

KAMU HUKUKU

CEZALANDIRILABİLME OBJEKTİF ŞARTI (ŞARTLI SUÇLAR)

Yazan : Prof. Dr. Faruk EREM

Kanunumuz bu kavramdan müstakil bir hükümde, açıkça söz etmiş değildir. Fakat bu kavramın bazı suçlara ilişkin hükümlerde uygulandığı görülmektedir.

«Suçu cezalandırabilme objektif şartı» deyimini yerine «fiili (hareketi) cezalandırabilme objektif şartı» demek daha doğrudur. Bununla beraber, esasında cezalandırılması gereken «suç» un cezalandırılmasının, açık bir kanun hükmü ile, «talikî şart» a bağlanması yolundaki anlayış benimsenirse «suç» tan bahsetmekte çelişme kalmaz¹.

«Objektif şart» deyimini, suçta bir de «sübjektif cezalandırabilme şart» ı bulunduğu zannını uyandırabilir. Nitekim «isnadiyet» i sübjektif şart sayanlar vardır². Fakat isnadiyette şart niteliği yoktur.

Yeni İtalyan Ceza Kanununda (m. 44) ve genel hükümlerde kurala rastlanmaktadır: «Bir suçun cezalandırılabilmesini, kanun bir şartın tahakkukuna bağlamış ise, şart sayılan istenmemiş olsa dahi fail suçtan sorumludur»³. Bu suretle İtalyan Kanunu cezalandı-

¹ Sabatini (G.), Istituzioni di diritto penale (Catania, 1946) I, n. 190

² bk. Battaglini (G.), Il diritto di querela (Bologna, 1939), s. 47

³ İtalyan Kanununun bu hükmü şöylece yerilmektedir: Bütün unsurları ile tamamlandığı halde, şart tahakkuk etmediğinden bir suçun cezasız kalabileceği zannı uyanmaktadır. Bu itibarla deyim isabetli değildir. Cezalandırılmayana suç denemez. (bk. Battaglini (G.), Diritto penale (Bologna, 1940), s. 210). bk. Bettiol (1955), s. 170

rılabilmeleri, bir olayın vukuuna bağlı suçlar (= şartlı suçlar) da, istenmemiş bir olayın vukuu halinde, iradeye dayanan bir sistemde failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususundaki tereddüdü gidermiştir. Fakat konu, «kusursuz ceza olmaz» kuralı önünde pek önem kazanır⁴.

1. *Şartlı suçların yapısı* : Şartlı suçların teknik yapısı üzerinde de durmak lâzımdır. Bu suçlar şartın tahakkukundan evvel de mevcut mudurlar? Şart ancak cezalandırmak için mi aranır? Eğer suç şarttan evvel de meydana gelmiş sayılırsa, bundan, cezalandırma dışında kalan konularda farklı çözümlere varmak gerekecektir.

Cezalandırabilme objektif şartı, «suçun unsurları»ndan ve «suç durumları»ndan ayrılır⁵.

Bir anlayışa göre kanun koyucu «ceza politikası» uyarınca, belli bir sonuç meydana getirmemiş ise bir hareketi cezalandırmak istememiştir. Bu gibi hallerde «suçsuz ceza olmaz» kuralı, «suçsuz ve şartsız ceza olmaz» şeklinde değiştirilmiştir⁶. Suç, soyut olarak cezayı gerektirmektedir. Fakat somut olarak cezalandırılması için belli bir şart aranır⁷.

Aynı etkiyi ceza hukukunda, ters yönden sağlayan başka sebepler yok değildir. «Yalan şahadetten dönme» de (TCK. 289)⁸, «suç ortaklarını ihbar» da (TCK. 404/3) cezayı kaldıran haller, suçun bütün unsurları tamamlandıktan sonra meydana gelirler.

Şart kavramının ceza hukukunda lüzumsuzluğuna inananlar da vardır. Eğer bir fiil cezalandırılmıyorsa suç değildir, o halde cezalandırılabilme şartı, suç olmanın şartı demektir⁹. Buna mukabil genellikle cezalandırabilme objektif şartı kavramının faydalı, kanun koyucunun suçun objektif bütününden bir parçayı ayırarak onu suçun dışında ayrı bir düzene bağlamasının isabetli ve yasa- ma işlemlerinde meşru olduğuna inanmaktadırlar¹⁰. Meselâ kanun,

⁴ «Dâva şartları» ayrı bir konudur. Usul hukukuna girer; bk. Erem (Usul), 2. Bası, s. 177; Manzini, I, n. 215, s. 429, nt. 1

⁵ Sabatini (G.), Istituzioni di diritto penale (Catania, 1946), I, n. 182

⁶ Curatola (P.), Condizioni obiettive di punibilità (Enciclopedia del diritto, VIII), s. 807

⁷ bk. Battaglini, s. 211

⁸ Sabatini, I, n. 183

⁹ bk. Bettiol (1955), s. 170

¹⁰ Battaglini, s. 213

rezalet çıkarmazsa sarhoşu cezalandırmamakta, Türkiye'de değil ise suçluyu gıyapta cezalandırmamakta fayda görebilir.

Diğer bir anlayış «unsur» ile «şart» arasındaki farka dayanır: Bu çeşit suçlarda şart, kronolojik bir farkla unsurdan ayrılmıştır. Şart, unsur değildir, fakat suçun organizması dışında da değildir.¹¹

Unsur-şart farkını kaldırmağa yönelmiş anlayışlar da vardır: Belli organlarla doğan kişi insandır. Fakat yaşaması için oksijen şarttır. İşte bu benzetmede olduğu gibi suç bütün özellikleri ile vücut bulmuş, fakat henüz yaşamağa başlamamıştır¹².

Cezalandırabilme objektif şartında «esasa ilişkin olmayan objektif bir unsur», «tipik hareketten ayrı olarak nazara alınmış unsur», «suçun maddî olarak mevcut sayılabilmesi için aranan», «kusurafluluk ile alakası olmayan unsur» niteliği görenler vardır¹³.

Suç teorisi içinde ele alınan «netice» ile «şart» kavramını ayırt etmek kolay değildir. Neticenin şart olamayacağını kesinlikle iddia edenler vardır¹⁴. Fakat aynı konunun hukukta başka başka yönlerden izahına örnekler bulunabilir. Bazan netice şart olarak kanunda gösterilmiştir, gebe sanılan kadının ölümü veya zarar görmesinin cezalandırabilme şartı sayılması gibi. Bazan şart sayılan halin, hareketin neticesi ile hiç bir ilgisi yoktur, yabancı ülkede işlenen suçlardan cezalandırabilme için failin Türkiye'de bulunması şartı gibi.

Özel hukukta şart kişi iradesine dayanır. Şartlı suçlardaki şart ise daima kanun kuralından gelir.

2. *Kronolojik açıdan şart* : Şartın gelecek bir olaya ilişkin olması gerektiği kabul edilmekle beraber, fiil ile aynı zamanda vukua gelen veya fiilden evvel mevcut bulunan bir olaya ilişkin bulunabileceğini ileri sürenler de vardır. Bir kimsenin kendisine gönderilen mektubu gönderenin rızası hilâfına yayınlamasının cezalandırılabilmesi için bu yüzden bir zararın vukuu şartı (TCK. 197), bazı sahtelik suçlarında zararın husulü şartı (TCK. 343, 348), hattâ zarar ihtimali şartı (TCK. 339), intihara azmettirme suçunda ölümün meydana gelmesi şartı (TCK. 454), gebe sanılan kadın üzerindeki

¹¹ Battaglini, s. 211

¹² bk. Curatola, s. 810; kşz. Carnelutti (F.), *Teoria generale del reato* (1933), s. 51; kşz. Battaglini, s. 211

¹³ Battaglini, s. 211

¹⁴ Sabatini, I, n. 183, 184

ameliyeler sonunda kadının ölümü veya bedenî zarara uğraması şartı (TCK. 470) konusu sonradan vukua gelen şarta örnek gösterilebilir. Belli bir şekilde sarhoş olarak yakalanmak suçunda böyle bir halin vukuu şartı (TCK. 571), üzerinde maymuncuk ve emsali aletlerle yakalanıp bunları o anda meşru surette nerede kullanacağını isbat edememek şartı (TCK. 578/2) fiil ile aynı zamanda meydana gelen olay konulu şarta, bazı hileli iflâs suçları, bazı suçların takibi için Türkiye'de bulunmak (TCK. 5, 6) ise evvelden mevcut şarta örnek gösterilmektedir¹⁵.

Başka bir anlayış gelecekteki bir olay veya fiil ile aynı zamanda vukua gelen olay konulu şartı mümkün görmekte, evvelden mevcut bir halin şart sayılmasını red etmektedir. Bu düşünceye, kanunlarında şartlı suçlarda zamanaşımının ne zaman başlayacağı hakkında hüküm bulunan sistemlerde rastlanır. Örneğin İtalyan Ceza Kanununda şöyle bir hüküm vardır: «Cezalandırılmasını kanunun bir şartın tahakkukuna bağladığı suçlarda zamanaşımı süresi şartın tahakkuk ettiği günden işlemeğe başlar»¹⁶. O halde bu hükme göre ancak fiil ile aynı zamanda veya gelecekte bir olaya dayanan şartı kanun kabul etmiştir. Bu sonucun böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen kanunumuz için de doğru olduğunu sanıyoruz. Zira genel hukuk teorisinde şart kavramı, tahakkuk edip etmeyeceği bilinmeyen bir olay da düşünülebilir. Evvelden mevcut olana şart denemez.

3. *Şart ve önşart ayrımı* : «Cezalandırabilmenin objektif şartı» ile «suçun önşartı» kavramları birbirlerinden farklıdır.

Suçun önşartı kavramında, «hareket» in evvelinde yer alan ve varlık veya yoklukları suçun yokluğuna veya —diğer unsurlar mevcut ise— varlığına etkili olmaklık yer alır. Ancak belli sıfatlı kişilerin (örneğin memurların) işleyebilecekleri suçlarda «memurluk sıfatı» önşarttır. Eğer bu önşart bulunmuyorsa «suç vasfı» değişir, örneğin «zimmet» suçu «emniyeti suiistimal» e döner veya önşartın olmaması fiili suç olmaktan çıkarır¹⁷. Buna mukabil şartlı suçlarda, hareket ya suçtur veya değildir, başka vafsa dönmez. Önşartta hareketten evvel olmak tabiidir. Şart, hareketle aynı zamanda veya ondan sonra vukua gelecek bir olayı konu tutabilir. Hareketten evvel mevcut olanı konu sayan şartın mevcut olup olama-

¹⁵ bk. Curatola, s. 811; Battaglini, s. 177, 211; Manzini, I, n. 216; Sabatini, I, n. 183; Bettiol (1955), s. 170

¹⁶ İtalyan CK. 44, 158; bk. Curatola, s. 811; Manzini, I, n. 216

¹⁷ Manzini (V.), Trattato di diritto penale italiano (Torino, 1926), I, n. 216

yacağı tartışmalıdır. Bizce olamaz. «İcabî veya selbî fiilin dışında, hareketle aynı zamanda veya ona muahhar ve mevcut olmazlarsa fiilin cezalandırılması imkânsız unsurlara cezalandırabilme şartı denir» yolunda tanım da¹⁸ —genellikle— isabet vardır.

Bir anlayışa göre önşartın kanunî veya fiilî olarak ikiye ayrılması mümkündür. «Zimmet» suçunda «memurluk» önşartı kanunî, çocuk düşürmede gebelik fiilî anlamda önşarttır. Fakat bu ayırımın «cezalandırabilme objektif şartı» kavramı açısından bir etkisi yoktur¹⁹.

4. *Taksirli suçlar* : Bu çeşit suçlarda «netice» vukua gelmezse faile ceza verilmediğine göre neticenin «cezalandırabilme objektif şartı» sayılıp sayılamayacağına tereddüt edilebilir. Zammımızca taksirli suçlarda netice, şart olarak da kabul edilebilir. Fakat kasıtlı suçlardaki şart ile taksirli suçlardaki şart arasında bazı farkların bulunacağı da sezilmektedir²⁰.

5. *Suç duruları* : Şart ile «suç duruları» (= cezayı arttıran, indiren sebepler) kavramlarını karıştırmamak lâzımdır. Şart, cezalandırmada objektif bir vakıa olarak müdahale eder, görevi cezalandırmayı sağlamaktır. Suç duruları, suçun maddî bünyesi içindedir, şartta dışardan gelen bir nitelik vardır.

Bununla beraber «şart niteliğinde suç duruları» diğer durulardan tecrit edilebilir²¹. Bunlarda suçun maddî bünyesi dışından gelen bir özellik vardır: Bazı bilgilerin açıklanması suçtur (TCK. 137), bunların harp zamanında açıklanmış olması ise şiddet sebebidir (TCK. 137/2). Harp zamanına «eğer harp vukua gelmiş ise seferberlik zamanı da dahildir» (TCK. 173/2). Görülüyor ki burada sonradan meydana gelen, şarta çok yaklaşan bir şiddet sebebi bahis konusudur.

6. *Ümanist doktrin açısından şartlı suçlar* : Ümanist doktrin açısından «şartlı suç» konusu «nedensellik» kavramı içinde incelenmelidir. Zira önemli olan «şart» değil, şarta bağlı sorumluluk ve cezalandırmadır.

Bir anlayışa göre failin yaptığı «hareket», şartın maddî sebebidir. Bu itibarladır ki failin isteği nazara alınmaz. Diğer bir anlayı-

¹⁸ Manzini, I, n. 216

¹⁹ Bettiol (G.), II diritto penale (Palermo, 1955), ss. 165

²⁰ kşz. Curatola, s. 813; Battaglini, s. 211; bk. Manzini, I, n. 216

²¹ bk. Battaglini, s. 213; bu konu daha fazla Alman doktrininde geliştirilmiş miştir; bk. Alman (1870) CK. § 59;

şa göre şart ile hareket arasında maddî sebebiyet alâkası bulunabilir, fakat zarurî değildir. Bir başka anlayışta olanlara göre de hareket ile şart arasında ne «kusurluluk» ve ne de «nedensellik» aranmalıdır.

Bütün bu açıklamalarda konuyu izah sıkıntısı sezilir²². İrade ve şura dayanan bir ceza hukukunda nedensellik dışı sorum, sistemin düzenini bozar. Bu sebeple şartlı suç konusunun izahı «tabiatçı nedensellik» ile mümkün değildir. «Ümanist nedensellik» anlayışı ve «insanın hükmedebileceği alan» ölçüsü hem şartlı suçları izah eder, hem de uygulamada aşırılıkları önler²³. Bir fiili şartsız cezalandırmakla şartlı cezalandırmak arasında ümanist takdire giren bir nitelik vardır. Konuyu «hukuka aykırılık» açısından incelemek teklifinde²⁴ aynı yapıcılığı görmekteyiz.

²² bk. Battaglini, s. 211

²³ kşz. Curatola, s. 811

²⁴ bk. Petrocelli, *Principi di diritto penale* (Napoli, 1955), I, n. 96