

CÜRMI FİİLİN YAPISAL UNSURU OLARAK HAREKET

Doç. Dr. Selâhattin Keyman

Giriş : 1. Genel olarak cürmi fiil. 2. Cürmi fiilin iki niteliği : A. Cürmi fiilin biçimsel niteliği : Tipiklik. a. Tipiklik kavramı. b. Tipikliğin kapsamı. (i) Geniş anlamda tipiklik. (ii) Dar anlamda tipiklik. (iii) Sonuç. B. Cürmi fiilin maddi içeriğe ilişkin niteliği : İhlâl edicilik.

I nci Bölüm : 1. Genel hareket teorilerine işlevsel açıdan toplu bakış. 2. Ceza hukuku yönünden önemli hareket : Iradilik (sınırlayıcı/olumsuz işlev). A. Fıili, etkili iradilik teorisi : Hegel-Beling B. Hareketin önlenebilirliği-kontrol edilebilirliği teorisi. a. Açıklama. b. Pratik sonuçlar. 3. Sistematik teoriler. A. Doğacı teori. B. Toplumsal teori. C. Amaççı teori. D. Normativist teori. E. Hareket teorilerinin sistematik işlev açısından genel değerlendirilmesi.

II nci Bölüm : Hareket ve ihmal. 1. Hareket. 2. İhmal. A. normativist teori. B. İhmalin gerçekliği teorileri. a. Doğacı teori. b. Amaççı teori. c. Beklenen hareket teorisi. d. Sonuç.

GİRİŞ

1. GENEL OLARAK CÜRMI FİİL:

Suçun birinci kurucu unsuru *tipik fiildir*. Tipik fiil, iradî olması nedeniyle bir insana atfedilebilen, münferit kanuni bir sotyü tipin içine yerleştirilebilen, yani bunun özelliklerini bünyesinde taşıyan, objektif unsurların bütünüdür. Modern uygar hukuk sistemleri, bir fiili aracılığı ile doğal ve toplumsal çevrede etkiler, sonuçlar yaratmayan insanla meşgul olmazlar (1).

Nitekim insanla hukuk düzeni arasındaki ilk ilişki, insanın dış dünyaya yansıyan etkenliği ile kurulur. Bu nedenle fiil, suçun dinamik unsurudur. Ceza hukukunu ilgilendiren hayat olaylarını incelediğimizde, fiil ve bunun dış dünyayada meydana getirdiği değişikliklerle,

(1) **Bettiöl**, *Diritto*, 223.

etkilerin ne kadar önemli olduğunu görürüz. Gerçekten de insan bir fiili araçlığı ile dış dünyada hiçbir şeyi etkilemiyorsa suç da yoktur. En temel suç tiplerinin (TCK. m. 448, 491, 480) incelenmesi bunu gösterir. Bu, suçun, hareket eden insanın yarattığı bir olay olmasının sonucudur (2).

Esasen, bütün diğerleri gibi, ceza normunun da konusu, dış dünyaya hareket veya ihmâl olarak yansıyan insan davranışlarıdır. Bu itibarla, duyma, irade etme, isteme gibi, bireyin psişğinde kalan, hareket veya ihmâl biçiminde dış dünyaya yansımayan davranışlar ceza hukukunu ilgilendirmezler; yani bir suçun objektif unsurunu oluşturamazlar. Psişik davranışlar sadece, insanın dış dünyaya yansıyan fiilinin değerlendirilmesinde ölçü olabilirler. Yani psişik davranış, fiilin hukuki nitelenmesinde, cezanın nitelik ve nicelikçe belirlenmesinde bir işleve sahip olabilir. Örneğin bir başkasının ölümü sonucunu doğuran fiil, bilerek, isteyerek işlendiğinde kasıtlı adam öldürme (TCK. m. 448), yaralama kastıyla işlenip bundan ölüm sonucu doğması halinde kastın aşılması (TCK. m. 452); ölüm neticesi istenmemekle birlikte dikkatsiz ve tedbirsizce olması halinde taskirli adam öldürme (TCK. m. 455), nihayet fiilin bilerek ve isteyerek işlenmesine rağmen kendini savunmak zorunluluğu ile gerçekleştirilmesi durumunda meşru müdafaa (TCK. m. 448, 49) vardır (3).

Suçun ilk kurucu unsurunu ve modern ceza hukukunun hareket noktasını oluşturan fiil, üç alt unsurdan meydana gelir:

(i) Geniş anlamda hareket ki, hem icrai hem ihmâli davranışları kapsar.

(ii) Netice, yani geniş anlamda hareketin dış dünyada meydana getirdiği, ceza normlarınca önemli sayılan etkiler.

(iii) Geniş anlamda hareketle neticeyi birbirine bağlayan, maddi illiyet bağı.

Ancak, sırf hareket suçlarının yani neticesiz suçların bulunması dolayısıyla (Örneğin TCK. m. 298, 299), (ii) ve (iii) zorunlu kurucu unsur değildir. Bu itibarla suçun asgari objektif unsuru, geniş anlamda harekettir.

(2) **Carnelutti**, Teoria generale del reato, 221-222; Dall'Ora, 3.

(3) **Keyman**, Hukukta, 8 vd.

2. CÜRMI FİİLİN İKİ NİTELİĞİ:

A. Cürmi fiilin, biçimsel niteliği. Tipiklik: Cürmî hukuka aykırı fiil, herşeyden evvel tipik bir fiildir. Bu, belli somut suç u oluşturan fiilin asgari ve zorunlu unsurlarının, peşinen, norm tarafından tasviri biçimde belirlenmesi anlamına gelir.

a. *Tipiklik kavramı* : Tipiklik, bir fiilin görünümünü, adeta resmini ifade eder. Tipiklik kavramı bu anlamı ile, model işlevini yerine getirmekte ve normun tasvir ettiği fiili anlatmaktadır (4).

Geleneksel doktrine göre, tipiklik, ceza dediğimiz hukuki sonucun nedenidir. Yani, bir fiilin cezalandırılabilmesi için bulunması gerekli özelliklerin bütünüdür. Doğal ve hukuki gerçeklik arasında öze ilişkin bir benzerlik bulma özelemleri, hukuku da doğa gibi nedensellik ilkesi ile açıklamak sonucuna ulaşmıştır. Doğal nedensellikten esinlenen ve hukukun da nedensellik ilkesi aracılığı ile işlediğini göstermek isteyen girişimler olmuştur. Buna göre, hukuk dünyasındaki bazı değişiklikler diğer bazı değişiklikleri doğurur. Bir şeyin maliki olan (A) bunu (B)'ye satarsa, (B) bu hukuki işlem nedeniyle o şeyin maliki olur. Ya da (A) (B)'nin bir şeyini çalarsa, hırsızlık tipik fiilini işlemesi nedeninin sonucu olarak ceza görür. Öyle ise hukuk da, doğa gibi, *önceki*'nin (satım işlemi, hırsızlık) vukubulduğu her halde, *sonraki*'nin (mülkiyetin geçmesi, ceza) de gerçekleşmesi biçiminde, yani nedensellik ilişkileri ile işler (5).

Bununla beraber, biz hukuku açıklarken, işlevi bakımından nedenselliğe benzeyen, fakat niteliği açısından ondan çok farklı bir kavrama başvururuz. Bu kavram *isnadiyettir* ve bir hukuki sonucun bir gerçek olaya (insan fiiline) yüklenmesi anlamına gelir. Nitekim "*suç işlenirse ceza verilmelidir*" önermesinde, doğa kanunlarındakine benzer iki unsur (suç ve ceza) ile bunları birbirine bağlayan bir bağ vardır. Ancak bu bağ, doğal nedensellikten farklıdır. Bir kere, doğal nedenselliğin homojen iki unsur arasında kurulmasına karşılık, burada hetorejen iki unsur vardır: zira suç sayılan insan fiili doğal gerçekliğe, ceza dediğimiz hukuki unsur ise hukuk yani değerler dünyasına aittir. İkinci olarak, doğal nedenselliğin insan fiilinden bağımsız ve kendi kendine kurulmasına karşılık, hukuki nedensellik bir insan fiili ile (norm) kurulmaktadır. Nitekim norm, insan fiili ile bunun toplumsal sonuç-

(4) Keyman, Tipiklik, 59.

(5) Keyman, Tipiklik, 61 vd.; Carnelutti, Teoria generale del diritto, 195, 295; Gaspari, 119.

ları arasında zaten var olan ilişkiyi açıklamamakta, bilâkis olmasını istediği ilişkiyi kendisi kurmaktadır. Norm bunu yaparken, insan davranışını toplumsal sonuçları itibarıyla ele almakta ve dayanışma, işbirliği gibi amaçlara ulaşmak için, o insan hareketinin nasıl olması gerektiği konusunda emirler koymaktadır. Yani doğal nedenselliğin *olan*'ı göstermesine karşılık, hukuki nedensellik olması *gereken*'i gösteren bir ilişki kurmaktadır. Nihayet doğadaki nedensellik ilkesi, quantum teorisinin getirdiği sınırlamalara rağmen bir düzenlilik, zorunluluk içerir: yani ihtimaliyet ölçüsünde de olsa bir determinizm vardır. Buna karşı hukuki nedensellikte bu anlamda bir zorunluluk yoktur. Örneğin, "*sözleşmeden yükümlülüğü yerine getirme görevi doğar*" hukuki önermesi, yerine getirilmesi başka bir insanın fiiline bağlı bir isteği ifade eder; yani doğa kanunu anlamında bir zorunluluk değildir (6).

Tipikliği, cezanın hukuki nedeni olarak anlamak, yukarıdakilerin yanında başka sakıncalar da içerir. Çünkü bu, tipikliğin sadece hukuki sonuçlar dinamiği içindeki işlevi açısından ele alınması demektir. Oysa, tipiklikle hukuk düzeninin değerlendirici işlevi arasında yakın ilişki vardır. Nitekim hukuki sonuç, hukuk düzeninin bir fiili duruma verdiği cevaptır. Yani hukuki sonucun kaynağı, hukuk düzeninin insan fiilleri konusunda yaptığı değerlendirmedir. Hukuk düzeni normaler aracılığı ile, soyut tipin öngördüğü özellikleri bünyesinde taşıyan sayıca belirsiz insan davranışını değerlendirir. Bu, benzer fiiller karşısında tek ve aynı bir tepki benimsek gereksinmesinin sonucudur. Sonuç olarak normlar, bir grup davranışı değerlendirip, bunlara olumlu ya da olumsuz hukuki sonuçlar bağlarlar. Ancak normlar, değerlendirmelerine göre olumlu veya olumsuz hukuki sonuçlara layık gördükleri davranışları, tüme varım ve genelleme yoluyla, yani soyut tipler formüle etmek suretiyle belirlediklerinden, *tip* bu değerlendirmenin konusunu oluşturmaktadır (7)

O halde soyut tip, hukuk düzeninin değerlendirici faaliyetinin bir unsurudur: İlk unsur değerlendirmeyi yapan hukuk düzenidir. *Tip* de, hakkında olumlu veya olumsuz değerlendirme yapılmış bulunan *soyut insan davranışı modelidir*. Tipiklik ise, somut insan davranışının, normun çizdiği davranış modelinin bütün özelliklerini taşımasıdır. Bununla beraber tipiklik aynı zamanda, soyut suçun bir özelliğini, yani cezalandırılan fiilin özelliklerinin önceden belirlenmiş olmasını ifade için de kullanılmaktadır. Ancak, tipikliğe verilen bu iki anlam

(6) Keyman, Tipiklik, 62; Kelsen, 219 vd.; Falzea, 436-437; Cataudella, 927 vd.

(7) Cataudella, 932 vd., 934-935.

arasında yakınlık olduğu da gözden kaçmamaktadır. Bundan sonraki açıklamalar sırasında ve özellikle geniş-dar anlamda tipiklik tartışması sırasında, kavram daha çok ikinci anlamında kullanılacaktır.

b. *Tipikliğin kapsamı*: Burada sorun, soyut tipik fiilin içermesi gerekli asgari zorunlu unsurların ne olduğudur. Gerçekten de, soyut tipin, hukuk düzeninin bir fiile ceza verilebilmesi için yaptığı değerlendirmenin konusu olarak tanımlanması yeterli olmamakta, değerlendirmenin konusunun unsurlarını da belirlemek gerekmektedir.

Bu konudaki tartışma, bir önsorun konusundaki anlaşmazlıktan kaynaklanır: Bazıları, suçun kurucu unsurlarından bir gurubun tasvirî ve bu nedenle doğal gerçekliğe ait olduğunu (fiil ve bazı yazarlarca psikolojik anlamda kusurluluk), diğer unsurların da (hukuka aykırılık, normatif kusurluluk yani kınanabilirlik) sadece bir değer yargısından ibaret bulunduğunu kabul ederler. Kurucu unsurlar böylece, değerlendirilen (tasvirî) ve değerlendiren diye ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, tipikliğin kapsamını tasvirî unsurlarla sınırladıklarından, dar anlamda tipiklik anlayışına ulaşırlar. Başka bir akım ise, suçun kurucu unsurlarının tasvirî ve değer yargısı ya da değerlendirilen ve değerlendiren diye ikiye ayıramayacağını düşünmektedir. Geniş anlamda tipiklik kavramının temsilcisi olan bu yazarlar, tipikliği, cezanın verilebilmesi için gerekli şartların bütünü olarak ele alırlar (8).

(i). *Geniş anlamda tipiklik*: Tipiklik suçun bütününe kapsar ve bir cezanın uygulanabilmesi için varlığı gerekli şartların bütünüdür. Bu itibarla sadece hareket ve netice değil, kusurluluk ve hukuka aykırılık da tipikliğe dahildir (9).

Bu geniş tipiklik anlayışı, hukuk düzenince yapılan değerlendirme faaliyetinin konu ve değerlendiren yargı diye ikiye ayrılacağını reddetmektedir. Fiille, bunun hakkında bir değer yargısını oluşturan hukuka aykırılık ve normativist anlamda kusurluluk (kınanabilirlik) arasında, konu ve değerlendirme faaliyeti açısından bir ayırım yapılamaz. Gerçi, hukuka aykırılık ve kınanabilirliğin (normativist kusurluluk) bir yargı oldukları; yani hukuka aykırı ve ksurlu hareketten söz edildiğinde bir yargıdan söz edildiği kuşkusuzdur. Bununla beraber, hukuka aykırılık ve kusurluluğu bir yargıdan ibaret sayıp, sadece fiilin yapısal bir gerçekliğe sahip bulunduğunu; bu itibarla fiilin diğer-

(8) Keyman, Tipiklik, 72.

(9) Mezger, Diritto, 195; Kunter, Kanuni, 53; Yüce, 234, 235.

lerinden farklı, bağımsız ve değer yargılarının konusunu oluşturduğunu söyleyemeyiz. Zira ceza hukukunda, hukuka aykırılık ve kusurluluktan soyutlanmış, nötr bir fiil kavramı yoktur (10).

Bir kere herşeyden evvel, tipik fiili hukuka aykırılıktan ayrı düşünemeyiz. Meşruiyet nedenlerinin (TCK. m. 49), hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiilin tipikliğine dokunmadıkları gibi bir izlemin edinmek mümkündür. (örneğin meşru müdafaa hali hukuka aykırılığı kaldırır ama ortada buna rağmen, ölüm sonucunu meydana getiren tipik bir fiil vardır diye düşünülebilir). Oysa, hukuka uygun fiil, hiç bir zaman ceza hukuku uygulamasının konusu olmaz. Meşruiyet nedeleri, ta başlangıçtan itibaren hukuka uygun saymak suretiyle, bu fiili ceza hukukunun tecrim edici etkisi dışına çıkartmışlardır. Yani artık, ceza hukukunu ilgilendiren tipik bir fiil yoktur. Zira gerçek anlamda tipik bir fiilin, özü itibariyle hukuka uygun olması mümkün değildir. Bunun nedeni, fiilin saf, çıplak, nötr yani tabiatçı görünümü içinde, hukuka aykırı fiile nazaran bağımsız bir yapısı bulunmamasıdır. Nitekim ceza hukuku alanında, hukuka aykırılıkla hukuka uygunluk arasında yer alan, bazan birinci bazan da ikinci yargının konusunu oluşturan, saf, nötr bir fiil kavramı yoktur. Ceza hukuku bakımından, sadece, hukuka aykırı tipik fiilin bir anlamı vardır (11).

Bunun gibi, soyut kanuni tipin gerçekleşmesi için, normdaki modele uygun maddi bir davranış yetmez. Fiil, insanın iradesinin dışı yansıması olduğundan, sübjektif yapısından soyutlanmış bir hareket anlamsızdır. Esasen, fiili pisşik unsurlarından bağımsız ve sadece objektif yapısı içinde ele alan herhangi bir tecrimi norma rastlamak mümkün değildir. (objektif sorumluluk hallerinde dahi asgari şarı fiilin iradiliğidir). Bu nedenle, bir fiili suç sayan norm, aynı zamanda, failin iradesini de suçun şartı sayıyor demektir. O halde, sübjektif unsur gözüünde bulundurmaksızın, soyut suç tipini anlayamayız. Gerek özel kastın (TCK. m. 381, 491) gerek genel kastın (TCK. m. 448) arandığı suçlarda tipik fiil, failin iradesine ve bu iradenin içeriğine (kast) göre anlam kazanır (12).

Kanunilik ilkesi (TCK. m. 1) ile yakın ilişki içinde bulunan tipiklik, ancak geniş anlamda kabul edildiğinde kendinden beklenen

(10) **Petrocelli**, *Riesame*, 351, 355, 357; **Keyman**, *Tipiklik*, 74 vd.

(11) **Moro**, 129-134; **Keyman**, *Tipiklik*, 77 vd.

(12) **Teasuro**, 5-7; **Antolisei**, *L'analisi*, 22-24; **Keyman**, *Tipiklik*, 76.

işlevi yerine getirebilir. Zira suç, objektif sübjektif bütün özellikleriyle birlikte soyut tipin özelliklerini taşıyan insan fiilidir (13).

(ii) *Dar anlamda tipiktir*: Dar anlayış (14), tipikliği, faile isnad edilebilen objektif unsurlarla (geniş anlamda hareket, netice), sınırlar. Tipikliği objektif unsurlardan ibaret gören dar anlayış, geleneksel suç teorisi ile uyum içindedir. Geleneksel suç teorisinin temeli, hareket noktası, objektif unsurları itibariyle fiildir. Fiil suçun temeli, yani hukuka aykırılık, kusurluluk gibi unsurların birbirleriyle ilişkiye girmesini sağlayan bağlama noktası; her suç tipi bakımından hukuka aykırılık ve kusurluluğu birleştiren eklemdir. Objektif unsurları itibariyle ele alınan fiilin bu işlevi yerine getirebilmesi, tipik olmasına bağlıdır. Zira tecrim edici normlar, objektif unsurları, ancak tipik olması şartıyla hukuka aykırı saymakta ve belli bir kusurluluk tipi ile ilişki içine sokmaktadırlar (14/a).

Ceza hukukunun bu özelliği, tipikliğin, kanunilik ilkesinin (TCK. m. 1) ötesinde metodolojik bir işlevi olduğunu da gösterir. Bu işlev, suçun kurucu unsurlarının sistematize edilmesinde görülür. Nitekim suçun sistematik olarak incelenebilmesi için, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarının kendisine bağlanabileceği maddi, gerçek bir temele gereksinme vardır; tipik fiil işte bu maddi, gerçek temeli oluşturur. O halde fiilin tipikliği, aynı zamanda bunun hukuka aykırılığı ve kusurluluğu anlamına gelmez. Tipiklik, fiilin hukuka aykırılığının ve kusurluluğunun incelenmesine geçebilmek için gerekli hareket noktasını oluşturur; zira bu, hukuka aykırılık ve kusurluluğun kendisine bağlandığı maddi gerçekliktir. Tipik fiilin ceza hukuku bakımından önemli sayılan fiili göstermesine karşılık, hukuka aykırılık tipik fiile hukuk düzeni arasındaki çatışmayı, kusurluluk da failin psişigi ile hukuka aykırı fiil arasındaki ilişkiyi ifade eder. Kısaca tipiklik, hukuka aykırı olan *nedir*, kusurlu olan *nedir* sorusunun cevabını oluşturur. Gerçekten de her tecrimi norm, tipik fiili soyut biçimde belirlemek suretiyle, her münferit suç tipine ilişkin objektif, soyut ve tasvirî bir çerçeveye çizer: başkasının taşınır malını bulunduğu yerden almak (TCK. m. 491), bir başkasının ölümüne neden olmak (TCK. m. 448) gibi, Norm yasakladığı yani hukuka aykırı saydığı bu objektif, soyut ve tasvirî çerçeveyi ayrıca belli bir kusurluluk tipine bağlar: örneğin

(13) **Petrocelli**, *Riesame*, 349-350; **Keyman**, *Tipiklik*, 81.

(14) Dar anlayış için bk. **Bettioli**, *La dottrina*, 525 vd.; **Marinucci**, 49-50; **Mezger**, *Diritto*, 196, 197; **Keyman**, *Tipiklik*, 82 vd.

(14/a) **Mezger**, *L'azione*, 250-251; **Keyman**, *Suç genel teorisinin*, 432-433.

TCK. m. 448 hükmünde genel kasta TCK. m. 491 hükmünde faydalanmak niyeti biçimindeki özel kasta bağlar. Ama bu hukuka aykırılık ve kusurluluğun söz konusu objektif soyut ve tasviri çerçevesinin içine girmesi anlamına gelmez. Bunun tam aksine tipik fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluğun kendisine matuf bulunduğu objektif, tasviri unsurların bütünüdür. Ceza hukukunun, ele alıp değerlendirdiği konuyu nesneliliği içinde belirlemesi dolayısıyla, tipiklik, zorunlu olarak tabiatçı ve tasviri bir kavramdır.

Sonuç olarak tipiklik, herşeyden evvel kusurluluk ve hukuka aykırılığın kendisine bağlanabileceği maddi gerçekliği belirlediği için objektif unsurlarla sınırlıdır. İkinci olarak, her tecrimî norm, insan fiillerinin soyutlanması suretiyle ulaşılan objektif ve tasviri bir çerçevedir. Tipi belirleyen normun, objektif ve tasviri bir çerçeve olması, tipikliğin objektif unsurlarla sınırlı olduğunu gösteren ikinci bir kaktır.

Tipik fiili, hukuka aykırılık ve kusurluluktan ayrı ve bağımsız ele almak; yani fiili hukuka aykırılık ve kusurluluğa göre değil, de nesnel yapısına göre tanımlamak, dogmatik açıdan da zorunludur.

Kast ve hataya ilişkin kurallar, tipik fiilin hukuka aykırı fiil diye tanımlanmasının sakıncalarını ortaya koyar. Diğer bir deyişle, meşruriyet nedenleri içinde işlenen tipik fiilin (meşru müdafaa), buna rağmen tipiklik niteliğini koruduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde, hukuka aykırılığı tipik fiilin bir unsuru saymak, kastın konusunun da hukuka aykırı fiil olduğunu kabul etmek zorunluluğu doğacaktır. Yani, failin fiilinin hukuka aykırılığının bilincine sahip olması, sorumluluğun şartı haline gelecektir. Bu sonucun, hukuki hatayı mazaret saymayan kuralla (TCK. m. 44) bağdaşması imkânsızdır. Bu sakıncayı bertaraf etmek için, meşruriyet nedenlerinin (TCK. m. 49) yokluğunu fiilin olumsuz unsuru saymak da bir şeyi halletmez. Zira bu durumda, fiilde hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğunu sanmak, örneğin ilerideki tecavüze karşı meşru müdafaaanın kabul edildiğini zannetmek gibi hukuki bir hata, fiili hata haline dönüşebilecek ve kastı kaldırabilecektir. Yani yine hukuki hata kastı kaldıracaktır (15).

Bunun gibi, tipik fiili kusurluluktan ayrı görmek gerekir. Tipik fiili aynı zamanda kusurlu fiil sayarsak, herşeyden evvel fiilin iradiliği ile kusurluluğunu aynı düzeye getirmiş oluruz. Oysa fiilin iradiliği, fiilin süjeye bağlanabilmesinin, yani onun davranışı sayılabılmesinin

(15) *Delitala*, 31, 32-37; 111; *Keyman*, Tipiklik, 89 vd.

şartıdır. Kusurluluk ise, iradi fiilin içeriği yani failin o iradi fiille yönelmediği amaçtır (kast). Kusurluluğu tipik fiilin dışında tutmak, suçta ortaklık hükümleri (TCK. m. 64, 65) açısından da gereklidir. Suça katılmada (TCK. m. 64, 65), ferî ortağın (TCK. m. 65) cezalandırılabilmesi, ortaklardan birinin tipik fiili işlemesine bağlıdır. Tipikliliğin kusurluluğu ve genellikle bütün subjektif unsurları kapsadığını kabul edersek, tipik fiili işleyenin isnad yeteneğini haiz bulunmaması veya kusurlu olmaması halinde, ferî faili sorumlu tutamayız. Zira ortada, bu anlamda cezalandırılabilir tipik fiil yoktur; suça katılmanın (TCK. m. 64, 65). şartı gerçekleşmemiştir. Ayrıca, tipik fiilin maddi fiil ve kusurluluğun bir araya gelmesinden oluştuğu kabul edilirse, suça katılma (TCK. m. 64, 65) da, bir bakıma kusura katılma haline dönüşecektir. Oysa, kusura katılma, kavramsal olarak düşünülemez. Ortaklıkta bir ortağın kusurunu diğerinin kusuruna dayandırmak mümkün değildir. Nihayet objektif sorumluluk halleri (TCK. m. 452, 418, 468) de, tipik fiille kusurluluğun ayrılmasını gerekli kılar. Zira tipik fiili aynı zamanda zorunlu olarak kusurlu fiil olarak anlarsak, kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hallerinde fiilin de bulunmadığı gibi, anlamsız bir sonuca varmak gerekecektir (16).

(iii) *Sonuç*: Geniş anlayış, medeni hukuktaki geniş fiil kavramının ceza hukukuna aktarılmasının sonucudur. Buna göre suç, ceza hukuku alanında yer alan yapıcı bir hukuki fiildir. Kanunun kendisine hukuki sonuç tanıdığı bütün hayat olayları hukuki fiil olduklarından, ceza hukukunda en önemli hukuki fiil suçtur. Tipiklik, cürmî fiile bir cezanın uygulanabilmesi için gerekli şartları bütünü olduğundan, sadece objektif unsurlar değil, kusurluluk ve hukuka aykırılık da tipikliğe dahildir (17). Bununla beraber, suçu, yapıcı hukuki fiil (suçun fiili) olarak anlayanlar, zorunlu olarak hep aynı sonuca ulaşmazlar. Bunlar, en azından hukuka aykırılığı tipikliğin dışında tutmaktadırlar. Suçun fiili, hukuka aykırılığın merkezini, odak noktasını oluşturur. Ancak hukuka aykırılık ayrıdır. Zira fiil, amaca ilişkin unsurlar içermez. Fiil kavramı içinde sadece yapısal (gerçek, tasviri) unsurlar yer alır (17/a).

Normatif düzenin, aynı zamanda bir değerlendirme faaliyetinin ifadesi olması da, objektif unsurlarla sınırlı bir tipikliğin kantıdır. Zira her değerlendirme faaliyeti gibi bunun da bir konusu olmak gerekir. Normatif değerlendirmenin konusunu oluşturanlar, doğal ve toplum-

(16) *Delitala*, 57-58, 60-63.

(17) *Delitala*, 112.

(17/a) *Pagliari*, 955-957.

sal gerçeklikten çıkartılan verilerdir. Norm doğal ve toplumsal gerçekliğe ait bazı verileri tarihî, ekonomik, sosyolojik, siyasal açıdan ele alır. Söz konusu doğal ve toplumsal veriler, normların yarattığı hukuki yapıların yani kurumların (örneğin suç, sözleşme, mülkiyet) maddesini, malzemesini kısaca konusunu oluştururlar. Bu nedenle, doğal ve toplumsal veriler her soyut tipin çerçevesini belirler. Yani, soyut tipler yaratan her normun (örneğin tecrimi normlar) temeli, dayanağı bu toplumsal ve doğal verilerdir. İnsan fiilinin de, doğal ve toplumsal gerçek bir veri olduğu kuşkusuzdur. Zira insan fiili, illi değeri açısından doğal gerçekliğe, süjelerarası ilişkiler üzerindeki etkileri dolayısıyla da toplumsal gerçekliğe ait bir veridir (18).

Maddi ve biçimci suç anlayışı tartışmasına son veren gerçekçi teori de, dar anlamda ve suç oluşturan fiilin biçimsel özelliği anlamında bir tipikliği zorunlu kılar. Gerçekçi teoriye göre suç, maddi içeriğe sahip biçimsel bir kavramdır. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında, bir fiilin suç sayılmasında kanunun oynadığı rolü inkâr imkansızdır. Bununla beraber suç tiplerinin incelenmesi, suç sayılan insan fiillerinin ortak bir özelliği olduğunu gösterir. Suç fiiller her zaman, ya sosyolojik içerikli (tabiatçı) ya da ideal (soyut) bir menfaati ihlâl (zarar, tehlike) etmektedir. Yani suç, bir ceza normunun öngördüğü ve normun, toplumsal boyutu içinde koruduğu hukuki bir menfaatin ihlâlidir. Bazı sınır olaylarda, biçimsel açıdan tipe uygun ama normun amacını oluşturan hukuki menfaati ihlâl etmeyen bir fiil düşünülebilir. Öyle ise ihlâl edicilik (hukuka aykırılık) ve tipiklik, aynı bir doğal ve toplumsal veriye (fiil) ilişkin olmalarına rağmen yine de farklıdır. Yani hukuka aykırılığı tipiklik içine sokmak mümkün değildir. Tipiklik, bir fiilin cezalandırılabilmesi için gerekli biçimsel şartı oluşturur. Diğer bir deyişle tipiklik, kusurlu hukuka aykırı fiilin dış dünyaya yansımasının zorunlu biçimidir. Tipiklik, bir anlamda, her münferit suç tipinin cisimleşmesinin, bir hayat olayı sıfatıyla toplumsal-hukuki (cezai) boyut kazanmasının aracıdır. Tipiklik bu anlamıyla, maddi anlamda (ihlâl edici) suçun, biçimsel tipikliğinin ötesine gidememesini ifade eder: kanunen tasvir edilmiş asgari objektif şartların dışında, ihlâl (hukuka aykırılık) da yoktur (19).

Hukuki fiil olarak suçu ifade eden geniş tipiklik anlayışı, suçun esasını ilgilendirir ve ceza hukuku açısından fazla bir pratik değeri

(18) *Maiorca*, 132.

(19) *Gallas*, 20 vd.

yoktur. Zira, tipiklik, bu boyutu içinde bütün hukuk dalları bakımından ortak bir özelliktir. Nitekim ceza hukukunda, subjektif kanuni tipler (kast, taksir, kastın aşılması) ve bulunmaması gerekli kanuni meşruiyet tipleri (TCK. m. 49), kural olarak bütün suç tipleri bakımından aynıdır. Objektif kanuni tip ise, bir fiilin somut hayat içinde gösterebileceği sonsuz değişikliklerin normatif olarak öngörülebilmesi imkânsızlığı dolayısıyla, her suçta değişir. Bu nedenle kanunlar, her şeyden evvel özellikle objektif soyut tipi çizerler. Faile yüklenebilen objektif unsurlardan oluşan kanuni tip, hem ceza hukuku bakımından önemli insan hareketlerini gösterir hem de her münferit suç tipine özel görünümünü veren objektif unsurları belirler. Objektif tipikliğin derinlemesine incelenmesi, suçlar arasındaki ortak ve farklı noktaları ortaya çıkartır ve suçların objektif unsurlara göre tasnifini mümkün kılar. Bu inceleme, aynı zamanda, objektif unsurun genel teorisinin kurulmasında önemli katkıda bulunur. Tecrim edici normların tam ve gerçek olarak anlaşılabilmesi buna bağlıdır. Gerçi, fiilin ihlâl ediciliği (hukuka aykırılık) de önemlidir. Ancak fiilin suç olması, her şeyden evvel tipik olmasına bağlıdır. İhlâl ancak, tipik hareket ve neticeye tekabül ettiğinde önem ve anlam kazanır. İhlâl bunun dışında önemsizdir. Çünkü kanun, hukuki menfaatleri herhangi bir saldırıya karşı değil de tipik fiillerin temsil ettiği saldırılara karşı korumaktadır (20).

Geniş anlamda tipiklikle, ancak, kanunilik ilkesi (TCK. m. 1) arasında bir ilişki kurulabilir. Oysa, ceza hukukunun bireysel özgürlükleri güvence altına alma işlevi, suç tipinin zorunlu ve yeterli şartlarının belirlenmesi ile mümkündür. Bu nedenle, suç sayılan fiillerin, zorunlu ve yeterli şartlarının evvelden belirlenmesi gerekir. Özgürlükçü sistemlerde, bunu gerçekleştirmenin tekniği, tipleştirme işlemidir. Tecrimi normun yapılması yöntemi, suç sayılan fiillerin kanuni modellerde tipikleştirilmesidir. Bu suç sayılan fiilin ilk ve vazgeçilmez niteliğidir. Suçun biçimsel unsuru, fiilin tipikliğidir. Suçu diğer bütün ihlâl edici (hukuka aykırı) fiillerden ayıran nitelik budur (21).

Sonuç itibariyle tipiklik, faile isnad edilebilen objektif unsurlarla sınırlıdır ve fiilin biçimsel niteliğini oluşturur. Yine aynı nedenlerle, tipiklik, herhangi bir değerle ilgisi olmayan biçimsel bir kavramdır.

(20) **Crispigni**, *Diritto* 126 vd.; VI-X.

(21) **Mantovani**, F., 48.

B. Cürmi fiilin maddi içeriğe ilişkin niteliği: İhlâl edicilik

Suç tipik bir fiil olmanın ötesinde, ihlâl edici (zarar, tehlike) bir insan davranışdır. Yani suç, tipik bir hukuka aykırılıktır. Bu nedenle fiil, aynı zamanda hukuki bir menfaati ihlâl etmeli yani bunu zarara uğratmalı veya zarar tehlikesine maruz bırakmalıdır. Yapısal unsurlarından (geniş anlamda hareket, netice, illiyet bağı) biri eksik olan fiil suç teşkil etmez; bunun gibi söz konusu tipik şartları bünyesinde taşıyan ancak normun koruduğu menfaati ihlâl etmeyen fiil de cezalandırılmaz. Bu, tipik fiilin ihlâlin yeterli ve zorunlu unsurunu oluşturduğu düşüncesinden uzaklaşmayı ifade eder ve tipik fiilin ayrıca somut açıdan da ihlâl edici olmasının aranması anlamına gelir. Suçun hukuki konusunun gerçekliğine saygı, ancak böyle bir anlayışla mümkündür. Aksi halde suç, maddi ve değere ilişkin içerikten yoksun kalacak, norma itaatsizliğe dönüşecektir. Suçun itaatsizlik olarak anlaşılması, iradeci ve emirci görüşlerden kaynaklanan, otoriter ve baskıcı ceza hukuku sistemlerine özgü bir görüştür. Böyle bir sistemin, saf anlamda tehlikeliliği cezalandıran (yani insanın fiilini değil de durumunu) bir sonuca ulaşması tehlikesi vardır (22).

Özgürlükçü ceza hukuku, bir taraftan bu tehlikeyi öte yandan da kanunilik ilkesinin, baskıcı ve otoriter bir ceza hukuku sisteminin aracı haline gelmesi ihtimalini önlemek için, karmaşık bir teknikten yararlanır. Bu karmaşık yöntem, ilk bir aşamada, suç sayılan fiilin objektif unsurlarının tiplendirilmesidir. Fakat bazı fiillerin böyle bir tiplendirme işlemi sonucu suç sayılmalarının bir *ratio*'su vardır. Diğer bir deyişle kanun, ele aldığı tipik fiilleri, sosyolojik, tarihi, siyasal, kültürel vb. sabit ve değişkenler ışığında, bazı gerçek veya ideal menfaatleri ihlâl ettiği için cezalandırır (23).

Suç yaratma yönetmindeki bu karmaşıklık ve içiçe girmişlik, ceza hukukunun temel amaçlarının; yani bireysel özgürlükleri güvence altına almak ve toplumun gelişimi açısından istenmeyen hareketleri yasaklamak, istenenleri de emretmek amaçlarının doğal sonucudur. Biçimsel tiplendirme birinci, tiplendirmeyi gerçek veya ideal menfaatlerin korunması işlevi içinde ele almak da ikinci amaca yöneliktir. Bu itibarla *tipiklik* ve *ihlâl edicilik*, cürmi fiili bütünleyen ona ceza hukuku alanında anlam ve önem kazandıran iki niteliktir (23/a).

(22) **Mantovani, F.**, 187-190.

(23) **Mantovani, F.**, 187-190; **Nuvolone**, 26. vd.

(23/a) Aynı mahiyette bk., **Gallas**, 20 vd.

Cezalandırabilme açısından fiilin biçimsel tipikliği ile yetinmeyip, bunun aynı zamanda korunan hukuki menfaati ihlâl etmesi şartını da armak, tipik fiilin varlığına rağmen ihlâlin gerçekleşmediği hipotezlerin bulunabileceğini kabul etmek anlamına gelir.

Cezalandırmanın, fiilin ihlâl ediciliği esasına dayandığını açıkça gösteren normatif düzenlemelerin bulunmadığı sistemlerde bu sonuç *işlenemez suç* kavramından çıkartılmaktadır. İşlenemez suç, zararlı ya da tehlikeli neticenin; hareketin elverişsizliği veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle imkânsız hale gelmesini ifade eder (bizi burada sadece hareketin elverişsizliği ilgilendirmektedir). İşlenemez suçta, ceza verilmez. Uzun süre sadece teşebbüs açısından uygulanan bu kural artık, işlevsel açıdan teşebbüsten bağımsızdır. Diğer bir deyişle işlenemez suç, hem teşebbüs halinde kalmış suç hem de tamamlanmış suç bakımından uygulanma alanı bulunan bir kuraldır. Kural bu yeni içeriği ile, tamamlanmış bir tipik fiilin, elverişsizliği nedeni ile, normun koruduğu hukuki menfaati ihlâl etmesinin imkânsızlığı hipotezini ifade eder ve bu durumda, tipik fiile rağmen faille ceza verilmemesi sonucunu doğurur. Yani kısaca, tipik fiile rağmen ihlâlin gerçekleşmemesi mümkündür ve bu takdirde faille ceza verilemez (24).

Gerçekten de biz, kanuni soyut tipik fiile başvurarak somut fiilin, kanuni biçimsel (objektif) unsurların hepsini bünyesinde taşıyıp taşımadığını, yani ceza hukukunu ilgilendirip ilgilendirmediğini araştırırız. Tamamen harici ve biçimsel nitelikteki bu araştırma, fiilin ihlâl (zarar, tehlike) açısından değerlendirilmesinden tamamen bağımsızdır. Buna karşılık, fiili, ihlâl edici niteliği yönünden ele aldığımızda, normun korumaya yöneldiği menfaatleri gözönünde bulundururuz. Somut fiilin soyut tipe uygunluğu tesbit edildikten sonra yapılan bu araştırmada, o somut suçun hukuka aykırılığının esası, fiilin menfaatler alanındaki görünümü, etkileri bir değerlendirmeye tâbi tutulmaktadır. Bu iki araştırmanın sonuçlarının birbirine uymaması, yani, doğacı anlamda tipik fiile rağmen, normun koruduğu menfaatlerin fiilen ihlâl edilmemiş olması mümkündür. Bu nedenle önce somut fiilin TCK'nun özel kısmında öngörülen soyut tipe uyup uyamadığı araştırılmalıdır. Bu suretle tipikliği saptanan fiilin, ikinci bir aşamada, normun koruduğu menfaati gerçekten de ihlâl (zarar, tehlike) edip etmediği incelenecektir. Eğer fiil ihlâl edici nitelikten yoksunsa, hare-

(24) **Neppi Modona**, 778-792; **Bricola**, 72 vd.; **Gallo**, *Dolo* 786-787; İşlenemez suç ve bunun çeşitli anlayışları konusunda bk. **Alaackaptan**, 17 vd.

ketin elveri.sizliği dolayısıyla işlenemez suç vardır demektir. Bu takdirde, fail cezalandırılmayacaktır (25).

Görülüyor ki, işlenemez suç ilkesi, suçların kanuniliği ile birlikte (TCK. m. 1), cezai hukuka aykırılığın temelini oluşturmaktadır. Yargıç, yukarıda açıklanan iki aşamalı araştırmasından sonra, cezai hukuka aykırılığın biçimsel ve öze ilişkin şartlarını gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemektedir. Bu, maddi içerikli biçimci hukuka aykırılık anlayışı ile tutarlı bir yöntemdir. Söz konusu anlayışta, hukuka aykırılık, herşeyden önce fiille hukuk düzeni arasındaki bir çatışma ve bu çatışmaya dayanılarak verilen bir yargıdır. Fiille hukuk düzeni arasındaki çatışma, hukuka aykırılığın dış dünyaya yansıma biçimi yani bunun biçimsel görünümüdür. Hukuka aykırılık maddi bir içeriğe de sahiptir. Hukuka aykırılığın maddi içeriği, fiilin normun koruduğu menfaati ihlal (zarar, tehlike) etmesidir. Bu ihlâl, hukuka aykırılığın maddi görünümüdür. Suçun kanuniliği (TCK. m. 1) hukuka aykırılığın biçimsel görünümünün, işlenemez suç da hukuka aykırılığın maddi görünümünün teyididir (26).

Bütün bunlar, yukarıda da belirtildiği üzere, tipik fiile rağmen hukuken korunan menfaatin ihlâl edilmemiş olması ihtimalinin kabulü anlamına gelir. Gerçekten de, somut fiile eşlik eden ve normun formüle edilmesi sırasında öngörülemeyen sonsuz sayıda şart ve modalite, tipik fiili, hukuken korunan menfaati ihlâl etmek bakımından elversiz kılabilmektedir. Bunun nedeni, gelişmiş yasama tekniklerinin dahi, normun soyutlaştırma ve tipleştirme sürecinin tam ve eksiksiz yapılmasını sağlayamamasıdır. Bu duruma daha çok, bağlı hareketli suçlarla sınırlı hareket suçlarında rastlanır: Örneğin resmî evrakta sahtekârlık (TCK. m. 339) suçunda, fiilin iğfal kaabiliyetinin olmaması gibi. Bu örneğin önemi, kanunun (TCK. m. 339) "*genel veya özel bir zarar doğabilirse*" demek suretiyle, tipiklikle zarar tehlikesi (ihlâl) arasındaki ilişkiyi bizzat kurmuş olması, yani ihlâlin tipiklikten farklı olduğunu kabul etmesidir. İtalyan Yargıtayı da 1962 tarihli bir kararında, suçlama tamamen çelişkili ve en basit mantık duygusu ile çatışma içinde olduğu için, bir ihbarı iftira saymamıştır. Tipik fiilin, korunan menfaati ihlâl edip etmediği araştırılırken, normun ratio'sunu da gözönünde bulundurmamak gerekir. Zira norm bazan, korunan hukuki menfaati göstermekle beraber, genelliği ve soyutluğu nedeni ile söz konusu menfaatin korumaya lâyık görülen asgari ve azami sınırları belirler.

(25) Stella, 15, 23.

(26) Neppi Modona, 778 vd.; Bk. ayrıca, Rocco, 474-476.

nırını belirleyememektedir. Örneğin, çok az ekonomik ve manevi değere sahip hatta terkedilmesi kararlaştırılmış bir malın çalınması (TCK. m. 491) halinde, normun ratio'suna dayanılarak, tipik fiilin hırsızlık sayılmayacağı sonucuna varmak gerekir. Bazan, illiyete dayalı neticeli suçlarda da, tipiklikle ihlâlin birbirleri ile çakışmadıkları görülmektedir. Bazı neticeli suçlarda bizzat norm, doğacı anlamda netice ile ihlâlin aynı şey olmadığını, bunun fiilin doğacı bir unsurundan ibaret olduğunu göstermektedir. Örneğin kendi malını yakarak başkasının malını tehlikeye koyma (TCK. m. 381/1) ve sigorta bedelini almak için kendi binasını ateşe verme (TCK. m. 381/2) suçlarında olduğu gibi. Bu suçlarda doğacı anlamda netice ile (binanın yanması) korunan hukuki menfaat (ammenin selâmeti, sigorta şirketinin menfaati) ayrı şeylerdir. Bu itibarla, tipik fiilin doğacı anlamda netice de dahil olmak üzere gerçekleşmesine rağmen, ihlâlin vuku bulmaması (zarar, tehlike) mümkündür (27).

Tipiklikle ihlâli aynı görenler ve tipik fiilin zorunlu biçimde ihlâl edici olduğunu söyleyenler de, farklı yollardan olmakla beraber aynı sonuca varmaktadırlar: Bazı olaylarda tipik fiilin var görünmesine rağmen ihlâl gerçekleşmemiş ise, bu aldatıcı bir görünümdür. Bu aldatıcı görünümün nedeni, ziknimizin normatif çerçeveden (yani soyut tipten) çıkardığı izlenimin hatalı ve eksik olmasıdır. Bu hatalı ve eksik izlenim, normun biçimsel unsurları (tipik ile) ile normun amacını (yani ihlâlleri cezalandırmak) ayrı ayrı şeylermiş gibi göstermekten ileri gelmektedir. Oysa gerçekte, soyut tipte amacın içiçe olmaları nedeniyle, ihlâl edicilik tipik fiilin bir unsurudur. Nitekim norm biçimsel açıdan ele alındığında sadece soyut tipik fiil, kişileştirilerek ve somutlaştırılarak ele alındığında ise sadece bir amaç, yani korunan hukuki menfaati ihlâl edici tipik fiildir. Demek ki, normun tasvir ettiği soyut tipik fiilin, kanunî görünümünün ötesinde bazı unsurları daha vardır. Bunlar, normun soyutluğu nedeniyle peşinen öngöremediği, ancak somut olayda ortaya çıkarak somut fiile ihlâl edici (zarar, tehlike) nitelik veren durumlardır. Sonuç itibarıyla, olayda uygulanacak gerçek norm biçimsel unsurlar (kanunî soyut tipik fiil), soyut modele uygun somut fiile eşlik eden bunu ihlâl edici kılan durumlar ve ihlâlden oluşur. Bu nedenle, her somut olayda gerçek norm, yukarıdaki içeriği ile ele alınmalıdır. Norm, soyutluğu nedeni ile somut fiili karşılayamadığından, bu anlamda gerçek norma başvurmak zorunludur. Eğer bir olayda tipik fiil görünüşte mevcut, fakat buna rağmen ihlâl gerçekleş-

(27) *Neppi Modona*, 789-790; *Stella*, 15.

miyorsa, aslında, gerçek normun yani gerçek tipik fiilin bazı unsurları eksiktir, demektir. Diğer bir deyişle, böyle bir hipotezde, somut fiile eşlik eden ve onu ihlâl edici kılan bazı unsurlar eksiktir. Bunlar da tipik fiilin unsurları olduklarından, ortada gerçek anlamda tipik fiilin bulunmadığı sonucuna varmak gerekir. Gerçek anlamda tipik fiil varsa, bunun ihlâl edici olmaması düşünülemez. Görüldüğü üzere bu anlayış, ihlâli ve somut norma eşlik eden durumları tipik fiilin unsuru saymak suretiyle aynı sonuca varmaktadır. Aradaki tek fark, işlenmez suç kuralından hareket edenlerin, tipik fiile rağmen ihlâl gerçekleşmemiştir. demelerine karşılık; bunların, ihlâl yoksa belki görünüşte tipik fiil vardır ama gerçek anlamda tipik fiil yoktur demeleridir (28).

Sonuç itibariyle, işlenemez suç kavramının ışığında, suçun oluşması, fiilin tipe uygunluğu ve korunan menfaatin fiilen ihlâl (zarar, tehlike) edilmiş olması şartlarına bağlıdır. Söz konusu iki şartın aynı fiil içinde gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir deyişle, bu iki şarttan yalnızca birinin bulunması, bir davranışı ceza hukuku bakımından önemli kılmak için yeterli değildir (29).

I. BÖLÜM

1. GENEL HAREKET TEORİLERİNE İŞLEVSEL AÇIDAN TOPLU BAKIŞ:

Genel bir hareket teorisi arayışı, fiilin maddiliği ilkesinin doğal sonucudur. Bunu, maddi insan hareketinin suç genel teorisinde sahip olduğu işlevle açıklayabiliriz. Bireysel özgürlüklerin koruyucusu olmak isteyen bir ceza hukuku, hangi objektif, sübjektif niteliklere sahip hareketin cezai sorumluluk bakımından önemli olduğunu tesbit etmek zorundadır. Diğer bir deyişle, hangi nitelikteki insan hareketinin, suçun objektif unsurunu oluşturabileceği önceden belirlenmelidir. Genel hareket teorisinin ikinci bir görevi de, yasa koyucunun, münferit kanuni tipleri yaratırken ele aldığı hareket madalitelerini (icrai hareket, ihmali hareket, kasıtlı, taksirli hareket) kapsayabilecek yani buna imkân veren soyut bir formüle ulaşmaktır. Bunları gözönünde bulundurarak, genel hareket teorisine yüklenen işlevleri şöyle ifade edebiliriz. Genel hareket teorisi (i) ceza hukuku bakımından önemli bütün

(28) Dell' Andro, 554 vd.

(29) Neppi Modona, 791.

hareketleri (kasıtlı, taksirli, icrai, ihmali) tanımlayabilmelidir (tasnif edici işlev); (ii) tipiklik, kusurluluk ve hukuka aykırılık (ihlâl edicilik) yargılarının konusunu oluşturabilecek, bunlar kendisine atfedilebilecek nitelikte bir hareket kavramına ulaşmalıdır. (sistematik işlev); (iii) ceza hukukunu ilgilendirmeyen, ceza hukuku bakımından önemli olmayan hareketleri tâ başından beri hareket kavramının dışına çıkarabilmelidir (sınırlayıcı/olumsuz işlev). (30).

Önerilen hareket teorileri, birinci işlevi yerine getirmekte başarılı olamamıştır. Tasnif edici işlevi yerine getiren genel teori, icra ve ihmali, kasıtlı ve taksirli icra ve ihmali kapsayan soyut bir tanıma ve formüle ulaşmak zorundadır. Yani ulaşılan tanım yasa koyucunun önemli saydığı, tecrim ettiği bütün davranış tiplerini içerebilecek genellik ve soyutlukta olmalıdır. Ancak bu gibi genel ve soyut tasnif edici kavramlar, çok sert ve bükülmez bir mantık kanununa tâbidirler. Şöyle ki, genel ve soyut tasnif edici (tanımlayıcı) kavram hertürlü ara kavramdan, benzetme ve yaklaşıtırmadan arınmış olmalı; "*sadece şu değil bu da*" yahut da "*az veya çok*" gibi ifadelerden kurtulmuş bulunmalıdır. Kısacası, açık ve net biçimde "*şu şudur*" diyebilmelidir. Bu itibarla, icrai ve ihmali hareketin, kasıtlı veya taksirli hareketin, yukarıda belirtilen ve benzeşmeleri ifade eden formüllere başvurmaksızın, tek, kesin ve açık bir tanımın içinde toplanabilmesi gerekir. Oysa icrai hareketle ihmali hareket, kasıtlı hareketle taksirli hareket arasındaki yapısal farklılıklar, bu konuda böyle genel ve soyut tasnif edici bir formüle ulaşmağı imkânsız kılmaktadır (31):

Nitekim herşeyden evvel, icrai hareketle ihmali hareketi genel ve soyut bir üst kavramda birleştiremeyiz. Bunun nedeni, ihmalin bedeni bir davranış olmayışı, illi değerinin ve amacının bulunmaması değildir. Nitekim ihmalin doğal gerçekliği olduğunu, illi değeri bulunduğunu, amaca yönelik olduğunu kabul eden pek çok düşünce vardır. Asıl neden, icrai hareketin diğer herhangi bir ölçüye başvurulmaksızın algılanmasına karşılık, ihmalin varlığından söz edebilmek için bir başka unsura başvurmanın zorunlu olmasıdır. Gerçekten de ihmal herhangi bir hareketin yapılmaması veya bu hareketin eksikliği değil de, belli özellikleri bulunan bir hareketin yapılmamasıdır. Öyle ise, genel olarak, bir kimsenin bir şeyi ihmal ettiğini söyleyemeyiz. Biz ancak, düşünülebilen ve belli özelliklere sahip başka bir hareket varsa, bir kimsenin bir şeyi ihmal ettiğini söyleyebiliriz. Düşünülen

(30) Marinucci, 3; Mezger, L'azione 250.

(31) Marinucci, 36.

hareketi belirleyen çoğu zaman normdur. Örneğin örf adet, ahlâk, din, estetik, bilimsel ve nihayet hukuki normlara bakarak, bir süjeden belli bir hareketin beklenip beklenmediğini saptayabiliriz. Ahlâk normunun kendine yüklediği şeyi yapmayan, bilimsel veya teknik normun gerektirdiğini yapmayan, bir şey ihmal etmektedir. Hukuken önemli yahut hukuk düzeninin kendisine sonuçlar bağladığı ihmal ise, hukuk normunun mecbur kıldığı yani hukuk normunun beklediği hareketin yapılmamasıdır. Bu itibarla ihmal, belli bir ölçüde nazaran böyle nitelendirilebilen bir davranıştır. Ve iki unsurdan meydana gelir. Birinci unsur, doğacı açıdan baktığımızda yapmama (hareketsizlik) biçiminde tezahür eden bir davranıştır. İkinci unsur da, herhangi bir alana (din, ahlâk, bilim vb.) ait bir normdur ve bu norma dayanarak, süjenin belli bir hareketi yapmasını isteriz. Bununla beraber bazan, teknik eksiklikler, yetersizlikler nedeniyle bir norm konamamış olabilir. Bu durumda, nötr yani kınanamaz bir yapmama vardır. Günün birinde, teknolojik düzey bir normun konmasını mümkün kıldığında, kınanabilir ihmal yargısının konusunu bu normdan evvel mevcut bu nötr yapmama oluşturacaktır.

Bunun gibi, kasıtlı ve taksirli hareketi de genel ve soyut tasnif edici bir kavram içinde birleştirmeye imkân yoktur. Kasıtlı hareket, daha icrai safhadan itibaren taksirli hareketten ayrılır. Kasıtlı hareketlerde, failin tasavvur ettiği bir amaç olmasına karşılık, taksirli hareketlerde, zararlı netice bazan tasavvur dahi edilememekte, esas itibariyle illi serinin etkisi sonucunda meydana çıkmaktadır. Yani ikisi arasında derin bir yapısal farklılık vardır. Zira kasıtlı hareket, ceza hukuku açısından tam ve mükemmel bir hareket, buna karşılık taksirli hareket ise tam olmayan, eksik, şibih bir harekettir. Kasıtlı ve taksirli hareketler sadece tasavvur edilen, istenen amaçlar ve neticeler açısından değil, iradilikleri yönünden de birbirlerinden ayrılırlar. Aşağıda tekrar belirtileceği üzere kasıtlı hareketler her zaman için, iradenin fiili etkisinde doğan, yani, iradi, bilinçli ve özgür bir itinin ürünü olan hareketlerdir. Buna karşılık, otomatik hareketlerden ve dalgınlık/unutkanlıktan doğan taksirli sorumlulukta, hareket ve ihmalin, irade aracılığı ile kontrol edilebilir, önenebilir olması yeterlidir (32).

İşte çeşitli genel hareket teorileri yukarıda açıklanan nedenler dolayısıyla, tanımlayıcı ve tasnif edici işlevlerini yerine getirememişlerdir. O halde, icra ve ihmali, kast ve taksiri ayrı ayrı incelemek gerekir.

(32) Gallo, La teoria, 15 vd.

Genel hareket teorileri, sistematik işlev açısından sınırlı bir başarıya ulaşmışlardır. Hukuk dışı ölçütlerden (doğacı, sosyolojik, psikolojik) hareket ettikleri inkâr edilemeyen bu teoriler, her ceza hukuku tipinin (baskıcı/totaliter, liberal, özgürlükçü), hareketin hangi ontolojik özelliğine ve unsuruna daha fazla önem verdiğini göstermek bakımından anlamlıdır.

Sınırlayıcı ve olumsuz işlev açısından, en somut sonuçlara ulaşıldığı söylenebilir. İnsan hareketinin geniş anlamda iradilik boyutu içinde ele alınışı sonucunda, hangi davranışların insana ait sayılıp ceza hukuku alanına sokuldukları konusunda bazı genellemelere ulaşılabilmektedir.

2. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMLİ HAREKET: İRADİLİK: (SINIRLAYICI/OLUMSUZ İŞLEV):

İster icrai, ister ihmali olsun hangi hareketlerin ceza hukukunu ilgilendirdiği, yani ne nitelikteki hareketlerin suçun objektif unsurunu oluşturabileceği sorunu tartışmalıdır. Bu tartışmada herkesin birleştiği nokta, insanın, doğacı bakış açısından mekanik sayılabilecek bazı hareketleri bulunduğu; ancak bunun, bir hareketi insan hareketi saymak açısından yeterli olmadığını. İnsan hareketinin, bunun ötesinde bir niteliği olması gerekir. Bu psikik bir niteliktir ve *iradilik* diye ifade edilir. Ancak, iradi insan hareketinin ne anlama geldiği tartışmalıdır. Diğer bir deyişle, insanın hareketinin iradi sayılması için nasıl olması gerektiği sorusu, cevap beklemektedir.

Burada temel sorun, iradi hareketi beden basit kıpırdanmalarından ayırabilmektir. Zira maddi illiyete dayalı kanuni ve toplumsal sorumluluk fikrini rededen her ceza hukuku sistemi, psikik bir unsura önem vermekte, bu psikik unsuru içeren davranış insan hareketi saymaktadır. İradilik denen bu psikik unsur hem icrai hem de ihmali harekette var olması gerekli ortak bir unsurdur. Fakat bütün bunlar, bir icra veya ihmalin ne zaman iradi sayıldığını gösterememektedir. Söz konusu soruya verilen cevapları iki kategoride toplayabiliriz:

A. Fiili-etkili iradilik: Hegel-Beling:

Bu teori (33) ilk biçiminde (Hegel), hem hareketin hem de neticenin iradi olmasını, yani istenmesini şart sayar. Bineanaleyh, süjenin

(33) Bk. *Antolisei*, La volontà, 133 vd.; *Antolisei*, Manuale, 279-280; *Antolisei*, L'azione 36 vd.

tasavvur ettiği, istediği amaca uymayan hareketler ceza hukuku bakımından önemli sayılmazlar.

Oysa taksirli suçlarda süje neticeyi istememektedir. Hegelci teorinin bu yanlışlığını düzelten Beling, sadece hareketin iradi olması şartı ile yetinmiştir. Beling'e göre önemli olan, hareketin, isanın bedenine sahip olduğu sırada icra edilmiş olmasıdır. Uyku hali, sara nöbeti, baygınlık vb. durumlarda yapılan hareketler, ceza hukukunu ilgilendirmezler. İnsanın ancak, kendi bedenine sahip olduğu sırada işlediği hareketler iradidir. O halde iradi insan hareketi, beden, iradenin egemenliği altında birşey yapması veya yapmaması; bilinçli bir iradenin itisi ile hareket etmesi veya etmemesidir. Süje, kendi denetimi dışındaki faktörlerin etkisinde kalarak bir hareketi istemiş ise, hareket iradi değildir. Zira bu durumda, süjenin denetimi dışındaki olgular onun zihnini ve bedenini bir araç gibi kullanmışlar demektir. Buna karşılık, irade sadece hareketi ilgilendirdiğinden, bunun özgür bir itinin ürünü olması şartıyla, failin tasavvuruna tam uymayan etkiler ve sonuçlar da suç sayılabilir, Iradenin içeriği, yani süjenin hareketiyle neyi istediği, hareketin iradilik unsuru bakımından önemli değildir. Bu kusurluluğu (kast, taksir) ilgilendirir.

Beling'in teorisi, ceza hukukunun gerçeklerine ve amaçlarına uymamaktadır. Zira bilinçsiz taksirli ihmali suçlarda, ihmali hareketin bu anlamda iradi olduğu yani iradenin bilinçli bir itisinin ürünü olduğu söylenemez. Hastanın karnında tampon unutarak ölümüne neden olan cerrah veya geçiti kapatmağa unuttuğu için kazaya yol açan demiryolu bekçisi, bu hareketle ne bir şey yapmak ne de yapmamak istemektedir. Diğer bir deyişle süje kendinden beklenen ve mecbur olduğu hareketi (tamponu çıkartmak, geçiti kapatmak) yapmağı iradi olarak reddetmemektedir. Aynı teori bazı icrai taksirli suçlar bakımından da yetersiz kalmaktadır; sigarasını yaktığı kibriti, sönmeyen yanıcı maddelerin bulunduğu yere atmak ve yangına neden olmak, silâhla oynarken düşen bir insanın, refleks sonucu tetiğe basarak mermiyi ateşlemesi gibi. Bütün bu örneklerde iradenin özgür itisinin ürünü olan bir hareket veya ihmali yoktur.

B. Hareketin önlenebilirliği, kontrol edilebilirliği teorisi:

a. *Açıklama*: (34): Yukarıdaki nedenlerden dolayı, iradi hareketi, serbestçe istenen, özgür bir itinin ürünü olanlarla sınırlamağa imkân

(34) *Antolisei*, La volontà, 150 vd.; *Antolisei*, L'azione, 54 vd.; *Antolisei*, Manuale, 281-283; *Marinucci*, 191 vd.; *Mantovani*, F., 272-275; *Gallo*, La teoria, 30 vd.

yoktur. Serbestçe istenen yani özgür bir iradenin ürünü olan hareketlere, sadece, kasıtlı suçlarla bir takım taksirli suçlarda rastlanmaktadır: örneğin bilerek trafik kurallarına uymadığı için bir yayayı ezen sürücü, kasten adam öldüreninden farksız biçimde hareketini istemektedir.

Buna karşılık bir seri taksirli suçta, ne hareket ne de ihmal herhangi psikolojik bir faktöre bağlanabilir. İradenin etkili olmadığı bu gibi taksirli suçların birinci grubu, icrai veya ihmali otomatik hareketlerle işlenmektedir. Zihnin berrak bölgelerinden kaynaklanmayan, özgür bir itinin ürünü olmayan otomatik hareketler, refleksler (öksürme, hapşırma, kesilen damarın büzülmesi v.b.), içgüdüler (düşmeyi engellemek veya etkisini azaltmak için kolunu uzatma), alışkanlıklar (yürümek, konuşmak, bir aleti kullanmak vb.) olmak üzere üçe ayrılırlar. Bunun yanında dalgınlık (farkına varmadan kırmızı ışıkta geçen sürücü) veya unutkanlıkla (işaret verğemi unutan sürücü) yapılan icrai ve ihmali hareketler de taksirli sorumluluğa neden olabilir. Verilen örneklerde, dar anlamda iradi bir unsur bulunmadığı gibi, zihni ya da duygusal bir etkene de rastlanmaz.

Bütün bu örneklerde süje, bilinçli ve iradi davranmak imkânına ve yeteneğine sahip bulunduğu için sorumlu tutulmaktadır. Yani süje, farklı biçimde hareket imkânına sahipse, hareketi iradidir. Eski anlayışın aksine yeni teori, süjenin zihni ve ruhi enerjisinin potansiyel etkililiği ile ilgilenmektedir. Hareketin iradi sayılması için, süjenin iradesi aracılığı ile, hareket veya hareketsizliğine egemen olma yeteneğine sahip bulunması yeterlidir. O halde önemli olan, hareketin faailin iradesine bağlanabilmesidir. Bu nedenle sadece bilinçli bir itinin ürünü olan kasıtlı ve bir kısım taksirli hareketler değil (sürücünün iradi olarak kırmızı ışıkta geçmesi), iradenin hareketsizliğinin sonucu olmamaları gerekir.

Psikoloji ve günlük deneyler bize, iradenin, itici ve durdurucu gücü aracılığı ile belli bir alana egemen olduğunu göstermektedir. Binaenaleyh bir icra veya ihmalin iradeye atfedilebilirliği, iradenin egemenlik alanı ile orantılıdır. Otomatik ve bilinçsiz hareketler (dalgınlık, unutkanlık) bu açıdan şöyle bir ayırıma tabi tutulur: (i) iradenin önleyebileceği hareketler; (ii) iradenin hertürlü kontrolü dışında kalan yani irade tarafından önlenmesi mümkün bulunmayan hareketler. İkinci grubun iradeye atfedilememesine karşılık, birinciler iradi sayılır. Zira bunlar, iradenin durdurucu, engelleyici gücü ile önlenilecek hareketlerdir.

Ancak burada şu noktayı önemle belirtmek gerekir: iradenin kontrolü ile önlenebilecek hareketlerin iradi sayılması, ceza hukuku bakımından önemli kabul edilmesi, ceza politikası sonucudur. Çünkü, insan davranışı da neden (psişik unsur) – sonuç (hareket) ilişkisine göre işlediğinden, hareketin önlenemediği somut olayların çoğunda, önleme imkânsızlığı var demektir. Ancak bu hareketler aynı zamanda taksirli bir suçun objektif unsurunu gerçekleştirdiklerinden, hukuk düzeninin koruduğu bir menfaati zarara uğratmaya veya tehlikeye maruz bırakmağa elverişlidirler. Nitekim hukuk düzeni bu zararlı neticeleri ve tehlikeleri önlemek için soyut ve objektif özen kuralları koymuştur. O halde, objektif ve a priori olarak iradenin engelleyici gücünü ortadan kaldıran nedenler (mücbir sebep, fiziki zorlama gibi) yoksa, otomatik ve bilinçsiz hareketler süjeye atfedilebilirler (35).

Sonuç olarak (i) tam anlamıyla iradi hareketler (kasıtlı ve bazı taksirli hareketler); (ii) iradenin engelleyici veya itici gücü ile önlenilecek icrai ve ihmali taksirli hareketler (otomatik ve bilinçsiz hareketler) iradi sayılırlar.

b. *Pratik sonuçlar* (36): Hareketin iradiliğinin bu şekilde anlaşılması şu pratik sonuçları verir.

(i) Bağlı hareketli suçlarda, kanunun tanımladığı hareketin iradi olması gerekir.

(ii) İlihyet bağı ile tanımlanan neticeli suçlarda tipik hareket, neticenin zorunlu şartını meydana getiren hareket olduğundan (şartların eşitliği torisine göre), bu niteliğe sahip davranış iradi olmalıdır. Bu genellikle, süjenin artık başka müdahalesine gerek bırakmayan son davranıştır: yanar sigarayı yanıcı maddelerin bulunduğu yere atmak gibi. İhmal suretiyle icra suçlarında, neticeyi engelleyecek son olumlu hareket iradi olmalıdır: tamponun, yara dikilmeden evvel hastanın karnından çıkartılmaması gibi.

Bu örneklerde, daha önceki hareketler iradenin kontrolü dışında yani gayri iradi olsalar bile (sigaranın fiziki zorlama ile yaktırılması gibi), son hareket iradi ise yine sorumluluk vardır: örneğin, başlağıçta fizik zorlama sonucu çocuğunu aç bırakan anne, bu fizik zorlama ortadan kalktıktan sonra kasten veya taksirli ihmali hareketine devam ederek çocuğun ölümüne neden olursa, ölümden sorumlu tutulacaktır.

(35) Gallo, La teoria 31.

(36) Mantovani, F., 275-277.

(iii) Ancak, tedbir kurallarına aykırılık şeklindeki iradi icrai veya ihmali hareketler, sonucundan evvel gelseler dahi taksirli sorumluluğa yol açarlar: Sara nöbetlerine müptelâ bir kimsenin iradi olarak araba kullanması veya uykuda kendini tamamen kaybeden annenin iradi olarak çocuğunun yatağa alması sonucu, kaza veya ölüm sonucu meydana gelmesi gibi. Bu örneklerde, fail yayayı ezdiği veya çocuğun boğulmasına neden olduğu vakit, sara nöbetinin ya da uykunun etkisinde olsa bile sonuçtan sorumludur.

(iv) Hareketin iradiliği üç hipotezde kalker:

+ İradeden bağımsız bilinçsizlik: kendinden geçme, felç uykuda gezerlik gibi.

+ Faili belli bir hareketi yapmaya sevkeden veya bir hareketi yapmaktan alıkoyan karşı konulamaz ve önlenemez doğa gücü: mücbir sebep. Örneğin, bulunduğu yeri su basması nedeniyle gidilmesi gereken yere ulaşamamak.

+ Doğa güçlerinin değil de bir başka insanın yarattığı mücbir sebepten ibaret olan fizik zorlama: maddi olarak, tahkir edici bir mektubu imzalamaya zorlanmak. Bu takdirde fizik cebri uygulayan sorumludur.

3. SİSTEMATİK TEORİLER:

Tipiklik, kusurluluk ve hukuka aykırılık yargılarının konusunu oluşturacak veriyi aramaya yönelen teorileri, herşeyden evvel, ontolojik ve normativist olarak ikiye ayırabiliriz. Hareketi, doğal ve toplumsal gerçeklik içinde tezahür eden biçimi ile ele alan teoriler ontolojik, sadece ceza hukukunun gereksinmelerini gözönünde bulduran teori de normativisttir. Ontolojik teorilerin amacı, insan hareketini fiili, doğal toplumsal sonuçları ve etkileri açısından ele alıp incelemektir. Bu nedenle, hareketi açıklamak için *olması gereken*'in (norm) değil de *olan*'ın kanunlarına itibar etmek gerekir. Zira normatif değerlendirme yani ceza kanunlarına göre olması gereken, bizatihi hareket kavramını değil de bunun kusurluluk ve hukuka aykırılığını ilgilendirir. Ontolojik hareket kavramı ise, hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi normatif değerlendirmelerin kendisine bağlanabileceği ontolojik gerçekliğin ne olduğunu gösterir. Bu itibarla ontolojik teorilerin hedefi, hukuk öncesi ve hukuk dışı bir hareket kavramı inşa etmektir. Bunlar, bizzat hayatın kendinden çıkan bir hareket kavramı bulunduğu var-

sayımını kabul ederler. Yani hedef ceza hukukunun amaçlarına hizmet edebilecek bir hareket kavramını, ceza normlarına başvurmadan, peşinen ve önceden elde etmektir (37).

Ontolojik teoriler üçe ayrılır. *doğacı-toplumsal-amaççı*.

A. Doğacı teori (38):

Olgular dünyasının verilerinden yola çıkan bu teoriye göre hareket, fizik (bedenin davranışı) ve psişik (iradilik) unsurların sentezinden oluşan, diğer doğa güçleri arasında yer alan ve bir nedeni yaratan veya böyle bir nedeni önleyen güçtür. Yani hareket, dış dünyada bir değişikliğe neden olan veya böyle bir değişikliği önleyen iradi insan davranışdır. Bu nedenle doğacı teori, hareketi iki ontolojik kategoriye dayamaktadır: *illiyet ve iradilik*. Buna karşılık hukuka aykırılık ve kusurluluk hareketin dışındadır. Hukuka aykırılık, hareketin hukuki menfaatleri illi ihlâlini, kusurluluk da süje ile fiili arasındaki psikolojik ilişkiyi (kast, taksir) ifade eder.

Doğacı teoriye ilk eleştiri amaççı teoriden gelmiştir. Amaççı teoriye göre, hareketin psikolojik unsuru iradilikten ibaret edgildir. İnsan hareketi saf ve kör illi bir güç sayılamaz. İnsan hareketi amaca yöneliktir; insan, davranışının illi serilerde yaratacağı değişiklikleri öngörür ve buna uygun olarak hareket eder. Bu nedenle insan hareketi, ulaşılmak istenen amaç, bu amaca ulaşmak için elverişli araçların kullanılması ve söz konusu araçlara tasarruf edilmesinden doğan ikinci derecede sonuçlardan oluşur. Baştaki amaç, iradenin içeriği yani kاست. O halde kast, kusurluluğun değil de hareketin unsurudur. Buna karşı kusurluluk, failin iradesinin kınanabilirliğidir. Binaenaleyh hareketin sübjektif unsuru iradilikten ibaret edgildir; iradenin içeriğini oluşturan kast da buraya girer.

Öte yandan, hareketin illi değeri ve etkisi, doğa güçlerinin kör ve mekanik illiliği ile aynı görülemez. Zira insan, illi serileri bazı amaçlara yöneltir. Doğanın illiyet kanununa, evvelden belirlenen bir amacı gerçekleştirmek için egemen olabilmek, sadece insanın bir yeteneğidir. İnsanın yeteneklerinin ve kişiliğinin en tipik ifadesi olan hareketi, illiyet ve irade gibi iki unsura ayırmak mümkündür; ama bunları do-

(37) **Mazger**, L'azione 251-252; **Marinucci**, 23; **Keyman**, Suç genel teorisinin, 434.

(38) Bk. **Keyman**, Suç genel teorisinin 435-439; **v.Liszt**, 178; **Petrocelli**, Principi, 295; **Bettiol**, Il problema, 88 vd.; **Bettiol**, Rilievi, 8 vd.; **Dall'Ora**, 16-17; **Welzel**, 8-9.

ğal illiyetin demir kanuna tâbi tutmak imkânsızdır. İnsan hareketi kör değil de amaca yönelik bir illi faktör olarak nitelenebilir.

B. Toplumsal teori (39):

Teorinin kurucusu olan Radbruch, doğacı teorinin, ceza hukukunun temelini oluşturabilecek bir hareket teorisi yaratmadığını ifade eder. Örneğin sözlü hakaret gibi bir hareketi doğacı açıdan ele aldığımızda, sadece ses tellerinin hareketleri, sesin dalgalar halinde yayılması olayı, bunun duyu organları ve beyin üzerinde yarattığı etki ve süreçlerle yetinmek zorunda kalırız. Sözlü hakaret olarak tezahür eden bu insan hareketinin lingüistik anlamı ve toplumsal önemi, doğacı hareket anlayışına yabancı kalacaktır.

Bu noktada Radbruch'tan ayrılanlar doğacı teoriyi sürdürmüşlerdir. Bunlar, hareketin toplumsal bir çevrede meydana gelmesi, toplumun da doğaya dahil olması nedeniyle, yukarıdaki eleştiriye katılmazlar. Zira, ceza evinden kaçan kimsenin hareketi ile bir ada içinde veya hücrelerinde yürüten kimsenin hareketleri doğacı açıdan da aynı değildirler. Bunun nedeni, söz konusu hareketlerin farklı toplumsal çevrelerde yer alması ve farklı toplumsal anlamlar taşımasıdır. Hareketin yapıldığı ve etkilediği toplumsal çevre de doğaya dahil olduğundan, Radbruch'un eleştirisi yerinde değildir.

Radbruch'un eleştirisini ve tezini kabul edenler, başka bir ontolojik temel arama çabasına girmişlerdir. Radbruch ve izleyicileri, her suçun ancak, toplumsal bir olay sıfatıyla ele alınarak anlaşılabilirliğini kabul ederler. Bu nedenle, hareket de dahil olmak üzere ceza hukukunun bütün kavramlarını ancak toplumsal ölçütler aracılığı ile anlayabiliriz. O halde hareket de, hukuk öncesi ontolojik/toplumsal bir temele dayanır.

Yeni teori, hareketi toplumsal bir olgu olarak açıklayabilmek için, doğacı anlayışa harici ve objektif bir unsur (hukuka aykırılık) sokmuştur. Diğer bir deyişle hareket, bir dış gözlemci tarafından öngörülüp ölçülebilen, toplumsal açıdan bazı sonuçlar doğurmağa elverişli olan insan faaliyetidir. Böylece objektif hukuka aykırılık teorisi benimsenmiş; hukuka aykırılık hukuku menfaatlerin ihlali (zarar, tehlike), hareket de, bu toplumsal sonucu doğuran insan faaliyeti olarak anlaşılmıştır.

(39) Marinucci, 57-64; 77-80; Keyman, Suç genel teorisinin, 439-443.

Hareketi toplumsal açıdan ele alan teorilerin ortak özellikleri, gerçekliğe ve dış dünyaya verdikleri önemde toplanmaktadır. Toplumsal çevre yani başkalarının hayat alanları ile temas kuran her insan hareketi, bizaatili bu temas dolayısıyla özel bir toplumsal anlam kazanır. Harekete toplumsal anlam ve önemini veren, süjenin iç davranışı değil de, faaliyetinin harici, toplumsal etkileridir. Öyle ise hareketin belirleyici unsuru, bireyin toplum içinde objektif ve toplumsal biçimde istemesi/seçmesidir. Birey, toplum hayatının kavramlarına, deneylerine, örf/adetine uygun olarak istemek/seçmek ve hareket etmek zorundadır. Toplum ve topluluk dışında kalmak istemeyen herkes, objektif ve toplumsal biçimde isteme/seçmek zorunluluğuna uymak mecburiyetindedir.

Hareketin ontolojik temeli konusundaki tartışma böylece, hukuka aykırılık alanındaki bir polemige dönüşmüştür. Zira tartışma hukuki menfaat ve buna vaki zarara önem veren *objektivist*'lerle, failin iç davranışını birinci plâna çıkartan *sübjektivistler* arasında bir tartışma haline gelmiştir.

Bu teorinin gelişiminde, hareketin toplumsal içeriğini ifade etmek bakımından toplumsal çevre, toplumsal bilinç, toplumsal sonuç ve toplumsal hayat alanı gibi kavramlara nazaran daha belirgin ölçütler bulmak girişimine rastlanmaktadır. Bu da, daha objektif olduğu düşünülen *uygunluk* ölçütüdür. Uygunluk ölçütü ilkin, harekete bağlanabilecek sonuçları belirlemek ve bunları sınırlayabilmek için kullanılmıştır. Daha sonra da, hareketin objektif yapısını tasvir edebilmek için bu ölçüte başvurulmuştur. Buna göre hareket, *tehlikeli davranıştır*. Ancak burada şu soru cevap beklemektedir: bir hareketin tehlikeliliği dolayısıyla yasaklanması için, bunun sonucun gerçekleşme imkânını ne derecede artırmış ve kolaylaştırmış olması gerekir? Bu soruya, taksir diye cevap verilmiştir. Yani taksir, insan hareketine toplumsal anlam ve önemini kazandıran unsurdur. Diğer bir deyişle, insan hareketini ceza hukuk bakımından önemli kılan, bunun toplumsal çevre ve toplumsal hayat alanına ait olması değil de, *taksirli* diye nitelendirilebilecek bir hareket olup olmamasıdır. Örneğin bir trafik kazası ya da ağır zararlı sonuçlanan cerrahi müdahale açısından önemli olan, sürücü veya cerrahın bazı özen kurallarına uyup uymamasıdır. Binaenaleyh hareketin toplumsal anlamı, taksirde, yani tehlikeli faaliyeti düzenleyen özen kuralları ile hareket arasındaki çatışmada aranmalıdır.

Görüldüğü üzere toplumsal teori önce hukuka aykırılık teorisi haline dönüşmüş, sonradan da taksirli suçların açıklanması teorisi durumuna gelmiştir. Yani başlangıçtaki amaçlarından uzaklaşmışlardır. Zira temel amaçları, hukuka aykırılık ve kusurluluk yargularının konusunu oluşturacak ontolojik gerçekliği bulmaktır. Oysa teori, hukuka aykırılık ve kusurluluğu açıklamak sonucuna ulaşmıştır.

C. Amaççı teori (40):

Amaççı teori de toplumsal teori gibi, doğacı anlayışın hareketin toplumsallığını açıklayamadığı kanaatindedir. Toplumsal teorinin, hareketin toplumsal anlamı ve önemini davranışın harici sonuçlarında aramasına karşılık, amaççılar, bunu süjenin psişğinde ararlar. Bunun nedeni, amaççıların, hukuk ve hukuka aykırılığı esas itibarıyla vatandaşlardaki kanuna sadakat duygusuyla açıklamak istemeleridir. Bu duygu, bazı hukuki menfaatlerin korunmasından daha önemlidir. Zira ceza hukukunun başta gelen görevi önleyicilik ve koruyuculuk değil de, etik-ideolojik nitelikte bir görevdir. Ceza Kanununun esas görevi bireyde devlete, kanuna karşı sadakat ve saygı yaratmaktır. Ceza Hukuku sırf hukuki menfaatleri korumak değil, bunlar karşısında bireyin devlete, kanuna ve insana karşı sadık ve saygılı davranışlar benimsemesini ister. Devlete, kanuna, insana saygı, devlet ve toplumun üzerinde durduğu ruhi değerleri oluştururlar. Ceza kanunu bununla bağdaşmayan hareketleri cezalandırarak bireyin etik-ideolojik-toplumsal yanını geliştirir. O halde sadece zararlı neticeyi doğuran hareketin incelenmesi ile yetinmeyiz. Asıl önemli olan, *yasaklanan hareketin oluşum biçimidir.*

Bu nedenle hareketi *illiyet ve amaç* diye adlandırılan iki ontolojik kategorinin kaynaşması olarak görmek gerekir. Yani hareket, illiyete dayanan amaççı bir yapıya sahiptir. Esasen doğacı teorinin hatası, illiyete önem vermesi değil de bunu amaçtan ayırması, iradenin içeriğini (kast, taksir) illiyetten bağımsız olarak ele almasıdır. Doğacı teorinin amacı (kast) kusurluluğun içine sokmasına karşılık, amaççı teori, illiyet ve amaç gibi iki ontolojik kategoriyi teklife ve bütünlüğe kavuşturmuştur. Amaççı teori ayrıca, yasa koyucunun da hareketin bu ontolojik yapısını bozmayacağını ifade etmektedir.

(40) Welzel, 3-6, 10, 13; Marinucci, 61, 70; Dönmezer-Erman, c.I., 397; Keyman, Suç genel teorisinin, 443-447; Bettiol, Rilievi, 17-20; Bettiol, II problema, 93; Mantovani, L.P., 18-20; Erem, 48.

O halde hareket saf mekanik bir olay değildir. Hareket doğanın kör güçlerine indirgenemeyeceği gibi, bunu iradenin illi gerçekleşmesi olarak da anlayamayız. Zira insan hareketi amaca yöneliktir. İnsan kendisine bir amaç ve bu amacı gerçekleştirmek için gerekli araçları seçer ve bunları kullanır. Bu amaç, doğacı teorinin kusurluluk içinde incelediği *kast* tan başka birşey değildir. Bu nedenle kast, kusurluluğun içinde değildir; hareketin unsurudur.

Taksir de amaç kavramı ile açıklanabilir: İnsan yeteneksizlikleri ve eksiklikleri dolayısıyla, mutlak değil de sınırlı olarak amaca yönelik hareketlerde bulunabilir. Bu nedenle, insanın hareketinden doğan sonuçların bir kısmı amaca uygun değildir. Bunlar daha ziyade, kör bir illiyetin etkileridir. Bununla beraber, amaçlanmayan ve istenmeyen sonuçların bir kısmı, azami bir özen göstermek suretiyle ve amaca yönelen hareketler aracılığı ile önlenabilir. Taksirli hareket de, zararlı sonuçlarla yüklü tedbirsiz bir harekettir. Örneğin dolu silahi temizlerken birinin ölümüne neden olan kimse, amaca yönelik bir hareketle (ilâhî temizleme), amaca uymayan bir sonuca (ölüm) neden olmuştur. Burada amaca uymayan sonuç, amaca yönelik hareketin tedbirsizliği nedeniyle faile *taksir* olarak yüklenmektedir. Demek ki kasıtlı suçlarda hareketin amaca uygun sonuçları, taksirli suçlarda da belli bir amaca yönelik hareketten doğan ama amaca uygun olmayan sonuçlar düzenlenmektedir. Bu sonuçların, amaca uygun hareketlerle önlenmesi mümkündür. O halde taksirli suçlar da mekanik illiyete bağlı doğa olaylarından farklıdır.

Alman doktrininde Welzel tarafından kurulan bu teorinin yanında bir de İtalyan doktrininde etkili olan Bettiol teorisi vardır. Hareketi bir değer olarak ele alan Bettiol, insanla hareketin bölünemeyeceğini ortaya koymuştur. Hareket insanın doğacı nitelikteki özelliklerini aşan, onun kişiliğini ortaya koyan bir kavramdır. Zira insan iradesinin çevre şartlarının etkisinde olmasına rağmen, bunun kendisine özgü bir anlam ve özelliği vardır. Binaenaleyh sadece bilinçli amaçlar gözönünde bulundurularak yapılanlar insan hareketidir. Türk doktrininde de pozitivistlere karşı çıkan Erem, gerçekten insani bir anlayışa varabilmek için, amacın nazara alınması gerektiğini söyleyerek, ümanist bir amaççılığı kabul etmektedir. Bu itibarla Erem ve Bettiol, amaca, ceza hukukunu insanileştirme yolunda kullanılan bir unsur olarak değer tanımaktadırlar. Böylece ceza hukuku, insana ulaşmak isteyen bir bilim olmaktadır.

D. Normativist teori (41):

Ontolojik teorilere tepki olan bu anlayış, harekete hukuk öncesi ve hukuk dışı ontolojik bir temel aramak yerine, hareket kavramını normlar dünyasından çıkartmak istemektedir.

Teorinin kurucusu Binding'e göre, doğa bilimlerine ait bir hareket kavramı, ceza hukuku bakımından elverişsizdir. Zira ceza hukuku açısından hareket, bir gerçeklik değil de hukuki bir kavramdır. Hareket bu anlamı ile hukuka aykırılığı, normun ihlâl edilmesini ifade eder. Ceza hukuku bakımından önemli hareket, bunun, hukuka aykırılıktan çıkartılan toplumsal anlamına başvurularak anlaşılabilir. Kısacası hareket, ceza normunun koyduğu yasağın (öldürme, çalma vb.), olumsuz ifadesinden başka bir şey değildir.

E. Hareket teorilerinin sistematik işlev açıdan genel değerlendirilmesi (42):

Çeşitli felsefi, sosyolojik ve psikolojik temellerden hareket eden ontolojik teorilere yöneltilebilecek ortak bir eleştiri, münferit suç tiplerinin cezalandırdığı tipik hareket modellerini gözönünde bulundurmamalarıdır. Söz konusu teoriler, bu nedenle, tasnif edici ve tanımlayıcı işlevlerini yerine getirememişler; icrai-ihmali, kasıtlı-taksirli hareketi kapsayacak genel ve soyut bir tanıma ulaşamamışlardır.

Aynı teoriler sistematik işlev açısından sınırlı bir başarıya ulaşabilmişlerdir. İnsan hareketi dediğimiz olgu karmaşık bir yapı ve bünyeye sahiptir. Ontolojik teorilerden herbiri, bu karmaşık bünye ve yapının ancak kendince önemli görülen bir yanını ortaya koyabilmiştir. Bu teorilerden herbiri, öte yandan, genellikle tasvip gördükleri devre hâkim olan sosyo-politik yapının etkisinde kalmışlar, bu devrin sosyo-politik felsefesini yansıtmışlardır. Esasen birinci eksikliğin nedeni budur. Zira herbir ontolojik teori, hareketin yapısı içinde devrin sosyo-politik felsefesini yansıtan temel unsuru ön plâna çıkartmıştır.

Doğacı teori, hareketin fizik (bedenin davranışı ve illi etki) ve psişik (irade) unsurlarını biçimci tahlilci açıdan incelemiştir. İnsan hareketinin psişik unsuruna yani iradiliğine verilen bu önem, liberal,

(41) **Bettiol**, Rilievi, 12 vd.; **Dall'Ora**, 19-20.

(42) Bk. **Bettiol**, Bene, 6 vd.; **Würtenberger**, 20 vd., 82 vd., 86 vd.; **Rocco**, 241 vd.; **Toroslu**, 132 vd.; **Spasari**, 839; **Mantovani**, F., 15-21; **Stella**, 4 vd.; Ayrıca bk. yukarıdaki yollamalar.

bireyci felsefenin sonucudur. Nitekim bu felsefeye göre insanın bireysel varlığının simgesi, onu doğadan ve diğer insanlardan ayıran özelliği, kendine ait iradesidir. Bu itibarla, insanın özgür iradesinin ürünü olmayan hareket, insanî sayılamaz. Doğacı teori, kullandığı biçimci-tahlilci yöntem sonucu, fizik ve psişik unsurun birbirlerini bütünlüklerini gözden kaçırmıştır. Oysa bu iki unsurun aynı anda var olması gerektiğinden, hareket tekçi ve birleştirici bir kavramdır. Bu unsurları birbirinden ayırarak herbirini bağımsız olarak incelemek, metodolojik açıdan sakıncalıdır ve hareketin doğasının bozulması sonucunu doğurur; zira fizik unsur psişik unsurun bir uzantısından, bunun dış dünyaya yansımından başka birşey değildir. Doğacı teori, hareketin illi etkisine mekanik açıdan yaklaştığından; yani hareketin illi etkilerinin toplumsal bir çevrede ve değerler dünyasında doğduğunu unuttuğundan, renksiz, kansız, sosyal içerikten yoksun bir hareket kavramına ulaşmıştır. Teori, her münferit iradi davranışı hareket saydığı için yanlış sonuçlara varmıştır. Gerçekten de, hareketin icrai sürecini meydana getiren münferit iradi davranışlar, çoğu zaman, süjenin yöneldiği amaç etrafında birleşip tek bir hareket oluştururlar: pusu kurmak, silhü yöneltmek, tetiğe basmak gibi bağımsız iradi davranışlar, amaç dolayısıyla tek bir hareket sayılırlar. Ancak doğacı teorinin, liberal ceza hukuku anlayışı bakımından tutarlı olduğu inkâr edilemez. Fransız devriminin ürünü olan ve hak, özgürlük, eşitlik ilkelerinden esinlenen liberal felsefede, bireyin, devletin dahi müdahale edemeyeceği bir özgürlük alanı vardır. Bu felsefi ilkelerden doğan liberal ceza hukuku anlayışında ceza hukukunun işlevi, sadece, toplum hayatı bakımından yasaklanması zorunlu görülen fiilleri cezalandırmaktır. Binaenaleyh ceza hukuku ideoloji ve etikten temizlenmeli, bireysel özgürlükleri sağlamak için kanunilik ilkesine dayanmalıdır. Ceza Hukuku, toplumsal hayatın esaslı şartlarının korunması aracı olduğundan, suç da, bu değerlendirmeye göre istenmeyen hareketlerdir. O halde soyut insan hareketi, fizik bir güç sıfatıyla, ceza hukuku araştırmalarının odak noktasını oluşturur. Zira, kusurlu ve zararlı sayılabilecek insan hareketi yapısal unsurları itibariyle kesin biçimde belirlenmeyecek olursa, bireysel özgürlükleri devletin keyfi müdahalesine karşı güvence altına almağa imkân yoktur. Bunun yanında, kanunilik ilkesi de, insan hareketinin biçimci-tahlilci yöntemle yapısal incelenmesini zorunlu kılar.

Doğacı teorinin hareket anlayışına toplumsal içerikli harici bir unsur (toplumsal sonuç, zarar vericilik) ekleyen toplumsal teorinin de, felsefi temeli itibariyle incelenmesi gerekir. Teoriye bu açıdan bak-

tiğimizde, bunun hem 19 ncu yüzyılın bireyci liberal özelemlerine hem de 20 nci yüzyılın ikinci yarısının özgürlükçü hukuk anlayışına uyabildiğini görmekteyiz. Nitekim V. Liszt daha liberal dönemde, ceza kanunlarının mevcut toplumsal durumu gözönünde bulundurması gereğinden söz etmişti. Bu itibarla suç teşkil eden fiilin toplumsal ve hukuki düzen açısından değerlendirilmesi zorunluluğu vardır. Zira suçu objektif olarak karakterize eden unsur, sadakat görevini ihlâl eden bir fiil olması değil de, bazı toplumsal varlıklara yönelmesi; yani bunlara zarar vermesidir. Suçu maddi içeriği açısından ele alan bu yöneliş, liberal felsefe kökenli biçimci suç anlayışının eksikliğinden doğmaktadır. Liberal dönemde, suça maddi bir içerik kazandırmak isteyen arayışlar suçu önce, hakkın veya hukukun ihlâli olarak görmüşlerdir. Ancak bu teoriler, kendilerine yöneltilen güçlü eleştiriler karşısında, yerlerini, hukuki varlık ve menfaat teorisine bırakmışlardır. Suçu, maddi içeriği itibariyle hukuki bir varlığı veya menfaati ihlâl eden hareket olarak tanımlayan bu teori de, ceza hukukunun görevini, bireyin özgürlük alanını güvence altına almak olarak gören liberal hukuk anlayışının bir ürünüdür. Gerçekten de, hukuk düzenine, bireylerin kendi aralarındaki ve bireyle devlet arasındaki özgürlük alanına sınırlamak ve belirlemek görevini veren, liberal ceza hukuku anlayışıdır. Hukuki varlık ve menfaat kavramı böylece, bireyin özgürlük alanını güvence altına almak bakımından, yasa koyucunun tecrim edici faaliyetini sınırlayan bir ölçüt haline gelmiştir. Zira, cezalandırılabilen fiiller toplumsal yönden zararlı fiiller yani doğacı anlamda dış dünyada mevcut maddi ve gayri maddi varlıkları ihlâl eden davranışlardır. O halde, ceza kanunu sadece doğacı (sosyolojik, psikolojik) anlamda gerçekliğe sahip ve toplum hayatının muhafazası bakımından zorunlu görülen varlıkları ihlâl eden hareketleri cezalandırabilir. Bu arada devlete ait menfaatlerin korunması biçimi de, liberal felsefenin damgasını taşımaktadır. Nitekim liberal felsefenin öğretisinde devlet sınırlı bir faaliyet alanına, sınırlı bazı menfaatlere sahip bir tüzel kişi olarak anlaşılmakta idi. Bu itibarla, devletin menfaatleri de ancak bu görümünü içinde cezaen korunabilir. Hukuki varlık ve menfaat kavramının liberal ceza hukuku anlayışının bir ürünü olması dolayısıyla, hareketi, toplumsal sonuçları açısından ele alan toplumsal teoriyi de, liberal ceza hukuku anlayışı ile ilişki içinde görmek mümkündür. Ancak hukuki varlık kavramı, doğacı boyutu içinde sosyolojik veya psikolojik bir şeyi ifade ettiği takdirde, liberal ceza hukuku anlayışı ile bağdaşabilir. Bu anlamda hukuki varlığın, hukuk öncesi, hukuk dışı bir gerçekliği vardır; yani hukuki varlığı yaratan

hukuk değildir. Hukuk sadece bunun varlığını bulur ve saptar. Bununla beraber, hukuki varlık kavramı, liberalizmin krizi ile birlikte içerik ve anlam değiştirmiştir. Yeni anlayışa göre hukuki varlık, yasa koyucunun takdirine nazaran toplumun yaşama şartı olarak görülen şeylerdir. Yani yasa koyucu, doğacı anlamda *hukuki varlıklarla* sınırlı değildir; kendisi de etik-ideolojik hukuki varlıklar yaratabilir. Bu hukuki varlık anlayışı, otoriter ceza hukuku tarafından da geniş biçimde kullanılmıştır.

Liberal anlayış, totaliter deneyimleri takiben, II nci Dünya Savaşından sonra tekrar egemen olmuştur. Ancak bu, 19 ncu yüzyılın katı ve bireyci liberalizminden farklıdır. Modern demokratik devlet, bundan böyle, insanın toplumsal varlığını her yönü ile (ekonomik, siyasal, kültürel vb.) güvence altına almak görevini yüklenmiştir. Toplumsallaşmış devlet ve hukuk, insanın toplumsal varlığını korumak ve geliştirmek için gerekli müdahaleleri yapmak zorundadır ve birey devletten her alanda yardım beklemektedir. Bu anlayışın ürünü olan özgürlükçü ceza hukuku, bireysel ve toplumsal beklenti ve istekleri ahenkleştirerek, insanın özgürleştirilmesi işlevini yerine getirmek durumundadır. Bu nedenle ceza hukukunun amacı hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, onur gibi bireysel hak ve özgürlüklerle birlikte kamu sağlığı, çevre, estetik değerler, çalışma güvencesi gibi toplumsal menfaatleri korumaktır. Hareketin anlam ve önemini bunun toplumsal sonuçlarında gören toplumsal teorinin, özgürlükçü ceza hukuku anlayışıyla da bağdaşması normaldir. Ancak harekete önem ve anlam kazandıran toplumsal sonuçlar açısından, liberal ve özgürlükçü ceza hukukları arasında bir eğilim farkı vardır. Bu fark herşeyden evvel, cezai himayeye lâyık görülen hukuki varlıkların seçiminde ortaya çıkar. Özgürlükçü ceza hukuku, bir çok toplumsal menfaat yanında, liberal felsefe kökenli bireysel menfaatleri, artık, toplumsal boyutları ve içerikleri yönünden korumaktadır. Örneğin, saati çalınan kimse zararını karşılamak için tazminat dâvası açabilir. Bu, kişinin bireysel menfaatinin korunmasıdır. Fakat çalana, ayrıca, kamusal bir müeyyide olarak ceza uygulanması, aynı menfaatin toplumsal açıdan korunmasını ifade eder. Bunun gibi, iradenin dış zorlamalara tâbi olmaması anlamına gelen irade özgürlüğüne göre birey, istediği yere yerleşebilir, istediği kişilerle ilişkilere girebilir, veya emeğini özgürce satabilir. Bununla beraber, sözleşme ve emeğini özgürce satma gibi menfaatler karşısında, başkalarının sendikalarca temsil edilen çalışma özgürlükleri de yer almakta ve hukuken korunmaktadır. Hukuk düzeni, aynı ilişkide, çalışanın asgari hayat şartlarına ulaştırılması yolundaki top-

lumsal menfaati de nazara almaktadır. Üçüncü şahısların müdahalesini reddedebilmek biçiminde somutlaşan sözleşme özgürlüğü, böylece, yukarıdaki toplumsal menfaatler dolayısıyla sınırlanmış ve içerik değiştirmiştir. Özgürlükçü ceza hukuku ayrıca, liberal anlayıştan farklı olarak, hareketin kişiselliğine yani failin kişiliğine de önem vermektedir. Özgürlükçü ceza hukuku, nihayet, korunan hukuki varlığın gerçekten de ihlâl eylemiş olması, yani üzerinde somut bir zarar veya tehlike yaratılmağa elverişli olmasını aramaktadır.

Amaççı teori ise, yapısal açıdan, hareketin dahili (psişik) oluşum biçimini ön plâna çıkartmış; bu açıdan amacı yani kastı hareketi belirleyici ve harekete toplumsal anlamını veren unsur olarak saymıştır. Ancak amaççı teorinin felsefi yaklaşımı, diğer ontolojik teorilere nazaran radikal bir farklılık göstermektedir. Zira, psişik unsurların belirlediği hareket, kanuna karşı sadakat ve saygı görevini ihlâl ettiği ölçüde ceza hukukunu ilgilendirir. Nitekim alman nasyonal-sosyalist hukuku, liberal sistemin aksine, bireye ait bir özgürlük alanını reddetmekte; bireyin ancak topluluğun üyesi sıfatıyla gerçeklik kazandığını kabul etmektedir. Bu itibarla bireysel hak ve özgürlük değil de, sadece, topluluğun bireye yüklediği görevler vardır. Suç, bireysel hukuki varlık veya menfaatleri ihlâl eden tipik fiil değildir. Suç, bireyin iradesinin *devlet* iradesine (kanun) karşı sadakatsız davranışdır. Hukuki varlığın ihlâli suçun kendisini değil de ağırlığını ilgilendirir. Ceza hukuku böylece etik ve ideolojik bir işlev yüklenmiştir; suç sayılan hareket de bir toplumsal olgu sıfatıyla değil, de süjenin niyetler, amaçları, etik-ideolojik kişiliği açısından anlam ve önem taşır.

Bunların ışığında, liberal-bireysi felsefenin devamı olan çağdaş demokrasilerin bağlandığı özgürlükçü ceza hukuku açısından hareketi, insanı dış dünya ile temasa getiren ve doğacı anlamda sosyolojik ve psikolojik gerçekliği olan hukuki varlık veya menfaatler üzerinde, bunları ihlâl edici etkiler icra eden hertürlü harici insan davranışı olarak tanımlayabiliriz.

Hareket kavramına sistematik açıdan bu yaklaşımın sosyo-politik içeriği yadırganmamalıdır. Her ceza hukuku kavramı gibi, suçun temelini oluşturan hareket kavramının da, gelecekteki yasa koyuculara, yeni kanunu tipler yaratmak açısından yol göstermek görevi vardır. Yani her zaman için, cezalandırılabilenle cezalandırılmayan arasındaki sınırın çizilmesi gerekmektedir. Bu sınır çizme işlemi bir seçimi, her seçim de sosyo-politik bir tercihi gerektirdiğinden, böyle bir yaklaşım zorunludur.

II. BÖLÜM

HAREKET VE İHMAL:

Genel hareket teorilerinin sınıflayıcı/tanımlayıcı işlev açısından başarısızlıkları karşısında, hareket ve ihmali tek tek incelemek gerekmektedir.

1. *Hareket* (43): Hareket, insanın bedeninin, dış dünyada kendinden evvel mevcut şartları değiştirmek suretiyle bir hukuki menfaati ihlâl eden (zarar, tehlike), olumlu bir davranıştır. Objektivist anlayışların ürünü olan bu hareket kavramı yanında, pozitivist ve sempmatik teoriler de vardır.

Pozitivist teoride hareket, süjenin toplumsal tehlikeliliğinin bir belirtisidir. Objektivist anlayışların, hareketin kendisinin zararlılığına veya tehlikeliliğine önem vermelerine karşılık, pozitivistlerin üzerinde durdukları husus, süjenin harekete yansıyan kişisel tehlikeliliğidir. Diğer bir deyişle hareket, süjenin tehlikeli kişiliğini dış dünyaya yansıtan, süjenin bu kişisel karakterinin ifadesi sayılan bir olgudur. Bu nedenle, bizatihi hareket ve bunun objektif sübjektif yapısı, pozitivist teori açısından bir sorun yaratmamaktadır.

Ceza hukukunun temel sorununu fail olarak gören ve bu itibarla hareketi failin tehlikeliliğinin belcisi olarak ele alan anlayışlar, iki yönde gelişmişlerdir. Birinci grubu oluşturan anlayışlar, pozitivist ve doğacı kriminolojik fail tipine önem vermişlerdir. Suçluyu tüm biopsişik kişiliği içinde ele alan ve suçun nedeni olarak gören bu yaklaşımda, hareket, failin toplumsal tehlikeliliğinden başka bir şey değildir. Bu akımın amacı, kriminolojik fail tiplerinin tasnifine ulaşmak ve bu kriminolojik suçlu tiplerini, ceza kanunu içinde, emniyet tedbirlerinin muhatabı olan kanuni tipler haline dönüştürmektir. İkinci grup ise, etik-toplumsal normatif fail tipine ulaşmıştır. Bu akımın amacı, kanuni soyut suç tiplerine dayanarak, toplumsal bilinç ve vicdana uygun etik-politik fail tipini yaratmaktır.

Alman nasyonal-sosyalist ceza hukuku doktrininin bir ürünü olan normatif fail tipi kavramı, iki gereksinmeye cevap vermek için yaratılmıştır: Bunlardan ilki, arkaik ceza kanunlarını yeni zamanlara uydurmak ve bunları yeni zamanların ruhuna göre yorumlamaktır. İkinci amaç, şiddet suçlularından ve halk için tehlikeli suçlulardan söz

(43) **Bettiol**, *Diritto*, 229 vd.; **Bettiol**, *Il problema*, 86 vd.; **Mantovani, F.**, 494; **Dönmezer-Erman**, c.I., 397; **Antolisei**, *L'azione*, 22-23.

eden ve hareketten ziyade, belli fail tipine uyan sùjeleri cezalandırmak isteyen bazı yeni normların anlamlarını açıklığa kavuşturmadır. Bu teörinin öngördüğü fail tipi, psikolojik ve karaktere ilişkin özelliklere göre belirlenmektedir.

Normatif fail tipi, bireyin toplum içindeki bir durumunu ifade eder. Zira, bir fiili suç sayan yasa koyucunun gözünün önünde, belli bir tip fail vardır. Yani yasa koyucu, belli hareketleri işleyen bir fail tipini düşünerek bir fiili suç sayar. O halde, ceza normunun gerçek anlamına ulaşmak isteyen yorumcu, yasa koyucunun düşündüğü bu fail tipini yeniden gözünde canlandırmalıdır. Örneğin hırsızlığı cezalandıran normdan hırsız, dolandırıcılığı cezalandıran normdan da dolandırıcı tipi çıkar. Bu, somut bir suçlu tipi olarak halkın bilinç ve vicdanında yaşar. Yargıcın verdiği kararın, halkın bilinç ve vicdanında yaşayan bu fail ile (hırsız, dolandırıcı hain) ahenk içinde olması gerekir. Aksi halde, yasa koyucunun bir fiili suç sayarken gözönünde bulundurduğu ve halkın bilinç ve vicdanında yaşayan fail tipine uymayan bir kimse cezalandırılmış olur. Halkın bilinç ve vicdanında yaşayan fail tipi, normu aydınlatan ölçüdür. Yorumcu, bu fail tipini kendi zihninde yeniden canlandırarak, o ceza normunu genişletecek veya daraltacak, yargıladığı kişiyi cezalandıracak ceza cezalandırmayacaktır. Demek ki, izlenecek yol, her kanuni soyut suç tipinden hareket ederek ve sezgi yolu ile, o kanuni tipi temsil eden fail tipine ulaşmaktır. Yorumcu, yasa koyucunun her cürmü fiil bakımından belli bir fail tipini nazara aldığı varsayımından hareket ederek ceza normunun anlamını belirleyecektir. Böylece, suçun unsurlarının mantıki tahlilinden uzaklaşmak mümkün olacaktır. Örneğin hırsızlıkta, bunun maddi unsurunu oluşturan almak fiilinin mantıki tahlilinden çok, yasa koyucunun hangi tip faileri düşünerek hırsızlığı suç saydığına bakılacaktır.

Bütün bunlar, normatif fail tipi kavramının zorunlu olarak, hukuki güvenlik ve kesinlik ilkelerinin tahribine yol açacağını gösterir. Nitekim bu kavram totaliter rejimlerce kullanılmış, suç suçlunun içinde erimiş, kanuni soyut tiplerin yorumunda ideolojik ölçütler egemen olmuştur.

Pozitivist ve semptomatik yönlenmeden ayrılan ve hareketin yapısına önem veren teoriler de, harekete veya neticeye önem vermek bakımından birbirlerinden ayılamaktadırlar. Objektivist ölçülerden esinlenenler, hareketten ziyade zararlı ve tehlikeli neticeye önem verirler. İradeyi birinci plâna alan eğilimler ise, zararlı/tehlikeli sonuca

yönelen hareket üzerinde dururlar. Ancak bu ikinci akımda da, hareket, suç genel teorisi içindeki yerini korumaktadır. Hareketi birinci plânan alan teorilerin özelliği, hareketin zarar tehlikesini yaratmasını, suçun tamamlanması bakımından yeterli görmeleridir. Bu itibarla, hareket failin kişiliği içinde crimemekte, sadece, gerçekleşmesi, suçun tamamlanması için yeterli görülebilmektedir.

Sonuçta, hareketin yapısal yapısal incelemesinin semptomatik teoriler ve pozitivist anlayışlar bakımından bir önemi olmadığını söyleyebiliriz. Hareket, sadece, objektivist yaklaşımlar açısından bir anlam taşımaktadır.

Bu teorilere göre, ceza hukuku bakımından önemli hareketin ilk özelliği, dış dünyaya yansması yani harici bir davranış olmasıdır. Bu itibarla, kişiliği yansıtan ve fizik dünyada gözlemlenebilen olumlu bir davranışa gerek vardır. Harekete fizik dünyadaki bu gerçekliğini veren karakteristik, bedenün bir davranışı olmasıdır. Hareket bu sıfatla, psişik güçlerin sınırlar üzerinde etkiler icra etmesi, sınırların de kasları hareketlendirmesi süreci içinde oluşur. Dış dünyaya bu biçimde yansıyan hareket, insanın kişiliğinin haricileşmesinin aracıdır. Bu hareket çoğu zaman kol, bacak vb. organlarca gerçekleştirilir. Bazan da örneğin konuşmak biçiminde somutlaşır. Bununla beraber gerçek anlamda hareket, doğacı açıdan bağımsız bazı küçük parçacıklardan oluşur. Örneğin *almak* (TCK. m. 491) hareketinin, elin uzatılması, eşyanın üstüne konması, eşyanın bulunduğu yerden uzaklaştırılması gibi.

İnsan hareketinden söz edebilmek için, bedenün davranışı yeterli değildir. Bedenün davranışının, psişik bir unsur aracılığı ile süjeye bağlanabilmesi yani süjenin eseri sayılabilmesi gerekir. Aksi halde, bedenün davranışı doğa gücü ile aynı düzeydedir. Bedenün davranışını insan hareketi haline getiren bu unsura biz, *iradilik* diyoruz. Bunu daha yukarıda (Bk. yuk. 2/A) açıkladığımızdan, oraya yollamada bulunmakla yetineceğiz.

2. *İhmal*: Ceza kanunları sadece olumlu hareketleri cezalandırmaz. Bir hareketin yapılmaması da ceza kanununa göre suç sayılabilir. Bu nedenle suçları *icrai* ve *ihmali* olarak ikiye ayırırız. Belli hareketleri yasaklayan, bunlardan kaçınılmasını isteyen normlar yanında (TCK. m. 448, 491) toplumsal açıdan arzu edilmeyen bazı sonuçların ve etkilerin doğmasını engellemeye ya da bireyleri toplumun nihai amaçları için gerekli bazı davranışlarda bulunmaya zorlayan normlar vardır. (TCK. m. 235, 473). Bu sonunculara ihmali suçlar

denir. İhmali suçlar da kendi aralarında ikiye ayrılır. Gerçek ve dar anlamda ihmali suçlar, dış dünyada bir değişiklikten yani neticeden bağımsız olarak gerçekleşirler; yani bunların objektif unsuru bir ihmalden (yapmama) ibarettir (TCK. m. 235, 473/1). Buna karşılık, kanunun suç saydığı zararlı bir neticenin ihmalden doğması halinde, ihmal suretiyle icra suçu vardır: Örneğin TCKm. 473/2 veya hekimin hastasına gerekli müdahaleyi yapmaması dolayısıyla ölümün meydana gelmesi gibi. İhmal suretiyle icra suçu kategorisi, neticeli suçların (TCK. m. 448) hem hareket hem ihmal ile işlenebilmesinin bir sonucudur. Bütün bu söylenenlerin ışığında, suçun objektif unsurunun malzemesinin *hareket-ihmal* (yapmama) ikilisinden oluştuğu söylenebilir.

Her iki grup ve özellikle ihmal suretiyle icra suçu yönünden sorun, ihmalin de hareket gibi fiili bir gerçekliğe sahip bulunup bulunmadığı, ihmalin gerçekliğinin başka bir ölçüte (örneğin herhangi türde bir norm) başvurmadan tesbit edilip edilemeyeceği, gözlemlenip gözlemlenemeyeceğidir. Bu sorun karşısındaki teorileri ikiye ayırabiliriz: Normativist teori, normu ihmal denilen davranışın yapısal unsuru sayar. Diğerleri, normun, ihmal sayılan davranışın teşhisi ve hukuka aykırılığın belirlenmesi bakımından önemini kabul etmekle beraber, ihmalin yine de hukuk (norm) öncesi veya dışı bir gerçekliği olduğunu kabul ederler.

A. Normativist teori (44):

Konuya salt hukuki açıdan bakıldığında, ihmalin normun emrettiği olumlu hareketin yapılmaması olduğu gözlemlenir. Normativist teori, sadece normatif unsura önem vermiş, ihmalin doğacı bir gerçekliği bulunmadığı, münhasıran normativist olduğu sonucuna varmıştır. Bu itibarla ihmal, *“bir dış gözlemcinin (yargıç) yargısına göre, süjenin, herhangi türden bir norm dolayısıyla kendinden beklenenden farklı olumlu veya olumsuz iradi davranışdır”*.

Normativist teori, şu gözlemden hareket ederek bu tanıma ulaşmaktadır: İhmal, doğacı anlamda bir hareketsizlik veya yapmama ibaret değildir. Hastasına gerekli ilâcı vermeyip de kitap okuyan hemşire, bir şeyi ihmal etmektedir. Yani, doğacı anlamda bir hareketin bulunmasına rağmen, hukuki açıdan bir ihmalle karşı karşıyayız demektir; zira hemşire, hukuken, zamanında gerekli ilâcı vermek zo-

(44) **Grispigni**, Diritto, 30 vd.; **Grispigni**, Omissione, 19 vd.; **Caraccioli**, 895-897.

rundadır. Bu nedenle, hareketsiz kalsa da, kitap okusa da bir şey değişmez, her iki halde de ihmal vardır. Bunun gibi, hiç bir şey yapmamak, hareketsiz kalmak da, tek başına, ihmal sayılmaz. Yapmamanın (hareketsizlik) ihmal sayılması, olumlu hareket emri içeren bir norma aykırı olmasına bağlıdır. Memurun, görevi sırasında öğrendiği suç u ihbar etmemesi ve hareketsiz kalması, TCK. m. 235 hükmü ihbar yükümlülüğünü (olumlu hareket) getirdiği için ihmal sayılır. O hüküm bulunmasaydı, memurun hareketsizliğini ihmal saymak mümkün olmazdı.

Demek ki, ihmali, yapmamak veya hareketsiz kalmak biçiminde doğacı bir gerçeklikten ibaret saymak mümkün değildir. Bunun nedeni, insanın dış dünya karşısındaki davranışının iki türünü oluşturan ve doğacı gerçekliğe sahip hareket (yapma) ve hareketsizliğin (yapmama), icrai, ihmali suç ayırımına tekabül etmemesidir. Diğer bir deyişle hareket (yapma) icrai suçla, hareketsizlik de (yapmama) ihmali suçla eş anlamlıdır diyemeyiz. Davranışın hareket ve hareketsizlik, suçların da icrai-ihmali diye ikiye ayrılmasında, aynı bir doğacı ölçüte başvurulmamaktadır. Zira nesnel gerçeklikte sadece hareketsizlikler vardır; ama bu hareketsizliği ihmale dönüştürmeğe yetmez. Hatta o kadar ki, bir şey yapmanın da ihmali suç işliyor olması mümkündür.

Sonuç itibariyle, norm ile ilişki içinde bulunmayan bir yapmamanın (hareketsizlik) anlamı veya önemi yoktur. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, doğal ve toplumsal gerçeklikte, nesnel açıdan ihmal diye nitelenebilecek bir davranış türü yoktur. Bir davranışa ihmal damgasını vuran özellik, bununla, süjeden normatif olarak beklenen hareket arasında bir çatışma olmasıdır. O halde ihmal, davranışla belli bir hareketi emreden norm arasındaki ilişki, daha doğrusu o davranışla o norm arasındaki aykırılık ilişkisidir. Bu açıdan bakıldığında ihmal, normla davranış arasında çatışma, zıtlık olduğu yolunda bir yargıdır. Öte yandan, davranış ihmal haline dönüştüren norm, çeşitli türlerde olabilir: sadece ahlâki, toplumsal, hukuki normlar değil; bilimsel ve teknik normlar da ihmale vücut verebilir. Nitekim, belli bir faaliyet alanının teknik gereklerine (norm) uymayan kimse de bir şeyi ihmal etmiştir: örneğin hijyen, ekonomi bilimi vb. alanlardaki normlara uymamak gibi. O halde hukuki olmayan veya hukuka aykırı olmayan ihmallere de vardır; zira hukuki anlamda ihmal, genel ihmallere kategorisinin bir alt türüdür. Bu durumda yargıç hem genel olarak bir ihmalin varlığını hem de bunun hukuka aykırılığını araştırmak durumundadır.

Yapmamamın (hareketsizlik), ancak, olumlu bir hareket emri getiren normla çatışma içinde bulunduğu takdirde hukuken önemli bir ihmal sayılacağı doğrudur. Ancak herhangi bir hareket de, tek başına, suç sayılmaz. Bir hareketin suçun objektif unsurunu oluşturması da, hareketi yasaklayan bir normun varlığına bağlıdır. Norm, icrai ve ihmali suçlar açısından ortak bir unsurdur ve objektif unsurun gerçekliğini (yapısını) değil de, hukuka aykırılığını ilgilendirir. Bu yönden icrai-ihmal suçları arasında bir fark yoktur. Esasen her iki tür suç bakımından sorun, normatif hukuka aykırılık yargısına konu oluşturabilecek ontolojik gerçekliği tesbittir. Normativist teori böylece, bir taraftan normu, ihmalin hukuka aykırılığını gösteren, öte yandan da, hukuka aykırı ihmalin yapısal unsurunu oluşturan bir şey olarak görmektedir. Yani normun hem değerlendirici, hem yapıyı belirleyici işlevi vardır. Gerçekten de normativist teori, bilindiği üzere, ihmali bir yargıya indirger. Ancak her yargı gibi, burada da yargının bir konusu olmak gerekir. İhmal yargısının konusu, norma karşı olduğu için, normla çatıştığı için ihmale dönüşen olumlu veya olumsuz bir davranıştır demek bir şeyi çözmez. Yani yargı ile bunun konusunu ayırmağa yetmez.

Normativist teoride bu zorluğun farkında olduğundan, ihmalin doğacı bir gerçekliğe sahip olduğunu kabul eder. Bu doğacı gerçeklik, yapma veya yapmama (hareket ve hareketsizlik) biçiminde tezahür eden insan davranışdır. Ayrıca bu hareket veya hareketsizliğin zaman ve yer bakımından gerçekliği vardır. O halde normativist teori de, ihmal yargısının, normdan evvel mevcut, nesnel varlığa sahip bir konusu olduğunu kabul etmek zorunda kalmıştır. Normativist teori, buna rağmen, yine de normu, ihmal yargısının konusunun yapısal bir unsuru saymaktan vazgeçmemektedir. Yani norm, yukarıda da tekrar edildiği üzere, hem ihmalin hukuka aykırılığının, hem de hukuka aykırılık yargısının konusunu oluşturan nesnel gerçekliğin unsurudur. Bu mantıken kabul edilemez. Sonuç itibarıyla, normativist teori, sistematik işlevini yerine getirememiştir.

Demek ki, ihmal yargısının, normativist teorinin üstü kapalı kabul ettiği nesnel konusunu başka yerde aramak gerekir. Gerçekçi teoriler, ihmal bakımından algılanmaya elverişli şeyin yani ihmalin nesnel konusunun, belli niteliklere sahip bir *hareketsizlik* (yapmama) olduğunu kanıtlamayı amaçlarlar.

B. İhmalin gerçekliği teorileri:

Her icrai hem ihmali suçun değerlendirci unsuru olan ceza normu iki biçimde formüle edilir. Bazı normlar, yapılmaması gerekeni göstermek suretiyle icrai bir hareketi yasaklarlar (TCK. m. 448) ve böylece icrai bir suça vücut verirler. Bir kısım normlar da, yapılması gerekeni göstermek suretiyle bir ihmali (yapmama, hareketsizlik) yasaklarlar (TCK. m. 235, 473) ve ihmali suçu yaratırlar. Her iki tür norm da, hukuka aykırı saydığı davranışın ontolojik gerçekliğine atıfta bulunmaktadır. Bu itibarla, ihmali suçu yaratan normun da, bunun ontolojik gerçekliğine ve yapısına atıfta bulunduğunu kabul etmek gerekir. Diğer bir deyişle, ihmali suçta da norm, zorunlu olarak, nesnel gerçekliğe yani dış dünyaya dayanmak zorundadır. Ancak, ihmalin bir özelliği vardır. İhmal, sadece, gerçeklikte bir değişme olmaması, yani, herhangi bir hareketsizlik veya yapmama değildir. İhmal, süjenin belli bir şeyi yapmaması, belli bir biçimde hareketsiz kalmasıdır. Bu nedenle, ihmalden söz ettiğimiz bir olayda, düşünülen olumlu bir hareket vardır. Diğer bir deyişle ihmali, belli ve muhtemel bir harekete nisbetle bir şey yapmamak hareketsiz kalmaktır. O halde cevap bekleyen soru, o düşünülen hareketin ne olduğudur; zira bu soruya cevap verdiğimizde, ihmalin gerçekliğine, ontolojisine de ulaşmış oluruz (45).

Bu soruya cevap arıyan başlıca teoriler şunlardır:

a) *Doğacı teori*: İhmali doğacı temellere dayandırmak isteyenler önce, olumlu bir hareketin imkân dahilinde bulunup bulunmamasına ve süjenin kendi dışındaki bir doğal illi seriyi etkileme yeteneğinin bulunup bulunmamasına bakmışlardır: Buna göre, birşey yapmak imkânı olup da yapmamak, illi serinin akış yönünü değiştirmek yeteneğine sahip bulunup da hareketsiz kalmak ihmaldir. Fakat bu açıklamalar tatmin edici değildir. Örneğin sinemaya gitmek imkânı olduğu halde evde kalan kimsenin, doğal ve normal akışı içinde cereyan eden illi seriyi yolundan çevirmeyen süjenin, zorunlu olarak bir şeyi ihmal ettiğini söyleyemeyiz. İhmalden söz edebilmek için, sinemaya gitmenin veya illi seriyi etkilemenin, herhangi bir nedenden dolayı, düşünülen hareket olması gerekir (46).

Ancak, doğacı teorinin gerçek temsilcileri Beling ve v. Liszt'dir.

(45) Gallani, 307-308.

(46) Crispigni, Omissione, 20; Crispigni, Diritto, 31.

İlk defa Beling, ihmali doğal bir gerçeklik olarak açıklamak istemiştir. Bunun için, ihmalin, iradenin neden olduğu gerçek bir davranış olduğunu göstermek gerekir. Bu nedenle Beling, icrai harekette olduğu gibi burada da, iradenin bilinçli hareketinin neden olduğu, yani iradenin bilinçli hareketinin sonucu ve ürünü sayılabilecek harici bir davranış arayışı içindedir. Beling'in sadece dış görünümüne önem verdiği davranış, toplumsal hayat ilişkilerinde değişikliklere neden olan ya da bunları etkileyen bir enerji olduğundan, ihmâl de, içinde illi güç taşıyan harici bir davranıştır. İhmali doğacı bir temele oturabilmek, bunun gözlemlenmeye elverişli dış görünümünü ve içinde taşıdığı illi gücü kanıtlamağa bağlıdır. Dış görünümü açısından ihmâl, süjenin, iradi biçimde sınırlarına ve bunlar aracılığı ile kaslarına egemen olarak, belli bir hareketi önlemesidir. Yani bir anlamda, etkileri dış dünyaya yansıyan olumlu bir harekettir. İhmalin illi etkisi ise, sonucu önleyecek hareketin bilinçli biçimde engellenmesinden ileri gelir. Ancak her ihmâlde, sınırları harekete geçiren gücün iradi olarak önlenmesine rastlanmamaktadır. Bilinçli önleme sadece kasıtlı ihmâllerde, yani ihmalin (hareketsizlik, yapmama), zıt saikler arasında yapılan bilinçli bir seçimin sonucu olarak tezahür etmesi halinde vardır. Bilinçsiz taksirli ihmâllerde bu unsur yoktur. Oysa daha yukarıda, bilinçsiz ve taksirli ihmâllerin de, iradenin egemenlik alanına girmek şartıyla, iradi sayıldıkları belirtilmişti (Bk. Yuk. 2/A). İhmalin, harekete iten saiklere karşı bilinçli biçimde karşı koyma diye anlaşılması, bunu hareketle eş düzeye getirir. Oysa hareketsizlik (yapmama) anlamında ihmâl, hareketin ve yapmanın zıddıdır (47).

Doğacı teorinin diğer önemli temsilcisi v. Liszt'e göre ihmâl, iradi olarak bir sonucu önlememektir. Diğer bir deyişle ihmâl, süjenin iradi olarak bir hareketi yapmaması ve böylece bazı toplumsal etkileri (hukuki anlamda netice) veya maddi sonuçları (doğacı anlamda netice) önlememesidir. Bu nedenle, süje tamamen özgür olarak ve bazı şeyleri tasavvur ederek (sonuçlar, etkiler) hareketsiz kalmış ise ihmâl vardır. Bayıldığı için gerekli uyarmayı yapamayan bekçinin bu hareketsizliği iradi olmadığı için ihmâl sayılamaz; zira süjede, özgür iradesinin sonucu ve ürünü sayılabilecek bir hareketsizlik yoktur. İhmalin, iradilik yanındaki dış unsuru, mümkün olan ve yapıldığı takdirde sonucu önleyecek hareketin icra edilmemesidir. Ancak bununla, iradi olumlu bir hareketle neticeyi gerçekleştirmek arasında fark vardır. Süjenin, sonucu önlemeyen iradi hareketsizliği ancak, faili o sonucu önlemeye

(47) *Galiani*, 308; *Delitala*, 133; *Kunter*, Maddi, 24-25.

mecbur kılan bir norm bulunduğu takdirde gerçek anlamda bir illi seri oluşturabilir. Nitekim (A)'nın, (B)'yi, silahını ateşleyerek öldürmesi ile, boğulmasını önlememesi arasında fark vardır. Bir sonucu yaratmakla o neticeyi önlememek, ancak belli şartların varlığı halinde (sonucu önlemek yükümlülüğünü koyan norm), illi etki açısından eşit ve aynı sayılabilirler (48). v. Liszt'in bu açıklamaları da, Beling'inki gibi, sadece iradi ihmalleri nazara alması bakımından eksiktir. Teori ayrıca, neticenin önlenmemesinin neden ihmal sayıldığı gösterememektedir. Nihayet v. Liszt'in, neden olmakla önlememek arasında fark görmesi de tartışılabilir: Biz ihmali ifade ederken olumsuz ifadeler ve cümleler kullanırız. Bu aldatıcıdır. Nitekim "öldürdü", "ölümünü önlemedi" ifadelerinden birinin olumlu diğerinin olumsuz olmasına rağmen, her ikisi de doğal gerçekliği anlatır ve tasvir ederler. Yani *yapmadı* biçimindeki olumsuz önerme de gerçek ve fiili bir durumu anlatır. Doğacı temellerden yola çıkan bir teorinin, bunu gözardı etmesi, elştirilere açıktır (49).

Beling ve v. Liszt'in teorilerinin iradilik ve illiyet konusundaki tereddütleri, farklı hareket *teorisinin* ortaya atılmasına amil olmuştur.

Farklı hareket (aliud agere) teorisinde ihmal, yapmama veya ihmal değil de, başka bir harekettir. Buna göre ihmal, süjenin, yapabileceği ve yapması gerekenin aksini yapmasıdır. Nitekim, belli biçimde hareket etme emri, aynı zamanda, emredilenle bağdaşmayan hareketlerin yapılmaması yasağını da içerir. Bu itibarla ihmal de, her zaman için iradi bir harekettir. Bu hareketin özelliği, yapılması mümkün ve mecburi bulunandan başka, bunun zıddı sayılabilecek bir hareket olmasıdır. Yani ihmal eden, hareketsiz kalmamakta, bilâkis birşey yapmaktadır. Diğer bir deyişle süje, kendinden bekleneni değil de başka bir hareketi yapmaktadır. İhmalin gerçekliği de işte bu ikinci hareketten ibarettir. İhmalin illiliği de buna göre açıklanır. İhmal suretiyle icra suçunda sonucun nedeni, süjenin yaptığı diğer farklı harekettir (50).

Bu teori de, Beling gibi, yapmama, hareket etmeme gibi bir davranış, bunun tam zıddı olan hareket kavramı içine sokmaktadır. Gerçekten de, ihmal edenin bu suretle bir şey yaptığını söylemek mümkün

(48) v. Liszt, 194-195.

(49) Grispiigni, Omissione, 21; Hart-Honore, 35.

(50) Delitala, 134-135; Antolisei, L'azione, 27 vd.; Antolisei, Manuale, 182; Kunter, Maddi, 24-25.

değildir. Bunun gibi, insanın hiçbir zaman hareketsiz kalmadığı, daima birşeyler yaptığı söylenemez. İnsanın, anlık da olsa, hareketsiz kalması mümkündür. Bu nedenle süjenin, bir şey yapması gerektiği sırada hareketsiz kalması, örneğin uyuması, ihtimal dahilindedir. Öte yandan bir çok örnekte, hareket yükümlülüğü belli bir ana ilişkin değildir; kısa veya uzun bir zaman sürebilir. Örneğin yeni doğan çocuğu, belli bir süre zarfında yetkili makama bildirmek gibi: süje bu süre içinde muhtelif şeyler yapmış olabilir. Böyle bir hipotezde, ihmalin maddi görünümünü temsil eden olumlu hareket nasıl tesbit olunacaktır; yani süjenin o süre içindeki hangi hareketi ihmali somutlaştıracaktır. Ayrıca, süjenin kendisinden beklenen yerine yaptığı hareket tamamen önemsizdir ve araştırılmasına dahi gerek yoktur. Örneğin, yasak silâhları teslim için öngörülen züre içinde süjenin ne gibi hareketler yaptığı yargıcı ilgilendirmez. Bunun gibi, ihmal suretiyle icra suçunda, sonucun nedeninin süjenin yaptığı farklı icrai hareket olduğu da söylenemez. Aç bırakarak çocuğunu ölüme terkeden anne, o arada örgü örmüş ise, ölümün nedeni örgü örmektir diyemeyiz. Nihayet bu teori de, failin yaptığı farklı hareketin iradi olmasını aradığandan, bilinçsiz taksirli ihmalleri açıklayamaz (51).

İncelenen teorini amacı, hukuka aykırı ihmal yargısının konusunu hukuk öncesi gerçeklikte aramak olmakla beraber, emredilenden farklı hareket kavramına başvurması dolayısıyla, normu bir ölçüt olarak kullanmakta yani normativist teoriye yaklaşmaktadır.

b. *Amaççı teori* (52): Amaççı teori, gerçek anlamda amaca yönelik olmaması deneyle ihmali icrai hareketten ayrı ve onun zıddı olarak kabul eder. Nitekim, amaca yönelik hareketin iki ontolojik kategorisini oluşturan amaççı irade (kast) ve illiyete ihmalde rastlanmaz. Zira, bir kere, bilinçsiz taksirli ihmallerde amaca yönelik irade yoktur. Bunun gibi, ihmalin illi değeri yoktur. İhmalde, sadece, potansiyel illi güç vardır. Diğer bir deyişle, ihmal söz konusu olduğunda kendimize, ihmal edilen hareket neticenin nedeni olabilirmiydi veya yine aynı hareket, eğer icra edilse idi, sonucu önleyebilirmiydi sorusunu sorarız. Bu nedenlerle, ihmal amaççı bir kavram değildir. Fakat bu, ihmalin ontolojik yani hukuki değerlendirmeden önce mevcut bir gerçekliği bulunmadığı anlamına gelmez. İhmal yargısının temelini oluşturan

(51) **Grispigni**, *Diritto*, 35; **Grispigni**, *Omissione*, 26-28; **Antolisei**, *Manuale*, 182-183.

(52) **Galliani**, 311-323.

gerçek veri, “*amaca yönelik olarak, ihmal edilen harekete egemen olabilme yeteneğidir*”.

Nitekim bir hareketsizlik veya yapmamayı ihmal olarak nitelenebilmek için, beklenen belli hareketi yerine getirebilmek bakımından fiziki imkân bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, ihmalden söz edebilmek için, süjenin belli hareketi yapacak fizik güce sahip bulunması, hareketinin etkileyebileceği bir konunun olması ve nihayet zorunlu araçların varlığı gerekir. Ancak, belirli hareketi yapabilmek imkânı, sınırlı bir kavramdır. Eğer biz, sadece hareket etme konusundaki maddi ve fiziki imkânla yetinecek olursak, faili, yapmadığı bu hareketten doğması muhtemel bütün sonuçlar bakımından ihmal içinde saymak zorunda kalırız. Zira her hareketin sonsuz neticesi vardır ve biz ihmali, mümkün hareketi yapmamak diye nitelersek, öngörülemeyen bir sonucu da faile ihmal sıfatıyla yüklemek durumuna düşeriz. Bu itibarla, herşeyden evvel süjenin, o hareketi yapma kararını zihninde oluşturabilecek imkâna sahip bulunması gerekir. Süje ancak, fiziki açıdan mümkün hareketin amacını biliyorsa, bu kararı oluşturmak yeteneğine sahip demektir. Bu da yetmez. Amacı bilinen yani sonuçları öngörülebilene bu mümkün hareketin, süjenin iradesinin kontrolü altında bulunması da gereklidir. Sonuç olarak süje, fiziki açıdan mümkün, amacını bildiği ve iradesinin kontrolü altında bulunan bir hareketi yapmadığı takdirde, birşeyi ihmal etmiş sayılır.

O halde, ihmal yargısının konusu, mümkün olan, illi sonuçları öngörülebilene ve iradenin kontrolü altında bulunan bir harekettir. Bir şey yapmayan, hareketsiz kalan süje, yapmadığı bu hareket imkân dahilinde ise, o hareketin illi sonuçlarını öngörebiliyorsa ve yapması gereken hareket iradesinin kontrolü altında ise, bir şeyi ihmal etmiş sayılır. Ortada böyle bir veri, bir konu yoksa, normun hukuka aykırı diye nitelenebileceği bir şey yok demektir. Bu nedenle, ihmali ceza hukuku bakımından önemli saymak için bir normun gerekli olması, ihmali normatif bir kavram haline dönüştürmez. Gerçi, yukarıdaki nitelikleri haiz bir mümkün hareketin varlığı, tek başına ceza hukukunu ilgilendirmez. Ama ceza normunun da, yukarıdaki anlamda bir hareket imkânı olmadıkça, ihmali suç yaratması düşünülemez. Ceza normu, ancak, imkân dahilindeki hareketleri yasaklayabilir veya emredebilir (ihmali suç). Normun bir hareketsizliği (yapmama) ihmali suç sayabilmesi için, objektif olarak, belli biçimde hareket imkânının bulunması gerekir. Diğer bir deyişle norm, belli biçimde hareket imkânı olduğu halde hareket etmemek olgusunu bazı hallerde nazara alır ve mümkün hareketi yapmamağı suç sayar.

Demek ki, ihmalin, doğacı anlamda olmasa bile yine de ontolojik bir gerçekliği vardır. Yani ihmali suçlarda da hukuka aykırılık yargısının konusunu oluşturan ontolojik bir veriye rastlanır. İhmali hukuka aykırılık yargısının temeli, birşey yapmak yeteneği olup da bunu yapmamaktır. O halde, ihmali yaratan norm değildir. Norm sadece, ontolojik bir veri olan ve yapmak yeteneği bulunduğu halde yapmamak biçiminde tezahür eden bir sübjektif davranışı, ceza hukuku bakımından önemli sayar yani cezalandırır.

c. *Beklenen hareket teorisi* (53): Beklenen hareket teorisi, doğacı anlayışın, hareket ve ihmal arasında ortak bir nokta (iradilik, illilik) bulamaması karşısında, ihmale hukuk öncesi doğal bir temel aramaktan vazgeçmenin ifadesidir. Beklenen hareket teorisine göre, ihmali suçta, hukuki değerlendirmeden evvel mevcut ve hukuki değerlendirmeye dayanak oluşturan maddi bir gerçeklik yoktur. İhmali suçta tek doğacı unsur, kasıtlı ihmali suçlarda görülebilir. Bu doğacı unsur, ihmalde bulunanın iradi süreci yani süjenin bilinçli iradesinin sonucu olarak bilerek ve isteyerek hareketsiz kalmasıdır. Bilinçsiz taksirli ihmali suçlarda, bu unsura da rastlanmaz. O halde, bir kiimsenin bir şeyi ihmal ettiğini, *fiilen mevcut olan gerçeklikle düşünülen gerçeklik arasındaki çatışmadan* anlarız. Yani ihmalin gerçekliği, objektif olarak gözlemlenen davranışla düşünülen bir hareket arasındaki farklılıktır.

Bu itibarla, ihmali suçun hukuka aykırılığını belirleyen normun konusunu oluşturan, doğacı anlamda bir gerçeklik (iradi, illi) söz konusu değildir. Bununla beraber ihmal, saf anlamda ve münhasıran normatif bir kavram da değildir. Zira, hukuk ve norm öncesi olmasa bile, hukuk dışı bir ihmalin varlığından söz edilebilir. Gerçekten de, ihmalin temelinde yatan, herhangi bir hareketin yapılmamış olması değil de, *beklenen hareketin yapılmamasıdır*.

Süjeden beklenen hareket, aslında, içerikten yoksun bir formüldür. Süjeden belli bir hareketin beklenmesinin nedeni belirlenene kadar, yani beklenen hareket somutlaşmadan evvel, elimizde sadece biçimsel bir ihmal kavramı vardır. Ancak bu biçimsel ihmal kavramı, aynı zamanda, hukuki (normatif) bir değer yargısının konusunu oluşturabilecek niteliktedir. Nitekim, genel olarak süjenin bir şeyi ihmal ettiğini söyleyemememiz dolayısıyla, bu yargıya ulaşabilmek için, haklı bir nedene dayanarak beklenen bir hareket bulunmalıdır. Bu açıdan, çeşitli türlerde emirler düşünülebilir; hukuki emir yani norm bun-

(53) Gallas, 12-14.

lardan yalnızca birisidir; söz konusu emir etik, gelenek, din gibi başka normatif sistemlerden kaynaklanabileceği gibi, deneysel/ampririk bir ihtimaliyat yargısına (bilimsel) da dayanabilir.

Sonuç itibariyle hukuki anlamda ihmal, beklenen hareketin hukuki bir emre (norm) dayanması halinde söz konusudur. Diğer bir deyişle hukuki ihmal, hukuk dışı ihmallerle birlikte genel ihmal kavramının bir türünü oluşturur. Bu nedenle hukuki anlamda ihmal, hukuk düzeninin beklediği yani emrettiği hareketin yerine getirilmesidir.

Beklenen hareket teorisi ile normativist teori arasında, hemen göze çarpan yakınlık ve benzerlik vardır. Esasen normativist teori de, beklenen hareket değil de beklenmesi gerekli hareket formülünü kabul edebileceğini söylemektedir. Bunun nedeni, normativistlere göre, yargıda bulunan süjenin o anda belli bir hareketi beklemek durumunda olmasının gerekemeyeceğidir. Yargıda bulunmanın daha sonradan dahi, o hareketin süjeden beklenmesi gerektiğini anlaması yeter. Bu tesbi., her iki teori arasındaki farkı da göstermektedir. Nitekim beklenen hareket teorisi, ihmal konusunda yargıda bulunacak süjenin birinden bir hareketi beklemesi gibi psikik bir veriye dayanmak istemekte, böylece ihmali saf normatif bir kavram, bir yargı olmaktan kurtarmaya çalışmaktadır.

d. *Sonuç* (54): Normativist teorinin dışındakiler (doğacı, amaççı, teoriler, beklenen hareket teorisi), ihmale ontolojik bir veri bulmak çabası içindedirler. Genel hareket teorilerinden beklenen sistematik işlev de zaten budur. İhmal konusundaki teoriler bu işlevi yerine getiremeyecek olursa, yani ihmali suçta hukuka aykırılığın, kusurluluğun ve tipikliğin konusunu oluşturan bir veri bulunmadığı takdirde, bazı suçların maddiliğini (fiilsiz suç olmaz ilkesi) reddetmiş oluruz. Diğer bir deyişle, ihmali suç, maddiliği olmayan ideal (normatif) bir kavram olarak görmek tehlikesi doğar.

İhmalin gerçek yönü yani ihmal yargısının temelini oluşturan veri *yapmama* (hareketsizlik) biçimindeki insan davranışdır. Bu itibarla, yapmama biçimindeki davranışın doğal nesnellik içindeki yerini ortaya koymak ve ihmali suçta tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk yargılarının konusunu oluşturan gerçek verinin bu olduğunu gösterebilmek gerekir. Bu itibarla, işe, doğacı teori gibi *yapmamanın*

(54) Yukarıdaki yollamalar ve ayrıca bk. **Hart-Honore**, 32-36; **Kunter**, Maddi, 34; **Dall'Or**, 92 vd.; **Mill**, 374.

(hareketsizlik) dış görünümünü saptamakla başlamak lazımdır. Diğer bir deyişle, doğada ne zaman bir *yapmama* bulunduğu sorusu cevaplanmalıdır.

İhmalin nesnel temelini yani ihmal yargısının konusunu oluşturan gerçek veriyi tesbit edebilmek için, normal ve anormal şartlar arasındaki farkı göz önünde bulundurmak gerekir. Bu, herşeyden evvel, illiyet bağı ile ilgilidir. Normal şartlar incelediğimiz olay yönünden her zaman bulunan şartlardır. Çevrenin alıştığımız ve her zaman gözlemlediğimiz unsurlarından oluşan bu şartlar, çoğu zaman, birbirinin zıddı iki olayın da nedenleri arasında yer alırlar. Bu yüzden, bir yangını ele aldığımızda, bunun nedeni oksijenin varlığıdır (normal şart) demeyiz de, örneğin yanan kibritin çahılar arasına atılmasıdır deriz. Nitekim doğanın normal işleminin şartı olan ve yaşatıcı işlev yerine getiren oksijen, aynı zamanda yok edici etkiler doğuran bir yangının nedenleri arasında da yer alır. Buna karşılık anormal şart ise, olayların normal gelişimi ile rastlantıyı birbirinden ayıran, diğer bir deyişle doğanın normal seyrine müdahale eden şarttır. Neyin normal, neyin anormal şart olduğu, nedensellik açısından incelediğimiz olayın içeriğine göre değişir; yani nisbi bir yargıdır. Örneğin, bir deneyin güvenlikle yapılabilmesi için lâbaratuvarın oksijenden boşaltılmasına rağmen bir yangın çıktığında, oksijenin varlığının bu yangının nedeni olduğu doğrudur. Ancak bu hipotezde, lâbaratuvarın iyi işleyişi bakımından, oksijenin varlığı değil bilâkis yokluğu normal şarttır. Diğer bir deyişle, incelenen hipotezde, oksijenin varlığı, hem normal işleyişin hem de rastlantının ortak özelliği değildir: bu bilâkis normal işleyişle rastlantının farkını gösteren unsur, yani yangının nedeni (anormal şart)dır.

Bununla beraber, doğanın, insan müdahalesi olmaksızın işlemesi biçimini her zaman için normal diye nitelemek yanlıştır. Zira basit şartlarla (normal şartlar) gerçek anlamda nedeni (anormal şart) birbirinden ayırmak için başvurduğumuz *normallik yargısı* çoğu zaman insan alışkanlıklarının, geleneklerinin, uygulamalarının bir sonucudur. Bunun nedeni doğanın özünde nötr olması, bazan biz müdahale ettiğimiz bazan da müdahale etmediğimiz için zararlı hale gelmesidir. İnsanlar, doğanın zararlarını önlemek için teknikler, usuller, yöntemler geliştirmişlerdir. Bunlar ikinci bir doğayı ve toplumsal düzen normları yanında ikinci bir norm oluştururlar. Örneğin kuraklığın sonuçları yiyecek ve su stoku ile, hastalık aşısı ile vb. etkisiz hale getirilir. İnsan tarafından yaratılan bu gibi şartlar varsa, bu şartlarda sapma

istina (anormal şart) dır ve zararın nedeni olarak kabul edilir. Zararın nedenini oluşturan sapma, çoğu zaman konulan tekniklerin yerine getirilmemesi yani *yapmama* biçiminde bir ihmaldir. Zarardan sorumlu tutulan da, yapmamının (ihmalin) failidir. Söz konusu fail, hukuk normları izin veriyorsa, bu *yapmamasından* dolayı cezalandırılabilir.

Bu varılan sonuçla normativist teori arasında şu farklılık vardır: Normativist teori her türlü normun ihmal bakımından önemli olduğunu kabuleder. Yani, herhangi türdeki bir norm, yapma veya yapmama biçimindeki davranışa ihmal niteliğini verebilir. Diğer bir deyişle ihmal, doğacı açıdan yapma veya yapmama (hareketsizlik) olarak tezahür edebilir. Oysa, konuya normal ve anormal şartlar açısından baktığımızda ihmal hep bir yapmamadır (hareketsizlik). Bu yapmama (hareketsizlik), özünde değerden yoksun nötr bir doğal durumdur. Bu yapmamının (hareketsizlik) hukuki sorumluluğa kadar uzanan bir değer kazanabilmesi, yani hukuka aykırı sayılabilmesi, herşeyden evvel, zararlı sonucun insan bilgileri aracılığı ile kontrol edilebilir hale gelmesine bağlıdır. Yani, sonucu kontrol imkânları bilinmez iken de o sonucun nedeni bir yapmama olabilir. İnsanın bunun farkına olup olmaması; farkında olsa bile, kontrol imkânı olmadığı için kendisine sorumluluk yüklenememesi önemli değildir. Yapmama yani doğanın akışını engellememe, norm ve sonucu kontrolden bağımsız olarak doğal bir gerçeklik olarak mevcuttur. Nitekim bir an için kanserin (x) nedenine bağlı olduğunu öğrendiğimizi; ancak bunu bertaraf edecek yöntemleri bulamadığımızı düşünelim. Bu takdirde sadece hastalığın nedeninden söz ederiz. Fakat kanseri tedavi çaresini öğrendiğimizde yani (x) nedeninin sonucunun kontrolü tekniklerini geliştirdiğimizde, artık, bu tekniklerin kullanılmasındaki eksikliklerden, ihmallerden bahsederiz. Ama bu, biz o teknikleri bulmadan önce de, sonucu önlemek bakımından "*yapmamaların*", "*ihmallerin*" olmadığını değil, bilâkis bulunduğunu gösterir. Ne var ki, bu yapmamaları kusurlu veya hukuka aykırı saymağa maddeten ve mantıken imkân yoktur. Bu yapmama, ancak, kontrol teknikleri bulduktan sonra, haklı olarak, kusurluluk veya hukuka aykırılık yargısının konusunu oluşturabilir. Fakat daha evvel de bu yapmama, doğal gerçeklik olarak vardır.

O halde doğada, gözlemleyebildiğimiz ve gözlemleyemediğimiz sonsuz sayıda *yapmama* (hareketsizlik) vardır. Ceza normu, gözlemleyebildiği yapmamalar arasında bir seçim yapar ve bir kısmına so-

rumluluk yükler; yani bunlara tipiklik, kusurluluk ve hukuka aykırılık yargılarını bağlar. Binaenaleyh norm, ihmali suçun yapısal bir unsurudur. Yani norm, yapmama şeklindeki bir davranışın toplumsal sonuçları ve etkileri açısından olumsuz değerlendirildiğini, diğer bir deyişle, maddi açıdan hukuka aykırı sayıldığını gösteren bir unsurdur.

Norm belli yapmamaları (hareketsizlik) ihmali suç sayarak, tipiklik, hukuka aykırılık kusurluluk yargılarını bir veriye, nesnel bir gerçekliğe bağlar. Kısaca ihmali, doğal gerçeklik açısından *bir şeyi yapmamaktır*. İhmali belirleyen işte bu olumsuzluk, yani hareketin olmayışıdır. Gerçi süje hareketsiz kalmamış, bir şeyler yapmış olabilir; ama bunun ihmalle bir ilgisi yoktur. İhmalin özelliği, olumsuz bir fiil yani hareketsizlik olmasıdır.

Yukarıdaki sonucu benimsemeyenler, ihmali ifade için olumsuz cümleler kullanılmasının etkisi altındadırlar. Oysa *yapmadı* biçimindeki olumsuz önerme de, olumlu bir cümle kadar, dış dünyayı anlatır, tasvir eder yani süje ile gerçek ve fiili bir durum arasında ilişki kurar. Örneğin (A), kendisinden bağımsız fizik bir enejinin etkisi ile düşmekte olan şeyi tutmadığı için o şey düşüp kırılmıştır. Biz bu olayı anlatırken, olumsuz bir önermeyle de olsa yapılmayan hareketi (tutmamak) hesaba katmazsak, eksiksiz bir anlatım yapmış sayılamayız.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, U.:** *İşlenemez suç*, Ankara
- Antolisei, F.:** *L'Analisi del reato*, Padova 1939
- Antolisei, F.:** *L'Azione e l'evento nel reato*, Milano 1928
- Antolisei, F.:** *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano 1980
- Antolisei, F.:** *La volonta nel reato* (Scritti di diritto penale, Milano 1955)
- Bettioli, G.:** *Bene giuridico e reato*, Riv. it. di dir. pen., 1938
- Bettioli, G.:** *La dottrina dal Taatbestand nella sua ultima formulazione*, Riv. it. di dir. pen., 1932.
- Bettioli, G.:** *Diritto penale*, Padova 1976
- Bettioli, G.:** *Il problema penale*, Palermo 1948

- Bettiol, G.:** *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, Riv. it. di dir. pen., 1948
- Bricola, F.:** *Teoria generale del reato*, Nov. Dig. It., c. 19
- Caraccuoli, I.:** *Omissione* (dir. pen.), Nov. Dig. It., c. 11
- Carnelutti, F.:** *Teoria generale del diritto*, Roma 1951
- Carnelutti, F.:** *Teoria generale del reato*, Padova 1931
- Cataudella, A.:** *Fattispecie*, Encic. del dir., c. 16
- Delitala, G.:** *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930
- Dell'Andro.:** *Antigiuridicità*, Encic. del dir., c. 2
- Dall'Ora:** *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano 1950
- Dönmezer, S. – Erman, S.:** *Nazari ve tatbiki ceza hukuku*, c. I., İstanbul 1976
- Erem, F.:** *Ceza hukukunda hümanist doktrin*, Ankara 1980
- Falzea, A.:** *Efficaccia giuridica*, Encic. del dir. c. 14
- Galiani, T.:** *Sul fondamento ontologico dell'omissione*, Il foro penale, 1963
- Gallas, W.:** *Sullo stato attuale della teoria del reato*, Sc. Pos., 1963
- Gallo, M.:** *Dolo*, Encic. del dir., c. 13
- Gallo, M.:** *La teoria dell'azione finalistica nella piu recente dottrina tedesca*, Milano 1967
- Gaspari, P.:** *La meccanica del diritto*, Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, c. I
- Grispigni, F.:** *Diritto penale*, c. II., Milano 1952
- Grispigni, F.:** *Omissione nel diritto penale*, Riv. it. di dir., pen., 1934
- Hart, H.L.A. – Honore, A.M.:** *Causation in the law*, Oxford 1967
- Kelsen, H. (Çev: Hafızoğulları, Z.):** *Nedensellik ve isnadiyet*, AÜHFD., 1978
- Keyman, S.:** *Hukukta bir tanım denemesi*, Prof. Dr. Akif Erginay'a Anmağan, Ankara 1981
- Keyman, S.:** *Suç genel teorisinin iki temel sorunu: Genel ve soyut hareket kavramı – Suçun incelenmesinde tekçi ve tahlilci yöntemler*, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, AÜSBF. Yayını, Ankara 1983
- Keyman, S.:** *Tipiklik ve ceza hukuku*, AÜHFD., 1980

- Kunter, N.:** *Suçun kanuni unsurları nazariyesi*, İstanbul 1949
- Kunter, N.:** *Suçun maddi unsurları nazariyesi*, İstanbul 1958
- v. Liszt:** *Traite de droit penal allemand*, c. I., Paris 1911
- Maiorca, G.:** *Fatto giuridico - Fattispecie*, Nov. Dig. It., c. 7
- Mantovani, F.:** *Diritto penale*, Padova 1979
- Mantovani, L.P.:** *Il concetto ontologico del reato*, Milano 1954
- Marinucci, G.:** *Il reato come azione*, Milano 1971
- Mezger, E.:** *L'Azione come base del diritto penale*, Foro Penale 1957
- Mezger, E.:** *Diritto penale*, Padova 1935
- Moro, A.:** *L'Antigiuridicità penale*, Palermo 1947
- Mill, S. (Çev: Peisse, L.I.:** *Systeme de logique*, c. I., Paris 1909
- Neppi Modona, G.:** *I concetti di idoneità degli atti e inidoneità dell'azione. Struttura e accertamento*, Riv. it. di dir. e proc. pen., 1963.
- Nuvolone, P.:** *Il sistema del diritto penale*, Padova 1975
- Pagliaro, A.:** *Fatto* (dir. pen.), Encic. del dir. c. 16
- Petrocelli, B.:** *Principi di diritto penale*, c. I., Padova 1934
- Petrocelli, B.:** *Riesame degli elementi del reato*, Riv. it. di dir. pen. e proc. pen., 1963
- Rocco, A.:** *L'Oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma 1932
- Spasari, M.:** *Condotta* (dir. pen.), Encic. del dir., c. 8
- Stella, F.:** *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, Riv. it. di dir. pen. e proc. pen., 1973
- Teasuro, A.:** *Nozione di fatto nella teoria del reato*, II Foro Penale, 1952
- Toroslu, N.:** *Cürümlerin tasnifi bakımından suçun hukuki konusu*, Ankara 1970
- Yüce, T. T.:** *Ceza hukuku dersleri*, c. I., İzmir, 1982
- Welzel, H.:** *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, Riv. it. di dir. pen., 1951
- Würtenberger, T.:** *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano 1965