak tanımladığı geniş anlamda tipikliği, kesin olarak, dar anlamda tipiklikten ayırır. Bununla beraber, amaççı teorinin, esas olarak dar anlamda tipikliği ele aldığı izlenimi doğabilir. Görünüşte, burada da Belingci modelde olduğu gibi, geniş anlamda tipikliğin bir yana bırakıldığı zannını veren şeyler vardır. Oysa, amaççı teori, dar anlamda tipikliği, bir unsur olarak, geniş anlamda tipikliğin içine sokmakta; bunlardan birincisinin ikincinin büyük bir kısmını oluşturduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle, amaççı teorinin, geniş - dar anlamda tipiklik arasında yaptığı ayırımın bir önemi kalmamakta, her ikisi içiçe hale gelmekte ve aralarında kapsayanla - kapsanan arasında var olan ilişki kurulmaktadır. Bu bir yana, amaççı teorinin dar anlamda tipiklik anlayışı. Belingci görüşten farklıdır. Amaççı teori, Beling'in aksine, sübjektif unsurun, dar anlamda tipiklik dışında bırakılmasını kabul etmez. Amaççı teorinin dar anlamda tipiklik kavramı, objektif ve sübjektif unsurların hepsini içerir¹⁶. Bunu

¹⁵ Kunter, Suçun, 53.

^{15/a} Yüce, 245, 243 vd.

¹⁶ Bk. Petrocelli, Riesame, 367 - 368.

doğal kabul etmek gerekir. Nitekim amaççı teoriye göre, fail ile fiil arasındaki psişik ilişki anlamında kast, normatif bir unsur olan kusurluluğun değil de hareketin bir unsurudur. Zira kusurluluk, faille fiil arasındaki sübjektif ilişkiyi gösteren psişik bir soyut tip değil de, var olan veya eksik bulunan böyle bir psişik soyut tip (örneğin belli bir neticeyi isteme) üzerindeki değer yargısıdır. Kusurluluk, failin iradesinin kınanabilirliğidir. Nitekim kast (neticeyi isteme) kusurluluğun kendisi değil de, kınanabilirlik yargısının yani gerçek anlamda kusurluluğun konusudur. Bu nedenle, kasıtlı hareketlerde kusurluluk, o fiili icra etmek yönündeki kararın kınanmasından ibarettir. Netice kasıtsız olarak yani taksirle gerçekleştirildiğinde ise, sonucun, amaca uygun olarak düzenlenen bir faaliyet aracılığı ile önlenmemiş olması kınanmaktadır¹⁷.

Tipikliğin, kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi de, bunun geniş anlamda kabul edilmesine bağlıdır. Zira, tipiklik, ceza hukuku alanındaki hukuka aykırılıkların, kesin ve iltibasa meydan vermeyecek biçimde belirlenmesi gereksinmesine cevap vermektedir. Bunun ifadesi olan suçların kanuniliği ilkesi (TCK. m. 1), geniş anlamda ve bütüncü bir tipiklik kavramına atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle, normun, cezalandırmak için gerekli bütün unsurları öngörmüş bulunması, yani kanuni tipin, suçu suç olmayandan ayıran sınırı bütünü ile göstermesi gerekir. Bu itibarla, cezalandırma şartlarından yalnızca birini oluşturan ve cezai yasağın maddesi/malzemesinden yani objektif unsurlardan ibaret bir tipiklik kabul edilemez. Gerçekten de örneğin, TCK. m. 448 hükmünün yasakladığı şey, birisinin ölümüne neden olmaktan ibaret değildir. Bir görevin yerine getirilmesi veya bir yetkinin kullanılması halinde, TCK. m. 448 hükmünün uygulanamayacağı açıktır. Bu nedenle, kasden adam öldürme fiilinin soyut kanuni tipi, isteyerek (iradi) ve hukuka uygunluk nedenleri bulunmaksızın öldürmektedir. Öyle ise, kanuni soyut tip, ceza dediğimiz hukuki sonucun kendisine bağlandığı bütün unsurları gösterir. Diğer bir deyişle, tipiklikte, tasvir değil de, gösterme, işaret etme söz konusudur. Sonuç olarak, tipikliğin işlevi, cezalandırılan davranışın esasını kapsamak ve bunun muhtemel olaylarda uygulanabilmesi için elverişli sınırlamayı yapmaktır¹⁸.

B. Dar anlamda tipiklik : Dar anlamda tipiklik, en genel bir ifade ile, faile isnad edilebilen objektif unsurlardan oluşur. İlk defa alman

¹⁷ Welzel, H. : La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione, Riv. it. di dir. pen., 1951, 10.

¹⁸ Petrocelli, Riesame, 349 - 350.

doktrinde Beling tarafından ortaya atılan ve daha sonra italyan doktrinde Delitala tarafından kabul edilen ve nihayet kendisine Grispigni tarafından, özel kısmın incelenmesi açısından özel bir işlev tanıyan dar anlamda tipiklik kavramı, ceza hukuku tekniği açısından daha önemlidir. Hattâ bunun, suç genel teorisinde bir ilerlemeyi ifade ettiği söylenebilir^{18/a}.

Biz de çalışmamızda, dar anlamda tipiklik kavramını, içeriği ve işlevi açısından bu üç yazarın teorileri etrafında inceleyeceğiz. Bununla beraber, dar anlamda tipikliğe geçmeden, objektif - nübjektif tipiklik ayırımı önerisi üzerinde durmak yararlı olacaktır. Söz konusu ayırımı göre, objektif tipiklik fiilin harici ve objektif unsurlarını, sübjektif tipiklik de fiilin dahili ve sübjektif unsurlarını içermektedir. Böylece, suçun objektif ve sübjektif unsurları arasındaki ayırım kabul edilmiş bulunmaktadır. Bununla beraber, kusurluluğu sübjektif bir fiil olarak nitelenmek gereksizdir. Bunun en önemli nedeni, kusurluluğun sadece tasviri değil aynı zamanda normatif bir kavram olmasıdır. Nitekim kusurluluk, faille fiil arasındaki bir ilişkiden doğmaz; kusurluluk aynı zamanda, fail hakkında bir kınama yargısıdır. Öte yandan objektif - sübjektif ayırımı, objektif hukuka aykırılığı da ortadan kaldırır. Oysa, fiilin cezalandırılabilirliğini ifade eden ve suçun unsuru sayılamayacak cezai hukuka aykırılık yanında, suçun bağımsız kurucu unsurunu oluşturan objektif hukuka aykırılık vardır^{18/b}.

1. *Beling : a. İlk teori* : Beling'e göre, soyut tipin kendisine özgü bir içeriği yoktur. Soyut tip, her münferit suç tipinden, soyutlama suretiyle elde edilen bir model, bir çerçevedir. Bu yolla, örneğin, kasden adam öldürmenin, hırsızlığın, nası ızzarın soyut tipleri tesbit edilebilir¹⁹.

Tipiklik sadece, suçların kanuniliği ilkesi bakımından önemli değildir. Tipiklik, suçun unsurlarının sistematize edilebilmesi açısından metodolojik bir önem taşır. Bu nedenle tipiklik, ceza hukuku dogmatizminin temel taşı oluşturur. Bu anlamda tipiklik, özel kısımda sayılan suç tiplerini akla getiren biçimsel bir kavramdır. Gerçekten de, hırsızlık ve adam öldürme cürümlerinin içerik ve anlamlarını, özel kısımda yer alan münferit suç tiplerini inceleyerek anlayabiliriz. Özel kısımda

^{18/a} Carnelutti, F. : Teoria generale del reato, Padova 1933, 81 not : 1.

^{18/b} Delitala, 114.

¹⁹ Bk. Bettiol, G. : La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione, Riv. it. di dir. pen., (c. 4) 1932, 525.

yer alan bu münferit suç tipleri, tipikleştirici ve tanımlayıcı işlevleri aracılığı ile, belli hayat olaylarını cürmî hareketler olarak, diğer hayat olaylarından ayırır²⁰. Böylece, her münferit suç tipini karakterize eden zorunlu objektif unsurları gösteren soyut tip, normatif değil de tasvir edicidir. Bundan dolayı, hareketin tipikliği, aynı zamanda hukuka aykırılığı ve kusurluluğu anlamına gelmez. Diğer bir deyişle tipiklik, hareketin hukuka aykırılığının ve kusurluluğunun bir işareti değildir. Tipiklik, hareketin hukuka aykırılığının ve kusurluluğunun incelenmesine geçilebilmesi için gözönünde bulundurulması gerekli ilk unsurdur²¹. Nitekim Beling'e göre, tipiklik tabiatçı karakterdedir. Tipiklik, aynı zamanda, zorunlu olarak tasvirî niteliktedir; yani, ceza hukukunun ele aldığı, değerlendirdiği konuyu tasvirle yetinir. Buna karşılık, tasvir edilen konuya ilişkin her türlü değerlendirme, hukuka aykırılık veya kusurluluğun alanına girer^{21/a}.

Öyle ise, tipikliği, diğer unsurlardan ayırmak gerekir; Soyut tip, her özel suç tipini karakterize eden zorunlu objektif unsurlar gösterdiği için tasviridir; bu nedenle, normatif unsurlar yani hukuka aykırılık ve kusurluluk buna dahil değildir. Tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk, birbirlerinden farklı ve birbirlerinden ayrı işlevler yerine getiren unsurlardır. Faile isnad edilen objektif unsurları ifade eden tipiklik, ceza hukukunu ilgilendiren, ceza hukuku bakımından önemli sayılan fiilleri tesbit etmeye yarar. Hukuka aykırılık, fiille hukuk düzeni arasında çatışma olup olmadığını gösterir. Nihayet kusurluluk da, failin psişisi ile gerçekleştirilen hukuka aykırı tipik fiil arasındaki ilişkiyi gösterir²².

Bütün bunlar, tipikliğin, suçun kurucu özelliklerinin hepsini değil de, kanuni soyut tipte yani kanunun münferit hükümlerinde tasvir edilen objektif unsurların bütününe ifade ettiğini gösterir. Diğer bir deyişle, tipiklik, faile yüklenebilen bütün objektif unsurları, yani kendisini karakterize eden özellikleri ile birlikte hareketi ve harekete bağlı neticeyi içerir. Buna karşılık, kusurluluğa ilişkin bütün özellik ve unsurlar, tipikliğin dışında kalmaktadır²³. Sonuç olarak, Beling'ci tipiklik kavra-

²⁰ Bk. Marinucci, 49 - 50; Bk. Bettiol, 526; Bk. Antolisei, 19.

²¹ Bk. Bettiol, 526; Bk. Antolisei, 19; Bk. Yüce, 241.

^{21/a} Antolisei, 17; Bk. Yüce, 241.

²² Bk. Bettiol, 525 - 526; Bk. Allmen, F. : Appunti di teoria generale del reato, Milano 1938, 9 vd.; Soyut tipin tasviri değil de normatif nitelikte olduğu konusunda bk. Petrocelli, Riesame, 350, 355 - 357.

²³ Antolisei, 16 - 17.

mı, kanun koyucunun öngördüğü tip veya modelin, bunun sadece objektif görünümünü yansıtan bir kısmından, bir bölümünden başka bir şey değildir²⁴. Böyle bir tipiklik, fiilen, cezai hukuka aykırılık konusundaki değerlendirmeyi temsil etmektedir²⁵.

b. *Suç tipine hakim soyut çerçeve olarak tipiklik* : Beling, 1930 tarihli «*Die Lehre vom Tatbestand*» (Tatbestand Teorisi) isimli yapıtında, tipiklik kavramını daha da geliştirmiş; buna tamamen soyut bir çerçeve kazandırmıştır.

Beling, bundan böyle, her münferit suç bakımından, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk arasındaki ilişkileri araştırmakla kalmamakta, soyut anlamdaki tipiklikle suç tipi arasındaki ilişkileri ön plana almaktadır. Yazar böylece, soyut anlamda tipikliğin, münferit suç tipi karşısındaki durumunu tesbit etmektedir²⁶ :

Adam öldürme, hırsızlık gibi münferit suç tipleri, herşeyden evvel hukuka aykırı tiplerdir. Ancak bunların teknik anlamda bir suçu oluşturmaları, bir suç tipi düzeyine çıkmaları, belli bir kusurluluk tipi ile ilişki içine girmeleri ile mümkün olmaktadır. Bu anlamda, özel kısımda gösterilen bağımsız suç tipleri yanında, bir de, örneğin adam öldürmeye teşebbüs gibi, genel kısım tarafından çizilen bağımlı suç tipleri vardır. Fakat bu tiplerin hepsi, normatif çerçevelerdir. Çünkü bunlar, hukuka aykırılık, kusurluluk gibi normatif unsurların çevresinde çizilmişlerdir²⁷.

Bu suç tipleri, herbiri düzenli bir biçimde birbirleri ile ilişki içinde bulunan, farklı objektif ve sübjektif unsurlardan oluşurlar. Bu farklı unsurlar, soyut temsili bir çerçeve içinde, ahenkli bir sisteme kavuşurlar. Suç tipine hakim olan bu soyut çerçeve, her özel suç tipinin, soyut kanuni tipidir. Örneğin hırsızlık cürmünü oluşturan objektif ve sübjektif unsurlar, *başkasının taşınır malını bulunduğu yerden almak* diye tasvir edilen ve suç tipine hakim olan soyut çerçeve içinde gruplaşırlar. Bu çerçeve, *başkasının taşınır malını bulunduğu yerden almak* biçimindeki hukuka aykırı tipi, bir kusurluluk tipine (*başkasının taşınır malını faydalanma kastı ile almanın iradiliği*) bağlar. Bunun gibi, bir de, adam öldürme tipini ele alalım : Bu suç tipi, sadece, failin objektif olarak bir kimseyi öldürmesi hali ile, bir başkasını öldürme kastının

²⁴ Antolisei, 17.

²⁵ Mezger, 196.

²⁶ Bk. Bettiol, 526; Mezger, 197 not: 1.

²⁷ Bk. Bettiol, 527.

bulunması durumlarında vardır. Bu nedenle, müessir fiil kastıyla yapılan hareketten ölüm sonucu doğması halinde kasden adam öldürme cürmü oluşmadığı gibi, öldürme kastıyla bir başkasının vücut bütünlüğüne zarar verilmesi durumunda da, söz konusu suç (TCK. m. 448) yoktur. Öyle ise, adam öldürme dediğimiz suç tipinin gerek objektif gerek sübjektif yanına hakim olan soyut temsili çerçeve, *bir kimsenin ölümüdür*²⁸ Görüldüğü üzere, burada da, yine objektif unsur yani fiil önem kazanmaktadır. Bunun nedeni, failin genel ve soyut anlamda, belli bir kusurluluk biçimi (kast - taksir) içinde değil de, öldürme veya hırsızlık gibi belli bir kastla hareket etmesidir. Yani genel ve soyut değil de, somut suça ilişkin bir sübjektif unsur vardır. Bunun gibi, objektif unsur da, genel ve soyut olarak ele alınamaz; zira suçun genel ve soyut bir objektif unsuru değil de, şu veya bu somut suça ilişkin bir objektif unsuru vardır. İşte, suç tipine hakim temsili soyut çerçeve anlamında tipiklik de, kanun koyucunun suç yaratan somut bir ceza normu ile tesbit ve tasvir ettiği objektif unsuru, yani her suç tipine ilişkin ve soyutlama yoluyla ulaşılan objektif unsuru ifade eder²⁹ : hırsızlıkta, *başkasının taşınır malını bulunduğu yerden almak* (TCK. m. 491), adam öldürmede *bir başkasını öldürmek* (TCK. m. 448) gibi³⁰ Bu anlamda tipiklik, bizzat kusurluluğu değil de, kusurluluğun kendisine matuf bulunduğu bütün kurucu objektif unsurları kapsar. Yani kusurluluk, bu anlamda tipikliğin dışındadır³¹. Bunun gibi, tipikliğin sübjektif unsurları da, tipikliğin dışındadır. Tipikliğin suçun objektif unsurundan elde edilmesi dolayısıyla, bunlar, kusurluluğa dahildir. Farklı düşünmek, metodolojik açıdan büyük bir hataya düşmek olur; zira, bu taktirde objektif unsur sübjektif unsurdan ayırmak imkzensiz hale gelecektir. Bu nedenle, tipikliğin sübjektif unsurları diye anılan özellikler, suç tipinin soyut çerçevesine değil de, bizzat suç tipinin kendisine dahidirler³². Tipiklik

²⁸ Bk. Bettiol, 527.

²⁹ Bk. Kunter, Suçun, 49 - 50.

³⁰ Bk. Bettiol, 527.

³¹ Bk. Mezger, 196.

³² Bk. Bettiol, 529; Tipikliği objektif unsurla sınırlayanlar arasında, suç tipinde sadece hareket ve neticenin tarif edilmediğini, sübjektif bazı unsurların bulunduğunu kabul edenler de vardır. Bu, objektif unsur üzerine yansıyan bazı sübjektif unsurların bulunması anlamına gelir. Tipiklikle hukuka aykırılığı birlikte ele alanlar, hukuka aykırılığın sübjektif unsurlarından söz ederler. Hukuka aykırılığı tipiklikten ayıranlar ise (örneğin Kunter), tipikliğin sübjektif unsurları terimini kullanırlar. Hukuka aykırılıkla tipikliği birlikte ele alanlarca, hukuka aykırılığın sübjektif unsurları haline

dönüşen bu özellikler, şöyle açıklanabilir: Hukuka aykırılık ilke olarak objektif niteliktedir; yani fiilin yarattığı objektif toplumsal zararı (hukuki varlık/ menfaatin ihlali) ifade eder. Fakat bazan, bu objektif toplumsal zararın gerçekleşmesi, bir takım sübjektif unsurların varlığına bağlıdır. Örneğin hırsızlıkta taşınır malın alınması yetmez; bunun faydalanmak kastıyla alınması gerekir. Zira hareketin hukuka aykırılığını tesbit etmenin, failin amaçlarına bağlı olduğu bazı haller vardır. Bu gibi durumlarda hukuka aykırılık, failin sübjektif iradesinin yönü ile belirlenir (örneğin faydalanmak kastı) ve bunun sübjektif unsurla ilgisi yoktur. Bk. Kunter, Suçun, 54-55; Mezger ise, hukuka aykırılığın, dolayısıyla tipikliğin sübjektif unsurları sorununun a priori çözülemeyeceğini ifade etmektedir: Hukuka aykırı hareket edenin, gerçekleştirdiği hukuka aykırılıkla kendisi arasındaki sübjektif ilişkiler, kişinin ihlâl ve bunun objektif temeli konusundaki bilgileri, hukuka aykırı hareket etme kastı gibi unsurlar, kural olarak, hukuka aykırılığın kişiye isnadını yani kusurluluk teorisini ilgilendirirler. Hiç değilse, normal budur. Ama bu ilkeyi, hiç bir istisna tanımadan kabul etmek yanlıştır. Bu nedenle, bütün objektifliği hukuka aykırılığa, bütün sübjektifliği kusurluluğa atfetmek; böylece, hukuka aykırılığı sadece objektif kusurluluğu da sadece sübjektif olarak tayin etmek hatalıdır. Hukuka aykırılığın belirlenmesi yönünden, bunun varlığının, sübjektif unsurlara dayandığı istisnai örnekler vardır. Nitekim aynı bir hareket, failin buna verdiği anlama, failin bunu yaptığı sıradaki psikolojik durumuna göre, hukuka aykırı veya uygun olabilir. Çok karmaşık yapıda olan insan menfaatlerinin karşı karşıya gelmesi sorunu, her zaman için, psikolojik unsurlar ihmal edilerek çözülemez. Failin psikolojik durumunu araştırmak, özellikle, hukuk düzeninin, hukuka aykırılık açısından, failin psikolojik durumuna başvurduğu zamanlarda zorunludur. Bu nedenle, hukuka aykırılığın sübjektif unsurlarının nerelerde, hangi hallerde söz konusu olduğunu gösteren, yürürlükteki müsbet hukuktur. Bununla beraber, bir hukuk düzeninin, saf biçimde ve tamamen sübjektif bir hukuka aykırılık benimsemesi kabul edilemez. Aksi halde ceza hukukunun objektif esası ve hukukla ahlâk arasındaki ayırım kaybedilmiş olur. Mezger, 189-190; Kunter geniş anlamda tipikliğe taraftar olduğu için (bk. yuk. dip not: 15), tipikliğin sübjektif unsurları nazariyesini benimsemez: «Biz kanuni tipte suçun bütün unsurlarının mevcudiyetini kabul ettiğimiz için, sübjektif bazı unsurların da kanuni tipte yer alabilmesini isbat zarureti ile ortaya atılmış bulunan bu nazariyeyi lüzumsuz bulmaktayız». Kunter, Suçun, 58; Bununla beraber, Kunter'e göre bu nazariyenin iki yararı olmuştur: nazariyenin ilk yararı, kusurluluk unsurunun sübjektif diye nitelenmesinin sakıncalarını göstermesidir. Yani kusurluluk, sübjektif unsurların bir çeşididir ve ondan darıdır. Bu nazariye ikinci olarak da, kusurluluk dışındaki sübjektif unsurların da, objektif unsurlar içinde incelenmesini sağlamak bakımından yararlı olmuştur. Nitekim nasıl yer, zaman, araca ilişkin unsurlar objektif unsur ilgilendiriyorsa, kusur kavramına sokulamayacak (örneğin özel kast) bazı sübjektif unsurların da, objektif unsurla birlikte ele alınması gerekir. Bk. Kunter, Suçun, 58 vd.

kavramının tamamen soyut ve temsili olmasına, kanun koyucu tarafından çizilen yol gösterici bir biçim olmasına, bunun suçun somut olarak gerçekleşmesi ile bir ilgisi bulunmamasına karşılık³³, suç tipi, kanuni değerlendirmenin bir ifadesi ve normatif bir kategoridir³⁴. Diğer bir deyişle, suç tipini kusurluluk ve isnadiyetten ayrı olarak ele olmak mümkün değildir; tipiklik ise, bundan bağımsızdır^{34/a}.

Soyut ve düzenleyici bir değere sahip bulunan ve suç tipine hakim soyut temsili çerçeveyi ifade eden tipiklik, ilgili olduğu suçun kurucu unsurlarından biri değildir. Bu nedenle, kasden adam öldürme cürmünün başta gelen kurucu unsuru, yukarıdaki anlamda tipiklik değil de, bir başkasının öldürülmesini gerçekleştiren harekettir. Bu ayırım göz önünde bulundurulmadığı takdirde, bir şeyi kavramsal olarak temsil/tasavvur etmek ile bizzat temsil/tasavvur edilen somut şeyin aynı sayılması gibi bir hataya düşülmüş olacaktır. Öyle ise, suç tipinin başta gelen kurucu unsuru, tipiklik değil de, hareketin tipe uygunluğudur. Suç tipine hakim olan soyut temsili çerçeve, sadece suç tipini düzenlemekte, yani suç tipi için tayin edici nitelikte olan özelliği ifade etmektedir³⁵. Sonuç olarak, suçun kurucu unsuru sıfatıyla tipik hareket, suç tipine hakim olan soyut temsili çerçeveden farklı bir şeydir³⁶.

Bu ilkelerden önemli bir sonuç çıkar : belli bir davranış biçimi, yani belli bir suç tipine hakim soyut çerçeve, farklı bir suç bakımından da önemli hale gelebilir. Ancak bu takdirde, söz konusu davranış biçimi, o farklı suç bakımından, değişik bir işleve sahiptir. Bunu açıklamak için adam öldürme cürmü ve ölümle sonuçlanan müessir fiil yani kas-
tın aşılması (TCK. m. 452) örneklerini alalım : *Bir başkasını öldürmek*, adam öldürme cürmü bakımından tipikliği yani suç tipine hakim soyut temsili çerçeveyi oluşturur. Aynı çerçeve, kasdın aşılmasında (TCK. m. 452), müessir fiilin (TCK, m. 456) hakim soyut çerçevesini

³³ Bk. Mezger, 197 dip not : 1; Antolisei, 20 dip not : 2.

³⁴ Bk. Mezger, 197 not: 1; Bettiol, 527.

^{34/a} Tesauro, 4.

³⁵ Bk. Bettiol, 527-528; Antolisei, 20 not: 2; Bizde Kunter, tipikliği unsur olarak kabul etmektedir : «... bir fiilin, kanunda suç olarak gösterilmedikçe suç sayılamayacağını kabul ediyor ve bunu suçun esası vasıflarından biri olarak telâkki ediyoruz. ... Diğer taraftan, suçun esaslı vasıflarını, tam bir suç tarifinin şartlarından saydığımız için de, tipikliğini bir unsur olarak kabulde tereddüt etmiyoruz. ... Kanuni tipe uygunluk unsurunun kabulü ile kanunsuz suç olmaz prensibinin suç nazariyesi içindeki mevkiî tayin edilmiş olmaktadır.» Kunter, Suçun, 45, 45.

³⁶ Antolisei, 17.

yani tipikliğini oluşturan *bir kimseye cismen eza vermek, sıhhatini ihlâl etmek veya aklî melekelerinde teşevvüğe sebep olmak* hareketine eklenen objektif bir unsurdur. Bunun gibi, birden çok suç tipinin, aynı soyut çerçeveye sahip bulunması ve bunların sübjektif unsurlarına göre (kasıtlı, taksirli adam öldürme) veya söz konusu soyut çerçeveye eklenen objektif ya da sübjektif unsurları (basit müessir fiil - kastın aşılması, genel kast - özel kast) itibarıyla birbirlerinden ayrılmalari mümkündür³⁷.

Tipiklik, her yönden ceza hukukuna egemen bir kavramdır. Nitekim, ceza hukuku alanında, bağımsız bir suç tipine yollamada bulunmadan yapılan her tartışma boşlukta kalacaktır. Her suç tipi de, sonuçta soyut ve temsili bir çerçeveye dönüştüğünden, ceza hukuku alanında her tartışmanın tipikliğe başvurulması gerekecektir. Bağımlı suç tiplerinin de kendilerine özgü soyut temsili bir çerçeveleri olması, bunu doğrulamaktadır. Ancak bunların tipiklikleri, bağımsız bir suç tipinin soyut çerçevesi ile ilişki içine girdiklerinde bir anlam kazanır. Bunun yanında hukuka aykırılık, kusurluluk, illiyet bağı, iştirakle ilgili sorunlar da, tipiklikten hareketle çözümlenebilir. Örneğin bir hareket ancak, suç tipinin soyut temsili çerçevesinin sınırları içinde hukuka aykırıdır. Bunun gibi, illiyet bağı sorununun da, suç tipinin soyut çerçevesi ifade edilirken kullanılan *fiil* nazara alınarak, a priori yöntemlerle değil de, tüme varım yolu ile incelenmesi gerekir³⁸.

Suç tipi ile suç tipinin soyut çerçevesi arasındaki farka dayanan bu teori, suçun unsurlarının sistematığı yönünden yeni bir şey getirmemesi dolayısıyla, metodolojik yönden ileri atılmış bir adım olarak kabul edilemez. Nitekim bu kavramla, suçu fiil, hukuka aykırılık, kusurluluk olarak üç unsura ayıran suç genel teorisinde bir değişiklik meydana gelmemektedir. Öte yandan, ceza hukukunun her sorununda, suç tipinin soyut çerçevesine başvurulacağı iddiası, ceza hukukunun genel kısmının yararlarını ortadan kaldıracak niteliktedir³⁹. Tipikliğin, ceza hukukunu ilgilendiren fiillerin tesbitine, hukuka aykırılığın ise, hareketle hukuk düzeni arasında çatışma bulunup bulunmadığı sorununa cevap bulmağa yaradığı düşüncesi pek doyurucu değildir. Zira burada sorun, gerçekten de ceza yargıcını ilgilendiren fiilleri tesbit etmektedir. Bunun cevabı, ceza hükümlerini ihlâl eden fiillerin, söz konusu nitelikte olduklarıdır. Ceza normları ile çatışma içinde olmayan fiilin ceza yargıcını

³⁷ Bk. Bettiol, 528.

³⁸ Bk. Bettiol, 528 - 529.

³⁹ Bettiol, 529 - 530.

ilgilendirmesi düşünülemez. Bu durumda, tipiklikle hukuka aykırılık arasında yapılan ayırımın bir anlamı kalmamakta; yani, tipikliğin hukuka aykırılıktan farklı bir işlevi olduğunu söylemek imkânsız hale gelmektedir⁴⁰. Yine Beling ve takipçilerinin kabul ettikleri üzere, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı dolayısıyla cezalandırılmayan fiiller de tipik sayılmaktadır. Örneğin meşru müdafaa halinde öldürme, tıbbî/cerrahi gerekçelerle yapılan işlemlerde müessir fiil, onarmak için başkasının ceketini alanın fiilinde hırsızlığa ilişkin tipiklik gerçekleşmiştir. Oysa, meşru ve hattâ bazan mecburi bazı hareketleri de kapsayan bir tipiklik kavramı kabul edilemez. Bu örneklerde tipik bir haksız fiil, yani, kanun koyucunun cezaya lâyık gördüğü bir haksız fiil tipi yoktur⁴¹. Bu nedenle, gerçek anlamda tipiklik, geniş tipiklik kavramıdır. Bunun bazı parçaları, açıklama bakımından kabul ettiğimiz ölçülere göre değişen metodolojik kategorilerdir. Öte yandan, geniş bir tipiklik kavramını kabul etmek, eskiye dönmek anlamını da taşımaz. Zira bu ne eski ne yeni bir anlayıştır; bu, hukuk genel teorisi ile suç genel teorisinin içinde yer alan bir kavramdır⁴².

Bütün bu eleştirilere rağmen, dar anlamda tipiklik italyan doktrininde önemli etkiler icra etmiştir.

2. *Delitala* : Beling'in tipiklik kavramı, italyan doktrinine Delitala'nın fiil kavramı ile geçmiştir. Delitala'ya göre fiil, suçun, kanunda tasvir edilen objektif unsurlarının bütünüdür⁴³. Yazar teorisine, fiili hukuka aykırılık ve kusurluluğa göre tanımlayan anlayışların eleştirileri ile ulaşmıştır.

a. *Hukuka aykırılık, kusurluluk ve objektif cezalandırılabilme şartlarının fiilin dışında kalması* :

(i) *Hukuka aykırılık ve fiil* : Suçun varlığının, hukuka aykırı ve kusurlu bir insan hareketinin varlığına bağlı olduğunu kabul edenler için, fiilin kurucu unsurları hareket, netice ve hukuka aykırılıktır. Kusurluluk ise, bunun dışında kalır ve sübjektif unsuru oluşturur. Bu anlayış karşısında, fiilin hukuka aykırılığa göre tanımlanıp tanımlan-

⁴⁰ Antolisei, 21; Tipikliği hukuka aykırılığa dahil sayınalar için bk. Kunter, Suçun, 40 - 41; Moro, 130 vd.

⁴¹ Antolisei, 21 - 22.

⁴² Petrocelli, Riesame, 348 - 349.

⁴³ Vassali, G. : Il contributo di Filippo Grispigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato, Sc. Pos., (c. 10) 1956, 371; Delitala, 111 vd.

mayacağı, yani sadece hukuka aykırı fiile fiil ismi verilip verilemeyeceğini araştırmak gerekir⁴⁴.

Fiili genel anlamda alıp, sadece münferit suç tipinde tanımlanan objektif unsurlardan ibaret saymak ve hukuka aykırılığı bunun dışında bırakmak gerekir. Bu nedenle fiil, münferit normda yer alan objektif unsurlarla sınırlıdır. Böyle bir fiil, hukuka uygunluk nedenleri varken işlense bile, tipik olma niteliğini korur⁴⁵.

Hukuka aykırılığı fiilin bir unsuru olarak kabul ettiğimiz takdirde, hareketin hukuka aykırılığı bilincine sahip olmak, kastın kurucu unsuru haline gelecektir. Bu hatayı önlemek için, fiil ve hukuka aykırı fiili kesin olarak birbirinden ayırmak gerekir. Hukuka aykırılığı fiilin bir unsuru saymaktan doğan bu sakıncayı gidermek için, bunun fiilin olumlu bir unsuru değil de, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunun fiilin bir unsuru olduğu söylenmiştir. Ancak bu da, söz konusu sakıncayı kaldırmaz. Zira, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasını fiilin bir unsuru sayacak olursak, bir fiilde hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu yolundaki hata, fiili hataya dönüşecek ve kastı kaldıracaktır. Oysa, hataen bir fiilin hukuka uygun olduğunu sanmak kastı kaldırmaz. Örneğin, meşru müdafaa şartlarının var olduğunu zannederek fiili bir hataya düşen kimsenin cezalandırılmamasına karşılık, hatalı olarak, gelecekteki bir tecavüze karşı kendisini savunabileceğini sanarak suç işleyen şahıs cezalandırılacaktır. Bunun nedeni, kastı etkileyenin hukuki hata değil de fiili hata olmasıdır. Hukuka aykırılığın bulunmamasını fiilin olumsuz unsuru olarak kabul etmek, (yani hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasını fiilin unsuru saymak), hukuki hatanın kastı kaldırması sonucu doğuracaktır. Öyle ise, hukuka uygunluk nedenlerini fiilin olumsuz unsurları olarak nitelemek mümkün değildir. Gerçekten de, bir adam öldürme cürmünde, faile isnad edilen, öldürme fiili artı örneğin meşru müdafaa gibi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması değildir. Faile isnad edilen, sadece öldürme fiilidir. Gerçi fiilin cezalandırılabilmesi için, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gereklidir; ama bu gerçek, söz konusu nedenlerin, fiilin olumsuz unsurları haline gelmesini zorunlu kılmaz. Meşru müdafaa ve benzeri haller, fiili ortadan kaldıran nedenler değil de, hareketi meşru ve hukuka uygun kılan nedenlerdir. Gerçekten de kanun, örneğin, meşru müdafaa halinde *işlenen fiillerden dolayı ceza verilemez* (TCK. m. 49) demek suretiyle bunu göstermek istemektedir. Bütün bu neden-

⁴⁴ Delitala, 31 - 32.

⁴⁵ Delitala, 32.

lerden dolayı, hukuka aykırılık fiilin ne unsuru ne de özelliğidir. Fiil terimi, hukuka aykırı fiil anlamında kullanılamaz⁴⁶ 47.

⁴⁶ Delitala, 32-37; Dönmezer - Erman da hukuka aykırılığı fiilin bir unsuru saymamaktadırlar : «... bir şeyin diğer şeye girdiğini iddia edebilmek için, bunlardan biri ortadan kalkınca, diğerinin de varlığını kaybedeceğini isbat etmek gerekir. Fiil bulunmadığı takdirde hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği doğrudur; fakat bu durumda diğer suç unsurlarının da bulunmaması gözden uzak tutmamak gerekir. Buna karşılık, hukuka aykırılığın bulunmadığı zaman, ortada bir hareketin, bir neticenin ve bu ikisini birbirine bağlayan bir nedensellik bağının bulunmayacağını iddia etmek mümkün değildir; meşru müdafaa halinde adam öldüren kimse de bir fiil icra etmiştir; yani ortada suçun maddi unsuru vardır. Fakat fiil hukuka uygundur; yani hukuka aykırılık unsuru yoktur. «Dönmezer, S. - Erman, S.: Nazari ve tatbiki ceza hukuku, İstanbul 1978, c. II., 5; Kunter de, aynı görüştedir : «Hukuka aykırılık, maddi unsura dahil değildir. Zira, her ne kadar hukuka aykırı olanın hareket olduğu söylenebilirse de, meselâ kusurlu olanın da cezalandırılanın da hareket olduğu şüphesizdir. Diğer taraftan, öyle sebepler vardır ki, maddi unsura tesir etmediği halde sadece hukuka aykırılığı kaldırır. Bu da gösteriyor ki, bunların ayrı ayrı varlıkları vardır, biribiri içinde değildir.» Kunter, Suçun, 85.

⁴⁷ Genel anlamda hukuka aykırılık ile hukuka özel aykırılık arasında bir ayırım yapanlar, bu ikincilerin, hukuka aykırılığın fiilin bir unsuru sayılamayacağı ilkesinin bir istisnasını oluşturduğunu ifade ederler. Hukuka özel aykırılık halleri, ceza normunun, suçun varlığını açıkça özel bir hukuka aykırılık haline bağladığı örneklerde söz konusu olur : **hükümetin tasvibi olmaksızın** (TCK. m. 128, 143, 148); **makul bir sebep olmadıkça** (TCK. m. 152); **gayrimeşru surette** (TCK. m. 179); **kanunda yazılı hallerin haricinde** (TCK. 183); **kanunsuz** (TCK. m. 185); **memuriyet sıfatını suiistimal suretiyle** (TCK. m. 174/2, 181, 200, 209, 210); **hilâfi nizam** (TCK. m. 252); **selâhiyeti olmaksızın** (TCK. m. 2523; **kanunu medenide yazılı ahkâma riayet etmeksizin** (TCK. m. 511) gibi. Bu gibi örneklerde fiil, ancak açıklanan biçimlerde icra edildiği takdirde cezalandırılabilir. Bu nedenle, sayılan suçlarda yer alan hukuka özel aykırılık hali, fiilin bir unsurunu oluşturur ve kastın bu hukuka özel aykırılık halini de kapsaması gerekir. Diğer bir deyişle, genel kural olarak, failin fiilinin hukuka aykırılığının bilincine sahip olması şartı aranmamakla birlikte, hukuka özel aykırılık hallerinin arandığı suçlarda, failin fiilinin hukuka aykırılığının bilincinde bulunması gerekir. Yani hukuka özel aykırılık halleri, istinaen, fiilin bir unsurudur. Bk. Bettiol, Diritto, 293; Dönmezer - Erman, II., 22 vd.; Kunter, Suçun, 153 vd.

Delitala, böyle bir istisnayı kabul etmez : Fiil, maddi yapısı içinde, her zaman için nötrdür ve bunun hukuka aykırı veya uygun olduğu, içinde işlendiği şartlara göre tesbit olunur. Hukuka aykırılık, fiille kanun arasındaki çatışmadan ibaret olduğundan, genel ve özel hukuka aykırılık halleri yoktur. Bir an için böyle bir ayırımın doğruluğu kabul edilse bile, bu takdirde, genel anlamda hukuka aykırılığı fiilin bir unsuru saymayıp, hukuka özel aykırılığı fiilin bir unsuru saymak gibi bir sonucu açıklayabilmek

mümkün değildir. Öte yandan, hukuka özel aykırılık hallerinin varlığını kabul, kastın bunu da kapsamasını yani failde, fiilin hukuka aykırılığının bilincinin araştırılmasını gerektirecektir. Oysa, hukuki hatanın kusurluluğu etkilemediğini kabul eden bir sistemde, bu mümkün değildir, Zira kastın varlığı hiç bir zaman, hareketin hukuka aykırılığının bilincine sahip olmaya bağlı değildir. Diğer bir deyişle, varlığı bir hareketi meşru hale getirecek bir şart (örneğin bir kimsenin hataen yetkisi olduğunu sanarak resmi elbiseyi giymesi TCK. m. 253) konusundaki hata kastı kaldırır; ama, kanunun öngörmediği bir yetkinin hataen var olduğunu sanmak, kastı etkilemez. Bu nedenle, genel anlamda hukuka aykırılıkla hukuka özel aykırılık arasında bir fark yaratıp, bu sonuncuların fiilin unsuru olduğunu söylemek mümkün değildir. Delitala, 38 vd.; Bettiol bu konuda, YİCK. m. 47 hükmüne dayanarak şu ayırımı yapmaktadır: Hukuka özel aykırılık halleri, ceza hukuku normaları dışındaki normlara, özellikle idare hukuku normlarına atıfta bulunur. Bunların birisinde hatanın kastı kaldırabilmesi için, suçun kurucu fiiline ilişkin bir hataya dönüşmesi gerekir. B. Bettiol, Diritto, 484 vd.; Dönmezer - Erman, ikisi arasındaki farkı kusurlulukla açıklarlar: «... Sonuç olarak esas ve nitelik itibarıyla iki tür hukuka aykırılık arasında fark yoktur. Farkı, manevi unsurun, kusurluluğun hukuka aykırılığı kapsamına alması bakımından bulmak gerekir: kanunda gösterilmeyen hallerde fail yok olan bir hukuka uygunluk sebebini var sanar ve bu hususta hataya düşerek hareket ederse esaslı hata halinde bulunur ve böyle bir hata halinde ... cezalandırılmaz; ... Ancak hukuka özel aykırılık hallerinde aynı şekilde düşünülemez; kanun fiilin gayrimeşru surette veya vazifenin suiistimali ile ... işlenmesini şart koşmuşsa, var olan hukuka aykırılık haline yeni bir unsur eklememekle beraber, failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesini ve hareket etmeyi istemesini de aramış demektir. Bunun içindir ki, hukuka özel aykırılık hallerinde hakim ... hukuka aykırılığın varlığını aramakla yetinmeyecek ayrıca failin bu özel aykırılığı bilip bilmediğini ve böyle hareket etmeyi isteyip istemediğini, kusurluluğunun bu unsuru kapsamına alıp almadığını araştıracaktır. ... «Dönmezer - Erman, II., 24; Kunter de aynı kanaati paylaşır: «Kanun koyucunun hukuka aykırılık halini açıkça bir unsur olarak kabul etmesi ona verdiği ehemmiyeti gösterir. Bu ehemmiyet, failin onu bilmesi bakımındandır. ... Umumi aykırılığın meydana gelmemesi için umumi uygunluk sebeplerinden birinin ... mevcudiyeti lâzımdır. Eğer fail kanun hükmünü icra ettiğini sanıyorsa ve bu hatası taksirsiz ise, ancak o zaman hukuka aykırılık unsuru tahakkuk etmemiş sayılacaktır. ... Halbuki irtikâpta vazifenin suiistimal edilmesi lüzumu ayrıca tasrih edildiği için failin bunu bildiğini de aramak lâzımdır. Kanun koyucu, bunu bilerek maddi unsuru işleyenlerin cezalandırılmasını istediği içindir ki, irtikâbı ayrı bir suç saymıştır. ... Görülüyor ki, burada, failin hukuka aykırı hareket kanaatında olduğu değil, hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği araştırılacak ve bu sabit olursa fail mahkûm olacak, sabit olmadıkça, hukuka aykırılık unsuru ve dolayısıyla suç teşekkül etmiş sayılmayacaktır.» Kunter, Suçun, 160.

Varığı iddia edilen normatif unsurlar da, kabul edilseler dahi, fiili değil de hukuka aykırılığı ilgilendirirler. Gerçekten de, bazan, kanunun suçu tarif ederken tabiatçı ve tasvirî olmaktan uzak, değere, etiğe, kültüre ilişkin ölçülere başvurduğu görülmektedir. Örneğin bozgunculuk suçunda öngörüldüğü üzere *asılsız, mübalagalı, maksatlı* haber yaymak (TCK. m. 140) gibi. Bir haberin, devletin itibar ve nüfuzunu kırmağa elverişli olacak ölçüde *asılsız, mübalâğalı, maksatlı* olduğu, tabiatçı ölçülerle belirlenemez^{47/a}. Normatif denen bu gibi unsurların özellikleri üzerinde durmak gerekir; zira bu gibi örneklerde, kanunun suç saydığı fiil içinde, ayrıca hareketin hukukî ve ahlâkî bir değerlendirmesi vardır. İrza tasaddi (TCK. m. 415, 416) fiilini başka türlü düşünmek mümkün değildir. Yani burada hareket sadece tasvirî değil aynı zamanda normatiftir. Bu gözlem doğru olmasına rağmen, fiille hukuka aykırılığın birbirlerinden ayrılmasına engel değildir. Nitekim, kanun koyucunun yapmamış olmasına rağmen yorumcunun bu ayrımı yapması mümkündür : Jinekolojik bir muayene yapan hekim tasaddi suçunu işlememiştir ama, hareketleri, objektif olarak ele alındıklarında, ırza tasaddinin fiili ile aynıdır. Burada faildeki tedavi amacı, fiilin maddiliğini ortadan kaldıran değil de, hareketi hukuka uygun hale getiren bir durumdur. Bu nedenle, benzer örneklerde, önce suçun maddi yapısını oluşturan çeşitli hareketleri, sonra da bunu hukuka aykırı veya uygun kılan durumları tasvir etmek suretiyle, fiilin unsurları ile hukuka aykırılığın unsurlarını birbirlerinden ayırmak mümkündür. Sonuç olarak, fiil kavramı içinde normatif unsurlara yer yoktur. Kanun koyucunun, bir suç belirlerken değere ilişkin kavramlara başvurması halinde, bunu ikiye bölerek, tasvirî (fiili anlatan) kısımla normatif olanı birbirlerinden ayırmak gerekir. Böylece birinci kısım fiil, ikinci kısım da hukuka aykırılık teorisi içine girmiş olacaktır^{47/b}. Diğer bir deyişle, normatif unsurların kabulü, tipik fiille hukuka aykırılık arasındaki ayrımın reddini gerektirmez^{47/c}. Zira, fiilin unsurları arasında normatif unsurları da sokmak gerekse idi, bu yönde yarı yolda kalmayıp, TCK. m. 49'da yer alan hukuka uygunluk nedenlerini de, fiil içinde incelemek gerekirdi^{47/d}.

(ii) *Kusurluluk ve fiil* : Fiili kusurluluğa göre tanımlamak yerine, bunların ikisini birbirinden ayırmak daha uygundur. Zira fiil terimi

^{47/a} Bettiol, Diritto, 228.

^{47/b} Delitala, 121 - 124; Bk. ayrıca Tesauo, 5.

^{47/c} Bettiol, 228.

^{47/d} Delitala, 124.

ile hem objektif hem sübjektif unsuru ifade etmek istediğimizde, eğer iradi fiille iradenin konusunu aynı düzeye koymak istemiyorsak, fiil kavramı içinde fiille kusuru birbirinden ayırmak gerekecektir. Bu nedenle iki kavrama ayrı ayrı isim vermek, fiili fiil, kusuru da kusur diye adlandırmak daha iyidir⁴⁸.

Suçta iştirakle ilgili bazı sorunları da, fiil ile kusurluluğu birbirinden farklı olarak ele aldığımızda çözebiliriz. Nitekim, fer'i failin sorumluluğu, asli failin faaliyetine bağlıdır; fakat bu, fer'i failin sorumlu tutulabilmesi için, asli failin cezalandırılabilir olması anlamına gelmez. Bu nedenle, fiil ve kusurluluk ayrılmaz bir bütün oluşturur diyerek, iştiraki, kusurlu bir fiille katılma olarak niteleyemeyiz. Zira, kusura katılma, kavramsal olarak kabulü ve açıklanması mümkün olmayan bir şeydir. Kusur kişisel ve sübjektiftir ve psişik açıdan faille fiil arasındaki psikolojik bir ilişkiyi, normatif yönden de failin hukuken kınanabilirliğini ifade eder. Yani kusur açısından asli ve fer'i fail arasında bir fark yoktur. Bunlardan herbiri, kusurlu bir hareket gerçekleştirdikleri için, birinin sorumluluğunu diğerinin kusurluluğuna dayandırmak mümkün değildir. Diğer bir deyişle, fer'i failin sorumluluğunun dayanağı, asli failin kusurlu fiili değil de, bunun objektif hukuka aykırı fiilidir. Bu nedenle, fer'i fail, kendi failinin dışındaki bir şeyden (asli failin kusuru) dolayı değil de, bizzat kendisi tarafından iradi olarak gerçekleştirilen bir fiilden dolayı sorumlu tutulmaktadır⁴⁹.

Fiilin kusurluluğa göre tanımlanamamasının, yani failin sadece kusurlu olarak icra ettiği hareketlerin fiil sayılamamasının bir nedeni de, objektif sorumluluk hallerinin kabul edilmiş bulunmasıdır. Kusursuz sorumluluk anlamına gelen objektif sorumluluk hallerinin kabul edilmesi karşısında, ya bu gibi hallerde fiilin de bulunmadığını kabul etmek ya da fiil ile kusurluluğu aynı saymanın mantıksızlığı sonucuna varmak gerekecektir⁵⁰. Ancak Delitala, bununla da kalmayarak, fiilin iradeye göre de tanımlanamayacağını ifade etmektedir⁵¹.

⁴⁸ Delitala, 57 - 58.

⁴⁹ Delitala, 60 - 63.

⁵⁰ Delitala, 65: Bununla beraber Delitala'nın bu sonucu aşırıdır. Bunun iki nedeni vardır: Bir kere bütün objektif sorumluluk hallerinde, bizzatlı fiil iradidir. Yani icrai ve ihmali olan fiilin bilerek ve isteyerek yapılması gerekir. Bu nedenle, objektif sorumluluk hallerinde de, sorumluluğun temelinde bilerek ve isteyerek işlenmiş bir hareket vardır. Fail, iradi olarak gerçekleştirdiği hukuka aykırı hareketinden doğan veya buna eklenen zararlı bir sonuçtan dolayı, bu zararlı sonuçla kendi arasında bir psikolojik bağ bulunup bulunmadığından bağımsız olarak, böyle bir araştırma ya-

(iii) *Fiil ve objektif cezalandırılabilme şartları* : Fiil faille yüklenen ve soyut tipte tasvir edilen objektif unsurlardan meydana gelir. Diğer bir deyişle, fiili meydana getiren, failin hareketine bağlanabilen objektif unsurlardır. Bu nedenle, bir şartın fiilin unsuru sayılabilmesi için, fail tarafından bilinmesi, istenmesi ya da failin buna neden olmuş bulunması gerekir. Zira faille fiil arasında sadece iki türlü ilişki vardır : sübjektif ve objektif, yani irade ve nedensellik. Eğer bu unsurlardan her ikisi de yoksa, fiilin bir unsurundan değil de, objektif cezalandırılabilme şartından söz etmek gerekir. Örneğin, açıkça sarhoş bir

pıllmaksızın, sırf hareketle sonuç arasındaki maddi nedensellik dolayısıyla sorumlu tutulmaktadır. Yani fiilin iradiliğine istisna getirilmemekte, ancak, fail ile netice arasında kast veya taksir biçiminde psikolojik bir ilişkinin varlık veya yokluğuna karşı ilgisiz kalınmaktadır. Bk. Dönmezer - Erman, II., 324 - 325; Bettiol, Diritto, 458 - 459; Antolisei, F. : Manuale del diritto penale, Milano 1963, 288 - 289; Esasen, ceza hukukundaki objektif sorumluluğun, özel hukuktaki kusursuz sorumluluk veya tehlike sorumluluğu anlamına gelmediğini gösteren ve objektif sorumluluğun manevi bir görünüşü olduğu iddiasına yol açan da, zaten, fiilin iradi olması gerekliliğidir. Dönmezer - Erman, II., 335, 337; Öte yandan, yukarıda açıklananların doğal sonucu olarak, objektif sorumluluk hallerinde de, faille fiilin sonucu arasında psikolojik bir bağ bulunması (yani kast veya taksir) mümkündür. Önemli olan, normal durumlarda bu psikolojik bağın araştırılmasının gerekli olmasına karşılık, objektif sorumlulukta bu araştırmadan vazgeçilip, maddi nedensellikle yetinilmesidir. Bettiol, Diritto, 459; Dönmezer - Erman ise, objektif sorumluluk halinde de faille yüklenecek bir kusurun düşünülebileceğini kabul etmektedirler. Bunun nedeni illiyet bağında objektif ve sübjektif iki araştırmanın yapılmasıdır : «... objektif takdir, nedensellik bağı hakkında, somut ... karar verecek kişinin, iter criminis'i gerisin geriye giderek, hareketin yapıldığı anda bu hareketin gerçekleşen neticeyi meydana getirmeğe esasen elverişli ve uygun olduğunun saptanması demekti ... ve hareketten neticenin doğabileceği objektif olarak öngörülebildiği taktirdedir ki, hareketin neticeyi meydana getirmeğe elverişli ve uygun olduğu kabul edilmekte idi. ... objektif sorumluluk hallerinde takdirin bu safhası ile yetinilmekte, sübjektif takdir safhası, yani failin de bizim öngördüğümüz neticeyi, harekete geçerken öngörmüş olup olmadığı araştırılmamakta idi... Görülüyor ki, objektif sorumluluk hallerinde de faille yüklenen bir kusurun düşünülmesi mümkündür : bu kusur, bizim öngördüğümüz neticeyi onun öngörmemesinden ibarettir; fakat ... bunun gerçekten de böyle olup olmadığının, failin bu neticeyi öngörmüş bulunup bulunmadığını araştırmaya girişmeksizin faille ceza verilmektedir...» Dönmezer - Erman, II., 336 - 337; Ayrıca bk. Dönmezer - Erman, İstanbul 1976, c. I., 561 vd.

⁵¹ Bu nokta, araştırmamızın sınırlarını aştığı için üzerinde durulmayacaktır. Bk. Delitala, 67 vd.

halde yakalanma suçunda (TCK. m. 571), sarhoş halde yakalanmağı fiilin unsuru olarak saymak mümkün değildir. Yakalanma yoksa, suç sayılan hareket de yoktur diyenler, fiili, cezanın uygulanabilmesi için gerekli unsurların bütünü olarak kabul edenlerdir. Oysa, sarhoş halde yakalanmak, ne fiilin bir unsuru, ne de faile yüklenen bir fiildir. Bu sadece, sarhoşluk fiilini faile yükleyebilmek için aranan bir şarttır. Yakalama olsun, olmasın, failin davranışı hep aynı kalır. Bu objektif cezalandırılabilme şartları fiile ve sonuç olarak iradeye yabancılardır. Öyle ise, bir şartın objektif cezalandırılabilme şartı sayılabilmesi için, hareketle bunun arasında iradilik ve nedensellik ilişkisinin bulunmaması gerekir. Hareketle aralarında iradilik ve nedensellik ilişkisi bulunmayan objektif cezalandırılabilme şartları, fiilin dışında kalırlar, fiilin unsuru kabul edilemezler⁵².

Nihayet, özel kastın arandığı hallerde, bunu fiilin unsuru saymağa imkân yoktur. Söz konusu suçlarda, kanunun aradığı özel kastın bulunmamasının suçun maddi yapısını (fiilin varlığı) olumsuz biçimde etkilediği söylenemez. Zira benzer suçlarda fiil tamamen tipe uygundur; bunun özel kastla işlenip işlenmediği, fiilin tesbitinden sonra gelen ve bunu izleyen bir araştırmadır. Bu nedenle failin iradesinin araştırılması, fiili değil de kusurluluğu ilgilendirir^{52/a}.

b. Suçun objektif unsurları ile sınırlı fiili : Buraya kadarki açıklamalar, hukuka aykırılık ve kusurluluğun, fiilin dışında kaldığını göstermektedir. Bu nedenle fiil, suçun sadece, kanuni soyut tipte tasvir edilen, maddi yapısı ile ilgilidir. Bunun gibi, hareketle aralarında iradilik veya nedensellik ilişkisi bulunmayan şartlar, objektif cezalandırılabilme şartlarıdır ve fiilin unsuru sayılmazlar. Fiil, istediği veya sadece neden olduğu için faile yüklenen fiilden ibarettir⁵³. Bu nedenle fiil, faile yüklenebilen objektif unsurların tümü, yani bütün özellikleri ile birlikte ele alınan ve suç tipinin değişmesi ile kendisi de değişen hareketle, harekete nedensellik bağı ile bağlı bulunan neticenin gerçekleşmesidir⁵⁴.

Bununla beraber, Delitala'nın fiil anlayışı, Beling'in, suç tipinin soyut temsili çerçevesi anlamındaki tipiklik kavramından farklıdır. Beling'e göre, soyut bir kavram olan tipiklik, her somut suç tipi bakımından

⁵² Delitala, 73 - 75, 78, 97 - 98.

^{52/a} Delitala, 125 vd.

⁵³ Delitala, 111.

⁵⁴ Delitala, 115.

aynıdır. Yani, suç tipini gerçekleştiren tipe uygun somut hareketlerin her olayda değişmesine karşılık, suç tipine hakim soyut temsili çerçeve hep aynı kalır. Örneğin her somut adam öldürme fiilinin değişik olmasına karşılık, bu suça ait soyut tip (temsili çerçeve) hep aynı kalır. Diğer bir deyişle, Beling'e göre, münferit somut fiiller, tipiklik yargısının konusunu, soyut kanuni çerçeve de, yargıcın tipiklik yargısını verebilmek için başvurduğu ölçüyü oluşturur. Bu düşüncede bir gerçeklik payı vardır; ama soyut tipe somut tip arasında, bu kadar mutlak bir farklılık yoktur. Nitekim, somut tipten söz edildiğinde, bununla, failin gerçekleştirdiği fiilin bütün özellikleri değil de; sadece, fiili adam öldürme olarak karakterize eden özellikler kastedilir. Örneğin, somut fiilin unsurları arasında, ölüm sonucunun meydana getirdiği mameleki neticeleri de saymak kimsenin aklına gelmez. Öyle ise kanuni ve somut tip arasındaki farkı, modelle kopya arasındaki farka benzetebiliriz. Bu nedenle fiili ister kanuni soyut tip ister failin gerçekleştirdiği fiil olarak anlayalım, sonuçlar değişmez⁵⁵.

Görüldüğü üzere, Delitala'yı Beling'den ayıran tek özellik, Delitala'nın fiil terimi ile, failin işlediği ve suç sayılması için tipe uygun olması gerekli fiili kasdetmesidir. Bu anlamdaki fiil, tabiatçı bir kavramdır; zira meşru müdafaa nedeniyle adam öldürmede, hukuka aykırı olmasa bile, tipik bir fiil vardır. Sonuç olarak Delitala'nın fiil kavramı, biçimsel ve soyut olmaktan uzaktır; zira yazar, tipikliği somut cürmî fiile aynileştirmektedir. Tipiklik fiilin dışında yaşayan bir çerçeve değil de, fiilin, üzerinde değerlendirme yapılması gerekli bir vasfıdır⁵⁶.

Suçların kanunililiği ilkesi kaldığı sürece, tipiklik kavramından vazgeçilmesi düşünülemez; zira, atipik fiiller ceza hukuku alanını ilgilendirmez⁵⁷. Tipikliğin en önemli işlevi, cezalandırmanın mümkün olmasının şartını oluşturmasıdır. Biz bir insan fiilinin tipe uygunluğundan söz ettiğimizde, hukuki bir niteleme yapmış oluruz. Bu da, objektif unsurlarla sınırlı bir fiil kavramının boş ve yararsız olmadığını gösterir⁵⁸.

Nihayet, suçun ön şartları da fiilin unsurlarındandır. Zira bunlardan biri eksikse, kanunda tanımlanan modele uygun fiil de yok demektir. Bununla beraber, suçun ön şartları, illî zincirin dışında kalmaları nedeniyle, dar anlamda kurucu unsurları oluşturan hareket ve neticeden

⁵⁵ Delitala, 115 - 117.

⁵⁶ Bettiol, Diritto, 204.

⁵⁷ Bettiol, Diritto, 204.

⁵⁸ Delitala, 118 - 119.

ayrılırlar. Bunlar hareket ve neticeden önce gelen unsurlar olduklarından, failin bunları gerçekleştirmesi düşünülemez. Ancak failin bunları bilmesi gereklidir. Bu nedenle, faille bunlar arasında illî bir bağın olmamasına karşılık, sübjektif bir ilişki vardır. Öyle ise, suçun ön şartları, cezalandırılabilme şartları ve hukuka uygunluk nedenlerinde farklı olarak, fiilin unsurlarıdır. Bunlar yoksa fiil de yoktur. Sonuç olarak, suçun ön şartlarından hata, fiili bir hata sıfatıyla sübjektif unsura yansır ve kastı ortadan kaldırır⁵⁹.

3. Grispigni : Grispigni'nin tipiklik anlayışı Beling modeline uygundur⁶⁰. Ancak Grispigni'nin önemi, bu kavramı, ceza kanununun özel kısmının bilimsel incelenmesinde metodolojik bir araç olarak kullanması ve bu yolla özel kısmın genel teorisini kurmasıdır. Özel kısmın genel teorisini kurmak düşüncesi, ilk önce Almanya'da Wolf tarafından ortaya atılmıştır. Yazar, tipe uygunluk temeline dayanarak, suç tiplerinin bir kataloğunu oluşturma girişiminde bulunmuştur. Grispigni bunu benimsemiş ve özel kısmın genel teorisini kurma çabasını sürdürmüştür : gerçekten de Grispigni, tipe uygunluk kavramına, özel kısmın genel teorisini kurmak işlevini vermiştir. Bunun nedeni kanuni tipin, münferit bir özel hükmün bütün özelliklerini içermesi ve bu unsurların söz konusu kanuni tip içinde bir sisteme kavuşmasıdır. Eğer tipe uygunluk ilkesi yeterince işlenip geliştirilecek olursa, ceza hukukunun özel kısmının incelenmesinde, zaten tipe uygunluk incelenirken açıklanan unsurlara yollamada bulunmakla yetinilebilecektir. Böyle bir işle ve sahip tipiklik kavramı, geleneksel tipiklik kavramından farklıdır ve başka bir değere sahiptir⁶¹. Diğer bir deyişle özel kısmın bilimsel olarak açıklanması isteniyorsa, tek tek normların incelenmesi ile yetinmeyiz. Hukuk bilimi, bu bakımdan diğer bilimlerden farklı değildir; zira hukuk bilimi de bireyselden hareketle, genelliğe ve yeknesaklık (Leggi uniformità) kanunlarına ulaşmağı amaçlar⁶². Bu itibarla, münferit suçlar yerine, sahip oldukları ortak unsurlara göre oluşan suç gruplarını tüme varım metodu ile incelemek gerekir. Bu işlem, önce münferit suç tiplerinin gözlemlenmesi, bundan sonra karşılaştırma metodunu kulla-

⁵⁹ Delitala, 220 vd.; Vassalli, 372.

⁶⁰ Grispigni, F. : *Diritto penale italiano*, Milano 1952, c. II, 11, 125; Cristiani, A. : *Considerazioni sullo studio di fattispecie legale oggettiva in Filippo Grispigni*, Sc. Pos. (c. 10) 1956, 259 - 260; Vassalli, 371.

⁶¹ Grispigni, 127 - 128; Ranieri, S. : *Il problema del metodo giuridico nel pensiero di Filippo Grispigni*, Sc. Pos. (c. 10) 1956, 94; Toroslu, N. : *Cürümlerin tasnifi bakımından suçun hukuki konusu*, Ankara 1970, 34 - 35.

⁶² Grispigni, 129; Toroslu, 34.

narak gözlemlenen suç tiplerinin ortak ve değişen karakterleri tesbit etmek, nihayet mantıkî bir düzen içinde homojen grupları ortaya koymak suretiyle gerçekleşir. Bu metodla, sadece münferit suç tiplerinin değil, bütün muhtemel suç tiplerinin bünyelerinde taşıdıkları *genel suç tipi* yeniden inşa edilmiş olacaktır⁶³.

a. *Tipiklik kavramı* : Bu metodun uygulanmasındaki anahtar kavramı oluşturan tipiklik, Grispigni'nin terminolojisine göre, suçun varlığı için en önemli zorunlu şart sayılan, davranışın *bir ceza normunun tasvir ettiği tipe uygunluğudur*.

Grispigni, suçu incelerken benimsediği tahlili metodla⁶⁴ suçun kurucu unsurları yerine, zorunlu şartları (requisito) terimini kullanmakta, kurucu unsur terimi ile ise, her zorunlu şartın unsurlarını ifade etmektedir⁶⁵. Tahlili açıdan suç, «Meşuiyet nedenleri taşımayan, bundan başka, psişik olarak bir süjeye atfedilebilen, bir norm tarafından tasvir edilen tipe uygun davranıştır»⁶⁶. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere suçun zorunlu şartlarından biri ve en önemlisi, davranışın, bir norm tarafından tasvir edilen tipe uygun olmasıdır.

Gerçekten de, modern devletlerde, cezalandırılan fiiller, münferit normlar tarafından özel olarak belirlenmiş ve tasvir edilmişlerdir. Diğer bir deyişle, münferit normlar bir tip veya modeli gösterirler. Somut hayatta gerçekleşen fiillerin cezalandırılabilmesi, bu tip veya modele uymalarına, yani, somut tipin soyut tipin asgari kurucu unsurlarını arzetmesine bağlıdır⁶⁷. Nitekim somut cezanın uygulanabilmesi için, niteliğinin belirlenmesi yargıcın takdirine bırakılmamış; bilakis, özellikleri kanuni tip veya model tarafından gösterilmiş bir fiilin varlığı şarttır. Öyle ki, yargıcın tek görevi, somut tipin somut tipe uygun olup olmadığını araştırmaktır⁶⁸.

Grispigni, tipe uygunluğun, suçun sadece objektif unsuruna yani dar anlamda fiile ilişkin olduğunu açıkça söylemektedir⁶⁹. Ancak bu,

⁶³ Grispigni, 9; Ranieri, 95, 99.

⁶⁴ Bk. Ranieri, 93.

⁶⁵ Grispigni, 11, 11 not : 4; Vassalli, 369.

⁶⁶ Grispigni, 11.

⁶⁷ Grispigni, 11.

⁶⁸ Grispigni, 125; Dar anlamda fiil, davranış, bunun dış dünyada meydana getirdiği değişiklik, bunlardan birinciyi ikinciyeye bağlayan nedensellik ilişkisi ve davranışla birlikte bulunan bütün diğer özelliklerden oluşan ve suçun sadece objektif yanını ifade eden bir kavramdır. Grispigni, 12.

⁶⁹ Grispigni, 126.

tipe uygunluğun geniş olarak anlaşılamayacağı anlamına gelmez. Gerçekten de tipe uygunluk karakteri, cürmi kanuni tipin bütününe, yani tüm suça ilişkindir⁷⁰. Diğer bir deyişle, davranış, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması ve kusurluluk, suçun varlığı için gerekli tipe uygunluk şartına dahildirler⁷¹. Ama yine de, ceza hukukunun amaçlarını ilgilendirmesi bakımından tipe uygunluğun tahlili, davranışın veya daha genel bir ifade ile suçu oluşturan fiilin tahlili ile aynı şeydir⁷². Bunun en önemli nedeni, geniş anlamda tipe uygunluğun, hukukî fiilin, örneğin suçun, zorunlu şartı değil de, bunun esası olmasıdır. Nitekim, bir hukuk normu tarafından öngörülen yani tasvir edilen ve tipikleştirilen her fiil hukukidir; bu anlamda, bir hukuk normuna uygun olmak, her suçun esasıdır. Buna karşılık, suçun zorunlu şartı olarak dar anlamda tipe uygunluk, aynı suçun sadece objektif, harici unsurunu ilgilendirir. Şu anlamda ki, suçtan söz edebilmek için bu zorunlu şartın (fiilin tipe uygunluğu) varlığı yeterli değildir; hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması ve kusurluluktan ibaret diğer iki zorunlu şartın da bulunması gerekir. Ancak kanunun, bir fiilin somut hayat içinde gösterebileceği sonsuz değişiklikleri öngörmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun soyut çerçeveler çizmekle işe koyulur ve önemsiz özellikleri nazara almaksızın, bazı modelleri tasvir eder. Böylece bir fiilin suçu oluşturmaları için asgari zorunlu şartların neler olduğu tesbit edilmiş olur. Bu itibarla, normların tasvir ettiği münferit suçlar, somut olarak farklı gerçekleşme imkânlarına sahip soyut tiplerdir⁷³.

Teorik hukukçunun konusu fiil olarak suç değil de hukuki kurum olarak suçtur. Yani teorik hukukçu normun düzenlediği fiili değil de fiili düzenleyen normu inceler. O halde, fiil olarak suçun tipe uygun davranış olmasına karşılık, hukuki kurum olarak suç, fiilin kendisine uygun olması gereken *tip*; yani, bir norm tarafından tasvir edilen davranış tipidir. Norm, bu tip davranışı bütün görünüşleri yani suçun üç zorunlu şartı açısından tasvir eder. Yani tip, kendisinin zorunlu şartlarını oluşturan üç ayrı görünümün norm tarafından tasviri sonucunda ortaya çıkar. Bunlar şunlardır : *harici ve objektif, dahili ve sübjektif* (kusurluluk), *fiilin harici görünümü ile diğer belli fiiller* (cezanın uygulanması için bunların bulunmaması gerekir) *arasında belli bir ilişkinin bulunmaması* (olumsuz zorunlu şart - hukuka uygunluk nedenleri)⁷⁴.

⁷⁰ Vassalli, 370.

⁷¹ Grispigni, 11 not: 5.

⁷² Vassalli, 370.

⁷³ Grispigni, 126.

⁷⁴ Grispigni, 126 - 127; Ranieri, 94.

Tipe uygunluğun bu üç görünümü de norm tarafından tasvir edilmiş olduğundan, bütün olarak ele alınan tip, kendi içinde, üç tipe veya üç kanuni tipe ayrılır : *objektif kanuni tip, sübjektif kanuni tip, meşruiyet nedenleri kanuni tipi* (ki bunların bulunmaması gerekir, aksi halde ceza verilemez)⁷⁵. Bu kanuni tiplerden herbirinin, az veya çok sayıda unsurlardan oluşmaları nedeni ile, kendilerine ait bir yapıları vardır⁷⁶.

Sübjektif kanuni tipin bütün suçlar bakımından üç tane (kast - takasir - kastın aşılması), meşruiyet kanuni tipinin de yine bütün suçlar için aynı (bazı istisnai özel hukuka aykırılık halleri hariç) olmasına karşılık, objektif kanuni tip her suçta değişir. Farklı suç tiplerinden hangisinin söz konusu olduğunu belirlemede bir ölçü oluşturan objektif kanuni tip, kendisine özel görünümü veren bütün unsurlardan meydana gelir. Öyle ise objektif kanuni tip, gerçekleşmesi halinde bir ceza uygulamak görevi doğan münferit davranış tipini (kusurluluk ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması zorunlu şartlarının da varlığı ile) teşhis etmek ve diğerlerinden ayırmak için varlığı zorunlu ve yeterli unsurları gösterir. Diğer bir deyişle, objektif kanuni tip, her münferit suç tipine özgü harici unsurların bütünüdür⁷⁷.

Bazı Alman ve İtalyan yazarları, tipikliği münhasıran suçun zorunlu şartı olarak görürler. Fakat bu yanlıştır. Zira gerçekte, dar anlamda tipiklik, sadece ceza hukuku alanındaki hukuka aykırılıkların değil, bütün hukuki fiillerin zorunlu bir niteliğidir. Bu nedenle, tipikliğin ceza hukuku yönünden önemi, bir başka yerden gelir. Ceza hukukunda kanuni tipin, müeyyidenin ağırlığı nedeni ile, çok daha ayrıntılı ve dikkatli olarak belirlenmesi gerekir; ama bu, tipikliğin münhasıran suçun zorunlu şartı olduğu anlamına gelmez. Bundan dolayıdır ki, ceza hukuku alanında *kanuni tipe uygunluktan değil de, bir ceza normunda tasvir edilmiş olmaktan* söz edilmelidir. Zira suçun diğer hukuki fiiller karşısındaki özelliği, bir ceza hukuku normu tarafından tasvir edilmiş olmasından ibarettir. Diğer bir deyişle, ceza hukuku bakımından önemli olan, *kanuni tipe uygunluk değil de, cürmî davranışın, ceza normu tarafından mümkün olan bütün açıklıkla tasvir edilmiş bulunmasıdır*⁷⁸.

⁷⁵ Grispigni, 127.

⁷⁶ Ranieri, 94.

⁷⁷ Grispigni, 127.

⁷⁸ Grispigni, 129; Aynı görüş başkaları tarafından da paylaşılmaktadır: Tipiklik, cezai ve medeni hukuka aykırılığı birbirinden ayırmada ölçü olamaz. Zira tipiklik iki şey ifade eder : (1) suçun davranış unsuru belirli bir şekilde tasvir edilmelidir. Ancak bu ilke, hukukun bütün dalları için ge-

Bu anlamda tipikliği gözönünde bulundurmadan, özel kısma ait herhangi bir normun yorumuna girişilmesi mümkün değildir. Tipikliğin ceza hukuku bakımından değerini reddetmek, özel kısmın incelenmesine girişmemek anlamına gelir⁷⁹.

b. Tipiklik ve özel kısmın genel teorisi : Cürmi davranışın norm tarafından tasvir edilmiş olması anlamında bir tipiklik kavramının, özel kısmın incelenmesi bakımından nasıl bir işlevi olduğunu açıklayabilmek için, Grispigni'nin metodolojisi üzerinde durmak gerekir : Ceza hukukunun özel kısmı günümüzde halâ, şerhçi bir metodla incelenmektedir. Yani suçlar, ceza kanunundaki sıraya göre tek tek ele alınmaktadır. Ancak bu şerhçi metod, ceza hukukunda, bilimsel çalışmanın başlangıcı bile değil de, gerçek bilimsel araştırma için gerekli malzemenin hazırlanması ve toplanması aşamasıdır. Zira şerhçi metod normları (münferit) inceler; oysa bilim genel olanın incelenmesidir ve amacı da, yeknesaklık kanunlarının bulunmasıdır. Hukuk diğer bilimlerden iki yönden ayrılır : (1) hukukun konusu normlardır; (2) hukuk, normları her açıdan, örneğin nedenleri ve oluşum süreçleri bakımından (dıştan inceleme - sosyoloji) değil de, içerdikleri hükümler (içten inceleme - normatif inceleme) açısından inceler. Hukuk, bunun dışında diğer bilimlerden farklı değildir. Hukuk önce konusunu oluşturan normları teker teker ele alır, bunları gözlemler ve tasvir eder. Hukuk daha sonra, gözlemlediği ve tasvir ettiği bu münferit normları aralarındaki ortak ve farklı karakterleri bulmak amacı ile birbirleriyle karşılaştırır. Ortak özellikler arzeden normları gruplaştırır ve sonuçta, homojen grupla-

gerildir. (ii) tipiklik, kıyas yasağını gösterir. Ama bundan ayrılan bir çok hukuk sistemleri vardır. Aftalion, E.R. : Appunti per una definizione realistica del reato, Riv. it. di dir. pen., (c. 9) 1956, 253 vd.; Tipikliği sadece suçların kanuniliği, kıyas yasağı ve liberal ceza hukuku ilkeleri ile açıklamak, içeriği itibarıyla sadece bunlarla ilgili olduğunu düşünmek yanlışır. Tipiklik sadece politik öneminden dolayı değil, özel kısımda yer alan suç tiplerinin yorumlanmasında kesin yönlendirici bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten de, hukuki varlık ve menfaatlerin zarara uğratılmasını veya zarar tehlikesine maruz bırakılmasını gözönünde bulunduran ve esas alan, bu varlık veya menfaatlere yönelen hareketin biçimi ile ilgilenmeyen hukuk sistemlerinin varlığı karşısında, tipikliğin ceza hukukunun zaruri bir karakteri olduğu söylenemez. Ama bu sistemlerde dahi, tipikliğin, özel kısmın yorumu bakımından önemi reddolunamaz. Vassalli, 274, 375; Tip kavramının borçlar hukuku ve sözleşme alanındaki anlamı için bk. Kuntalp, E. : Karışık muhtevallik akit, Ankara 1971, 9.

⁷⁹ Vassalli, 375.

rı sistematik ve mantıki bir düzen içinde sergiler; böylece de, normların üniter ve sentetik bir tasvirine ulaşmış olur⁸⁰.

Ceza hukukunun en önemli kısmını oluşturan özel kısmın incelenmesi bakımından da bunun yapılması gereklidir. Özel kısım, suçun objektif unsurunu oluşturan davranışları tasvir eden normlardan oluşur. Bu nedenle, özel kısmı bilimsel olarak inceleyebilmek, yani özel kısmın genel teorisini kurabilmek için, herşeyden evvel, suçun objektif unsurunun genel teorisinin kurulması zorunludur. Bu alanda günümüze kadar yapılmış olan hareket, netice ve illiyet bağının incelenmesinden ibarettir. O halde, bunu aşmak ve münferit suçların incelenmesinden, ortak unsurlardan oluşmuş suç gruplarının incelenmesi aşamasına geçmek gerekir. Objektif unsurun genel teorisini kurabilmenin tek yolu budur ve bunu başarabilmek için, davranışın norm tarafından tasvir edilmiş olmasını (tipiklik), suçun zorunlu şartı olarak kabul etmek gerekir. Zira tipe uygunluk zorunlu şartının derinlemesine incelenmesi suretiyle kanuni tipler arasındaki ortak karakterler, farklılıklar belirlenecek, sonuçta objektif unsura göre suç grupları ortaya koyulabilecektir. Böylece örneğin hareketi, maddi ve psişik içerikli diye ikiye ayırmak, bu sonuncuyu da bilgi, duygu, irade açıklaması olarak tasnif etmek imkân dahiline girecektir. Bunun gibi mülkiyet, zilyetlik, sahip- lenme gibi bir çok suçun ortak unsurunu oluşturan kavramların, ilgili bütün suçlar bakımından müşterek bir anlamına ulaşılacaktır. Böylece, suçların tek tek incelenmesi yerine, ortak unsura başvurmakla yetinile- bilecek; bunun ötesinde, aynı unsurun, farklı suçlar açısından, biribiri ile bağdaşmaz biçimde yorumlanması tehlikesi önlenecektir. Örneğin, *zilyetliğin* unsur olduğu bütün kanuni tipler tekçi biçimde ele alınacak olursa, artık, bu unsurun suçtan suça değiştiği gibi bir sonuca ulaşmak imkânı kalmayacaktır. Verilen örnek, hırsızlık ve emniyeti suiistimal suçları bakımından önemlidir. Nitekim söz konusu suçlardan hırsızlı- ğın oluşması için failin şeyin zilyedi olmaması, emniyeti suiistimalın gerçekleşmesi için de failin şeyin zilyedi olması gerekmektedir. Zilyetliğe her iki suç bakımından da aynı anlam verilmeyecek olur- sa, şu sakıncalı durum ortaya çıkabilecektir : bazan faille şey arasın- daki belli ilişkiler hiçbir suç bakımından zilyetlik sayılmayacak, diğer başka ilişkiler ise, her iki suç bakımından zilyetlik sayılacaktır. Bu da mantıki olmaz. Biri zilyetliğin bulunmamasını diğeri zilyetliğin bulun- masını unsur olarak alan iki suç arasında, zilyetliğin anlamı bakımın- dan tam bir ayniyetin bulunması gerekir. Zira faille şey arasında zil-

⁸⁰ Grispiğni, V, VI; Ranieri, 94 vd.; 99 vd.

yetlik ilişkisi varsa hırsızlıktan, yoksa emniyeti suiistimalden söz edilemez. Diğer bir deyişle, hırsızlığın bittiği yerde emniyeti suiistimal başlar⁸¹.

Bununla beraber, ceza kanununun özel kısmında ve özel kanunlarda yer alan suç tiplerinin sayısı ve muhtemel işlenme biçimleri gözönüne alındığında, bunların bir gruplaştırmaya tabi tutulmasının ne derece mümkün olduğu konusunda kuşkular uyanabilir. Ancak daha yakından bir inceleme, cezalandırılan davranış tiplerinin sayıca pek o kadar çok olmadığını ve bunların gruplaştırılmasının mümkün bulunduğunu gösterecektir. Nitekim iyi bir gözlem, herşeyden evvel, objektif kanuni tipin sayısının, özel kısımdaki normların sayısından daha az olduğunu ortaya koyacaktır. Gerçekten de, özel kısımda yer alan maddelerin çoğunun, aynı bir temel suçun, çeşitli açılardan düzenlenmesine ilişkin olduğu (ağırlatıcı - hafifletici nedenler, cezalandırma - muhakeme şartları) bilinmektedir. Diğer yandan, suçun taksirli şeklini cezalandıran maddeler vardır. Fakat objektif unsurlar açısından, kasıtlı ve taksirli suçlar arasında fark yoktur. Öte yandan objektif unsuru aynı olan, ancak failin sıfatı, maddi konu, işleme yeri ve zamanı gibi unsurları itibariyle birbirlerinden ayrılan suç grupları vardır. Bütün bunlar karşısında, cürmi davranışların gruplandırılmasının imkânsız olmadığı sonucuna varmak gerekmektedir⁸².

⁸¹ Grispigni, VI - X.

⁸² Grispigni, 148 - 149; Grispigni bundan sonra, tipe uygunluğun kurucu unsurları ve şartları olarak gördüğü aktif - pasif sülje, davranış, sonuç, illiyet bağı, maddi konu, vasıta, yer ve zamanı (Grispigni, 145, Ranieri, 94 - 95), yukarıda açıklanan yöntemle incelemekte ve genellemelere varmaktadır. Bir örnek olarak icabi hareketi alırsak, bu önce, maddi ve psikolojik içerikli olmak üzere ikiye ayrılmakta ve sonuncular da bir bilginin açıklanması (casusluk), duygunun açıklanması (suçu övmek) ve iradenin açıklanması (çocuğunun düşürülmesine razı olmak, vaad etmek, söz vermek, redetmek) diye üçlü bir tasnife tabi tutulmaktadır. Grispigni, 151 - 155.

Grispigni, maddi hareketleri de doğurmağa elverişli oldukları etkiler ve maddi konu bakımından bir tasnife tabi tutmaktadır: Bu yönden hareketler, insan ve şey üzerinde işlenenler olarak ikiye ayrılırlar: İnsan üzerindeki hareketler, öldürme, müessir fiil, bireyin hareketlerine engel olmak gruplarına ayrılır. İnsan üzerindeki hareketlerin ikinci kategorisi, kişinin psişisi üzerindeki hareketlerdir. Bunlar da (i) bütün kişiliği, (ii) bilgi edinmek, kişiyi hataya düşürmek gibi bireyin bilgi alanını, (iii) duygu ya da irade alanını etkileyen hareketlerdir. Eşya üzerindeki hareketler de, (i) bir şeyi yaratan (kalp para), (ii) değiştiren, (iii) tahribeden, (iv) ilişkiler kuran, kaldıran, değiştiren hareketlerdir. Grispigni, 160 vd.; Grispigni'nin tiplik davranışın kurucu unsurları ve şartları konusundaki ayrımları için bk. 184 vd.

Bu tesbitler, Grispigni'yi şu çok önemli sonuca ulaştırmaktadır : Ceza hukuku (özel kısım) dogmatığı, ihlâl edilen hukuki varlık veya menfaatin toplumsal önemi ölçüsü yerine, objektif kanuni tipin yapısını, diğer bir deyişle, belli bir neticeyi doğurmağa elverişli davranışı esas alan bir sistematik benimsemelidir. Zira bir suç özelleştiren unsurlar çoğu zaman, davranışı ve sonucu değil de, objektif tipin kurucu unsurları dediğimiz aktif - pasif süjeyi, vasıtayı, zamanı, yeri ilgilendirmektedir. O halde, genel kanuni tipin davranış unsurunun ne olduğu tesbit edildikten sonra, daha özel suç anlamak için, sadece bu özelleştiren unsura (kurucu şart) bakmak yetecektir⁸³. Buna karşılık, norm tarafından korunan ve davranışın ihlâl ettiği hukuki varlık, bir organizma oluşturan kanuni tipe bütünlük ve hayat veren şeydir. Hukuki varlık, kanuni tipin varlık nedeni, bunu yaşatan ruh ve nihayet kanuni tipin sınırlarını gösteren şeydir. Hukuki varlık ancak, fiilin neticesine tekabül ettiği takdirde, kanuni tipin içinde adeta bunun yüreği gibi bir yer işgal eder. Bunun olmadığı hallerde ise, hukuki varlık kanuni tipin dışında kalır ve görevi kanuni tipe hayat vermekten ibarettir⁸⁴. Yani kanun koyucu, belli hukuki varlık ve menfaatlerin cezaen korunmasını gerçekleştirmek için, kanuni soyut tipler inşa etmektedir. Bu nedenle, tecrim edici normu tam ve gerçek olarak anlayabilmek için, objektif kanuni tip ve bunun unsurlarına bakmak gerekir⁸⁵.

Yüce, genellikle Alman doktrininden esinlenerek, tipikliği daha ayrıntılı bir incelemeye tabi tutmakta, tipikliğin kategorilerini tesbit girişiminde bulunmaktadır. Buna göre münferit suçun önce bir temel tipi vardır; bunun yanında da temel tipin türemiş tipleri yer alır. Sonuncular, temel tipin ağırlaştırılmış, hafifletirilmiş veya mevsuf tipleri- dir (TCK. m. 179, 180). Ayrıca, tek hareketli suç tiplerinin yanında, ikinci bir kategori olarak, birden fazla hareketli suç tipleri vardır. Özel evrakta sahtecilik (TCK. 345) ve emniyeti suiistimal (TCK. m. 508), ikinci kotegorinin örneklerini oluşturur. Nihayet bir de, iki münferit suç tipinin birleşmesinden oluşan suçlar vardır. Bunlar da, karma suçlar (TCK. m. 416) ve mürekkep suçlardır (TCK. m. 491/4)^{85/a}. Gerek bu girişim, gerekse fail, maddi konu gibi unsurlara verilen önem^{85/b} Yüce'nin de, tipikliğe, Grispigni'ye benzer bir işlev verme eğiliminde olduğunu göstermektedir.

⁸³ Grispigni, XI.

⁸⁴ Grispigni, 140.

⁸⁵ Vassalli, 402.

^{85/a} Yüce, 245 vd.

^{85//b} Yüce, 244.